



Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse

Christina Hausammann
Josefin de Pietro

Bern, Juli 2015

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern
Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	V
Zusammenfassung	7
Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen	12
Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse	12
I. Aufbau der Teilstudie 2	12
II. Ausgangslage	13
1. Verbot der Geschlechterdiskriminierung – zentrales Anliegen der internationalen Gemeinschaft	13
2. Die Frage des Zugangs zum Recht für Frauen auf internationaler Ebene	14
3. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts in der Bundesverfassung	15
4. Überblick über die Antidiskriminierungsgesetzgebung im Bereich Geschlechterdiskriminierung	18
III. Verbot der Diskriminierung im Erwerbsleben auf internationaler Ebene und gemäss Bundesverfassung	19
1. Internationale Rechtsquellen zur Bekämpfung insbesondere von Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben ..	19
2. Nationales Recht	21
IV. Das Gleichstellungsgesetz: Bekämpfung der Diskriminierung im Erwerbsleben	21
1. Überblick über die materiellen Bestimmungen	21
2. Definition von Diskriminierung in Art. 3 GIG	22
3. Überblick über die Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz	24
4. Überblick über die Verfahrensrechte im Falle von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben	24
4.1. Klagebefugnis	25
4.2. Schlichtungsverfahren und vereinfachtes Gerichtsverfahren	25
4.3. Selbständiges Klage- und Beschwerderecht von Verbänden, Organisationen und Juristischen Personen	26
4.4. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz	27
4.5. Beweislastverteilung	27
4.6. Verfahrenskosten	28
4.7. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe	28
4.8. Frist zur Anhebung eines Verfahrens	29
4.9. Kündigungsschutz	29
4.10. Verfahrensdauer	30
4.11. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)	30
5. Erfahrungen mit dem Gleichstellungsgesetz: Stärken und Schwächen	31
5.1. Vorbemerkung	31
5.2. Zum Forschungsdesign der Evaluation 2003-2005	31
5.3. Allgemeines / Kennzahlen	32
5.4. Beurteilung der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Einzelnen	34
6. Zwischenfazit	41
6.1. Positive Wirkungen des Gleichstellungsgesetzes	41
6.2. Bestehende Probleme und Lücken	42
V. Schutz vor Diskriminierung wegen einer Schwangerschaft	43
1. Einleitung	43
2. Internationale Ebene	44

3.	Überblick über die Bestimmungen zum Schutze der Schwangerschaft in der Schweiz.....	45
3.1.	Arbeitsbedingungen während der Schwangerschaft und der Stillzeit	46
3.2.	Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin.....	46
3.3.	Mutterschaftsversicherung	46
3.4.	Arbeitsverbot	47
3.5.	Kündigungsschutz	47
3.6.	Diskriminierungsschutz	47
4.	Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft in der Gerichtspraxis.....	48
4.1.	Entscheide betreffend Kündigung während der Schwangerschaft.....	48
4.2.	Entscheide betreffend Kündigung nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub	49
4.3.	Entscheide betreffend Kündigung wegen Schwangerschaft während der Probezeit	50
5.	Zwischenfazit	51
VI.	Diskriminierung im Falle Häuslicher Gewalt.....	52
1.	Einleitung und Problemstellung.....	52
2.	Internationale Rechtsquellen zur Bekämpfung häuslicher Gewalt	54
2.1.	UNO	54
2.2.	Europarat.....	55
2.3.	Internationale Bemühungen zur Garantie des Zugangs zum Recht bei häuslicher Gewalt	56
3.	Materielles Recht auf nationaler Ebene	56
3.1.	Überblick	56
3.2.	Strafrecht.....	57
3.3.	Zivilrecht	58
3.4.	Schutzbestimmungen in der Schweizerischen Strafprozessordnung.....	59
3.5.	Ausländerrecht	60
3.6.	Opferhilfegesetz	61
4.	Zwischenfazit	62
VII.	Gesamtfazit und Problembereiche.....	64
	Literatur- und Materialienverzeichnis	67

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BBI	Bundesblatt
BehiK	Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109)
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
CEDAW	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, SR 0.108)
d.h.	das heisst
Dies./ders.	Dieselbe/derselbe
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKF	Eidgenössische Kommission für Frauenfragen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EOG	Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz; SR 834.1)
EU	Europäische Union
Fn	Fussnote
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
HRC	Human Rights Committee/Menschenrechtsausschuss
i.V.m.	in Verbindung mit
ILO	International Labor Organization

KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; SR 0.107)
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL)
lit.	Buchstabe
NGO	Nichtregierungsorganisation
No./Nr.	Nummer
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz; SR 312.5)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)
Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103)
RDK	Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungskonvention, SR 0.104)
Rz	Randziffer
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organisation/Organisation der Vereinten Nationen
v.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer/n
Zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

ZUSAMMENFASSUNG

AUFBAU UND INHALT DER TEILSTUDIE 2: GESCHLECHT – JURISTISCHE ANALYSE

Teilstudie 2 hat zum Ziel, die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Normen darzustellen und zu analysieren, die zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zurzeit in der Schweiz zur Verfügung stehen. Dabei werden einleitend die entsprechenden, von der Schweiz auf internationaler Ebene eingegangenen Verpflichtungen sowie deren Umsetzung im Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung dargestellt (Ziff. II). Im Zentrum der Ausführungen stehen danach der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben und insbesondere das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) von 1995 (Ziff. III). Ein weiterer Fokus wird in der Folge auf die Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft gelegt (Kapitel IV). Schliesslich werden in Kapitel V die rechtlichen Bestimmungen zum Schutze vor häuslicher Gewalt dargestellt und deren Bedeutung im Rahmen der Diskriminierungsthematik herauszuarbeiten versucht.

Die Studie schliesst mit einem Gesamtfazit (Kap. VI).

ÜBERSICHT DER RESULTATE UND PROBLEMBEREICHE

Die Schweiz hat 1999 ein den internationalen Vorgaben entsprechendes Diskriminierungsverbot in die Bundesverfassung aufgenommen. Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV)¹ verbietet u.a. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Als *lex specialis* zu Abs. 2 bekräftigt Art. 8 Abs. 3 BV den Grundsatz, dass Mann und Frau gleichberechtigt sind (Satz 1) und verpflichtet den Gesetzgeber, Massnahmen zur Verwirklichung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen (Satz 2). Satz 3 von Abs. 3 verankert einen direkt anwendbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, der nicht nur im öffentlichen sondern auch in privaten Arbeitsverhältnissen direkt eingeklagt werden kann. In der bundesgerichtlichen Praxis wird das Geschlechtergleichbehandlungsgebot als Egalisierungsgebot verstanden, das heisst, Frauen und Männer sind grundsätzlich gleich zu behandeln. Unterschiedliche Behandlung ist einzig aufgrund von Schwangerschaft und – mit Blick auf das Stillen – in engem Rahmen aufgrund der Mutterschaft geboten. Kritisiert wird von einem Teil der Lehre, dass diese symmetrische Auslegung des Geschlechterdiskriminierungsverbot zu wenig berücksichtigt, dass – analog dem Diskriminierungsverbot aufgrund der der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung in Art. 8 Abs. 2 BV – Abs. 3 eine asymmetrische Schutzwirkung des Diskriminierungsverbotes zugunsten der benachteiligten Gruppe der Frauen nahelegen würde. Bekannt ist, dass sich zumindest in den ersten Jahren nach Einführung der analogen Bestimmung in der alten Bundesverfassung 1981 vor allem Männer erfolgreich auf das Geschlechtergleichstellungsgebot berufen haben. Wie hoch grundsätzlich der Anteil von Klagen von Frauen im Vergleich zur Anzahl derjenigen von Männern in der Schweiz ist, wie also der Zugang zum Recht aus der Geschlechterperspektive zu beurteilen ist, wurde soweit ersichtlich bis heute noch nicht untersucht.

¹ Vom 18. April 1999 (SR 101).

Auf gesetzlicher Ebene konnten die zahlreich bestehenden direkten Diskriminierungen der Frau weitgehend behoben werden, was allerdings nicht bedeutet, dass nicht Frauen die hauptsächlichsten Opfer indirekter Diskriminierungen sind. Heute bestehen direkte gesetzlich verankerte Diskriminierungen v.a. noch für Männer (z.B. bezüglich der Militärdienstpflicht).

Der Gesetzgebungsauftrag von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 BV wurde 1995 mit der Schaffung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)² wahrgenommen. Das Gesetz verbietet direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw. aufgrund des Zivilstands, der familiären Situation oder aufgrund einer Schwangerschaft bei der Anstellung, der Aufgabenzuteilung, der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, der Entlohnung, bei Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Als Diskriminierung verboten wird sodann auch sexuelle Belästigung und jegliches anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, „das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt“.

Keinen Schutz gewährt das GIG gegen Geschlechterdiskriminierung ausserhalb der Arbeitswelt also z.B. beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen oder etwa bei sexueller Belästigung und sexistisch motivierten Persönlichkeitsverletzungen in der Öffentlichkeit oder auch im privaten Umfeld. Hier stehen allenfalls die diskriminierungsrelevanten allgemeinen Bestimmungen des Privatrechts sowie die einschlägigen Bestimmungen des Strafrechts zur Verfügung. Eine allgemeine Strafnorm zum Schutze gegen sexistisch motivierte Verunglimpfung, wie sie sich in Art. 261^{bis} StGB zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung findet, wurde im Zusammenhang mit Geschlechterdiskriminierung bis heute in der Schweiz nicht diskutiert.

Gleichstellungsgesetz

Das Gleichstellungsgesetz stellt bis heute das einzige umfassende in der Schweiz bestehende Regelwerk zum Schutz vor Diskriminierung dar, das unter Privaten unmittelbar Anwendung findet und spezielle Instrumente zum Schutz gegen staatliche und insbesondere private Diskriminierung zur Verfügung stellt, welche den Zugang zum Rechtsschutz erleichtern sollen. Vorgesehen sind im Wesentlichen ein niederschwelliges spezielles Schlichtungsverfahren, Kostenlosigkeit des Verfahrens, ein Verbandsklage bzw. –beschwerderecht, Beweislast erleichterung und Untersuchungsmaxime auch für das zivilrechtliche Verfahren.

Wie die umfassende Evaluation des GIG 2003-2005 gezeigt hat, hat sich das GIG grundsätzlich bewährt. Das Gesetz wurde von den Frauen genutzt und die Situation für die von Diskriminierung im Erwerbsleben betroffenen Frauen konnte verbessert werden. Im Einzelnen konnten insbesondere gegen Lohndiskriminierungen in typisch weiblichen Berufsfeldern des öffentlichen Sektor erfolgreich vorgegangen und eindeutige Verbesserungen erzielt werden. Gestützt auf den Lohngleichheitsartikel von Art. 4 Abs. 2 aBV, der 1981 in die Verfassung Eingang fand, waren nur gerade 15 Lohngleichheitsklagen erhoben wurden. Mit der Einführung des GIG 1995 erhöhte sich der Anteil bis ins Frühjahr 2004 deutlich auf 153 Gerichtsurteile aufgrund von Lohnklagen und 270 Gerichtsurteilen generell zum Gleichstellungsgesetz. Heute sind allein in der Sammlung der Fälle aus den deutschsprachigen Kantonen unter www.gleichstellungsgesetz rund 640 Fälle aufgeführt. Von einer Klageflut kann umgekehrt nicht gesprochen werden.

Das GIG bot Anlass für eine breite Auseinandersetzung in Lehre und Rechtsprechung. Es bewirkte, dass die Gleichstellung von Frau und Mann auf individueller Ebene ein Thema wurde und hat damit in gewissem Mass auch zu der sich vom Gesetz erhofften Mentalitätsänderung beigetra-

² Vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1).

gen. Kontraproduktive Wirkungen des Gesetzes, wie sie bei der Schaffung des GIG befürchtet wurden, sind keine festgestellt worden.

Aus der Evaluation 2003-2005 sowie den aktuellen Erhebungen ergeben sich folgende Probleme bei der Umsetzung des GIG:

- Das GIG umfasst zwar bis zu einem gewissen Grad Mehrfachdiskriminierung, indem es neben dem Geschlecht auch Diskriminierung aufgrund der familiären Situation und damit auch aufgrund des Alters verbietet. Noch nicht geäußert hat sich die Rechtsprechung und die Lehre dazu, wie weit z.B. auch Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund spezieller, nur für Frauen geltenden oder von Frauen in Anspruch genommenen Kleidervorschriften darstellen, unter das Gleichstellungsgesetz fallen oder wie intersektionelle Diskriminierung, wenn also das Zusammenfallen von mehreren Merkmalen (z.B. Geschlecht und Behinderung oder Geschlecht und ethnische Herkunft) eine diskriminierende Behandlung begründet und ein Merkmal für sich allein genommen für die Diskriminierung nicht entscheidend ist, im Rahmen des GIG zu behandeln sind.
- Problematisch ist der Umgang mit indirekten Diskriminierungen. Diese werden häufig weder von den Betroffenen und ihren Vertretern und Vertreterinnen noch von den Arbeitgebenden als solche erkannt. Das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung ist sodann mangels entsprechender Daten bzw. fehlender Lohntransparenz schwierig nachzuweisen.
- Die Evaluation kam zum Schluss, dass das GIG zu wenig Anwendung findet. Aufgrund der Evaluation 2003-2005 wurden in den letzten Jahren verschiedene Initiativen gestartet, um das GIG bekannt zu machen. Trotzdem hat sich die Zahl der Gerichtsverfahren nicht erhöht, sondern auf eher tiefem Niveau eingependelt.
- Die Ängste der Betroffenen, gegen Diskriminierung vorzugehen, stehen nach wie vor einer individuellen Klage entgegen, wobei das Haupthindernis für das Einreichen einer Gleichstellungsklage in der Angst vor Kündigung begründet liegt. Der in Art. 10 GIG vorgesehene Schutz vor Rachekündigungen hat sich sodann in der Praxis nicht bewährt, das heisst, es ist kein Fall bekannt geworden, in dem in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Arbeit von der Klagenden während der vorgesehenen Schutzfrist nach diskriminierender Kündigung wieder aufgenommen worden wäre. Der Kündigungsschutz, wie er im GIG festgelegt ist, wurde in der Evaluation 2003-2005 jedoch von fast drei Vierteln der Schlichtenden als an sich ausreichend eingestuft. Sie schätzten das Problem der Angst vor Arbeitsplatzverlust zwar gross ein, waren aber gleichzeitig der Meinung, dieses Problem lasse sich nicht auf der Ebene des Kündigungsschutzes im Gesetz lösen.
- Nicht bewährt hat sich die Regelung des Verbandsklage- bzw. Verbandsbeschwerderechts. Es wurde in den letzten Jahren kaum mehr genutzt. Kritisiert wird, dass das Klagerecht sich lediglich auf die Feststellungsklage beschränkt. Dies hat dazu geführt, dass das Instrument in den allermeisten Fällen lediglich strategisch zur Unterstützung von Einzelbeschwerden und nicht, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, genutzt wurde um Grundsatzfragen aufzuwerfen und eine generelle Verbesserung herbeizuführen.
- Das Problem, eine Diskriminierung nachzuweisen, bleibt einer der Hauptschwierigkeiten bei Klagen wegen Diskriminierung. Das Instrument der Beweislastleichterung wird allerdings als nützlich und hilfreich bewertet. Gefordert wurde bereits aufgrund der Evaluation 2003-2005 und auch in der Folge die Ausdehnung der Beweislastleichterung auch auf die Fälle von Anstellungsdiskriminierung und auf den Fall von sexueller Belästigung.

- Kritisch zu beurteilen ist die Sanktionenregelung des GIG: Bei Diskriminierungen in der Ablehnung einer Anstellung sieht das GIG maximal drei, bei Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses – analog zu Art. 336 ff. OR – sechs Monatslöhne vor. Damit nehmen Unternehmen nur geringe Risiken auf sich insbesondere, wenn sie diskriminierende Kündigungen gegenüber gering bezahlten Teilzeiterwerbstätigen oder schlecht verdienenden Arbeitnehmenden aussprechen. Eine generalpräventive Wirkung geht damit von den Sanktionen nicht aus und für die Betroffenen erscheint eine Klage angesichts der Gefahr, die Prozesskosten der Arbeitgeberseite übernehmen zu müssen, in vielen Fällen als wenig attraktiv.
- Um dem Zweck des GIG, Geschlechterdiskriminierungen im Arbeitsbereich nachhaltig zu bekämpfen, wurde im Evaluationsbericht 2005 sowie in der Folge auf politischer Ebene verschiedentlich gefordert, Gleichstellungsinstitutionen mit eigenen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen zu schaffen, um dem Gleichstellungsgesetz bzw. dem Lohngleichheitsanspruch effizienter Nachachtung zu verschaffen. Die Initiative, gegen Diskriminierungen vorzugehen, darf nicht allein den einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern überlassen werden. Der Bundesrat hat inzwischen entsprechende Abklärungen veranlasst und eine Vernehmlassungsvorlage in Aussicht gestellt, welche entsprechende Vorschläge zur Diskussion stellt.

Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft

Schwangere Frauen können sich während der Schwangerschaft und der Zeit des Mutterschaftsurlaubes aufgrund Art. 336 ff. OR³ erfolgreich gegen Kündigung wehren. Gegen diskriminierende Kündigung aufgrund der Schwangerschaft und der Mutterschaft bzw. der familiären Situation in der Probezeit und nach Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub besteht jedoch kein Schutz. Hier kann lediglich eine Entschädigung gefordert werden. Wie bereits erwähnt sind allerdings die im Fall einer diskriminierenden Kündigung vorgesehenen Sanktionen zu schwach, um einerseits bei den Arbeitgebenden eine abschreckende Wirkung zu entfalten und andererseits eine – in verschiedener Hinsicht mit Belastungen verbundene – Klageerhebung für die Betroffenen attraktiv erscheinen zu lassen. Wie weit effektiv gegen Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, der Entlohnung, der Aus- und Weiterbildung oder der Beförderung effektiv gestützt auf das GIG vorgegangen werden kann, konnte im Rahmen dieser Studie nicht ermittelt werden.

Die Schlichtungsbehörden melden eine zunehmende Zahl von Diskriminierungsfällen aufgrund der Schwangerschaft und es ist anzunehmen, dass die Dunkelziffer hoch sein dürfte. Ausgegangen werden muss davon, dass sich – mangels entsprechender Informationen – nur ein Teil der Betroffenen an die Schlichtungsbehörden wenden. Auch hier stehen in erster Linie Massnahmen zur Sensibilisierung der Beteiligten im Vordergrund.

Diskriminierung durch häusliche Gewalt

„Häusliche Gewalt“ stellt eine strukturelle Diskriminierung dar, womit Diskriminierungen gemeint sind, die aufgrund von Traditionen, Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen die Ansichten und Handlungen der Gesellschaft als Ganzes bestimmen. Zur Bekämpfung dieser Form von Diskriminierung hat die Schweiz in den letzten Jahren in verschiedenen Gesetzen Bestimmungen eingeführt, welche den Opfern die Gewährleistung des Schutzes vor häuslicher Gewalt gewährleisten

³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

sollen, insbesondere im Bereich der Strafverfolgung und im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB).⁴ Das Opferhilfegesetz⁵ trägt sodann mit den darin vorgesehenen Leistungen zur Unterstützung der Opfer von Straftaten bei der Durchsetzung ihrer Rechte bei. Die ehemals im Opferhilfegesetz vorgesehenen Rechte der Opfer finden sich heute in der schweizerischen Strafprozessordnung von 2007. Für ausländische Opfer von häuslicher Gewalt ist im Weiteren das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)⁶ relevant. Die besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Strafverfolgung aufgrund von Art. 55a StGB, wonach das Strafverfahren auf Antrag des Opfers provisorisch eingestellt werden kann, sind umfassend untersucht und Vorschläge zur Verhinderung der Straflosigkeit der Täterschaft ausgearbeitet worden. Da in der Rechtspraxis häusliche Gewalt nicht als Diskriminierungsform, sondern als Problem des Persönlichkeitsschutzes bzw. als – materielle – Verletzung des Grundrechts auf physische und psychische Integrität eingestuft bzw. behandelt wird, wird im Rahmen dieser Studie auf die Analyse der Wirksamkeit bzw. die Beurteilung allfällig bestehender Lücken im Opferschutz verzichtet. Gewisse Hinweise sind der Teilstudie 5 zu entnehmen.

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁵ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (SR 312.5).

⁶ Vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse

I. AUFBAU DER TEILSTUDIE 2

Teilstudie 2 ist Teil der Studie „Zugang zum Recht in Diskriminierungsfällen“ mit welcher geprüft werden soll, ob die in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsnormen in der Praxis einen effektiven und angemessenen Diskriminierungsschutz gewährleisten und wie der Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz geregelt ist. Sie behandelt die Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und geht der Frage nach, welche materiellen und verfahrensrechtlichen Rechtsgrundlagen in der Schweiz zur Verfügung stehen, um sich gegen Geschlechterdiskriminierung, insbesondere Diskriminierung durch Private, wehren zu können. Sie konzentriert sich im Wesentlichen auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im *Erwerbsleben*. Hier steht mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetzes, GIG)⁷ das bisher einzige in der Schweiz geltende umfassende Regelwerk zum Schutz vor Diskriminierung zur Verfügung, das für Private unmittelbar Anwendung findet. Die Beurteilung seiner Wirksamkeit ist deshalb für die Frage nach der Sicherung des Zugangs zum Rechtsschutz generell, also z.B. auch in den Bereichen LGBTI, Behinderung und Rassismus von besonderer Bedeutung.

Zur Beurteilung der Wirksamkeit und der Stärken und Schwächen des Gesetzes wird im Wesentlichen auf die erst wenige Jahre zurückliegende umfassende Evaluation des GIG zurückgegriffen. Ein besonderer Fokus legt die Teilstudie 2 darüber hinaus auf die Diskriminierung schwangerer Frauen und Mütter. Zu dieser Thematik wurde eine Gerichtsanalyse durchgeführt (siehe Teilstudie 8), deren Ergebnisse in die Teilstudie 2 eingeflossen sind. Schliesslich wird – auf besonderen Wunsch des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann – auf die prozeduralen Fragen im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt eingegangen und geprüft, wie weit sich diese strukturelle Diskriminierung im Rahmen der Diskriminierungsproblematik verorten lässt.

Teilstudie 2 folgt folgendem Aufbau: Kapitel II. stellt kurz das auf internationaler Ebene in den Menschenrechtsverträgen verankerte Geschlechterdiskriminierungsverbot sowie dessen Umsetzung in der schweizerischen Bundesverfassung dar. Auf die internationalen Vorgaben zum Verbot der Diskriminierung im Erwerbsleben konzentriert sich ebenfalls Kapitel III. Kapitel IV behandelt in materiell-rechtlicher sowie verfahrensrechtlicher Hinsicht das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetzes); Kapitel V die rechtlichen Instrumente zur Verhinderung von Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft und Kapitel VI Diskriminierung durch häusliche Gewalt. Kapitel VII. enthält im Sinne eines Gesamtfazits die wichtigsten Ergebnisse.

⁷ Vom 24.03.1995 (SR 151.1).

II. AUSGANGSLAGE

1. Verbot der Geschlechterdiskriminierung – zentrales Anliegen der internationalen Gemeinschaft

Die Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter zählt zu den wichtigsten Anliegen der internationalen Gemeinschaft. Alle für die Schweiz geltenden Menschenrechtsverträge auf Uno- und Europaratssebene verbieten jegliche Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verpflichten die Staaten, Massnahmen zu ergreifen, um die Gleichstellung von Frau und Mann sowohl im staatlichen als auch im gesellschaftlichen und privaten Bereich sicherzustellen. Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts finden sich insbesondere im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)⁸ und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II),⁹ im Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK, Art. 2),¹⁰ im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK, Art. 2),¹¹ im Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BehiK, Art. 5-7)¹² wie auch auf regionaler Ebene insbesondere in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, Art. 14),¹³ ihren Zusatzprotokollen und in weiteren Spezialabkommen.¹⁴ (Siehe zu den internationalen Diskriminierungsverboten Teilstudie 1, Kap. II.1).

Ein umfassendes, allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts bzw. ein Geschlechtergleichstellungsgebot postuliert das *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* (CEDAW-Übereinkommen).¹⁵ Es enthält in Art. 2 einen detaillierten Katalog von Verpflichtungen und konkretisiert das Diskriminierungsverbot für ausgewählte Bereiche (politische Partizipation, Bürgerrecht, Erwerb, Gesundheit, Bildung, Ehe, Familie etc.).¹⁶ Mit der Ratifizierung des Fakultativprotokolls¹⁷ von 1999 im Jahr 2008 durch die Schweiz besteht die Möglichkeit, einen letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheid zum Verbot der Diskriminierung der Frau dem CEDAW-Ausschuss zur Beurteilung vorzulegen.¹⁸

⁸ Vom 16.12.1966 (Pakt I; SR 0.103.1).

⁹ Vom 16.12.1966 (Pakt II; SR 0.103.2).

¹⁰ Vom 20.11.1989 (KRK, SR 0.107).

¹¹ Vom 21.12.1965 (RDK, SR 0.104).

¹² Vom 13.12.2006 (BehiK, SR. 0.109).

¹³ Vom 4.11.1950 (SR 0.101).

¹⁴ Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16.05.2005 (SR 0.311.543), Art. 3 sowie etwa Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.05.2011 (sog. Istanbul-Konvention, von der Schweiz am 11.09.2013 unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert).

¹⁵ Vom 18.12.1979 (CEDAW-Übereinkommen, SR 0.108). Männer können sich nicht auf das Abkommen berufen.

¹⁶ Zur Geltung des Übereinkommens in der Schweiz siehe statt vieler Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (Hrsg.), CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis (abrufbar unter: www.frauenkommission.ch > Dokumentation).

¹⁷ Fakultativprotokoll zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 6.10.1999 (SR 0.108.1).

¹⁸ Die Rechtsprechung des CEDAW-Ausschuss kann auf der Rechtsprechungsdatenbank des UNO-Hochkommissariates für Menschenrechte (<http://juris.ohchr.org/>) abgerufen werden. Siehe dazu auch Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (Hrsg.), CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis (abrufbar unter: www.frauenkommission.ch > Dokumentation). Bis Heute ist, soweit ersichtlich, noch kein Fall aus der Schweiz dem CEDAW-Ausschuss zur Beurteilung vorgelegt worden.

2. Die Frage des Zugangs zum Recht für Frauen auf internationaler Ebene

Die Menschenrechtsverträge beinhalten die Pflicht, effektive Massnahmen vorzusehen, um einzelnen Personen die Einforderung der in den Menschenrechtsverträgen postulierten Rechte und deren diskriminierungsfreien Genuss zu garantieren.¹⁹ Art. 2 CEDAW-Übereinkommen verpflichtet explizit, alle geeigneten gesetzgeberischen und sonstigen Massnahmen, gegebenenfalls auch Sanktionen zu ergreifen, um die Diskriminierung der Frau zu bekämpfen (Art. 2 lit. b) und “den gesetzlichen Schutz der Rechte der Frau auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit dem Mann zu gewährleisten und die Frau durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen öffentlichen Einrichtungen wirksam vor jeder diskriminierenden Handlung zu schützen“ (li. c).²⁰ Gemäss Art. 15 CEDAW-Übereinkommen ist die Frau dem Mann vor dem Gesetz gleichzustellen, insbesondere auch in zivilrechtlichen Fragen.

Sowohl für den CEDAW-Ausschuss als auch für den Europarat ist die Frage der Gewährleistung des Zugangs zum Recht für Frauen in den letzten Jahren ins Zentrum der Bemühungen zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann gerückt.²¹ So hat der CEDAW-Ausschuss 2010 in seinen Allgemeinen Empfehlungen Nr. 28 festgehalten, dass Frauen sowohl als Individuum als auch als Gruppe Zugang zu Informationen über ihre Rechte erhalten müssen und sie befähigt werden sollen, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen.²² Er ist sodann daran, spezifische Allgemeine Empfehlungen („General Recommendations“) zum Thema „Access to justice“ auszuarbeiten.²³

Auch der Europarat beschäftigt sich seit einiger Zeit mit den speziellen Problemen von Frauen beim Zugang zum Recht. Dabei hat er verschiedene Studien veranlasst, um insbesondere den Zugang von Frauen zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu untersuchen. Diese zeigen auf,²⁴ dass nur eine sehr geringe Zahl Beschwerden von Frauen eingereicht wurde und wird.²⁵ Als Gründe für die geringe Inanspruchnahme gerichtlicher Verfahren zur Einklagung der den Frauen zustehenden Rechte werden fehlendes Bewusstsein, mangelndes Vertrauen in die Gerichte, fehlende Ressourcen, das heisst mangelnder Zugang zu Rechtshilfe und Rechtsvertretung, sowie kulturelle, soziale und ökonomische Barrieren identifiziert. Insbesondere in Fällen von Gewalt gegen Frauen bzw. in Situationen erhöhter Verletzlichkeit seien damit Frauen den

¹⁹ Siehe dazu im Einzelnen Teilstudie 1, Kap. II.1.

²⁰ Siehe dazu die Dokumente auf der Website des UNHCHR unter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Accessstojustice.aspx> (besucht am 2.03.2015). Siehe sodann auch die Bemühungen von UN-Women, welche ein zehnpunkte-Programm entworfen hat, um den Zugang der Frauen zur Justiz zu erleichtern (<http://progress.unwomen.org/ten-recommendations-to-make-justice-systems-work-for-women/zuletzt>; besucht am 2.03.2015).

²¹ Siehe Council of Europe Gender Equality Strategy 2014-2017, Gender Equality Commission, Gender Equality Strategy 2014; Konferenzdokument des 1183 Meetings in Paris vom 6. November 2013, CM(2013)136final.

²² CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010), Ziff. 27.

