

Das Gleichstellungsgesetz – Streiflichter auf ein wichtiges Gesetz



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., geboren 1976, ist Rechtsanwalt und Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Nicolas Facincani verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Banken-, Gesellschafts- und Handelsrechts. Weiter berät er Klienten bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen und vertritt diese regelmässig in entsprechenden gerichtlichen Verfahren. Er ist zudem als Dozent an Weiterbildungsinstituten tätig. Er publiziert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten, insbesondere dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht.



Reto Sutter, Dr. iur., LL.M., geboren 1974, ist Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte. Er ist Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Reto Sutter verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Steuerrechts und im Handelsrecht. Er berät seine Klienten umfassend in steuer-, vertrags- und strafrechtlichen Belangen, sowohl national als auch grenzüberschreitend. Zudem vertritt er seine Klienten beharrlich vor Gerichten, Schiedsgerichten sowie Verwaltungs- und Strafbehörden. Er unterrichtet an verschiedenen Universitäten, Hochschulen sowie am Unternehmer Forum Schweiz. Er publiziert und referiert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	182
2.	Grundlagen	182
2.1	Diskriminierungen.....	182
2.2	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.....	183
2.3	Rechtsansprüche bei Diskriminierung.....	184
2.4	Kündigungsschutz.....	184
3.	Besondere Problemkreise	185
3.1	Wiedereinstellung nach einer Rache Kündigung.....	185
3.1.2	Voraussetzungen der Wiedereinstellung.....	185
3.1.3	Voraussetzungen im Einzelnen.....	185
3.1.3.1	Beschwerde wegen Diskriminierung.....	185
3.1.3.2	Kausalität.....	186
3.1.4	Dauer des Schutzes.....	186
3.1.5	Klagefrist.....	186
3.1.6	Rechtsfolgen der Anfechtung.....	187
3.1.7	Provisorische Wiedereinstellung.....	187
3.1.7.1	Voraussetzungen der provisorischen Wiedereinstellung.....	187
3.1.7.2	Wahrscheinlichkeit der Aufhebung der Kündigung.....	187
3.1.8	Lohnanspruch.....	188
3.1.9	Geltendmachung einer Entschädigung.....	188
3.2	Kündigungen in Verletzung von Art. 3 und 4 des Gleichstellungsgesetzes.....	188
3.3	Keine Anwendung des Gleichstellungsgesetzes für Homosexuelle.....	190
3.4	Gerichtsverfahren nach dem Gleichstellungsgesetz.....	191
3.4.1	Vereinfachtes Verfahren.....	191
3.4.2	Schlichtungsverfahren.....	191
3.4.3	Besondere Schlichtungsbehörden.....	191
3.4.4	Gerichtskosten.....	191
3.4.5	Untersuchungsmaxime.....	191
3.4.6	Glaubhaftmachung.....	192
3.4.7	Wiedereinstellung.....	192
3.5	Das Verbandsklagerecht.....	192
3.6	Lohngleichheitsanalyse.....	193
3.6.1	Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse.....	193
3.6.2	Logib.....	194
3.6.3	Ausnahmen.....	194
3.6.4	Überprüfung.....	195

3.6.5	Information	196
3.6.6	Sanktionen.....	196
4.	Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz.....	197
4.1	Beispiele sexueller Belästigung	197
4.2	Pflichten von Arbeitgebenden – Rechte des Betroffenen.....	198
4.3	Gerichtliches Vorgehen.....	199

1. Einleitung

Das Gleichstellungsgesetz (GlG) ist seit 1. Juli 1996 in Kraft und gilt als eines der wichtigsten Instrumente zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann.

Es konkretisiert den Gleichstellungsartikel der Bundesverfassung (Art. 8 BV) für das Erwerbsleben, von der Anstellung über die Weiterbildung bis zur Kündigung, vom Lohn bis zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.

Es ist nicht nur auf die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse nach dem Obligationenrecht (Art. 319–362 OR), sondern auch auf alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden anwendbar. Die Arbeitnehmer im öffentlichen und privaten Bereich haben denselben Schutz.

2. Grundlagen

2.1 Diskriminierungen

Das GlG verbietet jegliche Diskriminierung, egal, ob direkt oder indirekt, aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben. Das Verbot erstreckt sich auf das gesamte Arbeitsverhältnis, insbesondere auf die Anstellung, Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.

Eine – nicht sofort ersichtliche – indirekte Diskriminierung liegt etwa vor, wenn eine Regelung geschlechtsneutral abgefasst ist, in ihren Wirkungen aber das eine Geschlecht erheblich benachteiligt. Wichtig dabei: Frau und Mann werden gleichermaßen geschützt. Wird in einem Inserat etwa spezifisch nach einer Assistentin gesucht und ein männlicher Bewerber aufgrund des Geschlechts abgelehnt, so stellt dies in der Regel einen klaren Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot dar. Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.

