

# NEWSLETTER

## AUGUST 2019

Autorin: Jennifer Ehrensperger



Rechtsprechung zum Arbeitsrecht

## Gleichstellungsgesetz schützt nicht bei direkter Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung

Das Bundesgericht verneinte die Geltendmachung einer direkten Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung gestützt auf das Gleichstellungsgesetz. Ein Bewerber für eine Zeitmilitärstelle hatte vergeblich geltend gemacht, ihm sei die Anstellung wegen seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden.

In einem Entscheid vom 5. April 2019 (8C\_594/2018; zur amtlichen Publikation vorgesehen) hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung unter das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau fällt (GIG).

Im Jahr 2015 schloss A. mit der Gruppe Verteidigung einen befristeten Arbeitsvertrag als Einheitskommandant mit Zusatzfunktion in einer Schule ab. Für das Jahr 2016 bewarb er sich wieder um dieselbe, erneut ausgeschriebene Zeitmilitärstelle. Im Januar 2016 teilte ihm der Kommandant der Schule mit, eine Verlängerung der Anstellung sei nicht möglich, da die Schule nur bis Ende Januar 2016 über eine Stelle verfüge.

Im September 2016 und Dezember 2016 beantragte A. den Erlass einer Verfügung betreffend die Nichtanstellung als Zeitmilitär. Er begründete dies damit, dass ihm die Anstellung aufgrund seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden und deshalb abzuklären sei, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege. Mit Verfügung vom Januar 2017 verneinte die Gruppe Verteidigung die Diskriminierung mit der Begründung, dass die Zeitmilitärstelle nicht mehr vorhanden sei und A. zudem die Bedingungen für eine Anstellung als angehender Berufsoffizier wegen seines Alters nicht mehr erfüllen könne.

A. gelangte daraufhin zuerst an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht, jeweils mit der Begründung, ihm sei die Anstellung aufgrund seiner sexuellen Orientierung verweigert worden. Dies stelle eine direkte Diskriminierung im Sinne des GIG dar und es stünden ihm eine Entschädigung und eine Genugtuung zu.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass abgewiesene Stellenbewerber gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes keinen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung hätten und eine Beschwerde an das Bundesgericht somit nicht zulässig sei. Allerdings seien Rechtsmittel gegeben, wenn eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vorliegen würde. Das Bundesgericht könne somit auf die entsprechende Beschwerde von A. nur eintreten, sofern der Streitgegenstand unter das GIG falle. Soweit A. seine Beschwerde auf andere gesetzliche Grundlagen stütze, sei auf diese nicht einzutreten.

Strittig war somit, ob eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung eine direkte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG darstellen kann. Hierzu legte das Bundesgericht zunächst dar, dass nach Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) niemand diskriminiert werden dürfe, namentlich auch nicht wegen der Lebensform.

Nach Art. 8 Abs. 3 BV seien Mann und Frau gleichberechtigt und das GIG Sorge für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung (Art. 1 GIG). Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürften aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden (Art. 3 Abs. 1 GIG).

Im Rahmen der Gesetzesauslegung von Art. 3 Abs. 1 GIG hielt das Bundesgericht dafür, es ergebe sich bereits aus dem Wortlaut klar, dass die Diskriminierung mit dem Geschlecht im Zusammenhang stehen müsse. Auch der Gesetzeszweck (Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann; Art. 1 GIG) mache deutlich, dass es beim GIG um eine Gleichstellung der Geschlechter gehe.

Eine Diskriminierung gelte gemäss Rechtsprechung dann als direkt, wenn sich die Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stütze, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne und wenn sie sich sachlich nicht rechtfertigen lasse. Eine indirekte Diskriminierung liege demgegenüber vor, wenn eine an sich geschlechtsneutrale Regelung überwiegend die Angehörigen des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen erheblich benachteiligen würde, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre.

Das Bundesgericht verwies darauf, dass ein Teil der Lehre die Auffassung vertrete, es stelle eine Form der direkten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG dar, wenn Personen aufgrund ihrer Homosexualität ungleich behandelt würden. Ein

anderer Teil vertrete die Gegenmeinung mit dem Argument, dass eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung formal ersichtlich sein müsse, um als direkte Diskriminierung zu gelten. Eine generelle Unterstellung der sexuellen Orientierung unter den Tatbestand der direkten Diskriminierung, ohne dass die Angehörigen eines Geschlechts überwiegend nachteilig betroffen wären, entspreche nicht dem Hauptgedanken des GIG, zumal sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein könnten. Anders wäre es, wenn etwa homosexuelle Frauen eingestellt würden, nicht aber homosexuelle Männer, da in diesen Konstellationen direkt am Geschlecht der sich bewerbenden Person angeknüpft würde.

Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, eine direkte Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG aufgrund der sexuellen Orientierung falle ausser Betracht. Es bestünden erhebliche Hinweise dafür, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Eine solche Gesetzesauslegung stehe ihm Übrigen auch im Einklang mit dem Zweck und dem Wortlaut der Bestimmung. Ferner könnten sowohl Frauen als auch Männer homosexuell sein, weshalb es für eine direkte Diskriminierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle. Erfolge eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einer Bewerberin oder eines Bewerbers, stütze sich diese gerade nicht auf die Geschlechtszugehörigkeit oder ein Kriterium, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne.

Das Bundesgericht wies deshalb die Beschwerde von A. ab, soweit darauf einzutreten war, und bestätigte den Entscheid der Vorinstanz.

## KOMMENTAR

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass das Bundesgericht die umstrittene Frage beantwortet hat, ob eine direkte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter Art. 3 Abs. 1 GIG fällt. Dass das Bundesgericht zum Schluss gelangte, die sexuelle Orientierung falle eben gerade nicht unter besagten Artikel ist zumindest mit Blick auf den Zweck und den Wortlaut des GIG konsequent.

Dies heisst indessen nicht, dass Stellenbewerber, welche aufgrund ihrer sexuellen Orientierung abgewiesen werden, keinerlei Möglichkeit hätten, dagegen vorzugehen. Das Bundesgericht lässt, da A. dies nicht geltend gemacht hatte, insbesondere offen, ob nicht allenfalls aufgrund einer indirekten Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG Ansprüche geltend gemacht werden könnten. Des Weiteren wird in der Lehre vertreten, ein aufgrund seiner sexuellen Orientierung abgewiesener Stellenbewerber könne aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung vorgehen. Zu prüfen wäre zudem, ob eine entsprechende

Diskriminierung von Art. 8 Abs. 2 BV, der EMRK oder anderen internationalen Übereinkommen erfasst wird.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:

**Jennifer Ehrensperger**

Senior Associate

[jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch](mailto:jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch)**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Partnerin

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)