²³ Der CEDAW-Ausschuss hat am 18. Februar 2013 eine „General Discussion on „access to justice““ durchgeführt (siehe dazu die Dokumente auf der Website des CEDAW-Ausschusses unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/accesstojustice.htm>) und er ist daran, einen General Comment zum Thema „Access to justice“ zu erarbeiten.

²⁴ Siehe GENDER EQUALITY COMMISSION (GEC), Feasibility Study, Equal Access of Women to Justice, Strasbourg, 28.05.2013.

²⁵ Siehe die Dokumente und Studien auf der Website des Europarates unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/index_en.asp. Ein Überblick über die Rechtsprechung in Bezug auf Beschwerden von Frauen findet sich unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/ECHR_cases_en.asp. Siehe auch Factsheet on Guaranteeing Equal Access of Women to Justice, unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/Factsheet%20A2J%20Jan%202015%20English.pdf (alle angegebenen Links zuletzt besucht am 2.03.2015).

verschiedenen Formen von Diskriminierung ausgeliefert. Die Hindernisse führen dazu, dass nur wenige Frauen den ganzen innerstaatlichen Instanzenzug durchlaufen, um schliesslich eine Beschwerde in Strassburg einreichen zu können.

Im Zusammenhang mit der „Access to justice“-Problematik wird vor allem auch auf die negativen Auswirkungen bestehender *Geschlechterstereotypen* hingewiesen.²⁶ Diese führten u.a. zu unreflektierter Voreingenommenheit der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden insbesondere gegenüber spezifischen Gruppen von Frauen wie z.B. Angehörige von Minderheiten, Frauen mit Behinderungen oder Frauen vom Lande, ältere Frauen, lesbische, bisexuelle oder Transfrauen, Migrantinnen oder gehandelte Frauen.²⁷ Im Falle von geschlechtsspezifischer Gewalt kommen Angst, Scham und kulturelle und/oder religiöse Hindernisse hinzu.²⁸

Eine explizite Bestimmung, welche die Staaten zur Bekämpfung von Vorurteilen und Stereotypen verpflichtet, findet sich in Art. 5 CEDAW.²⁹ Danach haben die Vertragsstaaten für einen Wandel bestehender stereotyper Rollenverteilungsmodelle zu sorgen (lit. a) und die gemeinsame Verantwortung von Frau und Mann für die Erziehung und die Entwicklung der Kinder zu fördern.³⁰ Gemäss Art. 2 Bst. f haben sie „alle geeigneten Massnahmen einschliesslich gesetzgeberischer Massnahmen zur Änderung oder Aufhebung aller ‚Gepflogenheiten und Praktiken‘ zu treffen, die eine Diskriminierung der Frau darstellen“.³¹

In den fünf zentralen Zielen der Gender Equality Strategie 2014-2017 des Europarates findet sich die Bekämpfung von Genderstereotypen und Sexismus wie auch die Garantie des gleichen Zugangs für Frauen zur Justiz neben der Bekämpfung der Gewalt gegen Frauen und der ausgewogenen Partizipation von Frauen und Männern in politischen und weiteren allgemeinen Entscheidungsprozessen sowie der Verankerung von Gender Mainstreaming-Strategien.³² Zur Umsetzung des Strategieziels „Access to Justice“ ist geplant, die nationalen und internationalen Rahmenbedingungen zu analysieren um Daten über bestehende Hindernisse beim Zugang zu nationalen Gerichten und zur internationalen Justiz zu gewinnen, bestehende Rechtsbehelfe und „good practice“-Beispiele zur Erleichterung des Zugangs zur Justiz für Frauen, einschliesslich aussergerichtliche und quasigerichtliche Schutzmechanismen (z.B. Ombudsstellen und andere Menschenrechtsinstitutionen) zu sammeln und zu prüfen und darauf basierend Empfehlungen zur Verbesserung der Situation auszuarbeiten.³³

3. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts in der Bundesverfassung

In der Bundesverfassung (BV) verbietet Art. 8 Abs. 2 Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Art. 8 Abs. 3 postuliert die Gleichbehandlung von Mann und Frau. Abs. 3 Satz 1 bekräftigt, dass Mann und Frau gleichberechtigt sind, das heisst, dieselben Rechte haben. Satz 2 verpflichtet die Behörden, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Frau namentlich

²⁶ Siehe CUSACK.

²⁷ Factsheet on Guaranteeing Equal Access of Women to Justice, S. 1.

²⁸ Siehe dazu das Hearing "Access to Justice for Women Victims of Violence" der Gender Equality Commission (GEC) des Europarates in Paris vom 9. Dezember 2013 (www.coe.int/equality-Paris2013).

²⁹ Siehe im Weiteren auch Art. 8 BehiK und Art. 7 RDK. Siehe dazu OHCHR, S. 20 ff.

³⁰ Siehe dazu auch Art. 18 Abs. 3 KRK.

³¹ Siehe auch Art. 10c CEDAW-Übereinkommen, der die Beseitigung von stereotypen Auffassungen in Bezug auf die Rolle von Mann und Frau auf allen Bildungsebenen und in allen Unterrichtsformen fordert.

³² Council of Europe, Gender Equality Strategy 2014-2017, S. 11 ff.

³³ Ibid., S. 12.

in den Bereichen Familie, Ausbildung und Beruf zu sorgen³⁴ und Satz 3 gewährt einen direkt anwendbaren und einklagbaren Anspruch für Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.³⁵

Ausgangspunkt der jetzigen Regelung war Art. 4 Abs. 2 der alten Bundesverfassung von 1874, der am 14. Juni 1981 als bundesrätlicher Gegenvorschlag zur Initiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ von Volk und Ständen angenommen³⁶ und 1999 praktisch gleichlautend in Art. 8 Abs. 3 der aktuellen BV übernommen wurde.³⁷ Präzisiert wurde in Art. 8 Abs. 3 BV allerdings, dass per Gesetz für die „rechtliche und *tatsächliche*“ Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen ist.

Die Bestimmung hat bewirkt, dass die im Zeitpunkt der Schaffung von Art. 4 Abs. 2 aBV bestehenden zahllosen gesetzlich festgelegten direkten Diskriminierungen der Frau, wie sie im Bericht über das Rechtsetzungsprogramm „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ von 1986³⁸ eindrücklich aufgelistet sind, unterdessen behoben werden konnten. Mit der Verabschiedung des neuen Namensrechts 2011³⁹ wurde die letzte einschneidende gesetzlich festgelegte Ungleichbehandlung beseitigt. Indirekte Diskriminierungen von Frauen können allerdings weiterhin vorkommen. Heute bestehen *direkte* gesetzlich verankerte Diskriminierungen v.a. noch für Männer. So gilt etwa die Pflicht, Militärdienst zu leisten gemäss Art. 59 BV lediglich für sie,⁴⁰ das AHVG⁴¹ verankert unterschiedliche Ansprüche für Mann und Frau bezüglich Rentenalter und Witwenrente⁴² und das Bundesgesetz über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft⁴³ kennt nur für Mütter und nicht auch für Väter einen Elternurlaub.⁴⁴

Wie BIGLER-EGGENBERGER aufgezeigt hat, hatte die Praxis des Bundesgerichts vorerst dazu geführt, dass sich vor allem Männer erfolgreich auf Art. 8 Abs. 3 BV berufen haben und ihre Stellung verbessern konnten; die Stellung der Frau habe sich dagegen verschlechtert oder kaum verändert.⁴⁵ Die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV ist denn auch nicht unwidersprochen geblieben. Gemäss seiner Rechtsprechung und auch von der Mehrheit der Lehre wird die Bestimmung als *Egalisierungsgebot* verstanden, das heisst, Frauen und Männer sind grundsätzlich gleich zu behandeln. Gemäss wiederkehrender Formel des Bundesgerichts rechtfertigen lediglich biologische und funktionale Gründe ein Abweichen vom Gleichbehandlungsge-

³⁴ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV, S. 245 ff.

³⁵ Siehe etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 740; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV, S. 245 und S.248 ff.

³⁶ Siehe die Botschaft über die Volksinitiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ vom 14. November 1979 in BBI 1980 I 69.

³⁷ Art. 4 Abs. 2 aBV lautete: "Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit." Siehe zur Entstehungsgeschichte BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV, S. 243.

³⁸ BBI 1986 I 114 ff.

³⁹ Art. 160 ZGB in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 30.09.2011 (Name und Bürgerrecht), in Kraft seit 1.01.2013 (BBI 2009 7573).

⁴⁰ Die Mehrheit der Lehrmeinungen sieht darin eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Siehe dazu die Darstellung in BONDOLFI.

⁴¹ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20.12.1946 (SR 831.10).

⁴² AHVG Art. 3 (Länge der Beitragspflicht) und Art. 24 (Witwenrente).

⁴³ Vom 25. September 1952 (Erwerbssersatzgesetz, EOG; SR 834.1), Art. 16b ff.

⁴⁴ Siehe Urteil 9C_810/2013 des Bundesgerichts vom 15.09.2014 und SKMR-Newsletter vom 13.11.2014, Vaterschaftsurlaub: Schlechterstellung von Vätern ist zulässig. Das Bundesgericht bestätigte, dass nur die ersten 8 Wochen des Mutterschaftsurlaubs zwingend aufgrund der biologischen Unterschiede (Geburt) der Mutter vorbehalten sein müssen.

⁴⁵ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV, S. 212, Rz. 101 mit Hinweisen auf entsprechende Bundesgerichtsentscheide und weitere Lehrmeinungen.

bot.⁴⁶ Unterschiedliche Behandlung ist einzig aufgrund von Schwangerschaft und – mit Blick auf das Stillen – in engem Rahmen aufgrund der Mutterschaft geboten. Dieses rein formale Gleichheitsverständnis werde den tatsächlichen Lebensumständen von Frau und Mann nicht gerecht und könne damit nur bedingt zur effektiven Gleichstellung von Frau und Mann beitragen. Nicht auseinandergesetzt hat sich die Rechtsprechung mit der Frage, wieweit das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV die Auslegung von Abs. 3 beeinflusst, ob also das Geschlechterdiskriminierungsverbot in Abs. 2 ein asymmetrisches Diskriminierungsverbot auch in Bezug auf die Diskriminierung von Frau und Mann nahelegen würde. In Anlehnung an die Terminologie zur Diskriminierung hat das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden die asymmetrische Schutzwirkung des Diskriminierungsverbotes von Abs. 2 zugunsten benachteiligter Gruppen hervorgehoben⁴⁷ und dargelegt, dass eine Diskriminierung dann vorliegt, „wenn eine Person rechtungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (...), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde (...).“⁴⁸ Das Bundesgericht hat sich bis heute allerdings nicht zur Anwendung dieser Diskriminierungssicht auf die Diskriminierung von Frau und Mann geäußert, sondern hält am Egalisierungsgebot und damit an einem *symmetrischen* Diskriminierungskonzept fest. Auch in der Lehre wird mehrheitlich die Meinung vertreten, dass Art. 8 Abs. 2 für die Geschlechterdiskriminierung keine selbstständige Bedeutung hat und durch Abs. 3 als Spezialregelung abgelöst werde.⁴⁹ Einzelne Autorinnen und Autoren weisen dagegen auf hin, dass historisch gesehen mit der Einfügung von Abs. 3 allein der Schutz der Frau vor Diskriminierung und rechtsgleicher Behandlung bezweckt wurde und sprechen sich für ein asymmetrisches Verbot der Diskriminierung von Frau und Mann aus.⁵⁰

Erst Ende der neunziger Jahre hat das Bundesgericht die materiellen Auswirkungen der betroffenen Regelungen in der sozialen Wirklichkeit in seine Entscheide miteinbezogen und begonnen, auch *indirekte* Diskriminierungsformen zu berücksichtigen.⁵¹ Gemäss der erstmals 1998 vom Bundesgericht verwendeten Formel liegt dann eine indirekte Diskriminierung vor, „wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre.“^{52/53}

⁴⁶ Die regelmässig verwendete Formulierung des Bundesgerichts lautet: „Die Gleichstellung der Geschlechter in dieser Verfassungsbestimmung besagt, dass Mann und Frau ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhältnisse und Vorstellungen grundsätzlich in allen Bereichen gleich zu behandeln sind. Die Verfassung schliesst die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus. Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen.“ Was es unter funktionalen Unterschieden versteht hat das Bundesgericht allerdings nie näher erläutert. Traditionelle Rollenmuster der Geschlechter dürfen damit jedenfalls nicht gemeint sein (BGE 123 I 56 E. 3a).

⁴⁷ CEDAW, Staatenbericht Schweiz 2008, S. 26 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁸ BGE 129 I 217 E. 2.1 oder 129 I 232 E. 3.4.1 mit weiteren Hinweisen. Siehe dazu auch Teilstudie 1, Kap. II.2.2.1.

⁴⁹ Siehe etwa SCHWEIZER, Art. 8 BV, S. 229, Rz. 69; KIENER/KÄLIN, S. 444; WALDMANN, S. 535 f.

⁵⁰ Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, S. 242, Müller/Schefer, S. 491.

⁵¹ CEDAW, Staatenbericht Schweiz 2008, S. 24. Siehe auch BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Rz. 105.

⁵² BGE 124 II 409 E. 7; 126 II 377 E. 5d. Wie das Urteil in BGE 135 III 66 im sogenannten Mankofall zeigt, prüft das Bundesgericht das Vorliegen von indirekten Diskriminierungen nicht konsequent. Siehe dazu SKMR, Regelung des Unterhalts, S. 4 und S. 12.

⁵³ Zum schwierigen Nachweis des Vorliegens einer indirekten Diskriminierung siehe UEBERSCHLAGI, indirekte Geschlechterdiskriminierung.

Keine Untersuchungen gibt es soweit ersichtlich in der Schweiz darüber, wie hoch grundsätzlich der Anteil von Klagen von Frauen im Vergleich zu denjenigen von Männern in der Schweiz ist, wie also der Zugang zum Recht aus der Geschlechterperspektive zu beurteilen ist.⁵⁴

4. Überblick über die Antidiskriminierungsgesetzgebung im Bereich Geschlechterdiskriminierung

Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 (Pflicht, gesetzliche Massnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann namentlich in den Bereichen Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen) wurden zahllose Massnahmen ergriffen. Mit Blick auf die Diskriminierung im Erwerbsleben sind z.B. die Bemühungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf oder die Bemühungen zur Beseitigung negativer Auswirkungen der Erwerbstätigkeit der Frau auf die Steuerlast zu erwähnen.⁵⁵

Der Gesetzgebungsauftrag von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 BV wurde sodann mit der Schaffung des *Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann* (GIG), welches 1996 in Kraft trat, wahrgenommen. Ziel des Gesetzes ist, es Frauen und Männern zu erleichtern, sich gegen Diskriminierung im Erwerbsleben zur Wehr zu setzen und das verfassungsrechtlich verankerte Lohndiskriminierungsverbot unter Privaten effektiv geltend machen zu können.

Keinen Schutz gewährt das GIG gegen Geschlechterdiskriminierung *ausserhalb der Arbeitswelt* also z.B. beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen oder etwa bei sexueller Belästigung und sexistisch motivierten Persönlichkeitsverletzungen in der Öffentlichkeit oder auch im privaten Umfeld. Hier stehen allenfalls diskriminierungsrelevante allgemeine Bestimmungen des Privatrechts, v.a. der Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB, allgemeine Rechtsgrundsätze und Generalklauseln wie namentlich das Gebot von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsgebot (Art. 2 ZGB), das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR) sowie der Kündigungsschutz im Mietrecht (Art. 271 OR) zur Verfügung.⁵⁶ Ehrverletzende, sexistische Äusserungen können sodann aufgrund der im Strafgesetzbuch festgehaltenen Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB⁵⁷) geahndet werden. Bei strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität sind zudem die entsprechenden Bestimmungen gemäss Art. 187 ff. StGB relevant; sexuelle Belästigung in der Öffentlichkeit kann aufgrund von Art. 198 StGB (Übertretungen gegen die sexuelle Integrität) geahndet werden. Eine allgemeine Strafnorm zum Schutze gegen sexistisch motivierte Verunglimpfung, wie sie sich in Art. 261bis StGB zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung findet, wurde im Zusammenhang mit Geschlechterdiskriminierung bis heute in der Schweiz nicht diskutiert.⁵⁸

⁵⁴ Siehe allerdings KÄGI-DIENER, Frauen in rechtlichen Verfahren.

⁵⁵ Siehe im Einzelnen SKMR, Geschlechtsspezifische Diskriminierung, Kap. II. 4, sowie aktuell die Beurteilung der seit 1999 getroffenen Massnahmen in: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann/SEKTION FÜR CHANCENGLEICHHEIT UND GLOBALE GENDER- UND FRAUENFRAGEN, Aktionsplan der Schweiz - Bilanz 1999-2014.

⁵⁶ Siehe im Einzelnen Teilstudie 1, Kap. II.4.

⁵⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

⁵⁸ Siehe zu Art. 261^{bis} StGB Teilstudie 6, Kap. II.1. Zu den laufenden Bemühungen, die Strafbestimmung auf die Homophie auszuweiten, siehe Teilstudie 3, Kap. V.4.

III. VERBOT DER DISKRIMINIERUNG IM ERWERBSLEBEN AUF INTERNATIONALER EBENE UND GEMÄSS BUNDESVERFASSUNG

1. Internationale Rechtsquellen zur Bekämpfung insbesondere von Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben

Die Verpflichtung, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben zu bekämpfen, findet sich in folgenden von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen:

1.2.1. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (Pakt I)

Art. 3 verpflichtet die Staaten, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller im Sozialpakt festgelegten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sicherzustellen. In Verbindung mit Art. 6 bzw. 7 Sozialpakt haben die Vertragsstaaten damit das Recht auf Arbeit, welches „das Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen“ sowie das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen ohne Diskriminierung umfasst, auch für Frauen zu sichern. Art. 7 lit. a (i) fordert explizit, dass Frauen keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als Männer haben und dass sie für gleiche Arbeit gleiches Entgelt erhalten sollen.

1.2.2. Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (CEDAW-Übereinkommen)

Das CEDAW-Übereinkommen verpflichtet die Staaten zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau speziell im Berufsleben in Art. 11. Im Einzelnen wird das Recht auf *dieselben Arbeitsmöglichkeiten (lit. b)*, das Recht auf *freie Berufswahl und beruflichen Aufstieg, das Recht auf Berufsaus- und Fortbildung (lit. c)*, auf *gleiches Entgelt bei gleichwertiger Arbeit (lit. d)* und das Recht auf *soziale Sicherheit*, das heisst, gleiche Leistungen beim Eintritt in den Ruhestand, bei Arbeitslosigkeit oder bei sonstiger Arbeitsunfähigkeit sowie das Recht auf bezahlten Urlaub (lit. e)⁵⁹ festgeschrieben. Art. 11 Abs. 3 fordert die Staaten auf, die Gesetze zum Schutz der Frau im Erwerbsleben in regelmässigen Abständen anhand der wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse zu überprüfen und erforderlichenfalls zu ändern, aufzuheben oder zu erweitern.⁶⁰

Art. 11 Abs. 2 CEDAW-Übereinkommen verbietet Diskriminierung wegen Eheschliessung und Mutterschaft. Gefordert wird ein *Kündigungsschutz während der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs* (lit. 1) und die *Einführung eines bezahlten Mutterschaftsurlaubs* (siehe dazu nachstehend Kap. V. 3.3).

Art. 11 Abs. 2 lit. c CEDAW-Übereinkommen verlangt darüber hinaus auch allgemeine Massnahmen von den Staaten um den Arbeitnehmenden die Vereinbarung von Familienpflichten mit den beruflichen Aufgaben zu erleichtern und die Erwerbstätigkeit der Frauen unter Umständen überhaupt erst zu ermöglichen. Gefordert wird namentlich die *Förderung von Kinderbetreuungs-*

⁵⁹ Siehe im Einzelnen RADAY, S. 279 ff.

⁶⁰ Neben diesen explizit auf den Erwerbsprozess gerichteten Bestimmungen sind zudem Art. 10 CEDAW zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau beim Zugang zu Bildung sowie Art. 13 lit. b, Recht auf Darlehen etc. für die Ermöglichung der selbständigen Erwerbstätigkeit der Frau. Ebenfalls zu beachten in diesem Zusammenhang ist Art. 14 über die Rechte von Frauen auf dem Lande.

möglichkeiten. Art. 11 in Verbindung mit Art. 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Zugang zur Justiz zu gewährleisten, das heisst, den Frauen zu ermöglichen, ihre Rechte im Erwerbsleben einzufordern.

Der CEDAW-Ausschuss hat bis heute noch keinen General Comment zum Recht auf Arbeit in Art. 11 erarbeitet. Er hat die Bedeutung der Erwerbstätigkeit für die Gleichstellung der Frau jedoch in verschiedenen Allgemeinen Empfehlungen unterstrichen und die Verpflichtungen der Vertragsstaaten bei der Umsetzung von Art. 11 CEDAW präzisiert.⁶¹ In einer der neueren Allgemeinen Empfehlung hat er sich mit der Auslegung der *Kernverpflichtung der Staaten gemäss Art. 2* des Übereinkommens beschäftigt und dabei insbesondere auch auf die Verpflichtung der Vertragsstaaten hingewiesen, die Diskriminierung von Frauen durch Private in Bezug auf Arbeit, Arbeitsbedingungen oder Bildung zu verhindern.⁶² Zurzeit ist der Ausschuss sodann daran, einen General Comment zum Thema „Access to justice“ zu erarbeiten.⁶³

1.2.3. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)

Mit der Ratifizierung des Übereinkommens der ILO Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit⁶⁴ sowie des Übereinkommens Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf⁶⁵ hat sich die Schweiz im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation zur Nichtdiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt verpflichtet. 2014 hat die Schweiz das Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16. Juni 2011 ratifiziert.⁶⁶ Dieses hat zum Ziel, auch den Hausangestellten – in der Mehrheit Frauen – ohne Diskriminierung die für Arbeitnehmende geltenden grundlegende Prinzipien und Rechte zu gewährleisten.⁶⁷ Ebenfalls 2014 hat sie im Weiteren das Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz vom 15. Juni 2000 ratifiziert⁶⁸ (siehe dazu nachstehend Kap. V. 2). Nicht anerkannt hat die Schweiz das Übereinkommen Nr. 156 vom 23. Juni 1981 über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer mit Familienpflichten sowie etwa das Übereinkommen Nr. 176 über die Teilzeitarbeit vom 25. Juni 1994.

⁶¹ Siehe etwa CEDAW, General Recommendation No. 13: Equal remuneration for work of equal value, CEDAW A/44/38, 7.03.1989; General Recommendation No. 16: Unpaid women workers in rural and urban family enterprises, CEDAW A/46/38, 2.01.1991; General Recommendation No. 17: measurement and quantification of the unremunerated domestic activities of women and their recognition in the GNP, A/46/38, 3.01.1991; General Recommendation No. 26: on women migrant workers, CEDAW/ C/2009/WP.1/R, 5.12.2008; General Recommendation No. 27: on older women and the protection of their human rights, CEDAW/C/2010/47/GC.1, 19.10.2010, Ziff. 20.

⁶² CEDAW, General Recommendation No. 28: on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16. Dez. 2010, Ziff. 13.

⁶³ Der CEDAW-Ausschuss hat am 18.02.2013 eine „General Discussion on ‚access to justice“ durchgeführt. Siehe auf der Website des CEDAW-Ausschusses unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/accesstojustice.htm>.

⁶⁴ Ratifiziert von der Schweiz am 25.10.1972 (SR 0.822.720.0).

⁶⁵ Ratifiziert von der Schweiz am 17.07.1971 (SR 0.822.721.1).

⁶⁶ Ratifiziert von der Schweiz am 12.11.2014; die Konvention wird am 12.11.2015 für die Schweiz in Kraft treten.

⁶⁷ Botschaft des Bundesrates vom 28.08.2013, BBl 2013 6927. Siehe dazu: Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte - Der Bundesrat empfiehlt, das ILO-Abkommen Nr. 189 zu ratifizieren, SKMR-Newsletter vom 11.12.2013.

⁶⁸ Ratifiziert von der Schweiz am 4.06.2014; die Konvention wird am 14.06.2015 für die Schweiz in Kraft treten.

1.2.4. Europäische Ebene

Auf europäischer Ebene gibt es zurzeit keine für die Schweiz verbindlichen Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung im Erwerbsleben. Das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK⁶⁹ ist in seiner Wirkung auf die in der EMRK garantierten bürgerlichen Rechte beschränkt (sog. akzessorisches Diskriminierungsverbot); das Zusatzprotokoll Nr. 12, welches ein selbstständiges Diskriminierungsverbot postuliert, hat die Schweiz nicht anerkannt. Ebenfalls nicht ratifiziert hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta bzw. die nun massgebliche revidierte Sozialcharta vom 3. Mai 1996.⁷⁰ Diese enthält das Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt (Art. 4), den Schutz von Arbeitnehmerinnen bei Schwangerschaft, Mutterschaft und während des Stillens (Art. 8), das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung im Bereich Arbeit und Beschäftigung ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 20), das Recht auf Würde am Arbeitsplatz, worunter der Schutz vor sexueller Belästigung und feindseliger und beleidigender Handlungen fällt (Art. 26) sowie das Recht der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat, soweit ersichtlich, allerdings in einem Fall, wo es um eine geschlechtsspezifische Diskriminierung einer Arbeitnehmerin ging, Spanien gestützt auf Art. 6 (Verfahrensrechte) in Verbindung mit Art. 14 (Diskriminierungsverbot) wegen fehlender Wiedergutmachung verurteilt.⁷¹

2. Nationales Recht

Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Bundesverfassung (BV)⁷² verbietet Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verlangt in Abs. 3 explizit die rechtliche Gleichstellung von Frau und Mann, indem in Satz 1 festgehalten wird, dass Mann und Frau gleichberechtigt sind. Satz 2 verpflichtet die Behörden darüber hinaus, auch für die tatsächliche Gleichstellung der Frau zu sorgen und zwar „namentlich“ in den Bereichen Familie, Ausbildung und Beruf. Satz 3 gewährt einen direkt anwendbaren und einklagbaren Anspruch für Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Dieser Anspruch gilt sowohl gegenüber dem Staat als auch im Verhältnis unter Privaten.⁷³

IV. DAS GLEICHSTELLUNGSGESETZ: BEKÄMPFUNG DER DISKRIMINIERUNG IM ERWERBSLEBEN

1. Überblick über die materiellen Bestimmungen

Im Zusammenhang mit der schliesslich abgelehnten Abstimmung über den Beitritt der Schweiz zum EWR wurde 1995 in Anlehnung an das damals geltende EU-Gleichstellungsrecht das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau geschaffen.⁷⁴ Das Gleichstellungsgesetz

⁶⁹ Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches ein allgemeines Diskriminierungsverbot vorsieht, wurde von der Schweiz nicht ratifiziert.

⁷⁰ Die Schweiz hat die Sozialcharta von 1961 mit Datum vom 6.05.1976 unterzeichnet, nicht aber die heute massgebliche revidierte Sozialcharta vom 3. Mai 1996. Siehe dazu auch Bundesrat, Zehnter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 27.02.2013, S. 2145.

⁷¹ EGMR, Garcia Matteos v. Spain, Application No. 38285/09 (2013).

⁷² Siehe dazu ausführlich Teilstudie 1, Kap. II.2.

⁷³ MÜLLER/SHEFER, S. 740; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, S. 249.

⁷⁴ Zur Entstehungsgeschichte siehe KAUFMANN, Entstehung, S. 7 ff., insb. S. 17 f.; HAUSAMMANN, S. 13-14.

bezweckt im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Bereich des Erwerbslebens (Art. 1 GIG), ist also beschränkt auf Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsverhältnis. Der Schutz des GIG gilt gleichermaßen in privatrechtlichen wie auch in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen.

Mit der Schaffung des GIG hat die Schweiz zum ersten und bis heute einzigen Mal ein spezielles Regelwerk zum Schutz vor Diskriminierung geschaffen, das für Private unmittelbar Anwendung findet.⁷⁵ Neben individuellen Ansprüchen enthält das Gesetz auch gleichstellungspolitische Instrumente. So verankert es die Kompetenz des Bundes, Massnahmen zur Bekämpfung struktureller Gleichstellungsbarrieren zu ergreifen, indem er Finanzhilfen zur Unterstützung von Förderprogrammen und Beratungsstellen ausrichten kann mit dem Ziel, objektive Nachteile, die Frauen noch immer erleben (Rollenerwartungen, Aufgabenteilung in der Familie, etc. auszugleichen (Art. 14 f. GIG).⁷⁶ Das GIG beinhaltet darüber hinaus die gesetzliche Grundlage für das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 16 GIG).⁷⁷

2. Definition von Diskriminierung in Art. 3 GIG

Art. 3 GIG verbietet sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Verboten ist neben der Berufung auf das Geschlecht Diskriminierung aufgrund des Zivilstands. Ob jemand ledig, verheiratet oder in einer Partnerschaft lebend, getrennt oder geschieden oder verwitwet ist, darf keine Rolle spielen. Im Weiteren darf auch die familiäre Situation, das heisst insbesondere die Tatsache, dass eine Person Kinder oder weitere Personen zu betreuen hat, nicht zur Begründung einer unterschiedlichen Behandlung herangezogen werden. Schliesslich verbietet das GIG Diskriminierung wegen einer Schwangerschaft und wegen des Stillens.