Oft sieht man, dass der Lohn unterschiedlich ist – dann kann eine direkte Diskriminierung der Geschlechter gegeben sein, sofern keine sachlichen Gründe (wie z. B. Ausbildung, Erfahrung etc.) den unterschiedlichen

Lohn bewirken. Im Zusammenhang mit dem Lohn wird aber teilweise auch geltend gemacht, es liege eine indirekte Diskriminierung vor, wenn etwa ein Beruf erfahrungsgemäss einen reinen «Frauenberuf» oder einen reinen «Männerberuf» darstellt und gegenüber anderen Berufen bei gleichen Angestellten, die gleichwertige Arbeit verrichten, schlechter entlohnt wird. So gab es in der Vergangenheit etwa einschlägige Klagen von Kindergärtnerinnen, die geltend machten, sie seien schlechter entlohnt als Primarlehrer. In der Regel fällt es aber schwer, in solchen Situationen die Vergleichbarkeit der Berufe und somit die Diskriminierung aufzuzeigen, weshalb solche Klagen in der Regel erfolglos sind.

2.2 Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Das GIG hält in einem separaten Artikel explizit fest, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Diskriminierung darstellt und als solche – aufgrund des GIG – unzulässig ist. Sexuelle Belästigung kann zudem weitere zivil- und strafrechtliche Gebote und Verbote betreffen. Die Arbeitgeberin treffen hier etwa aktive Schutzpflichten in Form von Handlungspflichten. Diese gehen in zwei Richtungen: (1) Schutz vor sexueller Belästigung und, wenn diesen Schutzmassnahmen der Erfolg versagt bleibt, (2) Schutz des Opfers vor weiteren Nachteilen, was ein aktives Einschreiten erfordert. Opfer einer solchen sexuellen Belästigung können sowohl männliche als auch weibliche Angestellte sein (zum arbeitsrechtlichen Schutz vor und zu den Formen sexueller Belästigung siehe Ziff. 4).

Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann der betroffenen Person eine Entschädigung zugesprochen werden, wenn die Arbeitgeberin nicht nachweisen kann, dass sie Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen als notwendig und angemessen erachtet werden und die ihr billigerweise zugemutet werden können. Es empfiehlt sich daher für die Arbeitgeberinnen, Weisungen zu erlassen (und durchzusetzen), welche die sexuelle Belästigung explizit untersagen und den Betroffenen aufzeigen, an wen sie sich innerhalb des Unternehmens zu wenden haben, sollte sie Opfer einer sexuellen Belästigung werden. Die Entschädigung wird unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, nachdem sie auf Grundlage eines schweizerischen Durchschnittlohns errechnet worden ist. Die Obergrenze beträgt sechs solcher Monatslöhne (zu den Ansprüchen siehe auch Ziff. 2.3).

2.3 Rechtsansprüche bei Diskriminierung

Das Gesetz enthält eine vielfältige Palette von Rechtsansprüchen, die eine von Diskriminierung betroffene Person, je nach Art der Diskriminierung, gegenüber der Arbeitgeberin durchsetzen kann.

Wer von einer Diskriminierung betroffen ist, kann beantragen,

- dass eine drohende Diskriminierung verboten oder unterlassen wird.
- dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird.
- dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn diese nicht mehr beseitigt werden kann, sich aber weiterhin störend auswirkt.
- dass die Zahlung des geschuldeten Lohns angeordnet wird, wobei auch eine Nachzahlung für den noch nicht verjährten Lohn (fünf Jahre) geltend gemacht werden kann, sofern in diskriminierender Weise ein zu tiefer Lohn bezahlt wird.

Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung der Anstellung (Nichtanstellung) oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsvertrags, hat die betroffene Person Anspruch auf eine in Würdigung aller Umstände festzusetzende Entschädigung. Liegt die Diskriminierung in der Ablehnung der Anstellung, ist die Entschädigung für alle Betroffenen gemeinsam auf maximal drei entgangene Monatslöhne beschränkt. Im Falle der diskriminierenden Kündigung beträgt die Maximalentschädigung sechs (tatsächliche) Monatslöhne, bei sexueller Belästigung sechs durchschnittliche Monatslöhne (die Grundlage für die Berechnung ist der schweizerische Durchschnittslohn).

2.4 Kündigungsschutz

Normalerweise sind im Arbeitsrecht auch missbräuchliche Kündigungen gültig, berechtigen aber zu einer Entschädigung. Das GIG sieht hier eine Ausnahme vor: Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin ist gemäss GIG anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin erfolgt – zum Vorgehen bei einer solchen Rache Kündigung siehe hierzu unten Ziff. 3.1.

3. Besondere Problemkreise

Nachfolgend sollen im Sinne einer selektiven Auswahl verschiedene Problemkreise des Gleichstellungsgesetzes diskutiert werden.

