

## Beweislastumkehr in Gleichstellungsprozessen

TATJANA METZGER

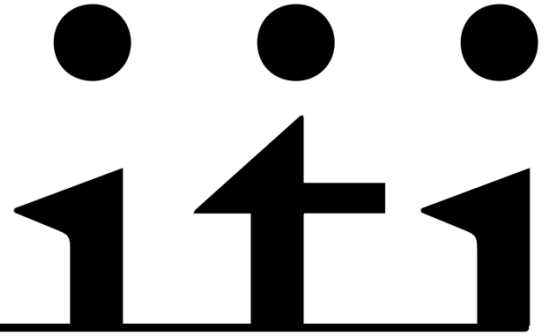
### Zitiervorschlag

METZGER, Beweislastumkehr in Gleichstellungsprozessen, in: cognitio 2022/LGS.

URL: [cognitio-zeitschrift.ch/2022-LGS/Metzger](https://cognitio-zeitschrift.ch/2022-LGS/Metzger)

DOI: [10.5281/zenodo.6738007](https://doi.org/10.5281/zenodo.6738007)

Publikationsreihe in Kooperation mit F.Ius (Feministisch.Ius):  
**Legal Gender Studies in der Schweiz**



## Beweislastumkehr in Gleichstellungs- prozessen

TATJANA METZGER\*

*Im Jahr 1996 trat das Gleichstellungsgesetz in Kraft. Vor der Einführung des Gesetzes gehörten Beweisschwierigkeiten sowie die Beweislast auf Seite der Arbeitnehmenden zu den grössten Hürden im Bereich der Gleichstellung im Erwerbsleben. Dies führte dazu, dass mit dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes in Art. 6 GIG eine Beweislaste-  
leichterung eingeführt wurde. In der Praxis wurde diese Erleichterung jedoch oft nicht angewendet, und wenn doch, dann relativ intransparent. Dieser Artikel befasst sich mit den Problemen in der Praxis und zeigt verschiedene Lösungsansätze auf.*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	1
II. Grundsatz der Beweislast nach Art. 8 ZGB	2
A. Das Regelbeweismass	3
B. Überwiegende Wahrscheinlichkeit	4
C. Glaubhaftmachung	4
III. Lex specialis: Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG	4

\* Studentin MLaw, Universität Luzern, [tatjana.metzger@outlook.com](mailto:tatjana.metzger@outlook.com). Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die gekürzte Fassung einer Bachelorarbeit, die von der Autorin im Rahmen des Studiengangs Wirtschaftsrecht an der ZHAW School of Management and Law verfasst wurde.

A. Entstehung der Beweislastumkehr	5
B. Geltungsbereich	5
C. Die Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG	7
IV. Anwendung der Beweislastumkehr	8
A. Beweisthemen	8
B. Zweistufige Beweisprüfung	9
C. Erkenntnisse der Rechtsprechung	10
V. Zusammenfassung und Lösungsvorschläge	11
A. Ergebnisse	12
B. Herausforderungen	12
C. Empfehlungen	13

### I. Einleitung

Das Gleichstellungsgesetz<sup>1</sup> trat am 1. Juli 1996, mit dem Zweck, die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben zu verwirklichen, in Kraft. Bei der Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen stellen insbesondere die Beweismöglichkeiten in Arbeitsverhältnissen für die Arbeitnehmenden oft eine Herausforderung dar. Aus diesem Grund ist in [Art. 6 GIG](#) für die meisten

<sup>1</sup> Gleichstellungsgesetz (GIG) vom 24. März 1995, [SR 151.1](#).

Fälle der Geschlechterdiskriminierung eine Beweislaste erleichterung vorgesehen.<sup>2</sup>

Durch die Spezialbestimmung in [Art. 6 GIG](#) hat die potenziell von einer Geschlechterdiskriminierung betroffene Partei die Möglichkeit, eine Diskriminierung einzuklagen, ohne den vollen Beweis erbringen zu müssen. Es ist vorgesehen, dass die behauptete Tatsache lediglich glaubhaft gemacht werden muss. Die Norm wird als eine der wichtigsten Errungenschaften des Gleichstellungsgesetzes angesehen.<sup>3</sup> Es stellt sich die Frage, ob die Erwartungen, welche mit der Einführung der Beweislastumkehr verbunden waren, erfüllt werden konnten.

[Art. 6 GIG](#) soll Arbeitnehmende unterstützen, jedoch kommen in der Umsetzung Schwierigkeiten auf. Ein Anzeichen dafür, dass noch immer keine vollständige Gleichstellung zwischen Frauen und Männern im Erwerbsleben besteht, ist, dass es in der Politik immer wieder Vorstösse zur Erweiterung der Beweislaste erleichterung in Gleichstellungsprozessen gibt. In einem Forschungsbericht aus dem Jahr 2017 über die Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz in den Jahren 2004 - 2015 wurde aufgezeigt, dass bei der Anwendung von [Art. 6 GIG](#) der Beweis der Geschlechterdiskriminierung vor Gericht meist nicht erfolgreich war.<sup>4</sup>

Die Frage, ob die mit der Einführung der Beweislaste erleichterung verbundenen Erwart-

tungen erfüllt wurden, wird nach folgendem Vorgehen versucht zu beantworten: Zuerst wird auf die Einbettung von [Art. 6 GIG](#) in den allgemeinen Grundsatz der Beweislast nach [Art. 8 ZGB](#) eingegangen und die Glaubhaftmachung nach dem Gleichstellungsgesetz näher erläutert. Die Anwendung in der Praxis wird basierend auf einer Analyse von Bundesgerichtsentscheiden zusammengefasst und resultierend daraus, Lösungsansätze erarbeitet.

## II. Grundsatz der Beweislast nach Art. 8 ZGB

[Art. 8 ZGB](#) regelt den Grundsatz der privatrechtlichen Beweislast:<sup>5</sup> «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.»<sup>6</sup> Aus [Art. 8 ZGB](#) lässt sich zudem das Recht auf Gegenbeweis ableiten.<sup>7</sup> Die Norm gilt, sofern im Gesetz kein *lex specialis* vorgesehen ist, welcher [Art. 8 ZGB](#) vorgeht.<sup>8</sup>

Ursprünglich wurde [Art. 8 ZGB](#) als blosse Beweislastregel konzipiert. Im Verlaufe der Jahre wurde diese Regel aber vom Bundesgericht erweitert. Nach jetzigem Rechtsverständnis regelt [Art. 8 ZGB](#) die Beweislast im objektiven Sinn, das Beweismass sowie das Recht auf Beweis.<sup>9</sup>

Das Beweismass legt fest, mit welchem Grad

<sup>2</sup> STEIGER-SACKMANN SABINE, Der Beweis in Gleichstellungsprozessen, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 83 ff, S. 83.

<sup>3</sup> SCHMID GÖLDI RITA/SCHÜRER HANS UELI, Die Frau im Arbeitsrecht, 1. Aufl., Zürich 1996, S. 111.

<sup>4</sup> LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, [Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann \(2004–2015\)](#), Forschungsbericht, Bern 2017, S. 8.

<sup>5</sup> WALTER HANS PETER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, 1. Aufl., Bern 2012, N 3 zu Art. 8 ZGB.