Das GIG umfasst damit bis zu einem gewissen Grad *Mehrfachdiskriminierung*, indem es neben dem Geschlecht auch Diskriminierung aufgrund der familiären Situation und damit auch aufgrund des Alters verbietet. So dürfen z.B. jüngere Frauen gegenüber älteren Frauen nicht wegen der noch vor ihnen liegenden Familienplanung diskriminiert zu werden. Noch nicht geäussert hat sich die Rechtsprechung, wie weit z.B. auch Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund spezieller, nur für Frauen geltenden oder von Frauen in Anspruch genommenen Kleidervorschriften darstellen, unter das Gleichstellungsgesetz fallen. Bis heute wurde allerdings, soweit ersichtlich, noch keine Klagen aufgrund des GIG behandelt, in denen z.B. diskriminierender Nichtanstellung oder Kündigung wegen des Tragens eines Kopftuchs geltend gemacht wurde.⁷⁸ Sodann haben sich weder die Gerichtspraxis noch die Lehre mit dem Problem der *intersektionellen* Diskriminierung im Rahmen des GIG befasst, wenn also das Zusammenfallen von mehreren Merkmalen (z.B. Geschlecht und Behinderung oder Geschlecht und ethnische Herkunft) eine diskriminierende Behandlung begründet und ein Merkmal für sich allein genommen für die Diskriminierung nicht entscheidend ist.

Das Benachteiligungsverbot gilt *insbesondere* für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art.

⁷⁵ Siehe Teilstudie 1, Kap. II.3.1. Das Behindertengleichstellungsgesetz schützt nur zu einem kleinen Teil vor Diskriminierung durch Private. Siehe dazu Teilstudie 3, Kap. II.3.1.

⁷⁶ SCHULZ, Art. 14 und 15. Siehe zu den Förderungsmassnahmen auch dies., Art. 14 LEG.

⁷⁷ SCHULZ, Art. 16 und Art. 16 LeG.

⁷⁸ Siehe zu weiteren möglichen Fallkonstellationen von Mehrfachdiskriminierung (z.B. aufgrund des Geschlechts und einer Behinderung) in Teilstudie 1, Kap. II.5.2.

3 Abs. 2 GIG). Die Diskriminierungsformen wurden bewusst nicht abschliessend aufgeführt, um auch künftige, bei der Schaffung des Gesetzes noch nicht vorhergesehene Fälle miteinbeziehen zu können.⁷⁹

Nicht unter das Diskriminierungsverbot fallen „angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung“, wie zum Beispiel spezielle Fördermassnahmen im Bereich Weiterbildung nur für Frauen (Art. 3 Abs. 3 GIG), solange sie nicht unangemessen sind.⁸⁰ Bezüglich starrer Quoten hat das Bundesgericht allerdings festgehalten, dass Art. 3 Abs. 3 GIG keine gesetzliche Grundlage für deren Einführung bietet.⁸¹

Als Diskriminierung verboten wird gemäss Art. 4 GIG sodann auch „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“ (Art. 4 GIG). Als sexuelle Handlungen sind gemäss Literatur und Praxis sexistische oder homophobe Bemerkungen z.B. über körperliche Vorzüge und Schwächen; obszöne, sexistische Redensweisen; anstarren, pfeifen, taxierende Blicke; unerwünschte Annäherung, Gesten und Zudringlichkeiten; pornografisches Material in den Arbeitsräumen oder auf dem Computer; das Verschicken von kompromittierenden Fotos per Handy oder per Sozialen Medien bis hin zum Zurschau-Stellen der Geschlechtsteile; sexueller Nötigung, Drohung und Vergewaltigung zu verstehen.⁸² Festzuhalten ist, dass unter „anderes Verhalten“ auch weitere feindselige und beleidigende geschlechterbezogene Handlungen bzw. Äusserungen fallen können.⁸³ Adressat der Bestimmung von Art. 4 ist der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin. Von ihnen wird verlangt, dass sie Massnahmen ergreifen, um sexuelle Belästigung zu verhindern. Gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG kann dem Opfer eine Entschädigung zugesprochen werden, „wenn die Arbeitgeberinnen oder die Arbeitgeber nicht beweisen, dass sie Massnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können.“ Die Arbeitgebenden müssen damit selber nicht Täter bzw. Täterin sein, ja sie müssen nicht einmal von den Belästigungen gewusst haben. „Entscheidend ist allein die direkte Verantwortung der Arbeitgeber für den Schutz der Persönlichkeit, der psychischen und physischen Integrität wie auch der Gesundheit ihrer Beschäftigten“. ⁸⁴ Gegen den Täter bzw. die Täterin muss bzw. kann mittels des Strafrechts sowie dem Persönlichkeitsschutzrecht in Art. 28 ZGB vorgegangen werden.⁸⁵

Grundsätzlich ist schliesslich festzuhalten, dass keine Diskriminierungsabsicht bzw. ein Verschulden nachgewiesen werden muss. Abgestellt wird allein darauf, ob eine Benachteiligung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers im Sinne von Art. 3 GIG vorliegt.⁸⁶

⁷⁹ KAUFMANN, Entstehung, S. 19, Rz. 54 mit Verweis auf BR Arnold Koller.

⁸⁰ Siehe dazu FREIVOGEL, Art. 3, S. 104 ff.

⁸¹ BGE 131 II 361. Siehe die Kritik an der Haltung des Bundesgerichts *ibid.*, S.111 mit weiteren Hinweisen.

⁸² KAUFMANN, Art. 4, S. 126; LEMPEN, *Harcèlement sexuel*; Art. 4 LEG, S. 101; VÖGELI GALLI, S. 33 ff.

⁸³ Wie KAUFMANN, Art. 4, S. 129, Rz 33 hinweist, gehörte die Bestimmung von Art. 4 GIG mit zu den umstrittensten Fragen während der parlamentarischen Beratung und seine Formulierung LÖSTE vor allem in der vorbereitenden nationalrätlichen Kommission „vehemente, teils sehr emotional geprägte Debatten aus.

⁸⁴ KAUFMANN, Art. 4, S. 133.

⁸⁵ Siehe oben Kap. II. 1.4.

⁸⁶ FREIVOGEL, Art. 3, S. 53.

3. Überblick über die Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz

Wer gemäss Art. 3 und 4 GIG (siehe vorstehend) diskriminiert wird, sich also im Anwendungsbereich des GIG befindet, kann vor einem Gericht⁸⁷ gemäss Art. 5 GIG folgende Ansprüche geltend machen.⁸⁸

- das *Verbot* oder die *Unterlassung* einer drohenden Diskriminierung (Abs. 1 lit. a.);
- die *Beseitigung* einer bestehenden Diskriminierung (Abs. 1 lit. b);
- die *Feststellung* einer Diskriminierung, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Abs. 1 lit. c);
- die *Bezahlung des geschuldeten Lohns* (Abs. 1 lit. d);
- *Entschädigung*;
- *nur* auf Entschädigung kann im Falle diskriminierender Ablehnung einer Anstellung oder bei einer diskriminierenden *Kündigung privater Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* (Abs. 2) geklagt werden;
- *auch* auf Entschädigung kann bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung geklagt werden, sofern die Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber nicht beweisen können, dass sie Massnahmen getroffen haben, die „zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können“ (Abs. 3).

Die Höhe der Entschädigung ist gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG begrenzt und beträgt bei einer diskriminierenden *Ablehnung einer Anstellung* maximal drei Monatslöhne (wobei die entsprechende Gesamtsumme auch für den Fall, dass mehrere Personen einen Anspruch auf eine Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung derselben Anstellung geltend machen, nur einmal geschuldet ist). Bei diskriminierender *Kündigung* und bei Diskriminierung durch *sexuelle Belästigung* darf die Entschädigung den Betrag von maximal sechs Monatslöhnen nicht übersteigen. Bezüglich der Entschädigung aufgrund einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung bestimmt Art. 5 Abs. 3 GIG, dass diese unter Würdigung aller Umstände festzusetzen ist und auf der Grundlage des schweizerischen *Durchschnittslohns* zu errechnen ist;⁸⁹

- *Schadenersatz und Genugtuung* (Abs. 5).

4. Überblick über die Verfahrensrechte im Falle von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben

Im Zentrum des Gleichstellungsgesetzes stehen die Bestimmungen, die dem Opfer von diskriminierenden Handlungen im Arbeitsverhältnis das Einklagen der ihm zustehenden Ansprüche erleichtern soll. Verschiedene Bestimmungen, die der schwächeren Vertragspartei im Zivilverfahren einen besonderen Schutz verleihen, finden sich unterdessen in der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung⁹⁰ (z.B. Kostenlosigkeit bestimmter Verfahren,

⁸⁷ Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen kann es sich auch um eine Verwaltungsbehörde handeln.

⁸⁸ Siehe dazu RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, S. 157 ff.; AUBERT, S. 127 ff.

⁸⁹ AUBERT, S. 139.

⁹⁰ Vom 19.12.2008 (ZPO; SR 272).

vereinfachte Verfahren etc.; siehe dazu Teilstudie 1). Im GIG finden sich jedoch weitergehende Bestimmungen, wie sie, wie zum Beispiel betreffend die Beweislastverteilung oder das Verbandsklage bzw. –beschwerderecht, seit langem auch für weitere von Diskriminierung durch Private betroffene Gruppen – ethnische Minderheiten, Menschen mit Behinderung, LGBTI-Minderheiten etc. – zur Bekämpfung von Diskriminierung gefordert werden.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf die Verfahrensbestimmungen im *privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*.⁹¹

4.1. Klagebefugnis

Obwohl das GIG im Zuge der Bemühungen zur Gleichstellung der Frau entstanden ist, können sich explizit sowohl Frauen als auch Männer auf das GIG berufen, wenn sie im Erwerbsleben diskriminiert werden. Im Grundsatz richtet sich die Klagebefugnis ansonsten nach den allgemeinen Regeln zu den Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 ZPO.⁹²

4.2. Schlichtungsverfahren und vereinfachtes Gerichtsverfahren

4.2.1. Schlichtungsverfahren

Das Schlichtungsverfahren ist gemäss Art. 197 ZPO obligatorisch (Art. 197 ZPO);⁹³ lediglich die klagende Partei kann einseitig darauf verzichten und direkt Klage beim Gericht erheben (Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO).⁹⁴ In der Regel soll bevor eine zivilrechtliche Klage vor Gericht erhoben wird eine Schlichtungsstelle in einem einfachen, formlosen Verfahren ohne aufwendiges Beweisverfahren⁹⁵ versuchen, den Konflikt gütlich und innert nützlicher Frist beizulegen und wenn immer möglich, ein Gerichtsverfahren zu vermeiden helfen. Bei der Klageeinleitung ist lediglich die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen (Art. 202 Abs. 2 ZPO).

Mit der Klage an die Schlichtungsbehörde wird die Klage rechtshängig (Art. 62 ZPO) und bewirkt die Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 OR).

Kommt es vor der Schlichtungsbehörde zu einem Vergleich, hat dieser die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Bei Nichteinigung wird die Klagebewilligung ausgestellt (Art. 208 f. ZPO).

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2000.- kann die Schlichtungsbehörde selber entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 212 Abs. 1 ZPO).

⁹¹ Zu den im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis geltenden Verfahrensbestimmungen siehe ARIOLI und BRUCHEZ, Art. 13 Leg.

⁹² Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.2.1.

⁹³ Die Ausnahmen von diesem Prinzip sind in Art. 198 ZPO abschliessend erwähnt. Gemäss dem unterdessen aufgehobenen Art. 11 des GIG waren die Kantone verpflichtet, Schlichtungsstellen einzurichten, welche für die kostenlose Beratung der Parteien zuständig waren.

⁹⁴ Diese Ausnahme wurde aus der alten Fassung des Gleichstellungsgesetzes Art. 11 übernommen (BBI 2006 7329 f.). Danach war das Schlichtungsverfahren freiwillig, wobei den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt wurde, das Schlichtungsverfahren obligatorisch zu erklären (BBI 1993 I 1310. Siehe dazu STAUBER-MOSER, S. 356 f.

⁹⁵ STAUBER-MOSER, S. 341.

Bei Streitigkeiten nach GIG muss gemäss der neuen Zivilprozessordnung (Art. 200 Abs. 2 ZPO) die Schlichtungsbehörde sodann obligatorisch paritätisch zusammengesetzt sein, das heisst, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite wie auch *die Geschlechter* müssen vertreten sein. Damit wird versucht der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine überwiegende Mehrheit der Klagen den weiblichen Geschlechts ist.⁹⁶

Die Organisation der Schlichtungsbehörde ist Sache der Kantone (Art. 3 ZPO). Gewisse Kantone haben spezielle Schlichtungsstellen für Streitigkeiten aus dem Gleichstellungsgesetz bezeichnet.⁹⁷

Zu beachten ist schliesslich, dass die Schlichtungsbehörden gemäss der neuen ZPO Rechtsberatungsfunktion auch ausserhalb eines Verfahrens haben (Art. 201 Abs. 2 ZPO).⁹⁸

4.2.2. Vereinfachtes Gerichtsverfahren

Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz werden sodann auch vor Gericht in einem vereinfachten Verfahren abgewickelt (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Klageeinreichung umfasst im Wesentlichen – wie beim Schlichtungsverfahren – lediglich die Bezeichnung der Parteien, das Rechtsbegehren, die Bezeichnung des Streitgegenstandes und wenn nötig, die Angabe des Streitwertes. Sie kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden (Art. 244 ZPO).

4.3. Selbständiges Klage- und Beschwerderecht von Verbänden, Organisationen und Juristischen Personen

Gemäss Art. 7 Abs. 1 GIG besteht bei Streitigkeiten nach GIG ein (ideelles) Verbandsklage- und Verbandsbeschwerderecht. Organisationen können „im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird“. Das Verbandsklage- bzw. –beschwerde beschränkt sich damit auf die *Feststellungsklage*.

Im Rahmen der Beratungen des Gleichstellungsgesetzes ist zusätzlich als Bedingung in das Gesetz genommen worden, dass der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss, bevor die Organisation eine Schlichtungsstelle anruft oder eine Klage einreicht (Art. 7).⁹⁹

Verbandsklagen bzw. –beschwerden können nur Organisationen erheben, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen.

Das Verbandsklage- und das Verbandsbeschwerderecht waren in den Beratungen eine der sehr umstrittenen Bestimmungen des Gesetzes.¹⁰⁰ In der Praxis wurde das Recht allerdings von den Verbänden und Organisationen nur sehr zurückhaltend genutzt. Für die letzten Jahre sind zu-

⁹⁶ Siehe allgemein zu den paritätischen Schlichtungsbehörden Teilstudie 1, Kap. III.2.5.1.

⁹⁷ Siehe die Übersicht zu den Verfahrensabläufen in den deutsch-schweizerischen Kantonen unter www.gleichstellungsgesetz (Themenseite „Verfahrensabläufe“), für die französisch-sprechenden Kantone unter www.leg.ch (Themenseite „procédure“).

⁹⁸ Siehe zum Schlichtungsverfahren gemäss ZPO auch in Teilstudie 1, Kap. III.2.5.1.

⁹⁹ Siehe BRUCHEZ, S. 179, Rz. 2 mit Verweisen auf die Debatten im National- und Ständerat.

¹⁰⁰ Ibid.

mindest in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch kaum mehr Fälle dokumentiert; die jüngsten Urteile stammen aus dem Jahr 2011 (siehe dazu nachstehend Kap. IV. 5.4.1.)

4.4. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Beim Verfahren nach GIG gilt grundsätzlich die „abgeschwächte“ Untersuchungsmaxime,¹⁰¹ d.h. das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen (Art. 153 und 160 ZPO in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. a und Art. 247 ZPO). Es würdigt die Beweise nach freiem Ermessen und ist nicht an die von den Parteien gestellten Beweisanträge gebunden. Die Parteien sind jedoch verpflichtet, an der Beweiserhebung mitzuwirken. Das Gericht hat sich damit darum zu kümmern, dass die Arbeitnehmenden, die sich gegen Diskriminierung wehren, zu ihrem Recht kommen.

4.5. Beweislastverteilung

Gemäss Art. 6 GIG muss eine erlittene Diskriminierung bzw. eine Benachteiligung von den Betroffenen nicht bewiesen, sondern lediglich *glaubhaft* gemacht werden. Dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin obliegt es dann, den Beweis zu erbringen, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat bzw. dass die unterschiedliche Behandlung durch sachliche Gründe (z.B. weniger Leistung, weniger Qualifikation, wobei mit solchen geschlechtsneutralen Kriterien keine indirekte Diskriminierung verbunden sein darf) gerechtfertigt war.¹⁰² Gelingt der Arbeitgeberseite der entsprechende Beweis nicht, ist die Klage gutzuheissen.

Die Beweislast erleichterung gilt für Diskriminierung bezüglich der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung sowie Beförderung und Entlassung (Art. 6 GIG), *nicht* aber für Diskriminierung durch Belästigungen oder Diskriminierungen bei der Anstellung gemäss Art. 8 GIG.

Unterschiedlich umschrieben werden die Anforderungen an die Glaubhaftmachung. Gemäss Bundesgericht bedeutet „Glaubhaftmachen“, „dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm auf Grund objektiver Anhaltspunkte [...] den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten“.¹⁰³ Eine diskriminierende Handlung ist gemäss bei FREIVOGEL zitierten Entscheiden dann glaubhaft gemacht, wenn „eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung“ besteht, „die aber auch geringer als 50% sein kann“.¹⁰⁴ Gemäss STEIGER-SACKMANN hingegen ist die Glaubhaftmachung gegeben, wenn die behauptete Tatsache eine zu 25% hohe Wahrscheinlichkeit aufweist¹⁰⁵ und so die Glaubhaftmachung von einer Behauptung abgegrenzt werden kann.¹⁰⁶

¹⁰¹ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.2.1. C. und 3.2.2.C.

¹⁰² HAUSAMMANN, S. 14-15.

¹⁰³ 130 III 321, E. 3.3; 132 III 715, E. 3. Siehe weitere Hinweise bei STEIGER-SACKMANN, S. 237.

¹⁰⁴ FREIVOGEL, Lücken und Tücken, S. 1347.

¹⁰⁵ STEIGER-SACKMANN, Art. 6, N 133; PÄRLI, S. 8.

¹⁰⁶ STEIGER-SACKMANN, Art. 6, N 133 und 134; PÄRLI, S. 8.

Sexuelle Belästigung oder diskriminierende Nichtanstellung muss von den Betroffenen bewiesen werden,¹⁰⁷ wobei hier im Unterschied zu Strafverfahren eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt. Dies bedeutet, dass reine Indizienbeweise (wie ärztliche Zeugnisse, allgemeine Beobachtungen von Mitarbeitenden, welche die Belästigung selber aber nicht sahen, Tagebucheinträge, Aussagen von Freundinnen und Freunden, denen sich die Belästigte anvertraut hat etc.) zulässig sind. Da es für sexuelle Belästigungen praktisch nie direkte Zeuginnen oder Zeugen gibt, sind Indizien in fast allen Verfahren zu Diskriminierung durch sexuelle Belästigung wichtig und auch die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Aussagen aller Beteiligten vor Gericht ist zentral.¹⁰⁸ Wie bereits erwähnt, muss die Arbeitgeberseite beim Nachweis einer sexuellen Belästigung beweisen, dass sie die notwendigen Vorkehrungen zu deren Verhinderung getroffen hat (Art. 5 Abs. 3 GIG).

4.6. Verfahrenskosten

Verfahren nach Gleichstellungsgesetz sind grundsätzlich kostenlos: weder im *Schlichtungsverfahren* (Art. 113 Abs. 2 ZPO) noch im *Entscheidungsverfahren* (Art. 114 lit. a ZPO) werden Kosten erhoben bzw. gesprochen. Lediglich im Verfahren vor Bundesgericht sind Gerichtsgebühren geschuldet: Gemäss Art. 13 Abs. 5 Satz 2 in Verbindung mit Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG¹⁰⁹ belaufen sich diese bei Streitigkeiten über Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zwischen CHF 200 – 1'000. Die Kosten richten sich damit nicht nach dem Streitwert.¹¹⁰ In besonderen Fällen kann das Bundesgericht über die Höchstbeträge hinausgehen, jedoch höchstens bis CHF 10'000 (Art. 65 Abs. 5 BGG). Umgekehrt kann das Bundesgericht auch auf die Erhebung von Kosten ganz verzichten, wenn besondere Gründe es rechtfertigen (Art. 66 Abs. 1 BGG).¹¹¹

4.7. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Obschon bis vor Bundesgericht keine Verfahrenskosten vorgesehen sind, müssen Betroffene gewärtigen, im Fall des Unterliegens für die Kosten der Prozessvertretung aufzukommen. Im Schlichtungsverfahren, das auch in Streitigkeiten nach GIG in der Regel durchgeführt wird (siehe vorstehend), wird keine Parteientschädigung gesprochen (Art. 113 Abs. 1 ZPO). Vor Gericht sind die Kosten der Prozessvertretung von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese läuft also Gefahr, nicht nur allfällige eigene Anwaltskosten, sondern vor allem auch die Entschädigung der entsprechenden Kosten der obsiegenden Partei aufbringen zu müssen.¹¹²

Zur Abfederung untragbarer Kosten im Falle des Unterliegens besteht die Möglichkeit, unentgeltliche Rechtspflege zu verlangen (siehe auch Teilstudie 1, Kap. XX). Der entsprechende Anspruch ergibt sich bereits aus der Verfassung: Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat "jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie

¹⁰⁷ Gemäss Art. 8 ZGB: „Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.“

¹⁰⁸ Siehe zum Ganzen STEIGER-SACKMANN, Art. 6, S. 217 ff.; 227.

¹⁰⁹ BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

¹¹⁰ Siehe zum Ganzen auch ARIOLI, Art. 13, S. 432 f.

¹¹¹ Siehe dazu STEIGER-SACKMANN, S. 387.

¹¹² Das Kostenrisiko stellt denn auch einer der wesentlichen Faktoren dar, die der Beschreitung des Rechtsweges im Falle von Diskriminierung entgegenstehen. Siehe dazu auch Teilstudie 1, Kap. III.3.1.6.

ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.“ Detailliertere Bestimmungen dazu finden sich in Art. 117 ff. ZPO. Die Kantone kennen zum Teil weitergehende Regelungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung.¹¹³

4.8. Frist zur Anhebung eines Verfahrens

Im Gleichstellungsgesetz finden sich *verschiedene* und vor allem im Falle einer diskriminierenden Kündigung ergeben sich unter Umständen sehr kurze Fristen, die es zur Geltendmachung der Ansprüche zu beachten gilt:

- Der Anspruch auf Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung der *Anstellung* muss innert *drei Monaten*, nachdem die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Ablehnung der Anstellung mitgeteilt hat, geltend gemacht werden (Art. 8 Abs. 2 GIG).¹¹⁴
- Bei diskriminierender *Kündigung* muss der oder die Arbeitnehmende vorerst bis zum Ende der Kündigungsfrist eine schriftliche *Einsprache beim Arbeitgeber* einreichen (Art. 9 GIG in Verbindung mit Art. 336b OR). Je nach Kündigungsfrist bleibt damit unter Umständen nur kurz Zeit um sich zu überlegen, ob der Rechtsweg beschritten werden soll.¹¹⁵ Können sich danach die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen, hat der oder die Arbeitnehmende nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses *180 Tage* Zeit, um den Anspruch auf Entschädigung mittels Klage anhängig machen.¹¹⁶
- Erfolgt eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses als Reaktion auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts (sog. *Rachekündigung*), muss diese beim Gericht vor Ende der Kündigungsfrist angefochten werden (Art. 10 Abs. 3 GIG).

Mit der Anrufung der Schlichtungsstelle sind die Fristen gewahrt. Wird im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt, muss danach innerhalb von *drei Monaten* Klage beim Gericht eingereicht werden.

Das Verfahren bei diskriminierender Kündigung und den damit zusammenhängenden unter Umständen sehr kurzen Fristen (Art. 9 GIG in Verbindung mit Art. 336b OR), werden in der Lehre kritisiert. Vor allem Rechtsunkundige würden damit daran gehindert, ihre Ansprüche geltend machen zu können.¹¹⁷

4.9. Kündigungsschutz

Das GIG (Art. 5 Abs. 2 GIG) sieht für den Fall einer diskriminierenden privatrechtlichen Kündigung „lediglich“ eine Entschädigung vor, die Kündigung ist also grundsätzlich gültig, sofern es

¹¹³ Siehe zum Beispiel Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ - E 2 05.04) du 28 juillet 2010, entré en vigueur le 1er janvier 2011 (siehe unter: http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_e2_05p04.html).

¹¹⁴ RIEMER-KAFKA/ UEBERSCHLAG, Art. 8, S. 288 ff.

¹¹⁵ Gemäss Art. 335c Abs. 1 OR beträgt die Kündigungsfrist, sofern nicht vertraglich etwas anderes vereinbart wurde, im ersten Dienstjahr z.B. lediglich einen Monat.

¹¹⁶ Riemer-Kafka/Ueberschlag, Art. 9, S. 298 ff.

¹¹⁷ Ibid., Rz. 32 mit weiteren Hinweisen.

sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelt.¹¹⁸ Die Entschädigung ist auf maximal sechs Monatslöhne festgelegt (Art. 5 Abs. 3 GIG).

Im Falle einer Rachekündigung, das heisst, wenn eine Kündigung ohne begründeten Anlass als Reaktion auf eine Beschwerde seitens der Arbeitnehmerin hin erfolgt, ist allerdings ein Kündigungsschutz für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie *sechs Monate* darüber hinaus vorgesehen (Art. 10 Abs. 2 GIG). Das Gericht kann sodann eine provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind (Art. 10 Abs. 3 GIG).¹¹⁹

Die oder der Arbeitnehmende kann während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung (gemäss Art. 336a OR) geltend machen. Art. 10 Abs. 4 GIG bietet damit einen Ausweg, falls das Verhältnis zwischen den Parteien zu zerrüttet ist.

In der Praxis kommt der Möglichkeit der provisorischen Wiedereinstellung keine Bedeutung zu. Bis jetzt sind keine Gerichtsurteile bekannt geworden, welche eine Wiedereinstellung verfügt hätten.¹²⁰ Hingegen konnte bei den Schlichtungs- und Gerichtsverfahren bei einigen Rachekündigungen ein Vergleich erzielt werden.¹²¹

4.10. Verfahrensdauer

Gesetzliche Vorgaben für die Verfahrensdauer gibt es lediglich beim Schlichtungsverfahren: hier muss innerhalb von zwei Monaten eine Verhandlung angesetzt werden und das Verfahren ist spätestens nach zwölf Monaten abzuschliessen (Art. 203 Abs. 4 ZPO).

4.11. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG darf die Entschädigung bei Diskriminierung in der Ablehnung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses den Betrag nicht übersteigen, der *drei Monatslöhnen* entspricht.¹²² Die Gesamtsumme der Entschädigungen darf diesen Betrag auch dann nicht übersteigen, wenn mehrere Personen einen Anspruch auf eine Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung derselben Anstellung geltend machen. Bei *diskriminierender Kündigung* eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses und bei Diskriminierungen durch sexuelle Belästigungen beträgt die Entschädigung maximal sechs Monatslöhne.

Die im GIG vorgesehene Entschädigung wird in der Lehre als zu gering und in ihrer Wirkung als wenig abschreckend beurteilt, zumal in der Praxis die Gerichte kaum die maximalen sechs Monatslöhne zusprechen. Das finanzielle Risiko ist für die Arbeitgeberseite sodann vor allem bei wenig qualifizierten Arbeitnehmerinnen mit kleinen Löhnen oder Teilzeitarbeitenden klein.¹²³

¹¹⁸ Siehe zur Rechtslage in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen siehe ARIOLI, Art. 13 GIG, S. 418, Rz. 67 ff. Siehe auch oben Kap. IV 2 bzw. nachstehend Kap. IV. 5.4.4.

¹¹⁹ Siehe zu Art. 10 VON KAENEL, S. 51 ff.

¹²⁰ RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 10, S. 332 Rz. 84. PÄRLI, allgemein bzw. S. 1 mit Jahresangaben und S. 9.

¹²¹ PÄRLI, S. 9. Siehe dazu die entsprechenden Fälle in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch, unter Schlagwort „Rachekündigung“.

¹²² Riemer-Kafka/Ueberschlag, Art. 5, S. 175 ff.

¹²³ PÄRLI, S. 10.

5. Erfahrungen mit dem Gleichstellungsgesetz: Stärken und Schwächen

5.1. Vorbemerkung

Das Gleichstellungsgesetz ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. In den Jahren 2003-2005 wurde die Wirksamkeit des Gesetzes umfassend überprüft. Ziel der vom Bundesrat aufgrund der Motion Hubmann¹²⁴ in Auftrag gegebenen Evaluation war, einerseits die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes aufzuzeigen bzw. potenzielle Schwachstellen zu eruieren und andererseits einen möglichen Reformbedarf zu prüfen.¹²⁵

5.2. Zum Forschungsdesign der Evaluation 2003-2005

Die Untersuchungen umfassten die schriftliche Befragung aller kantonalen Schlichtungsstellen, sämtlicher öffentlich-rechtlichen und zivilen Gerichte, diverser Organisationen wie Gewerkschaften, Berufsverbände, Frauen- und Männerorganisationen, spezialisierte Beratungsstellen sowie Gleichstellungsbüros. Zusätzlich wurden Interviews mit Personen aus Gewerkschaften, Anwaltschaft, Berufsverbänden bzw. Beratungsstellen sowie Gleichstellungsbüros geführt um ihre Erfahrung mit konkreten Diskriminierungsfällen zu ermitteln.¹²⁶

Evaluiert wurden der *Bekanntheitsgrad* des GIG sowie dessen Einfluss auf GAV-Verhandlungen und auf die interne Personalpolitik in Betrieben. Im Einzelnen wurde sodann die *Durchsetzbarkeit* des Gleichstellungsanspruchs bzw. die *Anzahl bestehender Prozesse*, abgestuft nach Instanzen, Prozessdauer, Entscheiden und Diskriminierungstatbeständen abgeklärt.¹²⁷ Im Gesamten wurden 355 Schlichtungsfälle und 269 Urteile, die 176 einzelne Fälle betrafen, die teilweise über mehrere Instanzen liefen, untersucht.¹²⁸ Zusätzlich wurden 47 Fälle mit 71 Urteilen (Gerichtsurteile des Kantons Waadt, Zürich, Graubünden und Schwyz) zum GIG inhaltsanalytisch ausgewertet,¹²⁹ wobei die Urteile 42% aller gesamthaft bis zum damaligen Zeitpunkt zum GIG ergangenen Urteile ausmachten.¹³⁰

Weiter wurde nach dem *Fortbestehen von Arbeitsverhältnissen* nach Einreichung der Klage, dem Stellenwert der *Rachekündigung* sowie nach den *Gründen für die geringe Anzahl von Klagen* gefragt. Auch das damals noch im GIG vorgesehene *Schlichtungsverfahren*¹³¹ wurde auf seine Wirkung hin überprüft. Schliesslich wurden die Bereiche der *sexuellen Belästigung* und die im

¹²⁴ Auslöser für die Evaluation des GIG war der Vorstoss 02.3142 – Motion Hubmann Vreni, Keine Rachekündigungen gegen Frauen, die sich wehren, vom 22. März 2002, der am 21. Juni 2002 als Postulat an den Bundesrat überwiesen wurde. Der Bundesrat hatte sich in seiner Stellungnahme zur Motion bereiterklärt, das Anliegen der Motionärin im Rahmen einer umfassenden Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes zu prüfen.

