

# Bewährt, aber noch zu wenig bekannt

## Überblick über die Resultate der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes

1331



Dr. iur. JEANNE RAMSEYER,  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin,  
Bundesamt für Justiz, Bern



lic. iur. CORINA MÜLLER,  
Fürsprecherin, Leiterin  
Rechtsdienst, Eidg. Büro  
für die Gleichstellung von  
Frau und Mann, Bern

### Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Ergebnisse der Untersuchungen und Befragungen
  - 2.1 Bestätigung von bisherigen Erfahrungen
  - 2.2 Neue Erkenntnisse
  - 2.3 Widersprüche
3. Evaluation der Regelungen des Gleichstellungsgesetzes
4. Schlussfolgerungen der Arbeitsgemeinschaft
5. Haltung des Bundesrates
  - 5.1 Allgemein
  - 5.2 Kein dringender Reformbedarf
  - 5.3 Massnahmen
    - a. Information, Sensibilisierung und Weiterbildung
    - b. Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen
    - c. Lohntransparenz und Expertisen
    - d. Anreize für Unternehmen
    - e. Bessere Nutzung des Potenzials der Schlichtungsstellen
6. Haltung des Parlaments
7. Wie weiter?

## 1. Einleitung

In Beantwortung eines Postulats der Nationalrätin *Vreni Hubmann* vom 22. März 2002<sup>1</sup> erklärte sich der Bundesrat bereit, die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes zu untersuchen und dabei Überlegungen anzustellen, wie der Angst vor Arbeitsplatzverlust der Arbeitnehmerinnen, die sich gegen Diskriminierung wehren wollen, Rechnung getragen werden könnte.

Die Evaluation erfolgte zwischen Dezember 2003 und April 2005 durch eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus dem Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS), dem Büro für arbeits- und organisationspsychologische Forschung und Beratung (Büro a&o) und Elisabeth Freivogel, Advokatin. Die Federführung lag beim Bundesamt für Justiz, das eine verwaltungsinterne Begleitgruppe einberief, zusammengesetzt aus Vertreterinnen und Vertretern des Eidg.

Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, des Staatssekretariats für Wirtschaft und des Bundesamts für Statistik.

Grundlage dieser Evaluation bildete die Erhebung aller Gerichtsurteile und Schlichtungsfälle zum Gleichstellungsgesetz, zwei grosse schriftliche Befragungen<sup>2</sup>, 20 persönlich geführte Interviews mit ausgewählten Vertretungen von arbeitnehmendennahen Organisationen, Anwältinnen und Anwälten mit grosser Erfahrung mit dem Gleichstellungsgesetz sowie eine vertiefte Inhaltsanalyse von 71 Gerichtsurteilen (was 42% aller Gerichtsurteile zum Gleichstellungsgesetz entspricht).

Die Resultate der Evaluation wurden in einem Synthesebericht zusammengefasst und können auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz heruntergeladen werden<sup>3</sup>. Im Folgenden wird eine Auswahl dieser Ergebnisse wiedergegeben.

## 2. Ergebnisse der Untersuchungen und Befragungen

### 2.1 Bestätigung bisheriger Erfahrungen

Im Zusammenhang mit der Aufschaltung der Internetseiten [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) und [www.leg.ch](http://www.leg.ch), welche die gestützt auf das Gleichstellungsgesetz ergangenen Urteile der Öffentlichkeit zugänglich machen, zeigte sich, dass es offenbar relativ wenig solche Entscheide gibt. Die Vollerhebung der Gerichtsurteile durch das Bundesamt für Justiz hat nun dieses Bild bestätigt: Seit 1996 waren 269 Gerichtsurteile ergangen, die 176 einzelnen Fällen zugeordnet werden können, welche oft mehrere Instanzen durchliefen. Vor die Schlichtungsstellen wurden 355 Fälle gebracht. Die im Vorfeld des Gleichstellungsgesetzes befürchtete Prozesslawine ist also nicht eingetreten. Als Grund für die zögerliche

- 1 02.3142, Postulat *Hubmann*. Keine Rachekündigungen gegen Frauen, die sich wehren.
- 2 Die eine Befragung richtete sich an 1510 Schlichtungsstellen, Gewerkschaften, Berufsverbände, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierte Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros, spezialisierte Anwältinnen und Anwälte und führte zu einem Rücklauf von 492 Antworten; die andere wurde an die Personalverantwortlichen einer Stichprobe von 5767 Betrieben aus Privatwirtschaft und öffentlichem Sektor gesandt, mit einem Rücklauf von 2076 Fragebogen.
- 3 [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Dokumentation > "Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes"; Synthesebericht und Teilberichte zu den einzelnen Erhebungen. In Papierform kann der Synthesebericht beim Bundesamt für Bauten und Logistik bestellt werden: BBL, Bundespublikationen, 3003 Bern ([www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)), Bestell-Nr. 402.002.d.

Inanspruchnahme des Gesetzes wird von Seiten der Organisationen die Angst sich zu exponieren und vor Verlust des Arbeitsplatzes angegeben.

Auf das Gesetz berufen haben sich vor allem Arbeitnehmende in Pflegeberufen und Lehrkräfte für die Forderung nach Lohngleichheit. Personen aus Büro- und Verkaufsbereufen sowie aus dem Gastgewerbe machten dagegen eher sexuelle Belästigung geltend.

Gleichstellungsverfahren vor Gericht dauern oft lange. Diese Erfahrung wird durch die Evaluation bestätigt: Die Gerichte benötigten durchschnittlich 15 Monate, um ein Urteil zu fällen. Die Hälfte der Verfahren war zwar nach 7 Monaten abgeschlossen, einige sehr lange Verfahren (das längste vor einer Instanz dauerte mehr als 7 Jahre) trieben aber den Durchschnittswert in die Höhe.

## 2.2 Neue Erkenntnisse

Die Evaluation hat deutlich gemacht, dass es grosse regionale Unterschiede in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes gibt. Am häufigsten angerufen wurde das Gesetz in den Kantonen Zürich, Genf, Waadt und Solothurn. Gemessen an den Beschäftigtenzahlen weist zusätzlich der Kanton Jura relativ viele Fälle auf. Während in der Deutschschweiz (insbesondere in Zürich und Solothurn) Lohngleichheitsklagen weitaus den grössten Teil der Klagen ausmachten, beschäftigte in der Westschweiz das Thema der sexuellen Belästigung die Gerichte viel mehr.

Im öffentlichen Sektor wurde am häufigsten Lohngleichheit eingefordert und viel weniger häufig diskriminierende Kündigung. In der Privatwirtschaft war sexuelle Belästigung das Hauptthema vor Gericht, gefolgt von Lohnfragen und diskriminierender Kündigung.

Unterschiede gab es auch in der Praxis der Schlichtungsstellen: Während in Zürich in rund 60% der Fälle eine Schlichtung erzielt werden konnte, fanden im Kanton Genf nur 19% der Parteien eine Einigung.<sup>4</sup>

Die meisten Arbeitsverhältnisse waren beim Gang an die Schlichtungsstelle bereits aufgelöst (63%). Nach Abschluss des Gerichtsverfahrens bestanden 84% der privatrechtlichen und 55% der öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse nicht mehr.

Die Umfrage zeigt, dass die Unternehmen bei konkreten Diskriminierungsvorwürfen offenbar nicht wissen, wie sie reagieren sollen. Bei beanstandeten Diskriminierungen im Betrieb ist es offenbar in den meisten Fällen zu gar keiner Reaktion oder nur einer betriebsinternen Aussprache gekommen. Es wurde auch gefragt, was die Unternehmen dazu veranlasst, Gleichstellungsmassnahmen zu treffen. Weder das Gesetz noch der Druck von Gewerkschaften, gaben die Personalverantwortlichen zu Protokoll. Vielmehr seien dafür ein hoher Frauenanteil im Betrieb und die Überzeugung des Unternehmens massgeblich.

Die vertiefte Analyse der Gerichtsurteile macht zudem deutlich, dass für die Gerichte und die Anwältinnen und Anwälte eine fundierte Kenntnis des Gleichstellungsgesetzes alles andere als selbstverständlich ist.

## 2.3 Widersprüche

Die Evaluation deckt auch Widersprüche auf. So war fast allen Personalverantwortlichen bekannt, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber verpflichtet sind, die Beschäftigten vor sexueller Belästigung zu schützen. 66% aller Unternehmen unternahmen aber nichts. In diesem Bereich aktiv wurden bisher fast nur Grossunternehmen und die öffentliche Verwaltung. Sie erliessen Reglemente und ernannten Vertrauenspersonen, an die sich Betroffene wenden können.

Die Mehrheit der Personalverantwortlichen gab an, dass die Gleichstellung wichtig sei und einen grossen Stellenwert geniesse. Aber die Frage, ob sie aktive Gleichstellungspolitik betreiben, verneinten rund 60%. Allerdings gelten in fast der Hälfte der Unternehmen klare Kriterien für die Lohnfestsetzung und die Lohntransparenz. Beides sind Massnahmen, welche zugleich auch für die Gleichstellung relevant sind. Gefragt, welches die Hindernisse für die Unternehmen zur Umsetzung der Gleichstellung sind, antworteten fast alle, dass bei ihnen die Gleichstellung realisiert sei und somit kein Handlungsbedarf bestehe. Das passt zur Aussage der Organisationsvertreter und -vertreterinnen, wonach eines der Hauptprobleme für die Nichtdurchsetzung des Gleichstellungsgebots sei, dass Diskriminierungen oft nicht als solche erkannt werden.

## 3. Evaluation der Regelungen des Gleichstellungsgesetzes

Die Arbeitsgemeinschaft untersuchte die Ergebnisse der Evaluation auch unter dem Gesichtspunkt, inwiefern sich die vom Gleichstellungsgesetz eingeführten Regelungen bewährt hatten. Die mit dem Gleichstellungsgesetz neu eingeführte *Beweislastleichterung*, wonach eine Klägerin die geltend gemachte Diskriminierung nur glaubhaft machen muss und, falls ihr das gelingt, die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber den Entlastungsbeweis zu erbringen hat, wurde mangelhaft angewendet. Auch die Rechtsbehelfe bei diskriminierender Kündigung und insbesondere bei der *Rachekündigung* (nämlich Anfechtung der Kündigung und Wiedereinstellung) wurden selten in Anspruch genommen. Viel eher wurden solche Sachverhalte gemäss Obligationenrecht (OR) abgewickelt.

Die neu eingeführte *Verbandsklage* kam nicht oft zum Einsatz. Meist handelte es sich dann um komplexe Lohngleichheitsverfahren, für die Gutachten eingeholt werden mussten. Allerdings wurde der erstrebte Effekt, dass sich Betroffene dank der Verbandsklage weniger zu exponieren hätten, damit nicht erreicht. Immerhin ist festzuhalten, dass allein vier parallel geführte kombinierte Verbands- und Individualklagen im Zürcher Gesundheitswesen zu Lohnnachzahlungen von rund 280 Millionen Franken und wie-

4 Vgl. dazu mehr im Interview mit den Schlichtungsstellenpräsidentinnen weiter hinten in dieser Publikation.

derkehrenden jährlichen Mehrausgaben von rund 70 Millionen Franken geführt haben.

Der *Kündigungsschutz* für Klagende während eines Verfahrens gemäss Gleichstellungsgesetz und sechs Monate über den Abschluss hinaus ist noch wenig bekannt, sowohl bei den arbeitnehmendennahen Organisationen (nur 55% der Befragten war dies bekannt) wie auch bei den Personalverantwortlichen (38% wussten dies). Von daher erstaunt die Aussage nicht, wonach die Angst vor Kündigung einer der wichtigsten Gründe ist, welcher ein Angehen der Diskriminierungen verhindert; der vorhandene Kündigungsschutz aber als ausreichend und nützlich erachtet wird.

Als grosses Problem wurde die Schwierigkeit der Informationsbeschaffung bei vermuteter Diskriminierung geortet. Als zusätzliches Hindernis in der Durchsetzung der Rechte wirkte dabei, dass die *Untersuchungsmaxime* von den Richtern nur ungenügend angewendet wurde.

#### 4. Schlussfolgerungen der Arbeitsgemeinschaft

Eines der Hauptprobleme in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes wurde in der Tatsache erblickt, dass das Gleichstellungsgesetz die Verantwortung für die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots bei den Betroffenen belässt. Da sich viele aus Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes aber nicht getrauen, einem Verdacht auf Diskriminierung nachzugehen, geschieht oft gar nichts. Deshalb schlägt die Arbeitsgemeinschaft vor, Behörden einzurichten, die Untersuchungskompetenzen haben, aus eigener Initiative Abklärungen treffen können und eventuell sogar ein selbstständiges Klagerecht haben. Sie schlägt auch vor, das Verbandsklagerecht auf Leistungsbegehren auszuweiten.

Die Arbeitsgemeinschaft verspricht sich, dass mit einer Verschärfung der Sanktionen die abschreckende Wirkung des Gesetzes erhöht werden könnte und die Aussicht auf höhere Entschädigungsleistungen die Klagenden vermehrt zur Aktion bewegen könnte.

Einen anderen Ansatzpunkt sieht die Arbeitsgemeinschaft in einer verstärkten Information, Sensibilisierung und Schulung. Das Gleichstellungsgesetz ist Personalverantwortlichen in der Regel bekannt. Deutlich schlechter schneiden hier Geschäftsleitungen und Direktionen ab. Überall dort, wo aufgrund der Betriebsgrösse keine spezialisierten Personalfachkräfte vorhanden sind, ist der Informationsstand als problematisch zu bezeichnen. Deshalb schlägt die Arbeitsgemeinschaft vor, künftige Informationsbemühungen insbesondere auf die kleinen und mittleren Unternehmen auszurichten. Die Evaluation hat auch Lücken im Wissen der Juristinnen und Juristen in der Rechtspraxis aufgezeigt. Deshalb wird eine gezielte Schulung für die juristischen Akteurinnen und Akteure gefordert.

Um die Unternehmen dazu zu bewegen, mehr Massnahmen für die Gleichstellung zu ergreifen, sollten Anreize dafür geschaffen werden. Diese können finanzieller oder ideeller Art sein (Steuererleichterungen, Gleichstellungs-Label etc.).

Einen Schritt weiter geht die Idee, die Unternehmen zur Förderung der Gleichstellung zu verpflichten, verbunden mit einem entsprechenden Monitoring. Ausserdem sollte nach Ansicht der Arbeitsgemeinschaft das Unterstützungs- und Beratungsangebot für Unternehmen noch ausgebaut werden.

In Bezug auf die Schlichtungsstellen wurde vorgeschlagen, den Kantonen Mindestvorgaben für das Verfahren zu setzen, damit mehr Schlichtungserfolge erzielt werden könnten und der ursprünglichen Idee eines niederschweligen Angebots besser entsprochen würde (unter anderem: Ausbau des Informationsangebots, Möglichkeit des formlosen Schlichtungsbegehrens, Kompetenz zum Einholen von Beweismitteln, fachspezifische Zusammensetzung der Schlichtungsstelle).

Einer besseren Durchsetzung der Gleichstellung würden die Förderung der Lohntransparenz oder weitere Massnahmen zur Vereinfachung der Informationsbeschaffung dienen (beispielsweise ein standardisierter Fragebogen für die Erfassung der für die Gleichstellung relevanten Daten eines Unternehmens). Auch die Erarbeitung von einheitlichen Regeln für die Erarbeitung von Lohnexperten wurde begrüsst.

#### 5. Haltung des Bundesrates

##### 5.1 Allgemein

Der Bundesrat ist auf Grund der Ergebnisse der Evaluation in seinem Bericht vom 15. Februar 2006<sup>5</sup> zum Schluss gelangt, dass sich die Situation in Bezug auf die Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben seit der Inkraftsetzung des Gleichstellungsgesetzes vor zehn Jahren leicht verbessert hat. Das noch junge Gesetz scheint sich grundsätzlich bewährt zu haben. Die im Rahmen der Evaluation befragten Personen beurteilten das Gleichstellungsgesetz als nützlich, zweckmässig und praktikabel. Immerhin konnte auch dank dem Gleichstellungsgesetz bei den Löhnen im öffentlich-rechtlichen Bereich in typischen Frauenberufen eine deutliche Verbesserung erreicht werden. Im privaten Sektor hat sich die durchschnittliche Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern in den letzten Jahren hingegen kaum verändert. Sie beträgt nach wie vor 25 Prozent<sup>6</sup>. Davon sind 40 Prozent ausschliesslich auf das Geschlecht zurückzuführen. Die Zahl der Fälle, die vor Gericht gebracht worden sind, hat seit dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes deutlich zugenommen. Während es vor 1996 auf der Grundlage des Lohngleichheitsartikels in der Bundesverfassung nur etwa 15 Lohngleichheitsklagen

5 Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006, BB1 2006 3161.

6 Diese Zahl beruht auf der mittleren Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern, d.h. die Differenz der logarithmierten Durchschnittslöhne. Die vom BFS publizierten Zahlen zum Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern werden dagegen auf Grund des standardisierten monatlichen Bruttolohnes (Median) berechnet. Der so ermittelte Lohnunterschied beträgt fürs Jahr 2004 20%.

gab, konnten bis Frühjahr 2004 rund 270 auswertbare Gerichtsentscheide zu Klagen aus dem Gleichstellungsgesetz erhoben werden. Dies zeigt nach Ansicht des Bundesrates, dass das Gleichstellungsgesetz ein durchaus nützliches Instrument darstellt, mit dem vermutete Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts geltend gemacht werden können.

## 5.2 Kein dringender Revisionsbedarf

Die Evaluation hat aber auch gezeigt, dass nach wie vor Mängel bestehen. Diese sind nach Ansicht des Bundesrates jedoch nicht so gravierend, dass ein dringender gesetzgeberischer Revisionsbedarf bestünde.

Einen Ausbau des *Kündigungsschutzes* im Gleichstellungsgesetz lehnt der Bundesrat ab, da dieser das Problem der Angst vor Arbeitsplatzverlust nicht lösen würde. Eine solche Massnahme könnte hingegen die Flexibilität des Arbeitsmarktes einschränken, da eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis praktisch kaum mehr auflösen könnte, sobald eine Diskriminierung geltend gemacht würde. Als Folge davon könnten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber aus Angst vor Diskriminierungsklagen sogar versucht sein, weniger Frauen anzustellen.

Eine Ausdehnung des *Verbandsklagerechts* auf Leistungsbegehren hält der Bundesrat ebenfalls für problematisch. Ein Leistungsklagerecht von Organisationen ist in der heutigen schweizerischen Rechtsordnung unbekannt. Bei Einführung eines solchen Instruments müssten verschiedene komplexe Fragen gelöst werden, wie beispielsweise die Pflicht zur Rückerstattung der erhaltenen Beträge, die Koordination mit einer bereits von einer Einzelperson eingereichten Individualklage, das Recht auf Einreichung einer Klage ohne Information oder gar gegen den Willen eines Diskriminierungsopfers. Ein Leistungsklagerecht von Organisationen steht auch im Widerspruch zu dem, was das Parlament bei der Beratung des Verbandsklagerechts im Gleichstellungsgesetz gewollt hatte, nämlich die Klärung von Grundsatzfragen, die für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bedeutsam sind.

Die im Gleichstellungsgesetz verankerten *Sanktionshöhen* entsprechen den anderen im Arbeitsrecht enthaltenen Sanktionen. Eine signifikante Erhöhung, wie es die Arbeitsgemeinschaft empfahl, würde deshalb dem schweizerischen Rechtsempfinden widersprechen.

Schliesslich soll die *Beweislasterleichterung* nach Ansicht des Bundesrates nicht auf die Tatbestände der Anstellung und der sexuellen Belästigung ausgedehnt werden, weil die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber vor allem bei einer Beschwerde wegen sexueller Belästigung grosse Schwierigkeiten hätten, eine Nichtdiskriminierung zu beweisen. Diese Argumentation wurde bereits in der parlamentarischen Beratung des Gleichstellungsgesetzes vor zehn Jahren ins Feld geführt und hat auch heute noch ihre Gültigkeit.

## 5.3 Massnahmen

Für den Bundesrat hat die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes klar zum Ausdruck gebracht, dass das Gesetz allein

die Gleichstellung im Erwerbsleben nicht herstellen kann. Es braucht dazu ein entsprechendes wirtschaftliches, gesellschaftliches und politisches Umfeld. In einigen Bereichen hat der Bund in den letzten Jahren verschiedene Massnahmen getroffen. Beispielsweise wurde das Impulsprogramm für familienergänzende Kinderbetreuungsplätze lanciert und die Chancengleichheit an den Fachhochschulen und den Universitäten gefördert. Allerdings gibt es in der Arbeits- und Familienpolitik noch viel zu tun. Im Bereich der Gleichstellung im Erwerbsleben möchte der Bundesrat anstatt repressive Vorkehrungen zu treffen vielmehr positive Schritte unterstützen. Er hat deshalb in seinem Bericht eine Reihe von konkreten Massnahmen beschlossen.

### a. Sensibilisierung, Information und Weiterbildung

Neben der Angst vor Arbeitsplatzverlust hat die Evaluation als weiteres grosses Hindernis für die Geltendmachung einer Diskriminierung hervorgebracht, dass das Gleichstellungsgesetz mit seinen Instrumenten nach wie vor zu wenig bekannt ist. Der Bundesrat will deshalb über das Gleichstellungsgesetz *besser informieren*<sup>7</sup> und die *Wirtschaft gezielter sensibilisieren*. Es muss bekannt werden, dass Diskriminierungen kosten (Prozesskosten, Entschädigungszahlungen etc.), während Gleichstellung sich auszahlt. Durch die Beseitigung von Diskriminierungen können Unternehmen ihre Personalinvestitionen besser nutzen und die Rekrutierungskosten reduzieren. Qualifizierte Arbeitnehmerinnen bleiben den gleichstellungsfreundlichen Unternehmen erhalten. Auch die *Weiterbildung* ist wichtig, um Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts im Erwerbsleben vorzubeugen. Die Evaluation hat gezeigt, dass das Gleichstellungsgesetz von den Gerichtsinstanzen und den Anwältinnen und Anwälten mangels besseren Wissens nur ungenügend angewendet wird. Deshalb sollen die Universitäten, die Anwaltschaft und die Gerichte dazu eingeladen werden, die fachliche Information und Weiterbildung zum Thema Gleichstellung zu fördern.

### b. Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen

Das Gleichstellungsgesetz verlangt, dass Personen, die sich diskriminiert fühlen, die Initiative ergreifen, um sich gegen die Diskriminierung zur Wehr zu setzen. Damit lastet die Kontrolle über die Einhaltung der Gleichstellung auf den Schultern einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Sie müssen sich, wenn sie sich gegen eine Diskriminierung wehren wollen, exponieren, gefährden damit ihren Ar-

7 Das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann hat zum zehnjährigen Jubiläum des Gleichstellungsgesetzes im März 2006 eine Broschüre mit dem Titel "Das Gleichstellungsgesetz zeigt Wirkung" herausgegeben (Vertrieb: BBL, Bundespublikationen, 3003 Bern, Bestell-Nr. 301.990 d).

beitsplatz und müssen einen beschwerlichen Gerichtsweg beschreiten. Ob ein diskriminierendes Unternehmen durch Gerichtsentscheid sanktioniert wird, hängt damit von der Toleranzschwelle und den Handlungsmöglichkeiten der betroffenen Person ab. Fehlt es an der Bereitschaft eines Diskriminierungsopfers, sich dem langwierigen Verfahren zu stellen, kommen diskriminierende Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ungeschoren davon. Andererseits stellen Diskriminierungen, namentlich Lohndiskriminierungen, relativ komplexe Probleme dar, was für die Unternehmen eine Quelle der Unsicherheit bedeuten kann, da diese nicht immer genau einschätzen können, ob ihr Verhalten als diskriminierend beurteilt würde. Für die Unternehmen besteht dadurch eine gewisse Unvorhersehbarkeit. Hat ein Unternehmen das Pech, für sein diskriminierendes Verhalten bestraft zu werden, hat dies finanzielle Folgen und kann sich auch negativ auf das Image des Unternehmens auswirken.

Einige, vor allem angelsächsische Länder haben deshalb staatliche Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen ausgestattet und damit gute Erfahrungen gemacht. Diese Behörden ermöglichen eine systematische Kontrolle und die Unternehmen können Probleme lösen, bevor es zu Sanktionen kommt. Beispielsweise werden in Grossbritannien die Unternehmen mit der neu zu schaffenden "Commission for Equality and Human Rights" (welche die heutige "Equal Opportunities Commission" ersetzen wird) zusammenarbeiten und eine Vereinbarung abschliessen können. Mit dieser verpflichten sie sich, einen zeitlich gestaffelten Aktionsplan auszuarbeiten, anstatt auf Befehl reagieren zu müssen. Im schweizerischen System gibt es ebenfalls bereits eine solche Behörde, den Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten.

Nach Ansicht des Bundesrates könnte das Bestehen eines öffentlichen Organs, das die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes überwacht, das Problem der Angst vor Arbeitsstellenverlust im Falle einer Geltendmachung einer Diskriminierung teilweise entschärfen. Zudem könnten die Arbeitnehmenden damit von einem Teil der Verantwortung für die Einhaltung der Lohngleichheit entlastet werden. Der Bundesrat hat sich deshalb bereit erklärt, die Vor- und Nachteile verschiedener Modelle solcher Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen vertiefter zu prüfen.

### c. Lohntransparenz und Expertisen

Die Transparenz bei den Löhnen ist entscheidend für die Geltendmachung einer vermuteten Lohndiskriminierung. Nach Ansicht des Bundesrates ist die Durchsetzung der Lohntransparenz jedoch vorwiegend eine Aufgabe der Sozialpartner und der Arbeitnehmenden. Der Bundesrat schlägt dem Parlament im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts jedoch vor, dass die Schlichtungsstellen Beweis führen und damit auch die Herausgabe der Lohnbuchhaltung verlangen können. Weiter sollen Empfehlungen für die Erstellung von Gutachten erarbeitet werden. Wie oben bereits ausgeführt, können die Gerichtsverfahren in Gleichstellungsfällen sehr lange

dauern, dies nicht zuletzt wegen des Einholens von Zweitgutachten. Durch eine einheitliche Vorgehensweise könnten die Verfahren, insbesondere bei Lohnprozessen, rationalisiert werden.

### d. Anreize für Unternehmen

Die Mehrheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber hat gemäss der Evaluation bisher keine speziellen Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung getroffen. Mit Anreizen könnte sich die Situation verbessern lassen. Beispielsweise gewährt das Gleichstellungsgesetz bereits heute Finanzhilfen für öffentliche oder private Institutionen, die Programme zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben durchführen (Art. 14 GIG). Künftig sollen Privatunternehmen vermehrt auch direkt in ihren betriebsinternen Projekten unterstützt werden. Die Einführung eines Zertifizierungssystems und die Schaffung eines Gleichstellungslabels bei Erfüllung bestimmter Qualitätsstandards könnten zudem geeignete Mittel sein, um Unternehmen zu motivieren, in einer gewünschten Richtung Massnahmen zu ergreifen. Der Bundesrat hat sich deshalb bereit erklärt, zusammen mit den Sozialpartnern zu untersuchen, ob sich Anreize wie beispielsweise ein Label für Unternehmen, welche die Gleichstellung vorantreiben, positiv auswirken würden. Solche gleichstellungsfördernden Anreize kennen beispielsweise Österreich, Grossbritannien und Frankreich. In der Schweiz gibt es heute noch kein standardisiertes Qualitätsmanagement im Bereich der Gleichstellung im Erwerbsleben. Das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann unterstützt jedoch im Rahmen der Finanzhilfen zwei Initiativen, die in diese Richtung gehen: eine Machbarkeitsstudie über die Einführung eines Gleichstellungslabels (Projekt "Total E-Quality CH Label") und ein Vorprojekt über die Einführung eines Zertifizierungsprozesses für Unternehmen zum Nachweis der Lohngleichheit (Projekt "equal-salary"). Erste Resultate werden für Herbst 2006 erwartet.

Gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen werden Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten, verpflichtet, den Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann zu gewährleisten.<sup>8</sup> Bisher konnten die Unternehmen mangels eines geeigneten Instrumentariums und eines adäquaten Verfahrens jedoch nicht kontrolliert werden. Aus diesem Grunde hat das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann zusammen mit der Beschaffungskommission des Bundes ein Lohnprüfungsinstrument entwickelt, das sich in der Pilotphase als praxistauglich erwiesen hat<sup>9</sup>. Im Rahmen der geplanten Revision des Beschaffungsrechts sollen nun auch die Grundlagen für einen effizienteren Vollzug des Lohngleichheitsgrundsatzes geschaffen werden.

8 [www.bbl.admin.ch](http://www.bbl.admin.ch) <<http://www.bbl.admin.ch>> Beschaffungskommission BKB > Beschaffungswesen Bund > Themen.

9 [www.logib.ch](http://www.logib.ch) <<http://www.logib.ch>>.

### e. Bessere Nutzung des Potenzials der Schlichtungsstellen

Die mit dem Gleichstellungsgesetz geschaffenen Schlichtungsstellen waren erfolgreich. Sie wurden in doppelt so vielen Fällen angerufen wie die Gerichte. Da die Organisation und die Aufgaben der Schlichtungsstellen von Kanton zu Kanton unterschiedlich ausgestaltet sind, hat dies Auswirkungen auf die Zahl der Schlichtungsfälle und die Erfolgsquote der Schlichtungen. Im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts soll deshalb das Schlichtungsverfahren gesamtschweizerisch geregelt werden. Gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, die der Bundesrat am 28. Juni 2006 verabschiedet hat, soll für Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz ein fakultatives und kostenloses Schlichtungsverfahren eingeleitet werden können. Die Organisation der Schlichtungsbehörden soll weiterhin den Kantonen vorbehalten bleiben. Von Bundesrechts wegen sollen die Schlichtungsbehörden jedoch paritätisch durch eine gleichmässige Vertretung von Arbeitgebenden- und Arbeitnehmenseite des öffentlichen und privaten Bereichs sowie von Frauen und Männern zusammengesetzt werden. Neben der Vermittlungsfunktion sollen die Schlichtungsbehörden auch eine beratende Funktion wahrnehmen. Bei Schlichtungen nach Gleichstellungsgesetz soll ein Schriftenwechsel vorgesehen werden, allfällige Urkunden vorgelegt, Augenscheine durchgeführt und übrige Beweismittel beigebracht werden können. Art. 11 GIG über das Schlichtungsverfahren soll mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung aufgehoben werden.

## 6. Haltung des Parlaments

Im Parlament ist der Bericht des Bundesrates vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes gut aufgenommen worden. Damit das Thema der Gleichstellung von Frau und Mann weiterhin in der politischen Agenda bleibt, haben einige Nationalrätinnen und Nationalräte am 8. März 2006 parlamentarische Vorstösse eingereicht. In einem Postulat wurde der Bundesrat dazu aufgefordert, die Lohnpraxis des Bundes zu überprüfen<sup>10</sup>. Der Bundesrat will dem Aspekt der diskriminierungsfreien Anwendung des Lohnsystems erhöhte Aufmerksamkeit schenken und beantragt deshalb die Annahme dieses Postulats. Mit vier Motionen wurden Änderungen des Gleichstellungsgesetzes verlangt (Ausdehnung der Beweislaste erleichterung, Leistungsklage von Organisationen, Ausbau der Sanktionen, Verbesserung des Kündigungsschutzes)<sup>11</sup>. Auf Grund seiner Ausführungen im Evaluationsbericht (vgl. auch vorne, Ziff. 5.2.) lehnt der Bundesrat diese Motionen ab. Weitere Postulate forderten die Erstellung eines Zusatzberichts über die Umsetzung der vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen<sup>12</sup>, die Anerkennung ausserberuflich erworbener Kompetenzen in der Bundesverwaltung<sup>13</sup> sowie die Einrichtung von Behörden mit

Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen<sup>14</sup>. Auch diese Postulate beantragt der Bundesrat zur Ablehnung. Die Einrichtung von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen lehnt er im jetzigen Zeitpunkt ab, da er zunächst verschiedene Modelle solcher Behörden vertieft prüfen und sich deshalb noch nicht festlegen will. Schliesslich wird der Bundesrat per Postulat aufgefordert, in einem Bericht die Möglichkeiten einer Zertifizierung von Unternehmen aufzuzeigen<sup>15</sup>. Der Bundesrat beantragt die Annahme dieses Postulats, da er die Prüfung der Einführung einer Zertifizierung bzw. eines Labels für gleichstellungsfreundliche Unternehmen bereits in seinem Evaluationsbericht in Aussicht gestellt hat.

## 7. Wie weiter?

Die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes hat gemäss Einschätzung des Bundesrates keinen dringenden gesetzgeberischen Reformbedarf aufgezeigt. Die Probleme, die in den Befragungen und Untersuchungen zur Sprache gekommen sind, liegen nach Ansicht des Bundesrates nicht alle im Aufgabenbereich des Bundes und selbst das Gleichstellungsgesetz kann die Gleichstellung im Erwerbsleben nicht alleine bewirken: Auch die Sozialpartner, die Arbeitnehmenden, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie diejenigen Personen, die für die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes sorgen (Anwaltskreise, Gerichte), sind aufgefordert, ihre Verantwortung dafür zu übernehmen.

Die vom Bundesrat in Aussicht gestellten Massnahmen sind keine gewaltigen Schritte. Sie gehen aber in die richtige Richtung und tragen dazu bei, dass die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben tatsächlich verwirklicht wird.

- 10 06.3029 Postulat Graf-Litscher. Gleichstellung. Lohnpraxis des Bundes.
- 11 06.3028 Motion Roth-Bernasconi. Gleichstellungsgesetz. Beweislaste erleichterung; 06.3031 Motion Hofmann Urs. Gleichstellungsgesetz. Leistungsklage von Organisationen; 06.3032 Motion Hubmann. Gleichstellungsgesetz und Kündigungsgesetz. Ausbau der Sanktionen; 06.3036 Motion Hubmann. Gleichstellungsgesetz. Verbesserung des Kündigungsschutzes.
- 12 06.3034 Postulat Roth-Bernasconi. Gleichstellungsgesetz. Zusatzbericht zur Wirksamkeit.
- 13 06.3030 Postulat *Heim Bea*. Gleichstellung. Anerkennung ausserberuflich erworbener Kompetenzen.
- 14 06.3033 Postulat *Leutenegger Oberholzer*. Gleichstellung. Behörde mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen.
- 15 06.3035 Postulat *Leutenegger Oberholzer*. Zertifizierung gleichstellungsfreundlicher Unternehmen.

# Une loi éprouvée, mais encore méconnue

## Condensé de l'évaluation relative à la loi sur l'égalité



JEANNE RAMSEYER, dr. iur.,  
Collaboratrice scientifique,  
Office fédéral de la  
justice, Berne

traduction par  
BRIGITTE SAID-CRETTOL,  
Crans-Montana

### Plan:

1. Introduction
2. Résultats des études et enquêtes
  - 2.1 Confirmation des expériences
  - 2.2 Nouveaux résultats
  - 2.3 Contradictions
3. Evaluation des dispositions de la loi sur l'égalité
4. Conclusions de la communauté de travail
5. Position du Conseil fédéral
  - 5.1 Généralités
  - 5.2 Pas d'urgence à réviser la loi
  - 5.3 Mesures
    - a. Information, sensibilisation et formation continue
    - b. Autorités dotée de compétences d'investigation et d'intervention
    - c. Transparence dans les salaires et expertises
    - d. Incitations pour les entreprises
    - e. Meilleure utilisation du potentiel offert par les offices de conciliation
6. Position du Parlement
7. Quelle suite?

## 1. Introduction

En réponse à un postulat de la conseillère nationale *Vreni Hubmann* daté du 22 mars 2002<sup>1</sup>, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à examiner l'efficacité de la loi sur l'égalité et à réfléchir à la façon de prendre en considération la peur qu'ont les salariées de perdre leur place de travail en faisant valoir leurs droits.

L'évaluation a été effectuée entre décembre 2003 et avril 2005 par une communauté de travail constituée par le Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale (BASS), le Bureau a&o (Büro für arbeits- und organisationspsychologische Forschung und Beratung) et Elisabeth Freivogel, avocate. La responsabilité du projet a été confiée

à l'Office fédéral de la justice qui a désigné un groupe de suivi interdépartemental composé de représentantes et de représentants du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, du Secrétariat d'Etat à l'économie et de l'Office fédéral de la statistique.

Ont servi de base à cette évaluation un recensement de tous les jugements et tous les cas de conciliation ayant trait à la loi sur l'égalité, deux grandes enquêtes par écrit<sup>2</sup>, 20 entretiens menés individuellement avec des représentant-e-s d'organisations proches des salarié-e-s et avec des avocates et avocats ayant une grande expérience en matière d'égalité et, enfin, une analyse fouillée de 71 décisions judiciaires (ce qui équivaut à 42% de l'ensemble des jugements prononcés).

Les résultats de l'évaluation ont été réunis dans un rapport de synthèse, qui peut être téléchargé sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice<sup>3</sup>. Les paragraphes qui suivent en reprennent l'essentiel.

## 2. Résultats des analyses et enquêtes

### 2.1 Confirmation des expériences

La mise en service des deux sites Internet [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) et [www.leg.ch](http://www.leg.ch), qui rendent accessibles au public les jugements rendus sur la base de la loi sur l'égalité, a révélé que leur nombre est manifestement assez faible. Le relevé exhaustif des décisions judiciaires effectué par l'Office fédéral de la justice vient confirmer cette constatation. Depuis 1996, 269 décisions ont été prononcées par les tribunaux; on peut les classer en 176 cas, qui ont souvent passé par plusieurs instances. 355 conflits ont été portés de-

1 02.3142, Motion *Hubmann*. Interdire les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits.

2 La première enquête s'adressait aux 1510 offices de conciliation, syndicats, associations professionnelles, organisations féminines et masculines, services de consultation spécialisés, bureaux de l'égalité et avocates et avocats spécialisés; 492 réponses ont été reçues en retour. La seconde enquête a été envoyée aux responsables du personnel d'un échantillon de 5767 entreprises de l'économie privée et du secteur public, 2076 questionnaires ayant été retournés.

3 [www.bj.admin.ch/bj/fr](http://www.bj.admin.ch/bj/fr) > Dokumentation > "Evaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité"; Rapport de synthèse et rapports partiels sur les diverses enquêtes. Le rapport de synthèse peut être commandé sous forme imprimée auprès de l'Office fédéral des constructions et de la logistique: OFCL, Publications fédérales, 3003 Berne ([www.bbl.admin.ch/bundspublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundspublikationen)), No d'article 402.002.f.

vant les offices de conciliation. L'avalanche de procès tant redoutée préalablement ne s'est pas produite. Selon les organisations, la peur de s'exposer et de perdre sa place de travail expliquerait les hésitations des salariées à invoquer la loi.

Ce sont surtout les employées dans les professions des soins et le corps enseignant qui se sont prévalus de la loi pour revendiquer l'égalité de salaire. Les personnes venant des professions de bureau, de la vente et de l'hôtellerie ont en revanche plutôt fait valoir le harcèlement sexuel.

Les procédures en égalité durent souvent longtemps. Cette expérience est confirmée par l'évaluation: il faut en moyenne 15 mois aux tribunaux pour statuer. Si la moitié des procédures a été réglée après 7 mois, quelques très longues procédures (la plus longue devant une instance ayant duré plus de 7 ans) tirent cependant vers le haut la valeur moyenne.

## 2.2 Nouveaux résultats

L'évaluation a mis en évidence l'existence d'importantes disparités régionales dans l'application de la loi sur l'égalité. Il a été fait appel à la loi le plus fréquemment dans les cantons de Zurich, Genève, Vaud et Soleure. Le canton du Jura se signale en outre par un nombre de cas assez élevé par rapport à sa population active. Alors que les actions en égalité salariale composent de loin la majeure partie des demandes en Suisse alémanique (notamment à Zurich et Soleure), le thème du harcèlement sexuel a occupé nettement plus les tribunaux de Suisse romande.

Dans le secteur public, les prétentions concernaient le plus souvent l'égalité de salaire et nettement moins un licenciement discriminatoire. Dans l'économie privée, le harcèlement sexuel a constitué le thème clé porté devant les tribunaux, suivi par des questions salariales et le licenciement discriminatoire.

Des différences ont aussi existé dans la pratique des offices de conciliation: alors qu'une conciliation a pu être réalisée dans près de 60 pour cent des cas à Zurich, seules 19 pour cent des parties ont trouvé un accord dans le canton de Genève<sup>4</sup>.

Les rapports de travail étaient pour la plupart déjà résiliés lorsqu'il a été fait appel à l'office de conciliation (63%). Après la fin de la procédure judiciaire, 84 pour cent des rapports de travail de droit privé et 55 pour cent de ceux relevant du droit public n'existaient plus.

L'enquête révèle que les entreprises ignorent manifestement comment réagir face à des reproches concrets de discrimination. Les discriminations contestées au sein de l'entreprise n'ont dans la plupart des cas pas donné lieu à une réaction ou se sont soldées par une discussion interne à l'entreprise. La question a aussi été posée de savoir ce qui amène les entreprises à prendre des mesures de promotion de l'égalité. Les responsables du personnel soulignent que ce n'est ni la loi, ni la pression des syndicats. Une proportion élevée de femmes au sein de l'entreprise et la conviction de la direction seraient à cet égard davantage déterminantes.

L'analyse approfondie des décisions judiciaires signale par ailleurs qu'une solide connaissance de la loi sur l'égalité ne va pas de soi pour les tribunaux et les avocates et avocats.

## 2.3 Contradictions

L'évaluation met aussi à jour des contradictions. Ainsi, tous les responsables du personnel ou presque savaient que les employeuses et employeurs sont tenus de protéger leurs employé-e-s contre le harcèlement sexuel. Toutefois, 66 pour cent de toutes les entreprises n'ont rien fait. Les grandes entreprises et l'administration publique ont été quasiment les seules à ce jour à s'être montrées actives dans ce domaine. Elles ont édicté des règlements et désigné des personnes de confiance auxquelles peuvent s'adresser les personnes concernées.

Les responsables du personnel ont en majorité indiqué que l'égalité entre femmes et hommes revêt une grande importance. Mais près de 60 pour cent ont répondu par la négative à la question de savoir s'ils poursuivaient une politique active de promotion. En tout état de cause, près de la moitié des entreprises appliquent des critères clairs pour la fixation des salaires et pratiquent la transparence dans les salaires. Ces deux mesures sont en même temps aussi pertinentes pour l'égalité. Interrogés sur les obstacles que rencontrent les entreprises dans la mise en œuvre de l'égalité, tous ou presque répondent que l'égalité est réalisée chez eux et qu'il n'existe donc aucune nécessité d'agir. Cela coïncide avec l'affirmation des représentantes et représentants des organisations: un des principaux problèmes qui explique que le principe de l'égalité n'est pas appliqué résiderait à leurs yeux dans le fait que les discriminations ne sont souvent pas identifiées en tant que telles.

## 3. Evaluation des dispositions de la loi sur l'égalité

La communauté de travail a aussi analysé les résultats de l'évaluation pour voir dans quelle mesure les nouvelles règles introduites par la loi sur l'égalité avaient fait leurs preuves. Première nouveauté, l'*allégement du fardeau de la preuve*, qui oblige la demanderesse à rendre seulement vraisemblable la discrimination alléguée et, si elle y parvient, qui impose à l'employeuse ou à l'employeur d'apporter la preuve libératoire a connu une application lacunaire. De même, les voies de droit en cas de licenciement discriminatoire et notamment de *congé de rétorsion* (la possibilité d'attaquer en justice le licenciement et d'être réengagée) ont

4 Pour des informations plus détaillées, voir à ce sujet l'entretien avec les représentantes des offices de conciliation figurant dans cette publication.



rarement été mises à profit. Ces faits ont plutôt été réglés selon le Code des obligations (CO).

Autre nouveauté, la *qualité pour agir des organisations* n'a pas souvent été utilisée. Il s'est alors agi la majeure partie du temps de procédures en égalité salariale complexes, pour lesquelles des expertises ont dû être demandées. Le but visé, qui était d'éviter aux personnes concernées d'avoir à trop s'exposer grâce à l'action collective, n'a donc pas été atteint. Il faut toutefois constater que quatre actions Zurichoises individuelles et soutenues par des organisations menées en parallèle dans la branche de la santé se sont soldées par des arriérés de salaire à hauteur de quelque 280 millions de francs et par un surcroît annuel de dépenses d'environ 70 millions de francs.

La *protection contre le congé* pour la demanderesse pendant une procédure en vertu de la loi sur l'égalité et durant les six mois qui suivent la clôture de la procédure est encore peu connue tant chez les organisations proches des salarié-e-s (un fait connu par 55% seulement des personnes interrogées) que chez les responsables du personnel (38% le savaient). Partant, il n'y a rien d'étonnant à ce que la peur du licenciement constitue un des principaux motifs qui empêcherait de s'attaquer aux discriminations; la protection existante contre le congé est toutefois considérée comme suffisante et utile.

La difficulté à se procurer des informations en cas de discrimination présumée a été identifiée comme un problème important. L'application insatisfaisante par les juges de la *maxime inquisitoire* a représenté un obstacle supplémentaire dans la mise en œuvre des droits.

#### 4. Conclusions de la communauté de travail

Un des problèmes clés dans l'application de la loi sur l'égalité résiderait dans le fait qu'elle laisse aux personnes concernées la responsabilité de mettre en œuvre l'interdiction de discriminer. Comme beaucoup n'osent pas examiner de plus près leur soupçon de discrimination de peur de perdre leur place de travail, souvent rien ne se passe. En conséquence, la communauté de travail propose d'instituer des instances dotées de compétences d'investigation et habilitées à établir les faits de leur propre initiative ou ayant même un droit d'agir autonome. L'autre proposition est d'étendre la qualité pour agir des organisations aussi à la demande en exécution de prestations.

La communauté de travail espère qu'un renforcement des sanctions permettrait d'accroître l'effet dissuasif de la loi et que la perspective d'indemnités plus élevées permettrait d'amener les plaignant-e-s de façon accrue à agir.

La communauté de travail voit une autre piste dans l'amélioration de l'information, de la sensibilisation et de la formation. De manière générale, la loi sur l'égalité est connue des responsables du personnel. Les directions d'entreprise s'en sortent nettement moins bien en la matière. Partout où des spécialistes en ressources humaines font défaut en rai-

son de la taille de l'entreprise, l'état de l'information peut être qualifié de problématique. C'est pourquoi la communauté de travail propose que les efforts futurs d'information soient axés en particulier sur les petites et moyennes entreprises. L'évaluation a aussi mis en évidence des lacunes dans le savoir des juristes concernant la pratique juridique. Une formation ciblée à l'intention des actrices et acteurs du droit est donc requise.

Afin d'amener les entreprises à prendre davantage de mesures en faveur de l'égalité entre femmes et hommes, il conviendrait de créer des incitations. Celles-ci peuvent être de nature financière ou non (allègements fiscaux, label égalité, etc.). L'idée d'obliger les entreprises à favoriser l'égalité et de mettre sur pied une surveillance à cet effet va un pas plus loin. De l'avis de la communauté de travail, il faudrait développer encore l'offre de soutien et de conseils à l'intention des entreprises.

S'agissant des offices de conciliation, il a été proposé de fixer des prescriptions minimales aux cantons concernant la procédure pour donner plus de chances de réussite à la conciliation et mieux répondre à l'idée initiale d'une offre aisément accessible (notamment: développement de l'information, possibilité d'une requête informelle de conciliation, compétence pour obtenir des moyens de preuve, office de conciliation composé de spécialistes).

L'encouragement de la transparence dans les salaires et d'autres mesures visant à rendre plus facile l'accès aux informations serviraient à améliorer la mise en œuvre de l'égalité (par exemple, un questionnaire standardisé destiné à la saisie des données pertinentes pour l'égalité d'une entreprise). De même, l'élaboration de règles uniformes pour l'établissement d'expertises salariales serait la bienvenue.

#### 5. Position du Conseil fédéral

##### 5.1 Généralités

En se fondant sur les résultats livrés par l'évaluation, le Conseil fédéral est arrivé, dans son rapport daté du 15 février 2006<sup>5</sup>, à la conclusion que la situation s'est légèrement améliorée en matière d'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité il y a dix ans. La loi encore jeune semble en principe avoir fait ses preuves. Les personnes interrogées dans le cadre de l'évaluation considèrent que la loi sur l'égalité est utile, adéquate et praticable. Elle a permis une nette amélioration des salaires dans le domaine du droit public dans des professions typiquement féminines. En revanche, la différence moyenne de salaires entre femmes et hommes dans le secteur privé n'a guère changé au cours des derniè-

5 Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité du 15 février 2006, FF 2006 3061.

res années. Comme par le passé, elle atteint 25 pour cent<sup>6</sup>, dont 40 pour cent sont attribuables exclusivement au sexe. Le nombre de cas portés devant les tribunaux a considérablement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité. Alors qu'on comptait avant 1996 seulement 15 actions en égalité salariale fondées sur le principe constitutionnel de l'égalité des salaires, quelque 270 décisions judiciaires exploitables sur des actions en relation avec la loi sur l'égalité ont pu être recensées jusqu'au printemps 2004. Cela montre, de l'avis du Conseil fédéral, que la loi sur l'égalité constitue un instrument utile permettant de faire valoir des discriminations présumées à raison du sexe.

## 5.2 Pas d'urgence à réviser la loi

Mais l'évaluation a aussi montré que des lacunes subsistent. Pour le Conseil fédéral, celles-ci ne sont toutefois pas d'une gravité telle qu'il y aurait une urgence à réviser la loi.

Le Conseil fédéral rejette le renforcement de la *protection contre le congé* dans la loi sur l'égalité, car ce problème ne résoudrait pas la peur de perdre sa place de travail. Une telle mesure pourrait par contre limiter la flexibilité du marché du travail du fait qu'une employeuse ou un employeur ne pourrait quasiment plus mettre un terme à des rapports de travail lorsqu'une salariée ou un salarié ferait valoir une discrimination. Cela pourrait avoir comme conséquence que l'employeuse ou l'employeur soit même tenté d'engager moins de femmes de crainte qu'une plainte pour discrimination ne soit déposée.

Une extension du *droit d'agir des organisations* à des demandes en exécution de prestations passe aussi pour problématique aux yeux du Conseil fédéral. L'ordre juridique suisse actuel ne reconnaît pas ce type de droit aux organisations. L'introduction d'un tel instrument nécessiterait de résoudre différents problèmes complexes, comme l'obligation de restituer les montants perçus, la coordination avec une plainte déjà déposée individuellement par une personne, le droit d'introduire une action sans en informer la victime de la discrimination ou même contre son gré. Le droit pour les organisations d'agir en exécution de prestations est aussi contraire à ce que le Parlement avait voulu lors des débats sur le droit d'agir des organisations dans le cadre de la loi sur l'égalité, notamment l'éclaircissement des questions de fond présentant de l'importance pour un grand nombre de rapports de travail.

Les *sanctions* inscrites dans la loi sur l'égalité correspondent aux autres sanctions contenues dans le droit du travail. Un renforcement significatif, comme le recommandait la communauté de travail, serait contraire à la sensibilité juridique suisse.

Enfin, pour le Conseil fédéral, *l'allègement du fardeau de la preuve* ne doit pas être étendu aux faits constitutifs de l'engagement et du harcèlement sexuel, car l'employeuse ou l'employeur aurait de grandes difficultés à apporter la preuve d'une non-discrimination surtout en cas de plainte pour harcèlement sexuel. Cet argument avait déjà été avancé il y a dix ans lors des débats parlementaires sur la loi sur l'égalité et reste valable aujourd'hui encore.

## 5.3 Mesures

Pour le Conseil fédéral, l'évaluation de la loi sur l'égalité a clairement démontré que la loi ne peut, à elle seule, réaliser l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. Il faut à cet effet un environnement économique, social et politique approprié. Dans certains domaines, la Confédération a pris diverses mesures au cours de ces dernières années. Ainsi, le programme d'impulsion visant à développer le nombre de places d'accueil pour les enfants a été lancé, et l'égalité des chances dans les hautes écoles spécialisées et dans les universités a été promue. Beaucoup de choses restent cependant à faire dans la politique du travail et dans la politique familiale. Dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle, le Conseil fédéral aimerait davantage de pas positifs plutôt que des mesures répressives. Aussi a-t-il décidé dans son rapport d'une série de mesures concrètes.

### a. Sensibilisation, information et formation continue

Outre la peur de perdre sa place de travail, l'évaluation a mis à jour comme autre obstacle important pour faire valoir une discrimination le fait que la loi sur l'égalité et ses instruments continuent à être trop peu connus. C'est pourquoi le Conseil fédéral entend *mieux informer* sur la loi sur l'égalité<sup>7</sup> et *sensibiliser de façon plus ciblée l'économie*. Il faut faire savoir que les discriminations engendrent des coûts (procès, versements d'indemnités, etc.), alors que l'égalité vaut la peine. En éliminant les discriminations, les entreprises peuvent mieux utiliser leurs investissements en personnel et réduire les coûts de recrutement. Les salariées qualifiées restent dans des entreprises favorisant l'égalité. La *formation continue* est, elle aussi, importante pour prévenir des discriminations à raison du sexe dans la vie professionnelle. L'évaluation a montré que la loi sur l'égalité n'est pas appliquée de façon satisfaisante par les instances judiciaires et les avocates et avocats faute de meilleures connaissances. Il faut donc inviter les universités, les avocates et avocats et les tribunaux à promouvoir l'information spécialisée et la formation continue sur le thème de l'égalité.

6 Ce chiffre se base sur le différentiel de salaire moyen entre les femmes et les hommes, c'est-à-dire la différence des moyennes logarithmiques des salaires. Les chiffres publiés par l'OFS relatifs à la différence de salaires entre les femmes et les hommes sont par contre calculés sur la base du salaire mensuel brut normalisé (médiane). La différence salariale ainsi obtenue est de 20% pour l'année 2004.

7 A l'occasion des dix ans d'existence de la loi sur l'égalité, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a édité en mars 2006 un dépliant intitulé "La loi sur l'égalité porte ses fruits" (Diffusion: OFCL, Publications fédérales, 3003 Berne, no d'article 301.990 f).

### **b. Autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention**

La loi sur l'égalité exige que les personnes se sentant discriminées prennent l'initiative de dénoncer la discrimination. Le contrôle du respect de l'égalité repose donc sur les épaules de la salariée ou du salarié concerné. S'ils entendent faire valoir leurs droits, ils doivent s'exposer, mettre ainsi en danger leur place de travail et emprunter une voie judiciaire pénible. Quant à savoir si une entreprise qui discrimine est sanctionnée par une décision judiciaire, cela dépend du seuil de tolérance et des possibilités d'agir de la personne concernée. Si la victime de discrimination n'est pas prête à faire face à une procédure de longue haleine, l'employeuse ou l'employeur qui discrimine s'en sort sans dommage. Par ailleurs, les discriminations, spécialement les discriminations salariales, constituent des problèmes assez complexes, ce qui peut signifier pour les entreprises une source d'incertitude, car celles-ci ne sont pas toujours à même d'évaluer avec précision si leur comportement sera jugé discriminatoire. De ce fait, une certaine imprévisibilité existe pour les entreprises. Si une entreprise a la malchance d'être sanctionnée pour son comportement discriminatoire, cela a des conséquences financières et peut aussi avoir une incidence négative sur son image.

C'est pourquoi quelques pays, anglo-saxons surtout, se sont dotés d'autorités étatiques ayant des compétences d'investigation et d'intervention et ont fait des expériences positives. Ces autorités permettent un contrôle systématique, les entreprises étant en mesure de résoudre les problèmes avant qu'on en arrive à des sanctions. En Grande-Bretagne, par exemple, les entreprises peuvent collaborer et conclure un accord avec la "Commission for Equality and Human Rights" qui va être créée prochainement (et remplacera l'actuelle "Equal Opportunities Commission"). Elles s'engagent grâce à cet accord à présenter un programme d'action échelonné dans le temps, au lieu de devoir obéir à des injonctions. Le système suisse connaît aussi ce genre d'autorité, par exemple le Préposé fédéral à la protection des données.

Le Conseil fédéral considère que l'existence d'un organe officiel contrôlant l'application de la loi sur l'égalité, pourrait atténuer le problème lié à la peur de perdre son poste si l'on dénonce une discrimination. En outre, les salarié-e-s pourraient ainsi être déchargés d'une partie de la responsabilité en ce qui concerne le respect de l'égalité de salaire. Le Conseil fédéral s'est donc déclaré prêt à examiner attentivement les avantages et les inconvénients des différents modèles d'autorités dotées de compétences en matière d'investigation et d'intervention.

### **c. Transparence dans les salaires et expertises**

La transparence en matière de salaires est déterminante pour faire valoir une discrimination salariale présumée. De l'avis du Conseil fédéral, la réalisation de cette transparence incombe toutefois en premier lieu aux partenaires sociaux et aux salarié-e-s. Le Conseil fédéral propose au Parlement

dans le cadre de l'unification de la procédure civile que les offices de conciliation puissent administrer les preuves et ainsi demander aussi à une employeuse ou à un employeur de présenter sa comptabilité des salaires. Il convient aussi d'élaborer des recommandations sur la manière d'établir des expertises salariales. Comme expliqué plus haut, les procédures judiciaires relatives à l'égalité durent très souvent longtemps – et ce notamment du fait de la nécessité d'une deuxième expertise. Une manière de procéder uniforme permettrait de rationaliser les procédures, notamment pour les procès en égalité salariale.

### **d. Incitations pour les entreprises**

Selon l'évaluation, les employeuses et employeurs n'ont à ce jour pour la plupart pris aucune mesure particulière pour promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Des incitations permettraient d'améliorer la situation. La loi sur l'égalité octroie, par exemple, aujourd'hui déjà des aides financières à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle (art. 14 LEg). Il s'agit à l'avenir de soutenir davantage les entreprises privées directement dans leurs projets internes. L'introduction d'un système de certification et la création d'un label égalité, à condition de remplir certains critères de qualité, pourraient en outre être des moyens appropriés pour motiver les entreprises à prendre des mesures allant dans la direction souhaitée. Le Conseil fédéral s'est donc déclaré prêt à examiner en collaboration avec les partenaires sociaux si des incitations comme un label pour les entreprises faisant avancer l'égalité auraient des effets positifs. L'Autriche, la Grande-Bretagne et la France notamment connaissent des incitations de ce type. En Suisse, il n'existe pas encore de norme standard de gestion de qualité en matière d'égalité dans la vie professionnelle. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes soutient néanmoins, dans le cadre des aides financières, deux initiatives allant dans ce sens: une étude de faisabilité portant sur l'introduction d'un label égalité (projet "Total E-Quality CH Label"), ainsi qu'un projet préliminaire sur l'introduction d'un processus de certification destiné à permettre aux entreprises de prouver qu'elles respectent l'égalité des salaires (projet "Equal-salary"). Les premiers résultats sont attendus pour l'automne 2006.

En vertu de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, les entreprises se voyant adjudger des marchés publics sont tenues de garantir le respect du principe de l'égalité de salaire entre les sexes.<sup>8</sup> A défaut d'un instrument approprié et d'une procédure adéquate, les entreprises ne pouvaient pas être contrôlées. De ce fait, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes en collaboration

8 [www.bbl.admin.ch](http://www.bbl.admin.ch) <<http://www.bbl.admin.ch/>> > Commission des achats CA > Marchés publics de la Confédération > Thèmes

avec la Commission des achats de la Confédération a élaboré un instrument de contrôle des salaires qui s'est révélé performant dans la phase-pilote.<sup>9</sup> Dans l'optique de la future révision du droit des marchés publics, il y a lieu de jeter les bases d'une application plus efficace du principe de l'égalité des salaires.

### e. Meilleure utilisation du potentiel offert par les offices de conciliation

Les offices de conciliation mis sur pied grâce à la loi sur l'égalité se sont signalés par leur succès. Ils ont été sollicités dans le double de cas par rapport aux tribunaux. Comme l'organisation et les tâches des offices de conciliation varient de canton à canton, cela a des répercussions sur le nombre de cas de conciliation et le taux de réussite des conciliations. L'unification de la procédure civile doit donc être l'occasion d'harmoniser la procédure de conciliation. Selon le message relatif au code suisse de procédure civile, adopté par le Conseil fédéral en date du 28 juin 2006, il y a lieu d'introduire pour les litiges selon la loi sur l'égalité une procédure facultative et gratuite. L'organisation des autorités de conciliation doit rester réservée aux cantons. Le droit fédéral impose toutefois que les autorités de conciliation soient paritaires et comptent le même nombre de représentant-e-s des employeurs et des salariés du secteur public et du secteur privé, ainsi que du sexe féminin et du sexe masculin. Parallèlement à leur fonction de médiateur, les offices de conciliation doivent aussi assumer un rôle de conseil. Lors de conciliations selon la loi sur l'égalité, il faut pouvoir prévoir un échange d'écritures, présenter d'éventuels documents, visiter les locaux d'une entreprise et ordonner d'autres moyens de preuve. L'art. 11 LEg relatif à la procédure de conciliation sera abrogé à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile.

## 6. Position du Parlement

Le rapport du Conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité a été bien accueilli au Parlement. Pour que le thème de l'égalité entre femmes et hommes reste dans l'agenda politique, plusieurs conseillères nationales et conseillers nationaux ont déposé le 8 mars 2006 des interventions parlementaires. Dans un postulat, le Conseil fédéral a été invité à contrôler les pratiques salariales de la Confédération<sup>10</sup>. Le Conseil fédéral entend accorder une attention accrue à l'application non discriminatoire du système salarial et propose donc d'accepter ce postulat. Quatre motions demandent des modifications de la loi sur l'égalité (extension de l'allègement du fardeau de la preuve, qualité pour agir des organisations en exécution de prestations, renforcement des sanctions, élargissement de la protection contre le congé)<sup>11</sup>. Sur la base des explications contenues dans le rapport relatif à l'évaluation (voir supra, chiffre 5.2.), le Conseil fédéral rejette ces motions. D'autres postulats demandaient l'établissement d'un rapport

de suivi sur la mise en œuvre des mesures proposées par le Conseil fédéral<sup>12</sup>, la reconnaissance dans l'administration fédérale des compétences acquises dans le cadre extraprofessionnel<sup>13</sup>, ainsi que l'institution d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention<sup>14</sup>. Le Conseil fédéral a également proposé de rejeter ces postulats. Il rejette à l'heure actuelle l'institution d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention, car il entend d'abord examiner de façon approfondie différents modèles d'autorités avant de se déterminer. Enfin, le Conseil fédéral est invité par postulat à présenter dans un rapport les possibilités d'une certification des entreprises<sup>15</sup>. Il propose d'accepter ce postulat, car il a déjà promis dans son rapport relatif à l'évaluation d'étudier l'introduction d'une certification et d'un label pour les entreprises favorables à l'égalité.

## 7. Quelle suite?

Le Conseil fédéral estime que l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité n'a pas révélé d'urgence à réviser la loi. Les problèmes qui ont été discutés dans les enquêtes et les études ne sont pas tous du domaine d'action de la Confédération, de l'avis du Conseil fédéral, et la loi sur l'égalité ne peut, à elle seule, réaliser l'égalité entre les sexes dans la vie professionnelle. Les partenaires sociaux, les salarié-e-s, les employeuses et employeurs, ainsi que les personnes qui veillent à l'application de la loi sur l'égalité (avocates et avocats, tribunaux) sont appelés à assumer leur responsabilité en la matière.

Les mesures envisagées par le Conseil fédéral ne constituent pas des pas de géant. Mais elles vont dans la bonne direction et contribuent à ce que l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle se concrétise dans les faits.

9 [www.logib.ch](http://www.logib.ch) <<http://www.logib.ch>>.

10 06.3029 Postulat *Graf-Litscher*. Egalité des sexes. Pratiques salariales de la Confédération.

11 06.3028 Motion *Roth-Bernasconi*. Loi sur l'égalité. Allègement du fardeau de la preuve; 06.3031 Motion *Hofmann Urs*. Loi sur l'égalité. Extension de la qualité pour agir des organisations; 06.3032 Motion *Hubmann*. Loi sur l'égalité. Renforcer la protection contre le congé; 06.3036 Motion *Hubmann*. Loi sur l'égalité. Renforcer la protection contre le congé.

12 06.3034 Postulat *Roth-Bernasconi*. Loi sur l'égalité. Rapport de suivi.

13 06.3030 Postulat *Heim Bea*. Egalité des sexes. Reconnaissance des compétences acquises dans le cadre extraprofessionnel.

14 06.3033 Postulat *Leutenegger Oberholzer*. Egalité des sexes. Instituer une autorité dotée de compétences d'investigation et d'intervention.

15 06.3035 Postulat *Leutenegger Oberholzer*. Certification des entreprises appliquant l'égalité entre femmes et hommes.

# Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes



ELISABETH FREIVOGEL,  
lic. iur., LL.M., Advokatin,  
Mediatorin SAV, Lehr-  
beauftragte Gender Law  
Universität Basel<sup>1</sup>

## Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Die Fälle und Verfahren
3. Verbandsklagen und -beschwerden
4. Das Beweisverfahren
  - 4.1 Beweismittel
  - 4.2 Untersuchungsmaxime
  - 4.3 Beweislast erleichterung
    - 4.3.1 Grundsätzliches
    - 4.3.2 Glaubhaftmachung
    - 4.3.3 Rechtfertigungsgründe
5. Lohngleichheit
6. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz
7. Kündigung und Kündigungsschutz
8. Erfolg und Misserfolg

## 1. Einleitung<sup>2</sup>

Im Rahmen der umfassenden Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (GIG) wurde eine relativ grosse Anzahl von Gerichtsentscheiden zusätzlich zur generellen Analyse auch einer inhaltsanalytischen Auswertung unterzogen. Grundlage für die Auswahl der in diesem Sinne zu analysierenden Entscheide bildeten die im Rahmen der gesamtschweizerischen Vollerhebung für Baustein 2<sup>3</sup> der Evaluation beim Bundesamt für Justiz eingegangenen Gerichtsurteile aller kantonalen Instanzen und des Bundesgerichts. Eine gesamtschweizerische inhaltsanalytische Auswertung aller dieser Urteile war aus Kostengründen nicht möglich. Bei der notwendigen Auswahl war der Kanton Zürich aus zwei Gründen gesetzt: Einerseits handelt es sich dabei um den Kanton mit den meisten Urteilen, andererseits war ein guter Teil der Urteile bereits in der Datenbank [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) erfasst. Des Weiteren sollte ein Kanton aus der Westschweiz mit einer erheblichen Anzahl von Urteilen einbezogen werden. Die Wahl fiel auf die Waadt, da so – im Gegensatz beispielsweise zum Kanton Genf – neben städtischen auch ländliche Bezirke einbezogen sind. Als

Ergänzung wurden die Kantone Graubünden und Schwyz als Repräsentanten von Kantonen ohne städtische Zentren und mit sehr wenigen Urteilen einbezogen. Sämtliche Entscheide zum GIG aller Instanzen dieser vier Kantone inklusive die zugehörigen Bundesgerichtsentscheide wurden für die inhaltsanalytische Auswertung erfasst und ausgezählt. Es handelt sich dabei um *42 Prozent der gesamtschweizerisch erhobenen Urteile zum GIG*. Diese wurden – soweit es sich nicht um reine Umsetzungsurteile<sup>4</sup> handelte – anhand eines dafür spezifisch erarbeiteten und von der verwaltungsinternen Arbeitsgruppe genehmigten Leitfadens einer inhaltlichen Analyse unterzogen. Es handelt sich um *insgesamt 71 Urteile in 47 Fällen*. Die detaillierten Ergebnisse finden sich im Einzelbericht zu Baustein 6<sup>5</sup> der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, mit dem die Anwendungsrealität des Gleichstellungsgesetzes über die verschiedenen Instanzen hinweg aufgezeigt werden soll.

Aufgrund dieser Analyse der konkreten Rechtsanwendung und gerichtlichen Fallbeurteilung sind erhebliche Mängel bei der Umsetzung und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes zu Tage getreten. Nachfolgend wird eine Auswahl der Ergebnisse zusammengefasst dargestellt.

## 2. Die Fälle und Verfahren

40% der in die Analyse einbezogenen Fälle gingen über mindestens zwei Instanzen (vgl. Tabelle 1). Rund die Hälfte

- 1 Die Autorin ist Mitglied der Arbeitsgemeinschaft zur Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (im Auftrag des Bundesamtes für Justiz) und Verfasserin des Einzelberichts zur inhaltsanalytischen Auswertung aller Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (Baustein 6 der Gesamtevaluation).
- 2 Es werden hier einige der auffälligsten Ergebnisse der inhaltsanalytischen Evaluation der zum GIG ergangenen Gerichtsentscheide dargestellt, vgl. näher und im Detail den Einzelbericht dazu, der über <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006> eingesehen und heruntergeladen oder beim Bundesamt für Justiz bestellt werden kann.
- 3 Vgl. dazu näher den Einzelbericht zur statistischen Auswertung der Gerichtsentscheide, zu finden unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006>.
- 4 28 Gerichtsurteile des Kantons Zürich wurden nicht in die inhaltsanalytische Auswertung miteinbezogen, weil sie als reine Folgeurteile diesbezüglich nicht interessant waren, denn die interessanten Fragen wurden nicht mit diesen Folgeurteilen, sondern in den diesen vorausgehenden (und selbstverständlich in die Analyse einbezogenen) Grundsatzurteilen behandelt und entschieden.
- 5 Vgl. FN 2.

(51%) aller ausgewerteten Fälle betreffen privatrechtliche, die andere Hälfte (49%) öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse. In den Kantonen Waadt und Zürich sieht diese durchschnittliche Verteilung allerdings ganz anders aus: In der Waadt sind nur gerade 12,5% der betroffenen Arbeitsverhältnisse öffentlichrechtlicher Natur (bei 87,5% privatrechtlichen), in Zürich hingegen sind es 70% (und entsprechend nur 30% privatrechtliche).

**Tabelle 1: Inhaltsanalytisch ausgewertete Fälle und Urteile**

	GR	SZ	VD	VD in %	ZH	ZH in %	total	
Anzahl Fälle	2	2	16	100%	27 (24 F)	100%	47	100%
davon über 1 Instanz	2	1	8	50%	17	63%	28	60%
davon über 2 Instanzen	-	1	7	43,75%	9 (4 F)	33%	17	36%
davon über 3 Instanzen	-	-	1	6,25%	1	4%	2	4%
Anzahl ausgewertete Urteile total	2	3	27*		39**		71	
Anzahl nichtausgewertete reine Folgeurteile					28***		28	

\* Zum Teil pro Instanz 2 Urteile möglich.

\*\* Verfahren Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrkräfte: zweimal vor Bundesgericht und zurück an das Verwaltungsgericht (nicht doppelt gezählt).

\*\*\* Folgeurteile (F): 24 Urteile des Verwaltungsgerichts und 4 Urteile des Bundesgerichts.

**Tabelle 2: Diskriminierungsarten**

Diskriminierungsarten	GR	SZ	Waadt		Zürich	
			Anzahl	in %	Anzahl	in %*
Nichtanstellung			1	6,25%	-	
Lohndiskriminierung	1	1	6	37,5%	17	63%
Aufgabenzuteilung			-	-	1	4%
Beförderung			3	18,75%	-	
Weiterbildung			1	6,25%	-	
sexuelle Belästigung	1		7	43,75%	5	18,5%
andere Arbeitsbedingungen	-	-	-	-	3	11%
Rachekündigung	1	1	3	18,75%	2	7,5%
diskriminierende Kündigung	-	-	3	18,75%	5	18,5%
<b>Fälle pro Kanton</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>16*</b>	<b>100%*</b>	<b>27*</b>	<b>100%*</b>

Mehrfachnennungen möglich.

\* Die Prozentwerte summieren sich nicht auf 100 und die Anzahl der Nennungen nicht auf das total der Fälle, da pro Entscheid mehrere Diskriminierungsarten genannt sein können!

In gut der Hälfte (53%) der Fälle geht es um Lohndiskriminierung, in rund einem Viertel um sexuelle Belästigung, in immerhin drei Fällen um Beförderung, in je einem Fall um Nichtanstellung, Weiterbildung oder Aufgabenzuteilung. In einem hohen Anteil der Fälle wird zudem rechtswidrige Kündigung geltend gemacht (VD 37,5%, ZH 26%). Eine übersichtliche Darstellung der Häufung der verschiedenen Diskriminierungsarten findet sich in Tabelle 2.

### 3. Verbandsklagen und -beschwerden

In den vier Kantonen wurden insgesamt 19 Verbandsklagen oder -beschwerden eingereicht. Diese Anzahl kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass nur zwei davon notwendige und idealtypische Verbandsverfahren waren, wie sie der Gesetzgeber vor Augen hatte.

In Zürich nämlich sind Verbandsbeschwerden zahlreich, aber ausnahmslos in Kombination mit Individualbeschwerden eingereicht worden. Zudem waren die individuellen Beschwerdeführenden Mitglieder der Verbände (und wurden durch die Verbände vertreten). Die Verbandsbeschwerden waren zur Entscheidung der dem Gericht vorgelegten Fragen der Lohndiskriminierung nicht notwendig. Sie wurden wohl aus strategischen Überlegungen der Verbände und deren Rechtsvertretung eingereicht, da sie als taugliches Mittel zur Druckaufsetzung und zur Klarstellung des Umstandes, dass grosse Verbände hinter den Beschwerdeführenden und deren Anliegen stehen, angesehen wurden<sup>6</sup>. Ob eine zusätzliche Verbandsklage oder -beschwerde auch bei gleichzeitiger Einleitung von Individualverfahren ergriffen wird, scheint weniger vom Rechtsinstitut der Verbandsklage als solches abzuhängen, als von strategisch/politischen Überlegungen der Verbände und davon, wie viele der Betroffenen für eine Individualbeschwerde organisiert werden

6 In andern Kantonen (bspw. BS und BL) haben (zum Teil dieselben) Verbände (mit anderer Rechtsvertretung) in gleichen Zusammenhängen ein anderes strategisches Vorgehen gewählt, nämlich: Organisation möglichst sämtlicher betroffener Verbandsmitglieder als am Verfahren beteiligte Individualbeschwerdeführende. Die Individualbeschwerdeführenden, vertreten durch die Verbände, diese wiederum vertreten durch die Anwältin, reichen direkt Leistungsbegehren ein (ohne Verbandsbeschwerde und damit verbundene Feststellungsbegehren). Dies weil die Unterbrechung der Verjährung für möglichst viele Betroffene sichergestellt werden soll, was mit einer Verbandsklage nicht der Fall wäre. (Es war auch so klargestellt, dass es um viele [je nach Berufsgruppe] Betroffene geht und grosse Verbände hinter dem Anliegen stehen.) Umsetzungsverfahren gab es nur beschränkt, da die Urteile direkt auf alle Beteiligten umgesetzt worden sind. Einzig in Bezug auf die Verjährungsfrage, nämlich bezüglich der Frage, für welchen Zeitraum Personen, die nicht als Individualbeschwerdeführerinnen am Verfahren beteiligt gewesen waren, die Lohndifferenz noch nachverlangen können, gab es Umsetzungsverfahren.

können oder sollen (was ein enormer Aufwand für die Verbände sein kann).

Im Kanton Waadt hat eine reine Verbandsklage die *Klärung der Aktivlegitimation der Verbände bei aktuell nur einer betroffenen Person, wenn sich aber Grundsatzfragen des Gleichstellungsrechts stellen, gebracht. Klargestellt wurde dabei auch, dass die Verbandsklage auch bezüglich Nichtanstellung möglich und zulässig ist.* Zudem ist diese Waadtländer Verbandsklage ein Beispiel dessen, was sich der Gesetzgeber idealtypisch für die Verbandsklage vorgestellt hat: Die Rechtslage wurde bezüglich *Beförderungsdiskriminierung aufgrund von Schwangerschaft* gegenüber einem Arbeitgeber klaggestellt und damit seitens der Rechtsprechung präventiv Gegensteuer gegen diese Art der Diskriminierung gegeben, so dass sie inskünftig für eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen (nicht nur bei diesem Arbeitgeber) möglichst nicht mehr vorkommen sollte. Dies konnte dank der Verbandsklage bewerkstelligt werden, ohne dass sich die aktuell betroffene Arbeitnehmerin irgendwie beteiligen musste. Gleichzeitig wird gerade mit diesem Fall deutlich, dass gute Kenntnisse des Gleichstellungsgesetzes selbst bei den Gerichten noch keine Selbstverständlichkeit sind: Die gerügte Beförderungsdiskriminierung wurde nämlich von einem Gericht (respektive einer Gerichtsleitung) gegenüber einer (privatrechtlich angestellten) Gerichtsschreiberin ausgeübt und noch im Verfahren vor Gericht war seitens der eingeklagten Gerichtsleitung mit Nichtdiskriminierung argumentiert worden. Dies mit der Begründung, die Betroffene sei nicht wegen der Schwangerschaft nicht befördert worden, sondern weil die später daraus folgende Abwesenheit vom Arbeitsplatz ein Problem sei (sic!).

Die reine Verbandsbeschwerde im Kanton Schwyz betraf die Lohnbemessung für eine ganze Berufsgruppe (Kindergärtnerinnen) und entspricht in diesem Sinne ebenfalls der idealtypischen Vorstellung des Gesetzgebers, auch bezüglich Anonymität und Schutz der individuell Betroffenen. Die einzelnen, in ländlichem Gebiet auf Gemeindeebene arbeitenden Lehrkräfte wären bei individueller Beteiligung weit stärker ausgesetzt gewesen, als es beispielsweise die Kindergärtnerinnen in Basel oder Zürich (Stadt) waren. Die Verbandsbeschwerde wurde hier also ihrer Bestimmung gemäss eingesetzt, war aber in dem Sinne nicht von Erfolg gekrönt, als sie inhaltlich abgewiesen wurde.

Die Verbandsklage wurde in den untersuchten Kantonen *noch nie im Privatwirtschaftsbereich eingesetzt* (bei derjenigen in der Waadt handelte es sich zwar um einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag, aber einen öffentlichen Arbeitgeber). Zu den klageführenden Verbänden vgl. Tabelle 3.

## 4. Das Beweisverfahren

Es wurde untersucht, welche Beweismittel in den analysierten Fällen von den Gerichten abgenommen wurden, wie die Gerichte – insbesondere die Zivilgerichte – mit der Untersuchungsmaxime umgehen, wie im Zusammenhang mit der Beweislasterleichterung seitens der Gerichte mit dem zwei-

stufigen Beweisverfahren umgegangen wird, wie Glaubhaftmachung definiert wird und welche Anforderungen an Rechtfertigungsgründe gestellt werden.

**Tabelle 3: Klagende und beschwerdeführende Verbände\***

Verband	Anzahl Fälle in GR, SZ, VD, ZH
Verband des Personals öffentlicher Dienste VPOD	8
Verband Kindergärtnerinnen	4**
Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger SBK	2
Schweiz. Physiotherapeuten-Verband SPV	1
Schweiz. Berufsverband der Ausbilderinnen im Gesundheitswesen LEVE	1
ErgotherapeutInnen-Verband Schweiz EVS	1
Verband des christlichen Staats- + Gemeindepersonals der Schweiz VCHP	1
Association pour les droits de la femme ADF	1
<b>Total Verbandsklagen</b>	<b>19*</b>

\* Zum Teil sind mehrere Verbände an einem Verfahren beteiligt.

\*\* 2 Vergleiche.

### 4.1 Beweismittel

Tabelle 4 gibt darüber Auskunft, welche Beweismittel in den 47 ausgewerteten Fällen laut den 71 ausgewerteten Urteilen von den Gerichten tatsächlich erhoben und abgenommen wurden. Aus etlichen Urteilen konnte allerdings nicht mit letzter Sicherheit ersehen werden, ob beispielsweise die Parteien vom Gericht mündlich befragt wurden oder welche Dokumente, insbesondere welche Lohnunterlagen, dem Gericht vorlagen. Die Kategorien sind deshalb zusammengefasst, und die Zahlen geben Auskunft darüber, in wievielen Verfahren das genannte Beweismittel mit Sicherheit erhoben wurde.

Bei den beigezogenen Akten handelt es sich insbesondere um Akten der vereinfachten Funktionsanalysen von Besoldungsrevisionen oder um beigezogene Straf- bzw. Ehrverletzungsakten bei Verfahren wegen sexueller Belästigung. Die Rubrik Dokumente bezeichnet beispielsweise Privatgutachten zu Arbeitswert, Aufstellungen der beklagten Arbeitgebenden über Vergleichslöhne, Arbeitsverträge oder Anstellungsverfügungen, Stellenbeschriebe und Pflichtenhefte, Lohnabrechnungen, Korrespondenz der Parteien untereinander, Briefe oder E-Mails mit anzüglichem Inhalt etc. Zur Frage, ob das Gericht Beweismittel abgelehnt oder Beweismittel von sich aus angeordnet hat, vergleiche nachfolgendes Kapitel "Untersuchungsmaxime".

Auffallend wenig Beweismittel wurden in den Verfahren wegen diskriminierender Kündigung sowie in denjenigen



betreffend sonstige Diskriminierungen (Schwangerschaft, Vaterschaftsurlaub, Aufgabenzuteilung, Überprüfung Amtsfähigkeit) sichtbar.

**Tabelle 4: Beweismittel, die in den 47 Fällen abgenommen wurden\***

Art Beweismittel	in ... Fällen*	Bemerkungen
Befragung der Parteien	10	nicht immer erkennbar
Auskünfte	7	
amtliche Erkundigungen	1	
Stellungnahmen eidg. oder kant. Gleichstellungsbüros	12	in der Waadt inzwischen gesetzlich vorgesehen
Akten	11	VFA, Strafakten, Ehrverletzungsakten, Akten der Arbeitslosenkasse etc.
Dokumente	25	Arbeitsverträge, Lohnunterlagen, vergl. Lohnzusammenstellungen, Zeugnisse, Korrespondenz etc.
gerichtliche Gutachten	9	insgesamt 14 Gutachten in 9 Fällen
Arztzeugnisse	5	insbesondere bei sexueller Belästigung
Befragung von Expertinnen oder Experten	7	zum Teil die GutachterInnen, aber nicht nur
Einvernahmen von Zeuginnen oder Zeugen	17	bei sex. Belästigung zum Teil pro Verfahren viele Zeugeneinvernahmen, im Extremfall bis zu 37!

\* Die Zahlen geben darüber Auskunft, in wie vielen der 47 ausgewerteten Fälle das genannte Beweismittel abgenommen wurde.

\*\* Vereinfachte Funktionsanalyse.

## 4.2 Untersuchungsmaxime

Die gemäss Gleichstellungsgesetz überall geltende Untersuchungsmaxime wird nur in einem Drittel der Zivilrechtsfälle vom Gericht überhaupt angesprochen und führt kaum je zu einer eigenständigen Beweiserhebung. Speziell wird selten nachgefragt, wenn die Parteien etwas nicht konkret geltend machen (bspw. wenn die Klägerin nur Lohndiskriminierung geltend macht, ihr aber auch gekündigt worden war, klären die Gerichte die Frage einer diskriminierenden Kündigung nicht ab). Bei sexueller Belästigung scheint den Gerichten zudem nicht klar zu sein, dass die Untersuchungsmaxime trotz fehlender Beweiserleichterung gilt.

Im Zivilprozess, aber auch im öffentlichrechtlichen Verfahren werden seitens der Gerichte kaum je Beweismittel von sich aus (ohne Antrag einer Partei) eingeholt oder angeordnet.

## 4.3 Beweislast erleichterung

### 4.3.1 Grundsätzliches

Auffällig ist das häufig anzutreffende Phänomen, dass juristische Grundlagen betreffend Beweislastverteilung, Rechtfertigungsgründe, Definition von direkter und indirekter Diskriminierung, insbesondere Lohndiskriminierung, etc. in den Urteilen in einem der konkreten Fallbeurteilung vorangestellten allgemeinen theoretischen Teil mittels Zitaten höchstrichterlicher Rechtsprechung dargestellt werden, in der konkreten Anwendung auf den einzelnen Fall aber grosse Defizite bestehen. Häufig werden die Grundlagen nicht konkret umgesetzt oder es ist keine einsichtige Verbindung zwischen dem theoretischen Teil und der konkreten Fallabhandlung ersichtlich. In diesen Fällen des fehlenden oder unklaren Konnexes wurden bei der Beantwortung der nachfolgend erörterten Fragen die gerichtlichen Erörterungen zum konkreten Fall ausgewertet (und nicht die theoretischen Zitate des allgemeinen Teils).

In 48 der 71 Urteile kam grundsätzlich die Beweislast erleichterung zur Anwendung. Das bedeutet, dass in diesen Verfahren aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 6 GIG das Beweisverfahren *zweistufig* abzuwickeln ist: Zuerst ist über die Glaubhaftmachung zu entscheiden. Falls die Glaubhaftmachung der Diskriminierung der klagenden Partei nicht gelingt, ist die Klage direkt abzuweisen. Falls der klagenden Partei die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung gelingt, kommt die zweite Stufe des Beweisverfahrens zum Tragen: Dann ist darüber zu befinden, ob die beklagte Partei mit strengem Beweis (Vollbeweis, Beweismass des Hauptbeweises, denn für die beklagte Partei gilt keine Beweiserleichterung) Nichtdiskriminierung nachweisen kann. Wenn dies der beklagten Partei nicht gelingt, ist die Klage gutzuheissen. Den Gegenbeweis der Nichtdiskriminierung kann die beklagte Partei auf zwei Arten erbringen: Entweder erbringt sie den *Entlastungsbeweis*, das heisst, sie weist nach, dass die behaupteten Tatsachen in Wirklichkeit nicht zutreffen und gar keine Ungleichbehandlung vorliegt (bspw. indem sie beweist, dass die männlichen Arbeitskollegen gar keinen höheren Lohn erhalten), oder sie erbringt den *Rechtfertigungsbeweis*, das heisst den Beweis, dass für eine tatsächlich gegebene (direkte oder indirekte) ungleiche Behandlung *rechtsgenügende Rechtfertigungsgründe* gegeben sind und die von ihr getroffene Massnahme deshalb nicht rechtswidrig ist.

In nicht einmal einem Drittel der Urteile (29%) ging das Gericht klar und erkenntlich zweistufig vor in dem Sinne, dass zuerst in einem ersten Schritt geprüft wurde, ob die geltend gemachte Diskriminierung glaubhaft gemacht sei oder nicht, und dann in einem zweiten Schritt, sofern Glaubhaftmachung der Diskriminierung festgestellt war, geprüft wurde, ob die beklagte Partei Nichtdiskriminierung nachgewiesen hat oder nicht. In über zwei Dritteln der Urteile werden entweder die zwei Stufen gar nicht unterschieden oder sie zeigen eine erhebliche Vermischung der beiden Ebenen mit entsprechender Unübersichtlichkeit und schlechter Nachvoll-



ziehbarkeit der Argumentation. In nicht einmal jedem fünften Urteil (18,75%) wurde seitens des Gerichts klar unterschieden zwischen dem (Entlastungs-)Beweis, dass in Wirklichkeit keine Ungleichbehandlung gegeben ist, und dem (Rechtfertigungs-)Beweis, dass eine an sich gegebene Ungleichbehandlung durch rechtsgenügende Gründe gerechtfertigt ist. Nur in nicht ganz einem Drittel der Urteile (29%) wurde bezüglich Nachweis der Nichtdiskriminierung das Beweismass des Vollbeweises (Hauptbeweis) verlangt. Demgegenüber wurde in fast einem Viertel der Urteile offensichtlich nicht dieses Beweismass verlangt. Laut einem Urteil eines erstinstanzlichen Arbeitsgerichtes, welches von der zweiten Instanz dann aufgehoben worden ist, muss gar von der Klägerin nachgewiesen werden, dass keine Rechtfertigungsgründe der Lohndifferenz existieren und dass der Arbeitgeber ihr nur deshalb weniger bezahlt, weil sie eine Frau ist (es wird also der Nachweis des Motivs, der Absicht der Diskriminierung abverlangt – sic!). In fast der Hälfte der Urteile bleibt das geforderte Beweismass unklar (vgl. auch Tabelle 5).

**Tabelle 5: Beweislast erleichterung, soweit aus Urteilen\* ersichtlich**

	Urteile*		ja	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %*
klar zweistufiges Vorgehen	48	100%	14	29%
Gegenbeweis und Rechtfertigungsgründe unterschieden	48	100%	9	18,75%
klar Vollbeweis für Gegenbeweis/Rechtfertigung verlangt	48	100%	14	29%

\* Gemeint sind alle Urteile, in denen die Beweislast erleichterung zur Anwendung kam (also nicht Urteile, die ausschliesslich sexuelle Belästigung oder diskriminierende Nichtanstellung betreffen oder durch Vergleich erledigt worden sind).

### 4.3.2 Glaubhaftmachung

Das notwendige Mass der Glaubhaftmachung wird in den analysierten Urteilen höchst unterschiedlich umschrieben:

Von

"einer gewissen Wahrscheinlichkeit, die auch unter 50% liegen kann"; über "Diskriminierung muss wahrscheinlicher sein als Nichtdiskriminierung"; oder "verlangt wird ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit"; bis zu "Diskriminierung muss als höchstwahrscheinlich erscheinen"; und schliesslich hin zur zückerlichen Ansicht, dass die Klägerin voll beweisen müsse, welche Massnahmen der Arbeitgeber umgesetzt hat und sich die Beweiserleichterung nur auf deren Auswirkungen beziehe, bezüglich derer die Klägerin darzulegen habe, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit einzig aus dem Willen des Arbeitgebers folgen, die Klägerin ungleich zu behandeln, weil sie eine Frau ist; oder dass die Klägerin nachzuweisen habe, dass der Arbeitgeber eine sexistische Personalpolitik verfolge, findet sich alles.

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung werden je nach urteilendem Gericht somit höchst unterschiedlich definiert. Insbesondere auf erstinstanzlicher Ebene unterscheiden sich diese Anforderungen zum Teil kaum vom Vollbeweis. Es kommt sogar vor, dass der Nachweis der Diskriminierungsabsicht verlangt wird. Insgesamt gesehen sind allerdings von den oberen Gerichten mittlerweile die Anforderungen an die Glaubhaftmachung klargestellt und einheitlich definiert worden: Eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung, die aber auch geringer als 50% sein kann, muss gegeben sein. Teilweise kann nachverfolgt werden, wie dies auf die unteren Gerichte durchschlägt, wenn sie nach früherer Zurechtweisung durch das Bundesgericht in einem nachfolgenden Urteil die andere Definition übernehmen.

Wie bereits erwähnt wird nur in einer Minderheit der Urteile – nach Glaubhaftmachung der Diskriminierung – für den Nachweis der Nichtdiskriminierung klar das Beweismass des strengen Voll- respektive Hauptbeweises verlangt.

### 4.3.3 Rechtfertigungsgründe

Theoretisch und dogmatisch gesehen ist bezüglich Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe zu unterscheiden, ob es sich um direkte Diskriminierung oder um indirekte Diskriminierung handelt. Direkte Ungleichbehandlung im Arbeitsverhältnis ist höchstens dann zulässig, wenn das Geschlecht selbst zwingend ein wesentliches Merkmal für die Ausübung der Tätigkeit ist (wie bezüglich Anstellung und Beschäftigung von Sängern oder Sängerinnen, Schauspielern oder Schauspielerinnen, Models). Bei indirekter Diskriminierung hingegen müssen die nachteiligen Auswirkungen einer neutralen Massnahme zuungunsten eines Geschlechts unter Umständen dann hingenommen werden, wenn die beklagte Partei beweist, dass sie mit der in Frage stehenden Massnahme ein gerechtfertigtes und geschäftsnotwendiges Ziel verfolgt, dass die Massnahme zu dessen Erreichung erforderlich und geeignet ist und es ihr unzumutbar ist, auf die Massnahme zu verzichten und einen Weg mit weniger geschlechtsspezifisch nachteiligen Auswirkungen zu beschreiten.

Bei indirekter Diskriminierung stellen sich bezüglich der Rechtfertigungsgründe somit andere Fragen (eben des Geschäftszwecks, der Geschäftsnotwendigkeit und der Verhältnismässigkeit) als bei direkter Diskriminierung. Nur aus einer kleinen Minderheit (21%) der Urteile geht jedoch hervor, dass zwischen zulässigen Rechtfertigungsgründen bei direkter und bei indirekter Diskriminierung unterschieden werden kann oder vielleicht muss. In noch weniger Urteilen wird das Verhältnismässigkeitsprinzip (17%) angesprochen oder die Geschäftsnotwendigkeit (10%) definiert. Auch der (überholte) Verweis auf biologische oder funktionale Unterschiede kommt ab und zu im allgemeinen Teil der Urteile noch vor (10%), allerdings ohne bei der Fallabhandlung dann noch relevant zu sein (vgl. Tabelle 6).