<sup>6</sup> JUNGO ALEXANDRA, in: Zürcher Kommentar zu Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. Aufl., N 68 f.; zu Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018; MARRO PIERRE-YVES, in: Buechler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 11 zu Art. 8 ZGB.

<sup>7</sup> MARRO (Fn. 6), N 6 zu Art. 8 ZGB.

<sup>8</sup> JUNGO (Fn. 6), N 5 zu Art. 8 ZGB.

<sup>9</sup> BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008/144, S. 269 ff., S. 270.

der Sicherheit eine Tatsachenbehauptung bewiesen werden muss, damit der Beweis als erbracht angesehen wird.<sup>10</sup> Beweismass und Beweislast sind komplementär, nicht aber identisch. Das Beweismass setzt mit dem erforderlichen Überzeugungsgrad quantitativ gestufte Voraussetzungen für die Annahme oder Ablehnung eines Beweises und entscheidet auch darüber.<sup>11</sup> Dahingegen regelt die Beweislast, welche Partei eine Tatsachenbehauptung belegen muss und die Konsequenzen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat.<sup>12</sup>

Aus [Art. 8 ZGB](#) kann abgeleitet werden, dass ein Beweis nur als erbracht gelten kann, wenn er mit der erforderlichen Intensität erbracht wurde. Im Einzelfall kommen jedoch vielfach Spezialvorschriften, sog. *leges speciales*, zur Anwendung.<sup>13</sup> Das Beweismass und jede seiner Abstufungen basiert einerseits subjektiv auf der richterlichen Überzeugung und andererseits objektiv auf der Wahrheit.<sup>14</sup>

Es können drei Beweismasse unterschieden werden: Das Regelbeweismass, die überwiegende Wahrscheinlichkeit und die Glaubhaftmachung.<sup>15</sup>

## A. Das Regelbeweismass

Falls weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Abweichung vorgesehen ist, gilt das Regelbeweismass. Bei diesem muss der ordentliche Beweis erbracht werden, wozu die volle Überzeugung des Gerichts nötig ist.<sup>16</sup> Dabei gilt die Überzeugungstheorie, nach der ein Beweis als erbracht gilt, wenn das Gericht von einer Tatsache vollständig überzeugt ist.<sup>17</sup>

Bei Beweisen handelt es sich immer um Wahrscheinlichkeitsbeweise.<sup>18</sup> Eine absolute Sicherheit im Rahmen der menschlichen Überzeugung ist nämlich praktisch unmöglich. Die menschliche Überzeugung ist immer auch subjektiv geprägt. Daraus lässt sich schliessen, dass die Beweisführung niemals gelingen würde, wenn man absolute Gewissheit verlangen würde. Somit entspricht der Vollbeweis lediglich dem maximalen Grad der Wahrscheinlichkeit, die im Rahmen der menschlichen Wahrnehmung erreichbar ist.<sup>19</sup>

Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass für die Erfüllung des ordentlichen Beweismasses, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt.<sup>20</sup> Somit wird keine absolute Gewissheit vorausgesetzt und die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist selbst dann ausreichend, wenn eine abweichende Möglichkeit nicht absolut ausgeschlossen werden kann.<sup>21</sup> Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird ein Beweis als erbracht angesehen, wenn die Richterin oder der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von einer behaupteten Tatsache überzeugt wurde. Dabei ist es bereits ausreichend, dass allfällige Zweifel nicht erheblich erscheinen. Jedoch genügt es nicht, wenn

<sup>10</sup> BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2008, N 02.55; LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, N 15 zu Art. 8 ZGB.

<sup>11</sup> WALTER (Fn. 5), N 128 zu Art. 8 ZGB.

<sup>12</sup> JUNGO (Fn. 6), N 180 zu Art. 8 ZGB.

<sup>13</sup> LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 16 zu Art. 8 ZGB; [BGE 144 II 65](#), E. 4.2.1.

<sup>14</sup> BERGER-STEINER (Fn. 9), S. 274.

<sup>15</sup> STEIGER-SACKMANN SABINE, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 94 zu Art. 6 GlG.

<sup>16</sup> WALTER (Fn. 5), N 134 zu Art. 8 ZGB.

<sup>17</sup> JUNGO (Fn. 6), N 37 und 141 zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 134 zu Art. 8 ZGB.

<sup>18</sup> WALTER (Fn. 5), N 136 zu Art. 8 ZGB.

<sup>19</sup> JUNGO (Fn. 6), N 142 f. zu Art. 8 ZGB.

<sup>20</sup> [BGE 130 III 321](#), E. 3.2; [BGE 128 III 271](#), E. 2b aa.

<sup>21</sup> WALTER (Fn. 5), N 136 zu Art. 8 ZGB.

eine Behauptung nur überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>22</sup>

Es gibt zwei Abweichungen vom Regelbeweismass, welche sich aus Gesetz oder Rechtsprechung und Lehre ergeben.<sup>23</sup> Es ist wichtig, dass die Rechtsdurchsetzung in keinem Fall aufgrund zu hoher Hürden oder unterschiedlicher Anforderungen, die an die Beweisintensität gestellt werden, scheitert.<sup>24</sup>

Dies soll durch die beiden Ausnahmefälle sichergestellt werden. Die Herabsetzung des geforderten Beweismasses ändert nichts an der Verteilung der Beweislast. Jedoch kommt es aufgrund der herabgesetzten Anforderungen an die Beweisintensität weniger oft zu einem non liquet und dadurch nimmt die Bedeutung der Beweislast ab.<sup>25</sup>

Voraussetzung für eine Beweislasterleichterung ist eine Beweisnot. Eine solche liegt vor, wenn es nach der Natur der Sache nicht möglich oder zumutbar ist, einen vollen Beweis zu erbringen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Tatsachenbehauptung lediglich mittelbar durch Indizien belegt werden kann.<sup>26</sup>

## B. Überwiegende Wahrscheinlichkeit

Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist ein Beweis erfüllt, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Wahrheit einer Tatsache sprechen, dass andere Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.<sup>27</sup> Auch das Bundesgericht sieht den Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erfüllt

an, wenn ein anderer Geschehensablauf zwar möglich wäre, aber vernünftigerweise nicht in Betracht fällt und keine massgebende Rolle spielt.<sup>28</sup> Es dürfen stärkere Zweifel als beim ordentlichen Beweis vorhanden sein, jedoch sind diese immer noch von einem stark untergeordneten Gewicht.<sup>29</sup>

## C. Glaubhaftmachung

Wird lediglich der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit einer behaupteten Tatsache übermittelt, ist diese Tatsachenbehauptung als glaubhaft zu betrachten. Somit führt Glaubhaftmachung nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts. Es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache vermittelt wird. Nicht nötig ist dabei, dass die Möglichkeit einer anderen Gestaltung der Verhältnisse oder der Nichtverwirklichung einer Tatsache ausgeschlossen ist.<sup>30</sup> Wichtig ist, dass auch die Glaubhaftmachung von der blossen Behauptung abgegrenzt wird.<sup>31</sup>

## III. Lex specialis: Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG

Art. 6 GIG gilt als lex specialis zu Art. 8 ZGB und sieht eine spezielle Beweislastregel für Gleichstellungsprozesse vor. Im Gegensatz zu den in Art. 8 ZGB verlangten Regelbeweismass, wird im Gleichstellungsgesetz lediglich die Glaubhaftmachung einer Tatsache verlangt.