¹²⁵ Die Evaluationsberichte sowie der Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Feb. 2006 (BBL 2006 3161) finden sich auf der Website des Bundesamtes für Justiz unter www.bj.admin.ch > Startseite BJ > Staat & Bürger > Gleichstellung (besucht am 02.07.2015).

¹²⁶ BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3169.

¹²⁷ Ibid., BBI 2006 3168.

¹²⁸ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IX und S. 81. 56 Entscheide fällte das Bundesgericht, wovon 12 den Privatbereich betrafen.

¹²⁹ FREIVOGEL, Auswertung Gerichtsfälle, S. III.

¹³⁰ Ibid., FREIVOGEL, Lücken, S. 1343.

¹³¹ Heute ist das Schlichtungsverfahren in der ZPO geregelt. Siehe oben Kap. IV 4.2.

GIG vorgesehenen Instrumente der *Beweislastverteilung*, der *Verbandsklage* und des *Kündigungsschutzes* untersucht.¹³²

Im Folgenden sei vorerst ein Überblick über die Ergebnisse, insbesondere betreffend die Beurteilung der mit der Schaffung des GIG neu geschaffenen Instrumente gegen Diskriminierung, gegeben. Im Anschluss daran werden, unter Berücksichtigung der Beurteilungen und Analysen aus der einschlägigen Literatur Erkenntnisse aufgrund der neueren Praxis zum GIG dargestellt.

5.3. Allgemeines / Kennzahlen

- Die Fallzahlen haben sich seit Inkrafttreten des GIG am 1. Juli 1996 bis zur Evaluation 2004/2005 wie folgt entwickelt: Bei den Schlichtungsstellen haben sich die Fallzahlen bis 1999 kontinuierlich gesteigert (auf rund 50 pro Jahr), danach sind sie nur noch geringfügig angewachsen. Anders bei den Gerichten: Hier stiegen die Fallzahlen bis 1998 auf rund 30 Fälle jährlich und hielten sich zwei Jahre auf diesem Niveau. Ab 2000 gab es zwei Jahre lang jährlich ca. 40 Entscheide; 2003 war ein sprunghafter Anstieg auf 71 Entscheide zu verzeichnen. Gemäss der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch, die zum Ziel hat, die Fälle aller Instanzen der meisten deutsch-schweizer Kantone zu erfassen, haben sich die Fallzahlen in den letzten Jahren eingependelt und zwar bei rund 40 gemeldeten Fällen pro Jahr, wobei die grosse Mehrheit der dokumentierten Fälle Schlichtungsverfahren betreffen.¹³³
- Die Verteilung der Fälle, wie auch die Klage- bzw. Beschwerdegründe und auch die Praxis der Schlichtungsstellen und der Gerichte ist, wie der Evaluationsbericht festhielt, kantonal sehr unterschiedlich ausgefallen¹³⁴ und fällt immer noch sehr unterschiedlich aus. Im Zeitpunkt der Evaluation stammte gut die Hälfte der Gerichtsentscheide von drei Gerichten (Bundesgericht, Zürcher Verwaltungsgericht und Genfer Tribunal des prud'hommes). 9 deutsch-schweizer Kantone verzeichnen bis heute 5 oder weniger Fälle nach Gleichstellungsgesetz.¹³⁵
- Am häufigsten waren gemäss Evaluation 2003-2005 Lohnklagen (153 der untersuchten 269 Fälle), gefolgt mit deutlichem Abstand von Klagen wegen sexueller Belästigung (57) und diskriminierender Kündigung (50). Im öffentlichen Sektor betrafen die Fälle in fast 80% die Lohnfrage, gefolgt von diskriminierender Kündigung. In der Privatwirtschaft wurde am häufigsten wegen sexueller Belästigung geklagt (40%), dicht gefolgt von Lohnklagen (34%) und diskriminierender Kündigung (31%). Allerdings sind auch hier grosse kantonale Unterschiede auszumachen. Mit Ausnahme von Basel-Stadt spielte das Thema sexuelle Belästigung in der Deutschschweiz kaum eine Rolle; in den Kantonen Genf und Waadt dagegen war dies die am häufigsten zu beurteilende Diskriminierungsform. In der Deutschschweiz wiederum waren Lohnklagen deutlich häufiger.¹³⁶ Dazu gekommen sind in den letzten Jahren eine zunehmende Zahl von Diskriminierung von Schwangeren und Müttern.

¹³² BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3168.

¹³³ STUTZ/SCHÄR /FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IX.

¹³⁴ Ibid., S. 10 f.

¹³⁵ Siehe in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch die Dokumentation der Entscheide nach Kantonen unter „Suche“.

¹³⁶ Ibid., S. X.

- 54% der Gerichtsfälle betrafen gemäss Evaluationsbericht 2005 den öffentlichen Sektor, 46% die Privatwirtschaft.¹³⁷
- Nur gerade 5% aller Diskriminierungsbeschwerden bei Schlichtungsstellen wurden von Männern eingereicht.¹³⁸ Dies scheint sich bis heute nicht geändert zu haben.
- In vielen Fällen schlossen sich mehrere Personen zu Gruppen- und Massenklagen zusammen (17 Entscheide bezogen sich auf Verfahren mit 2-5, 31 auf Verfahren mit 6-50 Arbeitnehmenden; 205 Entscheide betrafen Einzelklagen).¹³⁹
- 32 Klagen waren Verbandsklagen (davon lediglich 3 die Privatwirtschaft betreffend).¹⁴⁰
- In 40% der Schlichtungsverfahren kam eine Einigung zustande, wobei der Anteil bei den öffentlich-rechtlichen Anstellungen mit 45% etwas höher lag als bei den privatrechtlichen mit 38%. 54% der Fälle wurden vor Gericht gebracht. In mindestens 22% der Nichteinigungsfälle gaben die Arbeitnehmenden nach der erfolglosen Schlichtung auf; bei 24% ist nicht bekannt, ob und wie es weiterging.¹⁴¹
- Die *Erfolgsaussichten* der Klagen waren im Zeitpunkt der Evaluation nicht allzu hoch. Lediglich in 16 % der Fälle fiel der Entscheid voll zu Gunsten, in 26 % mehrheitlich zu Gunsten der Arbeitnehmenden aus. 14% der Entscheide waren mehrheitlich negativ und 44% voll zu Ungunsten der Klagenden. 42.5% der ausgewerteten Lohnklagen und 30% der Klagen betreffend sexuelle Belästigung waren erfolglos.¹⁴² Dabei konnte rund die Hälfte der für die Klagenden erfolgreichen Fälle mit einer gerichtlichen Instanz erledigt werden; die andere Hälfte musste sich über mindestens zwei Instanzen kämpfen. Als Grund wird angegeben, dass die Anwendung des noch jungen Gesetzes viele Unsicherheiten beinhaltete. Ein weiterer Grund für die geringen Erfolgsaussichten wurde im fehlenden Wissen bei Anwältinnen und Anwälten wie auch bei Gerichten geortet.¹⁴³
- 58% der Klagenden bzw. Beschwerdeführerinnen waren anwaltschaftlich vertreten gegenüber 40% der Arbeitgeberseite.¹⁴⁴
- 91% der Klagenden waren im Monatslohn angestellt; 53% arbeiteten Vollzeit und waren damit übervertreten (45% der damals Vollzeit arbeitenden); Teilzeitangestellte waren mit 23% untervertreten (damals arbeiteten 55% der Arbeitnehmenden Teilzeit).¹⁴⁵
- Der Anteil der Klagenden, die noch in Arbeitsverhältnissen zum Beklagten standen, war schon bei Anhebung des Schlichtungsverfahrens gering (37%). Bis zur Erledigung sank dieser Anteil auf 29%. Fast zwei Drittel wehrten sich also erst nach der Kündigung. Hier konnte ein grosser Unterschied zwischen den Klagenden aus dem öffentlich-rechtlichen und dem privat-

¹³⁷ Ibid., S. X.

¹³⁸ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. 12.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid., S. XI.

¹⁴¹ Ibid., S. IX und S. 17.

¹⁴² Ibid., S. X und S. 12.

¹⁴³ BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3189.

¹⁴⁴ Ibid., S. 17.

¹⁴⁵ Ibid., S. 19.

rechtlichen Bereich festgestellt werden. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse bestanden in 60 % der Fälle weiter, in den privat-rechtlichen lediglich in 15%.¹⁴⁶

5.4. Beurteilung der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Einzelnen

5.4.1. Erfahrungen mit dem selbstständigen Klagerecht von Verbänden bzw. Organisationen

Das Klagerecht von Verbänden und Organisationen wurde als Instrument zwar genutzt, jedoch sehr zurückhaltend. Von den in der Evaluation 2003-2005 untersuchten insgesamt 269 Fällen beruhten 32 auf Verbandsklagen.¹⁴⁷ Diese betrafen in der überwiegenden Mehrheit Lohngleichheitsklagen.

Die Evaluatorinnen kamen 2005 zum Schluss, dass die Verbandsklage ihren Platz gefunden habe, allerdings nicht den vom Gesetz beabsichtigten.¹⁴⁸ Die Idee war, dass die Verbände Grundsatzzfragen aufgreifen und Verfahren von kollektiven Interessen anstrengen können sollen.¹⁴⁹ Von den näher analysierten 19 Verbandsbeschwerden aus den untersuchten vier Kantonen wurden jedoch nur gerade zwei idealtypisch, das heisst, nicht in Kombination mit Individualbeschwerden eingereicht.¹⁵⁰ Vielmehr wurden sie als strategische Mittel eingesetzt, um zusätzlichen Druck auszuüben¹⁵¹ bzw. die Individualbeschwerden zu verstärken.¹⁵² Die Verbandsklagen bzw. Verbandsbeschwerden konzentrierten sich sodann in den öffentlich-rechtlichen Bereichen.¹⁵³

Die mit Verbandsklagen verbundenen Urteile gingen „insgesamt gesehen seltener positiv aus für die Arbeitnehmenden als Urteile aufgrund von Individualklagen oder –beschwerden (25% positiv, 53% negativ).“¹⁵⁴ Sie wurden sehr oft weitergezogen und nahmen sehr viel Zeit in Anspruch (im Schnitt fast drei Jahre). „Es handelte sich meist um komplexe Lohngleichheitsverfahren mit breiten Auswirkungen, für die Arbeitsbewertungsgutachten eingeholt werden mussten.“¹⁵⁵

Als Grund für die mangelnde Wirkung des Instruments der Verbandsklage bzw. –beschwerde wurde angegeben, dass mit ihm nur ein Feststellungsbegehren gestellt werden könne, nicht aber ein Leistungsbegehren. Angesichts des Aufwands einer erfolgversprechenden Klage insbesondere bei Lohngleichheitsklagen erscheint das Instrument für die Verbände damit nicht sehr attraktiv.¹⁵⁶

¹⁴⁶ Ibid., S. 101.

¹⁴⁷ Bis 2005 wurden gesamthaft 176 Einzelfälle und 32 Verbandsklagen von den Gerichten beurteilt (STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IX.). In der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch sind 25 Fälle dokumentiert. Die jüngsten Urteile stammen aus dem Jahr 2011 (Basel-Landschaft Fall 23: Lohngleichheit für Pflegepersonal; Urteil des Kantonsgericht vom 14.6.2011).

¹⁴⁸ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IV-V und S. 21.

¹⁴⁹ BUNDERAT, Botschaft GIG, BBI 1993 I 1274.

¹⁵⁰ FREIVOGEL, Lücken, S. 1344.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² BBI 3161, S. 3176.

¹⁵³ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. XII.

¹⁵⁴ Ibid., S. XI.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Siehe dazu auch die im Rahmen einer Tagung des EBG ermittelten Probleme im Zusammenhang mit dem Verbandsklagerecht (Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Verbandsklagen im Gleichstellungsprozess, Tagung vom 7. Dezember 2012 - Zusammenfassung). Als weitere Hinderungsgrün-

In seinem Bericht zur Evaluation 2006 lehnte der Bundesrat die Forderung nach einer Ausdehnung des Klagerechts auf *Leistungen* ab unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass damit der „ursprüngliche Gedanke, wonach das Verbandsklagerecht der *Klärung von Grundsatzfragen*, die für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bedeutsam sind, dienen soll,“ verlassen und die mit der Verbandsklage gewollte *Anonymität* der betroffenen Personen damit verunmöglicht werde. Die Verhinderung dieser persönlichen Exponierung sei aber gerade einer der Gründe für die Einführung des Verbandsklagerechts gewesen.¹⁵⁷ Unterdessen hat der Bundesrat den Handlungsbedarf auch für das Verbandsklage- und -beschwerderecht nach GIG anerkannt.¹⁵⁸ Er ortete diesbezüglich generell eine Lücke im Rechtsschutz; die bestehenden zivilprozessualen Instrumente zur Geltendmachung und Durchsetzung von „Massenschäden“ hätten sich als unbefriedigend erwiesen, „weil sie überwiegend auf dem System der individuellen Rechtsdurchsetzung mittels Individualprozess beruhen und demgegenüber echte Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung fehlen. Sie vermögen daher keine echte kollektive Rechtsdurchsetzung zu bewirken“.¹⁵⁹ Konkrete Vorschläge hat der Bundesrat noch keine vorgelegt.

5.4.2. Beweislasterleichterung und Beachtung der Untersuchungsmaxime

Grosse Mängel wurden in der Evaluation 2003-2005 beim Vollzug der neuen Beweisregeln festgestellt.¹⁶⁰ Die Beweislasterleichterung wurde von den Gerichten nur mangelhaft umgesetzt und es wurden jeweils unterschiedliche Ansprüche an das Mass der Glaubhaftmachung gestellt.¹⁶¹ Speziell auf der Stufe der erstinstanzlichen Gerichte kamen zumindest im Zeitpunkt der Evaluation 2003-2005 die Anforderungen einem Vollbeweis gleich.

Darüber hinaus stellte der Evaluationsbericht 2005 fest, dass aus den meisten Urteilen die *Zweistufigkeit der Beweisverfahren* nicht erkennbar wurde, das heisst, es wurde nicht nach den beiden Ebenen der Glaubhaftmachung einerseits sowie der Rechtfertigung/Entlastung andererseits differenziert.¹⁶² Von den Gerichten wurde sodann ungenau zwischen den zulässigen bzw. unzulässigen *Rechtfertigungsgründen* in Fällen von direkter bzw. indirekter Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung unterschieden.¹⁶³ Vor allem die unteren gerichtlichen Instanzen hätten „jeden auf den ersten Blick sachlichen Grund als Rechtfertigung“ akzeptiert. Die oberen Gerichte hingegen hätten die Glaubhaftmachung einheitlich definiert.¹⁶⁴

Aus der Inhaltsanalyse der Gerichtsentscheide wurde weiter ersichtlich, dass die Zivilgerichte im Zeitpunkt der Evaluation 2003-2005 die *Untersuchungsmaxime* „kaum je bewusst und ernsthaft“¹⁶⁵ berücksichtigen. Dies im speziellen in den Bereichen der Kündigung und des Lohnes.¹⁶⁶ So

de, eine Verbandsklage zu erheben werden die zu erwartenden hohen Kosten oder etwa Probleme mit der Aktiv- und auch der Passivlegitimation genannt (S. 3).

¹⁵⁷ BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3190 f.

¹⁵⁸ Bericht „Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten“, Bern, 3. Juli 2013. Siehe auch den Bericht von INTERFACE, Staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente zur Verwirklichung der Lohngleichheit.

¹⁵⁹ Ibid., S. 55.

¹⁶⁰ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IV.

¹⁶¹ Ibid., S. XI.

¹⁶² Ibid., S. XI; BBI 2006 3161, S. 3175.

¹⁶³ FREIVOGEL, Lücken, S. 1347.

¹⁶⁴ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. 33 f.

¹⁶⁵ Ibid., S. XI.

¹⁶⁶ BBI 3161, S. 3175.

wurden weder im Zivilprozess noch in den öffentlich-rechtlichen Verfahren von den Gerichten selbstständig Beweismittel angeordnet oder eingeholt.¹⁶⁷ Dass die Untersuchungsmaxime zudem auch dort gilt, wo die Beweislaste erleichterung nicht greift (sexuelle Belästigung und Anstellungsdiskriminierung), scheine den Gerichten nicht bewusst gewesen zu sein.¹⁶⁸ Aus den Inhaltsanalysen der Gerichtsurteile wurde weiter deutlich, dass bei Klagen wegen sexueller Belästigung die Pflicht der Arbeitgeber, präventive Massnahmen gegen sexuelle Belästigung zu ergreifen nur selten aufgegriffen, die volle Beweislast der Klagenden hingegen immer klargestellt wurde.¹⁶⁹

Zusammenfassend kam die Evaluation zum Schluss, dass das Instrument der Beweislaste erleichterung längst nicht immer so angewandt wurde, wie im Gesetz vorgesehen und dass die Untersuchungsmaxime vor allem den erstinstanzlichen Zivilgerichten kaum bewusst war und von ihnen nicht ernsthaft berücksichtigt wurde. Es scheint, dass zumindest im Zeitpunkt der Evaluation den Gerichten noch kaum klar war, dass sie die Pflicht haben abzuklären, welche Beweise von ihnen zur Klärung des Sachverhalts einzuholen sind.¹⁷⁰ Die Gerichte hätten kaum je Beweismittel von sich aus angeordnet. Sodann sei ihnen nicht bewusst, dass die Untersuchungsmaxime auch dort gilt, wo die Beweislaste erleichterung nicht greift.¹⁷¹

Den im Rahmen dieser Studie analysierten 29 Fällen zur Problematik der Schwangerschaft (siehe nachstehend Kap. IV. 4) kann entnommen werden, dass die Beweislastregelung in den betreffenden Fällen korrekt festgehalten und angewendet wurde. Allerdings kann aufgrund der sehr kleinen Fallzahl keine Aussage gemacht werden, ob dies heute generell der Fall ist. Zur Untersuchungsmaxime hingegen konnten aufgrund der im Rahmen dieser Studie analysierten Fälle im Bereich Schwangerschaft keinerlei Hinweise gefunden werden.

Das Problem, Diskriminierung nachzuweisen, stellt eine der Hauptschwierigkeiten bei Klagen wegen Diskriminierung dar.¹⁷² Häufig haben die Betroffenen, z.B. mangels Lohntransparenz, keinen Zugang zu den notwendigen Informationen, um direkte und insbesondere indirekte Diskriminierungen erkennen und belegen zu können. Das Instrument der *Beweislaste erleichterung* wird deshalb grundsätzlich als nützlich bewertet. Gefordert wurde aufgrund der Evaluation 2003-2005 die Ausdehnung der Beweislaste erleichterung auch auf die Fälle von Anstellungsdiskriminierung.¹⁷³ Insbesondere Arbeitnehmerorganisationen sprachen sich sodann für die Ausdehnung der Beweislaste erleichterung auch auf den Fall von sexueller Belästigung aus.¹⁷⁴ Der Synthesebericht 2005 führte dazu aus, dass die Tatsache, dass die Beweislaste erleichterung bei diesem Tatbestand nicht gelte, sich statistisch nicht ausgewirkt habe. Zwar würden die Gerichtsurteile bei sexueller Belästigung etwas seltener zu Gunsten der Arbeitnehmenden ausfallen, allerdings seien die Unterschiede zwischen den Tatbeständen mit gleicher Beweisregelung grösser.¹⁷⁵

Der Bundesrat hatte ursprünglich vorgeschlagen, die Beweislaste erleichterung in jedem Fall von Diskriminierung zuzulassen,¹⁷⁶ womit er aber im eidgenössischen Parlament nicht durchdrang.¹⁷⁷

¹⁶⁷ FREIVOGEL, S. 1346.

¹⁶⁸ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. XI und 119; MÜLLER/RAMSEYER, S. 1332.

¹⁶⁹ BBI 2006 3161, S. 3177.

¹⁷⁰ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. 119.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid., S. XI; BBI 2006 3161, S. 3175.

¹⁷³ BBI 3161, S. 3183.

¹⁷⁴ BBI 3161, S. 3176.

¹⁷⁵ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. XIII, siehe auch Bundesrat, Evaluation GIG, BBI 2006 3176.

¹⁷⁶ Der Vorschlag gemäss Botschaft 1993 I 1326 lautete: „Eine Diskriminierung wird vermutet, wenn sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.“

Die in der Folge im eidgenössischen Parlament eingereichten Vorstösse, welche eine Ausweitung der Beweislasteilerleichterung forderten,¹⁷⁸ wurden mit der Begründung abgelehnt, dass es bei sexueller Belästigung für die Arbeitgeberseite schwierig bzw. unmöglich sei, die Vermutung einer Diskriminierung zu beseitigen, denn im Gegensatz zu anderen Diskriminierungsfällen wie beispielsweise der Lohnungleichheit würden Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen über keine Informationen verfügen, die den Nachweis erlauben, dass nicht diskriminiert wurde. „Die Vorfälle passieren in der Tat nicht immer mit Wissen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers. Die Beweislasteilerleichterung soll folglich die Ausnahme bleiben.“ Als problematisch wurde sodann erachtet, dass sich die zivilrechtliche Beweislasteilerleichterung präjudizierend auf ein allfälliges Strafverfahren gegen den Täter bzw. die Täterin auswirken könne, das heisst, die im Strafrecht geltende Unschuldsvermutung einschränke. Diese Argumentation verkennt allerdings, dass Adressat der Bestimmung von Art. 4 der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin und nicht der Belästiger bzw. die Belästigerin ist. Die Arbeitgebenden tragen die Verantwortung, sexuelle Belästigungen ihrer Arbeitnehmenden weit möglichst zu unterbinden (siehe oben, Kap. IV. 1). Darauf hinzuweisen ist an dieser Stelle sodann, dass die EU-Richtlinien im Bereich Geschlechtergleichstellung die Beweislasteilerleichterung für jegliche Diskriminierung zulassen, also auch bei Belästigung.¹⁷⁹

5.4.3. Verfahrenskosten und Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Die Frage der Verfahrenskosten und der Kosten der Prozessvertretung wurde in der Evaluation 2003-2005 nicht untersucht. Aus den im Rahmen dieser Studie durchgeführten sozialwissenschaftlichen Befragungen¹⁸⁰ geht hervor, dass die zu erwartenden Kosten – vor allem im Vergleich mit den zu erwartenden meist eher geringen Entschädigungssummen¹⁸¹ – ein bedeutender Faktor für den Entscheid, ob gegen die erlebte Diskriminierung mit einer gerichtlichen Klage vorgegangen werden soll, darstellt. Die Angst vor einer negativen Entscheidung und dessen Kostenfolge ist einer der wesentlichen Gründe, weshalb nach durchlaufenem Schlichtungsverfahren keine Klage erhoben wird. Angaben zu den Verfahrens- und Parteikosten aufgrund der im Rahmen dieser Studie ermittelten Schwangerschaftsfällen finden sich in Teilstudie 8. Der Medianwert der Verfahrenskosten wird mit CHF 1'600.-¹⁸² und die Parteikosten mit CHF 2'793.-¹⁸³ angegeben.

5.4.4. Kündigungsschutz

Im Zeitpunkt der Evaluation 2003-2005 war der in Art. 10 GLG für den Fall einer Rache Kündigung vorgesehene Kündigungsschutz für die Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, des Schlichtungs- oder des Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus noch nie zum

¹⁷⁷ Der Nationalrat wollte die Beweislasteilerleichterung nur bei Lohndiskriminierung verankern. Dem Ständerat ging der Vorschlag des BR ebenfalls zu weit und er schlug vor, sie bei sexueller Belästigung auszuschliessen. Der Nationalrat beharrte auf seiner Linie, so dass der Ständerat schliesslich vorschlug, sowohl sexuelle Belästigung als auch Diskriminierung bei der Anstellung von der Beweislasteilerleichterung auszuschliessen, was schliesslich eine Mehrheit fand. Siehe STEIGER-SACKMANN, S. 205 f.

¹⁷⁸ Motion 06.3028 Bernasconi Maria, Gleichstellungsgesetz. Beweislasteilerleichterung vom 08.03.2006; Parlamentarische Initiative 09.514 Teuscher Franziska, Sexuelle Belästigung wirksam bekämpfen vom 11.12.2009.

¹⁷⁹ siehe Art. 19 Richtlinie 2006/45/EG vom 05.07. 2006.

¹⁸⁰ Siehe Teilstudie 5, Kap. II.2.1.1.

¹⁸¹ Siehe nachstehend Kap. 5.4.6.

¹⁸² Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.B, Tabelle 2: Verfahrenskosten Fälle Mutterschaft/Schwangerschaft.

¹⁸³ Ibid., Kap. III.3.2.1.D, Tabelle 3: Parteikosten Fälle Mutterschaft/Schwangerschaft.

Tragen gekommen.¹⁸⁴ Die Evaluation brachte vor allem zu Tage, dass weder den Anwältinnen und Anwälten noch den Gerichten die Bestimmung bekannt und klar war.¹⁸⁵

Bis Mai 2011 wurden nach dem Gerichtsprozess keine erfolgreichen Wiedereinstellungen verzeichnet.¹⁸⁶ Hingegen konnte bei den Schlichtungs- und Gerichtsverfahren bei einigen Rache-kündigungen ein Vergleich erzielt werden.¹⁸⁷

In der Mehrheit der Fälle, die in der Evaluation 2004/2005 analysiert wurden, wurde erst geklagt, nachdem das Arbeitsverhältnis bereits aufgelöst worden war: 55% der öffentlichrechtlichen und 84% der privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse bestanden nach Ausgang des Gerichtsverfahrens nicht mehr. Bereits beim Anrufen der Schlichtungsstelle bestanden nur noch 63% aller Arbeitsverhältnisse,¹⁸⁸ was aufzeigt, dass die Kündigungsproblematik trotz Schlichtungsstelle nicht verringert werden konnte.¹⁸⁹ Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erscheint „keine realistische Option für eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer, die oder der sich diskriminiert fühlt, wenn das Vertrauensverhältnis zur Arbeitgeberin oder zum Arbeitgeber bereits stark zerrüttet ist“. Eine Verstärkung des Kündigungsschutzes wurde zwar verschiedentlich – auch im Rahmen der Evaluation des GIG 2003-2005 – verlangt. Die im Rahmen der Evaluation durchgeführten Befragungen haben allerdings ergeben, dass die Mehrheit der Befragten den Kündigungsschutz als ausreichend erachtet. Sowohl der vorhandene als auch ein allenfalls ausgebauter Kündigungsschutz könne das Problem des Stellenverlusts nicht lösen. Der Bundesrat äusserte sodann die Befürchtung, dass ein Ausbau des Kündigungsschutzes sich kontraproduktiv für die Frauen auswirken könne, da Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber aus Angst, das Arbeitsverhältnis wegen drohender Klagen nicht mehr auflösen zu können, zögern könnten, Frauen einzustellen.¹⁹⁰ Generell wurde die Ansicht vertreten, dass der vorhandene Kündigungsschutz das Problem des Stellenverlusts nicht lösen könne.¹⁹¹

In seiner Stellungnahme zur vom Nationalrat abgelehnten Motion Hubmann,¹⁹² welche eine Verlängerung des Kündigungsschutzes auf drei Jahre verlangte mit der Begründung, dass eine solche Regelung der mietrechtlichen Sperrfrist entspreche, welche sich in der Praxis bewährt habe, wies der Bundesrat darauf hin, dass sich Diskriminierungsverfahren insbesondere bei Lohnprozessen sehr in die Länge ziehen können. So habe die Evaluation gezeigt, dass es bis zu einem Urteil über sieben Jahre dauern könne, womit eine Verlängerung der Dauer des Kündigungsschutzes auf drei Jahre dazu führe, dass ein Arbeitsverhältnis bis zu zehn oder mehr Jahre aufrechterhalten bleiben müsste. Eine so lange Bindung würde die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in ihrer Vertragsfreiheit massiv einschränken. Auch hier befürchtet der Bundesrat, dass sich ein ausgebauter Kündigungsschutz kontraproduktiv für die Frauen auswirken würde, „da die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber aus Angst, das Arbeitsverhältnis wegen drohender Diskriminie-

¹⁸⁴ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. V.

¹⁸⁵ Ibid., S. XII.

¹⁸⁶ PÄRLI, allgemein bzw. S. 1 mit Jahresangaben, und S. 9. Siehe auch von KAENEL, S. 52.

¹⁸⁷ Ibid., S. 9.

¹⁸⁸ Ramseyer/Müller, S. 1332.

¹⁸⁹ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. IV.

¹⁹⁰ Bundesrat, Evaluation GIG, BBl 2006 3190.

