Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2019)

Forschungsbericht

FACHBEREICH RECHT

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

IMPRESSUM

TITEL
Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2019)

HERAUSGEBER
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

AUTOR/-INNEN
Karine Lempen, Aner Voloder

VERTRIEB
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Bern
ebg@ebg.admin.ch
www.ebg.admin.ch

Dieser Bericht wurde im Auftrag des EBG verfasst. Die darin enthaltenen Einschätzungen und Interpretationen entsprechen nicht zwingend der Sicht des Auftraggebers.

Bern, Januar 2021

VORWORT

Foto: Keystone/Gaëtan Bally

Bundesrat Alain Berset, Vorsteher Eidg. Departement des Innern

2021 ist nicht nur das Jahr des 50-Jahre-Jubiläums des Frauenstimmrechts. 2021 ist es auch 25 Jahre her, dass das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG) in Kraft getreten ist. Es war ein bedeutender Fortschritt für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz. Denn das Gleichstellungsgesetz macht Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einklagbar – und zwar in allen Bereichen des Erwerbslebens.

Doch wie wirksam ist das Gleichstellungsgesetz? Um diese Frage zu beantworten, muss die Rechtsprechung analysiert werden. Eine Studie im Auftrag des EBG aus dem Jahr 2017 zur kantonalen Rechtsprechung kam zum Schluss, dass bei der Anwendung des Gesetzes noch Verbesserungspotenzial besteht. Die vorliegende Studie legt nun den Fokus auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und trägt damit zur Vervollständigung der Kenntnisse bei. Die politischen Entscheidungsträgerinnen und -träger benötigen wissenschaftliche Analysen wie die vorliegende, um die Gleichstellung in der Schweiz weiter voranzutreiben.

Die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben ist auch für den Bundesrat von hoher Priorität. Sie bildet einen der Schwerpunkte der nationalen Gleichstellungsstrategie, die noch dieses Jahr verabschiedet werden soll.

Gleichstellung – nicht nur rhetorisch beschworene, sondern echte, im Alltag gelebte Gleichstellung – kann nur verwirklicht werden, wenn sich das gesellschaftliche Bewusstsein wandelt, also durch ein gemeinsames Engagement von Verbänden, Wissenschaft, Politik und Justiz. Entscheidend sind aber auch mutige Einzelpersonen, die sich nicht mit Ungerechtigkeit abfinden. Die zahllosen Pflegerinnen, Ärztinnen, Erzieherinnen, Lehrerinnen und Näherinnen, die ihr Recht auf Gleichstellung vor Gericht laut und deutlich einfordern, bringen die Gleichstellung vorwärts.

Ihr Vorbild und ihr Mut inspirieren uns; angesichts der Verwerfungen durch die Corona-Krise sogar ganz besonders. Denn jetzt gilt es, Fortschritte zu machen in einer Zeit, in der Rückschritte drohen. Es freut mich sehr, Ihnen im Jahr des 25-jährigen Bestehens des Gleichstellungsgesetzes diesen Beitrag zur Debatte vorstellen zu dürfen.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil

PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2019)

Forschungsbericht

Im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

Karine Lempen, Prof. Dr. iur.

Aner Voloder, lic. iur.

Genf, im Januar 2021

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 4
Wichtigste Ergebnisse 7
1. Ausgangslage 9
2. Zielsetzung 10
3. Methodisches Vorgehen 10
3.1 Datensammlung 10
3.2 Erarbeitung des Evaluationsrasters 10
3.3 Bestimmung der auswertbaren Entscheide – Analyse der Entscheide 11
3.4 Synthese der Untersuchung 11
4. Ergebnisse der Analyse 12
4.1 Anzahl Entscheide nach Jahr (F 1) 12
4.2 Anzahl Leitentscheide, BGE (F 2) 12
4.3 Anzahl Entscheide nach Abteilung des Bundesgerichts (F 3) 13
4.4 Verfahrenssprache (F 4) 14
4.5 Anzahl Entscheide nach Kanton (F 5) 14
4.6 Zusammensetzung des Gerichts (F 6) 15
4.7 Vertretung der arbeitnehmenden Partei (F 7) 15
4.8 Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (F 8 und F 9) 16
4.9 Rechtliche Grundlagen (F 11 und F 12) 16
4.10 Durchführung einer Schlichtungsverhandlung (F 13) 17
4.11 Verfahrensdauer (F 15 und F 16) 18
4.12 Verfahrensparteien und Verbandsklagen (F 17-20) 18
4.13 Angaben über die arbeitnehmende Partei (F 21-24) 19
4.14 Art des Arbeitsvertrags (F 26), Beschäftigungsgrad (F 27), Kaderfunktion (F 30) 20
4.15 Art des Arbeitsverhältnisses (F 3 und F 28) 20
4.16 Branche (F 29) 20
4.17 Dauer des Arbeitsverhältnisses (F 31) 21
4.18 Direkte oder indirekte Diskriminierung (F 33) 21
4.19 Angemessene Massnahmen (F 34) 22
4.20 Diskriminierungsgrund (F 35) 22
4.21 Zeitpunkt, zu welchem Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft stattfindet (F 36) 23
4.22 Mehrfachdiskriminierung (F 37) 23
4.23 Art der Diskriminierung (F 38) 24

4.24 Rachekündigung (F 39-41) ... 25
4.25 Sexuelle Belästigung (F 42-48) ... 26
4.26 Beweislasterleichterung (F 50-54) ... 30
4.27 Rüge der Verletzung des Willkürverbots (oder anderer Verfahrensgarantien) (F 55-56) ... 32
4.28 Stellungnahme einer Fachbehörde des Bundes (F 57-58) ... 32
4.29 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen (F 59 und 60) ... 33
4.30 Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (F 61-70) ... 33
4.31 Entschädigung infolge Anstellungsdiskriminierung (F 71-76) ... 34
4.32 Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung (F 77-83) ... 34
4.33 Entschädigung infolge sexueller Belästigung (F 84-87) ... 35
4.34 Schadenersatz und Genugtuung (F 88-95) ... 36
4.35 Gerichtskosten (F 97-98) ... 37
4.36 Parteientschädigungen (F 99) ... 38
4.37 Ausgang des Verfahrens (F 101-102) ... 39
4.38 Ausgang des Verfahrens nach Art der Diskriminierung ... 40
4.39 Gutheissung der Beschwerde (F 102) ... 41
5. Schlussfolgerungen ... 42
6. Empfehlungen ... 45
A. Rechtsetzende Behörden ... 46
B. Justizkreise ... 46
C. Fachstellen für Gleichstellung ... 46
D. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) ... 46
E. Vereinigungen zur Interessenvertretung von Arbeitnehmenden ... 47
F. Umfeld der wissenschaftlichen Forschung ... 47
7. Bibliographie ... 48
7.1 Lehre ... 48
7.2 Botschaften und Berichte des Bundesrates ... 49
8. Anhang 1 – Evaluationsraster ... 50
9. Anhang 2 – Liste der analysierten Bundesgerichtsentscheide ... 63
9.1 Leitentscheide (BGE) ... 63
9.2 Unveröffentlichte Entscheide (BGer) ... 63

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell-Innerrhoden
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis
AR	Kanton Appenzell-Ausserrhoden
Art.	Artikel
ARV/DTA	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgericht
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtentscheide
BGer	unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid
BGerR	Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (SR 173.110.131)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BE	Kanton Bern
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3)
BL	Kanton Basel-Landschaft
BR	Bundesrat
BS	Kanton Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
Bv	Bundesverwaltung
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108)
CERT	Centre d’étude des relations de travail, Universität Neuenburg
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst

E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
evtl.	eventuell
F	Frage
FN	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
GE	Kanton Genf
GL	Kanton Glarus
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (SR 151.1)
GR	Kanton Graubünden
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ILO	International Labour Organisation
JU	Kanton Jura
lit.	litera, Buchstabe
LU	Kanton Luzern
N	Note/Randziffer
NE	Kanton Neuenburg
NW	Kanton Nidwalden
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (aufgehoben)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (RS 210)
OW	Kanton Obwalden
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RK-SR	Kommission für Rechtsfragen des Ständerates
RSI	Radiotelevisione svizzera di lingua italiana
SG	Kanton St.Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SJZ/RSJ	Schweizerische Juristenzeitung
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte

SO	Kanton Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
TI	Kanton Tessin
u.a.	unter anderem
UR	Kanton Uri
VD	Kanton Waadt
vgl.	vergleiche
VPOD	Verband des Personals öffentlicher Dienste
VS	Kanton Wallis
z.B.	zum Beispiel
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZH	Kanton Zürich

Wichtigste Ergebnisse

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um eine Analyse der 81 Urteile, die das Schweizerische Bundesgericht gestützt auf das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG) über einen Zeitraum von 16 Jahren (2004-2019) gefällt hat. Alle Urteile sind unter www.bger.ch abrufbar. Die publizierten Leitentscheide können zudem in der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts (BGE) nachgeschlagen werden. Nachfolgend werden die wichtigsten Ergebnisse der Analyse präsentiert:

1. Der Anteil der auf der Grundlage des GlG ergangenen und in der BGE publizierten Entscheide (15%) ist hoch im Vergleich zum Anteil der veröffentlichten Bundesgerichtsentscheide in allen anderen Bereichen (3%) (vgl. 4.2).

2. Die Fälle auf der Grundlage des GlG, mit denen sich das Bundesgericht im Beurteilungszeitraum befassen musste, stammen mehrheitlich aus den Kantonen Zürich und Genf, die über grosse städtische Zentren verfügen (vgl. 4.5).

3. Zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde an das Bundesgericht besteht das Arbeitsverhältnis in nur einem Drittel der Fälle fort. Diese haben zudem ausschliesslich Lohndiskriminierungen zum Gegenstand und sind beinahe alle im öffentlichen Sektor angesiedelt. Im Bereich des privaten Arbeitsrechts ist das Arbeitsverhältnis in 93% der Fälle bereits aufgelöst (vgl. 4.8).

4. Einer Beschwerde an das Bundesgericht liegt am häufigsten eine Klage wegen Lohndiskriminierung im öffentlich-rechtlichen Bereich zugrunde (vgl. 4.3, 4.15).

5. Die Gesamtdauer eines Gerichtsverfahrens auf der Grundlage des GlG beträgt im Durchschnitt weniger als vier Jahre. Ein Verfahren vor dem Bundesgericht dauert weniger als ein Jahr, wobei Unterschiede nach zuständigen Abteilungen augenfällig sind (vgl. 4.11).

6. Verbände i.S.v. Art. 7 GlG machen von ihrem Klagerecht wenig Gebrauch. Die neun ermittelten Fälle beziehen sich ausschliesslich auf Lohndiskriminierungsverfahren in der Deutschschweiz (vgl. 4.12).

7. Während Frauen im Allgemeinen viel seltener an das Bundesgericht gelangen als Männer, ist die Anzahl Arbeitnehmerinnen, die auf der Grundlage des GlG an das Bundesgericht rekurrieren, viel grösser. Häufig sind diese Frauen zudem älter als 50 Jahre (vgl. 4.13).

8. Mehr als die Hälfte aller Fälle auf der Grundlage des GlG, mit denen sich das Bundesgericht befassen musste, betreffen Berufe im Gesundheits- oder Bildungswesen (vgl. 4.16).

9. Während auf kantonaler Ebene die Fälle von Diskriminierungen aufgrund von Mutterschaft häufig anzutreffen waren, werden sie äusserst selten an das Bundesgericht weitergezogen (vgl. 4.20). Der Anteil der Fälle in Verbindung mit einer diskriminierenden Entlassung ist auf Bundesebene wesentlich geringer (vgl. 4.23). Beschwerden an das Bundesgericht in Verbindung mit dieser Diskriminierungsart haben sehr oft einen für die arbeitnehmende Partei ungünstigen Ausgang (vgl. 4.37).

10. In etwas mehr als der Hälfte der Beschwerdeverfahren wegen sexueller Belästigung werden die festgestellten Verhaltensweisen nicht als «belästigend» oder «unerwünscht» i.S.v. Art. 4 GlG qualifiziert (vgl. 4.25).

11. Das Bundesgericht wendet Art. 6 GlG zwar nicht strenger als die kantonalen Gerichte an. In der Mehrzahl der Fälle wird die Glaubhaftmachung jedoch nicht anerkannt. Somit wird auch die Diskriminierung als nicht nachgewiesen eingestuft (vgl. 4.26).

12. Dem Bundesgericht steht nur eine eingeschränkte Kognition zu (vgl. 4.27). Eine Beschwerde der arbeitnehmenden Partei wird in lediglich 27% der Fälle gutgeheissen, was jedoch nicht immer bedeutet, dass sie auch den Prozess gewonnen hat. Das Bundesgericht weist nämlich die Sache häufig zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück (vgl. 4.39).

13. In etwas mehr als der Hälfte der Fälle stellt das Bundesgericht die Beschwerde dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann zur Stellungnahme zu (Art. 102 BGG). Es handelt sich ausschliesslich um Fälle, die das Personal öffentlicher Dienste betreffen. Das Bundesgericht folgt der Beurteilung dieser Fachbehörde nur jedes zweite Mal (vgl. 4.28).

1. Ausgangslage

Das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG)[1] ist **seit 01. Juli 1996 in Kraft.** Es untersagt direkte oder indirekte Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, unabhängig davon, ob sie privat- oder öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse betreffen.

Die Wirksamkeit des Gesetzes wurde 2003-2005 im Auftrag des Bundesamtes für Justiz evaluiert.[2] Die wichtigsten Ergebnisse dieser Evaluation wurden im **Bericht des Bundesrates vom 15. Februar 2006** präsentiert.[3] Der Bericht kommt zum Schluss, dass das Gleichstellungsgesetz zu selten angewendet wird und die verschiedenen Möglichkeiten, die es anbietet, «bei den Anwältinnen und Anwälten sowie den Gerichten noch viel zu wenig bekannt sind»[4].

Eine Studie des **Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR)** über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen[5] aus dem Jahr **2016** kommt zum Schluss, dass Betroffene von geschlechtsspezifischen Diskriminierungen im Erwerbsleben auf verschiedene Hindernisse stossen, ihre Ansprüche geltend zu machen, nämlich:

> « … die Beschränkung des Verbandsklagerechts auf Feststellungsklagen, die Beweisschwierigkeiten wegen fehlender Informationen, die fehlende Beweislasterleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und bei sexueller Belästigung sowie die ungenügende Sanktionenregelung. Ein weiterer Punkt stellt das Prozessrisiko dar, mit dem die Gefahr verbunden ist, im Fall des Unterliegens die Prozesskosten der Gegenpartei übernehmen zu müssen». Darüber hinaus «gibt es keine staatliche Stelle mit spezifischen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen gegenüber den Arbeitgebern». Schliesslich «ist die Sensibilisierung aller Beteiligten (Arbeitnehmende, Arbeitgeber, Anwaltschaft, Gerichtsbehörden und weitere staatliche Stellen) trotz der bisher ergriffenen Massnahmen nach wie vor ungenügend».[6]

Auf der Grundlage der SKMR-Studie und in Beantwortung des Postulats 12.3543 Naef bezeichnete **der Bundesrat in seinem Bericht vom 25. Mai 2016** angesichts der nachweislich mangelnden Kenntnisse über «das Antidiskriminierungsrecht» die Sensibilisierung aller Beteiligten über die Schutz- und Beratungsmöglichkeiten bei Diskriminierungsfällen als «kontinuierliche Aufgabe»[7], welche «das Vorhandensein diskriminierungsrelevanter Daten voraussetzt». Er stellte eine eingehende Analyse der Rechtsprechung im Bereich des GlG in Aussicht.[8]

Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) veröffentlichte im Jahr **2017** eine **Analyse von 190 kantonalen Entscheiden nach dem Gleichstellungsgesetz** (GlG).[9]

Die Ergebnisse dieser Studie (nachfolgend: Analyse 2017) wurden in verschiedenen relevanten Kreisen präsentiert, u.a. auch in Solothurn anlässlich der 10. Nationalen Tagung der Schweizerischen Konferenz der Schlichtungsbehörden nach GlG. Bei dieser Gelegenheit ersuchten mehrere Mitglieder das EBG – zusätzlich zur vorhin erwähnten Studie – eine Analyse der *bundesgerichtlichen* Rechtsprechung nach

---

1 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GlG), SR 151.1.

2 STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht.

3 Bericht BR Evaluation GlG, 3161 ff.

4 Bericht BR Evaluation GlG, 3189, 3194.

5 KÄLIN/LOCHER, Synthesebericht, 7. Die verschiedenen Teile der Studie sowie der Stand der Umsetzung der darin abgegebenen Empfehlungen können von der folgenden Website heruntergeladen werden: https://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/publikationen/diskriminierungsstudie.html (besucht am 28.08.2020).

6 Bericht BR Diskriminierung, 9 (Ziff. 2.2.1); HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, 42 f.

7 Bericht BR Diskriminierung, 21 f. (Ziff. 4.3.4).

8 Bericht BR Diskriminierung, 22 (Ziff. 4.3.5).

9 LEMPEN/VOLODER in Zusammenarbeit mit Laetitia Jamet, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015). Forschungsbericht im Auftrag des EBG, Universität Genf, 2017.

dem GlG in Auftrag zu geben, und die Ergebnisse im Jahr 2021, 25 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, zu veröffentlichen.

Am 8. März 2019 beauftragte das EBG die Universität Genf und Frau Karine Lempen, ordentliche Professorin für Arbeitsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät, die vorstehend erwähnte Analyse zusammen mit Herrn Aner Voloder, wissenschaftlichem Mitarbeiter in der Abteilung für Zivilrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät, durchzuführen.[10]

Der Auftrag bezieht sich auf die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem GlG zwischen 2004 (Beginn des Beurteilungszeitraums in der Analyse 2017) und 2019 (Zeitpunkt der Auftragserteilung).

2. Zielsetzung

Die vorliegende Analyse stellt eine Fortsetzung der im vorigen Abschnitt erwähnten Arbeiten dar und soll die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2017 ergänzen, indem sie die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf der Grundlage des GlG über einen Zeitraum von 16 Jahren unter die Lupe nimmt.

Im weiteren Sinne hat sie zum Ziel, einen Beitrag zur Forschung bzgl. Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche zu leisten.[11] Der Bericht schliesst mit Empfehlungen, welche zur Verbesserung des Zugangs zur Justiz in Fällen geschlechtsspezifischer Diskriminierungen im Erwerbsleben beitragen sollen.

3. Methodisches Vorgehen

Die Analyse wurde in folgenden vier Schritten durchgeführt.

3.1 Datensammlung

Die zwischen Januar und Dezember 2019 auf der Website des Bundesgerichts (bger.ch) durchgeführte Recherche ergab 139 ergangene Urteile mit Bezug auf das GlG im Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2019.

3.2 Erarbeitung des Evaluationsrasters

Das in den Jahren 2016-2017 für die Analyse der kantonalen Rechtsprechung verwendete Evaluationsraster wurde in dieser Studie wiederangewendet, um einen Vergleich der Ergebnisse zu ermöglichen. Es ist in acht Abschnitte unterteilt (siehe Anhang 1):

1. Allgemeine Angaben
2. Verfahrensgeschichte
3. Verfahrensparteien
4. Angaben über die ausgeübte Tätigkeit
5. Juristische Analyse
6. Finanzielle Aspekte
7. Ausgang des Verfahrens
8. Anderes

[10] Die statistische Analyse wurde mit Unterstützung von Frau Dr. rer. pol. SILVIA ROTHEN, Inhaberin von Rothen Ecotronics in Bern, durchgeführt. Zudem hat Frau ROXANE HUTMACHER, Rechtsanwältin und Assistenz-Doktorandin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf, den vorliegenden Text sorgfältig durchgelesen. Für ihre wertvollen Beiträge bedanken wir uns recht herzlich bei ihnen.

[11] Für einen Überblick über den Stand der Forschung, vgl. COLÀS-NEILA/YÉLAMOS-BAYARRI.

Die zu behandelnden Fragen wurden überarbeitet, um den Besonderheiten bundesgerichtlicher Verfahren Rechnung zu tragen, insbesondere den verschiedenen Beschwerdearten[12], dem Umstand, dass unser höchstes Gericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 und 118 Abs. 1 BGG), dass es über die Begehren der Parteien nicht hinausgehen darf (Art. 107 Abs. 1 BGG) sowie in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die vorinstanzlichen Behörden zurückweisen kann (Art. 107 Abs. 2 BGG).

3.3 Bestimmung der auswertbaren Entscheide – Analyse der Entscheide

Von den 139 ermittelten Entscheiden (siehe *vorne* 3.1) erwähnen 50 das GlG, ohne es anzuwenden. Auf die Bestimmungen des GlG wird nur vergleichend Bezug genommen, z.B. in Verfahren, die den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV)[13], das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)[14], die Geschlechtergleichstellung ausserhalb des beruflichen Kontexts (Art. 8 Abs. 3 BV)[15] oder Strafverfahren wegen sexueller Belästigung betreffen.[16] Da diese Urteile für die vorliegende Analyse nicht von Belang sind, wurden sie nicht analysiert.

Ebenfalls nicht berücksichtigt wurden drei Nichteintretensentscheide[17] und fünf Urteile, in denen die klagende Partei der sexuellen Belästigung beschuldigt wurde und die gegen sie verhängte Sanktion anficht (nämlich die fristlose Entlassung in drei Fällen).[18]

Schliesslich wurden **81 Urteile** als unmittelbar verwertbar qualifiziert.

In einer Rechtssache können mehrere Entscheide ergehen, wenn das Bundesgericht einen kassatorischen Entscheid fällt und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückweist (Art. 107 Abs. 2 BGG) und gegen diesen neuen kantonalen Entscheid erneut an das Bundesgericht rekurriert wird.

Für jedes der 81 analysierten Urteile wurde ein Evaluationsblatt (vgl. *vorne* 3.2) ausgefüllt.

3.4 Synthese der Untersuchung

Die in den 81 Evaluationsblättern erfassten Antworten wurden in einer Excel-Pivot-Tabelle zusammengetragen, welche schliesslich einen Vergleich und eine Überprüfung der Ergebnisse ermöglichte.

---

[12] In Streitigkeiten nach dem GlG: Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG), Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG).

[13] Siehe z.B. BGer 2C_319/2009, E. 7.2 (Quellensteuer).

[14] Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002, SR 151.3; siehe z.B. BGer 2C_153/2017, E. 8.2.1.

[15] BGer 2C_1051/2016, E. 5 (Wehrpflichtersatzabgabe).

[16] BGer 6B_804/2008, E. 2.2.

[17] BGer 4A_239/2019; 8C_649/2010; 8C_846/2011.

[18] Arbeitsrecht (fristlose Entlassungen sowohl im privat- als auch im öffentlich-rechtlichen Bereich): BGer 4A_105/2018; 2P.19/2004; 8C_422/2013. Strafrecht: BGer 6B_836/2009; 6B_1254/2018. Beachtenswert sind zudem zwei Urteile ohne GlG-Bezug, in denen es um Entlassungen von Arbeitnehmern ging, die ihre Mitarbeiterinnen sexuell belästigt haben: BGer 4A_124/2017 (sexistische Bemerkungen in einer Bar anlässlich eines Abschiedsfests); 4A_251/2009 (Zusendung eines Fotos von erigiertem Glied).

4. Ergebnisse der Analyse

4.1 Anzahl Entscheide nach Jahr (F 1) [19]

Die Tabelle mit der Aufteilung der 81 analysierten Urteile nach Jahren zeigt, dass das Bundesgericht **pro Jahr** im Durchschnitt **fünf Urteile** auf der Grundlage des GlG fällt.[20] Es handelt sich um einen kleinen Teil der gesamten auf die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zurückführenden Rechtsprechung des Bundesgerichts.[21]

Tabelle 1: Anzahl Urteile nach Jahr (n= 81)

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
4	7	4	17	5	9	7	4	1	2	1	3	5	5	4	3

Die besonders hohe Zahl im Jahr 2007 ist darauf zurückzuführen, dass zahlreiche Verfahren auf kantonaler Ebene vor dem 1. Januar 2007, des Datums des Inkrafttretens des BGG, abgeschlossen wurden. Mit diesem Gesetz wurde der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Verfahrens vor dem Bundesgericht abgeschafft[22], darunter auch in Streitigkeiten über Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts (ermässigte Gebühren nach Art. 65 Abs. 4 und 5 BGG, vgl. *hinten* 4.35). Laut Übergangsbestimmungen (Art. 132 BGG) wurden die Beschwerdeverfahren gegen kantonale Entscheide, die bis zum 31. Dezember 2006 ergangen sind, weiterhin nach OG abgewickelt, was für die Verfahrensparteien geringere Kosten zur Folge hatte.[23]

4.2 Anzahl Leitentscheide, BGE (F 2)

Alle Urteile des Bundesgerichts sind unter www.bger.ch verfügbar. Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung [24] sind zudem in der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE) veröffentlicht. «Über die Veröffentlichung bestimmt die zuständige Abteilung» (Art. 58 Abs. 2 BGerR). Die in der BGE publizierten Urteile haben in Justizkreisen einen höheren Bekanntheitsgrad.[25]

Im Jahr 2019 wurden von 7'937 erledigten Geschäften (in sämtlichen Angelegenheiten) nur 231 Urteile (2,9 %) in der BGE veröffentlicht.[26]

Der Anteil der auf der Grundlage des GlG publizierten Urteile ist vergleichsweise höher. Von den 81 Urteilen, die darauf basierend zwischen 2004 und 2019 gefällt wurden, wurden zwölf (14,8%) als veröffentlichungswürdig (BGE) eingestuft.

