

**Die Glaubhaftmachung im Sinne von
Artikel 6 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung
von Frau und Mann im Lichte der
Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Prof. François Bohnet

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
Auftrag	1
Dossier	1
A. Einleitung	1
B. Die Überzeugung des Gerichts: das Beweismass	2
1. <i>Der Grundsatz: die volle Überzeugung</i>	4
2. <i>Eine Erleichterung: die Reduktion des Beweismasses</i>	4
2.1 Der Begriff der Glaubhaftmachung	5
2.1.1 Die überwiegende Wahrscheinlichkeit	5
2.1.2 Die blosser Glaubhaftmachung	6
2.2 Folgen der Glaubhaftmachung	7
3. <i>Zwischenergebnis</i>	8
C. Die Glaubhaftmachung bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (GLG)	9
1. <i>Übernahme des europäischen Rechts</i>	9
2. <i>Artikel 6 GLG</i>	11
2.1 Zweck der Bestimmung	11
2.2 Anwendungsbereich der Bestimmung	13
2.3 Der Begriff der blossen Glaubhaftmachung	15
2.4 Folge der Anerkennung der Glaubhaftmachung	17
2.5 Zwischenergebnis	18
3. <i>Die Anwendung von Art. 6 GLG durch das Bundesgericht: Allgemeines</i>	19
3.1 Zweistufige Beweisprüfung	19
3.2 Gegenstand der Glaubhaftmachung	22
3.2.1 Die umstrittene Massnahme	23
3.2.2 Personen des anderen Geschlechts	24
3.2.3 Personen in ähnlicher Stellung	25
3.2.4 Für die gleiche Arbeitgeberin oder den gleichen Arbeitgeber tätige Personen	26
3.3 Der Beweis des Gegenteils: die Rechtfertigungsgründe	27
3.3.1 Allgemeines	27
3.3.2 Einige sachliche Rechtfertigungsgründe und ihre Beurteilung	28
3.3.2.1 Berufserfahrung und Ausbildung	29
3.3.2.2 Dienstalster	30
3.3.2.3 Individueller Verhandlungsspielraum	31
3.3.2.4 Soziale Rücksichten	31
3.3.3 Die Verhältnismässigkeit	32
3.4 Zwischenergebnis	33
4. <i>Die Anwendung von Art. 6 GLG durch das Bundesgericht: die Fälle von Lohndiskriminierung</i>	33
4.1 Die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung	34
4.1.1 Die Lohndifferenz	34
4.1.2 Der Sonderfall der Lohndiskriminierung im öffentlichen Sektor	37
4.2 Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung	40
4.2.1 Individueller Verhandlungsspielraum	40
4.2.2 Konjunkturelle Lage	40
4.2.3 Besondere Vorteile	41
4.2.4 Nicht erfüllte Voraussetzungen für eine Beförderung	42

4.3	Die Verhältnismässigkeit einer Lohndiskriminierung	42
4.4	Zwischenergebnis	43
5.	<i>Kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts</i>	44
6.	<i>Beurteilung der Glaubhaftmachung: Besonderheiten im Zusammenhang mit Art. 6 GLG?</i>	45
D.	Ergebnis	48
E.	Welche Empfehlungen für die Praxis?	50
1.	<i>Empfehlungen an Praktikerinnen und Praktiker</i>	50
1.1	Sämtliche verfügbaren Beweismittel zusammentragen	50
1.2	Das Verfahren auf die Frage der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beschränken	52
2.	<i>Gesetzesänderung</i>	54
3.	<i>Zusammenfassung</i>	55

Abkürzungsverzeichnis

a[+Abkürzung] alt

Abs. Absatz

AJP Aktuelle Juristische Praxis

a.M. anderer Meinung

Art. Artikel

Aufl. Auflage

BB1 Bundesblatt

betr. betreffend

BGE Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)

BGer Schweizerisches Bundesgericht

BK Berner Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)

Bst. Buchstabe

bzw. beziehungsweise

CC Code civil suisse du 10 décembre 1907 (SR 210), siehe auch ZGB

CR Commentaire romand (siehe Literaturverzeichnis)

d.h. das heisst

E. Erwägung

EBG Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann

EuGH Europäischer Gerichtshof

f. folgende

ff. fortfolgende

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

Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
JdT	Journal des Tribunaux
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1), siehe auch GlG
N	Randnote
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJ	La Semaine judiciaire
SR	Systematische Rechtssammlung
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

ARIOLI KATHRIN/EGG BIBIANE, Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen, *in* AJP 2001, S. 1299-1307.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011 (zit. [AUTOR-IN], Commentaire LEg 2011, Art. ... N ...).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, *in* AJP 2005, S. 1062-1073 (zit. AUBRY GIRARDIN, Questions).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, *in* Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genf 2016, S. 95-117 (zit. AUBRY GIRARDIN, Problèmes).

BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, *in* ZBJV 2008, S. 269-317.

Bericht 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, vom 15. Februar 2006, BBl 2006 3161, (zit. Bericht vom 15. Februar 2006, BBl 2006 ...).

BERSIER ERIC, Les diverses méthodes d'évaluation et de comparaison des salaires, *in* WYLER RÉMY (Hrsg.), Panorama en droit du travail: Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2009, S. 381-390.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, *in* AJP 2001, S. 1269-1277.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KAUFMANN CLAUDIA (Hrsg.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, (zit. [AUTOR-IN], Commentaire LEg 2000, Art. ... N ...).

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2. Aufl., Neuenburg 2014.

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, *in* ZSR 2015, S. 223-256 (zit. BOHNET/JEANNIN, ZSR).

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, *in* BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE (Hrsg.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2016, S. 1-76 (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248, (zit. Botschaft GlG, BBl 1993 I ...).

BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2. Aufl., Bern 2015.

BRUCHEZ CHRISTIAN, Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, *in* Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genf 2016, S. 179-190.

DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Basel 2011.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail, Code annoté, 2. Aufl., Lausanne 2010.

HAUSHEER HEINZ, Das Volljährigkeitsalter von Art. 8 ZGB im neuen Umfeld, *in* ZBJV 2014, S. 194-230.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. [AUTOR-IN], Kommentar GlG, Art. ... N ...).

KLETT KATHRIN, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, *in* AJP 2001, S. 1293-1298.

LEMPEN KARINE, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), *in* Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genf 2016, S. 135-157.

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

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I (Art. 1-359 CC), Basel 2010 (zit. CR CC-[AUTOR-IN], Art. ... N ...).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Au tribunal aussi, l'égalité salariale avance peu, *in*

Plaidoyer 3/2018, S. 22-26 (zit. SATTIVA SPRING, 2018).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, La difficile preuve de la discrimination salariale, *in* Plaidoyer 3/2013, S. 40-45 (zit. SATTIVA SPRING, 2013).

STAUBER-MOSER SUSY, Égalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* AJP 2006, S. 1364-1375.

STEINAUER Paul-Henri, Le Titre préliminaire du Code civil, *in* Traité de droit privé suisse, Band II/1, Basel 2009.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

WALTER HANS PETER, *in*: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung (Art. 1-9 ZGB), Bern 2012, (zit. BK-WALTER, Art. ... N ...).

Auftrag

1. Das EBG (nachfolgend ebenfalls: Auftraggeber) erteilte am 15. März 2018 François Bohnet, Rechtsanwalt und Professor der Universität Neuenburg (nachfolgend ebenfalls: Auftragnehmer), den Auftrag zu einem Rechtsgutachten, welches folgende Punkte beinhaltet:
 - a) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Glaubhaftmachung nach Art. 6 GlG sowohl in zivil- wie auch in verwaltungsrechtlichen Verfahren, zuerst im Grundsatz und dann spezifisch bei Fällen von Lohndiskriminierung;
 - b) Die Prüfung der Glaubhaftmachung durch das Bundesgericht bei Fällen nach GlG im Vergleich zu anderen Verfahren, welche dieses Beweismass anwenden;
 - c) Empfehlungen für die Anwalts- und Gerichtspraxis.
2. Der Auftragnehmer verfasste das vorliegende Rechtsgutachten in Zusammenarbeit mit Luca Melcarne, Rechtsanwalt und Doktorand im Zivilprozessrecht. Er dankt an dieser Stelle Frau Isabelle Ernst-Pauchard, Juristin im Fachbereich Recht des EBG, für ihre zahlreichen Anregungen und Vorschläge.

Dossier

3. Im Hinblick auf die Erarbeitung des Rechtsgutachtens händigte der Auftraggeber dem Auftragnehmer folgendes Dokument aus:
4. Vertrag RD 303-2018-05 vom 16./20. März 2018 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), und François Bohnet, Rechtsanwalt und Professor der Universität Neuenburg, Serre 4, 2000 Neuenburg.

A. Einleitung

5. Im Gleichstellungsverfahren gelten für das Gericht und die Parteien spezifische Verfahrensregeln, welche Klagen in diesem Bereich vereinfachen sollen. Wichtigstes Beispiel ist Art. 6 GlG, welcher eine erleichterte Beweisführung einführt,

gemäss welchem bei bestimmten Arten von Diskriminierung eine solche vermutet wird, sofern sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

6. Obwohl mit Art. 6 GlG eigentlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geholfen werden soll, den positiven Beweis für eine Diskriminierung zu erbringen, hat sich gezeigt, dass die praktische Umsetzung Schwierigkeiten mit sich bringen kann, die spezifisch für Prozesse nach dem Gleichstellungsgesetz sind. So zeigte ein 2017 veröffentlichter Forschungsbericht zur Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GlG in den Jahren 2004 bis 2015 auf, dass in 70 % der Fälle, in denen Art. 6 GlG zur Anwendung kam, der Beweis der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts als nicht erbracht betrachtet wurde (LEMPEN/VOLODER, Ziff. 4.24).
7. Basierend auf dieser Feststellung soll das vorliegende Rechtsgutachten die Anwendung von Art. 6 GlG durch das Bundesgericht untersuchen, um Empfehlungen für die Praxis erarbeiten zu können.
8. In einem ersten Schritt werden deshalb zuerst die Beweisregeln im allgemeinen und dann spezifischer die verschiedenen Regeln zum Beweismass vorgestellt, um den Begriff der Glaubhaftmachung zu verstehen (A.). In einem zweiten Schritt geht es um den Begriff der Glaubhaftmachung, wie er in Art. 6 GlG enthalten ist (B.); es wird dessen Ursprung (1.) und Tragweite (2.) aufgezeigt, anschliessend dessen Anwendung durch das Bundesgericht analysiert, zuerst allgemein (3.) und dann spezifisch im Bereich Lohndiskriminierung (4.). Es soll untersucht werden, ob die Prüfung der Glaubhaftmachung in Gleichstellungsprozessen Besonderheiten im Vergleich zu anderen Verfahren mit diesem Beweismass aufweist (5.). Zum Schluss werden Empfehlungen an Praktikerinnen und Praktiker ausgesprochen (C.).

B. Die Überzeugung des Gerichts: das Beweismass

9. Die Beweisregeln sind für die Festigung des materiellen Rechts und die Verwirklichung der subjektiven Rechte der Parteien zentral. So legt Art. 8 ZGB unter der Marginalie « Beweislast » den allgemeinen, über das Privatrecht hinaus anwendbaren Beweisgrundsatz fest (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 44 ff.; CR CC-PIOTET, Art. 8 N 1; STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, Art. 6 N 31).

10. Gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Im Falle eines Mangels an Beweisen, aus welchen ein Recht abgeleitet werden kann, liegt gemäss Art. 8 ZGB das Beweisrisiko bei derjenigen Partei, welche das genannte Recht gerichtlich durchsetzen will (BGE 139 III 13, E. 3.1.3.1; 138 III 781, E. 3.3; CR CC-PIOTET, Art. 8 N 1; STEINAUER, N 677). Damit legt Art. 8 ZGB fest, welche Partei die Folgen des Beweismangels trägt (BGE 139 III 7, E. 2.2; 129 III 18, E. 2.6; 127 III 519, E. 2a).
11. Die Frage der Beweislast ist damit untrennbar mit dem Beweismass verbunden: Welchen Grad der Überzeugung muss das Gericht haben, damit es den Beweis einer Tatsache als erbracht betrachtet? Unter dem Beweismass wird der Grad verstanden, mit welchem das Gericht von der Wahrheit der Behauptung einer Partei überzeugt sein muss (BOHNET, N 1368; BK-WALTER, Art. 8 N 126 und 128; SUTTER-SOMM, N 897).
12. Zwar sind die beiden Begriffe – das Beweismass und die Beweislast – durch die Tatsache verbunden, dass sie in denselben Erwägungen Eingang finden, welche das Gericht zum Entscheid führen, ob die zu beurteilende Forderung begründet ist oder nicht, sie überschneiden sich deswegen aber nicht. Einerseits findet für die Frage der Beweislast Art. 8 ZGB unabhängig von dem in der Sache geforderten Beweismass Anwendung (sofern nicht eine andere gesetzliche Bestimmung etwas anderes vorsieht). Andererseits wird die Frage, ob das erforderliche Beweismass erreicht ist, unabhängig davon geprüft, ob die klagende oder die beklagte Partei die Beweislast trägt.
13. Generell werden drei Beweismasse unterschieden: die volle Überzeugung als strengstes Beweismass, das in der Regel erforderlich ist, sowie zwei Ausnahmen, die überwiegende Wahrscheinlichkeit und die blossе Glaubhaftmachung (BOHNET, N 1368; CR CC-PIOTET, Art. 8 N 26-27; BERGER-STEINER, S. 271 und 304 f.).

1. Der Grundsatz: die volle Überzeugung

14. Die volle Überzeugung ist das ordentliche Beweismass, das verlangt ist, sofern nicht das Gesetz oder die Rechtsprechung ein anderes Beweismass vorsehen (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 11; BOHNET, N 1371; BK-WALTER, Art. 8 N 134).
15. In der Regel gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 141 III 569, E. 2.2.1; TF 5A_677/2017, E. 3.3). Es handelt sich dabei um das Regelbeweismass der vollen Überzeugung (BGE 140 III 610, E. 4.1, JdT 2015 II 433).
16. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618; im Bereich der Sozialversicherungen: BGE 135 V 39, E. 6.2; im Bereich üblicher Mietzins: BGE 141 III 569, E. 2.2.1). Nach Auffassung von BERGER-STEINER muss der Grad der Gewissheit, dass sich die behauptete Tatsache ereignet hat, bei mindestens 90 % liegen (BERGER-STEINER, S. 292; vgl. auch HAUSHEER, S. 221; BK-WALTER, Art. 8 N 136).

2. Eine Erleichterung: die Reduktion des Beweismasses

17. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, bei welchen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend gilt, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (BGE 140 III 610, E. 4.1, JdT 2015 II 433; 133 III 81, E. 4.2.2; 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618). Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (BGE 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618; 128 III 271, E. 2b/aa, JdT 2003 I 606).
18. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine « *Beweisnot* » (auf Französisch « *état de nécessité en matière de preuve* ») voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 140 III 610, E. 4.1, JdT 2015 II 433; 132 III 715, E. 3.1, JdT 2009 I 183), insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten

Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können (BGE 133 III 81, E. 4.2.2; 132 III 715, E. 3.1, JdT 2009 I 183). Eine Beweisnot ist aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen (BGE 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618).

19. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen, da ansonsten gegen das vom Bundesgesetzgeber gewollte Rechtssystem verstossen würde (BGE 141 III 569, E. 2.2.1; 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618).

2.1 Der Begriff der Glaubhaftmachung

20. Gewisse gesetzliche Bestimmungen oder die Lehre und Rechtsprechung verlangen manchmal das Beweismass der « *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* », wie zum Beispiel in Haftpflichtfällen für den Beweis des Kausalzusammenhangs (vgl. BGE 130 III 321, JdT 2005 I 618) oder des Geschehensablaufs, der zum Vorfall geführt hat (BGE 133 III 81), oder dann auch bei der richterlichen Aufhebung der Betreuung, wo das Gericht die Betreuung nur dann vorläufig einstellt, wenn ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint (Art. 85a Abs. 2 SchKG). Gemäss anderen Bestimmungen ist die blosser « *Glaubhaftmachung* » ausreichend, so bei den vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ZPO, im Verfahren zur provisorischen Rechtsöffnung für die Entkräftung der Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG, oder auch gemäss Art. 697b Abs. 2 OR für die Einsetzung eines Sonderprüfers in der Aktiengesellschaft.

2.1.1 Die überwiegende Wahrscheinlichkeit

21. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610, E. 4.1, JdT 2015 II 433; 133 III 81, E. 4.2.2; 130 III 321, E. 3.2, JdT 2005 I 618; im Bereich der Sozialversicherungen: BGE 139 V 176, E. 5.3).

22. Um das Konzept mit einem Prozentwert zu verdeutlichen: gemäss BERGER-STEINER ist überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben, wenn der Grad der Gewissheit, dass sich die behauptete Tatsache ereignet hat, bei mindestens 75 % liegt (BERGER-STEINER, S. 295; vgl. auch BK-WALTER, Art. 8 N 138 und die dortigen Hinweise; HAUSHEER, S. 221). Obwohl es u.E. schwierig ist, die überwiegende Wahrscheinlichkeit mit einem mathematischen Wert zu erfassen, veranschaulicht die von dieser Autorin vorgeschlagene Definition doch, welche Art von Beurteilung das Gericht bei der praktischen Umsetzung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vorzunehmen hat.
23. Zusammenfassend ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit beispielsweise in Haftpflichtfällen für den Beweis des Kausalzusammenhangs (vgl. BGE 130 III 321, JdT 2005 I 618) oder des Geschehensablaufs, der zum Vorfall geführt hat (BGE 133 III 81), oder auch im Zusammenhang mit Art. 85a Abs. 2 SchKG zulässig.