¹⁹¹ Ibid., S. XII.

¹⁹² Siehe 06.3036 – Motion Hubmann Vreni, Gleichstellungsgesetz. Verbesserung des Kündigungsschutzes, vom 08.03.2006.

rungsklagen für eine sehr lange Zeit nicht mehr auflösen zu können, zögern könnten, Arbeitnehmerinnen anzustellen.“¹⁹³

5.4.5. Verfahrensdauer

Die Evaluation 2003-2005 ermittelte für die Schlichtungsverfahren eine durchschnittliche Dauer von 4.8 Monate; im gesamtschweizerischen Schnitt waren innert drei Monaten die Hälfte aller Schlichtungsverfahren abgeschlossen. Bei den Gerichten lag die durchschnittliche Verfahrensdauer bei 15 Monaten; die Hälfte aller Gerichtsentscheide wurde innert 7.3 Monaten gefällt. Vor allem die Lohnverfahren haben sich zum Teil sehr lange hingezogen. Das Maximum lag bei über sieben Jahren.

Die Verfahren dauerten insbesondere bei Lohngleichheitsprozessen sehr lange (bis sieben Jahre).¹⁹⁴ Als Gründe wurden im Evaluationsbericht 2005 die mangelnde Schulung und Erfahrung sowie Probleme bei der Informations- und Beweisbeschaffung, der Gutachtenproblematik usw. genannt. Mit Massnahmen zur Verbesserung der effizienten Datenerhebung und des Verfahrensablaufs sowie der Zunahme der Erfahrung werde sich dieses Problem vermutlich von selbst lösen“.¹⁹⁵ Angaben zur Verfahrensdauer aufgrund der im Rahmen dieser Studie ermittelten Schwangerschaftsfällen finden sich in Teilstudie 8. Der Medianwert wird für Schlichtungsverfahren mit 2 Monaten, 2 Wochen und für die Gerichtsverfahren mit 7 Monaten, 2 Wochen angegeben.¹⁹⁶

5.4.6. Beurteilung der Sanktionen

Zu den im GIG vorgesehenen Sanktionen und die Praxis dazu hat sich die Evaluation 2003-2005 nicht geäussert. Die Lehre wie auch das Bundesgericht beurteilen die Sanktionen aber als ungenügend und kaum geeignet, eine generalpräventive Wirkung zu entfalten.¹⁹⁷ (Siehe dazu Teilstudie 1).¹⁹⁸ Bei missbräuchlichen Kündigungen im Arbeitsrecht (Art. 336 ff. OR) besteht eine Entschädigungsobergrenze von lediglich sechs Monatslöhnen, bei Entschädigungen nach GIG drei (bei Diskriminierungen in der Ablehnung einer Anstellung) bzw. ebenfalls sechs Monatslöhne (bei Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses).¹⁹⁹ Die Anknüpfung der Entschädigung an den Monatslohn vermöge damit dem GLG nur eine geringe Wirksamkeit zu verschaffen, da Unternehmen nur geringe Risiken auf sich nehmen, wenn sie diskriminierende Kündigungen gegenüber gering bezahlten Teilzeiterwerbstitigen oder schlecht verdienenden Arbeitnehmenden aussprechen.²⁰⁰ Verwiesen wird zudem darauf, dass der Bezug auf den Monatslohn nicht die richtigen Akzente setze und die Sanktionenregelung folglich schlecht verdienende Arbeitnehmende übermässig benachteiligt. Vorgeschlagen wurde deshalb verschiedentlich eine Erhöhung der heute bestehenden Sanktionen sowohl im GIG als auch im

¹⁹³ Ibid., Antwort des BR vom 17.05.2006.

¹⁹⁴ Antwort des BR vom 17.5.2006 auf 06.3032 – Motion Hubmann Vreni, Gleichstellungsgesetz und Kündigungsschutz. Ausbau der Sanktionen vom 08.03.2006.

¹⁹⁵ BBI 2006 3184.

¹⁹⁶ Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.D, Tabelle 4: Verfahrensdauer Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft.

¹⁹⁷ RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, S. 160 f.; BGE 131 II 361, E. 4.

¹⁹⁸ Kap. III.3.1.9 und III.3.2.2.I.

¹⁹⁹ Siehe oben Kap. IV.III.

²⁰⁰ PÄRLI, S. 6.

Obligationenrecht.²⁰¹ Damit sollen Betroffene vermehrt zum Handeln motiviert werden und dem GIG eine erhöhte abschreckende Wirkung zukommen. Die Klage vor Gericht erscheint unter dem jetzt geltenden Recht angesichts der Gefahr, die Prozesskosten der Arbeitgeberseite übernehmen zu müssen, in vielen Fällen effektiv als wenig attraktiv. Trotz der Tatsache, dass Frauen generell tiefere Löhne erhalten als Männer, stiess die Forderung nach Erhöhung der Entschädigungen im Gleichstellungsgesetz beim Bundesrat auf Ablehnung. Er äusserte die Befürchtung, dass eine einseitige Erhöhung im GIG sich kontraproduktiv auswirken könnte, da sie zu einer grösseren Zurückhaltung der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber führen könnte, Frauen einzustellen.²⁰² Abgelehnt hat das eidgenössische Parlament sodann die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Forderung, im Falle einer Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes, Bussen gegen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber einzuführen.²⁰³

5.4.7. Forderung nach Schaffung von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen

Kritisiert wurde verschiedentlich, dass das GIG keinen institutionell verankerten Durchsetzungsmechanismus vorsieht. Bereits im Evaluationsbericht 2005 wurde empfohlen, Gleichstellungsinstitutionen mit eigenen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen zu schaffen, um dem Gleichstellungsgesetz bzw. dem Lohngleichheitsanspruch effizienter Nachachtung zu verschaffen.²⁰⁴ Die Angst vor Kündigung und Exponierung stellt, wie auch der Bundesrat in seinem Bericht zur Evaluation festgestellt hat, eine der grössten Hindernisse für die Geltendmachung einer Diskriminierung dar.²⁰⁵ Die Initiative, gegen Diskriminierungen vorzugehen und Lohngleichheit einzufordern, könne nicht ganz den einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern überlassen werden, das Gleichstellungsgesetz habe bislang nicht den gewünschten Effekt erbracht. Entsprechende Forderungen wurden daraufhin verschiedentlich auch im eidgenössischen Parlament zur Diskussion gestellt.²⁰⁶ Der Bundesrat erachtet die Situation heute ebenfalls als unbefriedigend. Er hatte bereits in seinem Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes 2006 vorgeschlagen, dass die Vor- und Nachteile verschiedener Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen vertiefter geprüft werden und dabei die Erfahrungen des Auslands und der Schweiz mit solchen Massnahmen, sowie die Situation der Unternehmen berücksichtigt werden müssten²⁰⁷ und hat in der Folge entsprechende Abklärungen in Auftrag gegeben.²⁰⁸ Nachdem freiwillige Massnahmen insbesondere im Rahmen des

²⁰¹ Eine Erhöhung der Sanktionen hat die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten im Rahmen der Vernehmlassung des Bundesrates, Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 gefordert.

²⁰² Antwort des Bundesrates auf Motion 06.3032 Hubmann Vreni, Gleichstellungsgesetz und Kündigungsschutz. Ausbau der Sanktionen vom 08.03.2006.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. 128.

²⁰⁵ BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3191.

²⁰⁶ Siehe z.B. Motion 06.3031 Hofmann Urs, Gleichstellungsgesetz. Leistungsklagen von Organisationen vom 08.03.2006; Motion 10.3934 Simoneschi-Cortesi, Lohngleichheit von Frauen und Männern. Kontrollmechanismus vom 08.12.2010; Parlamentarische Initiative 12.443 Amarelle Cesla, Lohngleichheit gewährleisten mit Hilfe von tripartiten Kommissionen vom 13.06.2012.

²⁰⁷ BUNDESRAT, Evaluation GIG, BBI 2006 3191.

²⁰⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben vom 10.11.2008; siehe auch INTERFACE, Staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente zur Verwirklichung der Lohngleichheit, 24. Okt. 2013.

sog. „Lohnleichheitsdialogs“²⁰⁹ nicht den gewünschten Erfolg erbrachten,²¹⁰ hat der Bundesrat im Oktober 2014 angekündigt, dass er bis Mitte 2015 das EJPD in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössische Departement des Innern und dem Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage ausarbeiten wird, in der zusätzliche Kontrollmechanismen zur Sicherung der Lohnleichheit vorgeschlagen werden sollen.²¹¹ Gemäss Medienmitteilung sollen die Arbeitgeber gesetzlich dazu verpflichtet werden, regelmässig eine Lohnanalyse durchzuführen und die Durchführung durch Dritte kontrollieren zu lassen.

6. Zwischenfazit

6.1. Positive Wirkungen des Gleichstellungsgesetzes

Mit der Schaffung des GIG hat die Schweiz zum ersten und bis heute einzigen Mal ein spezielles Regelwerk zum Schutz vor Diskriminierung geschaffen, das auch für Private unmittelbar Anwendung findet.

Das Gesetz hat sich grundsätzlich bewährt.²¹² Die Situation für die von Diskriminierung im Erwerbsleben betroffenen Personen konnte verbessert werden und Fortschritte bei der Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann erzielt werden.²¹³ Das GIG hat bewirkt, dass die Gleichstellung auch auf individueller Ebene ein Thema wurde: Gestützt auf den Lohnleichheitsartikel von Art. 4 Abs. 2 aBV, der 1981 in die Verfassung Eingang fand, waren nur gerade 15 Lohnleichheitsklagen erhoben wurden. Mit der Einführung des GIG 1995 erhöhte sich der Anteil bis ins Frühjahr 2004 deutlich auf 153 Gerichtsurteile aufgrund von Lohnklagen und 270 Gerichtsurteilen generell zum Gleichstellungsgesetz.²¹⁴ Heute sind allein in der Sammlung der Fälle aus den deutschsprachigen Kantonen unter [www.gleichstellungsgesetz](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) rund 640 Fälle aufgeführt. Von einer Klageflut kann umgekehrt nicht gesprochen werden. In der deutschsprachigen Schweiz haben sich die Fallzahlen gemäss Datenbank [www.gleichstellungsgesetz](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)²¹⁵ in den letzten Jahren auf eher tiefem Niveau bei rund 40 Fällen eingependelt.²¹⁶

Das GIG bot Anlass für eine breite Auseinandersetzung in Lehre und Rechtsprechung. Das Gesetz trug dazu bei, das Bewusstsein für Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben zu vergrössern und immer noch bestehende stereotype Vorstellungen über die Geschlechterrollen konnten aufgeweicht werden. Das Gesetz hat dazu beigetragen, das Problem der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu einem allgemeinen, öffentlich diskutierten Thema zu machen,

²⁰⁹ Im März 2009 hatten Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Dachverbände sowie verschiedene Bundesstellen den "Lohnleichheitsdialog" initiiert mit dem Ziel, in einem auf freiwilliger Basis beruhenden und auf fünf Jahre beschränkten Projekt diskriminierende Lohnungleichheiten zu bekämpfen.

²¹⁰ VON WITZLEBEN, Schlussevaluation Lohnleichheitsdialog, S. 6.

²¹¹ BUNDESRAT, Lohnleichheit: Bundesrat will zusätzliche staatliche Massnahmen ergreifen, Medienmitteilung vom 22.10.2014.

²¹² BBI 2006 3161.

²¹³ STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. XIII – XIV, VON WITZLEBEN, Evaluation Gleichstellungsgesetz, S. 108.

²¹⁴ MÜLLER/RAMSEYER, S. 1333 f.

²¹⁵ Die Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch versucht möglichst alle Fälle gemäss GIG zu ermitteln und zu dokumentieren.

²¹⁶ In den letzten Jahren wurden folgende Fallzahlen erfasst: 2009: 64; 2010: 60; 2011: 39; 2012: 46; 2013: 40. Die Fallzahlen des Jahres 2014 sind noch nicht definitiv bekannt.

Kontraproduktive Wirkungen des Gesetzes, wie sie bei der Schaffung des GIG befürchtet wurden, sind keine festgestellt worden.²¹⁷

Vor allem zur Beseitigung von Lohndiskriminierungen in typisch weiblichen Erwerbstätigkeiten im öffentlichen Sektor hat sich das Gesetz als hilfreich erwiesen und es konnten eindeutige Verbesserungen erzielt werden. „Die geführten Gruppen- und Massenklagen sowie kombinierte Verbands- und Individualklagen von Beschäftigten in typischen Frauenberufen bewirkte eine breite Veränderungen im Lohngefüge vorab der Kantone. Allein vier parallel geführte kombinierte Verbands- und Individualklagen im Zürcher Gesundheitswesen führten zu Lohnnachzahlungen von rund 280 Millionen Franken an mehrere tausend Personen sowie zu wiederkehrenden jährlichen Lohnmehrkosten von 70 Mio. Franken“.²¹⁸

6.2. Bestehende Probleme und Lücken

Aufgrund der Befragungen im Rahmen der Evaluation 2003-2005²¹⁹ sowie aus den aktuellen Erhebungen²²⁰ wurden folgende Probleme ermittelt:

- Problematisch ist der Umgang mit indirekten Diskriminierungen. Diese werden häufig weder von den Betroffenen noch ihren Vertretern und Vertreterinnen oder von den Arbeitgebenden als solche erkannt. Sodann erweist sich der Nachweis indirekter Diskriminierungen als schwierig.
- Das GIG findet zu wenig Anwendung. Zu diesem Schluss kam die im Jahre 2005 abgeschlossene Evaluation des GIG. Als Grund wurde damals das noch junge Alter des Gesetzes angeführt und die Tatsache, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, aber auch die Gerichte sowie Anwältinnen und Anwälte das Gesetz noch zu wenig kennen.²²¹ Aufgrund der Evaluation 2003-2005 wurden in den letzten Jahren verschiedene Initiativen gestartet, um das GIG bekannt zu machen. Trotzdem haben sich, wie bereits erwähnt, die Fallzahlen nicht erhöht, sondern sie haben sich auf eher tiefem Niveau eingependelt.
- Die Ängste der Betroffenen, gegen Diskriminierung vorzugehen, stehen nach wie vor einer individuellen Klageerhebung entgegen. Das Haupthindernis für das Einreichen einer Gleichstellungsklage liegt in der *Angst vor Kündigung*. Der Kündigungsschutz, wie er im GIG festgelegt ist, wurde in der Evaluation 2003-2005 von fast drei Viertel der befragten Mitglieder von Schlichtungsbehörden allerdings als ausreichend eingestuft. Sie gaben der Meinung Ausdruck, dass sich mit einer gesetzlichen Regelung die Angst vor Arbeitsplatzverlust nicht lösen lasse.²²² Der in Art. 10 GIG vorgesehene Schutz vor Rachekündigungen hat sich in der Praxis nicht bewährt. Es ist kein Fall bekannt geworden, in dem in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Arbeit von der Klagenden während der vorgesehenen Schutzfrist nach diskriminierenden Kündigung wieder aufgenommen worden wäre. Die Hoffnung, dass damit den Betroffenen die Klageerhebung erleichtert werde, indem ihnen die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen werden könnte, hat sich damit nicht erfüllt.

²¹⁷ Von Witzleben, Evaluation Gleichstellungsgesetz, S. 108.

²¹⁸ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. V.

²¹⁹ STUTZ/SCHÄR/FREIVOGEL, Synthesebericht, S. XIV.

²²⁰ Siehe Teilstudie 5, Kap. II.

²²¹ BBI 3161, S. 3189, 3192.

²²² STUTZ, Schriftliche Befragung der Schlichtungsstellen, S. III. Siehe dazu auch Teilstudie 5, Kap. II.1.1.1.

- Das im GIG vorgesehene Verbandsklage- bzw. Verbandsbeschwerderecht konnte in der Praxis nur beschränkte Wirkung entfalten. Es wurde meist in Verbindung mit Individualbeschwerden als strategisches Mittel, um zusätzlichen Druck auszuüben und nicht, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, um Grundsatzfragen aufzugreifen und Verfahren von kollektivem Interesse anzustrengen. In den letzten Jahren wurde es praktisch nicht mehr genutzt.
- Der Nachweis einer erlittenen Diskriminierung bleibt einer der Hauptschwierigkeiten bei Klagen wegen Diskriminierung. Das Instrument der Beweislasteileichterung wird allerdings als nützlich und hilfreich bewertet. Gefordert wurde bereits aufgrund der Evaluation 2003 und auch in der Folge die Ausdehnung der Beweislasteileichterung auf die Fälle von Anstellungsdiskriminierung und in Falle von sexueller Belästigung.
- Für die von Diskriminierung Betroffenen und ihrer Vertretung stellt der Zugang zu Informationen, welche ihnen die Glaubhaftmachung der Diskriminierung erlauben, ein grosses Problem dar. So verhindert zum Beispiel mangelnde Lohntransparenz, dass Diskriminierung erkannt wird und eine Klage gemäss GIG erfolgreich erhoben werden kann.
- Die im GIG vorgesehenen Sanktionen sind zu schwach ausgestaltet und vermögen auf die Arbeitgebenden nicht die gewünschte abschreckende Wirkung zu entfalten. Für die Opfer von Diskriminierung sind die zu erwartenden Entschädigungen angesichts des Risikos, die Prozesskosten selber tragen zu müssen, wenig attraktiv.
- Das Gleichstellungsgesetz überlässt die Einforderung des Gleichstellungsgebots im Erwerbsleben bzw. des verfassungsrechtlich verankerten Lohngleichheitsgebots weitgehend den einzelnen Arbeitnehmenden. Die Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben konnte damit nicht, wie erhofft, grundsätzlich verringert werden, wie insbesondere die immer noch bestehenden Lohnunterschiede zeigen.

V. SCHUTZ VOR DISKRIMINIERUNG WEGEN EINER SCHWANGERSCHAFT

1. Einleitung

Gemäss Art. 8 Abs. 3 BV ist keinerlei unterschiedliche Behandlung der Geschlechter gerechtfertigt.²²³ Lediglich biologische Gegebenheiten, worunter einzig Schwangerschaft und Geburt sowie – in engem zeitlichen Rahmen – die Mutterschaft (insbesondere betreffend der Stillzeit) verstanden werden, rechtfertigen ungleiche Behandlung bzw. verlangen nach Sonderregelungen. Das schweizerische Recht sieht verschiedene Schutzbestimmungen in der Arbeitsgesetzgebung (OR und Arbeitsgesetz)²²⁴ vor. Das Gleichstellungsgesetz sodann schützt Frauen im Erwerbsleben vor diskriminierender Behandlung wegen Schwangerschaft und Mutterschaft beziehungsweise vor Diskriminierung aufgrund der zwingend einzuhaltenden rechtlichen Mutterschutzbestimmungen.

Die Schlichtungsbehörden und auch die Gleichstellungsbüros verzeichnen zunehmende Probleme im Zusammenhang mit Schwangerschaft. Wie eine Untersuchung der Auswirkungen der Mutterschaftsentschädigung im Auftrag des Bundesamtes für Sozialversicherung zeigt, nennen die Unternehmen die Anstellung oder Weiterbeschäftigung von Müttern denn auch als ein Problem,

²²³ Siehe oben Kap. II. 1.3.

²²⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11).

das mit speziellen Schwierigkeiten verbunden ist. Für die Zeit des Mutterschaftsurlaubes müsse ein Ersatz für die ausfallende Frau gefunden werden, was sich je nach Tätigkeit, Unternehmensgrösse und Arbeitsorganisation einfacher oder schwieriger gestalte. „Was bestehen bleibt, sind die bekannten Unwägbarkeiten, welche mit Kindern verbunden sind, kurzfristige Absenzen wegen erkrankter Kinder, Ausfall der Kinderbetreuung usw.“²²⁵ Trotzdem wurde die Meinung geäussert, dass Mutterschaft nur eine untergeordnete Rolle bei der Anstellung spiele. Einzig bei der Besetzung von Kaderpositionen fliesse der Aspekt Mutterschaft in die Überlegungen ein. Aufgezeigt wird in der Studie, dass „die konjunkturelle Lage einerseits und die mit Kindern im Zusammenhang stehenden Arbeitsausfälle andererseits die Anstellung von Frauen massgeblicher beeinflussen, als die Geburt eines Kindes“.²²⁶

Im Folgenden werden, nachdem kurz die internationalen Verpflichtungen der Schweiz dargestellt werden, die einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der Schwangeren erläutert und deren Anwendung in der Praxis anhand der im Wesentlichen im Rahmen der Umfrage bei den Gerichten ermittelten Fälle (siehe dazu Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1).

2. Internationale Ebene

Spezielle Bestimmungen zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft finden sich im *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (Sozialpakt) und im *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*.

Der *Sozialpakt* verpflichtet die Vertragsstaaten in Art. 10, Müttern während einer *angemessenen* Zeit vor und nach der Niederkunft, besonderen Schutz zu gewähren. Während dieser Zeit sollen berufstätige Mütter einen „bezahlten Urlaub oder Urlaub mit angemessenen Leistungen aus der Sozialen Sicherheit erhalten“.

Das *CEDAW-Übereinkommen* stellt vorerst klar, dass Sondermassnahmen zum Schutz der Mutterschaft nicht als Diskriminierung gelten (Art. 4 Abs. 2 CEDAW-Übereinkommen). Entsprechende Sondermassnahmen sind in Art. 11 gefordert und haben zum Ziel, Frauen im Falle von Schwangerschaft und Mutterschaft ihr Recht auf Arbeit zu gewährleisten. Dazu gehören positive Massnahmen, um der Frau die Vereinbarkeit von Familienpflichten mit den beruflichen Aufgaben und der Teilnahme am öffentlichen Leben zu ermöglichen (Art. 11 Abs. 2 lit. c).²²⁷ Für die Zeit der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubes sieht das Übereinkommen ein mit Sanktionen verbundenes Verbot der Entlassung vor (Art. 11 Abs. 2 lit. a). Die Vertragsstaaten werden zur Einführung eines bezahlten oder mit vergleichbaren sozialen Vorteilen verbundenen Mutterschaftsurlaubes verpflichtet. Dabei muss der Frau der bisherige Arbeitsplatz, das Dienstalter sowie soziale Zulagen garantiert bleiben (Art. 11 Abs. 2 lit. b). Sie haben im Weiteren den Schutz von Schwangeren vor Beschäftigungsarten, die sich als schädlich für Schwangere erwiesen haben zu gewähren (Art. 11 Abs. 2 lit. d).

²²⁵ SCHUBARTH, S. 309.

²²⁶ SCHUBARTH, S. 307. Siehe eingehend AEPPLI.

²²⁷ Die Bestimmung lautet: „Um eine Diskriminierung der Frau wegen Eheschliessung oder Mutterschaft zu verhindern und ihr ein wirksames Recht auf Arbeit zu gewährleisten, treffen die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen:

(...)

c) zur Förderung der Bereitstellung der erforderlichen unterstützenden Sozialdienste, die es Eltern ermöglichen, ihre Familienpflichten mit ihren beruflichen Aufgaben und mit der Teilnahme am öffentlichen Leben zu vereinbaren, insbesondere durch Förderung der Errichtung und des Ausbaus eines Netzes von Einrichtungen zur Kinderbetreuung“.

Detailliert geregelt hat die Rechte der Schwangeren die Internationale Arbeitsorganisation im Übereinkommen Nr. 183 vom 15. Juni 2000 über den Mutterschutz.²²⁸ Dieses sieht für alle un- selbstständig beschäftigten Frauen den Schutz der Gesundheit von Schwangeren und Stillenden vor (Art. 3), einen minimalen Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen (Art. 4)²²⁹ mit Leistungen, die zwei Drittel des früheren Verdienstes der Frau nicht unterschreiten sollten (Art. 6), sowie einen Kündigungsschutz für die Zeit der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs (Art. 8). Die Vertragsstaaten haben zu gewährleisten, dass eine Frau nach dem Ende ihres Mutterschaftsurlaubs an denselben oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz mit dem gleichen Entgelt zurückkehren kann. Im Falle einer Kündigung obliegt dem Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Gründe für die Entlassung nicht mit der Schwangerschaft oder der Entbindung und ihren Folgen oder dem Stillen zusammenhängen. Bei der Anstellung dürfen sodann keine Schwangerschaftstests oder der Nachweis eines solchen Tests verlangt werden – ausser die in Frage stehende Arbeit gebiete es aus Gesundheitsgründen, keine Schwangeren anzustellen. Schliesslich ist Frauen das Recht auf eine oder mehrere tägliche Pausen oder eine tägliche Verkürzung der Arbeitszeit zum Bruststillen zu gewähren; die entsprechende Zeit ist als Arbeitszeit anzurechnen und entsprechend zu bezahlen (Art. 10). Die Schweiz hat das Übereinkommen mit Datum vom 4. Juni 2014 ratifiziert.²³⁰

Auf *europäischer Ebene* finden sich Bestimmungen zum Mutterschutz in der revidierten Sozialcharta vom 3. Mai 1996, welche die Schweiz allerdings nicht ratifiziert hat.²³¹ Art. 8 sieht einen 14-wöchigen bezahlten Mutterschaftsurlaub, Regelungen zu Stillzeiten und einen Kündigungsschutz vor. Sodann sind Mütter vor Nachtarbeit und Untertagearbeit sowie generell vor gefährlichen Arbeiten zu schützen.

3. Überblick über die Bestimmungen zum Schutze der Schwangerschaft in der Schweiz

Die Bundesverfassung verpflichtet Bund und Kantone, sich dafür einzusetzen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Mutterschaft gesichert ist (Art. 41 Abs. 2 BV) und dem Bund obliegt es, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten (Art. 116 Abs. 3 BV). Letzteres konnte 2005 nach mehreren Anläufen umgesetzt werden (siehe nachstehen Kap. IV. 3.3). Im Einzelnen sind folgende Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht des Obligationenrechts,²³² sowie im Arbeitsgesetz²³³ zu beachten.

²²⁸ Neufassung des Übereinkommens Nr. 103 über den Mutterschutz vom 28. Juni 1952. Dieses wiederum war die Neufassung des ursprünglichen Übereinkommens Nr. 3 vom 2. Nov. 1919.

²²⁹ In der Empfehlung 191 vom 15. Juli 2000 (Empfehlung betreffend die Neufassung der Empfehlung betreffend den Mutterschutz, 1952) fordert die ILO die Mitgliedsstaaten auf, den Mutterschaftsurlaub auf mindestens 18 Wochen auszudehnen.

²³⁰ In Kraft getreten am 4. Juni 2015 (SR 0.822.728.3).

²³¹ Die Schweiz hat die Sozialcharta von 1961 mit Datum vom 6. Mai 1976 unterzeichnet, nicht aber die heute massgebliche revidierte Sozialcharta vom 1996. Siehe dazu auch Bundesrat, Zehnter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 27. Februar 2013, S. 2145.

²³² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

²³³ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (SR 822.11), Art. 35 ff. sowie Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000 (SR 822.111), Art. 62.

3.1. Arbeitsbedingungen während der Schwangerschaft und der Stillzeit

Gemäss Arbeitsgesetz sind Schwangere, sofern sie nicht in einer Branche arbeiten, die vom Arbeitsgesetz nicht erfasst ist,²³⁴ insbesondere von gefährlicher und beschwerlicher Arbeit zu befreien, das heisst, die Arbeitgeber sind verpflichtet, ihnen eine gleichwertige Ersatzarbeit ohne Risiken vorzuschlagen (Art. 35 Abs. 1 ArG). Sodann haben sie Frauen, die Abend- oder Nachtarbeit verrichten, eine Tagesarbeit anzubieten. Ist es der Arbeitgeberin nicht möglich, eine gleichwertige Ersatzarbeit anzubieten, haben die Arbeitnehmerinnen das Recht, die Arbeit zu verweigern. Ihnen steht in diesem Fall 80% des Lohnes zu. Während der 15. und 16. Woche nach der Niederkunft hat die Arbeitnehmerin das Recht, die Arbeit noch nicht wieder aufzunehmen. Der oder die Arbeitgebende muss in dieser Zeit allerdings keinen Lohn zahlen (Art. 35a Abs. 3 ArG).

Stillenden Müttern ist die Zeit zum Stillen freizugeben (Art. 35 Abs. 2 ArG). Im Rahmen der Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 183 zur Mutterschaft durch die Schweiz 2014 wurde in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz nun weitergehend verankert, dass die Stillpausen beziehungsweise die Zeit zum Abpumpen von Milch als Arbeitszeit gelten und ebenfalls bezahlt werden müssen (Art. 60 Abs. 2 ArGV1).²³⁵

3.2. Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin

Das zivilrechtliche Arbeitsvertragsrecht enthält die Lohnzahlungspflicht für den Fall, dass eine Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft nicht zur Arbeit gehen kann (Art. 324a Abs. 2 OR). Der Anspruch ist – analog zu Krankheit und Unfall – abhängig von der Dauer der Anstellung. Unter Umständen besteht damit lediglich eine minimale Lohnzahlungspflicht für die Dauer von drei Wochen.²³⁶ Dabei wird nicht unterschieden zwischen Fehlen wegen einer Schwangerschaft und Fehlen wegen einer Krankheit oder eines Unfalls. Das heisst, alle Arbeitsverhinderungen werden pro Dienstjahr ungeachtet des Grundes zusammengerechnet und es besteht kein Anspruch auf Lohnzahlung mehr, wenn die Arbeitnehmerin bereits etwa wegen einer Krankheit vor Beginn der Schwangerschaft Lohn beansprucht hat. Eine Pflicht zum Abschluss einer Taggeldversicherung durch die Arbeitgebenden besteht sodann nicht.