Die Erste sozialrechtliche Abteilung qualifizierte die meisten Entscheide als «von grundsätzlicher Bedeutung» (acht von insgesamt 21 Urteilen in Anwendung des GlG). Die übrigen Abteilungen veröffentlichten ihre GlG-Urteile viel seltener: die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung (ein Urteil), die Zweite

---

[19] Die Abkürzung (F *x*) bezieht sich auf die Nummer der Frage im Evaluationsraster (vgl. Anhang 1).

[20] Rechnen wir die sieben Urteile, die nach der Beschwerde eines der sexuellen Belästigung beschuldigten Mitarbeiters ergangen sind, hinzu (vgl. FN 18), ergibt sich ein Jahresdurchschnitt von 5.55 (n=88).

[21] Zum Vergleich: Im Jahr 2019 erledigte das Bundesgericht 134 Geschäfte in arbeitsvertraglichen Angelegenheiten (Privatrecht) und 71 Geschäfte im Bereich des öffentlichen Personalrechts (Geschäftsbericht 2019, 28-30).

[22] BBl 2001 4304.

[23] Vgl. CS/LTF-FERRARI, N 5-6 zu Art. 132 BGG.

[24] Ein solches Urteil «bezieht sich auf eine für die Anwendung des Bundesrechts bedeutsame Rechtsfrage, die noch nicht behandelt wurde oder die zwar bereits behandelt wurde, aber aufgrund neuer Argumente oder infolge notwendiger Präzisierung bestehender Rechtsprechung, erneut geprüft werden musste» (CS/LTF-WURZBURGER, N 8 zu Art. 27 BGG).

[25] BGE 134 III 534 (Haftung i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR); CS/LTF-WURZBURGER, N 9 zu Art. 27 BGG.

[26] Geschäftsbericht 2019, 12.

öffentlich-rechtliche Abteilung (zwei Urteile) und die Erste zivilrechtliche Abteilung (ein Urteil[27] von insgesamt 30, die sie im Zeitraum 2004-2019 fällte, siehe *hinten* 4.3).

Solche Unterschiede lassen sich mit den verschiedenen Behandlungskompetenzen zwischen den Abteilungen erklären. Die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen, und ab 2009 auch die Erste sozialrechtliche Abteilung (vgl. Art. 34 lit. h BGerR), behandeln Beschwerden im Bereich des öffentlichen Personalrechts und müssen häufig über die Einstufungen bestimmter Berufsgruppen in den Lohnsystemen der Kantone oder Gemeinden entscheiden. Es ist davon auszugehen, dass diese Fälle häufiger Grundsatzfragen aufwerfen als Streitigkeiten im privatrechtlichen Bereich.

Die zwölf publizierten Urteile (BGE) beziehen sich in acht Fällen auf Lohndiskriminierungen[28], in drei Fällen auf Anstellungsdiskriminierungen[29] und in einem Fall auf eine Rachekündigung[30]. Im Beurteilungszeitraum der Analyse wurde kein Urteil bzgl. sexueller Belästigung am Arbeitsplatz veröffentlicht.[31]

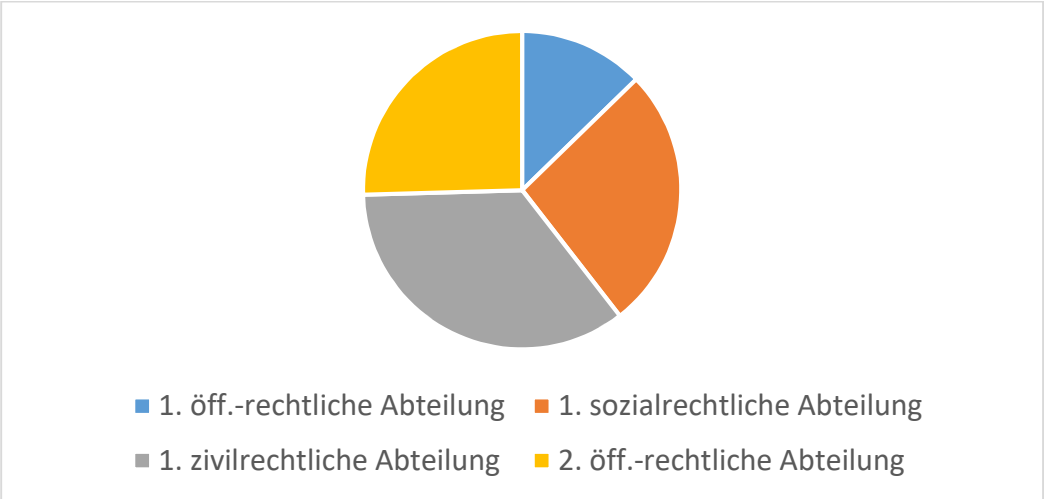
4.3 Anzahl Entscheide nach Abteilung des Bundesgerichts (F 3)

Die bis zum 31. Dezember 2008 eingeleiteten Beschwerdeverfahren im Bereich des öffentlichen Personalrechts wurden von den beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts behandelt. Zwischen 2004 und 2009 fällte die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung zehn Urteile (12,35%)[32] und die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung deren 20 (24,69%)[33]. Ab 2009 wurden Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Personalrechts der Ersten sozialrechtlichen Abteilung übertragen (Art. 34 lit. h BGerR), welche zwischen 2010 und 2019 21 Urteile (25,93%) fällte.[34]

Die das öffentliche Personalrecht betreffenden Fälle machen die Mehrheit (63%) aller Fälle auf der Grundlage des GlG aus (vgl. *hinten* 4.15, und für eine mögliche Erklärung 4.36). Die Erste zivilrechtliche Abteilung fällte insgesamt 30 Urteile[35] (37%) zwischen 2004 und 2019.

[27] BGE 133 II 545 (das einzige im Beurteilungszeitraum dieser Analyse veröffentlichte Urteil, welches sich auf ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis bezieht).
[28] BGE 131 II 393 (SO); 133 II 545 (GE); 136 II 393 (SG); 138 II 1 (ZH); 141 II 411 (AG); 142 II 49 (BL); 143 II 366 (AG); 144 II 65 (SH).
[29] BGE 131 II 361 (FR); 133 II 257 (GE); 145 II 153 (Bv).
[30] BGE 144 II 345 (Bv).
[31] Zu Art. 4 GlG wurde unseres Wissens bislang nur ein Urteil veröffentlicht: BGE 126 III 395 (2000).
[32] 2007 (1), 2008 (2), 2009 (7).
[33] 2004 (2), 2005 (3), 2006 (2), 2007 (12), 2008 (1).
[34] 2010 (4), 2011 (2), 2013 (1), 2015 (2), 2016 (3), 2017 (4), 2018 (3), 2019 (2).
[35] 2004 (2), 2005 (4), 2006 (2), 2007 (4), 2008 (2), 2009 (2), 2010 (3), 2011 (2), 2012 (1), 2013 (1), 2014 (1), 2015 (1), 2016 (2); 2017 (1); 2018 (1), 2019 (1).

Abbildung: Anzahl Urteile nach Abteilung des Bundesgerichts (n=81)



4.4 Verfahrenssprache (F 4)

Von den 81 analysierten Urteilen sind 49 (60,49%) in deutscher, 31 (38,27%) in französischer und ein Urteil (1,23%) in italienischer Sprache verfasst.

Die Verteilung nach Landessprachen entspricht in etwa derjenigen, die sich bei der Berücksichtigung sämtlicher vom Bundesgericht behandelten Fälle zeigt, mit Ausnahme der unterdurchschnittlichen Vertretung der italienischen Sprache.[36] In dieser Analyse stammt nämlich nur ein Fall aus der italienisch-sprachigen Schweiz.[37]

4.5 Anzahl Entscheide nach Kanton (F 5)

Die Anzahl der Fälle, die an das Bundesgericht weitergezogen wurden, variiert stark vom Kanton zu Kanton.

Tabelle 2: Anzahl Urteile nach Kanton (n=81)

AG	AR	BE	BL	BS	FR	GE	NE	SG	SH	SO	TI	VD	VS	ZG	ZH	*Bv*
7	1	2	2	2	4	17	1	4	1	3	1	6	1	1	22	6

Von den 81 analysierten Entscheiden stammen 22 aus dem Kanton Zürich und 17 aus dem Kanton Genf.

Bereits die Analyse von 2017 ergab, dass die meisten auf dem GlG basierenden Klagen aus diesen beiden Kantonen mit grossen städtischen Zentren stammen[38], in denen auch mehrere auf das Gleichstellungsrecht spezialisierte Anwält_innen tätig sind.

Auf der anderen Seite stammen nur wenige Bundesgerichtsentscheide aus den Kantonen Bern, Basel-Stadt und Basel-Landschaft (jeweils zwei). Bei der Analyse 2017 wurde hingegen mehr Rechtsprechung aus diesen Kantonen ermittelt[39]. Diese Fälle sind wohl nicht ans Bundesgericht weitergezogen worden.

[36] Von den 7937 Verfahren, die das Bundesgericht im Jahr 2019 erledigte, wurden 4781 (60,2%) auf Deutsch, 2717 (34,2%) auf Französisch und 439 (5,6%) auf Italienisch geführt (Geschäftsbericht 2019, 19).
[37] BGer 4C.138/2005.
[38] Analyse 2017, 11: Anzahl Entscheide nach Kanton (n= 204): GE (83), ZH (48); Vgl. auch Bericht BR Evaluation GlG, 3170.
[39] Analyse 2017, 11: Anzahl Entscheide nach Kanton (n= 204): BE (9), BL (14), BS (14).

Von den Kantonen, die in der obigen Tabelle nicht aufgeführt sind, waren einige in der Statistik der Analyse 2017 vertreten (GR, LU, TG, SZ, UR)[40], während die anderen (AI, GL, JU, NW, OW) vollständig fehlen. Die Tatsache, dass in den letztgenannten Kantonen keine Verfahren auf der Grundlage des GlG ermittelt wurden, lässt sich u.a. auch mit ihrer Grösse oder dem Fehlen von Fachstellen für Gleichstellung erklären.

Schliesslich konnten sechs von 81 analysierten Urteilen keinem Kanton zugeordnet werden, da ihnen Arbeitsverhältnisse in der Bundesverwaltung zugrunde liegen.[41]

4.6 Zusammensetzung des Gerichts (F 6)

«Die Abteilungen entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen» (Art. 20 Abs. 1 BGG). Sie entscheiden in Fünferbesetzungen «über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters oder einer Richterin» (Art. 20 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht fällte 49 von 81 Urteilen (60,5%) in der Dreier-[42] und 32 von 81 Urteilen (39,5%) in der erweiterten Besetzung von fünf Richter_innen.[43]

Das BGG schreibt in Streitigkeiten nach GlG keine paritätische Zusammensetzung des Spruchkörpers vor. Allerdings berücksichtigt der Präsident oder die Präsidentin der zuständigen Abteilung bei seiner Bildung «die Mitwirkung von Mitgliedern beiderlei Geschlechts in Fällen, in denen es die Natur der Sache als angezeigt erscheinen lässt» (Art. 40 Abs. 2 lit. c BGerR).

Die analysierten Urteile (81) werden zumeist in einer geschlechtergemischten Zusammensetzung gefällt, zu der mindestens eine Frau oder ein Mann gehört (51). Es konnten jedoch mehrere GlG-Fälle ermittelt werden, in denen das Urteil nur von Männern (19) oder nur von Frauen (11) gefällt wurde. Zwischen dem Geschlecht der Richter_innen und dem Ausgang des Verfahrens (zugunsten oder zuungunsten der arbeitnehmenden Partei, vgl. *hinten* 4.37) konnte allerdings keine Verbindung hergestellt werden. Dasselbe gilt für das Alter der Richter_innen oder ihre Zugehörigkeit zu einer politischen Partei.

4.7 Vertretung der arbeitnehmenden Partei (F 7)

In Zivilsachen «können Parteien vor Bundesgericht nur von Anwälten und Anwältinnen vertreten werden […]» (Art. 40 Abs. 1 BGG). Die Bedingung gilt hingegen nicht für Verfahren, die sich auf das öffentliche Personalrecht beziehen.

In einer überwiegenden Mehrheit der Fälle (75 von 81, **92,6%**) wird **die arbeitnehmende Partei** dennoch **anwaltlich vertreten**.

Unter den sechs übrigen Fällen ohne anwaltliche Vertretung (7,4%) befinden sich vier, in denen die arbeitnehmende Partei selbst über eine juristische Ausbildung verfügt. [44]

---

[40] Analyse 2017, 11: Anzahl Entscheide nach Kanton (n=204): GR (3), LU (3), TG (2), SZ (1), UR (1).

[41] BGE 144 II 345; BGE 145 II 153; BGer 2A.127/2006; 2A.453/2003; 2A.597/2003; 8C_605/2016.

[42] Die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung (8), die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung (9), die Erste zivilrechtliche Abteilung (28), die Erste sozialrechtliche Abteilung (4).

[43] Die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung (2), die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung (11), die Erste zivilrechtliche Abteilung (2), die Erste sozialrechtliche Abteilung (17).

[44] Darunter ein Fall, in dem eine Rechtsanwältin in eigener Sache Beschwerde in Zivilsachen führt: BGer 4A_12/2007, publiziert als BGE 133 III 545. Die übrigen Verfahren ohne anwaltliche Vertretung betreffen öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse: BGer 2A.597/2003; 2A.279/2004 (=BGE 131 II 393); 2A.509/2006; 8C_1006/2012; 8C_134/2018 (=BGE 144 II 345).

4.8 Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (F 8 und F 9)

67 Urteile geben Hinweise auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses während des Gerichtsverfahrens (37 Fälle sind öffentlich-rechtlich und 30 privatrechtlich).

In 34 Fällen (**50,7%**), d.h. in etwas mehr als der Hälfte, besteht das Arbeitsverhältnis **zum Zeitpunkt der Klageerhebung** bei einer Schlichtungsbehörde oder einem Gericht weiter.[45] Von diesen 34 Fällen betreffen jedoch nur sechs Fälle privatrechtliche Arbeitsverhältnisse (gegenüber 28 Fällen, die im öffentlich-rechtlichen Bereich angesiedelt sind).

Wird der Fokus auf die 30 Fälle im privatrechtlichen Bereich gelegt, kann festgestellt werden, dass das Arbeitsverhältnis in sechs Fällen (20%) fortbesteht und in 24 Fällen (80%) bereits aufgelöst wurde.[46]

Zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung beim Bundesgericht, bzw. mehrere Jahre nach der Klageerhebung besteht das Arbeitsverhältnis in lediglich 21 Fällen fort (**31.3%**). In zwei Fällen handelt es sich um privat- und in 19 Fällen um öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.

Werden wiederum ausschliesslich die 30 Fälle im Bereich des Privatrechts betrachtet, so zeigt sich, dass lediglich in zwei Fällen (6,7%) die Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein Thema ist.[47] In 28 Fällen (93,3%) ist dem Sachverhalt zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis beendet wurde.[48]

Wie bereits vor 15 Jahren festgestellt wurde, führen Klagen aufgrund des GlG sehr häufig zum Arbeitsplatzverlust, insbesondere im Bereich des privaten Arbeitsrechts. [49]

Eine Analyse nach **Diskriminierungsarten** zeigt, dass Klagen wegen sexueller Belästigung in fast allen Fällen (neun von zehn) erst nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhoben werden. Bis zum Entscheid des Bundesgerichts ist das Arbeitsverhältnis in allen Fällen (zehn von zehn) beendet.

Fälle, in denen das Arbeitsverhältnis trotz des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens fortgesetzt wird, betreffen ausschliesslich Klagen wegen Lohndiskriminierung. Im öffentlich-rechtlichen Bereich werden diese oft von mehreren Personen erhoben, manchmal gleichzeitig mit Verbandsklagen (Art. 7 GlG, vgl. 4.12), in denen es darum geht, diskriminierende Lohneinreihungen für bestimmte Berufsgruppen feststellen zu lassen. Unter diesen Umständen ist eine Entpersonalisierung des Konflikts und damit auch die Beibehaltung von Arbeitsplätzen möglich.

4.9 Rechtliche Grundlagen (F 11 und F 12)

In der Mehrheit (55) der 81 analysierten Entscheide (68%) beruft sich die arbeitnehmende Partei neben dem GlG auch auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (25 von 55, d.h. 45%) bzw. auf die Bestimmungen des jeweiligen Personalgesetzes (30 von 55, d.h. 55%).

Selten stützt sich eine Klage ausschliesslich auf das GlG (26 Fälle, 32%), was Folgen bei der Auferlegung der Gerichtskosten hat (vgl. 4.35).

---

[45] Das Arbeitsverhältnis ist in 33 Fällen bereits aufgelöst (49,2%). Davon handelt es sich um 9 Fälle im privatrechtlichen Bereich.

[46] Bei den 37 öffentlich-rechtlichen Fällen dagegen besteht das Arbeitsverhältnis in 28 Fällen fort (75,7%), während es in 9 Fällen (24,2%) bereits aufgelöst ist.

[47] BGer 4A _449/2008 (Sozialarbeiterin in einer Stiftung) und BGer 4C.138/2005 (Journalistin bei der RSI).

[48] Was die 37 öffentlich-rechtlichen Fälle betrifft: Die Arbeitsverhältnisse bestehen in 19 Fällen (51,3%) fort und enden in 18 Fällen (48,6%), d.h. in etwas weniger als der Hälfte.

[49] Bericht BR Evaluation GlG, 3170f; Vgl. auch Analyse 2017, 14.

Lediglich zwei Entscheide nehmen Bezug auf das UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW).[50] Der erste, dem eine Klage wegen Lohndiskriminierung aufgrund von Mutterschaft zugrunde liegt, erinnert an die direkte Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen (insbesondere Art. 11 Abs. 2 lit. b CEDAW, der das Recht auf bezahlten Mutterschaftsurlaub ohne Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes, des Dienstalters oder Sozialleistungen festschreibt).[51] Der zweite, der sich auf eine Beschwerde wegen Anstellungsdiskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bezieht, stellt lediglich fest, die arbeitnehmende Partei habe nicht darlegen können, inwiefern sich aus der CEDAW ein Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ergeben würde.[52]

4.10 Durchführung einer Schlichtungsverhandlung (F 13)

Seit 1. Januar 2011 geht dem Entscheidverfahren in Zivilsachen ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO).[53] In Streitigkeiten nach dem GlG «kann die klagende Partei jedoch einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten» (Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO). Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen unterscheiden sich die Regelungen bzgl. Durchführung einer Schlichtungsverhandlung vom Kanton zu Kanton.

In **79%** der Fälle (64 von 81) fand **kein Schlichtungsversuch** statt.[54] Die 2017 durchgeführte Analyse der kantonalen Rechtsprechung ergab einen deutlich geringeren Anteil Verfahren ohne Schlichtungsversuch (41%).[55] Fälle, in denen eine Schlichtungsverhandlung also von vornherein als überflüssig bzw. erfolglos eingestuft wird, werden eher bis an das Bundesgericht weitergezogen.

In nur 21% der Fälle (17 von 81) wurde eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt. Es handelt sich hauptsächlich um Lohndiskriminierungsprozesse (elf von 17). Ein Schlichtungsversuch findet in Fällen von sexueller Belästigung, diskriminierender Kündigungen oder Anstellungsdiskriminierungen selten statt.

Die Analyse nach Kantonen zeigt, dass im Aargau (fünf von sieben Fällen) und in Freiburg (drei von vier Fällen) Schlichtungsverhandlungen häufig stattfinden. Auf der anderen Seite beginnen Prozesse, die bis ans Bundesgericht weitergezogen werden, in Genf (zwei von 17 Fällen) und in Zürich (ein von 22 Fällen) selten mit einer Schlichtungsverhandlung.

Das Schlichtungsverfahren ist für das Bundespersonal freiwillig.[56] Keines der sechs Urteile, denen eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer, vgl. 4.5) zugrunde liegt, enthalten Angaben über eine vorhin durchgeführte Schlichtungsverhandlung.

---

[50] SR 0.108.
[51] BGer 8C_605/2016, E. 6.3 bezugnehmend auf BGE 137 I 305 (Nichtfortführung der Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zug), E. 3.2.
[52] BGE 145 II 153, E. 4.5.2.
[53] Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.
[54] Fast zwei Drittel der Fälle ohne Schlichtungsversuch (65%) betreffen öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.
[55] Analyse 2017, 13.
[56] Art. 8 Abs. 1. der Verordnung über die Schlichtungskommission gemäss Gleichstellungsgesetz vom 10. Dezember 2004, SR 172.327.1.

4.11 Verfahrensdauer (F 15 und F 16)

Die **Gesamtdauer** eines auf der Grundlage des GlG durchgeführten Verfahrens (von der Anrufung einer Schlichtungsbehörde oder eines erstinstanzlichen Gerichts bis zum Bundesgerichtsentscheid) beträgt im Durchschnitt **etwas weniger als vier Jahre** (46,6 Monate).[57]

Das Verfahren vor dem **Bundesgericht** dauert durchschnittlich **weniger als ein Jahr** (9.2 Monate).[58]

Dabei variiert die Dauer der bundesgerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem GlG von Abteilung zu Abteilung. Das Verfahren vor der Ersten zivilrechtlichen Abteilung dauert nur 6.4 Monate, während das Verfahren vor der Ersten sozialrechtlichen Abteilung 11,4 Monate dauert.[59] Dieser Unterschied dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Erste sozialrechtliche Abteilung häufiger als die Erste zivilrechtliche Abteilung in einer Fünferbesetzung tagt (Art. 20 Abs. 2 BGG, vgl. 4.6). Zudem lädt die Erste sozialrechtliche Abteilung das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) oft dazu ein, Stellung zu einem Fall zu beziehen (Art. 102 BGG), während die Erste zivilrechtliche Abteilung dies nie tut (vgl. 4.28). Schliesslich ist davon auszugehen, dass diesbezüglich auch die Gesamtzahl der vor den verschiedenen Abteilungen behandelten Fälle eine Rolle spielt.[60]

4.12 Verfahrensparteien und Verbandsklagen (F 17-20)

In allen 81 untersuchten Fällen erhebt **am Anfang** die arbeitnehmende Partei eine Klage nach dem GlG, welche sich gegen die arbeitgebende Partei richtet.

Im Rahmen der vorliegenden Analyse konnten neun Urteile ermittelt werden, die darauf hindeuten, die Klage wurde von einem oder mehreren **Verbänden** i.S.v. Art. 7 GlG erhoben. In vier Fällen (alle bzgl. des Lohnsystems der Stadt Zürich) klagen Verbände ohne natürliche Personen auf Feststellung einer Diskriminierung.[61] In fünf weiteren Fällen (darunter einige in der gleichen Sache in den Kantonen Aargau und St. Gallen) wird die Verbandsklage (Art. 7 GlG) gleichzeitig mit der Klage der natürlichen Personen auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG) erhoben.[62] Sämtliche Verbandsklagen stammen aus der Deutschschweiz und beziehen sich auf Lohndiskriminierungen im öffentlichen Dienst.

Vom Verbandsklagerecht i.S.v. Art. 7 GlG wird also wenig Gebrauch gemacht[63], insbesondere in der lateinischen Schweiz, oder auch wenn es darum geht, Diskriminierungen im privatrechtlichen Bereich aus anderen Gründen als Lohn(un)gleichheit, wie z.B. Beförderungsdiskriminierung, geltend zu machen.[64]

---

[57] Medianwert: 39 Monate.
[58] Medianwert: 9 Monate.
[59] Die erste öffentlich-rechtliche Abteilung: 12,2 Monate; die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung: 9,6 Monate.
[60] Im Jahr 2019 wurden 725 Geschäfte in der Ersten zivilrechtlichen und 874 in der Ersten sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts eingereicht (Geschäftsbericht 2019, 9).
[61] BGer 2A.93/2007 und 2A.94/2007; 2A.95/2007 und 2A.96/2007; 2A.97/2007 und 2A.98/2007; 8C_119/2005.
[62] BGer 8C_696/2016 (3 Verbände, ZH); 8C_693/2016 = BGE 143 II 366 (3 Verbände, AG); 8C_366/2014 = BGE 141 II 411 (1 Verband, AG); 8C_1012/2010 (6 Verbände, SG); 8C_78/2009 = BGE 136 II 393 (6 Verbände, SG).
[63] Bei der im Jahr 2006 veröffentlichten Evaluation des Gleichstellungsgesetzes wurden von insgesamt 269 Fällen lediglich 32 Verbandsklagen identifiziert (11%). Vgl. Bericht BR Evaluation GlG, 3175. Vgl. auch Analyse 2017, 16 f.: Unter insgesamt 190 Urteilen finden sich nur acht Verbandsklagen (4.2%), davon wurden drei gemeinsam mit natürlichen Personen erhoben.
[64] Unseres Wissens bezieht sich eine einzige Verbandsklage nach Art. 7 GlG auf eine andere Diskriminierungsart als Entlöhnung. Für eine Zusammenfassung dieses etwas älteren Verfahrens, das zu keinem Bundesgerichtsentscheid führte, siehe www.leg.ch/jurisprudence VD 06.08.2003 (Ablehnung der Beförderung infolge Mutterschaft; Klagebefugnis der Association vaudoise pour les droits de la femme).