**Tabelle 6: Rechtfertigung, soweit aus Urteilen\* ersichtlich**

	Urteile*		ja	
	Anzahl	in %	Anzahl	in %*
Wird unterschieden zwischen Rechtfertigungsgründen bei direkter und bei indirekter Diskriminierung?	48	100%	10	21%
Spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rolle?	48	100%	8	17%
Spielt die Geschäftsnotwendigkeit eine Rolle?	48	100%	5	10%
Spielen biologische oder funktionale Unterschiede eine Rolle?	48	100%	5	10%

\* Gemeint sind alle Urteile, in denen die Beweislast erleichterung zur Anwendung kam (also nicht Urteile, die ausschliesslich sexuelle Belästigung oder diskriminierende Nichtanstellung betreffen oder durch Vergleich erledigt worden sind).

Die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe werden in den Urteilen sehr verschieden umschrieben: Die einen Gerichte verlangen nur, dass Unterschiede durch haltbare, sachlich begründbare Überlegungen erklärbar sind; andere begnügen sich mit "einfach objektiven Gründen" (ohne weitere Definition); oder mit "sachlichen Gründen" (ohne weitere Definition); wieder andere Gerichte hängen eine exemplarische Aufzählung an und verlangen "objektive Gründe wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Alter, konjunkturelle Lage etc."; vor allem obere Gerichte wiederum lassen erkennen, dass *nicht jeder objektive Grund als Rechtfertigung genügt*, sondern zusätzliche Anforderungen wie folgt zu erfüllen sind: *objektive Gründe (wie Ausbildung, Qualifikation, Erfahrung, Leistung etc.) rechtfertigen eine Lohndifferenz, sofern sie sehr wichtig für die Ausführung der konkreten Tätigkeit und die Bildung des Lohnes sind und sofern sie alle Löhne des Arbeitgebers tatsächlich beeinflussen*; oder Gerichte befassen sich mit einem spezifischen objektiven Grund wie der konjunkturellen Lage und präzisieren weitere Bedingungen wie folgt: objektive Gründe wie die konjunkturelle Lage können nur vorübergehend einen Rechtfertigungsgrund für eine Lohndifferenz bilden und nur, soweit deren Einbezug mit einem realen Bedarf des Betriebes korreliert. Zudem wird wiederholt festgehalten, dass bei inkonsequenter (ungleicher) Anwendung zugelassener objektiver Kriterien trotzdem Diskriminierung vorliegt.

Schliesslich findet sich auch die (grundsätzlich andere) Definition, dass eine Massnahme mit ungleicher Auswirkung dann zulässig sei, wenn das Kriterium, an das angeknüpft wird, ein objektiv gerechtfertigtes Ziel verfolgt und zu dessen Erreichung notwendig ist, und kein weniger diskriminierendes Mittel zur Verfügung steht oder es nicht zumutbar ist, begleitende Massnahmen zur Reduzierung des diskriminierenden Effektes zu ergreifen.

In der konkreten Fallbeurteilung kann festgestellt werden, dass die *unteren Instanzen*, insbesondere die erstinstanzlichen Zivilgerichte und Arbeitsgerichte, dazu neigen, *jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung zu akzeptieren*, während die Rechtsprechung der *oberen Instanzen* mittlerweile oft die zusätzliche Anforderung klarstellt, *dass (vom Arbeitgeber) auch nachzuweisen ist, dass die objektiven Gründe konkret tatsächlich wichtig sind und konsequent für alle gleich zum Tragen kommen*. Dies ist bei den unteren Instanzen (noch) kaum durchgedrungen. Der Nachweis der Geschäftsnotwendigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Unzumutbarkeit möglicher Begleitmassnahmen wird selten klar verlangt. Aus der obigen Beschreibung der immer präziser werdenden Umschreibung der Anforderungen an Rechtfertigungsgründe hin zum immer klarer werdenden Einbezug des Erfordernisses des Nachweises tatsächlicher Wichtigkeit für die konkrete Tätigkeit oder die konkrete Lohnbemessung oder des Nachweises der tatsächlichen Wichtigkeit für den konkreten Betrieb zeichnet sich jedoch eventuell eine Entwicklung ab hin zur Definition der Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe über das legitime Geschäftsziel und Prüfung der Erforderlichkeit und der Rechtmässigkeit des dafür eingesetzten Mittels etc.

Zusammenfassend muss leider festgestellt werden, dass bezüglich der Rechtfertigungsgründe noch wenig Klarheit herrscht. Nur in einer Minderheit der Urteile wird für den Nachweis der Nichtdiskriminierung der Vollbeweis verlangt. Nur in zwei Urteilen wird die Prüfung der Rechtfertigung klar gemäss dem Massstab des legitimen Geschäftsziels, der Geschäftsnotwendigkeit und der Verhältnismässigkeit vorgenommen. Ansonsten werden die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe sehr unterschiedlich umschrieben. Die unteren Instanzen, besonders die erstinstanzlichen Zivilgerichte und Arbeitsgerichte, neigen dazu, jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung zu akzeptieren. Die differenziertere Rechtsprechung der oberen Instanzen, die zusätzliche Anforderungen und Bedingungen definiert und insbesondere verdeutlicht hat, wer was nachzuweisen hat, hat sich bis anhin nicht niedergeschlagen.

## 5. Lohngleichheit

Die obigen Ausführungen treffen auch für die Verfahren betreffend Lohngleichheit zu. Insbesondere herrscht auch hier wenig Klarheit bezüglich der Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für Lohndifferenzen. Wiederum akzeptieren jedenfalls die unteren zivilrechtlichen Instanzen praktisch jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund für eine Lohndifferenz als Rechtfertigung. Die differenziertere Rechtsprechung der oberen Instanzen definiert die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für Lohndifferenzen zusammengefasst wie folgt: Generell können objektive Gründe eine Lohndifferenz nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich eine wichtige Rolle für die Ausübung der Tätigkeit spielen und die Löhne oder andere Arbeitsbedin-

gungen des Arbeitgebers wirklich beeinflussen. Werden geschlechtsneutrale, objektive Kriterien, die grundsätzlich zulässig sind, in einem Unternehmen inkonsequent zum Nachteil eines Geschlechts angewandt, so liegt trotz "neutraler objektiver Kriterien" Geschlechterdiskriminierung vor.

Speziell im Bereich der Lohngleichheit bleibt die Anwendung der aus den Präjudizien stammenden (und in den Urteilen der konkreten Fallabhandlung vorangestellten) Definitionen auf den konkreten Fall sehr häufig unklar. Die bereits umschriebene Diskrepanz zwischen Theorie und Umsetzung einerseits sowie die verschiedenen Auffassungen bezüglich Glaubhaftmachung und Anforderungen an Rechtfertigungsgründe zeigen sich generell gesehen bei den Lohndiskriminierungsfällen besonders deutlich.

In rund der Hälfte der Fälle wird (teilweise entgegen einem entsprechenden Antrag) ohne Gutachtenerstellung entschieden, wobei es sich dabei überwiegend um Einzelklagen von Frauen handelt, die bei im Wesentlichen gleicher oder jedenfalls sehr ähnlicher Arbeit und Position weniger Lohn als männliche Kollegen erhalten. Die Gerichte vergleichen dann selbst Tätigkeit, Ausbildung, Erfahrung, Dienstalter, Entscheidbefugnisse, Verantwortung etc. In der anderen Hälfte der Fälle wurde ein gerichtliches Gutachten eingeholt. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle ist (spätestens in zweiter Instanz) das Gericht im Ergebnis dem Gutachten im Wesentlichen gefolgt.

Insbesondere im Kanton Waadt dauerten die Lohngleichheitsverfahren lange (zwei Verfahren mit Gutachtenerstellung, welche zwei kantonale Instanzen inklusive Bundesgericht durchlaufen haben, haben je über 7½ Jahre gedauert; die restlichen durchschnittlich 3 Jahre und 4 Monate, wovon eines 2½ Jahre allein vor der ersten Instanz). Im Kanton Zürich dauerten die Verfahren durchschnittlich 3½ Jahre, wobei dieses Resultat durch die über 10 Jahre dauernden Verfahren der Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrkräfte geprägt ist. Ohne letztere beträgt die Zürcher Durchschnittsdauer noch 2½ Jahre.

Gut die Hälfte der Lohngleichheitsverfahren sind (häufig nach Durchlaufen mehrerer gerichtlicher Instanzen) erfolgreich in dem Sinne, dass die Rechtsbegehren zumindest teilweise gutgeheissen wurden.

## 6. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kommt relativ häufig vor, wenn sie auch im Kanton Zürich (aufgrund der hohen Einigungsquote im vorausgehenden Schlichtungsverfahren vor der für GIG-Belange speziell eingesetzten und fachkompetent zusammengesetzten kantonalen Schlichtungsstelle) eher selten auf Gerichtsstufe Prozessthema ist, dies im Gegensatz zum Kanton Waadt, der keine vergleichbare Schlichtungsstelle kennt. Die *volle Beweislast* auf Seiten der klagenden Partei bezüglich Tat wird in den Urteilen immer klargestellt, hingegen taucht die Frage nach *präventiven Massnahmen* des Arbeitgebers nur in einer Minder-

heit der Urteile auf und selbst aus diesen geht nicht hervor, ob überhaupt und welcher Nachweis dem Arbeitgeber diesbezüglich abverlangt wird. Die Anwendung der Untersuchungsmaxime wurde in einem Fall explizit verweigert und erscheint generell nicht sichergestellt. In der Hälfte der Fälle liegt gemäss Arztzeugnis als Folge der sexuellen Belästigung eine ernsthafte gesundheitliche Beeinträchtigung vor (Angstzustände, Schlafstörungen, Depressionen, Magengeschwür). Alle Arbeitsverhältnisse wurden beendet, teilweise durch die Opfer selbst, teilweise durch Rachekündigungen der Arbeitgeber. In keinem Fall kämpfte das Opfer für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Die *Qualität der erstinstanzlichen Urteile* in diesem Bereich ist *sehr unterschiedlich*. Einige verkennen die rechtlichen Grundlagen vollkommen und verweigern insbesondere die Berücksichtigung und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, auch wenn dieses angerufen wurde, und entscheiden einzig nach Obligationenrecht. Andere wiederum scheuen sich nicht vor der Befragung zahlreicher Zeuginnen oder Zeugen<sup>7</sup> und aufwändigen Beweisverfahren, Literatur- und Präjudizienrecherchen, eignen sich erkennbar vorher fehlendes Wissen und Sachkenntnisse (bis hin zu EU-Richtlinien) an und setzen diese sorgfältig um. Richtungweisend bezüglich der Definition der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist offensichtlich ein in den Waadtländer Urteilen zitiertes schon älteres Genfer Urteil<sup>8</sup> und seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes ein Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts von 1998<sup>9</sup>. Die Urteile des Waadtländer Kantonsgerichts in diesem Bereich sind sorgfältig und haben auch teilweise zur Aufhebung der unhaltbaren erstinstanzlichen Urteile geführt.

Klare Schwierigkeiten der Gerichte (und auch der Rechtsvertretungen) sind erkennbar, wenn neben der sexuellen Belästigung auch die *Kündigung* Prozessthema ist oder sein sollte. Die *Untersuchungsmaxime* wird nicht umgesetzt, die *Beweislast erleichterung bezüglich Kündigungszusammenhang* nicht angewandt (meist wird gar nicht erkannt, dass hier die Beweislast erleichterung gilt) und die Kündigung nicht unter dem Blickwinkel des Gleichstellungsgesetzes abgehandelt (sondern einzig nach Obligationenrecht mit entsprechend anderer Beweislastverteilung). Folgerichtig werden die *Entschädigungsmöglichkeiten des Gleichstellungsgesetzes übersehen* (auch von den Anwältinnen und Anwälten). Bei diesen kombinierten Fällen von sexueller Belästigung und Kündigung ist zudem eine grosse Unsicherheit bezüglich der verschiedenen Entschädigungen nach Gleichstellungsgesetz<sup>10</sup> sichtbar. Es werden kaum

7 Vgl. Tabelle 4.

8 JAR 1992, 166 f.

9 ZR 99 (2000) Nr.111.

10 Vgl. dazu das Grundsatzurteil des Zürcher Arbeitsgerichts in FN 9.

mehrere Entschädigungen geltend gemacht und offensichtlich ist weder den Rechtsvertretungen noch den Gerichten klar, welche Ansprüche auf welcher Entschädigungsgrundlage kumulativ geltend zu machen und zuzusprechen wären und welches die jeweiligen (eben unterschiedlichen) Beweiserfordernisse sind.

Die Verfahren betreffend sexueller Belästigung am Arbeitsplatz dauern durchschnittlich 14 Monate. In Graubünden wurde die eine Klage abgewiesen, in Zürich wurden die wenigen dort bekannten Verfahren teilweise gutgeheissen und in der Waadt halten sich Abweisungen und teilweise Gutheissungen die Waage. Teilweise Gutheissung bedeutet allerdings nur, dass jedenfalls der Klägerin etwas zugesprochen wurde, sagt aber nichts darüber aus, wieviel und auf welcher Rechtsgrundlage.

Die Erfahrungen in Zürich lassen zudem darauf schliessen, dass das niederschwellige Angebot der speziell eingerichteten Schlichtungsstelle dem Anliegen, Persönliches nicht vor Gericht auszutragen zu müssen, eher entspricht und auch der Präventionsauftrag in Art. 5 Abs. 3 GlG durch die Schlichtungsstelle wirksam wahrgenommen werden kann, da er immer auch mit Beratungsbedarf der Unternehmen verbunden ist. Zudem ist es möglich, dass Fälle der sexuellen Belästigung auch betriebsintern oder zumindest aussergerichtlich erledigt werden, weil etliche Betriebe interne Regeln betreffend sexueller Belästigung aufgestellt und betriebsinterne Ansprechstellen oder -personen benannt haben.

## 7. Kündigung und Kündigungsschutz

In acht (der insgesamt 47) Verfahren wurde – zum Teil nur indirekt – diskriminierende Kündigung geltend gemacht, in weiteren acht Verfahren missbräuchliche Kündigung oder ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Obligationenrecht ohne Anrufung des GlG, obwohl auch Diskriminierungsfragen zur Debatte standen. Zudem gab es inhaltlich gesehen sieben Rachekündigungen, *ohne dass sie als solche erkannt worden wären und der spezielle Kündigungsschutz des GlG angerufen oder Wiedereinstellung gemäss GlG verlangt worden wäre.*

Bezüglich diskriminierender Kündigung und Rachekündigung herrscht generell (bei Anwältinnen und Anwälten wie bei den Gerichten) *grosse Unklarheit*. Oft werden sie nicht als solche erkannt mit der Folge, dass ausschliesslich das Obligationenrecht zur Anwendung gelangt (rechtsmissbräuchliche Kündigung) mit den entsprechend anderen Rechtsgrundlagen und ganz anderen (strengerem) Anforderungen an den Beweis sowie der Folge, dass der speziell geschaffene *Kündigungsschutz bei Rachekündigung* zum vorneherein nicht greifen kann, da er gar nicht ins Blickfeld gerät. Wenn es für die Berichterstatterinnen aus den Urteilen ersichtlich war, dass sich in sieben Fällen die Frage von Rachekündigung etc. stellte, so war dies für die Gerichte grundsätzlich umso mehr der Fall. Es stellt sich deshalb die

Frage, warum nicht nachgefragt wird und die sich stellenden Fragen nicht abgehandelt werden. Selbst wenn eine Kündigung nach Gleichstellungsgesetz abgehandelt wird, wird häufig übersehen, dass die *Untersuchungsmaxime* und vor allem auch die *Beweislasterleichterung* gilt. Besonders (aber nicht nur) in *kombinierten Fällen von sexueller Belästigung und Kündigung* wird regelmässig übersehen, dass bezüglich der Kündigungsfrage die Beweislasterleichterung gilt.

Der *spezielle Kündigungsschutz des Gleichstellungsgesetzes* mit der Möglichkeit der *Anfechtung der Kündigung* und der gerichtlichen *Wiedereinstellung* hat (noch) nicht die Chance erhalten, überhaupt zum Tragen zu kommen, weil seitens der Rechtskundigen nicht die entsprechenden Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes angerufen und angewandt oder auch nur konkret abgehandelt werden, sondern deren Blickfeld bis anhin noch auf die Möglichkeiten des Obligationenrechts beschränkt geblieben ist. Meist auf der Grundlage des Obligationenrechts wurden zum Teil Entschädigungen zugesprochen. Mit *Tabelle 7* wird versucht, möglichst übersichtlich darzustellen, was bezüglich Rachekündigungen aus den inhaltlich analysierten Urteilen hervorgeht.

## 8. Erfolg und Misserfolg

Von den Lohnklagen wurden 11,5% ganz und 46% teilweise gutgeheissen, 42,5% blieben erfolglos. Von den Verfahren betreffend sexuelle Belästigung waren 70% teilweise erfolgreich, 30% wurden abgewiesen.

Je nach Kanton mussten zwei Drittel (VD) bis ein Drittel (ZH) derjenigen Fälle, die schliesslich mindestens teilweise erfolgreich waren, sich über mindestens zwei Instanzen kämpfen. Massgeblich für den Erfolg waren nebst diesem Durchhaltevermögen vor allem eine Bereitschaft des Gerichts, sich sorgfältig und ernsthaft mit dem Gleichstellungsgesetz auseinander zu setzen und sich die nötigen Kenntnisse anzueignen, die Bereitschaft zu aufwändigen Beweisverfahren inklusive Zeugenbefragungen und/oder Gutachtenerstellung, sowie gute Argumentation und gute Kenntnisse der Rechtsvertretung der klagenden Partei.

Ein Misserfolg hätte in ungefähr einem Drittel aller abgewiesenen Fälle eventuell vermieden werden können. Nach Eindruck der Berichterstatterinnen lag zumindest ein Grund des Misserfolgs in diesen Fällen auch darin begründet, dass das Gleichstellungsgesetz entweder gar nicht ins Blickfeld lag und deshalb (fälschlicherweise) auch nicht zur Anwendung kam, oder dass die Anwendung und Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes seitens der Gerichte (eventuell zusätzlich auch der Rechtsvertretungen, das kann aus den Urteilen weniger gut herausgelesen werden) mangelhaft war (insbesondere bezüglich *Untersuchungsmaxime*, *Beweiserleichterung*, *Rechtfertigungsgründe* und *Grundlagen der Entschädigungsansprüche*) sowie in der mangelhaften Sachverhaltsabklärung.

**Tabelle 7: Rache Kündigung**

Anzahl aller analysierten Fälle	47	100%
davon inhaltlich mit Rache Kündigung verbunden	7	15% aller Fälle
davon verbunden mit sexueller Belästigung	3	43% aller inhaltlichen Rache Kündigungen
davon verbunden mit Lohndiskriminierung	2	28,5% aller inhaltlichen Rache Kündigungen
davon verbunden mit anderen Diskriminierungsarten	2	
Im Prozess als Rache Kündigung mind. indirekt thematisiert	3	43% der inhaltlichen Rache Kündigungen
klar als Rache Kündigung gemäss GIG geltend gemacht	0	!!!
als Rache Kündigung im Urteil abgehandelt	0	
Wiedereinstellung direkt oder indirekt thematisiert	2	<sup>2</sup> / <sub>3</sub> der thematisierten Rache Kündigungen
Wiedereinstellung aufgrund GIG verlangt	0	
Wiedereinstellung verfügt	0	
als diskriminierende Kündigung GIG abgehandelt	1	
als missbräuchliche Kündigung nur nach OR abgehandelt	2	
Erledigungsart der 7 inhaltlichen Rache Kündigungen	1 Rückzug Klage 1 Abweisung ohne Behandlung der Rache Kündigung 1 Entschädigung wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung nach OR zugesprochen, ohne Abhandlung GIG 1 Entschädigung wegen Gehörsverletzung nach Personalgesetz zugesprochen, ohne Abhandlung GIG 1 Nichtbeachtung Teil Wiedereinstellung, ansonsten Entschädigung wegen diskriminierender Kündigung nach GIG 1 Rache Kündigung nicht geltend gemacht (Kündigung nach Lohnbeschwerde), aber Protest wegen Kündigung aufgrund von Mutterschaft eingelegt (gänzlich ohne Verweis auf GIG, GIG nur im Zus. mit Lohndiskriminierung angerufen), vom Gericht Rechtsgrundlagen nicht geklärt, keine Entschädigung in Zus. mit Kündigung 1 Rache Kündigung bzw. Wiedereinstellung von Klägerin nur am Rande erwähnt und nicht weiter darauf bestanden, vom Gericht übergangen	
Entschädigung zugesprochen	In 3 der 7 inhaltlichen Rache Kündigungen	
Rechtsgrundlage der zugesprochenen Entschädigung	1 rein nach OR, ohne GIG 1 nach Personalgesetz, ohne GIG 1 GIG wegen diskriminierender Kündigung	

Dans le but d'évaluer l'efficacité de la loi sur l'égalité, le contenu de 42% des jugements rendus sur la base de ladite loi (LEg) a été soumis à une analyse approfondie. Dans ce contexte, de grandes lacunes ont été mises en lumière au niveau de l'application de la LEg. Ainsi, la maxime inquisitoire n'est guère appliquée et l'administration des preuves n'a lieu que rarement sur deux niveaux. Il est fréquent que des conditions erronées soient posées lorsqu'il s'agit de rendre une justification crédible ou d'y apporter une contre-preuve. Par ailleurs, en cas de licenciement discriminatoire ou de congé-représailles (protection spéciale contre le licenciement selon la LEg), les conséquences juridiques sont rarement évaluées avec pertinence, en particulier dans les cas de harcèlement sexuel sur le lieu de travail.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

# Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung



SUSY STAUBER-MOSER,  
Dr. iur., Rechtsanwältin  
und Mediatorin SAV/  
SDM-FSM, Meilen

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Überblick über die Rechtsprechung zur Lohngleichheit
- III. Der Lohngleichheitsanspruch und seine Durchsetzung
  1. Grundsatz
  2. Geschlechtsbedingte Benachteiligung
  3. Direkte und indirekte Diskriminierung
  4. "Typische" Frauenberufe
  5. Gleichwertigkeit
  6. Glaubhaftmachen und Umkehr der Beweislast
  7. Rechtfertigungsgründe
  8. Festsetzung des geschuldeten Lohnes
- IV. Schluss

## I. Einleitung

Seit 1981 gilt in der Schweiz der verfassungsmässige Anspruch auf gleiche Entlohnung für Frauen und Männer (damals noch altBV Art. 4 Abs. 2, heute BV Art. 8 Abs. 3 Satz 3). Bereits vor dieser Verfassungsänderung wurde der Grundsatz der gleichen Entlohnung vom Bundesgericht in Anstellungsverhältnissen der öffentlichen Hand gestützt auf das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot als unmittelbar anwendbar anerkannt<sup>1</sup>. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich bei gleicher Arbeitsleistung unterschiedliche Entlohnungen nur gerade wegen des Geschlechts nicht mehr rechtfertigen liessen und entsprechende Ungleichheiten ohne Rücksicht auf das kantonale Budget sofort zu beheben seien.

Für private Arbeitsverhältnisse galt vor 1981 die Vertragsfreiheit. Erst mit der neuen Verfassungsbestimmung der gleichen Entlohnung von Frauen und Männern wurde eine Drittwirkung des Lohngleichheitsgebots auf sämtliche Arbeitsverhältnisse, d.h. auch gegenüber privaten Arbeitgebern, erzielt und im Sinne einer Doppelnorm zugleich Bundesarbeitsrecht geschaffen<sup>2</sup>.

Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (nachfolgend "GIG") hat den verfassungsrechtlichen Grundsatz der gleichen Entlohnung für Frau und Mann konkretisiert und auf alle geschlechtsbedingten Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis ausgeweitet; diverse Verfahrensbestimmungen sollen zudem die Durchsetzbarkeit erleichtern<sup>3</sup>.

Dem Wortlaut nach hat das GIG beide Geschlechter im Blickfeld, von seiner geschichtlichen Entwicklung her zielt es aber klar auf die Besserstellung der Frau im Arbeitsleben hin, namentlich auf die Beseitigung der zu ihren Ungunsten bestehenden Lohndifferenzen<sup>4</sup>.

Das GIG hat insofern nur gerade die "Spitze des Eisbergs" erfasst, als damit zwar für sämtliche Arbeitsverhältnisse der gleiche Lohn für gleichwertige Arbeit grundsätzlich erleichtert durchsetzbar geworden ist. Bei der Frage aber, was als "gleichwertige Arbeit" zu gelten hat und anhand welcher Kriterien dies festzustellen ist, besteht nach wie vor ein weiter Ermessensbereich<sup>5</sup>.

Praktisch keine Auswirkungen hatte der Grundsatz der gleichen Entlohnung zudem auf die bestehende geschlechtsdifferenzierende Aufgaben- und Rollenteilung (bezahlte Arbeit ausser Haus und ungebremste Karriere für den Mann, für die Frau demgegenüber unbezahlte Arbeit im Haus mit Karriereknick und häufig Teilzeitanstellung) sowie die berufliche Segregation (Tätigkeit von Frauen hauptsächlich in den schlechter bezahlten "typischen Frauenberufen").

Die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes<sup>6</sup> hat ergeben, dass nach seinem Inkrafttreten die mancherorts befürchtete Prozesslawine ausgeblieben ist, obschon das Gesetz nebst dem expliziten Einbezug aller

1 Vgl. den ersten Entscheid zur Lohngleichheit im öff. Dienst: BGE 103 Ia 517 (Lehrerin im Kanton Neuenburg); ferner 105 Ia 120 (Lehrerin im Kanton Freiburg); sowie MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, *Justitias Waage – wagemutige Justitia?*, Basel 2003, 22 f.

2 Vgl. BGE 114 Ia 329 E. 2 und 113 Ia 107 = Pra 76/1987 Nr. 254.

3 Vgl. BGE 124 II 436 E. 10d; 125 III 368 E. 2; 127 III 207 E. 4, 5b und c.

4 Vgl. BIGLER (FN 1), 273 f.

5 Dazu ausführlich BIGLER (FN 1), 58 ff. und nachfolgend Ziff. 5.

6 Vgl. dazu Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Auftrag des Bundesamts für Justiz vom 15. Februar 2006 sowie HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes*, Synthesebericht, April 2005, ferner Bausteine 2 und 6 betr. Auswertung Gerichtsurteile (Januar/Februar 2005), nachfolgend zit. "Evaluation GIG"; abrufbar unter <www.bj.admin.ch>.



Benachteiligungen auch in privaten Arbeitsverhältnissen gerade bezweckte, die Durchsetzbarkeit des Lohngleichheitsanspruchs zu verbessern. Die in diese Richtung zielenden, mit dem GIG eingeführten Verfahrenserleichterungen, so insbesondere die Beweislastumkehr in Art. 6 GIG<sup>7</sup> sowie der Kündigungsschutz in Art. 10 GIG, greifen demnach zu kurz. Die Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann hat sich im schweizerischen Durchschnitt wenig verändert und hält sich bei etwa 20%, wobei sich die Schere mit zunehmender Altersstufe der Arbeitnehmenden nach oben öffnet und markantere Ungleichheiten im höheren Kader (bis zu 50% Lohnunterschied) sowie bei Verheirateten bestehen (Heirat führt bei Männern tendenziell zu höherem Lohn, während es sich bei Frauen gerade umgekehrt verhält)<sup>8</sup>.

In den unteren Instanzen, insbesondere auch bei den Schlichtungsstellen, machen die Lohngleichheitsbegehren rund einen Drittel der Gleichstellungsklagen aus. Auf die Stufe des Bundesgerichts sind mit ganz wenigen Ausnahmen (einige Entschädigungsstreitigkeiten wegen sexueller Belästigung und eine Anstellungsdiskriminierung) nur Lohnklagen gelangt, wovon seit Erlass des GIG nur wenige privatrechtliche<sup>9</sup>.

Ein Grund für diese spärlichen Lohngleichheitsklagen aus der Privatwirtschaft, aber auch insgesamt, ist wohl die nicht durchwegs kohärente Rechtsprechung des Bundesgerichts und das weite Ermessen, das den Arbeitgebenden bei der Lohnfestsetzung zugestanden wird, was in vielen Fällen auf eine blosser Willkürprüfung durch das Gericht hinausläuft und ein starkes aleatorisches Moment schafft. Hinzu kommt die Ungewissheit hinsichtlich Diskriminierungsfreiheit der Expertisen selbst und deren Befolgung durch das Bundesgericht<sup>10</sup>. Erschwerend wirken sich auch die ungleich langen "Spiesse" und "unterschiedlichen Kriegskassen" von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden aus, da es aufgrund der oft recht komplexen Sachverhalte, welche eine sorgfältige Abklärung mittels Expertisen erfordern, eine lange Prozessdauer – in extremen Fällen bis zu 10 Jahren – durchzustehen gilt.

Die mit dem GIG eingefügten Verfahrenserleichterungen, nämlich

- die Beweislastumkehr (GIG Art. 6),
- das Verbandsbeschwerderecht (und Unterstützung der Klägerin durch einen Verband, Art. 7 GIG)<sup>11</sup>,
- der Kündigungsschutz (Art. 10 GIG),
- die Untersuchungsmaxime und generelle Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht der beklagten Partei bei der Abklärung des Sachverhalts (Art. 12 GIG i.V.m. 343 OR) sowie
- die Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 12 GIG, nicht aber der notwendigen Rechtsvertretung, zudem besteht Entschädigungspflicht für Anwaltskosten bei Unterliegen), haben hier lediglich einen teilweisen Ausgleich geschaffen.

Mangelnde Lohntransparenz und fehlende vorprozessuale Auskunftspflichten der Arbeitgebenden (ausgenommen vor

der Schlichtungsstelle) sowie auch lückenhafte Information über die eigenen Rechtsansprüche lassen den Ausgang eines Verfahrens für Betroffene als schwer einschätzbar erscheinen. Hinzu kommt die Furcht, auf längere Zeit Energien zu binden, negative Referenzen einzuhandeln und den Arbeitsplatz oder gar die Arbeitsmarktfähigkeit zu verlieren.

Die genannten Gründe werden wohl auch zukünftig Arbeitnehmende vor allem in der Privatwirtschaft davon abhalten, ihren Lohngleichheitsanspruch durchzusetzen. Sollten sie es dennoch wagen, dann weiterhin meist nur in bereits gekündigtem Arbeitsverhältnis. Der Kündigungsschutz von 6 Monaten kann hier also gar nicht greifen.<sup>12</sup>

Findet die Diskriminierung – wie es häufig vorkommen dürfte – gar auf der "Vorstufe" statt, d.h. bei der Aufgabenteilung und Beförderung, wirkt sich das zwar unmittelbar auf den Lohn aus, doch bietet der Lohngleichheitsanspruch hier normalerweise keine Handhabe<sup>13</sup>.

## II. Überblick über die Rechtsprechung zur Lohngleichheit

Nach der vorerwähnten Studie zur Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes<sup>14</sup> hat das Bundesgericht bis 2004 insgesamt 56 Entscheide mit Bezug auf das GIG getroffen, davon 44 öffentlichrechtliche und 12 privatrechtliche. Die weit überwiegende Zahl dieser Urteile betrafen Lohngleichheitsansprüche im öffentlichen Sektor, nämlich

7 Dazu nachfolgend Ziff. 6.

8 Vgl. auch BIGLER (FN 1), 266 f.; DIESELBE, Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?, in ZBl 2/2005, 57 ff., 76; Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Dossier 28, Frauen verdienen mehr, Bern 2004; Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Auf dem Weg zur Lohngleichheit?, Bern 2000; Bundesamt für Statistik, Schweiz. Lohnstrukturerhebung 2004, "Lohnniveau nach Geschlecht" und "monatlicher Bruttolohn nach Anforderungsniveau"; abrufbar unter <www.bfs.admin.ch>.

9 Vgl. BGE 125 III 368 ff. (St. Galler Journalistin); 127 III 207 ff./SJZ 98/2002, 358 Nr. 14 (Kaderfrau) und 130 III 145 ff. = Pra. 9/2004 Nr. 132 (angestellte Juristin); sowie einige nicht publizierte Entscheide.

10 Vgl. z.B. BGE 131 II 393 ff., wo teilweise gegen das Gutachten entschieden wurde; ferner BIGLER (FN 1), 58 ff. sowie BIGLER (FN 8), 76 ff.

11 Dazu BIGLER (FN 1), 313 f.; sowie DIESELBE, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, AJP 2001, 1269 ff., 1271; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Egalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, AJP 2005, 1062 ff., 1064.

12 Dazu ausführlich Evaluation GIG, vgl. FN 6.

13 Vgl. aber BGE 130 III 145, wo mit Lohndiskriminierung auch Beförderungsdiskriminierung bejaht wurde.

14 Vgl. Evaluation GIG (FN 6), Baustein 2, 7, und Baustein 6; ferner <www.gleichstellungsgesetz.ch>.

Anfechtungen der Einreihung von so genannt frauenspezifischen Berufen in Besoldungsordnungen sowie Folgentrennung. Bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen halten sich Lohnklagen und Verfahren betreffend sexuelle Belästigungen – teilweise gekoppelt mit diskriminierender Kündigung – in etwa die Waage.

Diskriminierungen bei der Beförderung oder Aufgabenteilung, welche der Lohndiskriminierung quasi "vorgelagert" sind, sowie weitere diskriminierende Praktiken wurden kaum je eingeklagt<sup>15</sup>.

Im Bereich der Lohngleichheit wird dem GIG die grösste Wirksamkeit attestiert und insgesamt ist ein Weiterzug für Betroffene in der überwiegenden Zahl der Fälle positiv verlaufen, d.h. je höher die Instanz, desto günstiger ist im Allgemeinen der Entscheid ausgefallen (dieses Ergebnis ist noch eindeutiger, wenn man berücksichtigt, dass knapp die Hälfte der abweisenden Entscheide des Bundesgerichts aus bloss formellen Gründen erfolgte)<sup>16</sup>.

Das Durchhaltevermögen, welches Betroffenen angesichts der zum Teil sehr langen Dauer von Lohngleichheitsklagen abverlangt wurde, hat sich also mehrheitlich gelohnt<sup>17</sup>.

Seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes sind rund 20 publizierte (neben einigen nicht publizierten) Entscheide zur Lohngleichheit ergangen. Sie betreffen im Wesentlichen die folgenden Berufe<sup>18</sup>:

Im öffentlichen Bereich: Berner Logopädin (BGE 123 I 1); Solothurner Kindergärtnerinnen (BGE 124 II 436); Zürcher Handarbeitslehrerinnen (BGE 124 II 409); Solothurner Sozialbetreuerin sowie Physiotherapeutinnen (BGE 124 II 529 und 125 II 385); Zürcher Kindergärtnerinnen (BGE 125 II 530, 541); St. Galler Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege (BGE 126 II 217); Solothurner Krankenschwestern (BGE 131 II 393).

Sodann im privatrechtlichen Bereich: Journalistin gegenüber neu eingestelltem Kollegen (BGE 125 III 368); Kaderfrau im Vergleich zu gleich qualifiziertem, aber weniger erfahrenem Kollegen (BGE 127 III 207) sowie angestellte Juristin in einem Finanzinstitut im Vergleich mit ihrem Vorgänger und weiteren Angestellten (BGE 130 III 145).

Die drei letztgenannten Entscheide lassen darauf schliessen, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung von Diskriminierungen problembewusster geworden ist, so namentlich im neuesten privatrechtlichen Entscheid in BGE 130 III 145, in welchem eine Diskriminierung sowohl hinsichtlich Beförderung als auch Lohn und Bonus bejaht wurde und die Betroffene vollumfänglich Recht erhielt.

Nach diesem Überblick soll nun untersucht werden, welche Thesen in Bezug auf die Lohngleichheit und deren Durchsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnommen werden können, was quasi "verlässlicher Grund" ist, wo Unsicherheiten bestehen und was zu klären und zu überdenken ansteht.

Zuletzt soll ein Ausblick auf die Tendenzen gewagt werden, mit welchen künftig zu rechnen ist.

Ich beschränke mich dabei auf das nach meinem Dafürhalten Wesentliche, lege den Schwerpunkt auf die neueste

Rechtsprechung und verweise für Einzelheiten auf die einschlägige Judikatur und Literatur.

### III. Der Lohngleichheitsanspruch und seine Durchsetzung

Was heisst nun Lohngleichheit konkret und welche Rechtsgrundsätze für ihre Durchsetzung sind der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen, wo bestehen allenfalls Unklarheiten?

#### 1. Grundsatz

Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV bzw. bis 1.1.2000 Art. 4 Abs. 2 Satz 3 altBV) sowie Art. 3 GIG ist jede direkte oder indirekte lohnmäßige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts verboten. Die Beseitigung der Diskriminierung und Zahlung des geschuldeten (diskriminierungsfreien) Lohnes ist unmittelbar durchsetzbar bis vor Bundesgericht (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG)<sup>19</sup>.

Lohndiskriminierung liegt vor, wenn eine Person verglichen mit Angehörigen des andern Geschlechts für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält oder zum Nachteil geschlechtsspezifisch identifizierter Berufe Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind<sup>20</sup>.

Das Lohngleichheitsprinzip ist absolut zu verstehen; es ist nicht an Bedingungen geknüpft und gilt für alle Bereiche des Berufslebens<sup>21</sup>. Die Durchsetzbarkeit ist nicht auf individuelle Lohnstreitigkeiten beschränkt, sondern auch generelle Lohnregelungen (Gesetze und Verordnungen) sollen

15 Vgl. jetzt aber BGE 130 III 145 ff. zu diskriminierender Beförderung.

16 Vgl. Evaluation GIG (FN 6), Baustein 2, 12 ff., Baustein 6, 35, 42.

17 Gegenläufiges Beispiel in jüngerer Zeit ist der viel kritisierte Entscheid BGE 126 II 217 betr. Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege, dazu nachstehend auch Ziff. 7.

18 Vgl. auch die früheren Entscheide betreffend Basler Kindergärtnerinnen (BGE 117 Ia 262) und Solothurner Berufsbetreiberin (BGE 118 Ia 35); sowie die vollständigen Listen bis 2001 bei BIGLER (FN 11), 1277; sowie BIGLER (FN 1), 270, Fn. 836.

19 Im privatrechtlichen Bereich je nach Streitwert mit staatsrechtlicher Beschwerde oder Berufung, im öffentlichen Bereich mit staatsrechtlicher Beschwerde oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde; vgl. dazu BIGLER (FN 11), 1276 sowie BIGLER (FN 1), 71 ff.; AUBRY (FN 11), 1071 f.

20 Vgl. BGE 127 III 207; 125 III 368, 371 und 124 II 409; sowie Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 27 und dort zit. Entscheide.

21 BGE 130 III 145 E. 3.2 und 127 III 207 E. 4.



auf ihre Übereinstimmung mit dem Lohngleichheitsgrundsatz überprüft werden können<sup>22</sup>.

Der Begriff des Lohnes ist dabei umfassend zu verstehen und betrifft sämtliche Leistungen, die im direkten Zusammenhang mit der Arbeit stehen, d.h. auch Ferienabgeltungen, Teuerungszulagen, Gratifikation etc. und soziale Lohnkomponenten wie Kinderzulagen<sup>23</sup>, ferner gemäss viel kritisiertem Entscheid in BGE 126 II 217 auch die vom öffentlichrechtlichen Arbeitgeber bezahlten Ausbildungskosten<sup>24</sup>.

Verglichen werden können nur Arbeitslöhne im selben Unternehmen bzw. in derselben öffentlich rechtlichen Einheit (Kanton oder Gemeinwesen). Das GIG bietet keine Handhabe, die weiterhin bestehenden erheblichen Unterschiede im Lohngefüge zwischen einzelnen Gemeinden oder Kantonen gesamtschweizerisch auszugleichen. Dem entspricht, dass sich Arbeitgebende nicht damit rechtfertigen können, andernorts würden die gleich tiefen Löhne bezahlt; solche Hinweise auf einen allfälligen Referenzmarkt wären nur zu hören, wenn gleichzeitig der Nachweis erbracht wird, dass die auf dem Referenzmarkt bezahlten Löhne nicht selbst diskriminierend sind<sup>25</sup>.

## 2. Geschlechtsbedingte Benachteiligung

Die Geschlechtsbezogenheit ungleicher Entlohnung ist notwendiges Tatbestandsmerkmal einer Lohndiskriminierung.

Die Betroffene hat also darzutun, dass es sich um eine geschlechtsbedingte Benachteiligung handelt, d.h. der Lohnunterschied nicht anders als durch das unterschiedliche Geschlecht erklärt werden kann, wobei hierfür nicht der volle Beweis (i.S. von Art. 8 ZGB) gefordert wird, sondern die geschlechtsbedingte Benachteiligung ist lediglich glaubhaft zu machen (Art. 6 GIG); alsdann wird die Diskriminierung vermutet und es obliegt der Arbeitgeberseite, den Vollbeweis entweder dafür zu erbringen, dass trotz Anschein einer Diskriminierung eine solche nicht gegeben ist bzw. Rechtfertigungsgründe im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegen (dazu nachstehend Ziff. 7).

Haben zwei Arbeitnehmende unterschiedlichen Geschlechts vergleichbare Positionen bzw. gleiche Arbeit, wird im Falle einer Lohndifferenz vermutet, dass eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliegt. Es genügt hier eine Vergleichsperson des andern Geschlechts, ohne dass im Einzelfall noch die Lohnstruktur des Unternehmens insgesamt und die Einordnung der fraglichen Positionen in derselben geprüft werden müsste<sup>26</sup>.

Diese Aspekte könnten aber allenfalls von Relevanz sein für die Bestimmung der Höhe des diskriminierungsfreien Lohnes und eine fundiertere Analyse, wenn die Gleichwertigkeit in Zweifel gezogen wird bzw. allfällig angeführte Rechtfertigungsgründe zu gewichten sind<sup>27</sup>.

Eine geschlechtsbedingte Benachteiligung ist z.B. zu vermuten, wenn eine Lehrerin bei gleicher Stundenzahl einen geringeren Lohn bezieht als ihr Kollege oder wenn trotz hoher beruflicher Anforderungen und nicht beanstandeter Leistungen eine Juristin mit jahrelanger Berufs- und

Betriebserfahrung einen tieferen Lohn und Bonus erhält als ihr Vorgänger und ihre zum Teil schlechter ausgebildeten Kollegen<sup>28</sup>.

Irrelevant sind Diskriminierungsabsicht und allfälliges Verschulden der Arbeitgeberseite, d.h. ein solches ist nicht erforderlich<sup>29</sup>.

Hinsichtlich ungleicher Entlohnung von Berufsgruppen hält das Bundesgericht fest, dass nicht jede unzulässige Ungleichbehandlung verschiedener Berufsgruppen eine Geschlechterdiskriminierung darstellt, sondern diese nur gegeben ist, wenn weibliche Angehörige eines auch von Männern ausgeübten Berufes lohnmassig schlechter gestellt werden oder so genannte typische Frauenberufe (dazu nachstehend Ziff. 4) im Vergleich zu männlich dominierten oder geschlechtsneutralen Berufen besoldungsmässig zu tief eingestuft werden<sup>30</sup>.

22 BGE 125 I 74, 79; 126 II 217 E. 4 und 131 II 393.

23 BIGLER (FN 1), 276.

24 Kritisch dazu BIGLER (FN 11), 1272, und BIGLER (FN 1), 297 f.; sowie GABRIELA MATEFI, Marktlohn und Ausbildungskosten: sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden?, AJP 2001, 1319 ff., 1325.

25 BGE 131 II 393, 408 f.; 130 III 145 E. 3.1.2.; sowie nachfolgend Ziff. 7.

26 BGE 127 III 207 und 130 III 145 E. 4, 162; ferner Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 19.

27 Dazu MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, Bern 2006, 78 ff., 82. Die Aspekte sind relevant für eine fundierte Analyse beim Einsatz der analytischen Arbeitsbewertung wie auch der statistischen Lohnanalyse (Regressionsanalyse), bei welcher in der Regel die gesamten Lohndaten einbezogen werden müssen (selbst wenn der eigentliche Vergleich dann mit einer Vergleichsposition erfolgen kann). D.h. es können sich methodische Bedürfnisse bei der Analyse ergeben, welche dazu führen, dass die erwähnte Prüfung eben doch vorgenommen werden muss. Dazu auch hinten Ziff. 5 (insb. FN 50) und 8.

28 Vgl. BGE 130 III 145 E. 4, 162. In diesem Entscheid wird zudem gerügt, dass die Betroffene nicht angemessen befördert wurde.

29 BGE 130 III 145; 124 II 416; vgl. ferner Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 18: Das Motiv der Diskriminierung und der Umstand, ob sich die Arbeitgeberseite einer Diskriminierung überhaupt bewusst ist, sind gänzlich unerheblich.

30 BGE 127 III 207. Nicht geschlechtsspezifische Diskriminierung kann im öffentlichen Bereich nur gestützt auf den allgemeinen Rechtsgleichheitsgrundsatz und ohne Rückwirkung geltend gemacht werden, vgl. BGE 131 I 105; 129 I 161 und 124 II 534; sowie unter ganz engen Voraussetzungen auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gestützt auf die Fürsorgepflicht in Art. 328 OR, dazu statt vieler ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 322 N 20, 322d N 5 und 328 N 12.

### 3. Direkte und indirekte Diskriminierung

Die geschlechtsspezifische ungleiche Entlohnung kann direkt oder indirekt diskriminierend sein: Bei der direkten Diskriminierung ist der Lohn einer Frau grundlos tiefer als der Lohn von Männern in vergleichbarer Position. Sie ist mittels eines direkten Vergleichs relativ leicht zu erfassen. Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung bietet demgegenüber mehr Schwierigkeiten. Nach der Rechtsprechung ist sie gegeben, wenn eine Anordnung, eine Verfügung oder auch eine Rechtsnorm, so z.B. eine besoldungsmässige Einstufung einer Berufsgruppe, geschlechtsneutral gefasst ist, sich im Ergebnis aber überwiegend nachteilig für das eine Geschlecht auswirkt, ohne dass dafür rechtsgenügeliche Rechtfertigungsgründe angeführt werden können<sup>31</sup>.

Eine indirekte Lohndiskriminierung liegt vor, wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs oder zum Nachteil einzelner Erwerbstätiger gegenüber Angehörigen des andern Geschlechts Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet und nicht durch objektive Gründe zu rechtfertigen sind<sup>32</sup>.

Als typisches Beispiel wird in der Literatur die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten, z.B. hinsichtlich Lohnhöhe und Zuschlägen, genannt<sup>33</sup>, weil erfahrungsgemäss viel mehr Frauen als Männer teilzeitlich tätig sind. Indirekte Diskriminierung liegt aber auch bei der vorgenannten zu tiefen besoldungsmässigen Einstufung typischer Frauenberufe, z.B. der Kindergärtnerin, vor<sup>34</sup> und namentlich bei einem sogenannten Minusklassenentscheid, d.h. einer im Anschluss an eine Besoldungsrevision aus Spargründen erfolgten nachträglichen Zurückstufung typischer Frauenberufe durch politische Gremien<sup>35</sup>. Ein solcher Entscheid wurde nun vom Bundesgericht als diskriminierend eingestuft<sup>36</sup>.

### 4. "Typische" Frauenberufe

Bei den vom Bundesgericht behandelten Lohngleichheitsklagen im öffentlichen Bereich geht es regelmässig darum, die korrekte diskriminierungsfreie Einstufung einer so genannt frauentypischen Funktion gegenüber einer ähnlichen geschlechtsneutralen durchzusetzen. Ausnahmsweise kann aber auch hier ein direkter Lohnvergleich zwischen weiblichen und männlichen Mitarbeitenden anstehen<sup>37</sup>.

Soweit es nicht um unmittelbare Vergleiche mit männlichen Kollegen in vergleichbarer Funktion, sondern um zu tiefe Einstufung ganzer Berufsgruppen geht, fällt die Frage nach der Geschlechtsbezogenheit einer allfälligen Benachteiligung mit der Frage zusammen, ob eine bestimmte Tätigkeit spezifisch weiblich geprägt ist.

Wird die zu tiefe lohnmassige Einstufung einer Berufsgruppe geltend gemacht, setzt somit die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung voraus, dass es sich dabei um einen typischen Frauenberuf handelt<sup>38</sup>, bzw. dass erheblich mehr Frauen betroffen sind<sup>39</sup>. Die diesbezügliche Klärung des

Sachverhalts und rechtliche Würdigung obliegt dem Gericht<sup>40</sup>.

Das Bundesgericht hat die frauentypische Identifikation eines Berufs als Tatbestandsmerkmal einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung wiederholt beurteilt. Es stellt in erster Linie auf das statistische Element ab und betrachtet Berufe mit einem Frauenanteil von mehr als 70% in der Regel als frauentypisch. Berücksichtigt werden je nachdem aber auch die historische Entwicklung, die allgemeine Lebenserfahrung oder gesellschaftliche Wertungen. Der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten muss jedenfalls erheblich höher sein als der Anteil des andern Geschlechts, wobei es nicht auf regionale Abweichungen ankommen soll. Unzweifelhaft frauentypisch ist ein Beruf wie die Kindergärtnerin mit einem Frauenanteil von rund 90%, während der (historisch gesehen männlich identifizierte) Primarlehrerberuf trotz heutigem Frauenanteil von rund 70% als geschlechtsneutral gilt<sup>41</sup>. Zu den frauentypischen Berufen gehören auch die Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrerin, die Krankenschwester sowie die Lehrkraft für Krankenpflege und neuerdings die Physiotherapeutin<sup>42</sup>, nicht eindeutig aber die Sozialarbeiterin<sup>43</sup>.

31 Vgl. BGE 131 II 409; 125 II 385, 387; 125 II 530 E. 2 und E. 6; 125 II 541, 543, 550; 124 II 409, 424 f., 436; 124 II 529, 535 f.; BIGLER (FN 1), 45, 127, 247, 288; OLIVIER STEINER, Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, AJP 2001, 1281 ff.; KATHRIN ARIOLI, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, 1327 ff., 1330; ELISABETH FREIHOFF in Kommentar zum GIG, Basel 1997, N 1 ff. zu Art. 3.

32 Vgl. auch BGE 124 II 409, 424 f., 530 und 534.

33 BIGLER (FN 1), 289; AUBRY (FN 11), 1063.

34 Vgl. dazu BIGLER (FN 1), 289 f. und dort zit. Entscheide. Das Bundesgericht hatte sich bisher hauptsächlich mit der Unterzahlung typischer Frauenberufe zu befassen; vgl. STEINER (FN 30), 1282.

35 Vgl. kritisch BIGLER (FN 1), 287 und 291; BGE 125 I 71 E. 4c.

36 BGE 131 II 393, 408 und SJZ 102/2006 Nr. 14, 335 f., Ziff. 9.

37 BGE 124 II 424 f. und dort zit. Entscheide.

38 Dazu ausführlich BIGLER (FN 1), 274 ff. und STEINER (FN 30), 1286 ff.

39 Was nach KATHRIN ARIOLI/BIBIANE EGG, Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen, AJP 2001, 1299 ff., 1303, allein entscheidend sein sollte; vgl. auch BGE 124 II 534 f.

40 Vgl. BGE 125 II 541, 549.

41 Vgl. BGE 124 II 409, 425 f.; 124 II 436, 440 und 124 II 529, 534 ff.; 125 II 385, 387; 125 II 530, 532 und ausführlich BIGLER (FN 1), 273 ff., sowie AUBRY (FN 11), 1064, ferner kritisch ARIOLI/EGG (FN 38), 1303 f.

42 BGE 131 II 398; 126 II 217; 125 II 385, 387.

43 BGE 124 II 535 f., wo trotz Nachweis von über zwei Dritteln weiblicher Schulabgängerinnen die Frage der geschlechtlichen Identifikation zur weiteren Klärung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde, kritisch BIGLER (FN 1), 275.

## 5. Gleichwertigkeit

Dieser Begriff ist zentral bei der Beurteilung von Lohngleichheitsansprüchen.

Der Anspruch auf gleiche Entlohnung setzt gleiche oder gleichwertige Arbeit voraus.

Ist Gleichwertigkeit gegeben, d.h. liegt bezüglich Anforderungen, Verantwortung und Leistung vergleichbare Arbeit vor, und besteht ein Lohnunterschied zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts, ist eine Diskriminierung nahe liegend<sup>44</sup>.

Die Gleichwertigkeit ist Tatbestandsvoraussetzung<sup>45</sup>.

Ungleiche Entlohnung bei gleichwertiger Arbeit ist nur zulässig, wenn sie mit objektiven Gründen – wie etwa zusätzlichen Führungsaufgaben oder erschwerten Arbeitsbedingungen – erklärt werden kann<sup>46</sup>.

Gleiche Arbeit liegt vor bei identischen Tätigkeiten und Anforderungen sowie Gleichheit der für die Lohnfestsetzung entscheidenden Merkmale wie Aus- und Weiterbildung, Qualifikation und Berufserfahrung (so z.B. bei einer Lehrerin im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen oder bei der Nachfolgerin auf dem Posten eines besser bezahlten Angestellten)<sup>47</sup>.

Mehr Schwierigkeiten ergeben sich, wenn lediglich gleichartige Arbeiten bzw. unterschiedliche Tätigkeiten mit ähnlichen Anforderungen und Belastungen zum Vergleich anstehen, deren Gleichwertigkeit in Frage steht. Das Bundesgericht definiert den Begriff der Gleichwertigkeit nicht näher, sondern bemerkt dazu lediglich (mit Bezug auf den öffentlichen Bereich), dass er nicht bloss ähnliche, d.h. gleichartige Arbeiten, sondern auch Tätigkeiten unterschiedlicher Natur umfassen könne, es sei daher stets ein Vergleich mit andern – gleichartigen oder völlig unterschiedlichen – Berufen anzustellen, wobei die Vergleichsbasis relativ breit sein soll<sup>48</sup>.

Es können also auch äusserlich ungleiche Tätigkeiten unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit miteinander verglichen werden, so etwa der Beruf von Krankenschwester oder Physiotherapeutin mit Sanitätspolizist bzw. Polizist sowie von Handarbeitslehrerin mit Primarlehrperson<sup>49</sup>.

Die Gleichwertigkeit ist in der Regel mittels Expertise zu prüfen, falls sie nicht offensichtlich ist, wobei verschiedene Methoden je nach Sachverhalt und Fragestellung zur Verfügung stehen<sup>50</sup>. Im Wesentlichen wird zwischen arbeitswissenschaftlicher und statistischer Methode unterschieden. Bei der arbeitswissenschaftlichen Methode der analytischen Arbeitsbewertung werden anhand des Pflichtenheftes der zu vergleichenden Positionen und weiterer Informationen zur Funktion Faktoren wie physische und psychische Belastungen, Anforderungen an geistige Fähigkeiten, Selbständigkeit und soziale Kompetenz sowie Verantwortung einbezogen und gewichtet. In BGE 130 III 145 wird erstmals auf ein Gutachten nach statistischer Methode ("Regressionsanalyse") abgestellt, bei welcher die Abstufung der Löhne und die Lohnkurve nach den im betreffenden Unternehmen verwendeten Variablen, wie Ausbildung, Berufserfahrung und Anforderungsniveau ermittelt wird und

damit auch die mutmasslich diskriminierungsfreie Einstufung der fraglichen Position. Die anhand der verwendeten Kriterien nicht erklärable Differenz zum effektiv bezahlten Lohn ist auf das Geschlecht zurückzuführen und damit diskriminierend.

Nach diesen Massstäben müsste auch ein höherer Lohn für höherwertige Arbeit durchsetzbar sein, so z.B. wenn zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts den gleichen Lohn beziehen, obschon im einen Fall wesentlich mehr Leistung erbracht wird und der Betrieb diesem Kriterium im Übrigen bei der Lohnbemessung Rechnung trägt<sup>51</sup>.

Welche Methode angewandt und wie dabei vorgegangen wird, ist von entscheidender Bedeutung für das Ergebnis<sup>52</sup>, ob Gleichwertigkeit zu bejahen und in welchem Umfang die Lohndifferenz durch objektive Faktoren begründbar ist.

Nach Auffassung des Bundesgerichts gibt es keine "einzig richtige Methode" und enthalten Besoldungssysteme und Expertisen immer auch Werturteile<sup>53</sup>.

Den Expert/innen und auch den Arbeitgebenden in Bezug auf die Ausgestaltung ihres Lohnsystems wird für die

44 BGE 127 III 213; 130 III 145 E. 4.2. am Ende: "Und wenn eine Frau mit einer gleichwertigen Qualifikation wie ihr männlicher Vorgänger weniger Lohn erhält als dieser, ist es wahrscheinlich, dass diese Ungleichbehandlung eine in Art. 3 GIG verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt".

45 BGE 124 II 409, 426.

46 BGE 130 III 145 E. 3.1.2; BIGLER (FN 1), 281 f. und nachfolgend Ziff. 7.

47 Vgl. BIGLER (FN 1), 281, und die dort zit. Entscheide. Nach BIGLER setzt Gleichheit der Arbeit voraus, dass bei gleichen Anforderungen Frau und Mann arbeitsmässig gleicherweise einsetzbar sind und auch Gleichheit der für die Festsetzung der Besoldung und für deren Vergleichbarkeit entscheidenden Merkmale gegeben ist.

48 Vgl. BGE 124 II 409 E. 9; 125 I 71 E. 2b und c/aa; 125 II 385 E. 5b und 6 f.; ferner 129 I 165; BIGLER (FN 1), 279, 282 und dort zit. Entscheide, welche dafür hält, dass diese Berufe in den wesentlichsten Merkmalen vergleichbar sein sollten; ferner BIGLER (FN 11), 1273.

49 Vgl. BGE 131 II 393, 403; BGE 125 II 385 E. 6 f.; sowie BIGLER (FN 11), 1273 und dort zit. Entscheide.

50 Vgl. BGE 130 III 145 E. 3.1.2; ARIOLI/EGG (FN 38), 1300; AUBRY (FN 11), 1070 f.; sowie zu den Methoden ausführlich SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 27); ferner YVES FLÜCKIGER, *Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis*, AJP 2001, 1340 ff.; CHRISTIAN KATZ/CHRISTOPH BAITSCH, *Arbeit bewerten – Personal beurteilen*, Zürich 2006.

51 Vgl. auch BGE 130 II 145, wo die Arbeit der Klägerin unter anderem mit der weniger anspruchsvollen Arbeit gleich oder nur wenig tiefer bezahlter Kollegen verglichen wurde; in E. 4.3.1 wird auch die mit einer Position verbundene Verantwortung als wichtiges lohnelevantes Kriterium genannt; vgl. ferner auch BGE 127 III 207.

52 Vgl. dazu BGE 130 III 145.

53 Vgl. BGE 131 II 402; 125 II 390 f., dazu auch BIGLER (FN 1), 285.

Wahl der Methoden und verwendeten Kriterien sowie deren Bewertung ein grosses Ermessen zugestanden, welches lediglich durch das Willkürverbot begrenzt ist. Verboten ist allein die Verwendung diskriminierender Merkmale und Massstäbe<sup>54</sup>. Ein auf vereinfachter Funktionsanalyse basierendes Lohnsystem wurde wiederholt als nicht diskriminierend anerkannt, obschon die angewandten Methoden und verwendeten Kriterien nach den eingeholten Gutachten Diskriminierungspotential enthielten bzw. die Bewertung einzelner Kriterien Frauen benachteiligte (so z.B. die zu tiefe Bewertung von "Gefühlsarbeit")<sup>55</sup>. Auch im neuesten Entscheid wurde dem eingeholten Gutachten nicht Folge geleistet mit wenig überzeugender Begründung: "Wenn ein Kanton für sein gesamtes Personal eine Arbeitsplatzbewertung nach einer einheitlichen Methode durchführt, dann wäre es problematisch, im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung einzelner Funktionen ein anderes Vorgehen anzuwenden. Andernfalls würde die vom Kanton beabsichtigte Systematik des Lohngefüges aus den Angeln gehoben"<sup>56</sup>. Dies kann jedenfalls nur dann gelten, wenn das angewandte System zu Recht als nicht diskriminierend anerkannt worden ist. Enthält dieses aber selbst diskriminierende Elemente (wie es der vereinfachten Funktionsanalyse verschiedentlich in Expertisen attestiert wurde), muss eine andere diskriminierungsfreie Bewertungsmethode gewählt werden.

Mit der Zurückhaltung, die sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der Angemessenheit von Besoldungssystemen auferlegt und dem weiten Ermessen, das es Arbeitgebenden bei der Lohnfestsetzung einräumt, wird die Absolutheit des Lohngleichheitsanspruchs, welche das Gericht andernorts explizit anerkannt hat, relativiert oder sogar ausgehöhlt<sup>57</sup>. Diese Rechtsprechung, die im Ergebnis auf eine Willkürprüfung hinausläuft, ist entscheidend mitverantwortlich dafür, dass die klagenden Parteien – von Ausnahmen abgesehen – meist nur teilweise Recht bekommen haben.

Es gibt wissenschaftliche Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, welche sich geschlechterbenachteiligender Wertungen enthalten<sup>58</sup>, und es ist zu wünschen, dass das höchste Gericht den mittels solcher Instrumente erstellten Gutachten in Zukunft vermehrt Folge leisten wird. Bei Einzelklagen im privatrechtlichen Bereich scheint die diesbezügliche Bereitschaft bereits heute grösser zu sein als bei so genannten Berufsgruppenklagen im öffentlichen Bereich, wo aufgrund möglicher "Kettenreaktionen" finanziell meist wesentlich mehr auf dem Spiel steht, ein Aspekt der allerdings andernorts vom Bundesgericht als nicht relevant bezeichnet wurde (vgl. nachstehend Ziff. 8).

Als Ausfluss des Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs, wie auch aufgrund des Inhalts des Lohngleichheitsanspruchs in Verbindung mit der Untersuchungsmaxime und richterlichen Prüfungspflicht darf auf eine Expertise nur ausnahmsweise verzichtet und auf die allgemeine Lebenserfahrung oder die eigene Sachkunde des Gerichts abgestellt werden<sup>59</sup>. Dies kommt praktisch nur in Frage, wenn die Gleichwertigkeit offensichtlich ist<sup>60</sup>.

## 6. Glaubhaftmachen und Umkehr der Beweislast

### a. Grundsätzliches

Nach Art. 6 GIG wird unter anderem bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Während nach der allgemeinen Beweislastregel in Art. 8 ZGB diejenige Person die Beweislast für eine Tatsache (und die Folgen der Beweislosigkeit) trägt, welche daraus Ansprüche ableitet, findet in Gleichstellungsprozessen insofern eine Beweislasteileichterung statt, als zwar die klagende Partei immer noch die Last trägt, die Diskriminierung glaubhaft zu machen, ist dies aber gelungen (was nach Art. 3 GIG für geschlechtsbezogene Benachteiligungen und Anknüpfung an geschlechtsbezogene Merkmale von Gesetzes wegen angenommen wird), geht die Beweislast, den Vollbeweis der Nichtdiskriminierung zu erbringen, auf die beklagte Partei über. Diese hat dann also den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass im konkreten Fall keine Benachteiligung eingetreten ist bzw. dafür ausreichende sachliche Gründe vorliegen (vgl. nachfolgend lit. c und Ziff. 7)<sup>61</sup>.

54 BIGLER (FN 11), 1273; das BGer hält fest, dass der Ermessensspielraum der Arbeitgeberschaft durch das Lohnleichheitsgebot nicht grundsätzlich eingeschränkt werde, BGE 124 II 409 und 125 I 71, 79 f.; 125 II 390 ff.

55 BGE 131 II 399 f. und dort zit. Entscheide, 401 f.; SJZ 102/2006 Nr. 14, 335 Ziff. 9; BGE 125 II 541, 548 ff.; vgl. auch die Kritik bei ARIOLI/EGG (FN 39), 1300 und STEINER (FN 31), 1285 f.

56 BGE 131 II 401 E. 6.4; zur Nichtbefolgung arbeitswissenschaftlicher Gutachten in Lohnleichheitsprozessen kritisch ARIOLI/EGG (FN 39), 1306 f. sowie MATEFI (FN 24), 1327.

57 Vgl. auch BIGLER (FN 1), 287, 291 f., 298 ff., DIESELBE (FN 8), 75 f.

58 Dazu SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 27); ferner KATZ/BAITSCH (FN 50).

59 BGE 124 II 409. E. 4c; 117 Ia 262 E. 4.

60 Vgl. BGE 130 III 145 E. 3.1.2. Weiter wohl auch dann, wenn sie offensichtlich fehlt. Selbst bei gleicher Arbeit bzw. vergleichbarer Position und direkter Vergleichsmöglichkeit mit einem männlichen Kollegen kann eine Expertise zur Gewichtung allfälliger Rechtfertigungsgründe und Bestimmung des diskriminierungsfreien Lohnes von Nöten sein, vgl. auch nachfolgend Ziff. 8.

61 Vgl. SABINE STEIGER-SACKMANN in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 6 N 33. Nach STEIGER-SACKMANN, Art. 6 N 28 und 34 f. (vgl. auch BGE 130 III 145 E. 4.2) steht hinter dieser Regelung die gesetzgeberische Absicht, die Hürde für die Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen herabzusetzen. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis ist die strukturelle Beweisnot der Arbeitnehmenden ein gewichtiger Grund für die zu ihren Gunsten statuierte gesetzliche Beweislasteileichterung: Der Nachweis einer Diskriminierung kann nur erbracht werden, indem die Arbeitsbedingungen einer Person mit denjenigen der übrigen Angestellten verglichen werden. Häufig verfügen Arbeitnehmende aber nicht über genügend gesicherte Angaben von Vergleichsper-

## b. Glaubhaftmachen der Diskriminierung

In einem ersten Schritt hat das Gericht also zu prüfen, ob die Diskriminierung, d.h. die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, im vorstehenden Sinne glaubhaft gemacht ist.

Das Glaubhaftmachen impliziert einen Vergleich mit einer Person des andern Geschlechts und umfasst zwei Elemente: Den Umstand der Benachteiligung an sich – d.h. den Lohnunterschied bei gleichwertiger Tätigkeit – und den Benachteiligungsgrund. Für beides gilt die Regel von Art. 6 GIG, d.h. beides ist glaubhaft zu machen, damit die Beweislastumkehr stattfindet<sup>62</sup>.

Glaubhaft zu machen ist zunächst die Gleichwertigkeit der Tätigkeit als Anspruchsgrundlage und Tatbestandsvoraussetzung der Diskriminierung<sup>63</sup>. Glaubhaft zu machen ist weiter, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt, was nach den Ausführungen in Ziff. 2 hievorigen zu vermuten ist, wenn eine Angehörige des einen Geschlechts im Vergleich mit einem oder mehreren Angehörigen des andern Geschlechts nachteilig betroffen ist (d.h. für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält), wobei der objektive Tatbestand massgeblich ist und nicht die inneren Beweggründe der Arbeitgeberschaft. Ob eine Diskriminierungsabsicht vorliegt, ist somit irrelevant<sup>64</sup>.

Zum Begriff "Glaubhaftmachen" gibt es keine Legaldefinition. Nach der Gerichtspraxis ist ein Tatbestand glaubhaft gemacht, wenn dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache vermittelt wird. Der Richter muss nicht überzeugt sein. Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten haben könnte, muss nicht ausgeschlossen werden können<sup>65</sup>.

Das Beweismass ist demnach herabgesetzt; es muss nur eine gewisse (nicht überwiegende) Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer Geschlechterdiskriminierung sprechen. Glaubhaftmachung setzt also nicht voraus, dass diese Wahrscheinlichkeit 50% oder mehr beträgt; die Möglichkeit, dass eine benachteiligende Massnahme nicht auf dem Geschlecht beruht, darf durchaus bestehen bleiben<sup>66</sup>. Insgesamt ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung gegeben sein muss, die aber auch geringer als 50% sein kann<sup>67</sup>.

Die Anforderungen an das Glaubhaftmachen werden weiter gemildert durch die *Untersuchungsmaxime*, welche es dem Richter auferlegt, von Amtes wegen alle Fakten zu eruieren, die Aufschluss über die Lohnbemessung geben können<sup>68</sup>.

So hat das Gericht aufgrund der Untersuchungsmaxime eine Expertise einzuholen, wo dies für das Glaubhaftmachen der Gleichwertigkeit der Vergleichstätigkeit oder die erheblich stärkere Betroffenheit von Frauen notwendig ist<sup>69</sup>.

Vor Bundesgericht ist die Untersuchungsmaxime allerdings eingeschränkt, indem es zwar prüft, ob die Vorinstanz den erhöhten Anforderungen an die Feststellung des Sachverhaltes und den bundesrechtlichen Beweisregeln nachge-

kommen ist, den von der kantonalen Instanz festgelegten Sachverhalt aber nicht in Frage stellt<sup>70</sup>.

Als Faustregel kann der Rechtsprechung entnommen werden, dass mit einem Lohnunterschied von rund 10%, der sich nicht anders als aufgrund des Geschlechts erklären lässt, eine Diskriminierung glaubhaft gemacht ist<sup>71</sup>. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist bei ungleicher Entlohnung von Mitarbeitenden unterschiedlichen Geschlechts, welche eine ähnliche Position mit vergleichbarem Pflichtenheft innehaben, zu vermuten, dass die Lohndifferenz ge-

sonen. Diesen Vergleich vermag nur der Betrieb selber mit der nötigen Beweiskraft zu ziehen. Die Beweislastregeln dienen dazu, die Betriebsverantwortlichen zur Mitwirkung bei der Klärung des Sachverhalts zu motivieren. Damit ist auch die Rechtssicherheit anvisiert und wird den Parteien ermöglicht, das Prozessrisiko einzuschätzen.

62 Vgl. STEIGER-SACKMANN (FN 61), Art. 6 N 43; AUBRY (FN 11), 1067; und auch BGE 125 I 71 E. 4a: Glaubhaftmachen bezieht sich einerseits auf die Wahrscheinlichkeit anspruchsbegründender Tatsachen (Tatfrage), andererseits darauf, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemacht Anspruch ergibt (Rechtsfrage). Vgl. ferner BGE 125 II 541 E. 5d, 549 ff.; sowie ARIOLI/EGG (FN 39), 1302 ff., und dort zit. Entscheide zur Unterscheidung von Sachverhalts- und Rechtsfragen und deren häufige Vermischung in Lohngleichheitsverfahren.

63 BGE 124 II 409 E. 7–9.

64 Vgl. auch Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 18; und vorne Ziff. 2.

65 BGE 125 III 372; vgl. auch STEIGER-SACKMANN (FN 61), Art. 6 N 49, 55 f.; sowie KATHRIN KLETT, Die richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, AJP 2001, 1297 und dort zit. Entscheide.

66 Vgl. auch BGE 125 I 71 E. 4a; 125 III 372 E. 4 und Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 21; sowie STEIGER-SACKMANN (FN 61), Art. 6 N 55 f.

67 Vgl. Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 21; nach STEIGER-SACKMANN (FN 61), Art. 6 N 57, hat die Diskriminierung sogar immer dann als glaubhaft gemacht zu gelten, wenn sie zwar eher unwahrscheinlich ist, aber immer noch die Möglichkeit besteht, dass die ihr zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen zutreffen. Nur wenn die Diskriminierung als völlig zweifelhaft und bloss behauptet erscheint, ist die Klage abzuweisen. Andernfalls geht die Beweislast auf die beklagte Partei über und treffen sie die Folgen der Beweislosigkeit.

68 BGE 127 III 207; BIGLER (FN 1), 77 ff. und 284 f.; Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 16; vgl. auch AUBRY (FN 11), 1066, zu den Mitwirkungspflichten der Parteien, namentlich der klagenden Partei, Anhaltspunkte für die Diskriminierung darzulegen.

69 Vgl. STEINER (FN 31), 1291 und vorne Ziff. 5 a.E.

70 Zum Umfang der Untersuchungsmaxime: BGE 130 III 145 E. 3.1.2; 125 III 368 E. 3, 371 f.; sowie KLETT (FN 65), 1293 ff.

71 Vgl. dazu 125 II 541, 551; ferner 125 III 373 und 130 III 145 E. 4.2 und 4.3.1, wo bei einem Lohnunterschied von rund 27% die Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung als offensichtlich bezeichnet wird; ferner die Beispiele bei AUBRY (FN 11), 1067.

schlechtsspezifisch begründet ist. Gelingt es dann dem Arbeitgeber nicht, den Gegenbeweis zu erbringen, so muss die Klage gutgeheissen werden, ohne dass noch die Existenz einer sexistischen Personalpolitik im Unternehmen nachgewiesen werden müsste. Das Diskriminierungsverbot gilt unbedingt und wird nicht dadurch aus den Angeln gehoben, dass der Arbeitgeber auch unter gleichgeschlechtlichen Angestellten diskriminiert, andernfalls könnte Diskriminierung mit Diskriminierung gerechtfertigt werden<sup>72</sup>.

Hat die klagende Partei die Diskriminierung glaubhaft gemacht bzw. hat das Gericht festgestellt, dass Tatsachen glaubhaft gemacht sind, die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vorliegt, wird die Beweislast umgekehrt.

### c. Umkehr der Beweislast, Beweismass und Folgen der Beweislosigkeit

Mit der Umkehr der Beweislast ist zwar immer noch die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts Beweissthema, das Beweismass ist aber jetzt erhöht, indem die Arbeitgeberseite nun den vollen Beweis zu erbringen hat, dass die unterschiedliche Entlohnung nicht aufgrund des Geschlechts erfolgt, sondern gestützt auf objektive Gründe sachlich gerechtfertigt ist (zu den diesbezüglichen Anforderungen vgl. nachfolgend Ziff. 7).

Da der Beweis negativer Tatsachen schwierig zu erbringen ist, kann die Nichtdiskriminierung positiv dadurch bewiesen werden, dass die beklagte Partei darlegt, dass sachliche Gründe ohne geschlechterdiskriminierende Wirkung vorliegen. Misslingt dieser Beweis ganz oder teilweise, indem die Möglichkeit einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung bestehen bleibt, ist die Klage gutzuheissen und der diskriminierungsfreie Lohn zuzusprechen<sup>73</sup>.

Die Klage ist nur dann abzuweisen, wenn der Vollbeweis gelingt, das Beweisergebnis also eindeutig ist und eine Diskriminierung nach objektiven Gesichtspunkten ausgeschlossen werden kann<sup>74</sup>.

Ergibt sich ein "non liquet", d.h. ist das Beweisergebnis nicht eindeutig, kommt die Vermutung von Art. 6 GIG zum Zug und führt die Beweislastumkehr dazu, dass die Arbeitgeberseite die Folgen der unklaren Beweislage trägt, die Diskriminierung also zu bejahen und die Klage gutzuheissen ist<sup>75</sup>.

Im prozessualen Ablauf erscheint es als sinnvoll, betreffend Glaubhaftmachen der Diskriminierung und Vollbeweis der Nichtdiskriminierung ein einziges Beweisverfahren durchzuführen, wobei dann im Urteil die zwei Phasen auseinander zu halten sind und zunächst zu ermitteln ist, ob die Anspruchsvoraussetzungen von der klagenden Partei glaubhaft gemacht sind, um danach festzustellen, ob der Beweis der Nichtdiskriminierung bzw. von rechtfertigenden Gründen im erforderlichen Mass erbracht wurde oder ein "non liquet" vorliegt und damit ein Beweislasturteil gefällt werden muss<sup>76</sup>.

Das Verfahren zur Feststellung der Lohndiskriminierung umfasst also mehrere Schritte<sup>77</sup>:

*Erster Schritt* (obliegt der klagenden Partei): Nachweis, d.h. Glaubhaftmachen einer geschlechtsbedingten lohnmäßigen Benachteiligung;

*Zweiter Schritt*: Abnahme des Vollbeweises der Arbeitgeberseite für fehlende Diskriminierung trotz gegenteiligem Anschein bzw. für rechtsgenügeliche Rechtfertigungsgründe und Angemessenheit des Lohnunterschieds, wobei die beklagte Partei die Folgen der Beweislosigkeit trägt;

*Dritter Schritt*: bei nicht vollständigem Gelingen des Beweises gemäss Schritt 2: Bemessung des geschuldeten diskriminierungsfreien Lohnes.

## 7. Rechtfertigungsgründe<sup>78</sup>

Sind die vorgenannten Merkmale der Benachteiligung eines Geschlechts bzw. eines/einer oder mehreren Angehörigen des einen Geschlechts erfüllt, führt dies zur Gutheissung der Lohnklage, es sei denn, dass Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung vorliegen, was die Arbeitgeberseite zu beweisen hat.

Eine Lohndiskriminierung entfällt, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder durch die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf so genannt objektive Kriterien stützt und nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist<sup>79</sup>.

Um eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, genügt es nach Bundesgericht nicht, dass der Arbeitgeber irgendeinen Grund anführt; er muss vielmehr beweisen, dass er ein objektives Ziel verfolgt, das einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht, und dass die Diskriminierung geeignet ist, das erstrebte Ziel zu erreichen. Objektive Gründe vermögen im Allgemeinen eine unterschiedliche Entlohnung nur dann zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch den Arbeitgeber wesentlich sind<sup>80</sup>.

72 BGE 127 III 207, 213; vgl. dazu auch Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 19.

73 Dieser ist normalerweise mittels Gutachten zu eruieren; BGE 130 II 145; 127 III 207.

74 Vgl. zu allem BGE 130 II 145 E. 4.2 und 5.2; Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 18; STEIGER-SACKMANN (FN 61), Art. 6 N 57 bis 61; sowie KLETT (FN 65), 1297.

75 Vgl. STEIGER-SACKMANN (FN 61), N 20 und 24 f.

76 Vgl. STEIGER-SACKMANN (FN 61), N 62 ff. und BGE 130 III 145; 125 II 541, 550 ff.

77 Vgl. auch BGE 127 III 212 E. 3, 6; 130 III 145; sowie Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 17.

78 Dazu auch Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 23 ff., 41; ferner WOLFGANG PORTMANN, Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, ArbR 2005, 13 ff., 15.

79 BGE 127 III 207 E. 3c.

80 BGE 130 III 145 E. 5.2.

Zu den objektiven Kriterien gehören nach BGE 125 III 373 und 130 III 145 E. 5.2 zunächst Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung<sup>81</sup> oder Risiken. Darüber hinaus können es Gründe sein, die sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht. Das Bundesgericht hält fest<sup>82</sup>, dass mit derartigen geschlechtsneutralen Kriterien allerdings eine indirekte Diskriminierung verbunden sein könne, beispielsweise dann, wenn dem Dienstalter zu grosses Gewicht für die Entlohnung beigemessen werde, ohne Rücksicht auf nach wie vor typischerweise von Frauen zu verzeichnende Karriereunterbrüche aufgrund familiärer Verpflichtungen. Objektive Gründe im umschriebenen Sinne vermögen jedoch in der Regel eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und Lohngestaltung auch wirklich wesentlich sind und entsprechend konsequent die Löhne derselben Arbeitgeberin beeinflussen.

Es muss sich also um erhebliche, den Wert der Arbeit tatsächlich beeinflussende Gründe handeln. Im Wesentlichen geht es darum, den Nachweis zu erbringen, dass trotz Anschein der Gleichwertigkeit diese effektiv nicht gegeben ist bzw. die bestehende Lohndifferenz der unterschiedlichen Wertigkeit angemessen ist<sup>83</sup>.

Im Einzelnen ist dazu zu sagen, dass sich verschiedene der genannten Gründe wie Ausbildung, Dienstalter oder auch unterschiedliche Arbeitszeiten (der Kindergärtnerin) etc. gerade zu Lasten typischer Frauenberufe auswirken<sup>84</sup>.

Die vergleichbare, wenn auch allenfalls kürzere Ausbildung sollte nicht mehr zählen, wenn sie durch berufliche Erfahrung wettgemacht ist<sup>85</sup>. Ebenso wenig sollten Ausbildungskosten ins Gewicht fallen<sup>86</sup>.

Vorgesetztenfunktion kann einen Lohnunterschied rechtfertigen, dahinter steckt aber allenfalls eine Beförderungsdiskriminierung<sup>87</sup>.

Das Bundesgericht anerkennt, dass Motivation, Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit einen Lohnunterschied rechtfertigen können, soweit sich diese in einem besseren Arbeitsergebnis niederschlagen<sup>88</sup>. In diesem Zusammenhang gilt es aber zu bedenken, dass die Leistungsbeurteilung selbst nicht wertungsfrei erfolgt und – wie Untersuchungen zeigen – gekoppelt sein kann mit diskriminierenden Rollenerwartungen<sup>89</sup>.

Unklar bleibt, inwiefern familiäre Belastungen berechtigterweise zu einem Lohnunterschied führen können; diese wären nach BIGLER<sup>90</sup> über Kinder- und Familienzulagen zu berücksichtigen.

Was die Argumente Konjunktur, Marktsituation bzw. Arbeitsmarktlage und Verhandlungsmacht ("Ausnahmeloohn" eines Wunschkandidaten) anbetrifft, hat das Bundesgericht enge Grenzen gesetzt: Zunächst ist der relevante Arbeitsmarkt zu definieren und zu klären, welche Faktoren diesen Markt wie stark beeinflusst haben. Nur solche Faktoren sind

relevant, die wirklich vorhanden waren und den konkreten Lohnunterschied tatsächlich beeinflussten. Der Arbeitgeber muss zudem den Nachweis erbringen, dass die betreffende Anstellung unternehmerisch notwendig sowie der Lohnunterschied "verhältnismässig" und zeitlich auf das Notwendige beschränkt ist, d.h. in der Regel ist spätestens innerhalb Jahresfrist eine Angleichung vorzunehmen durch Senkung des höheren oder Anhebung des tieferen Lohnes<sup>91</sup>.

Ausdrücklich hält das Bundesgericht zudem fest: "Das Prinzip des gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Arbeit von Frauen bloss deshalb andauernd und in erheblichem Aus-

81 Soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, vgl. BGE 125 III 375.

82 BGE 125 III 374, 124 II 409, 428; sowie AUBRY (FN 11), 1063; vgl. zum Dienstalter und dessen Nichtberücksichtigung bei einer stellvertretenden Kindergärtnerin auch den m.E. problematischen Entscheid BGE 129 I 161, in welchem allerdings nur die Einhaltung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots geprüft wurde. Interessant wären hier die gleichstellungsrechtliche Perspektive und ein Vergleich mit der entsprechenden Besoldungsregelung auf Primarschulstufe gewesen.

83 Vgl. auch BGE 130 II 145 E. 5.2 und die Übersicht in Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 25 f.

84 BIGLER (FN 11), 1274; BGE 125 II 530 E. 4c, 125 II 541, 551; so auch die tiefere Besoldung der Stellvertretung, dazu BGE 129 I 161 und kritisch AUBRY (FN 11), 1063.

85 Vgl. BGE 125 III 368; 124 II 409 E. 9d; ferner BIGLER (FN 1), 294 und kritisch auch STEINER (FN 31), 1289 f. Entscheidend für die Einreihung sollte jedenfalls die ausgeübte Tätigkeit sein, nicht die effektive Ausbildung, wie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschieden hat (PB.2004.00011 vom 17.11.2004), in diesem Sinne auch BGE 127 III 207 E. 5a.

86 Vgl. BGE 126 II 223 ff. und kritisch STEINER (FN 31), 1290; sowie MATEFI (FN 24), 1325; BIGLER (FN 8), 78 f.

87 Vgl. BGE 124 II 529, 532; sowie 130 III 145 E. 4.3.3.

88 Vgl. BGE 126 II 217 und 125 III 375: "Eine bessere Arbeitsleistung in quantitativer oder qualitativer Hinsicht vermag deshalb auch bei gleichem oder vergleichbarem Pflichtenheft einen Lohnunterschied zu rechtfertigen".

89 Vgl. die beiden Publikationen des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann: "Wenn zwei das Gleiche tun ..." und "Früh übt sich, wer eine Meisterin werden will". Nicht zulässig wäre eine nur ausnahmsweise Berücksichtigung des Leistungskriteriums zu Ungunsten weiblicher Arbeitskräfte.

90 BIGLER (FN 11), 1274.

91 BGE 130 III 145 E. 5.2 und 125 III 368 E. 5c, ferner PORTMANN (FN 78), 15 f.; vgl. aber BGE 126 II 217 betreffend Lehrerin für Krankenpflege, der diese Einschränkung nicht erwähnt; kritisch zu diesem Entscheid und zum Markt als Rechtfertigungsgrund TOBIAS BAUER/SILVIA STRUB, Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten?, AJP 2001, 1308 ff.; sowie MATEFI (FN 24), 1319, 1321 ff. Für die Beachtlichkeit des Marktkriteriums MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Lohnungleichheit in der Praxis – insbesondere zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, ZBJV 137/2001, 689 ff., 762 f.

mass schlechter entlohnt wird als jene von Männern, weil Frauen in Lohnverhandlungen eher bereit oder gezwungen sind, niedrigere Löhne zu akzeptieren.<sup>92</sup>

Auf marktbezogene Gründe soll sich die Arbeitgeberei zudem dann nicht berufen können, wenn sie bereits bei der Anstellung über die finanziellen Mittel zur Gleichstellung von bisherigen und neuen Angestellten verfügt<sup>93</sup>.

Nach dem Bundesgericht steht das Lohngleichheitsgebot auch einer bloss "ausnahmsweisen" Lohndiskriminierung zwischen Angestellten unterschiedlichen Geschlechts entgegen und kann eine solche auf Dauer angelegte lohnmäßige Ungleichbehandlung keinem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprechen<sup>94</sup>. Nicht so differenziert und restriktiv ist die Haltung des Bundesgerichts zum Marktargument bei öffentlichrechtlichen Besoldungssystemen<sup>95</sup>. Immerhin könnten nun aber auch hier das Argument der Marktlöhne und der Hinweis auf einen Referenzmarkt nach der neuesten Rechtsprechung nur dann zwecks Beseitigung einer Diskriminierungsvermutung bzw. als Rechtfertigungsgrund berücksichtigt werden, wenn die Arbeitgeberseite gleichzeitig den Nachweis dafür erbringt, dass die Vergleichslöhne diskriminierungsfrei sind<sup>96</sup>.

Keine Rechtfertigungsgründe sind:

- Budgetschwierigkeiten<sup>97</sup>,
- Diskriminierung auch von gleichgeschlechtlichen Angestellten<sup>98</sup>,
- Zustimmung zum Lohn in Kenntnis des Lohnunterschieds, Argumente "Verstoss gegen Treu und Glauben", "Rechtsmissbrauch", "Verwirkung"<sup>99</sup>,
- fehlende Diskriminierungsabsicht (vgl. vorstehend Ziff. 2),
- auswärtiger Wohnsitz und angebliche geringere Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin sowie zusätzlicher Ferienanspruch<sup>100</sup>,
- Restrukturierung<sup>101</sup>,
- Kleinheit des Betriebs; diese hindert nicht daran, verschiedene Tätigkeiten miteinander zu vergleichen und zu bestimmen, ob sie gleichwertig sind<sup>102</sup>,
- gleich tiefe Löhne auf dem Referenzmarkt<sup>103</sup>.

## 8. Festsetzung des geschuldeten Lohnes

Werden Lohnunterschiede glaubhaft gemacht und kann die Arbeitgeberseite den Vollbeweis, dass keine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorliegt bzw. der Lohnunterschied durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, nicht erbringen, ist der Lohnunterschied auszugleichen. Nachzuzahlen ist damit die Differenz zwischen dem als diskriminierend festgestellten Lohn und dem Vergleichslohn im Rahmen der bundesrechtlichen Verjährungsfrist von fünf Jahren, gerechnet ab Klageanhebung bzw. Anrufung der Schlichtungsstelle<sup>104</sup>. Nach Auffassung des Bundesgerichts wäre auch ein Ausgleich durch Herabsetzung des Vergleichslohnes zulässig, was aber nicht rückwirkend geschehen kann<sup>105</sup>.

Gelingt der grundsätzliche Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes, ist der in Frage stehende Lohnunterschied nach dem Bundesgericht solange nicht zu beanstanden, als er sich in einem willkürfreien Raum bewegt bzw. auf "sachlichen haltbaren Motiven" gründet und betragsmässig in einem Verhältnis steht, das auch bei Funktionsunterschieden zwischen Angehörigen des gleichen Geschlechts üblich und zulässig ist<sup>106</sup>. Es gilt also der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, d.h. der Unterschied zwischen den Vergleichslöhnen darf nicht völlig unhaltbar sein oder geradezu dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechen. Lohnunterschiede von rund 20% und ausnahmsweise gegen 40% werden unter diesem Titel als noch vertretbar gehalten<sup>107</sup>.

Dass diese Rechtsprechung das absolut geltende Lohngleichheitsgebot aushöhlt, wurde bereits andernorts festgehalten<sup>108</sup>. Mit den wissenschaftlichen Methoden zur Analy-

92 BGE 125 III 380.

93 So auch BAUER/STRUB (FN 91), 1318.

94 BGE 125 III 381.

95 MATEFI (FN 24), 1325.

96 BGE 131 II 393 E. 7.3–7.5. In BGE 126 II 217 und 125 I 71 wurde dieser Nachweis noch nicht verlangt. Vergleiche mit dem Marktlohn können im Rahmen der statistischen Lohnanalyse geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen offen legen, wenn sich für die in Frage stehende Funktion bzw. die weiblich besetzten Positionen Abweichungen vom Referenzmarkt ergeben, während dies bei den betriebsinternen Vergleichsfunktionen nicht – oder nicht im gleichen Ausmass – der Fall ist, vgl. SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 27).

97 BGE 131 II 393, 409, 411; 125 I 71.

98 BGE 127 III 207 E. 4b.

99 Vgl. BGE 131 I 105; 125 I 14, 17; 124 II 450 ff.

100 Vgl. BGE 130 III 145 und Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 26; sowie AUBRY (FN 11), 1069, nach welcher die Berücksichtigung des letztgenannten Kriteriums allerdings zulässig wäre.

101 Vgl. Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 26.

102 Vgl. BGE 127 III 207 und Evaluation GIG (FN 6), Baustein 6, 26.

103 Dazu BGE 131 II 407 f.

104 BGE 131 II 411 f.; 130 III 145; 125 I 14, 17 f.; 125 I 71, 86; 124 II 436 E. 11a. Vgl. zur Verjährungsfrist KATHRIN ARIOLI/FELICITAS FURRER ISELI, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Basel 1999, N. 237–239.

105 Vgl. auch BIGLER (FN 1), 300 f. und DIESELBE (FN 11), 1275 u. dort Fn. 71.

106 BGE 124 II 529; 125 II 530 E. 5b, 537; sowie 125 I 71, 79.

107 Vgl. die Beispiele und Kritik bei BIGLER (FN 1), 298 f.; ferner BGE 125 III 368; 126 II 27 E. 9b und 10 betreffend Lohnunterschiede von rund Fr. 1'000.– monatlich für neu eingestellten Journalisten gegenüber bereits betriebserfahrener Kollegin und zwischen Lehrperson für psychiatrische Krankenpflege und Berufsschullehrkräften; weitere Beispiele nach allgemeinem Rechtsgleichheitsgebot in BGE 129 I 161 E. 3.2.

108 So auch ARIOLI/EGG (FN 39), 1305; sowie BIGLER (FN 1), 300.



se von Lohnunterschieden, insbesondere der statistischen Lohnanalyse, liesse sich der Teil des Lohnunterschiedes, welcher nicht durch den Rechtfertigungsgrund abgedeckt ist und daher nicht anders als aufgrund des Geschlechts erklärt werden kann, bestimmen und somit auch der angemessene, d.h. diskriminierungsfreie Lohn<sup>109</sup>. Es soll nicht jede Lohndifferenz gerechtfertigt werden können, sondern nur die im Einzelfall angemessene. Damit bleibt aber für das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Ermessen der Arbeitgebenden in dem vom Bundesgericht verstandenen weiten Sinne kein Raum<sup>110</sup>.

Zuversichtlich stimmt in dieser Hinsicht der neueste Entscheid im privatrechtlichen Bereich, wo festgehalten wird, dass der Lohnunterschied einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen muss und objektive Gründe eine unterschiedliche Entlohnung nur insoweit zu rechtfertigen vermögen, als sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch den Arbeitgeber wesentlich sind, wofür er beweispflichtig ist<sup>111</sup>.

Wird die Diskriminierung bzw. die Notwendigkeit des Lohnausgleichs bejaht, zeitigt dies im öffentlichen Bereich bei Lohnklagen ganzer Berufsgruppen regelmässig erhebliche finanzielle Auswirkungen; die entsprechende Neuordnung bleibt den zuständigen Arbeitgebenden anheim gestellt<sup>112</sup>. Immerhin wird den Arbeitgebenden keine Übergangsfrist gewährt, auch nicht gestützt auf finanzielle Gründe oder Budgeterwägungen, d.h. die Anpassungen sind sofort und rückwirkend vorzunehmen<sup>113</sup>. Die Überführung in die höhere Lohnklasse hat dabei auf der Basis der bisherigen Erfahrungsstufe unverzüglich und nicht lediglich stufenweise durch Einreihung in die frankenmässig dem bisherigen Lohn am nächsten befindliche Erfahrungsstufe der neuen Lohnklasse zu erfolgen<sup>114</sup>.