3.3. Mutterschaftsversicherung

Seit Juli 2005 gewährt die Schweiz allen erwerbstätigen Frauen eine den *Minimalanforderungen* der auf internationaler Ebene anerkannten Verträge entsprechende *Mutterschaftsentschädigung*.²³⁷ Während 14 Wochen werden 80% des Lohnes – maximal 196 Franken pro Tag – aus-

²³⁴ Siehe die Ausnahmen in Art. 2 ArG. Nicht unter das Gesetz fallen z.B. private Haushalte oder gewisse landwirtschaftliche Betriebe.

²³⁵ Änderung vom 13. April 2014, in Kraft seit 1. Juni 2014.

²³⁶ Für die Berechnung der Lohnzahlungspflicht wenden die Gerichte, sofern keine weitergehenden günstigeren Regeln vereinbart wurden (z.B. in einem Gesamtarbeitsvertrag) die z.B. auf der Website des SECO dokumentierten Regeln an (siehe auf der Website des SECO <http://www.seco.admin.ch> unter Startseite > Themen > Arbeit > Arbeitsrecht > FAQ zum privaten Arbeitsrecht > Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung).

²³⁷ BG vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz, SR 834.1), Art. 16b ff. Die Bundesregelung stellt einen *Mindeststandard* dar und schliesst grosszügigere Regelungen der Kantone, in Gesamtarbeitsverträgen oder durch einzelne Unternehmen nicht aus. Gemäss SCHUBARTH, S. 307, haben 75% der in der betreffenden Untersuchung befragten Unternehmen die bereits vor 2005 bestehende grosszügigere Regelung beibehalten, knapp 25% haben ihre Regelung auf das gesetzlichen Minimum reduziert und drei Prozent haben ihre Regelung verbessert. Eine Übersicht über die

bezahlt.²³⁸ Voraussetzung ist, dass die Anspruchsberechtigte während der neun Monate unmittelbar vor der Geburt im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war und in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat (Art. 16b Abs. 1 lit. a und b Erwerbssatzgesetz).²³⁹

3.4. Arbeitsverbot

Nach der Geburt dürfen Wöchnerinnen während 8 Wochen nicht arbeiten (Art. 35a Abs. 3 ArG). Beginnen sie nach dieser Zeit zu arbeiten, entfällt die Entschädigung der Mutterschaftsversicherung.

3.5. Kündigungsschutz

Damit sich die Arbeitgebenden nicht durch Kündigung den Schutzpflichten entledigen können, gilt während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft ein *absoluter Kündigungsschutz*, das heisst, *jede* Kündigung in dieser Zeit ist *nichtig* (Art. 336c OR, Kündigung zu Unzeit).²⁴⁰ Der Kündigungsschutz läuft ab dem ersten Tag der Schwangerschaft unabhängig davon, ob die Arbeitnehmerin von ihrer Schwangerschaft weiss bzw. wusste.

Ausgenommen von diesem Schutz ist die Probezeit.²⁴¹ Diese darf gemäss Art. 335b OR maximal drei, in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen des Bundes²⁴² bis zu sechs Monaten betragen.²⁴³ Während der Probezeit kann die schwangere Arbeitnehmerin gestützt auf das Gleichstellungsgesetz wegen diskriminierender Kündigung eine Entschädigung einklagen (gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG). Die Kündigung während der Probezeit ist also gültig, sofern es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelt, und kann nicht rückgängig gemacht werden.²⁴⁴

3.6. Diskriminierungsschutz

Gegen weitere direkte und auch indirekte Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft und weitergehend aufgrund des Zivilstands oder der familiären Situation kann gestützt auf das Gleichstellungsgesetz vorgegangen werden. Wie bereits erwähnt (siehe oben Kap. IV. 2), verbie-

gesetzlichen Regelungen zur Mutterschaft des Bundes und in den Kantonen und Städten findet sich bei FUCHS.

Ein internationaler Vergleich der Regelungen findet sich in: ILO, Maternity and paternity at work - Law and practice across the world, Geneva 2014.

²³⁸ Gemäss Art. 7 Abs. 2 der V 11 vom 24. Sept. 2010 über Anpassungen an die Lohn- und Preisentwicklung bei der AHV/IV/EO, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS 2010 4577). Siehe auch AHV/IV, Merkblatt 06.02 – Mutterschaftsentschädigung, Ziff. 4.

²³⁹ BG vom 25. Sept. 1952 über den Erwerbssatz für Dienstleistende und bei der Mutterschaft (SR 834.1).

²⁴⁰ Läuft ein befristeter Arbeitsvertrag während der Schwangerschaft aus, greift die Bestimmung von Art. 336c OR nicht, da das Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung beendet wird.

²⁴¹ Ebenfalls wenn aus wichtigen Gründen das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst wird (Art. 337 ff. OR).

²⁴² Art. 8 Abs. 2 Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

²⁴³ Siehe betreffend kantonale Regelungen unten Kap. V. 4.3.

²⁴⁴ RIEMER-KAFKA /ÜBERSCHLAG, Art. 5 GIG, S. 173 f., RZ 39 und RZ 40; PÄRLI S. 6. Für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis siehe allerdings etwa Art. 34c Abs. 1 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

tet das GIG Diskriminierung auch bezüglich der Anstellung,²⁴⁵ Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Aufgabenzuteilung, Beförderung, Weiterbildung, Auflösung des Arbeitsvertrages usw.²⁴⁶ Eine Diskriminierung misst sich in solchen Fällen nicht nur an den Bedingungen der Männer, sondern – zum Beispiel in Betrieben, in denen nur Frauen arbeiten – auch an denjenigen von Frauen ohne entsprechende Familienpflichten.

Betreffend Anstellung schliesslich gilt, dass eine Bewerberin im Bewerbungsgespräch nicht nach einer Schwangerschaft oder der Familienplanung gefragt werden darf.²⁴⁷

4. Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft in der Rechtspraxis

Hinweise zur Rechtspraxis können der im Rahmen der Teilstudie 8 ermittelten Fälle zu Schwangerschaft entnommen werden. In der Mehrheit handelte es sich dabei um Entscheide betreffend Klagen wegen Kündigung aufgrund von Schwangerschaft. Diese erfolgten in folgenden Konstellationen:

- nach der Anstellung aber vor Aufnahme der Arbeit
- während der Probezeit
- während der Schwangerschaft
- während des Mutterschaftsurlaubs
- nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub

Je nach Zeitpunkt der Kündigung kamen die Bestimmungen des OR (nach der Anstellung aber vor Aufnahme der Arbeit, während der Schwangerschaft und während des Mutterschaftsurlaubes) oder das Gleichstellungsgesetz (während der Probezeit und nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub) zur Anwendung.²⁴⁸

4.1. Entscheide betreffend Kündigung während der Schwangerschaft

Die im Rahmen der Studie durchgeführte Fallanalyse ergab, dass die Gerichte bei Kündigung *während der Schwangerschaft oder dem Mutterschaftsurlaub* dem vorgesehenen absoluten Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR korrekt zur Anwendung verhalfen.

Klargestellt wird, dass das Kündigungsverbot *keine Mitteilung der Schwangerschaft voraussetzt*. Das Bundesgericht hatte in diesem Zusammenhang einen Fall zu beurteilen, in dem eine Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft erst einen Monat nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitteilte.²⁴⁹ Die Richter in Lausanne bestätigten ihre diesbezügliche Rechtsprechung in diesem Entscheid und verneinten im konkreten Fall ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Arbeitnehmerin, weil sie ihre Schwangerschaft erst in diesem Zeitpunkt mitgeteilt hatte. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sei nur in ausserordentlichen Umständen zu bejahen.²⁵⁰

²⁴⁵ Siehe zu allfälligen Rechtfertigungsgründen einer Nichtanstellung einer Schwangeren bei FREIVOGEL, Art. 3 GIG, S. 65, Rz. 25 f.

²⁴⁶ Ibid, S. 70 ff.

²⁴⁷ Siehe eingehend UEBERSCHLAG, Anstellungsdiskriminierung, S. 192 f.

²⁴⁸ Siehe zur Fallauswertung Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.

²⁴⁹ BGE 135 III 349. So auch Arbeitsgericht Winterthur, Urteil vom 21.2.2013, AN120002-K/U1/bu, E. III.2.

²⁵⁰ BGE 135 III 352 E. 3.

Im Fall des Arbeitsgerichts des Sensebezirks²⁵¹ hatte das Gericht zu entscheiden, ob eine im konkreten Fall befristete Anstellung einer Frau als Volleyballspielerin für eine Saison aufgrund einer Schwangerschaft entgegen des bestehenden absoluten Kündigungsverbots gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR beendet werden durfte, bzw. unter welchen Bedingungen auf die Schutzbestimmungen gemäss Art. 336 ff. OR verzichtet werden kann. Das Gericht führte aus, dass eine entsprechende Verzichtserklärung von strengen Bedingungen abhängt. Eine entsprechende übereinstimmende Willensäusserung müsse von beiden Parteien ausgehen und sich sowohl auf die Entscheidung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auch auf den gewählten Zeitpunkt beziehen. Wird die Vereinbarung vom Arbeitgeber oder von der Arbeitgeberin vorbereitet, müssen die Arbeitnehmenden eine Bedenkzeit erhalten und dürfen nicht zum Zeitpunkt der Unterzeichnung überraschend damit konfrontiert werden. Die blosser Annahme der Kündigung durch die Arbeitnehmerin lasse noch nicht auf eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und auf ihren Verzicht auf den Schutz von Art. 336 ff. OR schliessen. Die Gültigkeit einer Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses setze immer auch einen angemessenen Vorteil für die Arbeitnehmende voraus. Das treffe zu, wenn sie im Gegenzug eine entsprechende Abgangsschädigung und/oder Naturalleistungen (Ausbildung, Outplacement, ...) erhalte oder wenn sie den Arbeitsplatz auf eigenen Wunsch vorzeitig verlasse, namentlich weil sie eine neue Stelle gefunden habe. Der Verzicht des Arbeitgebenden auf die Arbeitsleistung führt nicht automatisch dazu, dass er von der Lohnzahlungspflicht befreit ist (Art. 324 OR). Zieht also die Arbeitnehmerin keinen angemessenen Vorteil aus der Abrede über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, hat diese einen Verzicht auf die Anwendung der zwingenden Bestimmungen über den Kündigungsschutz zur Folge und ist nichtig (Art. 361 Abs. 2 und Art. 362 Abs. 2 OR). Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses untersteht dabei keiner besonderen Formvorschrift und im Zweifelsfall muss die Frage nach der Existenz einer übereinstimmend beschlossenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses besonders restriktiv ausgelegt werden.²⁵² Im konkreten Fall erachtete das Gericht die abgeschlossene Vereinbarung – der Beklagte hatte der Klägerin eine 80% Arbeitsstelle vermittelt, welche ihr ein höheres Einkommen sowie Praxiserfahrung im Zusammenhang mit ihrem Studium ermöglichte – als gültig und wies die Beschwerde ab.

4.2. Entscheide betreffend Kündigung nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub

Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden z.B. sah in der Kündigung einer Schwesternhilfe, nachdem diese nach dem Mutterschaftsurlaub ihre Stelle wieder angetreten hatte, eine Benachteiligung der Klägerin, da nur ihr und nicht den anderen Angestellten gekündigt worden war. Der Zusammenhang zwischen der Kündigung und der Schwangerschaft und damit eine gemäss GIG verbotene Geschlechterdiskriminierung sah das Gericht somit als erwiesen an. Das von den Beklagten vorgebrachte Argument, es sei mit der Kündigung keine Diskriminierung beabsichtigt gewesen, liess es nicht gelten. Festgehalten wurde, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin sicherstellen muss, dass die Frau nach dem Mutterschaftsurlaub die gleiche Stelle weiterführen bzw. mit dem gleichen Pensum weiterarbeiten kann. Die Rechtfertigung des Arbeitgebers, der unterdessen eine andere Person unbefristet für die Stelle der Klägerin eingestellt hatte und Überkapazitäten geltend machte, wurde damit nicht akzeptiert.²⁵³

²⁵¹ Entscheid vom 03.09.2013, Nr. 35 2013 1.

²⁵² Mit Verweis auf BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, S. 211 f.

²⁵³ Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010, E. 2.2.4.

In einem Fall, den das Kantonsgericht Schaffhausen zu beurteilen hatte, führte der Beklagte als Rechtfertigung der Kündigung einer Mitarbeiterin nach Wiederaufnahme der Arbeit nach dem Mutterschaftsurlaub unentschuldigtes Wegbleiben und Störung des Betriebsfriedens an, konnte den diesbezüglichen Beweis allerdings nicht erbringen. Das Gericht entschied zugunsten der Klägerin, dass die Kündigung erfolgt war, weil die Klägerin weiterhin ihr Kind stillen wollte.²⁵⁴ In einem weiteren Fall, den das Verwaltungsgericht Luzern zu entscheiden hatte, konnte der Arbeitgeber den Nachweis erbringen, dass er gegenüber der Klägerin bereits vor der Schwangerschaft mehrmals die Qualität ihrer Arbeit bemängelt hatte. Das Gericht erachtete in der Folge die Kündigung nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub als nicht diskriminierend im Sinne des GIG.²⁵⁵

4.3. Entscheide betreffend Kündigung wegen Schwangerschaft während der Probezeit

Aus vier Fällen, in denen eine Kündigung während der Probezeit bzw. eine Kündigung nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs gerügt wurde, geht hervor, dass die Gerichte in Anwendung des Gleichstellungsgesetzes prüften, ob die Kündigung diskriminierend im Sinne von Art. 3 GIG war und berücksichtigen dabei die Beweiserleichterung von Art. 6 GIG.²⁵⁶ Dabei wurde in den Urteilen festgehalten, dass eine Diskriminierung keine entsprechende Absicht oder ein Verschulden voraussetzt. Massgeblich ist allein die Frage, ob eine Massnahme eine diskriminierende Wirkung nach sich zieht.²⁵⁷

Betreffend der Abgrenzung des Kündigungsschutzes *während und nach der Probezeit* hatte das Bundesgericht einen Fall²⁵⁸ zu beurteilen, bei dem es um die Berechnung der Probezeit im Sinne von Art. 335b Abs. 2 OR ging: Einer Arbeitnehmerin wurde während der Probezeit unbezahlter Urlaub gewährt. Rund zwei Wochen nach dem Bezug des unbezahlten Urlaubs und über drei Monate nach Arbeitsbeginn wurde der Vertrag von der Arbeitgeberin aufgelöst. Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung war die Arbeitnehmerin bereits seit mehreren Monaten schwanger. Die kantonale Vorinstanz hatte in diesem Fall entschieden, dass der unbezahlte Urlaub an die Dauer der Probezeit angerechnet werden muss, weshalb die Kündigung in der Sperrfrist erfolgt und deshalb nichtig gewesen sei. Das Bundesgericht schützte dieses Urteil und stellte fest, dass für die Berechnung der Dauer der Probezeit nicht unterschieden werden dürfe, ob es sich um einen bezahlten oder einen unbezahlten Urlaub handle. Die vertragliche Beziehung bestehe in beiden Fällen weiter, weshalb der Urlaub an die Dauer der Probezeit anzurechnen sei.

In Bezug auf die Dauer der Probezeit und den Schutz vor Kündigungen von Schwangeren ist weiter auf einen Entscheid des Bundesgerichts betreffend das öffentliche Dienstrecht des Kantons Neuenburg hinzuweisen.²⁵⁹ In diesem Fall ging es um eine in der Buchhaltung tätige, provi-

²⁵⁴ Kantonsgericht Schaffhausen, Urteil vom 15.08.2012 (Nr. 2008/1659-41).

²⁵⁵ Verwaltungsgericht Kanton Luzern, Urteil vom 13.11.2007 (V 07 53).

²⁵⁶ Siehe z.B. Kantonsgericht Schaffhausen, Urteil vom 15.8.2012, Nr. 2008/1659-41-sr: der Klägerin wurde nach dem Schwangerschaftsurlaub gekündigt, weil sie die gesetzlich geregelten Stillzeiten in Anspruch nahm. Im Weiteren Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010; E. 2.3 und 2.4; Bezirksgericht der Sense, Urteil vom 8. März 2010.

²⁵⁷ In diesem Sinne etwa Bezirksgericht der Sense, Urteil vom 8. März 2010, E. 4.2.; Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010 (OGP 10 24), E. 2.3.1 und Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.02.2010 (ER3 09 06), E. 2.2.1 mit Verweis auf FREIVOGEL, S. 53, Rz. 3.

²⁵⁸ BGE 136 III 562.

²⁵⁹ BGE 139 I 57.

sorisch angestellte Sekretärin. Trotz Schwangerschaft wurde ihr mit einer Probezeit von zwei Jahren versehener Arbeitsvertrag aufgrund ungenügender Leistungen während der Dauer der Probezeit aufgelöst. Die gegen die Kündigung erhobenen Beschwerden wurden von den Vorinstanzen abgewiesen. Das Bundesgericht hatte in diesem Fall zu beurteilen, ob das kantonale Dienstrecht des Kantons Neuenburg eine (echte) Lücke enthalte, die das Bundesgericht in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zu füllen hat. Die Richter in Lausanne verneinten das Vorliegen einer derartigen Lücke mit der Begründung, dass die arbeitsvertraglichen Regeln gemäss OR im öffentlichen Recht nur subsidiär anzuwenden seien. Das Bundesrecht verpflichtete die Kantone nicht, die Regeln betreffend die Auflösung eines Vertrages während der Schwangerschaft auf gleiche Weise auszugestalten, wie dies in Art. 336c Abs. 1 lit. c geschehen sei.²⁶⁰ Weiter liege vorliegend keine echte Lücke vor, da der kantonale Gesetzgeber bewusst auf einen Schutz im Sinne der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR verzichtet habe.²⁶¹ Unseres Erachtens scheint eine Probezeit von zwei Jahren in Anbetracht der in Art. 335b Abs. 2 OR festgehaltenen maximalen Dauer der Probezeit von drei Monaten im Privatrecht als äusserst lang und mit dem Schutzbedürfnis von missbräuchlichen Kündigungen von Schwangeren während der Probezeit nicht vereinbar.

5. Zwischenfazit

Schwangere Frauen und Frauen, die kürzlich geboren haben, können im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis auf der Grundlage des geltenden Kündigungsschutzes ihre Rechte erfolgreich geltend machen. Der absolute Kündigungsschutz von Art. 336 ff. OR für die Dauer der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs wird von den Gerichten grundsätzlich durchgesetzt, sofern nicht ausserordentliche Verhältnisse vorliegen. Wieviele der von Kündigung während der Schwangerschaft Betroffenen sich aber effektiv vor Gericht wehren, ist nicht bekannt.

Schlecht geschützt sind Frauen unter Umständen *während* der Schwangerschaft, falls sie aus gesundheitlichen Gründen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft die Arbeitspflicht nicht erfüllen können. Das zivilrechtliche Arbeitsvertragsrecht macht die Lohnzahlungspflicht von der Dauer der Anstellung abhängig (324a Abs. 2 OR). Im Minimum ist die Lohnzahlungspflicht pro Dienstjahr damit auf drei Wochen beschränkt und falls die Schwangere bereits wegen einer sonstigen Krankheit oder eines Unfalls die entsprechende Zeit an der Arbeit verhindert war, muss sie auf den Lohn völlig verzichten.

Nicht geschützt vor Kündigung und Arbeitsplatzverlust sind Schwangere während der Probezeit. Eine solche Kündigung kann allerdings diskriminierend sein. Hier kann gestützt auf das GIG wegen Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft geklagt und eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen eingeklagt werden. Die vorgesehenen Sanktionen sind, wie bereits oben erwähnt (Kap. IV. 5.4.6) damit kaum geeignet, um einerseits bei den Arbeitgebenden eine abschreckende Wirkung zu entfalten und andererseits eine – in verschiedener Hinsicht mit Belastungen verbundene – Klageerhebung für die Betroffenen attraktiv erscheinen zu lassen. Stossend erscheinen hier die zum Teil sehr langen Probezeiten im öffentlichen Personalrecht. Entsprechende Regelungen diskriminieren Schwangere vor allem, denn die Zeit der Ausbildung und des Eintritts in das Berufsleben fällt häufig mit der Zeit der Familiengründung zusammen.

²⁶⁰ BGE 139 I 60 E. 5.1.

²⁶¹ BGE 139 I 62 E. 6.2.

Eine heikle Phase stellt für Frauen, die kürzlich geboren haben, im Weiteren die Zeit nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub dar. Hier besteht die Gefahr, dass die Arbeitgebenden einen Anlass zur Kündigung suchen, weil sie davon ausgehen, dass diese aufgrund ihrer Mutterpflichten häufiger fehlen und nicht mehr gleich flexibel einsetzbar sind. Probleme werden auch im Zusammenhang mit der Aufgabenzuteilung oder bei der Verhandlung des Umfangs des Arbeitspensums genannt.

Bezweifelt werden muss, ob die Regelungen zum Schutz der Schwangeren und Mütter sowohl den Arbeitgebenden als auch den Arbeitnehmerinnen effektiv bekannt und bewusst sind. Aus der Tatsache, dass die meisten Fälle von Klagen gestützt auf das GIG wegen Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft auf der Ebene des Schlichtungsverfahrens „hängen“ bleiben bzw. vor Schlichtungsstelle einvernehmlich gelöst werden,²⁶² lässt sich sodann schliessen, dass die Betroffenen den gerichtlichen Weiterzug häufig als nicht zielführend einschätzen bzw. den damit verbundenen Aufwand und das Kostenrisiko scheuen.

Zur Verbesserung der Durchsetzung des bestehenden Schutzes vor Diskriminierung im Falle von Schwangerschaft stehen in erster Linie Massnahmen im Bereich Sensibilisierung, Aufklärung und Weiterbildung im Vordergrund. Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang auch eine systematische Erfassung der Fälle auf Ebene der Beratungs- und Schlichtungsstellen.

VI. DISKRIMINIERUNG IM FALLE HÄUSLICHER GEWALT

1. Einleitung und Problemstellung

Die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen stellt auf internationaler Ebene eines der zentralen Themen im Rahmen der Bemühungen zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann dar. Der CEDAW-Ausschuss sieht in der geschlechtsbezogenen Gewalt eine Form der Diskriminierung der Frau im Sinne von Art. 1 CEDAW-Übereinkommen, weil sie die Betroffenen daran hindert, die Menschenrechte und Grundfreiheiten in Anspruch zu nehmen.²⁶³ Der Europarat sieht die Gewalt als „Ausdruck historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse zwischen Frauen und Männern“ und sie verkörpert „einen der entscheidenden sozialen Mechanismen, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen und an der Inanspruchnahme der Menschenrechte gehindert werden“.²⁶⁴ Häusliche Gewalt stellt damit einer der einschneidendsten *strukturellen Diskriminierungsformen* dar, die sich aufgrund der in der Gesellschaft traditionell bestehenden Verhaltensmustern und Geschlechterrollenzuschreibungen verfestigt haben.

²⁶² Die Dokumentation entsprechender Fälle in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch belegt diese Vermutung. Siehe z.B. die entsprechenden Fälle, welche der Kanton Zürich übermittelt hat: Im Jahr 2013 betrafen 9 von 26 dokumentierten Fällen die Schwangerschaft. 6 Fälle wurden vor der Schlichtungsbehörde mit einem Vergleich abgeschlossen, eine Klage wurde zurückgezogen, weil sich die Arbeitnehmerin und der Arbeitgeber unterdessen geeinigt hatten, und in zwei Fällen wurde die Klagebewilligung ausgestellt (siehe unter www.gleichstellungsgesetz.ch > Suche > Kanton Zürich > 2013).

²⁶³ CEDAW, General Recommendation Nr. 19 (1992), Ziff. 7. Zitiert gemäss deutscher Übersetzung in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, S. 46.

²⁶⁴ Siehe Präambel Europäisches Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention). Siehe auch Gender Equality Commission (GEC), Gender Equality Strategy 2014-2017, CM(2013)136 final, 6.11.2013.

Gewalt gegen Frauen wird gemäss CEDAW-Ausschuss definiert als geschlechtsbezogene gewalttätige Handlungen, die sich gegen eine Frau aufgrund ihres Geschlechts richtet oder sie als Frau unverhältnismässig beeinträchtigt. Sie umfasst „Handlungen, die körperlichen, seelischen oder sexuellen Schaden oder Schmerz zufügen, einschliesslich der Androhung solcher Handlungen, Nötigung und sonstige Freiheitsberaubungen. Geschlechtsbezogene Gewalt kann gegen besondere Bestimmungen des Übereinkommens verstossen, unabhängig von der Tatsache, ob in diesen Bestimmungen ausdrücklich von Gewalt die Rede ist“.²⁶⁵ *Häusliche Gewalt* wird im Europäischen Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (in der Folge „Istanbul-Konvention“) definiert als „Handlungen körperlicher, sexueller, psychischer oder wirtschaftlicher Gewalt, die innerhalb der Familie oder des Haushaltes oder zwischen früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnerinnen beziehungsweise Partnern vorkommen, unabhängig davon, ob der Täter beziehungsweise die Täterin denselben Wohnsitz wie das Opfer hat oder hatte“²⁶⁶.

Häusliche Gewalt trifft auch in der Schweiz nicht nur, aber vorwiegend Frauen.²⁶⁷ Bei der polizeilich registrierten häuslichen Gewalt waren 2014 76,1% der Geschädigten Frauen und 79,4% der Beschuldigten Männer.²⁶⁸ In absoluten Zahlen kam es 2014 zu 15'650 Straftaten im Bereich häuslicher Gewalt. Diese machten 39% aller für den häuslichen Bereich relevanten Straftaten aus. In 47,9% der Fälle bestand zwischen geschädigter und beschuldigter Person eine Partnerschaft; in 26,6 % handelte es sich um eine ehemalige Partnerschaft.²⁶⁹ Die Polizei registriert sodann häufiger häusliche Gewalt gegen ausländischen Personen als solche gegenüber Schweizerinnen und Schweizern.²⁷⁰

Die Anzeigehäufigkeit bei häuslicher Gewalt ist im Vergleich zur Anzeigequote bei anderen Delikten generell tief: während diese bei der Gesamtheit der Straftaten auf knapp 50 % geschätzt wird, gehen die Schätzungen zur Anzeigequote bei häuslicher Gewalt von lediglich gut 20 % aus.²⁷¹ Nur in einem kleinen Teil der Fälle häuslicher Gewalt wurde vom Opfer oder von Dritten sodann die Polizei eingeschaltet.²⁷² Angaben zu den Verurteilungen aufgrund von häuslicher Gewalt sind keine greifbar. Bekannt ist, dass im Jahre 2008 lediglich in 45% der Fälle, in denen eine Beratung nach OHG erfolgte, von den Opfern ein Strafverfahren anhängig gemacht wurde.²⁷³ Eine Untersuchung im Kanton Bern aus dem Jahr 2007 hat festgestellt, dass gut die Hälfte der Strafverfahren eingestellt wurden; bei den Fällen, in denen es zu einer Verhandlung vor Gericht kam, sogar

²⁶⁵ CEDAW, General Recommendation Nr. 19 (1992), Ziff. 6. Zitiert gemäss deutscher Übersetzung in BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, S. 45.

²⁶⁶ Art. 3 lit. b Europäisches Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.

²⁶⁷ Siehe zum Folgenden EBG, Informationsblatt 9. Die darin ausgewiesenen Zahlen stützen sich einerseits auf die polizeiliche Kriminalstatistik (Bundesamt für Statistik, Polizeiliche Kriminalstatistik). Siehe sodann die Zahlen zur Häufigkeit von häuslicher Gewalt in BUNDESRAT, Bericht Fehr 2013, S. 19 ff.

²⁶⁸ BUNDESRAT FÜR STATISTIK, Querschnittsthema „Häusliche Gewalt“ (siehe unter Bundesamt für Statistik > Themen > 19 - Kriminalität, Strafrecht > Querschnittsthemen > Häusliche Gewalt > Geschädigte Personen) und EBG, Informationsblatt 9, S. 3.

²⁶⁹ BUNDESRAT FÜR STATISTIK/KONFERENZ DER KANTONALEN JUSTIZ- UND POLIZEIDIREKTOREN, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2014 und EBG Informationsblatt 9, S. 2.

²⁷⁰ 52 der geschädigten Personen waren Schweizer/-innen, 43 % Ausländer/-innen (EBG, Informationsblatt 9, S. 3).

²⁷¹ BUNDESRAT, Bericht Fehr, S. 2.

²⁷² Gemäss der Untersuchung von KILLIAS MARTIN/STAUBLI SILVIA/BIBERSTEIN LORENZ/BÄNZIGER MATTHIAS, S. 18, wurde nur in 22% der Fälle Häuslicher Gewalt vom Opfer oder von Dritten die Polizei eingeschaltet.

²⁷³ Antwort des Bundesrates vom 18.11.2009 auf Postulat 09.3878 Fehr Jacqueline. Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung vom 24.09.2009.

62%.²⁷⁴ Gemäss verschiedenen im Bericht des Bundesrates zur Motion Heim, Eindämmung der häuslichen Gewalt, zitierten Untersuchungen schwankt die Einstellungsquote zwischen 53% und 92%.²⁷⁵ Viele Fälle von häuslicher Gewalt werden sodann im Strafbefehlsverfahren (Art. 352 StPO) erledigt.²⁷⁶

Im Folgenden wird vorerst ein Überblick über die menschenrechtlichen Vorgaben gegeben und danach die Rechte der Betroffenen dargestellt, wie sie sich, ausgehend von den materiellen Bestimmungen zum Schutz vor häuslicher Gewalt im Strafgesetzbuch (StGB)²⁷⁷ und dem Persönlichkeitsrecht des Zivilgesetzbuches (ZGB),²⁷⁸ aus der Strafprozessordnung (StPO)²⁷⁹ und dem Opferhilfegesetz ergeben.²⁸⁰

2. Internationale Rechtsquellen zur Bekämpfung häuslicher Gewalt

2.1. UNO

In den Menschenrechtsverträgen finden sich verschiedene Bestimmungen, welche den Staat verpflichten, selber Gewaltakte zu unterlassen sowie Opfer im Falle von Gewaltanwendung durch private Dritte zu schützen.²⁸¹ Massnahmen zum Schutz vor Gewalt („duty to protect“ und „duty to fulfill“) fordern im Wesentlichen folgende für die Schweiz verbindliche Bestimmungen²⁸²:

- *Pakt II: Recht auf Leben* (Art. 6), Folter und Misshandlungsverbot (Art. 7), Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit (Art. 9)
- *Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Anti-Folterkonvention)*.²⁸³ Art. 2 und 16²⁸⁴
- *Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK)*: Art. 19 und Art. 37²⁸⁵
- *Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*: Art. 16

²⁷⁴ BAUMGARTNER-WÜTHRICH, S. 21 ff.