3.1 Wiedereinstellung nach einer Rachekündigung

Während das Obligationenrecht für Fälle von missbräuchlicher Kündigung und das Gleichstellungsgesetz für diskriminierende Kündigungen die Geltendmachung einer Entschädigung vorsieht, gibt es im Gleichstellungsgesetz zusätzlich die Möglichkeit, bei Vorliegen einer diskriminierenden Rachekündigung die Wiedereinstellung zu verlangen und gerichtlich durchzusetzen.

3.1.2 Voraussetzungen der Wiedereinstellung

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber ist anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (Art. 10 Abs. 1 GIG). Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus (Art. 10 Abs. 2 GIG). Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden (Art. 10 Abs. 3 1. Satz GIG).

3.1.3 Voraussetzungen im Einzelnen

Nachfolgend sollen die Voraussetzungen im Einzelnen erläutert werden (aktuelle Fälle sind auf [«www.gleichstellungsgesetz.ch»](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) zu finden):

3.1.3.1 Beschwerde wegen Diskriminierung

Es muss eine Beschwerde wegen einer Diskriminierung gemäss Gleichstellungsgesetz vorliegen. Infrage kommen Diskriminierungen gemäss Art. 3 GIG (Diskriminierung) und Art. 4 GIG (sexuelle Belästigung). Möglich ist eine innerbetriebliche Beschwerde oder aber die Anrufung einer Schlichtungsstelle oder eines Gerichts wegen der Diskriminierung. Wird lediglich eine Beschwerde aufgrund eines Tatbestands, welcher eine missbräuchliche Kündigung darstellen würde, eingereicht, so kommt die Wiedereinstellung nicht infrage, und es ist nur eine Entschädigung

möglich. Wird die Beschwerde in rechtsmissbräuchlicher Absicht eingereicht, ist eine Wiedereinstellung nicht möglich (wobei nach Art. 3 ZGB der gute Glaube vermutet wird).

3.1.3.2 Kausalität

Eine Wiedereinstellung ist nur möglich, wenn die Kündigung wegen der Beschwerde bzw. des Anrufens der Schlichtungsbehörde oder des Gerichts ausgesprochen worden ist. Soweit aber die Arbeitgeberin begründeten Anlass zur Kündigung hatte, kommt eine Wiedereinstellung nicht infrage. Der begründete Anlass zur Kündigung ist dabei nicht auf Umstände beschränkt, die in der Person des Gekündigten liegen. Wird z. B., nachdem eine Beschwerde wegen sexueller Belästigung einging, aufgrund der wirtschaftlichen Lage gekündigt, entfällt der Schutz der Wiedereinstellung, weil die Kündigung nicht in der Beschwerde begründet ist.

3.1.4 Dauer des Schutzes

Der Kündigungsschutz beginnt in dem Moment, in dem sich der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin bei der innerbetrieblichen Stelle bzw. beim Vorgesetzten meldet. Ein konkretes oder gar formalisiertes Begehren ist nicht notwendig. Sofern das Gericht bzw. die Schlichtungsstelle angerufen wird, beginnt der Schutz mit der Rechtshängigkeit des Verfahrens (in der Regel mit Postaufgabe des Begehrens).

Der Schutz endet sechs Monate nach dem innerbetrieblichen oder Schlichtungs- bzw. Gerichtsverfahren, wobei hier das Ende mit Eintritt der Rechtskraft gleichgestellt wird.

Wird die Kündigung nach Ablauf der Schutzfrist ausgesprochen, kann in den meisten Fällen allenfalls eine Entschädigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR i. V. m. Art. 336a OR geltend gemacht werden.

3.1.5 Klagefrist

Die erfolgreiche Klage auf Wiedereinstellung setzt voraus, dass diese vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht eingereicht wird. Die Kündigung muss angefochten werden, d. h., sie ist nicht per se nichtig. Wird die Kündigung fristlos oder mit einer kürzeren als der vertraglichen bzw. gesetzlichen Frist ausgesprochen, kann die Kündigung innerhalb derjenigen

Frist angefochten werden, welche ordentlicherweise für die Beendigung für den Arbeitsvertrag gelten würde.

3.1.6 Rechtsfolgen der Anfechtung

Ist die Anfechtung erfolgreich, ist der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin so zu stellen, wie wenn nicht gekündigt worden wäre. Das heisst, dass für die ganze Zeit rückwirkend der Lohn geschuldet ist – es gelten die Regeln des Annahmeverzugs nach Art. 324 OR.

3.1.7 Provisorische Wiedereinstellung

Das Gesetz sieht die Möglichkeit vor, dass das Gericht unter bestimmten Umständen für die Dauer des Verfahrens die Wiedereinstellung anordnet. Zweck dieser Regelung ist, dass der Kündigungsschutz durch die potenziell lange Dauer des Verfahrens nicht illusorisch ist, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin während Jahren «in Schweben» ist.

Erfolgt eine provisorische Wiedereinstellung, ist der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin so zu stellen, wie wenn keine Kündigung erfolgt wäre. Während einer provisorischen Wiedereinstellung kann das Arbeitsverhältnis gekündigt werden. Bei einer Kündigung endet das Arbeitsverhältnis unabhängig vom Ausgang des Anfechtungsprozesses.