Der Anspruch auf den diskriminierungsfreien Lohn und entsprechende Nachzahlung ist im gerichtlich festgelegten Umfang direkt aufgrund des Urteils durchsetzbar<sup>115</sup>.

#### IV. Schluss

Zusammenfassend lässt sich mit Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung festhalten, dass die Lohndiskriminierung da und dort bejaht wurde, im Allgemeinen häufiger als in unteren Instanzen, und den Betroffenen höhere Löhne zugestanden wurden, wenn auch selten im geforderten Umfang.

Eine echte Gleichstellung ist aber oft an der eingeschränkten Kognition bezüglich Sachverhaltsfragen, an einer unterschiedlichen Gewichtung der massgebenden Bewertungsmerkmale und an so genannt objektiven Rechtfertigungsgründen gescheitert, bei deren Vorliegen der Arbeitgeberseite ein zu grosser Ermessensspielraum für die Lohnbemessung gewährt wird<sup>116</sup>. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht in Zukunft auch diesbezüglich eine kritischere Haltung einnimmt und Arbeitgebende vermehrt dazu angehalten werden, nebst dem Rechtfertigungsgrund an sich auch den Nachweis der Angemessenheit des ent-

sprechenden Lohnunterschiedes zu erbringen. Den mit der Klärung dieser Frage befassten Expertisen ist dabei Folge zu leisten, soweit sie hinsichtlich der angewandten Methodik einwandfrei erscheinen, d.h. die gleichmässige Berücksichtigung von frauen- und männerbegünstigenden Merkmalen und deren diskriminierungsfreie Gewichtung gewährleisten bzw. bei der statistischen Lohnanalyse nur nicht diskriminierende Variablen mit einbeziehen. Die neueren Entscheide, insbesondere BGE 130 III 145, aber auch 131 II 393, was die Haltung gegenüber dem Minusklassenentscheid an betrifft, weisen in diese Richtung. Ob die Schranke des Ermessens eingehalten wurde, ist als Rechtsfrage vom Gericht zu entscheiden. Die Feststellung des gerechtfertigten Lohnunterschiedes bedingt aber den Einsatz von diskriminierungsfrei angewandten wissenschaftlichen Instrumenten zur Lohnanalyse, damit der absoluten Geltung des Lohngleichheitsanspruchs tatsächlich zum Durchbruch verholfen werden kann.

109 Dazu insb. SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 27); sowie FLÜCKIGER (FN 50), 1340 ff.; vgl. ferner auch BGE 125 II 551ff.

110 Vgl. BIGLER (FN 1), 59; DIESELBE (FN 11), 1274; und auch ARIOLI/EGG (FN 39), 1302 f., 1305.

111 BGE 130 III 145 E. 5.2 = Pra 9/2004 Nr. 132, 749.

112 Vgl. BGE 124 II 436 E. 11c; sowie BIGLER (FN 1), 301.

113 Vgl. BGE 131 II 411; dort wird erkannt, dass im Falle der Feststellung einer Lohnungleichheit der Lohn im Rahmen der Verjährungsfrist sofort auf eine diskriminierungsfreie Höhe anzuheben ist. Wieweit dies eine Praxisänderung zur früheren Rechtsprechung der Angleichungspflicht innerhalb Jahresfrist beinhaltet, bleibt offen. Vgl. ferner BIGLER (FN 1), 303 ff. und dort zit. Entscheide.

114 Vgl. BGE 131 II 412, wo die so genannte "frankenmässige" Überführung als diskriminierend eingestuft wird.

115 BGE 124 II 436 und BIGLER (FN 1), 309.

116 So auch BIGLER (FN 1), 59 f., 318 f.; und DIESELBE (FN 11), 1275. Mit BIGLER (FN 8), 76 ff., 80, ist anzuregen, dass die Grenzen enger zu ziehen sind sowie vermehrt auch die Erkenntnisse anderer Wissenschaften und der fächerübergreifenden Geschlechterforschung in die gerichtlichen und politischen Entscheide einbezogen werden.

## Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral

1364



SUSY STAUBER-MOSER,  
dr. iur., avocate et  
médiatrice FSA/SDM-  
FSM, Meilen

traduction par  
BRIGITTE SAID-CRETTOL,  
Crans-Montana

Plan:

- I. Introduction
- II. Aperçu de la jurisprudence sur l'égalité des salaires
- III. Le droit à l'égalité salariale et sa mise en œuvre
  1. Principe
  2. Discrimination à raison du sexe
  3. Discrimination directe et indirecte
  4. Professions dites typiquement féminines
  5. Valeur égale
  6. Vraisemblance et inversion du fardeau de la preuve
  7. Motifs justificatifs
  8. Fixation du salaire dû
- IV. Conclusion

### I. Introduction

Le droit constitutionnel à une rémunération égale pour les femmes et les hommes est en vigueur en Suisse depuis 1981 (à l'époque art. 4 al. 2 aCst, désormais art. 8 al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, nCst). Avant même cette modification de la Constitution, le Tribunal fédéral a reconnu, en s'appuyant sur le principe général de l'égalité juridique, que le principe du salaire égal était directement applicable aux rapports de travail dans la fonction publique<sup>1</sup>. La haute Cour a fixé que des rémunérations différentes pour une prestation de travail égale ne pouvaient plus être justifiées par la seule appartenance à un sexe et qu'il convenait de remédier sans délai aux inégalités dans ce sens sans considération du budget cantonal.

Avant 1981, la liberté contractuelle valait pour les rapports de travail de droit privé. Il a fallu attendre la nouvelle disposition constitutionnelle prescrivant la rémunération égale entre femmes et hommes pour que soit réalisé un effet horizontal sur tous les rapports de travail, c'est-à-dire aussi pour les employeurs du secteur privé, du principe de l'égalité de salaire et que soit créé par la même occasion un droit fédéral du travail au sens d'une norme mixte<sup>2</sup>.

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996, la loi sur l'égalité (ci-après "LEg") a concrétisé le principe constitutionnel de l'égalité salariale entre femmes et hommes, l'étendant à toutes les discriminations à raison du sexe dans le rapport de travail. Diverses règles de procédure existent en outre pour faciliter la mise en œuvre immédiate<sup>3</sup>.

La teneur de la LEg a en point de mire les deux sexes, mais vise clairement, de par son évolution historique, à améliorer la situation des femmes dans le monde du travail et en particulier à supprimer les différences de salaire existant à leurs dépens<sup>4</sup>.

La LEg s'est contentée de prendre en compte la "pointe de l'iceberg" dans la mesure où la mise en œuvre du salaire égal pour un travail de valeur égale pour tous les rapports de travail est certes devenue plus aisée. Quant à savoir ce qui doit être considéré comme "travail de valeur égale" et sur la base de quels critères le fixer, une large marge d'appréciation continue néanmoins à exister<sup>5</sup>.

Par ailleurs, le principe de l'égalité des salaires n'a pas eu d'incidence ou presque sur la répartition différente selon le sexe des tâches et des rôles (pour l'homme, travail rémunéré à l'extérieur de la maison et carrière sans entraves, pour la femme en revanche travail domestique non payé avec un frein à la carrière et emploi souvent à temps partiel) ainsi que la ségrégation professionnelle (activité des femmes principalement dans les "professions typiquement féminines" moins bien rétribuées).

L'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité<sup>6</sup> montre qu'après l'entrée en vigueur de cette dernière on n'a pas assisté à l'avalanche de procès tant redoutée auparavant,

1 Voir le premier arrêt sur l'égalité de salaire dans le service public: ATF 103 Ia 517 (institutrice dans le canton de Neuchâtel); ensuite, 105 Ia 120 (institutrice dans le canton de Fribourg); ainsi que MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Et si la Justice ôtait son bandeau?, Bâle 2003, p. 22 s.

2 Voir ATF 114 Ia 329 consid. 2 et 113 Ia 107.

3 Voir ATF 124 II 436 consid. 10d; 125 III 368 consid. 2; 127 III 207 consid. 4, 5b et c.

4 Voir BIGLER (note 1), p. 273 s.

5 Voir à ce sujet plus en détail BIGLER (note 1), p. 58 ss et ci-après chiffre 5.

6 Voir à ce sujet Rapport du conseil fédéral du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité sur mandat de l'Office fédéral de la justice, ainsi que HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse, avril 2005, également éléments 2 et 6 concernant l'analyse des décisions judiciaires (janvier/février 2005), ci-après "Evaluation LEg"; peut être consultée à l'adresse <www.bj.admin.ch>.

bien que la loi ait justement eu pour but – outre celui d'inclure explicitement toutes les discriminations également dans les rapports de travail de droit privé – d'améliorer la mise en oeuvre du droit à l'égalité des salaires. Les allègements de procédure introduits à cet effet, notamment l'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'art. 6 LEg<sup>7</sup> et la protection contre le congé en vertu de l'art. 10 LEg, n'atteignent pas l'effet escompté. L'inégalité salariale entre femmes et hommes a peu changé en moyenne suisse et se maintient à 20 pour cent, l'écart se creusant encore à mesure que les salariés prennent de l'âge et des inégalités plus marquées existant chez les cadres supérieurs (jusqu'à 50% de différence de salaires) ainsi que chez les personnes mariées (le mariage tend à augmenter le salaire pour les hommes alors qu'il a l'effet inverse pour les femmes)<sup>8</sup>.

Dans les instances inférieures, notamment aussi auprès des offices de conciliation, près d'un tiers des actions concerne l'égalité des salaires. Depuis que la LEg a été promulguée, à de rares exceptions près (quelques litiges d'indemnisation pour harcèlement sexuel et une discrimination à l'embauche), seules des actions salariales ont abouti au Tribunal fédéral, dont seules quelques-unes relèvent du droit privé<sup>9</sup>.

Le petit nombre d'actions en égalité salariale émanant du secteur privé, mais aussi dans l'ensemble, s'explique indéniablement par une certaine incohérence dans la jurisprudence de la haute Cour et par la marge laissée aux employeurs dans la fixation du salaire – ce qui se solde dans de nombreux cas par un simple examen judiciaire de l'arbitraire et crée un élément très aléatoire. A cela s'ajoute l'incertitude quant à la nature non discriminatoire des expertises elles-mêmes et quant à savoir si les juges de Mon-Repos vont les suivre<sup>10</sup>. Autre difficulté: l'inégalité des "armes fourbies" par la partie employeuse et la partie employée et celle des moyens financiers à disposition. Les faits souvent d'une grande complexité requièrent en effet d'être établis rigoureusement à l'aide d'expertises, ce qui implique d'être en mesure de tenir pendant un long procès – durée allant dans les cas extrêmes jusqu'à 10 ans.

Les allègements de procédure que la LEg a introduits, en particulier

- l'inversion du fardeau de la preuve (art. 6 LEg),
- la qualité pour agir des organisations (et le soutien de la demanderesse par celles-ci, art. 7 LEg)<sup>11</sup>,
- la protection contre le congé (art. 10 LEg),
- la maxime inquisitoire et le devoir de collaborer et de renseigner auxquels est tenue la partie défenderesse lors de l'établissement des faits (art. 12 LEg en liaison avec art. 343 CO) et
- la gratuité de la procédure (art. 12 LEg, mais non de la représentation juridique nécessaire, la partie qui succombe étant en outre tenue de verser une contribution aux frais d'avocat), n'ont créé qu'une compensation partielle.

Le manque de transparence dans les salaires et l'absence d'obligation pour les employeurs de renseigner avant le

procès (mis à part devant l'office de conciliation), de même qu'une information défailante sur leurs propres droits rendent l'issue d'une procédure difficile à évaluer pour les personnes concernées. S'y ajoute la peur d'engager des énergies sur une longue période, d'avoir des références négatives et de perdre le poste de travail, voire l'accès au marché du travail.

Les motifs mentionnés dissuaderont aussi à l'avenir les salarié·e-s, surtout dans le secteur privé, de faire valoir leur droit à l'égalité salariale. S'ils le tentent, ce sera le plus souvent, comme aujourd'hui, seulement lorsque le rapport de travail est déjà résilié. La protection contre le congé de six mois ne peut être en l'occurrence d'aucune efficacité<sup>12</sup>.

Si la discrimination survient déjà au "stade préalable", c'est-à-dire lors de l'attribution des tâches et de la promotion – comme cela devrait être souvent le cas – la répercussion sur le salaire est certes directe, mais le droit à l'égalité de salaire n'offre ici normalement pas de possibilité de saisir le tribunal<sup>13</sup>.

## II. Aperçu de la jurisprudence sur l'égalité des salaires

Selon l'étude mentionnée ci-dessus relative à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité<sup>14</sup>, le Tribunal fédéral a rendu jusqu'en 2004 un total de 56 arrêts en relation avec la

7 Voir à ce sujet infra chiffre 6.

8 Voir aussi BIGLER (note 1), p. 266 s.; ID., Art. 4 Abs. 2/8 al. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?, in ZBl 2/2005 p. 57 ss, 76; Union syndicale suisse, Dossier 28, Les femmes méritent mieux, Berne 2004; Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Vers l'égalité des salaires?, Bern 2000; Office fédéral de la statistique, Suisse. Enquête sur la structure des salaires 2004, "Niveau du salaire selon le sexe" et "Salaire mensuel brut selon le niveau d'exigences"; peut être consulté à l'adresse <www.bfs.admin.ch>.

9 Voir ATF 125 III 368 ss (journaliste saint-galloise); 127 III 207 ss/RSJ 98/2002 p. 358, no 14 (femme cadre) et 130 III 145 ss (juriste employée); quelques arrêts non publiés.

10 Voir p. ex. ATF 131 II 393 ss, où il a été en partie statué contre l'expertise; aussi BIGLER (note 1), p. 58 ss; BIGLER (note 8), 76 ss.

11 Voir à ce sujet BIGLER (note 1), p. 313 s.; ID., Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandaufnahme, PJA 2001, 1269 ss, 1271; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Egalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, PJA 2005, 1062 ss, 1064.

12 Voir à ce sujet plus en détail Evaluation LEg, cf. note 6.

13 Voir ATF 130 III 145, où une discrimination en matière de promotion a été admise conjointement à la discrimination salariale.

14 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 2, p. 7, et élément 6; aussi <www.gleichstellungsgesetz.ch>.

LEg, dont 44 relevant du droit public et 12 du droit privé. Une large majorité concernait des prétentions à l'égalité de salaire dans le secteur public, notamment des contestations de la classification attribuée aux professions dites typiquement féminines dans les régimes de traitement, ainsi que des décisions consécutives. Pour ce qui est des rapports de travail de droit privé, les actions salariales et les procédures ayant trait au harcèlement sexuel – parfois couplées avec un licenciement discriminatoire – s'équilibrent à peu près.

Des discriminations lors de la promotion ou de l'attribution des tâches, qui viennent avant la discrimination salariale, de même que d'autres pratiques discriminatoires n'ont presque jamais été invoquées en justice<sup>15</sup>.

C'est en matière d'égalité de salaire que la LEg a prouvé sa plus grande efficacité. Globalement, les recours ont connu dans leur grande majorité une issue positive pour les personnes concernées, ce qui signifie que plus l'instance est élevée, plus la décision a été en général favorable (ce résultat est encore plus manifeste quand l'on sait que près de la moitié des décisions de rejet prononcées par la haute Cour l'a été pour des motifs purement formels)<sup>16</sup>.

La capacité de persévérer, requise de la part des personnes concernées étant donné parfois l'extrême longueur des actions en égalité salariale, a donc été payante dans la majorité des cas<sup>17</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, quelque 20 arrêts publiés (et quelques-uns non publiés) sur l'égalité de salaire ont été rendus. Ils concernent pour l'essentiel les professions suivantes<sup>18</sup>:

Dans le secteur public: logopédiste bernoise (ATF 123 I 1); jardinières d'enfants soleuroises (ATF 124 II 436); enseignantes zurichoises de travaux manuels (ATF 124 II 409); assistante sociale et physiothérapeutes soleuroises (ATF 124 II 529 et 125 II 385); jardinières d'enfants zurichoises (ATF 125 II 530, 541); enseignante saint-galloise en soins infirmiers psychiatriques (ATF 126 II 217); infirmières soleuroises (ATF 131 II 393).

Dans le domaine du droit privé: journaliste par rapport à un collègue masculin fraîchement engagé (ATF 125 III 368); femme cadre comparée à un collègue ayant une qualification égale, mais moins d'expérience (ATF 127 III 207), ainsi qu'une juriste employée dans un institut financier par rapport à son prédécesseur et à d'autres employés (ATF 130 III 145).

Les trois derniers arrêts mentionnés amènent à conclure que le Tribunal fédéral est devenu plus conscient dans l'appréciation des discriminations. Tel est notamment le cas de l'ATF 130 III 145, l'arrêt de droit privé le plus récent, où une discrimination en matière de promotion, mais aussi de salaire et de bonus a été admise et où l'intéressée a obtenu entièrement gain de cause.

Après cet aperçu, il s'agit d'analyser maintenant quelles thèses peuvent être tirées de la jurisprudence du Tribunal fédéral en relation avec l'égalité de salaire et son application: ce qui constitue pour ainsi dire "de la terre ferme", là où des incertitudes existent et ce qui reste à clarifier et à considérer.

Enfin, on tentera de spéculer sur les tendances avec lesquelles il faudra compter dans le futur.

Je me limiterai à ce qui me paraît essentiel, en mettant l'accent sur la jurisprudence la plus récente et renvoie pour plus de détails à la jurisprudence et à la littérature y relative.

### III. Le droit à l'égalité salariale et sa mise en oeuvre

Que signifie donc concrètement l'égalité de salaire et quels principes juridiques peuvent être tirés de la jurisprudence de la haute Cour pour imposer son application et où subsiste éventuellement un flou?

#### 1. Principe

En vertu du principe constitutionnel prescrivant un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 8, al. 3, 3<sup>e</sup> phrase Cst; jusqu'au 1.1.2000, art. 4, al. 2, 3<sup>e</sup> phrase, aCst) et de l'art. 3 LEg, est prohibée toute discrimination salariale directe ou indirecte à raison du sexe. L'élimination de la discrimination et le paiement du salaire dû (non discriminatoire) peuvent être invoqués directement jusqu'au Tribunal fédéral (art. 5, al. 1, let. d, LEg)<sup>19</sup>.

On est en présence d'une discrimination salariale lorsqu'une personne perçoit une rémunération inférieure à celle des membres de l'autre sexe pour un travail de valeur égale ou que des différences de salaire existent au détriment de professions identifiées comme sexospécifiques que le travail en lui-même ne justifie pas avec pertinence<sup>20</sup>.

Le principe de l'égalité de salaire est à comprendre de façon absolue; il n'est pas lié à des conditions et s'applique

15 Voir maintenant ATF 130 III 145 ss sur la promotion discriminatoire.

16 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 2, p. 12 ss, élément 6, pp. 35, 42.

17 Le très controversé arrêt ATF 126 II 217 concernant une enseignante en soins infirmiers psychiatriques constitue un contre-exemple, voir aussi à ce sujet infra chiffre 7.

18 Voir aussi les arrêts précédents concernant les jardinières d'enfants bâloises (ATF 117 Ia 262) et une conseillère en orientation professionnelle soleuroise (ATF 118 Ia 35); ainsi que les listes complètes jusqu'à 2001 chez BIGLER (note 11), 1277; aussi BIGLER (note 1), p. 270, note 836.

19 En droit privé en fonction de la valeur litigieuse par la voie d'un recours ou d'un recours en réforme de droit public, dans le domaine du droit public avec un recours de droit public ou devant le tribunal administratif; voir à ce sujet BIGLER (note 11), 1276; également BIGLER (note 1), p. 71 ss; AUBRY (note 11), 1071 s.

20 Voir ATF 127 III 207; 125 III 368, 371 et 124 II 409; aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 27 et les arrêts qui y sont cités.

à tous les domaines de la vie professionnelle<sup>21</sup>. La mise en oeuvre ne se limite pas à des litiges salariaux individuels, mais concerne aussi les règlements salariaux généraux (lois et ordonnances) qui doivent pouvoir être contrôlés quant à leur conformité avec le principe de l'égalité des salaires<sup>22</sup>.

La notion de salaire est à prendre dans son acception large et recouvre toutes les prestations qui sont en relation directe avec le travail, autrement dit aussi les compensations de vacances, allocations de renchérissement, gratifications, etc., de même que les éléments sociaux du salaire comme les allocations pour enfants<sup>23</sup>. En font aussi partie, selon l'arrêt très controversé ATF 126 II 217, les coûts de formation payés par l'employeur de droit public<sup>24</sup>.

Seuls peuvent être comparés des salaires au sein de la même entreprise ou de la même unité relevant du droit public (canton ou commune). La LEg n'offre pas de possibilité de compenser à l'échelle nationale les différences considérables existant dans la structure des salaires entre les diverses communes ou les différents cantons. En conséquence, les employeurs ne peuvent se justifier en arguant que des salaires tout aussi bas sont pratiqués ailleurs. Des renvois de ce genre à un éventuel marché de référence ne pourraient être considérés que si la preuve était en même temps apportée que les salaires payés sur le marché de référence ne sont pas eux-mêmes discriminatoires<sup>25</sup>.

## 2. Discrimination à raison du sexe

L'appartenance à un sexe motivant une rémunération inégale est nécessairement le fait constitutif qui caractérise une discrimination salariale.

La personne concernée doit donc démontrer qu'il s'agit d'une discrimination due au sexe, autrement dit que la différence de salaires ne peut s'expliquer autrement que par l'appartenance à un sexe différent. La preuve complète (au sens de l'art. 8 CC) n'est pas exigée en la matière, il suffit de rendre vraisemblable la discrimination à raison du sexe (art. 6 LEg). La discrimination est alors présumée, et il incombe à la partie employeuse d'apporter la preuve complète, soit de l'absence de discrimination en dépit des apparences, soit de l'existence de motifs justificatifs au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir à ce sujet infra chiffre 7).

Si deux salariés de sexe différent ont des positions comparables ou un travail égal, il est présumé, en cas de différence de salaires, qu'il y a discrimination due au sexe. En l'occurrence, une personne de comparaison de l'autre sexe suffit, sans qu'il faille encore examiner en l'espèce la structure des salaires de l'entreprise dans son ensemble et la classification des positions en cause en son sein<sup>26</sup>.

Mais ces éléments pourraient toutefois être pertinents pour déterminer le niveau du salaire non discriminatoire au même titre qu'une analyse fouillée quand la valeur égale est mise en doute ou qu'il convient éventuellement de constater l'importance des motifs justificatifs avancés<sup>27</sup>.

On peut par exemple présumer une discrimination à raison du sexe quand une enseignante perçoit pour le même

nombre d'heures de cours un salaire inférieur à son collègue ou qu'en dépit d'exigences professionnelles élevées et de prestations non remises en cause, une juriste bénéficiant d'une expérience professionnelle et d'une expérience au sein de l'entreprise de plusieurs années touche un salaire et un bonus inférieurs à son prédécesseur et à ses collègues masculins parfois moins bien formés<sup>28</sup>.

Sont sans importance la volonté de discriminer et l'éventuelle faute de la part de l'employeur, autrement dit celle-ci n'est pas requise<sup>29</sup>.

S'agissant de l'inégalité de salaires de groupes professionnels, le Tribunal fédéral considère que toute inégalité illicite de traitement de divers groupes professionnels ne constitue pas une discrimination à raison du sexe. Cette dernière n'existe que si des membres féminins d'une profession exercée aussi par des hommes ont une situation salariale moins favorable ou si des professions dites typiquement féminines (cf. à ce sujet chiffre 4) sont rangées dans une classe de salaire trop basse par rapport à des professions dominées par les hommes ou neutres quant au sexe<sup>30</sup>.

21 ATF 130 III 145 consid. 3.2 et 127 III 207 consid. 4.

22 ATF 125 I 74, 79; 126 II 217 consid. 4 et 131 II 393.

23 BIGLER (note 1), p. 276.

24 Voir à ce sujet, les critiques de BIGLER (note 11), 1272, et BIGLER (note 1), p. 297 s.; également GABRIELA MATEFI, Salaire selon la loi du marché et coûts de formation: des motifs objectifs pour justifier des différences de salaires?, PJA 2001, 1319 ss, 1325.

25 ATF 131 II 393, 408 s.; 130 III 145 consid. 3.1.2; ci-après chiffre 7.

26 ATF 127 III 207 et 130 III 145 consid. 4 p. 162; aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p.19.

27 Voir à ce sujet MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD, Discriminations salariales et instruments d'analyse, Berne 2006, pp. 78 ss, 82. Les éléments sont importants pour une analyse fouillée lorsqu'on a recours à une évaluation analytique du travail ou à une analyse statistique des salaires (analyse de régression), pour laquelle il faut en général inclure toutes les données salariales (même si la comparaison proprement dite peut se faire avec une position de comparaison). En d'autres termes, des besoins méthodologiques peuvent exister pour l'analyse, qui peuvent conduire à ce qu'il faille justement procéder à l'examen mentionné. A ce sujet, voir aussi infra chiffres 5 (notamment note 50) et 8.

28 Voir ATF 130 III 145 consid. 4 p. 162. Dans cet arrêt, il est en outre relevé que l'intéressée n'a pas bénéficié d'une promotion équitable.

29 ATF 130 III 145; 124 II 416; voir aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18: le motif de la discrimination et le fait de savoir si l'employeur est vraiment conscient d'une discrimination ne sont d'aucune pertinence.

30 ATF 127 III 207. En droit public, on peut faire valoir une discrimination non liée au sexe seulement en s'appuyant sur le principe général de l'égalité en droit et sans rétroactivité, voir ATF 131 I 105; 129 I 161 et 124 II 534; et, à des conditions très strictes, aussi dans les rapports de travail de droit privé sur la base du devoir d'assistance en vertu de l'art. 328 CO, voir à ce sujet à l'encontre de nombreux avis ULLIN STREIFF/

### 3. Discrimination directe et indirecte

Une rémunération inégale à raison du sexe peut être directement ou indirectement discriminatoire. En cas de discrimination directe, le salaire d'une femme est sans raison inférieur à celui d'hommes occupant une position comparable. Une comparaison directe permet de la constater assez facilement. La notion juridique de la discrimination indirecte pose en revanche davantage de difficultés. Selon la jurisprudence, elle existe lorsqu'une disposition, une décision ou une norme juridique, par exemple l'attribution d'une classe de salaire à un groupe professionnel, sont libellées de façon neutre quant au sexe, mais que leur effet est en fin de compte largement désavantageux pour un sexe sans que puissent être fournis des motifs justificatifs satisfaisant au droit<sup>31</sup>.

On est en présence d'une discrimination salariale indirecte lorsque des différences de salaires existent au détriment d'une profession identifiée comme sexospécifique ou aux dépens de salariés par rapport aux membres de l'autre sexe, que ne motive pas avec pertinence le travail lui-même et que ne peuvent justifier des motifs objectifs<sup>32</sup>.

L'exemple classique cité dans la littérature<sup>33</sup> est la différence de traitement des personnes occupées à temps partiel, p. ex. en ce qui concerne le niveau du salaire et les suppléments, les femmes étant à l'expérience beaucoup plus nombreuses que les hommes à travailler à temps partiel. Mais il y a aussi discrimination indirecte lorsque, comme mentionné plus haut,<sup>34</sup> la classe de salaire attribuée aux professions typiquement féminines est trop basse, p. ex. les jardinières d'enfants, et surtout lors d'une "décision de rétrogradation dans les classes de traitement". Il s'agit là d'une rétrogradation ultérieure de professions typiquement féminines décidée par les organes politiques suite à une révision des traitements motivée par un souci d'économies<sup>35</sup>. Un tel arrêt a maintenant été jugé comme discriminatoire par le Tribunal fédéral<sup>36</sup>.

### 4. Professions "typiquement" féminines

En ce qui concerne les actions en égalité salariale dans le domaine public traitées par la haute Cour, elles visent normalement à imposer l'application d'une classification correcte et non discriminatoire d'une fonction dite typiquement féminine par rapport à une fonction identique neutre quant au sexe. Exceptionnellement, ces actions peuvent aussi avoir trait à une comparaison de salaires directe entre collaboratrices et collaborateurs<sup>37</sup>.

Dans la mesure où l'affaire ne porte pas sur des comparaisons directes avec des collègues masculins occupant une fonction comparable, mais une classification trop basse de tout un groupe professionnel, la question d'une éventuelle discrimination à raison du sexe va de pair avec l'examen de l'éventuelle identification spécifiquement féminine d'une activité donnée.

Si l'on fait valoir la classe de traitement trop basse attribuée à un groupe professionnel, la vraisemblance d'une dis-

crimination suppose que la profession soit en l'occurrence typiquement féminine<sup>38</sup> ou que les femmes soient nettement plus nombreuses à être concernées<sup>39</sup>. Il appartient au tribunal de clarifier les faits en la matière et de les apprécier sur le plan juridique<sup>40</sup>.

A réitérées reprises, le Tribunal fédéral a jugé comme étant fait constitutif caractéristique d'une discrimination à raison du sexe l'identification typiquement féminine d'une profession. Il se base en premier lieu sur l'élément statistique et considère de manière générale comme typiquement féminines les professions avec une proportion de femmes supérieure à 70 pour cent. Selon les cas, entrent tour à tour en ligne de compte l'évolution historique, l'expérience générale de la vie ou les jugements de valeur sociaux entrent tour à tour en ligne de compte. La part d'un sexe dans le groupe des personnes discriminées doit en tout état de cause être nettement supérieure à la part de l'autre sexe, indépendamment des écarts régionaux. Est sans conteste typiquement féminine une profession comme celle de jardinière d'enfants avec une proportion de femmes avoisinant 90 pour cent. En revanche, la profession d'enseignant au primaire (identifiée comme masculine sous l'angle historique) passe pour neutre quant au sexe malgré une proportion actuelle d'environ 70 pour cent de femmes<sup>41</sup>. Font aussi partie des professions typiquement féminines l'enseignante en économie domes-

ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar* zu art. 319–362 CO, 6<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, art. 322 n. 20, 322d n. 5 et 328 n. 12.

31 Voir ATF 131 II 409; 125 II 385, 387; 125 II 530 consid. 2 et consid. 6; 125 II 541, 543, 550; 124 II 409, 424 s., 436; 124 II 529, 535 s.; BIGLER (note 1), pp. 45, 127, 247, 288; OLIVIER STEINER, *Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung*, PJA 2001, 1281 ss; KATHRIN ARIOLI, *Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung*, PJA 1993, 1327 ss, 1330; ELISABETH FREIVOGEL in *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Bâle 1997, N 1 ss ad art. 3.

32 Voir aussi ATF 124 II 409, 424 s., 530 et 534.

33 BIGLER (note 1), p. 289; AUBRY (note 11), 1063.

34 Voir à ce sujet BIGLER (note 1), p. 289 s. et les arrêts qui y sont cités. Le Tribunal fédéral avait eu jusque-là à traiter essentiellement de professions typiquement féminines sous-payées; voir STEINER (note 30), 1282.

35 Voir les critiques de BIGLER (note 1), pp. 287 et 291; ATF 125 I 71 consid. 4c.

36 ATF 131 II 393, 408 et RSJ 102/2006 no 14 p. 335 s., chiffre 9.

37 ATF 124 II 424 s. et les arrêts qui y sont cités.

38 Voir à ce sujet de façon exhaustive BIGLER (note 1), p. 274 ss et STEINER (note 31), 1286 ss.

39 Ce qui devrait être seul déterminant à en croire KATHRIN ARIOLI/BIBIANE EGG, *Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen*, PJA 2001, 1299 ss, 1303; voir aussi ATF 124 II 534 s.

40 Voir ATF 125 II 541, 549.

41 Voir ATF 124 II 409, 425 s.; 124 II 436, 440 et 124 II 529, 534 ss; 125 II 385, 387; 125 II 530, 532 et de façon exhaustive BIGLER (note 1), p. 273 ss, AUBRY (note 11), 1064, également le point de vue critique de ARIOLI/EGG (note 38), 1303 s.

tique et en travaux manuels, l'infirmière et l'enseignante en soins infirmiers et, depuis peu, la physiothérapeute<sup>42</sup>, mais pas clairement l'assistante sociale<sup>43</sup>.

## 5. Valeur égale

C'est une notion clé pour l'appréciation des prétentions à l'égalité de salaire.

Le droit à une rémunération égale suppose un travail égal ou de valeur égale.

Si l'on est en présence d'une valeur égale, c'est-à-dire que le travail est comparable sur le plan des exigences, de la responsabilité et de la prestation, et qu'il existe une différence de salaires entre des personnes de sexe différent, une discrimination est concevable<sup>44</sup>. La valeur égale est une condition du fait constitutif<sup>45</sup>.

Une rémunération inégale pour un travail de valeur égale est admise à la seule condition qu'elle puisse s'expliquer par des motifs objectifs – comme des tâches supplémentaires de direction ou des conditions de travail plus difficiles<sup>46</sup>.

Un travail est égal lorsque les activités et les exigences sont identiques et que les caractéristiques déterminantes pour fixer le salaire, comme la formation et la formation continue, la qualification et l'expérience professionnelle, sont égales (par exemple chez une enseignante par rapport à ses collègues masculins ou chez une personne ayant succédé au poste d'un employé mieux rémunéré)<sup>47</sup>.

Des difficultés accrues surgissent quand il faut comparer des travaux seulement de même genre ou des activités différentes présentant des exigences et charges comparables, dont la valeur égale est en cause. Le Tribunal fédéral ne définit pas la notion de valeur égale avec davantage de précision. Il se contente de relever à ce sujet (en relation avec le domaine public) qu'elle peut recouvrir non seulement des travaux simplement similaires, autrement dit de même genre, mais aussi des activités de nature différente. Il convient donc toujours d'établir une comparaison avec d'autres professions – de même genre ou totalement différentes –, la base de comparaison devant être assez large<sup>48</sup>.

Il est donc possible de comparer entre elles des activités même en apparence différentes sous l'angle de la valeur égale, par exemple la profession d'infirmière ou de physiothérapeute avec celle de sauveteur ou de policier ou encore l'enseignante en travaux manuels avec le corps enseignant primaire<sup>49</sup>.

La valeur égale doit être en général examinée au moyen d'une expertise au cas où elle n'est pas manifeste, différentes méthodes étant à disposition en fonction des faits et des questions<sup>50</sup>. On distingue essentiellement entre méthode fondée sur la science du travail et méthode statistique. Dans la méthode de l'évaluation analytique du travail, on inclut et prend en compte, sur la base du cahier des charges des positions à comparer et d'autres informations sur la fonction, des facteurs comme les charges physiques et psychiques, les exigences liées aux facultés intellectuelles, l'autonomie et la compétence sociale ainsi que la responsabilité. Dans l'ATF 130 III 145, on s'est appuyé pour la première

fois sur une expertise selon la méthode statistique ("analyse de régression"); le classement des salaires et leur courbe y sont calculés selon des variables utilisées dans l'entreprise concernée, comme la formation, l'expérience professionnelle et le niveau d'exigences requis. Cette méthode permet aussi de déterminer la classification supposée non discriminatoire de la position en cause. La différence par rapport au salaire effectivement payé qui ne s'explique pas en s'appuyant sur les critères utilisés est attribuable au sexe et donc discriminatoire.

Selon ces normes, un salaire supérieur devrait aussi pouvoir être mis en œuvre pour un travail de valeur plus élevée, par exemple lorsque deux personnes de sexe différent perçoivent un salaire égal, bien qu'une prestation nettement plus grande soit fournie dans un cas et que l'entreprise prenne par ailleurs en considération ce critère lors du calcul du salaire<sup>51</sup>.

42 ATF 131 II 398; 126 II 217; 125 II 385, 387.

43 ATF 124 II 535 s., où, bien qu'il ait été démontré que plus de deux tiers des diplômés étaient des femmes, la question de l'identification à un sexe a été renvoyée en première instance pour un nouvel éclaircissement, critique chez BIGLER (note 1), p. 275.

44 ATF 127 III 213; 130 III 145 consid. 4.2. in fine: "Et si une femme, qui présente des qualifications équivalentes à son prédécesseur de sexe masculin, est engagée à un salaire moins élevé que lui, il est vraisemblable que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe, prohibée par l'art. 3 LEg".

45 ATF 124 II 409, 426.

46 ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; BIGLER (note 1), p. 281 s. et infra chiffre 7.

47 Voir BIGLER (note 1), p. 281, et les arrêts qui y sont cités. Selon BIGLER, l'égalité du travail suppose qu'à exigences égales, les femmes et les hommes peuvent être employés de façon égale dans un travail donné et que l'égalité des caractéristiques déterminantes existe pour fixer la rémunération et pouvoir la comparer.

48 Voir ATF 124 II 409 consid. 9; 125 I 71 consid. 2b et c/aa; 125 II 385 consid. 5b et 6 s.; aussi 129 I 165; BIGLER (note 1), pp. 279, 282 et les arrêts qui y sont cités, laquelle considère que ces professions devraient être comparables quant à leurs caractéristiques principales; voir aussi BIGLER (note 11), 1273.

49 Voir ATF 131 II 393, 403; ATF 125 II 385 consid. 6 s.; également BIGLER (note 11), 1273 et les arrêts qui y sont cités.

50 Voir ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; ARIOLI/EGG (note 38), 1300; AUBRY (note 11), 1070 s.; et au sujet des deux méthodes, de façon exhaustive SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); également YVES FLÜCKIGER, Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis, PJA 2001, 1340 ss; CHRISTIAN KATZ/CHRISTOPH BAITSCH, Arbeit bewerten – Personal beurteilen, Zurich 2006.

51 Voir aussi ATF 130 III 145, où le travail de la plaignante a notamment été comparé avec le travail moins exigeant de collègues masculins ayant une rémunération égale ou légèrement inférieure; dans le consid. 4.3.1, la responsabilité liée à une position est aussi mentionnée comme un critère important pour le salaire; voir aussi ATF 127 III 207.

Le choix de la méthode utilisée et de la manière de procéder revêt une importance décisive sur le résultat<sup>52</sup> pour savoir s'il convient d'admettre la valeur égale et dans quelle étendue la différence de salaires est justifiable par des facteurs objectifs.

De l'avis des juges de Mon-Repos, il n'existe pas une seule méthode correcte, les systèmes de traitement ainsi que les expertises renfermant toujours aussi des jugements de valeur<sup>53</sup>.

S'agissant de la conception du système de salaire, une grande marge est laissée tant aux expert-e-s qu'aux employeurs dans le choix des méthodes et des critères utilisés ainsi que dans leur évaluation, l'interdiction de l'arbitraire étant la seule limite à leur appréciation. Seule est prohibée l'utilisation de caractéristiques et de critères discriminatoires<sup>54</sup>. Un système salarial basé sur l'analyse simplifiée des fonctions a été, à diverses reprises, reconnu comme non discriminatoire malgré le fait que les méthodes appliquées et les critères utilisés renfermaient selon les expertises demandées un potentiel de discrimination ou que l'évaluation de certains critères défavorisait les femmes (p. ex. évaluation trop basse du "travail sentimental")<sup>55</sup>. Même dans l'arrêt le plus récent, l'expertise n'a pas été suivie, l'argumentation étant peu convaincante: "Si un canton procède pour l'ensemble de son personnel à une évaluation des places de travail selon une méthode uniforme, cela poserait alors problème d'appliquer une autre approche dans le cadre de l'appréciation judiciaire de certaines fonctions. La systématique voulue par le canton dans la structure des salaires en serait autrement bouleversée"<sup>56</sup>. En tout état de cause, cela ne peut valoir que si le système utilisé soit à juste titre reconnu comme non discriminatoire. S'il contient, au contraire, lui-même des éléments discriminatoires (comme les expertises l'ont attesté à diverses reprises pour l'analyse simplifiée des fonctions), il convient de choisir une autre méthode d'évaluation non discriminatoire.

La réserve que s'impose le Tribunal fédéral dans l'examen de la nature équitable des systèmes de traitements et la large appréciation qu'il accorde aux employeurs dans la fixation des salaires ont pour effet de relativiser, voire de vider de sa substance le caractère absolu du droit à l'égalité des salaires, pourtant explicitement reconnu ailleurs par les juges de Mon-Repos<sup>57</sup>. Cette jurisprudence, qui équivaut finalement à un examen de l'arbitraire, porte une part de responsabilité décisive dans le fait que les parties demanderesse n'ont obtenu que partiellement gain de cause – mis à part quelques exceptions.

Des instruments scientifiques destinés à analyser la discrimination salariale existent, qui s'abstiennent de jugements de valeur défavorisant les femmes<sup>58</sup>. Il est à souhaiter que la haute Cour suive à l'avenir davantage les expertises établies au moyen de ces instruments. En ce qui concerne les actions individuelles dans le domaine du droit privé, cette tendance semble aujourd'hui déjà être plus marquée que pour les actions dites collectives dans le domaine public, où les enjeux financiers sont souvent plus importants en raison d'éventuelles "réactions en chaîne" – un aspect que le Tribu-

nal fédéral a toutefois qualifié ailleurs de non pertinent (voir infra chiffre 8).

Du fait, d'une part, du droit d'être entendu et, d'autre part, de la teneur du droit à l'égalité des salaires en liaison avec la maxime inquisitoire et le devoir du juge d'examiner les faits, il n'est possible de renoncer à une expertise qu'à titre exceptionnel en se fondant sur l'expérience générale de la vie ou la compétence propre du tribunal<sup>59</sup>. Cela n'entre en ligne de compte que lorsque la valeur égale est évidente<sup>60</sup>.

## 6. Vraisemblance et inversion du fardeau de la preuve

### a) Principe

Conformément à l'art. 6 LEg, une discrimination salariale est présumée lorsque celle-ci est rendue vraisemblable par la personne concernée.

La règle générale au sens de l'art. 8 CC énonce que la personne supporte le fardeau de la preuve pour les faits allégués (et les conséquences de l'absence de preuves) pour en déduire ses droits. Dans les procès en égalité, un allègement du fardeau de la preuve a lieu dans la mesure où il incombe certes encore toujours à la partie demanderesse de rendre la discrimination vraisemblable, mais une fois que l'on y est parvenu (ce qui est présumé de par la loi en vertu de l'art. 3 LEg en ce qui concerne des discriminations sexospécifiques et le rattachement à des caractéristiques sexospécifiques), le fardeau de la preuve passe à la partie défenderesse. Cette

52 Voir à ce sujet ATF 130 III 145.

53 Voir ATF 131 II 402; 125 II 390 s., aussi à ce sujet BIGLER (note 1), p. 285.

54 BIGLER (note 11), p. 1273; le Tribunal fédéral relève que le pouvoir d'appréciation de l'employeur n'est pas fondamentalement limité par le principe de l'égalité de salaire, ATF 124 II 409 et 125 I 71, 79 s.; 125 II 390 ss

55 ATF 131 II 399 s. et les arrêts qui y sont cités, 401 s.; RSJ 102/2006 no 14, 335, chiffre 9; ATF 125 II 541, 548 ss; voir aussi la critique chez ARIOLI/EGG (note 39), 1300 et STEINER (note 31), 1285 s.

56 ATF 131 II 401 consid. 6.4; sur le fait de ne pas suivre des expertises fondées sur la science du travail dans des procès en égalité salariale, voir le point de vue critique de ARIOLI/EGG (note 39), 1306 s., et MATEFI (note 24), 1327.

57 Voir aussi BIGLER (note 1), pp. 287, 291 s., 298 ss, ID. (note 8), 75 s.

58 Voir à ce sujet SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); aussi KATZ/BAITSCH (note 50).

59 ATF 124 II 409 consid. 4c; 117 Ia 262 consid. 4.

60 Voir ATF 130 III 145 consid. 3.1.2. Même si elle est manifestement absente. Une expertise peut s'avérer utile pour peser l'importance d'éventuels motifs justificatifs et déterminer le salaire non discriminatoire même quand le travail est égal ou la position comparable et que la possibilité existe d'une comparaison directe avec un collègue masculin, voir aussi infra chiffre 8.



dernière doit en effet apporter la preuve complète qu'aucune discrimination n'est survenue dans le cas concret ou qu'il existe des motifs objectifs suffisants (voir infra let. c et chiffre 7)<sup>61</sup>.

## b) Vraisemblance de la discrimination

Dans une première étape, il appartient donc au tribunal d'examiner si la discrimination, c'est-à-dire le préjudice subi en raison du sexe, est rendue vraisemblable dans le sens mentionné ci-dessus.

La vraisemblance implique une comparaison avec une personne de l'autre sexe et comprend deux éléments: la circonstance du préjudice en soi – autrement dit la différence de salaires pour une activité de valeur égale – et le motif de la discrimination. La norme de l'art. 6 LEg vaut pour les deux aspects, qui doivent tous deux être rendus vraisemblables pour qu'ait lieu l'inversion du fardeau de la preuve<sup>62</sup>.

Il s'agit d'abord de rendre vraisemblable la valeur égale de l'activité en tant que fondement du droit et condition du fait constitutif de la discrimination<sup>63</sup>. Il faut en outre rendre vraisemblable le fait que la discrimination survient à raison du sexe, ce qui est à présumer – selon les explications figurant plus haut sous chiffre 2 – quand une personne appartenant à un sexe est désavantagée par rapport à un ou plusieurs membres de l'autre sexe (en d'autres termes qu'elle perçoit un salaire inférieur pour une activité de valeur égale), le fait constitutif objectif étant déterminant, et non les motifs intrinsèques de l'employeur. Est par conséquent sans importance la question de savoir s'il y a volonté de discriminer<sup>64</sup>.

Il n'y a pas de définition légale de ce que l'on entend par "rendre vraisemblable". Selon la pratique des tribunaux, un fait constitutif est rendu vraisemblable dès lors que le tribunal a l'impression d'une certaine probabilité de l'existence du fait en question en s'appuyant sur des éléments d'information objectifs. Le juge ne doit pas être convaincu. La possibilité qu'il pourrait en aller autrement ne doit pas être exclue<sup>65</sup>.

Par conséquent, le degré de preuve est réduit; une certaine probabilité (non prépondérante) doit plaider en faveur de l'existence d'une discrimination à raison du sexe. La vraisemblance ne suppose donc pas que cette probabilité soit de 50 pour cent ou plus; la possibilité qu'une mesure discriminatoire ne repose pas sur le sexe peut subsister<sup>66</sup>. Globalement, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une certaine probabilité de la discrimination doit exister, mais qu'elle peut aussi être inférieure à 50 pour cent<sup>67</sup>.

Les exigences quant à la vraisemblance sont en outre atténuées par la *maxime inquisitoire*, qui impose au juge de tirer au clair d'office tous les faits susceptibles de fournir des renseignements sur le calcul des salaires<sup>68</sup>.

Ainsi, le tribunal doit demander une expertise sur la base de la maxime inquisitoire là où cela est nécessaire pour rendre vraisemblable la valeur égale de l'activité de comparaison ou pour montrer que les femmes sont nettement plus touchées<sup>69</sup>.

La maxime inquisitoire est cependant limitée devant le Tribunal fédéral: celui-ci examine certes si l'instance précé-

dente a obéi aux exigences accrues quant à la constatation des faits et aux règles en matière d'administration des preuves fixées par le droit fédéral, mais ne remet pas en question les faits constatés par l'instance cantonale<sup>70</sup>.

61 Voir SABINE STEIGER-SACKMANN in Commentaire de la loi sur l'égalité, Bâle 1997, art. 6 n. 33. Selon STEIGER-SACKMANN, art. 6 n. 28 et 34 s. (voir aussi ATF 130 III 145 consid. 4.2), cette norme a pour arrière-plan la volonté du législateur de diminuer les obstacles barrant la route à la mise en œuvre des droits à l'égalité. En s'appuyant sur la pratique de la haute Cour, le défaut de preuve structurel des salariés constitue un motif important pour l'allègement du fardeau de la preuve institué en leur faveur par la loi. La démonstration d'une discrimination ne peut être faite qu'en comparant les conditions de travail d'une personne avec celles des autres employés. Souvent, les salariés ne disposent toutefois pas d'informations suffisamment fiables sur des personnes de comparaison. Seule l'entreprise peut établir cette comparaison avec la force probatoire requise. Les règles relatives au fardeau de la preuve servent à inciter les responsables de l'entreprise à collaborer lors de l'établissement des faits. Elle vise aussi à la sécurité du droit et permet aux parties d'évaluer le risque du procès.

62 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 43; AUBRY (note 11), 1067; et aussi ATF 125 I 71 consid. 4a: la vraisemblance se rapporte d'une part à la vraisemblance de faits fondant le droit (question de fait) et, de l'autre, à la question de savoir si la prétention découle de ces faits (question de droit). Voir aussi ATF 125 II 541 consid. 5d p. 549 ss; ainsi que ARIOLI/EGG (note 39), 1302 ss, et les arrêts qui y sont cités afin de distinguer entre questions de fait et questions de droit et d'éviter leur amalgame fréquent dans les procédures en égalité salariale.

63 ATF 124 II 409 consid. 7 à 9.

64 Voir aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18; et supra chiffre 2.

65 ATF 125 III 372; voir aussi STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 49, 55 s.; ainsi que KATHRIN KLETT, Die richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, PJA 2001, 1297 et les arrêts qui y sont cités.

66 Voir aussi ATF 125 I 71 consid. 4a; 125 III 372 consid. 4 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 21; ainsi que STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 55 s.

67 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 21; selon STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 57, la discrimination doit même toujours être considérée comme vraisemblable lorsqu'elle est plutôt improbable mais qu'il subsiste la possibilité que l'allégation soit fondée. La demande est à rejeter seulement si la discrimination paraît totalement douteuse ou a le caractère d'une simple allégation. Sinon, le fardeau de la preuve incombe à la partie défenderesse et c'est elle qui supporte les conséquences de l'absence de preuves.

68 ATF 127 III 207; BIGLER (note 1), pp. 77 ss et 284 s.; Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 16; voir aussi AUBRY (note 11), 1066, sur le devoir de collaborer des parties, surtout de la partie demanderesse, de présenter des éléments d'information concernant la discrimination.

69 Voir STEINER (note 31), 1291 et supra chiffre 5 in fine.

70 Sur l'étendue de la maxime inquisitoire: ATF 130 III 145 consid. 3.1.2; 125 III 368 consid. 3, 371 s.; également KLETT (note 65), 1293 ss.

On peut tirer de la jurisprudence la règle approximative suivante: une discrimination est rendue vraisemblable avec une différence de salaires d'environ 10 pour cent, qui ne peut s'expliquer autrement qu'à raison du sexe<sup>71</sup>. De l'avis du Tribunal fédéral, il faut présumer une différence de salaires motivée par l'appartenance à un sexe lorsqu'il y a inégalité de rémunération de collaborateurs de sexe différent occupant une position analogue avec un cahier des charges comparable. Si l'employeur ne réussit ensuite pas à apporter la contre-preuve, l'action doit être admise sans qu'il soit encore nécessaire de démontrer l'existence d'une politique du personnel sexiste au sein de l'entreprise. L'interdiction de discriminer vaut de façon absolue et n'est en rien changée par le fait que l'employeur exerce aussi une discrimination parmi des collaborateurs du même sexe, sans quoi la discrimination pourrait être justifiée par la discrimination<sup>72</sup>.

Si la partie demanderesse a rendu la discrimination vraisemblable, c'est-à-dire que le tribunal a constaté la vraisemblance des faits qui font apparaître pour probable l'existence d'une discrimination à raison du sexe, le fardeau de la preuve est inversé.

### c) Inversion du fardeau de la preuve, degré de preuve et conséquence de l'absence de preuves

Avec l'inversion du fardeau de la preuve, la discrimination à raison du sexe continue certes à être le thème de la preuve, mais le degré de preuve est désormais plus élevé: la partie employeuse doit désormais apporter la preuve complète que la rémunération différente n'est pas motivée par le sexe, mais se justifie par des motifs objectifs (sur les exigences en la matière, voir infra chiffre 7).

Comme il est difficile d'apporter la preuve de faits négatifs, la non-discrimination peut être prouvée positivement par le fait que la partie défenderesse présente l'existence de motifs objectifs sans effet discriminatoire entre les sexes. Si cette preuve échoue complètement ou en partie du fait que la possibilité d'une discrimination sexospécifique subsiste, l'action doit être admise et le salaire non discriminatoire être alloué<sup>73</sup>.

L'action en justice est à rejeter à la seule condition que la preuve complète soit apportée, que le résultat probatoire soit donc sans ambiguïté et que l'on puisse exclure une discrimination selon des points de vue objectifs<sup>74</sup>.

S'il en résulte un "non liquet", en d'autres termes si le résultat probatoire n'est pas clair, la présomption au sens de l'art. 6 LEg intervient, et l'inversion du fardeau de la preuve a pour effet que la partie employeuse supporte les conséquences de la situation probatoire floue, partant que la réponse à la question de l'existence d'une discrimination est affirmative et que l'action en justice est admise<sup>75</sup>.

Dans le déroulement du procès, il paraît judicieux d'introduire une seule procédure probatoire en ce qui concerne la vraisemblance de la discrimination et la preuve complète de la non-discrimination, les deux phases devant être ensuite distinctes dans le jugement. D'abord, il convient de

déterminer si les conditions de la prétention de la partie demanderesse sont rendues vraisemblables et ensuite de constater si la preuve de la non-discrimination ou de motifs justificatifs a été apportée dans la mesure requise ou s'il y a "non liquet" et s'il y a donc lieu de statuer selon le fardeau de la preuve<sup>76</sup>.

La procédure en constatation de la discrimination salariale comprend donc plusieurs étapes<sup>77</sup>:

*Première étape* (incombe à la partie demanderesse): démontrer, c'est-à-dire rendre vraisemblable une discrimination salariale à raison du sexe;

*Deuxième étape*: preuve complète de la partie employeuse quant à l'absence de discrimination malgré les apparences contraires ou quant aux motifs justificatifs satisfaisant au droit et au caractère équitable de la différence de salaires, la partie défenderesse supportant les conséquences de l'absence de preuves;

*Troisième étape* en cas d'échec à apporter la preuve complète selon la deuxième étape: calcul du salaire non discriminatoire dû.

## 7. Motifs justificatifs<sup>78</sup>

Si les critères mentionnés ci-dessus sont remplis concernant la discrimination d'un sexe ou d'une ou de plusieurs personnes appartenant à un sexe, il s'ensuit que l'action salariale est admise, à moins qu'il existe des motifs justificatifs pour l'inégalité de traitement, ce qu'il appartient à l'employeur de prouver.

Une discrimination salariale tombe dès lors que la différence de salaires paraît objectivement fondée par le travail à accomplir ou par la fonction en cause. Est objectivement fondée une différence de salaires dans une comparaison individuelle ou lors de la classification de professions féminines si elle s'appuie sur des critères dits objectifs et qu'elle n'est pas motivée par le sexe<sup>79</sup>.

71 Voir à ce sujet 125 II 541, 551; aussi 125 III 373 et 130 III 145 consid. 4.2 et 4.3.1, où la probabilité de la discrimination est définie comme manifeste pour une différence de salaire proche de 27%; autres exemples chez AUBRY (note 11), 1067.

72 ATF 127 III 207, 213; voir aussi à ce sujet Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 19.

73 Celui-ci doit être normalement tiré au clair au moyen d'une expertise; ATF 130 III 145; 127 III 207.

74 Voir surtout ATF 130 III 145 consid. 4.2 et 5.2; Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 18; STEIGER-SACKMANN (note 61), art. 6 n. 57 à 61; également KLETT (note 65), 1297.

75 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), n. 20 et 24 s.

76 Voir STEIGER-SACKMANN (note 61), n. 62 ss et ATF 130 III 145; 125 II 541, 550 ss

77 Voir aussi ATF 127 III 212 consid. 3, 6; 130 III 145; également Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 17.

78 Voir à ce sujet aussi Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 23 ss, 41; également WOLFGANG PORTMANN, Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, ArbR 2005, 13 ss, 15.

79 ATF 127 III 207 consid. 3c.

Pour justifier une rémunération différente, il ne suffit pas, aux yeux des juges de Mon-Repos, que l'employeur avance n'importe quel motif. Il doit au contraire prouver qu'il poursuit un but objectif correspondant à un véritable besoin de l'entreprise et que la discrimination est appropriée pour atteindre le but visé. Des motifs objectifs ne peuvent en principe justifier une rémunération différente que s'ils sont essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires par l'employeur<sup>80</sup>.

Conformément aux arrêts ATF 125 III 373 et 130 III 145 consid. 5.2, constituent des critères objectifs en premier lieu des motifs influant sur la valeur du travail comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, la prestation<sup>81</sup> ou les risques. Les motifs peuvent en outre résulter de considérations sociales comme les charges familiales et l'âge. Enfin, des facteurs externes comme la situation conjoncturelle entrent aussi en ligne de compte pour autant que la prise en considération de celle-ci corresponde à un réel besoin de l'entreprise. Le Tribunal fédéral relève<sup>82</sup> qu'une discrimination indirecte peut cependant être liée à des critères neutres quant au sexe de ce genre, par exemple lorsqu'un poids trop grand est accordé dans la rémunération à l'ancienneté, sans tenir compte des interruptions de carrière que continuent à enregistrer traditionnellement les femmes en raison de leurs obligations familiales. Mais des motifs objectifs dans le sens défini peuvent en général justifier une rémunération différente s'ils sont vraiment essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires et ont une incidence cohérente sur les salaires au sein de la même entreprise.

Les motifs doivent donc être pertinents et avoir une incidence effective sur la valeur du travail. Il s'agit pour l'essentiel d'apporter la preuve qu'en dépit d'une apparente valeur égale, celle-ci est absente ou que la différence de salaires existante est adaptée à la valeur différente<sup>83</sup>.

En l'espèce, il faut relever que différents motifs mentionnés, comme la formation, l'ancienneté ou encore des horaires de travail différents (de la jardinière d'enfants) etc., ont précisément des répercussions au détriment des professions typiquement féminines<sup>84</sup>.

La formation comparable, bien qu'éventuellement plus courte, ne devrait plus compter quand elle est compensée par l'expérience professionnelle<sup>85</sup>. Les coûts de formation devraient, eux aussi, avoir peu d'importance<sup>86</sup>.

La fonction de supérieur hiérarchique peut justifier une différence de salaires, mais il se peut qu'une discrimination lors de la promotion soit cachée<sup>87</sup>.

Le Tribunal fédéral reconnaît que la motivation, la volonté de performance et la productivité peuvent justifier une différence de salaires dans la mesure où elles se traduisent par un meilleur résultat de travail<sup>88</sup>. A cet égard, il convient toutefois de ne pas perdre de vue le fait que l'évaluation de la performance n'est elle-même pas exempte de jugements de valeur et peut aller de pair – comme les études le montrent – avec des attentes discriminatoires liées au sexe<sup>89</sup>.

La question de savoir dans quelle mesure les charges familiales peuvent entraîner une différence de salaires fondée

reste floue; pour BIGLER<sup>90</sup>, ces charges devraient être prises en compte par l'intermédiaire des allocations pour enfant et des allocations familiales.

En ce qui concerne les arguments comme la conjoncture, la loi du marché ou la situation du marché du travail et le pouvoir de négociation ("salaire d'exception" d'un candidat idéal), le Tribunal fédéral a fixé des limites strictes. Il convient d'abord de définir le marché du travail pertinent et d'établir quels facteurs ont eu une incidence sur ce marché et à quel degré. Seuls sont pertinents les facteurs qui ont réellement existé et ont effectivement influé sur la différence concrète de salaires. Il appartient en outre à l'employeur de démontrer que l'entreprise a besoin de l'engagement en question et que la différence de salaires est limitée à ce qui est nécessaire dans sa proportion et dans sa durée, en d'autres termes il faut en général procéder à un ajustement dans le délai maximum d'une année en baissant le salaire plus élevé ou en augmentant le salaire plus bas<sup>91</sup>.

80 ATF 130 III 145 consid. 5.2.

81 Dans la mesure où elle se reflète dans le résultat du travail, voir ATF 125 III 375.

82 ATF 125 III 374, 124 II 409, 428; également AUBRY (note 11), 1063; au sujet de l'ancienneté et de sa non prise en considération pour une jardinière d'enfants suppléante, voir l'arrêt ATF 129 I 161, qui pose à mon avis problème: seul le respect du principe général de l'égalité juridique a été examiné. En l'occurrence, la perspective du droit à l'égalité et une comparaison avec le régime de traitement correspondant au niveau du primaire auraient été intéressantes.

83 Voir aussi ATF 130 III 145 consid. 5.2 et l'aperçu dans Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 25 s.

84 BIGLER (note 11), 1274; ATF 125 II 530 consid. 4c, 125 II 541, 551; il en va de même de la rétribution inférieure de la suppléante, voir à ce sujet ATF 129 I 161 et critiques chez AUBRY (note 11), 1063.

85 Voir ATF 125 III 368; 124 II 409 consid. 9d; également BIGLER (note 1), p. 294 et aussi critiques chez STEINER (note 31), 1289 s. C'est l'activité exercée qui devrait en tout cas être déterminante pour la classification, et non la formation effective, comme a statué le Tribunal administratif du canton de Zurich (PB.2004.00011 du 17.11.2004), dans ce sens aussi ATF 127 III 207 consid. 5a.

86 Voir ATF 126 II 223 ss et critique chez STEINER (note 31), 1290; également MATEFI (note 24), 1325; BIGLER (note 8), 78 s.

87 Voir ATF 124 II 529, 532; également 130 III 145 consid. 4.3.3.

88 Voir ATF 126 II 217 et 125 III 375: "C'est pourquoi une prestation de travail meilleure sous l'angle quantitatif ou qualitatif peut justifier une différence de salaires même en cas de cahier des charges égal ou comparable".

89 Voir les deux publications du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes: "Quand le travail est le même..." et "C'est en forgeant qu'on devient forgeronne". Une prise en considération à titre seulement exceptionnel du critère de performance au détriment de la main-d'œuvre féminine serait illicite.

90 BIGLER (note 11), 1274.

91 ATF 130 III 145 consid. 5.2 et 125 III 368 consid. 5c, PORTMANN (note 78), 15 s.; mais voir ATF 126 II 217 concernant l'enseignante en soins infirmiers qui ne mentionne pas cette

Par ailleurs, la haute Cour souligne explicitement: "Le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale ne saurait être réduit à néant par le simple fait que le travail des femmes est constamment et dans une mesure notable moins bien rétribué que celui des hommes parce que les femmes ont tendance, dans les négociations salariales, à être prêtes à accepter des salaires inférieurs ou à être forcées de le faire."<sup>92</sup>

De plus, la partie employeuse ne doit pas pouvoir invoquer des motifs liés au marché lorsqu'elle dispose déjà au moment de l'engagement des moyens financiers pour assurer l'égalité entre salariés actuels et nouveaux employés<sup>93</sup>.

Selon les juges de Mon-Repos, le principe de l'égalité des salaires s'oppose même à une discrimination salariale simplement "exceptionnelle" entre des employés de sexe différent, et cette inégalité salariale de traitement de durée illimitée ne saurait correspondre à un véritable besoin de l'entreprise<sup>94</sup>. Le point de vue de la haute Cour sur l'argument du marché n'est pas aussi différencié et restrictif pour les systèmes de traitements relevant du droit public<sup>95</sup>. Selon la jurisprudence la plus récente, l'argument des salaires selon la loi du marché et le renvoi à un marché de référence ne pourraient toutefois être pris en compte dans le but d'éliminer une présomption de discrimination ou en tant que motif justificatif que si la partie employeuse apporte en même temps la preuve que les salaires de comparaison sont non discriminatoires<sup>96</sup>.

Ne constituent pas un motif justificatif:

- des difficultés budgétaires<sup>97</sup>,
- la discrimination d'employés appartenant aussi au même sexe<sup>98</sup>,
- le consentement donné au salaire en connaissant la différence de salaire, les arguments "atteinte à la bonne foi", "abus de droit", "péremption"<sup>99</sup>,
- l'absence d'intention de discriminer (cf. supra chiffre 2),
- le domicile éloigné et la disponibilité prétendument réduite de la salariée ainsi que le droit à un surplus de vacances<sup>100</sup>,
- une restructuration<sup>101</sup>,
- la petite taille de l'entreprise; elle n'empêche pas de comparer entre elles différentes activités et de déterminer si elles sont de valeur égale<sup>102</sup>,
- des salaires aussi bas payés dans le marché de référence<sup>103</sup>.

## 8. Fixation du salaire dû

Si des différences de salaires sont rendues vraisemblables et si la partie employeuse n'est pas en mesure d'apporter la preuve complète de l'absence de discrimination à raison du sexe ou de l'existence de motifs objectifs justifiant la différence de salaires, cette dernière doit être compensée. L'arriéré à payer représente donc la différence entre le salaire constaté comme discriminatoire et le salaire de comparaison, avec un délai de prescription de cinq ans prévu par le

droit fédéral à compter de l'ouverture de l'action ou du recours à l'office de conciliation<sup>104</sup>. Selon la haute Cour, une compensation par la baisse du salaire de comparaison serait aussi admise – ce qui ne peut toutefois se produire avec un effet rétroactif<sup>105</sup>.

Si la partie défenderesse apporte la preuve d'un fait justificatif, la différence de salaires en cause ne peut être contestée, selon les juges de Mon-Repos, tant qu'elle se fonde sur des "motifs objectifs défendables" et que le montant se situe dans une proportion qui est usuelle et licite aussi pour des différences de fonction entre des personnes appartenant au même sexe<sup>106</sup>. Le principe de la proportionnalité vaut donc, autrement dit la différence entre les salaires de comparaison ne saurait être totalement indéfendable ou aller vraiment à l'encontre du sentiment de justice. Des différences de salaire d'environ 20 pour cent et exceptionnellement appro-

---

limitation; critiques par rapport à cet arrêt et à l'argument du marché chez TOBIAS BAUER/SILVIA STRUB, Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten?, PJA 2001, 1308 ss; également MATEFI (note 24), 1319, 1321 ss. Sur l'importance du critère du marché, voir MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Lohnungleichheit in der Praxis – insbesondere zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, ZBJV 137/2001 p. 689 ss, 762 s.

92 ATF 125 III 380.

93 Aussi BAUER/STRUB (note 91), 1318.

94 ATF 125 III 381.

95 MATEFI (note 24), 1325.

96 ATF 131 II 393 consid. 7.3 à 7.5. Dans les ATF 126 II 217 et 125 I 71, cette preuve n'a pas encore été exigée. Des comparaisons avec le salaire selon la loi du marché peuvent mettre à jour des inégalités de traitement sexospécifiques dans le cadre de l'analyse statistique des salaires s'il en résulte des écarts par rapport au marché de référence pour la fonction ou les positions occupées par des femmes concernées, alors que tel n'est pas le cas – ou pas dans la même mesure – pour des fonctions de comparaison internes à l'entreprise, voir à ce sujet SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27).

97 ATF 131 II 393, 409, 411; 125 I 71.

98 ATF 127 III 207 consid. 4b.

99 Voir ATF 131 I 105; 125 I 14, 17; 124 II 450 ss.

100 Voir ATF 130 III 145 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26; également AUBRY (note 11), 1069, la prise en considération du dernier critère mentionné serait, à son avis, admissible.

101 Voir Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26.

102 Voir ATF 127 III 207 et Evaluation LEg (note 6), élément 6, p. 26.

103 Voir à ce sujet ATF 131 II 407 s.

104 ATF 131 II 411 s.; 130 III 145; 125 I 14, 17 s.; 125 I 71, 86; 124 II 436 consid. 11a. Voir sur le délai de prescription KATHRIN ARIOLI/FELICITAS FURRER ISELI, L'application de la loi sur l'égalité aux rapports de travail de droit public, Bâle 1999, N 237 à 239.

105 Voir aussi BIGLER (note 1), p. 301 s. et ID. (note 11), 1275 et la note 71.

106 ATF 124 II 529; 125 II 530 consid. 5b, 537; et 125 I 71, 79.

chant 40 pour cent sont à ce titre encore considérées comme défendables<sup>107</sup>.

Le fait que cette jurisprudence sape le principe de l'égalité de salaire s'appliquant de façon absolue a déjà été relevé ailleurs<sup>108</sup>. Les méthodes scientifiques destinées à analyser les différences de salaires, en particulier l'analyse statistique des salaires, permettent de déterminer, d'une part, la part du différentiel de salaires qui n'est pas attribuable au motif justificatif et ne peut donc s'expliquer autrement qu'à raison du sexe et, de l'autre, aussi le salaire équitable, c'est-à-dire non discriminatoire<sup>109</sup>. Il ne s'agit pas de pouvoir justifier toute différence de salaires, mais seulement celle qui est équitable en l'espèce. Mais il ne subsiste ainsi plus d'espace pour le principe de proportionnalité et l'appréciation de l'employeur au sens large tel que compris par le Tribunal fédéral<sup>110</sup>.

De ce point de vue, l'arrêt le plus récent dans le domaine du droit privé rend confiant: il y est maintenu que la différence de salaires doit correspondre à un véritable besoin de l'entreprise et que des motifs objectifs peuvent justifier une rémunération différente seulement dans la mesure où ils sont essentiels pour la prestation concrète de travail et l'organisation des salaires par l'employeur, ce dernier étant tenu d'en apporter la preuve<sup>111</sup>.

Si la réponse est affirmative quant à la discrimination ou à la nécessité de la compensation de salaire, il en découle d'ordinaire des répercussions financières considérables dans le domaine public en cas d'actions salariales intentées par tout un groupe professionnel; il appartient aux employeurs responsables d'adopter un nouveau régime de traitement<sup>112</sup>. Cependant, aucun délai transitoire n'est accordé aux employeurs, pas même en raison de considérations financières ou budgétaires; autrement dit, les adaptations sont à entreprendre immédiatement et avec effet rétroactif<sup>113</sup>. La collocation dans une classe de salaire plus élevée doit se faire immédiatement sur la base du niveau actuel d'expérience, et non par le classement dans le niveau d'expérience dont le montant se trouve le plus proche du salaire actuel de la nouvelle classe de salaire<sup>114</sup>.

Le droit au salaire non discriminatoire et au paiement de l'arriéré correspondant peut être mis en œuvre directement dans l'étendue fixée judiciairement sur la base du jugement<sup>115</sup>.

#### IV. Conclusion

En résumé, la jurisprudence du Tribunal fédéral révèle que la discrimination salariale a été çà et là admise, plus fréquemment en général que dans les instances inférieures, et que les personnes concernées se sont vu attribuer des salaires supérieurs, bien que rarement dans l'étendue demandée.

Une véritable égalité a cependant souvent échoué contre les écueils que constituent une cognition limitée en ce qui concerne les questions de fait, une pondération différente des critères d'évaluation déterminants et des motifs justificatifs dits objectifs, la partie employeuse bénéficiant d'une

marge d'appréciation trop grande pour calculer le salaire lorsque lesdits motifs existent<sup>116</sup>. Il est à espérer que le Tribunal fédéral adoptera à l'avenir un point de vue plus critique en la matière et que les employeurs seront davantage exhortés à apporter aussi la preuve du caractère équitable de la différence de salaires concernée, outre le motif justificatif en lui-même. Il convient de suivre les expertises chargées de clarifier cette question dans la mesure où elles paraissent inattaquables sous l'angle de la méthodologie utilisée, autrement dit pour autant qu'elles accordent aux caractéristiques favorisant les femmes et les hommes la même considération et une pondération non discriminatoire ou, lors d'une analyse statistique des salaires, qu'elle n'inclut que des variables non discriminatoires. Les derniers arrêts, en particulier ATF 130 III 145, mais aussi 131 II 393, vont dans cette direction, pour ce qui est de la position relative à la décision de rétrogradation. Il appartient au tribunal de statuer sur la question de droit de savoir si la limite de l'appréciation a été respectée. La constatation de la différence de salaires justifiée nécessite toutefois de faire appel à des instruments scientifiques d'analyse des salaires utilisés de façon non discriminatoire pour que la validité absolue du droit à l'égalité de salaire puisse triompher dans les faits.

107 Voir les exemples et la critique chez BIGLER (note 1), p. 298 s.; aussi ATF 125 III 368; 126 II 27 consid. 9b et 10 concernant des différences de salaires d'environ Fr. 1000.– par mois pour une journaliste nouvellement engagée par rapport à une collègue ayant déjà l'expérience de l'entreprise et entre une enseignante en soins infirmiers psychiatriques et des maîtres professionnels; d'autres exemples en vertu du principe général de l'égalité juridique in ATF 129 I 161 consid. 3.2.

108 ARIOLI/EGG (note 39), 1305; et BIGLER (note 1), p. 300.

109 Voir à ce sujet notamment SCHÄR MOSER/BAILLOD (note 27); et FLÜCKIGER (note 50), 1340 ss; aussi ATF 125 II 551ff.

110 Voir BIGLER (note 1), p. 59; ID. (note 11), 1274; également ARIOLI/EGG (note 39), 1302 s., 1305.

111 ATF 130 III 145 consid. 5.2.

112 Voir ATF 124 II 436 consid. 11c; et BIGLER (note 1), p. 301.

113 Voir ATF 131 II 411; il y est reconnu qu'en cas de constatation d'une inégalité salariale, le salaire doit être relevé sur le champ à un niveau non discriminatoire dans les limites du délai de prescription. Quant à savoir dans quelle mesure cela contient une modification de la pratique sur la jurisprudence précédente de l'obligation d'ajustement dans un délai d'une année, la question reste ouverte. Voir aussi BIGLER (note 1), p. 303 ss et les arrêts qui y sont cités.

114 Voir ATF 131 II 412, où le classement basé sur le montant du salaire a été jugé discriminatoire.

115 ATF 124 II 436 et BIGLER (note 1), p. 309.

116 Tel est aussi l'avis de BIGLER (note 1), pp. 59 s., 318 s.; ID. (note 11), 1275. Avec BIGLER (note 8), 76 ss, 80, on peut suggérer qu'il convient de fixer des limites plus strictes et d'inclure davantage les connaissances d'autres sciences et de la recherche genre interdisciplinaire dans les décisions judiciaires et politiques.

# Lohnungleichheit und Lohndiskriminierung – aktuelle Entwicklungen aus ökonomisch-statistischer Perspektive



Lic. rer. pol. SILVIA STRUB,  
Ökonomin, Büro für  
arbeits- und sozialpoliti-  
sche Studien BASS, Bern

## Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Ursachen von Lohndifferenzen, Lohndiskriminierung im engeren Sinne und Beschäftigungsdiskriminierung
  - 2.1. Ungleichstellungen "vor dem Markt" versus Diskriminierungen "auf dem Markt"
  - 2.2. Lohndiskriminierung im engeren Sinne und Beschäftigungsdiskriminierung
  - 2.3. Lohnungleichheit innerhalb von Unternehmen und zwischen Unternehmen
  - 2.4. Messung von Lohndiskriminierung
3. Ergebnisse der gesamtwirtschaftlichen Lohnanalysen
  - 3.1. Entwicklung der Lohnunterschiede und Lohndiskriminierung im privaten Sektor von 1998 bis 2004
  - 3.2. Regionale Unterschiede
  - 3.3. Unterschiede zwischen den Branchen
  - 3.4. Lohnungleichheit und Diskriminierung im unteren bzw. im oberen Lohnbereich
  - 3.5. Lohnunterschiede im öffentlichen Sektor
4. Zusammenfassung der Ergebnisse unter dem Aspekt von zehn Jahren Gleichstellungsgesetz

## 1. Einleitung

Wie haben sich die Lohnunterschiede seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes (GlG) verändert? Dieser Frage ist die Autorin zusammen mit einem Team der Universität Bern in einer Studie zu Handen des Bundesamtes für Statistik und des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann nachgegangen. Anhand der Daten der Lohnstrukturhebung (LSE)<sup>1</sup> wurden die geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede für die Jahre 1998 bis 2002 bzw. 2004 analysiert.<sup>2</sup>

Die Ergebnisse zeigen: Die Lohnunterschiede nehmen zwar kontinuierlich, aber langsam ab. Frauen verdienen in der Privatwirtschaft im Durchschnitt noch immer fast

25 Prozent weniger als Männer. Ein Teil dieser Lohnunterschiede ist auf Diskriminierung zurückzuführen. Ein anderer Teil ist dadurch zu erklären, dass Frauen im Schnitt immer noch schlechter ausgebildet sind und weniger Berufserfahrung aufweisen, und dass sie in den gut entlohnten Tätigkeiten und in Kaderpositionen untervertreten sind. Es gibt allerdings beträchtliche Unterschiede im Ausmass der Lohndifferenzen und der Lohndiskriminierung zwischen den Branchen und Regionen. Auch sind je nach Branche die unteren bzw. die oberen Lohnbereiche mehr oder weniger stark betroffen.

Weshalb halten und reproduzieren sich die Lohnunterschiede so hartnäckig? Um die nachfolgenden Ergebnisse richtig einordnen zu können, werden wir zuerst die verschiedenen Ursachen der Lohnungleichheit und deren Bedeutung im Zusammenhang mit dem Gleichstellungsgesetz kurz skizzieren und einige methodische Vorbemerkungen machen. Am Schluss des Aufsatzes werden die Ergebnisse in Bezug zur bisherigen Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes gesetzt.

- 1 Die Lohnstrukturhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik ist eine Stichprobenerhebung, die alle zwei Jahre bei den Unternehmen des sekundären und tertiären Sektors sowie im Gartenbau durchgeführt wird. Sie liefert repräsentative Daten zu Branche und Grösse der befragten Unternehmen, Löhnen, einzelnen Merkmalen der Arbeitnehmenden (wie Alter, Geschlecht, Ausbildung etc.) und deren Arbeitsplätze (berufliche Stellung, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes, Tätigkeitsbereich etc.). In der LSE 2004 sind rund 43 800 Unternehmen mit 1.4 Millionen Arbeitnehmenden erfasst.
- 2 SILVIA STRUB/MICHAEL GERFIN/ALINE BÜTTIKOFER, Vergleichende Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebungen 1998 bis 2002/2004. Untersuchung im Rahmen der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Bericht der Arbeitsgemeinschaft Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS und Departement Volkswirtschaftslehre der Universität Bern, Prof. Michael Gerfin, zu Handen des Bundesamtes für Statistik und des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. August 2006.  
Ein erster Schlussbericht mit den Ergebnissen der Analysen für die Jahre 1998 bis 2002 wurde im Sommer 2005 fertig gestellt. Dieser diente dem Bundesrat als Grundlage für die statistischen Aussagen in seinem Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes (vgl. Bericht des Bundesrats vom 15. Februar 2006, BBl 2006 3161). Im Hinblick auf die Veröffentlichung der Analysen zum zehnjährigen Jubiläum des Gleichstellungsgesetzes im Herbst 2006 wurde ein Teil der Analysen aktualisiert und mit den Daten der LSE 2004 fortgeschrieben.

## 2. Ursachen von Lohndifferenzen, Lohndiskriminierung im engeren Sinne und Beschäftigungsdiskriminierung

### 2.1. Ungleichstellungen "vor dem Markt" versus Diskriminierungen "auf dem Markt"

Die statistisch feststellbaren Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern haben verschiedene Ursachen. Es sind dies einerseits Ungleichstellungen vor dem Markt sowie Diskriminierungen auf dem Markt.

- *Ungleichstellungen vor dem Markt* ergeben sich zum Beispiel durch die familiäre Rollenteilung oder unterschiedliche Qualifikationen (Ausbildung, berufliche Erfahrung). Diese sind nicht direkt durch die ArbeitgeberInnen beeinflussbar.
- Die in der Bundesverfassung und dem Gleichstellungsgesetz festgeschriebene Lohngleichheit bezieht sich auf die *Diskriminierung auf dem Markt*. Innerhalb eines Unternehmens muss Frauen und Männern der gleiche Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit bezahlt werden.

Diskriminierungen vor und auf dem Markt sind eng verknüpft. Ein Abbau von Diskriminierungen auf dem Markt trägt auch zu einem Abbau von Ungleichstellungen vor dem Markt bei: Wenn sich die Lohnschere zwischen den Geschlechtern verringert, kann z.B. ein Paar die bezahlte Erwerbsarbeit und die unbezahlte Haus- und Familienarbeit gleichmässig aufteilen, ohne dass dadurch finanzielle Einbussen in Kauf zu nehmen sind.

### 2.2. Lohndiskriminierung im engeren Sinne und Beschäftigungsdiskriminierung

Innerhalb eines Unternehmens gibt es verschiedene Ursachen dafür, dass Frauen trotz gleichwertiger Qualifikationen weniger verdienen:

- Eine Verletzung des Gebots der Lohngleichheit kann durch *Lohndiskriminierung im engeren Sinne* zustande kommen, das heisst durch ungleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. So werden typische Frauenberufe (z.B. Büroberufe) oft geringer entlohnt als Männerberufe, die ein vergleichbares Qualifikations- und Anforderungsprofil erfordern (z.B. technische Berufe).
- Lohnungleichheit kann aber auch die Folge von *Beschäftigungsdiskriminierung* sein, das heisst durch ungleiche Aufgabenteilung bzw. ungleiche Aufstiegschancen und Beförderung bei gleichwertiger Qualifikation erfolgen. Frauen erhalten z.B. weniger bezahlte Weiterbildungen, was ihren beruflichen Aufstieg erschwert.

Auch im zweiten Fall wird das Gleichstellungsgesetz verletzt.

Die Analyse der LSE-Daten ermöglicht es aufzuzeigen, welcher Teil der gesamtwirtschaftlichen Lohnunterschiede dadurch bedingt ist, dass Frauen weniger qualifiziert sind oder in schlechter entlohnten Bereichen arbeiten und welcher Teil durch eine ungleiche Entlohnung bei sonst gleichen Voraussetzungen zu erklären ist und somit als diskriminierend betrachtet werden muss.

Dabei gilt es zu beachten, dass offensichtliche, direkte Lohndiskriminierungen heute relativ selten sind. Oft ergeben sich Diskriminierungen auf Grund von an sich geschlechtsneutralen Regelungen, die im Ergebnis auf die Frauen diskriminierend wirken können, wie zum Beispiel niedrigere Sozialleistungen bzw. beschränkte Aufstiegsmöglichkeiten bei Teilzeitarbeit oder auch die Benachteiligung von Arbeitnehmenden, die in typischen Frauenberufen tätig sind.<sup>3</sup> Dementsprechend geschieht Lohndiskriminierung häufig nicht mit Absicht.

Die Gründe für das nur langsame Aufweichen der Ungleichstellungen vor dem Markt und der Diskriminierungen auf dem Markt sind stark von historisch bedingten gesellschaftlichen Wertvorstellungen beeinflusst. Traditionelle Rollenvorstellungen führen zu Lohnungleichheit und diese wiederum hilft, die geschlechtsspezifische Aufteilung von Familien-, Betreuungs- und Haushaltspflichten einerseits und Erwerbsarbeit andererseits zu zementieren. Die Rollenbilder beeinflussen nach wie vor die Wahl der Ausbildung sowie deren Länge und Marktwert, die Berufswahl (Stichwort: Segregation) und den Beschäftigungsgrad (geringere Karrierechancen und schlechtere Arbeitsbedingungen bei Teilzeiterwerb). Mangelnde Betreuungsangebote, wenig familienfreundliche Schulsysteme und die mangelnde Bereitschaft von Männern, unbezahlte Betreuungsarbeit zu übernehmen (bzw. von ArbeitgeberInnen, ihnen dies zu ermöglichen) sind weitere Faktoren, welche die geschlechtsspezifischen Ungleichheiten auf dem Arbeitsmarkt fortbestehen lassen. Dass die traditionellen Rollenvorstellungen in den Köpfen weiterhin präsent sind, führt unter anderem dazu, dass Frauen für die gleiche Arbeit und bei gleicher beruflicher und familiärer Situation weniger Lohn zugestanden wird als Männern und dies bemerkenswerterweise sogar unabhängig vom Geschlecht der beurteilenden Person, wie ein Experiment an der ETH Zürich gezeigt hat.<sup>4</sup> Umgekehrt treten Frauen in Lohnverhandlungen oft auch weniger fordernd auf als Männer. Sie stellen ihr Licht zu oft unter den Scheffel und wollen im Rahmen der sozialen Erwartungen bleiben. Tritt eine Frau gleich bestimmt auf wie ein Mann, gilt sie rasch als arrogant.

3 Bezüglich indirekter Lohndiskriminierung vgl. z.B. OLIVIER STEINER, AJP 2001, 1281 ff.

4 BEN JANN, Lohngerechtigkeit und Geschlechterdiskriminierung: Experimentelle Evidenz. Working Paper ETH Zürich, Professur für Soziologie, 12. Mai 2003.

### 2.3. Lohnungleichheit innerhalb von Unternehmen und zwischen Unternehmen

Wird in der gesamten Wirtschaft bzw. innerhalb einer Branche Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern mit gleichen Qualifikationen beobachtet, kann diese auf Lohnunterschiede innerhalb von Unternehmen und/oder zwischen den Firmen zurückgeführt werden.

- Geschlechtsspezifische Lohnungleichheit innerhalb der einzelnen Unternehmen stellt eine Lohndiskriminierung nach dem Gleichstellungsgesetz dar. Frauen verdienen weniger als ihre männlichen Arbeitskollegen in derselben Firma, trotz gleichwertiger Ausbildung und Erfahrung.
- Lohnungleichheit in der gesamten Wirtschaft bzw. innerhalb einer Branche kann aber auch durch eine ungleiche Verteilung von Männern und Frauen auf besser bzw. schlechter entlöhnende Branchen bzw. Unternehmen zu Stande kommen. Dieser Teil der Lohnungleichheit kann (wie die Ungleichstellung "vor dem Markt") durch das Gleichstellungsgesetz nicht angegangen werden (Prinzip der Vertragsfreiheit).

Voraussetzung für eine Klage nach GlG wegen Lohndiskriminierung ist, dass die Ungleichheit innerhalb des gleichen Arbeitgebers besteht. Während somit generelle Unterschiede in den Lohnniveaus zwischen frauengeprägten Branchen (z.B. Gastgewerbe) und männergeprägten Branchen (z.B. Informatik) nicht mit Hilfe des GlG verringert werden können, sind Lohnvergleiche zwischen typischen Frauenberufen und Männerberufen (z.B. Krankenschwestern versus Polizisten) bei gleichem Arbeitgeber (z.B. Kanton XY) und unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen möglich.

Wie gross sind die Anteile der nicht durch objektive Faktoren zu erklärenden Lohndifferenzen zwischen Frauen und Männern, die innerhalb desselben Arbeitgebers auftreten und die somit unter das Gleichstellungsgesetz fallen?

Entsprechende statistische Analysen für die Baubranche wie für das Druck- und Verlagsgewerbe sowie Erfahrungen aus Lohngleichheitskontrollen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens oder in Gerichtsfällen haben gezeigt, dass die Lohndifferenz zu Ungunsten der Frauen hauptsächlich durch geschlechtsspezifische Lohnungleichheit innerhalb der Betriebe zu erklären ist und nicht auf Unterschiede bezüglich Frauenanteil und Lohnniveau zwischen den Betrieben zurückzuführen ist. Das bedeutet, die Beseitigung der geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede kann mit den Mitteln des Gleichstellungsgesetzes angegangen werden.<sup>5</sup>

### 2.4. Messung von Lohndiskriminierung

Mit Hilfe ökonomisch-statistischer Methoden können die diskriminierenden Anteile der Lohndifferenzen bestimmt

werden. Dazu werden für Frauen und Männer separate Lohngleichungen (Regressionsanalysen) geschätzt. Die Regressionsanalysen erlauben es, verschiedene Erklärungsfaktoren (wie Alter, Ausbildung, Tätigkeitsbereich, Branche, Unternehmensgrösse etc.) gleichzeitig zu berücksichtigen und deren *isolierten Einfluss* auf den Lohn zu bestimmen. Um das Ausmass der Lohndiskriminierung zu messen, wird der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen den Geschlechtern zerlegt in a) einen Anteil, welcher objektiv gesehen auf die unterschiedliche strukturelle Zusammensetzung der LohnbezügerInnen zurückzuführen ist (Ausstattungseffekt) und b) in einen nicht durch diese Faktoren zu erklärenden Anteil (Diskriminierungseffekt).

Die Methode der Regressionsanalyse wird in der Ökonomie im Allgemeinen für die Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Lohndiskriminierung verwendet. Das Verfahren lässt sich unter gewissen Voraussetzungen (genügende Firmengrösse, genügender Frauenanteil) auch auf die Ermittlung von Lohndiskriminierung in einzelnen Unternehmen anwenden (vgl. dazu den Beitrag von SCHÄR MOSER/BAILLOD in der vorliegenden Publikation). Das Eidg. Gleichstellungsbüro und die Beschaffungskommission des Bundes wenden dieselbe Methode an zur Überprüfung der Einhaltung der Lohnungleichheit bei Beschaffungen des Bundes.<sup>6</sup>

## 3. Ergebnisse der gesamtwirtschaftlichen Lohnanalysen

### 3.1. Entwicklung der Lohnunterschiede und Lohndiskriminierung im privaten Sektor von 1998 bis 2004

Die zeitlichen *Entwicklungen der Lohndifferenzen wie auch der Lohndiskriminierung im privaten Sektor* zeigen ein gemischtes Bild:

- Obschon ein Vergleich mit den Jahren bis und mit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes nur bedingt möglich ist, zeichnet sich ab, dass die *durchschnittliche*

5 Vgl. SILVIA STRUB, Überprüfung der Einhaltung von Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes, Bericht über die Pilotphase zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, im Auftrag des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) und der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), Bern 2004.

6 Vgl. STRUB (FN 5). Ein aktualisierter Methodenbeschrieb findet sich unter <[http://www.buerobass.ch/pdf/2005/Lohnungleichheit\\_Methodenbeschrieb.pdf](http://www.buerobass.ch/pdf/2005/Lohnungleichheit_Methodenbeschrieb.pdf)>.

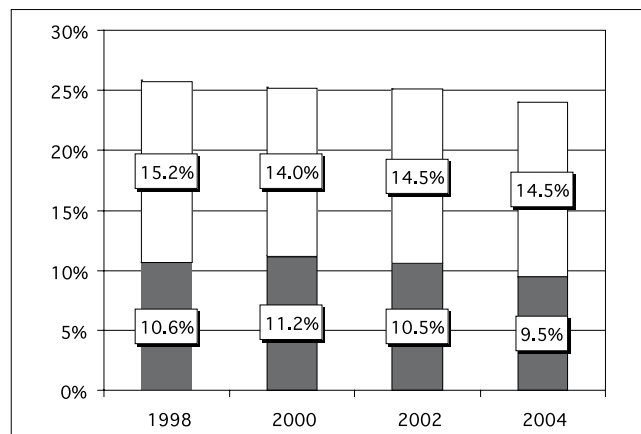


*Lohndifferenz* im privaten Sektor seither zwar langsam, aber kontinuierlich abnimmt.<sup>7</sup> Die mittlere Lohndifferenz (gemessen an den logarithmierten Durchschnittslöhnen der Frauen bzw. der Männer) betrug 1998 25.9 Prozent, im Jahr 2000 25.3 Prozent und 2002 25.1 Prozent. Eine stärkere Abnahme war zwischen 2002 und 2004 zu verzeichnen. Im Jahr 2004 verdienten die Frauen in der Privatwirtschaft im Schnitt noch 24 Prozent weniger als die Männer. Die Abnahme der Lohndifferenz zwischen 2002 und 2004 um 1 Prozentpunkt ist durch eine Verringerung der diskriminierenden Lohnunterschiede zu erklären.