²⁷⁵ BUNDESRAT, Bericht Heim, S. 2.

²⁷⁶ Siehe zur Praxis in den einzelnen Kantonen, *ibid.*, S. 17 ff. Das Strafbefehlsverfahren kommt zur Anwendung, wenn die Staatsanwaltschaft eine Busse, eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen, eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden oder eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten für aus-reichend hält. Ein Strafbefehl wird in einem summarischen Verfahren ausgestellt, bei dem der Beschuldigte nicht erscheinen muss.

²⁷⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0).

²⁷⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

²⁷⁹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5.10.2007 (SR 312.0).

²⁸⁰ Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23.03.2007 (SR 312.5).

²⁸¹ Siehe zum Folgenden SKMR, Grundlagenstudie Bereich Geschlechterpolitik, Kap. III.

²⁸² Siehe auch CEDAW, General Recommendation No. 19 (1992), Ziff. 7.

²⁸³ Vom 10. Dezember 1984, ratifiziert von der Schweiz am 2.12.1986 (SR 0.105).

²⁸⁴ Der UNO-Sonderberichterstatter zu Folter hat in zwei Berichten Gewalt gegen Frauen als Folter bzw. unmenschliche oder erniedrigende Behandlung eingestuft, wenn die Staaten ihren Schutzpflichten nicht nachkommen; vgl. HUMAN RIGHTS COUNCIL, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, vom 15.01.2008; insb. Ziff. 44-58; siehe auch COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85, E/CN.4/1996/53, vom 5. Februar 1996, Ziff. 50.

²⁸⁵ Zur geschlechtsspezifischen Gewalt gegen Kinder siehe CRC, General Comment No. 13, The right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13, 18. April 2011, insbesondere Ziff. 72 lit. b.

Eine Verpflichtung, häusliche Gewalt zu bekämpfen und entsprechende Verbote zu erlassen, ergibt sich sodann aus Art. 10²⁸⁶ und Art. 23 *Pakt I* sowie auch Art. 17 *Pakt II*²⁸⁷, welche die Staaten zum Schutz der Familie bzw. der Privatsphäre verpflichten.²⁸⁸

Im *CEDAW-Übereinkommen* findet sich *keine explizite Bestimmung* gegen Gewalt gegen Frauen, was eine schmerzliche Lücke darstellt. Lediglich in Art. 6 findet sich eine – materielle – Bestimmung²⁸⁹ zum Gewaltverbot im Zusammenhang mit Frauen- und Mädchenhandel und der Ausbeutung der Prostitution, indem die Staaten verpflichtet werden, Massnahmen zur Abschaffung dieser Formen der Gewalt gegen Frauen zu ergreifen. Der CEDAW-Ausschuss hat 1989 und in der Folge 1992 in Allgemeinen Empfehlungen jedoch klargestellt, dass Gewalt gegen Frauen verschiedene Bestimmungen der CEDAW verletze und als besondere, schwerwiegende Form von Diskriminierung bekämpft werden müsse.²⁹⁰ Im Mitteilungsverfahren gemäss Fakultativprotokoll zum CEDAW-Übereinkommen hat der CEDAW-Ausschuss sodann gestützt auf Art. 2 und 5 (Massnahmen zur Beseitigung von Geschlechterstereotypen) verschiedene Staaten wegen Nichterfüllung ihrer Schutzpflichten im Falle von häuslicher Gewalt verurteilt.²⁹¹

2.2. Europarat

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat gestützt auf Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), Art. 3 (Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) sowie Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) in verschiedenen Urteilen bestätigt, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, Schutz vor Gewalt durch private Dritte zu gewährleisten.²⁹² Im Fall *Opuz gegen die Türkei*,²⁹³ in dem über die Beschwerde einer Frau zu entscheiden war, deren Ehemann ihre Mutter umgebracht hatte, hat der EGMR 2009 zum ersten Mal festgehalten, dass nicht ausreichende staatliche Schutzgewährung bei häuslicher Gewalt Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäss Art. 14 EMRK darstellt.

Die Pflichten der Staaten zur Bekämpfung von häuslicher Gewalt sind sodann im Europäischen Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011 detailliert festgelegt.²⁹⁴ Die 81 Bestimmungen umfassende Konvention fordert umfassende Vorkehrungen in den Bereichen Prävention, Schutz und Unter-

²⁸⁶ Der Ausschuss für WSK-Rechte hat in General Recommendation No. 16 (2005), Ziff. 27 festgehalten, dass die Staaten in Anwendung von Art. 3 in Verbindung mit Art. 10 *Pakt I* verpflichtet sind, häusliche Gewalt zu bekämpfen.

²⁸⁷ Siehe auch MRA, General Comment No. 19 (1990), Ziff. 4.

²⁸⁸ Siehe auch CEDAW, General Recommendation Nr. 19 (1992), Ziff. 7 lit. f.

²⁸⁹ Es handelt sich um eine der wenigen materiellen Bestimmungen des CEDAW-Übereinkommens. Die meisten Bestimmungen verbieten „lediglich“ die Diskriminierung in Bezug auf die jeweiligen Rechte (z.B. betreffend die Arbeitsrechte, den Zugang zu Gesundheitsdiensten, zu Bildung etc.).

²⁹⁰ CEDAW, General Recommendation No. 19 (1992) und General Recommendation No. 12 (1989).

²⁹¹ Siehe *Jallow v. Bulgarien*, Mitteilung Nr. 32/2011 (2012); *V.K. v. Bulgarien*, Mitteilung Nr. 20/2008 (2012); *Yildirim v. Österreich*, Mitteilung Nr. 6/2005 (2007); *Goekce v. Österreich*, Mitteilung Nr. 5/2005 (2007); *A.T. v. Ungarn*, Mitteilung Nr. 2/2003 (2005).

²⁹² Siehe zu Art. 2 EMRK etwa *Branko Tomašić and others v. Croatia*, Application no. 46598/06 (2009). Art. 2 und 13 EMRK: *Kontrová v. Slovakia*, Application no. 7510/04 (2007). Art. 2 und 3 i.V.m. Art. 14 EMRK: *Opuz v. Turkey*, Application no. 33401/02 (2009); zu Art. 3 und Art. 8 EMRK: *M.C. v. Bulgaria*, Application no. 39272/98 (2004); *V.C. v. Slovakia*, Application no. 18968/07 (2011). Art. 2 und 3 i.V.m. Art. 14 EMRK: *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009); Art. 14 i.V.m. Art. 3 und 13 EMRK: *Angelova and Illiev v. Bulgaria*, 55523/00 (2007). Siehe dazu auch European Court of Human Rights, Domestic Violence – Factsheet.

²⁹³ EGMR, *Opuz v. Türkei*, Application no. 33401/02 (2009)

²⁹⁴ Vom 11.05.2011; SEV-Nr.: 210.

stützung, gesetzgeberische Massnahmen, Ermittlungen, Strafverfolgung, Verfahrensrechte, Migration und Asyl und internationale Zusammenarbeit. Die Schweiz hat die Konvention am 11. September 2013 unterzeichnet; die Vernehmlassung ist für 2015 geplant.²⁹⁵

2.3. Internationale Bemühungen zur Garantie des Zugangs zum Recht bei häuslicher Gewalt

Der CEDAW-Ausschuss hat in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 festgehalten, dass die Vertragsparteien gewährleisten sollten, „dass die Gesetze zur Unterbindung von Gewalt in der Familie und von Missbrauch, Vergewaltigung, sexuellen Übergriffen und sonstigen geschlechtsbezogenen Gewalttaten für alle Formen den geeigneten Schutz bieten und ihre Unverletzlichkeit und Würde achten. Für Opfer sollten geeignete Schutzmassnahmen und Hilfsdienste bereitgestellt werden. Eine auf die geschlechtsspezifische Problematik ausgerichtete Ausbildung der Justiz-, Vollzugs- und anderer Beamten ist für eine wirksame Umsetzung des Übereinkommens von wesentlicher Bedeutung“.²⁹⁶ Schliesslich sollen wirksame Beschwerdeverfahren und Rechtsmittel, einschliesslich Entschädigung, vorgesehen werden.²⁹⁷ Bemühungen sind sodann im Rahmen des Europarates im Gang, um den Zugang zum Recht für Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt zu verbessern.²⁹⁸

3. Materielles Recht auf nationaler Ebene

3.1 Überblick

Die Bundesverfassung schützt die körperliche und geistige Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit und die individuelle Selbstbestimmung in Art. 10 Abs. 2; Abs. 3 verbietet Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung.

Über ein eigentliches Gewaltschutzgesetz, wie es zum Beispiel der CEDAW-Ausschuss in seinen Empfehlungen an die Schweiz im Rahmen des Berichterstattungsverfahrens forderte,²⁹⁹ verfügt die Schweiz nicht. Die Schweiz hat in den letzten Jahren jedoch in verschiedenen Gesetzen Bestimmungen eingeführt, welche den Opfern die Gewährleistung des Schutzes vor häuslicher Gewalt gewährleisten sollen, insbesondere im Bereich der Strafverfolgung und im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28b ZGB).³⁰⁰ Das Opferhilfegesetz trägt sodann mit den darin vorgesehenen Leistungen zur Unterstützung der Opfer von Straftaten bei der Durchsetzung ihrer Rechte bei. Die ehemals im Opferhilfegesetz vorgesehenen prozessualen Rechte der Opfer fin-

²⁹⁵ Siehe unter dem geplanten Vernehmlassungsverfahren auf der Website des Bundes (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html>; zuletzt besucht am 20.7.2015). Danach ist die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens auf Oktober 2015 vorgesehen.

²⁹⁶ CEDAW General Comment Nr. 19 (1992), Ziff. 24 lit. b), zitiert gemäss deutscher Übersetzung in BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, S. 49.

²⁹⁷ Ibid., Ziff. 24 lit. i).

²⁹⁸ Siehe dazu "Access to Justice for Women Victims of Violence", Hearing of the Council of Europe Gender Equality Commission organised in partnership with the French Ministry of Women's Rights, Paris, France, 9.12.2013 auf der Website des Europarates unter http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/EQUALITY/05conferences/2013ParisHearingAccessJustice/default_en.asp (zuletzt besucht am 2.03.2015).

²⁹⁹ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 28; Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 13.

³⁰⁰ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. Juni 2006 (Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen), in Kraft seit 1. Juli 2007 (AS 2007 137; BBl 2005 6871 6897).

den sich heute in der schweizerischen Strafprozessordnung von 2007 (StPO, in Kraft seit 1. Januar 2011).³⁰¹ Für ausländische Opfer von häuslicher Gewalt ist im Weiteren das Ausländerinnen- und Ausländergesetz (AuG) relevant.

3.2. Strafrecht

Erst 1992 wurde Vergewaltigung in der Ehe sowie sexuelle Nötigung als Straftat verankert, wenn auch vorerst lediglich als Antragsdelikt. Seit 2004 werden Gewalthandlungen in der Ehe und in Partnerschaften von Amtes wegen verfolgt. Dies gilt insbesondere für sexuelle Nötigung (Art. 198 StGB) und Vergewaltigung (Art. 190 StGB), zusätzlich aber auch die einfache Körperverletzung (Art. 123 Abs. 2 StGB), wiederholte Tötlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 StGB) und Drohung (Art. 180 Abs. 2 StGB). Ausgenommen von der Offizialisierung sind lediglich einfache Tötlichkeiten, die weiterhin nur auf Antrag verfolgt werden (Art. 126 Abs. 1 StGB).³⁰² Die *Offizialisierung* der erwähnten Tatbestände beruhte auf der Erkenntnis, dass es Opfern von familiärer oder Partnerschaftsgewalt wegen der engen Bindung zur Tatperson häufig schwer fällt, einen Strafantrag zu stellen bzw. einen solchen aufrechtzuerhalten.³⁰³ Die Taten werden auch dann von Amtes wegen verfolgt, wenn die Tat bis zu einem Jahr nach der Trennung begangen wurde.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) sind die Strafbehörden verpflichtet, „im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden“. Sie sind zudem gehalten, „alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind“ (Art. 302 StPO).

Gemäss Art. 55a StGB kann allerdings das Strafverfahren provisorisch eingestellt werden, sofern es sich um eine einfache Körperverletzung, wiederholte Tötlichkeiten, Drohung und Nötigung in einer Partnerschaft handelt. Voraussetzung ist, dass das Opfer darum ersucht oder einem entsprechenden Antrag der zuständigen Behörde zustimmt. Vergewaltigung und sexuelle Nötigung sind davon ausgenommen. Das Verfahren wird wieder aufgenommen, wenn das Opfer seine Zustimmung zur provisorischen Einstellung innerhalb von 6 Monaten schriftlich oder mündlich widerruft. Ohne Widerruf wird die definitive Einstellung des Strafverfahrens verfügt (Art. 55a Abs. 2 und 3 StGB). Diese Einschränkung wurde wegen der Befürchtung eingeführt, dass eine ausnahmslose Abkehr vom Antragsdelikt in gewissen Fällen legitime Interessen von Opfern gefährden könnten.³⁰⁴

In der Praxis hat sich die Bestimmung von Art. 55a StGB als äusserst problematisch erwiesen.³⁰⁵ Gemäss Bundesgericht ist – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung, der eine „kann“-Formel

³⁰¹ Art. 34 – 44 OHG wurden aufgehoben und in die StPO integriert (siehe Anhang StPO Art. 446 Abs. 1).

³⁰² SR 311.0; Änderung vom 3. Okt. 2003 (Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft), in Kraft seit 1. April 2004 (AS 2004 1403; BBl 2003 1909: 1937). Siehe dazu auch SKMR, Geschlechtsspezifische Diskriminierung, S. 29 ff.

³⁰³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, 28. Okt. 2002; BBl 2003 1909, 1912. Die Offizialisierung gilt für die erwähnten Delikte, wenn sie vom Ehemann oder der Ehefrau des Opfers während der Ehe oder bis zu einem Jahr nach der Scheidung begangen werden. Dies gilt ebenso für hetero- oder homosexuelle Lebenspartnerschaften, sofern diese auf unbestimmte Zeit einen gemeinsamen Haushalt führen.

³⁰⁴ So z.B. wenn diese eine Verurteilung ihres Partners nicht wünschten bzw. wenn eine automatische Strafuntersuchung den Privatbereich des Paares auf eine Weise tangiere, die dem Opfer mehr schade als nütze (BBl 2003 1920).

³⁰⁵ Siehe BUNDESRAT, Bericht Heim, S. 9.

enthält – einzig der Wille des Opfers massgebend und nur wenn die Behörden zum Schluss kommen, dass der Antrag auf Verfahrenseinstellung nicht dem freien Willen des Opfers entspricht, wenn also davon auszugehen ist, dass das Opfer aufgrund des Drucks des Täters die Einstellung des Verfahrens verlangt, kann die zuständige Behörde das Verfahren gegen den Willen des Opfers fortsetzen.³⁰⁶

3.3. Zivilrecht

2006 wurde im Zivilgesetzbuch eine Bestimmung zum Schutz von Opfern von Gewalt, Drohungen und Nachstellungen (sog. Stalking) eingeführt (Art. 28b ZGB).³⁰⁷ Die Bestimmung sieht eine nicht abschliessende Aufzählung von Schutzmassnahmen vor, mit denen ein Annäherungs-, ein Orts- sowie ein Kontaktaufnahmeverbot bestimmt werden kann (Abs. 1). Lebt die klagende Person mit der verletzenden Person in einer Wohnung zusammen, so kann sie dem Gericht beantragen, die verletzende Person für eine bestimmte Zeit aus der Wohnung auszuweisen (Abs. 2).

Aufgrund von Art. 28b Abs. 4 ZGB werden die Kantone verpflichtet, eine Stelle zu bezeichnen, die im Krisenfall die Massnahmen (insbesondere auch superprovisorische Massnahmen im Krisenfall) durchführt und sie haben das Verfahren für die Anordnung der Massnahmen zu regeln. Alle Kantone haben entsprechende Massnahmen gegen häusliche Gewalt in ihren Gesetzen verankert.³⁰⁸ Einige Kantone haben entsprechende Regelungen in ihre Polizeigesetze integriert, andere haben eigene Gewaltschutzgesetze erlassen.³⁰⁹

Zuständig für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich das Gericht (Art. 28c ZGB). Das Opfer häuslicher Gewalt hat also selber aktiv zu werden und eine entsprechende Klage einzureichen.

In besonders dringenden Fällen können auch vor Vorliegen eines Gerichtsurteils superprovisorische Massnahmen verfügt werden (Art. 28d Abs. 2 ZGB), ohne dass der Gesuchsgegner oder die Gesuchsgegnerin angehört werden müssen. Die Kantone haben der Polizei oder einer anderen für die Aufgabe als Interventionsstelle betrauten Stelle die entsprechende Kompetenz einzuräumen und insbesondere die Höchstdauer der Wegweisung festzulegen. Im Weiteren muss bestimmt werden, ob die Wegweisungsverfügung durch eine gerichtliche Instanz genehmigt werden muss oder ob die Wegweisung nur dann überprüft werden soll, wenn die weggewiesene Person das Gericht anruft. Weiter soll die Kompetenz der Interventionsstelle geregelt werden, bei einer Wegweisung von der wegzuweisenden Person sämtliche Hausschlüssel zu verlangen, um zu verhindern, dass diese für die Dauer der Wegweisung nicht mehr in die gemeinsame Wohnung zurückkehren kann. Geregelt werden sollte ferner, in welchem Umfang die intervenierende Stelle eine Rechtsbelehrung vornehmen und die beteiligten Personen (Opfer wie auch Täter bzw. Täterinnen) auf die Möglichkeit, sich an eine Beratungsstelle zu wenden, aufmerksam gemacht werden soll. Das Opfer muss schliesslich darüber informiert werden, dass die Wegweisungs-

³⁰⁶ Siehe *ibid.*, S. 11 mit Hinweis auf BGer-Urteil 6S.454/2004 vom 21.03.2006 E. 3 und 6B-835/2009 vom 21.12.2009 E.4.3.

³⁰⁷ SR 210, Änderung vom 23. Juni 2006, in Kraft seit 1. Juli 2007 (AS 2007 137; BBI 2005 6871 6897).

³⁰⁸ Als erster Kanton hatte St. Gallen bereits 2003 im Polizeigesetz die Möglichkeit der Wegweisung und des Betretungsverbot bei häuslicher Gewalt eingeführt; Art. 43 ff. Polizeigesetz vom 10. April 1980; nGS 451.1.

³⁰⁹ Siehe dazu die Übersichtstabelle zu den kantonalen Gesetzgebungen gegen häusliche Gewalt und deren Umsetzung in der Praxis „Gegen häusliche Gewalt – Stand Gesetzgebung und Umsetzung in der Praxis“ (Stand Mai 2011) auf der Website des EBG, Themendossier „Häusliche Gewalt“. Siehe den Überblick über die kantonalen Regelungen bei SCHWANDER, S. 38 ff.

massnahmen mit Ablauf der von der intervenierenden Stelle festgelegten Dauer dahinfallen und sie deshalb innerhalb dieser Frist das Gericht anrufen muss, um die Wegweisungsmassnahmen zu verlängern oder die Anordnung weiterer Massnahmen gemäss Art. 28b Abs. 1 ZGB zu verlangen. Die superprovisorischen Massnahmen gemäss Art. 28d Abs. 2 ZGB oder die nach Art. 28c ZGB getroffenen vorsorglichen Massnahmen sind nach Klageerhebung bis im Gerichtsverfahren ein Entscheid gefällt wird, gültig.³¹⁰

Im Rahmen der Ausarbeitung der neuen Schutzbestimmungen wurde geprüft, ob es nötig sei, für Klagen aufgrund von Art. 28b ZGB ein spezielles, einfaches, rasches und auch unentgeltliches Verfahren vorzusehen. Ein solches wurde schliesslich als nicht notwendig erachtet, denn mit der Einrichtung von speziellen Interventionsstellen, welche die Möglichkeit haben, superprovisorische Massnahmen anzuordnen, könne ein rasches Vorgehen gewährleistet werden. Betreffend Unentgeltlichkeit des Verfahrens wurden die bestehenden allgemeinen Regeln zur unentgeltlichen Rechtspflege als genügend erachtet.³¹¹ (Siehe zur Unentgeltlichkeit des Verfahrens Teilstudie 1).³¹²

3.4. Schutzbestimmungen in der Schweizerischen Strafprozessordnung

Die neue Bundesstrafprozessordnung (StPO),³¹³ die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, enthält verschiedene Schutzbestimmungen für Opfer von Straftaten vor und während des Strafverfahrens, die ihm den Zugang und die Teilnahme am Strafverfahren erleichtern sollen.

Die wesentlichen Bestimmungen finden sich in Art. 117 StPO. Danach stehen dem Opfer folgende Rechte zu:

- das Recht auf Persönlichkeitsschutz (gemäss Art. 70 Abs. 1 Bst. a StPO fällt darunter der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Gerichtsverhandlung und gemäss Art. 74 Abs. 4 Abs. 1 StPO der Schutz vor Preisgabe des Namens und der Adresse gegenüber der Öffentlichkeit);
- das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson (neben dem Rechtsbeistand; Art. 70 Abs. 2, 152 Abs. 2);
- das Recht auf Schutzmassnahmen gemäss Art. 152-154 StPO). Darunter fällt das Recht des Opfers zu verlangen, dass keine Konfrontation mit der beschuldigten Person stattfindet, ausser der Anspruch der beschuldigten Person auf rechtliches Gehör kann nicht auf andere Weise gewährleistet werden oder ein überwiegendes Interesse der Strafverfolgung erfordert die Konfrontation zwingend (Art. 152 Abs. 4 StPO). Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität können sodann verlangen, von einer Person gleichen Geschlechts einvernommen zu werden (Art. 153 Abs. 1 StPO). Besondere Schutzbestimmungen gelten sodann für minderjährige Opfer (Art. 154 StPO);
- das Recht auf Aussageverweigerung im Falle von Fragen, die die Intimsphäre des Opfers betreffen (Art. 169 Abs. 4 StPO);
- das Recht auf Information über das Strafverfahren und die Opferhilfe (Art. 305 und 330 Abs. 3): Die Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft) haben gemäss Art. 305 Abs. 3 StPO die Pflicht, das Opfer anlässlich der ersten Einvernahme aufgrund einer Anzeige über seine Rechte und Pflichten im Strafverfahren zu informieren. Sie haben die Opfer über die

³¹⁰ KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN, Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt, BBI 2005 6890.

³¹¹ Ibid.

³¹² Kap. III. 3.2.1.

³¹³ SR 312.

Aufgaben der Opferhilfe, über die verschiedenen Hilfeleistungen sowie über die Fristen zu informieren und ihnen die Adressen der Opferhilfe-Beratungsstellen zur Verfügung zu stellen. Die Polizei schlägt dem Opfer vor, seinen Namen und seine Adresse einer Beratungsstelle zu melden, damit diese mit dem Opfer Kontakt aufnimmt, sofern das Opfer damit einverstanden ist.³¹⁴ Gemäss Art. 330 Abs. 3 StPO informiert das Gericht bzw. die Verfahrensleitung das Opfer über seine Rechte, sofern die Strafverfolgungsbehörden dies noch nicht getan haben.

- das Recht auf eine besondere Zusammensetzung des Gerichts gemäss Art. 335 Abs. 4 StPO, welches im Falle von Straftaten gegen die sexuelle Integrität auf Antrag des Opfers mit wenigstens einer Person des gleichen Geschlechts besetzt werden muss.

Darüber hinaus findet sich in Art. 68 Abs. 4 StPO die Bestimmung, dass im Falle einer Straftat gegen die sexuelle Integrität für die Übersetzung der Befragung des Opfers, eine Person gleichen Geschlechts beizuziehen ist, wenn das Opfer dies verlangt und wenn dies ohne ungebührliche Verzögerung des Verfahrens möglich ist.

Zusätzliche Schutzregeln gelten für minderjährige Opfer (Art. 154 StPO).

Falls sich das Opfer aktiv am Verfahren beteiligen will, muss es spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens gegenüber der Strafverfolgungsbehörde ausdrücklich erklären, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger beteiligen zu wollen (Art. 118 ff. StPO). Die Staatsanwaltschaft muss die von Gewalt betroffene Person ausdrücklich auf diese Möglichkeit hinweisen.³¹⁵ Die Verfahrensleitung kann dem Opfer für die Kosten im Zusammenhang mit der Privatklage ganz oder teilweise die unentgeltlicher Prozessführung gewähren (Art. 136 StPO). (Siehe zur Stellung des Opfers als Privatklägerschaft Teilstudie 1).³¹⁶

Im September 2014 hat das Parlament schliesslich eine Vorlage verabschiedet, welche die *Informationsrechte des Opfers* stärken soll. Opfer und deren Angehörige sowie Dritte, die über ein schutzwürdiges Interesse verfügen, sollen mit einem schriftlichen Gesuch verlangen können, dass sie von der Vollzugsbehörde über den Zeitpunkt des Straf- oder Massnahmenantritts des Verurteilten, die Vollzugseinrichtung, die Vollzugsform, sofern sie vom Normalvollzug abweicht, Vollzugsunterbrechungen, Vollzugsöffnungen, die bedingte oder definitive Entlassung und die Rückversetzung in den Straf- oder Massnahmenvollzug sowie die Flucht³¹⁷ Entsprechende Informationen können nur verweigert werden, wenn berechtigte Interessen des Verurteilten überwiegen.

3.5. Ausländerrecht

Problematisch hat sich die im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)³¹⁸ vorgesehene Pflicht der Ehegatten zum Zusammenleben für Opfer von häuslicher Gewalt erwiesen. Verschiedene Menschenrechtsorgane haben ihre Besorgnis über die negativen Auswirkungen

³¹⁴ Siehe auch Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Fehr 09.3878, S. 10.

³¹⁵ Siehe den Kurzüberblick über die rechtliche Stellung der Privatklägerschaft in EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN, Informationsblatt 12, S. 5 f.

³¹⁶ Kap. III. 3.4.2.

³¹⁷ Neuer Art. 92a StGB. Siehe Schlussabstimmungstext in BBl 2014 7225 (die Referendumsfrist ist am 15.01.2015 ungenutzt verstrichen). Die Vorlage geht auf die Parlamentarische Initiative 09.430 Leutenegger Oberholzer Susanne, Opferhilfegesetz. Schaffung wichtiger Informationsrechte des Opfers vom 30.04.2009 zurück.

³¹⁸ Vom 16.12.2005 (SR 142.20).

gen dieser Vorgaben geäussert. Diese stellen für die ausländischen Opfer eine zusätzliche Hürde beim Zugang zum Recht dar.³¹⁹

Ehegatten bzw. Partner und Partnerinnen von Schweizer Bürgern und Bürgerinnen, von niedergelassenen Ausländern und Ausländerinnen und von Personen mit Aufenthaltsbewilligung oder Kurzaufenthaltsbewilligung sind verpflichtet, zusammenzuwohnen (siehe Art. 42-45 AuG), sofern nicht wichtige Gründe für getrennte Wohnungen geltend gemacht werden können und nachgewiesen ist, dass die Familiengemeinschaft weiterbesteht (Art. 49 AuG). Nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft besteht ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nur, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen“ (Art. 50 AuG). Wichtige Gründe können namentlich vorliegen, „wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde oder die Ehe nicht aus freien Willen geschlossen hat oder die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint“ (Art. 50 Abs. 2 AuG). Dieser Anspruch steht lediglich Ehegatten oder Partnerinnen von Personen mit Schweizerbürgerrecht oder niedergelassenen Ausländern und Ausländerinnen zu. Personen mit Aufenthaltsbewilligung *kann* gemäss Art. 77 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)³²⁰ die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden, wenn wichtige Gründe analog zu Art. 50 Abs. 2 AuG geltend gemacht werden können.

Ist eine Ausländerin oder ein Ausländer Opfer häuslicher Gewalt geworden, muss sie oder er die erlittene Gewalt glaubhaft machen können um ihren oder seinen weiteren Aufenthalt in der Schweiz zu sichern. Die Beweislast liegt dabei weitgehend bei den Betroffenen.³²¹ Gemäss Art. 77 Abs. 6 VZAE sind für den Nachweis häuslicher Gewalt z.B. Arztzeugnisse, Polizeirapporte, Strafanzeigen, Massnahmen im Sinne von Art. 28b des Zivilgesetzbuches oder bereits ausgesprochene einschlägige strafrechtliche Verurteilungen geeignet.

Eheliche Gewalt stellt sodann ein Grund dar, die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern.³²² Bei einer Verurteilung hat der ausländische Täter oder die ausländische Täterin je nach Höhe der Strafe gemäss Art. 121 BV, die Ausweisung aus der Schweiz zu gewärtigen.

