

Gutachten "EU-Gleichbehandlungsrecht auf- grund des Geschlechts im Erwerbsleben – Auswirkungen auf die Schweiz"

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität
Basel

im Auftrag der schweizerischen Eidgenossenschaft, Departement des Innern,
Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), FE-Vertrag Nr.
303-2020-5

Bern und Basel, 5. Februar 2021

Zusammenfassung

EU-Primärrecht und schweizerisches Verfassungsrecht enthalten ein subjektives Recht auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit ohne Unterschied des Geschlechts. Zudem bestehen Kompetenzgrundlagen für den Erlass von Gleichbehandlungsvorschriften im Bereich Arbeit und Beschäftigung. Innerhalb der EU ist insbesondere die Richtlinie (RL) 2006/54/EG relevant, in der Schweiz das Gleichstellungsgesetz (GIG). Über weite Strecken entspricht das schweizerische GIG der EU-Richtlinie. Die wichtigsten Unterschiede betreffen zum einen die in der Schweiz fehlende Beweislasterleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und die nicht ausdrückliche Aufführung der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit im Anwendungsbereich des GIG. Zum anderen gilt in der EU eine Richtlinie zur Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Bereich selbstständiger Erwerbstätigkeit. Eine vergleichbare Regelung kennt die Schweiz nicht.

Die Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichts zeigt eine weitgehende Übereinstimmung in zentralen Fragen wie der «Quote», «Diskriminierungsbegriff» und «Rechtfertigungsgründe bei Lohndiskriminierung». Der EuGH geht anders als das Bundesgericht von einem Lohnbegriff aus, der betriebliche Systeme der Sozialen Sicherheit miterfasst. Wie der EuGH hat auch das Bundesgericht die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nicht unter den Begriff «Geschlecht» subsumiert. Anders als in der Schweiz gilt in der EU jedoch ein vergleichbar hoher Schutz bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und aufgrund der sexuellen Orientierung, letztere ist in der Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG erfasst. Sowohl der EuGH als auch das Bundesgericht haben Entscheide zur Geschlechtergleichheit bei gesetzlichen Systemen der Sozialen Sicherheit gefällt. Bemerkenswert ist hier vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Fällen der Arbeitslosenversicherung. Die «Botschaft» des Bundesgerichtes hierbei ist klar: Diskriminierungen im Arbeitsmarkt dürfen nicht durch die Behörden der Arbeitslosenversicherung verstärkt werden, indem arbeitslosen Arbeitnehmerinnen im Zusammenhang mit der Mutterschaft die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen wird. Erwähnung verdient weiter, dass Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts in der schweizerischen Sozialversicherungsgesetzgebung mit Blick auf die Verpflichtungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) (Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK) problematisch sind, was sich auch in der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigt. Entscheidend ist dabei die Perspektive, dass vordergründige Privilegierungen der Frauen (etwa hinsichtlich des Anspruchs auf Witwenrenten) im Ergebnis nur (oder auch) zur Zementierung trudelter Rollenvorstellungen beitragen und so primär auch eine Benachteiligung von Frauen bewirken.

Einen wichtigen Bestandteil der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes im betrieblichen Alltag sind Mitarbeitende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen. Der EuGH hat die Stellung dieser Personen mit der Rechtssache Hakelbrach eindrücklich gestärkt. Das den EU-Gleichbehandlungs-Richtlinien innewohnende Konzept der Viktimisierung (Opferschutz) sei weit zu verstehen und umfasse Personen, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen. Das schweizerische GIG kennt das Viktimisierungskonzept ansatzweise in Art. 10 GIG (verstärkter Schutz vor Rache kündigung). Ein darüberhinausgehender Schutz auch für Arbeitnehmende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen, ist im geltenden GIG nicht ausdrücklich vorgesehen.

Soweit die Übernahme der entsprechenden EU-Gesetzgebung und Rechtsprechung wünschenswert ist, besteht Handlungsbedarf im Bereich Gleichbehandlung bei selbstständiger Erwerbstätigkeit, Schutz für Arbeitnehmende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen und Erweiterung der Beweislasterleichterung auf die Phase der Anstellung. Besondere Aufmerksamkeit erfordern zudem geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen im Bereich der Sozialversicherung. Die Rechtsprechung hat hier Handlungsspielraum betreffend betrieblichen Sozialversicherungsleistungen, die als Bestandteil des weit auszulegenden Begriffs des Lohnes erachtet werden könnten.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	I
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
V) Rechtsprechungsverzeichnis	XIII
<i>Bundesgericht</i>	XIII
<i>Kantonale Gerichte.....</i>	XV
<i>Europäischer Gerichtshof EuGH</i>	XV
I) Ausgangslage	1
1. <i>Entstehung des GIG: Verfassungsauftrag, Frauenstreik und EU-Einfluss.....</i>	1
2. <i>Autonomer Nachvollzug EU-Gesetzgebung und EU-Rechtsprechung.....</i>	2
3. <i>Fragestellung und methodisches Vorgehen.....</i>	5
II) Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsvorschriften (Geschlecht) in der EU und in der Schweiz.....	6
1. <i>Vorbemerkungen.....</i>	6
2. <i>Primärrecht: EUV, AEUV und Grundrechtecharta.....</i>	7
3. <i>Bundesverfassung: Art. 8 Abs. 3 BV.....</i>	8
4. <i>EU-Sekundärrecht.....</i>	9
4.1 <i>Richtlinie 2006/54/EG.....</i>	9
4.2 <i>Weitere Richtlinien mit Bezug zum Erwerbsleben</i>	12
5. <i>Gesetzgebung in der Schweiz.....</i>	13
5.1 <i>Überblick zum Gleichstellungsgesetz (Bund)</i>	13
5.2 <i>Revision des GIG 2019</i>	15
5.3 <i>Weitere Erlasse.....</i>	16
6. <i>Zwischenfazit.....</i>	17
III) Rechtsprechung EuGH und Bundesgericht.....	18
1. <i>Entgelt- bzw Lohngleichheit.....</i>	18
1.1 <i>EuGH</i>	18
1.2 <i>Rechtsprechung des Bundesgerichts</i>	25
1.3 <i>Fazit</i>	32
2. <i>Anstellungsdiskriminierung</i>	33

<i>2.1 EuGH</i>	33
<i>2.2 BGer</i>	36
<i>2.3 Fazit</i>	38
<i>3. Diskriminierungen bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen</i>	39
<i>3.1 EuGH</i>	39
<i>3.2 BGer</i>	44
<i>3.3 Fazit</i>	47
<i>4. Diskriminierung im Zusammenhang mit Entlassungen</i>	48
<i>5.1 EuGH</i>	48
<i>5.2 BGer</i>	51
<i>5.3 Fazit</i>	52
<i>5. Schadenersatz und Sanktionen</i>	53
<i>5.1. EuGH</i>	53
<i>5.2 BGer</i>	54
<i>5.3 Fazit</i>	55
<i>6. Schutz vor Viktimisierung</i>	55
<i>6.1 EuGH</i>	55
<i>6.2 Keine Gerichtsurteile aus der Schweiz</i>	56
<i>6.3 Fazit</i>	56
IV) Ergebnis	58

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht: Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: Werro Franz/Probst Thomas (Hrsg.), Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht, Le droit privé suisse, face au droit communautaire européen, questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contracts, Bern 2004, S. 105 ff.

BAUMGARTNER TOBIAS ET AL., Einwirkungsstrukturen am Beispiel ausgewählter Sachgebiete, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 927 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel/Frankfurt-sur-le-Main 1991.

BIEBACK KAR-JÜRGEN, RL 2006/54/EG, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 872 ff.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Kommentar zu Art. 8 Abs. 3 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, SG-Komm BV, N ... zu Art. ... BV).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV - eine Erfolgsgeschichte?, in: ZBl 106/2005, S. 57 ff. (zit. BIGLER-EGGENBERGER, Erfolgsgeschichte).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Justicias Waage - wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Mann und Frau. Herausgegeben vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Basel 2003 (zit. BIGLER-EGGENBERGER, Justicias Waage).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit - eine kritische Bestandesaufnahme, in: AJP 2001, S. 1269 ff. (zit. BIGLER-EGGENBERGER, Lohngleichheit).

CANARIS KLAUS-WILHELM, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Koziol Helmut/Rummel Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 47 ff.

CHEGE VICTORIA, EU-Antidiskriminierungsrichtlinien und EU-Gleichstellungsrecht, Praktische Erfahrungen bei Fällen mehrdimensionaler Diskriminierung, in: NJ 12/2012, S. 503 ff.

ELLIS EVELINA/WATSON PHILIPPA, EU Anti-Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2012.

EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTER AXEL, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Aebi-Müller et al. (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. EMMENEGGER/TSCHENTER, BK, N ... zu Art. 1 ZGB).

ENGLARO LAURA, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz am Beispiel des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht*, Bern 2009/2010, S. 307 ff.

EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht - Konvergenzen und Divergenzen, in: ZBI 105/2004, S. 37 ff.

FISCHER DAMIAN A., Organisation und Haftung im Aktienrecht, in: AJP 2020, S. 271 ff.

FORRER LUCAS/MÜLLER MATTHIAS P. A., Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, S. 1015 ff.

FRANZEN MARTIN, Die jüngere Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, in: EuZA 2008, S. 1 ff.

FREI MARCO, Direkte Diskriminierung der Männer in der Bundesgesetzgebung, in: *sui-generis* 220, S. 45 ff.

FREIVOEGEL ELISABETH, Art. 3 GIG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. FREIVOEGEL, N ... zu Art. ... GIG).

FUCHS GESINE, Gleichstellungspolitik in der Schweiz, Einführung in ein umstrittenes Politikfeld, Oldenbourg/Berlin/Toronto 2018.

FURRER ANDREAS, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, in: SZIER 2006, S. 311 ff.

GEISER THOMAS, Die „objektiven“ Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, S. 159 ff., Neuchâtel 2016.

GEISER THOMAS, Gutachten i.S. Unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer in der beruflichen Vorsorge, Bern 2004.

GRÜNBERGER MICHAEL, Nichtdiskriminierungsrecht, in: Preis Ulrich/Sagan Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, S. 115 ff.

HANGARTNER Yvo, Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes, Frauenförderungsmassnahme in Form einer starren Bevorzugungsregelung, in: AJP 5/2006 S. 597 ff.

HAUSAMANN CHRISTINA, Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz, Basel/Genf/München 2002.

HEIZMANN RETO, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Bern 2015.

HENSCH ANGELA, Gleichstellungsgesetz und Mutterschaftsschutz, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018, S. 5 ff.

HENSSLER MARTIN/PANT BENJAMIN, Europäisierter Arbeitnehmerbegriff, in: RdA 2019, S. 321 ff.

HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, in: SJZ 116/2020, S. 3 ff.

HONSELL HEINRICH, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, in: ZSR 2011, Band 130 (2011) II, Heft 1, S. 5 ff.

HUSTER STEFAN/KIESSLING ANDREAS, § 6 Sozialrechtliches Antidiskriminierungsrecht, in: Schlachter Monika/Heinig Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, S. 293 ff.

KÄGI-DIENER REGULA, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage, in: AJP 2006, S. 1451 ff.

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2015.

KAUFMANN CLAUDIA, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bern 2009.

KLETT KATHRIN, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Astrid Epiney/von Danckelmann Ira (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 133 ff.

KOCHER EVA, „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht, in: KJ, Vol. 42, 4/2009, S. 386 ff.

KUNZ PETER V., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)recht, in: recht 02/2012, S. 37 ff.

KOCHER EVA, §5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, in: Schlachter Monika/Heinig Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, S. 219 ff.

KOCHER EVA, Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016.

LANGENFELD CHRISTINE, Art. 157 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin, Das Recht der europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 70. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2020 (zit. LANGENFELD, N ... zu Art. ... AEUV).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2019), Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bern 2021 (zit. LEMPEN/VOLODER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz (2004–2015), Forschungsbericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Genf 2017 (zit. LEMPEN/VOLODER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung).

LOOSCHELDERS DIRK, Keine unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gewährung von Strafschadenersatz bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Anmerkung zu EuGH 17.12.2015 – C-407/14 Arjona Camacho/Securitas Seguidad España, in: GPR 4/ 2016, S. 179 ff.

LICCI SARA, Die Massenentlassung im schweizerischen Recht: Schwellenwerte, Konsultation und Sozialplan unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts der Europäischen Union und des Arbeitsvölkerrechts, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Band/Nr. 83, Bern 2018.

MAHON PASCAL/STEFFANINI FEDERICA, Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, in: Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal (Hrsg.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail / Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016 : 20 ans d'application de la LÉg / 1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz , Genf/Zürich/Basel 2016, S. 1 ff.

PÄRLI KURT, EGMR-Entscheid B. gegen die Schweiz, Fall-Nr. 78630/12 vom 20.10.2020, in: SZS 1/2021, S. 21 ff.

PÄRLI KURT, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016 (zit. PÄRLI, Einwirkungen), S. 431 ff.

PÄRLI KURT, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, in: Pärli et al. (Hrsg.), Internationales Arbeitsrecht, Zürich 2016, S. 611 ff. (zit. PÄRLI, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote).

PÄRLI KURT, Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes (BGE 140 I 305), in: SZS 2/2015, S. 152 ff. (zit. PÄRLI, Väter).

PÄRLI KURT, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, in: HAVE 2/2011, S. 153 ff. (PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien).

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit).

PÄRLI KURT/STUDER MELANIE, Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, S. 121 ff.

PÄRLI KURT/VECCHI LUCA/OBERHAUSER CAMILL, Ungleiche Prämien aufgrund von Nationalität, Alter und Geschlecht in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung - ein Diskriminierungsproblem?, in: HAVE 1/2019, S. 16 ff.

PORSCHE STEFANIE, Sozialpolitik, Viktimisierung/Schwangerschaft, in: ZESAR 11/2019, S. 509 ff.

PROBST THOMAS, Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...», in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 763 ff.

RAULF MARKUS, Unisex in der betrieblichen Altersversorgung oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil, NZA-Beilage 2012, S. 88 ff.

RIESENHUBER KARL, Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2015, S. 65 ff.

SCHENKER URS, Gleichstellung - ein aktienrechtliches Thema, in: SZW 2015, S. 469 ff.

SCHWEIZER SAMUEL/TOBLER CHRISTA, Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht - Insbesondere im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich/Bern 2013, S. 335 ff.

SPRENGER MARKUS, Inhalt und Reichweite unionsrechtlicher Viktimisierungsverbote – Gedanken zum Urteil in der Rechtssache Hakelbracht, in: EuZA 2020, S. 48 ff.

STAUBER-MOSER SUSY, Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, in : AJP 2006, S. 1364 ff.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Art. 6 GIG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. STEIGER-SACKMANN, N ... zu Art. ... GIG).

STOJANOVIC JASNA, Privat- und Insolvenzrecht / Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 165 ff.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Rechtsfragen der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in: Hasenböhler Franz/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, S. 123 ff.

TSCHENTSCHER AXEL, Rechtsgleichheit und Willkürverbot, in: Tschannen Pierre/Lienhard Andreas/Sprecher Franziska/Tschentscher Axel/Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 (1/2), in: ZBJV 155/2019, S. 663 ff.

TOBLER CHRISTA, Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2009.

TOBLER CHRISTA, Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen, in: recht 2005, S. 220 ff. (zit. TOBLER, Quoten).

VON ROETTEKEN TORSTEN, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Entgeltdiskriminierung, in: NZA-RR 2019, S. 177 ff.

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht anderseits, Bern 2003.

WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. WALDMANN, BSK BV, N ... zu Art. ... BV).

WIEGAND WOLFGANG, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 171 ff.

WILDHABER ISABELLE, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, SJZ 2008, S. 185 ff.

WYLER RÉMY, Kommentar zu Art. 6 GIG, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011, S. 158 ff.

Abkürzungsverzeichnis

aBV	Alte Bundesverfassung
Abs.	Absatz
ABI. C	Amtsblatt der Europäischen Union – Mitteilungen und Bekanntmachungen
ABI. L	Amtsblatt der Europäischen Union – Rechtsvorschriften
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABI. C 306 vom 17.12.2007,1)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Deutschland
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des (schweizerischen) Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Eidgenössische Bundesverfassung
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	Beispielsweise
bzw.	Beziehungsweise
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
COMM	Europäische Kommission
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für Gleichstellung zwischen Mann und Frau
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
Eidg.	Eidgenössisch(e)
et al.	et alteri
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABI.C 306 vom 17.12.2007)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsge- setz) vom 24. März 1995, SR 151.1
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (ABI. C 303 vom 14.12.2007,1)
HAVE	Zeitschrift Haftung und Versicherung (Eglisau)
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ILO	International Labour Organisation
Insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
KJ	Kritische Justiz (Baden-Baden)
lit.	litera
N	Note
NJ	Neue Justiz, Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis (Berlin)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Frankfurt a.M.
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Pra	Die Praxis (Basel)
RdA	Recht der Arbeit (Karlsruhe)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SG-Komm	St. Galler Kommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZIER	Swiss Review of International and European Law (Zürich/Genf)

SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche
UEAPME	Europäischen Union des Handwerks und der Klein- und Mittelbetriebe
UN	Vereinte Nationen
UNICE	Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

V) Rechtsprechungsverzeichnis

Bundesgericht

Leitentscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGE)

BGE 103 Ia 517

BGE 105 Ia 120

BGE 105 V 1

BGE 109 Ib 81

BGE 109 Ib 87

BGE 113 Ia 107

BGE 116 V 198

BGE 116 V 207

BGE 117 Ia 270

BGE 117 Ia 262

BGE 118 Ia 35

BGE 121 I 49

BGE 121 I 102

BGE 121 III 168

BGE 123 I 1

BGE 124 II 409

BGE 124 II 436

BGE 124 II 529

BGE 125 III 368

BGE 125 I 71

BGE 125 II 530

BGE 125 II 385

BGE 126 II 217

BGE 127 III 207

BGE 129 III 335

BGE 130 III 145

BGE 131 I 105

BGE 131 II 361

BGE 131 II 393

BGE 133 II 257

BGE 133 III 545

BGE 136 II 393

BGE 136 III 553

BGE 138 II 1

BGE 140 I 305

BGE 141 II 411

BGE 143 V 168

BGE 144 II 65

BGE 144 II 345

BGE 145 II 151

BGE 145 II 153

BGE 146 V 210

Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGer)

BGer, Urteil 8C_179/2020 vom 12. November 2020

BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020

BGer, Urteil 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020

BGer, Urteil 4A_18/2018 vom 21. November 2018

BGer, Urteil 2C_986/2018 vom 30. November 2018

BGer, Urteil 8C_821/2016 vom 26. Januar 2018

BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017

BGer, Urteil 4A_35/2017 vom 31. Mai 2017

BGer, Urteil 8C_664/2014 vom 25. März 2015

BGer, Urteil 8C_703/2015 vom 14. Juni 2016
BGer, Urteil 4A_23/2016 vom 19. Juli 2016
BGer, Urteil 4A_539/2015 vom 08. Januar 2016
BGer, Urteil 8C_745/2011 vom 06. Dezember 2014
BGer, Urteil 8C_587/2013 vom 19. Juni 2014
BGer, Urteil 8C_1006/2012 vom 10. April 2013
BGer, Urteil 4A_115/2011 vom 28. April 2011
BGer, Urteil 4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010
BGer, Urteil 8C_78/2009 vom 31. August 2010
BGer, Urteil 4A_432/2009 vom 10. November 2009
BGer, Urteil 1C_54/2008 vom 03. März 2009
BGer, Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008
BGer, Urteil 4A_330/2007 vom 17. Januar 2008
BGer, Urteil 2A.637/2004 vom 19. Januar 2006
BGer, Urteil 2A.205/2004 vom 08. April 2005
BGer, Urteil 2A.183/2003 vom 20. August 2003
BGer, Urteil, 2A.407/2002, vom 29. November 2002
BGer, Urteil 4C. 57/2002 vom 10. September 2002
BGer, Urteil 2A.48/2002 vom 14. August 2002
BGer, Urteil 2P.157/2000 vom 10. Oktober 2000
BGer, Urteil 1A.34/1999 vom 05. Oktober 1999
BGer, Urteil 2P.296/1992 vom 11. Februar 1994

Kantonale Gerichte

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Juli 2014, auszugsweise zu finden in JAR 2015, 669 ff.
Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt P.2010.143, Urteil vom 07. November 2011

Europäischer Gerichtshof EuGH

EuGH, Urteil vom 18.11.2020, Rs. C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932, (*Syndicat CFTC*)
EuGH, Urteil vom 16.07.2020, Rs. C-249/1996, ECLI:EU:C:2020:570, (*Grant / South-West Trains Ltd.*)
EuGH, Urteil vom 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, (*Kommission / Polen*)
EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*)
EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbrecht u.a.*)
EuGH, Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*)
EuGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*)

- EuGH, Urteil vom 07.02.2018, Rs. C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68, (*Maturi u.a.*)
- EuGH, Urteil vom 09.11.2017, Rs. C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833, (*Espadas Recio*)
- EuGH, Urteil vom 19.10.2017, Rs. C-531/15, ECLI:EU:C:2017:789, (*Otero Ramos*)
- EuGH, Urteil vom 18.10.2017, Rs. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767, (*Kalliri*)
- EuGH, Urteil vom 13.07.2017, Rs. C-354/16, ECLI:EU:C:2017:539, (*Kleinsteuber*)
- EuGH, Urteil vom 24.11.2016, Rs. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897, (*Parris*)
- EuGH, Urteil vom 28.07.2016, Rs. C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, (*Kratzer*)
- EuGH, Urteil vom 14.07.2016, Rs. C-335/15, ECLI:EU:C:2016:564, (*Ornano*)
- EuGH, Urteil vom 17.12.2015, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, (*Arjona Camacho*)
- EuGH, Urteil vom 16.07.2015, Rs. C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473, (*Konstantinos*)
- EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, EU:C:2014:2133, (*X*)
- EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*)
- EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, (*A / Board of management of a community school*)
- EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-167/12, ECLI:EU:C:2014:2, (*C.D. gegen S.*)
- EuGH, Urteil vom 06.03.2014, Rs. C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128, (*Napoli*)
- EuGH, Urteil vom 12.09.2013, Rs. C-614/11, ECLI:EU:C:2013:544, (*Kuso*)
- EuGH, Urteil vom 28.02.2013, Rs. C-427/11, ECLI:EU:C:2013:122, (*Kenny u.a.*)
- EuGH, Urteil vom 06.12.2012, Rs. C-124/11, ECLI:EU:C:2012:771, (*Dittrich*)
- EuGH, Urteil vom 22.11.2012, Rs. C-385/11, ECLI:EU:C:2012:746, (*Moreno*)
- EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, (*Meister*)
- EuGH, Urteil vom 24.01.2012, Rs. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*)
- EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588, (*Williams u.a.*)
- EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, (*Kelly*)
- EuGH, Urteil vom 01.03.2011, Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, (*Test-Achats*)
- EuGH, Urteil vom 18.11.2010, Rs. C-356/09, ECLI:EU:C:2010:703, (*Kleist*)
- EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*)
- EuGH, Urteil vom 30.09.2010, Rs. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, (*Álvarez*)
- EuGH, Urteil vom 15.04.2008, Rs. C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*)
- EuGH, Urteil vom 01.04.2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, (*Maruko*)
- EuGH, Urteil vom 26.02.2008, Rs. C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119, (*Mayr*)
- EuGH, Urteil vom 06.12.2007, Rs. C-300/06, EU:C:2007:757, (*Voß*)
- EuGH, Urteil vom 03.10.2006, Rs. C-17/05, ECLI:EU:C:2006:633, (*Cadman*)
- EuGH, Urteil vom 09.12.2004, Rs. C-19/02, ECLI:EU:C:2004:779, (*Hlozek*)
- EuGH, Urteil vom 05.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*)
- EuGH, Urteil vom 30.03.2004, Rs. C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192, (*Alabaster*)
- EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, (*Allonby*)

- EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, (*A. G. Lawrence u.a.*)
- EuGH, Urteil vom 12.09.2002, Rs. C-351/00, EU:C:2002:480, (*Niemi*)
- EuGH, Urteil vom 19.03.2002, Rs. C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, (*Lommers*)
- EuGH, Urteil vom 04.10.2001, Rs. C-438/99, ECLI:EU:C:2001:509, (*Jiménez Melgar*)
- EuGH, Urteil vom 26.06.2001, Rs. C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*Brunnhöfer*)
- EuGH, Urteil vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367, (*Abrahamsson*)
- EuGH, Urteil vom 30.03.2000, Rs. C-236/98, ECLI:EU:C:2000:173, (*Ämställdhetsombudsmannen*)
- EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, (*Badeck*)
- EuGH, Urteil vom 03.02.2000, Rs. C-207/98, ECLI:EU:C:2000:64, (*Mahlburg*)
- EuGH, Urteil vom 16.09.1999, Rs. C-218/98, ECLI:EU:C:1999:424, (*Abdoulaye*)
- EuGH, Urteil vom 11.05.1999, Rs. C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241, (*Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*)
- EuGH, Urteil vom 09.02.1999, Rs. C-167/97, EU:C:1999:60, (*Seymour-Smith und Perez*)
- EuGH, Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C:1999:512, (*Lewen*)
- EuGH, Urteil vom 22.09.1998, Rs. C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424, (*Coote*)
- EuGH, Urteil vom 11.11.1997, Rs. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533, (*Marschall*)
- EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*)
- EuGH, Urteil vom 17.02.1996, Rs. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63, (*Grant*)
- EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46 (*Gillespie*)
- EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322, (*Kalanke*)
- EuGH, Urteil vom 13.07.1995, Rs. C-116/94, ECLI:EU:C:1995:247, (*Meyers*)
- EuGH, Urteil vom 31.05.1995, Rs. C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155, (*Royal Copenhagen*)
- EuGH, Urteil vom 15.12.1994, Rs. C-399/92, ECLI:EU:C:1994:415, (*Helwig u.a.*)
- EuGH, Urteil vom 28.09.1994, Rs. C-200/91, ECLI:EU:C:1994:348, (*Coloroll Pension Trustees*)
- EuGH, Urteil vom 08.06.1994, Rs. C-383/92, ECLI:EU:C:1994:234, (*Kommission / Vereinigtes Königreich*)
- EuGH, Urteil vom 22.12.1993, Rs. C-152/91, ECLI:EU:C:1993:949, (*Neath*)
- EuGH, Urteil vom 14.12.1993, Rs. C-110/91, ECLI:EU:C:1993:926, (*Moroni*)
- EuGH, Urteil vom 09.11.1993, Rs. C-132/92, ECLI:EU:C:1993:868, (*Birds Eye Walls*)
- EuGH, Urteil vom 27.10.1993, Rs. C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, (*Enderby*)
- EuGH, Urteil vom 06.10.1993, Rs. C-109/91, ECLI:EU:C:1993:833, (*Ten Oever*)
- EuGH, Urteil vom 02.08.1993, Rs. C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, (*Marshall*)
- EuGH, Urteil vom 17.02.1993, Rs. C-173/91, ECLI:EU:C:1993:64, (*Kommission / Belgien*)
- EuGH, Urteil vom 04.06.1992, Rs. C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246, (*Bötel*)
- EuGH, Urteil vom 07.02.1991, Rs. C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, (*Nimz / Freie und Hansestadt Hamburg*)
- EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Rs. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, (*Dekker*)

EuGH, Urteil vom 27.06.1990, Rs. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, (*Kowalska*)
EuGH, Urteil vom 17.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*)
EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*)
EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner-Kühn*)
EuGH, Urteil vom 04.02.1988, Rs. C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62, (*Murphy*)
EuGH, Urteil vom 01.07.1986, Rs. C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277, (*Rummel*)
EuGH, Urteil vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, (*Bilka*)
EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. C-262/84, ECLI:EU:C:1986:86, (*Beets-Proper*)
EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*)
EuGH, Urteil vom 16.02.1982, Rs. C-19/81, ECLI:EU:C:1982:58, (*Burton*)
EuGH, Urteil vom 09.02.1982, Rs. C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44, (*Garland*)
EuGH, Urteil vom 31.03.1981, Rs. C-96/80, ECLI:EU:C:1981:80, (*Jenkins*)
EuGH, Urteil vom 11.03.1981, Rs. C-69/80, ECLI:EU:C:1981:63, (*Worringham*)
EuGH, Urteil vom 11.03.1981, Rs. C-69/80; ECLI:EU:C:1981:63, (*Lloyds*)
EuGH, Urteil vom 27.03.1980, Rs. C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103, (*Macarthy's*)
EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*)
EuGH, Urteil vom 25.05.1971, Rs. C-80/70, ECLI:EU:C:1971:55, (*Defrenne I*)

EuGH Schlussanträge

Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 26.09.2013, EuGH, Rs. C-167/12, E-CLI:EU:C:2013:491, (C.D. / S.).

Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.09.2013, EuGH, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2013:604 (*A / Board of management of a community School*).

Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 03.09.2015, EuGH, Rs. C-407/14, E-CLI:EU:C:2015:534, (*Arjona Camacho*).

I) Ausgangslage

1. Entstehung des GIG: Verfassungsauftrag, Frauenstreik und EU-Einfluss

- ¹ Der schweizerische Gesetzgeber und auch die schweizerischen Gerichte taten sich lange Zeit schwer mit Gleichstellungsfragen (nicht nur) in der Arbeitswelt. Erst im Jahre 1979 anerkannte das Bundesgericht in einem Prozess um den Lohngleichheitsanspruch einer Primarlehrerin im Kanton Neuenburg, dass die bisherige Rechtfertigung schlechterer Frauenlöhne bei gleicher Arbeit wie die Männer (Männer hätten eine Familie zu versorgen) nicht mehr mit der in Art. 4 aBV verankerten Rechtsgleichheit und auch nicht mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 100 zu vereinbaren wäre.¹ Weitere Entscheide betreffend anderer Kantone folgten², die in der Literatur intensiv diskutiert wurden.³ So war das Terrain vorbereitet für den im Jahre 1981 in der Bundesverfassung (BV) aufgenommenen Art. 4 Abs. 2, der den Lohngleichheitsanspruch auf Verfassungsstufe ausdrücklich festhielt und einen Auftrag an den Gesetzgeber vorsah, für die tatsächliche Gleichstellung zu sorgen.⁴ Die neue Verfassungsbestimmung bildete den Gegenvorschlag zur Initiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“.⁵ Im Rahmen der Totalrevision der BV von 1999 wurde die damalige Regelung praktisch gleichlautend in Art. 8 Abs. 3 der neuen BV übernommen. Ergänzt wurde in Art. 8 Abs. 3 BV der Auftrag an den Gesetzgeber, für „rechtliche und tatsächliche“ Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen.⁶
- ² Die verfassungsrechtliche Garantie der Geschlechtergleichheit vermochte die weiterhin bestehenden Ungleichheiten, namentlich im Bereich der Entlohnung, nicht zu beseitigen. Einer parlamentarischen Initiative von Nationalrätin Yvette Jaggi "Gleicher Lohn für Frau und Mann" war 1985 noch kein Erfolg beschieden⁷, immerhin aber wurde die Verwaltung aktiv und entwarf Vorschläge für ein Gleichstellungsgesetz.⁸ Zwei Faktoren erwiesen sich als wichtige Treiber auf dem Weg zur Verabschiedung dieses Gesetzes. Es war zum einen der erste Frauenstreik von 1991⁹ und zum anderen die Diskussion um den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und die damit verbundene Frage um eine notwendige Anpassung im Gleichstellungsbereich.¹⁰

¹ BGE 103 I 517, siehe dazu u.a. PÄRLI (Vertragsfreiheit), 91 ff.; BIGLER-EGGENBERGER (Justitias Waage), 23; HAUSAMANN, 158.

² BGE 105 Ia 120 mit Hinweis auf zwei nicht publizierte Entscheide i.S. B. vom 21.03.1979 und i.S. L. vom 02.05.1979;

³ BIGLER-EGGENBERGER (Lohngleichheit), 1274; DIES. (Erfolgsgeschichte), 328; WALDMANN, 142; STAUBER-MOSER, 1364.

⁴ PÄRLI (Vertragsfreiheit), N 233.

⁵ Botschaft über die Volksinitiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ vom 14. November 1979 in BBI 1980 I 69.

⁶ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, SG-Komm BV, Art. 8 Abs. 3 BV, 236 ff.

⁷ Parlamentarische Initiative JAGGI YVETTE, Amtliches Bulletin NR 1985, 1795 ff., erfolgreich war demgegenüber ein Postulat der gleichen Nationalrätin, siehe Amtl. Bull. NR 1985, 1809 f.

⁸ Siehe dazu: FUCHS, 119.

⁹ HOTZ, 3 ff.

¹⁰ KAUFMANN, Rz. 44 ff.

- ³ Der Bundesrat wies in seiner Botschaft zum Gleichstellungsgesetz (GIG) auf die Notwendigkeit eines solchen Erlasses im Lichte des internationalen Rechts hin, namentlich erwähnte er die ILO-Konventionen Nr. 100 und 111 und das UN-Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.¹¹ Unverkennbar ist indes der Einfluss des EU-Gleichstellungsrechts.¹² In der Botschaft zum GIG verwies der Bundesrat sowohl auf einzelne Gleichstellungsrichtlinien der EU als auch auf die Rechtsprechung des EuGH.¹³ Ein allfälliger EWR-Beitritt hätte eine Anpassung des schweizerischen Gleichstellungsrechts erfordert. Auch nach dem Nein des Souveräns zum EWR-Beitritt am 6. November 1992 wollte der Bundesrat mit dem Gleichstellungsgesetz «europafähig» bleiben.¹⁴
- ⁴ Das schliesslich am 24. März 1995 erlassene GIG kann als autonom nachvollzogenes EU-Recht bezeichnet werden.¹⁵ In wenigen Bereichen wich der Gesetzgeber jedoch bewusst von der Rechtslage in der EU ab. So wurde bspw. die EU-Richtlinie über die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit bewusst nicht nachvollzogen.¹⁶ Nach der Gerichtspraxis gelten Ansprüche auf Leistungen der beruflichen Vorsorge nicht als Lohn (Entgelt) und sind somit weder vom verfassungsmässigen Anspruch auf Lohngleichheit noch vom GIG erfasst.¹⁷

2. Autonomer Nachvollzug EU-Gesetzgebung und EU-Rechtsprechung

- ⁵ Unter «Autonomer Nachvollzug» wird gemeinhin verstanden, dass der schweizerische Gesetzgeber auf eigene Initiative hin, ohne staatsvertragliche Verpflichtung, Regelungen des Unionsrechts in die schweizerische Rechtsordnung aufnimmt. Ziel des autonomen Nachvollzugs ist die Vermeidung oder Beseitigung befürchteter Nachteile, die sich aus unterschiedlichen Regelungen in der EU und in der Schweiz, insbesondere für die wirtschaftlichen Beziehungen, ergeben.¹⁸
- ⁶ Der Nachvollzug eines EU-Gesetzes führt zur Frage, ob und wie weit die rechtsanwendenden Behörden die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes beachten müssen. Im Anwendungsbereich des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)¹⁹ ist eine solche Pflicht ausdrücklich festgehalten.²⁰ Wie verhält es sich jedoch beim GIG und bei anderen schweizerischen Erlassen, die

¹¹ 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, BBI 1993 I 1291.

¹² ENGLARO, 307 ff.

¹³ BBI 1993 I 1248, 1287, zum Ganzen auch STÖCKLI, 126f.

¹⁴ BBI 1993 I 1249, 1276, 1289f.

¹⁵ ENGLARO, 307; EPINEY/DUTTWILER, 37 ff.; PÄRLI (Einwirkungen), N 1105.

¹⁶ BBI 1993 I 1248, 1286 und 1289.

¹⁷ Dies hat das Bundesgericht für Art. 4 Abs. 2 aBV (heute Art. 8 Abs. 3 BV) klar festgehalten, siehe: BGE 109 I^b 87, E.4c; BGE 116 V 198, E. 3.

¹⁸ PÄRLI (Einwirkungen), N 1101; KUNZ, N 108 ff.

¹⁹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

²⁰ Siehe Art. 16 FZA, Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung soweit im Abkommen und in seinen Anhängen auf EU-Recht Bezug genommen wird.

als autonom nachvollzogenes EU-Recht qualifiziert werden? Müssen die schweizerischen Gerichte die EuGH-Rechtsprechung berücksichtigen? Welche Rolle spielt dabei das EU-Recht, wenn es sich seit dem autonomen Nachvollzug durch die Schweiz weiterentwickelt hat und die Schweiz diese Entwicklung legislativ nicht oder noch nicht mitgemacht hat?

- ⁷ Leitentscheid des Bundesgerichts zu diesem Fragekomplex bildet BGE 129 III 335. Zu klären war, ob die Bestimmung zum Betriebsübergang in Art. 333 OR, insbesondere die Regelung zur Solidarhaftung, auch im Konkursfall Anwendung finde. Das Bundesgericht entschied sich dagegen und begründete seine Position im Wesentlichen mit der Rechtslage in der Europäischen Union. Zwar entfalte das EU-Recht keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht, da jedoch Art. 333 OR in der Fassung der Revision von 1993 einen autonomen Nachvollzug der einschlägigen EU-Regelung darstelle, sei nachvollzogenes Binnenrecht im Zweifel europarechtskonform auszulegen. Es handle sich um harmonisiertes Recht und sei als solches wie das Staatsvertragsrecht Einheitsrecht. Das habe zur Folge, dass, soweit die binnenaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulasse, auch bei der Auslegung und Anwendung des Rechts eine Harmonisierung anzustreben sei. Die Angleichung in der Rechtsanwendung dürfe sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber gegolten habe. Vielmehr habe sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt worden sei, im Auge zu behalten.²¹
- ⁸ Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid ein dynamisches Konzept des autonomen Nachvollzugs befürwortet.²² In anderen Entscheidungen neigt das Bundesgericht allerdings eher dazu, das EU-Recht statisch zu berücksichtigen und namentlich seit Erlass des schweizerischen Gesetzes im EU-Recht vorgenommene Änderungen nicht zu beachten.²³
- ⁹ Die mit BGE 129 III 335 entwickelten Grundsätze zum Umgang mit nachvollzogenem EU-Recht werden in der Lehre überwiegend anerkannt.²⁴ Kritik wird angebracht zum Vorbehalt des Bundesgerichts, wonach autonom nachvollzogenes EU-Recht lediglich im Zweifel europarechtskonform auszulegen sei.²⁵ Es ist Aufgabe der Gerichte, in jedem Anwendungsfall die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu eruieren.²⁶ Die Berücksichtigung der Weiterentwicklung des EU-Rechts ist dann und soweit zulässig, als sie dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers entspricht und mit dem Zweck der Norm übereinstimmt.²⁷ Ausgeschlossen dürfte eine Übernahme der europäischen Weiterentwicklung dann sein, wenn diese aus Sicht des schweizerischen

²¹ BGE 129 III 335, E. 6; PÄRLI (Einwirkungen), N 1101.

²² WIEGAND, 171 ff.; WILDHABER, 185 ff.

²³ So z.B. in BGE 136 III 553, siehe dazu PÄRLI (Einwirkungen), N 1112.

²⁴ KUNZ, 37; AMSTUTZ, 105 ff.; kritisch zu dieser Entwicklung: HONSELL, 30 ff.

²⁵ WALTER, 259 ff., 270.

²⁶ FURRER, 311.

²⁷ PÄRLI (Einwirkungen), N 1114.

Rechts zu einem vom historischen Gesetzgeber nicht gewollten, grundlegenden Systemwechsel führen würde.²⁸ Auch sind verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung zu respektieren.²⁹

- ¹⁰ Erlaubt sei noch der folgende Hinweis³⁰: Bei der «europarechtskonformen Auslegung» des (autonom nachvollzogenen) schweizerischen Rechts stellen sich vergleichbare Fragen wie beim Gebot richtlinienkonformer Interpretation durch die EU-Mitgliedstaaten.³¹ Dieses Gebot verlangt von den Gerichten der Mitgliedstaaten, dass sie bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses soweit wie möglich nach Wortlaut und Zweck der Richtlinie auslegen, damit das in der Richtlinie festgelegte Ziel erreicht wird.³² Diese Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts basiert auf der in den EU-Verträgen verankerten Kooperation zwischen dem nationalen Gericht und dem EuGH. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen.³³ Diese Verpflichtung geht aber nicht so weit, dass innerstaatliches Recht *contra legem* ausgelegt werden muss, um das Ziel einer Richtlinie zu realisieren.³⁴ Auch wenn sich die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung im Falle der Schweiz nicht aus den EU-Verträgen ableiten lässt, sind die Aufgaben an die Rechtspraxis vergleichbar mit denjenigen von Gerichten in EU-Staaten.³⁵ Eine wichtige Differenz besteht: Im Unterschied zu den EU-Mitgliedstaaten steht der Schweiz die Möglichkeit der Vorabentscheidung durch den EuGH nicht offen (und sie ist auch nicht dazu verpflichtet). Den schweizerischen Gerichten aber ist es selbstredend erlaubt, für die Auslegung autonom nachvollzogenem EU-(Arbeits-)recht auf passende Entscheidungen von Gerichten in Mitgliedstaaten Bezug zu nehmen. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind bekanntlich verpflichtet, die nationalen Umsetzungsgesetze richtlinienkonform auszulegen. Wenn feststeht, dass der Wille des schweizerischen Gesetzgebers auf eine parallele Rechtsentwicklung mit dem EU-(Arbeits-)recht ausgerichtet ist, so kann auch der Entscheid eines Gerichts in einem EU-Mitgliedstaat relevant sein.³⁶
- ¹¹ Soweit die Schweiz im Bereich des Gleichstellungsrechts die EU-Rechtslage nicht autonom übernommen hat, wirkt EU-Recht zum Teil auch auf dem Wege der Rechtsvergleichung auf das schweizerische Recht ein.³⁷ Weiter zeigen vergleichende Analysen zwischen schweizerischem

²⁸ EMMENEGGER/TSCHENTER, BK, N 320 zu Art. 1 ZGB.

²⁹ DIES., BK, N 261 zu Art. 1 ZGB; siehe dazu auch grundsätzlich BIAGGINI, insbes. 277 ff.

³⁰ Die Aussagen in dieser Randziffer stammen vom Autoren vorliegenden Gutachtens in: PÄRLI (Einwirkungen), N 1115.

³¹ Zu dieser Pflicht siehe KLAUS-WILHELM, 47 ff.

³² EuGH, Urteil vom 24.01.2012, Rs. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), Rn. 24.

³³ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), Rn. 111.

³⁴ EuGH, Urteil vom 15.04.2008, Rs. C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), Rn. 100.

³⁵ PÄRLI (Einwirkungen), N 1116 mit zahlreichen Hinweisen.

³⁶ Siehe zur Auslegung von EU-Privatrecht durch Gerichte in EU-Mitgliedstaaten RIESENHUBER, 65f.

³⁷ PROBST, 784f.

und EU-rechtlichem Anti-Diskriminierungsrecht (ausserhalb des Diskriminierungsmerkmals Geschlecht), dass zuweilen trotz divergierender Gesetzgebung die Gerichte im Ergebnis materiell gleiche oder zumindest ähnliche Entscheide fällen.³⁸

- ¹² Auch die Rechtswissenschaft hat sich mit der Frage nach dem Vergleich zwischen dem EU- und schweizerischen Geschlechtergleichheitsrecht auseinandergesetzt.³⁹ Zu erwähnen ist dabei insbesondere die vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützte Studie «Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht: Konvergenzen und Divergenzen».⁴⁰ Die Autorin und der Autor kommen dabei zum Schluss, «dass es zahlreiche konzeptionelle Parallelen zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht im Gleichstellungsrecht gibt, dies übrigens teilweise (so etwa beim Lohngleichheitssatz oder der Zulässigkeit positiver Massnahmen) auch in Bereichen, in denen der Gesetzgeber nicht explizit eine Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht vorgesehen hat. Daneben sind aber auch insbesondere richterliche "Abweichungen" von gemeinschaftlichen Konzepten festzustellen, dies auch in Bereichen, in denen an sich eine gewisse Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht intendiert war»⁴¹. Weiter führen die Autorin und der Autor aus, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Fragen der Gleichheit der Geschlechter berücksichtige EuGH-Rechtsprechung dann, wenn dies der Untermauerung der Urteilsbegründung diene, andernfalls werde eher stillschweigend auf Anknüpfungen verzichtet.⁴²

3. Fragestellung und methodisches Vorgehen

- ¹³ Die Bedeutung des Konzepts des autonomen Nachvollzugs für die vorliegend interessierende Frage nach der Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Arbeitsverhältnis liegt auf der Hand. Müssen die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung von Bestimmungen des GIG die EU-Regelungen und deren Auslegung durch den EuGH berücksichtigen? Wie ist zu verfahren, wenn sich zwischen dem GIG und dem korrespondierenden EU-Recht Unterschiede zeigen?
- ¹⁴ Aus den bisherigen Studien und Publikationen lässt sich bereits festhalten, dass der Umgang mit EU-(Gleichstellungs-)recht durch die schweizerischen Gerichte keinem klaren Konzept folgt und mehr von «Begründungsbedürfnissen» des Gerichts abhängig ist als von der Wahrnehmung eines dem Willen des (historischen) schweizerischen Gesetzgebers entsprechenden Bedürfnisses der EU-Kompatibilität.⁴³

³⁸ Dazu ausführlich: PÄRLI (Einwirkungen), 476 ff. und BAUMGARTNER ET AL., N 2208 ff.

³⁹ Siehe HOTZ, 3 ff.; KLETT, 134 ff.; ENGLARO, 307; SCHWEIZER/TOBLER, 338.

⁴⁰ Siehe Näheres in der Projektdatenbank der SNF: <http://p3.snf.ch/project-63602> (zuletzt besucht am 20.08.2020). Erwähnt werden kann auch das SNF-Projekt des Autors des vorliegenden Gutachtens, siehe <http://p3.snf.ch/project-152887> (zuletzt besucht am 20.08.2020).

⁴¹ EPINEY/DUTTWILER, 67.

⁴² DIES., 67.

⁴³ Siehe oben, Rz. 10 bis 12.

- ¹⁵ Mit der vorliegenden Untersuchung wird nicht beabsichtigt, ein (weiteres) rechtsdogmatisch begründetes Konzept für die Auslegung und Anwendung des GIG im Lichte der Europakompatibilität zu entwickeln. Vielmehr besteht das Ziel des Gutachtens darin, den Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts (im Erwerbsleben) im Vergleich zur Schweiz aufzuzeigen und zu analysieren, inwieweit die EuGH-Rechtsprechung in der Schweiz Berücksichtigung findet. Die Erkenntnisse ermöglichen Politik, Verwaltung, Gerichten und zivilgesellschaftlichen Akteur_innen Handlungsspielräume aufgrund des geltenden Rechts zu erkennen und Reformen anzustossen.
- ¹⁶ Zur Beantwortung der Fragestellung drängt sich das folgende Vorgehen auf: In einem ersten Schritt werden die arbeitsrechtlich relevanten Geschlechtergleichbehandlungsvorschriften in der EU und in der Schweiz dargestellt (II). Der Fokus liegt dabei auf den Regelungen für die abhängige Arbeit. Dennoch wird kurz auch auf Gleichbehandlungsvorschriften im Bereich selbständiger Arbeit und für Verwaltungsräte_innen eingegangen. Anschliessend folgt die Analyse der Rechtsprechung des EuGH einerseits und des Bundesgerichts andererseits (III). Aus Kapazitätsgründen beschränkt sich dieser Untersuchungsschritt auf die Themen «Lohngleichheit», «Anstellungsdiskriminierung», «Beförderungsdiskriminierung», «Diskriminierung bei weiteren Arbeitsbedingungen», «Entlassungsdiskriminierung», «Sanktionen» und «Viktimalisierung». Abgeschlossen wird das Gutachten mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (IV).

II) Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsvorschriften (Geschlecht) in der EU und in der Schweiz

1. Vorbemerkungen

- ¹⁷ Auf die schweizerische Entwicklung des Gleichheitsanspruchs aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben wurde bereits hingewiesen.⁴⁴ In der EU (vormals: EWG, später EG) war der Grundsatz des Anspruchs auf gleichen Lohn für Frauen und Männer für gleiche und gleichwertige Arbeit seit den Römer-Verträgen im Jahre 1957 verankert.⁴⁵ Motive für die Aufnahme der Vorschrift in den Vertrag waren weniger sozialpolitische Ziele als vielmehr wirtschaftliche Überlegungen.⁴⁶ Insbesondere Frankreich fürchtete, dass die anderen Staaten ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile hätten, wenn die in Frankreich schon geltenden Lohngleichheitsvorschriften nicht auch in den anderen EU-Staaten angewendet würden.⁴⁷ Heute ist die Geschlechtergleichheit im Arbeitsleben im Primärrecht in Art. 157 AEUV, in Art. 23 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC) und im Sekundärrecht in der Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG verankert.⁴⁸

⁴⁴ Siehe oben, Rz. 1 bis Rz. 4.

⁴⁵ Art. 119 EWG.

⁴⁶ LANGENFELD, N 1 zu Art. 157 AEUV.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*), Rn. 9.

⁴⁸ PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1447.

Ein wichtiger Motor der Förderung der Geschlechtergleichheit (auch) im Arbeitsleben war und ist der EuGH, dessen Urteile regelmäßig einen rechtsfortbildenden Effekt haben.⁴⁹ Bahnbrechend waren etwa die Entscheid-Trilogie *Defrenne I, II und III*,⁵⁰ die Quotenentscheide⁵¹ und die Entscheide zur Wirksamkeit von Sanktionen.⁵² Wie das schweizerische Bundesgericht hat auch der EuGH für die normative Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Anspruchs auf Lohngleichheit auf das ILO-Übereinkommen Nr. 100 Bezug genommen.⁵³

¹⁸ Ergänzt wurde der Diskriminierungsschutz aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Geschlechts im Jahre 1997 im Vertrag von Amsterdam mit einer Kompetenznorm (heute Art. 19 AEUV) für den Erlass von wirksamen Massnahmen gegen Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Gestützt darauf hat der europäische Gesetzgeber im Jahre 2000 die Diskriminierungsschutzrichtlinien 2000/78/EG⁵⁴ und 2000/43/EG⁵⁵ erlassen.⁵⁶

2. Primärrecht: EUV, AEUV und Grundrechtecharta

¹⁹ Die Gleichheit der Geschlechter ist ein zentrales Ziel der EU. Dies kommt in Art. 3 Abs. 3 Abs. 2 des Unionsvertrages (EUV) zum Ausdruck, wonach die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft und u.a. soziale Gerechtigkeit, sozialen Schutz und die Gleichstellung von Frauen und Männern fördert. Art. 8 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV) nimmt diese Zielsetzung auf und verlangt von der Union, bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinzuwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

²⁰ Art. 157 AEUV statuiert nicht nur den Grundsatz der Entgeltgleichheit, sondern befasst sich generell mit der Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben. Das grundsätzlich an die Mitgliedstaaten adressierte Entgeltgleichheitsgebot wird vom EuGH auch als subjektives Recht der Arbeitnehmenden anerkannt. Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV gewährt einen auch in privaten

⁴⁹ ELLIS/WATSON, 21.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 25.05.1971, Rs. C-80/70, ECLI:EU:C:1971:55, (*Defrenne I*); EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*); EuGH, Urteil vom 15.06.1978, Rs. C-149/77, ECLI:EU:C:1978:130, (*Defrenne III*).

⁵¹ EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322, (*Kalanke*); EuGH, Urteil vom 02.08.1993, Rs. C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, (*Marshall*); EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, (*Badeck*); EuGH, Urteil vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367, (*Abrahamsson*).

⁵² EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*); EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Rs. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, (*Dekker*); EuGH, Urteil vom 02.08.1993, Rs. C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, (*Marshall*); EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*).

⁵³ EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*), Rn. 20.

⁵⁴ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI. Nr. L 303 vom 2. Dezember 2012, S. 16-22.

⁵⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI. Nr. L 180 vom 19. Juli 2000, S. 22-26.

⁵⁶ PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1448.

Arbeitsverhältnissen geltenden⁵⁷ unmittelbaren Anspruch auf Entgeltgleichheit bei gleicher und gleichwertiger Arbeit. Nach Art. 157 Abs. 3 AEUV können Rat und Parlament Massnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen erlassen und Art. 157 Abs. 4 AEUV gewährt den Mitgliedstaaten Spielraum für so genannte positive Massnahmen (Privilegierung des bisher benachteiligten Geschlechts im Hinblick auf die volle Gleichstellung).

- ²¹ Darüber hinaus ist die Gleichstellung der Geschlechter auch in der Grundrechtecharta der Europäischen Union verankert. Art. 21 GRC verbietet Diskriminierungen aus verschiedenen Gründen, unter anderem wegen des Geschlechts und Art. 23 GRC postuliert die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen und die Notwendigkeit positiver Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung.
- ²² In Art. 157 Abs. 1 AEUV ist lediglich der Anspruch auf gleiches Entgelt als subjektives Recht verankert. In der Lehre wird indes anerkannt, dass unter Berücksichtigung von Art. 23 GRC und der Rechtsprechung des EuGH⁵⁸ ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts im Bereich Arbeit und Beschäftigung existiert.⁵⁹ Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot wird durch Sekundärrecht konkretisiert.⁶⁰

3. Bundesverfassung: Art. 8 Abs. 3 BV

- ²³ Gleich wie im internationalen menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz ist eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch nach bundesverfassungsrechtlicher Wertung besonders verpönt. Das zeigt sich darin, dass das Geschlecht einerseits als verpöntes Diskriminierungsmerkmal in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführt ist, und andererseits – anders als die anderen Diskriminierungsmerkmale – in Art. 8 Abs. 3 BV als ein subjektives Recht (auf Lohngleichheit) und als konkrete Aufträge an den Gesetzgeber vorgesehen sind.
- ²⁴ Die massgebliche Bestimmung in Art. 8 Abs. 3 BV enthält drei Sätze mit je einem anderen Regelungsgehalt.⁶¹ Alle drei Sätze von Art. 8 Abs. 3 BV sind in arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant. Satz eins hält fest: Mann und Frau sind gleichberechtigt. Diese Bestimmung gewährt einen individuellen justizialbaren Anspruch gegenüber staatlichen Behörden auf eine rechtsgleiche Behandlung ohne Unterschied des Geschlechts. Ziel der Bestimmung ist die Überwindung überliefelter Vorstellungen über die Rollenteilung zwischen den Geschlechtern, was auch einem völkerrechtlichen Auftrag entspricht.⁶²

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 07.02.1991, Rs. C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, (*Nimz / Freie und Hansestadt Hamburg*).

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*), Rn. 71.

⁵⁹ GRÜMBERGER, N 20.

⁶⁰ Siehe dazu unten, Rz. 27 ff.

⁶¹ Siehe PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1499 ff. (die folgenden Ausführungen stammen teilweise aus diesen Randnoten).

⁶² WALDMANN, BSK BV, N 106 und 107 zu Art. 8 BV.