<sup>22</sup> BGE 130 III 321, E. 3.2; BGE 128 III 271, E. 2b aa.

<sup>23</sup> JUNGO (Fn. 6), N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 142 zu Art. 8 ZGB.

<sup>24</sup> JUNGO (Fn. 6), N 37 zu Art. 8 ZGB.

<sup>25</sup> JUNGO (Fn. 6), N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 142 zu Art. 8 ZGB.

<sup>26</sup> JUNGO (Fn. 6), N 145 zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 145 zu Art. 8 ZGB; BGE 130 III 321, E. 3.2.

<sup>27</sup> WALTER (Fn. 5), N 138 zu Art. 8 ZGB.

<sup>28</sup> JUNGO (Fn. 6), N 144 zu Art. 8 ZGB; BGE 133 III 81, E. 4.2.2; BGE 132 III 715, E. 3.1; BGE 130 III 321, E. 3.3.

<sup>29</sup> WALTER (Fn. 5), N 138 zu Art. 8 ZGB.

<sup>30</sup> JUNGO (Fn. 6), N 41 zu Art. 8 ZGB; LARDELLI/VETTER, N 20 zu Art. 8 ZGB; BGE 144 II 65, E. 4.2.2.

<sup>31</sup> WALTER (Fn. 5), N 151 zu Art. 8 ZGB; Im Gegensatz zur blossen Behauptung wird bei der Glaubhaftmachung eine plausible und begründete Behauptung verlangt. Diese sollte zumindest teilweise mit Beweisen unterstützt werden.



## A. Entstehung der Beweislastumkehr

Bevor das GIG in Kraft trat, galten Beweisschwierigkeiten als eine der grössten Hürden in der Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen.<sup>32</sup> Diese Schwierigkeiten ergaben sich aus der Gegebenheit, dass Tatsachen bewiesen werden müssen, welche sich im Einflussbereich der Betriebe befinden. Häufig sind diese Tatsachen nur schwer zugänglich, da Arbeitgebende nicht daran interessiert sind, dass deren Gesetzesverstoss bekannt wird.<sup>33</sup> Somit hat die klagende Partei beinahe keine Möglichkeit, den vollen Beweis selbständig zu erbringen, was Beweisschwierigkeiten in der praktischen Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen verursacht.<sup>34</sup> Gemäss Art. 8 ZGB müsste die Klage abgewiesen werden, wenn das Gericht nicht von der Wahrheit einer geltend gemachten Diskriminierung überzeugt ist.<sup>35</sup> Aufgrund dieser Beweisschwierigkeiten wurde Art. 6 GIG als *lex specialis* von Art. 8 ZGB eingeführt.

Im Parlament wurde über die Einführung von Art. 6 GIG eine langwierige Diskussion

geführt. Thematisiert wurden vor allem der Anwendungsbereich sowie Unsicherheiten bezüglich der rechtlichen Tragweite.<sup>36</sup> Der ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagene Geltungsbereich von Art. 6 GIG ging dem Nationalrat zu weit. Die Mehrheit beantragte eine Begrenzung des Anwendungsbereiches auf Lohndiskriminierungen.<sup>37</sup> Auch der Ständerat empfand den bundesrechtlichen Vorschlag als zu weitgehend. Jedoch wollte er von einer Beschränkung der Anwendung auf Lohnungleichheit absehen. Damit wurde der Antrag gestellt, dass der Anwendungsbereich auf alle in Art. 3 Abs. 2 GIG genannten Tatbestände erweitert wird. Beim Tatbestand der sexuellen Belästigung folgte der Ständerat dem Nationalrat und schloss diese aus.<sup>38</sup> Da der Nationalrat weiterhin auf seiner ursprünglichen Haltung beharrte wurde ein Mittelweg eingeschlagen.<sup>39</sup> Bei dieser Lösung wurde die Anwendbarkeit auf alle Diskriminierungstatbestände von Art. 3 Abs. 2 GIG festgelegt, jedoch wurden die sexuelle Belästigung und die Anstellung ausgeschlossen.<sup>40</sup> Schlussendlich war die Mehrheit beider Seiten mit dieser Variante einverstanden und die letzte wichtige Differenz war beseitigt.

## B. Geltungsbereich

Der Geltungsbereich von Art. 6 GIG umfasst Gleichstellungsprozesse mit gewissen Ausnahmen. Im Gesetzestext werden folgende Anwendungsfälle aufgezählt: Aufgabenzuteilung, Gestaltung von Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Einen Hinweis auf die Anwendbarkeit im Falle einer diskriminierenden Kündigung findet man auch in der bundesgerichtlichen Praxis, welche Art. 6 GIG ausdrücklich als Anwendungsgrundlage bei einer Entlassung be-

<sup>32</sup> NYDEGGER CHRISTINA, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, in: Müller Roland/Geiser Thomas/Pärli Kurt (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Bd. 23, Zürich/St. Gallen 2019, S. 46 ff.; Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, *BBl* 1993 I 1248 ff. (zit. Botschaft GIG), S. 1263.

<sup>33</sup> NYDEGGER, (Fn. 32), S. 46.

<sup>34</sup> JUNGO (Fn. 6), N 292 zu Art. 8 ZGB; MADER LUZIUS, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 9 ff., S. 31 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 122 zu Art. 6 GIG; *BGE* 144 II 65, E. 4.2.1.

<sup>35</sup> KLETT KATHRIN, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, in: *AJP* 2001/11, S. 1293 ff., S. 1293.

<sup>36</sup> MADER (Fn. 34), S. 32; Botschaft GIG (Fn. 32), S. 1326.

<sup>37</sup> *Votum* STAMM JUDITH, *Amtl. Bull. NR* 1994, 481 f.

<sup>38</sup> *Amtl. Bull. SR* 1995, 321.

<sup>39</sup> *Votum* MEYER JOSY, *Amtl. Bull. SR* 1995, 318.

<sup>40</sup> *Amtl. Bull. SR* 1995, 321.

zeichnet.<sup>41</sup> Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind die sexuelle Belästigung sowie die Diskriminierung bei Anstellung. Bei diesen Szenarien gelten die gewöhnlichen Beweisregeln nach [Art. 8 ZGB](#).<sup>42</sup>

Die Aufzählung in [Art. 6 GIG](#) ist an [Art. 3 Abs. 2 GIG](#) angelehnt. In diesem Artikel steht geschrieben: «Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung [...]». Mit dem Begriff «insbesondere» drückt der Gesetzgeber aus, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist. Im Gegensatz zu [Art. 3 Abs. 2 GIG](#) wird [Art. 6 GIG](#) jedoch ohne den Zusatz «insbesondere» formuliert und schliesst demzufolge die sexuelle Belästigung sowie die Anstellung explizit aus. Diese Tatsache liesse den Schluss zu, dass die Anwendungsfälle der Beweislasteichterung abschliessend geregelt sind. Jedoch soll die Auslegung der Norm im Sinne der ratio legis erfolgen. STEIGER-SACKMANN vertritt die Meinung, dass die Beweislasteichterung auch für andere diskriminierende Massnahmen, welche von Arbeitgebenden getroffen werden, gelten soll. Auszunehmen seien lediglich die Anstellung sowie die sexuelle Belästigung.<sup>43</sup> Darüber sind auch andere Lehrmeinungen bekannt. So sagt z.B. NORDMANN, dass die Beweislasteichterung lediglich für die sechs abschliessend umschriebenen Fälle in [Art. 6 GIG](#) anwendbar ist.<sup>44</sup> Der Anwendungsbereich wurde bereits bei der Entstehung des Gesetzes im Parlament heftig diskutiert.<sup>45</sup>