2.1.2 Die blosse Glaubhaftmachung

24. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Tatsache nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610, E. 4.1, JdT 2015 II 433; 132 III 715, E. 3.1, JdT 2009 I 183; 130 III 321, E. 3.3, JdT 2005 I 618). Dieses Mass wird mit anderen Worten erreicht, wenn das Vorhandensein einer Tatsache wahrscheinlicher erscheint als deren Nichtvorhandensein (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 15).
25. Um das Konzept mit einem Prozentwert zu verdeutlichen: gemäss BERGER-STEINER ist die blosse Glaubhaftmachung gegeben, wenn der Grad der Gewissheit, dass sich die behauptete Tatsache ereignet hat, bei mindestens 51 % liegt (BERGER-STEINER, S. 303; vgl. auch BK-WALTER, Art. 8 N 153 und die dortigen Hinweise; HAUSHEER, S. 221). Obwohl es auch hier schwierig erscheint, die Glaubhaftmachung mit einem mathematischen Wert zu erfassen, veranschaulicht die genannte Definition doch, welche Art von Beurteilung das Gericht bei der praktischen Umsetzung der Glaubhaftmachung vorzunehmen hat.

26. Wie aus den aufgezeigten Beispielen ersichtlich wird (vgl. oben, Kap. 2.1), ist die blossе Glaubhaftmachung gemeinhin in besonderen Situationen zulässig, bei denen das Gericht dringend entscheiden muss, um gefährdete Interessen zu wahren und/oder wenn der Schutz nur provisorisch ist (BOHNET, N 1376).
27. Die blossе Glaubhaftmachung ist also namentlich bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ZPO), im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 2 SchKG) oder für die Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b Abs. 2 OR zulässig. Wie wir weiter unten sehen werden (vgl. unten, Kap. C.2), stellt sie ebenfalls das in Art. 6 GlG erforderliche Beweismass dar, was den Nachweis einer Diskriminierung durch die klagende Partei betrifft.

2.2 Folgen der Glaubhaftmachung

28. Ob eine Tatsache dem Beweismass der blossen Glaubhaftmachung oder der überwiegenden Wahrscheinlichkeit untersteht, hat keinen Einfluss auf die freie Beweiswürdigung durch das Gericht, da die beiden Begriffe unabhängig, aber eng miteinander verbunden sind (BK-WALTER, Art. 8 N 126 f.). Das Gericht würdigt gemäss Art. 157 ZPO die Beweise frei, d.h. es legt die Beweiskraft eines Beweises frei fest.
29. Das Gericht entscheidet mit anderen Worten frei, ob es aufgrund der verfügbaren Beweismittel vom Eintritt eines Ereignisses überzeugt ist. Einzig die Intensität seiner Überzeugung wird von den Regeln zum Beweismass festgelegt (BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 14; BOHNET, N 1379 f.; SUTTER-SOMM, N 898).
30. So gilt bei der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Beweis als erbracht und die Tatsache als erwiesen, wenn das Gericht in freier Beweiswürdigung zum Schluss kommt, dass wichtige Gründe für die Exaktheit einer Behauptung sprechen, ohne dass andere Möglichkeiten von wesentlicher Bedeutung sind oder vernünftigerweise in Betracht kommen.
31. Bei der blossen Glaubhaftmachung hingegen gilt der Beweis als erbracht und die Tatsache als erwiesen, wenn das Gericht in freier Beweiswürdigung zum Schluss kommt, dass das Vorhandensein der Tatsache wahrscheinlicher erscheint als ihr Nichtvorhandensein.

32. In beiden Fällen gilt: wenn das geforderte Beweismass nicht erreicht und das Gericht deshalb vom Bestehen der behaupteten Tatsache nicht überzeugt ist, trägt die Partei, die ein Recht vor Gericht geltend machen wollte und sich dabei auf die besagte Tatsache stützte, die Folgen des Beweismangels (in diesem Sinne SUTTER-SOMM, N 900).

3. Zwischenergebnis

33. Gemäss dem über das Privatrecht hinaus geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet; wenn ihr dies nicht gelingt, trägt sie die Folgen des Beweismangels. In gewissen Fällen stützt sich das Gesetz auf eine Vermutung und kehrt die Beweislast um: es ist dann an der Partei, welche das Vorhandensein eines Rechts verneint, den Beweis für dessen Nichtvorhandensein zu erbringen. Um die « Tatsachen zu beweisen », müssen die Parteien diese grundsätzlich mit dem Beweismass der vollen Überzeugung nachweisen. Das Gesetz oder die Rechtsprechung sehen in manchen Fällen jedoch vor, dass die Tatsachen mit dem Beweismass der blossen Glaubhaftmachung oder der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden können.
34. Die Begriffe der Beweislast und des Beweismasses sind deshalb eng verbunden, da sie bei denselben gerichtlichen Erwägungen zum Zuge kommen; sie überschneiden sich aber nicht, da beide je einen klar abgegrenzten Aspekt regeln. Die Umkehr der Beweislast hat keine Auswirkungen auf das Beweismass; die Reduktion des Beweismasses hat keine Auswirkungen auf die Beweislast.
35. Bei fehlender Beweislastumkehr – eine solche kann nur aufgrund einer expliziten gesetzlichen Grundlage erfolgen –, wenn das verlangte Beweismass nicht erreicht wird und das Gericht deshalb nicht zu einer Überzeugung hinsichtlich des Bestehens der behaupteten Tatsache gelangen kann, trägt folglich die Partei, welche ihr Recht gestützt auf die Tatsachenbehauptung vor Gericht durchsetzen wollte, die Folgen des Beweismangels. Dies unabhängig davon, ob die volle Überzeugung oder ein reduziertes Beweismass, d.h. die überwiegende Wahrscheinlichkeit oder die blosse Wahrscheinlichkeit, verlangt waren.

C. Die Glaubhaftmachung bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG)

1. Übernahme des europäischen Rechts

36. In seiner Botschaft zum GlG legte der Bundesrat die Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfs mit dem Gemeinschaftsrecht, der Gemeinschaftsrechtsprechung sowie mit dem zum Zeitpunkt der Erarbeitung des Entwurfs sich in Vorbereitung befindlichen Gemeinschaftsrecht dar (Botschaft GlG, BBl 1993 I 1290 f. und 1301).
37. So orientierte sich der Gesetzgeber zunächst an der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften. In konstanter Rechtsprechung im Zusammenhang mit Teilzeitbeschäftigten hatte der Gerichtshof schon in den 1980er Jahren die Anwendungsgrundsätze des Verbots der indirekten Diskriminierung verfeinert, davon ausgehend, dass bereits dann eine verbotene Diskriminierung vorliegt, wenn eine scheinbar neutrale Massnahme die Arbeitnehmenden des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen in bedeutendem Masse benachteiligt (Botschaft GlG, BBl 1993 I 1288). Damit kehrte der Gerichtshof die Beweislast um und verlangte vom Unternehmen den Nachweis, dass sich die Wahl der umstrittenen Massnahme auf objektiv gerechtfertigte Gründe stützt und frei von jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist (Botschaft GlG, BBl 1993 I 1288; vgl. insbes. Urteil des Gerichtshofes vom 27. Juni 1990, Rechtssache C-33/89, *Kowalska*, Sammlung 1990, S. I-2607, E. 16).
38. Es wurde namentlich entschieden, dass, sofern das Unternehmen nicht in der Lage ist darzulegen, dass seine Lohnpolitik « *auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben* », der Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung – unter Berücksichtigung der für Arbeitnehmerinnen bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten – nicht durch Umstände erklärt werden kann, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschliessen (Urteil des Gerichtshofes vom 13. Mai 1986, Rechtssache 170/84, *Bilka*, Sammlung 1986, S. 1607 ff., E. 29 f.).

39. Der Gerichtshof entschied im Bereich Lohngleichheit ebenfalls, dass, falls einem Lohnzulagensystem jede Transparenz fehlt, Arbeitnehmerinnen « *auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern* » nachweisen können, « *dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer* ». Der arbeitgebenden Partei obliegt dann der Beweis, dass ihre Lohnpolitik nicht diskriminierend ist (Urteil des Gerichtshofes vom 17. Oktober 1989, Rechtssache 109/88, *Danfoss*, Sammlung 1989, S. 3199 ff., E. 16).
40. Gemäss dem Bundesrat « *obliegt die Beweislast wie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dem Arbeitgeber, wenn eine Massnahme aller Wahrscheinlichkeit nach geeignet ist, einen wesentlich höheren Anteil von Frauen als von Männern zu benachteiligen* » (Botschaft GlG, BBL 1993 I 1301).
41. Der Gesetzgeber strebte also eindeutig die Europafähigkeit des Entwurfes des Gleichstellungsgesetzes an (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 7; KAUFMANN, Kommentar GlG, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes N 44 ff.; vgl. auch Botschaft GlG, BBL 1993 I 1249: « *Das Gesetz hatte ausserdem das EWR-Recht im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann umzusetzen (...). Auch nach Ablehnung des EWR-Vertrags durch Volk und Stände bleibt die Europafähigkeit der schweizerischen Rechtsordnung wichtig* »). Gemäss einem Teil der Lehre muss dies das Bundesgericht dazu führen, die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, der zum Gerichtshof der Europäischen Union wurde, zu berücksichtigen, wie dies schon in Entscheiden zu Art. 333 OR betr. Unternehmensübernahme geschehen war (vgl. BGE 132 III 32, E. 4.1; 129 III 335, E. 6, JdT 2003 II 75; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 7). Folglich muss bei der Auslegung des GlG eine dynamische und nicht eine statische Berücksichtigung des europäischen Rechts gewählt werden (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 7).

2. Artikel 6 GlG

2.1 Zweck der Bestimmung

42. Wird der oben dargelegte Grundsatz von Art. 8 ZGB auf Diskriminierungsstreitigkeiten angewendet, bedeutet dies, dass das Gericht die Klage der arbeitnehmenden Person abweisen müsste, wenn es vom Vorhandensein der behaupteten Diskriminierung nicht überzeugt ist (vgl. oben, N 8 f.; KLETT, S. 1293).
43. Die Verfahren nach dem GlG sind entweder besondere arbeitsrechtliche Zivilverfahren oder dann öffentlichrechtliche Verfahren; in all diesen Verfahren gilt gemäss besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen die Untersuchungsmaxime (STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, Art. 6 N 16), allenfalls in abgeschwächter Form.
44. So sah im Bereich des Privatrechts Art. 12 Abs. 2 aGlG für Streitigkeiten nach dem GlG ohne Streitwertgrenze die Anwendung von Art. 343 aOR vor; gemäss dem Wortlaut von Art. 343 Abs. 4 aOR musste das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen *feststellen* (*établir* in der französischen Fassung). Mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 und der Aufhebung der alten Art. 12 GlG und 343 OR legt nun Art. 247 Abs. 2 Bst. a ZPO fest, dass das Gericht bei Streitigkeiten nach dem GlG den Sachverhalt von Amtes wegen *feststellt* (*établir* in der französischen Fassung). Es handelt sich dabei um eine abgeschwächte Untersuchungsmaxime, die sogenannte soziale Untersuchungsmaxime, welche nicht vom Gericht verlangt, dass es den Sachverhalt von Amtes wegen *erforscht* (*établir* in der französischen Fassung von Art. 296 Abs. 1 ZPO), aber dass es sich, wenn es objektive Gründe hat, um an den Vorbringen der Parteien zu zweifeln, vergewissert, dass ihre Behauptungen und Beweisanträge vollständig sind. Die Parteien sind jedoch weiterhin dafür verantwortlich, dass sie die relevanten Tatsachenbehauptungen vorbringen und dem geforderten Beweismass entsprechend beweisen, diese bestreiten und ihre Position nötigenfalls substantzieren (BOHNET, N 815 f.; BOHNET/JEANNIN, ZSR, S. 242 ff.; KLETT, S. 1294 f.; SUTTER-SOMM, N 349 und 353 ff.; BGer 4A_27/2014, E. 1.4).
45. Konkret obliegt dem Gericht einzig eine verstärkte Fragepflicht. Wie unter der im ordentlichen Verfahren anwendbaren Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff selber sammeln. Das Gericht hilft ihnen nur durch geeignete Fragen auf die Sprünge, damit die nötigen Angaben gemacht und die entsprechenden

Beweismittel auch wirklich bezeichnet werden. Aber es stellt keine eigenen Ermittlungen an. Wenn sich jedoch zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüberstehen, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen Prozess zurückhalten (BGE 141 III 569, E. 2.3.1).

46. Was das öffentliche Recht betrifft, gilt für das Verwaltungsverfahren im allgemeinen die Untersuchungsmaxime, was bedeutet, dass die Behörden und Verwaltungsgerichte den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen müssen und dabei selber Beweis führen, ohne von den Vorbringen und Beweisanträgen der Parteien eingeschränkt zu sein (BOVAY, S. 222 f.; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 27). Die Untersuchungsmaxime ist insbesondere in Art. 12 VwVG verankert, welcher auf Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsverfahren auf Bundesebene und damit einzig auf das Bundespersonal anwendbar ist (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 10).
47. Auch in den kantonalen Verwaltungsverfahren ist die Untersuchungsmaxime vorherrschend, was beispielsweise aus Art. 19 und 76 LPA/GE, Art. 28 Abs. 1 LPA/VD, Art. 18 Abs. 1 LPJA/BE oder aus Art. 14 und 43 Abs. 2 LPJA/NE ersichtlich ist. Die kantonalen Verwaltungsverfahren sind auf die Arbeitsverhältnisse des Kantons- und Gemeindepersonals anwendbar (BGE 142 II 49, E. 4.2 und 4.3, RDAF 2017 I 259; ARIOLI, Kommentar GlG, Art. 13 GlG N 25; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 14). Trotz des allgemeinen Verweises auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse deckt Art. 13 Abs. 1 GlG aber nur die öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse des Bundespersonals ab (ARIOLI, Kommentar GlG, Art. 13 GlG N 21), weshalb diese Bestimmung keine eigenständige Bedeutung hat (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 13).
48. Obwohl die Untersuchungsmaxime gilt, ist, wenn Beweise (mit dem geforderten Beweismass) fehlen oder wenn von der Behörde vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, dass sie diese sammelt, der allgemeine Grundsatz von Art. 8 ZGB analog anwendbar, was bedeutet, dass die Folgen der Beweisnot (d.h. des Fehlens von Beweisen mit dem geforderten Beweismass) wie im Zivilprozess von derjenigen Partei getragen werden, welche ihre Forderungen auf die nicht bewiesenen Tatsachen stützt (BOVAY, S. 229; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 27).

49. Die reine Untersuchungsmaxime, und die soziale Untersuchungsmaxime erst recht, bleiben daher wirkungslos, wenn weder das Gericht noch die arbeitnehmende Person das Vorhandensein von Beweismitteln vermuten (BGE 130 III 145, E. 4.2; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1300; KLETT, S. 1293). Diese Folge ist logisch: die Regeln zur Einbringung von Tatsachen und Beweismitteln im Verfahren haben keinen Einfluss auf die Beweislast; wenn der Beweis nicht mit dem erforderlichen Beweismass (z.B. der Glaubhaftmachung) erbracht wird, muss der Anspruch abgewiesen werden, unabhängig davon, ob das Gericht die Tatsachen von Amtes wegen feststellt oder nicht.
50. Wenn dagegen die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Beweislast und damit das Risiko tragen, den Prozess zu verlieren, wenn der Nachweis der Nichtdiskriminierung misslingt, ist es in ihrem Interesse, das Gericht umfassend zu informieren und alle nötigen Unterlagen einzureichen (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 28 und 42; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1300 f.).
51. Die Regel von Art. 6 GlG korrigiert damit eine tatsächliche Ungleichheit, nämlich die Konzentration der Beweismittel in den Händen der arbeitgebenden Partei. Es obliegt damit der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber zu beweisen, dass sich die Massnahme, deren diskriminierender Charakter von der arbeitnehmenden Person glaubhaft gemacht wurde, auf Gründe stützt, die mit dem Geschlecht nichts zu tun haben (BGE 144 II 65, E. 4.2.1; 142 II 49, E. 6.2, RDAF 2017 I 259; 130 III 145, E. 4.2). Damit nicht leichtfertig Klagen eingereicht werden, ohne dass die arbeitnehmende Partei über Indizien verfügt, wird jedoch verlangt, dass das potentielle Opfer Indizien vorlegt, die das Vorhandensein einer Diskriminierung glaubhaft machen, bevor die Beweislast der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber auferlegt wird (BGE 130 III 145, E. 4.2; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1301).

2.2 Anwendungsbereich der Bestimmung

52. Gemäss Art. 2 GlG gelten die Bestimmungen des 2. Abschnittes – wozu auch Art. 6 GlG gehört – für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden. Art. 6 GlG ist deshalb sowohl auf privatrechtliche wie auch auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar (vgl. Art. 2 GlG; BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 27; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 110),

womit diese Bestimmung die Beweisregeln in den kantonalen Verwaltungsverfahrenserlassen ergänzt (BGE 142 II 49, E. 4.3, RDAF 2017 I 259).