- Insgesamt sind rund 60 Prozent der durchschnittlichen Lohndifferenz zwischen den Geschlechtern durch *Ausstattungsseffekte* zu erklären. Frauen verdienten 2002 und 2004 im Durchschnitt 14.5 Prozent weniger als Männer, weil sie in anforderungsreicheren Positionen und in Kaderstellen untervertreten sind und weil sie eher in Niedriglohnbranchen arbeiten. Zum Ausstattungseffekt gehört auch, dass sie weniger ausgebildet sind, schlechter entlohnte Tätigkeiten ausüben, jünger sind und weniger betriebsspezifische Erfahrung aufweisen als die Männer.
- Rund 40 Prozent der Lohndifferenz können nicht durch die Ausstattungsmerkmale erklärt werden und sind als *Lohndiskriminierung* zu werten. Frauen verdienten 2004 9.5 Prozent (2002: 10.5 Prozent) weniger, weil sie bei gleichen Ausstattungsmerkmalen nicht gleich wie die Männer entlohnt werden. Rund die Hälfte der Diskriminierung entfällt auf die Konstante. Das heisst, der "Basislohn" der Frauen (im Sinne des Lohns für Beschäftigte ohne jegliche Erfahrung, Qualifikationen etc.) ist um 5 Prozent tiefer als bei den Männern. Die andere Hälfte der diskriminierenden Lohndifferenz kommt durch die unterschiedliche Entlohnung einzelner Ausstattungsmerkmale zu Stande.
- Über den gesamten Untersuchungszeitraum 1998 bis 2004 gesehen hat die Lohndiskriminierung um die 10-Prozent-Marke stagniert. Seit dem Jahr 2000 zeigt der Trend aber in Richtung einer Verringerung der diskriminierenden Lohnunterschiede und im Jahr 2004 war ein neuer Tiefstwert zu verzeichnen:

Frauen verdienten 1998 bei sonst gleichen Voraussetzungen 10.6 Prozent weniger als die Männer (Lohndifferenz 25.9%, diskriminierender Anteil 41%). Im Jahr 2000 waren die diskriminierenden Lohnunterschiede mit 11.2 Prozent (bzw. 44.4% des Lohnunterschieds) grösser. Seither ist die Lohndiskriminierung im Sinken begriffen. Im Jahr 2002 wurde mit 10.5 Prozent (42% des Lohnunterschieds) wieder das Niveau von 1998 erreicht. Und im Jahr 2004 war die Lohndiskriminierung mit 9.5 Prozent (39.5% des Lohnunterschieds) am geringsten.

Zerlegung der Lohnunterschiede, privater Sektor, 1998–2004



□ Anteil erklärt durch Ausstattungsmerkmale  
■ Unerklärter Anteil (Diskriminierungseffekt)

### 3.2. Regionale Unterschiede

Die *regionalen Unterschiede* im Lohnniveau lassen sich nur teilweise durch eine unterschiedliche Beschäftigten- und Branchenstruktur erklären. Die Untersuchung der Diskriminierung in den einzelnen Grossregionen ergibt folgendes Bild: Am geringsten ist das Ausmass der Lohndiskriminierung im Jahr 2004 in der Genferseeregion mit 7.9 Prozent, gefolgt von der Nordwestschweiz mit 8.6 Prozent. In Zürich ist die Diskriminierung mit 8.9 Prozent ebenfalls unterdurchschnittlich, obwohl die Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern am grössten ist. Knapp unter dem Landesmittel liegt der Espace Mittelland mit 9.3 Prozent. Überdurchschnittliche Werte weisen vor allem die Ostschweiz (13.5%) und der Tessin (13.2%) auf. Auch in der Zentralschweiz ist die Diskriminierung mit 10.9 Prozent grösser als im Landesmittel. Letztere hat allerdings mit einem Minus von fast 2 Prozentpunkten den stärksten *Rückgang der Lohndiskriminierung im Vergleich zu 2002* zu verzeichnen.

7 Ein Vergleich mit den ersten beiden Jahren der Lohnstrukturerhebung, 1994 und 1996, konnte auf Grund von erhebungsbedingten Design-Effekten leider nicht vorgenommen werden. Wegen dieser Design-Effekte sowie teils unterschiedlicher Daten-Spezifikation, Grundgesamtheit und Umgang mit fehlenden Werten können die Ergebnisse der hier referierten Untersuchung auch nicht direkt mit der Vorgängerstudie aus dem Jahr 2000 verglichen werden (vgl. Bundesamt für Statistik, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann [Hrsg.], Auf dem Weg zur Lohnungleichheit? Vergleich der Frauen- und Männerlöhne anhand der Lohnstrukturerhebung (LSE) von 1994 und 1996, Neuenburg und Bern, 2000. Kurzfassung von: YVES FLÜCKIGER/JOSÉ RAMÍREZ, Analyse comparative des salaires entre les hommes et les femmes sur base de la LSE 1994 et 1996, Observatoire universitaire de l'emploi, Université de Genève, 2000).

Ebenfalls überdurchschnittlich stark abgenommen hat die Diskriminierung in der Nordwestschweiz. Im Tessin hingegen hat die Diskriminierung zwischen 2002 und 2004 sogar leicht zugenommen (plus 0.6%).

### 3.3. Unterschiede zwischen den Branchen

Werden einzelne *Branchen* betrachtet, zeigen sich grosse Unterschiede, nicht nur bezüglich der Lohndifferenzen, sondern auch hinsichtlich der Lohndiskriminierung. Die Lohndiskriminierung ist im Jahr 2004 am kleinsten in den privaten Institutionen des Gesundheits- und Sozialwesens (4.2%), gefolgt vom Gastgewerbe (4.8%), der Post- und Telekommunikationsbranche (6.7%) und der Informatikbranche (7.3%). Mit Abstand am grössten ist die Lohndiskriminierung in der Textil- und Lederindustrie (21.3%). Ebenfalls überdurchschnittlich gross ist die Diskriminierung in allen anderen Branchen des zweiten Sektors (mit Ausnahme der chemischen Industrie) sowie im Detailhandel (13.3%).

Betrachten wir die *diskriminierenden Unterschiede im Vergleich zu den branchenspezifischen Lohndifferenzen*, ergibt sich teilweise ein anderes Bild:

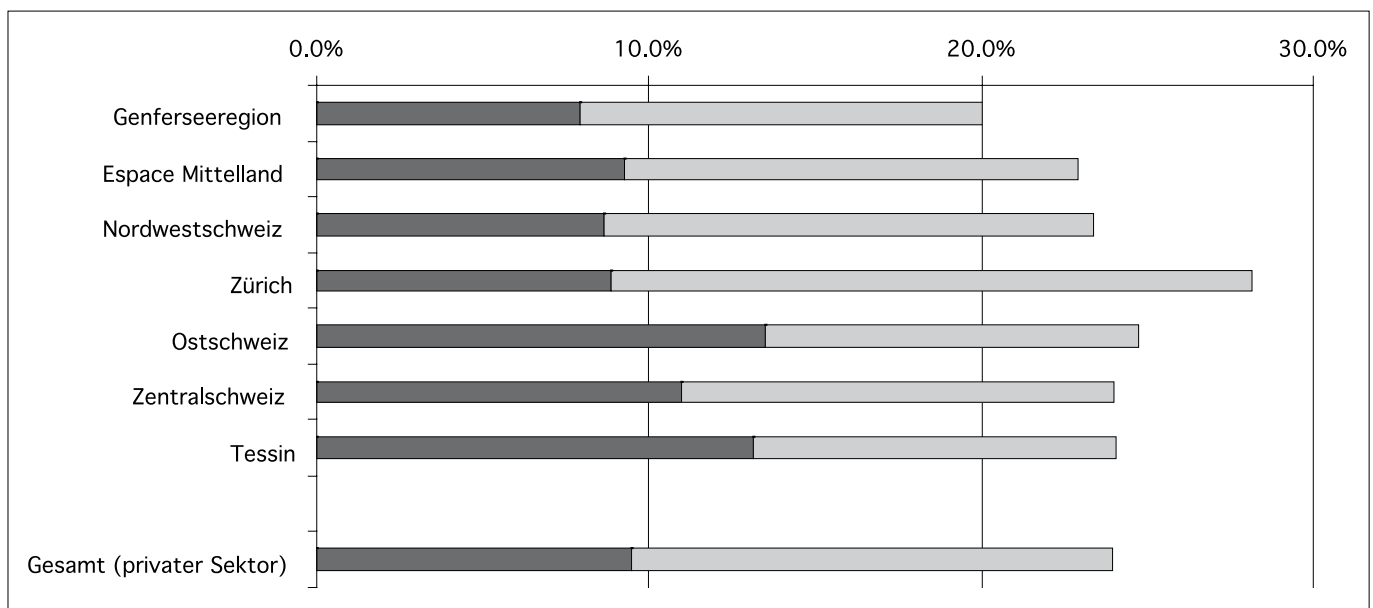
Die diskriminierenden Anteile sind vergleichsweise gering in der Informatikbranche, in den Bereichen Banken/Versicherungen, Post/Telekommunikation sowie im Gesundheits- und Sozialwesen. In diesen Branchen sind weniger als 30 Prozent der durchschnittlichen Lohndiffe-

renz zwischen den Geschlechtern auf diskriminierende Entlohnung zurückzuführen. Der grösste Teil der Lohnunterschiede ist dadurch bedingt, dass Frauen weniger von den besser entlohnten Ausstattungsmerkmalen aufweisen.

Ausserordentlich hoch sind die diskriminierenden Anteile in der Baubranche (130%) und im Verkehrs- und Transportbereich (116%). Die diskriminierenden Anteile von über 100 Prozent bedeuten, dass die Frauen in diesen Branchen auf Grund ihrer Ausstattungsmerkmale (Bildung, Erfahrung, berufliche Stellung etc.) in der Tat mehr verdienen sollten als die Männer, weil sie eher qualifiziertere Tätigkeiten ausüben. In diesen beiden Branchen ist die Segregation zwischen den Geschlechtern besonders gross.

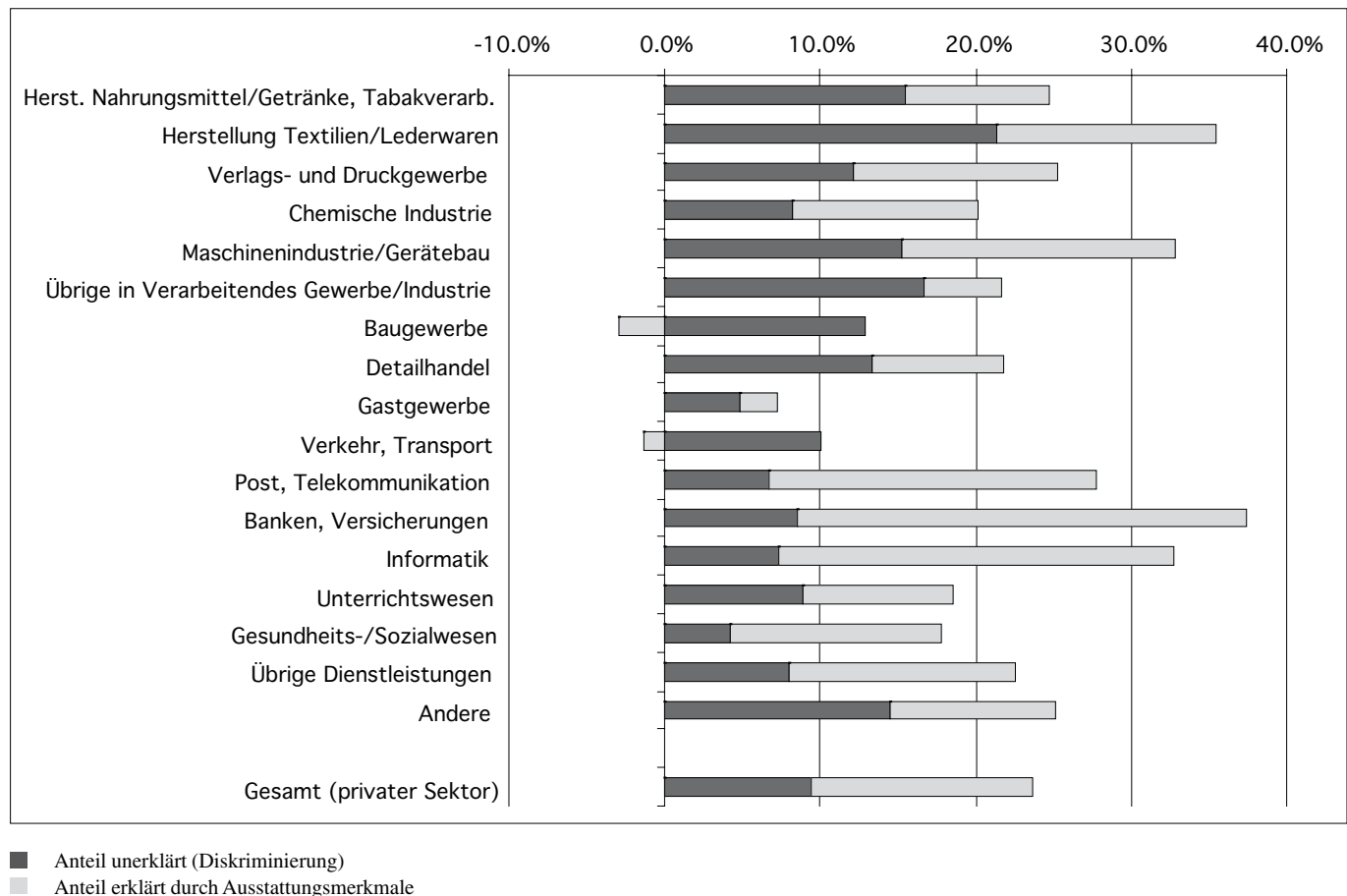
Wie die *jüngste Entwicklung* innerhalb der Branchen aufzeigt, hat der gesamtwirtschaftliche Trend zu einer Abnahme der Lohnunterschiede und der Diskriminierung nicht in allen Wirtschaftsbereichen stattgefunden. In vier Branchen hat sich die Lohndiskriminierung zwischen 2002 und 2004 vergrössert, und zwar in der Textil- und Lederindustrie (+1.9%), im Verkehrs- und Transportwesen (+1.6%), sowie in der Informatik und in der Post-/Telekommunikationsbranche. In allen übrigen Branchen hat die Diskriminierungskomponente mehr oder weniger stark abgenommen. Der deutlichste Rückgang war in der Chemischen Industrie mit einer Abnahme von gut 2 Prozentpunkten zu verzeichnen.

### Zerlegung Lohnunterschiede nach Regionen



■ Anteil unerklärt (Diskriminierung)  
 ■ Anteil erklärt durch Ausstattungsmerkmale

**Zerlegung Lohnunterschiede nach Branchen, 2004:  
Unerklärte (diskriminierende) Anteile und erklärte Anteile (Ausstattungsmerkmale)**



### 3.4. Lohnungleichheit und Diskriminierung im unteren bzw. im oberen Lohnbereich

Die oben vorgestellten Analysen beruhen auf dem Konzept der *Durchschnittslöhne*. Um zu untersuchen, wie gross die Lohnunterschiede und die Diskriminierung im unteren bzw. im oberen Lohnbereich sind, wurde das *Median-* bzw. *Quantilskonzept* herangezogen.<sup>8</sup> Der Median ist ein Spezialfall des allgemeinen Konzepts von Quantilen.<sup>9</sup> Das q-te Quantil der Lohnverteilung bezeichnet denjenigen Lohn, bei dem

Bruttolöhne. Der Median entspricht demjenigen Lohn, bei dem die Hälfte der Personen weniger als den Medianlohn verdient und die andere Hälfte mehr verdient. Der Median ist robust gegen Ausreisser. Anders verhält es sich mit der Differenz gemessen am *Durchschnittslohn*. Die Löhne sind in einer Firma bzw. in der gesamten Wirtschaft in der Regel asymmetrisch verteilt, das heisst, es gibt relativ wenig Personen, die sehr hohe Löhne beziehen, gegenüber vielen Beschäftigten mit tiefen und mittleren Einkommen. Die Durchschnittslöhne sind deshalb meist höher als die Medianlöhne, da bei ersterer Betrachtung Spitzengehälter den Durchschnitt nach oben treiben. Entsprechend dazu ist die geschlechtsspezifische Lohndifferenz gemessen am Medianlohn in den letzten Jahren mit rund 20% kleiner als die Durchschnittslohndifferenz von rund 25%, da gerade die sehr hohen Löhne vor allem von Männern erzielt werden.

<sup>8</sup> Es gibt nicht nur eine "richtige" Lohndifferenz, sondern verschiedene Lohnarten und -masse, deren Aussagen unterschiedlich sein können. So bezieht sich zum Beispiel die vom Bundesamt für Statistik in den letzten Jahren ausgewiesene Lohndifferenz von rund 20% zwischen Frauen und Männern auf die *Medianlohndifferenz* der auf Vollzeit standardisierten

<sup>9</sup> Quantile sind Punkte einer nach Rang oder Grösse der Einzelwerte (z.B. Lohnhöhe) sortierten statistischen Verteilung. Wird die gesamte Verteilung in q gleich grosse Teile unterteilt, so gibt es q - 1 Quantile, also umgangssprachlich Schnittstellen.

der  $q$ -te Anteil der Personen weniger und der  $(1-q)$ -te Anteil der Personen mehr verdient. Somit liefern die Quantile der Lohnverteilung Informationen über die Lohnhöhe, die notwendig ist, um einen bestimmten Platz in der Lohnhierarchie einnehmen zu können. Dieser Platz in der Lohnverteilung ist relativ zu verstehen in dem Sinn, dass er angibt, wie viel Prozent der Personen in der Lohnverteilung man hinter sich gelassen hat. Konkret konzentrieren wir uns im Folgenden auf die so genannten Dezile, d.h. diejenigen Löhne, die die Lohnverteilung in 10 gleich grosse Teile aufteilen. Somit nimmt  $q$  die Werte 0.1, 0.2, ..., 0.9 an. Bildlich kann man sich Folgendes vorstellen: Angenommen, die Lohnverteilung entspricht einer Treppe, bei der jede Stufe einem Dezil entspricht. Die Personen mit den tiefsten Löhnen befinden sich am Fuss der Treppe. Das erste Dezil entspricht nun demjenigen Lohn, der notwendig ist, um auf die erste Stufe zu gelangen. Das zweite Dezil entspricht dem Lohn, der notwendig ist, um auf die zweite Treppenstufe zu kommen und 20% der Personen hinter sich zu lassen. Das fünfte Dezil entspricht dem Median. Das neunte Dezil schliesslich ist derjenige Lohn, der notwendig ist, um zu den 10% Personen mit den höchsten Löhnen zu gehören. Die Frage, die im Folgenden empirisch analysiert wird, lautet, wie sich diese Treppen für Frauen und Männer unterscheiden. Zudem wird wie oben ermittelt, wie viel dieses Unterschieds erklärbar ist und wie viel auf diskriminierendes Verhalten zurückzuführen ist.

Die Untersuchung der geschlechtsspezifischen *Lohnungleichheit über die gesamte Lohnverteilung* lieferte für das Jahr 2002 (und zum Vergleich für 1998) Erkenntnisse darüber, wie gross die Lohnunterschiede und die Diskriminierung im unteren bzw. im oberen Lohnbereich sind. Die empirische Analyse hat eindeutig gezeigt, dass es frappante Unterschiede zwischen dem 2. und dem 3. Sektor gibt:

- Im 2. Sektor (*Industrie und Gewerbe*) sind die Lohnunterschiede im oberen Lohnbereich nur geringfügig höher als im unteren Lohnbereich. Die *Lohndiskriminierung* ist in den meisten Branchen des 2. Sektors tendenziell umso geringer, je höher die Löhne sind.
- Im 3. Sektor (*Dienstleistungen*) hingegen ist in den meisten Branchen ein beträchtlicher *Zuwachs des Lohnunterschieds* über die Lohnverteilung zu beobachten: Je höher die Löhne sind, desto grösser ist die Lohndifferenz zwischen Frauen und Männern. Dieser Befund kann als klare Evidenz für eine so genannte "gläserne Decke" (glass ceiling) im Dienstleistungssektor interpretiert werden. Unter "gläserne Decke" wird verstanden, dass es für Frauen auf dem Weg nach oben in der Lohnhierarchie zunehmend schwieriger wird, den Männern zu folgen.
- In praktisch allen Branchen des 3. Sektors ist die *Lohndiskriminierung um so grösser, je höher die Löhne sind*. Dieses Ergebnis impliziert, dass im 3. Sektor die Diskriminierung die besser verdienenden Frauen stärker trifft als die schlechter verdienenden Frauen. Die beobachtete "gläserne Decke" ist somit auch auf diskriminierendes Verhalten zurückzuführen.

- In den *Tieflohnbranchen* Detailhandel und Gastgewerbe sind die Lohnunterschiede im unteren Bereich der Lohnverteilung praktisch ausschliesslich auf Diskriminierung zurückzuführen. Im Gegensatz dazu ist in den Hochlohnbranchen Banken/Versicherungen und Informatik Lohn-diskriminierung primär ein Problem im oberen Bereich der Lohnhierarchie.

Diese höchst interessanten Befunde legen eine detailliertere Analyse der Lohnunterschiede in den Branchen des 3. Sektors nahe, die wertvolle Zusatzinformationen über die unterschiedlichen Strukturen der Diskriminierung liefern könnte.

Das *Ausmass der Lohndiskriminierung* hat sich zwischen 1998 und 2002 wie erwähnt im Durchschnitt kaum verändert. Allerdings gibt es Evidenz dafür, dass sich die *Struktur* verändert hat:

- Im *unteren Lohnbereich* haben sowohl der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern wie auch die Lohndiskriminierung abgenommen. Im *oberen Lohnbereich* hingegen hat die Lohndifferenz zugenommen und das Ausmass der Lohndiskriminierung ist unverändert geblieben. Wodurch die jüngste Abnahme der Lohndiskriminierung zwischen 2002 und 2004 zu erklären ist, wurde im Rahmen der Aktualisierung der Studie mit den Daten des Jahres 2004 nicht untersucht.
- Dass sich die Lohnschere zwischen Frauen und Männern im oberen Lohnbereich vergrössert hat, dürfte unter anderem mit der zunehmenden Verbreitung von *Sonderzahlungen* (erfolgsabhängige Lohnbestandteile wie Boni, Prämien etc.) zusammenhängen, die vor allem Beschäftigten in Kaderpositionen und dort besonders den Männern zu Gute kommen. Der Trend zu mehr Sonderzahlungen hält bei den Männern auch im Jahr 2004 an. Bei den Frauen ist diesbezüglich eine Stagnation auf tiefem Niveau festzustellen.
- Dass sich die Situation im unteren Lohnbereich hingegen insgesamt verbessert hat, bestätigt auch die Entwicklung bei den *TieflohnbezügerInnen*. Der Anteil der Beschäftigten, die einen Lohn unter 3000 Franken verdienten, hat sich bei den Frauen zwischen 1998 und 2002 von knapp 21 auf knapp 13 Prozent und bei den Männern von 5.3 auf 4 Prozent verringert. Der Trend zu einer Verbesserung im Tieflohnbereich hält weiter an. 2004 lag der Anteil Tieflohnbezügerinnen erstmals unter 10 Prozent und bei den Männern neu bei 3 Prozent.

### 3.5. Lohnunterschiede im öffentlichen Sektor

Der *öffentliche Sektor* konnte nur auf Bundesebene und nur für das Jahr 2002 untersucht werden. Die Verhältnisse in der Bundesverwaltung und den Institutionen mit Bundesbeteiligung unterscheiden sich bezüglich Lohn- und Beschäftigtenstruktur deutlich von denjenigen in der Privatwirtschaft.

- Bei der Bundesverwaltung und den Institutionen mit Bundesbeteiligung ist die durchschnittliche Lohndiffe-

renz mit 13.3 Prozent deutlich geringer als im privaten Sektor.

- Auch die Lohndiskriminierung ist geringer und beträgt im öffentlichen Sektor des Bundes 7.1 Prozent (53 Prozent des Lohnunterschiedes).

#### 4. Zusammenfassung der Ergebnisse unter dem Aspekt von zehn Jahren Gleichstellungsgesetz

Die Angleichung der Löhne zwischen Frauen und Männern ist in den letzten Jahren langsam, aber stetig vorangekommen. In der Privatwirtschaft beträgt die durchschnittliche Lohndifferenz zwischen den Geschlechtern im Jahr 2004 aber immer noch rund 24 Prozent. Besser sieht es beim Bund aus: Bei der Bundesverwaltung und den Institutionen mit Bundesbeteiligung ist die durchschnittliche Lohndifferenz mit rund 13 Prozent (2002) deutlich geringer und kann zu einem grossen Teil durch Unterschiede in der Qualifikation der Beschäftigten und im Dienstalter erklärt werden.

Wieweit sich die Erfolge im kantonalen öffentlichen Sektor, wo erfolgreiche Lohnklagen in einigen Kantonen zu Neueinstufungen von typischen Frauenberufen im Gesundheitswesen und in Lehrberufen führten, in den Statistiken niederschlagen, ist unklar. Der von Lohnklagen aufgrund des Gleichstellungsgesetzes besonders betroffene Bereich konnte leider "aus Datenschutz- und erhebungstechnischen Gründen" nicht untersucht werden.<sup>10</sup>

Die minimale Verringerung der Lohnungleichheit in der Privatwirtschaft von 25.9 Prozent 1998 auf 25.1 Prozent im Jahr 2002 ist vor allem der stetigen Verringerung der Qualifikationsunterschiede (verbesserte Ausbildung, zunehmende Erwerbserfahrung der Frauen) zu verdanken. Hinsichtlich Lohndiskriminierung – jenem Teil der Lohnunterschiede, welcher nicht durch objektive Faktoren wie unterschiedliche Ausbildung, Erfahrung, hierarchische Stellung oder Branchenzugehörigkeit zu erklären ist – zeigen sich aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive hingegen keine wesentliche Veränderungen. Noch immer können rund 40 Prozent des Lohnunterschieds nicht durch objektive Faktoren erklärt werden und sind als Lohndiskriminierung zu werten.

Etwas optimistischer lässt uns die jüngste Entwicklung stimmen: Zwischen 2002 und 2004 hat sich die Lohnungleichheit um ein gutes Prozentpunkt verringert. Diese Reduktion ist anders als in den Vorjahren, nicht der Verbesserung der Qualifikationen der Frauen zu verdanken, sondern durch eine effektive Abnahme der Lohndiskriminierung bedingt.

Im privaten Sektor beschränkten sich die Konfliktfälle nach Gleichstellungsgesetz bislang auf wenige Schlichtungsfälle und gerichtliche Klagen, die punktuelle und rückwirkende Anpassung der Löhne von einzelnen Frauen zur Folge hatten.<sup>11</sup> Dies schlägt sich in den Statistiken nicht bzw. kaum nieder. Die statistisch ersichtlichen Verbesse-

rungen, die sich fast ausschliesslich im Tieflohnbereich zeigen, dürften vielmehr auf die Lohnkampagnen der Gewerkschaften zurückzuführen sein. Und den Verbesserungen am unteren Ende der Lohnskala stehen Verschlechterungen am oberen Ende gegenüber: Im Hochlohnbereich haben die Lohnunterschiede zugenommen, was mit der zunehmenden Verbreitung von erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen zusammenhängen könnte.

10 Vgl. BUNDESRAT (FN 2), 15. Die Kantonsdaten werden vom Bundesamt für Statistik trotz der angeführten erhebungstechnischen Probleme veröffentlicht, wenn auch nur in aggregierter Form (vgl. z.B. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2002, Neuchâtel 2004). Die Ergebnisse lassen darauf schliessen, dass es wichtig wäre, diesen Bereich im Detail zu untersuchen: Die geschlechtsspezifischen Medianlohndifferenzen sind im kantonalen öffentlichen Sektor deutlich grösser als beim Bund.

11 Vgl. HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREI-VOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht der Arbeitsgemeinschaft Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS, Büro für arbeits- und organisationspsychologische Forschung und Beratung (büro a&o) und Advokaturbüro Elisabeth Freivogel, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern 2005.

Nonobstant la loi fédérale sur l'égalité, l'écart des salaires entre les hommes et les femmes ne se résorbe que lentement. Dans l'économie privée, les femmes continuent de recevoir un salaire qui est, en moyenne, nettement inférieur à celui des hommes. La baisse de l'inégalité des salaires de 26 pour cent (1998) à 24 pour cent en 2004 est partiellement due à la réduction constante des différences de qualification (meilleure formation des femmes, expérience professionnelle des femmes à la hausse). S'agissant de la discrimination salariale au sens propre du terme – soit celle portant sur la part des différences salariales qui ne saurait s'expliquer en fonction de facteurs objectifs tels qu'une formation différente, l'expérience, la position hiérarchique ou l'appartenance à une branche spécifique – les modifications sont modestes du point de vue de l'économie nationale. Il reste environ 40 pour cent de la différence de salaire qui ne sont pas justifiés par des facteurs objectifs, pourcentage qu'il convient de considérer comme une réelle discrimination salariale. Au niveau fédéral, la situation est meilleure: la différence moyenne de salaire, qui est d'environ 13 pour cent, est nettement plus modeste et peut, en grande partie, s'expliquer par des différences dans la qualification des personnes employées et dans les années de service.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)

# Analyse von Lohndiskriminierung

## Hintergründe, Vorgehensweisen und Instrumente



MARIANNE SCHÄR MOSER,  
lic. phil. hist., Psychologin  
FSP, Forschung und Beratung,  
Bern



Dr. phil. JÜRIG BAILLOD,  
Arbeits- und Organisationspsychologe,  
büro a&o, Bern

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung: Neues Hilfsmittel bei Lohndiskriminierungsfragen
- B. Grundlagen: Wissenschaftliche Analyse von Lohnunterschieden
  - I. Lohnbestandteile und Diskriminierungspotential
    - 1. Grundlohn
    - 2. Weitere Lohnbestandteile
  - II. Funktionsweise der beiden Instrumente zur Analyse von Lohnunterschieden
    - 1. Arbeitswissenschaftliche Arbeitsbewertung
      - a. Hintergrund
      - b. Durchführung einer analytischen Arbeitsbewertung
    - 2. Statistische Lohnanalyse
      - a. Hintergrund
      - b. Durchführung einer statistischen Lohnanalyse
- C. Anwendung: Konkrete Prüfung von Fragen der Lohndiskriminierung
  - I. Unternehmensinterne Analysen
    - 1. Analytische Arbeitsbewertung
      - a. Auswahl des Analysesystems
      - b. Bestimmung der Vergleichsfunktionen
      - c. Bewertungsprozess
      - d. Überprüfung des Funktionslohns
    - 2. Statistische Lohnanalyse
      - a. Voraussetzungen
      - b. Bestimmung der Stichprobe und Lohndefinition
      - c. Rechnerische Umsetzung
  - II. Vergleiche mit dem Referenzmarkt
- D. Fazit: Vergleichende Gegenüberstellung der beiden Instrumente

### A. Einleitung: Neues Hilfsmittel bei Lohndiskriminierungsfragen

Der in der schweizerischen Bundesverfassung und im Gleichstellungsgesetz (GIG) verankerte Grundsatz der Lohngleichheit von Frau und Mann fordert gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit. Im konkreten Fall muss geklärt werden, ob ein bestehender Lohnunterschied zwischen den Geschlechtern gerechtfertigt oder diskriminierend ist. Diese Klärung kann wissenschaftlich fundiert mit Hilfe von zwei Instrumenten vorgenommen werden: mit der arbeitswissenschaftlichen (analytischen) Arbeitsbewertung und der statistischen Lohnanalyse. Beide Methoden sind in der Praxis erprobt und vom Bundesgericht anerkannt worden, beide können somit in Streitfällen zum Einsatz kommen. Juristinnen und Juristen müssen sich mit diesen Methoden vertraut machen, um beurteilen zu können, wann welches Instrument angezeigt ist, welche Antworten von ihnen zu erwarten sind, wie erstellte Expertisen gewürdigt werden können usw. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann und der Schweizerische Anwaltsverband haben deshalb gemeinsam ein Buch herausgegeben, welches sich der Thematik annimmt und auf *Problemstellungen der juristischen Praxis* fokussiert.<sup>1</sup> Der vorliegende Aufsatz stellt die wichtigsten Inhalte dieses Buches kurz vor und will dazu anregen, sich vertieft mit allgemeinen und spezifischen Fragen im Zusammenhang mit der Analyse von Lohnunterschieden auseinanderzusetzen.<sup>2</sup>

- 
- 1 MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD, *Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, Orientierungshilfe für die juristische Praxis*, herausgegeben vom EIDGENÖSSISCHEN BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN und vom SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBAND, Bern 2006. Das Buch ist in enger Zusammenarbeit mit einer Begleitgruppe von Juristinnen entstanden, nämlich Dr. iur. KATHRIN ARIOLI, Leiterin der Fachstelle für Gleichberechtigungsfragen des Kantons Zürich, Zürich; BIBIANE EGG, lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich; Dr. iur. SUSY STAUBER-MOSER, Rechtsanwältin, Mediatorin SAV, Vorsitzende der Zürcher Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, Meilen, sowie ELISABETH FREIVOGEL, lic. iur., LL.M., Advokatin, Mediatorin SAV, SDM-FSM, Lehrbeauftragte Universität Basel, Binningen. Als Expertin für statistische Fragen wirkte SILVIA STRUB, lic. rer. pol., Ökonomin, Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS, Bern, mit.
  - 2 Wir danken den in FN 1 erwähnten Personen sowie MARIANNE GEISSER, lic. rer. pol., Stv. der Direktorin, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, für die kritischen Rückmeldungen zum Entwurf dieses Aufsatzes.

## B. Grundlagen: Wissenschaftliche Analyse von Lohnunterschieden

### I. Lohnbestandteile und Diskriminierungspotential

Ein differenziertes Verständnis der mit Lohngleichheit zusammenhängenden Fragestellungen bedingt eine genauere Auseinandersetzung mit dem Lohn und seinen Bestandteilen. Die verschiedenen Lohnbestandteile werden in Unternehmen oft nicht explizit ausgewiesen. Umso mehr ist bei einer Analyse zur Herstellung von Transparenz eine Unterscheidung wichtig. Der Grundsatz der Lohngleichheit bezieht sich auf alle Lohnbestandteile. Eine Lohndiskriminierung im Sinne des GlG liegt dann vor, wenn Frauen und Männer bei demselben/derselben Arbeitgebenden für gleiche oder gleichwertige Arbeit ungleich entlohnt werden (oder die Lohndifferenz grösser als die Wertdifferenz der Arbeit ist). Dies kann bezogen auf alle Lohnbestandteile der Fall sein. Dabei können sowohl direkte (Lohnbemessung knüpft an das Geschlecht an) als auch indirekte (formal geschlechtsneutrale Lohnbemessung benachteiligt im Ergebnis das eine Geschlecht) Diskriminierungen vorkommen.<sup>3</sup>

#### 1. Grundlohn

Basis des Lohns bildet der Grundlohn. Ihm werden drei Bestandteile zugerechnet.

Der *Funktionslohn* wird für eine bestimmte Tätigkeit bzw. Stelle festgelegt, unabhängig davon, wer die Arbeit verrichtet. Dabei gilt die gesellschaftliche Norm, dass Arbeiten mit grösseren Anforderungen und/oder Belastungen ein höherer Lohn zusteht. In der Praxis wird der Funktionslohn, welcher meist den grössten Lohnbestandteil darstellt, unterschiedlich bestimmt. Insbesondere kleine Unternehmen ohne Lohnsystem legen ihn aufgrund von Erfahrungswerten fest oder handeln ihn individuell aus; beides birgt Diskriminierungspotenzial. Auch in Unternehmen, welche über ein Lohnsystem verfügen, können diskriminierende Funktionslöhne auftreten, wenn die mit der Arbeit verbundenen Anforderungen und Belastungen nicht oder nicht geschlechtsneutral berücksichtigt werden.

Mit dem *Personenanteil* honorieren Unternehmen die Erfahrung einer Person, welche eine bestimmte Funktion ausübt. In der Praxis werden Personenanteile meist in Form von Erfahrungs- und/oder Dienstalterszuschlägen entrichtet, welche die Berufserfahrung bzw. die Betriebszugehörigkeit berücksichtigen. Dies kann Frauen nachteilig betreffen, wenn sie aufgrund der durch sie übernommenen Familienverantwortung weniger Dienstjahre und weniger Berufserfahrung haben. Der Einbezug von ausserberuflicher Erfahrung kann einen Ausgleich schaffen.

Mit dem *Differenzanteil* werden die Marktverhältnisse im Lohn berücksichtigt. Konkret bezeichnet der Differenzanteil den Betrag, um welchen der Grundlohn im Vergleich zu den anderen Mitarbeitenden überhöht wird, um eine

Person mit dem gewünschten Profil einstellen zu können. Marktlohnanteile sind im Zusammenhang mit Lohngleichheit kritisch zu beurteilen.<sup>4</sup>

#### 2. Weitere Lohnbestandteile

Bei den weiteren möglichen Lohnbestandteilen stehen die *Leistungsanteile* an erster Stelle. Bei den direkten Leistungsanteilen wird die Leistung aufgrund von Kennzahlen (Mengenleistung usw.) gemessen und bezogen auf Leistungsvorgaben eine Prämie entrichtet. Bei den indirekten Leistungsanteilen wird in einer Mitarbeitendenbeurteilung die persönliche Leistung anhand von leistungs-, qualifikations- und verhaltensbezogenen Merkmalen bestimmt und im kommenden Jahr im Lohn berücksichtigt. Bei beiden Formen kann es zu geschlechtsspezifischen Diskriminierungen kommen. Dies gilt auch für den *Erfolgsanteil* (Beteiligung der Mitarbeitenden am Unternehmenserfolg) und die zum Lohn gehörenden *Zulagen* (gesetzlich bzw. vertraglich vorgeschriebene oder freiwillige Leistungen).

## II. Funktionsweise der beiden Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung

### 1. Arbeitswissenschaftliche Arbeitsbewertung

#### a. Hintergrund

Die arbeitswissenschaftliche Arbeitsbewertung beruht auf der gesellschaftlichen Norm, wonach Anforderungen (Kompetenzen, die zur Erfüllung der Aufgaben der Funktion zwingend nötig sind) und Belastungen (beeinträchtigende Faktoren, die mit der Erledigung der Aufgaben verbunden sein können) grundlegende Kriterien zur Festlegung des Wertes einer Arbeit sind. Wissenschaftliche Arbeitsbewertungsverfahren wollen die relevanten Anforderungen und Belastungen eines Arbeitsplatzes unabhängig von der Person, welche diesen einnimmt, fundiert erfassen. Zur Klärung von Fragen der Lohngleichheit muss ein Instrument eingesetzt werden, welches die einzelnen Anforderungs- und Belastungsarten gesondert beurteilt, die *"analytische Arbeitsbewertung"*. Mit ihr können der Arbeitswert einer bestimmten Funktion und daraus abgeleitet der Funktionslohn bestimmt werden. Damit können analytische Arbeits-

3 ELISABETH FREIVOGEL, Art. 3, Diskriminierungsverbot, in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, 47 ff.

4 Vgl. dazu SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, Seite 1352; TOBIAS BAUER/SILVIA STRUB, Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten? Eine ökonomisch-statistische Überprüfung von BGE 126 II 217, AJP 2001, 1308 ff. sowie BGE 131 II 393 E. 7.3; 125 III 368 E. 5c/aa; 125 I 71 E. 4d/aa.



bewertungsverfahren die Frage der Lohngleichheit beim Funktionslohn klären.

## b. Durchführung einer analytischen Arbeitsbewertung

Eine analytische Arbeitsbewertung umfasst verschiedene Schritte, welche alle mit gewissen Diskriminierungsverfahren verbunden sind.<sup>5</sup>

### aa. Funktionsbeschreibung

Die Grundlage bildet die Beschreibung der zu bewertenden Funktionen. Bereits hier liegt eine erste mögliche Diskriminierungsquelle: Bewertet werden kann später nur, was diese Beschreibung beinhaltet. Zu fordern ist eine möglichst hohe Standardisierung (z.B. durch Fragebögen), mit welcher genau die für das verwendete System nötigen Informationen erfasst werden.

### bb. Auswahl und Umschreibung der Merkmale

Die meisten wissenschaftlichen Verfahren der analytischen Arbeitsbewertung berücksichtigen geistige, körperliche und psychosoziale Anforderungen und Belastungen sowie die Verantwortung. Die konkrete Auswahl der Merkmale ist ein Verfahrensschritt, welcher viel Diskriminierungspotenzial enthält. Ein diskriminierungsfreies Arbeitsbewertungssystem erfasst *alle relevanten Anforderungen und Belastungen genau einmal*. Dies ist in der Realität nicht immer der Fall. Eine erste Gefahr liegt in konfundierten (sich überschneidenden) Merkmalen. Diese erfassen Sachverhalte, welche nicht voneinander unabhängig sind, was zu ungerechtfertigten Mehrfachbewertungen führt. Ein weiterer heikler Punkt besteht darin, dass gewisse Anforderungen und Belastungen nicht berücksichtigt werden, weil sie als nicht relevant erachtet werden. Diskriminierend wirkt sich die Merkmalsauswahl dann aus, wenn frauen- bzw. männerbegünstigende Merkmale<sup>6</sup> (d.h. solche Merkmale, welche von Frauen oder Männern einfacher erfüllt bzw. in typischen Frauen- bzw. Männertätigkeitsbereichen<sup>7</sup> häufiger vorkommen) nicht in gleicher Weise vertreten sind. Eine dritte Gefahrenquelle liegt beim Einsatz der Systeme: Es ist üblich, den Merkmalskatalog den betrieblichen Gegebenheiten anzupassen, um auf den konkreten Fall einzugehen. Damit ist aber die Gefahr verbunden, dass eine wissenschaftlich abgesicherte Konzeption (d.h. Abdeckung aller relevanten Merkmale, keine konfundierten Merkmale) aufgehoben wird.

Damit die Ausprägung einer bestimmten Anforderung bzw. Belastung beurteilt werden kann, wird jedes Merkmal umschrieben. Diese *Umschreibung (Operationalisierung)* muss genau und eindeutig erfolgen und beide Geschlechter in gleichem Masse berücksichtigen. Das heisst beispielsweise, dass sie sich nicht auf eine konkrete Erscheinungsform der Anforderung bzw. Belastung beschränken darf. Sonst können Diskriminierungen entstehen, etwa wenn bei den Anforderungen an die Körperkraft nur das Bewegen von schweren Gegenständen in das Merkmal einfließt, nicht aber das häufige Bewegen von leichteren Gegenständen.

### cc. Gewichtung der Merkmale

In der Praxis ist es üblich, den einzelnen Merkmalen durch eine Gewichtung einen unterschiedlichen Stellenwert zuzuschreiben, weil sie als unterschiedlich relevant erachtet werden. Konkret heisst das, dass die pro Merkmal erzielbaren Punktwerte nicht gleich sind. Diese Gewichtung ist ein lohnpolitischer Schritt. Diskriminierend wirkt sich aus, wenn Merkmale, die ein Geschlecht begünstigen,<sup>8</sup> einen erhöhten bzw. gesenkten Stellenwert erhalten.

### dd. Bewertungsprozess

Im eigentlichen Bewertungsprozess werden die einzelnen Funktionen hinsichtlich der Ausprägung der Anforderungen und Belastungen pro Merkmal eingestuft. Die Bewertung erfolgt meist in einer dafür zusammengestellten Projektgruppe. Bewertungen sind menschliche Beurteilungsvorgänge. Als solche unterliegen sie, wie die psychologische Forschung zeigt, gewissen Fehlertendenzen (z.B. Halo-Effekt, wonach ein besonders hervorstechendes Merkmal oder Gesamteindrücke die Beurteilung der anderen Merkmale prägen<sup>9</sup>). Diese Fehlertendenzen können sich diskriminierend auswirken. Um ihnen entgegenzuwirken, braucht es eine bewusst gemischt zusammengesetzte Bewertungsgruppe, eine fundierte Schulung und eine möglichst präzise Operationalisierung der Merkmale.

### ee. Bestimmung des Funktionslohns

Ergebnis der analytischen Arbeitsbewertung sind Arbeitswertpunkte, welche durch die (allenfalls gewichtete) Addition der Punkte auf den Merkmalen entstehen. Zur Festlegung des Funktionslohns werden sie in einen Geldwert umgerechnet bzw. einer Lohnklasse zugeordnet. Diese Um-

5 Vgl. dazu z.B. NORBERT SEMMER/ROMANA TOMASI/THERESE WÄGLI/ALEX REGENASS, Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung von Frauen, in: EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (Hrsg.), Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung von Frauen, Ein Bericht, Bern 1991, 15 ff.

6 Der schweizerische Arbeitsmarkt ist stark geschlechtsspezifisch geteilt. Es gibt Berufe und Tätigkeitsfelder, welche primär von Männern (z.B. technische Berufe) bzw. Frauen (z.B. Pflegeberufe) besetzt sind. Insbesondere psychosoziale Anforderungen und Belastungen (z.B. Anforderungen an das Einfühlungsvermögen) sind in vielen mehrheitlich von Frauen besetzten Berufsfeldern verbreitet. Gerade dieser Bereich erhält aber in manchen Systemen der analytischen Arbeitsbewertung zu wenig Gewicht. Ausführlich zur Merkmalsauswahl vgl. CHRISTIAN KATZ/CHRISTOF BAITSCH, Lohngleichheit für die Praxis. Zwei Instrumente zur geschlechtsunabhängigen Arbeitsbewertung, Zürich 1996, 20 f. und 33 ff.

7 Zur Identifikation eines Berufs als "frauentypisch" in der Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. STAUBER-MOSER, AJP 2006, Seite 1352, Fn. 4.

8 Vgl. FN 6.

9 Vgl. ausführlich SEMMER et. al. (FN 5), 43 ff.



setzung ist ein lohnpolitischer Schritt und prägt die effektive Lohnhöhe. Je nach Art der Umrechnung können diskriminierende Effekte auftreten.

## 2. Statistische Lohnanalyse

### a. Hintergrund

Die statistische Lohnanalyse basiert auf ökonomischen Theorien. Dabei wird davon ausgegangen, dass das Humankapital – verstanden als persönliche Ausstattung an Wissen und Erfahrung – lohnbestimmend ist, und Mitarbeitende mit einer gleichwertigen Humankapitalausstattung gleich entlohnt werden sollen. Der Einfluss von Humankapitalfaktoren (Ausbildung, Dienstalter usw.) als *erklärende Variablen* auf die *zu erklärende Variable* "Lohnhöhe" kann durch die Berechnung von Lohngleichungen (multiple Regressionen) in statistischen Modellen bestimmt werden. Humankapitalfaktoren beziehen sich aber ausschliesslich auf die Qualifikation. So stünde einer Person mit Universitätsabschluss, welche als Hilfskraft arbeitet, für dieselbe Tätigkeit mehr Lohn zu als einer ungelernten Person, was dem Lohngleichheitsgrundsatz widerspricht. Deshalb ist es notwendig, die Lohngleichungen um weitere erklärende Variablen – insbesondere funktionsbezogene Aspekte wie Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes – zu ergänzen. Erst dann kann eine zwischen Frauen und Männern beobachtete Lohn Differenz untersucht werden: Der Anteil des Lohnunterschieds, welcher nicht durch die in die Lohngleichung einbezogenen Faktoren erklärbar ist, wird auf das Geschlecht zurückgeführt.

Im Allgemeinen bezieht sich die statistische Lohnanalyse auf das in einem konkreten Fall relevante Unternehmen. Es kann allerdings Situationen geben, in welchen die interne Datenbasis zu gering ist. In einem solchen Fall kann ein statistischer *Vergleich mit dem Referenzmarkt* in Betracht gezogen werden. Dabei werden vorhandene gesamtwirtschaftliche Lohndaten (primär jene der Lohnstrukturerhebung LSE) herangezogen und die Löhne von Unternehmen, mit welchen das fragliche Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt in Konkurrenz steht, rechnerisch mit den internen verglichen.

Die statistische Lohnanalyse arbeitet häufig mit Gesamtlöhnen. Grundsätzlich können bei unternehmensinternen Analysen aber *alle Lohnbestandteile* je einzeln oder gemeinsam untersucht werden, sofern die entsprechenden Angaben zur Verfügung stehen. Beim Einbezug des Referenzmarkts ergibt sich die Lohndefinition aus den verwendeten gesamtwirtschaftlichen Vergleichsdaten.

### b. Durchführung einer statistischen Lohnanalyse

Die statistische Lohnanalyse ist ein systematischer und transparenter Zugang zur Untersuchung von geschlechtsspezifischen Lohnunterschieden. Doch auch sie bedingt Entscheidungen, welche das Ergebnis beeinflussen und mögliche Diskriminierungsquellen darstellen können.

### aa. Auswahl und Operationalisierung der erklärenden Variablen

Grundsätzlich können alle lohnrelevanten quantifizierbaren Aspekte als erklärende Variablen in die Lohngleichung einbezogen werden, sofern sie selber kein Diskriminierungspotenzial beinhalten. Vorsicht ist bei allen Faktoren geboten, die aufgrund der bekannten Zusammenhänge im Hinblick auf die Gleichstellung von Frau und Mann<sup>10</sup> selbst diskriminierend sein könnten (z.B. Beruf, Marktzuschlag für bestimmte Funktionen, Zivilstand, Beschäftigungsgrad). Bei jedem berücksichtigten Faktor sollte inhaltlich begründet werden, warum er einen – objektiven, nicht geschlechtsspezifisch unterschiedlichen – Einfluss auf die Lohnfindung hat.

Die Faktoren, welche als erklärende Variablen ausgewählt wurden, müssen quantifiziert werden (*Operationalisierung*). Für gewisse Variablen kann auf breit akzeptierte Definitionen zurückgegriffen werden, bei anderen muss die Operationalisierung im konkreten Fall vorgenommen werden. Wo die Operationalisierung die Einstufung von qualitativen Merkmalen auf einer quantitativen Skala bedingt (z.B. bei der Variable "Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes"), können sich die bereits erwähnten menschlichen Beurteilungsfehler diskriminierend auswirken.

### bb. Bestimmung der Stichprobe

Das Ergebnis der Berechnungen kann entscheidend davon beeinflusst sein, ob sämtliche Mitarbeitende eines Unternehmens, nur bestimmte Standorte, Abteilungen oder gar Berufsgruppen in die Analyse einbezogen werden. In der Regel ist anzustreben, sämtliche Mitarbeitende in die Analyse einzubeziehen. Der Ausschluss bestimmter Beschäftigtengruppen ist möglich, muss aber gut begründet werden. Unproblematisch ist etwa ein Ausschluss von Lehrlingen, kritisch demgegenüber die Nichtberücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten, Mitarbeitenden im Stundenlohn oder Kader- und Geschäftsleitungsmitgliedern, weil die Gefahr besteht, dass Lohndiskriminierungen unerkannt bleiben. Rechnerisch beeinflusst auch die Grösse der Stichprobe die Ergebnisse der Analyse (vgl. hinten cc).

Wird in der statistischen Lohnanalyse (auch) ein Vergleich mit dem Referenzmarkt angestrebt, muss bestimmt

10 Zu den relevanten Zusammenhängen im Erwerbsleben und zum Stand der Gleichstellung vgl. z.B. MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD/BARBARA AMIET, Chancen für die Chancengleichheit, Kursbuch zur Gleichstellung im Erwerbsleben, Zürich 2000; Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz, Dritter statistischer Bericht, Neuchâtel 2003 sowie die laufend aktualisierten Daten im Internetportal des Bundesamts für Statistik unter [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/einkommen\\_und\\_lebensqualitaet/gleichstellung.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/einkommen_und_lebensqualitaet/gleichstellung.html).

werden, was als Referenzmarkt gelten soll. Die Umschreibung des Referenzmarkts als Bereich, mit welchem das Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt in Konkurrenz steht, muss konkretisiert werden (z.B. regionale Abgrenzung, branchenbezogene Abgrenzung). Auch die hier gefällten Entscheide prägen das Ergebnis der Berechnungen, deshalb müssen sie transparent gemacht und nachvollziehbar begründet werden.

### cc. Rechnerische Umsetzung

Zur *Erstellung der Regressionsgleichung* werden alle erklärenden Variablen in ein statistisches Modell einbezogen. Dieses muss zur Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern auch das Geschlecht berücksichtigen. In der Praxis werden dafür vor allem zwei rechnerische Vorgehensweisen verwendet.<sup>11</sup> Die vertiefte Auseinandersetzung mit diesen statistischen Fragen kann nicht Aufgabe von juristischen Fachpersonen sein. Vielmehr ist von den Expertinnen und Experten zu fordern, dass sie die Entscheidungen, welche dem verwendeten statistischen Modell im konkreten Fall zugrunde liegen, plausibel, transparent und nachvollziehbar darstellen.

Ergibt die rechnerische Umsetzung eine Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann, wird geprüft, ob diese ein Zufallsergebnis darstellt oder ob das eine Geschlecht mit denselben objektiven Merkmalen tatsächlich weniger verdient als das andere. Dazu wird ein *statistischer Signifikanztest* vorgenommen. Dabei ist die Wahl der Irrtumswahrscheinlichkeit (Signifikanzniveau  $\alpha$ ) entscheidend. In sozialwissenschaftlichen Zusammenhängen wird üblicherweise mindestens ein Signifikanzniveau von  $\alpha = 5\%$  verwendet. Dies bedeutet, dass die Wahrscheinlichkeit, fälschlicherweise eine Lohndiskriminierung zu vermuten, bei 5% oder weniger liegt. Zu berücksichtigen ist, dass das Ergebnis der Signifikanzberechnungen stark von der Stichprobengrösse beeinflusst wird. Bei kleinen Stichproben wird eine bestehende Diskriminierung mit grösserer Wahrscheinlichkeit übersehen, bei sehr grossen Stichproben können geringe Differenzen eine signifikante Diskriminierung ergeben, was für ein strengeres Signifikanzniveau bei grossen Stichproben spricht.

## C. Anwendung: Konkrete Prüfung von Fragen der Lohndiskriminierung

### I. Unternehmensinterne Analysen

#### 1. Analytische Arbeitsbewertung

Mit Hilfe der analytischen Arbeitsbewertung lässt sich die Frage klären, ob in einem konkreten Fall beim Funktionslohn eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit vorliegt. Das genaue Vorgehen und die möglichen Schlussfolgerungen hängen von der spezifischen Situation ab.

#### a. Auswahl des Analysesystems

Zunächst wird das wissenschaftliche System der analytischen Arbeitsbewertung ausgewählt, mit welchem die Analyse vorgenommen werden soll. Geht es um die Klärung einer Lohndiskriminierungsfrage in einem Unternehmen, welches über ein auf der Basis einer analytischen Arbeitsbewertung erstelltes Lohnsystem verfügt, ist zu prüfen, ob dieses frei von geschlechtsspezifischen Auswirkungen ist. Kann dieser Nachweis erbracht werden, wird mit Vorteil dasselbe Instrument für die Analyse verwendet. Bestehen hingegen Zweifel, wird zusätzlich ein anderes System der analytischen Arbeitsbewertung beigezogen, welches den Ansprüchen der Geschlechtsneutralität genügt.

In Unternehmen, welche kein derartiges Lohnsystem haben, kann ein beliebiges System gewählt werden, welches nachweislich frei von geschlechtsspezifischen Auswirkungen ist.

#### b. Bestimmung der Vergleichsfunktionen

Wie viele und welche Vergleichsfunktionen nötig sind, um eine Analyse vornehmen zu können, lässt sich nur für den konkreten Fall abschliessend bestimmen. Bezüglich *Anzahl* gilt, dass die Analyse grundsätzlich mit einer Vergleichsfunktion möglich ist. Um die Güte und Zuverlässigkeit der Einstufungen zu erhöhen, sind aber drei bis fünf Vergleichsmöglichkeiten hilfreich. In Unternehmen ohne Lohnsystem ist für eine fundierte Analyse im Hinblick auf die Überprüfung des Funktionslohns eine grössere Anzahl von Vergleichsfunktionen nötig, weil so ein dichteres Netz von Arbeitswerten und real bezahlten Funktionslöhnen entsteht (vgl. hinten d). Bezüglich der *Art* der Vergleichsfunktionen ist nur das Geschlecht relevant: Geht es um die Klärung der Frage der Lohndiskriminierung bei einer Frau bzw. typischen Frauenberufen oder -tätigkeiten, sind als Vergleichsfunktionen durch Männer besetzte Positionen bzw. typische Männerberufe oder -tätigkeiten zu wählen und umgekehrt. Auch Berufe bzw. Tätigkeiten, welche nicht geschlechtsspezifisch identifiziert sind (d.h. ungefähr gleichermassen von Frauen und Männern besetzt sind), kommen als Vergleichsfunktionen in Frage. Für die fundierte Durchführung der analytischen Arbeitsbewertung ist es zudem hilfreich, wenn die durch die Vergleichsfunktionen abgedeckte "Palette" nicht zu eng ist (d.h. keine Beschränkung auf vordergründig "ähnliche" Funktionen).

#### c. Bewertungsprozess

Beim Einsatz der analytischen Arbeitsbewertung zur Erstellung von Lohnsystemen erfolgt der Bewertungsvorgang in

11 Vgl. dazu Silvia Strub, Überprüfung der Einhaltung von Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes, Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann und Beschaffungskommission des Bundes (Hrsg.), Bern 2004.

der Regel in Bewertungsgruppen (vgl. vorne B II 1. b dd). Damit soll eine möglichst hohe Intersubjektivität der Beurteilungen erlangt werden. Bei Fragen der Lohndiskriminierung und insbesondere im Falle eines Sachverständigengutachtens bewerten Expertinnen und Experten die Funktionen alleine oder allenfalls zu zweit. Damit auch hier die nötige Intersubjektivität garantiert ist, ist von ihnen ein ausgewiesenes theoretisches Wissen in den Bereichen Arbeitswissenschaften, analytische Arbeitsbewertung sowie Gleichstellung von Frau und Mann zu fordern. Weiter müssen die einzelnen Einstufungen nachvollziehbar begründet werden (Kriterium Plausibilität).

#### d. Überprüfung des Funktionslohns

Wurde in einem Unternehmen mit einem auf analytischer Arbeitsbewertung beruhenden Lohnsystem das bei dessen Erstellung eingesetzte Instrument zur Analyse verwendet, ist die Überprüfung des Funktionslohns direkt möglich: Eine bestimmte Anzahl Arbeitswertpunkte gibt Anrecht auf eine bestimmte Lohnhöhe bzw. Lohnklasse. Musste wegen Diskriminierungsverdacht im verwendeten System für die Analyse eine Alternative eingesetzt werden, lässt sich der in Frage stehende korrekte Funktionslohn durch Umrechnung der Arbeitswertpunkte vom neuen System auf das alte bestimmen.

In Unternehmen mit einem Lohnsystem auf anderer Grundlage ist eine indirekte Überprüfung des Funktionslohns möglich. Die in aller Regel ersichtliche Lohnkurve der Funktionslöhne ermöglicht eine rechnerische Annäherung an den der beurteilten Funktion zustehenden Lohn. Diese kann umso fundierter erfolgen, je mehr Vergleichsfunktionen vorhanden sind.

Ungünstiger ist die Situation in Unternehmen ohne Lohnsystem. Hier muss die Überprüfung durch den Vergleich der Arbeitswertpunkte mit den konkret ausgerichteten bzw. aus dem Gesamtlohn abgeleiteten Funktionslöhnen erfolgen. Aus arbeitswissenschaftlicher Sicht liegen Anhaltspunkte für eine Diskriminierung dann vor, wenn einer Vergleichsfunktion mit einer geringeren Anzahl Arbeitswertpunkte als die fragliche Funktion mehr Lohn entrichtet wird oder wenn die aus den real bezahlten Löhnen nachgezeichnete Lohnkurve "Knicke" zum Nachteil des einen Geschlechts aufweist.

In Unternehmen, welche nicht über ein Lohnsystem auf der Grundlage einer analytischen Arbeitsbewertung verfügen, sind nur Bandbreitenangaben bezüglich des korrekten Funktionslohns möglich. Für eine rechengenaue Bestimmung der Lohnhöhe empfiehlt sich in diesen Fällen deshalb der Beizug der statistischen Lohnanalyse (vgl. hinten D).

## 2. Statistische Lohnanalyse

### a. Voraussetzungen

Die Durchführung einer unternehmensinternen statistischen Lohnanalyse erfordert eine gewisse *Mindestzahl von Arbeitnehmenden*. Je nach Methode werden mindestens 30–50 Personen insgesamt bzw. 30–50 Personen beider Geschlechter gefordert.<sup>12</sup> Weiter müssen Minimalanforde-

rungen in Bezug auf die zur Verfügung stehenden *Daten* erfüllt sein (Datenumfang, Datenqualität).

### b. Bestimmung der Stichprobe und Lohndefinition

Grundsätzlich ist es plausibel, *alle Mitarbeitenden eines Unternehmens* in die Berechnungen einzubeziehen. In größeren Unternehmen kann mit einer repräsentativen Zufallsstichprobe gearbeitet werden. Da die Erstellung einer derartigen Zufallsstichprobe sehr aufwändig ist, drängt sich ihr Einsatz vor allem dann auf, wenn für bestimmte Variablen im Unternehmen mit viel Aufwand Daten erhoben werden müssen. Die gezielte Auswahl von Untergruppen von Mitarbeitenden ist ebenfalls möglich, muss aber für den konkreten Fall nachvollziehbar begründet werden.

Bei einer unternehmensinternen Analyse bieten sich vielfältige Möglichkeiten in Bezug auf die verschiedenen Lohnbestandteile: Es kann mit dem Gesamtlohn oder mit einzelnen Lohnbestandteilen gearbeitet werden, selbst wenn diese nicht explizit separat ausgewiesen sind.

### c. Rechnerische Umsetzung

Vor der Erstellung der Lohngleichung wird entschieden, welche Erklärungsfaktoren berücksichtigt werden. Immer einbezogen werden die traditionellen Humankapitalvariablen Ausbildung, (potenzielle) Berufserfahrung und Dienstalter, ergänzt um funktionsbezogene Faktoren wie beispielsweise das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes. Der Einbezug von zusätzlichen Variablen ist möglich und je nach konkreter Situation sinnvoll. Streng zu beachten ist allerdings, dass nur Variablen berücksichtigt werden, die nicht selbst Diskriminierungspotenzial beinhalten.

Sind die zu berücksichtigenden Variablen bestimmt und liegen die entsprechenden Daten vor, wird die Lohngleichung erstellt und durchgeführt. Die Gestaltung des statistischen Modells kann so erfolgen, dass die Klärung der Frage der Lohndiskriminierung bezogen auf das Gesamtunternehmen (alle Frauen versus alle Männer), bezogen auf bestimmte als weiblich oder männlich identifizierte Berufs-, Funktions- oder Personengruppen sowie bezogen auf eine konkrete Einzelperson erfolgen kann. Liegt eine Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern vor, die nicht mit den in die Lohngleichung einbezogenen Variablen erklärt werden kann, folgt die statistische Signifikanzprüfung. Damit wird kontrolliert, ob der Wert zufällig zustande gekommen ist oder ob ein auf das Geschlecht zurückzuführender Lohnunterschied vorliegt. Ist das Ergebnis signifikant, kann rechnerisch der korrekte Lohn für die entsprechende(n) Funktion(en) bestimmt werden.

12 Vgl. STRUB (FN 11), 19.

## II. Vergleiche mit dem Referenzmarkt

Die statistische Lohnanalyse erlaubt es, die unternehmensinternen Lohndaten zu jenen des Referenzmarktes in Beziehung zu setzen (vgl. vorne B II 2 a). Dies kann insbesondere dann nützlich sein, wenn die statistische Lohnanalyse in einem kleinen Unternehmen bzw. in einem grösseren Unternehmen in einer Situation, in der kaum Vergleichsfunktionen zur Verfügung stehen, eingesetzt werden soll.<sup>13</sup> Ein Vergleich mit dem Referenzmarkt macht weiter dann Sinn, wenn Fragen im Zusammenhang mit dem "Marktlohn" anstehen. Wird ein Lohnunterschied mit dem Marktargument begründet, kann geprüft werden, ob die Vergleichspersonen bzw. -funktionen auf dem Markt (d.h. im Referenzmarkt) mit denselben objektiven Voraussetzungen tatsächlich einen entsprechend höheren Lohn erzielen könnten als die fragliche Funktion.

*Vergleiche mit dem Referenzmarkt sind mit grosser Sorgfalt vorzunehmen.* Insbesondere ist die Frage, ob es sich um einen diskriminierenden Referenzmarkt handelt, fundiert zu klären. Bei einem selbst diskriminierenden Referenzmarkt besteht die Gefahr, dass die Analyse keine zusätzliche Klärung der Situation erbringt, sondern Lohndiskriminierung mit Diskriminierung begründet wird.<sup>14</sup>

## D. Fazit: Vergleichende Gegenüberstellung der beiden Instrumente

Sowohl die analytische Arbeitsbewertung als auch die statistische Lohnanalyse wurden nicht speziell im Hinblick auf die Klärung von Lohngleichheitsfragen entwickelt. Beide Instrumente können aber *im Streitfall* eingesetzt werden, sowohl bezogen auf Einzelpersonen (also konkrete Funktionen) als auch bezogen auf ein Kollektiv (Funktions- bzw. Berufsgruppen). Je nach Fragestellung ist auch ihre kombinierte Anwendung möglich und sinnvoll.

Bei sorgfältigem Einsatz lässt sich mit beiden Methoden eine *hohe Zuverlässigkeit* der Ergebnisse erreichen. Diese ergibt sich aber nicht von selber, denn beide Vorgehensweisen beinhalten auch Entscheidungen und Beurteilungen, die mit Spielräumen verbunden sind. Um eine möglichst hohe intersubjektive Zuverlässigkeit zu gewährleisten, ist eine transparente, nachvollziehbare, plausible und systematische Vorgehensweise zwingend. Anzuführen ist, dass eine fundierte Analyse mit beiden Verfahren relativ aufwändig ist und nur dann vorgenommen werden kann, wenn genügend und qualitativ gute Daten zur Verfügung stehen oder erhoben werden können. Zur Begründung einer Vermutung können beide Methoden als grobe Diagnoseinstrumente eingesetzt werden, dabei sind Datenanforderungen und Aufwand geringer.

Wann soll die analytische Arbeitsbewertung eingesetzt werden, wann die statistische Lohnanalyse und in welchen Situationen empfiehlt sich eine Kombination der beiden Methoden? Zur Beantwortung dieser Fragen gilt es, die *Vor- und Nachteile* der beiden Instrumente abzuwägen. Der grosse Pluspunkt der analytischen Arbeitsbewertung ist,

dass mit ihr die Wertigkeit der Arbeit direkt bestimmbar ist. Damit kann die Frage nach "gleichem Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit" bezogen auf den Funktionslohn direkt geklärt werden. Die statistische Lohnanalyse hat demgegenüber den Vorteil, dass die in der Praxis oft nicht gesondert ausgewiesenen Bestandteile des Lohns gar nicht unterschieden werden müssen, weil mit Gesamtlöhnen gerechnet werden kann. Ein weiterer Vorteil sind die mit ihr verbundenen Möglichkeiten der rechnerischen Bestimmung des diskriminierungsfreien Lohns. In einem Streitfall kann es sich weiter als nützlich erweisen, dass bei geeigneter Datenlage mit der statistischen Lohnanalyse die Möglichkeit besteht, den Einfluss aller vom Unternehmen angegebenen objektiven Gründe für Lohnunterschiede, die keine geschlechtsspezifischen Auswirkungen haben, zu prüfen. Für die analytische Arbeitsbewertung wiederum spricht die Tatsache, dass ihr Einsatz immer möglich ist, sofern die Expertinnen und Experten Zugang zu den zur Beurteilung der Funktionen notwendigen Informationen haben. Eine unternehmensinterne statistische Lohnanalyse ist dagegen auf Unternehmen mit mindestens 30–50 Mitarbeitenden beschränkt. In kleineren Unternehmen ist eine statistische Lohnanalyse unter Beizug eines Vergleichs mit dem Referenzmarkt möglich, sofern dieser nicht diskriminierend ist.

Werden diese Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen, erscheint der *Einsatz einer analytischen Arbeitsbewertung* bei der Klärung von Fragen der Lohndiskriminierung in Unternehmen mit einem Lohnsystem, welches auf einer analytischen Arbeitsbewertung beruht, besonders sinnvoll. Weiter ist die analytische Arbeitsbewertung in kleinen Unternehmen oder bei Sonderfunktionen vorzuziehen, wenn ein diskriminierender Referenzmarkt vermutet werden muss und immer dann, wenn die für eine statistische Lohndiskriminierung nötigen Minimaldaten nicht zur Verfügung stehen. Umgekehrt ist bei Streitfällen in Unternehmen mit über 30–50 Mitarbeitenden ohne ein auf analytischer Arbeitsbewertung beruhendes Lohnsystem eine unternehmensinterne *statistische Lohnanalyse* sinnvoll. In kleineren Unternehmen oder wenn es sich um eine Sonderfunktion handelt, für welche auch in grösseren Unternehmen die unternehmensinterne Datenbasis zu klein ist, kann ein Vergleich mit dem Referenzmarkt vorgenommen werden. Der Einbezug des Referenzmarktes ist allerdings sorgfältig zu prüfen, weil bei einem diskriminierenden Referenzmarkt eine im konkreten Fall bestehende Lohndiskriminierung vertuscht wird.

Auch eine Kombination der beiden Vorgehensweisen kann sinnvoll sein. Dabei wird die analytische Arbeitsbe-

13 Für ein Beispiel vgl. YVES FLÜCKIGER, *Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des domages subis*, AJP 2001, 1340 ff.

14 Unter bestimmten, von den Expertinnen bzw. Experten sorgfältig zu prüfenden Umständen kann ausnahmsweise auch ein Vergleich mit einem diskriminierenden Referenzmarkt in Betracht gezogen werden.

wertung zur Bestimmung der Wertigkeit einer Funktion eingesetzt, die statistische Lohnanalyse für alle Fragen im Zusammenhang mit der rechnerisch bestimmbaren Lohnhöhe bzw. der Überprüfung der Diskriminierung bei den verschiedenen Lohnbestandteilen.

Pour clarifier la question de la discrimination salariale en fonction du sexe, nous disposons de deux instruments: en premier lieu, l'évaluation du travail selon des critères scientifiques qui permet de saisir la valeur d'une fonction et, par là même, de résoudre la question de l'équivalence du travail. En second lieu, l'analyse statistique des salaires permet de déterminer dans quelle mesure divers facteurs (formation, niveau d'exigences du poste etc.) influencent le salaire et de quantifier l'ampleur de la différence de salaire due spécifiquement au sexe. Un ouvrage paru sous l'égide du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et de la Fédération suisse des avocats traite de l'application de ces deux instruments en se concentrant, à cet effet, sur les problèmes rencontrés dans la pratique juridique (MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRIG BAILLOD, Discriminations salariales et instruments d'analyse. Un guide pour la pratique juridique, Haupt Verlag Berne, 2006. ISBN 10 3-258-07096-2, ISBN 13 978-3-258-07096-4, Fr. 42.-). L'article commente les principaux passages de la publication.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)

## "Ich würde mir wünschen, dass es etwas ganz Normales wird, sich gegen Diskriminierung zu wehren"

Ein Gespräch mit den Leiterinnen der kantonalen Schlichtungsstellen in Genf und Zürich



Dr. iur. Susy Stauber

VÉRONIQUE DUCRET, Laienrichterin der Schlichtungsstelle Genf als Vertreterin der Arbeitnehmenseite

Die Genfer Schlichtungsstelle hat weder Präsidium noch Leitung. Véronique Ducret ist Sozialpsychologin und arbeitet an einem Forschungsinstitut zu Gleichstellungsfragen (Le Deuxième Observatoire, Genf). Sie hat mehrere Bücher zu sexueller Belästigung geschrieben. In Deutsch erhältlich ist „Sexuelle Belästigung – was tun? Ein Leitfaden für Betriebe“ (vdf Hochschulverlag, Zürich 2003). Die Genfer Schlichtungsstelle ist dem Arbeitsgericht angegliedert. Das Schlichtungsverfahren ist obligatorisch. Die Einigungsquote liegt bei 20 Prozent. Kommt keine Einigung zu Stande, geht der Fall automatisch ans Arbeitsgericht über.

SUSY STAUBER, Dr. iur., Rechtsanwältin und Mediatorin SAV/SDV-FSM, Vorsitzende der Schlichtungsstelle für Streitigkeiten über Diskriminierungen im Erwerbsleben des Kantons Zürich im Nebenamt (20%)

Das Schlichtungsverfahren ist im kantonalen Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz vom 29. Oktober 2001 geregelt. Die Stelle ist für öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Fälle zuständig. Neben der mündlichen Befragung der Parteien und Dritter kann sie auch Auskünfte und amtliche Akten einholen und einen einfachen Schriftenwechsel anordnen. Beratung und Information gehören mit zum Auftrag. Die Zürcher Schlichtungsstelle kann auch Mischkonflikte schlichten, die neben Fragen nach Gleichstellungsgesetz Arbeitsrechtliches betreffen. Ihre Anrufung ist fakultativ. Die Einigungsquote liegt bei rund 60 Prozent.



Interview: HEIDI STUTZ,  
Büro für arbeits- und  
sozialpolitische Studien  
BASS, Bern

FOTOS: IRIS KREBS

*Frage: Die Genfer und die Zürcher Schlichtungsstelle waren von allen Kantonen mit den meisten Schlichtungsfällen nach Gleichstellungsgesetz konfrontiert. Was ziehen Sie nach zehn Jahren für eine Bilanz? Was hat sich in Ihrer Arbeit bewährt und was nicht?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ich lege den Finger vor allem auf die Probleme: Die Frauen, die zu uns kommen, haben ihre Stelle bereits verloren – sei es, dass sie selbst gekündigt haben oder dass ihnen gekündigt wurde. Das Problem der Diskriminierung wird also nicht gelöst. Die Frauen erhalten bestenfalls eine Entschädigung. Eine Frau, die klagt, macht das um der Sache willen. Sie weiss, dass das an ihrer Situation nichts mehr ändert.

*Frage: Die Bilanz ist also gemischt?*

VÉRONIQUE DUCRET: Eher negativ. Dass es überhaupt Klagen gibt, ist gut. Aber es sind nicht viele, verglichen mit der wirklichen Zahl von Diskriminierungen. Und wir lösen das Problem der Diskriminierung im Erwerbsleben nicht. Die Bilanz ist nicht total negativ, weil das Gesetz den Frauen immerhin erlaubt zu klagen. Aber ich habe den Eindruck, das ist der einzige Fortschritt.

*Frage: Sehen Sie das genauso, Frau Stauber?*

SUSY STAUBER: Schon nur, dass es die Schlichtungsstelle als niederschwellige Institution gibt, finde ich gut. Wir können immer wieder feststellen, dass trotzdem noch eine grosse Hemmschwelle besteht, überhaupt ein Verfahren einzuleiten, auch im gekündigten Arbeitsverhältnis. Dass die meisten erst nach der Kündigung kommen, kann ich nur bestätigen.

VÉRONIQUE DUCRET: Warum erachten Sie es als einfacher, sich an die Schlichtungsstelle zu wenden, als vor Gericht zu gehen? In Genf ist das nicht so.



SUSY STAUBER: Bei uns können alle telefonisch anfragen, die Situation schildern und fragen, was sie tun können. Dann geben wir Auskunft, wie man ein Schlichtungsbegehren einleitet. Notfalls können sie das auch mündlich tun. In den meisten Fällen haben wir zuerst telefonischen Kontakt.

VÉRONIQUE DUCRET: Sie sprechen am Telefon mit den Betroffenen?

SUSY STAUBER: Wenn es um juristische Fragen geht, ja. Und es braucht bei uns keine Anwälte. Auch wenn wenige Betroffene sich zur Wehr setzen, so erleben diejenigen, die kommen, normalerweise schon eine Unterstützung durch die Schlichtungsstelle. Wir machen gegenüber der Arbeitgebendenseite, zum Beispiel in Fällen von sexuellen Belästigungen, auch deutlich, was allenfalls an Prävention und Abhilfemassnahme unterlassen worden ist und was in Zukunft getan werden muss.

VÉRONIQUE DUCRET: Das ist in Genf ganz anders. Wer eine Klage einreichen möchte und telefoniert, spricht mit dem Sekretariat, nicht mit einer juristischen Fachperson. Das Sekretariat sagt der Betroffenen, sie solle im Gerichtsgebäude, wo wir untergebracht sind, das entsprechende Formular persönlich abholen, weil die Klage schriftlich eingereicht werden muss. Nicht alle finden so den Zugang zur Schlichtung. Meist kommen nur Frauen, die einen Anwalt oder eine Gewerkschaft im Rücken haben, obschon das nicht obligatorisch ist. Ich finde es sehr interessant, dass in Zürich die Schlichtungsstelle auch ein Ort ist, wo sich Betroffene informieren können. Wir können auch nicht Arbeitgebende beraten wie Sie in Zürich.

Wir schlichten jeweils zu zweit: Je eine Person vertritt die Arbeitgebendenseite und die Arbeitnehmenden, einer ist ein Mann, die andere eine Frau. Die Haltung der Schlichtenden auf Arbeitgebendenseite ist nicht unbedingt gleichstellungsfreundlich. Bei der Schlichtung geht es nur darum, ein Arrangement zu finden. Das ist meist eine Geldfrage. Das ist unsere ganze Rolle. Wir tun nichts anderes, um eine Situation zu schlichten.

SUSY STAUBER: Was passiert, wenn Sie und Ihr Kollege nicht die gleiche Meinung haben?

VÉRONIQUE DUCRET: Genau, das ist es gerade. Wir haben keine Meinung zu haben. Man sagt uns immer, wir seien nur zum Schlichten da und nicht dazu, um uns zu äussern, ob eine Diskriminierung stattgefunden hat oder nicht. Das tun wir nie. Die Schlichtung läuft so ab: Eine Person verlangt 100 000 Franken und sagt, sie sei diskriminiert worden. Wir fragen den Arbeitgeber: Sehen Sie das auch so? Und im Allgemeinen sagt er nein. Nur manchmal sagt er dem Frieden zuliebe: Ich bin bereit, 15 000 Franken zu zahlen. Unsere Arbeit ist fundamental uninteressant.

*Frage: Sie reden gar nicht darüber, ob zum Beispiel eine sexuelle Belästigung stattgefunden hat oder nicht?*

VÉRONIQUE DUCRET: Nein, das ist nicht unser Mandat. Wir schlichten, wir richten nicht.

SUSY STAUBER: Das ist bei uns ziemlich anders. Wir verstehen unsere Aufgabe schon auch dahingehend, dass wir zunächst einmal mit den Parteien den Sachverhalt klären und dann auch rechtlich würdigen. Wir sagen zum Beispiel, dass die Lohnungleichheit uns glaubhaft gemacht erscheint. Oder bei der sexuellen Belästigung, wo häufig Aussage gegen Aussage steht, fragen wir die Betroffene, was genau passiert ist, und wir beurteilen oder haben unsere Meinung, ob die Betroffene glaubwürdig ist. Und wenn wir sie als glaubwürdig einschätzen, gehen wir davon aus, dass die sexuelle Belästigung tatsächlich passiert ist. Wenn der Sachverhalt geklärt ist, zieht sich das Dreiergremium der Schlichtenden zur Beratung zurück. Wir tauschen aus, ob wir uns einig sind. Dann kommt die rechtliche Würdigung und was wir den Parteien als Einigungslösung vorschlagen, zum Beispiel wie viele Monatslöhne als Entschädigung hier angemessen erscheinen. Der Vorschlag widerspiegelt das mutmassliche Prozessrisiko der Parteien.

VÉRONIQUE DUCRET: Wenn Sie sagen, dass die Leute Sie meist zuerst anrufen, heisst das, dass Sie an der Schlichtungsstelle einen Arbeitsplatz haben?

SUSY STAUBER: Ich habe ein eigenes Büro als Anwältin und Mediatorin. Das Telefon kommt zuerst ans Sekretariat der Schlichtungsstelle und die Sekretärin gibt meine Nummer weiter.

VÉRONIQUE DUCRET: Sind Sie wie eine Anwältin bezahlt, wenn Sie solche Telefonberatungen machen?

SUSY STAUBER: Wenn jemand mich in meiner Funktion als Schlichtungsstellenleiterin anruft, bin ich vom Kanton bezahlt.

VÉRONIQUE DUCRET: Unser Budget in Genf ist minimal, wir haben keinerlei Infrastruktur. Die Sekretärin hat ein Büro, aber sie kann keine Rechtsauskünfte geben. Sie teilt mir mit, wann ich an einer Schlichtungsverhandlung teilnehmen muss. Ich erhalte das Dossier und eine Entschädigung pro Schlichtung. Der Kanton Genf hat die kostengünstigste

Variante gewählt. Ich fände wichtig, dass man sagen kann, du kannst die Schlichtungsstelle anrufen und dort mit einer kompetenten juristischen Fachperson sprechen, die sich Zeit nehmen kann, dich zu beraten und für diese Arbeit bezahlt ist.

*Frage: Ich möchte noch auf die Instrumente des Gleichstellungsgesetzes selber zu sprechen kommen. Welche Rechtsbehelfe des Gesetzes haben sich in ihrer Praxis bewährt, welche nicht?*

SUSY STAUBER: Das Hauptproblem ist meiner Meinung nach das Spannungsverhältnis zum Datenschutzgesetz, das auf eidgenössischer Ebene nicht gelöst ist. Die Arbeitgebenden konnten sich zu Beginn in Zürich auf den Standpunkt stellen, dass Lohndaten nicht offen gelegt werden können, weil das unter Datenschutzgesichtspunkten zu heikel ist. Wir haben das dann im Zürcher Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz gelöst. Ich denke aber, wenn es darum geht, Transparenz zu schaffen und die Arbeitgebendenseite zur Mitwirkung zu verpflichten, sollte im Gleichstellungsgesetz selber statuiert sein, dass die Arbeitgebendenseite schon im Schlichtungsverfahren zur Transparenz verpflichtet ist.

*Frage: Das ist der Hauptpunkt, den Sie im Gleichstellungsgesetz als ungelöst anschauen?*

SUSY STAUBER: Ja. Natürlich kann man auch darüber diskutieren, ob die Schutzfrist bei Rachekündigungen lange genug ist. Ich könnte mir vorstellen, dass man sie verlängert. Andererseits ist es so, wie Frau Ducret gesagt hat, dass die meisten Betroffenen nach der Kündigung kommen und sich diese Frage gar nicht mehr stellt. Allerdings lösen bereits betriebsinterne Beschwerden den Schutz aus, und eine Verlängerung könnte daher durchaus Wirkungen zeitigen. Zu erwägen wäre auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung oder die Einrichtung eines Unterstützungsfonds, weil Betroffene, die auf rechtlichen Beistand angewiesen wären, häufig vor den entsprechenden Kosten zurückschrecken.

VÉRONIQUE DUCRET: Die Überlegungen müssten darauf zielen, was zu tun wäre, damit von Diskriminierung Betroffene sich wehren können, wenn sie ihre Stelle noch haben. Das ist das Hauptproblem. Ich bin einverstanden mit Ihrem Vorschlag, die Schutzfrist zu verlängern. Aber was das Gesetz vorsieht, ist kein Kündungsverbot. Es würde einen ähnlichen Schutz brauchen wie während der Schwangerschaft, einen realen Schutz vor der Kündigung. Wenn Frauen sich sagen könnten: Wenn ich eine Klage eingereicht habe, können sie mich nicht entlassen, dann würden sie eher in ungekündigter Stellung klagen. Ich denke, die Debatte, mit welchen Massnahmen die Frauen wirklich geschützt werden können, müssen wir führen.

SUSY STAUBER: Was mir in diesem Zusammenhang wichtig erscheint: Von Diskriminierung Betroffene müssen sich mit der heutigen Regelung immer exponieren. Und ich denke, schon dort ist der Wurm drin, insbesondere bei der Arbeits-

marktlage, wie wir sie immer noch haben. Das hält so viele davon ab, sich zu wehren, dass man sich fragen muss, ob nicht irgendwo anders der Hebel angesetzt werden sollte. Das könnte eine Instanz sein, welche die Betriebe beaufsichtigt.

*Frage: So wie dies in der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes vorgeschlagen wurde?*

SUSY STAUBER: Ja genau. Dass man sich irgendwo hin wenden kann, ohne sich exponieren zu müssen. Häufig sind die Betroffenen, die zu uns kommen, von der Diskriminierung selber psychisch sehr geschwächt. Besonders wenn es sich um sexuelle Belästigung handelt, die häufig auch mit Mobbing gekoppelt ist, braucht es für Betroffene einen ganz grossen Effort, sich einem Verfahren zu stellen, auch wenn es niederschwellig ist.



*Véronique Ducret*

VÉRONIQUE DUCRET: Ich teile Ihre Meinung völlig. Das Gesetz lädt die Last der Bekämpfung von Diskriminierung ganz den Betroffenen auf. Anders als beim Arbeitsgesetz, wo Arbeitsinspektoren die Arbeitsbedingungen in den Betrieben kontrollieren, gibt es keine Gleichstellungsinspektionen. Eine Instanz, welche die Einhaltung der Gleichstellung kontrolliert, würde Beschwerden entpersonalisieren. Von mir aus gesehen wäre das die Lösung.

*Frage: Ist das für Sie die Erklärung, warum auch Ihre Stellen nicht mit Schlichtungsbegehren überrannt wurden? Oder wurde das Problem der Diskriminierung im Erwerbsleben anfangs überschätzt?*

VÉRONIQUE DUCRET: Sicher nicht. Es gibt wohl Kreise, und da zählen auch viele Arbeitgeber dazu, die glauben, die Gleichstellung sei erreicht. Die Realität zeigt jedoch, dass das nicht stimmt. Die Statistiken belegen, dass Frauen in den Chefetagen untervertreten bleiben, dass ihre Löhne tiefer sind, dass sexuelle Belästigung weit verbreitet ist. Die wenigen Klagen sind ein ganz kleiner Prozentsatz der tatsächlichen Diskriminierungen. Es ist eher so, dass das all-



gemeine Klima den Frauen nicht erlaubt zu sagen, dass sie diskriminiert werden.

SUSY STAUBER: Ich bin völlig einverstanden.

*Frage: Was für Erfahrungen machen Sie mit der Arbeitgebendenseite in den Schlichtungsverfahren?*

VÉRONIQUE DUCRET: In 99,9 Prozent der Fälle bestreitet der Arbeitgeber die Diskriminierung, die von der Beschäftigten geltend gemacht wird. Er ist überzeugt, dass es keine Diskriminierung und keine sexuelle Belästigung gab. Hier ist noch viel Informationsarbeit zu leisten, um zu erreichen, dass ein Arbeitgeber sich sagt: Wenn eine Person zu klagen gewagt hat, gibt es vielleicht wirklich ein Problem.

SUSY STAUBER: Das ist bei uns nicht so ausgeprägt. Ich habe immer wieder auch kooperierende Arbeitgebende erlebt. Es hängt sehr davon ab, welche Anwälte oder Anwältinnen sie zur Seite haben, ob es jemand ist, der mit dem Gleichstellungsgesetz vertraut ist. Da haben wir auch schon erlebt, dass wirklich die Bereitschaft bestand, eine vernünftige Lösung zu finden, und eine gewisse Einsicht, dass etwas passiert ist, das nicht hätte passieren sollen. Es gibt aber auch immer wieder das Umgekehrte. Manchmal sind es auch die Anwälte, die gern prozessieren. Das spürt man in den Verhandlungen, wenn die Arbeitgebendenseite durch jemanden vertreten ist, der kein Interesse an einer Einigung hat, sondern sein Honorar beim Prozessieren beziehen möchte.

*Frage: Erleben Sie Unterschiede in der Schlichtung zwischen den verschiedenen Diskriminierungsarten? Namentlich bei den drei häufigsten: sexuelle Belästigung, Lohn und Kündigung?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ich kann das nicht beantworten, weil ich fast nur Fälle von Lohngleichheit und sexueller Belästigung hatte. Die beiden sind ähnlich schwierig.



Véronique Ducret

SUSY STAUBER: Ich kann dem beipflichten. Bei uns kamen einige Fälle hinzu, in denen diskriminierende Beförderung

oder Aufgabenzuteilung ein Thema waren. Ich denke, dass es sehr schwer ist, dies mit dem Gleichstellungsgesetz in den Griff zu kriegen. In diesem Punkt ist das Gesetz nicht sehr griffig. Zum Beispiel: Eine Betroffene machte an sich eine Lohngleichheitsklage geltend. Sie bekam trotz gleicher Qualifikation nicht die gleichen Aufgaben und die gleichen Klienten zugeteilt wie ihre Kollegen. Und das war dann auch das Argument der Arbeitgebendenseite zu sagen, dass sie eben nicht den gleichen Lohn verdiene, weil sie nicht das gleiche Anforderungsprofil habe. Sehr oft ist den Lohngleichheitsproblemen auch eine Beförderungsdiskriminierung vorgelagert.

*Frage: Ein Eindruck aus der Evaluation war: Vor den Schlichtungsstellen machen andere Berufsgruppen Diskriminierung geltend als vor Gericht. Sie scheinen insbesondere zugänglicher zu sein für Tiefqualifizierte. Deckt sich das mit Ihrer Wahrnehmung?*

VÉRONIQUE DUCRET: Bei Lohnungleichheitsfällen geht es nie um wenig qualifizierte Personen, sondern um relativ gut qualifizierte und weil sie relativ gut qualifiziert sind, realisieren sie, dass andere besser bezahlt werden. Im Unterschied dazu ist es bei sexueller Belästigung auch für Tiefqualifizierte möglich, eine Klage einzureichen.

*Frage: Erleben Sie das gleich?*

SUSY STAUBER: Im Allgemeinen stimmt das, dass sich eher gut qualifizierte Frauen gegen Lohndiskriminierung zur Wehr setzen. Aber wir hatten auch schon Lohngleichheitsklagen zum Beispiel von einer Verkäuferin. Und wir hatten vor allem Einzelpersonen. Ganz selten gab es bei uns Verfahren mit mehreren Klägerinnen, ausgenommen einmal Mundartkindergärtnerinnen, die zu sechst kamen, und Lehrbeauftragte einer Schule. Alle grösseren Klagen im Kanton Zürich von Berufsgruppen kamen nicht zur Schlichtungsstelle. Das Schlichtungsverfahren ist im Kanton Zürich fakultativ.

VÉRONIQUE DUCRET: In Genf ist es obligatorisch. Wenn es fakultativ ist, wer entscheidet dann, ob eine Schlichtung stattfinden soll? Die Klägerin?

SUSY STAUBER: Die Betroffene kann entscheiden, ob sie ein Schlichtungsbegehren einreichen will oder nicht. Sie kann auch direkt vor Gericht ziehen. Wir haben aber immer wieder beklagte Parteien, die sagen, dass sie an einem Schlichtungsverfahren nicht interessiert sind.

VÉRONIQUE DUCRET: Und dann gibt es keine Schlichtung?

SUSY STAUBER: Nein, dann stellen wir Nichteinigung fest.

*Frage: In welchen Konstellationen erleben Sie es als besonders schwierig, eine Einigung zu finden?*

SUSY STAUBER: Wenn zum Beispiel bei Lohnklagen die Vorstellungen sehr von einander abweichen. Oder manchmal bei sexuellen Belästigungen, wenn Aussage gegen Aussage steht. Wenn die Arbeitgebendenseite der Meinung

ist, dass wirklich nichts passiert ist. Wir hatten kürzlich einen solchen Fall. Oder bei der öffentlichen Hand ist mir schon passiert, dass die an der Schlichtungsverhandlung teilnehmenden Personen nicht bereit sind, einer Einigung zuzustimmen, weil das die Übernahme von Verantwortung beinhaltet. Sie bevorzugen manchmal einen richterlichen Entscheid.

VÉRONIQUE DUCRET: Ich würde sagen, je höher der geforderte Betrag, desto schwieriger ist die Schlichtung.

Frage: *Erleben Sie auch Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Fällen?*

VÉRONIQUE DUCRET: Wie Frau Stauber gesagt hat: In öffentlich-rechtlichen Fällen ziehen die Verantwortlichen, die zur Schlichtung kommen, ein Gerichtsurteil vor. Ein privater Unternehmer wägt die Vor- und Nachteile von Gerichtsverfahren und Schlichtung ab und entscheidet nach dieser Rechnung.

Frage: *Gibt es auch Fälle, in denen Sie eine Schlichtung als nicht sinnvoll erachten?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ja. Es gibt Situationen die man gerne gerichtlich beurteilt hätte, damit sie Teil der Rechtsprechung werden. Aber wir sind alles Menschen, und wenn eine Person klagt, ist das hart für sie. Das ganze Gerichtsverfahren kann ein, zwei Jahre dauern, vielleicht ist es nötig bis vor Bundesgericht zu ziehen. Da ist es für die Betroffene aus persönlicher Sicht besser, eine Einigung zu finden.

SUSY STAUBER: Wir versuchen immer auszuschöpfen, was an Einigungsmöglichkeit drin liegt. Aber es gibt einfach Fälle, bei denen man merkt, dass die Parteien zu weit auseinander sind, oder dass auf Arbeitgebendenseite keinerlei Bereitschaft besteht, entgegen zu kommen. Da müssen wir dann auch sagen, brechen wir ab.