Eine Beschwerde an das **Bundesgericht** wird am häufigsten (64,2%) von der arbeitnehmenden Partei (natürliche Personen und/oder Verbände i.S.v. Art. 7 GlG) eingereicht. Seltener reicht sie die arbeitgebende Partei (21%) ein. In einer Minderheit aller Fälle (14,8%) rufen beide Parteien gleichzeitig das Bundesgericht an. Zählen wir die letztgenannten Fälle zu den Fällen hinzu, in denen nur die arbeitnehmende Partei an das Bundesgericht gelangt, so zeigt sich, dass **die arbeitnehmende Partei in 79% aller Fälle an das Bundesgericht rekurriert**.[65] Dieser Prozentsatz ist zweifellos auf die hohe Zahl der für die arbeitnehmende Partei ungünstig endenden kantonalen Verfahren zurückzuführen.[66]

In sechs Fällen reichen Verbände eine Beschwerde beim Bundesgericht ein, davon in drei Fällen mit den direkt betroffenen Einzelpersonen.

4.13 Angaben über die arbeitnehmende Partei (F 21-24)

Nur wenige von den insgesamt 81 Bundesgerichtsentscheiden auf der Grundlage GlG (sechs Fälle, 7,4%) gehen auf die Beschwerde einer arbeitnehmenden Person männlichen **Geschlechts** zurück. Die Mehrheit der natürlichen Personen, die ans Bundesgericht gelangen, sind Frauen (54 Fälle, 66,7%).[67] Allgemein betrachtet, wenden sich Frauen jedoch viel seltener als Männer an das höchste Gericht .[68]

24 Urteile geben Auskunft über das **Alter** der arbeitnehmenden Partei zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung. In nur einem Fall (4,2%) ist die arbeitnehmende Partei jünger als 35. In sechs Fällen (25%) gehört sie der Altersgruppe 35-50 Jahre an. In 17 Fällen (70,8%) ist die arbeitnehmende Partei älter als 50 Jahre. Dieser Anteil mag darauf zurückzuführen sein, dass das Alter oft erst dann (bspw. zusammen mit dem Dienstalter) [69] thematisiert wird, wenn es voranschreitet und besondere Schutzpflichten hervorruft (Art. 328 OR).[70] Es kann auch davon ausgegangen werden, dass Frauen unter 50 Jahren, insbesondere Mütter von Kleinkindern, aus Zeitmangel in den meisten Fällen darauf verzichten, bis vor Bundesgericht zu gehen.

Die Existenz von **Kindern** wird in elf Entscheiden erwähnt. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Beschwerden über diskriminierende Kündigungen infolge Mutterschaft.[71]

Nur fünf Urteile erwähnen den **Zivilstand** der arbeitnehmenden Partei: verheiratet (2), geschieden (2) oder ledig (1). In der vorliegenden Analyse konnten keine Fälle von Diskriminierung aufgrund des Zivilstands ermittelt werden (Art. 3 Abs. 1 GlG, vgl. 4.20).

---

[65] Die arbeitgebende Partei rekurriert (allein oder zur gleichen Zeit wie die arbeitnehmende Partei) in 35.8% der Fälle.

[66] Gemäss Analyse 2017 (vgl. Seite 29) ist der Verfahrensausgang in 62.5% der Fälle (n=165) vollumfänglich oder mehrheitlich ungünstig für die arbeitnehmende Partei.

[67] Die verbleibenden Prozentsätze beziehen sich auf die Beschwerden, die durch juristische Personen (Arbeitgebende) oder Verbände i.S.v. Art. 7 GlG eingereicht werden.

[68] Dies geht aus einer Studie des SKMR über den Zugang zur Justiz hervor, welche 4'383 Bundesgerichtsentscheide über alle Angelegenheiten hinweg und einen Zeitraum von 18 Monaten umfasste. Der Unterschied zwischen den Geschlechtern ist im Bereich des Vertragsrechts, zu dem auch das private Arbeitsrecht gehört, besonders ausgeprägt. Vgl. WYTTENBACH/BRAUN, 7-11.

[69] Von den 17 Urteilen, in denen die Arbeitnehmerin älter als 50 Jahre ist, geben neun an, dass sie ein Dienstalter von mehr als zehn Jahren erreicht hat. Zur Dauer von Arbeitsverhältnissen siehe *hinten* 4.17.

[70] Vgl. BGE 132 III 115; BGer 4A_384/2014; LEMPEN, Licenciement, 83-86.

[71] Dies ist in acht von elf Entscheiden der Fall. Bei den drei übrigen Fällen handelt es sich um eine Klage wegen Rachekündigung i.S.v. Art. 10 GlG und zwei Klagen wegen Lohndiskriminierungen, von denen eine zum BGer 8C_605/2016 führte (Berücksichtigung von mutterschaftsbedingten Abwesenheiten bei der Bewertung der Arbeitsleistung).

Zwei Urteile weisen darauf hin, dass die arbeitnehmende Partei eine **ausländische Staatsangehörigkeit** besitzt.

Die **Religion** (Christentum [72], Islam[73]) wird in zwei Entscheiden erwähnt.

In keinem der Entscheide ist die Rede von einer **Behinderung** der arbeitnehmenden Partei.

4.14 Art des Arbeitsvertrags (F 26), Beschäftigungsgrad (F 27), Kaderfunktion (F 30)

In den meisten Fällen (95%)[74] steht die arbeitnehmende Partei in einem Arbeitsverhältnis von unbefristeter **Dauer**.

In der Zeit vor der Klageerhebung arbeitet die arbeitnehmende Partei in 27 Fällen (67,5%) mit einem **Beschäftigungsgrad** von 100%. In 13 Fällen (32,5%) ist sie teilzeitbeschäftigt.[75]

In 56 Fällen (76,8%) hat die arbeitnehmende Partei keine ihr unterstellten Mitarbeitenden. In 15 Fällen (18%)[76] hat sie eine **leitende Funktion**. Im Allgemeinen arbeiten nach Angaben des Bundesamtes für Statistik weit mehr Frauen «ohne eine leitende Funktion» als Männer.[77]

4.15 Art des Arbeitsverhältnisses (F 3 und F 28)

Wie vorne erwähnt (vgl. 4.3), betreffen von den 81 analysierten Entscheiden 30 privatrechtliche (37%) und 51 öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (63%).

Bereits die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes aus dem Jahr 2005 zeigte, dass «gut die Hälfte der Gerichtsentscheide (54%) öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse betraf».[78]

4.16 Branche (F 29)

Tabelle 3: Betroffene Branche (n = 80[79])

Anzahl Fälle	Branche
24	**Gesundheit**
19	Bildung
17	Dienstleistungen
7	Eidg., kantonale oder kommunale Verwaltung
5	Handel/Detailhandel
2	Hotel- und Gastgewerbe
2	Medien
1	Industrie
1	Justizwesen, Recht
1	Versicherungen
1	Kultur

[72] BGer 4A_178/2010 (sexuelle Belästigung, Hinweis auf die «Empfindlichkeit als Frau und Christin» bei der Mitarbeiterin eines Bistums).
[73] BGer 4C.473/2004 (Entlassung einer Bibliothekarin, die mit der Einrichtung eines islamischen Kulturzentrums beauftragt war).
[74] In 57 der 60 Fälle mit verfügbaren Angaben. In drei Fällen (5%) war der Arbeitsvertrag befristet.
[75] Von 40 Fällen mit verfügbaren Angaben. Die Analyse 2017 kommt zu ähnlichen Ergebnissen, 15.
[76] Von 71 Fällen mit verfügbaren Angaben. Von diesen 15 Führungskräften waren fünf männlichen Geschlechts.
[77]< https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/erwerbstaetigkeit/berufliche-stellung.html > (besucht am 30.10.2020).
[78] Bericht BR Evaluation GlG, 3170.
[79] Einer von 81 analysierten Entscheiden enthält keine Angaben über die betroffene Branche.

Mehr als die Hälfte der Fälle betreffen das Gesundheits- (30%) oder das Bildungswesen (23,7%).

Die Gesundheits- und Pflegebranche ist diejenige mit den höchsten Fallzahlen. 18 von 24 Fällen beziehen sich zudem auf Lohngleichheitsklagen im Kanton Zürich.[80]

Bereits die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes zeigte, dass « gut jeder fünfte Entscheid Pflegeberufe betraf» und Erwerbstätige in diesen Berufsgruppen «am häufigsten wegen Lohndiskriminierungen klagten».[81]

4.17 Dauer des Arbeitsverhältnisses (F 31)

Tabelle 4: Dauer des Arbeitsverhältnisses (in Jahren)

Anzahl Fälle mit verfügbaren Angaben (n=66)	Dauer
4 (6%)	0 (kein Arbeitsverhältnis, Anstellung)
4 (6%)	< 1
22 (33.3%)	**1 – 5**
15 (22.7%)	6 – 10
21 (31.8%)	**> 10**

Wie bereits in der Analyse von 2017 festgestellt[82], werden Diskriminierungsklagen oft in den ersten fünf Jahren nach Anstellungsbeginn erhoben.

Die vorliegende Analyse stellt zudem fest, dass in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen die arbeitnehmende Partei ein Dienstalter von mehr als zehn Jahren erreicht hat.[83]

4.18 Direkte oder indirekte Diskriminierung (F 33)

73 Urteile (von 81) beantworten die Frage, ob die (geltend gemachte oder festgestellte) Diskriminierung direkt oder indirekt war (Art. 3 Abs. 1 GlG).[84] Die ausschliesslich auf sexueller Belästigung (Art. 4 GlG) oder Rachekündigung (Art. 10 GlG) beruhenden Fälle werden hierbei nicht berücksichtigt (vgl. 4.26).

Während die Analyse 2017 zeigte, dass die kantonalen Instanzen einen viel geringeren Anteil an Fällen indirekter Diskriminierungen beurteilen mussten[85], kommt die vorliegende Analyse zum Schluss, dass Klagen wegen direkter und indirekter Diskriminierungen in Fällen, die bis ans Bundesgericht weitergezogen werden, in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.

Eine knappe Mehrheit der Entscheide (37 Fälle, 50,6%) betrifft Fälle von direkten Diskriminierungen. Bei 36 Fällen (49,3%) handelt es sich um Diskriminierungen indirekter Art.

Die in der vorliegenden Analyse ermittelten und aus juristischer Sicht oft komplexen Fälle indirekter Diskriminierungen beziehen sich ausnahmslos auf Lohndiskriminierungsklagen im öffentlichen Sektor.

[80] Vgl. auch Analyse 2017, 16.
[81] Bericht BR Evaluation GlG, 3170.
[82] Analyse 2017, 15.
[83] Zum Alter der arbeitnehmenden Partei, vgl. 4.13.
[84] Bei den übrigen acht Fällen (von insgesamt 81) handelt es sich um fünf Fälle sexueller Belästigung (Art. 4 GlG), zwei Fälle von Rachekündigungen (Art. 10 GlG) und einen Fall, in dem es sowohl um sexuelle Belästigung als auch um Rachekündigung (unter Ausschluss anderer durch das GlG untersagten Diskriminierungsarten) geht.
[85] Vgl. Analyse 2017, 19: 30.5% (indirekt) und 70.3% (direkt).

4.19 Angemessene Massnahmen (F 34)

Von den 81 analysierten Entscheiden befasst sich nur einer mit der Frage der angemessenen Massnahmen i.S.v. von Art. 3 Abs. 3 GlG. Es handelt sich um BGE 131 II 361, in dem das Bundesgericht die Bedingungen festlegt, unter denen eine Zielvorgabe vorgesehen werden kann, um die Einstellung des unterrepräsentierten Geschlechts in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis (in diesem Fall Lehrkörper der Universität Freiburg) zu fördern.[86] Unseres Wissens musste sich das Bundesgericht noch nie über den Erlass angemessener Massnahmen im Rahmen privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse äussern.

4.20 Diskriminierungsgrund (F 35)

Lassen wir die Fälle der sexuellen Belästigung und Rachekündigung, denen die beiden Sonderbestimmungen (Art. 4 GlG bzw. Art. 10 GlG) zugrunde liegen, ausser Betracht, sieht die Verteilung der Entscheide nach Diskriminierungsgrund i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GlG wie folgt aus:

Tabelle 5: Diskriminierungsgrund (Art. 3 Abs. 1 GlG) (n=73)

Anzahl Fälle	In %	Grund
67	91.8%	Geschlecht
0	0%	Geschlecht + Zivilstand
0	0%	Geschlecht + familiäre Situation[87]
1	1.4%	Schwangerschaft
4	5.5%	Mutterschaft
0	0%	Geschlechtsidentität
1	1.4%	Sexuelle Orientierung

In der Analyse 2017 auf kantonaler Ebene betrafen 36,5% der Entscheide Diskriminierungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Mutterschaft oder mit der familiären Situation. In den meisten dieser Fälle zeigten sich die Diskriminierungen in Form von Entlassungen.[88]

Die vorliegende Analyse zeigt, dass solche Fälle selten bis an das Bundesgericht weitergezogen werden. Lediglich 6,9% der analysierten Urteile betreffen Beschwerden wegen Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, i.d.R. im Zusammenhang mit Entlassungen[89] (vorbehaltlich eines Falles von Lohndiskriminierung[90]). Keines der Urteile bezieht sich auf Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes oder der familiären Situation.

Diese Ergebnisse scheinen mit denjenigen bzgl. des relativ hohen Alters von Arbeitnehmerinnen (50+), die infolge von Diskriminierungen beschwerdeweise an das Bundesgericht gelangen, übereinzustimmen (vgl. 4.13).

---

[86] Vgl. Zusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence FR 14.03.2005. Es handelt sich um einen der acht Fälle (von 81), in denen die klagende arbeitnehmende Partei männlichen Geschlechts ist. Das Bundesgericht befasste sich allerdings auch mit einem Fall, der eine erfolglose Bewerbung für den Posten eines Professors an der Universität Genf zum Gegenstand hatte. Der Fall bezog sich allerdings nicht auf Art. 3 Abs. 3 GlG: BGer 1C_37/2007 (=BGE 133 II 257); BGer 2A.637/2004 und 2P.277/2004. Für eine Zusammenfassung vgl. www.leg.ch/jurisprudence GE 10.07.2007.

[87] Z.B. Verweigerung der Anstellung, weil die Bewerberin Kinder im Schulalter hat.

[88] Schwangerschaft: 16%, Mutterschaft: 15%, familiäre Situation: 5 % (Analyse 2017, 18).

[89] BGer 4A_35/2017; 4A_395/2010; 4A_507/2013; 8C_469/2019. Vgl. insbesondere PERRENOUD, 90 f.

[90] BGer 8C_605/2016.

In einem Fall wurde Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung geltend gemacht. Das Bundesgericht entschied im Wesentlichen, dass Art. 3 GlG auf die ausschliesslich wegen der Homosexualität (und ungeachtet des Geschlechts der homosexuellen Person) erfolgte Anstellungsdiskriminierung nicht anwendbar ist.[91]

4.21 Zeitpunkt, zu welchem Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft stattfindet (F 36)

Tabelle 6: Zu welchem Zeitpunkt kommt es zu Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft? (n = 5)

Anzahl Fälle	Zeitpunkt
0	Während der Schwangerschaft, vor Stellenantritt
0	Während der Schwangerschaft und Probezeit
1	Während der Schwangerschaft, nach der Probezeit
0	Während des Mutterschaftsurlaubs
4	**Nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub**

Aufgrund der geringen Anzahl von bundesgerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit einer Beschwerde wegen Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft lassen sich keine Rückschlüsse in Prozenten ziehen.

Von den fünf Entscheiden im Zusammenhang mit Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft (vgl. 4.20) behandeln beinahe alle (vier) Ungleichbehandlungen nach der Rückkehr der Arbeitnehmerin aus dem Mutterschaftsurlaub.[92]

Ein Urteil betrifft eine während der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung.[93] Insgesamt konnten im Rahmen dieser Analyse vier Verfahren im Zusammenhang mit Entlassungen von Arbeitnehmerinnen ermittelt werden (drei nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub, eines während der Schwangerschaft).

Die Analyse aus dem Jahr 2017 sowie eine zuvor vom SKMR durchgeführte Studie zeigen, dass die Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub eine heikle Phase ist, in der häufig diskriminierende Kündigungen ausgesprochen werden.[94]

4.22 Mehrfachdiskriminierung (F 37)

Wie bereits in der Analyse 2017 festgestellt, wurde eine Mehrfachdiskriminierung – aufgrund des Geschlechts und eines oder mehreren übrigen durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützten Merkmalen – nie geltend gemacht oder festgestellt.[95]

In einem vom Bundesgericht entschiedenen Fall behauptete eine Buchhalterin italienischer **Herkunft**, sie sei das Ziel rassistischer und sexistischer Sprüche gewesen. Da die einzige als erwiesen qualifizierte Handlung die Bezeichnung der betroffenen Arbeitnehmerin als «Mistinguett» durch einen ihrer Vorgesetzten im Beisein Dritter war, befasste sich das Bundesgericht in seinem Entscheid im Wesentlichen

[91] BGE 145 II 153. Für eine Zusammenfassung sowie Links zu Kritik an diesem Urteil vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch Bundesverwaltung Fall 9. Vgl. insbesondere auch STEFFANINI, 189-191; HOTZ, 10 f. sowie LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, 86 f.
[92] BGer 4A_395/2010 (Kündigung); 4A_35/2017 (Kündigung); 8C_605/2016 (Lohn); 8C_469/2019 (Kündigung).
[93] BGer 4A_507/2013.
[94] Analyse 2017, 19; HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2, 52.
[95] Vgl. Analyse 2017, 18.

mit der Frage, ob die erwähnte Bezeichnung sexistisch war oder nicht. Wie die Vorinstanz kam auch das Bundesgericht zum Schluss, es liege keine sexuelle Belästigung i.S.v. Art. 4 GlG vor.[96] Die ausländische Herkunft der Arbeitnehmerin scheint jedoch keinen Einfluss auf die rechtliche Würdigung des Bundesgerichts gehabt zu haben.

In einem anderen Fall sexueller Belästigung, mit dem sich das Bundesgericht befassen musste, scheint jedoch der Umstand, dass die Arbeitnehmerin praktizierende **Christin** war, bei der Prüfung der im Art. 4 GlG verankerten Voraussetzungen berücksichtigt worden zu sein.[97]

Keiner der beiden Entscheide bezieht sich auf den (weitgehend wenig bekannten) Begriff der «mehrfachen Belästigung».[98]

4.23 Art der Diskriminierung (F 38)

Tabelle 7: Art der Diskriminierung (n = 81)

Anzahl Fälle (insgesamt mehr als 81, da in einem Entscheid mehrere Diskriminierungsarten vorhanden sein können)	Art
55[99]	**Entlöhnung**
15[100]	Diskriminierende Kündigung
14[101]	Sexuelle Belästigung
6[102]	Beförderung
6[103]	Anstellung
6[104]	Rachekündigung
3[105]	Aufgabenzuteilung
0	Gestaltung der Arbeitsbedingungen
0	Aus- und Weiterbildung

Die vor dem Bundesgericht am häufigsten vorgebrachte Diskriminierungsart ist die **Lohndiskriminierung** (55 Fälle von 81).[106] Die Mehrheit dieser Fälle (40 von 55, 73%) betrifft öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse. Von den 40 Fällen im öffentlich-rechtlichen Bereich stammen 39 (97,5%) aus der Deutschschweiz. In diesem Landesteil betreffen lediglich drei Urteile privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.[107] In der Romandie zeigt sich hingegen ein anderes Bild: Hier bezieht sich nur ein Fall auf ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis.[108]

---

[96] BGer 4A_18/2018. Vgl. Zusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.
[97] BGer 4A_178/2010 (frauenfeindliche E-Mails, die die Mitarbeiterin eines Bistums als Frau und Christin beleidigt haben). Vgl. C/LEg-LEMPEN, N 11 zu Art. 4 GlG.
[98] Zu diesem Begriff: KLEBER, 393 f.
[99] Nach Landesteilen: Deutschschweiz (41), Romandie (13), Tessin (1).
[100] Deutschschweiz (3), Romandie (12).
[101] Deutschschweiz (3), Romandie (11). Rechnen wir die sieben Fälle hinzu, in denen die der sexuellen Belästigung beschuldigte Person Klage erhebt, ergibt sich eine Gesamtzahl von 21 Fällen sexueller Belästigung, von denen die Mehrheit (16 Fälle, 76%) aus der Romandie stammt.
[102] Deutschschweiz (1), Romandie (5).
[103] Deutschschweiz (1), Romandie (5).
[104] Deutschschweiz (1), Romandie (5).
[105] Deutschschweiz (1), Romandie (2).
[106] Vgl. Bericht BR Evaluation GlG, 3170.
[107] Von 41 Entscheiden auf Deutsch bezüglich Lohndiskriminierung.
[108] Von 13 Entscheiden auf Französisch bezüglich Lohndiskriminierung.

In der Analyse 2017 wurde eine genauso grosse Anzahl von Fällen diskriminierender Kündigungen ermittelt, die in der Regel in Verbindung mit Mutterschaft ausgesprochen wurden.[109] Wie vorne erläutert (vgl. 4.21), werden diese Fälle jedoch nur selten vor das Bundesgericht gebracht. Die obige Tabelle zeigt 15 Fälle diskriminierender Kündigungen, von denen zwölf aus der Romandie stammen und 13 die Auflösung von Arbeitsverhältnissen im privatrechtlichen Bereich betreffen.

Was die Entscheide bzgl. **Rachekündigungen** anbelangt, so stammen fünf von insgesamt sechs Fällen aus der Romandie.

Auch die meisten Verfahren bezüglich sexueller Belästigung stammen aus der Romandie. Elf von 14 Entscheiden sind in französischer Sprache verfasst und 13 betreffen privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.

Die Fälle im Zusammenhang mit diskriminierenden Nicht-**Beförderungen** (sechs) oder Nicht-**Anstellungen** (sechs) stammen fast ausschliesslich aus der Romandie. Während die ersteren fast ausschliesslich privatrechtliche Beziehungen betreffen (fünf von sechs Fällen), sind sämtliche Verfahren wegen diskriminierender Nicht-Anstellungen im öffentlich-rechtlichen Bereich angesiedelt.

Angesichts der Ergebnisse der Analyse 2017[110] überrascht es nicht, dass sich kein Bundesgerichtsentscheid mit Diskriminierungen bei den Weiterbildungen oder bei der **Gestaltung der Arbeitsbedingungen** (ausser in Fällen sexueller Belästigung) befasst.

Die Analyse nach **Art der Diskriminierung**, nach **Art des Arbeitsverhältnisses** und nach **Sprachregionen** zeigt schliesslich, dass sich das Bundesgericht am häufigsten mit Lohndiskriminierungsfällen im öffentlich-rechtlichen Bereich in der Deutschschweiz befassen musste. Danach kommen Fälle diskriminierender Kündigungen, sexueller Belästigungen oder Nicht-Beförderungen, die vorwiegend privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der Romandie betreffen. Ferner gibt es sechs Fälle von Anstellungsdiskriminierungen im öffentlich-rechtlichen Bereich.