53. Art. 6 GlG präzisiert, dass die Beweislast erleichterung « *bezüglich der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung* » gilt. Diese Aufzählung ist abschliessend, woraus folgt, dass die Beweislast erleichterung im Falle einer Diskriminierung bei der Anstellung und bei sexueller Belästigung nicht gilt (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 13, jedoch differenzierter in N 113 f., wonach die Beweislastumkehr zusätzlich zur Anstellung und sexuellen Belästigung auch bei anderen Handlungen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers anwendbar sein soll; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 GlG N 3).
54. Fälle von Anstellungsdiskriminierung und sexueller Belästigung unterstehen folglich der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB (BGer 4A_473/2013, E. 3.1 und 3.2), auch wenn sich die Gerichte meist mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zufrieden geben (zu diesem Begriff vgl. oben, N 20 ff.; LEMPEN, Commentaire LEg 2011, Art. 4 N 35; BGer 4P.214/2006, E. 3.3; 1C_418/2008, E. 2.2.4). Die Verwaltungsbehörden ihrerseits können nur unter den restriktiven, von der Rechtsprechung für das Verwaltungsverfahren festgelegten Bedingungen auf einen Beweismangel schliessen, d.h. wenn Beweise objektiv fehlen oder wenn es der Behörde nicht zumutbar ist, diese zusammenzutragen (BRUCHEZ, Commentaire LEg 2011, Art. 13 N 27). Die Nichtanwendbarkeit von Art. 6 GlG hat keinen Einfluss auf die Anwendung der reinen oder der sozialen Untersuchungsmaxime bei Fällen von Anstellungsdiskriminierung oder sexueller Belästigung (zu diesen Begriffen vgl. oben, N 42 ff.; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 112), weil allein die Verfahrensart und das Streitobjekt die anwendbare Maxime beeinflussen.
55. Aus dem Wortlaut von Art. 6 GlG geht klar hervor, dass die Beweislast erleichterung einzig für die « *Diskriminierung* » greift. Was die Voraussetzungen für Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung und weitergehende vertragliche Ansprüche gemäss Art. 5 Abs. 5 GlG betrifft, muss der Beweis gemäss der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB erbracht werden, unabhängig von der Tatsache, dass diese auf einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beruhen (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 119).

2.3 Der Begriff der blossen Glaubhaftmachung

56. Gemäss Art. 6 GlG «*wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird*».
57. Damit wird aber nicht eine Diskriminierungsvermutung aufgestellt, wie es der Wortlaut von Art. 6 GlG vermuten lassen könnte. Anhand der Vermutung kann von einer bekannten auf eine unbekannte Tatsache geschlossen werden (BK-WALTER, Art. 8 N 387; BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 38). Die Vermutung ist mit anderen Worten die im Gesetz festgelegte Folge einer Wahrscheinlichkeit, die sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergibt (BK-WALTER, Art. 8 N 387; BOHNET/JEANNIN, Droit du bail, N 39). Im Falle von Art. 6 GlG muss die Glaubhaftmachung der Tatsache nun aber durch die klägerische Partei erfolgen und wird nicht von der allgemeinen Lebenserfahrung abgeleitet.
58. Wie schon weiter oben erwähnt (vgl. oben, N 19), ist der Begriff der Glaubhaftmachung im schweizerischen Recht nicht unbekannt: er kommt namentlich im Bereich der einstweiligen Verfügungen vor. Wie dort bedeutet auch für die in Art. 6 GlG verlangte blosser Glaubhaftmachung, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der Behauptungen der arbeitnehmenden Person überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (vgl. oben, N 23; vgl. auch BGE 144 II 65, E. 4.2.2; 142 II 49 E. 6.2, RDAF 2017 I 259; 130 III 145, E. 4.2; BGer 4A_261/2011, E. 3.2; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1301).
59. Die Anforderungen, damit die behaupteten Tatsachen «*glaubhaft erscheinen*», müssen im Hinblick auf den Sinn und Zweck, den der Gesetzgeber mit der Reduktion der Anforderungen an das Beweismass erreichen wollte, festgelegt werden. Weil es um die Kompensation der Schwierigkeit, eine Diskriminierung zu beweisen, geht und die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber jederzeit die Möglichkeit hat, den Gegenbeweis zu erbringen, sollte das Gericht nicht allzu anspruchsvoll sein (KLETT, S. 1293; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 28; WYLER, Commentaire LEg, Art. 6 N 8). Insbesondere sollte nicht verlangt

werden, dass die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wahrscheinlicher erscheint als die Nichtdiskriminierung (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Art. 6 N 1.3; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 8).

60. Falls das Gericht zum Schluss kommt, dass die Diskriminierung wahrscheinlicher ist als die Nichtdiskriminierung, oder dass sie eher unwahrscheinlich aber nicht unmöglich ist, muss es prüfen, ob die arbeitgebende Partei den Beweis für das Nichtvorhandensein einer Diskriminierung oder für die sachliche Rechtfertigung derselben erbracht hat. Nur wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Diskriminierung ganz und gar zweifelhaft oder lediglich behauptet worden ist, muss es die entsprechenden Rechtsbegehren der arbeitnehmenden Partei abweisen (BERSIER, S. 385; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Art. 6 N 1.3; DIETSCHY, N 613; STAUBER-MOSER, S. 1359; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 132; WYLER, Commentaire LEg, Art. 6 N 8; BGer 4E.463/1999, E. 2a, nicht publiziert in BGE 126 III 395; differenzierter: BGE 144 II 65, E. 5, wo zu lesen ist, « *zwar fehle es an einem strikten Beweis, jedoch spreche insgesamt mehr für als gegen die in Frage stehende Diskriminierung* »; a.M.: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 20 und Art. 328 N 9, wonach die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wahrscheinlicher erscheinen muss als die Nichtdiskriminierung).
61. Gemäss STEIGER-SACKMANN muss die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bejaht werden, sobald der Grad der Überzeugung, dass sich diese Diskriminierung zugetragen hat, 25 % erreicht; mit dieser Schwelle könne eine glaubhaft gemachte Diskriminierung von einer einfachen Behauptung unterschieden werden (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 132-133; a.M.: BERGER-STEINER, S. 303, welche die Grenze für das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung bei 51 % ansetzt, vgl. oben, N 24). Zusammen mit WYLER muss festgehalten werden, dass die zahlenmässige Bezifferung einer Schwelle für die Glaubhaftmachung schwierig ist, auch wenn mit dieser Methode die Vorgehensweise des Gerichts bei der Anwendung von Art. 6 GlG aufgezeigt werden kann (WYLER, Commentaire LEg, Art. 6 N 8).
62. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen erscheint die Glaubhaftmachung wie ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einen subjektiven Beurteilungsspielraum offen lässt; sie ist deshalb vom Gericht schwierig zu erfassen. Ist dieses bei der Anerkennung der Glaubhaftmachung zu streng, bleibt die in Art. 6 GlG vorgesehene Beweislast erleichterung nämlich wirkungslos; ist es dagegen zu grosszügig, sanktioniert es womöglich ein Verhalten, das gar nicht diskriminierend ist

(AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 102 f.). Eine Analyse der kantonalen Gerichtsurteile aus dem Jahr 2006 zeigte im Übrigen auf, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung in den untersuchten Urteilen höchst unterschiedlich definiert wurden (Bericht vom 15. Februar 2006, BBL 2006 3175).

63. In der Praxis sollte man u.E. wie folgt vorgehen: Kann das Gericht aufgrund der konkret vorhandenen Elemente eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht ausschliessen, sollte es im Zweifelsfall, um eine vertiefte Prüfung des Falles zu ermöglichen, die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung anerkennen und die Sache unter dem Blickwinkel des Beweises des Gegenteils – d.h. die arbeitgebende Partei muss sachliche Rechtfertigungsgründe vorlegen – prüfen.

2.4 Folge der Anerkennung der Glaubhaftmachung

64. Wie oben dargelegt, genügt es gemäss Art. 6 GlG, wenn die klägerische Partei eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft macht. Wenn ihr dies gelingt, erfolgt die Beweislastumkehr, womit es der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber obliegt, das Nichtvorhandensein der Diskriminierung zu beweisen (Botschaft GlG, BBL 1993 I 1301; BGE 142 II 49, E. 6.3, RDAF 2017 I 259; 127 III 207, E. 3a).
65. Wie schon aus der Marginalie ersichtlich, sieht Art. 6 GlG eine « *Beweislasterleichterung* » für das potentielle Opfer einer Diskriminierung vor, indem in Gleichstellungsprozessen, bei denen Art. 6 GlG anwendbar ist, die Beweislastumkehr greift, wobei diese weder generell noch voraussetzungslos gilt (STEIGER-SACKMANN, Commentaire LEg 2000, Art. 6 N 33). Eine Reduktion des Beweismasses stellt nämlich keine Beweislastumkehr dar (vgl. oben, N 11).
66. Angesichts der in Art. 6 GlG vorgesehenen Reduktion des Beweismasses auf die blossе Glaubhaftmachung einerseits und der bedingten Beweislastumkehr andererseits würde ein Gericht deshalb diese Bestimmung missachten, wenn es von der klagenden Partei mit der Begründung, dass die Glaubhaftmachung einer Ungleichbehandlung nicht die Vermutung deren sexistischer Natur miteinschliesst, verlangen würde, dass diese einerseits eine Ungleichbehandlung mit einer arbeitnehmenden Person des anderen Geschlechts und andererseits das Vorhandensein einer sexistischen Personalpolitik im Unternehmen glaubhaft machen muss (BGE 127 III 207, E. 3b; offensichtlich a.M.: FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Art. 6 N 1.2 in

initio, wobei sie den eben erwähnten Entscheid trotzdem am Ende des Abschnittes aufzuführen).

67. Gewiss, eine Ungleichbehandlung zwischen irgendwelchen Angestellten lässt eine geschlechtsbedingte Diskriminierung nicht als wahrscheinlich erscheinen. Wenn dagegen Angestellte unterschiedlichen Geschlechts im Unternehmen eine vergleichbare Stellung innehaben, wird vermutet, dass eine Ungleichbehandlung zwischen ihnen geschlechtsspezifisch ist, womit die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber den Beweis der Nichtdiskriminierung erbringen muss (in diesem Sinne BGE 142 II 49, E. 6.2, RDAF 2017 I 259; 130 III 145, E. 4.2; 125 III 368, E. 4; 125 II 541, E. 6a/6b; 125 I 71, E. 4a). Gelingt der arbeitgebenden Partei dieser Beweis nicht, ist die Klage gutzuheissen, ohne dass noch eine sexistische Personalpolitik im Unternehmen nachgewiesen werden muss (BGE 127 III 207, E. 3b).

2.5 Zwischenergebnis

68. Aufgrund der obenstehenden Ausführungen wird sichtbar, dass Art. 6 GlG verschiedene Begriffe vereinigt: unter dem Randtitel « *Beweislasterleichterung* » beinhaltet diese Bestimmung die blossе Glaubhaftmachung sowie eine Beweislastumkehr, welche jedoch nicht automatisch ist. Im Übrigen unterstehen die Verfahren, in welchen Art. 6 GlG zur Anwendung kommt, der reinen bzw. der sozialen Untersuchungsmaxime.
69. Zwar sind die Begriffe der Beweislast, des Beweismasses und der anwendbaren Verfahrensmaxime eng verbunden, da es bei allen um die Sachverhaltsfeststellung durch das Gericht geht, sie überschneiden sich aber deswegen nicht. Wenn also eines dieser Elemente verändert wird, indem beispielsweise das erforderliche Beweismass reduziert wird, hat dies nicht auch Auswirkungen auf die anderen, also in unserem Beispiel auf die Beweislast oder die anwendbare Maxime.
70. Es erweist sich deshalb u.E. als notwendig, beim Erlass einer solchen Bestimmung mit mehreren dieser Begriffe, wie dies bei Art. 6 GlG der Fall ist, eine gute Koordination zwischen diesen sicherzustellen, um die praktische Anwendbarkeit des vorgesehenen Systems garantieren zu können.

71. In der Folge geht es darum, die praktische Anwendung von Art. 6 GlG durch das Bundesgericht zu analysieren, um die Schwierigkeiten nachzuvollziehen, die sich bei der Umsetzung der « *Beweislasterleichterung* » ergeben können.

3. Die Anwendung von Art. 6 GlG durch das Bundesgericht: Allgemeines

3.1 Zweistufige Beweisprüfung

72. Art. 6 GlG auferlegt dem Gericht eine zweistufige Beweisprüfung. Als erstes entscheidet das Gericht, ob der Beweis der Diskriminierung von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer erbracht worden ist, wobei das Beweismass auf die Glaubhaftmachung reduziert ist. Sofern dies der Fall ist, prüft es in einem zweiten Schritt, ob die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber den Beweis erbracht hat, dass der Lohnunterschied nicht auf dem Geschlecht, sondern auf objektiven Gründen beruht (BRUCHEZ, S. 181; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 44 ff.). Hierbei gilt dann das Beweismass der vollen Überzeugung (zu diesem Begriff vgl. oben, N 13 ff.; BGE 143 II 366, E. 2.3: « *im Rahmen eines Vollbeweises* »; 142 II 49, E. 7.4, RDAF 2017 I 259: « *vollen Beweis* »; 130 III 145, E. 5.2: « *preuve complète* »; BGer 4A_473/2013, E. 3.1: « *preuve stricte* »), wobei zu ergänzen ist, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nicht in den Genuss der Beweislasterleichterung nach Art. 6 GlG kommen (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068).
73. Diese zweistufige Beweisprüfung gibt der arbeitgebenden Partei im Hinblick auf ihre Verteidigung die Möglichkeit, einerseits den Gegenbeweis und andererseits den Beweis des Gegenteils zu erbringen:
1. Allgemein leitet das Bundesgericht aus Art. 8 ZGB ein Recht auf Gegenbeweis ab (BGE 133 III 81, E. 4.2.2; 120 III 393, E. 4b), was konkret bedeutet, dass die arbeitgebende Partei Tatsachen beweisen kann, welche die Begründetheit der Vorbringen, mit welchen eine geschlechtsspezifische Diskriminierung glaubhaft gemacht werden soll, entkräften (DIETSCHY, N 594; KLETT, S. 1297). Der Gegenbeweis erfolgt in der ersten Etappe der Beweisprüfung, indem die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber beweisen kann, dass die Lohndiskriminierung, welche die arbeitnehmende Partei glaubhaft machen will, in Wirklichkeit gar nicht besteht (AUBRY GIRARDIN,

Questions, S. 1068; KLETT, S. 1297; differenzierter: STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 137, wonach die Führung des Gegenbeweises die Glaubhaftmachung nicht übermässig erschweren darf). Dies ist jedoch heikel, da damit der Gegenbeweis für eine Tatsache erbracht wird (von der Lehre rasch als negativ qualifiziert: AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068; STAUBER-MOSER, S. 1360; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 145), die bereits glaubhaft gemacht worden ist (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105). Die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber könnte beispielsweise aufzeigen, dass die Arbeit der klagenden Partei im Vergleich zur Arbeit der arbeitnehmenden Person/-en, welche sie als Referenz beigezogen hat und die einen höheren Lohn erhalten, nicht gleichwertig ist (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068; KLETT, S. 1297); die arbeitgebende Partei müsste mit anderen Worten das Nichtvorhandensein der Ungleichbehandlung an sich beweisen.

2. Der Beweis des Gegenteils dient der Widerlegung einer gesetzlichen Vermutung (DIETSCHY, N 595); im Rahmen von Art. 6 GlG greift er, ohne dass man dabei von gesetzlicher Vermutung sprechen kann (vgl. oben, N 56), in der zweiten Phase der Beweisprüfung (KLETT, S. 1297). Konkret stellt nun die arbeitgebende Partei die Tatsache einer Ungleichbehandlung zwischen der klagenden Partei und Arbeitnehmenden des anderen Geschlechts, welche eine gleichwertige Arbeit erbringen, nicht mehr in Frage, aber versucht, den strikten Beweis dafür zu erbringen, dass diese Ungleichbehandlung durch objektive Gründe gerechtfertigt ist (BGE 144 II 65, E. 4.2.1; 142 II 49, E. 6.2, RDAF 2017 I 259; 130 III 145, E. 4.2). Im allgemeinen wird die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber versuchen, genau dieses Element, also das Vorhandensein eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes für die Ungleichbehandlung zu beweisen, weil dieser Beweis einfacher zu erbringen ist als der Beweis des Nichtbestehens der Lohnungleichheit an sich, geht es doch um positive Tatsachen (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068; STAUBER-MOSER, S. 1360). Gleich wie die arbeitgebende Partei in der ersten Phase hat die arbeitnehmende Partei in der zweiten Phase ein Recht auf Gegenbeweis (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 146).

74. Zwar erfolgt gemäss Art. 6 GlG die Beweisprüfung zwangsläufig in zwei Stufen, die herrschende Lehre hält es aber nicht für zweckmässig, den Prozess in zwei Etappen zu unterteilen, wovon die erste dem Beweis der Diskriminierung – mit

dem Beweismass der blossen Glaubhaftmachung – durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer und die zweite dem – vollständigen – Beweis des Nichtvorhandenseins der Diskriminierung durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber gewidmet wäre. Gemäss mehreren Autorinnen und Autoren müsste in jedem Fall und für jede der beiden Etappen der Hauptbeweis und anschliessend der Gegenbeweis aufgenommen und gewürdigt werden (BERSIER, S. 389; DIETSCHY, N 615; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 147 f.).