- ²⁵ Im zweiten Satz wird der Gesetzgeber aufgefordert, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen. Mit dem Gleichstellungsgesetz hat der Gesetzgeber diesen Schutzauftrag umgesetzt. Das GIG präzisiert, konkretisiert und erweitert den verfassungsrechtlichen Gleichstellungsanspruch nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BV. Darüber hinaus konkretisiert das GIG auch den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit nach Art. 8 Abs. 2 Satz 3 BV. Die Erweiterung betrifft vor allem verfahrensmässige Erleichterungen. Damit kommt der Gesetzgeber seiner verfassungs- und völkerrechtlichen Schutzwilheit zur Verwirklichung der Gleichstellung nach.
- ²⁶ Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Es handelt sich gleich wie im Falle von Satz eins um ein justiziables Grundrecht. Der Anspruch auf Lohngleichheit zwischen Frau und Mann bei gleichwertiger Arbeit gilt auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis unmittelbar. Betroffen sind sowohl Lohnregelungen im Gesamtarbeitsvertrag wie auch einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen. Die Grundrechtslehre sieht Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV als einen der seltenen Fälle der direkten Drittewirkung eines Grundrechts.⁶³

4. EU-Sekundärrecht

4.1 Richtlinie 2006/54/EG

- ²⁷ Im Jahre 2006 wurde ein ganzes Bündel an Richtlinien betreffend die Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben aufgehoben⁶⁴ und deren Inhalte, zum Teil verändert und erweitert, in die Richtlinie (RL) 2006/54/EG übergeführt. Durch die RL 2006/54/EG werden die EU-Mitgliedstaaten zum Erlass umfassender gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts verpflichtet. Diskriminierungsschutz muss dabei sämtliche Phasen eines Arbeitsverhältnisses umfassen und auch wirksame und abschreckende Sanktionen beinhalten.⁶⁵
- ²⁸ Ziel der Richtlinie ist gemäss ihrem Art. 1 die Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und die Sicherstellung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Zu diesem Zweck finden sich in der Richtlinie Vorschriften betreffend Zu-

⁶³ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, SG-Komm BV, N 122 zu Art. 8 Abs. 3 BV.

⁶⁴ Das betrifft: Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit; Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen; Die Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen und die Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

⁶⁵ Siehe PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1489 ff. (die folgenden Ausführungen stammen teilweise aus diesen Randnoten).

gang zur Beschäftigung einschliesslich dem beruflichen Aufstieg und der Berufsbildung, der Arbeitsbedingungen einschliesslich des Entgelts, und in Bezug auf betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit. Die Richtlinie enthält ferner Bestimmungen zur Schaffung angemessener Verfahren.

- ²⁹ Art. 4 RL 2006/54/EG regelt den Anspruch auf Entgeltgleichheit (und konkretisiert damit Art. 157 AEUV). Bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ist jede direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen zu beseitigen. Abs. 2 präzisiert, dass insbesondere dann, wenn ein betriebliches Lohnsystem verwendet wird, dieses für Männer und Frauen auf gemeinsamen Kriterien beruhen muss, so dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen ist.
- ³⁰ In den Art. 5 bis 13 der RL 2006/54/EG finden sich umfangreiche Vorschriften zur Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen⁶⁶ der sozialen Sicherheit. Ausgehend vom Verbot direkter und indirekter Diskriminierung betreffend Beitragspflicht und Berechnung der Beiträge sowie auf Berechnung der Leistungen, enthält Art. 6 den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschriften (alle Arbeitnehmende; Mitgliedstaaten können auch Selbstständigerwerbende oder Arbeitsunfähige und Angehörige von Arbeitnehmenden erfassen), Art. 7 den sachlichen Anwendungsbereich (Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, Arbeitslosigkeit sowie weitere Systeme der sozialen Sicherheit, die einen Bezug zum Beschäftigungsverhältnis haben und vom Arbeitgeber finanziert werden) und Art. 9 zählt in lit. a bis k beispielhaft auf, welche Tatbestände als Diskriminierung im Sinne von Art. 5 gelten (z.B. Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand). Weitere Bestimmungen des Kapitels über die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit betreffen Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich (Art. 8), Selbstständigerwerbende (Art. 10, 11), Fragen der Rückwirkung (Art. 12) und des flexiblen Rentenalters (Art. 13).
- ³¹ Im dritten Kapitel der RL 2006/54/EG finden sich Regelungen zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Arbeitsverhältnis einschliesslich des Entgelts. Das Diskriminierungsverbot in Art. 14 Abs. 1 RL 2006/54/EG nennt in den lit. a bis d die Bereiche «Auswahl- und Einstellungsbedingungen» (lit. a), «Zugang Berufsberatung und Berufsbildung, Weiterbildung und Umschu-

⁶⁶ Die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit bilden Gegenstand einer eigenständigen Regelung (RL 79/7/EWG). Die Grenzen zwischen betrieblichen und gesetzlichen Systemen sozialer Sicherheit sind flüssig. Es stellen sich in der Praxis schwierige Abgrenzungsfragen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann, siehe dazu aber weiterführend: HUSTER/KIESSLING, 301f., siehe zur Auslegung des Begriffs "Leistung" aus einem gesetzlichen System sozialer Sicherheit auch EuGH, Urteil vom 01.04.2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, (Maruko), Rn. 47; siehe zudem: HUSTER/KIESSLING, 293 ff.

lung» (lit. b), «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschliesslich Entlassungsbedingungen» (lit. c) und «Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisation einschliesslich Genuss der Leistungen dieser Organisationen» (lit. d).

- ³² Die Mitgliedstaaten können nach Art. 14 Abs. 2 der RL 2006/54/EG vorsehen, dass «im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschliesslich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung» eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts keine Diskriminierung darstellt, «wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt». Nach dem klaren Wortlaut bezieht sich diese Rechtfertigungsmöglichkeit nicht auf das Entgelt, sondern nur auf den Zugang zur Beschäftigung und Berufsbildung. Eine direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lässt sich also im Bereich des Entgelts nicht mit dem Argument «wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung» rechtfertigen.⁶⁷ Anders verhält es sich mit der Rechtfertigung indirekter Diskriminierung. Diese kann nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 lit. d RL 2006/54/EG gerechtfertigt sein, wenn die Massnahmen, die eine indirekte Diskriminierung bewirken, durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels als verhältnismässig qualifiziert werden können.⁶⁸
- ³³ Art. 15 und 16 der RL 2006/54/EG enthalten Bestimmungen betreffend Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub und zum Vaterschafts- und Adoptionsurlaub, wobei hier keine Ansprüche auf solche Leistungen an sich gewährt werden, sondern lediglich der Sache nach klargestellt wird, dass solche Leistungen nicht gegen den Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter verstossen dürfen.
- ³⁴ Wichtig sind weiter die Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung (Art. 17, u.a. Verbandsklagemöglichkeiten), zum Schadenersatz oder Entschädigung (Art. 18, u.a.: Schaden muss tatsächlich und wirksam ersetzt werden, Begrenzung der Entschädigungshöhe nur bei Anstellungsdiskriminierungen), zur Beweislast (Art. 19, Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genügt zum Übergang der Beweislast auf die Arbeitgeber) und den Sanktionen (Art. 25, Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer beinhalten, müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein).
- ³⁵ Der persönliche Geltungsbereich der RL umfasst je nach Sachbereich nur Arbeitnehmende oder auch Selbstständigerwerbende. Soweit es um den Anspruch auf gleiches Entgelt geht, sind nur Arbeitnehmende geschützt. Demgegenüber verweist Art. 6 RL 2006/54/EG für das ganze zweite

⁶⁷ KOCHER, 251.

⁶⁸ Für Näheres zur Rechtfertigung ungleicher Entgelte siehe unten Rz. 58.

Kapitel (Vorschriften über betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit) darauf, dass auch Selbstständige nicht diskriminiert werden dürfen.

4.2 Weitere Richtlinien mit Bezug zum Erwerbsleben

³⁶ Auch wenn mit RL 2006/54/EG vier bisherige Richtlinien neu kodifiziert wurden und so die Gleichbehandlungsthematik aufgrund des Geschlechts im Bereich Arbeit und Beschäftigung in vergleichbarer Weise wie die beiden Anti-Diskriminierungs-Richtlinien 2000/78/EG (Merkmale Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung und Religion/Weltanschauung) und 2000/43/EG (Merkmale «Rasse»/Ethnischer Hintergrund) geregelt ist⁶⁹, muss auf weitere Richtlinien hingewiesen werden. Das betrifft namentlich:

- Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz;
- Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von Business Europe, von der Europäischen Union des Handwerks und der Klein- und Mittelbetriebe (UEAPME), vom Europäischen Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) und vom Europäischen Gewerkschaftsbund (EGB) geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG;
- Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates.⁷⁰

³⁷ Als nicht mehrheitsfähig im Rat der EU (Ko-Gesetzgeber zusammen mit dem Parlament) erwies sich vorderhand der «Vorschlag für eine Richtlinie zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen».⁷¹ Das Europäische Parlament hatte diesen Vorschlag in erster Lesung Ende 2013 angenommen.⁷² Der Entwurf zur RL sieht vor, dass bis zum Jahr 2020 mindestens 40 Prozent der

⁶⁹ CHEGE, 503 ff.

⁷⁰ Die RL beinhaltet ein Diskriminierungsverbot, das namentlich in den Bereichen Sozialer Schutz (Art. 7), Mutter-schaftsleistungen (Art. 8) und Gründung einer Gesellschaft (Art. 6) Wirkung erzeugen will. Bemerkenswert ist, dass die RL auch positive Massnahmen zur Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit von Frauen erwähnt (Art. 8).

⁷¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen, COM (2012) 614.

⁷² Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. November 2013 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen (ABI. C 436 vom 24.11.2016, 225).

nicht geschäftsführenden Direktoren_innen und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter europäischer Unternehmen der unterrepräsentierten Geschlechtergruppe angehören.⁷³ Weiter müsst(en) die Mitgliedstaaten Regelungen vorsehen, die dazu führen, dass Mandate in den höchsten Gremien auf der Grundlage neutraler, klarer und vorab festgelegter Kriterien vergeben werden.⁷⁴ Bei gleicher Qualifikation zweier Bewerbenden käme – der Quote entsprechend – die Person zum Zug, die zur unterrepräsentierten Geschlechtergruppe zählt.⁷⁵ Mehrere Staaten hatten (und haben) indes Vorbehalte gegen diese Richtlinie⁷⁶ und so wird es wohl noch eine Weile dauern, bis Gleichbehandlungsregelungen auf EU-Ebene auch in den höchsten Etagen in den Unternehmen gelten.

³⁸ Erwähnung verdient weiter ein Strategiedokument der EU-Kommission unter der neuen Präsidentin Ursula von der Leyen.⁷⁷ Darin steht u.a., dass die Kommission die Mitgliedstaaten (weiterhin) auffordern wird, das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt⁷⁸ zu ratifizieren und die bestehenden EU-Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmer_innen vor sexueller Belästigung⁷⁹ umzusetzen.

5. Gesetzgebung in der Schweiz

5.1 Überblick zum Gleichstellungsgesetz (Bund)

³⁹ Das Bundesgesetz über die Gleichstellung (GIG) bildet wie erwähnt den wichtigsten Umsetzungsakt des verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftaktes.⁸⁰ Es ist auf alle öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse anwendbar.⁸¹

⁴⁰ Das GIG verbietet in Art. 3 Abs. 1 GIG jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Bei einer direkten Diskriminierung ist das Geschlecht der unmittelbare Anlass für die Ungleichbehandlung. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechts-

⁷³ RL Entwurf (Fn. 71), Art. 4 Abs. 1.

⁷⁴ RL Entwurf (Fn. 71), Art. 4 Abs. 3.

⁷⁵ RL Entwurf (Fn. 71), Art. 4 Abs. 4.

⁷⁶ Eine illustrative Darstellung der leidvollen Geschichte dieser Richtlinie findet sich bspw. im Bericht der Arbeiterkammer Wien, 6f., Quelle: https://www.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/wirtschaft/betriebswirtschaft/AK_Frauen_Management_Report_2020.pdf (zuletzt besucht am 18.08.2020).

⁷⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen "Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020-2025 ", COM(2020) 152 final (siehe das Dokument hier: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN>, zuletzt besucht am 21.08.2020).

⁷⁸ ILO Übereinkommen (Nr.190) und Empfehlung (Nr.206) über Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt.

⁷⁹ Gemeint sind hier Erwägungsgründe 6 und 7 und Art. 2 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. d sowie Art. 26 der RL 2006/54/EG.

⁸⁰ Siehe oben, Rz. 9. In den meisten Kantonen ergänzen kantonale Vorschriften das GIG. Diese Erlasse regeln den Vollzug des GIG in den Kantonen und sehen kantonale Massnahmen, meist institutioneller Art, vor.

⁸¹ Art. 2 GIG.

neutrale Regelung sich im Ergebnis für das eine Geschlecht nachteilig auswirkt. Keine Diskriminierung liegt dann vor, wenn sich die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen lässt. Bei direkter Diskriminierung müssen zwingende sachliche Gründe vorliegen, die eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung rechtfertigen (das Geschlecht muss wesentlich sein für die Ausübung des Berufs). Zulässig ist die indirekte Diskriminierung dann, wenn mit der (im Ergebnis) ungleichen Behandlung aufgrund des Geschlechts legitime Ziele verfolgt werden und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismässig sind.⁸²

- ⁴¹ Als eine Form der Diskriminierung gilt auch die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.⁸³ Für das Vorliegen einer Diskriminierung ist nicht entscheidend, ob seitens der Arbeitgeberin ein Verschulden vorliegt. Entscheidend ist vielmehr, ob die Wirkung einer Massnahme diskriminierend ist.⁸⁴
- ⁴² Nach Art. 3 Abs. 3 GIG stellen «angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung» keine Diskriminierung dar. Massnahmen, welche ein Geschlecht gegenüber dem anderen vorziehen, sind somit nicht diskriminierend, wenn sie die Gleichstellung von Frau und Mann zum Ziel haben.
- ⁴³ Das Diskriminierungsverbot gilt nach Art. 3 Abs. 2 GIG «insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuweisung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung». Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist ersichtlich, dass auch vertraglich vereinbarte Diskriminierungen vom Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts erfasst sind. Das GIG beschränkt sowohl die Vertragsabschluss-, Inhalts- und Aufhebungsfreiheit der Parteien wie die autonome Gestaltungsmacht der Arbeitgeberin.⁸⁵ Verboten ist nach Art. 3 Abs. 2 GIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 GIG auch die Anstellungsdiskriminierung. Ein Anspruch auf Anstellung ist aber im Gesetz nicht vorgesehen. Als Sanktion für die diskriminierende Nichtanstellung riskiert die Arbeitgeberin nur – aber immerhin – eine Entschädigungszahlung in der Höhe von maximal drei Monatslöhnen. Die Anstellungsdiskriminierung muss – anders als die Lohndiskriminierung oder die diskriminierende Kündigung – voll bewiesen werden, d.h. die Beweislasterleichterung nach Art. 6 GIG kommt hier nach klarem Wortlaut der Bestimmung nicht zur Anwendung.
- ⁴⁴ Soweit ein das Geschlecht diskriminierender Lohn vereinbart ist, kann gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG die Beseitigung der Diskriminierung bzw. die Zahlung des geschuldeten Lohnes eingeklagt werden. Die Lohndiskriminierung (Entgeltdiskriminierung) aufgrund des Geschlechts muss nach Art. 6 GIG lediglich glaubhaft gemacht werden. Für die Glaubhaftmachung genügt, wenn

⁸² Zu alledem: HENSCH, Rz. 2.3.

⁸³ Art. 4 GIG.

⁸⁴ FREIVOEGEL, N 3 zu Art. 3 GIG.

⁸⁵ PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1503 ff. (die folgenden Ausführungen stammen teilweise aus diesen Randnoten).

eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass eine Lohndifferenz (Entgeltdifferenz) bei gleichwertiger Tätigkeit vorliegt, die nur durch das Geschlecht erklärt werden kann.⁸⁶ Die erfolgreiche Glaubhaftmachung bewirkt eine Beweislastumkehr. Die Arbeitgeberin hat den vollen Beweis zu erbringen, dass die unterschiedliche Entlohnung nicht geschlechterdiskriminierend, sondern durch objektive Kriterien sachlich gerechtfertigt ist.⁸⁷

⁴⁵ Bei einer diskriminierenden Kündigung sieht das GIG in Art. 5 Abs. 2 vor, die betroffene Person habe «lediglich» Anspruch auf eine Entschädigung. Die Entschädigung bei einer geschlechterdiskriminierenden Kündigung ist auf maximal sechs Monatslöhne beschränkt (Art. 5 Abs. 4 Satz 3 GIG). Auch eine geschlechterdiskriminierende Kündigung ist jedoch eine gültige Kündigung. Art. 10 GIG sieht allerdings vor, dass eine Kündigung anfechtbar (nicht etwa nichtig) ist, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf eine Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts erfolgt.⁸⁸ Diese Kündigungsenschutzfrist gilt nach Art. 10 Abs. 2 GIG für die Dauer des Beschwerde-, Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens und sechs Monate darüber hinaus. Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist gerichtlich angefochten werden (Art. 10 Abs. 3 Satz 1 GIG). Ist dies erfolgt, kann das Gericht nach Art. 10 Abs. 3 Satz 2 GIG die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens anordnen. Ist die Anfechtungsklage erfolgreich, so ist die Kündigung rückwirkend ungültig, das Arbeitsverhältnis bleibt mit allen Rechten und Pflichten bestehen. Wird die Anfechtungsklage abgelehnt, so bleibt die Kündigung gültig.⁸⁹

5.2 Revision des GIG 2019⁹⁰

⁴⁶ Auch über fünfunddreissig Jahre nach der Verankerung in der Bundesverfassung ist die Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann noch immer nicht erreicht. Das zeigt sich in den Daten der Lohnstrukturerhebung (LSE): Der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern betrug 2018 in der Privatwirtschaft 19.6 Prozent, im öffentlichen Sektor hingegen 18.1 Prozent.⁹¹ Die Evaluation des GIG im Jahr 2005 ergab, dass die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Instrumente zur Durchsetzung der Lohnungleichheit zwar grundsätzlich geeignet seien, den rechtlich garantierten Lohnungleichheitsanspruch durchzusetzen, dennoch zeigen sich in der Praxis für die betroffenen Personen zahlreiche Hürden.⁹² Auch eine Analyse der Entscheide kantonaler Gerichte und Schlichtungsstellen nach dem Gleichstellungsgesetz im Jahre 2017 brachte zu Tage, dass bei

⁸⁶ STEIGER-SACKMANN, N 1 ff. zu Art. 6 GIG.

⁸⁷ HENSCH, Rz. 2.5.

⁸⁸ Zum Ganzen HENSCH, Rz. 2.52 ff.

⁸⁹ PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), N 1509.

⁹⁰ Die Ergänzungen des GIG und die dazu gehörende Verordnung sind am 1. Juli 2020 in Kraft getreten.

⁹¹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 5. Juli 2017, BBI 2017 5507 (5513f.).

⁹² Siehe: https://www.gleichstellungsgesetz.ch/pdf/syntheseber_gleichstellung_d.pdf (zuletzt besucht am 21.08.2020).

der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes nach wie vor Probleme bestehen.⁹³ Es bestand (und besteht) Handlungsbedarf (nicht nur beim Lohngleichheitsanspruch).

- ⁴⁷ Nach Prüfung verschiedener Änderungsoptionen entschieden sich Bundesrat und Parlament für die Einführung einer Pflicht für Unternehmen ab einer bestimmten Grösse (Arbeitgebende mit mindestens 100 Arbeitnehmenden), eine wissenschaftliche und rechtskonforme Lohngleichheitsanalyse durchzuführen (Art. 13c Abs. 1 GIG). Wenn bei der Überprüfung der Analyse festgestellt wird, dass die Lohngleichheit eingehalten ist, ist die betroffene Arbeitgeberin von der Analysepflicht befreit (Art. 13a Abs. 3 GIG). Bis zu diesem Nachweis muss die Analyse alle vier Jahre wiederholt werden.
- ⁴⁸ Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schriftlich über das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse zu informieren. Sonderregeln gelten für börsenkotierte Aktiengesellschaften, hier muss das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse zusätzlich auch im Anhang der Jahresrechnung offen gelegt werden (Art. 13h GIG und Art. 959c Abs. 1 Ziff. 4 OR).
- ⁴⁹ Was geschieht, wenn ein Unternehmen gegen diese Pflichten verstößt? Im GIG sind keine unmittelbaren Sanktionen vorgesehen. Wenn die Analyse nicht durchgeführt wird, schafft dies Arbeitnehmer_innen allenfalls eine Grundlage für die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung.

5.3 Weitere Erlasse

- ⁵⁰ Anders als in der EU existieren in der Schweiz keine Bestimmungen, die vor geschlechtsspezifischer Ungleichbehandlung bei selbständiger Erwerbstätigkeit schützen. Selbständigerwerbende schliessen mit ihren Kunden oder anderen Personen (Lieferanten u.Ä.) Verträge ab. So wohl hinsichtlich des Vertragsabschlusses, Vertragsinhaltes und Beendigung des Vertrages geht nach herrschender Lehre und Praxis der Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Gleichbehandlungsanspruch vor. Schrankenlos ist die Vertragsfreiheit indes auch hier nicht, die Vertragsparteien haben die zivilrechtlichen Schranken nach Art. 19/20 OR und Art. 27/28 ZGB zu beachten. Verstossen Verträge (bzw. Vertragsbestandteile) oder das Verweigern eines Vertragsabschlusses gegen die guten Sitten, die öffentliche Ordnung oder das Recht der Persönlichkeit, führt dies zur (Teil-)Nichtigkeit des Vertrags bzw. zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung.⁹⁴
- ⁵¹ Wie in der EU wurde (und wird) auch in der Schweiz die Frage diskutiert, mit welchen Mitteln eine ausgewogenere Vertretung der Geschlechter in den höchsten Positionen von Unternehmen

⁹³ LEMPEN/VOLODER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz (2004–2015), Forschungsbericht, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Juni 2017 (Quelle: www.ebg.admin.ch Dokumentation> Publikationen > Publikationen zu Gleichstellung im Erwerbsleben > Gleichstellungsgesetz, zuletzt besucht am 21.08.2020).

⁹⁴ Die Thematik wird in der Gleichstellungs literatur noch kaum berücksichtigt, siehe immerhin PÄRLI/STUDER, 148 ff.

sichergestellt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass das GIG nur bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages anwendbar ist. Das Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Verwaltungsrät_innen ist regelmäßig kein (oder kein reines) Arbeitsverhältnis, was die Anwendbarkeit des GIG erschwert oder verunmöglicht.⁹⁵ Der Verfassungsauftrag aus Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV (Schaffung rechtlicher und tatsächlicher Gleichheit) verlangt jedoch, dass mit geeigneten Massnahmen die Geschlechtergleichheit auch auf der Stufe der Unternehmensführung und des Verwaltungsrates verwirklicht wird.

- ⁵² Die am 1. Januar 2021 im Rahmen der Revision des Aktienrechts in Kraft getretenen Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten sehen in Art. 734f OR für börsenkotierte Gesellschaften ab einer bestimmten Grösse eine Begründungspflicht vor, wenn im Verwaltungsrat nicht mindestens 30 Prozent und in der Geschäftsleitung mindestens 20 Prozent des anderen Geschlechts vertreten sind. Soweit diese Richtwerte nicht erreicht sind, muss das Unternehmen Massnahmen ergreifen und diese ebenfalls in den Geschäftsberichten veröffentlichen. Ähnlich wie bei der Revision des GIG hat der Gesetzgeber auch im Aktienrecht auf rechtliche Sanktionen verzichtet. Der Gesetzgeber vertraut offensichtlich darauf, dass die Offenlegungspflichten dazu führen werden, dass die Unternehmen durch mögliche öffentliche Kritik an der Nichteinhaltung zu einer Verhaltensänderung gezwungen werden.⁹⁶

6. Zwischenfazit

- ⁵³ Ein Vergleich der Rechtslage bezüglich Gleichbehandlung und Gleichstellung zwischen den Geschlechtern in der EU mit derjenigen in der Schweiz zeigt Parallelen und Unterschiede. Historisch galt in der EU der Grundsatz der Entgeltgleichheit früher als in der Schweiz. Wie aufgezeigt wurde, ist dies weniger auf soziale oder menschenrechtliche Postulate zurückzuführen, sondern lässt sich vielmehr mit dem wirtschaftlichen Charakter der EU erklären.
- ⁵⁴ Die Normen im EU-Primärrecht und diejenigen im schweizerischen Verfassungsrecht sind inhaltlich sehr nahe. Hier wie dort besteht ein subjektives Recht auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit ohne Unterschied des Geschlechts. Zudem werden die Gesetzgeber je zum Erlass von Gleichbehandlungsvorschriften für den Bereich Arbeit- und Beschäftigung verpflichtet. Innerhalb der EU ist insbesondere RL 2006/54/EG relevant, in der Schweiz das GIG. Über weite Strecken entspricht das schweizerische GIG der EU-Richtlinie.
- ⁵⁵ Die wichtigsten Unterschiede betreffen zum einen die in der Schweiz fehlende Beweislasterleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und die nicht ausdrückliche Aufführung der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit im Anwendungsbereich des GIG. Bemerkenswert ist, dass in

⁹⁵ STOJANOVIC, 175.

⁹⁶ MÜLLER/FORRER, 1021; FISCHER, 277, die Autoren sind wie viele andere Stimmen in der Aktienrechtswissenschaft, zu dieser Änderung sehr kritisch eingestellt. Es wird argumentiert, mit dem Aktienrecht soll keine Gesellschaftspolitik betrieben werden; a. M.: SCHENKER, 469.

der Schweiz anders als in der EU eine (wenn auch äusserst milde Form) Quote den Gesetzgebungsprozess «überlebt» hat. Demgegenüber kennt die EU eine Richtlinie zur Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Bereich selbstständiger Erwerbstätigkeit. Eine vergleichbare Regelung kennt die Schweiz nicht.

- ⁵⁶ Mit der blossen Gegenüberstellung der geltenden Rechtserlasse allein lassen sich noch keine substantiierten Aussagen zur Verwirklichung der Geschlechtergleichheit machen. Etwas mehr Licht ins Dunkeln vermag hier eine Analyse der Urteile des EuGH einerseits und der schweizerischen Gerichte andererseits bringen.
- ⁵⁷ Ein Einbezug sämtlicher EuGH-Urteile und Gegenüberstellung mit der schweizerischen Gerichtspraxis (Beschränkung auf in die amtliche Sammlung aufgenommene Entscheide) würde den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem sprengen. Eine Fokussierung auf die Kernpunkte der jeweiligen Rechtsprechung zu den Untersuchungsthemen (Entgelt, Anstellungs-, Beförderungs-, Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen sowie Fragen der Sanktion und eine Sammelkategorie «Weitere Urteile») ist unumgänglich. Kernanliegen ist dabei, Divergenzen und Konvergenzen zwischen der EuGH- und BGE-Rechtsprechung aufzuzeigen und insbesondere allfällige für die schweizerische Rechtspraxis innovative und inspirierende Rechtsprechung des EuGH zu identifizieren.

III) Rechtsprechung EuGH und Bundesgericht

1. Entgelt- bzw Lohngleichheit

1.1 EuGH

a) Allgemeines

- ⁵⁸ Der EuGH hat zu Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV und Art. 4 RL 2006/54/EG zahlreiche Entgeltgleichheits-Entscheide gefällt und dabei auch bereits zu Beginn der Rechtsprechung zu Art. 119 EWG (heute Art. 157 AEUV) entschieden, dass der *Anspruch auf Entgeltgleichheit auch in privaten Arbeitsverhältnissen gilt*.⁹⁷ Zu erwähnen ist weiter, dass in RL 2006/54/EG in weiten Teilen die Rechtsprechung des EuGH bis zum damaligen Zeitpunkt kodifiziert wurde.⁹⁸
- ⁵⁹ Eine Diskriminierung beim Arbeitsentgelt liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, «wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden» oder wenn dieselbe «Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird»⁹⁹. Erforderlich für das Vorliegen einer

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 15.12.1994, (*Heilmig u.a.*) verbundene Rechtssachen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 und C-78/93, Rn. 12 (mit Verweis auf das Urteil vom 08.04.1976 in der Rechtssache 43/75, (*Defrenne*), slg. 1976, 455).

⁹⁸ KOCHER, 97 ff.; FRANZEN, 1. Siehe auch die Erwägungsgründe Nr. 13 ff. der RL 2006/54/EG.

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46 (*Gillespie*), Rn. 16.