Wie bereits erwähnt, machen Beschwerden im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen die Mehrheit der dem Bundesgericht auf der Grundlage des GlG unterbreiteten Fälle aus.[111]

4.24 Rachekündigung (F 39-41)

Von 81 Urteilen betreffen sechs (7,4 %) eine Klage i.S.v. Art. 10 GlG.[112] Obwohl diese GlG-Bestimmung auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, fällt eines der sich darauf beziehenden Urteile[113] unter das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG).[114]

Es ist zu beachten, dass zwei der sechs Entscheide betreffend Beschwerdeverfahren infolge Rachekündigung ausschliesslich auf der Grundlage von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR und ohne Bezugnahme auf Art. 10 GlG ergehen.[115] Im ersten Fall war Art. 10 GlG (dessen Absatz 3 Anfechtung der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde oder beim Gericht vor Ende der Kündigungsfrist vorschreibt) nicht

[109] Analyse 2017, 20.
[110] Analyse 2017, 20.
[111] Zur Anzahl Entscheide nach Abteilung des Bundesgerichts, vgl. oben 4.3.
[112] BGer 4A_178/2010; 4A_35/2017; 4A_18/2018; 4C.60/2006; 4A_539/2015; 8C_134/2018 (= BGE 144 II 345).
[113] BGer 8C_134/2018 = BGE 144 II 345, E. 3.2.2.
[114] SR 172.220.1. Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG verweist auf Art. 336 OR.
[115] BGer 4A_18/2018 und BGer 4C.60/2006. In beiden Fällen wurde die Kündigung ausgesprochen, nachdem die Arbeitnehmerin die Vorgesetzten gebeten hatte, sie vor belästigenden Handlungen oder Sprüchen zu schützen.

anwendbar[116], weil die Klägerin die Angelegenheit nicht vor Vertragsende rechtshängig machte.[117] Im zweiten Fall handelte sie zwar rechtzeitig, berief sich jedoch nicht auf Art. 10 GlG.[118]

Das Interesse einer auf Art. 10 GlG (und nicht auf Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR) beruhenden Klage liegt insbesondere in der im ersten Absatz vorgesehenen Möglichkeit, eine Aufhebung der Rachekündigung zu verlangen.[119]

Nur in einem der sechs aufgeführten Fälle verlangt die arbeitnehmende Partei die Aufhebung der Rachekündigung und Wiedereinstellung (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 GlG). Die Zahlung einer Entschädigung bei diskriminierender Kündigung ist nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass die Wiedereinstellung verweigert wird. [120]

In den übrigen fünf Fällen wird bereits zu Beginn des Verfahrens eine finanzielle Entschädigung verlangt.[121]

In der vorliegenden Analyse wurden keine Fälle ermittelt, in denen die arbeitnehmende Partei während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichtet und anstelle der Aufhebung der Rachekündigung (Art. 10 Abs. 4 GlG) eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangt.

In keinem der sechs Urteile, denen eine Klage wegen Rachekündigung i.S.v. Art. 10 GlG zugrunde liegt, wird das Vorliegen einer solchen Entlassung tatsächlich bejaht.[122]

In drei Fällen ist das Bundesgericht der Ansicht, die Kündigung sei mit «begründetem Anlass» (i.S.v. Art. 10 Abs. 1 GlG) ausgesprochen worden, wie z.B. infolge mangelnder Leistungen.[123]

In einem Fall ist die Dauer des in Art. 10 Abs. 2 GlG verankerten Kündigungsschutzes abgelaufen.[124]

4.25 Sexuelle Belästigung (F 42-48)

Von 81 Urteilen betreffen 14 (17,2%)[125] Klagen wegen sexueller Belästigung (Art. 4 GlG). Elf davon stammen aus der französischsprachigen Schweiz.

Neun Urteile geben Aufschluss über die **Form** der sexuellen Belästigung. In der Mehrzahl der Fälle (sieben) manifestiert sich sexuelle Belästigung sowohl in Worten als auch in Taten/Gesten. In zwei Fällen

---

[116] BGer 4A_18/2018, E.4; Vgl. Fallzusammenfassung (bekannt als «Mistinguett») auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.

[117] Vgl. dazu SATTIVA SPRING, 4 f.

[118] BGer 4C.60/2006. Im vorliegenden Fall erhielt die Klägerin eine sechs Monatslöhnen entsprechende Entschädigung (CHF 15'000.-) wegen missbräuchlicher Kündigung i.S.v. Art. 336 OR.

[119] Zum Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Anschluss an die gerichtliche Aufhebung einer Rachekündigung, vgl. LEMPEN/SALEM, 97-110.

[120] BGer 4A_178/2010, Fallzusammenfassung («Bistum») auf www.leg.ch/jurisprudence FR 14.05.2010.

[121] BGer 4A_35/2017; 4A_18/2018; 8C_134/2018 (= BGE 144 II 345); 4C.60/2006; 4A_539/2015.

[122] In den Verfahren, die zu BGer 4A_539/2015 und BGer 4C.60/2006 führten, wurde jeweils das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR bejaht. Daraufhin erhielten die Arbeitnehmerinnen eine Entschädigung von CHF 30'000.- (etwas mehr als 3,5 Monatslöhne) bzw. CHF 15'000.- (6 Monatslöhne).

[123] Vgl. BGer 4A_18/2018. Im BGer 4A_35/2017, E. 4.6, kommt das Bundesgericht zum Schluss, die Kündigung sei aus wichtigem Grund i.S.v. Art. 337 OR und somit *a fortiori* mit «begründetem Anlass» i.S.v. Art. 10 GlG ausgesprochen worden; Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (FR) 31.5.2017.

[124] BGer 4A_178/2010 («Bistum»).

[125] Nicht eingerechnet die sieben Fälle, in denen die Klage von einer der sexuellen Belästigung beschuldigten Person eingereicht wurde, um eine gegen sie verhängte Sanktion anzufechten (BGer 4A_105/2018; 4A_124/2017, 4A_251/2009; 8C_422/2013; 2P. 19/2004. Im Bereich des Strafrechts: BGer 6B_836/2009; 6B_1245/2018).

beschränkt sich das belästigende Verhalten auf verbale Äusserungen.[126] In einem Fall erfolgt die Belästigung durch das Versenden von E-Mails[127], in einem weiteren Fall geht es um eine Vergewaltigung.[128] Hingegen konnten in der vorliegenden Analyse keine Fälle von homo- oder transphoben Belästigungen ermittelt werden.[129]

Von den 14 Entscheiden, die im Anschluss an eine Klage wegen sexueller Belästigung ergehen, betrifft nur einer Verhaltensweisen, die **ausserhalb des Arbeitsplatzes** stattfinden (Belästigung einer arbeitsunfähigen Mitarbeiterin durch ihren Vorgesetzten per SMS an ihrem Wohnort). Im vorliegenden Fall kommt das Bundesgericht zum Schluss, das Verhalten des Vorgesetzten stelle «eine durch Art. 4 GlG untersagte Form der sexuellen Belästigung» dar.[130] In einem Entscheid, der die Klage eines wegen sexueller Belästigung seiner Assistenz-Doktorandin beschuldigten und entlassenen Professors zum Gegenstand hatte, scheint das Gericht das in deren Wohnung Vorgefallene ebenfalls als Belästigungen i.S.v. Art. 4 GlG eingestuft zu haben.[131]

In knapp der Hälfte der Fälle wurde das Vorliegen einer sexuellen Belästigung bejaht (sechs von 14, 43 %).[132]

Elf Fälle geben Hinweise auf die Art und Weise, wie das Gericht das belästigende Verhalten i.S.v. Art. 4 GlG qualifiziert.

In fünf Fällen wird **der belästigende Charakter** der Verhaltensweisen einerseits gestützt auf das Empfinden der betroffenen Person (subjektiv) *und* anderseits gestützt auf das hypothetische Empfinden einer «vernünftig handelnden Person des gleichen Geschlechts unter vergleichbaren Umständen» (objektiv) beurteilt. In allen fünf Entscheiden wird das Vorliegen einer sexuellen Belästigung bejaht.[133]

In sechs Fällen wird der belästigende Charakter des Verhaltens hingegen allein gestützt auf das mögliche Empfinden einer «vernünftig handelnden Person» geprüft, ohne Rücksicht darauf, wie die betroffene Person die Situation subjektiv erlebt hat.[134] In keinem dieser Fälle wird das Bestehen einer Belästigung bejaht.[135] In einem Entscheid stellt das Bundesgericht fest, die Arbeitnehmerin habe «nicht den geringsten objektiven Nachweis» für die «angebliche Belästigung» erbringen können.[136] In den fünf übrigen Verfahren wird das Vorliegen vorgeworfener Handlungen zwar grösstenteils bejaht, der

---

[126] Sexistische und infantilisierende Sprüche: BGer 4C.60/2006 (*ma petite, ma grande, chouchou*); 4A_18/2018 («Mistinguett»).
[127] BGer 4A_178/2010 («Bistum»).
[128] Durch Arbeitgeber/Lehrmeister: BGer 4A_330/2007, vgl. www.gleichstellungsgesetz.ch Fall SG 17.
[129] In der Sache, die zum BGE 145 II 153 führte (vgl. *vorne* 4.20) ging es um *Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses* wegen sexueller Orientierung des Arbeitnehmers.
[130] BGer 4A_544/2018, E. 7.2, Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 29.08.2019.
[131] BGer 8C_422/2013, Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 9.4.2014. Vgl. hingegen BGer 4A_124/2017 (ungerechtfertigte fristlose Entlassung eines Beschuldigten, da die in einer Bar während eines Abschiedsfests stattgefundenen Handlungen nicht ausreichend schwer waren). Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 31.1.2018.
[132] BGer 4A_178/2010; 4A_473/2013; 4C.289/2006; 4D_88/2009; 4A_544/2018; 4A_330/2007. Eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GlG wurde in all diesen Fällen zugesprochen mit Ausnahme von BGer 4A_178/2020: Hier konnte der Arbeitgeber (das Bistum) nachweisen, er habe die erforderlichen Schutzmassnahmen ergriffen (siehe *hinten* 4.33).
[133] BGer 4A_178/2010; 4A_473/2013; 4C.289/2006; 4D_88/2009; 4A_544/2018.
[134] Vgl. C/LEg-LEMPEN, N 10-11 zu Art. 4 GlG.
[135] BGer 2A.404/2006; 4C.91/2005; 4A_18/2018; 4C.276/2004; 4C.60/2006; 4A_13/2010.
[136] BGer 4C.91/2005, E. 3.2.

belästigende Charakter jedoch nicht anerkannt, wie der Fall «Mistinguett»[137] und die nachstehend wiedergegebenen Auszüge aus drei anderen Entscheiden zeigen:

Zur Verdeutlichung, Beispiel 1 – BGer 2A.404/2006, E. 6.2 (Sekretärin in öffentlich-rechtlicher Anstellung)

«Aus den zahlreichen E-Mails in den Akten geht hervor, die Beschwerdeführerin und Z. pflegten zwischen September 2002 und März 2003 ein inniges und vertrauensvolles Verhältnis. Die Beteiligten sprachen einander Komplimente aus, ermutigten sich gegenseitig und tauschten Ratschläge aus. Es ist nirgendwo ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin durch die Komplimente von Z. in Verlegenheit gebracht oder durch deren Inhalt belästigt wurde, so dass sie versuchte, diesem Verhalten ein Ende zu setzen. Im Gegenteil, ihre Haltung und ihre regelmässigen, manchmal sogar prompten Antworten zeigen deutlich, sie nahm diesen Austausch an und schätzte ihn. Zudem enthielt keine der E-Mails von Z. sexuell anzügliche Bemerkungen, Anspielungen, Andeutungen oder Aussagen, welche als Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Betroffenen interpretiert werden könnten. Dasselbe gilt für das Plüschtier und die CD, die Z. auch anderen Mitarbeiterinnen schenkte.

Das Verhältnis zwischen den Beteiligten verschlechterte sich nach einer beruflichen Auseinandersetzung, die sich am 18. März 2003 ereignete. Von da an änderte sich die Haltung der Beschwerdeführerin gegenüber Z. völlig. Zuerst zeigte sie ihn beim Direktor wegen seines subversiven Verhaltens gegenüber Y. an, sechs Monate später beschuldigte sie ihn der sexuellen Belästigung. Die Beschwerdeführerin zitiert in ihrer Beschwerdeschrift jedoch nur Passagen aus den E-Mails, manchmal sogar aus dem Kontext gerissen, in denen Z. ihr Komplimente macht und interpretiert diese auf eine sehr voreingenommene Art und Weise. Sie unterlässt es systematisch, wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren, auch auf ihre Antworten aufmerksam zu machen, in denen sie sich bei ihm bedankt und seine Komplimente erwidert. Ferner befragte die Vorinstanz mehrere Personen, die damals bei Y. arbeiteten. Es stellte sich heraus, dass Z. grundsätzlich versuchte, freundschaftliche Beziehungen mit Mitarbeitenden von Y. aufzubauen und das Arbeitsklima zu verbessern. Er hatte jedoch sowohl mit der Geschäftsleitung als auch mit Mitarbeitenden ein schwieriges Verhältnis, seine Anwesenheit führte oft zu Spannungen zwischen den Sekretärinnen. Mehrere Zeugen bemerkten, Z. würde unangemessene Bemerkungen, insbesondere gegenüber weiblichen Teammitgliedern, machen, die Beschwerdeführerin sei jedoch nicht die Zielscheibe dieser Bemerkungen gewesen. Ferner erinnert sich (mit Ausnahme eines der ältesten Mitarbeitenden von Y.) kein ehemaliger Kollege der Beschwerdeführerin daran, sie habe sich jemals über das Verhalten von Z. beschwert. Der Direktor von Y. stellte fest, bis Ende 2002 habe eine gewisse Komplizenschaft zwischen den Beteiligten bestanden. Die langjährigen Mitarbeitenden seien zudem mit der Leistung der Beschwerdeführerin nicht zufrieden gewesen, Z. hingegen habe sie für ausgezeichnet gehalten. Die Zeugenaussagen bestätigen somit, dass die Beziehung zwischen den Beteiligten bis zum Vorfall vom 18. März 2003 unproblematisch war und dass sich die Beschwerdeführerin dem Verhalten von Z. anpasste, selbst wenn dieses ab und zu wegen seiner hierarchischen Stellung als Vorgesetzter unangemessen war.

Unter diesen Umständen kann festgestellt werden, dass das Verwaltungsgericht zu Recht das Vorliegen einer sexuellen Belästigung verneint hat.»[138]

[137] BGer 4A_18/2018 (das Gericht befasst sich auf allgemeine Art mit dem Lebenslauf der Künstlerin Mistinguett und kommt zum Schluss, dieser Spitzname weise per se keinen belästigenden Charakter auf). Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence TF (VD) 21.11.2018.

[138] Freie Übersetzung der ursprünglich auf Französisch verfassten Erwägung.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 2 – BGer 4A_13/2010, E. 4.3 (Maschinenassistentin)[139]

«Gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hat B. der Beschwerdeführerin die Frage gestellt, ob sie wirklich glaube, er sei so blöd, mit jemandem wie ihr (bzw. mit einer Mitarbeiterin) Sex auf der Toilette zu machen. Mit dieser rhetorischen Frage wollte er offensichtlich das Gerücht widerlegen, wonach er mit einer Mitarbeiterin Sex in der Toilette gehabt habe.

Die Frage betrifft demnach weder die sexuelle Integrität noch das sexuelle Verhalten der Beschwerdeführerin, sondern ein B. betreffendes Gerücht. Die Frage ist daher nicht als sexuelle Belästigung zu qualifizieren, zumal auch nicht erkennbar ist, inwiefern die Frage die Würde der Beschwerdeführerin als Frau beeinträchtigen soll. Demnach hat das Obergericht zu Recht eine Verletzung von Art. 4 GlG verneint.»

Zur Verdeutlichung, Beispiel 3 – BGer 4C.276/2004, E. 3.2 (Journalistin, Sportnachrichtenagentur)

«Die Kritik der Beschwerdeführerin ist unzulässig, soweit sie sich auf die vom kantonalen Gericht nicht festgestellten Tatsachen beruft, um sexuelle Belästigung nachzuweisen (vgl. oben E. 2).

Aus den im angefochtenen Entscheid dargelegten Tatsachen geht hervor, dass die ganze Belegschaft im Unternehmen seit vielen Jahren in ungehobelter Art und Weise miteinander kommuniziert, ohne dass nachgewiesen werden konnte, dass sich die Klägerin beim Arbeitgeber jemals über die Äusserungen ihrer Kollegen beschwert hat. Die verwendeten Ausdrücke sind zwar nicht die feinsten gewesen, dennoch deutet nichts darauf hin, sie hätten eine sexuelle Konnotation gehabt oder seien so grob gewesen, dass sie als unerwünschtes Verhalten sexueller Art qualifiziert werden könnten. In diesem Zusammenhang mag die Tatsache, dass D. die Klägerin im Hitze des Gefechts als "*conne (blöde Kuh*)" und als "*arpette* (*Lehrmädchen)*" bezeichnete, insbesondere weil sie ein Flugticket nicht ordnungsgemäss buchte, oder dass der Chefredakteur in einer stressigen und für Nachrichtenagenturen durchaus üblichen Situation am Ende des Tages die Artikel der Klägerin als "*merde* (*Scheisse)*" bezeichnete, sicherlich kritikwürdig sein, aber diese heftigen Bemerkungen waren auf den Ärger und die schlechte Qualität ihrer Arbeit zurückzuführen. Eine solche Beschwerde reicht nicht aus, um das Vorliegen sexueller Belästigung zu bejahen, zumal die Kritik sachlich fundiert war und eine solche Ausdrucksweise in Nachrichtenagenturen durchaus üblich ist. Dasselbe gilt für die Bezeichnung "*belle enfant* (*schönes Kind)*", wie B. die Klägerin nannte, zumal festgestellt wurde, dass es lediglich nett gemeint war und dass sie sich im Übrigen nicht daran störte, so bezeichnet zu werden. Die Klägerin kann sich ebenso wenig darüber beschweren, dass C. sie bis 1995 manchmal als "*bichounette (Rehlein, Liebling*)» bezeichnete, worauf sie stets mit "*bichounet*" antwortete. In der Tat herrschte damals in der Agentur eine entspannte Atmosphäre und die Arbeitsbeziehungen waren gut, so dass keine unangemessenen Bemerkungen zu erkennen waren, die das Arbeitsklima feindselig zu machen vermochten. Zudem hörte C. ab 1995 auf, die Klägerin so zu nennen, als er Direktor und ihr Vorgesetzter wurde. Obwohl B. die Klägerin manchmal tatsächlich bat, ihm eine Tasse Kaffee zu machen, wurde festgestellt, dass auch die männlichen Angestellten nicht abgeneigt gewesen waren, eine solche Dienstleistung zu erbringen.

Unter diesen Umständen hat das kantonale Gericht das Vorliegen sexueller Belästigung verneint, ohne dabei gegen das Bundesrecht verstossen zu haben».[140]

Die drei obigen Beispiele verdeutlichen, dass die festgestellten Handlungen (wie Sprüche, E-Mails, Geschenke, Einladungen, usw.) nicht ausreichen (die Beweislasterleichterung ist nicht anwendbar)[141], um sexuelle Belästigung gerichtlich als erwiesen qualifizieren zu lassen. Das Gericht muss auch der Ansicht sein, eine «vernünftig handelnde Person» hätte sich «unter vergleichbaren Umständen» ebenfalls sexuell belästigt gefühlt (Auslegung des «belästigenden Verhaltens» i.S.v. Art. 4 GlG).

[139] Fallzusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch SO Fall 16.
[140] Freie Übersetzung der ursprünglich auf Französisch verfassten Erwägung.
[141] Vgl. *hinten* 4.26.

4.26 Beweislasterleichterung (F 50-54)

Von den 81 analysierten Entscheiden befassen sich 30 nicht mit der Beweisfrage, da sich die Beschwerde an das Bundesgericht auf andere Aspekte bezieht.

51 Entscheide befassen sich mit der Frage des Nachweises der geltend gemachten Diskriminierung. Davon wird in 18 (von 51 oder 35,3%) die in Art. 6 GlG verankerte Beweislasterleichterung nicht angewendet. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen es nur um sexuelle Belästigung (zwölf) oder die Anstellungsdiskriminierung (sechs) geht, zwei Diskriminierungsarten, die vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgeschlossen sind. In Bezug auf die Anstellung hat das Bundesgericht entschieden, für das Erfüllen des geforderten Beweismasses genüge die überwiegende Wahrscheinlichkeit.[142] Sexuelle Belästigung kann ebenfalls auf der Grundlage der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (bzw. beim Vorliegen klarer, übereinstimmender Indizien) festgestellt werden.[143]

In 33 Urteilen (von 51, d.h. **64,7%**) wurde die im Art. 6 GlG verankerte **Beweislasterleichterung angewendet.**

In der Mehrzahl der Fälle (18 von 33 oder 54,5%) wird **die Glaubhaftung nicht anerkannt.**[144] Die Analyse 2017 zeigt einen ähnlich hohen Prozentsatz auf kantonaler Ebene auf.[145]

In weniger als der Hälfte der Fälle (15 von 33 bzw. 45,5 %) wird die **Beweislast** nach der Überwindung der ersten Phase der Glaubhaftmachung **umgekehrt** und der arbeitgebenden Partei auferlegt.

In fünf Fällen (15 von 33, d.h. 15,2%) kann die arbeitgebende Partei einen Entlastungsnachweis für die unterschiedliche Behandlung erbringen.[146] Die Diskriminierung konnte folglich nicht nachgewiesen werden.[147] Auch hier sind die Zahlen ähnlich deren auf der kantonalen Ebene.[148]

In sechs Fällen (von 33, d.h. 18,2%) kann kein rechtfertigender Grund erbracht werden, wodurch die Diskriminierung (Lohngleichheit in allen sechs Fällen) als nachgewiesen eingestuft wird.[149]

In vier Fällen (von 33, d.h. 12,1%) wird schliesslich die Sache in Gutheissung der Beschwerde an die kantonale Instanz zurückgewiesen, damit diese einen «neuen Entscheid» (Art. 107 Abs. 2 BGG) unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Erwägungen fällen kann.[150]

Wenn wir die beiden letztgenannten Fälle zusammenzählen, erhalten wir eine Prozentzahl von 30,9%, die in etwa derjenigen auf kantonaler Ebene entspricht .[151] Selbst wenn also eine Diskriminierung trotz

---

[142] BGer 8C_821/2016, E. 3.3. («Nichtsdestotrotz ist der Nachweis einer Anstellungsdiskriminierung äusserst schwer zu erbringen. Das Gericht wird sich daher sehr häufig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit begnügen müssen.»).

[143] Wie es bspw. BGer 4A_544/2018 verdeutlicht. Vgl. auch DUNAND, 50-53.

[144] Vgl. dazu Beispiele 4-6 zur Verdeutlichung am Ende dieses Abschnitts.

[145] Analyse 2017, 23 f.: Glaubhaftmachung nicht anerkannt = 53%.

[146] Zu den objektiven Gründen, die eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern rechtfertigen können, vgl. die kürzlich von PÄRLI/OBERHAUSSER im Auftrag des EBG verfasste Studie.

[147] BGer 8C_375/2015 (= BGE 142 II 49); 4A_249/2007; 2A.730/2006; 2A.91/2007.

[148] Analyse 2017, 23 f.: Glaubhaftmachung anerkannt = 47%; Rechtfertigungsgrund = 18%.

[149] BGer 4A_585/2015; 4A_449/2008; 4A_261/2011; 1C_432/2008; 2A.361/2006; 1C_420/2008.

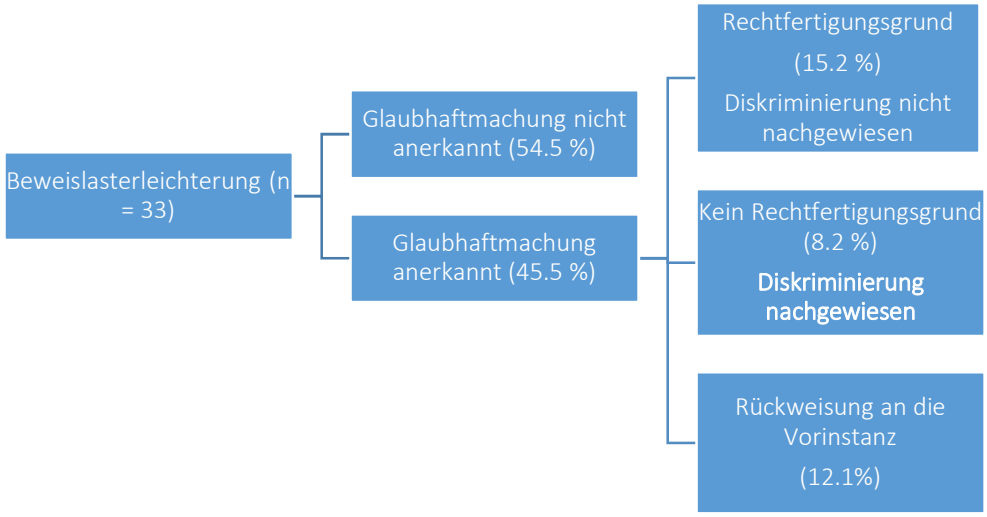
[150] BGer 4C.138/2005; 4A_115/2011; 2A.205/2004; 2A.141/2004.

[151] Analyse 2017, 23 f.: Glaubhaftmachung anerkannt = 47%; kein Rechtfertigungsgrund, bzw. Nachweis der Diskriminierung = 29%.

der Beweislasterleichterungsregel schwer nachweisbar bleibt und das Bundesgericht die Glaubhaftmachung rigoros prüft [152], wendet es die in Art. 6 GlG vorgesehene Regel nicht strenger an als die kantonalen Gerichte.