Frage: *Als eine Folgerung der Evaluation werden bessere Information und Beratung von den Schlichtungsstellen gefordert. Die Zürcher Stelle tut hier sehr viel, die Genfer gar nichts. Sehen Sie selber Handlungsbedarf?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ja, das ist mehr als dringend. Ein Grossteil der Genfer Anwälte kennt das Gleichstellungsgesetz nicht. Sogar solche, die wir bei den Schlichtungen haben, kennen gewisse Aspekte des Gesetzes nicht. Es gibt übrigens auch Richter, die das Gleichstellungsgesetz nicht kennen. Viele Arbeitgebende kennen es nicht. Die Frauen selber kennen es nicht. Viele Gewerkschaften kennen es nicht. Es ist wirklich ein völlig verkanntes Gesetz. Da ist noch viel Informationsarbeit zu leisten.

Frage: *Hat Ihre Stelle da bereits etwas unternommen?*

VÉRONIQUE DUCRET: In Genf? Absolut nicht. Ich denke, man müsste das Mandat der Schlichtungskommission entsprechend anpassen. Man müsste auch das Verfahren anpassen, das der Realität meiner Meinung nach nicht gerecht wird.

Man müsste das kantonale Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz anpassen.

Frage: *Und was die Beratung angeht?*

VÉRONIQUE DUCRET: Die Information muss verbessert werden und die Beratung auch. Unsere Schlichtungsstelle hat leider nicht die Aufgabe zu beraten. Das müsste meiner Meinung nach geändert werden.

Frage: *Gibt es andere Institutionen, die beraten?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ja, die Gewerkschaften. Aber die Frauen sind schlecht organisiert. Das Gleichstellungsbüro muss sich auch darum kümmern. Ich denke, die Schlichtungsstelle sollte ebenfalls beraten.

SUSY STAUBER: Dass wir als Schlichtungsstellen die Aufgabe haben zu beraten, ist im Gleichstellungsgesetz festgelegt. Könnte nicht die Schlichtungsstelle in Genf sich diese Aufgabe einfach selbst stellen, weil die Institution ja besteht und das Gleichstellungsgesetz vorschreibt, dass die Schlichtungsstellen auch beratend tätig sein sollen?

VÉRONIQUE DUCRET: Sicher, Sie haben recht. Aber wir arbeiten nicht in einem Umfeld, in dem die Gleichstellung der Geschlechter unbedingt willkommen wäre. Ich fühle mich da ziemlich isoliert. Das Gesetz sagt das, aber man müsste das Gesetz auch anwenden können, dazu braucht es ein Umfeld, das dies will. Es gibt in der Westschweiz sicher weniger Willen als in der Deutschschweiz, die Gleichstellung umzusetzen.

Frage: *Ihre Schlichtungsstellen haben Ähnlichkeiten und Unterschiede. Beide sind zuständig für den privat- und öffentlichrechtlichen Bereich und dürfen auch Mischkonflikte mit arbeitsrechtlichen Punkten schlichten. Aber Ihre Stelle, Frau Ducret, ist am Arbeitsgericht angesiedelt, die Schlichtung ist obligatorisch, Sie dürfen keinen einfachen Schriftenwechsel anordnen und erreichen nur in jedem fünften Fall eine Einigung. Die Stelle von Frau Stauber ist als eigene Institution ausgestaltet und die Schlichtung ist fakultativ, in fast zwei Dritteln der Fälle kommt eine Einigung zu Stande. Möchten Sie tauschen?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ich wäre interessiert, so viele Kompetenzen zu haben wie die Zürcher Schlichtungsstelle. Das hilft Betroffenen sich gegen Diskriminierung zu wehren, und es ermöglicht einen Konflikt wirklich zu schlichten.

Frage: *Ist die Ansiedlung Ihrer Stelle am Arbeitsgericht ein Vor- oder ein Nachteil?*

VÉRONIQUE DUCRET: Ich sehe es als Nachteil, weil wir als Teil des Gerichts wahrgenommen werden. Eine eigene Institution wäre meiner Meinung nach für die Frauen zugänglicher. Die Vorstellung, ans Gericht zu gehen, macht Angst, auch wenn bei den Schlichtungen die zwei Richter mit den Parteien einfach um einen Tisch sitzen. Die Frauen sind voller Angst, wenn sie zur Schlichtung kommen. Könnte man

ihnen sagen, das ist einfach ein Büro, wo man sich beraten lassen kann und wo man versucht, ein Arrangement zu finden, kämen sie sicher leichter.

SUSY STAUBER: Das stimmt. Es hat auch damit zu tun, dass der Gang vor Gericht von der Arbeitgebendenseite als konfrontativ, als Affront aufgefasst wird. Das wird bei einer niederschweligen Stelle, wo es um Schlichtung geht, nicht so gravierend empfunden. Die Angst ist weniger gross, den Arbeitgeber quasi vor den Kopf zu stossen. Das sind ganz subtile psychische Mechanismen, die aber sehr wirksam sind.

VÉRONIQUE DUCRET: In Genf gibt es diese Unterschiede in der Wahrnehmung nicht. Die Leute kennen den Unterschied zwischen Schlichtung und Prozess kaum. Wenn man zur Schlichtung geht, begibt man sich schon ins Gerichtsgebäude.

*Frage: Sind die Regelungen für die Züricher Schlichtungsstelle ein Modell für die Schweiz?*

SUSY STAUBER: Wir hatten zunächst eine Einführungsverordnung, die unsere Organisation und das Verfahren geregelt hat. Dann wurde ein Einführungsgesetz erarbeitet, und wir konnten als Schlichtungsstelle Einfluss darauf nehmen. So war es möglich, die wenigen Schwachstellen auszubügeln. Ich denke, dass wir gut organisiert sind, und dass das Verfahren gut geregelt ist. Andere dem Gleichstellungsgesetz immanente Schwachstellen wie die Kündigungsfrage, die wir bereits erwähnt haben, bekommt man damit nicht in den Griff.

*Frage: Sehen Sie bei den Schlichtungsstellen selber auch noch unausgeschöpftes Potenzial?*

VÉRONIQUE DUCRET: Frauen, die diskriminiert werden, brauchen eine Unterstützung, um sich wehren zu können. Man kann diskutieren, ob das die Schlichtungsstelle selber sein soll. Es kann effektiv einen Rollenkonflikt geben. Aber man muss in diesem Punkt weiterdenken. Sonst ist es fast unmöglich, dass die Frauen sich wehren. Es braucht unglaublichen Mut, grosses Selbstbewusstsein, man muss die Diskriminierung selber erkennen können und die Mittel aufreiben, um einen Anwalt zu bezahlen. Und man muss sicher sein, nachher wieder Arbeit zu finden! Man muss also fast eine "Superwoman" sein!

SUSY STAUBER: Da bin ich völlig einverstanden. Es braucht eine zusätzliche Unterstützung. Ich bin aber der Meinung, dass dies nicht die Aufgabe der Schlichtungsstelle ist, weil es unsere Neutralität gefährdet. Wir würden von Arbeitgebendenseite nicht mehr als neutrale Institution wahrgenommen. Einigungsvorschläge von unserer Seite hätten nicht mehr die gleiche Glaubwürdigkeit. Wir würden am Schluss weniger erreichen. Vielleicht wäre es anders, wenn wir in geringfügigeren Fällen einen direkten Entscheid fällen könnten, wie dies die neue Zivilprozessordnung vorsieht.

*Frage: Wie schätzen Sie generell die Bedeutung der geplanten neuen schweizerischen Zivilprozessordnung für die Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz ein?*

SUSY STAUBER: Die neue ZPO wertet die Schlichtungsstellen auf, regelt ihr Verfahren einheitlich – im Wesentlichen gleich wie im Kanton Zürich – und stellt gewisse Mindestanforderungen in organisatorischer Hinsicht auf, z.B. die doppelt paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde. Explizit wird auch ihre Aufgabe als Rechtsberatungsstelle genannt. Neu ist die Kompetenz, den Parteien einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten und bei geringfügigem Streitwert einen verbindlichen Entscheid zu fällen.

*Frage: Wenn Sie sich für die künftige Arbeit Ihrer Stelle etwas wünschen dürften, was wäre das?*

VÉRONIQUE DUCRET: Vor allem mehr Kompetenzen für die Genfer Schlichtungsstelle, damit sie Informationsarbeit für die Arbeitnehmenden wie auch für die Arbeitgebendenseite leisten könnte und damit sie wirklich schlichten könnte, wenn immer das möglich ist.

SUSY STAUBER: Mein Wunsch wäre vielleicht noch mehr Bekanntheit für das Gleichstellungsgesetz und die Institution Schlichtungsstelle und auch mehr Akzeptanz, dass das einfach ein Verfahren ist, wie ein anderes auch, und dass es absolut legitim ist, wenn sich eine Betroffene gegen Diskriminierung zur Wehr setzt. Das hat immer noch fast etwas Anrüchiges. Ich würde mir wünschen, dass es etwas ganz Normales wird und auf der sachlichen Ebene abgehandelt werden kann.

## "Quand faire valoir ses droits sera devenu une chose tout à fait normale ..."

Entretien avec des représentantes des offices cantonaux de conciliation à Genève et Zurich



Véronique Ducret

VÉRONIQUE DUCRET, Juge laïque de l'office de conciliation de Genève à titre de représentante de la partie employée

L'office de conciliation genevois n'a ni président, ni responsable. Véronique Ducret est psychologue sociale et travaille dans un institut de recherche consacré aux questions d'égalité (Le Deuxième Observatoire, Genève). Elle est l'auteure de plusieurs livres sur le harcèlement sexuel, dont "Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique" (éd. Médecine & Hygiène, Chêne-Bourg 2001). L'office genevois de conciliation est rattaché au Tribunal des Prud'hommes. La procédure de conciliation est obligatoire. Le taux d'accord est de 20 pour cent. Si aucun accord n'est trouvé, le cas passe automatiquement devant le Tribunal des Prud'hommes.

SUSY STAUBER, dr. iur., avocate et médiatrice FSA/SDV-FSM. Présidente de l'office de conciliation du canton de Zurich pour des litiges portant sur des discriminations dans la vie professionnelle, à titre d'activité annexe (20%)

La procédure de conciliation est régie dans la loi cantonale du 29 octobre 2001 d'application de la loi sur l'égalité. L'office est compétent aussi bien pour les cas relevant du droit public que pour ceux de droit privé. Outre l'interrogatoire oral des parties et de tiers, il peut aussi demander des renseignements et des dossiers officiels et ordonner un simple échange d'écritures. Conseils et information font partie de son mandat. L'office zurichois peut aussi concilier des conflits mixtes, qui concernent à la fois des questions ayant trait à la loi sur l'égalité et au droit du travail. La possibilité de faire appel à cet office est facultative. Le taux d'accord avoisine 60 pour cent.



Entretien: HEIDI STUTZ,  
bureau d'études de  
politique du travail et de  
politique sociale

traduction par  
BRIGITTE SAID-CRETTOL,  
Crans-Montana  
photos: IRIS KREBS

Question: *De tous les offices cantonaux de conciliation, ceux de Genève et Zurich ont fait face au plus de cas de conciliation selon la loi sur l'égalité. Quel bilan tirez-vous de ces dix ans d'expérience? Qu'est-ce qui a fait ses preuves dans votre travail et qu'est-ce qui n'est pas résolu?*

VÉRONIQUE DUCRET: Je mettrais surtout le doigt sur les problèmes. Les femmes qui viennent nous voir ont déjà perdu leur travail – soit elles ont donné elles-mêmes leur congé, soit elles ont été licenciées. Le problème de la discrimination n'est donc pas résolu. Les femmes reçoivent au mieux une indemnité. Une femme qui dépose une plainte le fait pour la cause. Elle sait que cela ne changera rien à sa situation.

Question: *Le bilan est donc mitigé?*

VÉRONIQUE DUCRET: Plutôt négatif. Il y a des plaintes, c'est une bonne chose. Mais elles ne sont pas nombreuses par rapport au nombre de cas de discrimination. Et nous ne résolvons pas le problème de la discrimination dans la vie professionnelle. Le bilan n'est pas totalement négatif parce que la loi a tout de même permis aux femmes de porter plainte. Mais j'ai l'impression que c'est le seul progrès.

Question: *C'est aussi votre point de vue, Madame Stauber?*

SUSY STAUBER: Je trouve déjà une bonne chose qu'il y a un office de conciliation en tant qu'institution facilement accessible. Nous constatons néanmoins une grande résistance à engager une procédure même quand les rapports de travail sont résiliés. Je ne peux que confirmer le fait que la plupart des femmes ne viennent qu'après la fin des rapports de travail.

VÉRONIQUE DUCRET: Pourquoi considérez-vous qu'il est plus simple de s'adresser à l'office de conciliation que de saisir le tribunal? A Genève, ce n'est pas le cas.



SUSY STAUBER: Chez nous, toutes les personnes peuvent s'informer par téléphone, exposer leur situation et demander que faire. Nous donnons alors des renseignements sur la façon d'introduire une requête de conciliation. Au besoin, elles peuvent aussi le faire oralement. Nous commençons le plus souvent par avoir un contact téléphonique.

VÉRONIQUE DUCRET: Vous parlez donc avec les personnes concernées par téléphone?

SUSY STAUBER: Oui, quand il s'agit de questions juridiques. D'ailleurs, elles n'ont pas besoin d'une représentation juridique. Même si elles sont peu nombreuses à faire valoir leurs droits, celles qui viennent obtiennent normalement déjà un soutien de la part de l'office de conciliation. Nous expliquons aussi à l'employeur, par exemple en cas de harcèlement sexuel, ce qui a été éventuellement négligé en termes de prévention et de mesures pour y remédier et ce qui doit être fait à l'avenir.

VÉRONIQUE DUCRET: C'est très différent à Genève. La personne qui aimerait déposer une plainte et téléphone parle avec le secrétariat, et non avec une spécialiste du droit. Le secrétariat lui dit de passer au Palais de justice – où nous avons nos bureaux – chercher le formulaire, car la plainte doit être déposée par écrit. Toutes ne trouvent donc pas accès à la conciliation. Dans la plupart des cas, seules viennent les femmes qui sont épaulées par un avocat ou un syndicat bien que cela ne soit pas obligatoire. Je trouve très intéressant le fait qu'à Zurich l'office de conciliation est aussi un lieu où l'on peut s'informer. Nous ne pouvons pas non plus conseiller l'employeur, comme c'est le cas à Zurich.

Nous concilions toujours à deux: une personne représente l'employeur et l'autre l'employée, l'un est un homme, l'autre une femme. La position des conciliateurs du côté employeur n'est pas forcément favorable à l'égalité. La conciliation vise seulement à trouver un arrangement. C'est la plupart du temps une question d'argent. Voilà notre rôle. Nous ne faisons rien d'autre pour concilier une situation.

SUSY STAUBER: Que se passe-t-il si vous et votre collègue n'êtes pas du même avis?

VÉRONIQUE DUCRET: Justement, c'est bien là la difficulté. Nous n'avons pas à avoir un avis. On nous dit toujours que nous ne sommes là que pour concilier, et non pour nous prononcer sur la présence ou non d'une discrimination. C'est une chose que nous ne faisons jamais. La conciliation se déroule ainsi: une personne demande 100000 francs et dit qu'elle a été discriminée. Nous demandons à l'employeur: Est-ce que vous êtes d'accord? Il répond en général non. Pour avoir la paix, il dit parfois: Je suis prêt à payer 15000 francs. Notre travail n'est fondamentalement pas intéressant.

Question: *Vous ne discutez donc pas, par exemple, s'il y a eu harcèlement sexuel ou non?*

VÉRONIQUE DUCRET: Non, ce n'est pas notre mandat. Nous faisons de la conciliation, nous ne jugeons pas.

SUSY STAUBER: C'est assez différent chez nous. Nous considérons que notre tâche consiste aussi à commencer par examiner les faits avec les parties avant de les apprécier sur le plan juridique. Nous disons, par exemple, qu'il nous semble que l'inégalité de salaires est rendue vraisemblable. Ou bien, lors de harcèlement sexuel, où les affirmations se contredisent souvent entre elles, nous demandons à la personne concernée ce qui s'est exactement passé, et nous jugeons ou nous nous forgeons notre propre opinion sur la crédibilité de la personne concernée. Et si nous estimons qu'elle est crédible, nous considérons que le harcèlement sexuel s'est vraiment passé. Une fois les faits établis, l'équipe de conciliation composée de trois personnes se retire pour délibérer. Nous échangeons pour savoir si nous sommes d'accord. Suit l'appréciation juridique et ce que nous proposons aux parties comme accord, par exemple combien de salaires mensuels paraissent en l'occurrence équitables à titre d'indemnité. La proposition reflète le risque présumé de procès des parties.

VÉRONIQUE DUCRET: Quand vous dites que les personnes commencent le plus souvent par vous téléphoner, cela veut-il dire que vous avez un poste de travail à l'office de conciliation?

SUSY STAUBER: J'ai mon propre bureau d'avocate et de médiatrice. L'appel téléphonique arrive d'abord au secrétariat de l'office de conciliation, et la secrétaire donne mon numéro de téléphone.

VÉRONIQUE DUCRET: Quand vous donnez des conseils par téléphone, êtes-vous payée en tant qu'avocate?

SUSY STAUBER: Quand quelqu'un m'appelle dans ma charge de présidente de l'office de conciliation, je suis payée par le canton.

VÉRONIQUE DUCRET: Notre budget à Genève est minimal, nous n'avons pas d'infrastructure. La secrétaire a un bureau, mais elle ne peut pas fournir de renseignements juridiques. Elle me communique quand je dois prendre part à une négo-

ciation de conciliation. Je reçois le dossier et une indemnité par conciliation. Le canton de Genève a fait le choix financier le moins onéreux. Je trouverais important de pouvoir se dire qu'on peut téléphoner à l'office de conciliation et parler avec une juriste compétente qui peut prendre le temps de conseiller et est payée pour ce travail.

*Question: J'aimerais revenir sur les instruments prévus par la loi sur l'égalité. Quelles voies de droit ont fait leurs preuves dans la pratique et lesquelles non?*

SUSY STAUBER: A mon avis, le problème principal est la tension qui existe avec la loi sur la protection des données, qui n'est pas résolue sur le plan fédéral. A Zurich, les employeurs pouvaient au début arguer du fait que les données salariales ne peuvent être divulguées, car c'est trop délicat sous l'angle de la protection des données. Nous avons ensuite résolu ce point dans la loi zurichoise d'application de la loi sur l'égalité. Mais je pense, lorsqu'il s'agit de créer la transparence et d'obliger la partie employeuse à collaborer, qu'il conviendrait de fixer dans la loi sur l'égalité elle-même que la partie employeuse est tenue à la transparence déjà dans la procédure de conciliation.

*Question: C'est le point clé qui vous paraît non résolu dans la loi sur l'égalité?*

SUSY STAUBER: Oui. Bien sûr, on peut aussi discuter si le délai de protection lors du congé de rétorsion est assez long. Je pourrais m'imaginer qu'il soit allongé. D'un autre côté, la situation est telle – comme l'a dit Madame Ducret – que la plupart des personnes concernées viennent après avoir été licenciées et que cette question ne se pose plus. A vrai dire, des plaintes internes à l'entreprise font déjà naître la protection, et une prolongation pourrait donc tout à fait produire des effets. Il faudrait aussi étudier l'octroi d'une représentation juridique gratuite ou l'instauration d'un fonds de soutien, car les personnes concernées qui dépendent d'une assistance juridique reculent souvent devant les coûts correspondants.

VÉRONIQUE DUCRET: Il faudrait réfléchir à ce que l'on pourrait faire pour que les personnes puissent déposer une plainte quand elles ont encore leur place de travail. C'est le problème majeur. Je suis d'accord avec votre proposition d'allonger la protection contre le congé. Mais ce que la loi prévoit n'est pas une interdiction de licencier. Il faudrait une protection similaire à ce qui existe pendant la grossesse, une réelle protection contre le licenciement. Si les femmes pouvaient se dire: "Si j'ai déposé une plainte, ils ne peuvent pas me donner le congé", elles porteraient plutôt plainte en étant encore sous contrat. Je pense qu'il y a un débat à mener sur les mesures à mettre en place pour que les femmes puissent être réellement protégées.

SUSY STAUBER: Ce qui me paraît important à cet égard, c'est que la norme actuelle contraint toujours les personnes victimes de discrimination à s'exposer. Et je pense que le ver est ainsi déjà dans la pomme, notamment dans la situation du marché du travail que nous continuons à connaître. Cela

retient tant de personnes de faire valoir leurs droits qu'il faut se demander si un autre levier ne devrait pas être activé. Cela pourrait être une instance qui contrôle les entreprises.

*Question: Comme cela a été proposé dans l'évaluation de la loi sur l'égalité?*

SUSY STAUBER: Oui exactement. Que l'on puisse s'adresser quelque part sans avoir à s'exposer. Souvent les personnes concernées qui viennent nous voir sont très affaiblies psychologiquement par la discrimination elle-même. Surtout quand il s'agit de harcèlement sexuel, qui s'accompagne souvent de mobbing, cela demande un très gros effort pour les personnes concernées de s'engager dans une procédure, même si elle est facilement accessible.



*Dr. iur. Susy Stauber*

VÉRONIQUE DUCRET: Je partage totalement votre avis. La loi repose entièrement sur les épaules des personnes concernées par une discrimination. Contrairement à la loi sur le travail où il y a des inspections qui vérifient les conditions de travail dans les entreprises, il n'y a pas d'inspections de l'égalité. Une instance qui contrôlerait le respect de l'égalité dépersonnaliserait les plaintes. A mon avis, c'est la solution.

*Question: Cela explique-t-il pourquoi vos offices de conciliation n'ont pas été submergés de requêtes? Ou a-t-on surestimé au début le problème de la discrimination dans la vie professionnelle?*

VÉRONIQUE DUCRET: Bien évidemment, non. Il y a bien sûr des milieux – et beaucoup d'employeurs en font partie – qui estiment que l'égalité est acquise. Mais la réalité montre que c'est faux. Les statistiques confirment que les femmes restent sous-représentées dans les postes de direction, que leurs salaires sont moindres et que le harcèlement sexuel est très présent. Les rares plaintes représentent un tout petit pourcentage des discriminations effectives. C'est plutôt que le climat général ne permet pas aux femmes de dire qu'elles sont discriminées.

SUSY STAUBER: Je suis absolument d'accord.

Question: *Quelles expériences faites-vous avec la partie employeuse dans les procédures de conciliation?*

VÉRONIQUE DUCRET: Dans 99.9 pour cent des cas, l'employeur réfute la discrimination que font valoir les employées. Il est persuadé qu'il n'y a pas eu de discrimination ou de harcèlement sexuel. Tout un travail d'information reste à faire pour arriver à ce qu'un employeur se dise: si une personne a osé déposer une plainte, il y a peut-être vraiment un problème.

SUSY STAUBER: Ce n'est pas aussi marqué chez nous. J'ai aussi eu à faire à des employeurs coopératifs. Tout dépend de l'avocate ou de l'avocat qu'ils ont à leur côté, si c'est quelqu'un qui connaît bien la loi sur l'égalité. Il existe aussi des situations où les gens sont prêts à trouver une solution raisonnable et à comprendre que quelque chose s'est passé qui n'aurait pas dû se produire. Mais l'inverse subsiste aussi. Parfois, ce sont aussi les avocats qui poussent au procès. C'est une chose que l'on perçoit dans les négociations quand la partie employeuse est défendue par quelqu'un nullement intéressé par un accord, mais qui aimerait toucher des honoraires en intentant un procès.

Question: *Voyez-vous des différences entre les divers types de discrimination au niveau de la conciliation? Surtout pour les trois plus fréquents que constituent le harcèlement sexuel, le salaire et le licenciement?*

VÉRONIQUE DUCRET: Je ne peux pas répondre à cette question parce que je suis intervenue presque seulement pour des cas d'égalité salariale et de harcèlement sexuel. Les deux sont tout aussi difficiles.

SUSY STAUBER: Je ne peux que partager cet avis. Nous avons eu en plus quelques cas où il s'agissait de discriminations lors de la promotion ou de l'attribution des tâches. Je trouve qu'il est très difficile de régler ces questions avec la loi sur l'égalité. La loi n'est pas très percutante à cet égard. Exemple: une personne a fait valoir ses droits à l'égalité salariale. Malgré une qualification égale, elle ne s'est pas vu attribuer



Dr. iur. Susy Stauber

les mêmes tâches et la même clientèle que ses collègues masculins. Et c'était aussi là l'argument de la partie employeuse de dire que justement elle ne gagnait pas le même salaire parce qu'elle n'avait pas le même profil d'exigences. Très souvent, une discrimination à la promotion précède aussi les problèmes de discrimination salariale.

Question: *Une impression laissée par l'évaluation: ce sont des groupes professionnels différents qui portent leur cas auprès des offices de conciliation qu'auprès des tribunaux. Vous semblez surtout être plus accessibles aux personnes peu qualifiées. Cela coïncide-t-il avec votre perception?*

VÉRONIQUE DUCRET: En ce qui concerne les discriminations salariales, il ne s'agit jamais de personnes peu qualifiées. Au contraire, ce sont des personnes relativement bien qualifiées, et c'est parce qu'elles sont relativement bien qualifiées qu'elles se sont rendu compte que d'autres étaient mieux payés qu'elles. Par contre, en cas de harcèlement sexuel, il est aussi possible que des femmes peu qualifiées déposent une plainte.

Question: *Vous partagez cette expérience?*

SUSY STAUBER: En général, c'est vrai que ce sont plutôt des femmes bien qualifiées qui font valoir leurs droits à l'égalité salariale. Mais nous avons aussi déjà eu une plainte pour discrimination salariale d'une vendeuse, par exemple. Nous avons surtout eu des cas individuels. Des procédures regroupant plusieurs plaignantes ont été très rares chez nous, à l'exception une fois de jardinières d'enfants parlant le dialecte, qui sont venues à six, et des enseignantes d'une école. Toutes les plaintes importantes dans le canton de Zurich de groupes de profession ne sont pas passées par l'office de conciliation. La procédure de conciliation est facultative dans le canton de Zurich.

VÉRONIQUE DUCRET: A Genève, elle est obligatoire. Si elle est facultative, qui décide si une conciliation doit avoir lieu? La plaignante?

SUSY STAUBER: La personne décide si elle veut déposer une requête de conciliation ou non. Elle pourrait aussi aller directement au tribunal. Nous rencontrons souvent aussi des employeurs qui disent ne pas être intéressés à une procédure de conciliation.

VÉRONIQUE DUCRET: Il n'y a alors pas de conciliation?

SUSY STAUBER: Non, nous constatons alors le désaccord.

Question: *Dans quelles configurations trouvez-vous particulièrement difficile de trouver un accord?*

SUSY STAUBER: Quand, par exemple, lors de discrimination salariale, les idées divergent fortement entre elles. Ou parfois lors de harcèlement sexuel, quand les affirmations se contredisent entre elles. Quand la partie employeuse est d'avis que vraiment rien ne s'est passé. Nous avons eu récemment un cas de ce genre. Ou bien il m'est déjà arrivé dans le domaine

du droit public que les personnes participant aux négociations de conciliation ne soient pas prêtes à approuver un accord parce que cela implique de prendre une responsabilité. Elles préfèrent parfois une décision judiciaire.

VÉRONIQUE DUCRET: Je dirais que plus le montant demandé est important, plus la conciliation est difficile.

Question: *Existe-t-il aussi des différences suivant qu'il s'agit d'un cas de droit privé ou de droit public?*

VÉRONIQUE DUCRET: Comme l'a dit Madame Stauber, les responsables qui viennent à la conciliation dans les cas de droit public préfèrent qu'un tribunal tranche. Une entreprise privée mettra en balance les avantages et les inconvénients d'un procès par rapport à une conciliation et décidera selon ce calcul.

Question: *Y a-t-il des cas qu'il n'est pas judiciaire, à votre avis, de porter devant l'office de conciliation?*

VÉRONIQUE DUCRET: Oui. Il y a des situations qu'il vaudrait la peine de juger au tribunal pour qu'elles fassent jurisprudence. Mais nous sommes des êtres humains et, quand une personne dépose une plainte, c'est dur pour elle. Toute la procédure judiciaire peut durer un, deux ans et il est peut-être nécessaire d'aller jusqu'au Tribunal fédéral. C'est préférable sur un plan personnel pour l'intéressée de trouver un accord.

SUSY STAUBER: Nous essayons toujours d'épuiser toutes les possibilités qu'offre la conciliation. Mais il y a tout simplement des cas où l'on s'aperçoit que les parties sont trop éloignées ou que la partie employeuse n'est pas du tout disposée à un compromis. Dans ce cas-là, nous devons dire que nous abandonnons.

Question: *L'évaluation propose aux offices de conciliation d'améliorer l'information et le conseil. L'office zurichois fait beaucoup de choses dans ce domaine, l'office genevois ne fait rien du tout. Considérez-vous personnellement qu'il y a urgence?*

VÉRONIQUE DUCRET: Oui, il y a plus qu'urgence. La majorité des avocats genevois ne connaît pas la loi sur l'égalité. Même ceux que nous avons lors des conciliations ne connaissent pas certains aspects de cette loi. Il y a par ailleurs des juges qui ne connaissent pas la loi – c'est aussi le cas de nombreux employeurs. Les femmes ne la connaissent pas non plus. De nombreux syndicats ne la connaissent pas. C'est vraiment une loi qui est totalement méconnue. Il y a un immense travail d'information à réaliser.

Question: *Votre office a-t-il débuté avec ce travail d'information?*

VÉRONIQUE DUCRET: A Genève? Absolument pas. Je pense qu'il faudrait revoir le mandat de la commission de conciliation. Il faudrait aussi adapter la procédure qui, à mon avis, ne correspond pas à la réalité. Il faudrait revoir la loi cantonale d'application de la loi sur l'égalité.

Question: *Et qu'en est-il du travail de conseil?*

VÉRONIQUE DUCRET: L'information doit être améliorée, le conseil aussi. Notre office de conciliation n'a malheureusement pas pour tâche de conseiller. A mon avis, il faudrait changer cela.

Question: *Y a-t-il d'autres institutions qui prennent en charge le conseil?*

VÉRONIQUE DUCRET: Oui, les syndicats. Mais les femmes sont mal organisées. Le bureau de l'égalité doit aussi s'en charger. Je pense que l'office de conciliation devrait aussi s'occuper du conseil.

SUSY STAUBER: La loi sur l'égalité prévoit que nous avons en tant qu'offices de conciliation la tâche de conseiller. Est-ce que l'office de conciliation genevois ne pourrait pas se fixer lui-même cette tâche, puisque l'institution existe et que la loi sur l'égalité prescrit que les offices de conciliation doivent aussi assumer un travail de conseil?

VÉRONIQUE DUCRET: Bien sûr, vous avez raison. Mais nous ne travaillons pas dans un environnement où l'égalité entre les sexes est forcément bienvenue. Je me sens assez isolée. La loi le dit, mais il faudrait encore pouvoir appliquer cette loi. Il faut un contexte qui ait cette volonté. Il y a certainement moins de volonté de mettre en œuvre l'égalité en Suisse romande qu'en Suisse alémanique.

Question: *Vos offices de conciliation se ressemblent et se distinguent. Les deux sont compétents dans le domaine du droit privé et du droit public et sont habilités à servir de médiateur dans des conflits mixtes comportant des points relevant du droit du travail. Mais votre office, Madame Ducret, a son siège au Tribunal des Prud'hommes, la conciliation est obligatoire, vous n'êtes pas autorisée à ordonner un simple échange d'écritures et vous n'aboutissez que dans un cas sur cinq à un accord. L'office de Madame Stauber constitue une institution à caractère propre, la conciliation est facultative, on parvient à un accord dans presque deux tiers des cas. Aimerez-vous changer votre office contre celui de votre collègue?*

VÉRONIQUE DUCRET: Je serais intéressée à avoir autant de compétences que l'office zurichois de conciliation. Cela aide les personnes concernées à dénoncer une discrimination et permet de concilier vraiment un conflit.

Question: *Voyez-vous le fait que votre office a son siège au Tribunal des Prud'hommes comme un avantage ou un inconvénient?*

VÉRONIQUE DUCRET: Je le vois comme un désavantage parce qu'on nous perçoit comme faisant partie du tribunal. Une institution propre serait, à mon avis, plus accessible aux femmes. L'idée d'aller au tribunal fait peur, bien que les deux juges et les parties soient simplement assis à une table, lors de la conciliation. Les femmes sont remplies de crainte quand elles arrivent à la conciliation. Si on pouvait leur dire



que c'est un bureau où se faire conseiller et où l'on tente de trouver un arrangement, elles viendraient certainement plus facilement.

SUSY STAUBER: C'est vrai. Cela tient aussi au fait que la partie employeuse interprète le fait d'aller au tribunal comme une confrontation, un affront. Ce n'est pas ressenti de façon si grave dans un office d'accès facile où il s'agit de conciliation. La peur est moins grande de heurter l'employeur. Ce sont des mécanismes psychiques très subtils, mais qui sont très efficaces.

VÉRONIQUE DUCRET: A Genève, il n'y a pas cette différence dans la perception. Les gens ne connaissent pas la différence entre conciliation et procès. Quand on se rend à la conciliation, on entre déjà dans le Palais de justice.

*Question: La réglementation zurichoise concernant l'office de conciliation est-elle un modèle pour la Suisse?*

SUSY STAUBER: Nous avons d'abord eu une ordonnance régissant notre organisation et la procédure. Ensuite une loi d'application a été élaborée, et nous avons pu exercer une influence en tant qu'office de conciliation. Il a ainsi été possible de remédier aux quelques points faibles. Je pense que notre organisation est bonne et la procédure bien réglementée. On ne peut pas s'attaquer aux autres points faibles inhérents à la loi sur l'égalité comme la question du licenciement, que nous avons déjà évoquée.

*Question: Les offices de conciliation ont-ils, à votre avis, épuisé tout leur potentiel?*

VÉRONIQUE DUCRET: Les femmes victimes de discrimination ont besoin d'un soutien pour faire valoir leurs droits. On peut discuter si c'est le rôle de l'office de conciliation. Il peut effectivement y avoir un conflit. Mais il faut y réfléchir. Sinon, il est quasiment impossible que les femmes se défendent. Il faut avoir un courage incroyable, être suffisamment sûre de soi, il faut avoir la capacité de voir qu'on est discriminée et les moyens de se payer un avocat. Et il faut être sûre de retrouver un travail après! Il faut en fait être presque une "super woman"!

SUSY STAUBER: Je suis absolument d'accord. Il faut davantage de soutien. Mais je pense que ce n'est pas la tâche de l'office de conciliation parce que cela compromet notre neutralité. Nous ne serions plus perçus par la partie employeuse comme une institution neutre. Des propositions d'accord de notre part n'auraient plus la même crédibilité. Nous finirions par réaliser moins de choses. Ce serait peut-être différent si nous pouvions trancher dans des cas mineurs, comme le prévoit le nouveau code de procédure civile.

*Question: Comment jugez-vous de manière générale l'importance du nouveau code suisse de procédure civile pour les offices de conciliation au sens de la loi sur l'égalité?*

SUSY STAUBER: Le nouveau CPC accorde plus d'importance aux offices de conciliation, règle de façon unifiée leur procédure – pour l'essentiel comme dans le canton de Zurich – et fixe certaines exigences minimales sur le plan organisationnel, p. ex. la composition doublement paritaire de l'autorité de conciliation. Sa tâche en tant que service de conseil juridique est explicitement mentionnée. La nouveauté est la compétence de soumettre aux parties une proposition de jugement et de prendre une décision contraignante quand la valeur litigieuse est de minime importance.

*Question: Si vous pouviez émettre un désir concernant le travail futur de votre office, que désireriez-vous?*

VÉRONIQUE DUCRET: Surtout davantage de compétences données à l'office de conciliation genevois pour lui permettre de faire un travail d'information s'adressant autant aux employées qu'aux employeurs et pour qu'il puisse vraiment concilier quand c'est possible.

SUSY STAUBER: Mon désir serait peut-être que la loi sur l'égalité et l'institution de l'office de conciliation soient encore davantage connues et que l'on comprenne aussi mieux que c'est une procédure comme une autre et qu'il est absolument légitime pour une personne de dénoncer une discrimination. Cela continue à avoir l'air de quelque chose de louche. Je voudrais que cela devienne quelque chose de tout à fait normal et puisse être traité au niveau concret.

## Aperçu de la jurisprudence relative au harcèlement sexuel sur le lieu de travail



Dr. iur. KARINE LEMPEN,  
Université de Genève,  
Bureau fédéral de l'égalité,  
Berne

Plan:

- A. Introduction
- B. La définition
  - I. Sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle
    - 1. Sexuel
    - 2. Fondé sur l'appartenance sexuelle
  - II. Importun
    - 1. Sensibilité moyenne d'une personne du même sexe
    - 2. Quel que soit le contexte professionnel?
  - III. Synthèse
- C. La diligence de l'employeur
  - I. Devoir de prévention
  - II. Devoir de mettre fin au harcèlement sexuel
  - III. Le licenciement immédiat de l'auteur est-il justifié?
  - IV. Synthèse
- D. L'indemnité pour harcèlement sexuel, les dommages-intérêts et la réparation du tort moral
  - I. Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral
  - II. L'indemnité pour harcèlement sexuel
  - III. Le cumul entre les indemnités pour tort moral et pour harcèlement sexuel
  - IV. Synthèse
- E. Conclusion

### A. Introduction

La présente contribution donne un aperçu de la jurisprudence suisse rendue ces quinze dernières années en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Elle s'intéresse plus particulièrement à la façon dont les tribunaux ont interprété les dispositions de la loi sur l'égalité relatives à la définition du harcèlement sexuel et à l'étendue du devoir de l'employeur dans ce domaine. La question du cumul entre les indemnités pour harcèlement sexuel et en réparation du tort moral est également abordée. Bien qu'elle détermine en grande partie l'issue souvent négative des procès pour harcèlement sexuel<sup>1</sup>, la manière dont les tribunaux appliquent

dans ce domaine la règle générale de preuve prévue à l'art. 8 CC ne fait en revanche pas l'objet de cet article<sup>2</sup>.

### B. La définition

Avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, il n'existait en Suisse aucune définition légale du harcèlement sexuel. Afin de combler cette lacune, le Tribunal des prud'hommes de Genève a défini ce phénomène, dès le début des années nonante, comme un acte commis par des "personnes qui, en tant qu'employeur (physique), supérieur ou collaborateur, profitant de leur position ou influence au sein de l'entreprise, importunent une personne employée ou à la recherche d'un emploi – qu'elle soit du même sexe ou du sexe opposé – par des propositions malvenues, des propos immoraux, des images, des objets, des gestes ou des comportements déplacés, a) dans le but, direct ou indirect, *d'obtenir des rapports sexuels*, en lui donnant à comprendre, expressis verbis ou tacitement, que l'acceptation ou le refus de tels rapports devrait ou pourrait constituer un critère décisif pour la signature, le contenu, les modalités d'application ou la continuation des rapports de travail, ou b) dans le but, ou avec le résultat, *d'empoisonner le climat de travail* existant ou futur"<sup>3</sup>. Inspirée par la distinction faite aux Etats-Unis entre le chantage sexuel (*quid pro quo*) et la création d'un environnement de travail hostile, cette définition a été reprise par divers tribunaux, dont le Tribunal du travail de Zurich<sup>4</sup>.

- 1 L'analyse de jurisprudence réalisée dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité montre que l'inexistence d'un allègement du fardeau de la preuve en matière de harcèlement sexuel a notamment pour conséquence que les jugements rendus dans ce domaine sont globalement plus défavorables aux salariées que ceux portant sur une autre discrimination à raison du sexe: HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, Berne 2005, 113.
- 2 La manière dont les tribunaux apprécient les preuves avancées dans le cadre d'un procès pour harcèlement sexuel est en revanche traitée dans mon travail de thèse, auquel je me permets de renvoyer ici: KARINE LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève 2006.
- 3 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991, JAR 1992 166, 168.
- 4 Voir par exemple un jugement du 27 juin 1995, ZR 97 (1998) 190–191, qui se réfère également à la jurisprudence genevoise rendue antérieurement en matière de harcèlement sexuel: JAR 1989 170, 1990 183.

Dans son message du 24 février 1993 relatif à la loi sur l'égalité, le Conseil fédéral a précisé que le harcèlement sexuel peut se manifester par des remarques sexistes, des commentaires grossiers ou embarrassants, l'usage de matériel pornographique, des attouchements, des invitations gênantes, des avances accompagnées de promesse de récompense ou de menaces de représailles, des agressions sexuelles, voire, dans les cas extrêmes, par un viol ou de la violence physique. "Il s'agit de comportements basés sur le sexe et qui sont imposés à la personne contre sa volonté."<sup>5</sup>

Depuis 1996, la loi sur l'égalité interdit explicitement le harcèlement sexuel au titre de discrimination à raison du sexe. Son article 4 définit le harcèlement sexuel comme un "comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle". La jurisprudence rendue ces dernières années en matière de harcèlement sexuel a précisé les contours de cette définition. Les expressions "de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle" et "comportement importun" ont en particulier donné lieu à diverses interprétations jurisprudentielles.

## I. Sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle

Amené à se prononcer sur le cas d'une employée de police mobbée et harcelée sexuellement par son supérieur hiérarchique, le Tribunal administratif du Canton de Zurich a rappelé, dans un arrêt du 8 février 2006, que le harcèlement sexuel doit non seulement être qualifié d'atteinte à la personnalité, mais aussi de discrimination au sens de la loi sur l'égalité<sup>6</sup>. La liste d'exemples figurant à l'article 4 de cette loi n'étant pas exhaustive<sup>7</sup>, le Tribunal du travail de Zurich souligne, dans un célèbre arrêt du 30 septembre 1998, que l'intention d'obtenir des faveurs sexuelles n'est pas nécessaire pour qu'un comportement tombe sous le coup de cette disposition<sup>8</sup>. Se référant à KAUFMANN, le Tribunal ajoute qu'il suffit de se trouver en présence d'une atteinte à la personnalité ayant un contenu sexuel ou du moins une composante sexuelle<sup>9</sup>.

### 1. Sexuel

L'existence d'un caractère sexuel doit être appréciée à la lumière des circonstances du cas d'espèce<sup>10</sup>. Alors qu'un commentaire sur la cuisse d'une femme comporte en règle générale un aspect sexuel, il en va différemment, selon le Tribunal du travail de Zurich, lorsque ce commentaire émane d'un homme pratiquant le Bodybuilding à sa camarade de sport. De même, alors que l'interrogation "avez-vous passé un bon week-end?" est en soi dépourvue de caractère sexuel, il n'en va pas de la sorte lorsque celle-ci s'accompagne

d'un clin d'oeil séducteur<sup>11</sup>. Dans le même sens, le Tribunal du travail de Unterrheintal a jugé que des remarques isolées sur la coiffure ou l'habillement ne sont pas constitutives de harcèlement sexuel, mais qu'il en va différemment lorsque ces remarques s'accompagnent de caresses dans les cheveux ou de pincements<sup>12</sup>. Si la proposition d'essayer ensemble une nouvelle literie a un caractère sexuel évident, une remarque concernant le fait que la demanderesse ne porte jamais de mini jupe est en revanche, selon le Tribunal du district d'Arlesheim, dépourvue de connotation sexuelle et ne peut dès lors être constitutive de harcèlement sexuel<sup>13</sup>. Enfin, le Tribunal administratif du Canton de Zurich a admis, au sujet du texte d'un courrier électronique, que l'interrogation "*Könntest du ev. Frau A. 'befriedigen'????*" comportait une allusion de nature sexuelle qui, dans le cas d'espèce, était renforcée par l'utilisation de guillemets et de nombreux points d'interrogation<sup>14</sup>.

## 2. Fondé sur l'appartenance sexuelle

La diversité de cette jurisprudence montre à quel point l'expression "de caractère sexuel" figurant à l'article 4 LEg est difficile à interpréter en pratique. Une partie de la doctrine met pour cette raison d'avantage l'accent sur la seconde hypothèse mentionnée par cette disposition, à savoir "un comportement fondé sur l'appartenance sexuelle". Des comportements qui ne sont pas couramment désignés comme sexuels, mais qui néanmoins portent atteinte à la dignité d'un sexe sur le lieu de travail, doivent dès lors être inclus dans la définition du harcèlement sexuel<sup>15</sup>.

5 FF 1993 1219.

6 Tribunal administratif du Canton de Zurich, 8 février 2006, PB.2004.00085, cons. 6.2.

7 Comme le rappelle notamment CLAUDIA KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 4 n. 65, 70.

8 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998, ZR 99 (2000) 257, 282–283.

9 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283, qui se réfère à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 17.

10 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283.

11 Idem (n. 10).

12 Tribunal du travail de Unterrheintal, 12 mars 2001, JAR 2002 342, 351–352.

13 Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999, 22–99/0041, cons. 6.b.

14 Tribunal administratif du Canton de Zurich, 7 janvier 2004, PB.2003.00022, cons. 7.2.2., 7.2.3, qui laisse ouverte la question de savoir si une seule allusion sexuelle de ce type peut être constitutive d'un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et renvoie à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 59, selon laquelle il est exclu de faire de la répétition d'actes une condition nécessaire à l'admission d'un climat de travail hostile.

15 Voir par exemple: SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Fribourg 1999, 182–186; THOMAS GEISER, *Rechtsfragen der sexuellen Belästigung*, RJB 2001 429 ss, 432–433. MONIQUE COSSALI SAUVIN explique (Egalité entre

C'est en faveur de cette solution que s'est prononcé le Tribunal cantonal du Canton de Vaud le 19 janvier 2000<sup>16</sup>. L'arrêt portait sur le cas d'un patron de bistrot qui traitait sa sommelière de " salope, connasse, sale pute " et disait généralement des femmes qu'elles étaient " toutes des salopes ". Appelés à trancher la question de savoir si de tels propos étaient constitutifs de harcèlement sexuel, les juges vaudois se sont distancés de l'interprétation proposée par KAUFMANN<sup>17</sup>, suivant laquelle les termes " tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle " n'auraient aucune portée propre, pour se rallier à celle retenue par KLETT<sup>18</sup>, selon laquelle un comportement dénigrant une travailleuse ou un travailleur du fait de son appartenance à un sexe viole l'interdiction de discriminer figurant à l'art. 4 LEg<sup>19</sup>. Après avoir renvoyé aux principes applicables en droit européen<sup>20</sup>, au message du Conseil fédéral<sup>21</sup> et à la jurisprudence suisse relative au harcèlement sexuel<sup>22</sup>, le Tribunal a jugé que les propos susmentionnés " ne constituent pas des actes de harcèlement sexuel au sens courant du terme mais ont toutefois un caractère sexiste tombant sous le coup de la seconde hypothèse de l'article 4 LEg ". De tels propos tenus régulièrement devant la clientèle et le personnel ne pouvaient être ressentis par la recourante que comme une grave atteinte à sa dignité rendant très pénible pour elle l'atmosphère de travail<sup>23</sup>.

Le 6 avril 2001, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme dont il avait été saisi contre cet arrêt vaudois<sup>24</sup>. Le Tribunal renvoie à sa jurisprudence du 4 juillet 2000, selon laquelle " les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel " <sup>25</sup>. L'arrêt en question avait pour objet la plainte d'une conseillère en entreprise dont le directeur était un jour entré dans le secrétariat en s'exclamant " toutes des salopes " et lui avait demandé en présence d'une autre employée si elle était lesbienne. Il ajoute que bien que les exemples cités à l'art. 4 LEg ne se réfèrent qu'à des cas d'abus d'autorité, " la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées " <sup>26</sup>. Le fait que la demanderesse ait eu recours au même vocabulaire " ne saurait justifier l'admission par l'employeur de remarques sexistes, grossières ou embarrassantes, en particulier de la part d'un supérieur hiérarchique, dont le comportement peut déteindre sur celui de ses subordonnés " <sup>27</sup>. Le Tribunal fédéral réserve l'hypothèse où un tel langage aurait été utilisé dans un contexte a priori personnel, comme des messages échangés entre collègues de travail<sup>28</sup>. Dans un arrêt du 22 mai 2006, le Tribunal fédéral précise que le fait que la demanderesse ait été appelée par son prénom ou par d'autres termes, comme " ma petite " ou " ma grande " ne permet pas à lui seul de conclure à l'existence d'un harcèlement sexuel<sup>29</sup>.

## II. Importun

Au sens de l'article 4 de la loi sur l'égalité, le harcèlement sexuel se caractérise avant tout par le fait que le comporte-

ment n'est pas souhaité par la personne qui le subit. L'intention de l'auteur n'est en effet pas déterminante<sup>30</sup>. Le Tribunal du travail de Zurich précise qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur ait pour but d'empoisonner les rapports de travail, ni même qu'il envisage ce résultat<sup>31</sup>. Il en va différemment en matière pénale, où le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'envoi d'un mail pornographique n'est pas punissable lorsque son auteur n'avait pas l'intention de commettre un harcèlement<sup>32</sup>.

femmes et hommes: Loi fédérale du 24 mars 1995, FJS 1997 N° 544) que le fait de critiquer systématiquement le travail d'une personne en relation avec son appartenance sexuelle entre dans la notion de harcèlement sexuel.

- 16 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000.
- 17 KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 52.
- 18 KATHRIN KLETT, Das Gleichstellungsgesetz, ZBl 98 (1997) 49, 57.
- 19 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, (n. 16), cons. 3.a. Les juges se sont également référés à l'interprétation large de l'art. 4 LEg faite par CATHERINE JACCOTTET TISSOT (Harcèlement sexuel et loi sur l'égalité, Plaidoyer 1999 50, 51) qui " distingue harcèlement moral et harcèlement sexuel en ce sens que, dans le second, c'est l'identité sexuelle de la personne qui est visée ".
- 20 L'arrêt renvoie notamment à la définition retenue par la Commission des communautés européennes dans une recommandation du 27 novembre 1991 (JO L 49, 24/2/1992).
- 21 FF 1993 1219.
- 22 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991 (n. 3); Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8).
- 23 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000 (n. 16), cons. 3.c.
- 24 Tribunal fédéral, 6 avril 2001, 4C.187/2000.
- 25 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000, ATF 126 III 395, cons. 7.b.bb.
- 26 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7.b.bb., qui se réfère à MONIQUE COSSALI SAUVIN, La loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in: GABRIEL AUBERT (éd.), Journée 1995 de droit du travail et de sécurité sociale, Zurich 1999, 57 ss, 68 et à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 17 ss.
- 27 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7.d.
- 28 Tribunal fédéral, 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 3.1., qui renvoie à l'arrêt du 4 juillet 2000 (n. 25), cons. 7d.
- 29 Tribunal fédéral, 22 mai 2006 (n. 28), cons. 3.3, qui renvoie à un arrêt du 12 octobre 2004, JAR 2005 280.
- 30 NICOLE VÖGELI, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Zurich 1996, 54, 58; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 55, 58. Se référant notamment à ces deux auteurs, le Tribunal administratif du canton de Zurich, par exemple, relève qu'une intention de discriminer n'est pas nécessaire. Arrêt du 7 janvier 2004 (n. 14), cons. 7.2.1.
- 31 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 282-283.
- 32 Selon les juges fédéraux: " Der Kläger hätte zwar (...) voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen (...) automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit

## 1. Sensibilité moyenne d'une personne du même sexe

Inspirés par la jurisprudence états-unienne du début des années nonante<sup>33</sup>, les tribunaux suisses considèrent généralement que le caractère importun d'un acte doit être déterminé en tenant compte de la "sensibilité moyenne des femmes"<sup>34</sup>. Selon un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, "il convient de se référer à la sensibilité d'une personne raisonnable du même sexe en proie à une telle situation"<sup>35</sup>.

Le Tribunal du travail de Zurich ajoute que le sentiment subjectif de la victime ne doit jouer aucun rôle. Selon les juges zurichois, le comportement d'un maître d'hôtel qui interpelle une employée en criant "Hoi Schätzeli" à travers tout le restaurant, veut sortir avec elle, pose sa main sur son genou et tire sur sa blouse afin de regarder dans son décolleté, doit être qualifié de harcèlement sexuel, même si l'employée en question ne ressent pas ce comportement comme tel<sup>36</sup>. Pareille interprétation est toutefois contraire à celle retenue par la doctrine majoritaire, selon laquelle il y a lieu de tenir compte, non seulement du point de vue objectif de la "femme raisonnable" ou de la "personne raisonnable", mais également de la sensibilité subjective de la victime, compte tenu des circonstances particulières du cas<sup>37</sup>.

## 2. Quel que soit le contexte professionnel?

Aucun consensus jurisprudentiel ne se dégage quant à la question – controversée en doctrine<sup>38</sup> – de savoir si l'atmosphère régnant habituellement sur le lieu de travail doit être prise en considération afin de déterminer l'existence d'un harcèlement sexuel.

Le Tribunal du travail de Zurich a jugé que la question de savoir si un acte revêt un caractère harcelant doit être résolue à la lumière du contexte professionnel. Se référant à VÖGELI, le Tribunal relève qu'on ne parle pas de la même manière sur un chantier ou dans une banque<sup>39</sup>. Amené à se prononcer sur le cas d'une journaliste sportive qui se plaignait, entre autres, du langage utilisé par ses collègues masculins à son égard, le Tribunal des prud'hommes de Genève a débouté la demanderesse de sa prétention en paiement d'une indemnité pour tort moral, au motif, notamment, qu'un langage familier, voire grossier, est monnaie courante au sein d'une agence de presse spécialisée dans les informations sportives<sup>40</sup>.

Saisie du recours d'un chef infirmier militaire puni notamment pour avoir attiré l'attention d'une subordonnée sur des photos d'hommes nus figurant dans un magazine "Bravo", la Commission fédérale de recours en matière du personnel fédéral a en revanche estimé que l'argument selon lequel il est difficile de concevoir qu'un magazine destiné aux jeunes entre 12 et 18 ans puisse choquer une femme adulte travaillant dans le milieu médical, montrait à quel point le recourant comprenait peu les raisons qui sont à l'origine de l'interdiction de harcèlement sexuel. Il est vrai que le journal "Bravo", qui vise un lectorat jeune, est peu susceptible de

choquer une infirmière militaire. Il est aussi exact que dans le milieu des soins, les corps nus font partie du quotidien. Selon la Commission, cela ne change toutefois rien au fait que le recourant savait ou aurait dû savoir que sa subordonnée ne souhaitait pas qu'il attire son attention sur des photos d'hommes nus dans un magazine pour adolescents<sup>41</sup>. Le fait que le recourant ait travaillé jusqu'alors uniquement avec des hommes et que sa subordonnée ne se soit auparavant jamais plainte de l'atmosphère qui régnait sur son lieu de travail ne constitue pas non plus une excuse. Un supérieur hiérarchique doit savoir s'adapter aux nouvelles situations et se comporter avec tact et politesse à l'égard des personnes qui travaillent sous ses ordres<sup>42</sup>. On ne peut attendre d'une collaboratrice qu'elle s'adapte à un environnement de travail où ces normes de comportement font défaut. Le recourant devait savoir que son comportement était inadéquat puis-

---

anzurechnen, welche nicht strafbar ist." Arrêt du 30 juillet 2003, 4C.109/2003, cons. 2.2.1. Au sujet du harcèlement sexuel en matière pénale: KATHRIN KUMMER, *Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht*, Berne 2002.

33 *Ellison v. Brady*, 924 F.2d. 872 (9th Cir. 1991), *Harris v. Forklift*, 510 U.S. 17 (1993).

34 A titre d'exemple: Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283; Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6.a; Tribunal du district de Schwyz, 6 novembre 2000, JAR 2002 303, 304. L'arrêt zurichois se réfère à VÖGELI (n. 30), 53.

35 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 7 octobre 2002, C/32729/1998 – 5, cons. 3.a., qui se réfère à KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 24.

36 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283, qui se réfère à VÖGELI (n. 30), 53. Dans un jugement du 27 juin 1995 (n. 4), le Tribunal explique, en se référant à une jurisprudence fédérale relative à la protection de la personnalité (ATF 105 II 163): "Die Schwere der Belästigung und deren objektive Erfüllung ist jedoch unabhängig vom subjektiven Empfinden der Betroffenen (...)."

37 KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 24, JACOTTET TISSOT (n. 19), 51, AUDREY LEUBA, *Harcèlement sexuel: Plaidoyer pour une application raisonnable de la loi*, in: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle 2000, 125 ss, 138–142.

38 Au sujet de cette controverse, voir EMMENEGGER (n. 15), 173–174. L'auteure oppose une conception orientée vers la protection de la personnalité, en vertu de laquelle il convient de tenir compte du contexte dans lequel survient une atteinte, à une conception orientée vers l'égalité, qui vise la transformation de la réalité sociale.

39 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 283. Cette argumentation a notamment été reprise par le Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6.a.

40 Tribunal des prud'hommes de Genève, 20 janvier 2003, C/6724/2002 – 5, cons. 8.b. Ce jugement a été confirmé par la Chambre d'appel le 2 octobre 2003, puis par le Tribunal fédéral, le 12 octobre 2004, JAR 2005 280.

41 Décision du 11 septembre 1996, CRP 24/1995, cons. 5.c.

42 Comme l'exigeait l'art. 24 du Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927, en vigueur à l'époque.

qu'il avait indiqué à sa subordonnée qu'elle devait s'habituer au monde d'homme qu'elle avait elle-même choisi<sup>43</sup>.

Lors de l'affaire mentionnée plus haut opposant la sommelière d'un bar de quartier à son employeur, le Tribunal cantonal vaudois a également jugé que l'atmosphère grossière propre au bistrot dans lequel travaillait la demanderesse ne permettait pas de justifier les propos injurieux tenus à son égard<sup>44</sup>. Saisi par un recours de l'employeur, le Tribunal fédéral a rejeté l'argumentation selon laquelle la sommelière, en choisissant de travailler dans un bar de quartier, avait consenti aux atteintes infligées par son patron<sup>45</sup>.

### III. Synthèse

Les tribunaux suisses sanctionnent non seulement le chantage sexuel, mais aussi la création d'un environnement de travail hostile. Le Tribunal fédéral a en particulier rendu plusieurs jugements où il rappelle que les remarques sexistes ou les commentaires grossiers ou embarrassants portant atteinte à la dignité d'un sexe sur le lieu de travail entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'article 4 LEg. Afin de déterminer l'inopportunité d'un comportement, les tribunaux prennent généralement comme critère la sensibilité d'une personne raisonnable du même sexe placée dans les mêmes circonstances. Une intention de l'auteur d'obtenir des faveurs sexuelles ou d'empoisonner les rapports de travail n'est pas nécessaire. La question de savoir si l'atmosphère régnant habituellement dans un milieu professionnel doit être prise en considération lors de la détermination du caractère importun n'est pas clairement tranchée.

## C. La diligence de l'employeur

L'interdiction de discriminer figurant à l'article 4 de la loi sur l'égalité s'adresse uniquement aux employeurs. Le devoir de diligence exigé par cette disposition correspond à celui pouvant être déduit de l'art. 328 CO<sup>46</sup>. Au sens de cet article, l'employeur doit non seulement s'abstenir de porter lui-même atteinte à la personnalité de ses employées, mais est également tenu de protéger son personnel contre les atteintes émanant de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de tiers<sup>47</sup>. Lorsqu'un harcèlement sexuel a pu être établi, l'employeur supporte la charge de prouver "qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin"<sup>48</sup>. La loi ne précisant pas la nature concrète des mesures devant être prises, chaque cas doit être jugé individuellement en tenant compte de la situation particulière de l'entreprise<sup>49</sup>.

### I. Devoir de prévention

Amené à se prononcer sur la plainte d'une employée de maison alléguant avoir été harcelée par le mari de son employeuse, le Tribunal supérieur du Canton de Bâle-Cam-

pagne a par exemple jugé que l'on ne peut attendre d'une employeuse privée qu'elle prenne des mesures de prévention comparables à celles susceptibles d'être prises dans une grande entreprise, à savoir la désignation d'une personne de contact, la diffusion de brochures explicatives ou la menace de sanctions internes. Le Tribunal conclut que l'employeuse, qui n'avait jamais été rendue attentive au comportement de son mari, aurait été en mesure de libérer au sens de l'art. 5 al. 3 LEg, si le harcèlement sexuel avait pu être prouvé<sup>50</sup>.

La preuve libératoire prévue par cette disposition a également été admise dans un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève le 3 mars 2005. Après avoir constaté que l'employeur, propriétaire de kiosques, avait pris des mesures suffisantes pour remédier à un cas de harcèlement sexuel dont il avait été informé, la Cour s'est demandée si, d'une manière générale, l'employeur avait pris des mesures préventives suffisantes contre le harcèlement sexuel. Les juges genevois ont répondu de façon affirmative, au motif notamment que la Convention collective de travail à laquelle sont soumis les employé·e·s de l'entreprise en question stipule que les cas de harcèlement sexuel peuvent être dénoncés soit auprès de l'employeur soit auprès de la Commission paritaire. "La Cour constate que seule une information très générale est donnée. Toutefois, il est notoire que tout travailleur connaît l'existence du service du personnel et des ressources humaines (...) Dès lors, la Cour retiendra que T savait, devait raisonnablement savoir, qu'elle pouvait contacter les ressources humaines ou le service du personnel si elle avait un problème". Le fait que l'employeur n'ait pas dispensé d'information spécifique sur le harcèlement sexuel n'a pas été retenu en sa défaveur<sup>51</sup>.

Quelques mois plus tard, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève semble toutefois avoir augmenté

43 Décision du 11 septembre 1996 (n. 41), cons. 6.c.aa.

44 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, 19 janvier 2000, (n. 16), cons. 4.

45 Tribunal fédéral, 6 avril 2001 (n. 24), cons. 5. Le Tribunal ajoute que "la brièveté des rapports de travail montre que la demanderesse n'acceptait pas l'atmosphère que lui imposait l'employeur".

46 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St-Gall 1996, 9 ss, 30; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 47.

47 Comme le rappelle le Tribunal fédéral dans un arrêt du 8 février 2006, ATF 132 III 257, cons. 5.

48 Art. 5 al. 3 LEg.

49 EDI CLASS, RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zurich 1996, 26; KAUFMANN (n. 7), art. 4 n. 45; GEISER (n. 15), 445.

50 Tribunal supérieur du Canton de Bâle-Campagne, 10 avril 2001, 42-00/1087 (A 281), cons. 3b, qui se réfère à MARGITH BIGLER-EGGENBERGER, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 5 n. 37 ss.

51 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 3 mars 2005, C/3842/2002 – 3, cons. 6.

ses exigences relatives aux mesures qui devraient être prises par un employeur pour prévenir le harcèlement sexuel. Dans un arrêt du 20 octobre 2005, la Cour a jugé que l'employeur "ne peut pas, en l'espèce, se soustraire à sa responsabilité en se prévalant de la documentation qu'il fournit à son personnel, lors de l'engagement, destinée à indiquer la procédure à suivre en cas de harcèlement ou de *mobbing*. Cette documentation revêt un caractère très théorique et surtout, de par la manière dont elle a été diffusée et promue, elle semble de fait, être restée "lettre morte" dans l'esprit des collaborateurs, faute de rappels, d'informations ou d'instructions concrètes. C'est dire qu'elle ne suffit pas pour atteindre le but recherché"<sup>52</sup>.

Ce second arrêt peut être rapproché de celui, déjà abondamment cité, rendu par le Tribunal du travail de Zurich le 30 septembre 1998. Selon le Tribunal zurichois, un employeur qui n'a abordé la question du harcèlement sexuel que brièvement dans une séance destinée aux cadres, sans se soucier d'informer son personnel que ce comportement ne peut être toléré, n'a pas pris les mesures préventives qui pouvaient raisonnablement être attendues de lui. Lors de la séance, la direction de l'hôtel avait certes expliqué que les comportements incorrects, tels que le harcèlement sexuel ou le non respect des horaires de travail, devaient être signalés à la division des ressources humaines. Aucune mention n'avait toutefois été faite des conséquences civiles et pénales que peut avoir le harcèlement sexuel. Surtout, aucune directive n'avait été donnée au personnel de ne pas tolérer le harcèlement sexuel, le cas échéant, de s'abstenir d'un tel comportement<sup>53</sup>. L'existence d'un service interne à disposition du personnel ne peut suffire à libérer l'employeur. Encore faut-il que le personnel sache que ce service est aussi là pour traiter de questions difficiles à aborder, comme le harcèlement sexuel. Les employées n'auront le sentiment de pouvoir parler de harcèlement sexuel que si elles connaissent la position de l'employeur à ce sujet. L'employeur ne peut se prévaloir du fait qu'il n'avait pas été informé du harcèlement sexuel, s'il n'a pas pris les mesures préventives qui auraient empêché la survenance d'un tel comportement<sup>54</sup>.

## II. Devoir de mettre fin au harcèlement sexuel

L'étude de la jurisprudence rendue ces dernières années révèle plusieurs cas où les mesures prises par l'employeur suite à un harcèlement sexuel ont été jugées insuffisantes ou inappropriées. Deux arrêts du Tribunal fédéral peuvent être cités à titre d'illustration. Dans le premier, du 4 juillet 2000, le Tribunal a jugé inappropriée la réaction de l'employeur qui s'était borné à annoncer qu'il confierait l'ouverture d'une enquête à la direction, laquelle faisait également l'objet d'accusations de la part de la demanderesse<sup>55</sup>. Dans le second, du 8 janvier 1999, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur aurait dû intervenir pour mettre fin aux agissements de son directeur au lieu de renvoyer la demanderesse à une discussion avec son supérieur qui la licencia quelques jours plus tard<sup>56</sup>.

Dans l'arrêt susmentionné du 3 mars 2005, la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève a en revanche jugé que l'employeur avait pris les mesures nécessaires pour mettre fin au harcèlement sexuel commis par le gérant d'un de ses kiosques à l'égard d'une vendeuse. La Cour relève que l'employeur a tout d'abord rencontré la vendeuse et enregistré ses doléances. Il s'est soucié de son état et lui indiqué divers organismes pouvant la soutenir et l'assister. Il a ensuite convoqué le gérant du kiosque et lui a de suite notifié un avertissement, le mettant en demeure de cesser immédiatement son comportement déplacé. Ce dernier s'est excusé par écrit auprès de la vendeuse. Une enquête interne a été effectuée. L'employeur a par ailleurs proposé de procéder à une médiation et d'en payer tous les frais. La Chambre d'appel retient que l'employeur a fait preuve de disponibilité et de compréhension envers la vendeuse. Il a collaboré avec l'inspection du travail, auprès de laquelle la travailleuse s'était plainte. Enfin, il a déplacé le gérant dans un autre kiosque dès qu'il a eu connaissance d'un jugement du Tribunal de police le condamnant en raison du comportement déplacé qu'il admettait avoir eu envers sa subordonnée. Plus d'une année s'étant écoulée entre la révélation des faits par l'employée et la mutation de l'auteur, la question se posait de savoir si cette mesure aurait dû être prise dès le moment de la plainte. Après avoir rappelé qu'il appartenait à ce moment à l'employeur de prendre des mesures pour faire cesser le harcèlement, la Cour a jugé qu'un déplacement du gérant ne s'imposait pas, la vendeuse étant en congé maladie et ne travaillant pas. "En l'espèce, c'est l'avertissement contenant les injonctions qui constitue la mesure visant à faire cesser le harcèlement, comme exigé par l'article 5 al. 3 LEG"<sup>57</sup>.

## III. Le licenciement immédiat de l'auteur est-il justifié?

Déjà avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité, le Tribunal des prud'hommes de Genève expliquait qu'un "employeur doit savoir se séparer, avec *effet immédiat*, d'un employé fût-il directeur, sous-directeur ou gérant, convaincu de harcèlement sexuel"<sup>58</sup>. Le Tribunal du district de Schwyz a par exemple considéré comme justifié le licenciement immédiat d'un employé qui avait saisi la poitrine d'une apprentie mineure. L'employeur ne pouvait pas simplement partir

52 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 20 octobre 2005, C/21343/2003 – 5, cons. 3.

53 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8) 293–294, cons. 5a.

54 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), cons. 5b.

55 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 398–399.

56 Tribunal fédéral, 8 janvier 1999, SJ 1999 277, 281.

57 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 3 mars 2005 (n. 51), cons. 5.

58 Tribunal des prud'hommes de Genève, 21 novembre 1991 (n. 3), 172.

du principe que ce comportement n'allait pas se répéter. Le cas échéant, une grave violation de son obligation de diligence aurait pu lui être reprochée<sup>59</sup>.

Le Tribunal fédéral a considéré que la décision de licencier avec effet immédiat un agent de police valaisan qui avait harcelé sexuellement une secrétaire n'était ni arbitraire, ni disproportionnée. La secrétaire s'était plainte à plusieurs reprises du comportement de l'agent qui s'était vu interdire l'accès à son bureau. Les problèmes ayant toutefois persisté, le conseil communal avait décidé de convoquer les deux parties pour un entretien avec une consultante spécialisée en matière de harcèlement. La conciliation n'ayant pas abouti, le conseil communal avait alors décidé d'ouvrir une enquête administrative. L'enquête avait été confiée à un ancien Juge d'instruction pénale qui, dans ses conclusions, avait proposé de retenir l'existence d'un harcèlement sexuel. Après avoir entendu l'agent à deux reprises sur les faits qui lui étaient reprochés, le conseil communal avait décidé de le licencier avec effet immédiat. Même si le harcèlement constituait le principal motif du licenciement, le conseil communal avait à juste titre pris en considération les avertissements dont l'intéressé avait précédemment dû faire l'objet en raison de la mauvaise qualité de son travail, ainsi que son comportement général, indigne de sa fonction de policier. "En résiliant les rapports de service du recourant il n'a donc pas pris une mesure disproportionnée, mais a prononcé la seule sanction possible dans les circonstances qui s'imposaient à lui"<sup>60</sup>.

Le Tribunal fédéral a en revanche jugé que l'envoi d'un courrier électronique pornographique ne justifie pas nécessairement un licenciement immédiat, sans avertissement préalable. Dans le cas d'espèce, le licenciement avait été prononcé peu après la démission d'une collaboratrice qui n'avait plus supporté de recevoir des messages à caractère pornographique de la part de ses collègues. La direction avait réagi par l'envoi d'une circulaire soulignant que le harcèlement sexuel serait sanctionné au sein de l'entreprise. L'employé licencié n'avait toutefois pas été impliqué dans le harcèlement sexuel à l'origine de la démission susmentionnée. Son unique courrier s'adressait à une personne extérieure à l'entreprise qui n'y voyait pas d'inconvénient. Un avertissement aurait dès lors suffi à le dissuader de recommencer<sup>61</sup>. Le Tribunal fédéral a jugé, en outre, qu'un acte unique d'exhibitionnisme commis dans une chambre d'hôtel, lors d'un voyage d'affaire, n'était pas suffisamment grave pour justifier le licenciement immédiat d'un employé qui n'avait pas une position de cadre dans la société<sup>62</sup>.

#### IV. Synthèse

La jurisprudence rendue ces dernières années en matière de harcèlement sexuel montre qu'il n'existe pas de mesures miracles dont l'adoption libérerait automatiquement l'employeur au sens de l'art. 5 al. 3 LEg. Les tribunaux se demandent dans chaque cas si les démarches invoquées étaient réellement susceptibles de prévenir le harcèlement sexuel ou d'y mettre fin. L'élaboration d'un règlement ou la

nomination d'une personne de contact ne sont pas toujours suffisantes. Encore faut-il que le personnel ait eu connaissance dudit règlement et se soit senti autorisé à s'adresser à la personne désignée. Le Tribunal fédéral a rappelé à plusieurs reprises que l'employeur a le devoir d'intervenir pour mettre fin à un harcèlement sexuel. Les mesures qu'il lui appartient de prendre peuvent aller, dans les cas les plus graves, jusqu'au licenciement immédiat de l'auteur.

### D. L'indemnité pour harcèlement sexuel, les dommages-intérêts et la réparation du tort moral

#### I. Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral

L'employeur qui viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO répond du dommage matériel et du tort moral causés par sa négligence en vertu des arts. 97 ss et 49 CO. L'employeur encourt également une responsabilité pour le préjudice matériel ou moral résultant du harcèlement sexuel causé par ses auxiliaires sur la base de l'art. 101 CO<sup>63</sup>. Le 13 octobre 2004, le Tribunal fédéral a par exemple tenu responsable une commune vaudoise, sur la base de cette disposition, pour le harcèlement psychologique commis par un auxiliaire à l'encontre d'une secrétaire. Après avoir admis une responsabilité de la commune sur la base de l'art. 101 CO, le Tribunal a estimé qu'il n'était plus nécessaire d'examiner la question de savoir si celle-ci s'était également rendue coupable d'une violation de contractuelle en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de son employée une fois que celle-ci lui eut fait part de la situation<sup>64</sup>. Amené à se pencher sur le cas d'une bibliothécaire qui se plaignait notamment d'avoir été harcelée sexuellement sur son lieu de travail, le Tribu-

59 Tribunal du district de Schwyz, 6 novembre 2000 (n. 34), 305.

60 Tribunal fédéral, 10 février 2004, 2P.19/2004, cons. 2.

61 Tribunal fédéral, 30 juillet 2003 (n. 32).

62 Tribunal fédéral, 24 juin 2004, 4C.100/2004, cons. 3.2., qui motive sa décision notamment par le fait que l'auteur avait agi alors que les obligations liées à son travail avaient pris fin.

63 Comme le soulignait déjà un arrêt rendu par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève en matière de harcèlement sexuel le 24 novembre 1989, JAR 1990 183, 186 (n. 4).

64 Tribunal fédéral, 13 octobre 2004, 4C.343/2003, cons. 4. Amené à trancher la question de savoir si le fonctionnaire cantonal qui avait harcelé une secrétaire employée par la commune pouvait être considéré comme un auxiliaire de cette dernière, le Tribunal a répondu par l'affirmative, au motif que le fonctionnaire s'était vu confier par la commune, à tout le moins tacitement, l'exécution de l'obligation découlant de l'art. 328 CO à l'égard des employées du secrétariat.



nal fédéral rappelle, dans un arrêt du 6 avril 2005, qu'un ou une salarié-e, "victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CO du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO". Le Tribunal a toutefois jugé, dans le cas d'espèce, que le refus d'allouer une indemnité pour tort moral n'était pas contraire aux arts. 49 et 328 CO, la preuve d'un harcèlement sexuel ou psychologique n'ayant pu être apportée<sup>65</sup>.

## II. L'indemnité pour harcèlement sexuel

L'employeur qui n'est pas parvenu à prouver qu'il avait pris les mesures nécessaires pour prévenir ou mettre fin au harcèlement sexuel peut être condamné au versement d'une indemnité sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse. L'art. 5 al. 4 LEg précise que l'indemnité n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire. En pratique, les montants alloués sur la base de cette disposition se situent généralement entre un et trois mois de salaire moyen suisse. Le Tribunal du district d'Arlesheim a par exemple alloué une indemnité d'un mois de salaire moyen suisse à une vendeuse qui se plaignait des avances sexuelles émanant de son supérieur hiérarchique. Seule une proposition déplacée de la part de ce dernier ayant pu être prouvée, l'octroi de l'indemnité de six mois de salaire moyen réclamée par la demanderesse ne se justifiait pas<sup>66</sup>.

## III. Le cumul entre les indemnités pour tort moral et pour harcèlement sexuel

Le jugement rendu par le Tribunal du travail de Zurich le 30 septembre 1998 mérite une fois encore d'être cité à titre d'illustration. Le Tribunal a alloué une indemnité de trois mois de salaire moyen suisse sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg à chacune des deux stagiaires qui avaient intenté action. Les demanderessees se sont en outre vues allouer une indemnité de six mois de salaire en raison du licenciement immédiat dont elles avaient fait l'objet, ainsi qu'une indemnité pour tort moral d'un montant de fr. 7000.-. Le Tribunal explique que l'indemnité due par l'employeur en raison de la violation de son obligation de diligence n'a ni le caractère de dommages-intérêts, ni celui de réparation morale. Elle ne dépend pas de l'existence d'un préjudice matériel ou moral<sup>67</sup>. Son montant ne doit dès lors pas être pris en considération lors de la fixation de l'indemnité pour tort moral due en raison du harcèlement sexuel subi<sup>68</sup>.

Conforme à l'avis de la doctrine majoritaire<sup>69</sup>, cette solution est toutefois contraire à celle retenue par le Tribunal et la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève qui, à plusieurs reprises, ont jugé que l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg ne pouvait être cumulée avec celle pour tort moral<sup>70</sup>. Les juges genevois renvoient à un arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2000 qui ne se prononce toutefois pas véritablement sur cette question<sup>71</sup>. Se référant notamment à

COSSALI SAUVIN, l'arrêt relève que "dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte"<sup>72</sup>. Or, si COSSALI SAUVIN écarte la possibilité d'un cumul entre l'indemnité pour résiliation abusive prévue par l'art. 336a CO et l'indemnité pour résiliation discriminatoire basée sur l'art. 5 al. 2 LEg, au motif que les deux sanctions ont une fonction identique, elle considère, en revanche, que des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral peuvent s'ajouter à l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg, chaque sanction ayant une fonction différente<sup>73</sup>. Le Tribunal fédéral poursuit du reste en expliquant que la "LEg introduit à l'art. 5 al. 3 LEg un droit supplémentaire, lequel permet au juge de condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, indépendamment du préjudice subi"<sup>74</sup>. C'est donc à tort que la juridiction genevoise se fonde sur l'arrêt fédéral du 4 juillet 2000 pour écarter un cumul entre l'indemnité due

65 Tribunal fédéral, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 8, qui se réfère à un ATF 125 III 70 relatif à un cas de harcèlement psychologique, selon lequel l'employeur répond, sur la base de l'art. 101 CO, des atteintes à la personnalité émanant de collaborateurs.

66 Tribunal du district d'Arlesheim, 21 janvier 1999 (n. 13), cons. 6 c.

67 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 295, qui cite CLAUDIA KAUFMANN, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (n. 46), 59 ss, 72.

68 Tribunal du travail de Zurich, 30 septembre 1998 (n. 8), 299: "Die Entschädigung wegen mangelnder Prävention im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG stellt eine Bestrafung der Arbeitgeberin dar und ist unabhängig davon zuzusprechen, ob dem Opfer immaterielle Unbill widerfahren ist. Deren Höhe hat demzufolge bei der Bemessung der Genugtuung gleichfalls unberücksichtigt zu bleiben."

69 Voir, par exemple, VÖGELI (n. 30), 46; KLETT (n. 18), 58–59; BIGLER-EGGENBERGER (n. 50), art. 5 n. 21, 43, 64, 74, 78; FELIX DASSER, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, RSJ 96 (2000) 106–107.

70 Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 19 juin 2006, C/28777/2003, cons. 4; Tribunal des prud'hommes, 19 août 2005, C/28777/2003 – 1, cons. 3; Tribunal des prud'hommes, 24 septembre 2002, C/12999/2001 – 3, cons. 5; Tribunal des prud'hommes, 23 janvier 2001, C/3803/2000 – 4, cons. 2.

71 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25). Pour un commentaire de cet arrêt: KARINE LEMPEN, PJA 2001 1108–1111; FRANZ WERRO, MARIOLAIN VIRET, Egalité entre femmes et hommes: La responsabilité civile de l'employeur, in: ASTRID EPINEY, IRA VON DANCKELMANN (éd.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Fribourg 2004, 89 ss, 106–108.

72 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 397, cons. 7 b.a.a., qui se réfère à COSSALI SAUVIN (n. 26), 75.

73 COSSALI SAUVIN (n. 26), 75.

74 Tribunal fédéral, 4 juillet 2000 (n. 25), 398, cons. 7b.cc.

en raison de la violation par l'employeur de son obligation de diligence (art. 5 al. 3 LEg) et celle due en raison du tort moral causé par le harcèlement sexuel (art. 49 CO), expressément réservé par l'art. 5 al. 5 LEg.

Le Tribunal fédéral aurait récemment eu l'occasion de se prononcer clairement sur la possibilité d'un tel cumul, si la recourante, qui intentait action contre l'Etat du Valais en raison du harcèlement sexuel et psychologique émanant du directeur de l'école dans laquelle elle travaillait, n'avait pas omis de prendre des conclusions en paiement d'une indemnité sur la base de l'art 5 al. 3 LEg. L'enseignante ne s'étant du reste prévalué d'aucun autre droit pouvant être déduit de l'art. 5 LEg, le Tribunal fédéral a jugé que ses moyens devaient être examinés uniquement sur la base de l'art. 5 al. 5 LEg, qui réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral<sup>75</sup>.

#### IV. Synthèse

Alors que la loi sur l'égalité introduit la possibilité pour les personnes harcelées d'obtenir, en sus de la réparation du préjudice matériel et moral subi (art. 5 al. 5), le versement d'une indemnité spéciale sanctionnant l'employeur pour la violation de son obligation de diligence (art. 5 al. 3), les jugements qui fournissent un exemple d'un tel cumul demeurent encore rares. Les difficultés à établir la survenance d'un harcèlement sexuel ainsi que l'existence d'un préjudice en résultant expliquent en partie le nombre peu élevé de jugements condamnant l'employeur au versement d'une indemnité pour harcèlement sexuel et à la réparation du tort moral subi par son employée. Le fait que les diverses prétentions pouvant être déduites de l'art. 5 LEg soient encore trop peu connues de certaines juridictions cantonales peut également être avancé à titre d'explication.

#### E. Conclusion

A l'exception de la discrimination salariale, le harcèlement sexuel est devenu le type de discrimination à raison du sexe le plus fréquemment invoqué devant les tribunaux suisses<sup>76</sup>. Dans le canton de Genève, en particulier, de plus en plus de femmes allèguent avoir subi sur le lieu de travail un harcèlement de type non seulement psychologique, mais également sexuel. Alors que plusieurs arrêts rappellent que les remarques sexistes ou embarrassantes qui portent atteinte à la dignité d'un sexe sur son lieu de travail doivent être qualifiées de harcèlement sexuel au sens de la loi sur l'égalité, aucun ne semble encore avoir véritablement examiné les liens existants entre cette notion et celle de harcèlement psychologique. Par ailleurs, lorsque la preuve difficile du harcèlement sexuel a pu être apportée, les tribunaux se posent généralement la question de savoir si l'employeur a pris les mesures qui pouvaient raisonnablement être attendues de lui pour remédier au cas d'espèce. La question de savoir si ce dernier avait, de manière générale, pris les mesures préventives qui auraient permis d'éviter la survenance de com-

portements harcelants au sein de l'entreprise est en revanche rarement posée. Enfin, la question du cumul des différentes indemnités pouvant être déduite de l'art. 5 LEg en cas de harcèlement sexuel continue à être tranchée différemment selon les cantons.

<sup>75</sup> Tribunal fédéral, 9 mai 2006, 2P.165/2005, 2A.419/2005, cons. 4.

<sup>76</sup> STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL (n. 1), 33.

# Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz



Dr. iur. KARINE LEMPEN,  
Universität Genf, Eidg.  
Büro für die Gleichstel-  
lung, Bern

Übersetzung von  
MAJA WUERTH-NEUKOMM,  
AS Asset Services SA,  
Auvornier NE

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Definition
  - I. Sexuell oder aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit
    - 1. Sexuell
    - 2. Aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit
  - II. Belästigend
    - 1. Durchschnittsempfinden einer Person gleichen Geschlechts
    - 2. Unabhängig vom Arbeitsumfeld?
  - III. Fazit
- C. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
  - I. Pflicht zur Prävention
  - II. Pflicht zur Beseitigung der sexuellen Belästigung
  - III. Ist die fristlose Entlassung des Täters gerechtfertigt?
  - IV. Fazit
- D. Entschädigung für sexuelle Belästigung, Schadenersatz und Genugtuung
  - I. Schadenersatz und Genugtuung
  - II. Entschädigung für sexuelle Belästigung
  - III. Kumulation von Genugtuung und Entschädigung für sexuelle Belästigung
  - IV. Fazit
- E. Schlusswort

## A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die in den letzten fünfzehn Jahren in der Schweiz ergangene Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Es interessiert insbesondere die Art und Weise, wie die Gerichte die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes zur Definition der sexuellen Belästigung und zum Umfang der Pflicht des Arbeitgebers in diesem Bereich ausgelegt haben. Ebenfalls betrachtet wird die Frage der Kumulation von Entschädigungen für sexuelle Belästigung und Genugtuung. Die Weise, wie die Gerichte in diesem Bereich die

allgemeine Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB anwenden, ist nicht Gegenstand dieses Artikels<sup>1</sup>, obwohl sie zu einem grossen Teil dem oft negativen Ausgang von Prozessen zur sexuellen Belästigung<sup>2</sup> zugrunde liegt.

## B. Definition

Bevor das Gleichstellungsgesetz in Kraft trat, gab es in der Schweiz keine Legaldefinition für sexuelle Belästigung. Um diese Lücke zu schliessen, hat das Tribunal des prud'hommes Genf diese seit Anfang der neunziger Jahre definiert als eine Handlung, begangen durch Personen, welche in ihrer Position als Arbeitgeber, Vorgesetzter oder Mitarbeiter ihre Position oder ihren Einfluss im Betrieb benutzen, um eine im Betrieb angestellte oder Arbeit suchende Person gleich welchen Geschlechts mit anzüglichen Bemerkungen, unsittlichen Anspielungen, Bildern, Objekten, Gesten oder deplaziertem Verhalten zu belästigen a) mit dem direkten oder indirekten Ziel, von der belästigten Person die *Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen* zu erlangen, indem sie ihr explizit oder stillschweigend zu verstehen geben, dass deren Duldung oder Verweigerung ein entscheidendes Kriterium für den Abschluss, den Vertragsinhalt, die Arbeitsbedingungen oder die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darstellen könnte oder wird, oder b) mit dem Ziel oder dem Ergebnis, das bestehende oder zukünftige *Arbeitsklima zu vergiften*<sup>3</sup>. Diese Definition, welche die in den Vereinigten Staaten gemachte Unterscheidung zwischen sexueller Erpressung (*quid pro quo*) und der Schaffung einer feindseligen Arbeitsatmosphäre aufnimmt, ist

- 1 Wie die Gerichte die im Rahmen eines Prozesses über sexuelle Belästigung vorgebrachten Beweise würdigen, wird hingegen in meiner Dissertation behandelt, auf welche ich mir hier zu verweisen erlaube: KARINE LEMPEN, *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne*, Genf 2006.
- 2 Die Analyse der Gerichtspraxis im Rahmen der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes zeigt, dass die fehlende Beweislastleichterung im Bereich der sexuellen Belästigung namentlich zur Folge hat, dass die in diesem Gebiet ergangenen Urteile generell mehr zuungunsten der Arbeitnehmerinnen ausfallen als Urteile über andere Arten sexueller Diskriminierung: HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht*, Bern 2005, 108.
- 3 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991, JAR 1992 166, 168.

von mehreren Gerichten, darunter dem Arbeitsgericht Zürich<sup>4</sup>, übernommen worden.

In seiner Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann hielt der Bundesrat fest, dass sexuelle Belästigung verschiedene Formen annehmen kann: sexistische Sprüche, anzügliche und peinliche Bemerkungen, Vorzeigen oder Benutzen von pornographischem Material, Berührungsversuche, die mit dem Versprechen von Vorteilen oder der Androhung von Nachteilen verbunden sind, sexuelle Übergriffe und im Extremfall sogar Vergewaltigung oder körperliche Gewalt. "Es sind dies sexuelle Handlungen, denen die betroffene Person gegen ihren Willen ausgesetzt ist."<sup>5</sup>

Seit 1996 untersagt das Gleichstellungsgesetz (GIG) ausdrücklich jede Diskriminierung durch sexuelle Belästigung. Artikel 4 umschreibt sexuelle Belästigung als "jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art". Die in den letzten Jahren ergangene Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung hat diese Definition noch präzisiert. Besonders die Ausdrücke "sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit" und "belästigendes Verhalten" haben Anlass zu verschiedenen gerichtlichen Auslegungen gegeben.

## I. Sexuell oder aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit

Im Fall einer Polizeiangestellten, welche von ihrem Vorgesetzten gemobbt und sexuell belästigt wurde, hat das Verwaltungsgericht Zürich in seinem Entscheid vom 8. Februar 2006 in Erinnerung gerufen, dass sexuelle Belästigung nicht nur als Persönlichkeitsverletzung, sondern auch als Diskriminierung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes qualifiziert werden müsse<sup>6</sup>. Die Aufzählung der Beispiele in Artikel 4 dieses Gesetzes ist nicht abschliessend<sup>7</sup>, und das Arbeitsgericht Zürich unterstreicht in seinem berühmten Entscheid vom 30. September 1998, dass die Absicht, ein Entgegenkommen sexueller Natur zu erlangen, keine Voraussetzung dafür sei, dass ein Verhalten unter diese Bestimmung fällt<sup>8</sup>. Unter Bezugnahme auf KAUFMANN ergänzt das Gericht, dass eine Persönlichkeitsverletzung mit sexuellem Inhalt oder zumindest mit einer sexuellen Komponente<sup>9</sup> genüge.

### 1. Sexuell

Ob ein sexueller Aspekt vorliegt, muss aus dem Kontext des konkreten Falls beurteilt werden<sup>10</sup>. So dürfte ein Kommentar über die Oberschenkel einer Frau in der Regel einen sexuellen Aspekt aufweisen. Wenn jedoch ein Bodybuilder eine solche Bemerkung zu seiner Sportgenossin macht, ist dies gemäss dem Arbeitsgericht Zürich nicht der Fall. Die Frage

"haben Sie ein schönes Wochenende verbracht?" ist für sich allein betrachtet weit weg von einer sexuellen Belästigung, nicht jedoch, wenn die Frage von einem verführerischen Augenzwinkern begleitet ist<sup>11</sup>. Im gleichen Sinne hat das Arbeitsgericht Unterrheintal entschieden, dass einzelne Bemerkungen über die Frisur oder die Kleidung nicht eine sexuelle Belästigung darstellen, dass aber, wenn diese Bemerkungen von Durch-die-Haare-Fahren oder Knuffen begleitet sind, eine solche vorliegt<sup>12</sup>. Der Vorschlag, gemeinsam eine neue Bettgarnitur auszuprobieren, hat einen klar sexuellen Charakter, eine Bemerkung dagegen, dass die Klägerin nie Miniröcke trage, ist gemäss dem Bezirksgericht Arlesheim ohne sexuelle Natur und kann demzufolge keine sexuelle Belästigung darstellen<sup>13</sup>. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesslich hat bezüglich dem Inhalt eines E-Mails anerkannt, dass die Frage "*Könntest du ev. Frau A. 'befriedigen'????*" eine deutliche sexuelle Anspielung enthält, die durch die Anführungs- und Schlusszeichen sowie die vielen Fragezeichen noch hervorgehoben wird<sup>14</sup>.

## 2. Aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit

Die Vielfalt dieser Rechtsprechung zeigt, wie schwierig die Auslegung des Begriffs "sexueller Natur" in Art. 4 GIG in der Praxis ist. Aus diesem Grund setzt ein Teil der Lehre den Akzent vermehrt auf die zweite Voraussetzung in dieser Bestimmung, "ein Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit". Verhaltensweisen, welche gewöhnlich nicht als sexuell bezeichnet werden, aber nichtsdestotrotz die

4 Vgl. beispielsweise das Urteil vom 27. Juni 1995, ZR 97 (1998) 190–191, welches sich ebenfalls auf die früher ergangene Genfer Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung bezieht: JAR 1989 170, 1990 183.

5 BBl 1993 1304.

6 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 8. Februar 2006, PB.2004.00085, Erw. 6.2.

7 Was namentlich CLAUDIA KAUFMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 4 N 65, 70, hervorhebt.

8 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998, ZR 99 (2000) 257, 282–283.

9 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283, welches sich auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 17, bezieht.

10 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283.

11 Idem (FN 10).

12 Arbeitsgericht Unterrheintal, 12. März 2001, JAR 2002 342, 351–352.

13 Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999, 22–99/0041, Erw. 6.b.

14 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, Erw. 7.2.2., 7.2.3., welches die Frage offen lässt, ob bei einer einzelnen sexuellen Anspielung dieser Art eine sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG anzunehmen ist, und auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 59, verweist, wonach ausgeschlossen ist, dass die Wiederholung von Handlungen eine Voraussetzung für die Schaffung einer feindseligen Arbeitsatmosphäre bildet.

Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, müssen folglich in der Definition der sexuellen Belästigung eingeschlossen sein<sup>15</sup>.