Diskriminierung beim Entgelt ist weiter, dass *identische oder vergleichbare Sachverhalte* vorliegen.¹⁰⁰ Die Situation von Teilzeitangestellten ist bspw. mit derjenigen von Vollzeitangestellten in Bezug auf Lohnfortzahlung bei Krankheit vergleichbar.¹⁰¹ Tätigkeiten müssen nach objektiven Faktoren wie etwa «Art der Arbeit», «Ausbildungsanforderungen» und «Arbeitsbedingungen» miteinander verglichen werden.¹⁰² Hier zeigen sich *Abgrenzungsprobleme* zu den *Rechtfertigungsgründen* bei einer *mittelbaren* (indirekten) *Diskriminierung*.¹⁰³ Gemäss EuGH ist bspw. die Berufsausbildung nicht nur ein Faktor, der ein unterschiedliches Entgelt für Arbeitnehmende, die eine gleiche Arbeit verrichten, objektiv rechtfertigen kann. Die Berufsausbildung und generell berufliche Anforderungen können auch einen Aspekt darstellen, um die Vergleichbarkeit der Arbeit an sich festzustellen.¹⁰⁴ Die Feststellung, ob eine Tätigkeit vergleichbar ist, obliegt nach der EuGH-Rechtsprechung den Mitgliedstaaten¹⁰⁵, die sich aber an die Vorgaben hinsichtlich der zu prüfenden Kriterien halten müssen.¹⁰⁶

- ⁶⁰ Der Anspruch auf gleiches Entgelt umfasst gemäss dem EuGH seit Beginn seiner Rechtsprechung nicht nur gleiche, sondern auch vergleichbare Arbeit.¹⁰⁷ Geklärt hat der EuGH auch die Selbstverständlichkeit, dass der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn auch besteht, wenn eine höherwertige Arbeit verrichtet wird und diese niedriger bezahlt wird, als dies bei einer Vergleichsperson der Fall ist.¹⁰⁸ Die *Feststellung der Gleichwertigkeit* einer Arbeit erfolgt durch Vergleich der Art der Tätigkeiten, die den Arbeitnehmenden übertragen werden.¹⁰⁹ Tätigkeiten können zwar unterschiedlich sein, aber gleichwertig bezüglich den Anforderungen.¹¹⁰
- ⁶¹ Betreffend den räumlichen Anwendungsbereich des Anspruchs auf Entgeltgleichheit musste der EuGH klären, welche Entgelte in den Vergleich einzogenen werden dürfen. Einem Vergleich unterstehen nur Entgelte, die vom gleichen öffentlichen oder privaten Betrieb stammen.¹¹¹ Wenn ggf. in diskriminierender Weise ungleiche Gehälter verschiedener Arbeitgeber auf eine gleiche

EuGH, Urteil vom 09.12.2004, Rs. C-19/02, ECLI:EU:C:2004:779, (*Hlozek*), Rn. 44 ff.; EuGH Urteil vom 28.02.2013, Rs. C-427/11, ECLI:EU:C:2013:122, (*Kenny u.a.*), Rn. 24, EuGH; Urteil vom 09.11.1993, Rs. C-132/92, E-CLI:EU:C:1993:868, (*Birds Eye Walls*), Rn. 17f.; EuGH, Urteil vom 16.09.1999, Rs. C-218/98, ECLI:EU:C:1999:424, (*Abdoulaye*), Rn. 16 ff. Siehe auch Erwägungsgrund 9 der RL 2006/54/EG.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner-Kühn*).

¹⁰² EuGH, Urteil vom 28.02.2013, Rs. C-427/11, ECLI:EU:C:2013:122, (*Kenny u.a.*), Rn. 27.

¹⁰³ Siehe dazu unten, Rz. 65.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 11.05.1999, Rs. C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241, (*Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*), Rn. 19; EuGH, Urteil vom 31.05.1995, Rs. C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155, (*Royal Copenhagen*), Rn. 42. Kritisch dazu: GRÜNBERGER, N 116.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 31.05.1995, Rs. C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155, (*Royal Copenhagen*), Rn. 42.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 26.06.2001, Rs. C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*Brunnhofer*), Rn. 50.

¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 30.03.2000, Rs. C-236/98, ECLI:EU:C:2000:173, (*Ämställdhetsombudsmannen*), Rn .36.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 04.02.1988, Rs. C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62, (*Murphy*), Rn. 9f.

¹⁰⁹ EuGH, Rs.C-307/97, Rn. 17 mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 31.05.1995 in der Rechtssache C-400/93, E-CLI:EU:C:1995:155, (*Royal Copenhagen*), Rn. 32f. Die EuGH-Rechtsprechung zu den Beweisfragen wird gesondert dargestellt, siehe unten, Rz. 106.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 01.07.1986, Rs. C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277, (*Rummel*), Rn 13 ff.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 31.03.1981, Rs. 96/80, ECLI:EU:C1981:80, (*Jenkins*), Rn. 17; EuGH, Urteil vom 28.09.1994, Rs. C-200/91, ECLI:EU:C:1994:348, (*Coloroll Pension Trustees*), Rn. 101; EuGH, Urteil vom 11.03.1981, Rs. C-69/80; ECLI:EU:C:1981:63, (*Lloyds*), Rn. 23; EuGH, Urteil vom 27.03.1980, Rs. C-129/79, (*Macarthys*), Rn. 10; EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*), Rn. 24.

Quelle, z.B. einen Kollektivvertrag, zurückzuführen sind, greift der Anspruch auf Entgeltgleichheit dennoch.¹¹²

- ⁶² Der Anspruch auf Entgeltgleichheit gilt nur für Arbeitnehmende, d.h., Selbständigerwerbende können sich nicht auf Entgeltgleichheit berufen.¹¹³ Der Arbeitnehmerbegriff für die Frage der Anwendung der Entgeltgleichheit ist gemäss EuGH autonom, d.h. im Lichte des Unionsrechts auszulegen.¹¹⁴ Der EuGH legt den Arbeitnehmerbegriff weit aus¹¹⁵, so dass im Ergebnis sicher auch Scheinselbstständige¹¹⁶ und wohl auch arbeitnehmerähnliche Personen darunter subsumiert werden können.
- ⁶³ Der Grundsatz der Entgeltgleichheit bedeutet an sich nicht, dass Arbeitnehmende einen bestimmten oder gerechten Lohn erhalten. Wenn sowohl Frauen wie Männer gleich schlecht bezahlt werden, liegt kein Verstoss gegen Art. 157 AEUV und RL 2006/54/EG vor. In der Rechtsache Gillespie erwähnt der EuGH allerdings, dass Leistungen beim Mutterschaftsurlaub nicht so niedrig sein dürfen, dass dadurch der Zweck des Mutterschaftsurlaubs gefährdet werde.¹¹⁷
- ⁶⁴ Eine Ungleichbehandlung beim Entgelt kann auch darin bestehen, dass die Arbeit in typischen Frauenberufen schlechter bezahlt wird als diejenige in typischen Männerberufen. Diese Ungleichheit ist dabei auch auf diskriminierende Arbeitsbewertungssysteme zurückzuführen. Ein Lohnsystem, das bei grosser körperlicher Beanspruchung zu einer Zulage führt, jedoch keine weiteren Kriterien für frauentypische Belastungen enthält, widerspricht dem Gleichwertigkeitsgebot.¹¹⁸ Der EuGH verlangt, dass Arbeitsbewertungssysteme nachvollziehbar und überprüfbar sein müssen.¹¹⁹ Erforderlich sind gleiche und objektive Massstäbe für alle Beschäftigungen, wobei betont wird, dass auch Kriterien berücksichtigt werden müssten, bezüglich deren Arbeitnehmerinnen besonders geeignet sein könnten.¹²⁰ Die für eine Arbeitsplatzbewertung herangezogenen Kriterien dürfen selbst nicht diskriminierend sein.¹²¹

b) Diskriminierungsformen und Rechtfertigung

¹¹² EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, (*A. G. Lawrence u.a.*), Rn. 17 ff.

¹¹³ Siehe dazu oben, Rz. 35.

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, (*Allonby*), Rn. 66.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, (*Allonby*), Rn. 64.

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, (*Allonby*), Rn. 68 und 71, EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*), Rn. 41.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, (*Gillespie*) Rn. 17, 20.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 01.07.1986, Rs. C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277, (*Rummel*), Rn. 13 ff.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*), Rn. 11.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 01.07.1986, Rs. C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277, (*Rummel*), Rn. 13 ff.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*), Rn. 10; EuGH, Urteil vom 03.10.2006, Rs. C-17/05, ECLI:EU:C:2006:633, (*Cadman*), Rn. 29.

- ⁶⁵ Das Diskriminierungsverbot beim Entgelt betrifft das Merkmal Geschlecht. Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Ausrichtungen fallen nicht unter Art. 157 AEUV und RL 2006/54/EG¹²²; einschlägig ist aber hier die RL 2000/78/EG.¹²³
- ⁶⁶ Verboten sind sowohl die unmittelbare (d.h. direkt an das Geschlecht anknüpfende) als auch die mittelbare Diskriminierung. Gemäss EuGH liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Regelung nicht unmittelbar an das Geschlecht anknüpft, sondern vielmehr geschlechtsunspezifisch formuliert ist, aber erheblich mehr Angehörige eines Geschlechts trifft und nicht gerechtfertigt ist.¹²⁴ In zahlreichen Fällen hat der EuGH eine mittelbare Diskriminierung (vorbehaltlich einer Rechtfertigung) angenommen, so etwa wenn geringere Stundensätze für Teilzeitbeschäftigte ausgerichtet wurden¹²⁵ oder wenn Lohnzuschläge für Flexibilität, Mobilität und Berufsausbildung ausgerichtet wurden.¹²⁶
- ⁶⁷ Bei der Rechtfertigung muss zwischen den Fällen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung unterschieden werden. Nach der EuGH-Rechtsprechung ist auch unmittelbare Diskriminierung beim Entgelt rechtfertigungsfähig, soweit für die Ungleichbehandlung objektive Gründe geltend gemacht werden können, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.¹²⁷ Eine unterschiedliche Bezahlung für die gleiche oder gleichwertige Arbeit kann allerdings nicht durch Aspekte gerechtfertigt werden, die erst nach dem Dienstantritt der Arbeitnehmenden bekannt werden und sich erst während der Ausübung der Arbeit manifestieren (persönliche Leistung).¹²⁸ Mittelbare Diskriminierungen hingegen sind dann gerechtfertigt, wenn die einschlägige Regelung sich durch objektive Faktoren, wie etwa ein legitimes Ziel der Sozialpolitik, rechtfertigen lässt. Diese dürfen aber nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Weiter muss die Regelung verhältnismässig, d.h. zur Realisierung des angeführten Ziels geeignet und notwendig sein.¹²⁹
- ⁶⁸ Ein neueres EuGH-Urteil zur mittelbaren Diskriminierung im Zusammenhang mit befristeten Anstellungen zeigt die *Bedeutung statistischer Daten* beim Nachweis einer mittelbaren Diskriminierung¹³⁰ und unterstreicht zugleich die Notwendigkeit von Beweislasterleichterungen, wie sie in

¹²² EuGH, Urteil vom 17.02.1996, Rs. C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63, (*Grant*), Rn. 15 ff.

¹²³ EuGH, Urteil vom 01.04.2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, (*Maruko*).

¹²⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe exemplarisch Urteile *Seymour-Smith* und *Perez* vom 09.02.1999, Rs. C-167/97, ECLI:EU:C:1999:60, Rn. 52, sowie EuGH, Urteil vom 06.12.2007, Rs. C-300/06, ECLI:EU:C:2007:757, (*Voß*), Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 31.03.1981, Rs. C-96/80, ECLI:EU:C:1981:80, (*Jenkins*), Rn. 13.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*), Rn. 17 ff.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 26.06.2001, Rs. C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*Brunnhöfer*), Rn. 66f.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 26.06.2001, Rs. C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*Brunnhöfer*), Rn. 76. Siehe zur Abgrenzung zwischen Rechtfertigung und Vergleichbarkeit oben, Rz. 59.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*), Rn. 40; EuGH, Urteil vom 09.02.1999, Rs. C-167/97, EU:C:1999:60, (*Seymour-Smith und Perez*), Rn. 52; EuGH, Urteil vom 06.12.2007, Rs. C-300/06, ECLI:EU:C:2007:757, (*Voß*), Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹³⁰ Siehe bereits EuGH, Urteil vom 06.12.2007, Rs. C-300/06, EU:C:2007:757, (*Voß*), Rn. 41; EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, (*Meister*), Rn. 43.

Art. 19 der RL 2006/54/EG vorgeschrieben sind.¹³¹ Der Fall betrifft die langjährige befristete Teilzeit-Anstellung an einer Universität. Frau Schuch-Ghannadan klagte gegen die Universität auf Festanstellung. Hintergrund der Klage bildete das universitäre Regelwerk, das bezüglich der maximalen Dauer befristeter Anstellungen zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigungen zum Nachteil letzterer differenzierte. Der mit der Sache im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens betraute EuGH prüfte vorerst, ob die österreichische Regelung mit der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit¹³² vereinbar ist.¹³³ Vorliegend interessiert der zweite Teil der Prüfung. Unterschiedliche Regelungen für Teilzeitbeschäftigungen können eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen.¹³⁴ Der Nachweis einer besonderen Benachteiligung einer solchen Regelung könne durch statistische Daten erbracht werden. Die «beste Methode» bestehe darin, den Anteil der männlichen und der weiblichen Arbeitnehmer_innen unter allen Beschäftigten mit den Anteilen derjenigen Beschäftigten zu vergleichen, die unter die betreffende Regelung fallen.¹³⁵ Bemerkenswert sind die Ausführungen des Gerichtshofs, wonach aus Gründen der praktischen Wirksamkeit Arbeitnehmer_innen eine Diskriminierung auch mit *allgemeinen statistischen Daten über den Arbeitsmarkt* glaubhaft machen, wenn die Daten über die relevante Gruppe schwer zugänglich oder nicht verfügbar sind.¹³⁶ Eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Befristungshöchstgrenzen sei möglich, wenn dafür objektive Gründe vorliegen. Wieweit das Argument, teilzeitbeschäftigte Wissenschafter_innen bräuchten länger, um sich im Wissenschaftsbetrieb zu etablieren, einen solchen objektiven Grund darstelle, sei vom vorlegenden nationalen Gericht zu prüfen.¹³⁷

c) Zum Entgeltbegriff

- ⁶⁹ Der EuGH legt den Entgeltbegriff sehr weit aus. Der Begriff ist in RL 2006/54/EG und Art. 157 AEUV gleich zu verstehen.¹³⁸ Zum Entgelt gehören alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder als Sachleistungen gewährten Vergütungen, die eine unmittel- oder mittelbare Grundlage im Arbeitsverhältnis haben.¹³⁹ Erfasst sind namentlich auch Prämien, Zuschläge, Vergünstigungen oder Gratifikationen.¹⁴⁰ Weiter gehören zum Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV Lohnersatzzahlungen, die ihre Grundlage im Arbeitsvertrag haben wie bspw. Entgeltfortzahlung im

¹³¹ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 9.

¹³² Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit.

¹³³ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 36 ff.

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 46 ff.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 47.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 57.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 57 f.

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 22.11.2012, Rs. C-385/11, ECLI:EU:C:2012:746, (*Moreno*), Rn. 19f.

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 26.06.2001, Rs. C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, (*Brunnhöfer*), Rn. 32-40.

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C:1999:512, (*Lewen*); EuGH, Urteil vom 30.03.2004, Rs. C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192, (*Alabaster*).

Krankheitsfall¹⁴¹ und bei Mutterschaft,¹⁴² Abfindungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses¹⁴³ oder Übergangszahlungen bis zum Erreichen des Pensionsalters.¹⁴⁴

- ⁷⁰ Die Feststellung, ob ein Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV bzw. RL 2004/56/EG vorliegt, erfolgt in drei Schritten.¹⁴⁵ Zum Entgelt gehören erstens die üblichen *Grund- oder Mindestlöhne und Mindestgehälter* sowie zweitens alle *sonstigen Vergütungen*. Keine Rolle spielt, ob die Berechnung des Entgelts nach der Arbeitszeit oder auch nach der Arbeitsleistung vorgenommen wird.¹⁴⁶ Sonstige Vergütungen sind alle mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden gegenwärtigen oder künftigen Leistungen. Dazu gehören Zahlungen, die in Ergänzung zum Grundgehalt ausgerichtet werden.¹⁴⁷ Nicht dazu zählen von der Arbeitgeberin mitfinanzierte Kindertagesstätten.¹⁴⁸ Hingegen sind alle freiwilligen Leistungen der Arbeitgeberin, auch etwa eine sogenannte Weihnachtsgratifikation, zum Entgelt zu zählen.¹⁴⁹ Der dritte Prüfschritt betrifft die Notwendigkeit, dass die Leistungen der Arbeitgeberin unmittelbar oder mittelbar *aufgrund des Arbeitsverhältnisses* gewährt werden.¹⁵⁰ Eine erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährte Leistung kann ebenfalls Entgelt darstellen.¹⁵¹ Entgelt ist auch eine Leistung, die ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis hat, aber bspw. an Hinterbliebene des Arbeitnehmers ausgerichtet wird.¹⁵²

d) Einbezug betrieblicher Systeme der sozialen Sicherheit

- ⁷¹ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH umfasst der Entgeltgleichheitsanspruch auch die betriebliche Altersvorsorge von Arbeitnehmenden. Massgeblich ist dabei primär Art. 157 AEUV und weniger die Bestimmungen zur betrieblichen Altersvorsorge in der RL 2006/54/EG.¹⁵³
- ⁷² Der Einbezug betrifft den Zugang zu einem solchen System, die Beiträge der Arbeitnehmenden sowie die Anwartschaften auf Leistungen.¹⁵⁴ Entgelt im Sinne von Art. 157 AEUV sind demzu-

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner-Kühn*).

¹⁴² EuGH, Urteil vom 16.09.1999, Rs. C-218/98, ECLI:EU:C:1999:424, (*Abdoulaye*).

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 17.02.1993, Rs. C-173/91, ECLI:EU:C:1993:64, (*Kommission / Belgien*).

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 17.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*); EuGH, Urteil vom 09.12.2004, Rs. C19/02, ECLI:EU:C:2004:779, (*Hlozek*).

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 06.12.2012, Rs. C-124/11, ECLI:EU:C:2012:771, (*Dittrich*), Rn. 33 ff.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 31.05.1995, Rs. C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155, (*Royal Copenhagen*). Rn. 11 ff.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 04.06.1992, Rs. C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246, (*Bötel*), Rn. 12; EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, (*Gillespie*), Rn. 12.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 19.03.2002, Rs. C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, (*Lommers*), Rn. 28f.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 09.02.1982, Rs. C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44, (*Garland*); EuGH, Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97, ECLI:EU:C:1999:512, (*Lewen*), Rn. 21.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, (*Gillespie*), Rn. 12; EuGH, Urteil vom 14.07.2016, Rs. C-335/15, ECLI:EU:C:2016:564, (*Ornano*), Rn. 32; EuGH, Urteil vom 06.12.2012, Rs. C-124/11, ECLI:EU:C:2012:771, (*Dittrich*), Rn. 39.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 17.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*), Rn. 12.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 06.10.1993, Rs. C-109/91, ECLI:EU:C:1993:833, (*Ten Oever*), Rn. 13; EuGH, Urteil vom 24.11.2016, Rs. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897, (*Parris*), Rn. 33.

¹⁵³ HUSTER/KISSLING, 301.

¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 25.05.1971, Rs. C-80/70, ECLI:EU:C:1971:55, (*Defrenne I*); EuGH, Urteil vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, (*Bilka*); EuGH, Urteil vom 07.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*).

folge Altersrenten aus nicht durch Gesetz geregelten betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit. Nicht relevant ist, ob diese von der Arbeitgeberin als Zusatzleistungen gewährt werden oder eine Leistung aus einem gesetzlichen System ergänzen.¹⁵⁵ Unterschiedliche Altersgrenzen für die beiden Geschlechter sind in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit unzulässig.¹⁵⁶

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen qualifizierte der EuGH Ruhestandsleistungen als «Entgelt» im Sinne von Art. 157 AEUV, da die Leistungen im Wesentlichen von der früheren Beschäftigung der Betroffenen abhänge und an deren früheres Entgelt anknüpfen.¹⁵⁷ Aufschlussreich auch die Bemerkung des EuGH, wonach die Festlegung unterschiedlicher Altersgrenzen nicht geeignet sei, Laufbahnnachteile für Frauen auszugleichen.¹⁵⁸

- ⁷³ Der fehlende Zugang teilzeitbeschäftiger Arbeitnehmenden zu einem System betrieblicher Vorsorge ist eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, soweit das eine Geschlecht von der Regelung übermäßig betroffen ist.¹⁵⁹ Auch die Beiträge an ein solches System zählen zum Entgelt und sind somit vom Diskriminierungsverbot erfasst.¹⁶⁰
- ⁷⁴ Etwas unübersichtlich ist die Lage im Lichte der EuGH-Rechtsprechung betreffend der Frage, ob und wie die (statistisch betrachtet) unterschiedliche Lebenserwartung von Männern und Frauen bei Beiträgen und Renten berücksichtigt werden darf. In einem Urteil aus dem Jahre 1981 qualifizierte der EuGH, vom Arbeitgeber bezahlte Beiträge generell als Entgelt.¹⁶¹ Gut zehn Jahre später präzisierte der Gerichtshof, es komme darauf an, ob ein System mit Leistungs- oder Beitragsprimat vorliege, je nachdem könnten die Beiträge (Leistungsprimat) oder die Leistungen (Beitragsprimat) geschlechtsbezogene Unterschiede aufweisen, ohne dass dies diskriminierend wäre.¹⁶² Im Lichte der die private Lebensversicherung betreffende Rechtssache "Test d'achats"¹⁶³ wird indes in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob diese Rechtsprechung aufrecht zu erhalten sei.¹⁶⁴
- ⁷⁵ In einem Urteil vom 8. Mai 2019 bildeten Altersrenten von Teilzeitbeschäftigten Gegenstand des Verfahrens.¹⁶⁵ Da es sich um ein gesetzliches System der sozialen Sicherheit handelt, wurde

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 07.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*), Rn. 21 ff.; EuGH, Urteil vom 14.12.1993, Rs. C-110/91, ECLI:EU:C:1993:926, (*Moroni*), Rn. 12 ff.

¹⁵⁶ EuGH vom 17.05.1990, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, (*Barber*), Rn. 32; EuGH, Urteil vom 12.09.2002, Rs. C-351/00, ECLI:EU:C:2002:480, (*Niemi*), Rn. 53; EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (*X*), Rn. 48.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, (*Kommission / Polen*).

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, (*Kommission / Polen*), Rn. 79 ff.

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, (*Bilka*), Rn. 12 ff.

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 28.09.1994, Rs. C-200/91, ECLI:EU:C:1994:348, (*Coloroll*), Rn. 80; EuGH, Urteil vom 11.03.1981, Rs. C-69/80, ECLI:EU:C:1981:63, (*Worringham*).

¹⁶¹ EuGH, Urteil vom 11.03.1981, Rs. C-69/80, ECLI:EU:C:1981:63, (*Worringham*), Rn. 15.

¹⁶² EuGH, Urteil vom 22.12.1993, Rs. C-152/91, ECLI:EU:C:1993:949, (*Neath*).

¹⁶³ EuGH, Urteil vom 01.03.2011, Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats u.a.*); zu diesem Urteil siehe PÄRLI (Verbot geschlechtsspezifischer Prämien), 153 ff.

¹⁶⁴ BIEBACK, Rn. 14 ff.; RAULF, 88.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*).

der Fall nicht im Lichte des Entgeltgleichheitsanspruchs nach Art. 157 AEUV und der RL 2006/54/EG, sondern auf der Grundlage der RL 79/7/EWG behandelt.¹⁶⁶ Gemäss der spanischen Regelung werden für die Rentenberechnung in einem ersten Schritt die letzten Jahre vor der Rente tatsächlich bezogenen Gehälter und die tatsächlich geleisteten Beiträge ermittelt. In einem zweiten Schritt wird diese Summe mit einem Prozentsatz entsprechend der Anzahl der Beitragstage multipliziert. Danach wird auf die Summe der Beitragstage erst ein Reduktionskoeffizient angewendet, der die Teilzeitarbeit berücksichtigt. Das Ergebnis wird wiederum um einen Multiplikationskoeffizienten von 1,5 erhöht.¹⁶⁷ Gemäss der dem EuGH zur Verfügung stehenden Unterlagen, würde sich diese Art der Berechnung bei 65 Prozent der Teilzeitbeschäftigen – namentlich Teilzeitbeschäftigte mit einer Arbeitszeit von weniger als zwei Dritteln eines Vollzeitbeschäftigen – nachteilig auswirken.¹⁶⁸ Damit liegt auf der Hand, dass die Regelung eine mittelbare Benachteiligung darstellen kann, wenn statistische Daten über die Verteilung von männlichen und weiblichen Beschäftigten zeigen, dass mehrheitlich Frauen Teilzeit arbeiten.¹⁶⁹ Eine objektive Rechtfertigung für diese mittelbare Diskriminierung vermag der EuGH nicht zu erkennen.¹⁷⁰

1.2 Rechtsprechung des Bundesgerichts

a) Allgemeines

- ⁷⁶ Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) liess die Wirkungen des GIG im Spiegel der Rechtsprechung verschiedentlich untersuchen.¹⁷¹ Dabei zeigt sich, dass von den (eher wenigen) in die BGE-Sammlung aufgenommenen Bundesgerichtsurteilen, die auf dem GIG beruhen, zwei Drittel Lohndiskriminierungsklagen betreffen.¹⁷² Die Lohnbeschwerden betreffen dabei wiederum mehrheitlich öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.¹⁷³ Die Bedeutung der Lohndiskriminierungsfälle zeigt sich ferner darin, dass die (nur) neun ermittelten Verbandsklagen allesamt Lohngleichheitsklagen betrafen.¹⁷⁴
- ⁷⁷ Bereits vor Inkrafttreten des GIG beschäftigte sich das Bundesgericht mit Lohngleichheitsansprüchen. Grundlage dafür bildete Art. 4 Abs. 2 aBV.¹⁷⁵ In BGE 103 Ia 517 hielt das Bundesge-

¹⁶⁶ Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*), Rn. 34.

¹⁶⁸ EuGH Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*), Rn. 44.

¹⁶⁹ TOBLER, 47.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*), Rn. 55.

¹⁷¹ LEMPEN/VOLODER; DIES. (Analyse der kantonalen Rechtsprechung).

¹⁷² DIES. (Analyse bundesgerichtlichen Rechtsprechung), 13.

¹⁷³ DIES. (Analyse bundesgerichtlichen Rechtsprechung), 16.

¹⁷⁴ DIES. (Analyse bundesgerichtlichen Rechtsprechung), 44.

¹⁷⁵ Siehe dazu oben, Rz. 2.

richt fest, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit einer unterschiedlichen Entlohnung von Primarlehrerinnen und Primarlehrern entgegenstehe.¹⁷⁶ Weitere für die Entwicklung der «Lohnungleichheitsdogmatik» wichtige Bundesgerichtsentscheide betrafen etwa die Gleichwertigkeit von Tätigkeiten von Schauspielern verschiedenen Geschlechts¹⁷⁷, die Gleichwertigkeit der Tätigkeit von Arbeitsschullehrerinnen mit Lehrern und Lehrerinnen¹⁷⁸, die Dichte der Prüfpflicht der Gerichte bei Lohnungleichheit aufgrund des Geschlechts¹⁷⁹, die Zulässigkeit eines Zulagensystems für Primarlehrer_innen¹⁸⁰ und den Vorrang des verfassungsrechtlichen Lohngleichheitsanspruchs gegenüber Bestimmungen in einem GAV¹⁸¹.