Im Gegensatz zu dem, was in der Analyse 2017 bzgl. kantonaler Urteile festgestellt wurde, unterscheiden die analysierten Bundesgerichtsentscheide klar zwischen den zwei Stufen der Beweislasterleichterung, nämlich derjenigen der «Glaubhaftmachung» (Angaben von Indizien durch die arbeitnehmende Partei) und derjenigen des «Vorbringens sachlicher Rechtfertigungsgründe» (durch die arbeitgebende Partei zu erbringender Vollbeweis). Auf Bundesebene sind also im Vergleich zu den Ergebnissen der Evaluation des Gesetzes vor 15 Jahren einige Fortschritte zu verzeichnen.[153]

Tabelle 8: Beweislasterleichterung (Art. 6 GlG) (n = 33)



Es ist darauf hinzuwiesen, dass «die Glaubhaftmachung nur dann anerkannt werden kann, wenn die ihr zugrunde liegenden Behauptungen vollständig begründet und von einer gewissen Beständigkeit gekennzeichnet sind […]».[154] In einer Reihe von Entscheiden hat das Bundesgericht mangels ausreichend dargelegter Anhaltspunkte die Glaubhaftmachung im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht anerkannt.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 4 – BGer 4C.91/2005, E. 1.3

«[…] Für die Beweislastumkehr reicht es nicht aus, bloss die Existenz eines Lohnunterschieds zwischen zwei beliebigen Arbeitnehmenden aufzuzeigen; es muss vielmehr nachgewiesen werden, dass Arbeitnehmende des anderen Geschlechts im Unternehmen eine ähnliche Funktion mit vergleichbaren Pflichtenheften innehaben».[155]

Zur Verdeutlichung, Beispiel 5 – BGer 8C_56/2017 (=BGE 144 II 65), E. 7.2.4

«Die Beschwerdegegnerinnen sind ihrer Substanziierungspflicht hinsichtlich der geltend gemachten Diskriminierung nicht nachgekommen, da kein Vergleich mit anderen Funktionen vorgenommen wurde».

[152] Vgl. BOHNET, N 157.
[153] Bericht BR Evaluation GlG, 3175 f.
[154] C/LEg-WYLER, N 9 zu Art. 6 GlG.
[155] Freie Übersetzung der ursprünglich auf Französisch verfassten Erwägung.

Zur Verdeutlichung, Beispiel 6 – BGer 8C_119/2005, E. 4.5

«Es werden dementsprechend seitens des Beschwerdegegners keine objektiven Anhaltspunkte vorgebracht, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine geschlechterspezifische Benachteiligung vermitteln».

4.27 Rüge der Verletzung des Willkürverbots (oder anderer Verfahrensgarantien) (F 55-56)

Die Hauptaufgabe des Bundesgerichts besteht darin, die korrekte Anwendung des Rechts zu überprüfen. Es «legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat» (Art. 105 Abs.1 BGG).
Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie «offensichtlich unrichtig», d.h. willkürlich im Sinne von Art. 9 BV oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht (insbesondere auch Art. 29 oder Art. 29a BV). Bei einer Beschwerde wegen Verletzung von Grundrechten gelten strenge Anforderungen an die Begründungspflicht (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG).[156] Es muss substanziiert dargelegt werden, inwiefern die Behebung des Mangels «für den Ausgang des Verfahrens entscheidend» wäre (Art. 97 Abs. 1 *in fine* BGG). Es reicht nicht aus, die eigene Version des Sachverhalts darzulegen, da das Bundesgericht sonst auf die Beschwerde nicht eintritt.[157]

Von 43 Entscheiden[158] in denen die Rüge der Willkür und/oder die Verletzung einer anderen Verfahrensgarantie in Verbindung mit Forderungen auf der Grundlage des GlG geltend gemacht wird, wird eine solche Beschwerde in nur drei Fällen (d.h. 6,9%) gutgeheissen. Der erste stellt Willkür fest (Art. 9 BV)[159], der zweite einen Verstoss gegen das Rechtsverzögerungsverbot (Art. 29 Abs. 1 BV)[160] und der dritte eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV).[161]

In der vorliegenden Analyse konnte hingegen kein Entscheid ermittelt werden, in dem das Bundesgericht in einer Streitigkeit nach GlG eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör festgestellt hat.

4.28 Stellungnahme einer Fachbehörde des Bundes (F 57-58)

Gemäss Art. 102 Abs. 2 BGG kann das Bundesgericht die Beschwerde u.a. auch einer Fachbehörde des Bundes zur Vernehmlassung zustellen, in diesem Fall dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG).[162]

Das Bundesgericht macht in 43 (von 81) Fällen von dieser Möglichkeit Gebrauch, d.h. in etwas mehr als der Hälfte (53%) aller Fälle und zwar hauptsächlich im Zusammenhang mit Lohndiskriminierungsklagen.

---

[156] Vgl. insbesondere BGE 140 III 264, E. 2.3.
[157] Für weitere Erklärungen siehe CS/LTF-CORBOZ N 36-38 zu Art. 97 BGG; Vgl. auch BBl 2001 4202, 4338 f.
[158] Schutz vor Willkür (Art. 9 BV): 16 Fälle; Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV): 12 Fälle; Schutz vor Willkür und Anspruch auf rechtliches Gehör: 13 Fälle; Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a BV): 1 Fall; Rechtsverweigerung: 1 Fall.
[159] BGer 4A_77/2007, E. 4 (Lohndiskriminierung: Die kantonale Vorinstanz folgte in willkürlicher Art und Weise den Schlussfolgerungen eines mit offensichtlichen Mängeln behafteten Fachgutachtens).
[160] BGer 8C_1012/2010, E. 4.2.1 und 4.2.2 (Lohndiskriminierung, unrechtmässige Rechtsverzögerung: die kantonale Vorinstanz hätte auf der Grundlage von BGE 136 II 393 einen neuen Entscheid fällen müssen, anstatt die Sache an den Beschwerdegegner (Arbeitgeber) zurückzuweisen.
[161] BGer 2A.279/2004 (=BGE 131 II 361), E. 4 (Anstellungsdiskriminierung, Frauenquoten, Zulässigkeit des Antrags auf Zahlung einer symbolischen Entschädigung in Höhe von CHF 1.- anstelle eines durch Art. 5 Abs. 2 GlG vorgesehenen Entschädigungsbetrags).
[162] BGer 8C_696/2016, E. 2.3; BGE 124 II 209, E. 2; Vgl. auch CS/LTF-CORBOZ N 25-25b zu Art. 102 BGG.

Bemerkenswert ist, dass nur die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen und (ab 2009) die Erste sozialrechtliche Abteilung EBG zur Stellungnahme einladen. Keiner der 30 Entscheide der Ersten zivilrechtlichen Abteilung in den 16 untersuchten Jahren erwähnt eine Vernehmlassung des EBG. Dieser Unterschied in der Praxis ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass sich die für Streitigkeiten bzgl. des Personals öffentlicher Dienste zuständigen Abteilungen des Bundesgerichts häufiger mit Grundsatzfragen zur Auslegung des GlG befassen (vgl. 4.2), und dabei die Ansicht dieses im GlG verankerten Amtes als bedeutsam erachten.

In etwas mehr als der Hälfte der Fälle (22 von 43) **folgt das Bundesgericht der Auffassung dieser spezialisierten Behörde nicht**. In Anlehnung an Art. 102 BGG braucht eine Abweichung davon bei der Entscheidfindung nicht begründet zu werden. Im Falle des EBG werden die Gründe dafür in der Tat auch nie erläutert.

In neun Fällen folgt das Bundesgericht der Auffassung des EBG teilweise (20,4%). In zwölf Fällen folgt es ihr vollumfänglich (27,9%). Allerdings kommt das EBG in der Hälfte dieser Fälle (sechs) zum Schluss, es liege keine Diskriminierung der arbeitnehmenden Partei vor.[163] In der vorliegenden Analyse finden sich nur zwei Fälle, in denen das EBG auf Gutheissung der Beschwerde der arbeitnehmenden Partei schliesst und das Bundesgericht diese Ansicht stützt.[164]

4.29 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen (F 59 und 60)

Keiner der 81 analysierten Bundesgerichtsentscheide erwähnt eine Klage auf Unterlassung einer drohenden (Art. 5 Abs. 1 lit. a GlG) oder eine solche auf Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung (Art. 5 Abs. 1 lit. b GlG). Es wurde bereits anlässlich der Analyse 2017 festgestellt, dass diese Klagen selten erhoben werden.[165]

Elf Entscheide erwähnen eine Feststellungsklage (Art. 5 Abs. 1 lit. c GlG), neun davon werden von Verbänden erhoben, die zur Erhebung von Entschädigungsklagen nicht berechtigt sind (Art. 7 GlG).[166]

4.30 Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (F 61-70)

55 der 81 analysierten Bundesgerichtsentscheide beziehen sich auf Ungleichbehandlungen bei Entlöhnung. Ziehen wir von diesen 55 Fällen die vier Fälle ab, in denen Verbände Feststellungsklagen (Art. 7 GlG) erheben, erhalten wir 51 Entscheide bzgl. einer Beschwerde auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1. lit. d GlG). Diese wird in 40 Fällen von einer und in elf Fällen von mehreren betroffenen Arbeitnehmenden erhoben.

38 von 51 Entscheiden geben Aufschluss darüber, ob der arbeitnehmenden Partei vom Bundesgericht Lohnnachzahlungen zugesprochen werden oder nicht. 27 Entscheide (von 38, d.h. 71%) geben an, dass die arbeitgebende Partei keine Lohnnachzahlungen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG leisten muss.

In elf Entscheiden (von 38 bzw. 29%) wird die arbeitgebende Partei zu Lohnnachzahlungen verpflichtet. Davon geben nur drei den genauen Betrag an. Dieser beläuft sich auf durchschnittlich 81'535.- CHF (Median: 26'524.- CHF). In weiteren elf Entscheiden heisst das Bundesgericht die Beschwerde der

[163] BGer 2A.91/2007; 2A.127/2006; 2A.453/2003; 8C_269/2011 (=BGE 138 II 1); 8C_675/2016; 8C_703/2015.
[164] BGer 8C_366/2014, E. 5.2. und 8.2.3 (publiziert als BGE 141 II 411, Qualifizierung des Primarlehrberufs als typisch weiblich). Vgl. auch: BGer 8C_78/2009 (=BGE 136 II 393).
[165] Analyse 2017, 24.
[166] In fünf von neun Fällen klagen Verbände zusammen mit den betroffenen Einzelpersonen. In vier Fällen klagen sie hingegen im Alleingang. Vgl. *vorne* 4.12.

arbeitnehmenden Partei zwar gut, weist die Sache aber zu neuer Beurteilung an die kantonale Vorinstanz zurück.

Damit wird in 22 Entscheiden (von 51, 43%) der in Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG verankerte Anspruch konkret bejaht. Allerdings lassen nur elf Entscheide (von 51, 21,5%), in denen das Bundesgericht direkte Lohnnachzahlungen zusprach, den Schluss zu, die arbeitnehmende Partei habe den geschuldeten Lohn tatsächlich erhalten.

In neun Fällen[167] hat die arbeitnehmende Partei aufgrund der Neueinstufung ihres Berufs im Lohnsystem Anspruch auf einen höheren Lohn für die Zukunft .[168]

Sechs Entscheide nehmen Bezug auf ein von den kantonalen Instanzen angeordnetes Fachgutachten. In sämtlichen Fällen wird die Methode der analytischen Arbeitsplatzbewertung angewandt.[169]

4.31 Entschädigung infolge Anstellungsdiskriminierung (F 71-76)

Das Gleichstellungsgesetz sieht für die diskriminierende Ablehnung einer Anstellung eine spezielle Entschädigung vor (Art. 5 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 GlG), welche den Betrag von drei Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 5 Abs. 4 GlG).

Insgesamt konnten im Rahmen dieser Analyse sechs Fälle von Anstellungsdiskriminierungen ermittelt werden.[170] Vier davon geben die Höhe der geforderten Entschädigung an. Diese beläuft sich im Durchschnitt auf 18'343.- CHF (Median: 55'970.- CHF).

In vier Fällen (von sechs bzw. 67%) wurde die Beschwerde der arbeitnehmenden Partei abgewiesen.

In einem Entscheid weist das Bundesgericht die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.[171]

Schliesslich wird in einem Fall einem im Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigten Kandidaten eine symbolische Entschädigung von CHF 1.- zugesprochen.[172]

Im Rahmen der vorliegenden Analyse konnte jedoch kein Entscheid ermittelt werden, in dem das Bundesgericht eine Entschädigung infolge Anstellungsdiskriminierung zuspricht.

4.32 Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung (F 77-83)

Das Gleichstellungsgesetz sieht für diskriminierende Kündigungen eine mit strafender und wiedergutmachender Funktion behaftete Entschädigung vor (Art. 5 Abs. 2 GlG). Diese wird wie die Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung im Obligationenrecht (Art. 336a OR) unter Würdigung aller Umstände festgesetzt und darf den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen (Art. 5 Abs. 4 GlG).

---

[167] BGer 8C_78/2009 (=BGE 136 II 393); 4A_449/2008; 2A.509/2006; 2A.505/2006; 2A.291/2006; 1C_432/2008; 1C_420/2008; 1C_405/2007.

[168] Und nicht infolge einer Klage auf Beseitigung einer Diskriminierung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b GlG. Die vorliegende Analyse konnte nämlich keinen sich auf diese Klageart beziehenden Entscheid ermitteln (vgl. *hinten* 4.39).

[169] Der einige Tage vor Beginn des Beurteilungszeitraums dieser Analyse gefällte BGer 4C.383/2002 vom 22. Dezember 2003 (publiziert als BGE 130 III 145) nimmt allerdings Bezug ein auf einer Regressionsanalyse basierendes Fachgutachten.

[170] BGer 1C_37/2007 (=BGE 133 II 257); 2A.279/2004 (=BGE 131 II 361); 2A.637/2004; 8C_594/2018 (=BGE 145 II 153); 8C_703/2015; 8C_821/2016.

[171] BGer 2A.637/2004.

[172] BGer 2A.279/2004 publiziert als BGE 131 II 361 (vgl. *vorne* 4.16).

Eine Entschädigung wird in 15 Fällen verlangt (d.h. in sämtlichen Verfahren bzgl. diskriminierender Kündigungen, vgl. *oben* 4.23). Zwölf Entscheide geben die Höhe des **geforderten** Betrags an. Diese entspricht im Durchschnitt **5,4 Monatslöhnen** (d.h. beinahe dem gesetzlich festgesetzten Höchstbetrag).

In beinahe allen Fällen (elf von zwölf) wird keine Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung gewährt. Die einzige **zugesprochene** Entschädigung beträgt CHF 10'000.-, was in casu **einem Monatslohn** entspricht. Diese wurde allerdings in Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR (infolge einer fristlosen Entlassung)[173] gewährt. In der vorliegenden Analyse konnte kein Bundesgerichtsentscheid ermittelt werden, in dem eine Entschädigung aufgrund von Art. 5 Abs. 2 GlG zugesprochen wird.[174]

Zehn Entscheide enthalten nähere Angaben über die gesetzlichen Bestimmungen, auf deren Grundlage Forderungen nach einer Entschädigung beurteilt wurden.

Tabelle 9: Auf welche rechtlichen Grundlagen stützt sich das Gericht bei der Beurteilung von Entschädigungsforderungen infolge diskriminierender Kündigung?

Anzahl Fälle (n=10)	Rechtliche Grundlage
8	Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 GlG (diskriminierende Kündigung)
1	Art. 336 Abs. 1 lit. a und Art. 336a OR (missbräuchliche Kündigung)
1	Art. 337c Abs. 3 OR (ungerechtfertigte fristlose Kündigung)[175]

In einem Fall[176] wird die Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung ausschliesslich unter dem Blickwinkel des Obligationenrechts und nicht gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geprüft, obwohl die Arbeitnehmerin, der zunächst während der Schwangerschaft und anschliessend nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub gekündigt wurde, u.a. explizit auch das Vorliegen einer diskriminierenden Kündigung i.S.v. Art. 3 GlG geltend macht. Im entsprechenden Bundesgerichtsentscheid suchen wir vergeblich nach Erwägungen, welche auf die in Art. 6 GlG für solche Fälle vorgesehene Beweislasterleichterung hinweisen. In seinem Entscheid vertritt das Bundesgericht die Ansicht, es lägen «keine Hinweise auf missbräuchliches Verhalten» seitens des Arbeitgebers vor, der seinerseits mangelnde Leistungen der Arbeitnehmerin hervorhebt.[177]

4.33 Entschädigung infolge sexueller Belästigung (F 84-87)

Eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GlG) wird in zwölf Fällen verlangt (von 14 Klagen wegen sexueller Belästigung, mit denen sich das Bundesgericht im Beurteilungszeitraum der Analyse befassen musste). In zwei Fällen verlangt die Klägerin lediglich eine Genugtuung nach Art. 49 OR ohne Bezugnahme auf eine Entschädigung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GlG.[178]

---

[173] BGer 4C.321/2005.

[174] BGer 4A_59/2019 (Gewährung einer Entschädigung in Höhe von drei Monatslöhnen nach einer diskriminierenden Kündigung infolge Mutterschaft) erging am 12. Mai 2020, bzw. erst nach der Beurteilungsperiode, die der vorliegenden Analyse zugrunde liegt.

[175] BGer 4C.321/2005 (Art. 337 Abs. 3 OR: unverschuldete Arbeitsverhinderung)

[176] BGer 4A_507/2013 (Die nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub gekündigte Arbeitnehmerin macht diskriminierende Kündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und Art. 3 GlG geltend. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, der angefochtene Entscheid stehe im Einklang mit Art. 9 BV und Art. 336a Abs. 1 OR).

[177] BGer 4A_507/2013, E. 4.

[178] BGer 4C.91/2005; 4C.276/2004. In beiden Verfahren wird das Vorliegen einer sexuellen Belästigung verneint.

Von den zwölf Entscheiden, in denen von einer Entschädigung aufgrund von Art. 5 Abs. 3 GlG die Rede ist, geben zehn die Höhe des geforderten Betrags an. In einem Fall kann dem Sachverhalt entnommen werden, die Arbeitnehmerin verlange zwei Monatslöhne (ohne den genauen Betrag zu nennen), obwohl Art. 5 Abs. 3 GlG vorsieht, dass eine solche Entschädigung auf der Grundlage des «schweizerischen Durchschnittslohns» berechnet wird.[179] Die sich auf diese Bestimmung abstützenden **Forderungen** belaufen sich im Durchschnitt auf CHF 28'983.- [180], d.h. fast **vier schweizerische Durchschnittslöhne** [181], wobei die in Art. 5 Abs. 4 GlG festgelegte Obergrenze sechs *Monatsgehälter* beträgt.

In **etwas mehr als der Hälfte der Fälle** (sechs von elf bzw. 54,5%) wird **keine Entschädigung** auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GlG **zugesprochen**, da entweder das Vorliegen belästigenden Verhaltens verneint wird[182] oder weil die arbeitgebende Partei nachweislich die erforderlichen Präventions- und Sanktionsmassnahmen ergriffen hat (Art. 328 OR, Art. 5 Abs. 3 GlG).[183]

In **fünf Fällen** (45,5%) spricht das Gericht eine Entschädigung zu. Diese beläuft sich auf durchschnittlich CHF 13'990.- [184] (etwa **zwei schweizerische Durchschnittslöhne**). In vier von diesen fünf Fällen erfolgen die Belästigungen entweder durch den Arbeitgeber selbst oder durch eines seiner Organe (Art. 55 ZGB).[185] In zwei Fällen stellt das Bundesgericht fest, die in Art. 5 Abs. 3 GlG vorgesehene Prüfung der Entlastungsnachweises brauche daher nicht durchgeführt zu werden.[186] Nur in einem Fall prüft das Bundesgericht, ob die arbeitgebende Partei die im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR und 5 Abs. 3 GlG) erforderlichen Massnahmen getroffen hatte, und kommt zum Schluss, dass dies nicht der Fall war.[187]

Von den 14 bis ans Bundesgericht weitergezogenen Verfahren wegen sexueller Belästigung, befasst sich die Hälfte (sieben) mit der Frage der Fürsorgepflicht der arbeitgebenden Partei.[188] In der anderen Hälfte der Fälle wird dieser Punkt in der Beschwerde nicht aufgeworfen, so dass sich das Bundesgericht damit nicht befassen musste.

4.34 Schadenersatz und Genugtuung (F 88-95)

Gemäss Art. 5 Abs. 5 GlG bleiben «Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung» vorbehalten.

In fünf Verfahren werden Schadenersatzforderungen geltend gemacht und werden in allen Fällen abgewiesen.

---

[179] Die Analyse 2017, 26, stellt fest, dass die kantonalen Gerichte als Basis für die Berechnung oft den Medianlohn verwenden, dessen Wert tiefer ist als derjenige des Durchschnittslohns. Zu beachten ist, dass jeweils das Bundesamt für Statistik die Höhe des Schweizer Medianlohns veröffentlicht (im Jahr 2018 betrug dieser CHF 6'538.-).

[180] Medianwert: CHF 28'866.-

[181] Im Jahr 2017 betrug der Durchschnittslohn in der Schweiz etwa CHF 7'300.-, während sich der Medianlohn auf etwa CHF 6'500.- belief.

[182] Vgl. bspw. BGer 2A.404/2006 (öffentlich-rechtliche Anstellung), vgl. *vorne* 4.25, Verdeutlichungsbeispiel 1.

[183] Vgl. bspw. BGer 4A_178/2010 («Bistum»).

[184] Medianwert: CHF 12'000.-

[185] BGer 4A_544/2018 (Direktor); 4D_88/2009 (Filialleiter); 4A_330/2007 (Vorgesetzter und Lehrmeister); BGer 4A_473/2013 (Geschäftsleiter).

[186] BGer 4A_330/2007 (Vorgesetzter und Lehrmeister); BGer 4A_473/2013 (Geschäftsleiter).

[187] Vgl. BGer 4C.289/2006 (feindseliges Arbeitsklima in einer Uhrenfirma).

[188] Es handelt sich um die drei Fälle, in denen eine Entschädigung aufgrund Art. 5 Abs. 3 GlG zugesprochen wird (BGer 4C.289/2006, E. 4; 4A _473/2013, E. 3.3; 4A_330/2007, E. 4); einen Fall, in dem eine Belästigung festgestellt wird, der arbeitgebenden Partei jedoch das Erbringen eines Entlastungsnachweises gelingt (BGer 4A_178/2010, E. 4) und um die drei Fälle, in denen kein Nachweis belästigenden Verhaltens erbracht werden konnte (BGer 4C.60/2006, E. 4; 4A _13/2010, E. 4 und 5; 2A.404/2006, E. 6.3).

In 18 Verfahren[189] wird eine Genugtuung i.V.m. einer Diskriminierung verlangt (Art. 49 OR).[190]

In nur einem Fall wird eine Genugtuung von CHF 15'000.- zugesprochen, und zwar kumuliert mit der Entschädigung für sexuelle Belästigung nach Art. 5 Abs. 3 GlG. [191] In 15 Fällen wird die Forderung abgewiesen. In zwei Entscheiden wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4.35 Gerichtskosten (F 97-98)

In Streitigkeiten nach dem GlG werden gemäss dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit für Verfahren auf kantonaler Ebene keine Kosten erhoben (Art. 95 Abs. 2 ZPO). Dies gilt sowohl für Schlichtungs- (Art. 113 Abs. 2 lit. a ZPO) als auch für Entscheidverfahren (Art. 114 lit. a ZPO, Art. 13 Abs. 5 GlG).[192]

Bei bundesgerichtlichen Verfahren auf der Grundlage des GlG ist zwischen der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGG (als diese Verfahren noch kostenlos waren) und der Zeit ab 1. Januar 2007 zu unterscheiden.

Seit 1. Januar 2007 sieht Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert eine **Gerichtsgebühr** [193] zwischen CHF 200.- und CHF 1'000.- vor, welche in allen Fällen von geschlechtsspezifischen Diskriminierungen erhoben wird.[194] Gemäss Art. 65 Abs. 5 BGG kann das Bundesgericht bei der Bestimmung dieser Gebühr höchstens bis zu CHF 10'000.- hinausgehen, wenn es besondere Gründe rechtfertigen (z.B. ausserordentliche Fallkomplexität).[195]

30 von 81 analysierten Entscheiden ergingen vor Inkrafttreten des BGG und demzufolge ohne Auferlegung der Gerichtskosten.

Die restlichen 51 Fälle geben die Höhe der auferlegten Gerichtskosten an. Dieser Betrag übersteigt grundsätzlich nicht den Betrag von CHF 1'000.- (gemäss Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG). Die vorliegende Analyse identifiziert jedoch acht Fälle mit höheren Kosten[196], entweder weil die Streitigkeit sich nur teilweise auf das GlG bezog[197] oder das Verfahren durch eine ausserordentliche Komplexität gekennzeichnet war.[198]

---

[189] Im Durchschnitt beläuft sich der geforderte Betrag auf CHF 19'540.-, der Medianwert beträgt CHF 12'500.-.

[190] Anstellung (2); sex. Belästigung (5); diskriminierende Kündigung (5); Kündigung und Belästigung ohne Angaben wofür genau (4); Rachekündigung und sex. Belästigung (1); Aufgabenzuteilung und Beförderung (1).

[191] BGer 4A_330/2007 (Vergewaltigung durch Vorgesetzten, der gleichzeitig Lehrmeister war). In der vorliegenden Analyse wurde nur ein weiterer Fall ermittelt, in dem neben der Entschädigung infolge sexueller Belästigung (Art. 5 Abs. 3 GlG) auch eine Genugtuung (Art. 49 OR) verlangt wird: BGer 4D_88/2009. In diesem Fall wurde aber das belästigende Verhalten nicht als schwerwiegend genug qualifiziert, um eine solche Kumulierung zu rechtfertigen.