Zugunsten dieser Lösung hat sich auch das Kantonsgericht Waadt am 19. Januar 2000 ausgesprochen<sup>16</sup>. Bei diesem Urteil ging es um den Wirt einer Kneipe, der seine Serviertochter mit "Schlampe, Drecksau, Hure" beschimpfte und von den Frauen generell sagte, sie seien "alle Schlampen". Bei der Frage, ob solche Äusserungen eine sexuelle Belästigung darstellten, haben sich die Waadtländer Richter von der durch KAUFMANN<sup>17</sup> vorgeschlagenen Auslegung distanziert, wonach der Begriff "ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit" keine eigenständige Bedeutung hat, und sich der Auffassung von KLETT<sup>18</sup> angeschlossen, gemäss welcher ein Verhalten, mit dem eine Arbeiterin oder ein Arbeiter aufgrund ihres Geschlechts herabgesetzt werden, das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 4 GIG verletzt<sup>19</sup>. Nach einem Verweis auf die im europäischen Recht anwendbaren Grundsätze<sup>20</sup>, auf die Botschaft des Bundesrates<sup>21</sup> und die schweizerische Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung<sup>22</sup> befand das Gericht, dass die obenerwähnten Äusserungen im gängigen Sinne des Wortes keine sexuelle Belästigung darstellten, jedoch trotzdem einen sexistischen Charakter hätten, weshalb sie unter die zweite Voraussetzung von Art. 4 GIG fielen. Solche regelmässig vor der Kundschaft und dem Personal gemachte Äusserungen konnten von der Beschwerdeführerin nur als schwerer Angriff auf ihre Würde empfunden werden, wodurch das Arbeitsklima für sie sehr unangenehm wurde<sup>23</sup>.

Am 6. April 2001 hat das Bundesgericht die Berufung gegen diesen waadtländischen Entscheid abgewiesen<sup>24</sup>. Es verweist auf seine Rechtsprechung vom 4. Juli 2000, wonach sexistische Sprüche sowie anzügliche und peinliche Bemerkungen unter den Begriff der sexuellen Belästigung fallen<sup>25</sup>. In diesem Entscheid ging es um die Klage einer Unternehmensberaterin, deren Direktor eines Tages ins Sekretariat trat und ausrief "alles Schlampen" und der sie in Gegenwart einer anderen Angestellten gefragt hatte, ob sie lesbisch sei. Es wird festgehalten, dass, obwohl sich die in Art. 4 GIG aufgeführten Beispiele einzig auf Fälle von Machtmissbrauch beziehen, die Definition andere Handlungen nicht ausschliesse, welche die Würde des Arbeitnehmenden beeinträchtigen, dabei aber nicht von einem Machtmissbrauch herrühren, sondern dazu beitragen, dass das Arbeitsklima feindselig wird, beispielsweise durch anstössige Witze<sup>26</sup>. Die Tatsache, dass die Klägerin denselben Wortschatz verwendet hat, darf für den Arbeitgeber keine Begründung sein, sexistische, anzügliche oder peinliche Bemerkungen zuzulassen, insbesondere nicht bei einem Vorgesetzten, dessen Verhalten auf dasjenige seiner Untergebenen abfärben kann<sup>27</sup>. Das Bundesgericht macht aber einen Vorbehalt für den Fall, dass eine solche Ausdrucksweise in einem a priori privaten Kontext verwendet wird, wie beispielsweise bei E-Mails unter Arbeitskollegen<sup>28</sup>. In einem Urteil vom 22. Mai 2006 präzisiert das Bundesgericht, dass einzig aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin mit ihrem Vornamen oder anderen Bezeichnungen wie "meine Klei-

ne" oder "meine Grosse" angesprochen wurde, nicht auf eine sexuelle Belästigung geschlossen werden darf<sup>29</sup>.

## II. Belästigend

Sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG charakterisiert sich insbesondere durch die Tatsache, dass das Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist. Die Absicht des Täters ist dabei nicht entscheidend<sup>30</sup>. Gemäss Arbeitsgericht Zürich muss der Täter weder das Ziel im Auge haben, das Arbeitsverhältnis zu vergiften, noch muss er das Ergeb-

- 
- 15 Vgl. beispielsweise SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Freiburg 1999, 182–186; THOMAS GEISER, *Rechtsfragen der sexuellen Belästigung*, ZBJV 2001, 429 ff., 432–433. MONIQUE COSSALI SAUVIN (*Gleichstellung von Frau und Mann: Bundesgesetz vom 24. März 1995*, SJK 1997 Karte 544) erläutert, dass das systematische Kritisieren der Arbeit einer Person im Zusammenhang mit ihrer Geschlechtszugehörigkeit Bestandteil des Begriffes der sexuellen Belästigung ist.
  - 16 Tribunal cantonal Waadt, 19. Januar 2000.
  - 17 KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 52.
  - 18 KATHRIN KLETT, *Das Gleichstellungsgesetz*, ZBl 98 (1997) 49, 57.
  - 19 Kantonsgericht Waadt (FN 16), Erw. 3.a. Die Richter haben ebenfalls Bezug auf die weite Auslegung von Art. 4 GIG nach CATHERINE JACCOTTET TISSOT (*Harcèlement sexuel et loi sur l'égalité*, plädoyer 1999 50, 51) genommen, welche Mobbing und sexuelle Belästigung in dem Sinne unterscheidet, dass es bei letzterer um die sexuelle Identität der Person geht.
  - 20 Der Entscheid verweist namentlich auf die durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften festgelegte Definition in einer Empfehlung vom 27. November 1991 (Amtsblatt L 049, 24/2/1992).
  - 21 BBl 1993 1304.
  - 22 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991 (FN 3); Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8).
  - 23 Kantonsgericht Waadt, 19. Januar 2000 (FN 16), Erw. 3.c.
  - 24 Bundesgericht, 6. April 2001, 4C.187/2000.
  - 25 Bundesgericht, 4. Juli 2000, BGE 126 III 395, Erw. 7.b.bb.
  - 26 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.b.bb., in welcher Bezug genommen wird auf MONIQUE COSSALI SAUVIN, *La loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995*, in: GABRIEL AUBERT (Hrsg.), *Journée 1995 de droit du travail et de sécurité sociale*, Zürich 1999, 57 ff., 68 und auf KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 17 ff.
  - 27 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.d.
  - 28 Bundesgericht, 22. Mai 2006, 4C.60/2006, Erw. 3.1., in welcher auf den Entscheid vom 4. Juli 2000 (FN 25), Erw. 7.d., verwiesen wird.
  - 29 Bundesgericht, 22. Mai 2006 (FN 28), Erw. 3.3, mit Verweis auf einen Entscheid vom 12. Oktober 2004, JAR 2005 280.
  - 30 NICOLE VÖGELI, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Zürich 1996, 54, 58; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 55, 58. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bezieht sich auf diese zwei Autorinnen und unterstreicht, dass eine Diskriminierungsabsicht nicht erforderlich ist. Urteil vom 7. Januar 2004 (FN 14), Erw. 7.2.1.

nis voraussehen<sup>31</sup>. Anders verhält es sich im Strafrecht, wo das Bundesgericht beispielsweise entschieden hat, dass das Absenden eines pornographischen E-Mails nicht strafbar ist, wenn sein Verfasser keine sexuelle Belästigung wollte<sup>32</sup>.

## 1. Durchschnittsempfinden einer Person gleichen Geschlechts

Angeregt durch die amerikanische Rechtsprechung anfangs der neunziger Jahre<sup>33</sup> sind die schweizerischen Gerichte im Allgemeinen der Auffassung, dass der belästigende Charakter einer Handlung unter Berücksichtigung des "Durchschnittsempfindens einer weiblichen Person" festgestellt werden muss<sup>34</sup>. Gemäss einer Entscheidung des *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* soll auf das Empfinden einer "personne raisonnable du même sexe" in einer gleichen Situation Bezug genommen werden<sup>35</sup>.

Das Arbeitsgericht Zürich fügt hinzu, dass die subjektive Empfindlichkeit des Opfers keine Rolle spielen darf. Gemäss den Zürcher Richtern ist das Verhalten eines *Maître d'hôtel*, der einer Angestellten quer durch das ganze Restaurant "Hoi Schätzeli" ruft, mit ihr ausgehen will, seine Hand auf ihr Knie legt und an ihrer Bluse zieht, um in den Ausschnitt zu schauen, als sexuelle Belästigung zu würdigen, selbst wenn die Angestellte selber das nicht so empfindet<sup>36</sup>. Eine solche Auslegung steht jedoch im Widerspruch zur Mehrheit der Lehre, nach welcher nicht nur dem objektiven Standpunkt der "reasonable woman" oder der "reasonable person" Rechnung getragen werden muss, sondern ebenfalls dem subjektiven Empfinden des Opfers unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles<sup>37</sup>.

## 2. Unabhängig vom Arbeitsumfeld?

Es gibt in der Rechtsprechung keinen Konsens zur in der Lehre<sup>38</sup> umstrittenen Frage, ob die am Arbeitsplatz gewöhnlich herrschende Stimmung für die Feststellung einer sexuellen Belästigung in Betracht gezogen werden soll oder nicht.

Das Arbeitsgericht Zürich hat entschieden, dass die Frage, ob eine Handlung einen belästigenden Charakter hat, im Lichte des Arbeitsumfeldes beantwortet werden muss. Unter Bezugnahme auf *VÖGELI* hebt das Gericht hervor, dass auf einer Baustelle anders gesprochen wird als in einer Bank<sup>39</sup>. Im Falle einer Sportjournalistin, welche sich unter anderem über die von ihren männlichen Kollegen ihr gegenüber verwendete Sprache beschwerte, hat das Tribunal des *prud'hommes Genf* ihren Anspruch auf Genugtuung insbesondere mit der Begründung abgewiesen, dass eine familiäre oder sogar grobe Ausdrucksweise in einer auf Sportinformationen spezialisierten Presseagentur gang und gäbe sei<sup>40</sup>.

Die Eidgenössische Personalrekurskommission hatte die Beschwerde eines Militäroberkrankenpflegers zu behandeln, welcher insbesondere dafür belangt worden war, dass er einer ihm unterstellten Militärkrankenpflegerin männ-

liche Nacktphotos in einem Bravo-Heft gezeigt hatte. Sie befand, dass das Argument, wonach es schwer vorstellbar sei, dass ein für Jugendliche zwischen 12 und 18 Jahren bestimmtes Heft eine erwachsene und erst noch im Medizinbereich tätige Frau schockieren könne, von wenig Einsicht in die Überlegungen, die dem Verbot der sexuellen Belästigung zugrunde liegen, zeuge. "Zwar trifft es zu, dass die Zeitschrift Bravo für eine jugendliche Leserschaft produziert wird und ihr Inhalt eine angehende Militärkrankenpflegerin nicht schockieren wird. Es trifft auch zu, dass für Sanitätspersonen nackte Menschen etwas Alltägliches sind. Das ändert aber nichts daran, dass der Beschwerdeführer wusste oder zumindest wissen musste, dass es für die

31 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 282–283.

32 Gemäss den Bundesrichtern: "Der Kläger hätte zwar (...) voraussehen können, dass das E-Mail unter Umständen (...) automatisch an Dritte weitergeleitet werden könnte, die durch den pornographischen Inhalt des E-Mails belästigt werden könnten, doch ist ihm dieses Wissen höchstens als Fahrlässigkeit anzurechnen, welche nicht strafbar ist." Urteil vom 30. Juli 2003, 4C.109/2003, Erw. 2.2.1. Zur sexuellen Belästigung im Strafrecht: KATHRIN KUMMER, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, Bern 2002.

33 *Ellison v. Brady*, 924 F.2d. 872 (9th Cir. 1991), *Harris v. Forklift*, 510 U.S. 17 (1993).

34 Beispielsweise Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283; Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6.a.; Bezirksgericht Schwyz, 6. November 2000, JAR 2002 303, 304. Das Zürcher Urteil verweist auf *VÖGELI* (FN 30), 53.

35 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 7. Oktober 2002, C/32729/1998 – 5, Erw. 3.a., worin Bezug genommen wird auf *KAUFMANN* (FN 7), Art. 4 N 24.

36 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283, mit Verweis auf *VÖGELI* (FN 30), 53. In einem Entscheid vom 27. Juni 1995 (FN 4) erklärt das Gericht unter Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesgerichts zum Schutz der Persönlichkeit (BGE 105 II 163): "Die Schwere der Belästigung und deren objektive Erfüllung ist jedoch unabhängig vom subjektiven Empfinden der Betroffenen (...)." »

37 *KAUFMANN* (FN 7), Art. 4 N 24, *JACOTTET TISSOT* (FN 19), 51, *AUDREY LEUBA*, Harcèlement sexuel: Plaidoyer pour une application raisonnable de la loi, in: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Basel 2000, 125 ff., 138–142.

38 Zum Gegenstand dieser Kontroverse vgl. *EMMENEGGER* (FN 15), 173–174. Die Autorin stellt ein persönlichkeitschutzorientiertes Konzept, wonach dem Zusammenhang, in welchem sich ein Vorfall ereignet, Rechnung getragen werden soll, einer gleichstellungsorientierten Konzeption gegenüber, welche die Umgestaltung der sozialen Wirklichkeit anstrebt.

39 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 283. Diese Argumentation ist namentlich vom Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6.a, übernommen worden.

40 Tribunal des *prud'hommes Genf*, 20. Januar 2003, C/6724/2002 – 5, Erw. 8.b. Urteil bestätigt durch *Chambre d'appel* am 2. Oktober 2003, anschliessend durch das Bundesgericht am 12. Oktober 2004, JAR 2005, 280.

ihm unterstellte Militärkrankenschwester unerwünscht war, von ihrem Vorgesetzten auf männliche Nacktphotos in einer für Jugendliche in der Pubertätszeit bestimmten Zeitschrift hingewiesen zu werden<sup>41</sup>. Den Beschwerdeführer entlastete dabei nicht, dass er bisher nur unter Männern gearbeitet und sich seine ihm unterstellte Mitarbeiterin bis dahin nie über die Stimmung an ihrem Arbeitsplatz beklagt hatte. Von einem Vorgesetzten sei ohne Weiteres zu erwarten, dass er sich auch in für ihn neuen Situationen gegenüber den ihm unterstellten Personen höflich und taktvoll benehme<sup>42</sup>. "Es obliegt nicht der Mitarbeiterin, sich Verhaltensweisen anzupassen, die diesen Massstäben nicht entsprechen". Es verhalte sich auch nicht so, dass der Beschwerdeführer die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht hätte erkennen können, habe er doch seine Mitarbeiterin darauf hingewiesen, dass sie sich an die Männerwelt gewöhnen müsse, die sie selber gewählt habe<sup>43</sup>.

Im weiter oben erwähnten Rechtsstreit der Serviertochter einer Quartierbeiz gegen ihren Patron hat das Kantonsgericht Waadt ebenfalls entschieden, dass die für die Kneipe, in welcher die Klägerin arbeitete, typische grobe Atmosphäre die ihr geltenden Schimpfreden nicht rechtfertigten<sup>44</sup>. Das durch den Patron mittels einer Beschwerde angerufene Bundesgericht hat die Argumentation, wonach die Serviertochter, indem sie bereit war, in einer Quartierbeiz zu arbeiten, sich mit den durch ihren Patron zugefügten Verletzungen einverstanden erklärt hatte<sup>45</sup>, verworfen.

### III. Fazit

Die schweizerischen Gerichte subsumieren nicht nur die sexuelle Erpressung, sondern auch das Schaffen eines feindseligen Arbeitsumfeldes unter den Begriff der sexuellen Belästigung. Besonders das Bundesgericht hat mehrere Urteile gefällt, in welchen es in Erinnerung ruft, dass sexistische Sprüche oder anzügliche oder peinliche Bemerkungen, welche die Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, unter die Definition der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GIG fallen. Zur Beurteilung, ob ein Verhalten unpassend ist, ziehen die Gerichte als Kriterium im Allgemeinen das Empfinden einer "reasonable person" gleichen Geschlechts unter den gleichen Umständen bei. Eine Absicht des Täters, sexuelle Handlungen zu erlangen oder das Arbeitsverhältnis zu vergiften, ist nicht erforderlich. Die Frage, ob die gewöhnlich in einem Arbeitsumfeld herrschende Atmosphäre bei der Bestimmung des belästigenden Charakters berücksichtigt werden muss, ist nicht klar entschieden.

### C. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GIG richtet sich einzig an die Arbeitgeber. Die in dieser Bestimmung geforderte Fürsorgepflicht entspricht derjenigen von Art. 328 OR<sup>46</sup>. Gemäss diesem Artikel hat sich der Arbeitgeber nicht nur jedes Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte seiner Mitarbei-

tenden zu enthalten, sondern diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Arbeitskollegen oder Dritten zu schützen<sup>47</sup>. Konnte eine sexuelle Belästigung nachgewiesen werden, ist es am Arbeitgeber zu beweisen, "dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigung nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können"<sup>48</sup>. Da im Gesetz die zu ergreifenden Massnahmen nicht konkretisiert sind, muss jeder Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Situation des Betriebs beurteilt werden<sup>49</sup>.

### I. Pflicht zur Prävention

Im Fall einer Hausangestellten, welche behauptete, vom Ehemann ihrer Arbeitgeberin belästigt worden zu sein, entschied das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, dass man von einer privaten Arbeitgeberin nicht erwarten kann, dass sie vergleichbare Präventivmassnahmen ergreift, wie sie von einer grossen Firma getroffen werden sollten, beispielsweise die Schaffung einer Ansprechstelle im Unternehmen, das Verteilen von Aufklärungsschriften oder die Androhung von betriebsinternen Sanktionen. Das Gericht schloss, dass der Arbeitgeberin, die nie auf das Verhalten ihres Ehemannes aufmerksam gemacht worden war, der Entlastungsbeweis nach Art. 5 Abs. 3 GIG gelungen wäre, wenn die sexuelle Belästigung hätte nachgewiesen werden können<sup>50</sup>.

Der Entlastungsbeweis nach Art. 5 Abs. 3 GIG wurde auch in einem Urteil des Chambre d'appel des prud'hommes Genf vom 3. März 2005 zugelassen. Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass der Arbeitgeber, ein Kioskbesitzer, hinreichend Massnahmen ergriffen hatte, um einen Fall von

41 Entscheid vom 11. September 1996, PRK 24/1995, Erw. 5.c.

42 Wie es im seinerzeit in Kraft stehenden Art. 24 des Beamtengesetzes vom 30. Juni 1927 verlangt wurde.

43 Entscheid vom 11. September 1996 (FN 41), Erw. 6.c.aa.

44 Kantonsgericht Waadt, 19. Januar 2000, (FN 16), Erw. 4.

45 Bundesgericht, 6. April 2001 (FN 24), Erw. 5. Das Gericht fügt hinzu, dass die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses zeigt, dass die Klägerin die ihr vom Arbeitgeber aufgezwungene Atmosphäre nicht akzeptierte.

46 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, 9 ff., 30; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 47.

47 Wie das Bundesgericht in einem Entscheid vom 8. Februar 2006, BGE 132 III 257, Erw. 5, in Erinnerung ruft.

48 Art. 5 Abs. 3 GIG.

49 EDI CLASS, RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996, 26; KAUFMANN (FN 7), Art. 4 N 45; GEISER (FN 15), 445.

50 Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, 10. April 2001, 42-00/1087 (A 281), Erw. 3b, in welcher auf MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 5 N 37 ff., verwiesen wird.

sexueller Belästigung, über welchen er informiert worden war, zu beenden, stellte es sich die Frage, ob der Arbeitgeber auch im Allgemeinen ausreichende Präventivmassnahmen gegen sexuelle Belästigung getroffen hatte. Die Genfer Richter haben dies bejaht, und zwar insbesondere, weil der für die Angestellten der fraglichen Firma geltende Gesamtarbeitsvertrag vorsieht, dass Fälle von sexueller Belästigung entweder dem Arbeitgeber oder der paritätischen Kommission gemeldet werden können. Das Gericht stellte fest, dass nur eine sehr allgemein gehaltene Information gegeben wurde. Es sei jedoch offenkundig, dass alle Angestellten den Personaldienst kennen würden. Deshalb hielt das Gericht fest, dass die Betroffene wusste bzw. wissen musste, dass sie im Falle eines Problems den Personaldienst kontaktieren konnte. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber keine spezifische Information zur sexuellen Belästigung abgegeben hatte, wurde ihm nicht zu seinem Nachteil ausgelegt<sup>51</sup>.

Einige Monate später scheint jedoch das *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* seine Anforderungen an die von einem Arbeitgeber zur Verhinderung von sexueller Belästigung zu ergreifenden Massnahmen verschärft zu haben. In einem Urteil vom 20. Oktober 2005 entschied das Gericht, dass der Arbeitgeber sich im konkreten Fall nicht seiner Verantwortung entziehen konnte, indem er sich auf die seinem Personal im Zeitpunkt der Anstellung abgegebene Dokumentation berief, welche das Vorgehen im Falle von sexueller Belästigung oder Mobbing beschrieb. Diese Dokumentation sei sehr theoretisch und scheine vor allem angesichts der Art und Weise, wie sie initiiert und verbreitet worden ist, für die Mitarbeiter mangels regelmässiger Hinweise, mangels Information und mangels konkreter Handlungsanweisungen tot Buchstabe geblieben zu sein. Mit anderen Worten genügte diese Dokumentation für die Erreichung des angestrebten Ziels nicht<sup>52</sup>.

Dieses zweite Urteil lässt sich mit dem schon ausgiebig zitierten Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998 vergleichen. Gemäss dem Zürcher Gericht hat ein Arbeitgeber, der das Thema sexuelle Belästigung lediglich kurz in einer Kadersitzung zur Sprache brachte, ohne sein Personal zu informieren, dass ein solches Verhalten nicht toleriert würde, nicht diejenigen Präventivmassnahmen getroffen, die sachlich von ihm hätten erwartet werden können. In der Kadersitzung hatte die Hoteldirektion gewiss erklärt, dass inkorrektes Verhalten wie sexuelle Belästigung oder das Nichteinhalten der Arbeitszeiten der Personalabteilung gemeldet werden müssen. Es wurde aber mit keinem Wort auf die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen einer sexuellen Belästigung hingewiesen. Vor allem aber erfolgte keine Weisung an das Personal, ein solches Verhalten nicht zu tolerieren bzw. selbst zu unterlassen<sup>53</sup>. Das Vorhandensein einer internen Ansprechstelle für das Personal kann nicht genügen, um den Arbeitgeber zu entlasten. Denn dem Personal muss auch bewusst sein, dass diese Ansprechstelle gerade auch für solche heiklen Probleme wie sexuelle Belästigung da ist. Die Angestellten werden aber nur dann den Eindruck haben, über sexuelle Belästigung sprechen zu können, wenn ihnen bekannt ist,

wie sich der Arbeitgeber zu diesem Thema stellt. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass er nicht über die sexuelle Belästigung informiert worden sei, wenn er die präventiven Massnahmen, die eben gerade ein solches Verhalten verhindert hätten, nicht getroffen hat<sup>54</sup>.

## II. Pflicht zur Beseitigung der sexuellen Belästigung

Das Studium der in den letzten Jahren ergangenen Rechtsprechung zeigt mehrere Fälle, bei welchen die vom Arbeitgeber nach einer sexuellen Belästigung getroffenen Massnahmen als ungenügend oder ungeeignet beurteilt worden sind. Zur Veranschaulichung werden zwei Entscheide des Bundesgerichts aufgeführt. Im ersten Entscheid vom 4. Juli 2000 hat das Gericht die Reaktion des Arbeitgebers, der sich auf die Ankündigung beschränkt hatte, dass er die Direktion, die aber selber ebenfalls Objekt von Anschuldigungen seitens der Klägerin war, mit einer Untersuchung betrauen würde, als ungeeignet beurteilt<sup>55</sup>. Im zweiten Urteil vom 8. Januar 1999 hat das Bundesgericht entschieden, dass der Arbeitgeber hätte eingreifen müssen, um das Treiben seines Direktors zu beenden, statt die Klägerin zu einer Diskussion mit ihrem Vorgesetzten anzuhalten, der ihr wenige Tage später kündigte<sup>56</sup>.

Im weiter oben erwähnten Urteil vom 3. März 2005 dagegen hat das *Chambre d'appel des prud'hommes Genf* entschieden, dass der Arbeitgeber die notwendigen Massnahmen zur Beseitigung der sexuellen Belästigung einer Verkäuferin durch den Verantwortlichen eines seiner Kioske getroffen hatte. Das Gericht hebt hervor, dass der Arbeitgeber zuallererst die Verkäuferin angehört und Kenntnis von ihren Klagen genommen hat. Er hat sich um ihren Zustand gesorgt und ihr verschiedene Institutionen angegeben, die sie unterstützen und ihr behilflich sein konnten. Anschliessend hat er den Kioskverantwortlichen vorgeladen und ihn sogleich verwarnt und angeordnet, auf der Stelle mit seinem deplazierten Verhalten aufzuhören. Letzterer hat sich schriftlich bei der Verkäuferin entschuldigt. Es wurde eine interne Untersuchung durchgeführt. Der Arbeitgeber hat im Übrigen eine Mediation vorgeschlagen und sich bereit erklärt, sämtliche Kosten dafür zu übernehmen. Das *Chambre d'appel* hält fest, dass sich der Arbeitgeber gegenüber der Verkäuferin zugänglich und verständnisvoll gezeigt hat. Er hat mit der Arbeitsaufsichtsbehörde, bei welcher sich

51 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 3. März 2005, C/3842/2002 – 3, Erw. 6.

52 *Chambre d'appel des prud'hommes Genf*, 20. Oktober 2005, C/21343/2003 – 5, Erw. 3.

53 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8) 293–294, Erw. 5a.

54 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), Erw. 5b.

55 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 398–399.

56 Bundesgericht, 8. Januar 1999, SJ 1999 277, 281.



die Verkäuferin beschwert hatte, zusammengearbeitet. Schliesslich hat er den Kioskverantwortlichen in einen anderen Kiosk umgeteilt, sobald er Kenntnis hatte vom Urteil des Tribunal de police, welches diesen aufgrund des von ihm zugegebenen deplazierten Verhaltens gegenüber seiner Untergebenen verurteilt hatte. Zwischen der Aufdeckung der Tatsachen durch die Angestellte und der Versetzung des Täters sind mehr als ein Jahr vergangen, und es stellte sich die Frage, ob diese Versetzung sogleich, im Zeitpunkt der Klage, hätte vorgenommen werden müssen. Das Gericht erinnerte daran, dass es zu jenem Zeitpunkt am Arbeitgeber war, Massnahmen zur Beseitigung der sexuellen Belästigung zu treffen, und befand, dass sich eine Versetzung des Kioskverantwortlichen nicht aufdrängte, da die Verkäuferin krankgeschrieben war und nicht arbeitete. Im konkreten Fall stellte die Verwarnung zusammen mit der Anordnung die nach Art. 5 Abs. 3 GIG geforderte Massnahme zur Beseitigung der Belästigung dar<sup>57</sup>.

### III. Ist die fristlose Entlassung des Täters gerechtfertigt?

Schon bevor das Gleichstellungsgesetz in Kraft trat, hatte das Tribunal des prud'hommes Genf erklärt, dass sich ein Arbeitgeber gegebenenfalls fristlos von einem Arbeitnehmer trennen können müsse, sei dies ein Direktor, Vizedirektor oder Geschäftsführer, wenn dieser sexuell belästigt hat<sup>58</sup>. Das Bezirksgericht Schwyz hat beispielsweise die fristlose Entlassung eines Angestellten, welcher an den Busen einer minderjährigen Lehrtochter gegriffen hatte, als gerechtfertigt betrachtet. Der Arbeitgeber konnte nicht einfach davon ausgehen, dass eine Wiederholung ausgeschlossen ist. Sonst hätte ihm gegebenenfalls eine schwere Verletzung seiner Fürsorgepflicht vorgeworfen werden können<sup>59</sup>.

Gemäss dem Bundesgericht war die fristlose Kündigung eines Walliser Polizeibeamten, der eine Sekretärin sexuell belästigt hatte, weder willkürlich noch unverhältnismässig. Die Sekretärin hatte sich wiederholt über das Verhalten des Polizisten beschwert, welchem in der Folge der Zutritt zu ihrem Büro verboten wurde. Da die Probleme jedoch anhielten, beschloss die Gemeindebehörde, die beiden Parteien zu einem Gespräch mit einer auf Belästigungen spezialisierten Beraterin aufzubieten. Die Vermittlung zeitigte aber keinen Erfolg, und die Gemeindebehörde veranlasste eine Administrativuntersuchung. Der damit betraute ehemalige Strafuntersuchungsrichter schloss zusammenfassend, dass der Vorwurf der sexuellen Belästigung aufrechterhalten werden sollte. Nachdem der Polizist zweimal zu den Vorwürfen gegen ihn angehört worden war, beschloss die Gemeindebehörde dessen fristlose Entlassung. Die Belästigung stellte zwar den Hauptgrund für die Entlassung dar, die Gemeindebehörde hat aber zu Recht auch die Verwarnungen, welche dem Polizisten aufgrund der schlechten Arbeitsqualität ausgesprochen werden mussten, sowie sein generelles, einem Polizeibeamten unwürdiges Benehmen berücksichtigt. Mit der Auflösung des Dienstverhältnisses habe die Gemeindebehörde keine unverhältnismässige Massnahme getroffen,

sondern die unter diesen Umständen einzig mögliche Sanktion ausgesprochen<sup>60</sup>.

Das Bundesgericht hat dagegen entschieden, dass das Versenden eines E-Mails mit pornographischem Inhalt nicht zwingend eine fristlose Kündigung ohne vorhergehende Verwarnung rechtfertigt. Im konkreten Fall war die Entlassung des Mitarbeiters kurz nach der Kündigung einer Arbeitnehmerin ausgesprochen worden, die es nicht mehr ertragen hatte, von ihren Arbeitskollegen E-Mails mit pornographischem Charakter zu erhalten. Die Direktion hatte als Reaktion darauf in einem Rundbrief nachdrücklich darauf hingewiesen, dass sexuelle Belästigungen im Betrieb nicht toleriert würden. Der entlassene Mitarbeiter war jedoch nicht an den Vorfällen beteiligt, welche den Grund für die obenerwähnte Kündigung darstellten. Sein einziges E-Mail war an einen externen Kollegen adressiert, der nichts dagegen einzuwenden hatte. Eine Verwarnung hätte deshalb genügt, um ihn von weiteren Belästigungen abzuhalten<sup>61</sup>. Das Bundesgericht hat ausserdem entschieden, dass ein einziger Fall von Exhibitionismus in einem Hotelzimmer während einer Geschäftsreise nicht genügend schwerwiegend war, um eine fristlose Entlassung des Mitarbeiters zu rechtfertigen, der in der Firma keine Kaderstellung innehatte<sup>62</sup>.

### IV. Fazit

Die in den letzten Jahren zur sexuellen Belästigung ergangene Rechtsprechung zeigt, dass es kein Patentrezept gibt, dessen Umsetzung den Arbeitgeber im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG automatisch entlasten würde. Die Gerichte prüfen bei jedem Fall neu, ob die unternommenen Schritte wirklich geeignet waren, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beseitigen. Die Ausarbeitung eines Reglements oder die Bezeichnung einer Ansprechperson sind nicht immer ausreichend. So muss das Personal das fragliche Reglement auch kennen und den Eindruck haben, sich an die bezeichnete Person wenden zu dürfen. Das Bundesgericht hat mehrfach in Erinnerung gerufen, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist einzuschreiten, um eine sexuelle Belästigung zu beenden. Die von ihm zu treffenden Massnahmen können in den schwersten Fällen bis zur fristlosen Entlassung des Täters gehen.

57 Chambre d'appel des prud'hommes Genf, 3. März 2005 (FN 51), Erw. 5.

58 Tribunal des prud'hommes Genf, 21. November 1991 (FN 3), 172.

59 Bezirksgericht Schwyz, 6. November 2000 (FN 34), 305.

60 Bundesgericht, 10. Februar 2004, 2P.19/2004, Erw. 2.

61 Bundesgericht, 30. Juli 2003 (FN 32).

62 Bundesgericht, 24. Juni 2004, 4C.100/2004, Erw. 3.2., welches seinen Entscheid insbesondere damit begründet, dass der Täter gehandelt hatte, als seine Arbeitspflichten beendet waren.

## D. Entschädigung für sexuelle Belästigung, Schadenersatz und Genugtuung

### I. Schadenersatz und Genugtuung

Der Arbeitgeber, der seine Fürsorgepflicht im Sinne von Art. 328 OR verletzt, hat gemäss Art. 97 ff. und 49 OR für den durch seine Nachlässigkeit verursachten materiellen und psychischen Schaden einzustehen. Auf der Basis von Art. 101 OR haftet er ebenfalls für den materiellen oder psychischen Schaden aus sexueller Belästigung, den seine Hilfspersonen verursacht haben<sup>63</sup>. Mit Urteil vom 13. Oktober 2004 hat das Bundesgericht auf der Grundlage dieser Bestimmung beispielsweise eine Waadtländer Gemeinde für das Mobbing einer Sekretärin durch eine Hilfsperson zur Verantwortung gezogen. Nachdem es die Haftung der Gemeinde auf der Basis von Art. 101 OR bejaht hatte, befand das Gericht, dass es nicht mehr notwendig sei abzuklären, ob die Gemeinde auch eine Vertragsverletzung begangen habe, weil sie nicht alle notwendigen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit ihrer Angestellten ergriffen hatte, als diese ihr die Situation zur Kenntnis gebracht hatte<sup>64</sup>. Bei einer Bibliothekarin, welche sich insbesondere über sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz beschwerte, ruft das Bundesgericht in seinem Urteil vom 6. April 2005 in Erinnerung, dass Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, welche Opfer einer gesetzeswidrigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit durch ihren Arbeitgeber (Art. 328 OR) oder dessen Hilfspersonen werden, Genugtuung nach den Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 OR fordern können. Im konkreten Fall hat das Gericht jedoch entschieden, dass die Verweigerung einer Genugtuung nicht im Widerspruch zu Art. 49 und 328 OR stand, da der Beweis für sexuelle Belästigung oder Mobbing nicht erbracht werden konnte<sup>65</sup>.

### II. Entschädigung für sexuelle Belästigung

Wenn es dem Arbeitgeber nicht gelingt zu beweisen, dass er die notwendigen Massnahmen getroffen hat, um sexuelle Belästigung zu verhindern oder zu beenden, kann er zur Zahlung einer Entschädigung auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GIG verurteilt werden. Die Entschädigung wird unter Würdigung aller Umstände festgesetzt und auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet. Art. 5 Abs. 4 GIG präzisiert, dass die Entschädigung den Betrag, der sechs Monatslöhnen entspricht, nicht übersteigen darf. In der Praxis liegen die aufgrund dieser Bestimmung zugesprochenen Beträge im Allgemeinen bei einem bis drei Monatslöhnen. Das Bezirksgericht Arlesheim hat beispielsweise einer Verkäuferin, welche sich über sexuelle Annäherungsversuche durch ihren Vorgesetzten beschwert hatte, eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohns zugesprochen. Da nur eine einzige deplazierte Äusserung seitens des Vorgesetzten nachgewiesen werden konnte, war eine Entschädigung in der von der Klägerin geforderten Höhe von sechs Monatslöhnen nicht gerechtfertigt<sup>66</sup>.

### III. Kumulation von Genugtuung und Entschädigung für sexuelle Belästigung

Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998 soll nochmals zu Illustrationszwecken beigezogen werden. Das Gericht hat jeder der beiden Praktikantinnen (Klägerinnen) auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 GIG eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen (schweizerischer Durchschnittslohn) zugesprochen. Zusätzlich wurde den Klägerinnen eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen für die fristlose Kündigung sowie eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 7000.– gewährt. Das Gericht erklärt, dass die durch den Arbeitgeber geschuldete Entschädigung infolge Verletzung der Fürsorgepflicht weder Schadenersatz- noch Genugtuungscharakter hat. Es wird keine materielle oder psychische Schädigung vorausgesetzt<sup>67</sup>. "Die Entschädigung mangelnder Prävention im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GIG stellt eine Bestrafung der Arbeitgeberin dar und ist unabhängig davon zuzusprechen, ob dem Opfer immaterielle Unbill widerfahren ist. Deren Höhe hat demzufolge bei der Bemessung der Genugtuung gleichfalls unberücksichtigt zu bleiben"<sup>68</sup>.

Diese Lösung stimmt zwar mit der Mehrheit der Lehre überein<sup>69</sup>, widerspricht aber der Praxis des Tribunal und des Chambre d'appel des prud'hommes Genf, welche mehrfach entschieden haben, dass die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG nicht mit der Genugtuung kumuliert wer-

63 Wie dies schon ein Urteil des Chambre d'appel des prud'hommes Genf zu sexueller Belästigung am 24. November 1989, JAR 1990, 183, 186 (FN 4) festgestellt hatte.

64 Bundesgericht, 13. Oktober 2004, 4C.343/2003, Erw. 4. Beim Entscheid der Frage, ob der Kantonsbeamte, der eine durch die Gemeinde angestellte Sekretärin belästigt hatte, als Hilfsperson der Gemeinde betrachtet werden konnte, hat das Gericht bejahend geantwortet, und zwar mit der Begründung, dass dem Beamten durch die Gemeinde zumindest stillschweigend die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten aus Art. 328 OR hinsichtlich des Sekretariatspersonals übertragen worden war.

65 Bundesgericht, 6. April 2005, 4C.473/2004, Erw. 8, welche sich auf BGE 125 III 70, einem Fall von Mobbing, bezieht, wonach der Arbeitgeber auf der Grundlage von Art. 101 OR für Beeinträchtigungen der Persönlichkeit durch seine Mitarbeiter einstehen muss.

66 Bezirksgericht Arlesheim, 21. Januar 1999 (FN 13), Erw. 6 c.  
67 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 295, mit Verweis auf CLAUDIA KAUFMANN, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, in: IVO SCHWANDER, RENÉ SCHAFFHAUSER (FN 46), 59 ff., 72.

68 Arbeitsgericht Zürich, 30. September 1998 (FN 8), 299.

69 Vgl. beispielsweise VÖGELI (FN 30), 46; KLETT (FN 18), 58–59; BIGLER-EGGENBERGER (FN 50), Art. 5 N 21, 43, 64, 74, 78; FELIX DASSER, Punitive damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96 (2000) 106–107.

den kann<sup>70</sup>. Die Genfer Richter verweisen auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2000, welches sich jedoch nicht wirklich zu dieser Frage äussert<sup>71</sup>. Das Urteil bezieht sich insbesondere auf die Auffassung von COSSALI SAUVIN und hält fest, dass das GIG eine *lex specialis* zu den Bestimmungen des Obligationenrechts darstelle, und insofern der Ersatz für denselben Schaden in beiden Gesetzen vorgesehen sei, der Arbeitnehmer nur Anspruch auf eine einzige Entschädigung für die gleiche Beeinträchtigung habe<sup>72</sup>.

COSSALI SAUVIN schliesst also eine Kumulation der Entschädigung für missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336a OR und der Entschädigung für diskriminierende Kündigung aufgrund von Art. 5 Abs. 2 GIG mit der Begründung aus, dass die beiden Sanktionen dieselbe Funktion hätten. Hingegen ist COSSALI SAUVIN der Auffassung, dass Schadenersatz und Genugtuung zur Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG hinzukommen können, da jede Sanktion eine andere Funktion habe<sup>73</sup>. Das Bundesgericht erklärt weiter, dass das Gleichstellungsgesetz in Art. 5 Abs. 3 einen zusätzlichen Rechtsanspruch einführe, welcher es dem Richter erlaube, unabhängig vom erlittenen Schaden den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung an den Arbeitnehmer zu verurteilen<sup>74</sup>. Zu Unrecht also stützen sich die Genfer Gerichte auf den Bundesgerichtsentscheid vom 4. Juli 2000, um eine immerhin ausdrücklich in Art. 5 Abs. 5 GIG vorgesehene Kumulation der Entschädigung aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber (Art. 5 Abs. 3 GIG) und der Genugtuung für sexuelle Belästigung (Art. 49 OR) auszuschliessen.

Kürzlich hätte das Bundesgericht die Gelegenheit gehabt, klar Stellung zur Möglichkeit einer solchen Kumulation zu nehmen, wenn die Beschwerdeführerin, welche wegen sexueller Belästigung und Mobbing durch den Direktor der Schule, in welcher sie arbeitete, gegen den Kanton Wallis klagte, es nicht versäumt hätte, Antrag auf Zahlung einer Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG zu stellen. Da sich die Lehrerin überdies auf keinen anderen aus Art. 5 GIG ableitbaren Anspruch berief, entschied das Bundesgericht, dass die Beschwerde einzig auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 5 GIG, welcher Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung vorbehält, geprüft werden müsse<sup>75</sup>.

#### IV. Fazit

Obwohl das Gleichstellungsgesetz die Möglichkeit für belästigte Personen einführt, zusätzlich zum Ersatz des erlittenen materiellen und ideellen Schadens (Art. 5 Abs. 5) die Zahlung einer speziellen Entschädigung, welche den Arbeitgeber für seine Verletzung der Fürsorgepflicht (Art. 5 Abs. 3) bestraft, zu erlangen, sind die Entscheide zu einer solchen Kumulation noch selten. Die Schwierigkeit, eine sexuelle Belästigung und den daraus entstandenen Schaden zu beweisen, vermag zu einem Teil die geringe Zahl von Entscheiden, welche den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung für sexuelle Belästigung und Genugtuung verurteilen, zu erklären. Die Tatsache, dass die verschiedenen aus Art. 5 GIG ableitbaren Ansprüche gewissen kan-

tonalen Gerichten noch zu wenig bekannt sind, trägt sicher auch dazu bei.

#### E. Schlusswort

Abgesehen von der Lohndiskriminierung ist die sexuelle Belästigung derjenige Typ von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden, auf welchen man sich vor den schweizerischen Gerichten am häufigsten beruft<sup>76</sup>. Besonders im Kanton Genf machen immer mehr Frauen geltend, am Arbeitsplatz nicht nur gemobbt, sondern auch sexuell belästigt zu werden. Obschon mehrere Entscheide darauf hinweisen, dass sexistische oder peinliche Bemerkungen, welche die Würde eines Geschlechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen, als sexuelle Belästigung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes qualifiziert werden müssen, scheint noch kein einziger Entscheid die Verbindungen zwischen diesem Begriff und dem Begriff des *Mobbings* wirklich untersucht zu haben. Wenn der schwierige Beweis der sexuellen Belästigung erbracht werden konnte, prüfen die Gerichte üblicherweise, ob der Arbeitgeber die ihm zumutbaren Massnahmen getroffen hat, welche auch von ihm erwartet werden können, um im konkreten Fall die sexuelle Belästigung zu beseitigen. Die Frage hingegen, ob der Arbeitgeber generell diejenigen vorbeugenden Massnahmen ergriffen hat, welche es erlaubt hätten, das belästigende Verhalten im Unternehmen zu vermeiden, wird selten gestellt. Die Frage der Kumulation der verschiedenen aus Art. 5 GIG ableitbaren Entschädigungen im Falle von sexueller Belästigung schliesslich wird je nach Kanton weiterhin unterschiedlich beurteilt.

70 Chambre d'appel des prud'hommes Genf, 19. Juni 2006, C/28777/2003, Erw. 4; Tribunal des prud'hommes, 19. August 2005, C/28777/2003 – 1, Erw. 3; Tribunal des prud'hommes, 24. September 2002, C/12999/2001 – 3, Erw. 5; Tribunal des prud'hommes, 23. Januar 2001, C/3803/2000 – 4, Erw. 2.

71 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25). Für einen Kommentar zu diesem Urteil vgl. KARINE LEMPEN, AJP 2001 1108–1111; FRANZ WERRO, MARJOLAINE VIRET, *Egalité entre femmes et hommes: La responsabilité civile de l'employeur*, in: ASTRID EPINEY, IRA VON DANCKELMANN (Hrsg.), *L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE*, Freiburg 2004, 89 ff., 106–108.

72 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 397, Erw. 7 b.a.a., mit Bezugnahme auf COSSALI SAUVIN (FN 26), 75.

73 COSSALI SAUVIN (FN 26), 75.

74 Bundesgericht, 4. Juli 2000 (FN 25), 398, Erw. 7b.cc.

75 Bundesgericht, 9. Mai 2006, 2P.165/2005, 2A.419/2005, Erw. 4.

76 STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL (FN 2), 33.

# Schutz vor sexueller Belästigung gemäss Gleichstellungsgesetz

## Grundlagen und Erfahrungen aus der Praxis



JUDITH WISSMANN LUKESCH,  
Rechtsanwältin, Zürich  
und Schöffliisdorf

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Sachverhalt der sexuellen Belästigung
- C. Gesetzliche Grundlagen und Akteure
  - a) Gleichstellungsgesetz und OR
  - b) Arbeitsgesetz
  - c) Personalgesetze
  - d) Strafgesetzbuch
- D. Vor- und Nachteile von Strafverfahren und Verfahren nach Gleichstellungsgesetz
- E. Ansprüche nach Gleichstellungsgesetz bei sexueller Belästigung
- F. Präventive Massnahmen gegen sexuelle Belästigung
- G. Verfahrensregeln nach Gleichstellungsgesetz
  - a) Allgemein
  - b) Beweislast
  - c) Beweismittel
- H. Schlusswort

## A. Einleitung

Seit 1996 wird die Thematik der sexuellen Belästigung als besondere Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch das Gleichstellungsgesetz geregelt. Vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes wurden Fälle von sexueller Belästigung unter den Persönlichkeitsschutz von Art. 328 OR subsumiert, wenn gegen den Arbeitgeber vorgegangen wurde, und – wie heute noch – wurde das Strafgesetzbuch angerufen, um gegen den Täter vorzugehen. Im Folgenden werden Grundlagen und Erfahrungen aus der anwaltschaftlichen Praxis zu sexueller Belästigung wiedergegeben.

## B. Sachverhalt der sexuellen Belästigung

Es gibt *keine aktuellen Zahlen* dazu, wie oft in der Schweiz sexuelle Belästigung im Erwerbsleben vorkommt. Die letzte umfassende Studie zu diesem Thema stammt aus dem

Jahre 1993<sup>1</sup> und zeigt auf, dass 59% der befragten Frauen im Verlauf der vergangenen zwei Arbeitsjahre sexuelle Belästigung erlebt haben. Zu etwa 90% sind die Opfer von sexueller Belästigung Frauen. Neuere Untersuchungen zeigen, dass von 100 Männern ungefähr 15 bis 20 von sexueller Belästigung betroffen sind. Sie werden etwa gleich häufig von anderen Männern wie von Frauen belästigt.<sup>2</sup>

In der aktuellen *Evaluation* der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes<sup>3</sup> hat sich gezeigt, dass sexuelle Belästigung das zweithäufigste Thema bei den Schlichtungsstellen und in den Gerichtsurteilen ist. Viele Fälle werden insbesondere im Kanton Zürich schon vor der Schlichtungsstelle erledigt, so dass etwa im Vergleich zum Kanton Waadt anteilmässig weniger Fälle zu diesem Thema bis vor Gericht gebracht werden. Eine Schwierigkeit besteht also darin, dass sexuelle Belästigung nicht vor Gericht geltend gemacht wird – oder erst dann, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde. Aus der Evaluation der Gerichtsfälle wird deutlich, dass in den wenigsten Fällen das Arbeitsverhältnis bei Durchführung des Gerichtsverfahrens noch bestand.<sup>4</sup>

Immerhin kann aus den vielen evaluierten Gerichtsurteilen eine zusammenfassende *Definition der sexuellen Belästigung* herausgefiltert werden:<sup>5</sup>

Als sexuelle oder sexistische Belästigung gilt jede Handlung mit sexuellem Bezug, die von einer Seite unerwünscht ist und die eine Person aufgrund ihres Geschlechts herabwürdigt. Es sind unerwünschte Annäherungs- sowie Abwertungsversuche jeder Art in Form von Gesten, Äusserungen, Darstellungen und Handlungen. Es sind unerwünschte körperliche Kontakte, sexuell abfällige Anspielungen, die von jemandem am Arbeitsplatz vor- oder angebracht wer-

1 VÉRONIQUE DUCRET/CHLOÉ FEHLMANN, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Wöüber Frauen schweigen. Untersuchung in Genf. Bern: EDMZ, 1993.

2 Grundlageninformationen in: BETTINA KURZ/LU DECURTINS/JUDITH WISSMANN LUKESCH, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Module für HR-Fachpersonen, Hrsg. Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Publikation erfolgt ca. Ende 2006.

3 HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht. Im Auftrag des Bundesamts für Justiz, 2005. Zu beziehen unter <http://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006/2006-02-16.html>, Synthesebericht. Unter derselben Adresse sind auch die verschiedenen Teilberichte verfügbar.

4 ELISABETH FREIVOGEL (unter Mitarbeit von JUDITH WISSMANN LUKESCH), Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich, Einzelbericht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, 2005, genannt Teilbericht Analyse Gerichtsfälle, 8 und 31 f.

5 Teilbericht Analyse Gerichtsfälle (FN 4), 32.

den und von der Person oder der Personengruppe, an die sie sich richten, als beleidigend, unangemessen und/oder unerwünscht empfunden werden. Massgebend ist, ob die Handlung nach Durchschnittsempfinden auf die betroffene Person belästigend wirkt. Es kommt nicht darauf an, was die belästigende Person wollte oder beabsichtigte.

Sexuelle Belästigung hat weitgehende *Auswirkungen*. Sexuelle Belästigung führt zu Personalwechseln, Fehlzeiten und Abnahme der Produktivität in der Unternehmung. Zudem entstehen enorme Gesundheitskosten, denn sexuelle Belästigung ist eine Verletzung der Persönlichkeit, welche häufig auch körperliche und seelische Folgen hat: Opfer von sexueller Belästigung werden oft krank, auch über längere Zeit, oder scheiden sogar gänzlich aus dem Erwerbsleben aus. VÉRONIQUE DUCRET erwähnt eine amerikanische Studie aus dem Jahre 1995, die diese Kosten für die Angestellten der Bundesverwaltung geschätzt hat: sie belaufen sich auf 189 Millionen Dollar im Jahr. Dazu kommt der Imageschaden für die Unternehmung.<sup>6</sup> Die *Reaktionen* der Betroffenen sind nicht immer adäquat: Belästigte reagieren oft selbst mit strafbaren Handlungen. Die in der Gerichtspraxis dokumentierten Fälle haben dies deutlich aufgezeigt.<sup>7</sup>

### C. Gesetzliche Grundlagen und Akteure

Die *Rechtsgrundlagen* zum Thema sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz sind verstreut. Die wichtigsten Rechtsquellen sind:

- Gleichstellungsgesetz (GIG), insbes. Art. 4 und 5 (Verbot sexueller Belästigung und Rechtsansprüche)
- Personalgesetze (PG) von Bund, Kantonen oder Gemeinden, für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse
- Obligationenrecht (OR), insbes. Art. 328 Abs. 1 (Persönlichkeitsschutz von Arbeitnehmenden)
- Arbeitsgesetz (ArG), insbes. Art. 6 Abs. 1 und ArGV 3, Art. 2 (Gesundheitsschutz)
- Strafgesetzbuch (StGB), Art. 187 bis 200, insbes. Art. 198 (Sexualdelikte)
- innerbetriebliche Reglemente für den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz.

Diese verschiedenen Rechtsgrundlagen bewirken, dass es auch *verschiedene Akteure* geben kann:

#### a) Gleichstellungsgesetz und OR

Das Gleichstellungsgesetz und das OR regeln die Pflicht der Arbeitgebenden, ihre Arbeitnehmenden angemessen vor sexueller Belästigung zu schützen. Sie müssen aktiv werden.<sup>8</sup> Wird innerhalb eines Betriebs der Vorwurf von sexueller Belästigung gemacht, so treten zuerst das *Unternehmen* und dort insbesondere die Personalverantwortlichen in Aktion, danach kommt eventuell eine interne Beschwerdestelle zum Zug. Ohne Einigung geht der Fall an die *Schlichtungsstelle* nach Gleichstellungsgesetz und an das *Arbeitsgericht* weiter.

#### b) Arbeitsgesetz

Bei Gesundheitsschutzmassnahmen gemäss Arbeitsgesetz werden ebenfalls das *Unternehmen* selbst sowie das *Arbeitsinspektorat* tätig. Nach Art. 6 Abs. 1 ArG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. Dieser letzte Satz beinhaltet namentlich den Schutz vor sexueller Belästigung, welche eine Verletzung der persönlichen Integrität darstellt.<sup>9</sup> In Art. 2 Abs. 3 der Verordnung 3 wird dies konkretisiert: Der Arbeitgeber muss alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu wahren. Die Wegleitung zu dieser Verordnung präzisiert die Persönlichkeitsschutzpflichten noch genauer:<sup>10</sup> "(...) Der Arbeitgeber hat diese Forderung nicht nur selbst einzuhalten, sondern auch dafür zu sorgen, dass die persönliche Integrität ebenfalls durch die andern Arbeitnehmer und allenfalls durch Kunden respektiert wird. (...) Der Arbeitgeber ist gehalten, ein Konzept auszuarbeiten, worin Sensibilisierung, Schulung, Information und eine geeignete Organisation die Hauptinstrumente bilden, um Betrieb und Arbeitsklima für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von der Gefahr sexueller Belästigung freizuhalten." In jedem Kanton gibt es eine Verwaltungsstelle, die für die Einhaltung des Arbeitsgesetzes zuständig ist und in der Regel "Arbeitsinspektorat" genannt wird. Gemäss DUCRET gestalten sich dessen Kompetenzen wie folgt:<sup>11</sup> Das Arbeitsinspektorat muss, sobald es eine Anzeige wegen Verletzung des Arbeitsgesetzes erhält, beim betreffenden Arbeitgeber intervenieren und ihn an seine gesetzlichen Pflichten erinnern. Das Arbeitsinspektorat kann eine Untersuchung durchführen, einen Augenschein am Arbeitsort vornehmen und Zeugenaussagen einholen. Bestätigen sich die Vorwürfe eines Verstosses gegen das Arbeitsgesetz und weigert sich der Arbeitgeber, Massnahmen dagegen zu treffen, kann das Arbeitsinspektorat den Fall bei den Straf-

6 VÉRONIQUE DUCRET, Sexuelle Belästigung – was tun? Ein Leitfaden für Betriebe, Zürich 2004, bzw. französische Ausgabe Genf 2001, 41; M. A. NEWMAN, Sexual harassment and productivity: It's not just a U.S. problem, in: Public Productivity Review, San Francisco, Dezember 1995, 172–186.

7 BGE 4C.187/2000 bzw. <http://www.leg.ch>, Fall VD/03, wo auch die Entscheide der Vorinstanzen zusammengefasst wiedergegeben werden; BGE 2P.165/2005 bzw. 2A.419/2005 unter <http://www.bger.ch>, Neue Entscheide vom 3.8.2006; weitere Beispiele unter <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Sexuelle Belästigung.

8 Vgl. dazu nachfolgend die Ausführungen unter b) und F.

9 VÉRONIQUE DUCRET (FN 6), 53.

10 Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, herausgegeben vom Staatssekretariat für Wirtschaft seco, Bern 1999, 302.

11 VÉRONIQUE DUCRET (FN 6), 54.

verfolgungsbehörden anzeigen; diese können dem fehlbaren Arbeitgeber eine Busse auferlegen. Bisher gab es jedoch nur selten derartige Anzeigen an das Arbeitsinspektorat<sup>12</sup>.

### c) Personalgesetze

Weitere Akteure kommen im öffentlichen Dienst vor: Die Personalgesetze legen üblicherweise ein Prozedere für personalrechtliche Massnahmen fest. Meist gibt es ein informelles Verfahren, z.B. mit Vertrauenspersonen oder Anlaufstellen, und ein formelles Beschwerdeverfahren.<sup>13</sup> Sexuelle Belästigung im öffentlichen Dienst wird nach den Regeln des *Verwaltungsverfahrens* untersucht, wobei auch hier in den meisten Kantonen parallel die Schlichtungsstelle gemäss Gleichstellungsgesetz angerufen werden kann.<sup>14</sup>

### d) Strafgesetzbuch

Die strafrechtlichen Schritte dagegen richten sich gegen den Belästiger selber und werden von den *Strafbehörden* nach völlig anderen Gesichtspunkten behandelt. Sexuelle Belästigung nach Strafgesetzbuch ist ein Antragsdelikt mit einer Antragsfrist von drei Monaten ab der Tat. Zudem muss die Belästigung im strengen Sinn bewiesen sein, da im Zweifelsfall – auch bei hoher Wahrscheinlichkeit, dass die sexuelle Belästigung stattgefunden hat – das Prinzip «im Zweifel für den Angeklagten» gilt. Gerade sexuelle Belästigung ist in diesem strengen Sinn aber schwierig zu beweisen, da sie typischerweise nicht unter den Augen von möglichen Zeuginnen stattfindet. Oft sind es Vorgesetzte, von denen die Betroffene wirtschaftlich anhängig ist, die solche Taten begehen. Das vergrössert die Hemmschwelle für eine Strafanzeige. Es wird zunächst das Gespräch gesucht oder die Stelle gewechselt. Bis dahin aber sind die drei Monate, die für den Strafantrag zur Verfügung stehen, oft abgelaufen. Wenn eine Strafanzeige eingereicht ist, sind die gerichtlichen Abklärungen wegen der schwierigen Beweisbarkeit meist langwierig. Die Verjährungsfristen aber laufen: Sexuelle Belästigung nach Art. 198 StGB verjährt als Übertretung nach einem Jahr, die Strafe dafür verjährt nach zwei Jahren. Die Zeit arbeitet also für den Belästiger. Ein erstinstanzliches Urteil kann unter Umständen wegen der schnellen Verjährung bereits nicht mehr angefochten werden.<sup>15</sup>

## D. Vor- und Nachteile von Strafverfahren und Verfahren nach Gleichstellungsgesetz

Die Strafanzeige ist jedenfalls aus Sicht der Unternehmen eher die "exotische" Massnahme, da hier die Arbeitgeberin meist nicht involviert ist und auch keine oder nur wenig Informationen über den Verfahrensstand erhält. Das Strafverfahren dauert meist sehr lange und das Unternehmen hat derweil das Betriebsklima in positive Bahnen zu lenken, was ausserordentlich schwierig ist. Dazu kommt, dass die Tatbestandsmerkmale nach GIG sich von jenen in Art. 198 StGB unterschei-

den: Nach GIG kommt es auf die Wirkung bei der Betroffenen an, nach StGB eben auf den Vorsatz und den Willen des Täters. Aus meiner Erfahrung als Anwältin von Belästigten, Beraterin oder externe Untersuchungsleiterin für Unternehmen sowie als Ausbilderin für Führungs- und Vertrauenspersonen zum Thema sexuelle Belästigung leite ich ab, dass das Strafrecht aus Sicht aller möglichen beteiligten Akteure die am wenigsten Erfolg versprechende Rechtsgrundlage bildet. Viel wirksamer ist das Gleichstellungsgesetz!<sup>16</sup>

Die Verfahrensregeln sind für sexuell Belästigte in Verfahren nach Gleichstellungsgesetz günstiger. Auch der Einstieg ist bei einem Gleichstellungsverfahren einfacher, weil der Fall zunächst vor die Schlichtungsstelle gezogen werden kann und die Betroffene sich nicht bereits polizeilichen Befragungen oder einer Konfrontation mit dem Täter unterziehen muss. Verfahren nach Gleichstellungsgesetz aber wenden sich gegen den Arbeitgeber und nicht gegen den Belästiger selbst. Klagen nach Gleichstellungsgesetz verjähren – ausser bei Wiedereinstellungsbegehren, Rache-kündigung oder Anstellungsdiskriminierung (Art. 8–10 GIG) – nach fünf Jahren gemäss der allgemeinen arbeitsrechtlichen Verjährungsregel.

Wer sexuell belästigt wird, muss sich nicht zwischen Straf- und Gleichstellungsverfahren entscheiden. Beides ist parallel möglich. Und eine Ablehnung der Strafklage heisst noch nicht, dass auch das Verfahren nach Gleichstellungsgesetz verloren ist. Wegen der weniger strikten Beweisregelung haben Belästigte im Gleichstellungsverfahren eindeutig die besseren Chancen. Häufig folgt auf die Klage der Betroffenen postwendend eine Ehrverletzungsklage des Beschuldigten. Diese bleibt in der Regel sistiert, bis das Strafverfahren und/oder das Verfahren nach Gleichstellungsgesetz abgeschlossen ist und wird dann aufgrund des Resultats dieser Klage entschieden. Selbst wenn das Gericht im Verfahren nach Gleichstellungsgesetz den Tatbestand der sexuellen Belästigung nicht bestätigt, hat dies keine Anerkennung der Ehrverletzung zur Folge, wenn die Betroffene aufgrund der konkreten Umstände davon ausgehen durfte, dass sexuelle Belästigung vorliegt. Nur klar missbräuchliche Anschuldigungen sind ehrverletzend.

Als *Anschauungsbeispiel* möchte ich dazu folgenden Fall zitieren:

"Zwei ausländische Hotelfachschülerinnen werden in ihrem Praktikumsbetrieb vom Vorgesetzten verbal und tät-

12 In der Romandie ist das Vorgehen über das Arbeitsinspektorat verbreiteter als in der Deutschschweiz.

13 Z.B. Administrativuntersuchung und Massnahmen durch Dienst- oder AbteilungschefInnen gemäss Personalrecht der Stadt Zürich bzw. Art. 96 Ausführungsbestimmungen zum Personalrecht.

14 Unter <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Verfahren, werden für die jeweiligen Kantone die zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahrensabläufe aufgezeigt, worauf etwa in betriebsinternen Reglementen verwiesen werden kann.

15 Vgl. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Erläuterungen zum GIG.

16 Rechtsgrundlagen in: KURZ/DECURTINS/WISSMANN LUKESCH (FN 2).

lich sexuell belästigt. Sie wenden sich an einen Rechtsanwalt und verweigern die Weiterarbeit bis zur Entlassung des Belästigers. Der beschuldigte Vorgesetzte erhebt eine Ehrverletzungsklage. Das Hotel kündigt den Praktikantinnen fristlos. Diese reagieren mit einer Strafklage gegen den Belästiger und ziehen den Arbeitgeber vor Arbeitsgericht, wobei sie mit sexueller Belästigung gemäss Art. 4 GIG argumentieren. Es laufen nun also drei Verfahren parallel. Bis zum Abschluss des Strafverfahrens werden die beiden anderen Verfahren sistiert. Auf die Strafanzeige jedoch tritt das Bezirksgericht anderthalb Jahre später wegen einer verpassten Frist nicht ein. Somit wird das Verfahren vor dem Arbeitsgericht Zürich aufgenommen, welches das Verhalten des Arbeitgebers zu beurteilen hat. Es betrachtet die Belästigungen als erwiesen. Da das renommierte Hotel seine Schutzpflicht nicht wahrnahm und auch keine präventiven Massnahmen gegen sexuelle Belästigung (wie Aufklärung oder Bezeichnung einer Anlaufstelle) traf, muss es hohe Entschädigungen wegen sexueller Belästigung und diskriminierender Kündigung zahlen sowie zusätzliche Genugtuungen. Der Vorgesetzte zieht daraufhin seine Ehrverletzungsklage zurück.<sup>17</sup>

Dieses Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich zeigt einerseits die geringe Wirksamkeit der strafrechtlichen Schritte, andererseits beantwortet es viele Fragen bezüglich der verschiedenen Ansprüche nach GIG und OR und der Kumulation von diesen.

## E. Ansprüche nach Gleichstellungsgesetz bei sexueller Belästigung

Gemäss Gleichstellungsgesetz können die folgenden Ansprüche geltend gemacht werden:

- a) *Anspruch auf Unterlassung / Beseitigung / Feststellung* gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG: kommt bei Schlichtungsstellen häufig, bei Gerichten eher selten vor.
- b) *Entschädigung wegen diskriminierender Entlassung* gemäss Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG von max. 6 effektiven Monatslöhnen
- c) *Entschädigung wegen sexueller Belästigung*<sup>18</sup> gemäss Art. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 von max. 6 effektiven Monatslöhnen
- d) *Entschädigung wegen unterlassener Prävention gegen sexuelle Belästigung* gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG von max. 6 Schweizer Durchschnittsmonatslöhnen
- e) *Entschädigung wegen fristloser Entlassung* gemäss Art. 337c OR
- f) *Kündigungsschutz bei Verfahren* gemäss Art. 10 GIG: Wenn eine Beschwerde wegen sexueller Belästigung zur Kündigung führt, kann zudem provisorische Wiedereinstellung nach Art. 10 GIG oder eine Entschädigung in der Höhe von max. 6 Monatslöhnen verlangt werden. Dieser Anspruch hat leider bisher kaum praktische Bedeutung erlangt.

- g) *Schadenersatz und Genugtuung* gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG, Verweis auf die allgemeinen Regeln in Art. 41 ff. OR

Die Hotelfachschülerinnen verlangten im erwähnten Anschauungsbeispiel Lohnersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR und eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR (sog. Pönalentschädigung wegen fristloser Entlassung), zudem eine Entschädigung infolge fehlender Prävention seitens des Arbeitgebers in der Höhe von 4 Monatslöhnen (Art. 5 Abs. 3 GIG) und eine Entschädigung wegen diskriminierender Kündigung (Art. 5 Abs. 2 GIG). Des Weiteren Schadenersatz und Genugtuung gemäss OR. Das Gericht kommt nach aufwändigem Beweisverfahren zum Ergebnis, dass sexuelle Belästigung im Sinn von Art. 4 GIG vorliegt. Es heisst die Ansprüche aus fristloser Entlassung in Form von Lohnersatz bis Antritt einer neuen Stelle gut. Die fristlose Entlassung wird zudem als diskriminierend und entschädigungspflichtig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GIG taxiert. *Kumulation der Ansprüche auf Entschädigungen* aus Art. 337c OR und Art. 5 Abs. 4 GIG wird abgelehnt, unter Würdigung aller Umstände hält das Arbeitsgericht aber die maximal mögliche Summe von sechs Monatslöhnen für angebracht. Die Praktikantinnen haben zusätzlich Anspruch auf eine Entschädigung gestützt auf Art. 5 Abs. 3 GIG wegen ungenügender präventiver Massnahmen des Arbeitgebers gegen sexuelle Belästigung in der Höhe von je drei durchschnittlichen Schweizer Monatslöhnen. Weil ihre psychische Gesundheit schwer beeinträchtigt wurde und entsprechende Behandlungen nach sich zog, spricht das Arbeitsgericht ihnen zusätzlich eine Genugtuung von je 7000 Franken zu.

Aus diesem Urteil wird deutlich, dass bei *kombinierten Tatbeständen* von diskriminierender und fristloser Kündigung nach sexueller Belästigung die verschiedenen Ansprüche nach GIG nebeneinander eingeklagt werden können und sich nicht überschneiden. Einzig die Entschädigung wegen fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR) und jene wegen diskriminierender Entlassung (Art. 5 Abs. 2 GIG) können nicht kumulativ geltend gemacht werden, was sich erhöhend auf die Entschädigung mit den hier zugesprochenen maximalen 6 Monatslöhnen auswirkt. Zusätzlich geschuldet ist eine Entschädigung für fehlende Präventionsmassnahmen des Arbeitgebers.

Im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht, aber dennoch von Bedeutung sind folgende Ansprüche: Vom Arbeitgeber können im rechtsgestaltenden Sinne konkrete *Unterlassungs- oder Beseitigungsmassnahmen* verlangt werden, wie z.B. die Entlassung eines Belästigers oder die konkrete Umgestaltung des Arbeitsplatzes durch Errichtung von Trennwänden etc. Richtet sich die Klage gegen

17 Kurzzusammenfassung aus <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Kanton Zürich, Fall 12, Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 30.9.1998, Blätter für Zürcherische Rechtssprechung ZR 99 (2000) Nr. 111.

18 Siehe dazu die Ausführungen in FN 18.

den Belästiger direkt, weil dieser z.B. mit dem Arbeitgeber identisch ist, kann auch eine *direkte Entschädigung wegen sexueller Belästigung* auf der Basis der effektiven Monatslöhne verlangt werden (Art. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 GIG).<sup>19</sup> Und wenn die betroffene Person wegen *Rachekündigung* nach einer internen oder externen Beschwerde wieder an die Arbeitsstelle zurück möchte, hat sie gestützt auf Art. 10 GIG innert 6 Monaten einen provisorischen Wiedereinstellungsanspruch. Diesen muss sie jedoch bis Ablauf der Kündigungsfrist einklagen. Verzichtet sie auf eine Wiedereinstellung, kann alternativ eine Entschädigung bis zu 6 Monatslöhnen geltend gemacht werden.

## F. Präventive Massnahmen gegen sexuelle Belästigung

Nach Art. 5 Abs. 3 GIG trifft die Arbeitgeberin eine Entschädigungspflicht, wenn sie nicht beweisen kann, dass sie Massnahmen getroffen hat, die *zur Verhinderung sexueller Belästigung nach der Erfahrung notwendig und angemessen* sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können. Arbeitgebende, die beweisen können, dass sie alles Nötige unternommen haben, müssen dem Opfer tatsächlich keine Entschädigung bezahlen. Wer diesen Beweis jedoch nicht erbringen kann, muss gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG eine Entschädigung in der Höhe von bis zu 6 schweizerischen Durchschnittsmonatslöhnen bezahlen. Solche Massnahmen können sein: Bestimmung einer Ansprechstelle, Aufklärungsschriften, Androhung von internen Sanktionen, Gewissheit der Kenntnissnahme solcher Abwehrmassnahmen durch die Arbeitnehmerschaft, regelmässige Überprüfung der Einhaltung.<sup>20</sup>

Die Entschädigung für unterlassene Massnahmen bemisst sich nicht nach dem konkreten Lohn der klagenden Person, sondern nach dem schweizerischen Durchschnittslohn. Dieser wird überall nach der alle zwei Jahre durchgeführten und publizierten Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik festgelegt: Zur Zeit beträgt der massgebende Durchschnittsmonatslohn 5548.– Franken.<sup>21</sup> Das heisst, säumige Arbeitgeber riskieren bis zu 33288 Franken pro Klage. Diese Berechnungsweise der Entschädigung bei unterlassener Prävention hat sich bei den Gerichten durchgesetzt, sie wird auch von Schlichtungsstellen bei deren Vergleichsvorschlägen angewendet. Die Höhe bemisst sich nach der individuellen Härte.<sup>22</sup>

## G. Verfahrensregeln nach Gleichstellungsgesetz

### a) Allgemein

Verfahren nach Gleichstellungsgesetz sind gemäss Art. 12 GIG unabhängig vom Streitwert *kostenlos*, was allerdings bei gemischten Verfahren nach OR und GIG häufig sowohl

von Anwälten als auch von Gerichten nicht beachtet wird. Es gilt in Gleichstellungsverfahren generell die *Untersuchungsmaxime*, und zwar unabhängig vom Streitwert, was ebenfalls sehr häufig übersehen wird. Schliesslich ist es fast "normal", dass parallel zum Zivilprozess nach GIG ein Strafverfahren läuft: Die z.T. verfügte Sistierung des Arbeitsprozesses bis zum Abschluss des Strafverfahrens widerspricht dem *einfachen und raschen Verfahren*, welches ebenfalls unabhängig vom Streitwert gilt. Insgesamt ergab die Evaluation des GIG eine erschreckende Unkenntnis seitens der Anwaltschaft und der Gerichte bezüglich der Verfahrensregeln.<sup>23</sup>

### b) Beweislast

Sexuelle Belästigung hat die betroffene Person zu beweisen, die daraus Ansprüche nach Art. 5 Abs. 1, 2, 4 oder 5 GIG ableitet, da die Beweiserleichterung der Glaubhaftmachung gemäss Art. 6 GIG hier nicht gilt. Die Klägerin trägt den Vollbeweis nach Art. 8 ZGB für die sexuelle Belästigung, wobei eine *an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit* genügt.<sup>24</sup> Dagegen trägt die Arbeitgeberin gemäss

19 A.M. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, N. 37 zu Art. 5, wonach nur eine Entschädigung von max. 6 Durchschnittslöhnen in Frage kommt, gleichgültig, ob der Arbeitgeber selbst belästigt oder er einfach keine präventiven Massnahmen getroffen hat. Was gilt aber, wenn er selbst belästigt und er zudem keine präventiven Massnahmen im Betrieb getroffen hat? Oder wenn zwar präventive Massnahmen bestehen, aber der Arbeitgeber selbst zum Belästiger wird? Ich bin der Auffassung, dass hier zwei verschiedene verpönte Tatbestände vorliegen, die auch gesondert geltend gemacht werden dürfen. Dies kommt im Wort "zudem" in Art. 5 Abs. 3 GIG sowie im ohne ausschliesslichen Bezug zu Präventionsmassnahmen genannten Entschädigungsanspruch von 6 Monatslöhnen bei sexueller Belästigung in Abs. 4 zum Ausdruck.

20 VÉRONIQUE DUCRET (FN 6), 48; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER (FN 18), N.38 zu Art. 5; Urteil in FN 16 und diverse Beispiele unter <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Präventive Massnahmen ArbeitgeberIn.

21 Tabelle BSF, monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen, Privater und öffentlicher Sektor, Männer und Frauen, 2004, abrufbar unter [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/arbeit\\_und\\_e/loehne\\_\\_erwerbseinkommen/blank/kennzahlen0/lohnstruktur/nach\\_branche.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/arbeit_und_e/loehne__erwerbseinkommen/blank/kennzahlen0/lohnstruktur/nach_branche.html).

22 Z.B. Urteil Kreisgericht Bern-Laupen vom 10.12.2001, <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Kanton Bern, Fall 26, oder auf der gleichen Webseite viele weitere Beispiele unter dem Stichwort "präventive Massnahmen ArbeitgeberIn".

23 Teilbericht Analyse Gerichtsfälle (FN 4), Gründe des Misserfolgs und Fazit, 38 ff.

24 NICOLE VÖGELI, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Chur/Zürich 1996, 123 ff.; Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 18.12.1997 oder Blätter für Zürcherische Rechtssprechung ZR 99 (2000) Nr. 78 oder <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Kanton Zürich, Fall 23; siehe auch FN 16.



Art. 5 Abs. 3 GIG die *Entlastungs-Beweislast für präventive Massnahmen* gegen sexuelle Belästigung im Betrieb.

In der *Gerichtspraxis* wird diese Differenzierung kaum gemacht. Die inhaltsanalytische Analyse zeigt: Nur in einem Viertel der Fälle konnte die Frage, ob die Beweislast der Opfers (Klägerin) einerseits und die Beweislast des Arbeitgebers (Beklagter) andererseits im Urteil auseinander gehalten werden, klar mit ja beantwortet werden. In drei Vierteln der Fälle war diese Frage entweder gar nicht zu beantworten oder dem Arbeitgeber wurde gar kein Beweis abverlangt, auch nicht bezüglich Präventionsmassnahmen in seinem Betrieb. Die Frage nach präventiven Massnahmen des Arbeitgebers tauchte nur in einem Drittel der Fälle überhaupt auf.

Bei *kombinierten Fällen von diskriminierender Kündigung und sexueller Belästigung* gilt die Beweiserleichterung für die diskriminierende Kündigung nach Art. 6 GIG, d.h. die Klägerin hat im ersten Schritt die Diskriminierung "nur" glaubhaft zu machen und der Arbeitgeber hat im zweiten Schritt zu beweisen, dass er aus nicht diskriminierenden Gründen gekündigt hat. Diese Beweislastverteilung wird jedoch in vielen Verfahren nicht beachtet, wie die inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle im Rahmen der Evaluation des GIG zeigte.<sup>25</sup> Die Gerichte wenden fälschlicherweise die für die Arbeitnehmerseite nachteilige Beweislastregel der missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR an. So etwa geschehen in einem Verfahren in Basel-Landschaft, wo bei sexueller Belästigung eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geprüft und verneint wird, weil die Klägerin keinen Nachweis erbringen kann, dass sie sich vom Kläger distanziert hat.<sup>26</sup>

### c) Beweismittel

In vielen Fällen von sexueller Belästigung gibt es parallel ein Straf- oder Ehrverletzungsverfahren. Die Zivilgerichte ziehen die *Strafakten* jeweils bei. Die Inhaltsanalyse der Gerichtsfälle hat gezeigt, dass in den Fällen von sexueller Belästigung überwiegend die Beweismittel *Arztzeugnis* (5 Mal) und *Zeugenbefragung* (17 Mal, in einem Zürcher Fall 37 ZeugInnen) herangezogen werden. In der Hälfte der Fälle liegen Arztzeugnisse vor, die bestätigen, dass das Opfer in Folge der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz gesundheitlich beeinträchtigt (Angstzustände, Depressionen, Schlafstörungen, Magengeschwür etc.) und meist auch – zumindest zeitweise – arbeitsunfähig gewesen ist. Nur in einem Viertel der Fälle gab es direkte Zeuginnen oder Zeugen der Tat, das heisst Personen, welche aus eigener Anschauung Angaben zur eigentlichen Tat machen können, um die es geht. In fast der Hälfte der Fälle (42%) gibt es immerhin *indirekte Zeuginnen oder Zeugen*, das heisst Personen, die zu den Umständen der Tat, zur Atmosphäre am Arbeitsplatz, zur Verfassung des Opfers, zu Erzählungen des Opfers oder des Täters ihnen gegenüber oder zu ähnlichen Begebenheiten bezüglich andern Personen Auskunft geben können. Verschiedentlich wird die Betroffene zur *Beweisaussage* zugelassen.<sup>27</sup>

Gemäss FRANK/STREULI/MESSMER sollen bei der Beweisaussage im Zivilprozess *nicht beide Seiten* zum gleichen Thema aussagen dürfen, um die Gefahr strafbarer Falschaussagen herabzusetzen. Der Richter hat die Partei zu wählen, deren Bestätigung unter Strafandrohung für ihn mit Rücksicht auf ihr Verhalten und das sonstige Beweisergebnis die grössere Überzeugungskraft aufweist.<sup>28</sup> In Kantonen mit strengeren<sup>29</sup> Regeln für die Beweisaussage kann über die Untersuchungsmaxime argumentiert werden. Hiermit kann die äusserst schwierige Beweissituation gemäss Art. 6 GIG, welcher leider bei sexueller Belästigung die Beweiserleichterung nicht gewährt, etwas aufgefangen werden.

## H. Schlusswort

Auseinandersetzungen um sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz werden inzwischen häufig innerbetrieblich, aussergerichtlich oder während des Schlichtungsverfahrens erledigt. Dies dank der präventiven Aktivitäten der Unternehmen einerseits und der weit fortgeschrittenen Rechtsprechung andererseits. Das ist eine positive Entwicklung, sofern den *Einigungen* wirklich Entschädigungen und Lohnzahlungen entsprechend den verschiedenen Anspruchsgrundlagen zugrunde gelegt werden. Kommt es zum Prozess, stellt insbesondere die Untersuchungsmaxime und das Beweisverfahren für die Gerichte und die Anwaltschaft eine grosse *Herausforderung* dar. Hier liegt noch viel Verbesserungspotential. Dieser Aufsatz gibt hoffentlich einige Anregungen dazu.

25 Teilbericht Analyse Gerichtsfälle (FN 4), 32 ff. und 43.

26 Vgl. <http://www.gleichstellungsgesetz.ch>, Kanton Basel-Landschaft, Fall 3; Urteile des Bezirksgerichtes Sissach vom 11.9.1998 und Obergericht vom 22.12.1998; ähnlich strenge Beweislastverteilung im Kanton Basel-Landschaft, Fall 13 aus dem Jahr 2000/2001.

27 Teilbericht Analyse Gerichtsfälle (FN 4), 32 ff.

28 FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3a zu § 150.

29 Z.B. im Kanton Tessin kann eine Beweisaussage nur für die Gegenpartei beantragt werden.

La loi sur l'égalité a permis de concrétiser les obligations des employeurs en matière de protection des employés contre le harcèlement sexuel sur le lieu de travail. L'article résume les principes de base et les expériences résultant de la pratique du barreau dans ce domaine. Les avantages et les inconvénients des procédures pénales et des procédures fondées sur la loi sur l'égalité y sont soumis à une comparaison critique. Dans cette appréciation, la loi sur l'égalité s'avère être une base juridique plus efficace. L'article analyse ensuite les prétentions fondées sur la loi sur l'égalité et les obligations de prévention des employeurs. Enfin, les règles de procédure selon la loi sur l'égalité sont présentées sous l'angle des particularités inhérentes aux cas de harcèlement sexuel.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

## Prävention gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: aktueller Stand und ungelöste Probleme



ELISABETH RYTER,  
Lic. phil., Sozialwissen-  
schafterin/Evaluatorin,  
Bern

### Inhaltsübersicht:

- A. Sexuelle Belästigung – eine häufige Form von Diskriminierung im Arbeitsleben
- B. Täter – Opfer – Motive
- C. Massnahmen und Instrumente
- D. Praxis
- E. Handlungsbedarf bei kleineren und mittleren Unternehmen

### A. Sexuelle Belästigung – eine häufige Form von Diskriminierung im Arbeitsleben

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist ein altes Problem. Doch die politische und rechtliche Auseinandersetzung damit setzte erst vor rund dreissig Jahren ein – zuerst in den USA, seit Beginn der 1980er Jahre auch in Europa. In der Schweiz wurde die Diskussion rund zehn Jahre später aufgenommen. Initiiert wurde sie hier wie dort massgeblich durch die neue Frauenbewegung.<sup>1</sup> Seit Anfang der 1990er Jahre befassen sich bei uns zunehmend auch die Fachstellen für Gleichstellung mit dem Thema. So veranlasste das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) gemeinsam mit dem Genfer Gleichstellungsbüro eine empirische Untersuchung, die 1993 erschienen ist. Grundlage der Studie waren Befragungen von Arbeitnehmerinnen, die VÉRONIQUE DUCRET und CHLOÉ FEHLMANN in Genf durchgeführt haben. Dabei kam unter anderem heraus, dass 59 Prozent der befragten Frauen im Verlauf der vergangenen zwei Jahre am Arbeitsplatz sexuelle Belästigung erlebt hatten.<sup>2</sup> Die aus dieser Untersuchung resultierenden Zahlen sind bislang die einzigen, welche das Ausmass der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz für die Schweiz dokumentieren.<sup>3</sup>

Eine Studie aus dem Jahr 1998, welche die Europäische Kommission veranlasst hat, referiert die verschiedenen Erhebungen, welche in den Mitgliedstaaten zwischen 1987

und 1997 durchgeführt worden sind. Sie kommt zusammenfassend zum Schluss, dass rund 30 bis 50 Prozent der weiblichen Beschäftigten von sexueller Belästigung betroffen sein dürften. In verschiedenen Studien seien sowohl höhere als auch tiefere Werte ermittelt worden. Bei den männlichen Beschäftigten ist laut Bericht davon auszugehen, dass rund 10 Prozent von sexueller Belästigung betroffen sind. Der Umstand, dass die Ergebnisse bei den verschiedenen Untersuchungen so stark voneinander abweichen, wird vor allem auf unterschiedliche Befragungsmethoden zurückgeführt.<sup>4</sup>

Auch wenn das Ausmass von sexueller Belästigung kaum exakt ermittelt werden kann, so machen doch die verschiedenen Untersuchungen deutlich, dass es sich um ein Phänomen handelt, das einen beträchtlichen Teil der Beschäftigten betrifft und zwar in erster Linie Frauen.

### B. Täter – Opfer – Motive

Die Opfer von sexueller Belästigung sind überwiegend Frauen. Obschon prinzipiell jede Frau zum Opfer werden kann, gibt es doch so etwas wie "typische Opfer": Gemäss dem Psychologen UDO RAUCHFLEISCH<sup>5</sup> handelt es sich dabei um jüngere Frauen zwischen 20 und 30 Jahren oder ältere Frauen mit eher geringen beruflichen Qualifikationen, die erst seit kurzem im Betrieb sind. Oft sind die Frauen zudem alleinerziehend oder haben einen ausländischen Pass.

- 1 MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, 99 ff.; PRISKA GISLER, Belästigung, sexuelle Geschlechterpolitik im öffentlichen Diskurs der Schweiz 1976–1996, Opladen 2001. Ausführlicher bei KATHRIN S. ZIPPEL, The Politics of Sexual Harassment. A Comparative Study of the United States, the European Union and Germany, Cambridge 2006.
- 2 VÉRONIQUE DUCRET/CHLOÉ FEHLMANN, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Worüber Frauen schweigen. Untersuchung in Genf, hrsg. vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann/Bureau de l'égalité des droits entre homme et femme, Genf und Bern 1993. Titel der französischen Ausgabe: Harcèlement sexuel. La réalité cachée des femmes au travail. Enquête à Genève.
- 3 Das EBG und das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO planen zurzeit eine neue Erhebung. Die Resultate sollten Anfang 2008 verfügbar sein.
- 4 European Commission/Directorate General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Sexual harassment in the workplace in the European Union, 1998, 5 ff.
- 5 UDO RAUCHFLEISCH, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, schriftliche Version des Referates an der Tagung des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann vom 31. Oktober 2005 zum Thema *Sexuelle Belästigung: Verantwortung wahrnehmen – Grenzen klar setzen*.

Frauen auf mittlerer Hierarchieebene erfahren sexuelle Belästigung vor allem dann, wenn sie von den männlichen Kollegen als Konkurrentinnen erlebt werden. Eine weitere Risikogruppe findet sich bei den Frauen, die in typischen Männerdomänen tätig sind.

Die Täter sind mehrheitlich Männer. Auch für sie lässt sich ein "typisches Profil" erstellen. Es sind "ganz normale" Männer zwischen 30 und 50 Jahren, verheiratet, mit Kindern, schon länger im Betrieb und dort beliebte Kollegen.

Bei der sexuellen Belästigung geht es, wie RAUCHFLEISCH betont, in erster Linie um die Durchsetzung und Zementierung männlicher Machtpositionen. Erotik und Sexualität spielen dabei klar eine untergeordnete Rolle. Beim Opfer löst sexuelle Belästigung Scham, Schuldgefühle und Angst aus – Gründe, die oft dazu führen, über die Vorfälle zu schweigen.

### C. Massnahmen und Instrumente

In der Schweiz fand der Tatbestand der sexuellen Belästigung Eingang in das Gleichstellungsgesetz (GIG). Wie CLAUDIA KAUFMANN im Kommentar zu diesem Gesetz ausführt, verfolgt es in diesem Bereich zwei unterschiedliche Ziele: zum einen das Verbot der sexuellen Belästigung, zum andern die Prävention. Verantwortlich für präventive Massnahmen sind die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber bzw. die Unternehmensleitung. Diese im Gleichstellungsgesetz enthaltene Verpflichtung erwächst aus dem Verbot von diskriminierendem Verhalten. Sexuelle Belästigung wird hier namentlich als diskriminierender Tatbestand genannt. Im Arbeitsgesetz<sup>6</sup> geschieht dies in sehr viel abstrakterer Weise durch die in Artikel 6 Absatz 1 festgelegte Pflicht des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin, Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden vorzusehen.

Seit Mitte der 1990er Jahre hat sich in der Schweiz im Zusammenhang mit der Prävention gegen sexuelle Belästigung ein Set von Massnahmen und Instrumenten etabliert, das massgeblich in einem Leitfaden von VÉRONIQUE DUCRET beschrieben und kommentiert wird.<sup>7</sup> Dazu gehören im Wesentlichen die *Information* der Arbeitnehmenden darüber, was unter sexueller Belästigung zu verstehen ist. Zusammenfassend ist darunter jedes Verhalten mit sexuellem Bezug zu verstehen, das von einer Seite unerwünscht ist und das eine Person in ihrer Würde verletzt. Diese *Definition* hat den Vorteil der Kürze und Prägnanz. Für den Betriebsalltag bedarf sie indessen der Konkretisierung. Es muss insbesondere deutlich gemacht werden, dass darunter nicht nur physische Handgreiflichkeiten zu verstehen sind, sondern auch verbale oder nichtverbale Verhaltensweisen gemeint sein können. Der Kommentar zum Gleichstellungsgesetz erwähnt die folgenden Belästigungsarten:

- Bemerkungen über körperliche Vorzüge oder Schwächen
- obszöne, sexistische Redeweise (Witze, Hinweise, Ausdrücke, Vorsingen obszöner Lieder)

- anstarren, pfeifen, taxierende Blicke
- unerwünschte Annäherung, Gesten und Zudringlichkeiten (körperliche Kontakte, Berührungen, mündliche und schriftliche Einladungen mit entsprechenden Absichten, Aufforderungen zu sexuellen Handlungen)
- pornografisches Material in Arbeitsräumen
- Zurschaustellen der Geschlechtsteile
- sexuelle Nötigung, Drohung und Vergewaltigung.<sup>8</sup>

Würde der letzte Punkt wahrscheinlich von vielen klar als sexuelle Belästigung eingestuft, so sind die Reaktionen auf die weniger offensichtlichen Formen sehr viel gemischer. Doch gerade in der praktischen Präventionsarbeit ist die Nennung dieser weicherer Faktoren sehr wichtig, um bewusst zu machen, wie umfassend unerwünschtes Benehmen sein kann. Nicht enthalten ist in diesem Katalog der Aspekt der Arbeitskleidung, der – bedingt durch Modetrends der letzten Jahre – ab und zu auch angesprochen wird. Dabei geht es in der Regel nicht darum festzustellen, ob eine Betroffene mit ihrer Kleidung eine sexuelle Belästigung provozierte (was grundsätzlich die falsche Frage ist), noch um das Thema, ob die vorgeschriebene Arbeitskleidung das eine Geschlecht herabwürdigt, sondern viel mehr um Mitarbeitende, die sich an der allzu freizügigen Kleidung einer Kollegin stören. Wenn auch ein solcher Sachverhalt nicht direkt unter den Begriff der sexuellen Belästigung fällt, sind Arbeitgebende dennoch verpflichtet, zu handeln und für ein gutes Arbeitsklima zu sorgen. Dies geschieht oft in Form von allgemeinen Kleidervorschriften.<sup>9</sup>

Eine weitere wichtige präventive Massnahme ist die *Grundsatzklärung* seitens der Unternehmensführung, die besagt, dass sexuelle Belästigung im Betrieb nicht geduldet wird, dass die von sexueller Belästigung Betroffenen Unterstützung erhalten und gegen belästigende Personen Sanktionen ergriffen werden. Diese Grundsatzklärung sollte mündlich abgegeben und aber auch schriftlich festgehalten werden. Für die schriftliche Version eignen sich gemäss Arbeitgeberverband das Personalreglement, das Mitarbeiterhandbuch oder spezielle Merkblätter.<sup>10</sup> Diese Grundsatz-

6 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, SR 822.11.

7 VÉRONIQUE DUCRET, *Sexuelle Belästigung – was tun?* Ein Leitfaden für Betriebe, Zürich 2004. Es handelt sich dabei um die Übersetzung des Titels: *Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique*, Genève 2001. Die Publikation wurde auch ins Italienische übersetzt: *Molestie sessuali sul posto di lavoro. Guida pratica per le aziende*, Balerna 2005.

8 BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (FN 1), 107.

9 Zu dem Thema auch: NICOLE C. VÖGELI, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Chur und Zürich 1996, 51, Anm. 65.

10 Schweizerischer Arbeitgeberverband (Hrsg.), *Tips für Arbeitgeber. Das Gleichstellungsgesetz (GIG) vom 24. März 1995, Tips für Arbeitgeber Nr. 23, 6.*

erklärung kann aber auch Teil eines speziellen *Reglements* zum Thema sexuelle Belästigung sein.

Ein solches Reglement hat nicht nur präventiven Charakter, sondern es definiert auch das Vorgehen, das zu befolgen ist, falls es im Betrieb zu einem Vorfall kommt. Neben einer Grundsatzklärung enthält ein Reglement im Idealfall auch eine Definition der sexuellen Belästigung. Es bezeichnet weiter den Geltungsbereich, führt die gesetzlichen Bestimmungen auf und äussert sich zu den Rechten und Pflichten der Mitarbeitenden. Was das Beschwerdeverfahren betrifft, so sollte es das informelle Verfahren wie auch das formelle Verfahren beschreiben. Das *informelle Verfahren* regelt, an welche Personen oder Stellen sich Betroffene wenden können, wenn sie Rat suchen. Denkbar ist dabei auch eine Lösung mit externen *Ansprech- oder Vertrauenspersonen*. Die Beratung soll vertraulich sein; ohne Einwilligung der ratsuchenden Person unternimmt die Ansprechperson keine weiteren Schritte. Das Ziel des informellen Verfahrens ist die einvernehmliche Lösung. Für den Fall, dass eine solche nicht gefunden werden kann, sieht das Reglement ein *formelles Verfahren* vor. Dazu braucht es eine Beschwerde, welche die Unternehmensleitung verpflichtet, eine offizielle Untersuchung einzuleiten. Sowohl bei informellen als auch bei formellen Beschwerdeverfahren sind Ansprechstellen und deren Kompetenzen genau zu definieren. Diese Personen oder Personengruppen können Mitarbeitende aus dem Unternehmen selbst sein oder aber externe Fachleute, die vom Unternehmen entsprechend mandatiert werden.