75. Das Gericht entscheidet folglich erst am Ende des Beweisverfahrens, das heisst im Moment der Ausarbeitung des Urteils, ob erstens die Diskriminierung glaubhaft gemacht wurde und zweitens, ob gegebenenfalls die arbeitgebende Partei den Beweis des Gegenteils erbracht hat (BRUCHEZ, S. 181; DIETSCHY, N 615; STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 149; WYLER, Commentaire LÉg 2011, Art. 6 N 10).
76. Schematisch und in Anwendung des allgemeinen Beweislastgrundsatzes von Art. 8 ZGB einerseits und der Reduktion des Beweismasses gemäss Art. 6 GlG andererseits sind am Ende des Beweisverfahrens die folgenden drei Szenarien denkbar (in diesem Sinne WYLER, Commentaire LÉg 2011, Art. 6 N 10):
 1. Die arbeitnehmende Partei macht die Diskriminierung nicht glaubhaft, weshalb sie unterliegt und ihr Antrag als unbegründet abgewiesen werden muss;
 2. Die arbeitnehmende Partei macht die Diskriminierung glaubhaft, sodass die Beweislast umgekehrt wird und es der arbeitgebenden Partei obliegt, das Nichtvorhandensein einer geschlechtsbedingten Diskriminierung zu beweisen und dabei anhand von Beweisen aufzuzeigen, dass die Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht. Hierauf gibt es zwei Möglichkeiten:
 - a. Die arbeitgebende Partei belegt mit dem Beweismass der vollen Überzeugung die Nichtdiskriminierung, sodass die arbeitnehmende Partei unterliegt;
 - b. Der arbeitgebenden Partei gelingt es nicht, die Nichtdiskriminierung zu beweisen, weshalb der Antrag der arbeitnehmenden Partei als begründet erklärt werden muss, zumindest hinsichtlich des Bestehens der Diskriminierung.
77. Diese zwei Etappen müssen im Urteil unterschieden werden (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068; BERSIER, S. 389). Wenn nicht, besteht die Gefahr, dass das

Gericht sich nur zur Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Behauptung äussert, ohne nach dem anwendbaren Beweismass zu unterscheiden, womit die in Art. 6 GlG vorgesehene Beweislast erleichterung ohne Wirkung bleiben würde (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 150).

78. Ein 2006 publizierter Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des GlG zeigt aber auf, dass gemäss der Inhaltsanalyse der ergangenen Urteile die Gerichte die Glaubhaftmachung der Diskriminierung und den von der arbeitgebenden Partei zu erbringenden Rechtfertigungsbeweis nur selten unterscheiden (Bericht vom 15. Februar 2006, BBL 2006 3175). Diese Feststellung wurde 2017 in einem an der Universität Genf verfassten und vom EBG publizierten Forschungsbericht zur Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GlG in den Jahren 2004 bis 2015 (LEMPEN/VOLODER, Ziff. 4.24) bestätigt.
79. In Anbetracht der obigen Ausführungen und unabhängig von der Regel in Art. 6 GlG ist in der Praxis jede der Parteien gehalten, sich bei der Beweisführung aktiv zu beteiligen und auf die Punkte zu achten, die sie beweisen muss (AUBRY GIRARDIN, S. 1068; DIETSCHY, N 615), und zu diesem Zweck möglichst viele Beweise und Indizien zusammenzutragen.

3.2 Gegenstand der Glaubhaftmachung

80. Art. 6 GlG definiert die glaubhaft zu machenden Tatsachen für die « Vermutung » (vgl. oben, N 50) einer geschlechtsbedingten Diskriminierung nicht; diese können jedoch vom Begriff der Diskriminierung selbst abgeleitet werden (KLETT, S. 1296). Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer muss folglich die tatsächlichen Bedingungen der Diskriminierung glaubhaft machen, was immer einen Vergleich zwischen zwei Situationen mit sich bringt. Es geht insbesondere darum, eine spezifische Massnahme der arbeitgebenden Partei (in diesem Sinne STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 31 f.) gegenüber von Personen unterschiedlichen Geschlechts in einer vergleichbaren Stellung bei derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber zu vergleichen (in diesem Sinne WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 13).

3.2.1 Die umstrittene Massnahme

81. Die erste Voraussetzung für die Diskriminierung und damit das erste Element, das glaubhaft gemacht werden muss, ist eine Massnahme der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers, welche das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäss Art. 3 GlG verletzt haben soll (STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 GlG N 32).
82. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GlG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weder direkt noch indirekt aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden. Eine Diskriminierung gilt als direkt, wenn sie sich ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann (BGer 4A_395/2010, E. 5.1; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1295). Dies ist beispielsweise bei der Kündigung einer Arbeitnehmerin, welche schwanger ist oder werden möchte oder schon Mutter ist, der Fall (BGer 4A_395/2010, E. 5.1). Indirekt ist eine Diskriminierung dagegen, wenn sie sich nicht direkt auf die Geschlechtszugehörigkeit stützt, aber das eine Geschlecht gegenüber dem anderen erheblich benachteiligt (BGE 138 I 205, E. 5.5; 125 I 71, E. 2a; BGer 8C_1006/2012, E. 5.2). Eine indirekte Diskriminierung ist glaubhaft gemacht, wenn eine scheinbar neutrale Massnahme Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen Geschlechts in bedeutendem Masse benachteiligt (LEMPEN, Commentaire LEg 2011, Art. 3 N 9; Botschaft GlG, BBL 1993 I 1301). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Beruf in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig über 70 % liegt, wobei die geschichtliche Dimension und die Veränderung des Berufes auch eine Rolle spielen können (BGE 141 II 411, E. 6.2; 125 II 385, E. 3b; vgl. auch die europäische Rechtsprechung zu den Massnahmen betreffend Teilzeitarbeiterinnen und -arbeitnehmern, vgl. oben, N 36 f.).
83. Diese Unterscheidung ist für die Anwendung von Art. 6 GlG wichtig. Es ist nämlich bei einer indirekten Diskriminierung für das Gericht nicht einfach, die Glaubhaftmachung zu beurteilen, da es sich die Frage stellen muss, ob es plausibel ist, dass die von der klagenden Partei gerügte Situation wirklich und in negativer Weise ein Geschlecht mehr als das andere betrifft (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 104 f.). So zeigt ein Fall zur Entlohnungsregelung von Lehrbeauftragten der Universität Basel, dass, wenn eine indirekte Diskriminierung geltend gemacht wird, das Gericht schon bei der Prüfung der Glaubhaftmachung statistische Daten hinterfragen muss (BGer 8C_1006/2012, E. 5.2). Damit Art. 6 GlG nicht aufgrund

dieser Schwierigkeit seine ganze Tragweite verliert, schlägt AUBRY GIRARDIN vor, die Glaubhaftmachung zu anerkennen, sobald die Massnahme ein Geschlecht mehr als das andere betrifft (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105).

84. Es obliegt in jedem Fall der klagenden Partei, konkret zu erklären, aus welchem Grund sie davon ausgeht, dieselbe Behandlung wie eine Person des anderen Geschlechts verlangen zu können (z.B. dieselbe Entlohnung). Wenn sie sich mit einer zu ungenauen und abstrakten Behauptung begnügt, kann das Gericht zum Schluss kommen, dass der Nachweis der Glaubhaftmachung nicht erbracht worden ist (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1067).
85. Schliesslich soll noch daran erinnert werden, dass die fraglichen Massnahmen in den Anwendungsbereich von Art. 6 GlG fallen müssen, welcher sich auf die Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung erstreckt (vgl. oben, N 51 ff.).

3.2.2 Personen des anderen Geschlechts

86. Damit eine Diskriminierung im Sinne des GlG vorliegt, muss der Vergleich eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmerinnen einerseits und Arbeitnehmern andererseits, oder umgekehrt, glaubhaft machen. Art. 3 GlG berücksichtigt eine allfällige Diskriminierung unter Männern oder unter Frauen nicht, weshalb man sich nicht gestützt auf das GlG gegen Diskriminierungen unter Personen des gleichen Geschlechts wehren kann (BGE 127 III 207, E. 4b; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg 2011, Art. 3 N 27; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 13).
87. Das Verbot jeglicher Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gilt indessen absolut, was bedeutet, dass die Anwendung des GlG nicht voraussetzt, dass die arbeitgebende Partei die Frauen untereinander oder die Männer untereinander nicht diskriminiert. Ansonsten würde es der arbeitgebenden Partei genügen, Männer unter sich oder Frauen unter sich ungleich zu behandeln, um sich von jeglichem Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts zu befreien. Ein solches Ergebnis wäre nicht akzeptabel, weil damit eine Diskriminierung durch eine andere gerechtfertigt würde (BGE 136 II 393, E. 11.3; 127 III 207, E. 4b).

3.2.3 Personen in ähnlicher Stellung

88. Damit die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung anerkannt werden kann, muss der Vergleich zwischen Personen (unterschiedlichen Geschlechts) mit einer ähnlichen Stellung im Unternehmen und einem vergleichbaren Pflichtenheft erfolgen (BGE 127 III 207, E. 3b; BGer 2A.730/2006, E. 4.2). Eine Diskriminierung ist deshalb nicht schon dann glaubhaft gemacht, wenn zwei Angestellte unterschiedlichen Geschlechts einen unterschiedlichen Lohn haben; erforderlich ist zusätzlich, dass sich die berufliche Situation der verglichenen Angestellten insgesamt gleich oder zumindest ähnlich präsentiert (BGE 144 II 65, E. 7.2; BGer 2A.91/2007, E. 2). Gemäss einem kürzlich ergangenen Entscheid muss bei der Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung auch dargelegt werden, aus welchen Gründen von einer Gleichwertigkeit der genannten Funktionen auszugehen ist (BGE 144 II 65, E. 7.2).
89. Für die Beurteilung, ob das Pflichtenheft oder die berufliche Situation von zwei Berufen oder beruflichen Stellungen vergleichbar ist, stützte sich ein Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 2003 auf das Bild, das die Gesellschaft von den betreffenden Berufen hat (BGer 2A.556/2002, E. 8.2). Im fraglichen Fall beanstandeten die Pflegefachfrauen und –männer die Gehaltstabelle des Kantons Genf, wobei ihr Hauptargument auf dem Vergleich zwischen ihrer Funktion und derjenigen der Polizistinnen und Polizisten beruhte: die Pflegefachfrauen und –männer, die einen typisch weiblichen Beruf ausüben, waren in einer leicht tieferen Gehaltsklasse als die Polizistinnen und Polizisten eingereiht, welche einen typisch männlichen Beruf ausüben. Das Bundesgericht berücksichtigte die Wahrnehmung der Gesellschaft und kam zum Schluss, dass die berufliche Stellung des Pflegepersonals und diejenige der Polizistinnen und Polizisten nicht als gleichwertig wahrgenommen wird, weshalb die Pflichtenhefte und die mit der Ausübung der beiden Berufe verbundenen Gefahren keinen Vergleich erlauben; in dieser Rechtssache wurde die Glaubhaftmachung der Diskriminierung nicht bejaht (BGer 2A.556/2002, E. 8.2).
90. Gemäss AUBRY GIRARDIN ist ein solches Kriterium fragwürdig, da die soziale Wahrnehmung eines Berufes nicht frei von geschlechtsspezifischen Klischeevorstellungen ist, welche selber wiederum den Gleichstellungsgrundsatz verletzen (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1067).

91. Das Bestimmen einer gleichen Arbeit kann kompliziert sein, beispielsweise in einer kleinen Struktur, wo jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter spezifische Aufgaben hat, die sich nicht überschneiden. In solchen Fällen ist es durchaus möglich, dass das Gericht nicht über die notwendigen wissenschaftlichen Kenntnisse verfügt, um eine mögliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu untersuchen. In einem solchen Fall muss es gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Gutachten in Auftrag geben, um die Vergleichswerte der zwar unterschiedlichen, aber innerhalb des gleichen Unternehmens ausgeführten Tätigkeiten zu eruieren (BGE 133 III 545, E. 4.2; SATTIVA SPRING, 2013, S. 41). Die Fachleute müssen dann entscheiden, ob diese Funktionen miteinander vergleichbar sind, und die Kriterien festlegen, anhand welcher ein Fall von Diskriminierung festgestellt werden soll (BGE 133 III 545, E. 4.2; 130 III 145, E. 3.1.2)
92. Aus zeitlicher Sicht ist im Übrigen nicht erforderlich, dass die arbeitnehmende Person, welche als Vergleich dient, gleichzeitig im Unternehmen tätig ist, da der Vergleich auch mit der Vorgängerin oder dem Vorgänger bzw. der Nachfolgerin oder dem Nachfolger erfolgen kann (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1067; SATTIVA SPRING, 2018, S. 23; im Falle eines Vorgängers: BGE 130 III 145, E. 4.2; für das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis: BGE 142 II 49, E. 6.2 und 7.2-7.3, RDAF 2017 I 259).

3.2.4 Für die gleiche Arbeitgeberin oder den gleichen Arbeitgeber tätige Personen

93. Ein Vergleich kann nur mit anderen Personen, die im gleichen Unternehmen arbeiten, vorgenommen werden; der Vergleich mit Personen, die in anderen Unternehmen oder von der öffentlichen Hand angestellt sind, welche nach voneinander unabhängigen Systemen funktionieren, ist ausgeschlossen (BGE 130 III 145, E. 3.1.2; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg 2011, Art. 3 N 25; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 13). Das GlG hat nicht die Aufgabe, auf nationaler Ebene die teilweise beträchtlichen Unterschiede zwischen Arbeitgebenden aus der ganzen Schweiz auszugleichen; das Gesetz soll einzig die interne Kohärenz des Systems (z.B. des Lohnsystems; SATTIVA SPRING, 2013, S. 41) sicherstellen.
94. Bei Personen, die für die öffentliche Hand tätig sind, erfolgt der Vergleich mit Arbeitskolleginnen und -kollegen, die für dasselbe Gemeinwesen arbeiten (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 13). Im öffentlichen Sektor werden

Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts in der Regel in Verbindung mit anders eingereihten Funktionen geltend gemacht, insbesondere bei Lohndiskriminierung (vgl. BGE 144 II 65; 143 II 366; 142 II 49; 136 II 393; 131 II 393), wobei die Einreihung der Funktionen an sich schon diskriminierend sein kann.

95. Im privaten Sektor können innerhalb desselben Unternehmens auch Unterkategorien berücksichtigt werden, namentlich pro Einheit oder Unternehmenssektor, wenn es für die verschiedenen Personalkategorien spezifische Verträge, Statuten oder Reglemente gibt und diese sachlich begründet sind. Wie im öffentlichen Sektor kann jedoch schon die Kategorisierung des Personals an sich diskriminierend sein, weshalb die Analyse dieser Kriterien der Beweislast erleichterung nach Art. 6 GlG untersteht (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 13).

3.3 Der Beweis des Gegenteils: die Rechtfertigungsgründe

3.3.1 Allgemeines

96. Wie die Glaubhaftmachung ist auch der sachliche Rechtfertigungsgrund ein unbestimmter Rechtsbegriff (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105), da das Gesetz keine Aufzählung der Rechtfertigungsgründe enthält (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 29). Die 2006 erfolgte Analyse der kantonalen Gerichtsentscheide zeigt auf, dass bezüglich der Anforderungen an den Beweis der Rechtfertigungsgründe noch wenig Klarheit herrscht. So neigen insbesondere die erstinstanzlichen Zivilgerichte dazu, jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung zu akzeptieren, während die Rechtsprechung der oberen Instanz mittlerweile oft zusätzlich verlangt, dass von Arbeitgeberseite auch nachzuweisen ist, dass die objektiven Gründe konkret tatsächlich wichtig sind und konsequent auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich zur Anwendung kommen (Bericht vom 15. Februar 2006, BBL 2006 3175 f.).
97. Grundsätzlich gilt, dass ein Gericht das Vorhandensein eines solchen Grundes bejaht, wenn die arbeitgebende Partei nachweisen kann, dass das verfolgte Ziel einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht und die gewählten diskriminierenden Massnahmen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen (Botschaft GlG, BBL 1993 I 1296; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A_261/2011, E. 3.2; 4A_449/2008, E. 3.1). Diese Anforderung gibt dem Ermessen viel Raum. Als Unterstützung für die Gerichte hat

die Rechtsprechung wie bei der Glaubhaftmachung Kriterien aufgestellt, aber die Würdigung bleibt trotzdem schwierig (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105).

98. Objektive Gründe sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts solche, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, Risiken, das Pflichtenheft (BGE 142 II 49, E. 6.3; 136 II 393, E. 11.3; 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3c; 125 III 368, E. 5; BGer 4A_261/2011, E. 3.2).
99. Gewisse Kriterien können auch spezifisch für einen bestimmten Beruf sein (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1068); für Lehrerinnen und Lehrer wird die notwendige Ausbildung, die Art der Schule, die Zahl der Unterrichtsstunden oder die Klassengrösse berücksichtigt (BGer 2A.192/2002, E. 5.2).
100. Unterschiede lassen sich auch mit Gründen rechtfertigen, welche nicht in direktem Zusammenhang mit der Tätigkeit der arbeitnehmenden Person stehen, sondern sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter (BGE 136 II 393, E. 11.3; 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3c; 125 III 368, E. 5; BGer 4A_261/2011, E. 3.2).