3.6. Opferhilfegesetz

Gemäss Opferhilfegesetz³²³ haben die Opferhilfestellen dem Opfer medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe zu leisten. Sie tragen damit dazu bei, Opfern von häuslicher Gewalt den Zugang zum Rechtsschutz zu erleichtern. Im Einzelnen gilt folgendes:

Wer Opfer einer Straftat geworden ist, hat grundsätzlich Anspruch auf Leistungen nach Opferhilfegesetz, auch wenn kein Strafverfahren eingeleitet wird oder wenn ein Strafverfahren wegen Verjährung nicht mehr möglich ist bzw. wenn das Verfahren z.B. mangels Beweisen eingestellt wurde. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Einstellung des Strafverfahrens für sich allein kein Grund sein darf, den Genugtuungsanspruch gemäss OHG dem Opfer zu versagen.³²⁴

³¹⁹ Siehe dazu ausführlich MAHON /D'AMATO/MAILLEFER /MATTHEY/SCHÖNENBERGER/WICHMANN, S. 48 ff.

³²⁰ Vom 24.10.2007 (SR 142.201).

³²¹ MAHON /D'AMATO/MAILLEFER /MATTHEY/SCHÖNENBERGER/WICHMANN, S. 50.

³²² Bger-Entscheid 2C_789/2011 vom 22.08.2012 E.2.2.

³²³ Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

³²⁴ BGer-Entscheid 1A.170/2001 vom 18.02.2002 E. 3.1.

Die erste Beratung und Hilfe ist kostenlos, vertraulich³²⁵ und wenn gewünscht auch anonym. Längerfristige psychologische oder rechtlich-beratende Leistungen werden abhängig vom Einkommen des Opfers übernommen. In Anspruch genommen werden können die Leistungen nicht nur von den Opfern selbst, sondern auch von Angehörigen; die Durchführung eines Strafverfahrens stellt keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Leistungen dar.

Nach Abschluss eines erfolgreichen Strafverfahrens kann das Opfer einen Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung geltend machen (Art. 19 OHG).

Mit dem Inkrafttreten des totalrevidierten Opferhilfegesetzes am 1. Januar 2009 sind die Kantone verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Beratungsstellen den besonderen Bedürfnissen verschiedener Opferkategorien Rechnung tragen.³²⁶ Das heisst, sie haben ihr Angebot insbesondere auch auf die Opfer von häuslicher Gewalt auszurichten.

4. Zwischenfazit

Die Schweiz hat die Bekämpfung der häuslichen Gewalt gemäss den internationalen und grundrechtlichen Vorgaben an die Hand genommen. Das schweizerische Recht stellt verschiedene Bestimmungen im Straf-, im Strafprozessrecht, im Zivil- und im Opferhilferecht zur Verfügung, welche den Opfern den Schutz vor häuslicher Gewalt gewährleisten und ihnen den Zugang zum Rechtsschutz erleichtern sollen. Während die Ahndung von häuslicher Gewalt, sofern diese über einfache Tötlichkeiten hinausgeht, vom Staat von Amtes zu leisten ist, haben die Betroffenen den zivilrechtlichen Schutz im Rahmen des Persönlichkeitsrechts von Art. 28b ZGB im Wesentlichen selber aktiv einzufordern, indem sie eine entsprechende Klage beim Zivilgericht einreichen. Eine Evaluation von Art. 28b ZGB wurde vom Bundesrat angekündigt, liegt aber noch nicht vor.³²⁷ Dagegen hat der Bundesrat im Februar 2015 einen Bericht über die Auswirkungen von Art. 55a StGB (Möglichkeit der Einstellung des Strafverfahrens auf Wunsch des Opfers von häuslicher Gewalt) vorgelegt. Darin wird aufgezeigt, dass die Bestimmung ihren Zweck nicht erfüllt, sondern dazu geführt hat, dass die Offizialisierung von Straftaten in Paarbeziehungen praktisch ausser Kraft gesetzt wurde.³²⁸ Bereits im Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Fehr 09.3878 „Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung“ wie auch im Bericht Heim hat der Bundesrat verschiedene Massnahmen aufgezeigt, wie der Schutz vor häuslicher Gewalt verbessert werden könnte. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass häusliche Gewalt in allen Fällen von Amtes wegen geahndet und gleichzeitig den berechtigten Anliegen der Opfer, falls sie die Beziehung

³²⁵ Prinzipiell unterstehen die Mitarbeiter/innen der Beratungsstellen der Schweigepflicht, doch können sie von dieser entbunden werden, wenn die beratene Person damit einverstanden ist (Art. 11 Abs. 2 OHG) bzw. besteht eine Pflicht zur Zeugenaussage, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Geheimhaltungsinteresse überwiegt (Art. 173 Abs. 1 lit. d StPO).

³²⁶ Nicht jeder einzelne Kanton muss eine eigene Anlaufstelle für Opfer einrichten. Nachbarkantone können sich zu diesem Zweck auch zusammenschliessen. Dies ist zum Beispiel der Fall in den Kantonen St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden, die eine gemeinsame Opferhilfestelle betreiben. Eine Liste der kantonalen Opferhilfe-Beratungsstellen findet sich auf der Homepage der Konferenz der Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren SODK; einsehbar unter [http://sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/opferhilfe/wwwopferhilfe-schweizch/opferhilfe-beratungsstellen.html](http://sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/opferhilfe/wwwopferhilfe-schweizch/opferhilfe-beratungsstellen/).

³²⁷ Der Bundesrat hat im Bericht über Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen, vom 13.05.2009, die Evaluation der Wirksamkeit von Art. 28 lit. b Abs. 1 ZGB und Art. 55a StGB angekündigt (siehe BBI 2009 4087, 4111 und 4113). Die Ergebnisse der Evaluation von Art. 55a liegen vor (siehe BUNDESRAT, Bericht Heim).

³²⁸ Siehe BUNDESRAT, Bericht Heim.

zum Täter bzw. zur Täterin aufrecht erhalten wollen, Rechnung getragen werden könnte.³²⁹ Dazu stellt er insbesondere eine Neufassung von Art. 55a StGB zur Diskussion.

Im Rahmen dieser Studie wurde auf eine zusätzliche³³⁰ eingehende Untersuchung der verfahrensrechtlichen bzw. prozeduralen Bestimmungen zum Schutze vor häuslicher Gewalt und damit auf eine Beurteilung der von der Schweiz getroffenen Massnahmen zur Gewährleistung des Zugangs der Opfer zu adäquatem und effizientem Schutz vor häuslicher Gewalt verzichtet. „Häusliche Gewalt“ stellt in erster Linie eine *strukturelle* Diskriminierung dar, womit Diskriminierungen gemeint sind, die aufgrund von Traditionen, Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen die Ansichten und Handlungen der Gesellschaft als Ganzes bestimmen. In der Rechtspraxis wird häusliche Gewalt jedoch nicht als Diskriminierungsform, sondern als Problem des Persönlichkeitsschutzes bzw. als – materielle – Verletzung des Grundrechts auf physische und psychische Integrität eingestuft bzw. behandelt.³³¹ Die Erscheinungsformen häuslicher Gewalt sind wesentlich durch die traditionellen Geschlechterrollen und damit von herrschenden Vorstellungen über die Gleichheit der Geschlechter bestimmt und Gewaltdelikte im familiären Umfeld können durchaus aus sexistischen Motiven erfolgen.

³²⁹ Siehe die Empfehlungen in BUNDESRAT, Bericht Heim, S. 44 ff. sowie die Hinweise zum weiteren Vorgehen auf S. 50 ff.

³³⁰ Siehe die Liste der zurzeit zur Beurteilung der Problematik zur Verfügung stehenden Publikationen und Studien in *ibid.*, S. 54 ff.

³³¹ Siehe auch Teilstudie 5, Kap. II, Einleitung.

VII. GESAMTFAZIT UND PROBLEMBEREICHE

Die folgenden Ausführungen geben die *wesentlichen* im Rahmen der vorliegenden Teilstudie herausgearbeiteten Problemfelder wieder.

Die Schweiz hat 1999 ein den internationalen Vorgaben entsprechendes Diskriminierungsverbot in die Bundesverfassung aufgenommen. Es verbietet in Art. 8 Abs. 2 BV Diskriminierung etwa aufgrund der Herkunft, der Rasse, des Alters, der Lebensform oder wegen einer Behinderung wie auch aufgrund des Geschlechts. In Art. 8 Abs. 4 BV wird die *Gleichberechtigung* von Frau und Mann explizit postuliert und die Verpflichtung der Behörden präzisiert, sowohl für die rechtliche als auch die tatsächliche Gleichbehandlung von Frau und Mann zu sorgen.

Auf gesetzlicher Ebene konnten die bestehenden direkten Diskriminierungen der Frau weitgehend behoben werden. Heute bestehen direkte gesetzlich verankerte Diskriminierungen – z.B. bezüglich der Militärdienstpflicht – v.a. noch für Männer. Fälle indirekter Diskriminierung betreffen demgegenüber offenbar vor allem Frauen.

Zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann hat die Schweiz 1995 gestützt auf den Gesetzgebungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 BV das *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* geschaffen. Es verbietet Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben und sieht verschiedene verfahrensrechtliche Massnahmen vor, welche den Betroffenen den Zugang zu Recht erleichtern.

Das Gleichstellungsgesetz stellt das bisher einzige zurzeit in der Schweiz zur Verfügung stehende Anti-Diskriminierungsgesetz dar, das Diskriminierung durch Private verbietet. Es beschränkt sich allerdings auf die Diskriminierung von Frau und Mann im Arbeitsverhältnis. Nicht erfasst sind die Diskriminierungen in weiteren Bereichen des täglichen Lebens wie insbesondere Diskriminierung beim Zugang zu Dienstleistungen oder sexistisch motivierte Persönlichkeitsverletzungen.

Das Gleichstellungsgesetz verbietet Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, des Zivilstands, der familiären Situation und, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Es erfasst damit in gewissem Umfang Mehrfachdiskriminierungen. Schwierigkeiten ergeben sich bei *intersektionalen* Diskriminierungen, wenn also das Zusammenfallen von mehreren Merkmalen (z.B. Geschlecht und Behinderung oder Geschlecht und ethnische Herkunft) eine diskriminierende Handlung begründet und das Merkmal Geschlecht für sich allein genommen als nicht entscheidend beurteilt wird.

Grundsätzlich hat sich das Gleichstellungsgesetz bewährt, das heisst, es wird von Frauen genutzt, wenn auch, wie die Fallzahlen zeigen, nicht in grossem und in gewünschtem Ausmass. Die Angst der Betroffenen vor den Konsequenzen einer Klageerhebung, insbesondere die Angst vor Kündigung, stellt eines der Haupthindernisse bei der Durchsetzung des GIG dar. Schwierig gestaltet sich häufig auch der Nachweis einer erlittenen Benachteiligung.

Bezüglich der *verfahrensrechtlichen Bestimmungen* des GIG haben sich folgende Probleme gezeigt:

Problematisch ist die Regelung des Verbandsklage- bzw. Verbandsbeschwerderechts. Die Beschränkung des Klagerechts auf Feststellungsklagen macht das Instrument für die Verbände wenig attraktiv. Es wurde denn auch in den letzten Jahren kaum mehr genutzt.

Der Nachweis einer erlittenen Diskriminierung stellt immer noch eines der grössten Probleme bei der Klageerhebung dar. Besondere Probleme bestehen dabei bei indirekten Geschlechterdiskriminierungen. Diese sind, sofern sie überhaupt erkannt werden, schwierig zu belegen, da die entsprechenden Informationen (z.B. betreffend Höhe der Löhne oder von den Unternehmen für einzelnen Arbeitnehmenden ausgerichteten Förderungsmassnahmen) nicht zur Verfügung stehen. Die Beweislast erleichterung hat sich hier für die von Diskriminierung Betroffenen als nützlich erwiesen, auch wenn sich diese, wie die Evaluation des GIG in den Jahren 2003-2005 gezeigt hat, zumindest im damaligen Zeitpunkt nicht entscheidend auf den Ausgang der analysierten Verfahren ausgewirkt und kaum mehr positive Entscheide gefällt wurden in den Konstellationen, wo die Beweislast erleichterung gemäss Art. 5 GIG beansprucht werden kann. Nicht zum Zug kommt diese gemäss geltender Regelung bei Anstellungsdiskriminierung sowie bei sexueller Belästigung.

Als ungenügend hat sich die Sanktionenregelung des GIG erwiesen. Diese sind beschränkt auf sechs Monatslöhne bei Kündigung und drei Monatslöhne bei Anstellungsdiskriminierung. Die damit für die Unternehmen zu gewärtigenden Beträge im Falle einer Klage wegen Diskriminierung sind damit in vielen Fällen, falls es sich – wie bei Anstellungsverhältnissen von Frauen häufig – um Teilzeiterwerbende oder Arbeitnehmerinnen im Niedriglohnbereich handelt, klein und stellen für die Unternehmen ein nur geringes Risiko dar. Nur mit einer Erhöhung der Sanktionen kann einerseits die generalpräventive Wirkung des GIG verbessert werden und vermag andererseits die Betroffenen dazu zu motivieren, ein gerichtliches Verfahren anzustrengen. Heute sind angesichts der Gefahr, die Prozesskosten übernehmen zu müssen, die zu erwartenden Entschädigungssummen zu gering.

Eine Lücke besteht schliesslich bei der Durchsetzung des Geschlechterdiskriminierungsverbots im Erwerbsleben auf institutioneller Ebene. Das GIG verpflichtet den Bund zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter Finanzhilfen für öffentliche und private Institutionen, die Programme zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben durchführen, sowie für Beratungsstellen, die Frauen im Erwerbsleben beraten, auszurichten. Es beinhaltet sodann einen entsprechenden Informations- und Beratungsauftrag an das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann. Es sieht jedoch keine Stellen vor, welche spezifische Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen gegenüber den Unternehmen haben. Die eigentliche Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes und insbesondere des verfassungsrechtlich verankerten Lohngleichheitsanspruchs ist damit den einzelnen Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer überlassen und damit wenig effektiv.

Grundsätzlich erweist sich die Sensibilisierung aller beteiligten Personengruppen und Institutionen für die Verpflichtungen aus dem Gleichstellungsgesetz trotz verschiedener ergriffener Massnahmen noch immer als ungenügend. Dies gilt im Speziellen mit Blick auf die Behandlung von Schwangeren und Frauen, die kürzlich geboren haben. Um ein besseres Monitoring des Gesetzes zu gewährleisten, wäre eine systematische Erfassung entsprechender Fälle durch die Beratungsstellen, durch die Schlichtungs- und Gerichtsbehörden hilfreich.

Diskriminierung wegen Schwangerschaft

Für Schwangere und Frauen, die kürzlich geboren haben, gilt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ein absoluter Kündigungsschutz aufgrund von Art. 336 ff. OR für die Dauer der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs. Dieser Schutz kann gemäss der im Rahmen dieser Studie erfolgten Fallanalyse erfolgreich geltend gemacht werden, sofern nicht ausserordentliche Ver-

hältnisse vorliegen. Wieviele der von Kündigung während der Schwangerschaft Betroffenen sich aber effektiv vor Gericht wehren, ist nicht bekannt.

Schlecht geschützt sind Frauen unter Umständen *während* der Schwangerschaft, falls sie aus gesundheitlichen Gründen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft die Arbeitspflicht nicht erfüllen können. Das zivilrechtliche Arbeitsvertragsrecht macht die Lohnzahlungspflicht von der Dauer der Anstellung abhängig (324a Abs. 2 OR). Im Minimum ist die Lohnzahlungspflicht pro Dienstjahr damit auf drei Wochen beschränkt und falls die Schwangere bereits wegen einer sonstigen Krankheit oder eines Unfalls die entsprechende Zeit an der Arbeit verhindert war, muss sie auf den Lohn völlig verzichten.

Nicht geschützt vor Kündigung und Arbeitsplatzverlust sind Schwangere während der Probezeit. Hier kann lediglich gestützt auf das GIG wegen Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft geklagt werden und eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen eingeklagt werden. Die vorgesehenen Sanktionen sind auch im Falle von Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder aufgrund von Mutterschaft kaum geeignet, um einerseits bei den Arbeitgebenden eine abschreckende Wirkung zu entfalten und andererseits eine – in verschiedener Hinsicht mit Belastungen verbundene – Klageerhebung für die Betroffenen attraktiv erscheinen zu lassen.

Eine heikle Phase stellt für Frauen, die kürzlich geboren haben, im Weiteren die Zeit nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub dar. Hier besteht die Gefahr, dass die Arbeitgebenden einen Anlass zur Kündigung suchen, weil sie davon ausgehen, dass diese aufgrund ihrer Mutterpflichten häufiger fehlen und nicht mehr gleich flexibel einsetzbar sind.

Bezweifelt werden muss, ob die Regelungen zum Schutz der Schwangeren und Mütter sowohl den Arbeitgebenden als auch den Arbeitnehmerinnen effektiv bekannt und bewusst sind. Zur Verbesserung der Durchsetzung des bestehenden Schutzes vor Diskriminierung im Falle von Schwangerschaft stehen in erster Linie Massnahmen im Bereich Sensibilisierung, Aufklärung und Weiterbildung im Vordergrund. Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang auch eine systematische Erfassung der Fälle auf Ebene der Beratungs- und Schlichtungsstellen.

Häusliche Gewalt

Die Schweiz hat in verschiedenen Gesetzen Bestimmungen eingeführt, welche den Opfern von „Häuslicher Gewalt“ den Zugang zum Recht erleichtern. Entsprechende Bestimmungen finden sich im Strafgesetz, im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28a ZGB) und im Ausländergesetz sowie insbesondere im Opferhilfegesetz und in der schweizerischen Strafprozessordnung. Die besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Strafverfolgung aufgrund von Art. 55a StGB, wonach das Strafverfahren auf Antrag des Opfers provisorisch eingestellt werden kann, sind vom Bundesrat untersucht, und Massnahmen zur Verhinderung der Straflosigkeit der Täterschaft unter gleichzeitiger Wahrung der Interessen der Opfer sind ausgearbeitet worden und werden diskutiert. „Häusliche Gewalt“ stellt in erster Linie eine *strukturelle* Form von Diskriminierung dar, begründet in gesellschaftlich verankerten Traditionen, Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen und Haltungen von Mann und Frau. In der Rechtspraxis wird häusliche Gewalt jedoch nicht als Diskriminierungsform, sondern als Problem des Persönlichkeitsschutzes bzw. als – materielle – Verletzung des Grundrechts auf physische und psychische Integrität eingestuft und behandelt. Aus diesem Grund wurde im Rahmen dieser Studie auf eine weitere Analyse der Wirksamkeit der bestehenden rechtlichen Instrumente verzichtet.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

- AEPPLI DANIEL C., Wirkungsanalyse Mutterschaftsentschädigung, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Sozialversicherung, Basel, 28. August 2012.
- ARIOLI KATHRIN, ART. 13, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 390 ff.
- AUBERT GABRIEL, Droits des travailleurs: Art. 5 LEg, in: Aubert Gabriel/ Lempen Karine (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, S. 127 ff.
- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011.
- BAUMGARTNER-WÜTHRICH BARBARA, Die Einstellung des Verfahrens bei häuslicher Gewalt – Erfahrungen mit Art. 55a StGB im Kanton Bern. SZK 2/2008, S. 21 ff.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 Abs. 3 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 3. Auflage. Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, S. 236 ff.
- BONDOLFI SIBILLA, Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung, Zürich 2012.
- BRUCHEZ CHRISTIAN, Qualité pour agir des organisations: Art. 7 LEG, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, S. 177 ff., zit.: Art. 7 LEg.
- Voies de droit des rapports de travail de droit public, in: Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, S. 277 ff., zit.: Art. 13 LEg.
- CUSACK SIMONE, Eliminating judicial stereotyping, Final paper submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights on 9 June 2014.
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN/SEKTION FÜR CHANCENGLEICHHEIT UND GLOBALE GENDER- UND FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Gleichstellung von Frau und Mann, Aktionsplan der Schweiz - Bilanz 1999-2014, Bern, Juni 2014.
- FREIVOGEL ELISABETH, ART. 3, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 46 ff., zit.: Art. 3.
- Art. 7, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 248 ff., zit.: Art. 7.
- Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in: AJP/PJA 11/2006 (Sondernummer), 1343 ff., zit.: Lücken.
- Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Inhaltliche Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich (Baustein 6), Februar 2005, zit.: Auswertung Gerichtsfälle.

- FUCHS GESINE, Bericht zur Ist-Situation in der Bundesverwaltung, den Kantonen und Städten bezüglich Mutterschaftsentschädigung und parlamentarischen Vorstössen zu Vaterschaft und Elternschaft (inkl. Adoption), Basel, Juli 2008.
- HAUSAMMANN CHRISTINA, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008.
- INTERFACE, Staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente zur Verwirklichung der Lohn- gleichheit, Bericht zuhanden des Bundesamtes (BJ) und des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Luzern, 24.10.2013.
- KÄGI-DIENER REGULA, Frauen in rechtlichen Verfahren – Prozesse unter der Lupe, AJP (2002), S. 1387 ff.
- KAUFMANN CLAUDIA, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 1 ff., zit.: Entstehung.
- Art. 4, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 114 ff., ZIT. ART. 4.
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.
- KELLER LÄUBLI LUCY, Zum Einfluss der Opferhilfe-Beratungsstellen auf das Anzeigeverhalten der Opfer von Straftaten, Bern, 29. Dezember 2012.
- KIENER REGINA/ KÄLIN WALTER, Grundrechte 2. Auflage, Bern 2013.
- KILLIAS MARTIN/STAUBLI SILVIA/BIBERSTEIN LORENZ/BÄNZIGER MATTHIAS, „Häusliche Gewalt in der Schweiz – Analysen im Rahmen der schweizerischen Opferbefragung 2011“, Zürich 2012 (abrufbar unter www.bj.admin.ch> Gesellschaft> Opferhilfe> Publikationen).
- LEMPEN KARINE, Harcèlement sexuel: Art. 4 LEg, in: Gabriel Aubert, Karine Lempen (éds.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, S. 97-123, zit.: Art. 4 LEg.
- MAHON PASCAL/D'AMATO GIANNI/MAILLEFER MARIE/MATTHEY FANNY/SCHÖNENBERGER SILVIA/WICHMANN NICOLE, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz: Eine Bestandsaufnahme im Bereich Migration, November 2013.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- PÄRLI, KURT, Missbräuchliche Kündigung : Sanktion wenig abschreckend, Plädoyer 3/11 vom 30. Mai 2011 – aktualisiert am 4. Oktober 2013.
- RADAY FRANCES, Art. 11, in: MARSHA A. FREEMAN/CHRISTINE CHINKIN/BEATE RUDOLF, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Oxford S. 279 ff.
- RAMSEYER JEANNE/MÜLLER CORINA, Bewährt, aber noch zu wenig bekannt, AJP/PJA 11/2006, S. 1331 ff.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/ÜBERSCHLAG JAKOB, Art. 5, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 153 ff.

- SCHLÄPPI ERIKA, CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis, hrsg. von der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen.
- SCHULZ PATRICIA, Programmes d'encouragement: Art. 14 LEg, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (éds.). Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, S. 299 ff.
- Bureau fédéral de l'égalité : Art. 16 LEg, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (éds.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, S. 307 ff.
- ART. 14-16, IN: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (HRSG.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 435 ff.
- SCHWANDER MARIANNE, Häusliche Gewalt: Situation kantonaler Massnahmen aus rechtlicher Sicht, Bericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Bern, November 2006.
- SCHWEIZER RAINER J., ART. 8, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen/Zürich 2008, S. 179 ff.
- SCHUBARTH KATHARINA, Sieben Jahre Mutterschaftsentschädigung – eine erste Wirkungsanalyse, Soziale Sicherheit CHSS 5/2012, S. 305 ff.
- SKMR, Die Regelung des Unterhalts nach Trennung oder Scheidung im Mangelfall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern 2014, zit.: Regelung des Unterhalts.
- Vaterschaftsurlaub: Schlechterstellung von Vätern ist zulässig, SKMR-Newsletter vom 13.11.2014.
- Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich Geschlechtsspezifische Diskriminierung, Bern 2013, zit.: Geschlechtsspezifische Diskriminierung.
- Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte – Der Bundesrat empfiehlt, das ILO-Abkommen Nr. 189 zu ratifizieren, SKMR-Newsletter vom 11.12.2013.
- STAUBER-MOSER SUSY, Art. 11, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 336 ff.
- STUTZ HEIDI, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Schriftliche Befragung der Schlichtungsstellen (Baustein 3), Bern; November 2004, zit: Schriftliche Befragung der Schlichtungsstellen.
- STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/FREIVOGEL ELISABETH, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, Bern und Binningen, April 2005, zit: Synthesebericht.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, ART. 6, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 201 ff.

UEBERSCHLAG JAKOB, Anforderungen an das Vorliegen einer stärkeren nachteiligen Betroffenheit bei der indirekten Geschlechterdiskriminierung, AJP 2014, S. 361 ff., zit.: indirekte Geschlechterdiskriminierung.

Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2009, zit.: Anstellungsdiskriminierung.

VÖGELI GALLI NICOLE, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Die Rechtsprechung im Spannungsfeld der involvierten Interessen. Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht ArbR 2009, Bern 2009. S. 33 ff.

VON KAENEL ADRIAN, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, ArbR 2008, S. 51 ff.

VON WITZLEBEN THOMAZINE, Schlussevaluation, Bericht zuhanden der Trägerschaft des Lohngleichheitsdialogs, Bern, 30. Juni 2014, zit.: Schlussevaluation Lohngleichheitsdialog.

Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, LeGes 2006/3, S. 103 ff., zit. Evaluation Gleichstellungsgesetz.

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 als besonderen Gleichheitssatz, Bern 2003.

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, Berlin, November 2007.

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates zur Motion 09.3059 Heim, Eindämmung der häuslichen Gewalt, vom 28. Januar 2015, zit.: Bericht Heim 2015.

Lohngleichheit: Bundesrat will zusätzliche staatliche Massnahmen ergreifen, Medienmitteilung vom 22.10.2014,

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Fehr 09.3878 „Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung“ vom 24. September 2009, vom 27. Februar 2013, zit.: Bericht Fehr 2013.

Zehnter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 27. Februar 2013, BBL 2013 2145.

Zwischenbericht der Schweiz zur Umsetzung der Empfehlungen des CEDAW-Ausschusses im Bereich Gewalt und im Bereich Migration und Minderheiten, Bern, Juni 2012, zit.: CEDAW, Zwischenbericht Schweiz 2012.

Dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), undatiert, CEDAW/C/CHE/3, zit.: CEDAW, Staatenbericht Schweiz 2008.

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006, BBI 2006 3161, zit.: Evaluation GIG.

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

Bericht über das Rechtsetzungsprogramm „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ vom 26. Februar 1986, BBI 1986 I 114.

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

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben vom 10.11.2008

BUNDESAMT FÜR STATISTIK/KONFERENZ DER KANTONALEN JUSTIZ- UND POLIZEIDIREKTOREN, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2014, Neuchâtel 2015.

Polizeiliche registrierte häusliche Gewalt 2009-2013, BFS aktuell, Neuchâtel, November 2014.

CEDAW-AUSSCHUSS, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16. Dez. 2010, zit.: CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010).

General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, CEDAW/C/GC/25, 2004, zit.: CEDAW, General Recommendation No. 25 (2004).

General recommendation No. 19 on violence against women, 29. Jan. 1992, zit.: CEDAW, General Recommendation Nr. 19 (1992).

COUNCIL OF EUROPE, Factsheet on Guaranteeing Equal Access of Women to Justice, January 2015.

Gender Equality Strategy 2014-2017, Februar 2014.

EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (EGB), Zahlen zu häuslicher Gewalt in der Schweiz, Informationsblatt Nr. 9, Bern, Juni 2015, zit.: Informationsblatt Nr. 9.

Häusliche Gewalt im Migrationskontext, Informationsblatt Nr. 19, Bern, Januar 2015, zit.: Informationsblatt Nr. 19.

Rechtliche Beratung und Vertretung bei häuslicher Gewalt gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) , Informationsblatt Nr. 12, Bern, Dezember 2014, zit.: Informationsblatt Nr. 12.

Häusliche Gewalt in der Schweizer Gesetzgebung, Informationsblatt Nr. 11, Bern 2013, zit.: Informationsblatt Nr. 11.

Verbandsklagen im Gleichstellungsprozess, Tagung vom 7. Dezember 2012 – Zusammenfassung.

EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis (abrufbar unter: www.frauenkommission.ch > Dokumentation).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Domestic Violence -Factsheet, April 2015.

GENDER EQUALITY COMMISSION (GEC), Feasibility Study – Equal Access of women to justice, Strasbourg, 28. Mai 2013, GEC (2013) 1 abridged Rev. vom 6. November 2013.

KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATES, Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 18. August 2005, BBI 2005 6871, Zit: Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt.

Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung - Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, September 2007.

KOMMISSION FÜR SOZIALE SICHERHEIT UND GESUNDHEIT DES NATIONALRATES, Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, vom 3. Oktober 2002, BBI 2002 7522, zit.: Bericht Mutterschaftsurlaub.

OHCHR COMMISSIONED REPORT, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, October 2013.

NORMTEXTE

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10)

Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20).

Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40.

Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

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

Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3).

Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18. Oktober 1961, SEV-Nr. 35.

Europäische Sozialcharta (revidiert) vom 3. Mai 1996, SEV-Nr. 163.

Fakultativprotokoll vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105.1).

Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108.1).

Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (FP UNO-Pakt II).

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103).

Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I; SR 0.103.1).

Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungsabkommen, CERD; SR 0.104).

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, SEV-NR. 177.

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABI. L 204/23 vom 26.7.2006.

Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.05.2011.

Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0).

Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (mit Empfehlung) (SR 0.822.721.1).

Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz vom 15. Juni 2000 (SR 0.822.728.3).

Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Anti-Folterübereinkommen; SR 0.105).

Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UNO Behindertenrechtskonvention SR 0.109).

Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, CEDAW; SR 0.108).

Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107).

Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16.05.2005 (SR 0.311.543).

Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000 (SR 822.111).

Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24.10.2007 (VZAE; SR 142.201).