Auf jeden Fall endet die provisorische Wiedereinstellung bei einem negativen Ausgang des Anfechtungsprozesses.

3.1.7.1 Voraussetzungen der provisorischen Wiedereinstellung

Die provisorische Wiedereinstellung setzt voraus, dass das Gericht die provisorische Wiedereinstellung anordnet. Der Antrag kann in Form einer vorsorglichen Massnahme ergehen und muss ebenfalls vor Ende der Kündigungsfrist erfolgen.

3.1.7.2 Wahrscheinlichkeit der Aufhebung der Kündigung

Die provisorische Wiedereinstellung erfolgt, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen der Aufhebung der Kündigung erfüllt sind. Es braucht also eine positive Prognose für den Hauptprozess.

3.1.8 Lohnanspruch

Die provisorische Wiedereinstellung hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin wieder über den Lohnanspruch verfügt. Weigert sich eine Arbeitgeberin, die entsprechenden Arbeitnehmer zu beschäftigen, so liegt ein Fall von Art. 324 OR (Annahmeverzug) vor, und der Lohn bleibt geschuldet, ohne dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin zur Nachleistung verpflichtet ist. Einsparungen und anderweitiger Erwerb sind anzurechnen.

3.1.9 Geltendmachung einer Entschädigung

Das Gesetz sieht vor, dass einem Arbeitnehmer bzw. einer Arbeitnehmerin nach der Einleitung des Anfechtungsprozesses die Möglichkeit zusteht, auf die Wiedereinstellung zu verzichten und eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR geltend zu machen. Eine ausdrückliche Einsprache muss nicht erhoben werden – Art. 336b OR kommt somit nicht zur Anwendung.

Das Recht zur Änderung des Rechtsbegehrens bzw. auf die Wiedereinstellung zu verzichten, kann in jedem Verfahrensstadium, auch im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden.

3.2 Kündigungen in Verletzung von Art. 3 und 4 des Gleichstellungsgesetzes

Vom Tatbestand der vorgenannten Rache Kündigung sind Kündigungen zu unterscheiden, die in Verletzung von Art. 3 GIG und/oder Art. 4 GIG ausgesprochen werden.

Art. 3 GIG bestimmt, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts nicht (direkt noch indirekt) benachteiligt werden dürfen. Namentlich darf nicht aufgrund des Zivilstands, familiärer Situation oder Schwangerschaft eine sachfremde Unterscheidung getroffen werden.

Art. 4 GIG hält ausdrücklich fest, dass jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt, diskriminierend ist. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang

und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art.

Direkt diskriminierend ist damit z. B. die Kündigung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft. Demgegenüber liegt eine – nicht sofort ersichtliche – indirekte Diskriminierung vor, wenn eine Regelung geschlechtsneutral abgefasst ist, in ihren Wirkungen aber das eine Geschlecht erheblich benachteiligt. Ein Beispiel für eine indirekte Diskriminierung kann etwa der Entscheid einer Arbeitgeberin darstellen, im Rahmen einer Massenentlassung primär Teilzeitangestellten zu kündigen, weil es sich dabei vermehrt um Frauen handeln dürfte.

Liegt eine diskriminierende Kündigung i. S. v. Art. 3 oder 4 GIG vor, so wird das Arbeitsverhältnis dennoch beendet. Dem oder der Arbeitnehmenden steht dann gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG eine Entschädigung i. S. v. Art. 336a zu (zu den Ansprüchen siehe auch Ziff. 2.4). Art. 9 GIG verweist für das Verfahren auf Art. 336b OR. Es ist eine Einsprache notwendig, und die Klage ist innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erheben.

Vorbehalten bleiben allfällige Ansprüche auf Schadenersatz und/oder Genugtuung. Im Falle einer sexuellen Belästigung könnte der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin unter Umständen zudem eine Entschädigungszahlung nach Art. 5 Abs. 3 GIG geltend machen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind (zu den Ansprüchen siehe auch Ziff. 2.4).

Auch wenn diskriminierende Kündigungen i. S. v. Art. 3 oder 4 GIG lediglich Anwendungsfälle von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR darstellen, gilt auch hier, dass Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gut daran tun, sich direkt auf die Bestimmungen des GIG und nicht des OR zu berufen. Im Falle der Berufung auf das GIG ist die Diskriminierung nämlich «nur» glaubhaft zu machen, was eine mildere Art des Beweises darstellt als der strikte Beweis (siehe hierzu Ziff. 3.4.6). Sodann ist das Schlichtungsverfahren freiwillig, in der Regel aber zu empfehlen.