- ⁷⁸ Ein wichtiger Entscheid dieser frühen Phase ist BGE 117 Ia 262¹⁸². Das GIG war zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft. Hintergrund des Falles bildeten die Forderungen nach einer Lohnanpassung von Kindergarten-, Hauswirtschafts- und Textilfachlehrkräften in Basel-Stadt. Die Beschwerdeführerinnen machten eine diskriminierende Arbeitsplatzbewertung geltend und beriefen sich (erfolgreich) auf Art. 8 Abs. 3 BV (Art. 4 Abs. 2 aBV).¹⁸³ Das Bundesgericht hielt fest, der Anspruch auf Lohngleichheit sei ein unmittelbar anwendbares und justiziables Grundrecht.¹⁸⁴ Es müsse auch in Kauf genommen werden, dass sich die Korrektur einer das Geschlecht diskriminierende Lohnungleichheit auf das Lohngefüge eines ganzen Kollektivs auswirken könne.¹⁸⁵ Bereits in diesem Entscheid anerkannte das Bundesgericht implizit die indirekte Diskriminierung als Diskriminierungsform.¹⁸⁶

¹⁷⁶ BGE 103 Ia 517, E. 4.

¹⁷⁷ BGE 113 Ia, 107, E. 3. Im selben Urteil lässt das Bundesgericht aber auch Rechtfertigungsgründe zu, E. 4b, Pflicht einer Theaterleitung, eine nebenberuflich tätige Schauspielerin, die im letzten Moment ausfällt, rasch und ohne Kostenüberschreitung zu ersetzen, als objektiver Umstand, der ein Abweichen vom Grundsatz der Lohngleichheit rechtfertigt.

¹⁷⁸ BGE 117 Ia 270.

¹⁷⁹ BGE 118 Ia, 35, E. 2d und 2e.

¹⁸⁰ BGE 121 I 49, E. 4 (In Casu war «nur» die Rechtsgleichheit, nicht aber das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts betroffen, eine vertiefte Prüfung des Zulagensystems war somit entbehrlich).

¹⁸¹ BGE 121 III 168 Die Lohnungleichheit war nur indirekt Thema, es ging vielmehr um die Aktivlegitimation eines ausserstehenden Berufsverbandes gegenüber den Vertragsparteien eines GAV hinsichtlich der Klage auf Wettbewerbsverzerrungen wegen ungleichen Frauen- und Männerlöhnen. Das BGer hat die Legitimation anerkannt (siehe die für die Lohngleichheit relevanten Aussagen in E. 4 a/bb und E. 4).

¹⁸² BGE 117 Ia 262.

¹⁸³ BGE 117 Ia 262, E. 2a.

¹⁸⁴ BGE 117 Ia 262, E. 2c.

¹⁸⁵ BGE 117 Ia 262, E. 3b.

¹⁸⁶ BGE 117 Ia 262, E. 4c. Das Bundesgericht hielt fest, anhand «der Unterlagen der Arbeitsplatzbewertung wäre zu untersuchen gewesen, ob und welche Fehler während der verschiedenen Stufen des Verfahrens gemacht wurden und wie sich diese allenfalls auf die Klassierung der Beschwerdeführerinnen auswirken konnten. Die richterliche Analyse hätte sich dabei nicht zum vornherein auf eine bestimmte Funktionsgruppe (in einem Vertikalvergleich) beschränken dürfen, sondern hätte die auf die Funktionen der Beschwerdeführerinnen bezogenen Vernetzungen im Lohngefüge in die Beurteilung miteinbeziehen müssen. Nur so wären verlässliche Resultate zur Frage zu erwarten gewesen, ob die Berufe der Beschwerdeführerinnen als sogenannte "typische Frauenberufe" im Basler Lohnsystem diskriminiert werden (...)»

⁷⁹ Beim Anspruch auf Lohngleichheit ohne Unterschied des Geschlechts handelt es sich um ein gerichtlich durchsetzbares, subjektives Individualrecht. Dies hat zur Folge, dass der Ausgleich einer geschlechterdiskriminierenden Lohnungleichheit im Rahmen der Verjährungsfristen gefordert werden kann.¹⁸⁷ Mangels spezialgesetzlicher Regelung im GIG kommt sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen die fünfjährige Verjährungsfrist zur Anwendung.¹⁸⁸

b) Diskriminierungsformen und Rechtfertigung

⁸⁰ In zahlreichen Entscheiden¹⁸⁹ hat das Bundesgericht die nach Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG verbotene *direkte Diskriminierung* wie folgt umschrieben: «Im Einklang mit der in der Botschaft aufgeführten Umschreibung liegt nach der Rechtsprechung eine direkte Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt (...).»¹⁹⁰

⁸¹ Nicht als direkte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG gilt gemäss dem allerdings umstrittenen¹⁹¹ BGE 145 II 153 eine Benachteiligung eines Arbeitnehmers aufgrund seiner Homosexualität. Es fehle an einer für den Tatbestand der direkten Diskriminierung erforderlichen Geschlechtsspezifität, denn eine Diskriminierung gelte nur dann als direkt, wenn sie sich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stütze, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne.¹⁹²

⁸² Eine sehr grosse Bedeutung kommt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der *indirekten Diskriminierung* zu.¹⁹³ Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine *formal geschlechtsneutrale* Regelung im *Ergebnis* wesentlich mehr bzw. überwiegend *Angehörige des einen Geschlechts* gegenüber denjenigen des anderen *benachteiligt*, ohne dass dies *sachlich begründet* wäre.¹⁹⁴

⁸³ Als *formal geschlechtsneutrale* Regelung sah das Bundesgericht bspw. eine Bestimmung, die vorsah, dass eine erforderliche Lohnkorrektur sich erst Jahre später auswirke, was im Ergebnis

¹⁸⁷ BGE 131 I 105, E. 3.5.

¹⁸⁸ BGE 138 II 1, E. 4.1; BGE 131 I 105, E. 3.3; BGE 141 II 411, E. 6.1.2 in fine.

¹⁸⁹ BGE 144 II 65, E. 4.1; BGE 141 II 411, E. 6.1.2; BGE 125 I 71, E. 2a; BGE 124 II 409, E. 7; BGer, Urteil 4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010, E. 5.1.

¹⁹⁰ So auch in BGE 145 II 153, E. 4.3.5.

¹⁹¹ Siehe etwa die Kritik von TSCHENTSCHER, 670.

¹⁹² BGE 145 II 153, E. 4.5.1.

¹⁹³ BGE 145 II 153, E. 4.3.5; BGE 144 II 65, E. 4.1; BGE 141 II 411, E. 6.1.2; BGE 125 I 71, E. 2a; BGE 124 II 409, E. 7; BGer, Urteil 4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010, E. 5.1.

¹⁹⁴ BGE 141 II 411, E. 6.1.2.

angehörige weiblicher Berufe weit stärker benachteiligte.¹⁹⁵ Auch das Dienstalter ist formal ein geschlechtsneutrales Kriterium, das sich jedoch als indirekt diskriminierend erweisen kann, «da Frauen im Durchschnitt eher ihre Arbeitskarriere zum Zwecke der Kinderbetreuung unterbrechen und daher weniger berufliche Erfahrung sammeln können»¹⁹⁶.

- ⁸⁴ Eine Tätigkeit ist dann indirekt benachteiligend, wenn sie geschlechtsspezifisch identifiziert werden kann. Einer solchen Feststellung ist eine Wertung inhärent.¹⁹⁷ Nach der Rechtsprechung muss der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten erheblich höher sein als der Anteil des anderen Geschlechts.¹⁹⁸ Ein typischer Frauenberuf (und damit hinsichtlich Entlohnung eine erhöhte Sensibilität bezüglich indirekter Diskriminierung) liege vor, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70 % liegt.¹⁹⁹ Geschlechterdiskriminierend sind aber nur Lohnunterschiede zwischen typisch männlichen und typisch weiblichen oder zwischen geschlechts-typischen und geschlechtsneutralen Funktionen, nicht aber Ungleichheiten zwischen zwei typisch weiblichen Funktionen.²⁰⁰
- ⁸⁵ Eine Diskriminierung liegt nicht lediglich dann vor, wenn ein typisch weiblicher gegenüber einem typisch männlichen Beruf ungerechtfertigt benachteiligt wird, sondern auch, wenn dies zwischen einem typisch weiblich und einem geschlechtmässig neutral identifizierten Beruf erfolgt.²⁰¹ Was ein typischer Frauenberuf ist, unterliegt zudem dem Wandel der Zeit und die diesbezüglichen Feststellungen bedürfen der Berücksichtigung sowohl der historischen Prägung²⁰² als auch des gesellschaftlichen Wandels.²⁰³
- ⁸⁶ Das Lohngleichheitsgebot umfasst sowohl den Anspruch auf gleiche Bezahlung bei *gleicher* als auch bei *gleichwertiger Arbeit*.²⁰⁴ Die *Bewertung der Gleich- bzw. Verschiedenartigkeit* von Tätigkeiten basiert jedoch auf Beurteilungen, die unterschiedlich ausfallen können. Das Bundesgericht anerkennt, dass innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsge-

¹⁹⁵ BGer, Urteil 1C_54/2008 vom 03. März 2009, E. 5.4.

¹⁹⁶ BGE 124 II 409, E. 9d.

¹⁹⁷ BGE 141 II 411, E. 6.2.

¹⁹⁸ BGE 124 II 529, E. 5e.

¹⁹⁹ BGE 141 II 411, E. 6; BGE 125 II 385, E. 3b; BGE 125 II 530, E. 2b; BGer, Urteile 2A.205/2004 vom 8. April 2005, E. 4.2 und 1A.34/1999 vom 5. Oktober 1999.

²⁰⁰ BGer, Urteil 8C_179/2020 vom 12. November 2020, E. 3.2; BGer, Urteil 2A.183/2003 vom 20. August 2003, E. 3.2.

²⁰¹ BGE 124 II 409, E. 8b.

²⁰² BGE 125 II 530 E. 2b; BGer, Urteil 8C_78/2009 vom 31. August 2010, E. 5.2; BGer, Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005, E. 4.2.

²⁰³ BGE 141 II 411 (Wandel des Berufs der Primarlehrer/innen zu einem typischen Frauenberuf); BGer, Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005, E. 4.6 (Berufsgruppe der medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen, MTRA).

²⁰⁴ BGE 117 Ia 270, E. 2b.

bots die Behörden befugt sind, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen.²⁰⁵ Bei der Bewertung eines Arbeitsplatzes darf keine geschlechtsspezifische Diskriminierung betreffend Auswahl oder Gewichtung der Kriterien erfolgen.²⁰⁶ Das Bundesgericht lässt verschiedene Methoden der Arbeitsbewertung zu, setzt jedoch voraus, dass diese Methoden selbst nicht diskriminierend sind, insbesondere nicht auf geschlechterdiskriminierenden Faktoren resp. Stereotypen beruhen.²⁰⁷

²⁰⁵ Wenn die Gleichwertigkeit verschiedener Funktionen im gleichen Unternehmen bzw. gleichen staatlichen Anstellungsträger nicht offensichtlich ist und sich auch nicht durch andere Beweismittel erstellen lässt, müssen die kantonalen Gerichte als Basis für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ein Gerichtsgutachten (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) anordnen.²⁰⁸ Zur Feststellung einer Lohnungleichheit anerkannte das Bundesgericht auch die Methode der Regressionsanalyse.²⁰⁹

²⁰⁶ In der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden ungleiche Löhne dann als nichtdiskriminierend anerkannt, wenn die Lohndifferenz durch die Art der zu erbringenden Arbeit oder durch die Funktion sachlich begründet ist. Keine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung hinsichtlich des Lohnes liegt etwa vor, wenn ein Mann mit Führungsfunktion mehr verdient als eine Frau ohne Führungsfunktion.²¹⁰ Ebenfalls als objektive Gründe eines Lohnunterschiedes gelten Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, die sich im Arbeitsergebnis niederschlägt oder mit der Tätigkeit einhergehende Risiken.²¹¹ Voraussetzung ist, dass diese Kriterien wiederum nicht geschlechtsspezifisch motiviert sind.²¹² Neben objektiven Kriterien, die sich ohne Weiteres aus der Arbeit ergeben, anerkennt das Bundesgericht auch Rechtfertigungsgründe für Lohnunterschiede, die mehr sozialer, gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Natur sind. So wurde etwa der Markt, konkret die konjunkturelle Lage, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht, als Rechtfertigungsgrund anerkannt.²¹³ Die Berücksichtigung des Marktes darf allerdings nicht als solches

²⁰⁵ BGE 141 II 411, E. 6.1, mit Verweisen auf BGE 125 I 71, E. 2c/aa; BGE 124 II 409, E. 9b; BGE 123 I 1, E. 6b; BGE 121 I 102, E. 4a/c; BGer, Urteil 8C_664/2014 vom 25. März 2015, E. 4.2.

²⁰⁶ BGE 125 II 385, E. 5d; BGE 124 II 409, E. 10b.

²⁰⁷ BGE 131 II 393, E. 6.

²⁰⁸ BGE 133 III 545, E. 4.2; BGE 130 III 145, E. 3.1.2; BGer, Urteil 4A_115/2011 vom 28. April 2011, E. 5.2.

²⁰⁹ BGE 130 III 145.

²¹⁰ BGE 124 II 529, E. 4c.

²¹¹ BGE 141 II 411, E. 6.1.2.

²¹² BGE 136 II 393, E. 11.3.

²¹³ BGE 136 II 393, E. 11.3; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGer, Urteil 4C. 57/2002 vom 10. September 2002, E. 4.2; BGE 125 III 368, E. 5c/ee. Zum Rechtfertigungsgrund «Markt» siehe die Analyse von GEISER, 163 ff.

diskriminierend sein. Die Arbeitgeberin muss sich deshalb vergewissern, dass die von ihr geltend gemachten Marktlöhne nicht selber diskriminierende Züge aufweisen.²¹⁴

⁸⁹ Als allgemeingültiges Grundprinzip hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Arbeitgeberin eine Diskriminierung nicht durch eine andere Diskriminierung rechtfertigen kann. Eine nach Verfassung und GIG verbotene Lohndiskriminierung liegt deshalb auch vor, wenn Arbeitgebende die Arbeitnehmenden des gleichen Geschlechts ebenfalls ungleich behandeln. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, dass eine Arbeitgeberin durch die Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Geschlechts eine geschlechtsspezifische Diskriminierung rechtfertigen könnte.²¹⁵

⁹⁰ Zum Nachweis der Lohndiskriminierung hält das Bundesgericht unter Bezugnahme auf Art. 6 GIG fest, dass eine Lohndiskriminierung lediglich glaubhaft gemacht werden müsse. Gelinge dies, sei der Arbeitgeber verpflichtet, den Nachweis zu erbringen, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei.²¹⁶ Misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt.

c) Zum Begriff des Lohnes

⁹¹ Die Verfassung sowie das GIG verlangen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit den gleichen *Lohn*. Unter Lohn ist jedes Entgelt zu verstehen, das für geleistete Arbeit entrichtet wird.²¹⁷ Das Bundesgericht anerkannte auch einen Anspruch auf Nachzahlung der aus diskriminierenden Gründen verweigerten Bonuszahlung.²¹⁸ Alle variablen Vergütungen sind für den Lohnvergleich relevant.²¹⁹ Auch ein im Zusammenhang mit einer Mutterschaft gekürzter Bonus ist gleichstellungsrechtlich relevant. Im konkreten Fall erachtete das zuständige kantonale Gericht die Kürzung nur für die Zeitspanne des gesetzlichen Arbeitsverbotes als unzulässig.²²⁰

⁹² Ebenfalls bis vor das Bundesgericht gelangte ein Fall um eine streitige *Abgangsentschädigung*. Das Bundesgericht hat die Frage, ob die Nichtbezahlung der Abgangsentschädigung an eine

²¹⁴ BGE 131 II 393, E. 7.4 mit Hinweisen auf BGE 126 II 217, E. 9b und auf BGE 125 III 368, E. 5c/aa.

²¹⁵ BGE 127 III 207, E. 4b.

²¹⁶ BGE 136 II 393, E. 11.3; BGE 125 III 368, E. 4; BGer, Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008, E. 2.

²¹⁷ BGE 126 II 217, E. 8a; BGE 109 I^b 81, E. 4c.

²¹⁸ BGE 130 III 145, E. 6.3; BGE 126 II 217; E. 8a; BGer, Urteil 2A.48/2002 vom 14. August 2002, E. 2.4; BGE 124 II 436, E. 8e.

²¹⁹ BGE 130 III 145, E. 4.3.2 und 6.3.

²²⁰ Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Juli 2014, JAR 2015, 669 ff., dieser Fall wurde nicht ans Bundesgericht weitergezogen. Siehe jedoch zum Thema auch BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 9. Oktober 2017 (Mehr zu 8C_605/2016 siehe hinten, Rz. 138).

Personalfachfrau (zwei gleichzeitig aus der Firma austretende Männer hatten eine solche erhalten) einen Verstoss gegen das GIG darstelle, jedoch offengelassen.²²¹ Streitig waren vor Bundesgericht andere, hier nicht interessierende Fragen.²²² Das erstinstanzliche Gericht hatte die Lohnklage der Personalfachfrau gutgeheissen.²²³ Das Gericht stellte fest, dass die Klägerin hinsichtlich der Abgangentschädigung im Verhältnis zu den «Vergleichsmännern» benachteiligt wurde. Im Firmenreglement nicht vorgesehene Kriterien wie der Einfluss auf den Unternehmenserfolg seien zwar bei der Klägerin, nicht aber bei den Vergleichsmännern angewendet worden, was sich zum Nachteil der Personalfachfrau auswirkte.²²⁴

d) (Betriebliche) Sozialversicherungen

- ⁹³ Gemäss Bundesgericht gelten *Ansprüche gegenüber der beruflichen Vorsorge* ungeachtet ihres nahen Zusammenhangs zum Arbeitsentgelt nicht als «Lohn» im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und des GIG.²²⁵ Auch Leistungen der AHV wollte das Bundesgericht nicht am Massstab von Art. 4 Abs. 2 aBV messen.²²⁶
- ⁹⁴ Bis heute (2021) vor Gericht kein Thema waren ungleiche Umwandlungssätze in der (weitergehenden) beruflichen Vorsorge²²⁷ oder auf dem Geschlecht basierende Ungleichbehandlungen bei der Kranktaggeldversicherung als gleichwertiger Ersatz für die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR. Ebenfalls nicht bekannt ist, ob jemals gerichtlich versucht wurde, gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG einen zusätzlichen Lohnfortzahlungskredit nach Art. 324a Abs. 3 für Abwesenheiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft zu erhalten. Die berufliche Vorsorge und die Taggeldversicherung sind als «betriebliche Sozialversicherungen» zu qualifizieren, denen ein Arbeitsverhältnis zu Grunde liegt. Beiträge der Arbeitgeberin an diese betrieblichen Sozialversicherungen stellen Lohn im Sinne von Art. 3 GIG dar. Fraglos trifft dies auch auf die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR zu.
- ⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 GIG und Art. 8 Abs. 3 BV statuieren das Verbot der direkten oder indirekten geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung. Erstere Bestimmung gilt materiellrechtlich als Wiederholung des bereits in der Verfassung verankerten Rechts. Variable Vergütungen sind beim

²²¹ BGer, Urteil 4A_23/2016 vom 19. Juli 2016, E. 9.

²²² Die ganze (lange) Prozessgeschichte ist hier nachzulesen: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1679.html#no11> (zuletzt besucht am 29.01.2021).

²²³ Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt P.2010.143, Urteil vom 07. November 2011.

²²⁴ Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt P.2010.143, Urteil vom 07. November 2011.

²²⁵ BGE 126 II 217, E. 8a; BGE 116 V 207; BGE 109 I^b 81, E. 4c.

²²⁶ BGE 105 V 1; Siehe zum Thema FREI, 51 ff.

²²⁷ Siehe dazu aber immerhin die Untersuchung von GEISER, https://www.equality.ch/pdf_d/P_Gutachten_Thomas_Geiser.pdf (zuletzt besucht am 29.01.2021).

Lohnvergleich zu berücksichtigen: «Für den Lohnvergleich ist dabei auf die Gesamtentschädigung einschliesslich Zulagen und Gratifikationen abzustellen».

- ⁹⁶ Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis auch Ungleichheiten zwischen Witwern und Witwen oder unterschiedliche Altersgrenzen bei den AHV- und BV-Renten zugelassen.²²⁸ Jüngst hat der EGMR jedoch entschieden, dass die Ungleichbehandlung zwischen Witwern und Witwen gegen Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK verstösse.²²⁹

1.3 Fazit

- ⁹⁷ Bezuglich Entgeltgleichheit hält das GIG identisch mit der Rechtslage gemäss der RL 2006/54/EG fest, dass für die Durchsetzung des Anspruchs auf Entgeltgleichheit eine Beweislasterleichterung gilt (Art. 19 RL 2006/54/EG und Art. 6 GIG).²³⁰ Eine weitere Konkretisierung für den Entgeltgleichheitsanspruch enthält das GIG jedoch nicht. Es war und ist vielmehr Aufgabe der Rechtsprechung, die Beweislasterleichterung zu konkretisieren. Die massgeblichen EuGH-Entscheide²³¹ zur Konkretisierung der Beweislastverteilungsregel wurden von der schweizerischen Rechtsprechung nicht umfassend rezipiert, grundlegende Unterschiede zwischen dem Verständnis der Beweislast in Bezug auf den Beweis der Entgeltdiskriminierung im Sinne der einschlägigen EU-Richtlinie 2006/54/EG und Art. 6 GIG finden sich indes nicht.²³²
- ⁹⁸ Inspirieren liess sich das Bundesgericht durch das EU-Recht hinsichtlich der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung und der Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Entlohnung.²³³ Gemäss EuGH können Unterscheidungen bei Lohnbestandteilen gerechtfertigt sein, wenn sie einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.²³⁴ Auch hat der EuGH entschieden, dass es Unternehmen gestattet sein müsse, Lohnzuschläge mit den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt zu rechtfertigen, wobei die Höhe des Zuschlags im Einzelfall im Lichte der tatsächlichen Marktverhältnisse sowie der Verhältnismässigkeit begründbar bleiben müsse.²³⁵ Das Bundesgericht seinerseits hat

²²⁸ BGE 116 V 198, E. 2a/aa; BGE 109 I^b 81, E. 4c.

²²⁹ EGMR vom 20.10.2020, Nr. 78630/12, B. gegen die Schweiz. Das Urteil ist (Januar 2021) nicht rechtskräftig, da die Schweiz den Fall an die Grosse Kammer weitergezogen hat. Siehe zum Urteil PÄRLI, 21 ff.

²³⁰ Die Beweislasterleichterung gilt indes im EU-Recht anders als im schweizerischen Arbeitsrecht auch bei der Anstellung und in Fällen von sexueller Belästigung.

²³¹ EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*); EuGH, Urteil vom 27.06.1990, Rs. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, (*Kowalska*).

²³² WYLER RÉMY, 158 ff. Siehe zu Art. 6 GIG auch die Untersuchung von BOHNET FRANÇOIS, Die Glaubhaftmachung im Sinne von Artikel 6 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Quelle: https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/recht/gleichstellungsgesetz/gutachten_glaubhaftmachung_im_sinne_vonartikel6.pdf.download.pdf/Gutachten%20Art.%206%20GIG%202018%2009%2018_D.pdf (zuletzt besucht am 03.02.2021).

²³³ Siehe dazu mit Nachweisen ausführlich KLETT, 133 ff.

²³⁴ EuGH, Urteil vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, (*Bilka*), Rn. 36f. In BGE 124 II 409, E. 5b nahm das Bundesgericht ausdrücklich auf die *Bilka*-Entscheidung des EuGH Bezug.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 27.10.1993, Rs. C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, (*Enderby*), Rn. 24 ff.

den Arbeitgebenden Rechtfertigungsgründe für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede zugestanden, namentlich «Ausbildung», «Dienstalter» und «Qualifikation»²³⁶ oder «Marktsituation» und «Konjunktur».²³⁷

⁹⁹ Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH hat das Bundesgericht den Begriff «Lohn» im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG weit ausgelegt; zum Lohn gehören sämtliche Entschädigungen für Arbeitsleistungen. Dazu zählen auch Lohnbestandteile wie Familien-, Orts- und Kinderzulagen, Gratifikationen, Naturalleistungen und Boni.²³⁸ Eine (gewichtige) Differenz zeigt sich indes hinsichtlich betrieblicher Sozialversicherungen. Der EuGH hat wie gezeigt wurde in ständiger Rechtsprechung auch die betriebliche Altersvorsorge von Arbeitnehmenden unter dem primärrechtlichen Entgeltbegriff (Art. 157 AEUV) erfasst. Das Bundesgericht hingegen will weder die AHV noch die obligatorische oder weitergehende berufliche Vorsorge am Massstab von Art. 8 Abs. 3 BV messen.²³⁹ Richtig ist, dass dem Bundesgericht angesichts von Art. 190 BV (Massgeblichkeit von Bundesgesetzen) Schranken gesetzt sind.²⁴⁰ Möglich wäre indes, den Begriff «Lohn» nach GIG sehr weit auszulegen und dabei die berufliche Vorsorge analog der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 157 AEUV²⁴¹ als Bestandteil des Lohnes zu erfassen. Die mit der statistisch längeren Lebenserwartung begründeten ungleichen Umwandlungssätze in der weitergehenden beruflichen Vorsorge würden dann eine direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen.²⁴²

2. Anstellungsdiskriminierung

2.1 EuGH

¹⁰⁰ Im Zusammenhang mit dem Zugang zum Arbeitsmarkt allgemein und konkret(er) das Geschlecht diskriminierenden Auswahlkriterien und -entscheide einzelner Arbeitgeber hat der EuGH zum einen auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 4 AEUV (vormals Art. 141 EG bzw. Art. 119 EWG) und Art. 3 RL 2006/54/EG einige zentrale Entscheide zur Frage der Zulässigkeit positiver Massnahmen gefällt. Zum anderen finden sich (erst wenige) EuGH-Urteile zu Diskriminierung bei den Einstellungsbedingungen im Sinne von Art. 14 bis 16 RL 2006/54/EG.

²³⁶ BGE 130 III 145, E. 5.2.

²³⁷ BGE 126 II 217. Siehe aber die Entscheide BGE 130 III 145, E. 5.2 und BGE 125 III 368, E. 5c: Hier setzt das Bundesgericht dem «Marktargument» enge Grenzen, i.d.R. sei spätestens innert eines Jahres eine Lohnanpassung vorzunehmen.

²³⁸ BGE 109 Ib 87, E. 3c; BGE 126 II 217, E. 8a; BGE 130 III 145.

²³⁹ Siehe oben, Rz. 93.

²⁴⁰ FREI, 56.

²⁴¹ Siehe oben, Rz. 71 f.

²⁴² So auch GEISER (Fn. 227), Rz. 6.2 und 6.3.

- ¹⁰¹ Bezuglich Vorrangregelungen zu Gunsten des einen Geschlechts hat der EuGH im Jahre 1995 in der Rechtssache «Kalanke» entschieden, den Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts unter den Bewerbern dürfe *kein absoluter und unbedingter* Vorrang zukommen²⁴³. Das bedeutet nun aber nicht, dass Vorrangregelungen zu Gunsten der Angehörigen des in einem bestimmten Bereich unterrepräsentierten Geschlechts in jedem Fall unzulässig sind. Der EuGH präzisierte im Fall «Marschall», eine Bevorzugung von Frauen bei bestehender Unterrepräsentation und bei gleicher Qualifikation stelle keine Benachteiligung des männlichen Bewerbers dar.²⁴⁴
- ¹⁰² Die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Bevorzugung sind zusammenfassend in der Rechtssache «Abrahamsson» festgehalten.²⁴⁵ Eine nationale Regelung, die Bewerbende des unterrepräsentierten Geschlechts privilegiert, ist solange zulässig als der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerbenden nicht so gross ist, dass der Einstellungsentscheid sachlich nicht mehr gerechtfertigt werden könnte.²⁴⁶
- ¹⁰³ Ein weiterer Meilenstein in der EuGH-Rechtsprechung zur Zulässigkeit positiver Massnahmen bildet die Rechtssache «Badeck».²⁴⁷ Der EuGH entschied bei seiner Beurteilung des Gleichbehandlungsgesetzes des Bundeslandes Hessen, dass auch eine Ergebnisquote zulässig sein kann (der Anteil an Frauen im öffentlichen Dienst muss dem Anteil entsprechen, den diese an den Absolventinnen und Absolventen, Promovierten und Studierenden des jeweiligen Fachbereichs stellen).²⁴⁸ Auch zulässig ist gemäss der Badeck-Entscheidung, dass bei Personalauswahl-entscheidungen Fähigkeiten und Erfahrungen, die aufgrund von Familienarbeit, also Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich, erworben wurden, berücksichtigt werden müssen, soweit diesen Aspekten für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerber Bedeutung zukommt.²⁴⁹
- ¹⁰⁴ Gemäss der Art. 14-16 der RL 2006/54/EG darf aufgrund des Geschlechts beim Zugang zum Arbeitsmarkt nicht diskriminiert werden. Zur Auslegung dieser Bestimmungen sind erst wenige, aber durchaus bedeutsame EuGH-Urteile ergangen. So hielt der EuGH fest, der sachliche Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 der RL 2006/54/EG sei weit zu verstehen.²⁵⁰ Erfasst seien alle Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zur Beschäftigung.²⁵¹ Eine Einstellungsbedingung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 I lit. a RL 2006/54/EG liege auch dann vor,

²⁴³ EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322, (*Kalanke*), Rn. 16.