Wenn ein Betrieb eine Massnahme trifft, die nicht in der Umschreibung von [Art. 6 GIG](#) vorhanden ist, aber trotzdem geschlechter-

diskriminierend ist, kann dies zu Schwierigkeiten in der Auslegung führen. Ein Beispiel dafür ist ein allfälliger Ausschluss von gesellschaftlichen Betriebsanlässen. Diese Massnahme ist nicht Tatbestandselement von [Art. 6 GIG](#), jedoch handelt es sich dabei um eine Massnahme, die sich auf die Beförderung oder die Arbeitsbedingungen auswirken kann.<sup>46</sup> Daraus lässt sich m.E. schliessen, dass der Anwendungsbereich nicht als abgeschlossen angesehen werden sollte. Unsere heutige Gesellschaft ist von extremer Diversität geprägt, weshalb immer neue Varianten der Geschlechterdiskriminierung entstehen. Es gibt keinen Grund, dass für nicht explizit genannte Diskriminierungstatbestände eine härtere Beurteilung angewendet werden soll.

Wie erwähnt, gilt die Beweislastumkehr nicht in Fällen der sexuellen Belästigung und der Anstellung.<sup>47</sup> Für diese beiden Tatbestände ist weiterhin die allgemeine Beweislastverteilung von [Art. 8 ZGB](#) anwendbar. Die Untersuchungsmaxime wird davon jedoch nicht beeinflusst. Auch bei Verfahren, die diese beiden Tatbestandselemente betreffen, ist das Gericht von Amtes wegen dafür verantwortlich, dass das Beweisfundament beschaffen wird. Zudem haben Arbeitgebende eine «weitgehende Mitwirkungspflicht».<sup>48</sup>

Das Parlament begründete den Ausschluss der sexuellen Belästigung vom Anwendungsbereich von [Art. 6 GIG](#), damit, dass in einem solchen Fall beide Parteien die gleiche Ausgangslage und dieselben Kenntnisse

<sup>41</sup> [Urteil BGer 4C.109/2005 vom 31. Mai 2005](#), E. 3.2.

<sup>42</sup> Amtl. Bull. SR 1995, 321.

<sup>43</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 114 zu Art. 6 GIG.

<sup>44</sup> NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 288; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 114 zu Art. 6 GIG.

<sup>45</sup> Siehe auch unter III.A.

<sup>46</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 113 zu Art. 6 GIG.

<sup>47</sup> SCHMID GÖLDI/SCHÜRER, (Fn. 3), S. 110; SCHULZ PATRICIA, Die Anstellung, insbesondere Schutz vor Diskriminierung, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 45 ff., S. 53.

<sup>48</sup> GEISER THOMAS, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, in: ZBJV 1996/132, S. 555 ff., S. 556 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 112 zu Art. 6 GIG.

haben. Jedoch gilt diese Argumentation nur in denjenigen Fällen, in denen Arbeitgebende selbst die belästigende Person sind. Dieses Szenario wird jedoch nicht häufig auftreten, da die Entschädigung vom Arbeitgebenden entrichtet werden muss und dieser auch belegen muss, dass die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind. Faktisch wird es unabhängig davon ein Ungleichgewicht zu Lasten der betroffenen Partei geben, die sich vor Gericht zur Wehr setzt. Bei der Entschädigung nach [Art. 5 Abs. 2 GIG](#), wonach der Arbeitgebende zu beweisen hat, dass er die ihm zumutbaren, geeigneten Massnahmen gegen die sexuelle Belästigung getroffen hat, ist die Beweislast erleichterung jedoch anwendbar.<sup>49</sup>

Wenn eine Bewerbung abgewiesen wurde, ist es schwierig, eine allfällige Diskriminierung zu beweisen, da die Arbeitgebende im Besitz aller Dokumente betreffend die Abweisung sind. Bereits eine Glaubhaftmachung einer Anstellungsdiskriminierung wäre sehr schwierig, während der Beweis einer solchen, aufgrund des Zuganges zu den Beweismitteln, fast unmöglich ist. Obwohl die Anstellung nicht von [Art. 6 GIG](#) umfasst ist, besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Mitwirkungspflicht, die den Arbeitgebenden zur Wahrheit und Vollständigkeit der Angaben verpflichtet.<sup>50</sup>

### C. Die Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG

Glaubhaftmachen bedeutet grundsätzlich, dass Arbeitnehmende nur objektive Anhaltspunkte, welche eine Diskriminierung vermuten lassen, vorbringen müssen. Dabei reicht bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit und es ist kein voller Beweis notwendig.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> SCHULZ, (Fn. 47), S. 74.

<sup>50</sup> SCHULZ, (Fn. 47), S. 54.

<sup>51</sup> CLASS EDI/MÖSSINGER RAINER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis: Das Gleichstellungsgesetz, Gleicher Lohn für gleichwertige

In der Zwischenzeit hat das Bundesgericht eine klare Definition der Glaubhaftmachung geschaffen. Zum Teil folgen die kantonalen Gerichte der oberen Instanz und schliessen sich deren Definition an. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn diese nach einer vergangenen Zurechtweisung des oberen Gerichts in den zukünftigen Urteilen dessen Definition übernehmen.<sup>52</sup>

Die Definition des Bundesgerichtes für den Begriff der Glaubhaftmachung lautet wie folgt: Glaubhaftmachen bedeutet, «dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte [...] den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können».<sup>53</sup>

Die Auslegung der Glaubhaftmachung soll in Beachtung des Gesetzeskontexts gemacht werden. Somit soll eine nicht zu starke Beweisintensität verlangt werden. Bei der Festsetzung des Beweismasses in Prozessen des GIG, muss das Gericht in «wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen»,<sup>54</sup> die behaupteten Sachverhalte beider Parteien prüfen und beurteilen, ob diese der Wahrheit entsprechen. Dieses Vorgehen dient dem Zweck, dass die besondere Regel der Beweislast erleichterung nicht vergessen wird und somit nicht faktisch nie zur An-

---

Arbeit, Sexuelle Belästigung Schwangerschaft und Mutterschaft, Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes, Freizügigkeitsleistung, Zürich 1996, S. 31.

<sup>52</sup> FREIVOGLER ELISABETH, Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in: AJP 2006/11, S. 1342 ff., S. 1347.