3.3 Keine Anwendung des Gleichstellungsgesetzes für Homosexuelle

Lange war die Frage offen, ob das GIG auch auf die Diskriminierung von Homosexuellen gegenüber Heterosexuellen anwendbar ist. Das Bundesgericht hatte sich in einem Entscheid vom 5. April 2019 (BGer 8C_594/2018) mit der Frage der Anwendbarkeit des GIG auf Homosexuelle auseinandergesetzt:

Ein Arbeitnehmer war 2015 befristet als Einheitskommandant in der Armee angestellt. 2016 bewarb er sich erneut für diese wiederum auf Zeit ausgeschriebene Stelle – und bekam eine Absage. Die Begründung: Die Stelle existiere nur noch bis Ende Januar 2016. Der Arbeitnehmer bezweifelte diese Argumentation und führte ins Feld, ihm sei die Anstellung infolge seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden. Es sei daher abzuklären, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und somit ein Verstoss gegen das GIG vorliege. Letzteres schützt vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die Krux hier: Rein aus dem Gesetzeswortlaut heraus ausgelegt, kommt das GIG in Bezug auf Diskriminierungen von homosexuellen Personen nicht zur Anwendung. Deshalb musste das Bundesgericht diese kontroverse Frage abschliessend beurteilen.

Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass eine direkte Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG aufgrund der sexuellen Orientierung ausser Betracht falle. Für eine direkte Diskriminierung fehle es in solchen Fällen an der erforderlichen Geschlechtsspezifität. Diese Betrachtungsweise stehe auch mit dem Zweck des GIG (tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann) sowie dem Wortlaut des Gesetzes (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) im Einklang. Denn eine Diskriminierung gelte nur dann als direkte, wenn sie sich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stütze, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne oder sich sachlich nicht rechtfertigen lasse. Erfolge eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einer Bewerberin oder eines Bewerbers, stütze sich diese nicht auf die Geschlechtszugehörigkeit oder ein Kriterium, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann. Etwas anderes gelte indes, wenn ausschliesslich oder überwiegend Personen eines Geschlechts wegen Homosexualität diskriminiert würden.

3.4 Gerichtsverfahren nach dem Gleichstellungsgesetz

Gerichtsverfahren nach dem Gleichstellungsgesetz unterliegen verschiedenen prozessualen Besonderheiten:

3.4.1 Vereinfachtes Verfahren

Es ist das vereinfachte Verfahren anwendbar. Dieses unterliegt weniger strengen Formvorschriften. Die Klage kann entweder in unbegründeter Form nach Art. 130 ZPO eingereicht oder mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben werden. Auch eine schriftliche Klage ist möglich.

3.4.2 Schlichtungsverfahren

Dem Gerichtsverfahren geht grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren voraus. Das Schlichtungsverfahren ist kostenlos. Es wird versucht, eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden, um ein Gerichtsverfahren zu vermeiden. Bis zu einem Streitwert von CHF 2000.– kann die Schlichtungsbehörde einen Entscheid fällen. Die klagende Partei kann bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten.

3.4.3 Besondere Schlichtungsbehörden

In der Regel sind für Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz nicht die allgemeinen, sondern besondere Schlichtungsbehörden zuständig.

3.4.4 Gerichtskosten

Schlichtungsstellen und Gerichte erheben bei Verfahren betreffend das Gleichstellungsgesetz keine Verfahrenskosten (Gerichts-, Gutachten- und Zeugenkosten). Von der Kostenlosigkeit ausgenommen ist die böser oder mutwillige Prozessführung. Wer vor Gericht unterliegt, hat die Gegenseite aber zu entschädigen.

3.4.5 Untersuchungsmaxime

Es gilt die sogenannte eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat den Sachverhalt bis zu einem gewissen Grad mit eigenen Mitteln abzuklären. Die Parteien sind aber nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken.

3.4.6 Glaubhaftmachung

Art. 6 GIG bestimmt, dass bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Das bedeutet nicht, dass reine Behauptungen genügen. Auch bei Beweislasteichterung müssen Tatsachen angeführt werden, die eine Diskriminierung als wahrscheinlich erscheinen lassen. Diese beiden Erleichterungen gelten indes nicht in Bezug auf die Anstellungsdiskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG sowie auf die Diskriminierung durch sexuelle Belästigung gemäss Art. 4 GIG des Gleichstellungsgesetzes.

3.4.7 Wiedereinstellung

Wiedereinstellung: Während das Obligationenrecht für Fälle von missbräuchlicher Kündigung und das Gleichstellungsgesetz für diskriminierende Kündigungen die Geltendmachung einer Entschädigung vorsehen, gibt es im Gleichstellungsgesetz zusätzlich die Möglichkeit, bei Vorliegen einer Rache Kündigung die Wiedereinstellung zu verlangen und gerichtlich durchzusetzen (siehe hierzu die Ausführungen in Ziff. 3.1).

3.5 Das Verbandsklagerecht

Als Spezialität sieht das Gleichstellungsgesetz ein sogenanntes Verbandsklagerecht vor (Art. 7 GIG). Demnach können Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird. Sie müssen der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Schlichtungsstelle anrufen oder eine Klage einreichen. Dieses Verbandsklagerecht hat den Vorteil, dass sich die einzelnen Arbeitnehmer nicht mit langwierigen Gerichtsverfahren auseinandersetzen, müssen. Der Nachteil liegt aber darin, dass mit der Verbandsklage nur eine Feststellung erwirkt werden kann.