Ein weiterer Bestandteil eines Reglements ist die Beschreibung der Rechte der Parteien. Beide Seiten, die betroffene wie die angeschuldigte, sollten in einem Verfahren über die selben Rechte verfügen und sowohl während als auch nach dem Verfahren vor Benachteiligungen und Vergeltungsmassnahmen geschützt werden. Der präventive Charakter des Reglements wird erhöht, wenn auch die möglichen Sanktionen und die Wiedergutmachung zur Sprache kommen. Schliesslich sind auch Rekursmöglichkeiten vorzusehen sowie eine Instanz, welche die Anwendung und Umsetzung des Reglements überwacht und bei Bedarf Anpassungen vornimmt.<sup>11</sup>

Diese Massnahmen und Instrumente entsprechen u.a. in etwa dem, was die Europäische Kommission empfiehlt.<sup>12</sup>

## D. Praxis

Soviel zur Theorie. Die Evaluation, die das Bundesamt für Justiz zur Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes erstellen liess, gibt nun auch Auskunft über die Praxis. Teil dieser Evaluation war eine repräsentative schriftliche Befragung von Personalverantwortlichen in privaten und öffentlichen Betrieben. Fast alle, nämlich 97 Prozent der antwortenden Personen, haben angegeben zu wissen, dass Betriebe verpflichtet sind, die Mitarbeitenden vor sexueller Belästigung zu schützen. Dieses Wissen verpflichtet aber offensichtlich nicht dazu, aktiv zu werden. Denn nur rund ein Drittel der Unternehmen und Verwaltungen geben an, mindestens eine

der oben dargestellten Massnahmen getroffen zu haben. Entscheidend für das Aktivwerden scheint die Betriebsgrösse zu sein. Es sind vor allem die Grossbetriebe, und diese zu immerhin 89 Prozent. Am häufigsten – nämlich zu 53 Prozent – nennen die Antwortenden die klare Verurteilung von sexueller Belästigung im Firmenleitbild oder im Betriebsreglement. Mehr als die Hälfte von ihnen gibt auch an, sie hätten Ansprechpersonen bezeichnet und die Mitarbeitenden schriftlich informiert. Fast zur Hälfte haben die Betriebe zudem ein spezielles Reglement zum Umgang mit sexueller Belästigung erlassen.<sup>13</sup>

Das EBG hat zu dieser Unternehmensbefragung eine Zusatzauswertung veranlasst. Dabei wurde u.a. nach dem Handlungsbedarf bezüglich Verhinderung von sexueller Belästigung gefragt. Dass es in erster Linie die kleinen und mittleren Unternehmen mit 50 bis 500 Mitarbeitenden sind, die Handlungsbedarf orten, dürfte daran liegen, dass die grösseren Betriebe in der Regel bereits Massnahmen getroffen haben. Die Auswertung zeigt auch regionale Unterschiede. So wird von Unternehmen aus der Westschweiz öfter die Haltung vertreten, dass Handlungsbedarf bestehe als in der Deutschschweiz. JÜR GUGGISBERG und HEIDI STUTZ vermuten, dass dies mit einer für die Thematik der sexuellen Belästigung grösseren Sensibilisierung in der französischsprachigen Schweiz zusammenhängen dürfte.<sup>14</sup>

Eine weitere Evaluation im Auftrag des EBG befasst sich mit den Reglementen und den Ansprechpersonen bzw. -stellen. Die vom Büro INFRAS in Zusammenarbeit mit dem IDHEAP durchgeführte Untersuchung hat 27 Betriebe, welche Ansprechpersonen bzw. -stellen bezeichnet haben, eingehender untersucht. Es handelt sich dabei vor allem um Grossbetriebe. Fast 80 Prozent geben ihren Mitarbei-

11 Beispiele von Reglementen finden sich auf der Website des Eidg. Büros für Gleichstellung von Frau und Mann unter der Adresse <http://www.equality-office.ch/d/erwerbsleben-belaestigung.htm>.

12 Empfehlung der Kommission vom 27. November 1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, in: Amtsblatt Nr. 049 vom 24. Februar 1992, 1 ff.

13 HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Synthesebericht, Bern und Binningen 2005, 28. Ausführlicher in: HEIDI STUTZ/JÜR GUGGISBERG: Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Schriftliche Befragung privat- und öffentlich-rechtlicher Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Schweiz (Baustein 5), Einzelbericht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern 2005, 26 f. Diese Daten wurden im Auftrag des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann bezüglich sexueller Belästigung noch differenzierter ausgewertet: JÜR GUGGISBERG/HEIDI STUTZ: Betriebliche Massnahmen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Eine Zusatzauswertung der Daten einer schriftlichen Unternehmensbefragung zur Evaluation der Wirkung des Gleichstellungsgesetzes (GIG), Bern 2005.

14 GUGGISBERG/STUTZ (FN 13), 15.

tenden die Möglichkeit, zwischen verschiedenen internen Ansprechstellen zu wählen. Rund ein Drittel sieht sowohl betriebsinterne als auch -externe Ansprechpersonen vor. Ein Fünftel der befragten Unternehmen bietet ausschliesslich externe Ansprechpersonen an. Fast alle Betriebe achten zudem darauf, dass sowohl Frauen als auch Männer als Ansprechpersonen zur Verfügung stehen. Organisationen, die sowohl interne als auch externe Ansprechpersonen bezeichnen, machen die Erfahrung, dass es bei den Mitarbeitenden keine klaren Präferenzen gebe. Sie schliessen daraus, dass es wichtig sei, beide Möglichkeiten anzubieten.<sup>15</sup>

### E. Handlungsbedarf bei kleineren und mittleren Unternehmen

Obschon in den letzten Jahren Einiges erreicht worden ist, um die Thematik der sexuellen Belästigung zu enttabuisieren, besteht nach wie vor Handlungsbedarf – dies vor allem bei den kleinen und mittleren Unternehmen. Das EBG nimmt die Resultate der Evaluation zum Gleichstellungsgesetz zum Anlass, in diesem Bereich seine Aktivitäten zu erhöhen. Dabei wird es vom Staatssekretariat für Wirtschaft unterstützt. In einem mehrjährigen *Impulsprogramm gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz* werden im Wesentlichen zwei Ziele verfolgt. Zum einen sollen KMU-taugliche Instrumente entwickelt werden, zum andern sollen die Behandlung des Themas und der Umgang damit in der Aus- und Weiterbildung von Personalfachleuten intensiviert werden. Personalfachleute haben – auch das zeigen die Evaluationen – einen positiven Einfluss auf die Einführung von betrieblichen Massnahmen im Kontext der sexuellen Belästigung.<sup>16</sup>

Auch wenn Personalfachleute eine wichtige Multiplikatorfunktion übernehmen, so bleibt doch die Tatsache bestehen, dass kleine Betriebe oft keinen professionellen Personaldienst haben. Ein weiteres Problem stellt sich in dem oft auch tiefen Verschriftlichungsgrad von kleinen Unternehmen. Gemeinsam mit ExpertInnen und dem SECO entwickelt das EBG zurzeit ein Massnahmenpaket, das den spezifischen Voraussetzungen der KMU Rechnung tragen soll. Die Massnahmen sind noch nicht definiert, sie sollten aber bis anfangs 2008 bereit stehen. Knackpunkte bilden dabei in erster Linie die beiden Aspekte Ansprechpersonen und Untersuchung von Vorfällen. Gerade kleine Betriebe stossen hier an personelle und oft auch finanzielle Grenzen. Sinnvoll und wünschenswert wäre es, wenn hier die Branchenverbände unterstützende Funktionen übernehmen würden.

Über Pilotprojekte in Betrieben und Verbänden sollen praxistaugliche Instrumente entwickelt und erprobt werden. Gleichzeitig muss aber auch sicher gestellt sein, dass die Lösungen die vom Gleichstellungsgesetz intendierten Wirkungen tatsächlich unterstützen. Oder anders gesagt: Der Kampf gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist kein Sonntagsspaziergang. Gewisse Standards müssen auch von KMU erfüllt werden.

- 15 SUSANNE STERN et al., Evaluation der Wirksamkeit von Ansprechpersonen zur Bekämpfung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Zürich 2006, 21. Vgl. dazu auch VÉRONIQUE DUCRET, Mesures prises par les entreprises pour prévenir le harcèlement sexuel, le deuxième Observatoire 2003.
- 16 GUGGISBERG/STUTZ (FN 13).

Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail est un problème qui concerne de nombreuses travailleuses, mais aussi quelques travailleurs. La loi sur l'égalité (LEg) oblige les employeurs et employeuses à lutter activement contre ce phénomène. Depuis l'introduction de la LEg, une série d'instruments a vu le jour en Suisse; ces instruments doivent, en premier lieu, avoir un effet préventif et, en second lieu, régler la procédure dans les cas de harcèlement. Comme l'évaluation de la LEg en 2005 l'a montré, lesdits instruments se sont répandus, au moins partiellement, dans les grandes entreprises. En revanche, il n'en va pas de même dans les petites et moyennes entreprises. Un programme d'impulsion du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFE) s'est fixé comme objectif de développer des instruments qui soient aussi applicables aux PME. Dans cette tâche, le BFE est soutenu par le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

## Prévention et sanction du harcèlement sexuel – Les difficultés liées à la mise en œuvre de mesures au sein des entreprises



Dr. iur. KARINE LEMPEN,  
Université de Genève,  
Bureau fédéral de l'égalité,  
Berne

Plan:

- A. Introduction
- B. La motivation des responsables d'entreprise
- C. Les mesures de prévention
  - I. Les séances de sensibilisation
    - 1. De la "tolérance zéro" à la "sensibilité culturelle"
    - 2. Sensibilisation au harcèlement sexuel en tant que discrimination fondée sur le sexe
  - II. Les groupes de confiance internes
    - 1. Des personnes de confiance dérangeantes...
    - 2. ...ou comment le groupe anti-harcèlement devient mobbé
- D. Les procédures de sanction
  - I. Les personnes chargées de mener l'enquête
  - II. Le droit des parties de consulter le dossier
  - III. La décision de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat
- E. Conclusion

### A. Introduction

A en croire les sondages effectués dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité, deux tiers des entreprises de Suisse n'auraient pris aucune mesure de prévention du harcèlement sexuel<sup>1</sup>. Mais que se passe-t-il du côté de celles qui ont prévu une sensibilisation au harcèlement sexuel, qui ont désigné une ou des personnes de confiance et/ou qui ont institué une procédure de plainte interne? L'adoption de ces mesures contribue-t-elle toujours à réduire le nombre de cas de harcèlement sexuel et à promouvoir une plus grande égalité des chances entre femmes et hommes? Quels sont les problèmes concrets qui risquent de se poser lorsque de telles mesures sont mises en œuvre? Le présent article met en évidence un certain nombre de difficultés rencontrées lors de la mise en place de mesures de prévention et de sanction au sein d'entreprises de tailles diverses, situées dans les can-

tons de Vaud, Genève et Neuchâtel. Une anticipation de ces difficultés pourrait en effet permettre d'améliorer l'efficacité des dispositifs instaurés.

Une partie des observations qui viennent illustrer cet article ont été réalisées dans le cadre d'un mandat du Bureau fédéral de l'égalité qui s'inscrivait dans le programme d'impulsion "Application de la loi sur l'égalité dans le domaine du harcèlement sexuel"<sup>2</sup>. Une première étape du projet consistait à entrer en contact avec diverses petites ou moyennes entreprises, afin de comprendre quelles mesures pourraient être appropriées pour prévenir le harcèlement sexuel au sein des PME. Dans un second temps, il s'agissait de tester l'efficacité d'une partie de ces mesures dans deux des entreprises contactées. Les deux entreprises pilotes choisies employaient respectivement quarante et cent-vingt personnes<sup>3</sup>. Mon activité de juriste au DEUXIÈME OBSERVATOIRE<sup>4</sup> m'a également permis de participer à la mise en place de divers dispositifs de prévention et de sanction du harcèlement sexuel<sup>5</sup>.

### B. La motivation des responsables d'entreprise

Selon une étude réalisée dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité, les entreprises qui emploient entre cinquante et cinq cents personnes sont davantage convaincues par la nécessité de prendre des mesures de prévention et de sanction du harcèlement sexuel que les entreprises de grande taille, plus nombreuses à avoir déjà agi dans ce domaine<sup>6</sup>. Pourtant, la tâche consistant à trouver des petites et moyennes entreprises qui estiment utile de sensibiliser

- 1 HEIDI STUTZ, MARIANNE SCHÄR MOSER, ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, Berne 2005, 30.
- 2 Au sujet de ce programme, voir la contribution d'ELISABETH RYTER dans le présent numéro.
- 3 Dans la première, spécialisée dans la production de micro-mécanismes de précision, la proportion de femmes était de 20%, directrice incluse, alors que dans la seconde, établissement médico-social dirigé par un homme, elle s'élevait à 80%.
- 4 Association de recherche et formation sur les rapports de genre, Carouge.
- 5 J'aimerais remercier VÉRONIQUE DUCRET, sans laquelle plusieurs expériences qui ont inspiré cet article n'auraient pu être faites. Mes remerciements vont aussi à LUCIA GERMANI, juriste au Tribunal de première instance de Genève, pour ses commentaires sur cet article.
- 6 JÜRIG GUGGISBERG, HEIDI STUTZ, Betriebliche Massnahmen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Berne 2005, 1, 14.

leur personnel au harcèlement sexuel s'avère plus difficile qu'il n'y paraît. Les personnes à la tête d'une petite entreprise considèrent souvent cette problématique comme un "non-sujet". S'il y avait des cas, elles le sauraient, vu leur présence sur le terrain et le rapport de confiance qui les lie à leur personnel. Un préalable nécessaire à toute démarche de sensibilisation à l'intérieur d'une entreprise – plus particulièrement si elle est petite – consiste donc à faire prendre conscience à sa direction que le harcèlement sexuel existe et que la hiérarchie est rarement alertée<sup>7</sup>. Face à ce constat, les instances dirigeantes peuvent souhaiter agir pour diverses raisons. Les directions des deux entreprises pilotes susmentionnées ont par exemple accepté de collaborer pour des motifs très différents. Si la première semble avant tout avoir été motivée par le souhait de favoriser l'égalité entre femmes et hommes sur le lieu de travail et à l'extérieur<sup>8</sup>, la seconde paraît avoir essentiellement souhaité se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle action en justice intentée par un-e employé-e<sup>9</sup>.

L'employeur en mesure de prouver qu'il a pris les mesures appropriées pour prévenir un harcèlement sexuel ou y mettre fin ne peut en effet pas être condamné au versement de l'indemnité punitive prévue par l'art. 5 al. 3 LEg. Afin de déterminer si cette preuve a pu être apportée, les tribunaux se demandent toutefois, dans chaque cas d'espèce, si les mesures invoquées étaient efficaces, compte tenu de la situation particulière de l'entreprise<sup>10</sup>. Or, précisément, l'efficacité des mesures dépend en grande partie de la motivation réelle de la direction à créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel. Il est en effet inutile de mettre en place des mesures de prévention du harcèlement sexuel au sein d'une entreprise si le personnel sent qu'il n'existe au sommet de la hiérarchie aucune volonté véritable de faire changer l'atmosphère de travail.

Tel était le cas dans la seconde entreprise pilote où le directeur, bien qu'ayant introduit deux séances d'information sur le harcèlement sexuel en rappelant l'existence de la loi sur l'égalité, n'en était pas moins le premier à rire des plaisanteries déplacées lancées par certains membres de son personnel – dont des cadres – en cours de réunion. Le directeur a conclu les séances en annonçant la mise sur pied d'un "groupe harcèlement sexuel", tout en ajoutant que "le but n'est pas de juger". A aucun moment, il n'a été fait mention du fait que le harcèlement sexuel ne serait à l'avenir plus toléré. L'attitude ambiguë de la direction n'a pas manqué d'être perçue par le personnel qui, selon certaines employées, aurait "pris l'information à la rigolade". Un employé connu de la hiérarchie pour avoir montré à ses collègues une photographie de son pénis enregistrée sur son téléphone portable s'est même senti autorisé à poser sa candidature pour faire partie du nouveau groupe d'écoute et de prévention du harcèlement sexuel.

Faute d'avoir pris clairement position contre le harcèlement sexuel, la direction de la seconde entreprise pilote risque bien d'avoir consacré du temps et de l'argent à mettre en place des mesures qui, non seulement n'empêcheront pas la survenance de ce comportement sur le lieu de travail, mais

ne lui permettront probablement même pas de se disculper en cas d'action judiciaire.

## C. Les mesures de prévention

### I. Les séances de sensibilisation

#### 1. De la "tolérance zéro" à la "sensibilité culturelle"

L'efficacité d'une séance de sensibilisation sur le thème du harcèlement sexuel dépend de plusieurs variables, telles que la façon dont elle est présentée par la direction, le moment où elle intervient<sup>11</sup> ou la manière dont est traité le sujet. A cet égard, deux approches principales peuvent être distinguées. La première, que l'on nomme parfois "tolérance zéro", consiste à faire passer le message selon lequel les comportements de nature sexuelle n'ont pas leur place sur le lieu de travail, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils se produisent. Peu fréquente en Suisse, pareille conception implique généralement une interdiction de parler de sa vie privée sur son lieu de travail et – *a fortiori* – d'y nouer des relations amoureuses<sup>12</sup>. La seconde approche,

7 Comme l'ont notamment montré diverses enquêtes qualitatives réalisées au sein de l'Union européenne: COMMISSION EUROPÉENNE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union européenne, Emploi et affaires sociales, Unité V / D. 5, Luxembourg 1999, 21–23.

8 La directrice est membre d'une association souhaitant favoriser l'égalité des chances au sein de l'entreprise et s'exprime volontiers en public sur ce sujet. De façon générale, plus une direction accorde de l'importance à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes, plus elle verra la nécessité de prendre des mesures en matière de harcèlement sexuel: GUGGISBERG, STUTZ (n. 6), 1, 13.

9 Le directeur raconte avoir pris conscience de la nécessité de prendre des mesures suite à un cas de contrainte sexuelle survenu dans son établissement. L'employée concernée n'avait pas souhaité intenter action devant les tribunaux, mais le directeur a néanmoins dû répondre devant ceux-ci du licenciement avec effet immédiat qu'il avait signifié au collègue mis en cause.

10 Au sujet de l'étendue de la diligence de l'employeur en matière de harcèlement sexuel et de l'indemnité prévue par l'art. 5 al. 3 LEg: KARINE LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur. Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève 2006, 205–229, 256–263.

11 Suite à une plainte pour harcèlement sexuel, par exemple, le personnel verra davantage l'intérêt d'une sensibilisation sur ce sujet.

12 Au sujet de l'approche "tolérance zéro", voir VICKI SCHULTZ, The Sanitized Workplace, The Yale Law Journal, vol. 112, 2003, 2099–2101.

dite de la "sensibilité culturelle"<sup>13</sup>, insiste en revanche sur la nécessité de se demander, conformément à l'art. 4 LEg, si le comportement en question était ou non importun dans le cas particulier. Selon cette disposition, le critère déterminant pour savoir si on se trouve en présence d'un harcèlement sexuel n'est en effet pas l'intention de l'auteur, mais la façon dont le comportement a été ressenti<sup>14</sup>. Le personnel est dès lors encouragé à détecter les signes d'un malaise souvent difficile à exprimer, puis à s'abstenir de tout comportement susceptible de blesser une personne présente sur son lieu de travail<sup>15</sup>.

Les séances de sensibilisation organisées dans les deux entreprises pilotes susmentionnées suivaient cette seconde approche, moins moralisatrice que la première. Le but était de montrer que, si certains comportements ne sont pas perçus comme dérangeants par les un·e·s, ils peuvent être ressentis comme harcelants par d'autres, selon les circonstances dans lesquelles ils se produisent. Le personnel était invité à donner son avis sur des images sujettes à diverses interprétations. L'une d'entre elles, par exemple, montrait une employée assise à son poste de travail qui, d'une main, tapait sur son clavier d'ordinateur et, de l'autre, maniait la souris. Un homme en cravate se tenait debout derrière elle. L'une de ses mains était posée sur la main de l'employée qui maniait la souris de l'ordinateur. L'autre reposait sur une des épaules de l'employée. La question de savoir si cette scène pouvait ou non être qualifiée de harcèlement sexuel a suscité de vifs débats au sein du personnel. Les discussions qui ont eu lieu autour de cette image et d'autres photographies similaires ont permis aux employé·e·s de parler entre eux de harcèlement sexuel. Dans une des entreprises, un jeune apprenti a osé exprimer son malaise par rapport à un calendrier pornographique suspendu dans les vestiaires. Interrogé suite à la séance de sensibilisation, son supérieur hiérarchique a déclaré avoir pris conscience, au cours de la séance, que chaque personne a des limites différentes qu'il s'agit d'apprendre à connaître. Toutefois, ce dernier a ajouté ne pas "se sentir" de faire décrocher un calendrier qui ne dérange qu'une personne.

Le message selon lequel la perception de chaque individu est différente, s'il a permis d'éviter que certain·e·s employé·e·s ne rejettent la démarche de sensibilisation, semble n'avoir pas suffi à entraîner un changement d'attitude de la part de certains cadres, pourtant censés intervenir pour mettre un terme au harcèlement sexuel. Il paraît même avoir favorisé une attitude de déni chez quelques employés, retenant que leur comportement n'est pas en soi harcelant, "tout dépend de la personne à laquelle il s'adresse". Le fait qu'aucune règle du type "une main sur l'épaule n'est jamais constitutive de harcèlement sexuel, une main sur le genou l'est en revanche toujours" n'ait été énoncée lors des séances de sensibilisation, semble par ailleurs avoir déstabilisé plusieurs participants. "Après la séance, je me suis demandé ce que je pouvais faire ou pas", confie un responsable d'atelier. "Le risque est qu'on aide moins une apprentie de peur d'être trop proche". Pareille réaction illustre les effets indésirables que peut avoir une approche du harcèlement sexuel qui en-

seigne uniquement aux employé·e·s à adopter une conduite respectueuse de la sensibilité particulière de leurs collègues. Outre le fait qu'il renforce le stéréotype selon lequel les femmes seraient "différentes", puisque plus facilement choquées par un comportement à connotation sexuelle – stéréotype contre lequel certains hommes s'empressent de lutter en racontant leur embarras face aux décollés que leur imposent leurs collègues<sup>16</sup> – ce type de message risque d'entraîner une prise de distance vis-à-vis de certaines travailleuses susceptible de nuire à leur avancement professionnel<sup>17</sup>.

## 2. Sensibilisation au harcèlement sexuel en tant que discrimination fondée sur le sexe

Aux deux approches mentionnées (l'interdiction de tout comportement sexuel et l'injonction de prendre en considération le ressenti de chaque personne), il convient donc d'en préférer une troisième, qui fasse davantage le lien entre le harcèlement sexuel et le contexte d'inégalités entre femmes et hommes dans lequel il s'inscrit. Si l'on reprend l'image décrite plus haut, la question n'est pas tellement de savoir si l'attitude corporelle du monsieur est susceptible de heurter la sensibilité particulière de l'employée, mais plutôt de comprendre ce qu'exprime cette attitude. S'agit-il d'un indice permettant de conclure à l'existence d'une inégalité de pouvoir entre les deux protagonistes? La scène représentée serait-elle envisageable s'ils se trouvaient sur un pied d'égalité?

Le message selon lequel il s'agit avant tout d'éviter les comportements qui contribuent à créer ou à renforcer les

13 SCHULTZ (n. 12), 2101, utilise l'expression "The Cultural Sensitivity Approach".

14 Comme le rappelle notamment CLAUDIA KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, art. 4 n. 55, 58.

15 Selon SCHULTZ (n. 12), 2102–2103, l'approche dite de la "sensibilité culturelle" aboutit dès lors parfois à un résultat similaire à celui obtenu avec celle de la "tolérance zéro". Etant donné qu'il y aura toujours une personne susceptible d'être dérangée par un comportement à connotation sexuelle sur le lieu de travail, les supérieure·s hiérarchiques sont encouragé·e·s à interdire systématiquement ce type de comportements.

16 SCHULTZ (n. 12), 2185 observe que les hommes auxquels on recommande de surveiller leur comportement en présence de personnes tierces ont tendance à résister en déclarant que ce sont eux qui sont victimes.

17 Un constat similaire a été fait aux Etats-Unis: CYNTHIA FUCHS EPSTEIN, ROBERT SAUTÉ, BONNIE OGLENSKY, MARTHA GEVER, Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession, Fordham Law Review, vol 64, 1995, 291, 376–377; SUSAN BISOM RAPP, Fixing Watches With Sledgehammers: The Questionable Embrace of Employee Sexual Harassment Training By the Legal Profession, University of Arkansas at Little Rock Law Review, vol. 24, 2001, 147, 163; SCHULTZ (n. 12), 2185.



inégalités entre les sexes, qu'ils soient ou non de nature sexuelle, peut certes s'avérer plus difficile à faire passer, les actes sexistes sur le lieu de travail étant souvent plus difficilement repérables que les actes à connotation sexuelle (sexistes ou non). Toutefois, le fait de souligner qu'un comportement n'est considéré comme du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg qu'à condition d'être discriminatoire, permet de donner au personnel un critère de délimitation plus clair que celui du caractère sexuel. En effet, si des plaisanteries à connotation sexuelle peuvent être les bienvenues dans certains milieux de travail – par exemple ceux où femmes et hommes sont considérés comme des travailleurs de valeur égale et se voient dès lors confier des responsabilités similaires<sup>18</sup> – les remarques sexistes sont rarement opportunes, quelles que soient les circonstances.

## II. Les groupes de confiance<sup>19</sup> internes

Aussi riche que puisse avoir été une séance de sensibilisation, il est difficile d'éviter que les discussions qu'elle aura provoquées ne tombent rapidement dans l'oubli. En pratique, cette mesure s'accompagne souvent de la désignation d'une personne ou d'un groupe de confiance externe ou interne à l'entreprise<sup>20</sup>. Leur mission se limite fréquemment à de l'écoute, de l'information et du conseil<sup>21</sup>. Afin de rendre leur action plus efficace, les personnes de confiance se voient parfois attribuer la compétence d'intervenir auprès d'une personne mise en cause ou de la hiérarchie<sup>22</sup>.

La formule du groupe de confiance interne semble être peu indiquée pour les entreprises de petite taille, en raison de sa complexité et de son coût. Le processus de sélection et de formation des membres peut en effet facilement s'étendre sur plusieurs mois et requérir l'aide de spécialistes<sup>23</sup>. Même dans une petite structure, le groupe pourra ensuite difficilement éviter de se doter d'une charte interne réglant son fonctionnement, l'intérêt à ne pas adopter de procédure lourde devant être mis en balance avec celui d'avoir un dispositif qui tienne la route en cas de litige<sup>24</sup>. Par ailleurs, la proximité des membres du groupe avec le reste du personnel, si elle peut être perçue comme un avantage propre aux PME, pose néanmoins problème.

### 1. Des personnes de confiance dérangeantes...

Les inévitables conflits de personnalité existant entre un ou plusieurs membres du groupe et certain·e·s employé·e·s peuvent pousser ces dernier·e·s à boycotter le groupe ou à le discréditer. Dans une des entreprises pilotes mentionnées en introduction, par exemple, la présence dans le groupe d'une employée qualifiée de "vieux jeu" par ses collègues, semble avoir nui à la réputation du groupe dans son ensemble. De même, la présence dans le groupe d'un homme connu pour son tempérament "charmeur", si elle avait été tolérée par la direction, aurait certainement discrédité le groupe. Il se peut aussi que les membres du groupe se trouvent pris dans un conflit de compétences avec le personnel d'encadrement, qui ne verra pas forcément d'un bon oeil que des

employé·e·s sans fonction dirigeante s'approprient son rôle de conciliateur. Dans l'entreprise susmentionnée, plusieurs cadres ont souligné avec véhémence que les personnes de confiance ne disposaient pas des compétences nécessaires en matière de résolution des conflits pour intervenir auprès d'une personne mise en cause et que leur mission devrait dès lors strictement se limiter à de l'écoute. Les personnes de confiance qui se voient confier une situation de harcèlement sexuel sous le sceau du secret se trouvent également dans une position délicate vis-à-vis de la direction. C'est à elles qu'il appartiendra d'apprécier le degré de gravité de la situation et, si nécessaire, de persuader la personne concernée de signaler son cas à la direction.

### 2. ...ou comment le groupe anti-harcèlement devient mobbé

Le rôle de "whistleblower" dont seront investi·e·s les membres du groupe risque d'entraîner leur mise à l'écart, voir de les exposer à des mesures de représailles de la part de leurs collègues. Dans l'établissement mentionné plus haut, par exemple, les photographies de deux membres ont été lacérées à la hauteur des yeux au moyen d'un objet tranchant. Suite à cet événement, les photographies ont été remplacées et recouvertes par une protection en plastique.

18 Dans ce sens, SCHULTZ (n. 12), 2139.

19 Une tendance actuelle suisse-allemanique consiste à ne plus parler de "personne de confiance" mais seulement de "personne de contact", la première expression impliquant une confidentialité des échanges qui n'est pas toujours garantie. A ce propos: SUSANNE STERN, JUDITH TRAGESER, THOMAS VON STOKAR, KATIA HORBER PAPAZIAN, NICOLAS SCHMIDT, Evaluation der Wirksamkeit von Ansprechpersonen zur Bekämpfung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Zurich 2006, 16. En Suisse romande, l'appellation "personne de confiance" demeure usuelle.

20 A ce sujet: VÉRONIQUE DUCRET, Mesures prises par les entreprises pour prévenir le harcèlement sexuel. Résultats d'une enquête menée en Suisse romande, Genève 2003, 5; STERN et al. (n. 19), 20–21.

21 STERN et al. (n. 19), 26.

22 Limiter le rôle de ces personnes à la seule écoute – sans possibilité de discuter avec la personne mise en cause ou avec la hiérarchie – reviendrait à en faire des personnes alibis. Dans ce sens: VÉRONIQUE DUCRET, Pour une entreprise sans harcèlement sexuel. Un guide pratique, Genève 2001, 93–96.

23 Au sujet des qualités et compétences nécessaires pour être "personne de confiance": DUCRET (n. 22), 89–93.

24 Une charte interne devrait notamment répondre aux questions suivantes: est-il nécessaire de constituer un dossier pour chaque situation confiée au groupe? La confidentialité doit-elle être garantie aussi vis-à-vis des autres membres du groupe? Dans quelles situations la personne contactée devrait-elle transmettre le dossier à un·e collègue? Dans quels cas une intervention à plusieurs est-elle nécessaire? Les entretiens avec les personnes qui font appel au groupe doivent-ils de préférence avoir lieu à l'extérieur de l'entreprise?

Quelques jours plus tard, les portraits des membres ont été tracés puis gribouillés avec stylo indélébile rouge. Ces incidents montrent à quel point il est important que la direction, tenue de protéger la personnalité de ses employé·e·s au sens de l'art. 328 CO, veille non seulement à que les employé·e·s qui font appel au groupe ne subissent aucun préjudice du fait de leur démarche, mais prenne également les mesures de protection nécessaires pour éviter que ses membres ne soient stigmatisé·e·s en raison de leur engagement. Il montre aussi que les groupes mis en place au sein de PME pour lutter contre le harcèlement sexuel devraient sans doute être davantage des groupes de sensibilisation, chargés de diffuser de l'information et d'organiser des débats sur le harcèlement sexuel que des groupes chargés de résoudre des situations particulières. Afin que le groupe ne soit pas considéré comme une instance policière, ses membres auront intérêt à susciter la discussion autour d'une affiche sexiste plutôt qu'à arracher cette dernière. Toutefois, même lorsque le groupe a pour mission principale d'ouvrir le débat autour du harcèlement sexuel, le risque que ses membres deviennent la cible de comportements hostiles ne pourra être écarté dans certains milieux particulièrement réfractaires.

## D. Les procédures de sanction

Plusieurs entreprises suisses se sont dotées de règlements spécifiques en matière de harcèlement sexuel<sup>25</sup>. Les plus exhaustifs instaurent une procédure comportant deux phases autonomes, l'une "informelle" (conseil, soutien, conciliation), impliquant une ou des personnes de confiance, et l'autre "formelle" (plainte, enquête, rapport, décision, recours), impliquant une ou des personnes chargées de mener l'enquête, la direction et une instance interne de recours<sup>26</sup>. Le volet "formel" de ces procédures appelle divers commentaires.

### I. Les personnes chargées de mener l'enquête

A l'heure actuelle, il n'existe en Suisse aucun service spécialisé dans les questions d'égalité qui soit habilité à enquêter sur la présence de harcèlement sexuel au sein d'entreprises privées<sup>27</sup>. Les enquêtes internes visant à établir l'existence ou non d'un harcèlement sexuel sont donc généralement confiées à des consultant·e·s externes choisi·e·s et rétribué·e·s par la direction. Leur fonction consiste à entendre les parties à la procédure, ainsi que les éventuel·le·s témoins, puis à rédiger un rapport à l'intention de la direction. Leur rapport devrait idéalement contenir une appréciation sur l'existence d'un harcèlement sexuel, le nom des personnes concernées, des propositions de mesures de réparation et de sanction, ainsi que des recommandations en vue de créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel au niveau de l'entreprise<sup>28</sup>. Il s'agit d'éviter que des sanctions soient prises à l'égard d'un individu sans que rien ne change au niveau de l'atmosphère de travail. Notons que le rapport

pourra difficilement mettre en évidence une part de reponsabilité institutionnelle dans la survenance du harcèlement sexuel, son auteur·e étant mandaté·e par la dite institution.

## II. Le droit des parties de consulter le dossier

Les règlements instaurant une procédure d'enquête garantissent en principe expressément le droit des parties à avoir accès au dossier<sup>29</sup>. Si l'accès aux procès-verbaux d'audition permet aux parties de s'assurer que la personne mandatée par la direction a rédigé son rapport de la manière la plus objective possible, ce droit risque toutefois de rendre inutile l'audition des témoins. Il est en effet illusoire de penser que les employé·e·s interrogé·e·s au sujet du climat de travail régnant dans une équipe acceptent de parler si la confidentialité de leur témoignage ne peut leur être garantie. Certains règlements précisent que la direction s'engage à ce que les personnes entendues dans le cadre de la procédure d'enquête ne subissent aucun préjudice du fait de leur déposition. Mais comment éviter que les parties ayant accès aux procès-verbaux ne rendent publiques les déclara-

25 4.4% des entreprises ayant répondu au sondage réalisé dans le cadre de l'évaluation de la loi sur l'égalité ont déclaré posséder un règlement spécial relatif au harcèlement sexuel: STUTZ, SCHÄR MOSER, FREIVOGEL (n. 1), 72. En pratique, on constate que plusieurs entreprises adoptent un règlement qui traite à la fois du harcèlement sexuel et du harcèlement psychologique.

26 A titre d'illustration, on peut citer la procédure adoptée par l'Ecole d'études sociales et pédagogiques (EESP), Haute école de travail social et de la santé à Lausanne: règlement concernant la prévention et la sanction du harcèlement sexuel et psychologique dans les relations de travail et d'études au sein de l'école du 10 juin 2004.

27 Aux points 8.2.4 et 8.3 de son rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (FF 2006 3061), le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à étudier attentivement les avantages et les inconvénients de différents modèles d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention. L'étude prendra également en considération les expériences faites par d'autres pays et par la Suisse avec des mécanismes de contrôle de ce type ou analogues (comme le rappelle le Conseil fédéral dans une prise de position du 17 mai 2006 proposant de rejeter le postulat 06.3033 "Egalité des sexes. Instituer une autorité dotée de compétences d'investigation et d'intervention", déposé le 8 mars 2006 au Conseil national).

28 A ce sujet: DUCRET (n. 22), 101–107.

29 A titre d'exemple, on peut citer le règlement-type proposé par le SYNDICAT SUISSE DES SERVICES PUBLICS, Contre le harcèlement sexuel et sexiste au travail, Zurich 1995, Art. 3.3; ainsi que les procédures adoptées par les cantons de Bâle-Campagne (ordonnance sur la protection de l'intégrité sexuelle sur le lieu de travail du 3 novembre 1998, § 20) et de Genève (règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, Art. 3 al. 3).

tions d'employé·e·s révélant, par exemple, le rôle joué par le sous-directeur dans la création d'une atmosphère de travail sexiste? En pareille hypothèse, la directrice ou le directeur tiendront-ils leur promesse en se séparant de leur bras-droit pour protéger les employé·e·s en question contre d'éventuelles mesures de représailles? Il est permis d'en douter.

Une solution susceptible de ménager à la fois le droit des témoins à être protégé·e·s et celui des parties à être informées, pourrait consister à autoriser ces dernières à consulter uniquement le rapport d'enquête – anonymisé – servant de base à la décision de la direction. Amené à se pencher sur la conformité de cette solution avec la garantie d'être entendue figurant notamment à l'article 29 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral a cependant jugé – à propos d'une décision du groupe IMPACT, chargé d'enquêter sur les cas de harcèlement au sein de l'administration vaudoise<sup>30</sup> – que le refus d'autoriser une partie à consulter les procès-verbaux des témoins auditionnés constitue une limitation injustifiée de son droit à pouvoir se déterminer en toute connaissance sur le rapport d'enquête. Selon le Tribunal, en effet, "il est certes vraisemblable que des investigations concernant le soupçon de harcèlement soient plus aisées si les personnes appelées à témoigner peuvent bénéficier de la confidentialité (...). Toutefois, cette confidentialité ne saurait être invoquée, sauf circonstances exceptionnelles (...), à l'encontre du droit d'être entendu d'un fonctionnaire menacé de renvoi"<sup>31</sup>.

Au vu de cette jurisprudence, il semble qu'une stricte confidentialité des témoignages recueillis dans le cadre d'une procédure d'enquête interne ne puisse être garantie. La promesse dans un règlement que les employé·e·s entendu·e·s ne subiront aucun préjudice du fait de leur témoignage, suffira-t-elle à les convaincre de briser le silence qui entoure habituellement le harcèlement sexuel?

### III. La décision de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat

La question de savoir si – et surtout à quel moment – une direction saisie d'une plainte pour harcèlement sexuel a le droit de licencier avec effet immédiat la personne mise en cause se pose souvent en pratique.

L'employée d'un hôpital psychiatrique accuse son supérieur hiérarchique de s'être masturbé devant elle et en présence de patient·e·s incapables de discernement. Ebranlée par cet évènement, elle dépose plainte pour harcèlement sexuel auprès de la direction. Entendu par cette dernière, le supérieur nie avoir eu un tel comportement. La direction se trouve donc face à deux versions contradictoires. S'ils étaient prouvés, les faits seraient constitutifs d'une grave violation du devoir de diligence du travailleur (art. 321a CO), susceptible de justifier un licenciement avec effet immédiat<sup>32</sup>. Selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard après un bref délai de réflexion<sup>33</sup>; s'il tarde à agir, il est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible

jusqu'à la fin du délai de congé<sup>34</sup>. Un délai général de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire est toutefois accordé lorsque les circonstances particulières du cas l'exigent<sup>35</sup>, par exemple lorsque le déroulement des faits nécessite des éclaircissements<sup>36</sup>. Le délai de réflexion ne commence en effet à courir que lorsque l'employeur a une connaissance certaine du juste motif<sup>37</sup>.

L'employeur qui, comme dans l'exemple susmentionné, est saisi d'une plainte pour harcèlement sexuel, se doit d'éclaircir les faits rapidement<sup>38</sup>. La direction qui tarde à mettre en route une enquête en espérant, par exemple, que la personne plaignante finira par retirer sa plainte, viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO. Le déclen-

30 L'arrêté du 23 juin 1999 relatif à la lutte contre le harcèlement au travail dans l'administration cantonale vaudoise prévoyait que le groupe chargé d'investiguer rédige un *rapport* qui peut être consulté par les parties (art. 10). Cet arrêté a été abrogé suite à l'entrée en vigueur du règlement du 9 décembre 2002 relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement sexuel, qui prévoit le droit des parties de consulter le *dossier* (art. 24).

31 Tribunal fédéral, 9 juillet 2003, 2P.77/2003, cons. 2.3. Une enseignante vaudoise, qui avait sollicité l'intervention du groupe IMPACT, s'était vu refuser la consultation de son dossier au motif que la plus stricte confidentialité avait été assurée aux témoins. A la suite de l'arrêt du 9 juillet 2003, l'enseignante a eu accès à l'ensemble du dossier constitué par le groupe, en particulier à tous les procès-verbaux des personnes entendues par lui (comme l'explique le Tribunal fédéral dans un arrêt du 2 février 2006 relatif à cette même affaire, 2P.177/2005).

32 Voir, par exemple, CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER, CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, art. 337 n. 7; ULLIN STREIFF, ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich 2006, art. 337 n. 5; ainsi que la jurisprudence citée.

33 A ce sujet, voir GABRIEL AUBERT, Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail (observations sur l'art. 4 CC), in: JEAN KELLERHALS, DOMINIQUE MANAI, ROBERT ROTH, Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perin, Genève 2002, 125, 128–131, selon lequel "fixer, même approximativement, la durée maximum du délai de réflexion demeure une entreprise risquée et, à ce jour, peu réussie".

34 ATF 127 III 310, 315 (qui renvoie aux ATF 99 II 308; 97 II 142; 93 II 18).

35 ATF 130 III 28, 34.

36 Tribunal fédéral, 16 mai 2002, 4C.354/2001, cons. 3; 24 août 2004, 4C.348/2003, cons. 3.2.

37 Tribunal fédéral, 19 juillet 2002, 4C.364/2001. Voir aussi: WERNER GLOOR, Le congé-soupçon, ARV 2003, 133, 142–143; DENIS G. HUMBERT, ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, PJA 2004, 564, 574; STREIFF, VON KAENEL (n. 32), art. 337 n. 17.

38 Dans ce sens: GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève 2003, art. 328 n. 6.

chement d'une enquête entraînant souvent une détérioration de l'atmosphère de travail (spéculation sur la teneur de certains témoignages, inquiétudes concernant la nature des sanctions qui vont être prises, etc.), il est important que la procédure aboutisse le plus rapidement possible. Les règlements internes relatifs au traitement des plaintes pour harcèlement sexuel prévoient souvent une durée maximale d'un ou deux mois<sup>39</sup>. Il peut en effet se révéler impossible de trouver un·e consultant·e indépendante qui soit disponible pour procéder en l'espace de quelques jours à l'audition de tout un service, comme cela est souvent nécessaire pour trouver des indices permettant de vérifier la véracité des allégations de harcèlement sexuel.

Plusieurs semaines pourront donc s'écouler entre le moment où la plainte a été déposée auprès de la direction et le moment où celle-ci notifie sa décision aux parties. Afin de ne pas risquer de se voir reprocher d'avoir trop attendu, une direction peut être tentée de prononcer le licenciement avec effet immédiat de la personne mise en cause avant même que l'enquête n'ait abouti. L'employeur qui prononce un licenciement immédiat uniquement sur la base de soupçons risque cependant d'être condamné en justice à verser le salaire jusqu'à l'échéance normale du contrat (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'une indemnité pour licenciement injustifié (art. 337c al. 3 CO), dans l'hypothèse où ses soupçons s'avèreraient par la suite mal fondés<sup>40</sup>. Il a donc intérêt à privilégier des solutions alternatives, comme la mutation provisoire de la personne mise en cause dans l'attente des résultats de l'enquête (accompagnée d'une communication au personnel qui permette d'éviter les bruits de couloir) ou le congé ordinaire avec libération immédiate de la place de travail<sup>41</sup>.

Lorsqu'un rapport d'enquête concluant à l'existence d'un harcèlement sexuel a été remis à la direction, la question se pose de savoir si celle-ci bénéficie encore d'un délai de deux ou trois jours pour prononcer un licenciement avec effet immédiat. "Le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait distinguer la situation dans laquelle les soupçons, clairs en eux-mêmes, doivent être simplement confirmés ou infirmés, de la situation dans laquelle les faits sont obscurs et doivent donner lieu à des vérifications plus compliquées ou si les manquements viennent au jour peu à peu; s'il s'agit simplement pour celui qui donne le congé d'établir l'exactitude d'un reproche clair en soi, on peut attendre de lui qu'il réfléchisse déjà, pendant qu'il réunit les renseignements utiles, aux suites qu'il donnera si ces craintes s'avèrent réelles, avec la conséquence que le congé devra être, le cas échéant, signifié immédiatement dès la confirmation des soupçons"<sup>42</sup>.

La situation exposée plus haut semble tomber sous le coup de la seconde hypothèse. L'acte d'exhibitionnisme reproché étant clair en soi, on pourrait donc attendre de la direction de l'hôpital qu'elle réfléchisse pendant l'enquête aux suites qu'elle donnera à ce comportement "si ces craintes s'avèrent réelles". Parler de "craintes" ne colle toutefois pas toujours avec la réalité. A l'heure où les directions se demandent comment elles vont réussir à procéder à une nécessaire réduction de leurs effectifs, certaines d'entre elles sont fort

soulagées de pouvoir se séparer de quelques "petits chefs" en toute légalité et même, parfois, au nom de l'égalité...

## E. Conclusion

Lors de la première étape de la mise en place d'un dispositif de protection contre le harcèlement sexuel au sein d'une entreprise, soit la sensibilisation de la direction au problème et à la nécessité de prendre des mesures pour le prévenir, il semble judicieux d'attirer l'attention de cette dernière sur l'inefficacité de mesures purement formelles, tant en ce qui concerne la réduction des pratiques de harcèlement sexuel qu'au regard de l'exonération de la responsabilité de l'entreprise.

Lorsque la mise sur pied d'un groupe de confiance interne est envisagée, il est important que les directions, tenues de protéger la personnalité de leurs employé·e·s au sens de l'art. 328 CO, non seulement veillent à ce que les employé·e·s qui font appel au groupe ne subissent aucun préjudice du fait de leur démarche, mais prennent également les mesures de protection nécessaires pour éviter que ses membres ne soient stigmatisé·e·s en raison de leur engagement. Les employé·e·s interrogé·e·s dans le cadre d'une enquête interne devront également avoir l'assurance qu'ils et elles ne subiront aucun préjudice du fait de leur témoignage. Une stricte confidentialité des procès-verbaux d'audition ne pouvant être garantie, le succès de l'enquête interne sera largement tributaire du sentiment qu'auront les employé·e·s d'être véritablement protégés contre d'éventuelles mesures de représailles.

39 Voir par exemple le modèle de règlement proposé par EDI CLASS, RAINER MOSSINGER, *Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis*, Zurich 1996, 86–89, qui prévoit que l'enquête doit être menée le plus vite possible et au plus tard dans un délai de quatre semaines.

40 AUBERT (n. 38), Art. 337 N 10, 11. Au sujet des controverses doctrinales relatives à la licéité du congé-soupçon immédiat et à ses conséquences financières: GLOOR (n. 37); HUMBERT, VOLKEN (n. 37); STREIFF, VON KAENEL (n. 32), art. 337 n. 10. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de savoir si un soupçon peut justifier un licenciement immédiat: arrêt du 29 juin 2004, 4C.109/2004, cons. 4.1; arrêt du 3 janvier 2006, 4C.317/2005, cons. 5.3, 5.4 (un juste motif de licenciement existait indépendamment du soupçon d'infraction pénale).

41 A ce sujet, GLOOR (n. 37), 144–145. Lorsque le contrat continue en présence du salarié soupçonné, on considérera plus volontiers que l'employeur admet de poursuivre les rapports de travail: AUBERT (n. 38), art. 337 n. 11.

42 Tribunal fédéral, 13 décembre 2005, 4C.291/2005, cons. 3.2; 24 août 2004, 4C.348/2003, cons. 3.2.; 16 mai 2002, 4C.345/2001, cons. 3.2. HUMBERT, VOLKEN (n. 37), 574–575 considèrent qu'un délai de réflexion de trois jours devrait dans chaque cas être encore accordé à l'employeur.

La direction qui tarde à faire démarrer une enquête permettant de vérifier le bien-fondé d'une plainte pour harcèlement sexuel dont elle a été saisie viole son obligation de diligence au sens de l'art. 328 CO. Si elle décide par la suite de licencier la personne mise en cause avec effet immédiat, le caractère tardif de sa réaction pourra lui être reproché. La direction ne devrait en revanche pas être présumée avoir renoncé au licenciement avec effet immédiat, si elle met en route une enquête tout de suite après avoir été mise au courant de la plainte, puis notifie sa décision de licenciement dès la remise du rapport concluant à l'existence d'un harcèlement sexuel. Le fait d'avoir pris des sanctions contre l'auteur d'un harcèlement sexuel avéré ne devrait pas dispenser les directions de prendre des mesures susceptibles de créer un climat de travail exempt de harcèlement sexuel au niveau de toute l'entreprise.

De façon générale, il convient de ne pas réduire le harcèlement sexuel à un problème lié à la sensibilité particulière de certain·e·s employé·e·s, majoritairement de sexe féminin, susceptibles d'être choqué·e·s par un comportement à connotation sexuelle sur leur lieu de travail. Cette approche risque en effet d'entraîner une mise à distance des travailleuses, peu favorable à leur avancement professionnel. Il s'agit bien plutôt de souligner que le harcèlement sexuel est un comportement discriminatoire qui, comme son nom ne l'indique pas, n'a souvent aucun rapport avec la sexualité. Les dispositifs de prévention et de sanction du harcèlement sexuel ne devraient dès lors pas interdire les comportements sexuels sur le lieu de travail, mais les comportements harcelants, sexuels ou non, qui contribuent à tenir les femmes – ainsi que certains hommes s'écartant du modèle traditionnel de masculinité – à l'écart des postes de travail les plus valorisés. Les programmes de prévention contre le harcèlement sexuel devraient contribuer à briser le plafond de verre dans les entreprises et non encourager la construction de bureaux en verre.

Immer mehr Unternehmen organisieren Sitzungen, an denen die Betriebsangehörigen auf das Thema der sexuellen Belästigung sensibilisiert werden; sie bezeichnen Ansprechpersonen, an welche Betroffene gelangen können, und/oder führen ein internes Beschwerdeverfahren ein. Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Frage nach der Effizienz solcher Massnahmen unter dem Gesichtspunkt der Gleichstellung von Frau und Mann am Arbeitsplatz. Welche kontraproduktiven Folgen können diese Massnahmen möglicherweise haben? Mit dem vorliegenden Aufsatz werden mehrere konkrete Schwierigkeiten aufgezeigt, mit denen solche Präventions- und Sanktionsmittel in Unternehmungen verschiedener Grössen in den Kantonen Waadt, Genf und Neuenburg konfrontiert worden sind. Ein frühzeitiges Einbeziehen solcher Schwierigkeiten in die Konzeption kann die Effizienz solcher Massnahmen verbessern.

# Die EG-Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen

Entwicklungsperspektiven für das schweizerische Gleichstellungsrecht



Prof. Dr. CHRISTA TOBLER, LL.M., Professorin für das Recht der europäischen Integration, Europainstitut der Universität Basel, Basel

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Entstehung der Richtlinie
- C. Inhalt der Richtlinie
  - I. Das Diskriminierungsverbot
    - 1. Diskriminierung
    - 2. Rechtfertigung
    - 3. Förderungsmassnahmen
  - II. Diskriminierung in Bezug worauf? Güter und Dienstleistungen
  - III. Rechtsbehelfe und Durchsetzung
- D. Zum Schluss

## A. Einleitung<sup>1</sup>

Am 13. Dezember 2004 erliess die Europäische Gemeinschaft (EG)<sup>2</sup> eine Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Bezug auf Waren und Dienstleistungen (im Folgenden: "die Richtlinie" oder "Richtlinie 2004/113/EG").<sup>3</sup> Damit weitete sie erstmals den Anwendungsbereich des seit den 1950er Jahren bestehenden Geschlechtergleichstellungsrechtes über die Erwerbsarbeit und die damit zusammenhängenden Sozialversicherungen hinaus aus. Bekanntlich bezog sich das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts anfangs ausschliesslich auf den Arbeitslohn (Art. 119 des EEG-Vertrages, heute Art. 141 Abs. 1 und 2 EG).<sup>4</sup> Erst ab den 1970er Jahren erliess die Gemeinschaft Richtlinien,<sup>5</sup> welche das Verbot auf weitere Aspekte der Beschäftigung und die damit zusammenhängenden Sozialversicherungen ausdehnten.<sup>6</sup> Bis zum Erlass der hier zu besprechenden Richtlinie blieb das einschlägige EG-Recht aber auf diese Bereiche beschränkt.

Die Ausdehnung des Diskriminierungsverbotes im EG-Sozialrecht auf andere Bereiche erfolgte zuerst ausserhalb des Geschlechterdiskriminierungsrechtes. Seit dem 1. Mai

1999 ermöglicht es Art. 13 EG der Gemeinschaft, Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung zu ergreifen. Der Anwendungsbereich solcher Massnahmen wird im Vertrag einzig insofern einschränkend umschrieben, als Art. 13 EG nur "unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags" und "im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten" herangezogen werden kann.<sup>7</sup> Im Jahr 2000 nahm die Europäische Gemein-

- 1 Der vorliegende Text stellt eine Kurzfassung des Vortrages dar, den die Autorin an der Fachtagung der Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann des Kantons Zürich (GleiKo) zum Thema "Gleichstellung von Frauen und Männern im Dienstleistungsbereich – Informationen zur neuen EG-Richtlinie 2004/113" am 1. Dezember 2005 in Zürich hielt. Zur zürcherischen GleiKo siehe <<http://www.gleichberechtigung.zh.ch/internet/ji/ffg/de/gleiko1/mitglieder1.html>>. Die Autorin ist heute Mitglied der Kommission.
- 2 Es handelt sich heute um den wichtigsten Bestandteil der mit dem Vertrag von Maastricht von 1992 gegründeten Europäischen Union (in Kraft seit dem 1. November 1993). Die ursprüngliche "Europäische Wirtschaftsgemeinschaft" (EWG) wurde im Rahmen der Maastrichter Vertragsrevision umbenannt und heisst heute nur noch Europäische Gemeinschaft.
- 3 Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.
- 4 Im Zuge der Konsolidierung des EG-Vertrages nach der Revision von Amsterdam (1997, in Kraft seit 1. Mai 1999) wurden die Vertragsartikel neu nummeriert. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat Leitlinien über die Bezeichnung der Vertragsbestimmungen vor und nach der Umnummerierung herausgegeben (ABl. 1999 C 246/1, siehe auch <<http://www.curia.eu.int/de/content/juris/noteinfo.htm>>). Der vorliegende Beitrag folgt diesen Leitlinien.
- 5 Die EG kann nach Art. 5 EG nur tätig werden, wenn ihr der Vertrag eine entsprechende Kompetenz zuweist (Prinzip der Einzelermächtigung). Zu den für die Geschlechterdiskriminierung relevanten Rechtsgrundlagenbestimmungen siehe CHRISTA TOBLER, Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam, European Journal of Law Reform 2000, 135 ff.
- 6 Eine Übersicht über die gegenwärtig in Kraft stehenden Richtlinien findet sich im Internet: <[http://ec.europa.eu/employment\\_social/gender\\_equality/legislation/index\\_de.html](http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/legislation/index_de.html)>.
- 7 Da für die Bekämpfung der Geschlechterdiskriminierung auch andere und spezifischere Rechtsgrundlagen bestehen (siehe vorne, FN 5), liegt die Wichtigkeit von Art. 13 EG hier vor allem auf dem Gebiet ausserhalb der Beschäftigung und der damit verbundenen Sozialversicherungen; siehe LISA WADDINGTON, Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination, Industrial Law Journal 1999, 133 ff., 140.

schaft gestützt auf Art. 13 EG zwei Richtlinien an, welche die in Art. 13 EG aufgezählten Diskriminierungen ausser der Diskriminierung des Geschlechts betreffen, nämlich die Rassenrichtlinie<sup>8</sup> und die sog. Beschäftigungsrahmenrichtlinie.<sup>9</sup> Letztere bezieht sich in ihrem Anwendungsbereich nur auf die Beschäftigung, und zwar unter Ausschluss der Sozialversicherungen. Im Gegensatz dazu statuiert die Rassenrichtlinie das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft für einen ausgesprochen weiten Bereich, der u.a. auch den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen einschliesst.<sup>10</sup> Damit ist die Rassenrichtlinie die gesetzgeberische Anti-Diskriminierungsmassnahme der EG mit dem auf Stufe Richtlinie weitesten Anwendungsbereich.<sup>11</sup> Vier Jahre nach ihrem Erlass zog die Gemeinschaft im Bereich der Geschlechterdiskriminierung insofern nach, als nun auch hier gestützt auf Art. 13 EG eine Richtlinie erlassen wurde, welche den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen betrifft, nämlich eben die hier interessierende Richtlinie 2004/113/EG.

Im Gegensatz zu dieser gesetzgeberischen Entwicklung in der Europäischen Union bzw. in der Europäischen Gemeinschaft erfasst das schweizerische Gleichstellungsgesetz (GIG) diese Bereiche nicht. Das 10-jährige Bestehen des GIG bietet einen willkommenen Anlass, um diesbezüglich einen Blick auf die fortschrittlichere Nachbarrechtsordnung zu werfen. Die folgenden Abschnitte geben deshalb einen knappen Überblick über Entstehung und Inhalt der Richtlinie 2004/113/EG.

## B. Entstehung der Richtlinie

In ihrer sozialpolitischen Agenda aus dem Jahr 2000<sup>12</sup> teilte die Europäische Kommission mit, dass sie einen Entwurf für eine Richtlinie über die Gleichstellung der Geschlechter ausserhalb des Beschäftigungsbereichs vorlegen wolle.<sup>13</sup> In diesem Vorhaben wurde sie vom Europäischen Rat als dem obersten politischen Gremium der Europäischen Union bestärkt. An seiner Tagung von Nizza (ebenfalls in 2000) unterstrich der Rat die Wichtigkeit der Stärkung des Gleichstellungsrechtes und insbesondere der Gleichstellung der Geschlechter ausserhalb des Bereiches der Beschäftigung. Er forderte die Kommission ausdrücklich auf, einen Entwurf einer solchen Richtlinie vorzulegen.<sup>14</sup>

Nach einer intensiven Debatte über den Inhalt der geplanten Richtlinie legte die Kommission schliesslich am 5. November 2003 einen Entwurf vor.<sup>15</sup> Der eigentliche Entwurfstext wird von Erläuterungen über Kontext, Rechtsgrundlage und Begründung sowie zu den einzelnen Artikeln begleitet. Zur Begründung schreibt die Kommission, es sei "offenkundig, dass es Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht nur auf dem Arbeitsmarkt gibt, sondern auch in vielen anderen Bereichen des täglichen Lebens, und dass Diskriminierungen ein Hindernis darstellen für die Verwirklichung der Gleichstellung von Männern und Frauen, deren Förderung der Gemeinschaft durch den Vertrag aufgegeben

ist". Spezifisch zum Thema der Güter und Dienstleistungen schreibt die Kommission: "Der Ausschluss von Einzelpersonen vom Zugang zu Gütern und Dienstleistungen ihrer Wahl verletzt im günstigsten Fall die Selbstachtung der Betroffenen und führt im schlimmsten Fall zur Verschärfung sozialer Ausgrenzung."<sup>16</sup>

In der Debatte über den möglichen Inhalt der Richtlinie hatte sich allerdings gezeigt, dass bestimmte Bereiche besonders umstritten waren.<sup>17</sup> Die Kommission erwähnt u.a. die Darstellung der Geschlechter in Medien und Werbung. Ihrer Meinung nach stellt sich hier "ernsthaft die Frage nach dem Schutz der Würde von Männern und Frauen".<sup>18</sup> Ein weiteres Beispiel ist das Bildungswesen. Dazu führt die Kommission aus, dass bestimmte Praktiken Mädchen oder Jungen davon abhalten, nichttraditionelle Wege einzuschlagen. Wegen des grossen Widerstandes aus Anspruchsgruppen (z.B. die Repräsentanten der Medienwelt) und z.T. auch Mitgliedstaaten sah die Kommission trotz Handlungsbedarf davon ab, zum jetzigen Zeitpunkt einen Vorschlag vorzulegen, der auch diese Bereiche betrifft. Zum Steuerrecht bemerkt die Kommission, dass es in den mitgliedstaatlichen Steuersystemen "Faktoren gibt, welche geeignet sind,

8 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

9 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

10 Siehe dazu auch hinten, C.II.

11 Noch weiter ist nur der Anwendungsbereich von Art. 12 EG, der – unter dem Vorbehalt von Spezialbestimmungen – im gesamten EG-Recht die Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit verbietet.

12 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Sozialpolitische Agenda, KOM(2000) 379 endg.

13 Die Kommission ist innerhalb der EG (nicht aber in anderen Bereichen des EU-Rechts, vgl. Art. 34 Abs. 2 EU) das einzige Organ, das Entwürfe für sog. Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien im Sinne von Art. 249 EG) vorlegen kann.

14 Siehe <[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm)>.

15 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, KOM(2003) 657 endg.

16 Richtlinienvorschlag (FN 15), 5 und 6.

17 Für das Folgende siehe Richtlinienvorschlag (FN 15), 5 ff. Zu den umstrittenen Bereichen gehörten auch die Versicherungsdienstleistungen; hierzu hinten, C.II.

18 Vgl. dazu auch MISCHA CHARLES SENN, Geschlechterdiskriminierungen in Kunst, Medien und Werbung, AJP/PJA 2004, 1455 ff., S. 1470: "Geschlechterdiskriminierungen in den Bereichen von Kunst, Medien und Werbung sind durchaus vorhanden. Alleine deren rechtliche Beurteilung oder gar Sanktionierung ist entweder kein Thema (vor allem in der Kunst) oder eine Frage der privaten Selbstkontrolle (Werbung)."

Angehörige des einen oder des andern Geschlechts davon abzuhalten, ein Erwerbseinkommen oder ein Einkommen aus anderen Quellen zu beziehen". Laut der Kommission ist hier keine gesetzgeberische Tätigkeit nötig, weil ihrer Auffassung nach das Problem bereits vom Grundsatz der Lohnleichheit nach Art. 141 EG erfasst wird. Der Richtlinienvorschlag der Kommission befasst sich deshalb nicht mit diesem Punkt. Aus der seitherigen Rechtsprechung ergibt sich aber, dass steuerrechtliche Massnahmen nicht von Art. 141 EG erfasst werden, weil sie nicht auf den Arbeitgeber zurückgehen.<sup>19</sup> Ausdrückliche Gesetzgebung wäre daher durchaus nötig, um das Problem anzugehen, dürfte aber auf den Widerstand der Mitgliedstaaten stossen, weil die EG keine ausdrückliche Kompetenz zur Regelung der direkten Besteuerung hat.

Nach der Vorlage des Vorschlages durch die Kommission wurde der Text dem Europäischen Parlament sowie diversen Ausschüssen zur Stellungnahme übermittelt. Im Oktober 2004 erreichten die Institutionen die politische Einigung über die Richtlinie, die schliesslich mit einigen Änderungen gegenüber dem ursprünglich von der Kommission vorgeschlagenen Text im Dezember 2004 formell angenommen wurde. Die Mitgliedstaaten haben nun bis zum 21. Dezember 2007 Zeit, die Richtlinie in ihr nationales Recht umzusetzen (Art. 17 der Richtlinie, Art. 249 EG). Bereits während dieser Frist dürfen sie im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Treupflicht nichts unternehmen, was das Ziel der Richtlinie ernsthaft gefährden könnte (Art. 10 EG in Verbindung mit Art. 249 EG).<sup>20</sup>

## C. Inhalt der Richtlinie

Die Richtlinie statuiert das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts im Bereich von Gütern und Dienstleistungen. Dabei ist wesentlich, dass sie nur einen Mindeststandard enthält, über den die Mitgliedstaaten hinausgehen können (Art. 7 Abs. 1: günstigeres mitgliedstaatliches Recht ist erlaubt; Abs. 2: keine Absenkung des bereits garantierten Schutzniveaus). Die Richtlinie ist wie folgt aufgebaut: Der Präambel folgen vier inhaltliche Kapitel über Allgemeine Bestimmungen, Rechtsbehelfe und Durchsetzung, Gleichbehandlungsstellen und Schlussbestimmungen. Die folgenden Bemerkungen konzentrieren sich auf die inhaltlichen Bestimmungen zum Diskriminierungsverbot (Inhalt des Diskriminierungsverbotes und dessen Anwendungsbereich, nämlich der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen). Die Bestimmungen über Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung werden nur ganz kurz erwähnt.

### I. Das Diskriminierungsverbot

#### 1. Diskriminierung

Das von der Richtlinie verfolgte Anliegen ist die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen im spe-

zifischen Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Dienstleistungen. Gleich wie andere Anti-Diskriminierungsrichtlinien der neuesten Generation (Rassenrichtlinie und Beschäftigungsrahmenrichtlinie)<sup>21</sup> enthält die Richtlinie sowohl eine Aufzählung als auch Definitionen dessen, was in ihrem Rahmen als Diskriminierung zu verstehen ist, nämlich:

- die unmittelbare oder direkte Diskriminierung (Art. 2(a) und 4 Abs. 1(a))
- die mittelbare oder indirekte Diskriminierung (Art. 2(b) und 4 Abs. 1(b))
- die Belästigung und die sexuelle Belästigung (Art. 2(c) und (d) sowie Art. 4 Abs. 3) und
- die Anweisung zur unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung (Art. 4 Abs. 4).

Die direkte und die indirekte Diskriminierung werden in der Richtlinie im klassischen Sinne als unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts (direkt oder indirekt) von vergleichbaren Fällen definiert. Nach Art. 2(a) der Richtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung dann vor, "wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde [...]". Art. 4 Abs. 1 Buchst. a hält fest, dass die Schlechterstellung von Frauen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft eine direkte Diskriminierung darstellt. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung.<sup>22</sup> Günstigere Bestimmungen zum Schutz der Frauen in Bezug auf Schwangerschaft oder Mutterschaft sind nicht diskriminierend im Sinne der Richtlinie (Art. 2 Abs. 2). Von einer mittelbaren Diskriminierung ist nach Art. 2(b) die Rede, "wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften,

19 Rs. C-207/04 *Paolo Vergani – Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona*, Urteil vom 21. Juli 2005 (noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht), Erw. 21 ff. Diese Entscheidung zeigt, dass steuerrechtliche Massnahmen aber durchaus unter das Sekundärrecht der Gemeinschaft über die Geschlechtergleichheit in anderen Bereichen fallen. In Zukunft wird dies die sog. Neufassungsrichtlinie sein: Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23.

20 Siehe dazu insbes. das Urteil des EuGH in der Rs. C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL – Région wallonne*, Slg. 1997, S. I-7411, und neuestens Rs. C-212/04 *Adeneler u.a. – Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Urteil vom 4. Juli 2006 (noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht).

21 Siehe vorne, FN 8 und 9.

22 Siehe dazu CHRISTA TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, 342 ff.



Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich".

Die Definition der (sexuellen) Belästigung in der Richtlinie weicht vom klassischen Modell der Diskriminierung ab, weil sie nicht auf einem Vergleich der Behandlung verschiedener Gruppen basiert.<sup>23</sup> Belästigungen sind nach Art. 2(c) "unerwünschte geschlechtsbezogene Verhaltensweisen gegenüber einer Person [...], die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird". Die sexuelle Belästigung schliesslich besteht nach Art. 4(d) in "unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äussert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird".

## 2. Rechtfertigung

Die meisten Diskriminierungsverbote im EG-Recht sind nicht absolut, sondern sehen Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Im Falle der Richtlinie 2004/113/EG sind die Möglichkeiten der Rechtfertigung allerdings unüblich weit gefasst. Nach Art. 2 Abs. 5 ist eine unterschiedliche Behandlung nicht ausgeschlossen, "wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschliesslich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind". Damit gehört die Richtlinie zu der (bisher kleinen) Anzahl von neueren Richtlinien, welche die zulässigen Rechtfertigungsgründe nicht einzeln und abschliessend aufzählen. In solchen Fällen verwischt sich die im EG-Recht klassischerweise bestehende Trennlinie zwischen den Rechtfertigungsmöglichkeiten für direkte und indirekte Diskriminierungen.<sup>24</sup> In Erwägung 16 der Präambel der Richtlinie werden einige Beispiele von legitimen Zielen erwähnt: "Ein legitimes Ziel kann beispielsweise sein: der Schutz von Opfern sexueller Gewalt (wie die Einrichtung einer Zufluchtsstätte für Personen gleichen Geschlechts), der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens (wie etwa bei der Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in der Wohnstätte, in der er selbst wohnt), die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der Interessen von Männern und Frauen (wie ehrenamtliche Einrichtungen, die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind), die Vereinsfreiheit (Mitgliedschaft in privaten Klubs, die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind) und die Organisation sportlicher Tätigkeiten (z. B. Sportveranstaltungen, zu de-

nen ausschliesslich die Angehörigen eines Geschlechts zugelassen sind)."

## 3. Förderungsmassnahmen

Art. 6 der Richtlinie hält unter dem Titel "Positive Massnahmen" fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten "nicht daran hindert, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Praxis spezifische Massnahmen, mit denen geschlechtsspezifische Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschliessen." Dabei handelt es sich sachlich betrachtet nicht um eine Ausnahme oder Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz,<sup>25</sup> sondern vielmehr um deren Kehrseite (Ungleichbehandlung von nicht vergleichbaren Fällen zur Erreichung eines gerechten Ergebnisses).<sup>26</sup>

## II. Diskriminierung in Bezug worauf? Güter und Dienstleistungen

Art. 3 umschreibt den Geltungsbereich der Richtlinie. Sie gilt "für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschliesslich öffentlicher Stellen". Die Präambel der Richtlinie unterstreicht in Erwägung 10 diesbezüglich die Parallelität mit der Rassenrichtlinie.<sup>27</sup> Zur

23 Richtlinienvorschlag (FN 15), 48 f.

24 Richtlinienvorschlag (FN 15), 326 ff. Im Falle der indirekten Diskriminierung enthält bereits deren Definition ein allgemein gefasstes Element der objektiven Rechtfertigung. In der wissenschaftlichen Literatur ist umstritten, ob es sich dabei um ein Tatbestands- oder um ein Rechtfertigungselement handelt; siehe TOBLER (FN 22), 353 f.

25 Der Gerichtshof hält in seiner Rechtsprechung zu den bisher bestehenden Bestimmungen über Förderungsmassnahmen allerdings an diesem Ausnahmecharakter fest, weil er vom Grundsatz der Gleichbehandlung ausgeht. Siehe dazu CHRISTA TOBLER, Urteilsbesprechung zur Rs. E-1/02 *EFTA Surveillance Authority v Norway (Norwegian university quotas)*, *Common Market Law Review* 2004, 245–260, 254.

26 Siehe dazu bereits CHRISTA TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1997, 49 ff., 58 f.; im grösseren Zusammenhang auch INEKE BOEREFJUN/FONS COOMANS/JENNY GOLDSCHMIDT/RIKKI HOLTMAAT/RIA WOLLESWINKEL (Hrsg.), *Temporary Special Measures. Accelerating de facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Anwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2003.

27 Siehe vorne, FN 8.

weiteren Definition der Begriffe "Güter" und "Dienstleistungen" verweist Erwägung 11 der Präambel auf die Definitionen, welche im Recht über den freien Warenverkehr und den freien Dienstleistungsverkehr gelten. Danach sind Güter Gegenstände im weitesten Sinne, welche Gegenstand einer wirtschaftlichen Transaktion sein können, und zwar unabhängig davon, ob sie selbst einen Wert besitzen.<sup>28</sup> Bei Dienstleistungen handelt es sich um wirtschaftliche Transaktionen, die nicht vom freien Warenverkehr (Art. 25 ff. EG), Personenverkehr (Art. 39 ff. EG) oder Kapitalverkehr (Art. 56 ff. EG) abgedeckt werden, und die normalerweise gegen Entgelt erbracht werden (Art. 50 EG).

In ihren Erläuterungen zum Richtlinienentwurf<sup>29</sup> erwähnt die Kommission eine Reihe von Beispielen von einschlägigen Gütern und Dienstleistungen, darunter den Zugang zu Gebäuden, die für die Öffentlichkeit zugänglich sind, weiter etwa alle Arten von Wohnungen (einschliesslich Mietwohnungen und Hotelunterkünften), Transport und – besonders wichtig – die Dienstleistungen in den Bereichen Banken, Versicherungen und sonstige Finanzdienstleistungen. Zu den letzteren gehört etwa der Zugang zu Finanzmitteln, darunter Darlehen für Kleinunternehmen oder Einzelpersonen. In einer Art Generalklausel erwähnt die Kommission schliesslich die "Dienstleistungen sämtlicher Berufssparten und Branchen". Zu letzteren gehören z.B. das Haarschneiden im Coiffeursalon, wo bekanntlich differenzierte Tarife für Männer und Frauen nach wie vor gang und gäbe sind.

Was die Versicherungen anbelangt, so sind in der EU so genannte Unisextarife zwar bei den gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherungen üblich, private Versicherungsgesellschaften dagegen bieten Männern und Frauen Versicherungen häufig zu unterschiedlichen Konditionen an, insbesondere bei Lebens-, Kranken- und Autoversicherungen. Der Einbezug von Versicherungsdienstleistungen war in der Debatte über die Richtlinie der wohl am heissesten umstrittene Punkt, vor allem, weil die Kommission trotz Widerständen daran festhielt. Das Ergebnis ist ein Kompromiss. Er besteht darin, dass solche Dienstleistungen zwar von der Richtlinie erfasst werden, diese aber eine problematische Spezialbestimmung über versicherungsmathematische Faktoren enthält. Nach Art. 5 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschliessen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Immerhin hält die Richtlinie ausdrücklich fest, dass Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen dürfen (Art. 5 Abs. 3).<sup>30</sup> Das ist sachlich absolut richtig, nützt es doch der Gesellschaft als Ganzes, wenn Kinder geboren werden.<sup>31</sup>

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind das Privat- und Familienleben und die in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen (Art. 3 Abs. 1), der Inhalt von Medien und Werbung sowie die Bildung (Art. 3 Abs. 3), und schliesslich Beschäftigung und

Beruf, einschliesslich selbständige Tätigkeiten, sofern sie von anderem EG-Recht abgedeckt sind (Art. 3 Abs. 4).

Ingesamt erweitert die Richtlinie 2004/113/EG den Anwendungsbereich des EG-Geschlechterdiskriminierungsrechtes zwar über die bisherigen klassischen Bereiche der Beschäftigung und der damit verbundenen Sozialversicherungen aus, bleibt aber deutlich hinter der Rassenrichtlinie<sup>32</sup> zurück. Zum Vergleich: Art. 3 der Rassenrichtlinie erwähnt folgende Bereiche:

- die Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit
- den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung, einschliesslich der praktischen Berufserfahrung
- die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (einschliesslich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt)
- die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören (einschliesslich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen)
- den Sozialschutz, einschliesslich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste
- die sozialen Vergünstigungen
- die Bildung
- den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (einschliesslich Wohnraum).

Im Vergleich dazu besteht in der EG nicht nur in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung, sondern auch in Bezug auf die anderen in Art. 13 EG aufgeführten Diskriminierungsgründe deutlicher Nachholbedarf. In der Literatur wird denn auch von einer eigentlichen Hierarchie der verschiedenen Diskriminierungsverbote gesprochen.<sup>33</sup>

28 Rs. C-2/90 *Kommission – Belgien*, Slg. 1992, I-4431.

29 Richtlinienvorschlag (FN 15), insbes. 15 f.

30 Wobei die Mitgliedstaaten die Durchführung dieser Regelung bis spätestens zwei Jahre nach dem 21. Dezember 2007 aufschieben können.

31 Vgl. dazu Chief Justice Dickson des Canadian Supreme Court, in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.* [1989] 1 S.C.R. 1219, N. 34, S. 1243: "That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious. It is only women who bear children; no man can become pregnant. As I argued earlier, it is unfair to impose all the costs of pregnancy upon one half of the population."

32 Siehe vorne, FN 8.

33 SANDRA FREDMAN, *Equality: A New Generation?*, *Industrial Law Journal* 2001, 145 ff., 151.

### III. Rechtsbehelfe und Durchsetzung

Der Abschnitt in der Richtlinie über Rechtsbehelfe und Durchsetzung enthält die im EG-Recht mittlerweile üblichen Elemente, insbesondere die Garantie des Rechtswegs (Art. 8) und das Recht auf wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 im Teil über die Schlussbestimmungen). Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass es dabei um einen persönlichen Rechtsschutz für das Opfer geht, in dessen Rahmen die Elemente der Wirksamkeit, der Verhältnismässigkeit und der Abschreckung auch wirklich ernst genommen werden. So sind z.B. nur symbolische Schadenersatzbeträge ungenügend und gesetzliche Schadenersatzobergrenzen unzulässig.<sup>34</sup> Weitere wichtige Elemente sind die Umkehr der Beweislast (Art. 9) und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Gleichbehandlungsstellen (Art. 12).

### D. Zum Schluss

Die Ausweitung des Diskriminierungsverbotes über den Bereich der Beschäftigung hinaus hat Folgen für die Freiheit der Vertragsgestaltung in den betroffenen Bereichen. Es verwundert daher nicht, wenn sich kritische Kreise vor allem gegen den als zu harsch empfundenen Einbruch in die Vertragsfreiheit wenden, der ihrer Ansicht nach aus der neuen Richtlinie resultiert.<sup>35</sup> Diese Begrenzung der Vertragsfreiheit ist aber von der Sache her schlicht nötig, weist doch die wissenschaftliche Literatur schon lange darauf hin, dass das geltende Vertragsrecht überwiegend auf sozialtypisch männliche Lebenswirklichkeiten abstellt.<sup>36</sup> Genau dieses Problem will die Richtlinie 2004/113/EG letztlich angehen und zu diesem Zweck relativiert sie die Vertragsfreiheit. Nach Art. 3 Abs. 2 "berührt diese Richtlinie nicht die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person, solange diese ihre Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig macht". Dass die Vertragsfreiheit Grenzen hat, sollte gerade im EG-Recht nicht erstaunen, schränken hier doch die eingangs erwähnten Bestimmungen des EG-Vertrages über den Personen- und den Dienstleistungsverkehr diese Freiheit schon seit vielen Jahrzehnten spürbar ein.<sup>37</sup> Es liegt schlicht im Wesen von Diskriminierungsverboten, dass sie die Handlungsfreiheit im Interesse von übergeordneten Werten einschränken. Im Übrigen kann man – wie oben gezeigt – mit gutem Grund der Meinung sein, dass die Richtlinie 2004/113/EG angesichts ihrer vielen Ausnahmen noch immer zu wenig weit geht.

Das schweizerische Recht bleibt – wie eingangs erwähnt – sogar noch hinter diesem begrenzten Standard weit zurück. Hier ist ein gesetzgeberischer Aufbruch nötig, und zwar auch aus rechtlicher Sicht: Schliesslich ist die Schweiz Signatarstaat der UNO-Frauenkonvention (CEDAW)<sup>38</sup> und als solcher ausdrücklich dazu verpflichtet, die Gleichstellung in *allen* Lebensbereichen zu fördern, also auch in Bezug auf Güter und Dienstleistungen.<sup>39</sup> Konkrete Anregungen könnte sich die Schweiz z.B. im EG-Recht holen.

34 Siehe dazu CHRISTA TOBLER (für die Europäische Kommission), Remedies and Sanction in EC non-discrimination law (Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities 2005); im Internet erhältlich unter <<http://www.migpolgroup.com/documents/3075.html>>.

35 Diese Kritik ist vor allem in Deutschland laut geworden; siehe z.B. BERNHARD SCHÖBENER/FLORIAN STORK, Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2004, 43–82, sowie MATTHIAS JESTAEDT, Protection Against Discrimination and Private Autonomy, Transnational Law and Contemporary Problems 2004–2005, 1027 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

36 Dazu SUSAN EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Ehe recht, Fribourg: Universitätsverlag 1999.

37 Auf der Stufe des EG-Vertrages entfaltet das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und wegen des Geschlechts sogar zwischen Privaten unmittelbare Wirkung, anders als im Fall von Diskriminierungsverboten, welche in Richtlinien enthalten sind. Zu den Vertragsbestimmungen siehe Rs. C-281/98 *Roman Angonese – Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Slg. 2000, I-4139, mit weiteren Verweisungen; zu den Richtlinien Rs. C-91/92 *Faccini Dori v Recreb*, Slg. 1994, I-3325.

38 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (abgekürzt "CEDAW", nach der englischen Bezeichnung "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women"), United Nations Treaty Series 1249, 13 (1981); für die Schweiz SR 0.108.

39 Zur umfassenden Reichweite der Konvention siehe RIKKI HOLTMAAT/CHRISTA TOBLER, CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by TAMARA HERVEY), 399 ff., 402 ff.

En décembre 2004, la Communauté européenne a arrêté une directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en ce qui concerne les biens et les services. Ce faisant, elle a élargi – pour la première fois – le champ d'application du droit à l'égalité des sexes qui existe depuis les années cinquante au-delà de l'exercice d'une activité lucrative et des assurances sociales qui y sont liées. A l'inverse, la Suisse ne possède pas de dispositions semblables même dix ans après l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité. Le présent article donne un aperçu de la directive dont la Suisse pourrait s'inspirer afin de légiférer dans ce sens.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

## Datenschutz und Gleichstellungsgesetz: Wieso sich Frauen für ihre Privatheit interessieren müssten



Dr. AMÉDÉO WERMELINGER,  
Rechtsanwalt und Lehrbe-  
auftragter an der Univer-  
sität Luzern, Datenschutz-  
beauftragter des Kantons  
Luzern

Diese Zahlen lassen natürlich keinen wissenschaftlichen Schluss zu, da einerseits die Anzahl betroffener Fälle eher gering ist und andererseits nicht bekannt ist, wie die allgemeine Gerichtsstatistik in Bezug auf die Klägerschaft aussehen würde. Immerhin darf festgestellt werden, dass sich die weiblichen Klägerinnen gegenüber den männlichen Klägern in klarer Minderzahl befinden. Schaut man die 27 Fälle mit weiblichen Klägerinnen ein bisschen näher an, kann man diese thematisch noch wie folgt ordnen:

Arbeits- recht	Versiche- rungen	Familien- recht (im weite- ren Sinn)	Berufliche Schweige- pflicht	Medien	Varia
9 <sup>2</sup>	4 <sup>3</sup>	4 <sup>4</sup>	2 <sup>5</sup>	1 <sup>6</sup>	7 <sup>7</sup>

### Inhaltsübersicht:

- I. Datenschutz für die Frau: einige Zahlen
- II. Geschlechterspezifische Überlegungen zum Datenschutz
- III. Überwindung dieses relativen Desinteresses durch das Gleichstellungsgesetz
  - a. Nicht geschlechterspezifische Massnahmen
  - b. Geschlechterspezifische Massnahmen
  - c. Art. 3 Abs. 1 GIG als Datenschutznorm
  - d. De lege ferenda
- IV. Folgerungen

### I. Datenschutz für die Frau: einige Zahlen

Was hat die Gleichstellung bzw. das Gleichstellungsgesetz (GIG) mit Datenschutz zu tun? Auf den ersten Blick nichts! Hier könnte der vorliegende Beitrag bereits enden. Oder doch nicht? Eine kleine "Zahlenbeigerei" zum Einstieg. Schaut man 136 Gerichtsentscheide zum Thema Datenschutz<sup>1</sup> näher an und sortiert sie nach der klagenden Partei, lautet das Ergebnis wie folgt:

Gerichtsin- stanz	Weibliche Klägerin	Männlicher Kläger	Andere (juristische Personen, Behörden, usw.)	Total
Bundesgericht	13	50	16	79
Eidgenössische Datenschutz- kommission	8	18	7	33
Kantonale Instanzen	6	13	5	24
<b>Total</b>	<b>27</b>	<b>81</b>	<b>28</b>	<b>136</b>
in %	20%	60%	20%	100%

Hier zeigt sich, dass der Datenschutz im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis eine wichtige Fragestellung für Frauen zu sein scheint. Im Vordergrund steht dabei die Bekanntgabe von Personendaten an die Arbeitgeberschaft anlässlich der Stellenbewerbung (4 Urteile) oder während dem Arbeitsverhältnis (3 Urteile). Das Einbringen von Bewerbungsunterlagen in ein Gerichtsverfahren (1 Urteil) und die Videoüberwachung am Arbeitsplatz (1 Urteil) schliessen diese Fälle ab.

Themen wie Informatik, Wirtschaftsrecht (insbesondere Bankenrecht) oder Medienrecht scheinen (fast) vollständig zu fehlen.

Der Autor dankt Herrn lic. iur. DANIEL SCHWERI, Informatiker und Mitarbeiter des Datenschutzbeauftragten des Kantons Luzern, für die Unterstützung bei der Verfassung des vorliegenden Beitrags.

- 1 Hier wird Datenschutz im weiteren Sinne des Wortes verwendet und die Auflistung enthält auch Fälle zum verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrecht oder zu Persönlichkeitsverletzungen (im Sinne von Art. 28 ff. ZGB) durch die Verwendung von falschen Informationen (z.B. in den Medien).
- 2 BGE 123 III 129; BGE 122 V 267; BGE 4C.192/2001; SJZ 1990, 232; JAR 2003, 387; JAR 1997, 106; JAR 1997, 110; ZR 99/2000, 207; VPB 64.70.
- 3 BGE 129 V 323; BGE 123 II 534; VPB 64.68; VPB 62.41.
- 4 BGE 128 I 63; BGE 80 I 1; BGE 70 II 127; VPB 62.58.
- 5 VPB 65.54; VPB 62.40.
- 6 SJZ 1985, 167.
- 7 BGE 126 II 462 (internationale Rechtshilfe); BGE 122 II 204 (Staatschutz); BGE 120 Ia 147 (erkennungsdienstliche Unterlagen); BGE 113 Ia 257 (Einsicht in ein Polizeidossier); BGE 67 II 129 (Auskundung Schuldnerliste); VPB 67.72 (Berichtigung von Personendaten); VPB 64.71 (Ausübung Auskunftsrecht).

## II. Geschlechterspezifische Überlegungen zum Datenschutz

Mit Ausnahme der arbeitsrechtlichen Thematik – welche generell ein wichtiger Bereich der Gleichstellung ist – kann also von einem eher bescheidenen Interesse der Frauen für die gerichtliche Durchsetzung des Datenschutzes gesprochen werden. Bei der Ursachenforschung ist die Verlockung gross, mit diskriminierenden Aussagen aufzuwarten, wie beispielsweise:

- Frauen sind eher auf Konsens ausgerichtet;
- Frauen interessiert die Informatik nicht;
- da Männer über die Schlüsselpositionen in der Wirtschaft verfügen, sind es auch sie, die im Wirtschaftsrecht auftreten;
- Frauen verfügen sehr selten über ein eigenes Budget, um ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen.

Alle diese Aussagen greifen viel zu kurz. Viel interessanter ist die Analyse von BEATE RÖSSLER<sup>8</sup>, welche den Stand der feministischen Kritik am Datenschutz bzw. am Begriff der Privatheit erläutert. Wieso könnten der Begriff und die Umschreibung des "Privaten" bei Frauen negative geschlechterspezifische Reaktionen auslösen? Schematisch wiedergegeben, unterscheidet RÖSSLER zwei Phasen der feministischen Auseinandersetzung mit der Thematik:

- In einer ersten Phase wurde bemängelt, dass die Frauen in der Tradition (quasi als Objekte der Männer) dem Bereich des Privaten<sup>9</sup> zugeordnet wurden und so von der politischen Tätigkeit und vom Erwerbsleben ausgeschlossen wurden. So habe die Privatheit für die Frauen nur eine repressive Funktion, weil die gesellschaftlichen Macht- und Dominanzstrukturen permanent in die Familie hineingreifen und diese organisieren. Über das "Private" herrscht der Mann und eine der beherrschten Figuren ist die Frau ("my home is my castle")<sup>10</sup>. In diesem Verständnis wird Privatheit sehr klar auf eine geographische Ab-, ja sogar Ausgeschlossenheit bezogen.
- In einer zweiten Phase wurde diese Kritik nuanciert, da das Recht auf Privatheit in den Vereinigten Staaten mit Blick auf die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in Bezug gebracht wurde mit dem Recht auf die Privatheit des eigenen Körpers<sup>11</sup>. Dabei war es das Ziel, gesellschaftliche Diskriminierungen über die Gewährleistung gleicher Privatheitsrechte zu beseitigen und die Privatheit von deren geschlechterhierarchischen Einfluss zu befreien.
- RÖSSLER selbst vertritt folgende Auffassung<sup>12</sup>: "Eine feministische Konzeption von Privatheit und deren Begründung (...) geht aus vom liberalen Begriff gleicher Freiheiten und damit vom liberalen normativen Postulat des gleichen staatlichen und gesellschaftlichen Anspruchs aller Personen auf den Schutz privater Räume und privater Lebensdimensionen, um den Sinn individueller Freiheit zu gewährleisten. Mit einem solchen Ansatz wäre die alte Crux der liberalen Unterscheidung zwischen privat

und öffentlich, nämlich die mit dieser Unterscheidung einhergehende und von ihr sanktionierte geschlechterspezifische Arbeitsteilung, gerade unterlaufen und überwunden, da von vornherein ein egalitärer Ansatz in der Bestimmung des Privaten vorgenommen würde und mit ihm nicht eine unterschiedliche gesellschaftliche Rollenverteilung für Frauen und Männer verbunden wäre."

Privatheit wurde also zunächst als Schöpfung eines patriarchalen Gesellschaftsmodells empfunden, um die Frau in ihrer Rolle zu definieren bzw. in ihrem Haus einzuschliessen. Richtig verstanden gehört aber die Privatheit zu den ureigensten Errungenschaften des modernen Menschen, gleich welchen Geschlechts, welcher sich mit den Gefahren der Informationstechnologien und der automatisierten Auswertung verschiedenster Informationsquellen auseinandersetzt. Für den Datenschutz einzustehen, heisst, für die Freiheit und nicht für eine Rollenverteilung einzustehen<sup>13</sup>.

## III. Überwindung dieses relativen Desinteresses durch das Gleichstellungsgesetz

Der Datenschutz sieht sich allgemein mit dem Problem des geringen Interesses konfrontiert. Wie kann man diese Situation positiv beeinflussen? Hier gibt es sicher Anstrengungen, die nicht geschlechterspezifisch sein müssen. Fraglich ist aber, ob es auch geschlechterspezifische Massnahmen zur Überwindung dieses Desinteresses geben kann.

### a. Nicht geschlechterspezifische Massnahmen

Heute wird der Datenschutz noch als sehr abstrakte, ernste und wissenschaftliche Angelegenheit empfunden. Damit ist die Hemmschwelle für eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik hoch bis sehr hoch angesiedelt. Dabei ist der Datenschutz nicht notwendigerweise komplex und sollte auch einfach erläutert werden können. Sofern es gelingt, den Datenschutz spielerisch in einen Lernprozess einzubauen, kann

8 BEATE RÖSSLER, Der Wert des Privaten, Frankfurt am Main 2001, 49–55.

9 Hier im Sinne der klassischen familiären Privatheit, inkl. "Reproduktionsarbeit"; RÖSSLER (FN 8) 49.

10 In diesem Sinne auch ELISABETH HOLZLEITHNER, Recht Macht Geschlecht, Wien 2002, 9.

11 RÖSSLER (FN 8), 52.

12 RÖSSLER (FN 8), 54.

13 Dies scheint leider auch in der "Datenschutzszene" noch nicht ganz durchgedrungen zu sein. Gemäss Mitgliederliste der Vereinigung der Schweizerischen Datenschutzbeauftragten sind gegenwärtig lediglich in sechs von sechsundzwanzig Kantonen Frauen als Datenschutzbeauftragte tätig (Quelle: <http://www.dsb-cpd.ch>).

sich die Wahrnehmung der Problematik und der Gefahren schlagartig (auch oder insbesondere bei der Jugend) ändern.

Als Thema verfügt der Datenschutz in der Regel über ungenügende (finanzielle und personelle) Ressourcen. Es gibt heute kein eigentliches Lobbying für das Freiheitsrecht "Privatheit"<sup>14</sup>. Da gilt es, die Prioritäten richtig zu setzen und eine gute kommunikative Wirkung zu erzielen.

Wenn man dem so genannten "Selbst"<sup>15</sup>- und Systemdatenschutz<sup>16</sup> zum Durchbruch verhelfen will, muss man die Medienkompetenz der Konsumentinnen und Konsumenten erhöhen. Viele Fehler werden heute aus schlichter Unwissenheit begangen. Zudem müssen wirtschaftliche und rechtliche Anreizsysteme geschaffen werden, damit es für den Hersteller von Informationstechnologie und die Unternehmen interessant ist, möglichst schonende Datenverarbeitungssysteme herzustellen oder einzusetzen (ähnlich wie bei den Bioprodukten im Lebensmittelsektor).