[192] Zur Frage, was als «Forderung nach dem GlG» qualifiziert werden kann und welche Regeln in solchen Fällen bzgl. Gerichtskosten gelten, vgl. DIETSCHY-MARTENET, 424 und 444 f.

[193] Gemäss Art. 65 Abs. 1 BGG bestehen die Gerichtskosten in «der Gerichtsgebühr, der Gebühr für das Kopieren von Rechtsschriften, den Auslagen für Übersetzungen, ausgenommen solche zwischen Amtssprachen, und den Entschädigungen für Sachverständige sowie für Zeugen und Zeuginnen».

[194] Vgl. CS/LTF-CORBOZ N 30 zu Art. 65 BGG: «Der ermässigte Tarif gilt nicht, wenn es sich um eine Streitigkeit zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeber handelt, wenn die Klage ausschliesslich auf einer anderen Diskriminierungsart beruht (z.B. Rassendiskriminierung) oder wenn sich die geschlechtsspezifische Diskriminierung ausserhalb des Arbeitsverhältnisses ereignet […]»

[195] Vgl. C/LEg-BOHNET/DIESTCHY N 44 zu Art. 12 GlG; C/LEg-BRUCHEZ N 55 zu Art. 13 GlG.

[196] CHF 2'000.- (3), 3'000.- (2), 3'500.- (1), 5'000.- (1), 6'500.- (1).

[197] Vgl. zum Beispiel BGer 4A_18/2018; Vgl. auch *vorne* 4.9.

[198] Vgl. BGer 8C_78/2009 (=BGE 136 II 393), E. 12.2.1: «In Anbetracht der Komplexität des Falles (Beurteilung von zwei Berufsgruppen, Feststellungs- und Leistungsklagen etc.) rechtfertigt es sich, Kosten in Höhe von insgesamt Fr. 5000.- zu verlegen».

In der Regel werden Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Wenn die Umstände es rechtfertigen, kann das Bundesgericht die Kosten anders verteilen oder darauf verzichten, Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG). In 33 Fällen werden die Kosten (zwischen CHF 200.- und CHF 1'000.-) der arbeitnehmenden Partei auferlegt. In einem weiteren Fall wurde diese wegen mutwilliger Prozessführung zur Zahlung der Gerichtskosten in Höhe von CHF 1'000.- verurteilt.[199] In einem Entscheid trägt der beschwerdeführende Verband (Art. 7 GlG) die Gerichtskosten von CHF 1'000.- [200]

In zwölf Fällen gehen die Kosten ausschliesslich zu Lasten der arbeitgebenden Partei. In vier Fällen werden sie beiden Prozessparteien zu gleichen Teilen auferlegt, entweder infolge teilweiser Gutheissung der Beschwerde[201] oder infolge Abweisung beider Beschwerden im Verfahren.[202]

4.36 Parteientschädigungen (F 99)

Die unterliegende Partei wird in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen **Kosten** zu ersetzen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Das Reglement des Bundesgerichts über die Parteientschädigung sieht vor, dass diese «Anwaltskosten», einschliesslich Honorar und die Auslagen, sowie «allfällige weiteren notwendigen Kosten, die durch den Rechtsstreit verursacht werden», umfasst. [203]

Die vorliegende Analyse identifiziert 38 Entscheide, in denen **keine Parteientschädigungen** zugesprochen werden. Grossmehrheitlich (34) handelt es sich dabei um Falle, in denen eine staatliche Behörde in ihrer Stellung als arbeitgebende Partei obsiegt. Gemäss Art. 68 Abs. 3 BGG wird «Bund, Kantonen, Gemeinden und den mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen». So können öffentlich-rechtliche Angestellte, die auf der Grundlage des GlG Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht führen, im Falle des Unterliegens lediglich zur Bezahlung von Gerichtskosten verpflichtet werden (bzw. grundsätzlich höchstens CHF 1'000.-, vgl. *vorne* 4.35). Diese Regelung stellt eine Erleichterung in Bezug auf die Initiierung von Beschwerdeverfahren im Bereich des öffentlichen Personalrechts dar, die, wie bereits festgestellt, zahlreicher sind als Verfahren im Bereich des privaten Arbeitsrechts (vgl. 4.15).

Die vier übrigen Fälle, in denen keine Parteientschädigungen zugesprochen werden, beziehen sich auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. In drei davon werden keine Parteikosten auferlegt, da Vernehmlassungen i.S.v. Art. 102 BGG nicht eingeholt worden und der obsiegenden Partei somit keine Kosten entstanden sind.[204] Im vierten Fall werden die Parteikosten wettgeschlagen, weil keine der Parteien vollständig obsiegt.

In 31 Entscheiden gehen die Kosten **zu Lasten der arbeitgebenden Partei**, die unterliegt. Diese belaufen sich im Durchschnitt auf CHF 5'138.- Der Medianwert liegt bei CHF 2'500.-.

In zwölf Entscheiden, die den Privatsektor betreffen, gehen die Kosten **zu Lasten der arbeitnehmenden Partei**, die unterliegt. Der durchschnittliche Betrag beläuft sich auf CHF 4'250.-. Der Medianwert liegt bei CHF 4'000.-.

---

[199] BGer 2A.597/2003.
[200] BGer 8C_119/2015 (Gewerkschaft VPOD).
[201] BGer 4A_77/2007 (CHF 600.-); 4A_115/2011 (CHF 600.-); 8C_605/2016 (CHF 1'000.-).
[202] BGer 4C.321/2005 (CHF 6'500.-)
[203] Art. 1 und 2 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht («Reglement über die Parteientschädigung») SR 173.110.210.3.
[204] Vgl. dazu CS/LTF-CORBOZ N 13 zu Art. 68 BGG.

Ein Vergleich der beiden Medianwerte zeigt, dass **die arbeitgebende Partei höhere Parteientschädigungen erhält als die arbeitnehmende**. Es ist anzumerken, dass die Höhe der Parteientschädigungen jeweils nicht unbedingt die tatsächlich entstandenen Kosten widerspiegelt, welche für die arbeitgebende Partei vermutlich erschwinglicher sind und sie deshalb eher dazu neigen, eine grosse und möglicherweise teurere Anwaltskanzlei mit ihrer Vertretung zu beauftragen.

Das Bundesgericht legt die Höhe der Parteientschädigungen nach Massgabe seines eigenen Tarifs fest (Art. 68 Abs. 2 BGG).[205] Das diesbezügliche Reglement sieht vor, dass sich bei Streitsachen mit Vermögensinteresse das Honorar des Rechtsanwalts oder der Rechtsanwältin i.d.R. nach Streitwert richtet.[206] Bei Streitsachen ohne Vermögensinteresse betragen die Parteikosten zwischen CHF 600.- und 18'000., «je nach Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie nach Arbeitsaufwand».[207]

4.37 Ausgang des Verfahrens (F 101-102)

Die Analyse der kantonalen Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 ergab, dass der Entscheid in 62,5% der Fälle vollumfänglich oder mehrheitlich zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei, welche eine Diskriminierung nach GlG geltend macht, ausfällt. [208]

Die vorliegende Analyse kommt zu einem ähnlichen Ergebnis. Dies lässt sich evtl. durch die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts erklären, welches bekanntlich seinem Entscheid den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde legt (vgl. Art. 105 f. BGG, *vorne* 4.27).

In etwa **zwei Dritteln der Fälle** (53, d.h. 65,4%) ist der Ausgang des Verfahrens **für die arbeitnehmende Partei** vollumfänglich (43 Fälle, 53%) oder mehrheitlich (10 Fälle, 12,4%) **ungünstig**. In 28 Fällen (34,5 %) endet das Beschwerdeverfahren für die arbeitnehmende Partei vollumfänglich (17 Fälle, 21 %) oder mehrheitlich (11 Fälle, 13,5 %) günstig.

---

[205] Und nach der Praxis der zuständigen Abteilung, die jeweils über einen grossen Ermessensspielraum verfügt, vgl. CS/LTF-CORBOZ N 31-32 zu Art. 68 BGG.

[206] Art. 3-5 des Reglements über die Parteientschädigung.

[207] Art. 6 des Reglements über die Parteientschädigung. Weitere Erläuterungen zu den Kriterien für die Bestimmung der Höhe der Parteikosten: CS/LTF-CORBOZ N31-39 zu Art. 68 BGG; BSK/BGG-GEISER, Art. 68, N 4-8; Praxiskommentar/BGG-DOLGE, Art. 68, N 7.

[208] Analyse 2017, 28 f.

4.38 Ausgang des Verfahrens nach Art der Diskriminierung (F 38 und 101)

Tabelle 10: Ausgang des Verfahrens nach Art der Diskriminierung

Art der Diskriminierung	Anzahl Entscheide	Verfahrensausgang (vollumfänglich oder mehrheitlich) zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei	Verfahrensausgang (vollumfänglich oder mehrheitlich) zu Gunsten der arbeitnehmenden Partei
Aufgabenzuteilung	3	100%	0%
Diskr. Kündigung	15	93%	7%
Beförderung	6	83%	17%
Sexuelle Belästigung[209]	14	71%	29%
Anstellung	6	67%	33%
Rachekündigung	6	66%	34%
Entlöhnung[210]	55	60%	40%

Auf der Seite der Arbeitnehmenden sind die Beschwerden bei **Lohndiskriminierungsklagen** am erfolgreichsten. Diese beziehen sich meistens auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (vgl. 4.23) und werden oft von mehreren Personen und Verbänden erhoben. Es ist jedoch anzumerken, dass eine erfolgreiche Beschwerde beim Bundesgericht nicht notwendigerweise dazu führt, dass die Rechtssache schliesslich zu Gunsten der arbeitnehmenden Partei entschieden wird (vgl. 4.39). 60% aller Beschwerden infolge Lohndiskriminierungen vor dem Bundesgericht haben einen für die arbeitnehmende Partei ungünstigen Ausgang.[211] Die Analyse 2017 kommt zu einem ähnlichen Ergebnis.[212] Mit dieser Diskriminierungsart befassen sich sowohl die kantonalen als auch die eidgenössischen Gerichte am häufigsten (vgl. 4.23).

Wie auch in der Analyse 2017 festgestellt wurde[213], hat ein Verfahren wegen **sexueller Belästigung** für die arbeitnehmende Partei häufig einen ungünstigen Ausgang (in 71% der Fälle), insbesondere weil das Bundesgericht, wie oben erwähnt, oft die Ansicht vertritt, die geltend gemachten Verhaltensweisen seien nicht als sexuelle Belästigung einzustufen (vgl. 4.25).

Während die Analyse von 2017 aufzeigte, dass Verfahren wegen **diskriminierender Kündigungen** zu denjenigen Verfahren gehören, die am häufigsten zur Gewährung einer Entschädigung an die arbeitnehmende Partei führen, [214], endet das Verfahren in 93% der vor dem Bundesgericht verhandelten Fälle [215] für die entlassenen Arbeitnehmenden ungünstig (vgl. 4.32).

Der Anteil der Fälle, welche für die arbeitnehmende Partei ungünstig enden, sinkt zwar auf 66%, wenn diese eine **Rachekündigung** geltend macht. Es muss jedoch hervorgehoben werden, dass die Entschädigungen in solchen Fällen ausschliesslich auf der Grundlage von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR

[209] Nicht eingerechnet die sieben Fälle, in denen sich eine der sexuellen Belästigung beschuldigte Person gegen eine verhängte Sanktion beschwert.
[210] Einschliesslich Verbandsklagen (Art. 7 GlG).
[211] Werden nur Lohnnachzahlungsklagen berücksichtigt (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG), beträgt die Misserfolgsquote 57% (vgl. *vorne* 4.25). Zählen wir die von den Verbänden im Alleingang erhobenen Feststellungsklagen dazu (Art. 7 GlG), beträgt die Misserfolgsquote 60% (keine der erwähnten Verbandsklagen war erfolgreich).
[212] Analyse 2017, 29 (Verfahrensausgang zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei: 68.6%).
[213] Analyse 2017, 29 (Verfahrensausgang zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei: 82.8%).
[214] Analyse 2017, 29 (Verfahrensausgang zu Ungunsten der arbeitnehmenden Partei: 56.8%).
[215] Durch die Erste zivilrechtliche Abteilung in 13 von 15 Fällen.

zugesprochen werden.[216] Das Bundesgericht erachtet in allen Fällen die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 10 GlG als nicht erfüllt (vgl. 4.24).

4.39 Gutheissung der Beschwerde (F 102)

Im Allgemeinen heisst das Bundesgericht Beschwerden auf der Grundlage des GlG in 33% der Fälle gut (27 von 81).

Die Erfolgsquote liegt bei 27%, wenn die arbeitnehmende Partei Beschwerde führt[217], gegenüber 34%[218], wenn dies die arbeitgebende Partei tut.[219] Bei den Letzteren sind zudem Unterschiede nach Abteilungen des Bundesgerichts augenfällig. Während die Erste sozialrechtliche Abteilung alle sechs Beschwerden der arbeitgebenden Partei gutheisst (Erfolgsquote: 100%)[220] heisst die Erste zivilrechtliche Abteilung eine solche Beschwerde [221] in lediglich einem von zwölf Fällen gut (Erfolgsquote: 8,3%).[222]

In etwa einem Viertel der Fälle heisst das Bundesgericht die Beschwerde der arbeitnehmenden Partei gut, was allerdings nicht bedeutet, dass diese in allen Fällen schliesslich den Prozess auch gewinnt.

Gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG kann das Bundesgericht selbst in der Sache entscheiden (13 Fälle) oder den Fall an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückweisen (13 Fälle). Es kann den Fall auch an die erstentscheidende Instanz zurückweisen (ein Fall), falls die Vorinstanz dies höchstwahrscheinlich auch getan hätte.[223]

So weist das Bundesgericht in etwas mehr als der Hälfte der Fälle, in denen die Beschwerde gutgeheissenn wird (14 von 27), den Fall zu neuer Beurteilung an die kantonalen Gerichte zurück. Die zurückgewiesenen Fälle betreffen beinahe alle Lohndiskriminierungsklagen (13 von 14). Lediglich ein Fall geht auf eine Anstellungsdiskriminierungsklage zurück.[224]

Es ist anzumerken, dass in den meisten dieser Fälle das Endergebnis unbekannt bleibt. Es ist in der Tat nicht einfach, die neuen im Anschluss an die bundesgerichtliche Rückweisung ergangenen kantonalen Entscheide zu ermitteln. Unseres Wissens ist vom definitiven Ausgang des Verfahrens in zwei Fällen die Rede, die in den beiden Datenbanken www.leg.ch und www.gleichstellungsgesetz.ch zusammengefasst sind. In diesen beiden Fällen heisst es, die Verfahrensparteien hätten nach dem Urteil des Bundesgerichts die Verhandlungen wieder aufgenommen und schliesslich eine aussergerichtliche Vereinbarung getroffen.[225] In einem anderen Fall deutet das zweite kantonale Urteil darauf hin, dass die

---

[216] BGer 4A_539/2015 und 4C.60/2006.

[217] 64 Beschwerden der arbeitnehmenden Partei, erfolgreich in 17 Fällen. Erfolgsquote nach Abteilung des Bundesgerichts: die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung (2 von 9 = 22.2%), die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung (4 von 16 = 25%), die Erste sozialrechtliche Abteilung (4 von 17 = 23.5%), die Erste zivilrechtliche Abteilung (7 von 22 = 31.8%)..

[218] 29 Beschwerden der arbeitgebenden Partei, erfolgreich in zehn Fällen.

[219] Zu den Verfahrensparteien und der höheren Anzahl von Beschwerden auf der arbeitnehmenden Seite vgl. *vorne* 4.12.

[220] In sämtlichen Fällen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Arbeitgebende.

[221] In diesem Fall ein Unternehmen im Privatsektor: BGer 4A_523/2014.

[222] Erfolgsquote nach Abteilung des Bundesgerichts: die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung (3 von 4 =75%), die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung (0 von 7 = 0%), die Erste sozialrechtliche Abteilung (6 von 6 = 100%), die Erste zivilrechtliche Abteilung (1 von 12 = 8.33%).

[223] Vgl. Praxiskommentar/BGG-SPÜHLER, Art. 107, N 5; CS/LTF-CORBOZ N 25 zu Art. 107 BGG.

[224] BGer 2A.637/2004.

[225] BGer 4A_12/2007 (= BGE 133 II 545), Fallzusammenfassung auf www.leg.ch/jurisprudence GE 03.07.2007 und BGer 8C_78/2009 (= BGE 136 II 393) Fallzusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch SG Fall 14.

Arbeitnehmerin den Fall endgültig zu ihren Gunsten entscheiden konnte.[226] Zudem kommt das Bundesgericht in einem weiteren Fall zum Schluss, die kantonale Behörde müsse lediglich noch die genaue Höhe der Lohnnachzahlungen bestimmen.[227] Schliesslich zeigt die vorliegende Analyse, dass in vier Fällen, in denen die Beschwerde der arbeitnehmenden Partei im ersten Anlauf erfolgreich war, am Ende endgültig abgewiesen wird.[228] Zur Veranschaulichung sei an dieser Stelle der Fall der Primarschullehrkräfte im Kanton Aargau erwähnt, die wegen Lohndiskriminierung klagten (Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesgericht unter Rückweisung an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung, erneute Beschwerde an das Bundesgericht gegen den zweiten Entscheid des Verwaltungsgerichts, endgültige Abweisung durch das Bundesgericht).[229]

5. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Studie hat zum Ziel, die Forschungsergebnisse der Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GlG zu vervollständigen.

Während der ersten Analyse mussten grosse Anstrengungen bzgl. **Datenerhebung** unternommen werden, um die von den verschiedenen kantonalen Gerichten gefällten Urteile ausfindig zu machen und zusammenzutragen. Im Rahmen der vorliegenden Analyse traten solche Schwierigkeiten nicht auf, da die gesamte Rechtsprechung des Bundesgerichts online verfügbar ist. Die freie Verfügbarkeit aller Bundesgerichtsentscheide ermöglicht die Bereitstellung relevanter Information für die Verfahrensparteien und erleichtert ihnen den Zugang zur Justiz.[230] Sie ist daher sehr zu begrüssen.

Über einen Zeitraum von 16 Jahren fällte das Bundesgericht 81 Urteile in Verbindung mit dem GlG, im Durchschnitt **fünf pro Jahr** im privaten und öffentlichen Sektor. Dies ist eine äusserst geringe Zahl im Vergleich zu den jährlich vom Bundesgericht behandelten Fällen im Bereich des privaten und öffentlichen Arbeitsrechts (rund 200, vgl. 4.1).

Die **Art der Diskriminierung**, mit der sich das Bundesgericht am häufigsten befassen musste, ist die **Lohndiskriminierung** (55 Fälle von 81). Während die Analyse 2017 eine ebenso grosse Zahl von Beschwerden wegen diskriminierender Kündigungen ermitteln konnte, ist der Anteil dieser Fälle in Verfahren vor dem Bundesgericht wesentlich geringer (15 Fälle). Er liegt nahe an dem der Fälle bzgl. sexueller Belästigung (14). Die übrigen durch das GlG verbotenen Diskriminierungsarten sind zudem viel seltener Gegenstand von Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht (vgl. 4.23).

Die Art der geltend gemachten Diskriminierung **variiert je nach Sprachregion**. Fälle aus der Deutschschweiz betreffen hauptsächlich Lohndiskriminierungsklagen, während Verfahren wegen anderer Diskriminierungsarten, insbesondere sexueller Belästigung, hauptsächlich aus der Romandie stammen (vgl. 4.23). Die Statistiken über die Verbreitung und Häufigkeit der belästigenden Verhaltensweisen lassen

[226] BGer 4C.138/2005; vgl. Urteil des Tessiner Tribunale cantonale d'appello 12.2006.8 vom 13.12.2007, Fallzusammenfassung auf www.sentenzeparita.ch, mit Verweis auf BGer 4C.138/2005.
[227] BGer 4A_261/2011.
[228] BGE 143 II 366 und BGE 141 II 411; BGE 133 II 257 und BGer 2A.637 2004; 2A.205/2004 und Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn: WKLA.2005.3 vom 13.02.2007; BGer 4A_523/2014 und 4A_23/2016.
[229] Vgl. BGE 143 II 366 und BGE 141 II 411. Fallzusammenfassung auf www.gleichstellungsgesetz.ch AG Fall 49.
[230] Vgl. dazu KIENER, 72 f.

jedoch keine grossen Unterschiede zwischen den Regionen erkennen.[231] Widerspiegeln die vorliegenden Ergebnisse etwa die unterschiedlichen Mentalitäten auf beiden Seiten des Röstigrabens? Die vorliegende Studie vermag leider keine Antwort auf diese Frage zu geben.

Von den 81 analysierten Urteilen betreffen 30 privatrechtliche (37%) und 51 **öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse** (63%), vgl. 4.3 und 4.15. Unseres Erachtens lässt sich diese Mehrheit der im Bereich des öffentlichen Personalrechts angesiedelten Fälle durch zwei Faktoren erklären, die den im staatlichen Sektor beschäftigen Mitarbeitenden den Weiterzug ihres Falles an das Bundesgericht erleichtern dürften:

- Einerseits ist **das finanzielle Risiko** einer auf dem GlG basierenden Klage für Mitarbeitende im öffentlichen Dienst geringer. Im Falle eines Misserfolgs muss die arbeitnehmende Partei keine Parteientschädigungen an die beschäftigende Behörde ausrichten (Art. 68 Abs. 3 BGG). Sie kann «lediglich» mit der Auferlegung der Gerichtskosten rechnen, welche nach dem ermässigten Tarif bei geschlechtsspezifischen Streitigkeiten berechnet werden. Es handelt sich i.d.R. um einen Betrag zwischen CHF 200.- und 1'000.- (Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG), solange die geltend gemachten Ansprüche ausschliesslich unter dieses Gesetz subsumiert werden können (vgl. 4.35 und 4.36).

- Anderseits scheint **das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes** geringer zu sein, wenn der Streitsache ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, obwohl die Personalgesetze in Fragen der Auflösung von Arbeitsverhältnissen häufig auf das Privatrecht verweisen. Zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung beim Bundesgericht besteht das Arbeitsverhältnis lediglich in 21 Fällen (31,3 %) fort, wovon zwei privat- und 19 öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse betreffen (vgl. 4.8).

Zudem erschwert es die lange Dauer der Gerichtsverfahren den Betroffenen, ihren Arbeitsplatz zu behalten.[232] **Die Verfahrensdauer** in Verbindung mit dem GlG (von der Anrufung einer Schlichtungsbehörde oder eines erstinstanzlichen Gerichts bis zum Urteil des Bundesgerichts) beträgt im Durchschnitt etwas weniger als vier Jahre. Vor dem Bundesgericht dauert ein Beschwerdeverfahren im Durchschnitt weniger als ein Jahr, wobei nach Abteilungen des Bundesgerichts deutliche Unterschiede festgestellt werden konnten. Ein Verfahren vor der Ersten zivilrechtlichen Abteilung dauert im Durchschnitt nur 6,4 Monate, während die Dauer eines Verfahrens vor der Ersten sozialrechtlichen Abteilung im Durchschnitt 11,4 Monate beträgt. Ein solcher Unterschied ist vermutlich auf die unterschiedliche Belastung und die Art der von diesen Abteilungen behandelten Fälle zurückzuführen (vgl. 4.11).

Während die **Erste zivilrechtliche Abteilung dem Eidg. Büro für die Gleichstellung (EBG) die Beschwerde nie zur Einreichung einer Vernehmlassung zustellt** (Art. 102 BGG), nimmt sich die Erste sozialrechtliche Abteilung regelmässig vor, das EBG zu konsultieren. Diese Abteilung folgt dessen Beurteilung jedoch nur jedes zweite Mal, i.d.R. dann, wenn das EBG auf Abweisung der Beschwerde schliesst (vgl. 4.28).

Fälle, in denen das Arbeitsverhältnis trotz eines bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens fortbesteht, betreffen immer Lohndiskriminierungsklagen. Im öffentlichen Sektor werden diese Klagen oft von mehreren natürlichen Personen angestrengt (ab und zu auch im Schulterschluss mit Verbänden,

[231] Vgl. KRINGS/SCHÄR MOSER/MOUTON, 4 (56,6% der befragten Frauen in der Deutschschweiz, 52,4% im Tessin und 48,6% in der Romandie gaben an, im Laufe ihres Erwerbslebens mindestens eine der belästigenden Verhaltensweisen erlebt zu haben).

[232] Zum Zusammenhang zwischen der Dauer des Verfahrens und dem Erhalt des Arbeitsplatzes vgl. die zitierten Studien von COLÀS-NEILA/YÉLAMOS-BAYARRI, 45.

welche die Interessen von Arbeitnehmenden wahren, Art. 7 GlG), um die Einreihungen bestimmter Berufsgruppen in Lohnsystemen anzufechten. Unter diesen Umständen kann zweifellos auch die Entpersonalisierung des Konflikts und somit auch der Erhalt der Arbeitsplätze ermöglicht werden (vgl. 4.8).