3.6 Lohngleichheitsanalyse

Ab dem 1. Juli 2020 werden – zur Förderung der seit Langem angestrebten Lohngleichheit (gleicher Lohn für gleiche Arbeit) – grössere Unternehmen verpflichtet, eine Lohngleichheitsanalyse durchzuführen. Das Gesetz gilt für die Dauer von zwölf Jahren (sog. Sunset-Klausel).

3.6.1 Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse

Öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Arbeitgebende, die am Anfang eines Kalenderjahrs 100 oder mehr Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigen, müssen also für dasselbe Jahr eine betriebsinterne Analyse zur Lohngleichheit durchführen (Art. 13a Abs. 1 GlG). Die Zählung geht nach Köpfen und nicht etwa nach Anzahl Vollzeitäquivalenten, wobei Lernende nicht als Arbeitnehmende in diesem Sinne zu verstehen sind. Das Arbeitspensum der Mitarbeiter ist also nicht relevant.

Grundsätzlich gilt jene natürliche oder juristische Person als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber, die oder der Anspruch auf die Leistung aus dem Arbeitsverhältnis hat und entsprechend aus dem Arbeitsvertrag verpflichtet ist, also insbesondere den Lohn bezahlt. Im Rahmen des Personalverleihs sind die Verleihfirmen als Arbeitgeberinnen zu betrachten.

Die Lohngleichheitsanalyse muss im Grundsatz alle vier Jahre wiederholt werden. Fällt die Zahl der massgebenden Arbeitnehmenden in diesem Zeitraum unter 100, muss die Analyse erst wieder durchgeführt werden, wenn die Voraussetzungen, also 100 Arbeitnehmende per Anfang Jahr, wieder erfüllt sind. Zeigt die Analyse, dass die Lohngleichheit eingehalten ist (es ist unseres Erachtens von einer Toleranzschwelle von 5% auszugehen [vgl. auch Lambert/Rabaeus/Bircher, in: GesKR 4/2019, S. 621]), werden die Arbeitgebenden von der Pflicht befreit.

Der Bund stellt dafür das Lohngleichheitsinstrument «Logib» kostenlos zur Verfügung. Arbeitgebende sind aber frei, ein anderes Tool zu verwenden. Die Lohngleichheitsanalyse muss jedenfalls nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchgeführt werden.

Bei der Frage, ob ein Unternehmen 100 Personen beschäftigt, ist bei einem Konzern – vorbehältlich eines Rechtsmissbrauchs – jeweils auf die einzelnen Tochtergesellschaften und nicht etwa auf den Konzern abzu-

stellen. Jede Tochtergesellschaft, welche 100 Personen beschäftigt, hat eine Analyse durchzuführen, und diese ist im Anhang zur Konzernrechnung zu veröffentlichen, sofern die Muttergesellschaft börsenkotiert ist.

3.6.2 Logib

Logib ist das Standard-Analyse-Tool des Bundes für Lohngleichheitsanalysen. Es ist kostenlos, anonym, sicher und einfach in der Anwendung. Logib basiert auf einer durch unabhängige Dritte bestätigten wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode.

Das Kontrollinstrument Logib stützt sich auf die Methode der Regressionsanalyse. Bei Logib werden verschiedene objektive Faktoren berücksichtigt, die Einfluss auf den Lohn haben (können): einerseits personenbezogene Daten (Alter, Geschlecht, Dienstjahre, Ausbildung), andererseits arbeitsplatzbezogene Daten (Funktion, betriebliches Kompetenzniveau, berufliche Stellung). Dabei wird ermittelt, ob sich das Geschlecht auf den Lohn auswirkt, wobei die Leistung der Arbeitnehmenden nicht berücksichtigt wird.

3.6.3 Ausnahmen

Von einer Lohngleichheitsanalyse sind Arbeitgebende befreit, wenn

- sie in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einer Kontrolle über die Einhaltung der Lohngleichheit unterliegen;
- sie bei einem Antrag auf Gewährung von Subventionen einer solchen Kontrolle unterliegen oder
- bei ihnen bereits eine solche Kontrolle durchgeführt wurde, die nachgewiesen hat, dass die Firma die Anforderungen erfüllt – sofern die Kontrolle nicht länger als vier Jahre zurückliegt.

Zudem sind Arbeitgeberinnen, bei denen die Lohngleichheit eingehalten ist, von der Lohngleichheitsanalyse befreit. Zeigt also eine bei einer Arbeitgeberin durchgeführte Lohngleichheitsanalyse, dass die Lohngleichheit im Unternehmen eingehalten ist, wird sie in Zukunft von der Analysepflicht befreit.