<sup>53</sup> NORDMANN, (Fn. 44), S. 290; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 126 zu Art. 6 GIG; Botschaft GIG (Fn. 32), S. 1301; [BGE 144 II 65](#), E. 4.2.2; [BGE 142 II 49](#), E. 6.2; [BGE 130 III 145](#), E. 4.2; [BGE 125 III 368](#), E. 4; [BGE 120 II 393](#), E. 4b; [BGE 104 Ia 408](#), E. 4.

<sup>54</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 131 zu Art. 6 GIG; [BGE 120 II 393](#), E. 4c.



wendung kommt. Immer beachtet werden soll der Gesetzeszweck von [Art. 1 GIG](#). Es ist von Bedeutung, dass die Realisierung der Gleichstellung von Frau und Mann nie aufgrund zu hoher Beweishürden misslingt.<sup>55</sup>

Somit erscheint die Glaubhaftmachung als unbestimmter Rechtsbegriff. Da stets ein subjektiver Beurteilungsspielraum offengelassen wird, entstehen Schwierigkeiten für die Gerichte, die Glaubhaftmachung zu erfassen. Wenn die Glaubhaftmachung zu streng beurteilt wird, besteht die Gefahr, dass die Erleichterung der Beweislast nach [Art. 6 GIG](#) ohne Wirkung bleibt. Bei einer zu grosszügigen Beurteilung hingegen, besteht das Risiko, dass eine nicht diskriminierende Massnahme verboten wird.<sup>56</sup>

Es ist umstritten, ob eine einheitliche Definition für die Glaubhaftmachung gelten soll.<sup>57</sup> Ein Teil der Doktrin verlangt, dass bei der Auslegung der Glaubhaftmachung und der damit verbundenen Festsetzung des unteren Schwellenwertes, auf den konkreten Gesetzeszusammenhang abgestellt wird,<sup>58</sup> was eine einheitliche Definition unmöglich machen würde. Dieser Meinung zufolge können unterschiedliche Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden. Abhängig davon, ob es sich um prozessuale Entscheide oder um Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wie bei [Art. 6 GIG](#) handelt.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 131 zu Art. 6 GIG.

<sup>56</sup> AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de le LEg, in: Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal (Hrsg.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996 –2016: 20 ans d'application de la LEg, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 102 ff.

<sup>57</sup> BERGER-STEINER (Fn. 10), N 03.310 und 06.48 ff.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG.

<sup>58</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG; [Urteil BGer 4C.332/2002](#) vom 8. Juli 2003, E. 3.

<sup>59</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG.

Das GIG erleichtert den Beweis für das potenzielle Opfer einer Geschlechterdiskriminierung, was bereits in der Marginalie ersichtlich ist. Nach erfolgreicher Glaubhaftmachung einer solchen Diskriminierung wird die Beweislast umgekehrt und dann hat die beklagte Partei zu belegen, dass die Diskriminierung entweder nicht vorhanden ist, oder dass die Ungleichbehandlung nicht auf geschlechtsspezifischen Kriterien beruht.<sup>60</sup>

#### IV. Anwendung der Beweislastumkehr

Folgend wird zuerst auf die theoretische Anwendung – wie sie von der Lehre festgesetzt ist – eingegangen. Grundsätzlich kann der Beweisgegenstand der Diskriminierung in vier Themen unterteilt werden, welche in zwei Stufen vom Gericht zu prüfen sind. Basierend einer Rechtsprechungsanalyse wird darauffolgend aufgezeigt, wie konsequent die Gerichte diesem Vorgehen gefolgt sind.

##### A. Beweisthemen

Der Beweisgegenstand der Diskriminierung kann in folgende vier Themen unterteilt werden:<sup>61</sup>

- 1) Vorliegen einer Massnahme
- 2) Benachteiligung
- 3) Geschlechtsbedingtheit der Benachteiligung
- 4) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung für die Benachteiligung<sup>62</sup>

Beim ersten Beweisthema «Vorliegen einer Massnahme» handelt es sich um die Mass-

<sup>60</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 143 f. zu Art. 6 GIG; Botschaft GIG (Fn. 32), S. 1301; [BGE 142 II 49](#), E. 6.3; [BGE 127 III 207](#), E. 3a.

<sup>61</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 46; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 31 zu Art. 6 GIG.

<sup>62</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

nahme, mit welcher Arbeitgebende Arbeitnehmende diskriminieren.<sup>63</sup>

Die Benachteiligung, welche aufgrund einer solchen Massnahme entsteht, ist das zweite Beweisthema. Diese Benachteiligung wird mit einem Vergleich zwischen Arbeitnehmenden des gleichen Betriebes bewiesen.<sup>64</sup> Da die Benachteiligung nur mit einem Vergleich bewiesen werden kann, muss dabei Beweis über die Situation der Vergleichsperson abgenommen werden. Der Beweis wird dann als erbracht angesehen, wenn das potenzielle Opfer schlechter als die Vergleichsperson gestellt ist.<sup>65</sup>

Das dritte Beweisthema ist die Geschlechtsbedingtheit. Durch die Diskriminierung muss sich eine Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann ergeben. Hierbei gibt es einen Unterschied zwischen der direkten und indirekten Diskriminierung. Wenn es sich um eine direkte Diskriminierung handelt, kann ein direkter Vergleich zwischen den beiden Geschlechtern vorgenommen werden. Im Gegensatz dazu, kann bei der indirekten Diskriminierung, die Geschlechtsbedingtheit nicht auf den ersten Blick erkannt werden, da die Massnahme gerade nicht nach dem Geschlecht differenziert. Somit muss bei Vorliegen einer indirekten Diskriminierung bewiesen werden, inwiefern sich die Massnahme auf die unterschiedlichen Geschlechter auswirkt,<sup>66</sup> oder ob eine Gefährdung vorhanden ist, dass die Differenzierung der beiden Geschlechter besonders trifft.<sup>67</sup>

Sofern ein Beweis mit der erforderlichen Intensität erbracht wird, wird die Diskriminierung bejaht. Erst dann kommt Beweisthema Nummer 4 zur Anwendung, bei dem es um den Rechtfertigungsgrund der arbeitgebenden Partei geht. Eine Massnahme verstösst nur gegen das Diskriminierungsverbot, wenn es der beklagten Partei nicht gelingt, eine rechtsgenügeliche Rechtfertigung zu erbringen.<sup>68</sup>

## B. Zweistufige Beweisprüfung

Das Beweisverfahren nach [Art. 6 GIG](#) ist in zwei Stufen zu unterteilen:

- 1. Stufe: Glaubhaftmachung und Gegenbeweis (Beweisthemen 1 - 3)
- 2. Stufe: Rechtfertigungsbeweis (Beweisthema 4)<sup>69</sup>

Nach erfolgreicher Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung wird vermutet,<sup>70</sup> dass gegen das Geschlechterdiskriminierungsverbot verstossen wurde. Auf einer zweiten Stufe tritt dann eine Umkehr der Beweislast ein. Dort hat die beklagte Partei mit dem Beweis des Gegenteils<sup>71</sup> zu beweisen, dass die differenzierte Behandlung gerechtfertigt ist. Diese Rechtfertigung hat mit dem Regelbeweismass nach [Art. 8 ZGB](#) zu erfolgen. Misslingt der Beweis oder kann die Rechtfertigung durch Gegenbeweis des Ar-

<sup>63</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 46; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 32 zu Art. 6 GIG.