Verbände i.S.v. Art. 7 GlG machen jedoch von ihrem Recht, Feststellungsklagen zu erheben, selten Gebrauch. In dieser Analyse wurde bspw. kein einziger Verbandsklagefall aus der lateinischen Schweiz ermittelt. Zudem beziehen sich sämtliche neun Bundesgerichtsentscheide, die im Anschluss an eine zumindest teilweise durch einen Verband mitgetragenen Klage ergangen sind, auf Lohndiskriminierungen und schliessen andere durch das GlG verbotene Diskriminierungsarten vollständig aus (vgl. 4.12).

Während im Allgemeinen Frauen deutlich seltener an das Bundesgericht rekurrieren als Männer [233], zeigt sich bei Verfahren auf der Grundlage des GlG ein anderes Bild: **Arbeitnehmerinnen** rekurrieren öfter und sind zudem **häufig über 50 Jahre alt** (vgl. 4.13). Weshalb Frauen in dieser Altersgruppe offenbar eher dazu bereit sind, ihren Fall an das Bundesgericht weiterzuziehen, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Die vorliegende Analyse stellt darüber hinaus aber auch eine grosse Anzahl von Fällen fest, in denen die Arbeitnehmerin mehr als zehn Jahre im Dienst ist. Zudem scheinen die vollzeitbeschäftigten Frauen eher dazu bereit zu sein, an das Bundesgericht zu rekurrieren als Frauen, die im Teilzeitpensum tätig sind (vgl. 4.14).

Keiner der beiden im Abschnitt 4.22 erwähnten Bundesgerichtsentscheide bezieht sich ausdrücklich auf eine eventuelle **Mehrfachdiskriminierung**, die also auf einem oder mehreren übrigen durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützten Merkmalen beruht (z.B. Geschlecht und Alter). Obwohl dieser Begriff im GlG nicht explizit verankert ist, sind die Gerichte dazu angehalten, in Übereinstimmung mit den von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen, insbesondere dem CEDAW (vgl. 4.20), dieses Gesetz stets unter Berücksichtigung vielfältiger und sich überschneidenden Diskriminierungsformen auszulegen.[234]

In der Analyse 2017 auf kantonaler Ebene betraf etwas mehr als ein Drittel der Entscheide Diskriminierungen aufgrund von **Schwangerschaft, Mutterschaft oder familiärer Situation**. Die vorliegende Analyse zeigt auf, dass solche Fälle selten bis an das Bundesgericht weitergezogen werden. Nur 6,9 % aller Bundesgerichtsentscheide befassen sich mit einer Beschwerde in Bezug auf Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft (i.d.R. im Anschluss an eine Kündigung, vgl. 4.20).

Während auf kantonaler Ebene Verfahren wegen **diskriminierender Kündigungen** (Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 GlG) am häufigsten dazu führen, dass der arbeitnehmenden Partei eine Entschädigung zugesprochen wird[235], enden solche Verfahren vor dem Bundesgericht für die Entlassenen in 93%[236] der Fälle ungünstig (vgl. 4.37). Ferner wird in vier von sechs Bundesgerichtsentscheiden in Verbindung mit einer

---

[233] Dies geht aus einer Studie des SKMR über den Zugang zur Justiz hervor, die 4'383 Urteile (in allen Streitigkeiten) des Bundesgerichts über einen Zeitraum von 18 Monaten analysiert. Der Unterschied zwischen Frauen und Männern ist im Bereich des Vertragsrechts, zu dem auch das private Arbeitsrecht gehört, besonders ausgeprägt. Vgl. auch WYTTENBACH/BRAUN, 7-11.

[234] C/CEDAW-KLEBER, N 30 zu Art. 1 CEDAW; C/CEDAW-COTTIER, N 46 f. zu Art. 5 CEDAW; C/CEDAW-LEMPEN, N 34-40, 56 zu Art. 11 CEDAW.

[235] Analyse 2017, 29.

[236] Dieser hohe Prozentsatz, der insbesondere auf die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts zurückzuführen ist, muss vor dem Hintergrund des kurz nach Ende des Beurteilungszeitraums dieser Analyse ergangenen BGer 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020 relativiert werden. In diesem Fall, der unter www.leg.ch/jurisprudence TF (GE) 12.05.2020 zusammengefasst ist, erhielt die Arbeitnehmerin drei Monatslöhne als Entschädigung für die diskriminierende Kündigung aufgrund von Mutterschaft.

Klage wegen **Rachekündigung** nach Art. 10 GlG festgestellt, die in dieser Bestimmung festgelegten Voraussetzungen seien in casu nicht erfüllt gewesen (vgl. 4.24).

In 71% der Entscheide, die eine Klage wegen sexueller Belästigung zum Gegenstand haben, ist der Ausgang des Verfahrens für die arbeitnehmende Partei vollumfänglich oder mehrheitlich ungünstig (vgl. 4.37). Dieses Ergebnis ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die im kantonalen Verfahren vorgebrachten belästigenden Verhaltensweisen nicht als «unerwünscht» i.S.v. Art. 4 GlG qualifiziert werden. Die Art und Weise, wie die Gerichte diese Voraussetzung auslegen, führt oft dazu, dass das Vorliegen einer sexuellen Belästigung verneint wird. Zudem ist es wegen der auferlegten Beweislast schwer, belästigende Handlungen nachzuweisen, da die in Art. 6 GlG verankerte Beweislasterleichterung in solchen Fällen nicht anwendbar ist (vgl. 4.25).

In den meisten Fällen (54,5 %), in denen die Beweislast gemäss Art. 6 GlG erleichtert wird, wird die **Glaubhaftmachung nicht anerkannt**. Somit wird die Beschwerde der Partei, die eine Diskriminierung geltend macht, bereits in diesem Stadium abgewiesen. Diesbezüglich urteilt das Bundesgericht jedoch nicht strenger als die kantonalen Gerichte. Im Übrigen unterscheiden die Bundesgerichtsentscheide die zwei Stufen der Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG deutlicher als die meisten kantonalen Urteile, die im Rahmen der Analyse 2017 und der Evaluation der Wirksamkeit des GlG von 2005 untersucht worden sind (vgl. 4.26). Auf Bundesebene kann somit ein gewisser Fortschritt in Bezug auf das Verständnis der Besonderheiten dieses Gesetzes festgestellt werden.

Generell werden **die beim Bundesgericht auf der Grundlage des GlG eingereichten Beschwerden in etwa einem Viertel der Fälle gutgeheissen**. Führt die arbeitnehmende Partei die Beschwerde, ist diese in 27% der Fälle erfolgreich (vgl. 4.39). Ein derart geringer Anteil hängt u.a. auch mit der eingeschränkten Kognition unseres höchsten Gerichts zusammen. Um das Bundesgericht zu entlasten, konzipierte es die Legislative in erster Linie als die Rechtsüberprüfungsinstanz, welche den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt (Art. 105 BGG) nur dann überprüft, wenn dieser offensichtlich unrichtig oder rechtswidrig ist. In Verbindung damit qualifiziert das Bundesgericht eine **Beschwerde** häufig als **ungenügend begründet** (Art. 42 Abs. 2 und 97 BGG), wobei sich die beschwerdeführende Partei i.d.R. darauf beschränkt, die vor den kantonalen Instanzen geltend gemachten Vorwürfe zu wiederholen, ohne genau darzulegen, warum die Vorinstanz bei der Abweisung der Beschwerde willkürlich gehandelt haben soll (vgl. 4.27).

Beschwerden auf der Grundlage des GlG werden oft durch **einige wenige auf Gleichstellungsrecht spezialisierte Anwält_innen** beim Bundesgericht (in Vertretung) eingereicht. Diese Expert_innen sind zudem meist in den Kantonen mit grossen urbanen Zentren wie Zürich oder Genf tätig. Die Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des GlG scheint also vom Engagement dieser wenigen Fachpersonen abzuhängen, deren Namen regelmässig zu Beginn der analysierten Entscheide erscheinen. Zu beachten ist auch, dass die Kantone, aus denen keine Verfahren auf der Grundlage des GlG stammen, häufig über keine Fachstellen für Gleichstellung verfügen (vgl. 4.5).

6. Empfehlungen

Auf der Grundlage der vorstehend dargelegten Schlussfolgerungen lassen sich folgende Empfehlungen formulieren, die darauf abzielen, die Funktionsweise der Rechtspflege und den Zugang zum Recht in Fällen geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Erwerbsleben zu verbessern. Einige Empfehlungen konnten bereits anlässlich der Analyse 2017 abgegeben werden.[237]

[237] Analyse 2017, 34 f.

A. Rechtsetzende Behörden

1. Verbandsklagerecht stärken: Im Rahmen der Arbeiten zur Förderung der kollektiven Rechtsdurchsetzung in der Schweiz[238] Instrumente für eine effektivere Gestaltung des Verbandsklagerechts in Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 7 GlG) einführen.

2. Beweislasterleichterung auf Fälle von sexueller Belästigung und Anstellungsdiskriminierung ausdehnen: Erneut die Möglichkeit prüfen, die Beweislasterleichterung i.S.v. Art. 6 GlG auf alle Fälle geschlechtsspezifischer Diskriminierungen auszudehnen, wie dies das Recht der Europäischen Union vorsieht.[239]

B. Justizkreise

3. Weiterbildung der Richter_innen, der Mitglieder der Schlichtungsbehörden und Anwaltsverbände verbessern: Schulungen zum GlG und CEDAW in Aus- und Weiterbildungsprogramme integrieren. Justizkreise systematisch für Geschlechterstereotypen, geschlechtsbezogene Gewalt[240] (einschliesslich sexueller Belästigung) und sich überschneidende Formen der Diskriminierung[241] sensibilisieren.[242]

C. Fachstellen für Gleichstellung

4. Auf die im GlG verankerten Rechte aufmerksam machen: weiterhin alle relevanten Kreise (Einzelpersonen, Unternehmen, öffentliche Verwaltungen, Sozialpartnerinnen und -partner, Justizkreise) auf geschlechtsspezifische Diskriminierungen im Erwerbsleben sowie auf die im GlG verankerten Rechte und die Möglichkeiten ihrer gerichtlichen Durchsetzung aufmerksam machen.

D. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)

5. Eine Zusatzstudie über den Verfahrensausgang auf der Grundlage des GlG in Auftrag geben: den Kenntnisstand bzgl. Ausgang des Verfahrens verbessern in Fällen, in denen das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückweist. Eine Umfrage unter den Anwält_innen durchführen, die die Rechtssache an das Bundesgericht weiterziehen (und deren Namen in Bundesgerichtsentscheiden ersichtlich sind) mit folgenden Fragen: Was war der endgültige Ausgang des Verfahrens aufgrund des GlG? Haben sich die Parteien aussergerichtlich einigen können?

---

[238] Botschaft BR ZPO 2020, 2721 (Kollektiver Rechtsschutz: Abspaltung und separate Behandlung); Erläuternder Bericht BR ZPO 2018; Motion 13.3931 BIRRER-HEIMO «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung».

[239] Richtlinie 2006/54 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), L 204/31, 26. Juli 2006, Art. 19.

[240] Vgl. Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, SR 0.311.35, Art. 15 (Aus- und Fortbildung von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen).

[241] In Übereinstimmung mit der Allgemeinen Empfehlung Nr. 33 des CEDAW-Ausschusses über den Zugang von Frauen zur Justiz (CEDAW/C/GC/33), N 18e und 26 ff.

[242] Über die Notwendigkeit, dass die staatlichen Behörden einen systematischen Ansatz verfolgen und sich nicht lediglich auf die bereits vorhandenen Kompetenzen bestimmter Individuen innerhalb der Justizkreise stützen; Vgl. KIENER, 70.

6. **Die Praxis und die Erwartungen des Bundesgerichts, wenn dieses einer Fachbehörde die Beschwerde zur Einreichung einer Vernehmlassung zustellt, besser nachvollziehen (Art. 102 BGG).** Zu diesem Zweck Austausch mit den Vorsitzenden der Ersten sozialrechtlichen und der Ersten zivilrechtlichen Abteilung initiieren.

E. Vereinigungen zur Interessenvertretung von Arbeitnehmenden

7. Das im Art. 7 GlG verankerte Verbandsklagerecht aktiver nutzen: Bereitstellung der Mittel, um von diesem Klagerecht vermehrt Gebrauch zu machen. Die Voraussetzungen für das Beschreiten des Rechtsweges eingehend prüfen, um nicht nur gegen Lohndiskriminierungen im öffentlichen Sektor vorzugehen, sondern auch andere geschlechtsspezifische Diskriminierungsformen (z.B. bei der Anstellung oder Beförderung) mit einzubeziehen und Ungleichbehandlungen auch im Bereich des privaten Arbeitsrechts gerichtlich feststellen zu lassen.

F. Umfeld der wissenschaftlichen Forschung

8. Forschungsarbeiten über den Zugang zum Recht fortsetzen: eine qualitative Studie durchführen, um das Profil derjenigen Frauen genauer zu ermitteln, die ihre Klagen wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bis an das Bundesgericht weiterziehen, um Gründe für solche Entscheidungen zu erfahren (z.B. familiäre Situation, Alter, Behinderung, finanzielle Ressourcen, Wirtschaftskrise, Sprachregion, etc.).

9. **Aufhebungsverträge im Anschluss an eine Schwangerschaft untersuchen**: eine Umfrage bei den kantonalen Anwaltsverbänden, den Schlichtungsbehörden nach dem GlG und bei Arbeitnehmerinnen, die wegen Schwangerschaft ihren Arbeitsplatz verloren haben, durchführen, um mehr über die Häufigkeit und den Inhalt von Aufhebungsverträgen bei Mutterschaft zu erfahren. Eine Reihe von (anonymisierten) Vereinbarungen sammeln und analysieren, inwieweit sie gegenseitige Zugeständnisse enthalten.

7. Bibliographie

7.1 Lehre

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité,* Slatkine, Genf 2011 (*zit.* C/LEg-NAME).

AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, « Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg », *in* Dunand/Lempen/Mahon*, L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zürich 2016, 95-117.

BOHNET FRANÇOIS, *La vraisemblance au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale*, Rechtsgutachten im Auftrag des EBG, 2018.

COLÀS-NEILA EUSEBI/YÉLAMOS-BAYARRI ESTELA, *Access to Justice: A Literature Review on Labour Courts in Europe and Latin America*, ILO Working Paper 6, July 2020, ILO, Genf 2020.

CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF, 2e éd., Stämpfli, Berne 2014 (*zit.* CS/LTF-NAME).

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, *Loi sur l'égalité et procédure civile : un accès facilité ou complexifié à la justice ? in* ZSR/RDS 136 (2017) I, 423-448.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, *«* L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg) », *in* Dunand/Lempen/Mahon*, L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zürich 2016, 35-71.

HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse,* SKMR, Bern 2015 (*zit*. HAUSAMMANN/DE PIETRO, Teilstudie 2).

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), *CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire*, Schulthess, Zurich 2019 (*zit.* C/CEDAW-NAME).

HOTZ SANDRA, *Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, in* SJZ/RSJ 1/2020, 3-18.

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, *Synthesebericht*, SKMR, Bern, Juli 2015 (*zit.* KÄLIN/LOCHER, Synthesebericht).

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2009 (*zit.* K/GlG-NAME).

KIENER REGULA, *Zugang zur Justiz*, *in* ZSR/RDS 138 (2019) II, 5-99.

KLEBER ELEONOR, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, Diss., Schulthess, Genf/Zürich/Basel 2015.

KRINGS FRANCISKA/SCHÄR MOSER MARIANNE/MOUTON AUDREY, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Wer belästigt wen, wie und warum? Besseres Verständnis heisst wirksamere Prävention*, Schlussbericht, Nationales Forschungsprogramm NFP 60, Universität Lausanne 2013.

LEMPEN KARINE, *L'évolution de la protection contre le licenciement abusif. Avancées en faveur des seniors et des mères*, *in* AJP/PJA 1/2019, 78-89 (*zit*. Licenciement)

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, *Le droit à la réintégration suite à un congé de rétorsion. Défis liés à la mise en œuvre dans le secteur privé et public*, *in* ARV/DTA 2/2020, 97-110.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015), Forschungsbericht*, EBG, Bern Juni 2017 (*zit*. Analyse 2017).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz*, *in* SJZ/RSJ 4/2018, 81-89 (*zit.* Aktuelle Entwicklungen).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), *Basler Kommentar - Bundesgerichtsgesetz*, 3. Auflage, Schulthess, Basel 2018 (*zit.* BSK/BGG-NAME).

PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL, *Diskriminierungsfreie Messung der Lohngleichheit*, Jusletter vom 25. November 2019.

PERRENOUD STÉPHANIE, « La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg », *in* Dunand/Lempen/Mahon*, L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, CERT, Schulthess, Zürich 2016, 73-94.

SATTIVA SPRING CHRISTINE, *Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_18/2018 du 21 novembre 2018, in* Newsletter DroitDuTravail.ch, April 2019.

SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, *Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar*, 2. Auflage, Dike, Zürich/St.Gallen 2013 (*zit.* Praxiskommentar/BGG-NAME).

STEFFANINI FEDERICA, Commentaire de l'ATF 145 II 153-167, *in* RDAF 2020 I, 186-191.

STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/FREIVOGEL ELISABETH*, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht*, BASS, Berne/Binningen April 2005 (*zit.* STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht).

WYTTENBACH JUDITH/BRAUN ELIANE, *Weniger Frauen als Männer vor Bundesgericht, Kurzstudie: Auswertung von 4383 Urteilen*, SKMR, Bern, März 2019.

7.2 Botschaften und Berichte des Bundesrates

Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202.

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hat, 15. Februar 2006, BBl 2006 3161 (*zit.* Bericht BR Evaluation GlG).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, «Recht auf Schutz vor Diskriminierung», 25. Mai 2016 (*zit.* Bericht BR Diskriminierung).

Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (*zit.* Bericht BR ZPO 2018).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020 (zit. Botschaft BR ZPO 2020).

8. Anhang 1 – Evaluationsraster

1 - Allgemeine Angaben

1. Referenz zum analysierten Entscheid und Datum:

2. Entscheid publiziert (BGE)?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

3. Welche Abteilung des Bundesgerichts fällt den Entscheid?

- ☐ die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung
- ☐ die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung
- ☐ die Erste zivilrechtliche Abteilung
- ☐ die Erste sozialrechtliche Abteilung
- ☐ die strafrechtliche Abteilung

4. Verfahrenssprache

- ☐ Deutsch
- ☐ Französisch
- ☐ Italienisch

5. Kanton:

6. Zusammensetzung des Gerichts:

a) Geschlecht

- ☐ Frauen (+ Anzahl)
- ☐ Männer (+ Anzahl)

b) Parteizugehörigkeit der Richter_innen (+Anzahl)

- ☐ CVP
- ☐ FDP
- ☐ Grüne
- ☐ SP
- ☐ SVP
- ☐ andere

c) Alter der Richter_innen zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung

Richter_in 1:

Richter_in 2:

Richter_in 3:

Richter_in 4:

Richter_in 5:

7. Ist die arbeitnehmende Partei anwaltlich vertreten (selbständige Anwält_innen, andere beruflich qualifizierte Vertreter_innen oder Mitglieder eines Berufsverbandes)?

☐ Ja:

☐ selbständige_r Anwält_in

☐ andere beruflich qualifizierte Vertreter_innen (präzisieren)

☐ Nein

8. Besteht das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Klageeinreichung fort (inkl. die Situation, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde und die nach wie vor andauert)?

☐ Ja

☐ Nein

9. Besteht das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung fort (inkl. die Situation, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde und die nach wie vor andauert)?

☐ Ja

☐ Nein

10. Urteilszusammenfassung (Stichworte)

11. Geltend gemachte/angewendete Bestimmungen (GlG/OR/ArG /CEDAW, etc.)

12. Verbindet die Klagpartei ihre Klage nach GlG mit anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen?

☐ Ausschliesslich Klage nach GlG

☐ Klage nach GlG + andere arbeitsrechtliche Bestimmungen

2 - VERFAHRENSGESCHICHTE

13. Wurde ein Schlichtungsverfahren durchgeführt?

☐ Ja

☐ Nein

14. Wie viele Entscheide sind bis dato ergangen?

Zeitpunkt der Rechtsanhängigkeit:

Angaben über alle Vorinstanzen:

Name des Gerichts/der Behörde:

Datum des Entscheids:

15. Verfahrensdauer vor Bundesgericht

16. Verfahrensdauer insgesamt

3 - VERFAHRENSPARTEIEN

A. Klagepartei

17. Ist es die arbeitnehmende oder die arbeitgebende Partei, die zu Beginn Klage erhebt?

☐ arbeitnehmende

☐ arbeitgebende

18. Rekurriert die arbeitnehmende oder die arbeitgebende Partei an das Bundesgericht?

☐ arbeitnehmende

☐ arbeitgebende

19. Wer ist die Klagepartei? (Natürliche Person(en), Organisation (Art. 7 GlG), Behörde(n) oder Unternehmen)?

☐ Natürliche Person(en)

☐ Organisation (falls ja, angeben wie viele)

☐ Behörde(n) oder Unternehmen

20. Welche Partei rekurriert an das Bundesgericht? (Natürliche Person(en), Organisation (Art. 7 GlG), Behörde(n) oder Unternehmen)?

☐ Natürliche Person(en)

☐ Organisation (falls ja, angeben wie viele)

☐ Behörde(n) oder Unternehmen

B. Angaben zur arbeitnehmenden Partei

21. Geschlecht (Anzahl Frauen und/oder Männer)

☐ weiblich

☐ männlich

☐ andere

22. Was ist der Zivilstand der arbeitnehmenden Partei?

☐ ledig

☐ verheiratet

☐ in eingetragener Partnerschaft

23. Wie ist die familiäre Situation der arbeitnehmenden Partei?

☐ Mit Kind(ern)

☐ Ohne Kinder

Anmerkung:

24. Zusätzliche Informationen über die arbeitnehmende Partei (Art. 8 Abs. 2 BV):

a. Herkunft/Nationalität

b. Alter

☐ jünger als 18 (Art. 29 ArG)

☐ 18-35

☐ 35-50

☐ älter als 50

c. Ist die gesprochene Sprache auch die Sprache des Verfahrens?

d. Religion

e. Besteht eine Behinderung?

4 – ANGABEN ZUR AUSGEÜBTEN TÄTIGKEIT

25. Um welchen ausgeübten Beruf handelt es sich?

26. Art des Arbeitsvertrags:

☐ Befristeter Arbeitsvertrag (Dauer angeben)

☐ Unbefristeter Arbeitsvertrag

27. Art des Arbeitsverhältnisses:

☐ Vollzeit

☐ Teilzeit (Anstellungsgrad angeben)

☐ Lehre/Praktikum

☐ Andere Arbeitsverhältnisse (temporäre Beschäftigung, Arbeit auf Abruf)

28. Ist das Arbeitsverhältnis öffentlich- oder privatrechtlicher Natur?

☐ öffentlich-rechtlich

☐ privatrechtlich

29. Branche

30. Kaderfunktion im Unternehmen?

☐ Ja

☐ Nein

31. Dauer des Arbeitsverhältnisses

☐ weniger als 1 Jahr

☐ 1 bis 5 Jahre

☐ 6 bis 10 Jahre

☐ Mehr als 10 Jahre

☐ Kein Arbeitsverhältnis (bei Anstellungsdiskriminierung)

5 – JURISTISCHE ANALYSE

I. DISKRIMINIERUNG

A. Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GlG

32. Bezieht sich das Gericht auf die Rechtsprechung anderer Gerichte, um den Begriff der Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG auszulegen?

☐ Ja

☐ Nein

33. Ist die geltend gemachte oder festgestellte Diskriminierung direkt oder indirekt (Art. 3 Abs. 1 GlG)? (falls diese nicht übereinstimmen, diejenige angeben, die das Gericht festgestellt hat)

☐ direkte Diskriminierung

☐ indirekte Diskriminierung

34. Handelt es sich bei der Ungleichbehandlung um angemessene Massnahmen nach Art. 3 Abs. 3 GlG?

- ☐ Ja (Bemerkung)
- ☐ Nein

35. Diskriminierung:

- ☐ aufgrund des Geschlechts?
- ☐ aufgrund des Geschlechts und der familiären Situation?
- ☐ aufgrund des Geschlechts und des Zivilstands?
- ☐ aufgrund der Schwangerschaft?
- ☐ aufgrund der Mutterschaft?
- ☐ aufgrund der Geschlechtsidentität?
- ☐ aufgrund der sexuellen Orientierung?

36. Im Falle einer Diskriminierung aufgrund Schwangerschaft oder Mutterschaft: Zu welchem Zeitpunkt findet sie statt?

- ☐ nach Vertragsabschluss, aber vor Stellenantritt
- ☐ während der Probezeit
- ☐ während der Schwangerschaft
- ☐ während des Mutterschaftsurlaubs
- ☐ nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub

Anmerkung: Wird das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst? Besteht eine Änderungskündigung?