3.6.4 Überprüfung

Private Arbeitgebende müssen die von ihnen durchgeführte Lohngleichheitsanalyse von einer unabhängigen Stelle überprüfen lassen. Dafür können sie wählen zwischen

- einem Revisionsunternehmen mit einer Zulassung nach dem Revisionsaufsichtsgesetz,
- einer Organisation, die die Gleichstellung von Frau und Mann gemäss ihren Statuten fördert oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahrt und seit mindestens zwei Jahren besteht (in diesem Fall muss der Arbeitgebende mit der relevanten Stelle eine Vereinbarung über das Vorgehen abschliessen), oder
- einer Arbeitnehmendenvertretung gemäss dem Mitwirkungsgesetz.

Arbeitgebende müssen nicht zwingend ihre gesetzliche Revisionsstelle gemäss Handelsregister beiziehen, sondern können ein anderes qualifiziertes Revisionsunternehmen mit der Prüfung beauftragen. Auch hier gilt das Revisionsgeheimnis nach Art. 730b Abs. 2 OR. Zudem darf eine Revisionsgesellschaft, die bei der Erstellung der Lohngleichheitsanalyse mitgewirkt hat, diese nicht prüfen (Zitat des Bundesamts für Justiz: Die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse durch eine Revisorin oder einen Revisor, die oder der vorgängig bei der Lohngleichheitsanalyse beratend mitgewirkt hat [Vorbereitung, Ausführung etc.], stellt einen Verstoß gegen das Selbstüberprüfungsverbot bzw. die aufsichtsrechtlichen Berufspflichten [Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. a RAG] dar, der zum Entzug der Zulassung führen könnte [vgl. Urteil des Bundesgerichts Nr. 2C_487/2016 vom 23. November 2016 E. 2.2 betreffend Interessenkonflikt und fehlende Objektivität bei der Prüfung eines Gründungsberichts]).

Wird ein Revisionsunternehmen mit der Prüfung der Lohngleichheitsanalyse beauftragt, muss der Arbeitgebende diesem alle Unterlagen übergeben und alle Auskünfte erteilen, die das Beratungsunternehmen für die Erfüllung der Überprüfung benötigt. Das Revisionsunternehmen überprüft (nur), ob die Lohngleichheitsanalyse formell korrekt durchgeführt wurde. Dabei handelt es sich um eine formelle Prozessüberprüfung in standardisierter Form und nicht um eine materielle Prüfung, ob es im Unternehmen ein Problem mit der Lohngleichheit gibt. Innerhalb eines

Jahres nach Durchführung der Analyse muss der Prüfbericht der Unternehmensleitung vorgelegt werden.

Soll die Überprüfung durch eine Arbeitnehmenden- oder Gleichstellungsorganisation durchgeführt werden, sprechen sich die Parteien über das Vorgehen bei der Überprüfung und der Berichterstattung zuhanden der Leitung des Unternehmens ab. Bei öffentlich-rechtlich angestellten Arbeitnehmenden regelt die zuständige öffentliche Hand (Bund oder Kanton) die Durchführung der Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse.

3.6.5 Information

Die von der Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse betroffenen Arbeitgeberinnen müssen ihre Arbeitnehmenden spätestens ein Jahr nach Abschluss der Überprüfung schriftlich über das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse informieren. Zusätzlich veröffentlichen Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, das Ergebnis der Analyse im Anhang der Jahresrechnung. Arbeitgebende im öffentlich-rechtlichen Sektor müssen die einzelnen Ergebnisse der Lohngleichheitsanalyse und der Überprüfung ebenfalls veröffentlichen.

Die Resultate der Analyse sind aber bei keiner Behörde einzureichen.

3.6.6 Sanktionen

Wird – trotz gegebener Voraussetzungen – keine Lohngleichheitsanalyse durchgeführt, sieht das GIG keine direkte Sanktion vor. Offenbar wird das Risiko eines möglichen Reputationsverlusts als genügend angesehen, damit Grossunternehmen eine Lohngleichheitsanalyse durchführen. Zudem könnte es sein, dass das Fehlen solcher Analysen zu einem Mehr an Gerichtsprozessen, basierend auf dem GIG, gegen einschlägige Arbeitgeberinnen führt.

Fehlt eine Lohngleichheitsanalyse oder zeigt eine Lohngleichheitsanalyse, dass Lohnunterschiede zwischen männlichen und weiblichen Angestellten vorhanden sind, bedeutet das aber nicht automatisch, dass eine Lohngleichheitsklage automatisch von Erfolg beschieden wäre. Stets wird vor Gericht der Einzelfall betrachtet. Insbesondere können Alter, Dienstjahre, Ausbildung und ähnliche Faktoren, aber auch arbeitsplatzbezogene Daten (Funktion, betriebliches Kompetenzniveau, berufliche

Stellung) und Leistung unterschiedliche Entlöhnung (sachgerecht) begründen.

4. Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

Verschiedene rechtliche Bestimmungen schützen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vor sexueller Belästigung. So schreibt Art. 328 OR grundsätzlich vor, dass die Arbeitgebende im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht sexueller Belästigung vorzubeugen und dafür zu sorgen hat, dass einem Opfer keine weiteren Nachteile entstehen. Das GLG soll zudem insbesondere vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schützen. Die sexuelle Belästigung wird als Diskriminierung angesehen und gleich definiert. Als sexuelle Belästigung gilt jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Verhalten während der Arbeit oder bei einem Betriebsausflug stattfindet. Bei der Beurteilung kommt es auch nicht auf die Absicht der handelnden Person an, sondern wie das Verhalten bei der betroffenen Person wahrgenommen wird, wobei eine objektivierte Betrachtungsweise angewendet wird. Weitere Schutzvorschriften beinhaltet das Arbeitsgesetz, wobei es hier primär um die Gesundheit der Arbeitnehmenden geht.

4.1 Beispiele sexueller Belästigung

Wie die nachfolgende Auflistung von Beispielen zeigt, gibt es verschiedene Stufen von sexueller Belästigung. Als sexuelle Belästigung gelten etwa:

- anzügliche und zweideutige Bemerkungen über das Äussere
- sexistische Bemerkungen oder Witze über sexuelle Merkmale, sexuelles Verhalten und die sexuelle Orientierung von Frauen und Männern
- Vorzeigen von pornografischem Material
- unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht
- unerwünschte Körperkontakte
- sexuelle Übergriffe, Nötigung oder Vergewaltigung

4.2 Pflichten von Arbeitgebenden – Rechte des Betroffenen

Der Schutz vor sexueller Belästigung gehört gemäss Art. 328 OR zur Sorgfaltspflicht von Arbeitgebenden. Dieser umfasst zum einen Massnahmen der Prävention und zum anderen das Eingreifen, wenn ein Fall von sexueller Belästigung vorliegt. Der Arbeitgebende muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen. Unterlassung kann Schadenersatz oder auch Genugtuungsansprüche zur Folge haben.

Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung gemäss GLG sieht dieses vor (Art. 5 Abs. 3 GLG), dass die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung von der Arbeitgeberin (nicht von der belästigenden Person) hat, wenn die Arbeitgeberin nicht beweist, dass sie Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihr zugemutet werden können. Diese Bestimmung zwingt die Arbeitgeberin, konkret Massnahmen zur Verhinderung von sexueller Belästigung zu ergreifen.

Damit Arbeitgebende ihren Pflichten zur Verhinderung sexueller Belästigung nachgekommen sind, ist es empfehlenswert, dass sie Merkblätter und Weisungen über nicht tolerierbares Verhalten erlassen. Die Merkblätter betreffend sexuelle Belästigung, welche allen Mitarbeitenden zur Kenntnis zu bringen sind, sollten mindestens die folgenden Punkte beinhalten:

- Erklärung der Unternehmensleitung, dass sie sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nicht duldet
- Definition von sexueller Belästigung
- Unterstützungsangebot für Mitarbeitende, die sich belästigt fühlen
- Hinweis auf Sanktionen, die gegen die belästigende Person ergriffen werden

Hinweise auf sexuelle Belästigungen müssen immer ernst genommen werden. Die Unternehmensleitung oder die von ihr betraute Fachperson müssen bei einem Verdacht oder einer Beschwerde rasch, diskret und fair Abklärungen vornehmen. Sollte die Untersuchung eines Falls notwendig

werden, muss die belästigte Person eine Beschwerde hinterlegen. Damit gibt sie ihr Einverständnis, dass ein formelles Verfahren eröffnet wird.

4.3 Gerichtliches Vorgehen

Sofern mit den entsprechenden Stellen keine betriebsinterne Lösung gefunden werden kann, hat jede Person, die durch eine sexuelle Handlung im Sinne des GIG diskriminiert wird, die Möglichkeit, kostenlos die zuständige kantonale Schlichtungsbehörde für Gleichstellungsfragen zu involvieren. Die Schlichtungsbehörde versucht dann, zwischen der Arbeitgeberin und der durch die sexuelle Belästigung diskriminierten Person zu vermitteln.

Kann keine Einigung erzielt werden, kann die belästigte Person das Gericht anrufen. Aufgrund von Art. 5 GIG kann beantragt werden, dass eine Diskriminierung – wie sie die sexuelle Belästigung darstellt – festgestellt und beseitigt bzw. in Zukunft unterlassen wird. Zusätzlich kann die Arbeitgeberin zur Zahlung einer Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG sowie von Schadenersatz und Genugtuung verurteilt werden.

Das Gleichstellungsgesetz schafft zudem einen gewissen Kündigungsschutz während der Dauer von innerbetrieblichen Verfahren, Schlichtungs- und Gerichtsverfahren. Der Kündigungsschutz endet sechs Monate nach Beendigung der entsprechenden Verfahren. So ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts folgt. Das Gericht kann die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind. Alternativ kann während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichtet und stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a OR durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin geltend gemacht werden.