²⁴⁴ EuGH, Urteil vom 11.11.1997, Rs. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533, (*Marschall*).

²⁴⁵ EuGH, Urteil vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367, (*Abrahamsson*).

²⁴⁶ EuGH, Urteil vom 06.07.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367, (*Abrahamsson*).

²⁴⁷ EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, (*Badeck*).

²⁴⁸ EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, (*Badeck*), Rn. 39 ff.

²⁴⁹ EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, (*Badeck*), Rn. 31 ff.

²⁵⁰ EuGH, Urteil vom 18.11.2010, Rs. C-356/09, ECLI:EU:C:2010:703, (*Kleist*), Rn. 26 (im Zusammenhang mit Entlassung).

²⁵¹ EuGH, Urteil vom 06.03.2014, Rs. C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128, (*Napoli*), Rn. 25.

wenn eine bestimmte Mindestkörpergrösse Voraussetzung zur Zulassung zu einem Auswahlverfahren bilde. Im konkreten vom EuGH zu beurteilenden Fall ging es um den Zugang zum Polizeiberuf in Griechenland.²⁵² Für den EuGH führt die Festsetzung einer einheitlichen Mindestkörpergrösse für alle Bewerbenden zu einer mittelbaren Diskriminierung, denn im Ergebnis würde eine sehr viel höhere Zahl von Personen weiblichen Geschlechts als männlichen Geschlechts benachteiligt. Die griechische Regierung gab an, die Regelung diene dem Ziel die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Polizei zu gewährleisten. Dies sei, so der EuGH, zwar ein rechtmässiges Ziel²⁵³, indes seien die Mittel zur Erreichung dieses Ziels weder angemessen noch erforderlich. Nicht alle Aufgaben und Tätigkeiten der Polizei würden eine besondere körperliche Eignung erfordern und zudem sei eine solche Eignung nicht zwangsläufig mit einer Mindestgrösse verbunden.²⁵⁴

¹⁰⁵ Besonderen Schutz ist im EU-Recht im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschutz vorgesehen. Der EuGH entschied dabei, dass einer im nationalen Recht gesetzlich verankerter Mutterschutz für Frauen nicht zu Nachteilen beim Zugang zum Arbeitsmarkt führen dürfe. Werde eine Anstellung wegen einer Schwangerschaft bzw. einem während der Schwangerschaft bestehenden Arbeitsverbot verweigert, erfülle dies den Tatbestand einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.²⁵⁵

¹⁰⁶ Der wirksame Schutz vor diskriminierender Nichtanstellung aufgrund des Geschlechts hängt u.a. von der Frage ab, wie die Beweislastregelungen ausgestaltet sind. In einem irischen Fall (*Kelly*) musste sich der EuGH mit der Frage auseinandersetzen, ob sich aus Art. 4 der Beweislastrichtlinie 97/80 oder aus anderen Rechtsquellen ein Informationsanspruch eines abgelehnten Bewerbers über die Qualifikationen der von der Arbeitgeberin für die fragliche Stelle berücksichtigten Person ergebe.²⁵⁶ Die Frage wurde vom EuGH verneint. Aus dem einschlägigen Wortlaut der Richtlinie gehe kein Anspruch auf Einsichtnahme hervor und es könne keine explizite Verpflichtung abgeleitet werden, Bewerbenden die Offenlegung der Qualifikation anderer Bewerber zu erlauben.²⁵⁷ Nur kurze Zeit später hatte der EuGH erneut Gelegenheit, sich zur Frage des Auskunftsanspruchs zu äussern. Im Ausgangsverfahren in Deutschland machte Frau Galina Meister eine Diskriminierung wegen des Geschlechts, des Alters und des ethnischen Hintergrundes geltend, weil sie ungeachtet ihrer nachgewiesenen fachlichen Qualifikationen nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Die Klage gründete u.a. auf dem Umstand, dass die Arbeitgeberin die Stelle mangels erfolgreicher Suche ein zweites Mal ausgeschrieben hatte und Frau Meister weder bei der ersten noch der zweiten Ausschreibung für ein Vorstellungsgespräch

²⁵² EuGH, Urteil vom 18.10.2017, Rs. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767, (*Kalliri*), Rn. 25.

²⁵³ EuGH, Urteil vom 18.10.2017, Rs. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767, (*Kalliri*), Rn. 36.

²⁵⁴ EuGH, Urteil vom 18.10.2017, Rs. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767, (*Kalliri*), Rn. 37 ff.

²⁵⁵ EuGH Urteil vom 03.02.2000, Rs. C-207/98, ECLI:EU:C:2000:64, (*Mahlburg*), Rn. 27.

²⁵⁶ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, (*Kelly*).

²⁵⁷ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, (*Kelly*), Rn. 48.

berücksichtigt wurde. Frau Meister verlangte im innerstaatlichen Verfahren erfolglos Einsichtnahme in das Bewerbungsdossier des schliesslich eingestellten Kandidaten. Der EuGH bestätigte zwar seine Rechtsprechung in der Rechtssache Kelly, wonach grundsätzlich kein derartiger Auskunftsanspruch bestehe.²⁵⁸ Allerdings weist der EuGH darauf hin, dass die Verweigerung der Auskunft durch die Arbeitgeberin ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen könne.²⁵⁹

¹⁰⁷ Keinen Anspruch auf Schutz durch das EU-Gleichstellungsrecht haben sogenannte Scheinbewerber_innen. Es handelt sich dabei um Personen, die sich auf Stellen bewerben, für die sie gar kein tatsächliches Interesse haben. Ziel ist vielmehr, im Falle einer Ablehnung eine Entschädigung wegen Diskriminierung zu erhalten. Mit Entscheidung vom 28. Juli 2016 stellte der EuGH fest, «dass eine Situation, in der eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nicht unter den Begriff „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ im Sinne der Richtlinien (2000/78/EG sowie 2006/54/EG) fällt und, wenn die nach Unionsrecht erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, als Rechtsmissbrauch bewertet werden kann.»²⁶⁰

2.2 BGer

¹⁰⁸ Anders als der EuGH beschäftigte sich das Bundesgericht bislang kaum mit Anstellungsdiskriminierungsfällen. Die Untersuchung von LEMPEN/VOLODER zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004-2019 identifizierte lediglich sechs Bundesgerichtsentscheide²⁶¹, in denen eine Entschädigung wegen Anstellungsdiskriminierung verlangt wurde. In keinem der Fälle waren die Klagen erfolgreich.²⁶² Auch das Bundesgericht anerkennt, dass Anstellungsdiskriminierungen häufig äusserst schwierig nachzuweisen sind.²⁶³

¹⁰⁹ BGE 133 II 257 handelt zwar von einem Anstellungsdiskriminierungsfall (Nichtberücksichtigung eines Arztes für eine Professur an der Universität Genf). Im Verfahren vor Bundesgericht ging es indes nicht um die Frage, ob eine Anstellungsdiskriminierung vorlag. Prozessthema waren vielmehr die Zulässigkeit der kumulativen Geltendmachung von Rechtsansprüchen nach Art. 5 Abs. 1-4 und Art. 5 Abs. 5 GIG. Das Bundesgericht kam zum Schluss, diese Ansprüche könnten im gleichen Verfahren geltend gemacht werden.²⁶⁴

²⁵⁸ EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, (*Meister*).

²⁵⁹ EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Rs.C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, (*Meister*), Rn. 45.

²⁶⁰ EuGH, Urteil vom 28.07.2016, Rs. C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, (*Kratzer*), Leitsatz nach Rn. 45.

²⁶¹ BGE 145 II 153; BGE 136 II 393; BGE 131 II 361; BGer, Urteil 2A.637/2004 vom 19. Januar 2006; BGer, Urteil 8C_703/2015 vom 14. Juni 2016; BGer, Urteil 8C_821/2016 vom 26. Januar 2018.

²⁶² LEMPEN/VOLODER, 34.

²⁶³ BGer, Urteil 8C_821/2016 vom 26. Januar 2018, E. 3.3.

²⁶⁴ BGE 133 II 257, E. 5.3. Siehe zum Entscheid auch unten, Rz. 166.

¹¹⁰ Als (umstrittener) Leitentscheid betreffend Anstellungsdiskriminierung und Zulässigkeit positiver Massnahmen²⁶⁵ gilt BGE 131 II 361.²⁶⁶ Gegenstand des Verfahrens bildete die Besetzung einer Professur an der Universität Freiburg. Die Stelle war durch ein Chancengleichheitsprogramm finanziert und bei der Ausschreibung wurde darauf hingewiesen, dass nur Bewerberinnen in Frage kämen. Ein Kandidat, dessen Bewerbung gar nicht geprüft wurde, ging gerichtlich gegen die Universität Freiburg vor. Das Bundesgericht hielt fest, eine solche starre Frauenquote bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.²⁶⁷ Zudem wurde die Verhältnismässigkeit der Massnahme in Frage gestellt.²⁶⁸ Dem Kandidaten wurde eine symbolische Entschädigung wegen der Anstellungsdiskriminierung von einem Franken zugebilligt.²⁶⁹

¹¹¹ In BGE 145 II 153 ging es um einen Mann, der zeitlich befristet für die Schweizer Armee arbeitete und sich vor Vertragsende erneut für die gleiche Stelle bewarb. Seine Bewerbung wurde abgelehnt und der Mann vermutete, dass die Ablehnung aufgrund seiner Homosexualität erfolgte.²⁷⁰ Nachdem bei der Schlichtungsstelle keine Einigung erzielt wurde, zog der Mann den Fall weiter ans Bundesverwaltungsgericht, das seine Beschwerde ebenso ablehnte wie das Bundesgericht. Dieses erachtete das GIG als nicht anwendbar und Art. 8 Abs. 3 BV als nicht verletzt, da keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorlag, sondern ggf. eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung.²⁷¹ Diese falle zwar unter Art. 8 Abs. 2 BV, doch sei hier kein Egalisierungsgebot vorgesehen.²⁷² Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz. Gemäss Bundesgericht liegt eine direkte Diskriminierung nur vor, wenn sich die ungleiche Behandlung auf die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht stützt. Homosexuell könnten indes sowohl Männer als auch Frauen sein. Eine Diskriminierung wegen Homosexualität stütze sich deshalb gerade nicht auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht.²⁷³ Auch eine indirekte Diskriminierung liege gemäss Bundesgericht nicht vor. Eine solche könnte allenfalls vorliegen, wenn durch die Ablehnung wegen Homosexualität ausschliesslich oder überwiegend Personen eines Geschlechts betroffen wären – was hier nicht geltend gemacht worden sei.²⁷⁴

¹¹² Trotz der wenigen Bundesgerichtsentscheide, die unmittelbar Anstellungsdiskriminierungsfälle betreffen, ist davon auszugehen, dass direkte und indirekte Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts bei Anstellungen recht häufig vorkommen. Es gibt indes im Vergleich zu Lohnklagen

²⁶⁵ Siehe Art. 3 Abs. 3 GIG.

²⁶⁶ Zum Urteil siehe etwa die Bemerkungen von KÄGI-DIENER, 1451 ff., 1459; TOBLER (Quoten), 220 ff., insbesondere 224 ff.; HANGARTNER, 597 ff.

²⁶⁷ BGE 131 II 361, E. 7.

²⁶⁸ BGE 131 II 361, E. 5.

²⁶⁹ BGE 131 II 361, E. 4.8.

²⁷⁰ BGE 145 II 151, siehe zum Fall bereits oben, Rz. 111.

²⁷¹ BGE 145 II 151, E. 4.3.

²⁷² BGE 145 II 151, E. 4.3.6.

²⁷³ BGE 145 II 151, E. 4.4.

²⁷⁴ BGE 145 II 151, E. 4.4.5.2.

und Klagen wegen diskriminierenden Kündigungen relativ wenig Schlichtungsfälle und Entscheide erstinstanzlicher Gerichte, was unter anderem mit der fehlenden Beweislasterleichterung bei der Anstellungsdiskriminierung zu tun hat.²⁷⁵

¹¹³ Hinzuweisen ist noch auf zwei Bundesgerichtsentscheide aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts, die ebenfalls einen Bezug zur Anstellungsdiskriminierung nach GIG aufweisen.

¹¹⁴ BGE 143 V 168 handelt von einer Arbeitnehmerin, die nach der Geburt ihres ersten Kindes ihre Stelle in einem Spital kündigte. Gleich nach der Geburt ihres zweiten Kindes und einer 19-monatigen Pause meldete sie sich bei der Arbeitsvermittlung und gab an, in einem Penum zu 100%, allenfalls 80% arbeiten zu wollen. Weiter stellte sie einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Die zuständige Behörde und die Vorinstanz anerkannten lediglich eine Vermittlungsfähigkeit von 50% und verneinten diese zudem für die Zeit zwischen der 8 und 16. Schwangerschaftswoche, da in dieser Zeitspanne nach der Geburt Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes den Einsatz erschweren. Für das Bundesgericht geht diese Argumentation fehl. Die Nachfrage nach Pflegepersonal sei sehr hoch und die Vermittlungsfähigkeit sei gegeben. Die Annahme, ein potenzieller Arbeitgeber würde die Frau wegen den Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes nicht anstellen, sei nicht haltbar. Eine Nichtanstellung unter Berufung auf den Mutter-schutz würde ohnehin gegen das Anstellungsdiskriminierungsverbot des GIG verstossen.²⁷⁶

¹¹⁵ Auch in BGE 146 V 210 war die Vermittlungsfähigkeit einer (werdenden) Mutter betroffen. Der schwangeren Arbeitnehmerin wurde der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder mit dem Argument verweigert, angesichts der kurz bevorstehenden Geburt sei sie nicht vermittelungsfähig. Das zuständige kantonale Gericht und das Bundesgericht sind jedoch der Auffassung, es gehe nicht an, eine Frau bloss aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht anzustellen und ihr die Vermittlungsfähigkeit abzusprechen, denn das GIG würde eine Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen wegen der Schwangerschaft verbieten.

2.3 Fazit

¹¹⁶ Die Nichtberücksichtigung von Bewerbenden als Folge einer starren Quote erachtete sowohl der EuGH als auch das Bundesgericht für unzulässig. Das Bundesgericht hat im dies bezüglichen Leitentscheid BGE 131 II 361 denn auch ausdrücklich auf die einschlägigen EuGH-Entscheide Bezug genommen.²⁷⁷

²⁷⁵ Zu den Gründen siehe KÄLIN/LOCHER, 14f.

²⁷⁶ BGE 143 V 168, E. 5.1.

²⁷⁷ BGE 131 II 361, E. 6.7 und 7.6 (dort Hinweis auf EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322, (Kalanke)).

- ¹¹⁷ Die Entschädigung bei einer Anstellungsdiskriminierung (Art. 5 Abs. 2 GIG) ist nach schweizerischem Recht auf drei Monatslöhne beschränkt. Der EuGH hat im Urteil Draehmpaehl²⁷⁸ festgestellt, dass eine maximale Sanktion von drei Monatslöhnen auch bei diskriminierender Nichtberücksichtigung trotz bester Qualifikation nicht ausreiche. In der Lehre wird die Frage aufgeworfen, ob die schweizerische Rechtslage mit dem EU-Recht vereinbar ist²⁷⁹ (bzw. wäre, denn als Nicht-Mitglied muss sich die Schweiz nicht an die EU-Richtlinien halten). Entscheidend ist nach der hier vertretenen Meinung, dass Art. 5 Abs. 5 GIG ausdrücklich Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung vorbehält. Richtigerweise hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass die Ansprüche nach Art. 5 Abs. 1-4 und Art. 5 Abs. 5 GIG im gleichen Verfahren geltend gemacht werden können.²⁸⁰
- ¹¹⁸ Problematisch ist BGE 145 II 153.²⁸¹ Zwar wird auch nach der EuGH-Rechtsprechung eine Diskriminierung aufgrund der Homosexualität nicht als geschlechtsspezifische Diskriminierung anerkannt.²⁸² In der EU ist die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung indes gemäss RL 2000/78/EG im Bereich Arbeit und Beschäftigung mit vergleichbarem Schutzniveau verboten wie eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Angesichts des in der Schweiz fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung im Erwerbsleben, könnte eine weitere Auslegung von Art. 3 GIG diese gesetzgeberische Lücke zumindest ansatzweise schliessen.
- ¹¹⁹ Auffallend ist bei der Analyse der bundegerichtlichen Rechtsprechung, dass die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Verwaltung der Arbeitslosenversicherung (zu Recht) korrigiert hat, nachdem diese einer schwangeren Arbeitnehmerin und einer Mutter nach der Geburt die Vermittlungsfähigkeit und damit den Anspruch auf Arbeitslosenversicherungsunterstützung versagt hatte. Es darf nicht sein, dass arbeitslose Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für diskriminierende Ausschlusspraktiken im Arbeitsmarkt sanktioniert werden.

3. Diskriminierungen bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

3.1 EuGH

a) Allgemeines

²⁷⁸ EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*).

²⁷⁹ HEIZMANN, 426.

²⁸⁰ BGE 133 II 257, E. 5.3. Siehe zum Entscheid auch unten, Rz. 166.

²⁸¹ Siehe zum Fall oben, Rz. 111.

²⁸² EuGH, Urteil vom 16.07.2020, Rs. C-249/1996, ECLI:EU:C:2020:570, (*Grant / South-West Trains Ltd.*); weitergehend zum Thema siehe KOCHER, 386 ff.

¹²⁰ Nach Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG ist die Diskriminierung bei allen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen verboten.²⁸³ Dazu gehören sämtliche Leistungen der Arbeitgeberin, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen.²⁸⁴ Erfasst ist bspw. ein Kursbesuch, der den Aufstieg in einen höheren Dienstgrad ermöglicht.²⁸⁵ Auch als Arbeitsbedingung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG gilt eine unterlassene Risikobeurteilung hinsichtlich der Gefährlichkeit einer Tätigkeit für stillende Mütter.²⁸⁶

¹²¹ Es fällt auf, dass der EuGH sich kaum explizit zum Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen aussern musste. Die allermeisten EuGH-Urteile bezüglich Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betreffen das Entgelt, die Anstellungsdiskriminierung oder Diskriminierungen im Zusammenhang mit Entlassungen.

b) Diskriminierung im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Mutterschaft und Elternschaft

¹²² Gemäss Art. 8 RL 92/75/EWG haben schwangere Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen, wobei es den EU-Staaten überlassen bleibt, wie die 14 Wochen auf die Zeit vor und nach der Geburt verteilt werden. In zwei Verfahren musste der EuGH prüfen, ob auch «Bestellmütter» Anspruch auf den 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub haben. Generalanwältin Juliane Kokott argumentierte in einem das britische Recht betreffenden Fall, auch Bestellmütter, die sich nach der Entbindung um das von der Leihmutter ausgetragene Kind kümmern, bräuchten eine Auszeit während den ersten Lebenswochen des Kindes, um eine Bindung herstellen zu können. Folglich falle eine Bestellmutter unter den Begriff der «Wöchnerin» und habe Anspruch auf den Mutterschaftserlaub.²⁸⁷ Anders sah es Generalanwalt Nils Wahl in einem irischen Fall. Für Wahl ist relevant, dass der Mutterschaftsurlaub Arbeitnehmerinnen helfen soll, sich von den physischen und psychischen Belastungen während einer Schwangerschaft und nach der Geburt zu erholen. Eine Bestellmutter sei aber nicht schwanger gewesen und könne folglich aufgrund des nach der Geburt angenommenen Kindes keinen Mutterschutz beanspruchen.²⁸⁸ Der EuGH schloss sich letzterer Meinung an

²⁸³ In Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG ist auch der bereits primärrechtlich verankerte Grundsatz der Entgeltgleichheit nochmals erwähnt (siehe dazu oben, Rz. 58 ff.). Ausdrücklich nennt Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG auch Entlassungsbedingungen (siehe dazu unten, Rz. 145 ff.).

²⁸⁴ EuGH, Urteil vom 13.07.1995, Rs. C-116/94, ECLI:EU:C:1995:247, (*Meyers*), Rn. 24.

²⁸⁵ EuGH, Urteil vom 06.03.2014, Rs. C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128, (*Napoli*), Rn. 36 ff.

²⁸⁶ EuGH, Urteil vom 19.10.2017, Rs. C-531/15, ECLI:EU:C:2017:789, (*Otero Ramos*), Rn. 64.

²⁸⁷ Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 26.09.2013, EuGH, Rs. C-167/12, ECLI:EU:C:2013:491, (*C.D. / S.*).

²⁸⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.09.2013, EuGH, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2013:604 (*A / Board of management of a community School*).

und entschied in beiden Fällen, es bestehe kein Anspruch auf Mutterschaftsurlaub bei Bestell-mutterschaft.²⁸⁹ Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts liege auch deshalb nicht vor, weil auch ein Bestellvater keinen Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub habe.²⁹⁰

¹²³ Nach Art. 15 RL 2006/54/EG haben Frauen im Mutterschaftsurlaub nach *Ablauf des Mutterschaftsurlaubs* Anspruch darauf, an ihren *früheren Arbeitsplatz* oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind, zurückzukehren. Weiter verlangt die Bestimmung, dass die betroffenen Frauen auch Anspruch auf alle Arbeitsbedingungen haben, auf die sie ohne Mutterschaftsurlaub gehabt hätten. Im einen Italien betreffenden Fall musste der EuGH die Rechtmässigkeit einer verweigerten Weiterbildung während des Mutterschaftsurlaubes beurteilen.²⁹¹ Der EuGH stellte sich auf den Standpunkt, eine generelle Verweigerung des Kursbesuches sei nicht statthaft, es hätte vielmehr eine konkrete Prüfung vorgenommen werden müssen, ob der Kursbesuch trotz Mutterschaftsurlaub möglich gewesen wäre.²⁹²

¹²⁴ Nicht vereinbar mit der RL 96/34/EG über den Elternurlaub war eine griechische Regelung, wonach Beamte, deren Ehefrauen nicht arbeiten, keinen Anspruch auf bezahlten Elternurlaub haben. Der EuGH erkannte darin sowohl einen Verstoss gegen die Elternurlaubsrichtlinie als auch eine Verletzung der Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG, denn in Griechenland erhielten verheiratete Mütter mit Beamten-Status den Elternurlaub unabhängig von der beruflichen Stellung ihres Ehegatten.²⁹³ Der EuGH argumentierte, die griechische Regelung führe zu einer *Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung* zwischen Mann und Frau, indem den Männern weiterhin eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen werde.²⁹⁴

¹²⁵ In einem ähnlichen Kontext steht auch eine spanische Bestimmung, gemäss derer ein Vater mit Arbeitnehmerstatus einen Urlaub in den ersten neun Monaten nach der Geburt seines Kindes (Stillurlaub) nur dann anstelle der Mutter seines Kindes in Anspruch nehmen kann, wenn diese ebenfalls als Arbeitnehmerin tätig ist. Wenn jedoch die Mutter selbstständigerwerbend tätig war, konnte der Vater keinen Stillurlaub nehmen. Das einschlägige spanische Gesetz sah indes vor, dass bei Arbeitnehmerinnen in der gleichen Situation die Gewährung des Stillurlaubs nicht vom

²⁸⁹ EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-167/12, ECLI:EU:C:2014:2, (C.D. / S.), EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, (A / *Board of management of a community school*).

²⁹⁰ EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, (A / *Board of management of a community school*), Rn. 52.

²⁹¹ EuGH, Urteil vom 06.03.2014, Rs. C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128, (*Napoli*), Rn. 33.

²⁹² EuGH, Urteil vom 06.03.2014, Rs. C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128, (*Napoli*), Rn. 36.

²⁹³ EuGH, Urteil vom 16.07.2015, Rs. C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473, (*Konstantinos*).

²⁹⁴ EuGH, Urteil vom 16.07.2015, Rs. C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473, (*Konstantinos*), Rn. 50, so auch schon der EuGH im Urteil vom 19.03.2002 in Rs. C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183, (*Lommers*), Rn. 41.

Erwerbsstatus des Vaters des Kindes abhängig gemacht wurde.²⁹⁵ Naheliegenderweise erkannte der EuGH hier eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die nicht mit dem Argument des Schutzes der Frau oder der Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen begründet werden konnte. Der Stillurlaub, so der EuGH, habe gerade nicht zum Ziel, den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau nach der Schwangerschaft oder den Schutz der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind zu gewährleisten. Das ergebe sich bereits daraus, dass der Urlaub sowohl vom Vater als auch von der Mutter genommen werden könne. Die Chancengleichheit werde durch die betreffende Regelung nicht gefördert, im Gegenteil, es werde vielmehr die *herkömmliche Rollenverteilung zwischen Mann und Frau* bestätigt.²⁹⁶

¹²⁶ Der EuGH hat bekräftigt, dass ein in einem Tarifvertrag über das gesetzliche Minimum hinausgehender zusätzlicher Mutterschaftsurlaub nur dann gerechtfertigt ist, wenn er dem Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Frau und ihrem Kind in der Zeit nach der Schwangerschaft und der Entbindung dient. Ist dies nicht der Fall, stellt dieser nur Müttern, nicht aber Vätern zustehende (zusätzliche) Urlaub einen Verstoss gegen RL 2006/54/EG dar.²⁹⁷

¹²⁷ Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stellte eine französische Regelung dar, die Kindererziehungszeiten für die Entstehung eines Pensionsanspruchs und für die Anzahl Dienstjahre berücksichtigte. Der EuGH entschied, dass solche dem Anschein nach neutralen Vorschriften zu einer mittelbaren Diskriminierung von männlichen Beamten wegen des Geschlechts führe.²⁹⁸ Die Vorschriften beruhten auf einer Bedingung, die weibliche Beamte aufgrund des verpflichtend ausgestalteten Mutterschaftsurlaubs (mind. 16 Wochen) stets erfüllen, männliche hingegen kaum.²⁹⁹ Für den EuGH lässt sich diese unterschiedliche Behandlung auch nicht durch objektive Faktoren rechtfertigen. Zwar wären die von Frankreich angeführten Ziele der Ruhestandsregelung (Ausgleich von Nachteilen, die weibliche und männliche Bedienstete in der Unterbrechung der beruflichen Laufbahn aufgrund der Geburt eines Kindes oder der Kinderziehung haben) als solche legitim.³⁰⁰ Die Regelung sei indes zur Zielerreichung weder geeignet noch erforderlich.³⁰¹

¹²⁸ Einer Kabinenchefin der Finn Air wurde aufgrund ihrer Schwangerschaft ein Arbeitsplatz am Boden zugewiesen, verbunden mit Kürzung der Nacht- und Sonntagszulagen. Das zuständige finnische Gericht war unsicher, ob dies mit der EU-Mutterschutz-Richtlinie zu vereinbaren sei und

²⁹⁵ EuGH, Urteil vom 30.09.2010, Rs. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, (*Álvarez*).

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 30.09.2010, Rs. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, (*Álvarez*), Rn. 36.

²⁹⁷ EuGH, Urteil vom 18.11.2020, Rs. C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932, (*Syndicat CFTC*).

²⁹⁸ EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*).

²⁹⁹ EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*), Rn. 43-49 und 86.

³⁰⁰ EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*), Rn. 79.