3.3.2 Einige sachliche Rechtfertigungsgründe und ihre Beurteilung

101. Es gibt zwar keine abschliessende Aufzählung der Rechtfertigungsgründe, die Rechtsprechung hat aber zahlreiche Gründe aufgezeigt, die als Anleitung den Gerichten die Beurteilung des von der Arbeitgeberin oder vom Arbeitgeber zu erbringenden Beweises des Gegenteils erleichtern sollen (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105; WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 29). Folgend sollen einige dieser Rechtfertigungsgründe vorgestellt werden, ohne abschliessend sein zu wollen; Ziel ist, gewisse Schwierigkeiten aufzuzeigen, mit welchen die Gerichte bei der Beurteilung dieser Gründe – und im Übrigen auch die Parteien, wenn sie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser Gründe beweisen sollen – konfrontiert sind.

3.3.2.1 Berufserfahrung und Ausbildung

102. Die Berufserfahrung, wie auch die Ausbildung, ist ein sachlicher Grund, welcher eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann (BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3b; 125 III 368, E. 5). Im Rahmen der Beurteilung muss das Gericht Vergleiche zwischen unterschiedlichen Ausbildungen und Berufserfahrungen vornehmen, was nicht einfach ist (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 106).
103. Es obliegt der arbeitgebenden Partei nachzuweisen, welche Rolle die Berufserfahrung für die in Frage stehende Tätigkeit spielt, indem sie den Wert, den sie dieser zuschreibt, und die Gründe für die Minderwertigkeit der unternehmensinternen Erfahrung gegenüber der unternehmensexternen Erfahrung aufzeigt (BGE 127 III 207, E. 5a). Eine bessere Ausbildung kann eine höhere Entlohnung rechtfertigen, sofern diese Ausbildung für die Arbeit, die verrichtet werden muss, von Nutzen ist, was ebenfalls die arbeitgebende Partei beweisen muss (BGE 142 II 49, E. 8.2)
104. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nimmt das Gewicht dieses Grundes im Laufe der im Unternehmen verbrachten Jahre ab. Je höher das Dienstalter der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers ist, umso genauer muss deshalb dieser von der arbeitgebenden Partei vorgebrachte Grund geprüft werden (BGE 127 III 207, E. 5a: konkret über zehn Jahre im Zeitpunkt der Klage der Arbeitnehmerin wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts). In einem anderen Fall, wo der Vergleich sieben Jahre nach Arbeitsantritt der klagenden Partei stattfand, wurde das diesem Faktor zuzuschreibende Gewicht auch relativiert (BGer 4A_449/2008, E. 3.2.1). Dasselbe gilt für die Ausbildung, umso mehr noch, wenn die erworbenen Diplome nicht mit einer entsprechenden Praxiserfahrung ergänzt wurden (SATTIVA SPRING, 2013, S. 44).
105. Trotz dieser Grundsätze zeigt ein Entscheid von 2012 (BGer 4A_614/2011) die Komplexität für das Gericht auf, wenn es darum geht, unterschiedliche Berufserfahrungen zu vergleichen und zu beurteilen (GIRARDIN, Problèmes, S. 106). Es ging um zwei juristische Angestellte, von welchen der Mann noch zusätzlich zwei Semester Wirtschaft studiert hatte, während die Frau eine Wirtschaftsmatura hatte. Die Frau hatte während ihres Studiums drei Jahre lang zu 50 % als Sachbearbeiterin im Inkasso- und Mahnwesen und bei einer Immobilienverwaltung gearbeitet; der Mann hatte während zehn Monaten an einem Projekt für eine grosse

Bank mitgearbeitet, war während 2,5 Monaten bei einer Versicherung tätig gewesen und hatte die Rekrutenschule absolviert. Beide waren nach dem Studienabschluss als Juristen in Unternehmen tätig, die Frau während 24 Monaten als Praktikantin, der Mann während 12 Monaten als Praktikant und anschliessend während ungefähr 21 Monaten als Angestellter. Die Frau hatte, im Gegensatz zum Mann, kurz vor dem Stellenantritt die Anwaltsprüfung bestanden, wobei dies keine Bedingung für die Stelle war. Das Bundesgericht befand schliesslich, dass der Mann eine grössere Berufserfahrung hatte, was eine Ungleichbehandlung rechtfertigte (BGer 4A_614/2011, E. 3).

3.3.2.2 Dienstalter

106. Das Dienstalter ist ebenfalls ein sachlicher Grund, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann (BGE 142 II 49, E. 6.3; 136 II 393, E. 11.3; 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3b; 125 III 368, E. 5). Wie die berufliche Erfahrung verliert auch das Dienstalter mit der Zeit an Gewicht. So stellt nach sechs Jahren beruflicher Tätigkeit für dieselbe Arbeitgeberin oder denselben Arbeitgeber ein Dienstaltersunterschied von eineinhalb Jahren keinen Rechtfertigungsgrund mehr dar, wenn im Vergleich die beiden Personen gleich alt sind und die gleiche Ausbildung haben, dieselbe Tätigkeit ausüben, mit gleichem Pflichtenheft und identischer Verantwortung, ohne dass sich das Volumen oder die Qualität ihrer Arbeit unterscheidet. Dass während drei Jahren eine der beiden nur zu 70 % gearbeitet hat, ist in diesem Zusammenhang ebenfalls vernachlässigbar (BGer 4A_449/2008, E. 3.2.1).
107. Die Beurteilung des Dienstalters hat deshalb im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu erfolgen (vgl. unten, N 112 ff.), wobei nicht nur der Stellenantritt der betreffenden Personen, sondern auch die jeweilige Dauer des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden müssen; je länger dieses dauert, desto weniger rechtfertigt sich eine unterschiedliche Behandlung (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 30 Bst. b).

3.3.2.3 Individueller Verhandlungsspielraum

108. Die Vertragsfreiheit und das Verhandlungsgeschick der Personen, die sich um eine Stelle bewerben, lassen bis zu einem gewissen Grad vertragliche Unterschiede zu (BGE 129 III 276, E. 3.1, JdT 2003 I 346, wo es namentlich um die Gleichbehandlung bei der Zuspreehung einer Gratifikation unabhängig von einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ging). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird jedoch durch das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eingeschränkt. Das Bundesgericht hielt fest, dass Verhandlungsgeschick und die konjunkturelle Lage zu Ungleichbehandlungen im Lohnbereich führen können (BGer 4A_261/2011, E. 3.2), welche von der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber zu beseitigen sind, sobald dies möglich und zumutbar ist, gegebenenfalls innerhalb eines Jahres (BGE 130 III 145, E. 5.2; 125 III 368, E. 5c/ee).
109. Ein gewisser Verhandlungsspielraum muss in jedem Fall zugestanden werden, will man nicht die Vertragsfreiheit völlig aushöhlen (so WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 31 Bst. d).

3.3.2.4 Soziale Rücksichten

110. Wie weiter oben schon erwähnt (vgl. oben, N 99), können soziale Rücksichten einen Rechtfertigungsgrund darstellen. Das GlG verbietet indessen die indirekte Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts unter Berufung auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft, ausser wenn es sich um angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann handelt (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 3 GlG). Das Bundesgericht präzisierte im Übrigen, dass die Rechtfertigungsgründe, die sich auf Umstände ausserhalb der Person oder ihrer Tätigkeit beziehen, zurückhaltend gehandhabt werden müssen (BGer 2A.192/2002, E. 5.2). Soziale Rücksichten beziehen sich nicht direkt auf die berufliche Tätigkeit, sondern hängen per Definition vom Gesellschaftsverständnis des Unternehmens und damit von höchst subjektiven Kriterien ab, welche auf einem stereotypen Rollenverständnis der Geschlechter beruhen könnten (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1069). So galt lange Zeit die – nun überwundene – Auffassung, dass eine arbeitstätige Frau einen geringeren Lohn erhalten kann als ein Mann, der eine Familie unterhalten muss (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 106).

111. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen müssen die Gerichte sehr aufmerksam sein, wenn sie auf sozialen Rücksichten beruhende Rechtfertigungsgründe zu beurteilen haben, um nicht eine Diskriminierung mit Diskriminierung zu rechtfertigen (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 106), was die Rechtsprechung des Bundesgerichts explizit untersagt (BGE 136 II 393, E. 11.3; 127 III 2017, E. 4b).

3.3.3 Die Verhältnismässigkeit

112. Liegt ein geschlechtsunabhängiger Grund vor, mit welchem die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt werden kann, ist die Arbeit des Gerichts und der Parteien aber noch nicht beendet. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt zudem noch, dass die Verhältnismässigkeit beachtet wird, was bedeutet, dass der sachliche Grund nicht nur die Ungleichbehandlung, sondern auch deren Ausmass rechtfertigen muss (BGE 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A_261/2011, E. 3.2; 4A_115/2011, E. 5.1; 4A_449/2008, E. 3.2.1).
113. So hat die Beurteilung des Dienstalters, wie oben schon erwähnt, unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu erfolgen (vgl. oben, N 106), indem es nicht nur auf den Zeitpunkt des Stellenantritts der betroffenen Personen, sondern auch auf die jeweilige Dauer ihres Arbeitsverhältnisses ankommt; je länger dieses dauert, desto weniger rechtfertigt sich eine unterschiedliche Behandlung.
114. Zudem können sachliche Rechtfertigungsgründe nur insoweit einen Lohnunterschied zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern legitimieren, als sie die Arbeitsleistung und deren Wert für die arbeitgebende Partei tatsächlich beeinflussen (BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3c; 125 III 368, E. 5; vgl. unten, N 149 ff.).
115. Das Gericht darf sich deshalb nicht damit begnügen zu prüfen, ob es der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber gelungen ist, den Beweis eines Rechtfertigungsgrundes zu erbringen. Wenn dies der Fall ist, muss es zusätzlich noch abklären, ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung nicht unverhältnismässig ist, und gegebenenfalls selber eine Entlohnung festsetzen, die nicht diskriminierend ist (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 107; BGer 4A_261/2011, E. 3.4).

3.4 Zwischenergebnis

116. Die Analyse der praktischen Anwendung von Art. 6 GlG zeigt die Notwendigkeit für das Gericht auf, innerhalb desselben Verfahrens in zwei Etappen vorzugehen. Jede dieser Etappen erfordert ein spezifisches Beweismass; zuerst die Glaubhaftmachung, dann den strikten Beweis. Beide Etappen sind auch hinsichtlich des Festlegens der Beweislast unterschiedlichen Regeln unterworfen; zuerst die allgemeine und subsidiäre Regel von Art. 8 ZGB, dann eventuell eine Beweislastumkehr gemäss Art. 6 GlG.
117. Das Gericht hat im Übrigen in beiden Etappen ähnliche, wenn nicht identische Tatsachen zu prüfen; ob es um die Erhebung der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder um Gründe, welche eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen können, geht, die untersuchten Elemente gehören zum gleichen Tatsachenkomplex.
118. Zwar erscheint eine zweistufige Beweisprüfung durch das Gericht grundlegend für die Anwendung von Art. 6 GlG, aber in den Gleichstellungsverfahren gibt es nicht zwei klar unterschiedene prozessuale Phasen mit unterschiedlichen Regeln, sondern ein einziges Verfahren, welches alle oben vorgestellten Grundsätze in sich vereint.
119. In Weiterführung des oben Gesagten (vgl. oben, N 67 ff.) kann bezweifelt werden, dass ein solches System eine gute Koordination der verschiedenen anwendbaren Regeln und schlussendlich die praktische Anwendbarkeit der « *Beweislasterleichterung* », wie sie in Art. 6 GlG vorgesehen ist, sicherstellen kann.

4. Die Anwendung von Art. 6 GlG durch das Bundesgericht: die Fälle von Lohndiskriminierung

120. Die Fälle von Lohndiskriminierung gehören in der Praxis zu den häufigsten Fällen (Bericht vom 15. Februar 2006, BBL 2006 3170; LEMPEN/VOLODER, Ziff. 4.20). Welches sind, nebst den schon dargelegten allgemeinen Grundsätzen (vgl. oben, Kap. 3), die Besonderheiten bei der Anwendung von Art. 6 GlG in Lohndiskrimi-

nierungsfällen? Als Erstes werden die Kriterien, auf welche sich das Bundesgericht für die Beurteilung der Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung stützt (4.1), anschliessend die für Lohndiskriminierungen spezifischen Rechtfertigungsgründe (4.2) und schliesslich die besondere Prüfung der Verhältnismässigkeit im Falle einer Lohndiskriminierung (4.3) untersucht.

4.1 Die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung

4.1.1 Die Lohndifferenz

121. In Anbetracht der Elemente, welche glaubhaft gemacht werden müssen (vgl. oben, Kap. 3.2) wird das Gericht zum Schluss kommen, dass eine direkte Lohndiskriminierung glaubhaft gemacht ist, wenn die klagende Partei aufzeigt, dass eine Person des anderen Geschlechts, welche im gleichen Unternehmen eine ähnliche Stellung hat und sich in einer vergleichbaren Situation befindet, mehr verdient (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 103). Zu untersuchen ist, was « mehr verdient » genau bedeutet.
122. Was die Lohndifferenz betrifft, wurde die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung vom Bundesgericht bejaht:
 - im Falle einer Arbeitnehmerin, deren Arbeitskollege mit gleicher Funktion im Unternehmen exakt 50 % mehr verdiente als sie (BGer 4A_261/2011, E. 3.3);
 - deutlich bejaht, für einen Anfangslohn der Klägerin, der 27 % unter demjenigen ihres Vorgängers lag, und dies umso mehr, als diese Differenz nicht mit der Zeit abgebaut wurde und ihr Nachfolger (zehn Jahre jünger als die Klägerin) schon bei Stellenantritt den gleichen Lohn erhielt, den sie am Schluss erreicht hatte (BGE 130 III 145, E. 4.3.1);
 - für einen Lohnunterschied von mehr als 11 % in einem Fall, in dem die Klägerin ihre Funktion während drei Jahren länger ausgeübt hatte als ihr männlicher Kollege, der als Vergleichsperson beigezogen wurde (BGer 2A.91/2007, E. 5, zitiert in BGE 144 II 65, E. 4.2.3);
 - im Falle einer Arbeitnehmerin, deren Anfangslohn – nach Teuerungsanpassung – 11,5 % unter dem Anfangslohn ihres Vorgängers und 43 % unter dessen Schlusslohn lag. Obwohl man gemäss Bundesgericht bei Stellenan-

tritt nicht den gleichen Lohn wie die Vorgängerin oder der Vorgänger verlangen kann, machte das Ausmass des Lohnunterschieds eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft (BGE 142 II 49, E. 7, RDAF 2017 259, S. 261);

- in der gleichen Rechtssache, weil der Schlusslohn der Klägerin praktisch dem Anfangslohn ihres Nachfolgers entsprach. Selbst unter Berücksichtigung der Teuerung machte eine Lohndifferenz von über 15 % (zugunsten des Nachfolgers) zwischen dem Anfangslohn der Klägerin und dem Anfangslohn ihres Nachfolgers die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ebenfalls glaubhaft (BGE 142 II 49, E. 7, RDAF 2017 259, S. 261).

123. Generell wiederholte das Bundesgericht mehrmals, dass eine geschlechtsbedingte Diskriminierung glaubhaft erscheint, wenn der Lohn einer Arbeitnehmerin im Vergleich zu einem Kollegen, der die gleiche Arbeit ausübt, 15 bis 25 % tiefer ist (BGE 144 II 65, E. 4.2.3; 130 III 145, E. 4.2; 125 III 368, E. 4; BGer 4A_115/2011, E. 5.1).
124. In einem Fall im Kanton Neuenburg hatte die kantonale Instanz eine Lohndifferenz von monatlich CHF 460.00 zwischen der Filialleiterin in Peseux und ihrem Kollegen in La Chaux-de-Fonds festgestellt, was einer Lohndifferenz von weniger als 10 % zugunsten des letzteren entsprach. Die Diskriminierung wurde deshalb nicht als glaubhaft gemacht anerkannt. Das kantonale Urteil wurde ans Bundesgericht weitergezogen. Dieses betonte, dass, wenn nicht erwiesen ist, dass alle betroffenen Arbeitnehmenden die gleiche Funktion ausüben, ein blosser Lohnvergleich nicht ausreicht, um die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung zu beurteilen. Falls sich gemäss Bundesgericht herausstellen sollte, dass der Wert der von der Klägerin zu erledigenden Arbeit höher ist als der von ihrem Kollegen erwarteten Arbeit, wäre eine Lohndifferenz zu seinen Gunsten, auch wenn es sich dabei um weniger als 10 % handelt, ein sachliches Indiz für eine Diskriminierung. Es ist deshalb unbedingt erforderlich, dass die Tätigkeit und Verantwortung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Situationen verglichen werden, festgehalten und auf allfällige Unterschiede untersucht werden (BGer 4A_115/2011, E. 6).
125. Selbst eine unter 10 % liegende Lohndifferenz kann ausreichen, um eine Lohn-diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft zu machen, wenn sich her-

ausstellt, dass die von der eine Diskriminierung geltend machende Person erbrachte Arbeit einen höheren Wert hat als die Arbeit der zum Vergleich beigezogenen Person (LEMPEN, S. 146).