<sup>64</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 47; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

<sup>65</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

<sup>66</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 47; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 34 zu Art. 6 GIG.

<sup>67</sup> EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht Konvergenzen und Divergenzen, in: ZBI 2004/105, S. 37 ff., S. 56 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 34 zu Art. 6 GIG.

<sup>68</sup> BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Gleichstellung von Frau und Mann, Basel 2003, N 570 ff.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 35 zu Art. 6 GIG; BGE 130 III 145, E. 5.1 f.; BGE 127 III 207, E. 3c.

<sup>69</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 48 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 44 und 123 zu Art. 6 GIG.

<sup>70</sup> LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 69a zu Art. 8 ZGB; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GIG.

<sup>71</sup> LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 35 zu Art. 8 ZGB; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GIG.

beitnehmenden widerlegt werden, wird die Klage gutgeheissen.<sup>72</sup>

Wenn die beiden Stufen in der Urteilsfindung nicht getrennt behandelt werden, besteht das Risiko, dass sich die RichterIn oder der Richter lediglich zur Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Behauptung äussert und dabei nicht nach dem anzuwendenden Beweismass unterscheidet. Dadurch würde die Beweislasteasenerleichterung nach [Art. 6 GIG](#) wirkungslos bleiben.<sup>73</sup>

Der Forschungsbericht aus dem Jahr 2017 zeigt auf, dass die Glaubhaftmachung und die Rechtfertigung nur selten unterschieden werden. Dieser Umstand hat sich auch in der Analyse der Rechtsprechung der letzten zehn Jahre bestätigt.<sup>74</sup>

### C. Erkenntnisse der Rechtsprechung

Im Rahmen der Bachelorarbeit, auf welcher dieser Artikel basiert, wurde eine Analyse von Bundesgerichtsentscheiden der letzten 10 Jahre erstellt. Daraus wurden unterschiedliche Ergebnisse aus der Anwendung in der Praxis gewonnen, die folgend zusammengefasst werden. Leider wenden die Kantone [Art. 6 GIG](#) nicht oft an und wenn doch, sehr intransparent. Aus der Anwendung der Beweislasteasenerleichterung von den Kantonen konnten deshalb keine Erkenntnisse für die Praxis gewonnen werden. Somit konzentriert sich der folgende Abschnitt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Da die meisten Urteile betreffend Lohndiskriminierungen erfolgten, wird folgend lediglich auf die Lohndiskriminierung eingegangen. Der restliche Anwendungsbereich von [Art. 6 GIG](#) wurde schlicht zu wenig durch das Bundesgericht beurteilt, um eine Analyse

zu machen und entsprechende Erkenntnisse zu gewinnen.

In der Regel ist eine Geschlechterdiskriminierung glaubhaft gemacht, wenn Angehörigen eines Geschlechts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ein «signifikant» tieferer Lohn bezahlt wird.<sup>75</sup> In vergangenen Urteilen haben Gerichte eine Lohndifferenz von 15 – 25 % als glaubhaft erachtet.<sup>76</sup> Dabei handelt es sich um eine Richtgrösse, die eventuell zusammen mit weiteren Kriterien eine Glaubhaftmachung begründen kann.<sup>77</sup> Von dieser Richtgrösse kann in Einzelfällen auch abgewichen werden. In einem Fall genügte bereits eine Lohndifferenz von 11 %, wobei die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit knapp drei Jahre länger ausgeübt hatte als ihr Arbeitskollege.<sup>78</sup> Im Falle einer Personalberaterin, deren Anfangslohn 11,5 % unter dem Anfangslohn ihres Vorgängers und 43 % unter dessen Schlusslohn lag, machte das Ausmass des Unterschiedes die Glaubhaftmachung aus. Im gleichen Entscheid wurde auch eine Lohndifferenz von über 15 % zugunsten des Nachfolgers der Arbeitnehmerin, verglichen mit dem Anfangslohn der Beschwerdeführerin, als glaubhaft angesehen.<sup>79</sup> In einem anderen Entscheid erachtete das Bundesgericht zudem einen Lohnunterschied von 50 % als glaubhaft.<sup>80</sup>

Es können auch kollektive Diskriminierungen vorliegen. Dies ist z.B. der Fall, wenn nachträglich vom Ergebnis einer Lohnreihung abgewichen wird, welcher einer Arbeitsplatzbewertung zugrunde liegt. Dabei muss zum Nachteil eines Geschlechts oder

<sup>72</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GIG; Urteil BGer 8C\_675/2016 vom 1. März 2017, E. 3.3; BGE 142 II 49, E. 6.3.

<sup>73</sup> STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 150 zu Art. 6 GIG.

<sup>74</sup> LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 24.

<sup>75</sup> BGE 142 II 49, E. 6.2; BGer 4A\_614/2011 vom 20. März 2012, E. 3.2; BGE 130 III 145, E. 4.2.

<sup>76</sup> BGE 142 II 49, E. 6.2; BGE 130 III 145, E. 4.2; BGE 125 III 368, E. 4.

<sup>77</sup> BGE 142 II 49, E. 6.2.

<sup>78</sup> BGE 144 II 65, E. 4.2.3; Urteil BGer 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008, E. 5.

<sup>79</sup> BGE 142 II 49, E. 7.

<sup>80</sup> BGer 4A\_261/2011, vom 24. August 2011, E. 3.4.

einer geschlechtsspezifischen Funktion nachträglich abgewichen werden.<sup>81</sup>

Weiter entschied das Bundesgericht, dass der Beruf der Primarlehrpersonen als «typisch weiblich» zu qualifizieren ist, da mehr als 70 % der Arbeitnehmenden dieser Berufsgruppen Frauen sind.<sup>82</sup> Zudem kann die Einführung verschiedener Lohnsysteme unter gewissen Umständen gerechtfertigt sein.<sup>83</sup>

Die Behörden im öffentlichen Dienst haben bei der Gestaltung eines Lohnsystems einen grossen Freiraum. Das Lohnleichheitsgebot bringt keine grundsätzliche Einschränkung des Ermessensspielraums.<sup>84</sup> Eventuell haben die arbeitgebenden Parteien jedoch nachzuweisen, dass der Spielraum nicht auf diskriminierende Weise gehandhabt wird.<sup>85</sup>

Weiter führe das Gericht aus, dass bessere sprachliche und technische Kenntnisse eines Arbeitnehmenden des andern Geschlechtes nicht ausreichen, um eine 50 % höhere Entlohnung zu rechtfertigen. Das Gericht prüfte systematisch sechs Gründe zur Rechtfertigung.<sup>86</sup> Schlussendlich konnten nur zwei Kriterien zur Rechtfertigung beigezogen werden, nämlich die Fach- und Sprachkenntnisse des Mannes. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde festgelegt, dass diese beiden nicht-diskriminierenden Faktoren eine 50-prozentige Ungleichbehandlung nicht zulassen.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> BGE 144 II 65, E. 4.2.3; 125 II 541, E. 6a f.; 124 II 409, E. 11e; 124 II 436, E. 7c f.

<sup>82</sup> BGE 141 II 411, Regeste.

<sup>83</sup> BGE 143 II 366, E. 3.10.