37. Mehrfachdiskriminierung aus juristischer Sicht? (Alter, Herkunft, etc…)

- ☐ Ja (Bemerkung: welcher Art?)
- ☐ Nein

B. Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 3 Abs. 2 GlG

38. Art der Diskriminierung?

- ☐ Anstellungsdiskriminierung
- ☐ Lohndiskriminierung
- ☐ diskriminierende Kündigung
- ☐ Beförderung
- ☐ Aufgabenzuteilung
- ☐ Gestaltung der Arbeitsbedingungen

☐ Aus- und Weiterbildung

☐ Rachekündigung (Art. 10 GlG)

☐ sexuelle Belästigung

C. Rachekündigung (Art. 10 GlG)

39. Was verlangt die arbeitnehmende Partei?

☐ Aufhebung der Kündigung

☐ provisorische Wiedereinstellung (während der Verfahrensdauer)

☐ Entschädigung seit Beginn des Verfahrens

☐ Entschädigung während des Verfahrens nach dem Verzicht auf die prov. Wiedereinstellung

40. Aus welchem Grund stellt das Gericht keine Rachekündigung fest?

☐ Der Kündigungsschutz ist zum Zeitpunkt der Kündigung nicht gegeben

☐ Die Klagpartei ruft das Gericht nach Ablauf der Kündigungsfrist an

☐ Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes

41. Rechtfertigungsgrund:

D. Sexuelle Belästigung (Art. 4 GlG)

42. Bezieht sich das Gericht auf die Rechtsprechung anderer Gerichte, um den Begriff der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GlG auszulegen?

☐ Ja

☐ Nein

43. Wie manifestiert sich die Belästigung? (Beschreibung des Verhaltens)

☐ Worte (sexistische, homophobe oder transphobe Bemerkungen, anzügliche oder peinliche Bemerkungen, insbesondere über die äussere Erscheinung)

☐ Taten/Gesten (taxierende Blicke, Pfiffe, obszöne Gesten, unanständige Fotos auf dem Bildschirm oder Mobiltelefon, pornografisches Material, Berührungen, Einladungen mit Versprechen von Vorteilen / Androhung von Nachteilen, physische Gewalt, sexuelle Übergriffe, Vergewaltigung)

44. Finden die Belästigungen ausserhalb des „Arbeitsplatzes“ statt (Personalabend ausserhalb des Betriebs, Firmenparkplatz, Bushaltestelle, Privathaushalt, per SMS oder via soziale Medien, etc.)?

☐ Ja (Bemerkung)

☐ Nein

45. Berücksichtigt das Gericht diese betriebsexternen belästigenden Verhaltensweisen?

☐ Ja

☐ Nein

46. Im Falle von herabwürdigenden Handlungen aufgrund des Geschlechts jedoch ohne expliziten sexuellen Bezug (sexistisch): Welche Bestimmung wendet das Gericht an?

- ☐ Art. 4 GlG: sexuelle Belästigung
- ☐ Art. 328 OR: Mobbing

47. Begründet das Gericht diesen Entscheid?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

48. Beurteilt das Gericht die belästigende Situation von einem objektiven und/oder einem subjektiven Standpunkt aus?

- ☐ Stellt die sexuelle Belästigung aufgrund einer objektiven + subjektiven Prüfung fest.
- ☐ Stellt die sexuelle Belästigung ausschliesslich aufgrund einer objektiven Prüfung fest.
- ☐ Stellt die sexuelle Belästigung ausschliesslich aufgrund einer subjektiven Prüfung fest.

II. VERFAHRENSGRUNDSÄTZE

49. Wendet das Gericht das GlG an, obwohl es die Parteien nicht geltend machen?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

50. Wendet das Gericht die Beweislasterleichterung an? (Art. 6 GlG)

- ☐ Ja
- ☐ Nein

51. Ist die Glaubhaftmachung anerkannt? Falls ja, wie wird sie definiert (ab welchem Prozentsatz)?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

52. Welches Beweismass wird bei den Diskriminierungsarten angewendet, die nicht unter Art. 6 GlG fallen?

- ☐ Glaubhaftmachung
- ☐ überwiegende Wahrscheinlichkeit
- ☐ strikter Beweis

53. Aufgrund welcher Indizien?

- ☐ Zeug_innenaussage
- ☐ ärztliches Zeugnis
- ☐ interner Untersuchungsbericht

☐ Bericht des kantonalen Arbeitsinspektorats

54. Vom Gericht zugelassene Rechtfertigungsgründe:

55. Wird die Rüge der Willkür (oder eine andere Rüge wie z.B. die der Verletzung des rechtlichen Gehörs) bzgl. der Feststellung des Sachverhalts durch die kantonalen Instanzen vorgebracht?

☐ Ja

☐ Nein

56. Falls ja, heisst das Bundesgericht diese Rüge gut?

☐ Ja

☐ Nein

57. Nimmt das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht Stellung?

☐ Ja

☐ Nein

58. Folgt das Gericht der Ansicht des EBG?

☐ Ja

☐ teilweise

☐ Nein

III. UNTERLASSUNGS-, BESEITIGUNGS- UND FESTSTELLUNGSKLAGEN

59. Erhebt die arbeitnehmende Partei eine der folgenden Klagen nach Art. 5 Abs. 1 GlG?

☐ eine drohende Diskriminierung zu verbieten/unterlassen (Art. 5 Abs. 1 lit. a GlG)

☐ eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen (Art. 5 Abs. 1 lit. b GlG)

☐ eine Diskriminierung festzustellen (Art. 5 Abs. 1 lit. c GlG)

☐ keine der erwähnten Klagen

60. Im Falle einer Unterlassungsklage im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis: Was macht die arbeitnehmende Partei geltend?

☐ Entschädigung

☐ Aufhebung der Kündigung

☐ Wiedereinstellung

6 – FINANZIELLE ASPEKTE

Erhöhte Aufmerksamkeit gilt der Verbindung zwischen GlG und OR

A. Lohndiskriminierung-Klage auf Zahlung des geschuldeten Lohns (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG)

61. Wie viele Personen machen Lohnnachzahlungen geltend?

62. Gesamtbetrag an Lohnnachzahlungen?

63. Wie viele Personen erhalten die verlangten Lohnnachzahlungen?

64. Erhaltener Gesamtbetrag

65. Werden Verzugszinsen geltend gemacht?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

66. Besteht der Anspruch auf einen höheren Lohn in Zukunft?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

67. Wurde ein Rechtsgutachten angefordert?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

68. Falls ja, mit welcher Methode?

- ☐ analytische Arbeitsbewertung
- ☐ statistische Lohnanalyse
- ☐ andere

69. Wurde ein Gegengutachten angefordert?

- ☐ Ja
- ☐ Nein

70. Falls ja, mit welcher Methode?

- ☐ analytische Arbeitsbewertung
- ☐ statistische Lohnanalyse
- ☐ andere

B. Anstellungsdiskriminierung

71. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?

72. Gesamtbetrag an Entschädigungen?

73. Wie viele Monatslöhne sind im Entschädigungsbetrag enthalten?

74. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?

75. Erhaltener Gesamtbetrag

76. Wie viele Monatslöhne sind im Entschädigungsbetrag enthalten?

C. Diskriminierende Kündigung

77. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?

78. Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützt sich die Entschädigungsklage?

- ☐ Art. 3 GlG + Art. 5 Abs. 2 GlG
- ☐ Art. 336a Abs. 1 lit. a OR (Grund warum das GlG nicht angewendet wurde)
- ☐ Art. 337c Abs. 3 OR

79. Gesamtbetrag an Entschädigungen

80. Wie viele Monatslöhne sind im Entschädigungsbetrag enthalten?

81. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?

82. Erhaltener Gesamtbetrag

83. Wie viele Monatslöhne sind im Entschädigungsbetrag enthalten?

D. Sexuelle Belästigung

84. Wie viele Personen verlangen eine Entschädigung?

85. Gesamtbetrag an Entschädigungen

86. Wie viele Personen erhalten eine Entschädigung?

87. Erhaltener Gesamtbetrag

E. Schadenersatz

88. Wie viele Personen verlangen Schadenersatz?

89. Gesamtbetrag an Forderungen

90. Wie viele Personen erhalten einen Betrag an Schadenersatz?

91. Erhaltener Gesamtbetrag an Schadenersatz

F. Genugtuung

92. Wie viele Personen verlangen eine Genugtuung?

93. Gesamtbetrag an Forderungen

94. Wie viele Personen erhalten eine Genugtuung?

95. Erhaltener Gesamtbetrag an Genugtuung

G. Kumulationen

96. Gibt es Kumulationen von Entschädigungen?

- ☐ Art. 5 Abs. 2 GlG und Art. 5 Abs. 3 GlG
- ☐ Art. 5 Abs. 2 GlG und Art. 5 Abs. 3 GlG und Art. 49 OR
- ☐ Art. 5 Abs. 3 GlG und Art. 337c Abs. 3 OR
- ☐ Art. 5 Abs. 2 GlG und Art. 49 OR
- ☐ Art. 5 Abs. 3 GlG und Art. 49 OR
- ☐ Art. 5 Abs. 2 GlG und Art. 41 oder 328 OR
- ☐ Art. 5 Abs. 3 GlG und Art. 41 oder 328 OR
- ☐ Andere Kumulationen? (mit Klagen, die nicht unbedingt im Zusammenhang mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder sexueller Belästigung stehen)

H. Gerichtskosten

97. Wie hoch sind die Gerichtskosten?

98. Wie sind die Gerichtskosten auf die Parteien verteilt (in Prozent) und nach welcher Methode wurden sie berechnet?

I. Parteikosten

99. Wurden Parteientschädigungen zugesprochen?

- ☐ keine Parteientschädigungen
- ☐ Parteientschädigung zulasten der arbeitnehmenden Partei (+ Betrag)
- ☐ Parteientschädigung zugunsten der arbeitnehmenden Partei (+ Betrag)

7 – AUSGANG DES VERFAHRENS

100. Nicht-Eintretensentscheid (voll oder teilweise) wegen eines Formfehlers?

- ☐ Ja

☐ Nein

101. Das Urteil ist:

☐ Vollumfänglich zugunsten der arbeitnehmenden Partei

☐ Mehrheitlich zugunsten der arbeitnehmenden Partei

☐ Mehrheitlich zuungunsten der arbeitnehmenden Partei

☐ Vollumfänglich zuungunsten der arbeitnehmenden Partei

102. Bei Gutheissung der Beschwerde: Entscheidet das Gericht in der Sache oder weist es diese zur Neubeurteilung zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG)?

☐ Entscheid in der Sache

☐ Rückweisung an die Vorinstanz

☐ Rückweisung an die Erstinstanz

8 - ANDERES

103. Besteht eine Zusammenfassung des Entscheids auf www.leg.ch oder www.gleichstellungsgesetz.ch?

☐ Ja -> Referenz

☐ Nein

9. Anhang 2 – Liste der analysierten Bundesgerichtsentscheide

9.1 Leitentscheide (BGE)

131 II 361 (2A.279/2004 vom 14. März 2005; FR; Anstellungsdiskriminierung; Professor an der Universität Freiburg; Fallzusammenfassung)

131 II 393 (2A.141/2004, 2A.142/2004 und 2A.143/2004 vom 8. April 2005; SO; Lohngleichheit, Krankenpflegende, Hebammen und Ergotherapeut_innen, Fallzusammenfassung)

133 II 257 (1C_37/2007 vom 10. Juli 2007; GE; Anstellungsdiskriminierung; Arzt für die Professur an der Universität Genf; Fallzusammenfassung)

133 II 545 (4A_12/2007 vom 3. Juli 2007; GE; Lohngleichheit, Rechtsanwältin; Fallzusammenfassung)

136 II 393 (8C_78/2009 vom 31. August 2010; SG; Lohngleichheit, Krankenpflegende, Hebammen, Laborant_innen, Operations- und Radiologie-Assistierende; Fallzusammenfassung)

138 II 1 (8C_269/2011 vom 18. Oktober 2011; ZH; Lohngleichheit, Pflege- und Therapiepersonal; Fallzusammenfassung)

141 II 411 (8C_366/2014 vom 1. Dezember 2015; AG; Lohngleichheit, Kindergarten- und Primarlehrkräfte; Fallzusammenfassung)

142 II 49 (8C_376/2015 vom 24. März 2016; BL; Lohngleichheit, Personalfachfrau; Fallzusammenfassung)

143 II 366 (8C_693/2016 vom 4. Juli 2017; AG; Lohngleichheit, Kindergarten- und Primarlehrkräfte; Fallzusammenfassung)

144 II 65 (8C_56/2017 vom 21. Februar 2018; SH; Lohngleichheit, Kindergartenlehrkräfte; Fallzusammenfassung)

144 II 345 (8C_134/2018 vom 17. September 2018; Bundesverwaltung; Rachekündigung, Gerichtsschreiberin; Fallzusammenfassung)

145 II 153 (8C_594/2018 vom 5. April 2019; Bundesverwaltung; Diskriminierende Nicht-Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses wegen Homosexualität, Zeitmilitär; Fallzusammenfassung)

9.2 Unveröffentlichte Entscheide (BGer)

1C_54/2008 und 1C_68/2008 vom 3. März 2009; ZH; Lohngleichheit, Pflegefachfrau; Fallzusammenfassung

1C_56/2008 und 1C_60/2008 vom 7. Mai 2009; ZH; Lohngleichheit, Mitarbeiterin im Gesundheitswesen (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

1C_58/2008 und 1C_68/2008 vom 7. Mai 2009; ZH; Lohngleichheit, Krankenpflegerin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

1C_310/2007 vom 17. April 2008; AR; Lohngleichheit, Hauswartin; Fallzusammenfassung

1C_338/2008 vom 17. Juli 2009; ZH; Lohngleichheit, Stationsleiterin; Fallzusammenfassung

1C_405/2007 vom 22. Oktober 2008; ZH; Lohngleichheit, Krankenpflegerin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

1C_414/2008 vom 14. Mai 2009; ZH; Lohngleichheit, Leiterin der Fachweiterbildung Anästhesie; Fallzusammenfassung

1C_420/2008 vom 14. September 2009; ZH; Lohngleichheit, Leiterin Pflege/Oberschwerster (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

1C_432/2008 vom 14. September 2009; ZH; Lohngleichheit, Pflegerin; Fallzusammenfassung

2A.79/2007 vom 15. Juni 2007; ZH; Lohngleichheit, 13 Kindergärtnerinnen; Fallzusammenfassung

2A.80/2007 vom 15. Juni 2007; ZH; Lohngleichheit, Mundart-Kindergartenlehrerin; Fallzusammenfassung

2A.81/2007 vom 15. Juni 2007; ZH; Lohngleichheit, 2 Kindergärtnerinnen; Fallzusammenfassung

2A.91/2007 vom 25. Februar 2008; BE; Lohngleichheit, Regierungsstatthalterin des Kantons Bern; Fallzusammenfassung

2A.93/2007 und 2A.94/2007 vom 20. November 2007; ZH; Lohngleichheit, Physiotherapeut_innen; Verbandsklage; Fallzusammenfassung

2A.95/2007 und 2A.96/2007 vom 20.November 2007; ZH; Lohngleichheit, Ergotherapeut_innen; Verbandsklage; Fallzusammenfassung

2A.97/2007 und 2A.98/2007 vom 20. November 2007; ZH; Lohngleichheit, Krankenpflegende; Verbandsklage; Fallzusammenfassung

2A.127/2006 vom 6. September 2006; Bundesverwaltung; Lohngleichheit und Nicht-Beförderung, ETH-Beamtin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

2A.205/2004, 2A.206/2004 und 2A.2007/2004 vom 8. April 2005; SO; Lohngleichheit, Radiologie-Assistierende, Fallzusammenfassung

2A.291/2006 vom 4. Januar 2007; ZH; Lohngleichheit, Psychiatrie-Krankenpflegerin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

2A.361/2006 vom 4. Januar 2007; ZH; Lohngleichheit, Wohnheim-Betreuerin; Fallzusammenfassung

2A.404/2006 vom 9. Februar 2007; GE; Sexuelle Belästigung, Sekretärin; Fallzusammenfassung

2A.453/2003 vom 8. September 2004; Eidg. Verwaltung; Nicht-Beförderung und Diskriminierung bei der Aufgabenzuteilung, ETH-Fachbeamtin; Fallzusammenfassung

2A.505/2006 vom 19. Juni 2007; ZH; Lohngleichheit, Psychiatrie-Krankenpfleger; Fallzusammenfassung

2A.509/2006, 2A.510/2006 und 2A.511/2006 vom 19. Juni 2007; ZH; Lohngleichheit, Psychiatriepflegefachkräfte (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

2A.597/2003 vom 15. Juli 2004; Bundesverwaltung; Rachekündigung, ETH-Bibliothekarin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

2A.637/2004 und 2P.277/2004 vom 19. Januar 2006; GE; Anstellungsdiskriminierung, Arzt für die Professur an der Universität Genf; Fallzusammenfassung

2A.730/2006 vom 3. September 2007; VD; Lohngleichheit, Sekretärin; Fallzusammenfassung

2P.19/2004 vom 10. Februar 2004; VS; fristlose Entlassung eines Polizeibeamten wegen sexueller Belästigung (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_13/2010 vom 3. Februar 2010; SO; Sexuelle Belästigung; Maschinenassistentin; Fallzusammenfassung

4A_18/2018 vom 21. November 2018; VD; Sexuelle Belästigung und missbräuchliche Kündigung, Buchhalterin; Fallzusammenfassung

4A_35/2017 vom 31. Mai 2017; FR; Fristlose Entlassung während der Schwangerschaft und nach dem Mutterschaftsurlaub, Italienischlehrerin; Fallzusammenfassung

4A_77/2007 vom 10. Juli 2007; GE; Lohndiskriminierung und diskriminierende Kündigung, Versicherungsfachfrau; Fallzusammenfassung

4A_105/2018 vom 10. Oktober 2018; FR; fristlose Entlassung eines Hotelfachausbildners wegen sexueller Belästigung; Fallzusammenfassung

4A_115/2011 vom 28. April 2011; NE; Lohngleichheit; Leiterin eines Möbelfachgeschäfts (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_178/2010 vom 14. Mai 2010; FR; Sexuelle Belästigung und Rachekündigung, Teilzeitmitarbeiterin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_124/2017 vom 31. Januar 2018; VD; fristlose Entlassung eines Mitarbeiters wegen sexueller Belästigung; Fallzusammenfassung

4A_249/2007 vom 16. November 2007; GE; Lohngleichheit, diskriminierende Kündigung und Nicht-Beförderung, Sales-Managerin; Fallzusammenfassung

4A_251/2009 vom 29. Juni 2009; VD; Fristlose Entlassung eines Verkaufsberaters in leitender Funktion wegen sexueller Belästigung (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_261/2011 vom 24. August 2011; VD; Lohngleichheit, Anlageberaterin; Fallzusammenfassung

4A_330/2007 vom 17. Januar 2008; SG; Schadenersatz und Genugtuung für eine Lernende wegen Vergewaltigung durch ihren Vorgesetzten; Fallzusammenfassung

4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010; GE; Diskriminierende Kündigung nach dem Mutterschaftsurlaub, Aussendienstmitarbeiterin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_449/2008 vom 25. Februar 2009; FR; Lohngleichheit, Sozialarbeiterin; Fallzusammenfassung

4A_455/2007 vom 12. Februar 2008; GE; Lohngleichheit, Nicht-Beförderung und diskriminierende Kündigung, Juristin; Fallzusammenfassung

4A_473/2013 vom 2. Dezember 2013; BE; Sexuelle Belästigung, Mitarbeiterin in einem Sandwich-Laden (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_507/2013 vom 27. Januar 2014; VD; Diskriminierende Kündigung wegen Schwangerschaft / Mutterschaft, Immobilienmaklerin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4A_523/2014 vom 12. Februar 2015; BS; Lohngleichheit, diskriminierende Nichtzahlung einer Abgangsentschädigung, Personalfachfrau; Fallzusammenfassung

4A_539/2015 vom 28. Januar 2016; VS; Lohngleichheit und missbräuchliche Kündigung, Steuerexpertin; Fallzusammenfassung

4A_544/2018 vom 29. August 2019; VD; Sexuelle Belästigung, Zeichnerin; Fallzusammenfassung

4A_585/2015 vom 11. April 2016; AG; Lohngleichheit, Grafikerin; Fallzusammenfassung

4A_614/2011 vom 20. März 2012; BL; Lohngleichheit, Juristin; Fallzusammenfassung

4C.60/2006 und 4P.48/2006 vom 22. Mai 2006; GE; Sexuelle Belästigung und Rachekündigung, Büroangestellte; Fallzusammenfassung

4C.91/2005 und 4P.81/2005 vom 23. Mai 2005; GE; Lohndiskriminierung, sexuelle Belästigung, Diskriminierung bei der Aufgabenzuteilung und Beförderung sowie diskriminierende Kündigung, Strategie- und Kommunikationsberaterin; Fallzusammenfassung

4C.109/2005 vom 31. Mai 2005; GE; Lohndiskriminierung und diskriminierende Kündigung, PR-Managerin; Fallzusammenfassung

4C.123/2004 vom 9. Juli 2004; VD; Lohngleichheit sowie Höhe der Parteientschädigung, Rechtsanwältin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

4C.138/2005 vom 25. Oktober 2005; TI; Lohngleichheit, Journalistin; Fallzusammenfassung

4C.276/2004 und 4P.178/2004 vom 12. Oktober 2004; GE; Sexuelle Belästigung, Nicht-Beförderung und diskriminierende Kündigung, Journalistin; Fallzusammenfassung

4C.289/2006 und 4P.197/2006 vom 5. Februar 2007; GE; Sexuelle Belästigung, Assistentin; Fallzusammenfassung

4C.321/2005 und 4P.245/2005 vom 27. Februar 2006; GE; Sexuelle Belästigung, wissenschaftliche Mitarbeiterin; Fallzusammenfassung

4C.473/2004 vom 6. April 2005; GE; Diskriminierung infolge Nicht-Beförderung, bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen und Aufgabenzuteilung; Lohngleichheit und sexuelle Belästigung, Bibliothekarin; Fallzusammenfassung

4D_88/2009 vom 18. August 2009; AG; Sexuelle Belästigung, Restaurant-Mitarbeiterin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

6B_836/2009 vom 19. März 2010; ZG; Sexuelle Belästigung; Strafverfahren gegen den Arbeitgeber; Praktikantin sowie eine minderjährige Lernende in einer Zahnarztpraxis (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

6B_1245/2018 vom 20. Mai 2019; ZH; Mehrfache sexuelle Belästigung und Vergewaltigung; Strafverfahren gegen den Arbeitgeber; Coiffeuse; Fallzusammenfassung

8C_31/2009 vom 4. Januar 2010; ZH; Lohngleichheit, Aktivierungstherapeutin; Fallzusammenfassung

8C_32/2009 und 8C_33/2009 vom 4. Januar 2010; ZH; Lohngleichheit, Aktivierungstherapeutin mit Führungsfunktion; Fallzusammenfassung

8C_34/2009 und 8C_35/2009 vom 4. Januar 2010; ZH; Lohngleichheit, Aktivierungstherapeut; Fallzusammenfassung

8C_119/2015 vom 7. Dezember 2015; ZH; Lohngleichheit - Ferienkürzung für Hortleitende ohne Lohnerhöhung; Verbandsklage; Fallzusammenfassung

8C_422/2013 vom 9. April 2014; VD; Fristlose Entlassung eines Universitätsprofessors wegen sexueller Belästigung seiner Assistenz-Doktorandin; Fallzusammenfassung

8C_469/2019 vom 30. Oktober 2019; ZG; Diskriminierende Kündigung infolge Mutterschaft, Psychologin (keine Fallzusammenfassung verfügbar)

8C_584/2015 vom 6. April 2016; ZH; Lohngleichheit, Mediothekarin; Fallzusammenfassung

8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017; Bundesverwaltung; Lohngleichheit – keine Arbeitsbewertung infolge Mutterschaftsabwesenheiten, SBB-Mitarbeiterin; Fallzusammenfassung

8C_675/2016 vom 1. März 2017; SG; Lohngleichheit, Pflegefachfrau; Fallzusammenfassung

8C_696/2016 vom 19. September 2017; ZH; Lohngleichheit, Kindergartenlehrkräfte; Fallzusammenfassung

8C_703/2015 vom 14. Juni 2016; GE; Diskriminierende Nicht-Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, Architekturprofessorin; Fallzusammenfassung

8C_821/2016 vom 26. Januar 2018; GE; Anstellungsdiskriminierung, Biologin für die Stelle der Professorin an der Universität Genf; Fallzusammenfassung

8C_1006/2012 vom 10. April 2013; BS; Lohngleichheit, Lehrbeauftragter an der Universität Basel; Fallzusammenfassung

8C_1012/2010 vom 31. März 2011; SG; Lohngleichheit, Krankenpflegende, Hebammen, Laborant_innen, Operations- und Radiologieassistierende; Rechtsverzögerung; Fallzusammenfassung