126. Ohne sich zur Frage der Glaubhaftmachung zu äussern, welche vom kantonalen Gericht anerkannt und von der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr in Frage gestellt wurde, hielten die Bundesrichter fest, dass es sich bei einem Lohnunterschied von durchschnittlich 6 % um eine eher geringfügige Lohndifferenz handelt (BGer 4A_585/2015, E. 4).
127. Aus der oben dargelegten Rechtsprechung ergibt sich, dass die Beurteilung der Glaubhaftmachung hauptsächlich von den besonderen Umständen des Einzelfalles abzuhängen scheint. Es ist deshalb schwierig, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine absolute untere Grenze herauslesen zu wollen, welche für die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung erreicht werden muss (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 104; a.M.: STAUBER-MOSER, S. 1372, welche sich auf eine Lohndifferenz von ungefähr 10 %, und WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 14, der sich auf eine Lohndifferenz von durchschnittlich 16 % bezieht).
128. Kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass ab einer Lohndifferenz von ungefähr 15 % diese allein für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung ausreicht (in diesem Sinne BGer 4A_115/2011, E. 5.1; BGE 130 III 145, E. 4.2; 125 III 368, E. 4), dann darf eine geringere Differenz aber nicht dazu führen, dass das Gericht den Beweis der Glaubhaftmachung von vornherein abweist. Bei einer kleinen Lohndifferenz muss das Gericht nämlich im Stadium der Glaubhaftmachung noch die von der klagenden Partei vorgebrachten Umstände wie beispielsweise den höheren Wert ihrer Arbeit gegenüber der Arbeit der Vergleichsperson des anderen Geschlechts berücksichtigen (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 104; in diesem Sinne der schon genannte Entscheid BGer 4A_115/2011, E. 6).
129. Schliesslich kann der Vergleich mit der Entlohnung einer einzigen Vergleichsperson des anderen Geschlechts, welche die gleiche Tätigkeit ausübt, für die Glaubhaftmachung der Diskriminierung ausreichend sein (BGer 4A_261/2011, E. 4.2; 4A_115/2011, E. 5.1; 4A_449/2008, E. 3), unabhängig davon, ob es sich um die Vorgängerin oder den Vorgänger oder um die nachfolgende Person handelt (vgl. oben, N 91). Diese verschiedenen Kriterien können im Übrigen gesamthaft gewürdigt werden, durch eine Kumulation des Vergleichs des Anfangslohns der klagenden Partei mit dem Anfangslohn ihrer Vorgängerin oder ihres Vorgängers und

des Vergleichs zwischen dem Schlusslohn der klagenden Partei und dem Anfangslohn ihrer Nachfolgerin oder ihres Nachfolgers (BGE 142 II 49, E. 8 und 9; 130 III 145, E. 4.3.1).

130. Im öffentlichen Sektor erfolgt der Vergleich in der Regel bei der allgemeinen Einstufung der verschiedenen Funktionen innerhalb einer Gehaltstabelle, weshalb in diesen Fällen besondere Kriterien anwendbar sind (vgl. unten, Kap. 4.1.2).

4.1.2 Der Sonderfall der Lohndiskriminierung im öffentlichen Sektor

131. Wie oben erwähnt, kann im privaten Sektor der Vergleich mit einer einzigen Person für die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung ausreichen (vgl. oben, N 128). Dies kann auch im öffentlichen Sektor der Fall sein, wenn zum Beispiel die klagende Partei eine Lohndifferenz mit ihrer Vorgängerin oder ihrem Vorgänger und der ihr nachfolgenden Person geltend macht (BGE 142 II 49, RDAF 2017 259, wo die Klägerin nicht in eine höhere Lohnklasse befördert worden war und gewisse Prämien nicht erhalten hatte).
132. Im öffentlichen Sektor wird der Lohn jedoch gemäss den Lohnklassen festgelegt, die publiziert werden und innerhalb einer Klasse keinen Unterschied aufgrund des Geschlechts machen. Diskriminierungen werden deshalb in der Regel im Zusammenhang mit unterschiedlich klassierten Funktionen geltend gemacht (BGE 144 II 65; 143 II 366; BGer 2A.556/2002). Es liegt mit anderen Worten eine kollektive Diskriminierungskonstellation vor, bei welcher ein Beruf oder eine Funktion als Gesamtes mit Vergleichsfunktionen verglichen wird (BGE 144 II 65, E. 6). Für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung ist deshalb aufzuzeigen, dass der fragliche – typisch weibliche – Beruf im Vergleich zu typisch männlichen oder neutral identifizierten Berufen lohnklassenmässig weniger gut eingestuft ist (BGE 136 II 393, E. 11.3.1; BGer 8C_1006/2012, E. 5.2). Es handelt sich folglich dabei um eine indirekte Diskriminierung (zu diesem Begriff, vgl. oben, N 81).
133. Nun ist es aber für ein Gericht selbst unter dem Blickwinkel der Glaubhaftmachung nicht einfach, die Geschlechtsspezifik eines Berufes im öffentlichen Dienst zu bestimmen (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 104). Es sei hier daran erinnert, dass gemäss Rechtsprechung ein Beruf in der Regel als typisch weiblich gilt, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70 % liegt, wobei die geschichtliche Dimension und die Veränderung des Berufes auch eine Rolle spielen können (vgl.

oben, N 81). Dies bedeutet zwingend, dass schon bei der Prüfung der Glaubhaftmachung auf Statistiken und andere Studien zur Beschäftigungsstruktur zurückgegriffen werden muss.

134. So kam das Bundesgericht in einem Fall über die Regelung der Entlohnung von Lehrbeauftragten an der Universität Basel zum Schluss, dass die Diskriminierung nicht glaubhaft gemacht worden war, weil Männer wie Frauen gleichsam von dieser Regelung betroffen waren (BGer 8C_1006/2012, E. 5.2). Dies zeigt, dass das Gericht bei einer indirekten Diskriminierung schon bei der Prüfung der Glaubhaftmachung statistische Daten beiziehen muss (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 105).
135. Ausserdem sollte das Gericht noch einen Vergleich mit einem als typisch männlich oder neutral identifizierten Beruf vornehmen und dabei darauf achten, dass es den Ermessensspielraum, der gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts den politischen Behörden bei der Bewertung der Funktionen belassen werden sollte, nicht einschränkt (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 104). Das Gericht hat somit nicht zu beurteilen, ob eine Besoldungseinstufung richtig oder überzeugend ist, sondern einzig, ob sie geschlechtsdiskriminierende Auswirkungen zeitigt (BGE 142 II 49, E. 4.7; BGer 8C_696/2016, E. 3.3; BGer 8C_78/2009, E. 4.2.2 nicht publiziert in BGE 136 II 393; BGer 8C_31/2009, E. 3.2.1 und 3.2.2; BGE 125 II 385, E. 5d).
136. Das Bundesgericht hielt im Übrigen fest, dass die Tatsache, dass eine Arbeitnehmerin mit einem typisch weiblichen Beruf weniger verdient als in einem anderen – geschlechtsneutralen oder typisch männlichen – Beruf, macht eine Diskriminierung noch nicht glaubhaft (BGE 143 II 366, E. 3.2; 141 II 411, E. 10; 125 III 385, E. 5e; 2A.730/2006, E. 4.2). Eine Arbeitnehmerin mit einem typisch weiblichen Beruf muss deshalb noch die effektiven Voraussetzungen der Diskriminierung glaubhaft machen, d.h. die Gehaltstabelle muss ohne sachlichen Grund auf geschlechtsspezifischen Kriterien beruhen (AUBRY GIRARDIN, Questions, S. 1067).
137. So erlaubte in einem kürzlich ergangenen Urteil zur Lohneinstufung der Primarlehrerinnen und Primarlehrer im Kanton Aargau (BGE 143 II 366) der Vergleich der Entlohnung der Lehrpersonen einerseits und des Verwaltungspersonals andererseits die Feststellung, dass die Löhne der Lehrpersonen im Durchschnitt 9.88 % tiefer waren. Bei den Primarlehrerinnen und Primarlehrern, einem als typisch weiblich klassierten Beruf (BGE 141 II 411, E. 9), stieg der Unterschied sogar auf

15.81 % an. Das Bundesgericht entschied jedoch, dass die Klägerinnen die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht glaubhaft gemacht hatten, weil der Lohn des Lehrpersonals in der Berufsbildung (als geschlechtsneutral betrachtete Funktion) 15.03 % tiefer lag als der Rest der Verwaltung; der prozentuale Unterschied zwischen den beiden Berufen wurde als unwesentlich beurteilt (BGE 143 II 366, E. 2.5 und 3.12; für einen kritischen Kommentar dieses Urteils, vgl. SATIVA SPRING, 2018, S. 24, welche darauf hinweist, dass diese Denkweise die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung eines typisch weiblichen Berufes mit der Ungleichbehandlung eines geschlechtsneutralen Berufes zur Folge haben könnte).

138. In Anbetracht dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss festgestellt werden, dass im öffentlichen Sektor die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung beträchtliche Schwierigkeiten mit sich bringt, zumindest bei einer kollektiven Diskriminierung. Generell sind Fälle von indirekter Diskriminierung schwieriger nachzuweisen. In zwei Entscheiden hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich allerdings die Glaubhaftmachung einer indirekten Diskriminierung anerkannt (vgl. LEMPEN, S. 146 ff.).
139. Das erste Urteil erfolgte aufgrund eines Rekurses der Zürcher Sektion des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste gegen eine Regelung der Stadt Zürich, welche eine Reduktion des Ferienanspruchs der Hortleiterinnen und Hortleiter (typisch weiblicher Beruf) vorsah. Die Stadt Zürich hatte zuvor die Entlohnung der Hortleiterinnen und Hortleiter um 10 % erhöhen müssen, um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei diesem Beruf zu beheben. Gemäss Gewerkschaft aber entsprach die vorgesehene Reduktion des Ferienanspruchs einer Lohnkürzung zwischen 2,1 % und 6,8 % und führte deshalb die eigentlich behobene Diskriminierung wieder ein. Gemäss Gericht ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass eine Lohnsenkung in Form von Ferienreduktionen erfolgt, ohne dass wiederum eine geschlechtsspezifische Diskriminierung resultiert. Damit wurde die Glaubhaftmachung der Diskriminierung bejaht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2014.00164, vom 19. November 2014, E. 5; LEMPEN, S. 146 f.). Aufgrund der von der Stadt Zürich geführten Beschwerde hob jedoch das Bundesgericht das Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts auf und bestätigte den Entscheid der Stadt Zürich. Es entschied, dass die Diskriminierung nicht glaubhaft gemacht worden war, da bei der Berufsgruppe der Hortleitenden keine betrieblichen Besonderheiten auszumachen sind, welche

nicht bereits bei der Funktionsbewertung berücksichtigt worden sind oder die einen höheren Ferienanspruch zu rechtfertigen vermöchten (BGer 8C_119/2015, E. 4.4).

140. Beim zweiten Entscheid ging es um eine Regelung, wonach die Spitaleinsätze der Operationsfachleute (typisch weiblicher Beruf) im Rahmen von Pikettdienst nicht als Arbeitszeit betrachtet werden und deshalb nur Anspruch auf eine Entschädigung geben. Bei den Assistenzärztinnen und –ärzten hingegen (geschlechtsneutraler Beruf) wurden Präsenzzeiten als Arbeitszeit gerechnet und deshalb voll entlohnt. Das Verwaltungsgericht entschied, dass eine geschlechtsdiskriminierende Ungleichbehandlung glaubhaft gemacht worden war, da kein Grund für die unterschiedliche Regelung des Präsenzdienstes im Rahmen eines Pikettdienstes bei Assistenzärztinnen und –ärzten und Operationsfachpersonen zu erkennen war (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, PB.2010.00064, vom 5. Oktober 2011, E. 5.4 und 11.1; LEMPEN, S. 147 f.).

4.2 Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung

4.2.1 Individueller Verhandlungsspielraum

141. Wie schon besprochen stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der individuelle Verhandlungsspielraum einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für einen gewissen Lohnunterschied dar, aber nur vorübergehend, da ein solcher von der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber innerhalb eines Jahres zu beseitigen ist (vgl. oben, Kap. 3.3.2.3).
142. Zudem muss zwar der Grundsatz der Vertragsfreiheit beachtet werden (WYLER, Commentaire LEg 2011, Art. 6 N 31 Bst. d), die Vertragsfreiheit kann aber u.E. nicht Lohndifferenzen rechtfertigen, die für sich alleine schon eine Diskriminierung glaubhaft machen (zu den Lohndifferenzen vgl. oben, Kap. 4.1.1).

4.2.2 Konjunkturelle Lage

143. Die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt vermögen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls zeitweise eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen. So kann die konjunkturelle Lage Ungleichbehandlungen beschränkt und

vorübergehend rechtfertigen (BGE 130 III 145, E. 5.2; 125 III 368, E. 5c; BGer 4A_261/2011, E. 3.3.6).

144. Es ist beispielsweise zulässig, dass ein Unternehmen wegen spezifischer Bedürfnisse eine spezialisierte und besonders wertvolle Arbeitskraft aufgrund der momentanen Marktlage zu einem höheren Lohn als denjenigen der schon im Unternehmen tätigen Person des anderen Geschlechts einstellt (BGE 125 III 368, E. 5c/aa; BGer 4A_261/2011, E. 3.3.6). Wenn diese Personen jedoch nicht nur gleichwertige, sondern auch gleichartige oder sogar gleiche Arbeit verrichten, ist ein durch die Marktlage zu rechtfertigendes unternehmerisches Bedürfnis nach einer unterschiedlichen Entlohnung kaum und jedenfalls nicht für längere Zeit denkbar (BGE 125 III 368, E. 5c/aa).
145. Soweit das Vorhandensein und das Gewicht der massgebenden Faktoren nicht notorisch sind, müssen sie von der arbeitgebenden Partei durch Wirtschaftsdaten und Statistiken belegt werden. In Betracht fallen nur Faktoren, die wirklich vorhanden waren und den konkreten Lohnentscheid tatsächlich beeinflusst haben. Zu bezeichnen und zu belegen ist im Übrigen auch das konkrete unternehmerische Bedürfnis nach einer marktbedingten vorübergehenden Abweichung von der Lohngleichheit. Nur unter diesen Voraussetzungen ist es möglich, im Blick auf das Lohngleichheitsgebot zu prüfen, ob und wieweit die konjunkturelle Lage einen Lohnunterschied zwischen einer männlichen und einer weiblichen Arbeitskraft zu rechtfertigen vermag (BGE 125 III 368, E. 5c/aa).
146. Im öffentlichen Sektor ist zudem davon auszugehen, dass rein budgetäre Schwierigkeiten eine Abweichung vom verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn nicht zu rechtfertigen vermöchten. Liegt ein Verstoss gegen das Lohngleichheitsgebot vor, hat der Richter selbst dann einzugreifen, wenn mit der Gutheissung des Anspruchs schwerwiegende Auswirkungen auf das ganze Lohnsystem und die kantonalen Finanzen verbunden sind (BGE 125 I 71, E. 4d/bb, JdT 2002 I 278; 124 II 436 E. 10g/h).

4.2.3 Besondere Vorteile

147. Eine Lohndifferenz kann auch mit besonderen Vorteilen begründet werden, welche die Partei, die sich auf Lohndiskriminierung beruft, erhalten hat. Eine Ferien-

dauer von fünf Wochen, also eine Woche über dem gesetzlichen Minimum gemäss Art. 329a Abs. 1 OR, kann jedoch einen um im Vergleich zum Vorgänger 27 % tieferen Anfangslohn, die Nichtzahlung von Gratifikationen sowie das völlige Fehlen jeglicher Beförderung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht kompensieren (BGE 130 III 145, E. 5.5.1). Im gleichen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist auf sechs Monate keinen Einfluss auf den Wert der Arbeitsleistung hat und deshalb eine Lohndifferenz nicht rechtfertigt (BGE 130 III 145, E. 5.5.2).

4.2.4 Nicht erfüllte Voraussetzungen für eine Beförderung

148. In einem kürzlich ergangenen Entscheid im Fall einer Leiterin des Personalamtes des Kantons Basel-Landschaft wies das Bundesgericht, nachdem es die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bejaht hatte, deren Beschwerde mit der Begründung ab, der Kanton habe den Beweis für die Nichtdiskriminierung erbracht. Bei den sachlichen Rechtfertigungsgründen berücksichtigte das Bundesgericht die Tatsache, dass die Beförderung der Beschwerdeführerin in eine höhere Lohnklasse – von ihrem Vorgänger angestrebt und erreicht – aufgrund eines Kommunikationsproblems zwischen dem Personalamt, dessen Leiterin sie war, und der Direktion nicht erfolgte. Obwohl aus dem Entscheid nicht hervorgeht, inwieweit diese Probleme der Arbeitnehmerin zuzuschreiben waren, schloss das Bundesgericht, dass die Beförderung der Beschwerdeführerin aufgrund fehlender Voraussetzungen und damit aus sachlichen Gründen unterblieben war (BGE 142 II 49, E. 8.6).