³⁰¹ EuGH, Urteil vom 17.07.2014, Rs. C-173/13, ECLI:EU:C:2014:2090, (*Leone*), Rn. 53, 59 und 79.

fragte den EuGH um eine Vorabentscheidung.³⁰² Die gleiche Kürzung galt auch während des Mutterschaftsurlaubes. Der EuGH entschied, dass schwangere Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft und Mutterschutzzeit Anspruch auf den regulären Lohn hätten, auch wenn sie anders beschäftigt würden.³⁰³ Hingegen müssen gemäss EuGH Zulagen nicht bezahlt werden, deren Voraussetzungen während der Schwangerschaft und Mutterschaft nicht vorliegen.³⁰⁴

c) Nachteilige Auswirkungen von Teilzeitarbeit

¹²⁹ Benachteiligungen bei Teilzeitarbeit werden primär durch die Rahmenrichtlinie 97/81/EG über Teilzeitarbeit erfasst. In einer Reihe jüngerer Entscheidungen zeigt sich, dass bei Sozialversicherungsleistungen für Teilzeitbeschäftigte zusätzlich auch die Gleichbehandlungsrichtlinie einschlägig ist.

¹³⁰ Nicht immer entscheidet der EuGH jedoch, dass nationale Regelungen zu Sozialversicherungsleistungen bei Teilzeit gegen Art. 4 der RL 2006/54/EG verstossen. So verstösst das deutsche Betriebsrentengesetz und der darauf beruhende Vorsorgeplan eines Unternehmens nicht gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, auch wenn die Berechnung der Altersleistung höhere Einkommen (die bei Teilzeit seltener erreicht werden) berücksichtigt.³⁰⁵ Der EuGH betont aber, dass der Pro-rata-temporis-Grundsatz nicht verletzt werden dürfe.³⁰⁶

¹³¹ Eine weitere Teilzeitproblematik betraf die spanische Regelung in der Arbeitslosenversicherung, die sich für Teilzeitbeschäftigte, die nur an bestimmten Wochentagen arbeiten (vertikale Teilzeitarbeit) bei der Berechnung der Arbeitslosenversicherung nachteilig auswirkte.³⁰⁷ Der EuGH entschied, da 70-80 Prozent der Teilzeitbeschäftigten mit vertikaler Arbeitszeitvereinbarung weiblich seien, würde eine mittelbare Ungleichbehandlung zum Nachteil von Frauen vorliegen.³⁰⁸ Die Regelung sei überdies unverhältnismässig, denn sie sei gar nicht geeignet, die Wechselbeziehung zwischen geleisteten Beiträgen und Leistungsbezügen zu gewährleisten.³⁰⁹ Trotz gleicher Beiträge hätten Teilzeitbeschäftigte eine kürzere Bezugsdauer als Vollzeitbeschäftigte.³¹⁰ Eine ähnliche Thematik lag einem weiteren spanischen Verfahren zu Grunde, in dem es um die Berechnung von Altersrenten Teilzeitbeschäftiger ging.³¹¹ Die Vorschriften für die Berechnung der Altersleistung sahen einen Teilzeitkoeffizienten vor, der die aufgrund der tieferen Löhne von Teilzeitangestellten Renten nochmals reduzierte. Diese Regelung sei mittelbar benachteiligend,

³⁰² EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588, (*Williams u.a.*).

³⁰³ EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588, (*Williams u.a.*), Rn. 58.

³⁰⁴ EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588, (*Williams u.a.*), Rn. 24 i.V.m. Rn. 58.

³⁰⁵ EuGH, Urteil vom 13.07.2017, Rs. C-354/16, ECLI:EU:C:2017:539, (*Kleinsteuber*), Rn. 39.

³⁰⁶ EuGH, Urteil vom 13.07.2017, Rs. C-354/16, ECLI:EU:C:2017:539, (*Kleinsteuber*), Rn. 47.

³⁰⁷ EuGH, Urteil vom 09.11.2017, Rs. C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833, (*Espadas Recio*).

³⁰⁸ EuGH, Urteil vom 09.11.2017, Rs. C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833, (*Espadas Recio*), Rn. 42.

³⁰⁹ EuGH, Urteil vom 09.11.2017, Rs. C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833, (*Espadas Recio*), Rn. 45.

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 09.11.2017, Rs. C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833, (*Espadas Recio*), Rn. 49.

³¹¹ EuGH, Urteil vom 08.05.2019, Rs. C-161/18, ECLI:EU:C:2019:382, (*Villar Láiz*).

wenn die statistischen Daten über die Verteilung von Teil- und Vollzeitangestellten zeigen würden, dass im Ergebnis das eine Geschlecht signifikant stärker von den Nachteilen der Teilzeitarbeit betroffen wäre.

d) Benachteiligung bei Sozialversicherungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

¹³² Auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 1 RL 79/7/EWG (Gleichbehandlung in der sozialen Sicherheit) beurteilte der EuGH die Zulässigkeit einer finnischen Bestimmung in der Unfallversicherung.³¹² Diese sah für Frauen eine höhere Invalidenleistung vor als für Männer gleichen Alters. Die finnische Regierung begründete diese Regelung mit statistischen Daten, wonach Frauen eine längere Lebenserwartung haben. Bei der Berechnung der Pauschalentschädigung bei Invalidität wurde deshalb ein geschlechtsspezifischer Sterblichkeitskoeffizient herangezogen, um auf diese Weise eine Benachteiligung von Frauen zu vermeiden.³¹³ Der EuGH erachtet eine Regelung, die verallgemeinernd auf die durchschnittliche Lebenserwartung von Männer und Frauen abstellt, als unzulässig. Es sei gerade nicht sicher, dass eine Versicherte immer eine höhere Lebenserwartung habe als ein Versicherter gleichen Alters in einer vergleichbaren Situation.³¹⁴ Die unterschiedliche Behandlung männlicher gegenüber weiblicher Versicherten sei somit nicht gerechtfertigt und stelle eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 157 AEUV dar.³¹⁵

¹³³ Die genannte Entscheidung liegt auf der Linie der Test-Achats-Entscheidung des EuGH zu Richtlinie 2004/113/EG aus dem Jahre 2011. Hier hielt der EuGH die Berücksichtigung der Frage der unterschiedlichen Lebenserwartung von Männern und Frauen für die Berechnung der Lebensversicherungsprämie als unzulässig.³¹⁶

3.2 BGer

a) Allgemeines

¹³⁴ Es gibt nur wenige Bundesgerichtsentscheide, die Fragen der Aufgabenzuteilung, Arbeitsbedingungen oder Beförderungen zum Gegenstand haben. Ähnlich wie in der EU zeigt sich auch in der Schweiz, dass von Höchstgerichten zu beurteilende Gleichstellungsfragen während des Arbeitsverhältnisses neben dem Lohn³¹⁷ sich vor allem auch bei mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Sozialversicherungen stellen. Dabei geht es häufig um Sozialversicherungen im

³¹² EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (X).

³¹³ EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (X), Rn. 29.

³¹⁴ EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (X), Rn. 38.

³¹⁵ EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (X), Rn. 39.

³¹⁶ EuGH, Urteil vom 01.03.2011, Rs. C-236/09, EU:C:2011:100, (*Test Achats*).

³¹⁷ Siehe dazu die EuGH-Fälle in Rz. 58 ff. und die relevanten Entscheide des Bundesgerichts in Rz. 76 ff.

Zusammenhang mit Mutterschaft und Elternschaft. Diese Bundesgerichtsentscheide werden deshalb unter b) kurz erläutert und eingeordnet.

³¹⁵ Bezuglich diskriminierender *Aufgabenzuteilung* schaffte es ein Fall bis vor das Bundesgericht.³¹⁸ Konkret ging es um eine Steuerkommissärin, die nach der Geburt ihres ersten Kindes in einem Penum von 50 Prozent weiterbeschäftigt war. Die Arbeitnehmerin bekundete Mühe, innerhalb des Pensums die ihr zugewiesenen Fälle zu bearbeiten. Nach vielen internen Auseinandersetzungen wurde der Frau schlussendlich gekündigt. Vor Gerichte wurde eine indirekte Diskriminierung bei der Aufgabenzuteilung geltend gemacht.³¹⁹ Auch die Kündigung an sich bezeichnete die Klägerin als diskriminierend. Vor dem Verwaltungsgericht und später vor Bundesgericht ging es insbesondere auch um die Frage, ob die Beweislasterleichterung von Art. 6 GIG zum Tragen kommt. Die Vorinstanz hatte dies mit dem Argument offengelassen, eine Benachteiligung bei der Aufgabenzuteilung sei ohnehin nicht erwiesen. Als Indiz dafür werteten beide Instanzen auch den Umstand, dass die Stelle wiederum mit einer Teilzeitangestellten besetzt wurde.³²⁰ Das Bundesgericht hielt noch fest, dass auch die Berücksichtigung der Beweislastumkehr nach Gleichstellungsgesetz durch die Vorinstanz nichts am Ergebnis geänderte hätte. Die Verwaltung habe den Gegenbeweis, dass keine diskriminierende Aufgabenzuteilung vorlag, erbringen können.³²¹

³¹⁶ In BGE 144 II 345 hält das Bundesgericht fest, die Erwähnung einer längeren Abwesenheit wegen *Mutterschaft* oder Krankheit im *Arbeitszeugnis* sei zulässig, sofern die Dauer der Abwesenheit im Verhältnis zur gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses erheblich ins Gewicht fällt. Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass die Begründung für die Absenz «Mutterschaft/Krankheit» weder wahr noch wohlwollend und deshalb aus dem Arbeitszeugnis zu streichen sei. Eine Mutterschaft könne einen Wettbewerbsnachteil darstellen. Die Angabe «Mutterschaft» in einem Arbeitszeugnis stehe den Bemühungen diametral entgegen, Diskriminierungen nach dem Gleichstellungsgesetz zu vermeiden.³²² Das Bundesgericht indes konnte mit diesen Argumenten nichts anfangen. Wie die Vaterschaft könne auch die Mutterschaft, mit Blick auf die dadurch gewonnenen Erfahrungsfelder im Bewerbungswettbewerb auch mit Vorteilen verbunden sein. Zwar könne ein Nachteil darin bestehen, dass der (potentielle) Arbeitgeber um mögliche Absenzen fürchte, was jedoch auf Väter genauso zutreffe, wenn auch angesichts der gängigen Rollen- und Aufgabenverteilung unter den Eltern mehr Frauen betroffen wären. Trotz diesen Bemerkungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Erwähnung der Abwesenheit wegen Mutterschaft kein Nachteil sei und auch nicht gegen das GIG verstossen würde.³²³

³¹⁸ BGer, Urteil 2A.407/2002 vom 29. November 2002.

³¹⁹ BGer, Urteil 2A.407/2002 vom 29. November 2002, E. 2.2.

³²⁰ BGer, Urteil 2A.407/2002 vom 29. November 2002, E. 2.4.

³²¹ BGer, Urteil 2A.407/2002 vom 29. November 2002, E. 3.

³²² BGE 144 II 345, E. 5.3.2.

³²³ BGE 144 II 345, E. 5.3.3.

¹³⁷ Ebenfalls eine Benachteiligung im Zusammenhang mit der Mutterschaft steht im Zentrum eines Entscheides des Bundesgerichts betreffend eine Mitarbeiterin des Schweizerischen Bundesbahnen SBB. Diese machte geltend, es sei diskriminierend, wenn bei ihr infolge Mutterschaftsabsenheiten kein Mitarbeitergespräch durchgeführt werde. Ein solches ist Bedingung für eine allfällige Lohnerhöhung. Das Bundesgericht folgte der Beschwerdeführerin insoweit, als es die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückwies.³²⁴

¹³⁸ Nicht erfolgreich waren die Rügen der geschlechtsspezifischen Benachteiligung zweier Männer, die beide ihre Fälle bis vors Bundesgericht brachten. Ein Anwaltkandidat machte eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend, weil ihm die für ihn obligatorische Zivilschutzzeit nicht an sein Anwaltspraktikum angerechnet wurde. Die Vorinstanzen und das Bundesgericht³²⁵ verneinten jedoch ein Feststellungsinteresse, weil der Mann auch ohne Anrechnung des Zivildienstes ausreichend Praktikumszeit für die Zulassung zum Anwaltsexamen vorweisen konnte.³²⁶ Die an sich interessante Frage der indirekten Diskriminierung durch dienstliche Verpflichtungen, die ausschliesslich Männer betreffen, wurde nicht geprüft. Im anderen Fall beschwerte sich ein habilitierter Lehrbeauftragter der Universität Basel darüber, dass seine Lehrtätigkeit nicht entschädigt wurde. Seine Behauptung, dass die Lehraufträge von Männern nicht, diejenigen von Frauen aber schon entschädigt würden, blieb unbewiesen. Das Bundesgericht bestätigte die Entscheide der Vorinstanzen.³²⁷

b) Diskriminierung bei Sozialversicherungen im Zusammenhang mit Mutterschaft und Elternschaft

¹³⁹ Noch vor der Inkraftsetzung des GIG machte ein Mann die Verletzung von Art. 4 Abs. 2 aBV geltend, weil die zuständige kantonale Behörde auf sein Begehren, es sei ihm anstelle der Mutter der Mutterschaftsurlaub zu gewähren, nicht eintrat. Das Bundesgericht verneinte eine Diskriminierung mit dem Argument, eine Differenzierung nach Geschlecht für den Mutterschaftsurlaub sei biologisch begründet.³²⁸ Die Dauer des Mutterschaftsurlaubs liege im Ermessen des Arbeitgebers. Das Bundesgericht hielt zum Vorwurf, die Verweigerung des Urlaubes für den Mann zementiere die traditionellen Geschlechterrollen, fest, die Förderung der Gleichstellung sei nicht Sache des Gerichts.³²⁹

³²⁴ BGer, Urteil 8C_605/2016 vom 09. Oktober 2017. Die Vorinstanz muss klären, ob für diese indirekte Diskriminierung ein ausreichender Rechtfertigungsgrund vorliegt.

³²⁵ BGer, Urteil 2C_986/2018 vom 30. November 2018.

³²⁶ BGer, Urteil 2C_986/2018 vom 30. November 2018, E. 4.2.

³²⁷ BGer, Urteil 8C_1006/2012 vom 10. April 2013.

³²⁸ BGer, Urteil 2P.296/1992, unveröffentlichtes Urteil vom 11. Februar 1994, wiedergegeben in BVR 1995, 109 ff.

³²⁹ BGer, Urteil 2P.296/1992, unveröffentlichtes Urteil vom 11. Februar 1994, E. 4b.

¹⁴⁰ Jahre später, nach Einführung des 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubes auf Bundesebene, beantragte ein Mann von der zuständigen Ausgleichskasse (und ihm Einverständnis seines Arbeitgebers), dass ihm der Mutterschaftsurlaub für die Zeit ab der neunten Woche nach der Niederkunft zu gewähren sei. Die Ausgleichskasse und das kantonale Gericht lehnten dieses Begehrungen mit Hinweis auf die klare Rechtslage ab (Art. 16b EOG sieht einen Anspruch auf Entschädigung für Mütter, nicht für Väter vor). In seiner Beschwerde an das Bundesgericht machte der Mann erfolglos eine Verletzung von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK geltend. Das Bundesgericht wies einen auf den unmissverständlichen Wortlaut von Art. 16b EOG hin³³⁰ und rechtfertigte zum anderen die Ungleichbehandlung zwischen Vätern und Müttern mit dem Argument, es sei auch nach EMRK-Kriterien zulässig, einen der Niederkunft folgenden 14-wöchigen Entschädigungsanspruch nur Müttern und nicht auch bzw. alternativ Vätern zuzubilligen.³³¹

¹⁴¹ Ein weiteres Bundesgerichtsurteil betrifft eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Rahmen der EO-Entschädigung für Selbstständigerwerbende.³³² Selbstständigerwerbende, die Militärdienst oder Zivildienst leisten, haben Anspruch auf die EO-Grundentschädigung und zusätzlich auf eine sogenannte Betriebszulage. Selbstständigerwerbende Mütter haben während des Mutterschaftsurlaubes jedoch nur Anspruch auf die EO-Grundentschädigung und nicht auch auf die Betriebszulage. Die Beschwerde einer selbstständigerwerbenden Mutter wurde aber von allen Instanzen abgewiesen. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Entschädigungen bei Mutterschaft und Militärdienst – obwohl im gleichen Gesetz geregelt – nicht vergleichbar seien, es handle sich um unterschiedliche Lebenssachverhalte.³³³ Mangels vergleichbarer Sachverhalte prüfte das Bundesgericht den Fall nicht im Lichte des Diskriminierungsverbotes von Art. 14 EMRK.³³⁴ Nicht einschlägig ist für das Bundesgericht auch Art. 8 Abs. 3 BV, es sei Aufgabe der Politik, bei Mutterschaft für Selbstständigerwerbende eine angemessene soziale Sicherung zu realisieren.³³⁵

3.3 Fazit

¹⁴² Vorab ist auf Unterschiede hinsichtlich der Rechtslage hinzuweisen³³⁶. Diese betreffen zum einen die in der Schweiz fehlende Beweislasterleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und die

³³⁰ BGE 140 I 305, E. 7.

³³¹ BGE 140 I 305, E. 9.2. Siehe zum Entscheid PÄRLI (Väter), 152 ff.

³³² BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020.

³³³ BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, E. 4.3.

³³⁴ BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, E. 4.4.

³³⁵ BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, E. 4.5.

³³⁶ Siehe dazu oben, Rz. 55.

nicht ausdrückliche Aufführung der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit im Anwendungsbereich des GIG. Die EU kennt zudem anders als die Schweiz eine Richtlinie zur Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Bereich selbstständiger Erwerbstätigkeit.

¹⁴³ Die fehlende gesetzliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich selbstständiger Erwerbstätigkeit führte dazu, dass das Bundesgericht die Nichtausrichtung der Betriebszulage als Ergänzung zur Mutterschaftsleistung als zulässig erachtete.³³⁷ Das GIG deckt unbestrittenemassen «nur» den Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis ab. Gerade angesichts der grossen Bedeutung gesetzlicher und privater Versicherung sozialer Risiken für Selbstständigerwerbende, wäre hier gesetzgeberische Abhilfe erforderlich. Gleichzeitig müsste der Gleichbehandlungsanspruch aufgrund des Geschlechts aber auch ganz generell für alle Sozialversicherungen gelten. Nur auf diese Weise könnten Gleichbehandlungspostulate, wie sie der EuGH in den Fällen «Test-Achats»³³⁸ und «Finnische Unfallversicherung»³³⁹ aufgestellt hat, auch Eingang in die schweizerische Rechtswirklichkeit finden.³⁴⁰

4. Diskriminierung im Zusammenhang mit Entlassungen

5.1 EuGH

¹⁴⁴ Art. 14 lit. c RL 2006/54/EG hält fest, dass auch Entlassungsbedingungen keine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts umfassen dürfen. Der Begriff «Entlassungsbedingungen» ist gemäss Rechtsprechung des EuGH weiter zu verstehen.³⁴¹ Erfasst sind die Kündigung eines Arbeitsvertrages sowie die freiwillige Beendigung durch Aufhebungsvertrag.³⁴² Der Diskriminierungsschutz gilt auch nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses, wenn die Benachteiligung auf dieses zurückgeht.³⁴³ Im fraglichen Fall verweigerte eine Arbeitgeberin der ehemaligen Arbeitnehmerin das Ausstellen eines Arbeitszeugnisses nachdem sich die Arbeitnehmerin gegen eine diskriminierende Kündigung zur Wehr gesetzt hatte. Der EuGH hielt fest, mit Blick auf die grundlegende Bedeutung des Anspruchs auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz sei klar, dass der Schutz der Arbeitnehmerin gegen Vergeltungsmassnahmen der Arbeitgeber von der Richtlinie erfasst sei.³⁴⁴

¹⁴⁵ Die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages ist keine Kündigung, die im Lichte der RL 2006/54/EG zu beurteilen ist.³⁴⁵ Zu beachten ist jedoch, dass die Nichterneuerung eines

³³⁷ BGer, Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, siehe ausführlich oben, Rz. 142.

³³⁸ EuGH, Urteil vom 01.03.2011, Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, (*Test Achats*).

³³⁹ EuGH, Urteil vom 03.09.2014, Rs. C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133, (X).

³⁴⁰ Die entsprechenden gesetzgeberischen Anpassungen müssten u.a. im Versicherungsvertragsgesetz vorgenommen werden, siehe zum Thema PÄRLI/OBERHAUSER/VECCHI, 16 ff.

³⁴¹ EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. C-262/84, ECLI:EU:C:1986:86, (*Beets-Proper*), Rn. 36.

³⁴² EuGH, Urteil vom 16.02.1982, Rs. C-19/81, ECLI:EU:C:1982:58, (*Burton*), Rn. 9.

³⁴³ EuGH, Urteil vom 22.09.1998, Rs. C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424, (*Coote*), Rn. 19 ff.

³⁴⁴ EuGH, Urteil vom 22.09.1998, Rs. C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424, (*Coote*), Rn. 27.

³⁴⁵ EuGH, Urteil vom 04.10.2001, Rs. C-438/99, ECLI:EU:C:2001:509, (*Jiménez Melgar*), Rn. 45.

befristeten Vertrages unter bestimmten Umständen als Einstellungsverweigerung angesehen werde.³⁴⁶

- ¹⁴⁶ In gleichbehandlungsrechtlicher Hinsicht heikel sind Kündigungen im Zusammenhang mit unterschiedlichen Pensionierungsaltersgrenzen. Eine österreichische Regelung in einem Tarifvertrag (Gesamtarbeitsvertrag) sah vor, dass Arbeitnehmenden bei Erreichen des Renteneintrittsalters gekündigt werden konnte. Das Renteneintrittsalter für berufstätige Frauen in Österreich lag bei sechzig Lebensjahren, dasjenige für berufstätige Männer bei fünfundsechzig Lebensjahren. Der EuGH erkannte darin eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.³⁴⁷ Diese Ungleichbehandlung könne auch nicht durch das Ziel gerechtfertigt werden, die Beschäftigung jüngerer Personen zu fördern.³⁴⁸
- ¹⁴⁷ Auch die «Entlassungspolicy» eines Unternehmens, die vorsieht, dass eine Frau auch bei unterschiedlichem Rentenalter zwischen Frauen und Männern in der staatlichen Sozialversicherung bei Erreichen des Rentenalters aus diesem Grund entlassen wird, stelle eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.³⁴⁹
- ¹⁴⁸ Dem EuGH-Urteil vom 18.11.2018 (Maturi u.a.³⁵⁰) lag folgender Sachverhalt zu Grunde: In Italien waren Entlassungen von Arbeitnehmenden nach Erreichen des Rentenantrittsalters zulässig. Die Anstellungsbedingungen für Bühnenarbeitnehmende sahen bei Tänzerinnen ein Rücktrittsalter von 47 Jahren und bei Tänzern von 52 Jahren vor. Das Rentenalter wurde zwar vereinheitlicht (auf neu 45 Jahre); für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Inkrafttreten der neuen Bestimmung wurde jedoch gleichzeitig eine Übergangsregelung geschaffen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Weiterbeschäftigung bis zum Erreichen der ursprünglichen Altersgrenzen erlaubte. Mehrere Tänzerinnen klagten gegen ihre altersbedingte Entlassung auf der Grundlage dieser Regelung.³⁵¹ Der EuGH stellte fest, dass die unterschiedlichen Altersgrenzen eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellen.³⁵² Eine solche unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts wurde als nicht rechtfertigungsfähig qualifiziert.³⁵³
- ¹⁴⁹ Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegt gemäss EuGH vor, wenn Voll- und Teilzeitbeschäftigte nicht die gleichen Möglichkeiten haben, von einer befristeten in eine unbefristete Anstellung zu wechseln. Eine solche Regelung stellt eine Diskriminierung von Teilzeit-

³⁴⁶ EuGH, Urteil vom 04.10.2001, Rs. C-438/99, ECLI:EU:C:2001:509, (*Jiménez Melgar*), Rn. 46.

³⁴⁷ EuGH, Urteil vom 18.11.2010, Rs. C-356/09, ECLI:EU:C:2010:703, (*Kleist*).

³⁴⁸ EuGH, Urteil vom 18.11.2010, Rs. C-356/09, ECLI:EU:C:2010:703, (*Kleist*), Rn. 43.

³⁴⁹ EuGH, Urteil vom 12.09.2013, Rs. C-614/11, ECLI:EU:C:2013:544, (*Kuso*), Rn. 3.

³⁵⁰ EuGH, Urteil vom 07.02.2018, Rs. C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68, (*Maturi u.a.*).

³⁵¹ EuGH, Urteil vom 07.02.2018, Rs. C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68, (*Maturi u.a.*), Rn. 10-20.

³⁵² EuGH, Urteil vom 07.02.2018, Rs. C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68, (*Maturi u.a.*), Rn. 37.

³⁵³ EuGH, Urteil vom 07.02.2018, Rs. C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68, (*Maturi u.a.*), Rn. 39.

beschäftigt dar, wenn die unterschiedliche Behandlung nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Gründen steht.³⁵⁴ Der EuGH kam zum Schluss, dass Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 so auszulegen sei, dass die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genüge, wenn konkrete statistische Zahlen nicht oder nur schwer zugänglich sind.³⁵⁵

¹⁵⁰ Die Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG hält in Art. 2 lit. c fest, dass «jegliche ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG» als Diskriminierung gilt. Der EuGH entschied, dass sich auch eine Frau auf diesen Schutz berufen könne, der wegen einer Krankheitsabsenz im Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation gekündigt wurde.³⁵⁶ Entscheidend war für den EuGH, dass zwar Arbeitnehmende beider Geschlechter aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein könnten, ihre Arbeit auszuüben. Jedoch würden eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau, unmittelbar nur Frauen betreffen. Erfolge eine Kündigung einer Arbeitnehmerin hauptsächlich aus dem Grunde, dass sie sich diesem wichtigen Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation unterziehe, stelle dies eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.³⁵⁷

¹⁵¹ Eine Schwangerschaft schützt gemäss EuGH nicht zwingend vor einer Kündigung bei Massenentlassung. Zwar sei, so der EuGH, nach der Mutterschutzrichtlinie eine Kündigung während der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubes verboten.³⁵⁸ Die EU-Mutterschaftsrichtlinie erlaube jedoch Kündigungen, die nicht mit der Schwangerschaft in Zusammenhang stehen.³⁵⁹ Die Massenentlassungsrichtlinie verstehe unter dem Begriff der Massenentlassung solche Entlassungen, die ein Arbeitgeber aus Gründen, die nicht in der Person der Arbeitnehmer liegen, vornehme. Kündigungen bei Massenentlassungen würden einer Ausnahme des Kündigungsverbotes der Mutterschutzrichtlinie entsprechen.³⁶⁰ Eine Pflicht der Mitgliedstaaten, in diesen Fällen vorerst eine Weiterbeschäftigung zu prüfen, bestehe nicht.³⁶¹ Im Ergebnis ist also nach EuGH eine Kündigung im Rahmen einer Massenentlassen aus Gründen zulässig, die nichts mit der Schwangerschaft zu tun haben.

³⁵⁴ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 40-42.

³⁵⁵ EuGH, Urteil vom 03.10.2019, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, (*Schuch-Ghannadan*), Rn. 47.

³⁵⁶ EuGH, Urteil vom 26.02.2008, Rs. C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119, (*Mayr*).

³⁵⁷ EuGH, Urteil vom 26.02.2008, Rs. C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119, (*Mayr*), Rn. 50.

³⁵⁸ EUGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*), Rn. 41, 46, 47.

³⁵⁹ EUGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*), Rn. 41.

³⁶⁰ EUGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*), Rn. 50.

³⁶¹ EuGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*), Rn. 67-74.