## b. Geschlechterspezifische Massnahmen

Es ist natürlich sehr heikel, geschlechterspezifische Massnahmen für die Überwindung eines Problems vorschlagen zu wollen, ohne selber wieder diskriminierende Aussagen zu machen. Nachfolgend soll das eine ohne das andere erreicht werden.

Nicht überraschend ist die Feststellung, dass sich Frauen anscheinend am meisten für den Datenschutz interessieren, wo er ihnen eben ermöglichen soll, die Gleichstellung zu erwirken. Dabei muss präzisiert werden, dass der Datenschutz oft zu Unrecht sogar als Instrument zur Verhinderung der Durchsetzung von Gleichstellung ins Feld geführt wird. So scheitern manchmal Anfragen zu Lohnvergleichen an der vorgeschobenen Begründung des Datenschutzes. Hier bleibt festzustellen, dass dieses Argument nicht immer zutreffend ist. So enthalten statistische Lohnvergleiche in der Regel keine Personendaten und können ohne Verletzung von Persönlichkeitsrechten bekannt gegeben werden. Sollen die Vergleiche auf persönlicher Ebene stattfinden, können sie mit Einwilligung der betroffenen Personen auch vorgenommen werden. Zudem stellt sich die Frage, ob eine Frau – angesichts der geltenden Rechtsordnung – bei fehlender Einwilligung nicht zumindest ein überwiegendes Interesse an einem solchen persönlichen Lohnvergleich geltend machen kann (siehe Art. 13 Abs. 2 DSGVO). Schliesslich können solche Vergleiche mutmasslich auf dem prozessualen Weg bei der Arbeitgeberschaft durch Edition verlangt werden, dem steht der Datenschutz gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSGVO auch nicht im Wege<sup>17</sup>.

Im arbeitsrechtlichen Bereich geht es andererseits sehr oft darum, dass die Arbeitgeberschaft geschlechterspezifische Informationen über Mitarbeiterinnen erhalten will, die sie in derselben Art von keinem Mann verlangen würde oder könnte (z.B. die Frage nach einer bestehenden oder gewünschten Schwangerschaft<sup>18</sup>). Weil solche Fragen nicht nur persönlichkeitsverletzende, sondern auch diskriminierende Auswirkungen haben können, wurden sie bereits vor längerer Zeit zu Themen von Gerichtsverfahren<sup>19</sup>.

Hat sich das GIG mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt? Diese Frage kann insofern bejaht werden, als auch die "informationelle Diskriminierung" angegangen wurde. Hat sich der Gesetzgeber einer geschlechterspezifischen Datenschutzmassnahme angenommen? Dem ist nachfolgend kurz nachzugehen.

## c. Art. 3 Abs. 1 GIG als Datenschutznorm

Art. 3 Abs. 1 GIG wird als Herzstück des Gleichstellungsgesetzes bezeichnet, weil er ein Verbot der direkten<sup>20</sup> oder indirekten<sup>21</sup> Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aufstellt<sup>22</sup>;

- 14 Dabei ist die empirische Feststellung von Datenschutzbeauftragten bemerkenswert, dass man es nicht geschafft hat, sich mit einem Bereich wie dem Konsumentenschutz zusammen zu tun, um gewisse Fragen oder Themen gemeinsam aufzunehmen. Eine solche Zusammenarbeit wäre – m.E. für beide Seiten – von grösstem Interesse.
- 15 Unter "Selbstdatenschutz" versteht man die technische und organisatorische Kompetenz der Konsumentinnen und Konsumenten, sich selbst vor Missbräuchen zu schützen. Für weitere Ausführungen siehe HANSJÜRGEN GARSTKA, Selbstdatenschutz, in BRUNO BAERISWYL/BEAT RUDIN (Hrsg.), *Perspektive Datenschutz*, Zürich 2002, 159 ff.
- 16 Der "Systemdatenschutz" ist eine Qualität der Datenverarbeitungssysteme (Soft- und Hardware), die von selbst auf eine Vermeidung oder eine Reduktion der Bearbeitung von Personendaten achtet bzw. welche die Sicherheit der Bearbeitung von Personendaten auch ohne Eingriff der bearbeitenden Person organisiert (z.B. durch die automatische Aktualisierung von "Firewalls", durch "Antivirenprogramme" oder durch frühzeitige "Pseudonymisierung" oder "Anonymisierung" der Informationen; für weitere Ausführungen siehe <http://www.datenschutzzentrum.de/systemdatenschutz/index.htm>).
- 17 Ausführlichere Informationen dazu finden sich z.B. auf der Website des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) zum Thema Datenschutz im Arbeitsverhältnis – Merkblatt über die Auswirkungen des Gleichstellungsgesetzes, abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/index.html?lang=de> > Dokumentation > Datenschutz > Merkblätter > Gleichstellungsgesetz.
- 18 Die Bedeutung dieser Frage wurde vom Gesetzgeber endlich erkannt, weshalb eine Frau ausdrücklich wegen einer Schwangerschaft nicht (mehr) diskriminiert werden darf (Art. 3 Abs. 1 GIG).
- 19 JAR 1997, 106.
- 20 Von direkter Diskriminierung spricht man bei einer Massnahme, die sich ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Merkmal bezieht, das regelmässig nur von den Angehörigen eines der beiden Geschlechter erfüllt wird; ELISABETH FREIVOGEL, in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Basel 1997, Rz. 6 ff. zu Art. 3 GIG.
- 21 Die indirekte Diskriminierung ist eine formal geschlechtsneutrale Massnahme oder Verhaltenweise, welche aber benachteiligende Auswirkungen auf ein Geschlecht hat; ELISABETH FREIVOGEL (FN 20), Rz. 13 ff. zu Art. 3 GIG.
- 22 OLIVER STEINER, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben*, Diss. Basel 1999, 331.

das Diskriminierungsverbot ist absolut zwingend<sup>23</sup>. Es verbietet auch jede Diskriminierung durch die Verarbeitung von Personendaten. Selbstverständlich hat Art. 3 Abs. 1 GIG Geltung für das gesamte Arbeitsverhältnis, "insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung". Die datenschutzrechtliche Dimension von Art. 3 Abs. 1 GIG lässt sich nur im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten (im Sinne von Art. 3 DSGVO) erfassen. Welchen Einfluss hat diese Norm auf die Bearbeitung von Personendaten durch das Unternehmen? Anders gefragt: Welche Personendaten darf ein Unternehmen bearbeiten bzw. auf welche Personendaten darf es sich abstützen, um Entscheidungen im Bereich der Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung, Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassungen zu fällen?

Inhaltlich sind alle Fragestellungen, welche eine geschlechterspezifische Bevorzugung vermuten lassen, rechtlich mindestens kritisch, wenn nicht gar unzulässig. Die Frage nach einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft ist hier auch nur ein Beispiel unter vielen. Weitere diskriminierende Fragen sind ebenso problematisch, beispielsweise die Frage nach:

- den bestehenden familiären Verhältnissen, mit dem klaren Ziel zu erforschen, ob eine Frau – die sich für eine Stelle bewirbt – neben der beruflichen Tätigkeit mit der Betreuung ihrer Kinder überlastet wäre;
- einer Sterilisation (anstelle der Frage nach einer gewünschten Schwangerschaft);
- einem Engagement in einer feministischen Organisation oder die Frage nach einer feministischen Überzeugung;
- einer bestehenden hetero- oder homosexuellen partnerschaftlichen Beziehung.

Ein absolutes Verbot der Bearbeitung solcher Personendaten kann jedoch nicht aus dem GIG abgeleitet werden. So können bestimmte berufliche Tätigkeiten auch einem spezifischen Geschlecht vorbehalten bleiben<sup>24</sup>. Zudem stellt sich die Frage, inwieweit das Einholen einer Angabe mit der Verwendung dieser Information als Entscheidungskriterium gleichzusetzen ist. Damit ist aber Art. 3 Abs. 1 GIG keine klassische Datenschutzbestimmung. Es geht hier nicht so sehr darum zu wissen, welche Information bearbeitet oder nicht bearbeitet werden darf. Es geht viel mehr darum, dass eine Massnahme nicht auf ein geschlechtliches Merkmal abgestützt wird. Zumindest kann aber doch behauptet werden, dass das geschlechtliche Merkmal für die Entscheidung so lange unerheblich ist, als die geschlechtliche Zugehörigkeit der betroffenen Person unbekannt ist. Deshalb schützt sich auch die Arbeitgeberschaft am besten gegen den Vorwurf der Diskriminierung, indem sie gewisse Informationen gar nicht einholt.

#### d. De lege ferenda

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass Art. 3 Abs. 1 GIG keine echte Datenschutzbestimmung ist.

Für die Ergreifung verschiedener Massnahmen bzw. für verschiedene Entscheidungen darf zwar grundsätzlich nicht auf die geschlechtliche Situation einer Person abgestützt werden, das bedeutet aber nicht ipso iure, dass gewisse Personendaten absolut nicht bearbeitet werden dürfen<sup>25</sup>. Will man der Zielsetzung des Gesetzgebers noch einen Schritt näher kommen, müsste man – zumindest im Bewerbungsverfahren<sup>26</sup> – viel mehr die Frage nach der Einführung von zwingend anonymisierten oder pseudonymisierten Verfahren stellen<sup>27</sup>.

Natürlich überrascht eine solche Forderung in ihrer Radikalität. Sie verunmöglicht den persönlichen Kontakt im Bewerbungsverfahren<sup>28</sup> und führt dazu, dass persönliche Befindlichkeiten wie Sympathie, "Chemie" oder Teamfähigkeit nicht oder nur in einem sehr rudimentären Rahmen beurteilt werden können. Deshalb ist von einer klar ablehnenden Haltung der Arbeitgeberschaft auszugehen. Sind aber letztlich nicht alle Neuerungen im Bereich der Gleichstellung und insbesondere das Frauenstimmrecht anfänglich auf eine grosse Gegenwehr gestossen?

Zudem wäre die Schweiz nicht Vorreiterin in diesem Bereich. In Frankreich wurde im Rahmen der Gesetzgebung über die Chancengleichheit im Artikel 24 genau eine solche Bestimmung eingeführt. Den Bewerberinnen und Bewerbern muss, sofern eine Unternehmung mindestens 50 Mitarbeitende angestellt hat, ein anonymes Bewerbungsverfahren garantiert werden<sup>29</sup>. Zwar geht es in dieser französischen Gesetzgebung nicht nur um die Chancengleichheit zwischen Mann und Frau, sondern auch und vor allem um die Chancengleichheit zwischen Franzosen und ausländern.

23 ELISABETH FREIVOGEL (FN 20), Rz. 2 zu Art. 3 GIG.

24 Dressman oder Mannequin für die Vorführung spezifischer Kleidung oder allenfalls Sänger bzw. SchauspielerIn für bestimmte Rollen (dazu nuanciert ELISABETH FREIVOGEL [FN 20], Rz. 36 ff. zu Art. 3 GIG).

25 Selbst wenn eine solche Bearbeitung für die Beurteilung der Diskriminierung bei weitem nicht unerheblich ist.

26 Aber auch in anderen Verfahren, die ein solches Vorgehen ermöglichen (z.B. Lohnerhöhung).

27 Anonyme oder pseudonyme Verfahren werden immer öfter in Prüfungssituationen verwendet. Sehr oft sind die Unterlagen für schriftliche Prüfungen nur noch mit einer Matrikelnummer identifizierbar.

28 Selbstverständlich gäbe es noch die Möglichkeit, mit modernen Medientechnologien zu Interviewtechniken zu greifen, welche die befragte Person anonym halten (Interview über eine Webcam, mit entsprechenden Verzerrungstechnologien). Dies scheint aber weder sehr realistisch, noch nützlich.

29 Loi no 2006–396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, veröffentlicht im Journal Officiel vom 2. April 2006, 4950. Art. 24 lautet wie folgt: "Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les informations mentionnées à l'article L. 121–6 et communiquées par écrit par le candidat à l'emploi doivent être examinées dans des conditions préservant son anonymat. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat".

dischen Bewerberinnen und Bewerbern. Dies ist aber sicher kein Hinderungsgrund für unsere eigene Gesetzgebung.

#### IV. Folgerungen

Frauen interessieren sich möglicherweise nicht "spontan" für Datenschutz und Privatheit. Anfänglich wurde die "Privatsphäre" sogar als Mittel zur Zementierung der geschlechtlichen Rollenaufteilung empfunden. Aus heutiger Sicht wird der Gleichstellungsnutzen des Datenschutzes vor allem in einer restriktiven Informationspflicht von Bewerbern an einem beruflichen Bewerbungsverfahren gesehen. In einem solchen Verfahren könnte der Gesetzgeber die Spielregeln noch verschärfen, indem er ein zwingend anonymisiertes Bewerbungsverfahren vorschreibt. Selbstverständlich hätte ein solches Verfahren nicht nur Vorteile, selbst für die an einer Bewerbung beteiligten Frauen.

Letztlich sollten sich die Frauen aber noch verbreiten und vermehrt mit dem Datenschutz auseinandersetzen, geht man vom Anspruch aller Personen auf den Schutz privater Räume und privater Lebensdimensionen aus, um den Sinn individueller Freiheit zu gewährleisten. Ist es nicht ein denkwürdiger und tragischer Zufall, dass die erste Bundesrätin der Schweiz und deren persönliche Mitarbeiterin ausgerechnet über ein abgehörtes Telefonat an den Ehemann der Bundesrätin gestolpert sind<sup>30</sup>? Sagt dies nicht auch etwas über die Privatheit und die Gleichstellung aus?

A première vue, l'égalité n'a aucun rapport avec la protection des données, ce qui a aussi des répercussions sur le nombre des demanderessees s'agissant de questions relatives à la protection des données: seul 20% environ des parties demanderessees sont des femmes dans les procédures concernant la protection des données. Il se peut que cette situation soit aussi causée par le fait qu'historiquement la sphère privée était considérée comme un espace de répression à l'encontre des femmes. Quoi qu'il en soit, la protection des données revêt une importance considérable lorsqu'il s'agit de garantir un monde du travail sans discrimination. L'art. 3 al. 1 LEg prévoit une interdiction de la discrimination qui peut rendre délicat le traitement de certaines données personnelles. On doit se demander si la loi va assez loin. L'introduction de procédures anonymes d'embauche ou d'augmentation de salaire pourrait représenter un progrès important dans ce domaine.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)

30 Siehe dazu BGE 116 IV 56.



# Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage



REGULA KÄGI-DIENER,  
Prof. Dr. iur., Rechtsan-  
wältin, St. Gallen

## Inhaltsübersicht:

### A. Schweizerisches Gleichstellungsrecht und das Recht der UNO

#### I. Chronologischer Kontext

1. Entwicklungszusammenhänge
2. Zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes
3. Ratifizierung der CEDAW

#### II. Ideeller Kontext

1. CEDAW als Element des Menschenrechtsdiskurses der Nachkriegszeit
2. Die Befruchtung des nationalen Diskurses durch den globalen Diskurs
3. Verantwortung des Gesetzgebers für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen
4. Die Bemühungen um tatsächliche Gleichstellung im Rahmen der CEDAW und des Gleichstellungsgesetzes
  - a) Tatsächliche (materielle) und formelle Gleichstellung
  - b) Die unterschiedlichen Ebenen der Gleichstellung
  - c) Materielle und formelle Gleichstellung in der CEDAW und im GIG
  - d) Ausrichtung auf die Diskriminierung der Frauen

#### III. Rechtliches Verhältnis von CEDAW und GIG

1. Temporalrechtliches Verhältnis
2. Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht
  - a) Grundsätzliches
  - b) Erhöhter Vorrang für Grundrechtsschutz
  - c) Vermutung in einzelnen Fällen
  - d) Auf den Punkt gebracht

### B. Quoten im Erwerbsleben

#### I. Quoten im Regelungsfeld der CEDAW und des GIG

1. Massnahmen als Instrument der tatsächlichen Gleichstellung
  - a) CEDAW
  - b) GIG
2. Quoten als Sondermassnahmen
3. Mechanismen, welche es für die Gleichstellung im Erwerbsleben zu kompensieren gilt

#### II. Quoten und Art. 3 Abs. 3 GIG

1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG

#### a) Grundsätzliches

- b) Massnahmen durch öffentliche Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen – historische und gesetzes-systematische Aspekte von Art. 3 Abs. 3 GIG
- c) Quoten als "Massnahmen" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GIG
- d) Zusammenfassung

#### 2. Zusätzliche gesetzliche Grundlage für die einzelne Quotenregelung?

### III. Quoten und die CEDAW

1. Allgemeines zu Art. 4 (1) CEDAW
2. Die Verpflichtung des Staates, zeitweilige Sondermassnahmen zu ergreifen
3. Quoten als zulässige zeitweilige Sondermassnahmen
4. Direkte Anwendbarkeit von Art. 4 (1) CEDAW
5. Einfluss von Art. 4 (1) CEDAW auf Art. 3 Abs. 3 GIG

### C. Konklusion

## A. Schweizerisches Gleichstellungsrecht und das Recht der UNO

Das schweizerische Recht zur Geschlechtergleichstellung kann nicht vom internationalen Recht abgekoppelt werden. Es ist namentlich mit der Entwicklung in der UNO sowohl zeitlich wie ideell verbunden.

### I. Chronologischer Kontext

#### 1. Entwicklungszusammenhänge

Als die Schweiz 1971 den Frauen das Stimmrecht gewährte, hatte die UNO bereits rund 25 Jahre Arbeit für die Besserstellung der Frauen geleistet. Vier Jahre zuvor hatte die Generalversammlung die "Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women" (DEWA)<sup>1</sup> verabschiedet. Sie leitete damit Bemühungen um *faktische* oder *materielle* Gleichstellung von Mann und Frau ein. Zur *formellen* Gleichstellung hatte die UNO sich schon in der Charta von 1945<sup>2</sup> und später in den UNO-Pakten I und II von 1966 bekannt.<sup>3</sup>

Im Internationalen Jahr der Frau von 1975 und der nachfolgenden UN-Frauendekade (1976–1985) lancierte der

1 UN-Doc. A/Res/2263 (XXII) vom 7. November 1967.

2 So in deren Präambel, sodann in Art. 1 Abs. 3, wonach die "Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied (...) des Geschlechts (...) zu fördern und zu festigen" sei.

3 UNO-Pakt I = Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1, siehe Art. 7 Bst. a; UNO-Pakt II = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2, siehe Art. 3, 23 und 26.

4. Schweizerische Frauenkongress eine Verfassungsinitiative, die schliesslich zum Geschlechtergleichheitsartikel (Art. 4 Abs. 2 aBV, heute Art. 8 Abs. 3 BV) führte.<sup>4</sup> Mit dieser Bestimmung bekannte sich der schweizerische Verfassungsgeber sowohl zur formellen als auch zur materiellen Gleichstellung und beauftragte den Gesetzgeber, letztere voranzutreiben. Die besondere Betrauung des Gesetzgebers mit der Realisierung der materiellen Gleichstellung ist aus zwei Gründen sinnvoll, einerseits weil er den Auftrag systematisch erfüllen kann (die Gerichte können nur punktuell einschreiten), andererseits weil die materielle Gleichstellung kompensatorischen Charakter hat: Die (für Frauen und Männer) unterschiedlichen Ausgangsbedingungen sind gezielt auf ein gleiches Ergebnis hin zu korrigieren. Dies kann unter Umständen nicht einfach durch schlichte Normanwendung gelöst werden, sondern bedarf komplexerer Regelung.

In der Zwischenzeit hatte die UNO das *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) verabschiedet,<sup>5</sup> welches, worauf noch einzugehen ist, ebenfalls besonders die materielle Gleichstellung aufnimmt. Parallel zur Beratung der Gleichstellungsinitiative in der Bundesversammlung wurde sodann an der 2. Frauenweltkonferenz in Kopenhagen im Sommer 1980 die Gleichstellung im Beschäftigungssektor thematisiert und ein Aktionsprogramm für die zweite Dekadenhälfte beschlossen.<sup>6</sup> Diese Aktivitäten gingen nicht einfach an der Schweiz vorbei: Zeitgleich erklärte das Schweizer Parlament eine Motion der nationalrätlichen Kommission für erheblich, welche ein Rechtsetzungsprogramm zur Umsetzung der Forderung nach gleichen Rechten für Mann und Frau verlangte. Der Bundesrat leitete dieses allerdings erst 1986 ans Parlament.<sup>7</sup> Ein Jahr später, 1987, unterzeichnete die Schweiz die CEDAW.

## 2. Zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes

Die Arbeiten um das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) wurden zehn Jahre nach der Annahme von Art. 4 Abs. 2 aBV zusätzlich und entscheidend durch die Integrationsbemühungen im europäischen Raum angestossen. Europa, das unserem Land kulturell, geografisch und wirtschaftlich nahe steht, war ins politische Blickfeld gerückt.<sup>8</sup> Der europäische Rechtsstandard wurde gar zum hauptsächlichsten Argumentationsmuster für die weiteren Gleichstellungsbemühungen.<sup>9</sup> Auf das Recht der UNO berief man sich nur in bescheidenem Umfang, obschon damals zwei parlamentarische Vorstösse hängig waren, welche die Ratifikation der CEDAW verlangten.<sup>10</sup> Das Parlament stimmte mit dem GIG einer Anti-Diskriminierungsregelung für das Erwerbsleben schliesslich nach aufwändigen Vorarbeiten und einer langwierigen Differenzbereinigung<sup>11</sup> im März 1995 zu, vierzehn Jahre nachdem der Auftrag erteilt worden war, aber noch während der Frauendekade.

Das GIG nimmt eine der in der CEDAW normierten Gleichstellungsmaterien auf: Die Teilhabe der Frauen am

Wirtschafts- und Arbeitsleben, vor allem die Verpflichtung der Vertragsstaaten, "alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben" zu treffen (Art. 11 CEDAW). Das Gleichstellungsgesetz lässt sich deshalb als Schritt interpretieren, mit welchem die Voraussetzungen der UNO-Konvention innerstaatlich erfüllt wurden. Es reihte sich gleichzeitig in den Aktionsplan der Frauenweltkonferenz von Kopenhagen ein.

## 3. Ratifizierung der CEDAW

Die 4. UN-Frauenweltkonferenz von Peking im Jahre 1995 gab der UNO Anlass, die Staaten aufzurufen, die CEDAW zu ratifizieren. Die Schweizer Regierung legte das Übereinkommen noch im selben Jahr – entsprechend den Zielen der damaligen Legislaturperiode<sup>12</sup> – dem Parlament vor.<sup>13</sup> Dieses genehmigte am 4. Oktober 1996 das Abkommen, es konnte 1997 in Kraft gesetzt werden. Der Bundesrat wies in seiner Botschaft darauf hin, dass das Abkommen vornehmlich auf die "Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann"<sup>14</sup> gerichtet sei. Bereits Art. 4 Abs. 2 aBV verpflichtete die öffentliche Hand, "die Gleichberechtigung in der Gesetzgebung zu verwirklichen und mit geeigneten Massnahmen die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu fördern", wozu "in den Schranken ihrer Zuständigkeiten" auch die rechtsanwendenden

4 Siehe dazu Botschaft über die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau" vom 14. November 1979, BBl 1980 I 72 (Sonderdruck 79.076).

5 Am 18. Dezember 1979; heute: SR 0.108.

6 Siehe Bericht zur Weltfrauenkonferenz in Kopenhagen in UN-Doc. E/CONF. 80/4.

7 Bericht vom 26. Februar 1986 über das Rechtsetzungsprogramm "Gleiche Rechte für Mann und Frau", BBl 1986 I 1144 ff.

8 Der CEDAW waren in der Botschaft GIG vom 24. Februar 2003, BBl 1993 I 1291 f., nur gerade 14 Zeilen gewidmet.

9 Botschaft GIG (FN 8), 1249; siehe auch EWR-Botschaft: Kurzfassung hrsg. durch das Integrationsbureau EDA/EVD, 67 f.; Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, Separatdruck 92.052, BBl 1992 I 1 ff., 385.

10 P 85.903, *Braunschweig*, N 19.06.87 und P 91.3243, *Stocker*, N 04.10.91.

11 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse, St. Gallen 1996, 11.

12 Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 1991–1995, BBl 1992 III 1 ff.

13 Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901. Verwendet wird hier der Separatdruck, 95.060.

14 Hervorhebung durch die Autorin.

Behörden (Verwaltung und Gerichte) verpflichtet seien.<sup>15</sup> Man war sich demnach im Klaren, dass für alle staatlichen Organe eine entsprechende Verpflichtung bestand und diese durch die CEDAW neu gefasst wurde. Nach dem Bundesrat war am politischen Willen im Bund nicht zu zweifeln, mit der Ratifizierung der CEDAW versprach er sich zusätzlich vermehrte Anstrengungen durch die Kantone, um die (tatsächliche) Gleichstellung zu verwirklichen.<sup>16</sup>

## II. Ideeller Kontext

Es ist nicht zufällig, dass die Bemühungen im internationalen Bereich und in der Schweiz zeitlich zusammen fallen. Vielmehr erscheint die Entwicklung zu mehr Geschlechtergleichheit in der Schweiz (im Bereich der Wirtschaft) als lokales Element in einer globalen Entwicklungslinie. Auf vier Aspekte sei hingewiesen:

### 1. CEDAW als Element des Menschenrechtsdiskurses der Nachkriegszeit

Die CEDAW ist ein Ergebnis der Menschenrechtsbewegung, die sich nach den erschütternden Erfahrungen des 2. Weltkrieges etablierte. Die Schweiz nahm am aufgenommenen Menschenrechtsdiskurs aktiv teil und versuchte sich im Thema zu profilieren. Freilich konnte sie in der Umsetzung das rhetorische und symbolische Engagement der politischen Führung auf der innerstaatlichen Ebene nicht zeitgerecht einhalten: Sowohl die beiden weltweiten UN-Menschenrechtspakte I und II – die zentralen Menschenrechtsübereinkommen – wie die regionale Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurden von der Schweiz verhältnismässig spät ratifiziert.<sup>17</sup>

Die Bemühungen um Gleichstellung oder Besserstellung der Frauen begleitete die Menschenrechtsdebatte der Völkergemeinschaft von Beginn an.<sup>18</sup> Sie erreichte 1967 mit der DEWA<sup>19</sup> einen ersten Durchbruch, weil damit die herrschende Diskriminierung der Frau nach den Worten von LAURIE S. WISEBERG als "fundamentally unjust and (...) an offence against human dignity" normiert wurde.<sup>20</sup> Ein zweiter Höhepunkt war die Verabschiedung der CEDAW, welche aus der Erkenntnis resultiert, dass ohne besondere Anstrengungen den Frauen die Menschenrechte und die Gleichstellung nur unzulänglich garantiert sind. Die CEDAW begreift sich nicht als Erlass, der besondere oder neue Rechte für Frauen garantiert, sondern als Konvention, welche für die Menschenrechte eine bessere *Durchsetzungschance* vermittelt, und zwar bei Bedingungen, wie sie für Frauen gelten: Gemäss Art. 3 CEDAW sind alle geeigneten Massnahmen "zur Sicherung der vollen Entfaltung und Förderung der Frau" zu ergreifen, "damit gewährleistet wird, dass sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit dem Mann ausüben und geniessen kann".<sup>21</sup> Der Bundesrat bezeichnete die CEDAW in seiner Botschaft gar als "Schlüssel zur Gewährleistung der Menschenrechte für Frauen schlechthin".<sup>22</sup>

Mit ihrem Gleichheitskonzept geht die CEDAW vor allem auf die sozialen Segregationen ein, die Frauen und Männern unterschiedliche Positionen und Rollen in der Gesellschaft zuschreiben: Dies gilt sowohl für die Segregation in eine *öffentliche Sphäre* (Staat, Arbeit, Medien etc., siehe dazu Art. 7–9, 10, 11, 13, 14 CEDAW) und eine *private Sphäre* (Familie, siehe Art. 13 lit. a, 15, 16 CEDAW), als auch für die *vertikale und die horizontale Segregation in der Arbeitswelt*, d.h. die Frage, ob und inwiefern Frauen Zugang zu führenden oder entscheidenden Stellungen im Arbeitsleben bzw. zu allen Berufsausbildungen und Berufen haben (siehe Art. 10 und 11 CEDAW). Dass *soziale Rollen* die entscheidenden Kriterien bilden, drückt sich bereits im Ingress der CEDAW aus, wonach sich "die traditionelle Rolle des Mannes und die Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie wandeln müssen".<sup>23</sup> Das Übereinkommen legt dies ausserdem in einer besonderen Bestimmung fest (Art. 5 lit. a CEDAW).

### 2. Die Befruchtung des nationalen Diskurses durch den globalen Diskurs

In der UNO wurden vor allem von 1975 an verstärkte Anstrengungen unternommen, die Menschenrechte für Frauen zur Geltung zu bringen. Die Weltfrauenkonferenzen machten die Bedeutung des Themas sichtbar, sammelten Erfahrungen aus verschiedenen Ländern und waren Plattform für Vernetzung und Austausch. Sie ermöglichten in dieser Funktion, das eigene Rechtsverständnis unter neuen Blickwinkeln zu sehen. In der gängigen Wahrnehmung und der ideologischen Argumentation übersehenes "selbstverständliches" Unrecht kann nämlich häufig nur aufgrund einer Konfrontation mit anderen Rechtsauffassungen in Frage gestellt und der Kritik zugänglich gemacht werden. Austausch deckt mit anderen Worten Blindflecken in der hiesigen Rechtstheorie und der Gerechtigkeitsordnung auf. Die genannten Aktivitäten der UNO waren denn auch nicht ohne Einfluss auf den schweizerischen Rechtsdiskurs. Dabei hatte vor allem die Initiative des 4. Schweizerischen Frauenkongresses von 1975 anstossende Wirkung. Der Frauenkongress nahm die Sichtweise der UNO auf, agierte

15 Botschaft CEDAW (FN 13), 27.

16 Botschaft CEDAW (FN 13), 2, 75 N. 42.

17 Die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK von 1950 (SR 0.101) erst im Jahre 1974; die UN-Menschenrechtspakte I und II von 1966 (SR 0.103.1 und SR 0.103.2) erst im Jahre 1979.

18 Siehe oben Ziff. A./I./1.

19 Declaration on the elimination of discrimination against women, siehe oben Ziff. A./I./1.

20 LAURIE S. WISEBERG, in: EDWARD LAWSON, Encyclopedia of Human Rights, 2. A. 1996, 1604.

21 Hervorhebung durch die Autorin.

22 Botschaft CEDAW (FN 13), 16.

23 Ingress Abs. 14 CEDAW.

allerdings gleichzeitig aus Ernüchterung wegen der unerwartet schwachen Wirkung des "Frauenstimmrechts". Art. 4 Abs. 2 aBV wäre aber wohl nicht in die Verfassung aufgenommen worden, wenn sich nicht eine weltweite Rechtsüberzeugung breit gemacht hätte, dass eine Rechtsordnung, um gerecht zu sein, den Frauen volle Rechtsstellung und bessere Bedingungen zugestehen muss. Dieser unterstützende Effekt war um so wichtiger, als die erst wenige Jahre zuvor erreichte politische Gleichberechtigung die Notwendigkeit zur Beseitigung weiteren Unrechts verdeckte. Er trat auch einer gewissen Ermüdungstendenz, noch weitere Fragen der Geschlechtergerechtigkeit im politischen Prozess zu thematisieren, entgegen.<sup>24</sup>

### 3. Verantwortung des Gesetzgebers für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Grund für die späte rechtliche Umsetzung der internationalen Menschenrechtsübereinkommen in der Schweiz bildet unsere stark in der Demokratie verhaftete politische Kultur: Innerschweizerische Hindernisse und Ungereimtheiten sollten durch Anpassung der nationalen Gesetzgebung geglättet werden, *bevor* der internationale Vertrag dem Parlament zur Ratifikation vorgelegt wurde. Der Gesetzgeber war vorgängig zu überzeugen, die entsprechende Regelung "eigenverantwortlich" zu treffen. Angesichts des – im Vergleich zum Ausland – traditionsorientierten und schwerfälligen schweizerischen Gesetzgebungsprozesses und wohl auch angesichts der in grösserem Ausmass fehlenden Frauen in der Politik ist dies ein besonders schwieriges und langwieriges Unterfangen.<sup>25</sup> Diese Umstände gelten ebenfalls für die CEDAW. Auch hier war es Anliegen der politischen Behörden, die schweizerische Rechtsordnung zunächst den Anforderungen des Übereinkommens anzupassen und nur jene Regelungen vorbehaltlos zu übernehmen, bei denen der "politische Wille zur internen Verwirklichung" (gesetzgeberisch) fest stand.<sup>26</sup> Es kommt darin nicht nur eine gewisse Angst vor der Innovationskraft internationalen Rechts zum Ausdruck, sondern auch eine demokratisch begründete Zurückhaltung gegenüber dessen justizieller Durchsetzung. Sie führt zu einer primären Verantwortung des Gesetzgebers, wobei offen bleibt, ob dieser den Anforderungen wirklich ausreichend gerecht werden kann. Auch das Bundesgericht hat mehrfach Zurückhaltung an den Tag gelegt und verfassungswidrige Ungleichheit zwischen den Geschlechtern nicht korrigiert, sondern diese Aufgabe an den Gesetzgeber delegiert, d.h. es teilt offenbar das demokratiebasierte Misstrauen gegen die Justizstaatlichkeit in dieser Materie.<sup>27</sup> Dies liegt etwas ausserhalb der sonstigen Linie des Bundesgerichts, das aus dem (allgemeinen) Gleichheitsgebot eine rechtschöpferische Praxis von hoher Qualität und Originalität entwickelte. Die Praxis ist ausserdem unbefriedigend, weil im Gesetzgebungsprozess die demokratische Basis infolge der schwachen Repräsentanz von Frauen nicht wirklich eingehalten werden kann.

### 4. Die Bemühungen um tatsächliche Gleichstellung im Rahmen der CEDAW und des Gleichstellungsgesetzes

#### a) Tatsächliche (materielle) und formelle Gleichstellung

Auffallend sowohl bei der CEDAW als auch beim Gleichstellungsgesetz ist das Bemühen um tatsächliche und nicht (nur) um formelle Gleichstellung. Während formelle Gleichstellung im Sinne einer input-orientierten Betrachtungsweise nur prüft, ob die Rechtsnorm für ihre Geltung nach Frauen und Männern unterscheidet bzw. an gleiche Voraussetzungen für beide Geschlechter anknüpft, überprüft die Frage der materiellen, faktischen oder tatsächlichen Gleichstellung die *Wirkung* des Rechts auf die reale Stellung von Frau und Mann. Die formelle Gleichstellung will zwar an sich ebenfalls keine Unterschiede bewirken. Sie setzt jedoch ohne Weiteres voraus, dass die formelle Gleichbehandlung Benachteiligungen verhindern könne. Sie beachtet nicht, dass infolge unterschiedlicher (geschlechterbedingter) Lebensbedingungen sich Regelungen unterschiedlich auswirken können. Sie verfestigt damit solche Unterschiede tendenziell und löst sie nicht auf. Die formelle Gleichstellung kontrolliert das Ergebnis nicht, auch nicht darauf, ob das Diskriminierungsverbot eingehalten ist, wogegen die materielle Gleichstellung das Ergebnis zum massgeblichen Kriterium für die Wahl der Mittel, d.h. den Inhalt der Regelung, macht. Formelle Gleichbehandlung ist infolge des an das natürliche Geschlecht anknüpfenden Gleichstellungsgebotes bzw. des damit verbundenen Differenzierungsverbotes von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV blind gegenüber sozialen Geschlechterdifferenzen, während die materielle Gleichstellung die sozialen Unterschiede für Frauen und Männer aufnimmt und sie durch eine entsprechend spezifische Regelung *kompensiert*, sobald sie entscheidenden Einfluss auf die Erreichung des angestrebten Regelungsziels haben. Im Gegensatz zum Differenzfeminismus (auch kultureller oder relationaler Feminismus genannt<sup>28</sup>) will die liberal ausge-

24 Im Sinne: "Jetzt haben sie, was sie wollten, was wollen sie denn jetzt noch?!".

25 Siehe dazu allgemein REGULA KÄGI-DIENER, Herausforderung Gender: Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, Lachen/St. Gallen 2003, 49 ff. Vor allem das GIG benötigte umfangreichste Vorarbeiten.

26 Siehe Botschaft CEDAW (FN 13), 2 und 26 ff.

27 PETER HÄNNI, Grenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: PETER HÄNNI (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Fribourg 2003, 331 f.; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage – wagemutige Justitia?, Basel/Genf/München 2003, N. 679; neustens BGE 131 II 361 ff., 383; REGULA KÄGI-DIENER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Erwerbsquoten, AJP/PJA 2006, 107 ff.

28 Siehe SUSAN EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Ehe recht, Fribourg 1999, 14.

richtete materielle Gleichheitstheorie die unterschiedlichen Verhältnisse für Frauen und Männer nicht beibehalten und adäquat gestalten, sondern letztlich allen, Frauen wie Männern, zu einer gleichen Stellung verhelfen.

### b) Die unterschiedlichen Ebenen der Gleichstellung

Mit der formellen Gleichstellung korreliert die Vermeidung der direkten Diskriminierung, d.h. der nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung, die direkt an das Geschlecht<sup>29</sup> anknüpft. Die formelle Gleichstellung bzw. die Frage der direkten Diskriminierung betrachtet stets den *Einzelfall*, und die Prüfung auf formelle Gleichstellung lässt sich in individuellen Fällen unmittelbar und einfach einsetzen. Lässt sich eine formelle *Ungleichbehandlung* rechtfertigen, wirkt sie als Ausnahme vom individuellen Anspruch auf formelle Gleichstellung. Die materielle Gleichstellung ihrerseits korreliert hauptsächlich mit der Vermeidung der indirekten Diskriminierung: Diese entscheidet sich nach der Frage, ob sich trotz formeller Gleichbehandlung im Ergebnis eine individuelle Benachteiligung ergibt, welche für die gesamte weibliche Vergleichsgruppe die Schlechterstellung bestätigt, die dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zugrunde liegt.<sup>30</sup> Die indirekte Diskriminierung muss immer mit statistisch relevanten ungleichen Verhältnissen arbeiten, während die direkte Diskriminierung sofort und anhand der Regelungsnorm erkennbar ist. Im Einzelfall führt die materielle Gleichbehandlung in eine Situation, welche die Grunddiskriminierung, die auf der Gruppenzugehörigkeit basiert, für diesen Fall überwindet und im Effekt die Gleichbehandlung auch der Gruppe ein Stück weiter bringt.<sup>31</sup> Unter dem Gesichtswinkel der materiellen Gleichstellung bzw. des Umstandes, wie sich ein Entscheid im Ergebnis auswirkt, ist die Ausgleichs- bzw. Kompensationsregelung keine Ausnahme, sondern direkt zielführend für die Herstellung der individuellen Gleichheit. Das Anliegen der materiellen Gleichbehandlung, das sehr viel stärker die diskriminierungsgefährdete Gruppe einbezieht, sprengt deshalb die Beschränkung auf den Einzelfall, die für das justizielle Verfahren typisch ist.<sup>32</sup> Bei der Gleichheit des Art. 8 Abs. 3 BV, die sich mit der Diskriminierungsfrage gemäss Art. 8 Abs. 2 BV vermengen kann, muss man sich deshalb bewusst sein, dass Gleichheitsfragen sich auf unterschiedlichen Ebenen – einerseits der individuellen, andererseits der sozialen Ebene – bewegen. Die Herstellung der individuellen Gleichheit darf jedoch nicht auf Kosten der gruppenorientierten Gleichheit gehen oder darf, anders gesagt, nicht die Diskriminierungssituation verschärfen, welche in Art. 8 Abs. 2 BV verboten ist. Auch der individuelle Entscheid muss sich in den Dienst einer Verbesserung oder Entschärfung der Situation der Gruppe stellen. Mit anderen Worten, bei der Herstellung von Gleichheit unter Geschlechtern ist auch im Einzelfall stets das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV zu beachten. Nur ein solches Verständnis wird dem Art. 8 als umfassendes Gleichheitsgebot gerecht. Die unterschiedlichen Ebenen bilden

ein stimmiges Ganzes. Sie sind deshalb bei der Anwendung miteinander zu harmonisieren,<sup>33</sup> und das latente Spannungsfeld zwischen formeller und materieller Gleichstellung ist in diesem Sinne aufzuheben.<sup>34</sup> Die Dichotomie zwischen formeller und materieller Gleichheit ist im Interesse der Sache selber – einer gerechten diskriminierungsfreien Rechtswirklichkeit – zu überwinden.

### c) Materielle und formelle Gleichstellung in der CEDAW und im GIG

Die CEDAW nimmt die materielle Gleichstellung im Text mehrfach auf: So erklärt bereits Art. 1 CEDAW, alle "mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung", welche die Beeinträchtigung der Frauen "zur Folge" hat, bekämpfen zu wollen, und namentlich Art. 4 CEDAW spricht von der Herbeiführung der "De-facto-Gleichstellung". Der Bundesrat bezeichnete in seiner Botschaft die CEDAW entsprechend als "internationalen Beitrag zur tatsächlichen Gleichstellung", was zugleich ein "vordringliches Anliegen der schweizerischen Rechtspolitik" und ein "zentrales Ziel der schweizerischen Aussenpolitik" darstelle. Und er machte auch den politischen Willen aus, "die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu fördern".<sup>35</sup> Das GIG ist als Ausführungsgesetz zu Art. 4

29 Formelle und materielle Gleichstellung kann auch unter anderen Kriterien betrachtet werden, welche soziale Gruppen charakterisieren, beispielsweise im Rahmen der Rassendiskriminierung unter unterschiedlichen ethnischen Merkmalen. Das Geschlecht ist aber im Rahmen der CEDAW und des GIG das massgebliche Kriterium, so dass wir uns darauf beschränken.

30 Die materielle Gleichstellung lässt sich auch im individuellen Kontext allein betrachten, doch lassen wir diesen Fall hier weg, weil er im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichstellung untergeordnet ist.

31 Damit wird allerdings der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht "kollektiviert", vgl. zu dieser Debatte: ELISABETH FREI-VOGEL, Komm. zu Art. 3 GIG N. 161 ff., in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt a.M., 1997.

32 Immerhin sei darauf aufmerksam gemacht, dass gerade bei verfassungsmässigen Individualrechten im Rahmen der Prüfung einschränkender öffentlicher Interessen ebenfalls von der individuellen auf die allgemeine Ebene gewechselt werden muss.

33 Dazu KÄGI-DIENER, Bemerkungen (FN 27), 110.

34 Ähnlich spricht MADER (FN 11), 18 sowie 19, Fn. 15 in Anschluss an CHARLES-ANDRÉ MORAND, L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes – Bilan et perspectives, Lausanne 1988, 77 ff., insbes. 85, von einem Spannungsfeld zwischen *positiven und negativen* Komponenten des Gleichheitsgrundsatzes. Die positiven Komponenten führen zur materiellen, die negativen v.a. zur formellen Gleichheit.

35 Botschaft CEDAW (FN 13), 2.

Abs. 2 zweiter Satz aBV (heute Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV) konzipiert, welcher den Gesetzgeber beauftragte, nicht nur für die rechtliche, sondern namentlich auch für die *tatsächliche* Gleichheit zu sorgen. Dies geschah, wie LUZIUS MADER bereits 1995 ausführte, "im Wissen darum, dass die Garantie der formellen Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur einen Teilbeitrag zur Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes leisten kann".<sup>36</sup> MADER wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass in *beruflichen Belangen* die Unterschiede noch "sehr gross" seien, vor allem sei es für Frauen "erheblich schwieriger, in verantwortliche Positionen vorzustoßen".<sup>37</sup> Das GIG erklärt denn auch "die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann" zum Gesetzeszweck (Art. 1 GIG). Es präzisiert in Art. 3 Abs. 3, dass "angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierung darstellen". Dieser Bestimmung liegt mithin das Konzept der materiellen Gleichheit zugrunde. Es ist ihr die Vorstellung unterlegt, dass solche Massnahmen allenfalls Unterschiede für Frauen oder für Männer machen *müssen*. Sie erklären alsdann das Geschlecht zum Kriterium für die Anwendung der Massnahme, indem sie z.B. ausdrücklich oder indirekt Frauen bevorzugen oder Männer benachteiligen, weil dies gesamthaft gesehen der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern dient. Obwohl man diesen Sachverhalt unter einer formellen Betrachtungsweise als eine Abweichung vom Differenzierungsverbot des Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV sehen könnte, gibt der Gesetzgeber dem materiellen Gleichheitskonzept den Vorzug, weist die Rechtsanwendenden ebenfalls dazu an und verneint eine Konfligenz. Damit schafft Art. 3 Abs. 3 GIG die Möglichkeit, Beeinträchtigungen von Frauen wirkungsvoll und differenziert anzugehen.

#### d) Ausrichtung auf die Diskriminierung der Frauen

Die CEDAW ist sog. asymmetrisch und verlangt, dass die Diskriminierung der Frauen aufgehoben werde, ohne allfällige Diskriminierungssituationen für Männer anzusprechen. Das GIG dagegen ist symmetrisch auf beide Geschlechter anwendbar. Dies bedeutet allerdings nicht, dass in jedem Einzelfall sowohl Männer wie Frauen gleichermassen in den Genuss von Vorkehrungen kommen oder kommen müssen. Es bedeutet nur, dass angemessene Massnahmen sowohl für Männer wie für Frauen getroffen werden können, wenn dies der tatsächlichen Gleichstellung dient. Wird eine Massnahme zugunsten der Frauen getroffen (beispielsweise eine Quote zur Erhöhung des Anteils im Führungsgremium), kann sich demnach ein Mann nicht auf formelle Gleichstellung berufen, sondern muss nach Art. 3 Abs. 3 GIG das materielle Gleichheitskonzept gegen sich gelten lassen; die CEDAW stützt die Massnahme direkt. Wird eine Massnahme zugunsten der Männer getroffen (bspw. eine Quote zur Erhöhung des Anteils an Kindergärtnerinnen), kann sich diese nicht auf die CEDAW, gegebenenfalls aber auf Art. 3 GIG stützen.<sup>38</sup>

### III. Rechtliches Verhältnis von CEDAW und GIG

#### 1. Temporalrechtliches Verhältnis

Die CEDAW wurde nach Annahme durch das Parlament per 26. April 1997 in Kraft gesetzt, in einem Zeitpunkt, als das GIG, anwendbar seit 1. Juli 1996, bereits galt. Es spricht somit nach der allgemeinen temporalen Regel eine Vermutung dafür, dass die CEDAW dem GIG vorgeht. Zwar wurde bereits auf die enge inhaltliche Verknüpfung der beiden Rechtsgrundlagen hingewiesen. Trotzdem lässt sich daraus nicht ableiten, dass das GIG in einem Ausführungs- bzw. Konkretisierungszusammenhang mit der CEDAW steht, die CEDAW mithin durch das Gleichstellungsgesetz gewissermassen übersetzt wird und vor dem Hintergrund der nationalen Gesetzgebung zu interpretieren ist. Dies liegt einerseits am Umstand, dass sich Völkerrecht unabhängig vom Landesrecht entwickelt und jedenfalls neuere völkerrechtliche Auffassungen eigenständig Geltung beanspruchen. Es liegt aber auch am Grundsatz, dass Völkerrecht Landesrecht vorgeht.

#### 2. Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht

##### a) Grundsätzliches

Bereits vor Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung galt in der Schweiz die monistische Theorie, wonach – im Gegensatz zur dualistischen Auffassung – Staatsverträge mit ihrer Ratifikation Teil des schweizerischen Rechts werden. Sie bedürfen keiner besonderen Umsetzung mehr. Mit der Aufnahme von Völkerrecht ins Landesrecht öffnet sich die schweizerische Rechtsordnung sodann der internationalen Rechtsentwicklung. Die zunehmende Internationalisierung der Lebensverhältnisse führt zu einer stärkeren völkerrechtlichen Regulierung. Deren spezifische Weiterentwicklung im Rahmen völkerrechtlicher Durchsetzungs-, Kontroll- und Fortbildungsmechanismen bewirkt, dass heute das schweizerische Rechtsverständnis von internationalen Rechtsauffassungen durchdrungen und mit diesen verflochten ist.<sup>39</sup> Diese Ordnung zeichnet sich gleichzeitig durch eine hohe Dynamik aus. Diese Dynamik nimmt das Gleichstellungsrecht nicht aus.

36 MADER (FN 11), 13; siehe auch CHRISTINA HAUSAMMANN/ERIKA SCHLÄPPI, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP/PJA 1995, 35.

37 MADER (FN 11), 15.

38 Diese Darstellung ist etwas zu einfach, weil indirekt durch die Irritierung der traditionellen Rollenverständnisse evt. auch Verbesserungen für die Frauen erzielt werden können.

39 Siehe NICOLAS MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: THÜRER et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 63 ff., insbes. 68 ff., N. 23 ff.

Im Kollisions- oder im Zweifelsfall ist das *Verhältnis* zwischen Völkerrecht und Landesrecht vom Vorrang völkerrechtlicher Normen vor dem Landesrecht beherrscht, heute aufgrund von Art. 191 BV. Damit entspricht das schweizerische Staatsrecht den Regeln der Art. 26 und 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK):<sup>40</sup> Danach sind die Staaten gehalten, bindende völkerrechtliche Normen zu erfüllen und dürfen sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Staatsvertrages zu rechtfertigen. Diese Grundsätze gelten im schweizerischen Recht unmittelbar, weil aufgrund des monistischen Verständnisses auch die VRK als schweizerisches Recht gilt.

Das Prinzip des Vorranges des Völkerrechts nimmt *alle Staatsorgane* in die Pflicht und ist deshalb vom Gesetzgeber bei der Gesetzgebung, von den Gerichten bei der Auslegung und von den Exekutivorganen bei der Anwendung sowie der übrigen Staatstätigkeit zu beachten. Das war schon unter dem Geltungsbereich der alten Bundesverfassung herrschende Lehre und Praxis,<sup>41</sup> es gilt auch gemäss neuerer Rechtsprechung (BGE 125 II 425 mit Hinweisen). Bereits in seinem berühmten und viel diskutierten Entscheid BGE 99 Ib 39 (*Schubert*) bekannte sich das Bundesgericht grundsätzlich zu dieser Auffassung: Es sei zu vermuten, dass der Gesetzgeber sich an das Staatsvertragsrecht habe halten wollen. Im Zweifel sei das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen. Ist dies nicht möglich, dürfe eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden.

#### b) Erhöhter Vorrang für Grundrechtsschutz

"Diese Konfliktregel drängt sich umso mehr auf", so führte das Bundesgericht in BGE 125 II 425 wörtlich aus, "wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient". Lediglich in denjenigen Fällen, in denen der Gesetzgeber einen Widerspruch zum internationalen Recht bewusst in Kauf genommen hat, könne unter Umständen eine andere Konfliktlösungsregel gelten. Der Entscheid liess offen, ob die im Fall *Schubert* (BGE 99 Ib 39 E. 4) geäußerte Ansicht aufrecht zu halten sei, dass es dem Gericht wegen des Anwendunggebots für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse<sup>42</sup> nicht möglich sei, im Konfliktsfalle dem Völkerrecht den Vorrang zu gewähren. Wir bezweifeln, dass dies heute verfassungsmässig gerechtfertigt werden könnte, legt doch Art. 191 BV ausdrücklich fest, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden (gleichermassen) massgebend sind.

#### c) Vermutung in einzelnen Fällen

Hat der Gesetzgeber einen völkerrechtlichen Vertrag genehmigt und enthält dieser eine Norm, die einer bisherigen (schweizerischen) Bestimmung nicht entspricht, besteht die Vermutung, dass der Gesetzgeber der für die Schweiz neuen (völkerrechtlichen) Norm den Vorzug geben will. Nur dies steht mit dem Gebot in Einklang, den Vorrang des Völker-

rechts vor dem Landesrecht zu respektieren. Es gilt in diesem Fall praktisch zusätzlich die Regel, dass jüngeres (internationales) Recht dem älteren (schweizerischen) Recht vorgeht. Die Vermutung verdichtet sich, wenn es dem Gesetzgeber möglich ist, eine internationale Konvention mit *Vorbehalten* zu genehmigen, ein entsprechender Vorbehalt aber nicht angebracht wurde, oder wenn es um einen bilateralen Vertrag geht, der im Einzelnen ausgehandelt wurde.

#### d) Auf den Punkt gebracht

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Völkerrecht grundsätzlich Vorrang genießt; Völkerrecht, bei dem es um den *Schutz von Menschenrechten* geht, einen besonders strikten. Dieser Grundsatz muss unabhängig davon gelten, ob die Tragweite der völkerrechtlichen Norm dem Gesetzgeber bei der Ratifizierung bewusst war oder nicht. Konnte die Tragweite des internationalen Rechts der Schweiz bekannt sein und hat der Gesetzgeber es trotzdem genehmigt, ohne einen Vorbehalt anzubringen, so ist dessen Vorrang um so mehr gerechtfertigt. Da das in die schweizerische Rechtsordnung inkorporierte Völkerrecht sich sowohl durch die schweizerische als auch und vor allem durch die internationale Rechtsentwicklung in seiner Bedeutung verändert, konkretisiert und neuen Bedeutungen zugeführt werden kann, führt der Grundsatz des Vorranges von Völkerrecht eine über die schweizerischen Verhältnisse hinausweisende Dynamik ein und erzeugt im Laufe der Zeit neue Inhalte der Rechtsauffassungen, namentlich im Grundrechtsschutz. Dies gilt nicht nur bei Freiheitsrechten, sondern ebenso bei Gleichheitsrechten, beziehungsweise bei Fragen der Diskriminierung, sind sie doch grundlegende Ausprägungen von Gerechtigkeitsvorstellungen nicht nur im schweizerischen, sondern ebenso sehr im internationalem Raum.<sup>43</sup> Da die CEDAW ein Übereinkommen ist, das zum Zwecke der besseren Gewährleistung von Menschenrechten, und konkreter von Gleichheitsrechten, geschlossen und als solches von der Schweiz ratifiziert wurde, kann sie für sich einen besonders strikten Vorrang beanspruchen, und dies unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bei der Genehmigung die Tragweite überblickte oder nicht. Lediglich in den Bereichen, in denen die Schweiz Vorbehalte angebracht hatte, nämlich beim Familiennamen (Art. 16 Abs. 1 lit. g CEDAW) und übergangszeitlich beim Güterrecht (Art. 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 lit. h CEDAW), dürfte anderes gelten.

40 SR 0.111, in der Schweiz in Kraft seit 1990. Die dortigen Grundsätze entsprachen auch der früheren völkerrechtlichen Rechtsprechung, siehe Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, in: VPB 53.54, Ziff. II./4. (Stellungnahme BJ/DfV).

41 Stellungnahme BJ/DfV (FN 40), Ziff. IV/9–11.

42 Damals Art. 113 Ziff. 3 aBV.

43 Dazu etwa KÄGI-DIENER (FN 25), 10 ff.

## B. Quoten im Erwerbsleben

### I. Quoten im Regelungsfeld der CEDAW und des GIG

#### 1. Massnahmen als Instrument der tatsächlichen Gleichstellung

##### a) CEDAW

Wir haben bereits aufgezeigt, dass sowohl das Gleichstellungsgesetz als auch die CEDAW von der Zielsetzung getragen sind, die tatsächliche Gleichstellung (im Erwerbsleben) einen Schritt weiter zu bringen.<sup>44</sup> Sie sind damit beide Ausdruck eines konstitutiven Grundrechtsverständnisses. Die CEDAW scheint dabei imperativer, auch imperativer als Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV, welcher die Basis für das GIG darstellt. Sie wiederholt mehrfach die Verpflichtung der Vertragsstaaten, "alle geeigneten Massnahmen" zu ergreifen.<sup>45</sup> Festzuhalten ist, dass ihre Ausdrucksweise sich deutlich von der Einräumung formeller durchsetzbarer Rechtsansprüche abhebt. Solche Ansprüche werden offenbar als *eine*, aber nicht die einzige Art von Massnahme gesehen: So sprechen Art. 2 lit. f und Art. 3 von "allen geeigneten Massnahmen *einschliesslich gesetzgeberischen Massnahmen*". Art. 11 Abs. 1 CEDAW verlangt für das Berufsleben *alle geeigneten* Massnahmen, um die effektive Rechtsausübung zu gewährleisten. Gemäss Art. 4 CEDAW können "zeitweilige Sondermassnahmen (...) zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung" ergriffen werden. Die CEDAW verlässt damit das traditionelle Instrument der Rechtsgestaltung, welche vorab in liberalen Rechtssystemen den Betroffenen die Last der gerichtlichen Durchsetzung auferlegt, und nimmt die staatlichen Exponentinnen und Exponenten verstärkt in die Pflicht. Sie wird damit zugleich auch politischer.<sup>46</sup>

##### b) GIG

Ähnlich, wenn auch weniger detailliert, legt Art. 3 Abs. 3 GIG fest, dass "angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung" keine Diskriminierung darstellen. Das Gesetz setzt damit das Bestehen "angemessener Massnahmen" voraus und erlaubt sie gleichzeitig. Bei den Vorarbeiten zum GIG war ersichtlich und von der UNO überdies angemahnt worden, dass ohne Förderungsmassnahmen der Verfassungsauftrag nicht erfüllt werden kann.<sup>47</sup> Dem hat Art. 3 Abs. 3 GIG Rechnung getragen. Nach MADER sucht das GIG die faktische Diskriminierung abzubauen, *ohne* selber positive Massnahmen vorzusehen.<sup>48</sup> Daraus muss man folgern, dass die Massnahmen nicht vom Gesetzgeber (allein), sondern namentlich von anderen Akteurinnen und Akteuren getroffen werden können, und dass der Gesetzgeber davon ausging, dass diese anderen Akteurinnen und Akteure solche Massnahmen auch treffen würden. Für diesen Fall stellt das Gesetz die "angemessenen Massnahmen" in einen Zusammenhang mit dem formellen Gleichbehandlungsgebot, indem es ihren Diskriminie-

rungscharakter verneint. Nur mit einer solchen Interpretation lässt sich der Bestimmung vor der Aussage MADERs eine sinnvolle Bedeutung zuordnen.

#### 2. Quoten als Sondermassnahmen

Bei "Massnahmen" ist vorab an so genannte "positive Massnahmen" zu denken. Man versteht darunter Förderungsmassnahmen, die ergriffen werden, um – soweit Mann und Frau betrachtet werden – die statistisch nachweisbar schlechtere Stellung der Frauen zu verbessern und gegebenenfalls an diejenige der Männer anzugleichen. Es handelt sich dabei gemäss JULIANE KOKOTT und PATRICIA EGLI um alle jene Massnahmen, die zum Ziel haben, die Gleichstellung von Frau und Mann in irgend welchen Lebensbereichen zu verbessern,<sup>49</sup> wobei zu präzisieren ist, dass hier auch die geschlechtergruppenorientierte Ebene mit einbezogen ist, d.h. es um materielle Verbesserungen geht. Im Berufsleben reichen positive Massnahmen anerkanntermassen von gezielter Berufsberatung bis zu Quoten.<sup>50</sup> Positive Massnahmen werden nicht als Privilegierung betrachtet, die eine Diskriminierung der anderen Geschlechtergruppe bewirkt, sondern sie werden unter ihrem Ausgleichs- oder Kompensationsaspekt erfasst.<sup>51</sup>

Ausgleichsmassnahmen sind als solche nicht grundsätzlich umstritten. Eine Ausnahme machen nur Quotenregelungen zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses.<sup>52</sup> Geschlechterquoten geben Zielgrössen für den Anteil eines Geschlechts für bestimmte berufliche (oder politische oder anderweitig bedeutsame) Positionen vor, um den Entscheidungsprozess, bei dem es um die Bestellung einer

44 Oben Ziff. A./II.4.

45 So etwa in Art. 2 lit. e und f, Art. 3, Art. 5 (für das soziale Rollenverständnis), Art. 7 (im politischen Bereich), Art. 10 (im Bildungsbereich), Art. 11 Abs. 1 (im Berufsleben).

46 Mit diesem Begriff ist allerdings vorsichtig umzugehen: Wir bezeichnen ihn als "(rechts-)politisch", weil er nicht recht auf die traditionelle juristische Anspruchskonzeption passt.

47 Siehe CLAUDIA KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, in: BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (FN 31), 11, unter Hinweis auf den so genannten Lohngleichheitsbericht; siehe auch Botschaft GIG (FN 8), 23 unten.

48 MADER (FN 11) 19 f.

49 JULIANE KOKOTT/PATRICIA EGLI, Rechtsfragen zu positiven Massnahmen in Staat und Unternehmen, in: AJP/PJA 2000, 1486.

50 KOKOTT/EGLI (FN 49), 1486; MARIANNE SCHWANDER CLAUS, Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Berner Diss. 1995, 10 f.; ANDREAS AUER, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP/PJA 1993, 1336 ff.

51 SCHWANDER CLAUS (FN 50), 5.

52 Dagegen sind Quotierungen anderer Repräsentanzen (Sprachengebiete, politische Parteien u. dgl.) in der schweizerischen Praxis gängig und wenig hinterfragt, siehe auch TOMAS POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel 1997, 139.



oder mehrerer entsprechender Positionen geht, auf die Erreichung dieser Zielgrössen hin zu bestimmen.<sup>53</sup> Sie können unterschiedliche Verbindlichkeit haben, dienen aber stets der *systematischen* Verbesserung des zahlenmässigen Gleichgewichts zwischen den Geschlechtern. Mit Quoten können (vor allem) ausserrechtliche Barrieren und Nachteile, die sich oft unbemerkt einschleichen und die Erreichung der tatsächlichen Gleichstellung verhindern, ausgehebelt werden.

Geschlechterquoten lassen sich, wie alle positiven Massnahmen, nicht auf Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV stützen, weil dieser nach der Rechtsprechung ein Differenzierungsverbot enthält, das nur in Einzelfällen Abweichungen zulässt, wenn sie aus biologischen (oder funktionalen<sup>54</sup> – ?) Gründen geboten erscheinen. Positive Massnahmen und Geschlechterquoten im Besonderen knüpfen aber an die Tatsache der gesellschaftlichen und strukturellen Andersbehandlung an. Sie werden generell verhängt und sind deshalb typische *Regelungstatbestände*. Entsprechend hat das Bundesgericht in BGE 131 II 376 E. 5.4. festgestellt, dass Geschlechterquoten gemäss Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz zulässig (admissibles) seien.<sup>55</sup>

Gelegentlich werden (Geschlechter-)Quoten deswegen als unzulässig betrachtet, weil sie "ergebnisbezogen" sind (so etwa BGE 123 I 152 E. 5b, *Solothurner Quotenentscheid*). Es ist indessen nicht erklärbar, weshalb eine zielführende Massnahme wegen hoher Wirksamkeit unrechtmässig werden soll, kann es doch nur der Sinn einer normativen Ordnung wie des Rechts sein, die Lebensumstände effizient zu steuern, das heisst, eine Veränderung der sozialen Verhältnisse in Richtung der gesetzlichen Modellvorstellung auch tatsächlich zu bewirken.<sup>56</sup>

### 3. Mechanismen, welche es für die Gleichstellung im Erwerbsleben zu kompensieren gilt

Besonders in einflussreichen beruflichen Stellungen sind die Frauen nach wie vor stark untervertreten. Gemäss dem dritten statistischen Bericht "Auf dem Weg zur Gleichstellung" gehörten 7,5% der Männer zu den Führungskräften, aber nur 3,2% der Frauen; Hilfsarbeiten verrichteten 4,2% der Männer, dagegen 8% der Frauen.<sup>57</sup> Dies ist nicht zuletzt den *Bildern* zuzuschreiben, welche die Gesellschaft und die Entscheidungsbefugten sich von Frauen und Männern machen. Im Berufsleben herrschen noch weitgehend Vorstellungen vor, dass führende Köpfe am besten von Männern gestellt werden können, man spricht vom "Think-manager-think-men-Phänomen".<sup>58</sup> Ein wesentliches Hindernis für den Aufstieg von Frauen ist auch der Umstand, dass Männer für Schlüsselpositionen tendenziell Männer nachziehen: Weil das Führungskader eines Unternehmens oder Betriebs häufig eine relativ homogene Gruppe mit übereinstimmenden Normen, Werten und Fähigkeiten bildet, wählt sie unbewusst oder bewusst neu hinzukommende Mitglieder mit ähnlichen Normen, Werten und Fähigkeiten aus. Dies gibt ihnen nicht nur eine individuell erfahrbare Vergleichs-

basis, sondern mit der gesuchten Gleichheit wird auch Sympathie geschaffen, was eine Bestätigung für die eigene Person und eine Minimierung von Konfliktfeldern bedeutet.<sup>59</sup> In der maskulinen Kultur traditioneller Führungsgremien passen deshalb Frauen vor dem Hintergrund ihrer tatsächlich oder vermeintlich unterschiedlichen Sozialisation schlecht hinein und erhöhen das Risiko von Spannungen innerhalb der Führungsetage. Auch dieses Phänomen der Reproduktion von Eigenbildern stellt einen wirksamen tatsächlichen Hinderungsgrund für den Aufstieg von Frauen in verantwortliche Positionen dar. Ihm ist allein mit dem justiziellen Individualanspruch auf formelle Gleichbehandlung nicht beizukommen. Die dargelegten Ausschlussmechanismen können hingegen mit einer Quote bis zu einem bestimmten Masse ausgeschaltet, und die damit verbundene Zurücksetzung durch die bis zur Erfüllung der Quote vorgesehenen Ansprüche kompensiert werden. Quoten werden deshalb als effizienteste Massnahme betrachtet, um die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau herbeizuführen.<sup>60</sup>

## II. Quoten und Art. 3 Abs. 3 GIG

### 1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG

#### a) Grundsätzliches

Nach allgemeinen Regeln ist für die Auslegung einer Norm auszugehen vom Wortlaut der Bestimmung und zwar unter dem Gesichtswinkel, wie er von den Gesetzesadressatinnen und -adressaten verstanden werden kann. Lässt sich dem Wortlaut der Sinn nicht zweifelsfrei entnehmen und sind verschiedene Auslegungen möglich, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen, indem verschiedene Auslegungselemente berücksichtigt werden. Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde

53 Dabei gibt es ganz unterschiedliche Konzepte von Quotenregelungen, siehe dazu SCHWANDER CLAUS (FN 50), 13 ff.; KATHRIN ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben, Zürich 1992, 144 ff.; POLEDNA (FN 52), 163.

54 BIGLER-EGGENBERGER (FN 27), N. 172.

55 Allerdings nur, soweit sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Fixe Quoten seien vor diesem Grundsatz kaum zulässig.

56 Siehe auch KOKOTT/EGLI (FN 49), 1488; BGE 125 I 29 E. 3d aa).

57 Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz, Dritter statistischer Bericht, Neuchâtel 2003, 41.

58 Siehe dazu etwa CATHERINE MÜLLER/GUDRUN SANDER, Gleichstellungs-Controlling, Zürich 2005, 164.

59 Vgl. dazu MÜLLER/SANDER (FN 58), 164.

60 So etwa SONJA STRAHM, Quotenregelung im europäischen und im schweizerischen Recht, in: N. REFAEIL/K. SIEGWART/S. STRAHM/E. BAUMGARTNER, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht. Ausgewählte Fragen, Bern 1997, 55.

liegende Wertung sowie auf den Sinnzusammenhang (Systematik) an, in dem die Norm steht.<sup>61</sup> Bei jungen Bestimmungen spielt die entstehungsgeschichtliche (historische) Auslegung eine grössere Rolle; je älter die Bestimmung ist, umso mehr treten andere Elemente in den Vordergrund und die inzwischen eingetretene (Rechts-)Entwicklung gewinnt an Bedeutung. Art. 3 Abs. 3 GIG lautet: "Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar". Der Text wird unterschiedlich verstanden, wobei hier vor allem interessiert, ob Geschlechterquoten zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses angeordnet werden können und ob die Bestimmung sie gegen den Einwand der Diskriminierung schützt.

#### b) Massnahmen durch öffentliche Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen – historische und gesetzsystematische Aspekte von Art. 3 Abs. 3 GIG

In der Debatte zu Art. 4 Abs. 2 aBV, mit dem der Auftrag zum GIG erteilt wurde, mahnte Nationalrat *Ogi*, es könne "langfristig nicht einfach nur um die Beseitigung der rein rechtlichen Benachteiligungen gehen", sondern es seien "auch gezielte Massnahmen zu ergreifen, (...) um die faktische Benachteiligung aufzuheben".<sup>62</sup> Er rührte damit offenbar an einem Tabu. Bereits in der Botschaft zum GIG sah sich der Bundesrat veranlasst, die Befürchtungen zu dämpfen, Art. 3 Abs. 3 führe Quoten ein: "Er (der Absatz) präjudiziert die Verfassungsmässigkeit allfälliger Förderungsmassnahmen (...) nicht und bildet auch keine gesetzliche Grundlage für solche Massnahmen."<sup>63</sup> Die Bestimmung wolle vor allem verhindern, dass Massnahmen, die ein Arbeitgeber ergreife, um den Anteil der Frauen in seinem Unternehmen zu erhöhen bzw. deren Stellung zu verbessern als diskriminierend im Sinne von Art. 3 (offenbar Abs. 1) betrachtet würden.<sup>64</sup> Weder aus den bundesrätlichen Ausführungen noch aus der Bestimmung selber ergibt sich ein Hinweis darauf, dass *nur private Arbeitgeber* gemeint sein könnten. Gemäss *MADER* allerdings war dies der Fall.<sup>65</sup> Das Bundesgericht schloss sich ohne Rückgriff auf andere Auslegungselemente im Quotenentscheid *Balmelli* (BGE 131 II 361, 387 f. E. 7.5) dieser Auffassung an.<sup>66</sup> Geht man auf den Sinnzusammenhang der Bestimmung ein, scheint indessen unklar, wie sich Art. 2 GIG mit einem solchen Verständnis von Art. 3 Abs. 3 GIG vertragen könnte. Art. 2 GIG erklärt nämlich den Abschnitt des GIG über Gleichstellung im Erwerbsleben ausdrücklich auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse *anwendbar*. Für die Unterstellung des öffentlichrechtlichen Arbeitgebers unter Art. 3 Abs. 3 GIG spricht auch die Aussage des Bundesrats in seiner Botschaft zu Art. 4 Abs. 2 aBV, dass der Verfassungsauftrag auf Herstellung der materiellen Gleichstellung alle staatlichen Organe angeht und alle staatliche Tätigkeit betrifft: "Auch wenn der Verfassungsgeber nur den Gesetzgeber anspricht, entbindet das die rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung, Richter) selbstverständlich nicht von der Pflicht, dem

Geschlechtergleichheitsgebot in den Schranken ihrer Zuständigkeit (...) zum Durchbruch zu verhelfen".<sup>67</sup> Dies entspricht dem heutigen Art. 35 Abs. 2 BV. Endlich ist zu vermerken, dass das GIG den Boden für die Ratifizierung der CEDAW vorbereiten sollte, und diese nimmt die Staaten und ihre Exponenten verstärkt in die Pflicht. Auch dieser Zusammenhang spricht dafür, öffentliche Arbeitgebende als Initianten von Massnahmen einzuschliessen.

#### c) Quoten als "Massnahmen" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GIG

Der Zweck des GIG ist, wie mehrfach ausgeführt, die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung. Ähnlich wie Nationalrat *Ogi* bei der Beratung des Geschlechtergleichheitsartikels<sup>68</sup> gab der Bundesrat in der Botschaft zum GIG zu bedenken: "Die Notwendigkeit, die tatsächliche Gleichstellung zu fördern, kann Massnahmen erfordern, die Frauen (...) an jenen Arbeitsplätzen bevorzugt berücksichtigen, wo sie noch stark untervertreten sind."<sup>69</sup> Damit können vernünftigerweise nur *quantitativ wirkende Vorzugsbehandlungen* gemeint sein, denn nur diese wenden sich gegen die (zahlenmässige) Untervertretung. Und was gibt es da (kurzfristig) anderes als Quotierungen?<sup>70</sup> Verschiedene Lehrmeinungen wollen entsprechend Art. 3 Abs. 3 GIG allgemein auf positive Massnahmen angewendet wissen, auch auf Quotenregelungen.<sup>71</sup>

Ob ein solcher Auftrag aus Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz BV abgeleitet wird oder aus Art. 8 Abs. 3 erster Satz bzw. Art. 8 Abs. 1 BV,<sup>72</sup> ist hier ohne Bedeutung. Denn jedenfalls kann

61 BGE 130 II 53 E. 3.2.1.; 125 II 291 f., je mit Hinweisen.

62 AB N 1980 I, 655, dazu: STRAHM (FN 60), 54.

63 So auch *MADER* (FN 11), 26 unten.

64 Botschaft GIG (FN 8), 1298.

65 *MADER* (FN 11), 26. Er beruft sich auf ein Votum von Bundesrat *Koller*, dem gemäss *FREIVOGEL* (FN 31), 96, Fn. 225 zu N 170, allerdings nur Bedeutung für politische Quoten zuerkannt werden kann. Richtig scheint uns, dass, wie *FREIVOGEL*, a.a.O., ausführt, das Gesetz jedenfalls nicht aufgrund eines einzelnen Votums in den Beratungen "gegen seinen klaren Wortlaut, seine Systematik und Entstehungsgeschichte und gegen seinen Sinn und Zweck ausgelegt werden" darf.

66 Kritisch zum BGE 131 II 361: *CHRISTA TOBLER*, Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen, in: recht 2005, 227; *KÄGI-DIENER*, Bemerkungen (FN 27).

67 Botschaft "Gleiche Rechte" (FN 4), 74.

68 Vorstehend lit. b.

69 Botschaft GIG (FN 8), 1298.

70 *CHRISTA TOBLER*, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung *Kalanke*, in: *ARIOLI* (FN 52), 112, sieht darin "ein klares Bekenntnis zu Quotenregelungen".

71 Neben *TOBLER* (FN 70) auch *FREIVOGEL* (FN 31), N. 170; *KÖKOTT/EGLI* (FN 49), 1488 f.

72 So *TOBLER* (FN 66), 224; *CHRISTA TOBLER*, Von der Geschlechtergleichheit zur Rassendiskriminierung: Lehren aus

er sich auf das Ziel des GlG stützen, in der gelebten Wirklichkeit Gleichstellung herbeizuführen.

#### d) Zusammenfassung

Zusammengefasst lässt sich Art. 3 Abs. 3 GlG aus historischen, systematischen und teleologischen Gründen so verstehen, dass positive Massnahmen, auch Quotenregelungen, von öffentlichen oder privaten Arbeitgebenden getroffen werden können, um bei der Besetzung von Stellen ein gewisses Gleichgewicht der Geschlechter im Sinne einer faktischen Gleichstellung zu erreichen. Ihrer Massnahme kann nicht entgegengehalten werden, sie verletze die Geschlechtergleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV. Unzulässigkeit gilt nur, wenn die Massnahme nicht *angemessen* erscheint. Die Angemessenheit muss sich auf die *Gleichheitsfrage* beziehen. Das heisst, sie dürfte dann verletzt sein, wenn die Quote ohne triftige Gründe, die mit der Stelle selber zu tun haben, zu einer ungleichen, weil (deutlich) überproportionalen Berücksichtigung des einen oder anderen Geschlechts führen würde.<sup>73</sup>

## 2. Zusätzliche gesetzliche Grundlage für die einzelne Quotenregelung?

Das Bundesgericht behandelte die Quotenregelung im Fall *Balmelli* (BGE 131 II 361) als Abweichung vom Anspruch auf formelle Gleichstellung nach Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV. Es unterstellte sie, wie Einschränkungen von (anderen) Grundrechten, gemäss Art. 36 Abs. 1 BV dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Sofern die Einschränkung schwerwiegend ist, ist nach dieser Vorschrift eine formell-gesetzliche Basis erforderlich, im Übrigen genügt eine materiellgesetzliche Grundlage.

Gemäss herrschender Lehre ist die Schrankenlehre von Art. 36 BV auf Freiheitsrechte, aber nicht auf die Rechtsgleichheit, zugeschnitten.<sup>74</sup> Zu dieser Frage sei hier nicht (abschliessend) Stellung genommen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Art. 3 Abs. 3 GlG *gerade für den hier interessierenden Fall, da vom formellen Differenzierungsverbot zugunsten der (materiellen) Geschlechtergleichheit durch positive Massnahmen abgewichen wird, eine Regelung trifft*. Art. 3 Abs. 3 GlG statuiert für diesen Fall mit dem Hinweis auf die Angemessenheit ("angemessene Massnahme") ausdrücklich, dass die Massnahme nur einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen werden soll. Der Gesetzgeber hat mit Art. 3 Abs. 3 GlG ein Stück weit für die tatsächliche Gleichstellung gesorgt, indem er Arbeitgebende ermächtigte, angemessene positive Massnahmen (unter anderem auch Quotenregelungen) zu treffen.

Ein weiterer Aspekt fällt hier auf: Selbst wenn man entgegen der herrschenden Lehre annehmen würde, Art. 36 BV sei (evt. analog) auch auf Einschränkungen der Rechtsgleichheit anzuwenden, hat der Gesetzgeber mit Art. 3 Abs. 3 GlG festgelegt, dass er positive Massnahmen nicht unter dem Aspekt der Diskriminierung, sondern unter dem Aspekt ihres Ausgleichscharakters behandelt wissen will.

Es hat somit verbindlich angeordnet, dass von der diskriminierten Geschlechtergruppe aus gedacht werden soll. Er hat so der Rechtsanwendung Anweisung gegeben, wie das Spannungsfeld zwischen formeller und materieller Gleichheit bzw. zwischen Milderung der Diskriminierung und Absage an das Differenzierungsverbot anzugehen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es bei Quotenregelungen im Erwerbsleben obsolet zu entscheiden, ob es sich um einen schweren Eingriff in das formelle Gleichstellungsgebot handelt oder nicht.<sup>75</sup>

Die Prüfung einer besonderen gesetzlichen Grundlage wird endlich unverstänglich, wenn das Geschlechtergleichstellungsgebot des Art. 8 Abs. 3 BV im Zusammenhang mit dem Geschlechterdiskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV gelesen wird: Es kann ja nicht sein, dass die Verfassung zur Beseitigung von Diskriminierungen verpflichtet, der öffentliche Arbeitgeber oder die öffentliche Arbeitgeberin diese Beseitigung jedoch nicht in die Wege leiten kann, weil der Gesetzgeber sich hierzu nicht oder noch nicht oder zu vage geäussert hat. Würde man solches annehmen, würde sich Art. 36 Abs. 1 BV in Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 und gleichzeitig zu Art. 35 Abs. 2 BV stellen. Eine harmonisierende Auslegung muss der Beseitigung der Diskriminierung den Vorrang zuerkennen und erlaubt keine (sinngemässe) Heranziehung von Art. 36 Abs. 1 BV.

## III. Quoten und die CEDAW

### 1. Allgemeines zu Art. 4 (1) CEDAW

In der CEDAW findet sich keine Regelung, die ausdrücklich Quoten aufnimmt, doch verpflichtet sie, wie bereits dargelegt, die Staaten an verschiedenen Stellen, auch für das Erwerbsleben, zu "Massnahmen" aller Art. Art. 4 (1) CEDAW regelt im Besonderen *zeitweilige Sondermassnahmen* (temporary special measures), welche, wie aus der zweiten Hälfte des Absatzes offenbar wird, "ungleiche oder gesonderte Massstäbe" für Frauen und Männer einführen (können). Es sind demnach Massnahmen, welche sich nicht an die Grundsätze der formellen Gleichbehandlung halten;

Art. 4 Abs. 2 BV, in: WALTER KÄLIN (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Basel 1999, 95 ff., insbes. 105 f.; BIGLER-EGGENBERGER (FN 27), N 647.

73 Damit ist die Referenzbasis der prozentmässigen Festlegung angesprochen. So wäre es wohl ohne besondere Gründe nicht vertretbar, für eine Gattung von Positionen eine 50%-Geschlechterquote festzulegen, obwohl Frauen und Männern mit dem nötigen Berufsabschluss im Verhältnis 2:8 stehen.

74 RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 Rz. 7 mit Hinweisen; PASCAL MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 36 N 4; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel 2000, 101.

75 Da Quotenregelungen generell-abstrakten Charakter haben, liegen bei öffentlichen Arbeitgebenden stets materiellgesetzliche Grundlagen vor.

die Einhaltung der formellen Gleichheit ist nicht entscheidend, sondern ihr *Ziel*, die beschleunigte Herbeiführung der tatsächlichen Gleichstellung.

## 2. Die Verpflichtung des Staates, zeitweilige Sondermassnahmen zu ergreifen

Es kommt in der CEDAW nicht eine zurücknehmende Haltung zum Ausdruck, wonach Staaten Freiräume zu respektieren haben und nicht diskriminierend handeln dürfen, sondern die CEDAW weist den Staaten eine aktive Rolle zu.<sup>76</sup> Entgegen dem, was wir aus unserem traditionell liberalen Verständnis aus Art. 4 (1) CEDAW herauslesen könnten, statuiert der Artikel nicht nur eine Erlaubnis, sondern enthält eine *Verpflichtung*, zeitweilige positive Massnahmen zu ergreifen. Der CEDAW-Ausschuss hat dazu ausdrücklich festgehalten: "(...) the Committee considers that States parties are obliged to adopt and implement temporary special measures (...)."<sup>77</sup> Diese Verpflichtung zu entsprechenden Massnahmen geht auch aus der Verpflichtung zu Massnahmen gemäss Art. 2 CEDAW hervor. Sie findet sich etwa ähnlich in Art. 2 UNO-Pakt I.<sup>78</sup> Von verschiedenen UN-Gremien ist wiederholt festgehalten worden, dass der Menschenrechtsschutz, wie er von der UNO verstanden und statuiert wird, den Staat nicht nur anhalte, Schutzmassnahmen zu treffen, sondern zusätzlich positive Massnahmen.<sup>79</sup> So stellte der Menschenrechtsausschuss im General Comment über Nicht-Diskriminierung No. 18 fest, dass das Gleichheitsprinzip die Staaten u.U. verpflichtet, Sondermassnahmen (affirmative oder positive action) zu ergreifen, um Bedingungen zu beheben oder zu verhindern, die Ungleichheiten fortschreiben. Er hielt auch fest, dass damit Vorzugsbehandlungen verbunden sein dürfen.<sup>80</sup> Desgleichen verlangte der Menschenrechtsausschuss zusätzliche positive Massnahmen in allen Gebieten, um effektive und gleiche tatsächliche Teilhabe (Empowerment) insbesondere für Frauen zu erreichen.<sup>81</sup> Es besteht mit anderen Worten bei den zuständigen Organen breiter Konsens, dass der UNO-Menschenrechtsschutz in ausgeprägter Weise eine *aktive und aktiv korrigierende Rolle* des Staates verlangt, deutlicher als die herkömmliche Rechtsauffassung in der Schweiz.

## 3. Quoten als zulässige zeitweilige Sondermassnahmen

Wo Massnahmen nötig sind, um Ungleichheiten zu korrigieren, liegt auch mit Bezug auf das UN-Pakt II keine Massnahme vor, welche Ungleichheit schafft oder sie verschärft, vielmehr sind dann Differenzierungen legitim, auch Differenzierungen aufgrund des Geschlechts. Das hielt die UNO-Generalversammlung in ihrer 45. Session fest.<sup>82</sup> Art. 4 (1) CEDAW schliesst sich daran an. Obwohl Quoten nicht erwähnt sind, sind sie unter den Begriff der Sondermassnahmen zu subsumieren.<sup>83</sup> Der CEDAW-Ausschuss hat dies denn bereits mehrmals festgestellt und u.a. auch Quoten ausdrücklich empfohlen.<sup>84</sup>

## 4. Direkte Anwendbarkeit von Art. 4 (1) CEDAW

Der Bundesrat sprach in seiner Botschaft zur CEDAW von "meist programmatischen Verpflichtungen" des Übereinkommens,<sup>85</sup> offenbar ging er allerdings selber davon aus, dass die CEDAW auch direkt anwendbare Vorschriften enthält. Eine rein programmatische Wirkung wird dem Anliegen der CEDAW in der Tat nicht gerecht. Mit Grund rügte der CEDAW-Ausschuss deshalb in seinem Report zum 1. und 2. Staatenbericht der Schweiz, dass die Schweiz die CEDAW hauptsächlich als programmatisch auffasse.<sup>86</sup>

76 HANNA BEATE SCHÖPP-SCHILLING, Frauenpolitik in den Vereinten Nationen: Neue Herausforderungen, in: SABINE VON SCHORLEMER (Hrsg.), Praxishandbuch UNO, Berlin/Heidelberg/New York 2003, 267, spricht von der Verbindung eines *nicht-diskriminierenden*, eines *beschützenden* und eines *korrigierenden* Ansatzes, wobei Art. 4 (1) CEDAW korrigierend (= ausgleichend) wirkt.

77 General Recommendation No. 25, on article 4, par. 1 CEDAW, N.24, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) (abgerufen 2.10.06); siehe sodann RIKKI HOLTMAAT, Building Blocks for a General Recommendation on Article 4 (1) of the CEDAW Convention, in: INEKE BOEREFIJN/FONS COOMANS et al. (Hrsg.), Temporary Special Measures, Antwerpen/Oxford/New York 2003, 230. Ähnlich der CEDAW-Ausschuss bereits 1988 in der General Recommendation No. 5, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom5> (abgerufen 2.10.2006).

78 GIORGIO MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. A., Basel 1997, 75.

79 FRANCES RADAY, Systematizing the application of different types of Temporary Special Measures under Article 4 of CEDAW, in: BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 39. Der Autor bejaht positive Massnahmen im Arbeitsleben vor allem im *öffentlichen* Sektor, während er im privaten Sektor Probleme mit der Wirtschaftsfreiheit sieht.

80 BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 232.

81 BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 233 oben unter Verweisung auf Official Records, A 55/40, vol. I, annex VI.B.

82 Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), vol. I, annex VI. A., in: BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 233 (auch Fn 5).

83 FRANCES RADAY, (FN 79), 39.

84 So bereits 1988 mittels der General Recommendation 5, siehe BOEREFIJN/COOMANS et al. (FN 77), "Committee's approach to Article 4 Paragraph 1 of the Convention", United Nations Doc. CEDAW/C/2001/II/5, Ziff. III./B, 235; und vor allem aufgrund der 4. Weltfrauenkonferenz in Beijing 1995, Committee's Approach, a.a.O., Ziff. III./A./11; BOEREFIJN/COOMANS et al. (FN 76), 235.

85 Botschaft CEDAW (FN 13), 2.

86 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Twenty-eight session 13-31 January 2003, Draft report, consideration of reports of States parties Switzerland (03-21671) unter: [http://www.humanrights.ch/cms/pdf/030325\\_](http://www.humanrights.ch/cms/pdf/030325_)

Er sah darin mit Grund eine mangelhafte Möglichkeit für Frauen, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen. Art. 4 (1) CEDAW ist eine Bestimmung, die sich durchaus eignet, von Frauen vor Gericht angerufen zu werden. Hat nämlich der Staat oder haben Exponenten des Staates eine zeitweilige Sondermassnahme ergriffen, darf dieser Massnahme im Prozess nicht entgegengehalten werden, sie sei diskriminierend, d.h. verstosse gegen das (formelle) Gleichheitsgebot. Das heisst, dass die CEDAW im Erwerbsleben positive Massnahmen im öffentlichen Arbeitsverhältnis direkt schützt und sie jedenfalls keiner Prüfung auf das Differenzierungsverbot der formellen Gleichstellung (Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV) unterstellt. In diesem Sinne begründet die Bestimmung Rechte für Frauen.

## 5. Einfluss von Art. 4 (1) CEDAW auf Art. 3 Abs. 3 GIG

Die Auslegung der CEDAW durch die UNO-Organe, vor allem durch den mit ihrer Umsetzung betrauten CEDAW-Ausschuss fliesst aufgrund des monistischen Prinzips direkt in das Rechtsverständnis ein, wie es in der Schweiz zu gelten hat. Das bedeutet, dass – selbst wenn Art. 4 (1) CEDAW nicht unmittelbar angerufen wird – Art. 3 Abs. 3 GIG nicht unabhängig, sondern zusammen mit Art. 4 (1) CEDAW zu verstehen ist. Die Rechtsauffassung, dass positive Massnahmen im öffentlichen Arbeitsverhältnis verpflichtend sind, dass sie zudem auch Quoten umfassen können und sollen und letztlich, dass rechtlich ihr Ausgleichscharakter den Ausschlag geben muss und ein allfälliger einschränkender Effekt (gegenüber Männern) für die rechtliche Bedeutung zurückfällt, muss jedenfalls dann gelten, wenn die Massnahme zugunsten von Frauen ergriffen wird. Eine völkerrechtskonforme, mit Art. 4 (1) CEDAW harmonisierende Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG bestätigt, dass Quoten von staatlichen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern grundsätzlich unter diese Bestimmung fallen.

## C. Konklusion

Das GIG ist in die Entwicklung des weltumspannenden Rechtsschutzes für Frauen eingebettet, wie er in der CEDAW prominent zum Ausdruck kommt. Das GIG ist daher nicht ohne Bezug auf die CEDAW zu verstehen.

Art. 3 Abs. 3 GIG ist sowohl auf öffentlich-rechtliche als auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar. Er hat den hauptsächlichsten Sinn, (generell-abstrakt) angeordnete positive Massnahmen zur Verbesserung der tatsächlichen Stellung des diskriminierten Geschlechts, in erster Linie von Frauen, zu ermöglichen, solange sie nicht unangemessen sind.

Die Ansicht, die Bestimmung ermögliche es nur privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, Quotenregelungen zu treffen, findet weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte des GIG eine Stütze. Sie widerspricht sodann einem Verständnis, das aus dem Sinnzusammenhang

schöpft. Bezieht man Art. 3 Abs. 3 GIG auf Art. 4 (1) CEDAW, lässt sich die Beschränkung auf Massnahmen (Quoten) durch Private vollends nicht halten. Art. 4 (1) CEDAW verpflichtet nämlich öffentlich-rechtliche Arbeitgebende, zeitweilige Sondermassnahmen zu treffen, und darunter fallen auch Quoten.

Art. 4 (1) CEDAW begründet für Frauen Rechte. Er kann von ihnen in gerichtlichen Prozessen direkt angerufen werden.

co\_draft\_cerd.pdf (abgerufen März 2003) Ziff. 20 und 21; siehe auch die deutsche Übersetzung des Auszugs des Berichts: <http://www.equality-office.ch/d2/dokumente/cedaw-ausschuss-d.pdf> (abgerufen 22.09.2006), Ziff. 20 und 21.

La contribution présente d'abord les relations chronologiques et idéelles entre la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après CEDAW) et le droit suisse relatif à l'égalité. Ensuite, elle aborde le terrain juridique proprement dit. Il résulte de cette entrée en matière que la loi sur l'égalité ne saurait être analysée indépendamment des efforts faits par les Nations Unies dans ce domaine. La Suisse ayant ratifié la CEDAW et celle-ci ayant la préséance, la LEg doit se conformer au droit des Nations Unies et s'adapter à ses développements. Concrètement, cela signifie que la LEg doit être interprétée conformément au droit international public, plus précisément en conformité avec la CEDAW.

Dans une deuxième partie, la contribution traite de la question des quotas. Les quotas sont considérés comme des mesures positives qui s'attachent, ouvertement ou non, aux différences entre groupes sociaux, par ex. aux différences selon le sexe. Les quotas ne se distinguent pas fondamentalement des autres mesures positives, mais ils permettent de contrôler facilement si les objectifs fixés ont été atteints ou pas. S'agissant des relations entre les sexes, les quotas font toutefois l'objet d'une controverse. La CEDAW prescrit des mesures positives aux Etats, notamment des mesures spéciales de nature temporaire. Si l'on interprète l'art. 3 al. 3 LEg – dans un premier temps, sans prendre en considération la CEDAW – il en résulte que les traitements préférentiels avec un effet quantitatif – parmi lesquels il faut compter les quotas – échappent à tout reproche quant à leur éventuelle contradiction avec l'interdiction de discrimination selon l'art. 8 al. 3, 1ère phr., Cst, et cela qu'ils soient décidés par des employeurs privés ou publics. Aucune base légale complémentaire ne saurait donc être exigée à cet effet. La CEDAW oblige les Etats – et ce, aussi en tant qu'employeurs – à prendre les mesures spéciales temporaires et, en cas de besoin, à recourir notamment à des quotas. L'art. 4 (1) CEDAW est directement applicable et il donne, dès lors, le droit aux femmes concernées de ne pas se voir opposer de telles objections dans le cadre d'un procès. L'obligation faite aux employeurs du secteur public de contribuer à la suppression de toute ségrégation verticale au travail est donc protégée en justice.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)