4.3 Die Verhältnismässigkeit einer Lohndiskriminierung

149. Was die Verhältnismässigkeit betrifft, können objektive Gründe einen Lohnunterschied zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nur insoweit rechtfertigen, als sie die Arbeitsleistung und den Wert der Arbeit für die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber tatsächlich beeinflussen (BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3c; 125 III 368, E. 5).
150. So kann eine Lohndifferenz zwischen einem Mann und einer Frau, welche die gleiche Arbeit ausführen, objektiv durch unterschiedliche Sprachkenntnisse gerechtfertigt sein. Der dadurch bedingte Lohnunterschied muss aber verhältnismässig sein (AUBRY GIRARDIN, Problèmes, S. 107). Das Bundesgericht entschied

diesbezüglich, dass eine Lohndifferenz zulässig ist, die auf höheren sprachlichen Kompetenzen und vertieftem technischen Wissen beruht, welche beide sachliche Rechtfertigungsgründe darstellen. Ein auf diesen beiden Gründen basierender Lohnunterschied von 50 % ist jedoch unverhältnismässig (BGer 4A_261/2011, E. 3.4).

151. Umgekehrt bewertete das Bundesgericht, nachdem es das Dienstalter, die berufliche Erfahrung und die Zweisprachigkeit eines männlichen Arbeitskollegen als sachliche Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung anerkannt hatte, eine Lohndifferenz von 8,5 % zu einer Arbeitnehmerin mit gleicher Ausbildung und gleicher Tätigkeit als angemessen (BGer 4A_261/2011, E. 3.4, welches das Urteil 4A_449/2008, E. 3.2.1 und 3.2.2 zitiert).

4.4 Zwischenergebnis

152. Was die Lohndiskriminierung angeht, scheint die Beurteilung der Glaubhaftmachung vor allem von den besonderen Umständen des Einzelfalls abzuhängen. Namentlich beim Lohnunterschied ist es deshalb schwierig, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine absolute untere Grenze herauszulesen, die für die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung erreicht sein muss.
153. Dazu kommen die Schwierigkeiten für die klagende Partei, wenn es darum geht, eine Stelle oder Funktion ausfindig zu machen, mit welcher ihre Situation verglichen werden kann, namentlich im öffentlichen Sektor im Zusammenhang mit den Gehaltstabellen. Daraus ergeben sich in der Praxis besonders hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung.
154. Generell stellen wir fest, dass das von Art. 6 LEg eingeführte System – innerhalb desselben Verfahrens eine Beweisprüfung in zwei Schritten – die praktische Anwendung der « *Beweislasterleichterung* » (vgl. oben, N 115) nicht sicherzustellen scheint. Im Bereich der Lohndiskriminierung schränken in der Folge der fehlende Grenzwert für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung sowie die besonders strengen Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Glaubhaftmachung die Tragweite von Art. 6 GlG ein.

5. Kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts

155. Gemäss allgemeiner Definition liegt blosser Glaubhaftmachung vor, wenn das Vorhandensein einer Tatsache wahrscheinlicher erscheint als deren Nichtvorhandensein (vgl. oben, N 23). In den Gleichstellungsverfahren nach Art. 6 GlG jedoch scheint diese Definition nicht anwendbar zu sein, da die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung gemäss Rechtsprechung und Lehre bejaht werden muss, wenn sie eher unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich erscheint (vgl. oben, N 59 f.). Die Gerichte müssten demnach bei der Beurteilung der Glaubhaftmachung in Gleichstellungsverfahren geringere Anforderungen stellen als in anderen Verfahren, in welchen dieses Beweismass angewendet wird (in diesem Sinne SATIVA SPRING, 2013, S. 42).
156. In einem vom EBG publizierten Forschungsbericht der Universität Genf zur Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GlG zwischen 2004 und 2015 wurde indessen aufgezeigt, dass bei den 58 Fällen, in welchen Art. 6 GlG zur Anwendung kam, in der Mehrheit der Fälle (31 von 58 bzw. 53,4 %) die Glaubhaftmachung nicht anerkannt und die Klage somit abgewiesen wurde. In etwas weniger als der Hälfte der Fälle (27 von 58 bzw. 46,6 %) wurde nach erfolgreicher Glaubhaftmachung die Beweislast der arbeitgebenden Partei auferlegt. In 10 Fällen konnte diese einen Entlastungsbeweis für die glaubhaft gemachte Ungleichbehandlung erbringen und somit die Behauptung einer Diskriminierung entkräften. In 17 Fällen (von 58 bzw. 29,3 %) konnte kein Rechtfertigungsbeweis erbracht werden, womit die Diskriminierung bewiesen war. Selbst in Fällen, in welchen Art. 6 GlG zur Anwendung kommt, ist es also nach wie vor nicht einfach, eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nachzuweisen (LEMPEN/VOLLODER, Ziff. 4.24).
157. Mehr noch, die oben erwähnte Rechtsprechung macht im Falle der Beweislastleichterung nach Art. 6 GlG die Strenge des Bundesgerichts deutlich, mit welcher dieses die « blosser Glaubhaftmachung » einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beurteilt. In einem kürzlich ergangenen Urteil verneinten die Bundesrichter trotz einer Lohndifferenz von beinahe 10 % die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung und liessen dabei zu, dass die Ungleichbehandlung eines typisch weiblichen Berufes mit der Ungleichbehandlung eines geschlechtsneutralen Berufes gerechtfertigt werden kann (BGE 143 II 366, vgl. oben N 136). In einem im laufenden Jahr publizierten anderen Entscheid kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Diskriminierung nicht schon dann glaubhaft gemacht ist, wenn

eine Person des einen Geschlechts weniger verdient als eine Person des anderen Geschlechts, da die Arbeitnehmerinnen im konkreten Fall nicht dargelegt hatten, mit welcher Funktion sie sich vergleichen wollten. Konkret machten nach Auffassung des Bundesgerichts weder die vorgebrachten Unterschiede durch den Vergleich mit dem vorher geltenden Lohnsystem noch die Aussagen der Personen, welche die neue Einstufung der Funktionen vorgenommen hatten, die Diskriminierung im Sinne von Art. 6 GlG glaubhaft (BGE 144 II 65).

158. In der Praxis ist zu beobachten, dass die Gerichte den Begriff der Glaubhaftmachung sehr streng beurteilen und im Falle eines Zweifels zum tatsächlichen Hergang des Geschehens eher auf das Nichtvorhandensein einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schliessen. Daraus ergeben sich Anforderungen an den Beweis der Diskriminierung, welche eigentlich für die volle Überzeugung gegeben sein müssen, d.h. dasselbe Beweismass, dem die arbeitgebende Partei für das Erbringen des Beweises des Gegenteils (vgl. oben N 71) und damit der sachlichen Rechtfertigungsgründe unterstellt wäre. Aus der Analyse der Gerichtspraxis geht hervor, dass die beiden innerhalb desselben Verfahrens anwendbaren Beweis-masse tendenziell nicht unterschieden werden.
159. Kommt ein Gericht zum Schluss, dass der Beweis – gemäss Gesetz nach dem Beweismass der blossen Glaubhaftmachung, in der Praxis nach einem Beweismass, das nahe beim strikten Beweis ist –, für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht erbracht worden ist, kommt die klagende Partei nicht in den Genuss der (bedingten) Beweislastumkehr nach Art. 6 GlG; sie hat deshalb regelmässig in Anwendung des Grundsatzes gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast zu tragen.
160. In Anbetracht der Anwendung von Art. 6 GlG in der Praxis kann geschlossen werden, dass das ursprünglich beim Erlass verfolgte Ziel (vgl. oben, N 41 ff.) kaum erreicht wird.

6. Beurteilung der Glaubhaftmachung: Besonderheiten im Zusammenhang mit Art. 6 GlG?

161. Weshalb die Anwendung von Art. 6 GlG so anspruchsvoll ist, ist schwierig herauszuarbeiten. Allerdings ist der im Vergleich zu anderen Verfahren, welche das

Beweismass der Glaubhaftmachung zulassen, spezielle Charakter des Systems von Art. 6 GlG hervorzuheben.

162. Zwar erfordert die Anwendung von Art. 6 GlG eine Beweisprüfung in zwei Etappen, der Gleichstellungsprozess an sich aber ist nicht in zwei zeitlich aufeinanderfolgende Phasen aufgeteilt (vgl. oben, N 73 f.). Nimmt man das Beispiel der vorsorglichen Massnahmen, geht es um im summarischen Verfahren ergriffene unmittelbare Schutzmassnahmen (Art. 248 Bst. d ZPO) in einer ersten Phase des Prozesses, in welcher die Prüfung auf die blossе Glaubhaftmachung beschränkt ist. Diese erste Phase unterscheidet sich klar vom Entscheidverfahren, in welchem endgültig über die Begründetheit der vorgebrachten Ansprüche entschieden wird, in der Regel mit dem Beweismass der vollen Überzeugung. Diese zwei separaten Verfahrensschritte zwingen die Parteien und die Gerichte zu einer klaren Unterscheidung der beiden Beweismasse, wobei im ersten Verfahrensschritt ausschliesslich die blossе Glaubhaftmachung anwendbar ist, ohne dass eine Verwechslungsgefahr besteht.
163. Bei der provisorischen Rechtsöffnung im Betreibungsrecht gilt eine ähnliche Überlegung. In einem ersten Schritt wird nämlich die provisorische Rechtsöffnung im summarischen Verfahren gewährt (Art. 251 Bst. a ZPO), wenn der Schuldner nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften (Art. 82 SchKG). In einem zweiten Schritt kann der Schuldner im ordentlichen Verfahren auf Aberkennung der Forderung klagen (Art. 83 SchKG) und dabei für den Entlastungsbeweis sämtliche Beweismittel einbringen, die ihm zur Verfügung stehen. Auch hier ist keine Verwechslung zwischen den anwendbaren Beweismassen möglich, da die beiden Verfahren klar getrennt sind.
164. Bei anderen Anwendungsfällen der blossen Glaubhaftmachung als Beweismass kann es vorkommen, dass Grundsatzfragen einzig auf der Basis einer glaubhaft gemachten Tatsache endgültig entschieden werden (STEINAUER, N 670). So sieht Art. 697b Abs. 2 OR vor, dass das Gericht im summarischen Verfahren (Art. 250 Bst. c Ziff. 8 ZPO) einen Sonderprüfer einsetzen kann, wenn die gesuchstellenden Aktionäre glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe der Aktiengesellschaft Gesetz oder Statuten verletzt haben. In einem solchen Fall gibt es nicht ein Verfahren in zwei unterschiedlichen Etappen, sondern untersteht das ganze Verfahren einem einzigen Beweismass, der blossen Glaubhaftmachung, ohne dass ein allfälliger Gegenbeweis mit dem Grad der vollen Überzeugung geprüft werden

muss. Eine Verwechslung zwischen den verschiedenen Beweismassen ist deshalb nicht möglich.

165. Letztlich macht der Vergleich zwischen Art. 6 GlG und anderen Verfahren, in welchen das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung gilt, deutlich, wie speziell das System von Art. 6 GlG ist. Dieses System ist zwar **theoretisch anwendbar** (vgl. die oben vorgestellte zweistufige Beweisprüfung, Kap. 3.1), **praktisch jedoch schwierig umzusetzen**. Sowohl für die Gerichte wie für die Parteien ist es nicht immer einfach, zwischen dem Nachweis der Diskriminierung mit dem Beweismass der blossen Glaubhaftmachung durch die arbeitnehmende Partei einerseits und dem vollen Beweis der Nichtdiskriminierung oder von sachlichen Rechtfertigungsgründen bei einer Ungleichbehandlung durch die arbeitgebende Partei andererseits zu unterscheiden. Für die Gerichte nicht, weil diese Unterscheidung erst ganz am Ende des Verfahrens, bei der Ausarbeitung des insgesamt einzigen Urteils vorzunehmen ist, wenn schon sämtliche Tatsachen vorgebracht und sämtliche Beweise vorgeschlagen und abgenommen worden sind; es kommt im Übrigen nicht selten vor, dass die Gerichte diese Unterscheidung gar nicht vornehmen (vgl. oben, N 77). Für die Parteien ist es ebenfalls nicht einfach, da sie alle Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vor Abschluss des Schriftenwechsels einbringen müssen, sodass sie sich faktisch nicht auf die blossen Glaubhaftmachung einer Tatsache konzentrieren können, sondern von Anfang an schon sämtliche Tatsachenelemente und Beweismittel, die für die Beurteilung sämtlicher materieller Fragen nützlich sind, einbringen und einfordern müssen.
166. Der Unterschied zwischen den oben erwähnten Verfahren – alles summarische Verfahren – und dem Gleichstellungsverfahren gemäss GlG ist umso markanter, weil im summarischen Verfahren der Beweis durch blossen Glaubhaftmachung hauptsächlich mittels Urkunden erfolgt (Art. 254 ZPO). Bei den Gleichstellungsverfahren dagegen können sämtliche den Parteien zur Verfügung stehenden Beweismittel eingebracht werden, sowohl um eine Diskriminierung glaubhaft zu machen als auch für den vollen Beweis deren Nichtexistenz (vgl. oben, N 90, 132, 133 für den Rückgriff auf Gutachten und Statistiken schon im Stadium der Beurteilung der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung). Wenn dann das Resultat eines Gutachtens bekannt wird oder statistische Daten vorgelegt werden, kann es für die Parteien und das Gericht schwierig sein, davon abzuweichen, ist doch der Beweis der fraglichen Tatsachen sogar über die blossen Glaubhaftmachung hinaus erbracht worden. Dies trägt möglicherweise ebenfalls zur Verwechslung der verschiedenen Beweismasse bei.

167. Zusammenfassend gilt, dass die blossе Glaubhaftmachung im Zusammenhang mit besonderen Situationen zugelassen ist, wenn das Gericht dringend entscheiden muss, um gefährdete Interessen zu wahren und/oder wenn der Schutz nur provisorisch ist (vgl. oben, N 25 f.). Das Gleichstellungsverfahren jedoch untersteht nicht dem summarischen Verfahren (aber dem vereinfachten Verfahren, vgl. Art. 243 Abs. 2 Bst. a ZPO), es will keinen provisorischen Schutz bieten und auch nicht dringlich entscheiden. Ein Gleichstellungsprozess ist eine eher längere Angelegenheit (BRUCHEZ, S. 188 und der Verweis auf BGE 130 III 145 vom 22. Dezember 2003 in Bezug auf die schon am 22. Mai 1996 eingereichte Klage), welche die Erhebung von zahlreichen Beweismitteln und gegebenenfalls sogar das Erstellen von Gutachten erforderlich macht. Die blossе Glaubhaftmachung ist aber u.E. für ein so langes und komplexes Verfahren ungeeignet. Bei Abschluss des Verfahrens gibt es nämlich für die blossе Glaubhaftmachung keinen Spielraum mehr: entweder ist das Gericht vom Vorhandensein einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung (Diskriminierung) überzeugt und es heisst die Klage gut, oder dies ist nicht der Fall und es weist sie ab.
168. Aufgrund dieser Ausführungen ist festzustellen, dass die Unterscheidung zwischen blosser Glaubhaftmachung und voller Überzeugung im Verfahren nach dem GlG aufgrund des Verfahrensablaufs einerseits und der Art dieses Prozesses an sich andererseits nicht immer einfach ist. Dies erklärt u.E. die strengere Beurteilung der blossen Glaubhaftmachung in Gleichstellungsprozessen im Vergleich zu anderen Verfahren mit demselben Beweismass, obwohl sich Rechtsprechung und Lehre gleichermassen für eine weniger strenge Beurteilung der blossen Glaubhaftmachung aussprechen.

D. Ergebnis

169. Beim Erlass des GlG bezweckte Art. 6, die aus der Konzentration der Beweismittel in den Händen der arbeitgebenden Partei folgende tatsächliche Ungleichheit zu korrigieren. Das vorliegende Gutachten zeigt jedoch auf, dass der Gleichstellungsprozess allzu oft für die klagende Partei ein langer Hindernislauf ist, der nicht zum gewünschten Ziel führt.
170. In Art. 6 GlG ist weder eine Beweislastumkehr noch eine gesetzliche Vermutung oder ein besonderes, ausschliesslich einem reduzierten Beweismass unterstelltes

Verfahren vorgesehen. Es handelt sich eher um ein « hybrides » System, welches mittels einer Reduktion des Beweismasses ermöglicht, gegebenenfalls eine Beweislastumkehr zu erreichen.

171. Art. 6 GlG beinhaltet so in derselben Bestimmung Begriffe, welche zwar eng miteinander verbunden sind, sich jedoch nicht überschneiden; was der Gesetzgeber « *Beweislasterleichterung* » genannt hatte, ist genau gesehen eine **Beweislastumkehr**, unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Tatsache – die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – **zum reduzierten Beweismass der blossen Glaubhaftmachung** nachgewiesen wird. Wenn das Gericht die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bejaht, wird die Beweislast umgekehrt; es obliegt dann der arbeitgebenden Partei, das Nichtvorhandensein einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aufzuzeigen und dabei – **mit dem Beweismass der vollen Überzeugung** – nachzuweisen, dass die Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht.
172. Die Anwendung von Art. 6 GlG erfordert demnach innerhalb desselben Verfahrens eine Beweisprüfung in zwei separaten Etappen; dies ergibt ein ziemlich theoretisches System, welches sich in der Praxis als schwierig umsetzbar erweist. So machen sowohl die praktische Anwendung von Art. 6 GlG durch die Gerichte (vgl. für die Kritik oben, Kap. C.5) als auch der Vergleich des Systems von Art. 6 GlG mit anderen Regelungen, welche die blossen Glaubhaftmachung als Beweismass vorsehen (vgl. oben Kap. C.6), die Grenzen des Systems gemäss Art. 6 GlG sichtbar.
173. Die « *Beweislasterleichterung* » sieht innerhalb desselben Verfahrens eine Beweisprüfung in zwei Etappen vor, was, wie mehrere Gerichtsentscheide zeigen, eine Verwechslung der beiden anwendbaren Beweismasse und damit letztendlich eine überaus strenge Beurteilung der blossen Glaubhaftmachung bewirkt.
174. Grundsätzlich ist die blossen Glaubhaftmachung eigentlich im Zusammenhang mit besonderen Situationen vorgesehen, wenn das Gericht dringend entscheiden muss, um gefährdete Interessen zu wahren und/oder wenn der Schutz nur provisorisch ist. Im Rahmen eines ordentlichen Prozesses im vereinfachten Verfahren, wie beispielsweise einem Gleichstellungsprozess, ist die Anwendung der blossen Glaubhaftmachung eher erstaunlich, gerade auch im Zusammenhang mit Sachverhalten, die manchmal lange und komplexe Beweisverfahren mit einem oder sogar mehreren Gutachten erforderlich machen.

175. Vor diesem Hintergrund können im Hinblick auf das von Art. 6 GlG ursprünglich verfolgte Ziel zwei Lösungsansätze vertieft werden: beim ersten geht es darum, Wege zu finden, die eine bessere praktische Anwendung dieser Bestimmung durch die Gerichte und die Parteien gewährleisten können; beim zweiten wird eine punktuelle Gesetzesrevision in Betracht gezogen, mit welcher die Anwendbarkeit von Art. 6 GlG im Verfahren verbessert werden könnte.

E. Welche Empfehlungen für die Praxis?

176. Basierend auf den obenstehenden Feststellungen können Empfehlungen an Praktikerinnen und Praktiker, an die Gerichte und an Anwältinnen und Anwälte, aber auch zuhanden des Gesetzgebers, ausgesprochen werden, um eine bessere Umsetzung der « *Beweislasterleichterung* » gemäss Art. 6 GlG zu erreichen.

1. Empfehlungen an Praktikerinnen und Praktiker

177. Die vertiefte Analyse von Art. 6 GlG (vgl. oben, Kap. C.6) hat das in dieser Bestimmung vorgesehene spezielle System aufgezeigt. Bei der gegenwärtigen Rechtslage können deshalb nur schwer Empfehlungen zuhanden der Gerichte und der Praktikerinnen und Praktiker ausgesprochen werden. Trotzdem geben wir zwei Empfehlungen für die Praxis ab: bei der ersten geht es um das Vorlegen sämtlicher Beweismittel durch die klagende Partei schon bei Einreichung der Klage, bei der zweiten um die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Glaubhaftmachung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich die beiden Empfehlungen aufgrund ihrer Natur tendenziell gegenseitig ausschliessen.

1.1 Sämtliche verfügbaren Beweismittel zusammentragen

178. Im Rahmen eines Gleichstellungsprozesses müssen beide Parteien bei der Beweiserhebung aktiv mitwirken. Nach Abschluss des Beweisverfahrens, bei der Entscheidungsfindung, beurteilt das Gericht, ob die Diskriminierung glaubhaft gemacht worden ist, und bei gleicher Gelegenheit, ob die arbeitgebende Partei den Beweis des Gegenteils erbracht hat. Die arbeitnehmende Partei muss deshalb

sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Indizien für eine Diskriminierung vorlegen und sicherstellen, dass sie sämtliche konkreten Elemente, welche auf eine Diskriminierung schliessen lassen, einreicht, unabhängig von der Beweislastenleichterung gemäss Art. 6 GlG.

179. Gewisse Elemente, die rasch zusammengetragen werden können, schaffen gemäss SATTIVA SPRING ein günstiges Klima für die Glaubhaftmachung einer diskriminierenden Behandlung, so beispielsweise die Tatsache, dass keine einzige Frau eine Stelle mit Verantwortung innehat, oder der Umstand, dass die Frauen im Unternehmen nur in Stellen mit tiefen Löhnen anzutreffen sind, oder auch, dass die Mehrheit der männlichen Kadermitglieder im Gegensatz zu den Frauen einen Bonus erhalten hat (SATTIVA SPRING, 2013, S. 43).
180. Die klagende Partei kann ebenfalls ein Gutachten verlangen, beispielsweise für die Beurteilung der Vergleichswerte der Funktionen innerhalb des gleichen Unternehmens, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das erstinstanzliche Gericht eigentlich von Anfang an ein solches Gutachten anordnen müsste, wenn es nicht über die notwendigen Fachkenntnisse für die Abklärung der Frage einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verfügt. (vgl. oben, N 91).
181. Auch wenn die klagende Partei alle ihr zur Verfügung stehenden Elemente für den Beweis des Vorhandenseins einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liefern « muss », kann sie trotzdem auf der Beweislastenleichterung nach Art. 6 GlG insistieren. Konkret kann sie dies namentlich über die Struktur des Klageschreibens und insbesondere über dessen rechtliche Begründung, welche in zwei Teilen erfolgen kann, tun. Ein erster Teil, um die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft zu machen, und ein zweiter Teil, um das Fehlen von sachlichen Rechtfertigungsgründen aufzuzeigen, dies in (vorgezogener) Antwort auf die möglichen Argumente, welche die arbeitgebende Partei geltend machen könnte. Wenn die klagende Partei schon selber eine klar in zwei Teile strukturierte Argumentation präsentiert, erhöht sie u.E. die Chancen, dass sich die arbeitgebende Partei und das Gericht ebenfalls in zwei Teilen und damit gemäss dem in Art. 6 GlG vorgesehenen System äussern. Dies fördert eine bessere Unterscheidung zwischen den beiden im Gleichstellungsprozess anwendbaren Beweismassen.
182. Eine solche Vorgehensweise hindert die arbeitgebende Partei natürlich nicht daran, ihre rechtliche Begründung « kompakter » auszugestalten, was letzten Endes

zu einer Vermischung der beiden anwendbaren Beweismasse führt. Unabhängig davon, wie die klagende Partei ihre rechtliche Begründung strukturiert, muss festgehalten werden, dass die manchmal komplexe Erhebung von zahlreichen Beweismitteln – insbesondere der Gutachten – schlecht mit der Anwendung der blossen Glaubhaftmachung als Beweismass vereinbar ist (vgl. oben N 166). Zudem ist das Problem, dass es nicht zwei unterschiedliche Prozessabschnitte gibt, in welchen das Gericht die Tatsachen zuerst unter dem Gesichtspunkt der blossen Glaubhaftmachung und anschliessend des strikten Beweises würdigen kann, damit nicht gelöst.

1.2 Das Verfahren auf die Frage der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beschränken

183. Im Zivilprozess gibt es die Möglichkeit, das Verfahren auf einzelne Fragen zu beschränken (Art. 125 Bst. a ZPO). Auf dieser Grundlage könnte die klagende Partei ein ganz anderes als das oben beschriebene Vorgehen (vgl. oben Kap. 1.1) wählen. Sie könnte nämlich in ihrer Klageschrift anhand von unverzüglich verfügbaren Beweiselementen die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lediglich glaubhaft machen und das Gericht ersuchen, das Verfahren auf die Frage der blossen Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu beschränken. Das Gericht seinerseits müsste im Idealfall und im Hinblick auf die zweistufige Beweisprüfung, wie sie in Art. 6 GlG vorgesehen ist, das Verfahren, und damit auch die Antwort der arbeitgebenden Partei, auf die alleinige Frage der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beschränken. Nach einer kurzen Instruktion würde das Gericht einen Schluss- oder Zwischenentscheid einzig zur Frage, ob eine Diskriminierung glaubhaft gemacht worden ist oder nicht, fällen. Bejaht es die Glaubhaftmachung, würde für die zweite Prozessetappe die Beweislast umgekehrt, und die arbeitgebende Partei müsste mit dem Beweismass der vollen Überzeugung das Vorhandensein von Gründen, welche die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sachlich rechtfertigen, beweisen. Misslingt der Beweis (vollständig), trägt die arbeitgebende Partei gemäss Art. 8 ZGB die Folgen.
184. Nun kann eingewendet werden, dass eine solche Vorgehensweise das Verfahren erschwert. Wie aber weiter oben schon erwähnt (vgl. oben, N 166), können sich Gleichstellungsprozesse jetzt schon in die Länge ziehen und die Erhebung zahlreicher Beweise nötig machen. Die Aufteilung des Verfahrens könnte deshalb im

Gegenteil eine gezieltere und möglicherweise effizientere Beweiserhebung ermöglichen. Das Gleiche gilt für die Tatsachenbehauptung. In den Fällen, in welchen die blossе Glaubhaftmachung der Diskriminierung nicht anerkannt würde, erscheint der Zeitgewinn im Übrigen offensichtlich, weil dort das Verfahren frühzeitig beendet wäre.

185. Diese Methode hat zwar den Vorteil, dass sie die beiden im Gleichstellungsprozess anwendbaren Beweismasse klar unterscheidet, sie beinhaltet aber ein gewichtiges Risiko für die klagende Partei. Das Gericht hat nämlich gemäss Art. 125 Bst. a ZPO zwar die Möglichkeit, das Verfahren aufzuteilen, es ist aber, selbst wenn die Parteien es verlangen, grundsätzlich nicht dazu verpflichtet (BGer 4A_142/2014, E. 2). Im Zivilprozess gelten strenge Regeln für das Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln, und zwar sowohl im ordentlichen wie im vereinfachten Verfahren (BGE 144 III 117, E. 2.2; 140 III 450, E. 3.2; 140 III 312, E. 6.3.2). In den Streitigkeiten nach dem GlG und unter Berücksichtigung der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 Bst. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 Bst. a ZPO) haben die Parteien die Möglichkeit, bis zur Urteilsberatung neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Wenn sich nun aber die klagende Partei auf eine kurzgefasste Klage beschränkt, mit welcher lediglich eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft gemacht werden soll, das Gericht aber das Verfahren nicht auf diese Frage beschränkt (indem es sich weigert, von der Möglichkeit von Art. 125 Bst. a ZPO Gebrauch zu machen), hat sie eine – die erste und vielleicht in den Augen des Gerichts wichtigste – Möglichkeit verloren, sämtliche relevanten Tatsachen und verfügbaren Beweise einzubringen, was den weiteren Prozessverlauf beeinträchtigen könnte.
186. Damit eine solche Vorgehensweise zu einer besseren Anwendung von Art. 6 GlG führen kann, müssten also einerseits die klagende Partei die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Glaubhaftmachung verlangen, andererseits dann aber vor allem die Gerichte das Verfahren effektiv beschränken und den Prozess entsprechend den beiden anwendbaren Beweismassen aufspalten, indem sie die in Art. 125 Bst. a ZPO vorgesehene Möglichkeit nutzen.
187. Damit die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung voll zum Tragen kommt, müsste das Gericht auch auf der Grundlage der sogleich verfügbaren Beweismittel entscheiden und nicht akzep-

tieren, dass zahlreiche Beweismittel erhoben und/oder komplex zu erhebende Beweismittel wie Gutachten vorgebracht werden. Die blosse Glaubhaftmachung ist nämlich eigentlich ein mit einem langen und komplexen Beweisverfahren unvereinbares Beweismass, da es im Grundsatz dann zur Anwendung kommt, wenn das Urteil nicht definitiv ist (vgl. oben, N 166 und 183).

2. Gesetzesänderung

188. Der Vergleich von Art. 6 GlG mit anderen Bestimmungen, welche die blosse Glaubhaftmachung als Beweismass vorsehen, bringt namentlich zwei Besonderheiten zum Vorschein (vgl. oben, Kap. C.6):

1. Art. 6 GlG sieht die Anwendung von zwei verschiedenen Beweismassen – die blosse Glaubhaftmachung und den strikten Beweis – innerhalb eines einzigen Verfahrens vor, was eine Verwechslungsgefahr mit sich bringt;
2. Art. 6 GlG sieht die Anwendung der blossen Glaubhaftmachung im Rahmen eines ordentlichen Prozesses, der dem vereinfachten Verfahren untersteht, vor, obwohl dieses Beweismass eigentlich im summarischen Verfahren Anwendung findet, wenn das Gericht rasch entscheiden muss und/oder der Schutz nur provisorisch ist.

189. Ein zweiter Lösungsansatz ist deshalb die Anpassung des Wortlauts von Art. 6 GlG, um den verfahrensrechtlichen Rahmen besser an die Anwendung der blossen Glaubhaftmachung als Beweismass anzupassen. Zu diesem Zweck müsste zum einen auf einen Prozessablauf in zwei Teilen und zum anderen, im Hinblick auf die blosse Glaubhaftmachung einer Diskriminierung, auf die Beschränkung der den Parteien zur Verfügung stehenden Beweismittel hingewirkt werden.

190. Die Gesetzesänderung könnte wie folgt aussehen:

Art. 6 Abs. 2 GlG

Das Gericht oder die Verwaltungsbehörde beschränkt das Verfahren zunächst auf die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung mittels sogleich verfügbaren Beweisen.

191. Mit einer solchen Bestimmung könnte u.E. ein verfahrensrechtlicher Rahmen geschaffen werden, der den anderen Verfahren, welche die blosse Glaubhaftmachung als Beweismass anwenden, sehr ähnlich wäre.

192. Da diese Frage formell das Verfahrensrecht betrifft, wäre es ebenfalls denkbar, diesen Punkt in den entsprechenden Gesetzen zu integrieren, für den Zivilprozess beispielsweise in Art. 246 ZPO (zu den prozessleitenden Verfügungen) mit einem neuen Absatz 3, der ausschliesslich der Diskriminierungsproblematik im GlG gewidmet wäre. Da aber Art. 6 GlG schon besteht und die Gesetzessystematik in diesem Bereich etwas speziell ist, könnte eine Ergänzung im GlG diese Frage für alle zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren regeln und ist aus unserer Sicht deshalb empfehlenswert.
193. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Gesetzesänderung, welche einfach die Beweislast umkehrt, damit sie bei allen Gleichstellungsprozessen nach Art. 6 GlG der arbeitgebenden Partei obliegt, nicht wünschenswert ist. Erstens, weil dies zu Missbräuchen führen könnte, wie der Gesetzgeber schon bei Erlass des GlG festgehalten hatte (vgl. oben, N 50). Zweitens, weil dies, in einer mehr dogmatischen Sichtweise, auf die gesetzliche Vermutung hinauslaufen würde, dass sämtliche Arbeitgebende ein geschlechtsdiskriminierendes System eingerichtet haben, weshalb sie dann im konkreten Fall beweisen müssten, dass dies nicht zutrifft; eine solch misstrauische Haltung gegenüber den Arbeitgebenden ist schwierig zu rechtfertigen und deshalb nicht zweckmässig.

3. Zusammenfassung

194. Abschliessend können u.E. drei – voneinander unabhängige – Lösungsansätze weiterverfolgt werden:
1. Die Einreichung aller zur Verfügung stehenden Elemente für den Beweis einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und parallel dazu die Strukturierung der rechtlichen Argumentation in zwei Teilen: ein erster Teil, um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts glaubhaft zu machen, und ein zweiter Teil, um das Fehlen von jeglichen sachlichen Rechtfertigungsgründen zu beweisen.

Diese Lösung – die keine Gesetzesänderung erforderlich macht und nicht vom Willen des Gerichts abhängt – hat letzten Endes keine konkreten Auswirkungen auf den Verfahrensablauf und kann deshalb eine klare

Unterscheidung zwischen den beiden anwendbaren Beweismassen nicht garantieren.

2. Die Einreichung einer kurzgefassten Klage, mit welcher eine Diskriminierung glaubhaft gemacht werden soll, mit dem gleichzeitigen Ersuchen, dass das Gericht das Verfahren auf die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung beschränkt.

Mit dieser Lösung – die keine Gesetzesänderung erforderlich macht – könnte der Verfahrensablauf in zwei Teile aufgeteilt und damit eine klare Unterscheidung zwischen den beiden anwendbaren Beweismassen erreicht werden. Es hängt jedoch vom Willen des Gerichts ab, ob es das Verfahren teilen und zuerst eher summarisch die Frage der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung prüfen will. Wenn das Gericht sich weigert, besteht die Gefahr, dass die Position der klagenden Partei für das weitere Verfahren geschwächt wird.

3. Die Änderung des geltenden Art. 6 GlG ist mit Gewissheit am schwierigsten umzusetzen, da sie einen politischen Willen für diese Gesetzesänderung voraussetzt. Gleichzeitig könnte mit dieser Lösung aber auch das überzeugendste Resultat für die Gerichtspraxis erzielt werden. Mit der Gesetzesänderung würde ein prozessuraler Rahmen geschaffen, mit welchem die vom Gesetzgeber gewollte « *Beweislasterleichterung* » am besten umgesetzt werden könnte.

Neuenburg, den 18. September 2018

François Bohnet