<sup>84</sup> BGE 142 II 49, E. 6.3; Urteil BGer 8C\_78/2009 vom 31. August 2010, E. 5.1.

<sup>85</sup> BGE 142 II 49, E. 6.3.

<sup>86</sup> Es wurden die folgenden Rechtfertigungsgründe geprüft: Unterschiedliche Stellung; privilegierte Beziehungen für Neukundenakquise; Fachkenntnisse; Sprachkenntnisse; Arbeitsleistung sowie die Konjunkturlage.

<sup>87</sup> Urteil BGer 4A\_261/2011 vom 24. August 2011, E. 3.3 f.

Auch wenn die Untersuchungsmaxime angewendet wird, sind die Parteien nicht von jeglicher Behauptungs- und Substantiierungspflicht befreit. Bei der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung muss eine Substantiierung bezüglich eines wirklichen Vergleichstatbestandes verlangt werden.<sup>88</sup> Um eine Geschlechterdiskriminierung glaubhaft zu machen, braucht es einen Vergleich von Verdienstmöglichkeiten aus unterschiedlichen Tätigkeiten. Zudem muss aufgezeigt werden, wieso von einer Gleichwertigkeit der genannten Funktionen auszugehen ist.<sup>89</sup>

Ferner hat das Bundesgericht im Sinne eines allgemein gültigen Grundprinzips bereits festgehalten, dass Arbeitgebende nicht eine Diskriminierung mit einer Diskriminierung rechtfertigen können. Dieses Prinzip hat es in einem Entscheid über Lohndiskriminierung bestätigt.<sup>90</sup>

Es muss jedoch festgehalten werden, dass es sich bei den obigen Erkenntnissen lediglich um Einzelfälle handelt und daraus ein Versuch entstand, die durchschnittliche Anwendung des Gerichtes darzustellen. Insgesamt lässt sich sagen, dass die Urteile sehr unterschiedlich ausfallen und keine Tendenz der Gerichte erkennbar ist.

## V. Zusammenfassung und Lösungsvorschläge

Die vorliegende Arbeit zeigt auf, dass sich bei der Anwendung von Art. 6 GlG in der Gerichtspraxis noch viel Potenzial ergibt. Damit dieser Umstand in Zukunft optimiert werden kann, wird folgend auf die Erkenntnisse und Probleme eingegangen und Empfehlungen abgegeben, damit die Beweislastentlastung ihren ursprünglichen Zweck zu erfüllen vermag.

<sup>88</sup> BGE 144 II 65, E. 7.2.4; BGE 125 II 385, E. 5c und e.

<sup>89</sup> BGE 144 II 65, E. 7.

<sup>90</sup> BGE 136 II 393, E. 11.3; BGE 127 III 207, E. 4b.



## A. Ergebnisse

Basierend auf diesen Erkenntnissen und im Hinblick auf das ursprünglich verfolgte Ziel von [Art. 6 GIG](#) gibt es unterschiedliche Lösungsansätze. Mit diesen soll erreicht werden, dass die Umsetzung der Beweislaste leichterung in Zukunft optimal erfolgt und die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben besser verwirklicht werden kann.

Die Analyse der Gerichtsurteile hat ergeben, dass die Glaubhaftmachung in weniger als der Hälfte der Urteile gelungen ist. Jedoch haben die Gerichte in den letzten Jahren eine meist einheitliche Definition verwendet und sich in ihrem Urteilen auch immer wieder an die bisherige Rechtsprechung angelehnt. Damit wurde mehr Rechtssicherheit geschaffen. Bei den Urteilen, in denen die Glaubhaftmachung bejaht wurde, gelang es den Arbeitgebenden in knapp einem Drittel der Fälle, einen Rechtfertigungsbeweis zu erbringen und damit die Abweisung der Klage trotzdem zu erreichen.

Die meisten Klagen erfolgten durch Lehrpersonen, welche nicht zufrieden mit ihrer Lohneinreihung waren. Darauf folgend kommt die Gesundheitsbranche mit den zweitmeisten Klagen. Die restlichen Urteile verteilen sich auf unterschiedlichen Branchen. Deutlich über die Hälfte der Entscheide wurde im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen beurteilt.

Mit Abstand am häufigsten wurden Klagen aufgrund von Lohndiskriminierung eingereicht. Da die Gerichte bei der Beurteilung von Kündigungen das GIG jedoch oft nicht angewendet haben, kann davon ausgegangen werden, dass deutlich mehr Fälle diskriminierender Kündigung vorkommen. Häufig wurden Entscheide bezüglich der diskriminierenden Kündigung nur unter Berücksichtigung des OR getroffen. Daraus folgte, dass die in [Art. 6 GIG](#) vorgesehene Beweislaste leichterung nie angewendet werden konnte. Zudem haben sich in der Praxis Arbeitneh-

mende teilweise nicht auf das GIG berufen, obwohl es anwendbar gewesen wäre.

Zudem zeigte sich, dass die beiden vorgegebenen Stufen: Glaubhaftmachung und Rechtfertigung, in den Urteilen meistens nicht beachtet wurde. Die beiden Etappen wurden vermischt und es war nicht klar ersichtlich, welches Beweismass angewendet wurde.

Zwar definieren die oberen Instanzen und häufig auch die unteren den Begriff der Glaubhaftmachung relativ identisch, jedoch erfolgt noch immer keine transparente Anwendung in der Prüfung von [Art. 6 GIG](#). Die Erläuterungen zeigen, dass es trotz vorgesehenen Beweislaste leichterung schwierig ist, eine Geschlechterdiskriminierung zu beweisen.

## B. Herausforderungen

Aufbauend auf diesen Ergebnissen lassen sich unterschiedliche Herausforderungen herausarbeiten. Ein erstes Problem besteht in der Nichtanwendbarkeit von [Art. 6 GIG](#) auf Klagen wegen diskriminierender Nicht-Anstellung. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Klagen aufgrund dieses Tatbestandselementes meistens nicht gutgeheissen werden. Ein Grund dafür sind die Beweisschwierigkeiten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Tatbestand der Anstellung vom Anwendungsbereich von [Art. 6 GIG](#) ausgenommen wurde.

Das Problem, dass das Gesetz überhaupt nicht angewendet wird, kann darauf zurückgeführt werden, dass das Vorliegen einer Geschlechterdiskriminierung oft nicht erkannt wird.<sup>91</sup> Offenbar wurde unter der Dispositionsmaxime verstanden, dass das Gericht nur auf die explizit in der Klage formulierten Tatbestände eingehen muss.<sup>92</sup> Kündi-

<sup>91</sup> FREIVOGEL (Fn. 52), S. 1350; LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 24, S. 29.

<sup>92</sup> NYDEGGER (Fn. 32), S. 68; STEIGER-SACKMANN, Kommentar 2009 (Fn. 15), N 18 zu Art. 6 GIG.



gungen werden z.B. sehr oft in Verbindung mit Mutterschaft ausgesprochen. Solche Diskriminierungsfälle werden oft nicht als Diskriminierung erkannt und deshalb lediglich unter dem Blickwinkel des OR beurteilt. Dies verunmöglicht die Anwendung von [Art. 6 GIG](#).<sup>93</sup> Auch die Arbeitnehmenden bringen oft keine Geschlechterdiskriminierung vor, da für sie die Kündigung im Vordergrund steht und oft nicht erkennbar ist, dass die Entlassung aufgrund des Geschlechtes erfolgte.

Da die beiden Stufen im Verfahren in den meisten Urteilen nicht klar unterschieden werden, werden auch die anzuwendenden Beweismasse nicht differenziert. Dadurch ergibt sich das Problem, dass die bloße Glaubhaftmachung oft strenger beurteilt wird als vorgesehen.

Vor allem die unteren Instanzen akzeptieren Rechtfertigungsgründe relativ schnell. Dieser Umstand verursacht Schwierigkeiten, eine Geschlechterdiskriminierung zu belegen. Häufig wird ein Fall nämlich nach einer ersten Ablehnung mit Unsicherheiten verbunden sein und dann nicht an die nächste Instanz weitergezogen. Dadurch wird vom Gesetzeszweck des GIG abgewichen.

Trotz der Beweislasterleichterung müssen Arbeitnehmende noch relativ viele Beweise erbringen und die Dispositionsmaxime wird von den Gerichten oft ungenügend ausgeführt. Oftmals werden an die Glaubhaftmachung solch hohe Anforderungen gestellt, dass Arbeitnehmende nicht mehr von einer Beweislasterleichterung profitieren können.

Im Bereich der Lohndiskriminierung gibt es oft Beweisprobleme. Unternehmen handeln bei der Lohnfestsetzung meistens intransparent und dadurch ist es für die Arbeitneh-

menden schwierig eine Lohndiskriminierung zu erkennen oder glaubhaft zu machen.<sup>94</sup>

### C. Empfehlungen

Es wäre zu begrüßen, wenn der Anwendungsbereich von [Art. 6 GIG](#) auf alle Diskriminierungstatbestände ausgeweitet würde, da die sexuelle Belästigung und die Anstellungsdiskriminierung oft aufgrund von Beweisproblemen nicht eingeklagt werden können. Besonders im Bereich der Anstellungsdiskriminierung haben die potenziellen Opfer oft kaum eine Chance, einen Beweis zu erbringen.

Mit Abstand am häufigsten gehen Lohnklagen ein, weshalb es sinnvoll wäre, eine höhere Transparenz im Lohnbereich zu schaffen, damit Diskriminierungen sofort entdeckt werden. Dies wurde mit der letzten Revision des GIG, welche eine Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse für Unternehmen ab 100 Mitarbeitenden einführt, gemacht. In Zukunft wird sich zeigen, ob dies das richtige Mittel ist, Lohntransparenz zu schaffen und sich die Gleichstellung von Arbeitnehmenden verbessert.

Da das GIG oftmals nicht in den Entscheidungen der Gerichte miteinbezogen wird und dadurch die Beweise nicht gelingen, wäre es wichtig, dass dafür gesorgt wird, dass Gerichte bei Prozessen, die geschlechterdiskriminierende Elemente aufweisen, die Pflicht haben, die Tatbestände des GIG zu prüfen und anzuwenden. Diese Pflicht sollte auch bestehen, wenn die Parteien eine Geschlechterdiskriminierung nicht erkennen und somit auch nicht vorbringen. Zudem sollten die Anwältinnen und Anwälte das GIG öfter in Betracht ziehen und dieses in ihre Klagen einbringen. Aktuell wird das GIG oftmals weder von Gericht noch von den Parteien beachtet, was ausschlaggebend dafür ist, dass es nicht zur Anwendung kommt. Ein Gesetz

<sup>93</sup> LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, in: AJP 2019/1, S. 78 ff., S. 87; LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 2018/114, S. 81 ff., S. 89.

<sup>94</sup> LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 31.

kann seinen Zweck nicht erfüllen, wenn es nicht angewendet wird.

Damit diesem Umstand entgegengewirkt werden kann, muss das GIG in der Praxis bekannter werden. Dies kann beispielsweise damit erreicht werden, dass die Rechtswissenschaftlichen Fakultäten das GIG in ihren Vorlesungen umfangreicher behandeln. Auch mit Informationen an die Arbeitnehmenden kann dafür gesorgt werden, dass allfällige Geschlechterdiskriminierungen besser erkannt und die Ansprüche daraus durchgesetzt werden.

Potenzielle Opfer sollten möglichst alle Beweise sammeln und diese auch vorbringen. Dieser Vorgang ist besonders wichtig, um den strengen Voraussetzungen, welche die Gerichte trotz des niedrigen Beweismasses an die Glaubhaftmachung stellen, entgegenzuwirken. Zudem sollten Vergleichspersonen klar definiert werden. Die Arbeitnehmenden dürfen nicht vergessen vorzubringen, wieso ihre Tätigkeit als gleich oder gleichartig wie diejenige der Vergleichsperson qualifiziert werden kann. Falls sie dies unterlassen, wird das Gericht die Glaubhaftmachung schnell verneinen und somit die Klage abweisen. Glaubhaftmachung darf auf keinen Fall als ein blosses Behaupten angesehen werden. Das Ausmass des Beweismasses der Glaubhaftmachung sollte nicht überschätzt werden.

Da beim Bundesgericht vor allem Lohndiskriminierungsklagen beurteilt wurden, fehlt die Rechtsprechung zu den anderen Tatbeständen von [Art. 6 GIG](#) und somit kann in der Praxis nicht beurteilt werden, wie ein Gericht entscheidet. Dies hält viele Parteien von einer Klage ab. Auch die Klagen aufgrund geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierungen werden wenig transparent beurteilt und bieten somit der Praxis wenig Unterstützung. Es wäre wünschenswert, wenn dieser Aspekt in Zukunft verbessert wird, damit die allgemeine Gleichbehandlung von Frau und Mann im Erwerbsleben Wirklichkeit wird.

In dieser Arbeit wurden lediglich die Urteile, in denen das Bundesgericht [Art. 6 GIG](#) beurteilte, analysiert. Es wäre jedoch interessant zu sehen, in welchen Fällen es die Gerichte unterlassen haben, die Norm anzuwenden. Diese Frage würde sich eignen, das Thema genauer zu untersuchen. Sollte es in Zukunft vermehrt zu Beschwerden über die übrigen Elemente von [Art. 6 GIG](#) beanstandet werden, wäre es interessant zu untersuchen, inwieweit diese ähnlich wie Lohndiskriminierungen beurteilt werden. geführt werden, scheint es interessant das untersucht wird, inwiefern diese ähnlich wie die Lohndiskriminierung beurteilt werden. Bezieht sich das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung, die vor allem in Verbindung mit Lohngleichheitsprozessen steht oder sieht es von dieser ab?

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch nach über 20 Jahren seit Einführung des Gleichstellungsgesetzes noch immer keine vollständige Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben herrscht. Oftmals können Ansprüche aufgrund Beweisproblemen nicht durchgesetzt werden, was davon zeugt, dass der Zweck der Norm nicht erfüllt wurde. Es besteht Handlungsbedarf, damit der Beweis von Geschlechterdiskriminierungen im Arbeitsleben erbracht werden kann und nicht schon im Vornherein zum Scheitern verurteilt ist.