¹⁵² Im EU-Arbeitsrecht existiert kein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff. Je nach Sachbereich und anwendbarer Norm ist der Arbeitnehmerbegriff des EU-Rechts oder auch derjenige der Mitgliedstaaten einschlägig.³⁶² Mit der Entscheidung «Danosa» hat sich der EuGH im Anwendungsbereich der Mutterschutz-Richtlinie für ein weites Verständnis des Begriffs «Arbeitnehmerin» entschieden.³⁶³ Im konkreten Fall ging es um eine schwangere GmbH-Geschäftsführerin. Der EuGH entschied, dass auch Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts sein können.³⁶⁴ Die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit einer Geschäftsführerin sei mit der Mutterschutz-Richtlinie 92/85/EWG nicht vereinbar.³⁶⁵

5.2 BGer

¹⁵³ Gerichtsverfahren wegen geschlechterdiskriminierenden Kündigungen kommen häufig vor.³⁶⁶ Es gibt aber relativ wenig Fälle, die bis ans Bundesgericht weitergezogen wurden.³⁶⁷

¹⁵⁴ Das Bundesgericht musste sich mit Kündigungen im Zusammenhang mit sexuellen Belästigungen auseinandersetzen. Eine Mitarbeiterin, die im Betrieb Vorwürfe wegen sexueller Belästigung erhob, wurde wegen ausfälligem Verhalten gegenüber Vorgesetzten fristlos entlassen. Auch warf man ihr falsche Anschuldigungen vor. Das Arbeitsgericht erachtete die fristlose Kündigung als unzulässig, weil von einer sexuellen Belästigung ausgegangen werden könnte. Das Obergericht verneinte, dass eine sexuelle Belästigung vorlag mit dem Argument, es kommt für die Feststellung einer sexuellen Belästigung nicht auf das subjektive Empfinden der belästigten Person, sondern auf das Durchschnittsempfinden an.³⁶⁸ Das Bundesgericht trat auf die staatsrechtliche Beschwerde der Arbeitnehmerin nicht ein.³⁶⁹

¹⁵⁵ Das Bundesgericht setzte sich mit geschlechterdiskriminierenden *Rachekündigungen* auseinander. So beschwerte sich eine Buchhalterin über frauenfeindliche und rassistische Bemerkungen eines Vorgesetzten. Kurze Zeit nach dieser Beschwerde wurde sie entlassen. Alle Vorinstanzen und auch das Bundesgericht kamen zum Schluss, dass der Entscheid für die Kündigung bereits vor den geltend gemachten Beschwerden gefällt wurde und so keine «Rachekündigung» nach

³⁶² HENSSLER/PANT, 321 ff.

³⁶³ EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*).

³⁶⁴ EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*), Rn. 56.

³⁶⁵ EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*), Rn. 67.

³⁶⁶ Von den fast 1000 in der Datenbank «<http://www.gleichstellungsgesetz.ch>» erfassten Fällen betreffen ein Drittel Kündigungsfragen. Noch deutlicher zeigt sich dies in der Sammlung von Entscheiden in der französischsprachigen Schweiz «<http://www.leg.ch/jurisprudence>»; hier betreffen fast die Hälfte aller erfassten Fälle Kündigungen. Ein ähnliches Bild findet sich in der Sammlung von Fällen aus der italienischsprachigen Schweiz, «<https://sentenzeperita.ch/?s=licenziamento>»

³⁶⁷ LEMPEN/VÖLDER, 34.

³⁶⁸ Obergericht Zürich, OG U/O/LA980008, Nachweis hier: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1023.html> (zuletzt besucht am 31.01.2021).

³⁶⁹ BGer, Urteil 4P.10/1999 (Nachweis hier: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1023.html> (zuletzt besucht am 31.01.2021)).

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR vorlag. Auch liess sich die behauptete Belästigung nicht beweisen.³⁷⁰

Ebenfalls nicht erfolgreich war die Beschwerde einer Sozialarbeiterin, die nach ihrer Kündigung die Wiederanstellung und eine Entschädigung nach GIG verlangte. Da die geschlechtsspezifische Diskriminierung nicht glaubhaft gemacht werden konnte, wurde ihre Beschwerde zuletzt auch vom Bundesgericht abgewiesen.³⁷¹ Zumindest teilweise erfolgreich war hingegen die Beschwerde einer Mitarbeiterin einer Arbeitslosenkasse, die sich bei der Geschäftsleitung über Lohndiskriminierung beschwert hatte und daraufhin entlassen wurde. Das Kantonsgericht sprach der Arbeitnehmerin eine Entschädigung von immerhin 30 000 Franken zu. Die Berufung der Arbeitgeberin scheiterte vor Bundesgericht.³⁷²

³⁷⁰ Mehrmals beurteilte das Bundesgericht Kündigungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft. Die Fälle betrafen eine Kündigung nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub³⁷³, eine fristlose Kündigung wegen Weigerung einer Lehrerin, nach dem Mutterschaftsurlaub die Arbeit wieder anzunehmen³⁷⁴ und eine Kündigung nach dem Mutterschaftsurlaub, die aber gemäss den Gerichten durch von der Schwangerschaft und Mutterschaft unabhängige lange Fehlzeiten gerechtfertigt war.³⁷⁵

³⁷¹ In einem äusserst komplexen Fall kam es gleich zu insgesamt drei Bundesgerichtsurteilen.³⁷⁶ Eine Fachhochschulprofessorin erhielt wegen ungenügender Leistungen die Kündigung. Sie machte eine geschlechtsspezifische Benachteiligung bei der Beurteilung ihrer Leistungen geltend und verlangte gestützt auf Art. 10 GIG während der Dauer des Verfahrens die Wiedereinstellung. Das kantonale Verwaltungsgericht entschied, es liege eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Nachdem die Wiedereinstellung nicht realisiert werden konnte, verlangte die entlassene Fachhochschulprofessorin eine Entschädigung, die sie schlussendlich, wenn auch nicht in der gewünschten Höhe, zugesprochen erhielt.³⁷⁷

5.3 Fazit

³⁷⁸ Bei der Analyse der EuGH- und BGer-Praxis zu geschlechterdiskriminierenden Entlassungsfällen fällt auf, dass der EuGH den Begriff der dem Gleichbehandlungsgebot unterstehenden Entlassungsbedingungen einerseits weit verstehen will³⁷⁸ und andererseits eher überraschend zum

³⁷⁰ BGer, Urteil 4A_18/2018 vom 21. November 2018.

³⁷¹ BGer, Urteil 2P_157/2000 vom 10. Oktober 2000.

³⁷² BGer, Urteil 4A_539/2015 vom 08. Januar 2016.

³⁷³ BGer, Urteil 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020 (die Arbeitnehmerin erhielt hier eine Entschädigung zugesprochen).

³⁷⁴ BGer, Urteil 4A_35/2017 vom 31. Mai 2017.

³⁷⁵ BGer, Urteil 4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010.

³⁷⁶ BGer, Urteil 8C_745/2011 vom 06. Dezember 2014; BGer, Urteil 8C_703/2015 vom 14. Juni 2016; BGer, Urteil 8C_587/2013 vom 19. Juni 2014.

³⁷⁷ Siehe eine Zusammenfassung des komplexen Falles hier: http://www.leg.ch/jurisprudence/ar-ret/tf_ge_6.6.2012_et_19.6.2014 (zuletzt besucht am 01.02.2021).

³⁷⁸ EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. C-262/84, ECLI:EU:C:1986:86, (*Beets-Proper*), Rn. 36.

Schluss kommt, dass der Schutz vor schwangerschaftsbedingter Entlassung bei Massenentlassung³⁷⁹ nicht zwingend sei.

- ¹⁵⁹ Das Bundesgericht hat in BGE 124 III 346 festgehalten, dass der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c OR (und damit auch das Kündigungsverbot während der Schwangerschaft und bis zur 16. Woche nach der Niederkunft) auch bei ganz oder teilweiser Betriebsschliessung gilt.³⁸⁰ Es ist deshalb klar, dass auch bei einem Betriebsübergang die Sperrfristen der schwangeren Arbeitnehmerinnen uneingeschränkt Anwendung finden.³⁸¹ Offensichtlich geht in dieser Frage der Schutz des schweizerischen Arbeitsrechts weiter als derjenige in der EU.
- ¹⁶⁰ Fraglich ist die Bedeutung der EuGH-Entscheidung «Danosa»³⁸² (Mutterschutz auch für Selbstständigerwerbende). Der Fall lässt sich nicht ohne Weiteres auf das schweizerische Arbeitsrecht übertragen, weil Frau Danosa nach schweizerischem Arbeitsrecht vermutlich als Arbeitnehmerin qualifiziert würde, womit sich die Frage des Schutzes für Selbstständigerwerbende Mütter nicht mehr stellen würde. Selbstständigerwerbende Mütter haben wie Arbeitnehmerinnen Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung. Wie gezeigt wurde, besteht jedoch kein Anspruch auf eine Betriebszulage, was aus Gleichbehandlungssicht problematisch ist und Abhilfe bedarf.³⁸³

5. Schadenersatz und Sanktionen

5.1. EuGH

- ¹⁶¹ Die Anforderungen an die rechtlichen Folgen einer Diskriminierung hat der EuGH bereits in der Rechtssache Dekker³⁸⁴ sowie in Colson und Kamann³⁸⁵ im Jahre 1984 umrissen. Der EuGH erwog, dass das EU-Recht keine bestimmte Sanktion vorschreiben würde. Den Mitgliedstaaten bleibe die Wahlfreiheit hinsichtlich der Massnahmen.³⁸⁶ Als geeignete Rechtsfolge nannte der EuGH einen Einstellungsanspruch zu Gunsten diskriminierter Bewerbenden oder die Gewährung einer angemessenen finanziellen Entschädigung und/oder die Schaffung einer Pönalentschädigung.³⁸⁷ Die zu leistende Zahlung müsse aber in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen. Ansonsten sei ihre abschreckende Wirkung nicht gewährleistet. Ein rein symbolischer Schadensersatz wie etwa die blosse Rückerstattung der Bewerbungskosten

³⁷⁹ EUGH, Urteil vom 22.02.2018, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99, (*Porras Guisado*).

³⁸⁰ BGE 124 III 346, E. 1 und 2.

³⁸¹ So auch Licci (Massenentlassung), Rz. 63.

³⁸² EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, (*Danosa*).

³⁸³ Siehe dazu oben Rz. 142 und Rz. 144.

³⁸⁴ EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Rs. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, (*Dekker*).

³⁸⁵ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*).

³⁸⁶ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*), Rn. 18.

³⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*), Rn. 19.

würden diesen Anforderungen nicht entsprechen.³⁸⁸ Problematisch sind für den EuGH insbesondere auch Höchstgrenzen für den Schadenersatz.³⁸⁹ Klar gestellt hat der EuGH auch, dass bezüglich einer Haftung der Arbeitgeberin für eine Diskriminierung es nicht auf das Verschulden ankommt. Anders zu entscheiden, würde die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsrechts erheblich beeinträchtigen.³⁹⁰

- ¹⁶² In Art. 18 (Schadenersatz) und Art. 25 (Sanktionen) der RL 2006/54/EG wurde die vormalige EuGH-Rechtsprechung zum Erfordernis eines wirksamen Schadenersatzes und einer wirksamen Sanktion rezipiert. Eine nationale Regelung muss demnach einen tatsächlichen und wirksamen Schutz vor Diskriminierung gewährleisten.³⁹¹ Die Sanktion muss überdies eine abschreckende Wirkung erzeugen³⁹², ohne dabei den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu verletzen.³⁹³
- ¹⁶³ Da die RL 2006/54/EG die Bedingungen für eine Entschädigung oder einen Schadensersatz nicht harmonisiert, verbleibt den Mitgliedstaaten erheblicher Spielraum, die konkrete Form der Sanktionen in einer Art und Weise zu bestimmen, die (auch) im Einklang mit den mitgliedstaatlichen Rechtstraditionen steht.³⁹⁴ Insbesondere folgt der Notwendigkeit einer abschreckenden Sanktionswirkung nicht auch automatisch die Pflicht für die Mitgliedstaaten, eine Strafschadenersatznorm einzuführen.³⁹⁵

5.2 BGer

- ¹⁶⁴ Das GIG sieht einerseits Pönalentschädigungen bei Anstellungs- und Kündigungsdiskriminierung sowie bei sexueller Belästigung und andererseits Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung vor.³⁹⁶
- ¹⁶⁵ In BGE 133 II 257 hielt das Bundesgericht fest, die von einer Diskriminierung betroffene Person könne ihre spezifischen Rechtsansprüche nach Art. 5 Abs. 1-4 GIG und, zusätzlich, die in Art. 5 Abs. 5 GIG vorbehalteten Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung geltend machen. Der Vorbehalt dieser zusätzlichen Ansprüche unterwerfe diese nicht einem anderem Verfahren. Sie hätten dieselbe Grundlage wie die in Abs. 1-4 genannten Ansprüche, so dass das Opfer einer

³⁸⁸ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*), Rn. 23 und 24.

³⁸⁹ EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*), Rn. 30.

³⁹⁰ EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Rs. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, (*Dekker*), Rn. 24.

³⁹¹ EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*), Rn. 24, 39, 40; EuGH, Urteil vom 17.12.2015, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, (*Arjona Camacho*), Rn. 26.

³⁹² EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl*), Rn. 40; EuGH, Urteil vom 08.06.1994, Rs. C-383/92, ECLI:EU:C:1994:234, (*Kommission / Vereinigtes Königreich*), Rn. 42.

³⁹³ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Colson und Kamann*), Rn. 23.

³⁹⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 03.09.2015, EuGH, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:534, (*Arjona Camacho*), Rn. 45, 53 und 56.

³⁹⁵ EuGH, Urteil vom 17.12.2015, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, (*Arjona Camacho*), Rn. 40. Siehe zu diesem Urteil: LOOSCHELDERS, 179 ff.

³⁹⁶ Siehe dazu oben, Rz. 43 ff. und die Analyse von LEMPEN/VOLODER, 34 ff.

Diskriminierung alle daraus folgenden Rechtsansprüche im Verfahren gegen die diskriminierende Entscheidung vorbringen darf.³⁹⁷ Es gehe nicht an, die Arbeitnehmerin für die Verfolgung der Schadenersatzansprüche in ein Verfahren vor einer anderen Behörde zu verweisen.³⁹⁸

¹⁶⁶ Erwähnung verdient auch ein Entscheid des Bundesgerichts, in dem dieses klargestellt hat, dass die Pönalentschädigung bei sexueller Belästigung auf der Grundlage des Durchschnittslohns und nicht nach dem effektiven Lohn zu berechnen ist. Das Bundesgericht hält dazu fest: «Diesbezüglich hat das Kantonsgericht zutreffend und mit Literaturhinweisen belegt ausgeführt, dass mit dem "schweizerischen Durchschnittslohn" als Berechnungsgrundlage verhindert werden soll, dass eine sexuelle Belästigung einer ungelernten Aushilfskraft oder einer Lehrtochter zu einer geringeren Entschädigung führt als bei einer Arbeitnehmerin in gehobener Stellung (vgl. auch BGE 126 III 395 E. 7e S. 399)».³⁹⁹

5.3 Fazit

¹⁶⁷ Bereits thematisiert wurde, ob die schweizerischen Bestimmungen zu Begrenzung der Pönalentschädigung bei diskriminierender Nicht-Anstellung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung ausreichend sind.⁴⁰⁰ Weiterer Erläuterungsbedarf ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen zur EuGH- und Bundesgerichtspraxis zum Thema nicht.

6. Schutz vor Viktimisierung

6.1 EuGH

¹⁶⁸ Ein erstes Mal wurde dem EuGH in der Rechtssache «Hakelbrach»⁴⁰¹ eine Frage nach der Bedeutung von Art. 24 der RL 2006/54/EG vorgelegt. Die Bestimmung handelt von der Pflicht der Mitgliedstaaten, Massnahmen zum Schutz vor Viktimisierung einzuführen. Verlangt wird, dass Arbeitnehmende vor Entlassung oder anderen Benachteiligungen durch die Arbeitgeberin zu schützen sind, die als Reaktion auf eine Beschwerde innerhalb des betreffenden Unternehmens oder Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen.

¹⁶⁹ In der fraglichen Entscheidung musste der EuGH klären, ob diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn nicht die diskriminierte Person selbst, sondern eine Person, die vom Arbeitgeber aufgrund einer formellen oder informellen Unterstützung für die diskriminierte Person

³⁹⁷ BGE 133 II 257, E. 5.3 (siehe zu diesem Entscheid auch oben, Rz. 109).

³⁹⁸ BGE 133 II 257, E. 5.2. und 5.4.

³⁹⁹ BGer, Urteil 4A_330/2007 vom 17.01.2008, E. 4.3.

⁴⁰⁰ Siehe oben, Rz. 117.

⁴⁰¹ EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbrecht u.a.*).

benachteiligt wird. Das Verfahren basierte auf dem folgenden Sachverhalt⁴⁰²: Eine Arbeitnehmerin, Frau Vandenbon, war als Leiterin eines Bekleidungsgeschäftes tätig. In dieser Funktion führte sie ein Bewerbungsgespräch mit Frau Hakelbracht, die ihr mitteilte, dass sie schwanger sei. Die Arbeitgeberin lehnte die Einstellung von Frau Hakelbracht wegen der Schwangerschaft ab. Daraufhin beschwerte sich Frau Hakelbracht bei der nationalen Gleichbehandlungsstelle und wurde dabei von Frau Vandenbon unterstützt, was die Arbeitgeberin zum Anlass einer Kündigung nahm.

¹⁷⁰ Der EuGH befand, der Kreis der von Art. 24 RL 2006/54/EG erfassten Arbeitnehmenden sei weit zu verstehen und schliesse auch solche ein, die diese verteidigen oder unterstützen.⁴⁰³ Erforderlich ist insbesondere nicht, dass die unterstützenden Personen als Arbeitnehmer_innen-Vertreter_in im Betrieb tätig sind. Das bedeutet: Alle Arbeitnehmenden, die sich für Diskriminierungsoptfer einsetzen, sind von Art. 24 RL 2006/54/EG erfasst.⁴⁰⁴

6.2 Keine Gerichtsurteile aus der Schweiz

¹⁷¹ Soweit ersichtlich, hat sich in der Schweiz bislang noch kein Gericht mit der Frage des Schutzes vor Viktimisierung auseinandergesetzt. Die entsprechenden Konzepte in Art. 24 RL 2006/54/EG finden sich auch in den 2000er-Anti-Diskriminierungsrichtlinien (Art. 11 RL 2000/78/EG und Art. 9 RL 2000/43/EG), die Massnahmen in der Arbeitswelt zum Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung, der Religion/Weltanschauung, Rasse/ethnischer Hintergrund, Alter und Behinderung vorsehen. In der Schweiz fehlen bislang entsprechende gesetzliche Bestimmungen. Bundesrat und Parlament lehnten in der Vergangenheit sämtliche Vorstösse zur Verbesserung des gesetzlichen Diskriminierungsschutzes nach dem Vorbild der EU-Anti-Diskriminierungsrichtlinien ab.⁴⁰⁵

6.3 Fazit

¹⁷² Der Fall «Hakelbracht» zeigt es eindrücklich: Für eine effektive Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes (nicht nur aufgrund des Geschlechts) braucht es auch mutige Arbeitskolleginnen und – kollegen, die sich für Diskriminierungsoptfer einsetzen.

¹⁷³ Schon heute lässt sich der Art. 24 RL 2006/54/EG vorgesehene Schutz für diese Personen im schweizerischen Arbeitsrecht zumindest ansatzweise über den in Art. 336 OR vorgesehenen Schutz vor missbräuchlicher Kündigung durchsetzen. Eine Kündigung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, weil sie bzw. er sich für ein Diskriminierungsoptfer im Betrieb eingesetzt

⁴⁰² EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbracht u.a.*), Rn. 10-22.

⁴⁰³ EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbracht u.a.*), Rn. 35.

⁴⁰⁴ PORSCHE, 513; siehe zum Urteil auch SPRENGER, 48 ff.

⁴⁰⁵ Siehe dazu die Nachweise bei PÄRLI (Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote), Rz. 1554, 2210.

hatte, könnte unter die Missbrauchstatbestände von Art. 336 Abs. 1 lit. b (Ausübung verfassungsmässiger Rechte⁴⁰⁶) und noch naheliegender unter Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Schutz vor Rache kündigung)⁴⁰⁷ fallen.

- ¹⁷⁴ Eine tatsächliche Verbesserung des Schutzes im Sinne der «Hakelbracht-Entscheidung» bedarf allerdings einer Präzisierung des GIG. In § 16 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Deutschland ist Art. 24 RL 2006/54/EG wie folgt umgesetzt:

§ 16 Maßregelungsverbot

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Abschnitt oder wegen der Weigerung, eine gegen diesen Abschnitt verstößende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.

(2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) § 22 gilt entsprechend.

- ¹⁷⁵ In der Schweiz finden wir in Art. 336 Ab. 1 lit. d OR und 10 GIG bezüglich Schutz vor Kündigungen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Rechten nach GIG eine ausreichende Regelung. Es fehlt jedoch an einer Bestimmung, die § 16 Abs. 1 Satz 2 AGG gleichkommt. Eine solche Bestimmung im GIG könnte wie folgt lauten:

Abs. 1bis (neu): Das Diskriminierungsverbot gilt auch gegenüber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die diskriminierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.

- ¹⁷⁶ Zu ergänzen wäre auch Art. 6 GIG (Beweislasterleichterung). Die Formulierung könnte so lauten:

Bezüglich Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung sowie in Fällen nach Art. 3 Abs. 1bis GIG (neu) wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

⁴⁰⁶ In BGer 4A_432/2009 vom 10. November 2009 hielt das Bundesgericht allerdings fest, dass das Recht des Arbeitnehmers, auf Missstände hinzuweisen, nicht (oder jedenfalls nicht primär) auf dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 16 Abs. 2 BV) gründe, sondern Ausfluss der arbeitsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflichten sei. Das Zürcher Obergericht, LA160014 vom 13.07.2016 (E. 5.1), hat jedoch festgehalten, dass im Falle einer Beschwerde eines Arbeitnehmers bei seinem Vorgesetzten über Missstände am Arbeitsplatz (Whistleblowing) und einer darauffolgenden Kündigung, eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegen könne.

⁴⁰⁷ Das ist allerdings fraglich wenn Art. 336 Abs. 1 lit. d OR die Geltendmachung eigener Ansprüche und nicht die Ansprüche (diskriminierter) Arbeitskollegen_innen meint.

IV) Ergebnis

¹⁷⁷ Der Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben in der EU einerseits und der Schweiz andererseits lässt sich wie folgt darstellen:

Die *primärrechtlichen Vorschriften* der EU und die *verfassungsrechtliche* Verankerung der Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts sind sich inhaltlich sehr nahe. Hier wie dort besteht ein subjektives Recht auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit. Zudem werden in beiden Rechtsordnungen die *Gesetzgeber* zum Erlass von Gleichbehandlungsvorschriften *ermächtigt* und *verpflichtet*. Die wichtigsten *Unterschiede* betreffen zum einen die in der Schweiz fehlende *Beweislasterleichterung bei Anstellungsdiskriminierung* und die nicht ausdrückliche Aufführung der *betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit* im Anwendungsbereich des GIG. Bemerkenswert ist, dass in der Schweiz anders als in der EU eine (wenn auch äusserst milde Form) Quote den Gesetzgebungsprozess «überlebt» hat. Demgegenüber kennt die EU eine Richtlinie zur Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Bereich *selbstständiger Erwerbstätigkeit*. Eine vergleichbare Regelung kennt die Schweiz nicht.

Bei der im Rahmen der *Lohngleichheit* auch in der Schweiz geltenden *Beweislasterleichterung* zeigen sich in der *Rechtsprechung* des EuGH und des Bundesgerichts keine grundlegenden Unterschiede. Mehr oder weniger übereinstimmend sind auch die «*Quoten-Konzepte*». Sowohl in der EU als auch in der Schweiz ist eine «starre Quote» unzulässig. Der EuGH und das Bundesgericht gehen ferner davon aus, dass der Begriff «Diskriminierung aufgrund des Geschlechts» nicht auch die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung umfasst. Die *Konsequenzen* dieser engen Auslegung sind indes *unterschiedlich*: In der Schweiz ist der arbeitsrechtliche Schutz aufgrund sexueller Orientierung auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) beschränkt und im Ergebnis weniger wirksam als der Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. In der EU bildet das Diskriminierungsmerkmal «sexuelle Orientierung» Teil der RL 2000/78/EG, die ein vergleichbares Schutzniveau aufweist wie die RL 2006/54/EG (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts).

Bemerkenswert ist die Gleichbehandlungs-Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts zu mit dem *Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Sozialversicherungen*. Der Begriff «*Lohn*» bzw. «*Entgelt*» wird von beiden Gerichten *weit ausgelegt*. Im Unterschied zum EuGH erfasst das Bundesgericht die berufliche Vorsorge nicht als Element des Lohnes. Das Bundesgericht hat aber klargestellt, dass Diskriminierungen im Arbeitsmarkt durch die Behörden der Arbeitslosenversicherung nicht verstärkt werden dürfen, indem arbeitslosen Arbeitnehmerinnen im Zusammenhang mit der Mutterschaft die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen wird. Erwähnung verdient weiter, dass Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts in der schweizerischen Sozialversicherungsgesetzgebung mit Blick auf die Verpflichtungen der EMRK (Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK) problematisch sind, was sich auch in der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR bestätigt. Entscheidend ist dabei die Perspektive, dass vordergründige Privilegierungen der Frauen (etwa hinsichtlich des Anspruchs auf Witwenrenten) im Ergebnis nur (oder auch) zur Zementierung tradiert Rollenvorstellungen beitragen und so primär auch eine Benachteiligung von Frauen bewirken.

Einen wichtigen Bestandteil der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes im betrieblichen Alltag sind Mitarbeitende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen. Der EuGH hat die Stellung dieser Personen mit der Rechtssache Hakelbrach eindrücklich gestärkt. Das den EU-Gleichbehandlungs-Richtlinien innewohnende Konzept der Viktimisierung (Opferschutz) sei weit zu verstehen und umfasse Personen, die sich für Diskriminierungs-

opfer einsetzen. Das schweizerische GIG kennt das Viktimisierungskonzept ansatzweise in Art. 10 GIG (verstärkter Schutz vor Rache kündigung). Ein darüber hinausgehender Schutz auch für Arbeitnehmende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen, ist im geltenden GIG nicht ausdrücklich vorgesehen.

¹⁷⁸ Bei der Analyse der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH durch das Bundesgericht zeigt sich folgendes Bild:

Die Beweislast-Rechtsprechung des EuGH wurde durch das Bundesgericht nicht umfassend rezipiert. Grundlegende Unterschiede sind indes nicht feststellbar. In mehreren Fällen übernimmt das Bundesgericht das EuGH-Konzept der indirekten Diskriminierung und insbesondere auch deren Rechtfertigung. Das betrifft auch die nicht unumstrittene Anerkennung des «Marktes» als Rechtfertigung für ungleichen Lohn trotz gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Die Quotenrechtsprechung des Bundesgerichts basiert in weiten Teilen auf derjenigen des EuGH. Interessant ist, dass das Bundesgericht in BGE 145 II 153 (Diskriminierung aufgrund der Homosexualität fällt nicht unter Art. 8 Abs. 3 BV) nicht auf die im Ergebnis korrespondierende Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen hat.

¹⁷⁹ Aus den Analysen dieses Gutachtens lassen sich zusammenfassend die folgenden Schlussfolgerungen und Empfehlungen ableiten:

Das schweizerische Gleichstellungsrecht aufgrund des Geschlechts im Bereich des Arbeitslebens erweist sich im Vergleich zu demjenigen in der EU als in weiten Teilen gleichwertig. Nachbesserungsbedarf besteht namentlich in den folgenden Bereichen:

- Erweiterung der Beweislasterleichterung auch bei Anstellungsdiskriminierungen
- Schaffung gesetzlicher Grundlagen für die Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts bei selbstständiger Erwerbstätigkeit
- Weite Auslegung des Begriffs «Lohn» nach GIG, so dass Ungleichbehandlungen im Bereich der (weitergehenden) beruflichen Vorsorge erfasst werden können
- Schaffung gesetzlicher Grundlagen für den Schutz von Arbeitnehmenden, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen