



**Diskussionspapier
zum Diskriminierungspotenzial
einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung
der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann
aus juristischer Sicht**

FACHBEREICH RECHT

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



IMPRESSUM

TITEL

Diskussionspapier zum Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann aus juristischer Sicht

HERAUSGEBER

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG

VERTRIEB

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Bern
ebg@ebg.admin.ch
www.ebg.admin.ch

Dieser Bericht wurde im Auftrag des EBG verfasst. Die darin enthaltenen Einschätzungen und Interpretationen entsprechen nicht zwingend der Sicht des Auftraggebers.



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



**Diskussionspapier zum Diskriminierungspotenzial
einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohngleichheit
zwischen Frau und Mann aus juristischer Sicht**

zuhanden

Eidgenössisches Departement des Innern (EDI)
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)
Schwarztorstrasse 51
3007 Bern

Universität Basel, Lehrstuhl für Soziales Privatrecht
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Mitarbeit: Camill Oberhausser

Universität Basel
Juristische Fakultät
Peter Merian-Weg 8, Postfach
4002 Basel, Schweiz
ius.unibas.ch

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Professur für Soziales Privatrecht
+41612072485
kurt.paerli@unibas.ch

Executive Summary	1
Zusammenfassung.....	2
A. Kontext, Fragestellung und methodisches Vorgehen	2
B. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik.....	3
C. Juristische Würdigung der Faktoren des Analysemodells und Empfehlungen	4
Prüfschema und Ergebnis.....	5
Empfehlungen	7
I. Ausgangslage	8
A. Kontext der Studie.....	8
1. Postulat Noser und Studie FELFE/TRAGESER/ITEN	8
2. Bedeutung des Analysemodells für Politik und Gerichtspraxis	12
3. Wissenschaftliche bzw. politische Debatte um die richtige Erfassung der Lohngleichheit	14
B. Fragestellung und methodisches Vorgehen.....	17
II. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik.....	19
A. Einleitung.....	19
B. Lohngleichheit und Statistik: Verfassungs-, völkerrechtliche und gesetzesrechtliche Aspekte	20
1. Das Verbot der Lohnungleichheit im Verfassungs- und Völkerrecht und Umsetzung auf	
Gesetzesstufe	20
1.1 Art. 8 Abs. 2 und 3 BV, GIG und Beschaffungsrecht	20
1.2 Völkerrechtliche Verbote der geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit.....	23
2. Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden	24
2.1. Die verschiedenen verfassungsrechtlichen Pflichten.....	24
2.2 Die völkerrechtliche Verpflichtungstrias	25
3. Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohngleichheit	26
3.1. Verfassungsrechtlicher Zusammenhang zwischen Statistik, Evaluation und Grundrecht auf	
Lohngleichheit	27
3.2 Diskriminierungsfreie Statistiken und Analysen als Bestandteil völkerrechtlicher	
Gewährleistungspflicht.....	28
C. Lohngleichheit und Statistik: EU-Rechtliche Aspekte.....	29
D. Standards und Richtlinien zu Statistik und Analyse	32
III. Statistische Diskriminierung	33
A. Statistische Diskriminierung – Ein Problem des Generalisierungsunrechts.....	33
1. Zur Theorie der statistischen Diskriminierung als Rechtsproblem	33
2. Bedeutung in der Praxis: Die EuGH-Entscheidungen „Test-Achats“ und „Lindorfer“	36
3. Bezugnahme auf die LSE im Rahmen der Invalidenversicherung als statistische	
Diskriminierung?	38
B. Erkenntnisse für die diskriminierungsfreie Statistik und Analyse	40
IV. Vertiefung: Statistik (und Analyse) als Grundlage für Massnahmen gegen Diskriminierung	42
V. Vorläufige Zwischenergebnisse.....	44
VI. Juristische Würdigung der Erklärungsfaktoren des Analysemodells der nationalen Statistik.....	46
A. Vorüberlegungen und methodisches Vorgehen	46
1. Vorüberlegungen	46

2.	Methodisches Vorgehen	47
B.	Kritische Würdigung der Erkenntnisse aus der FELFE/TRAGESER/ITEN-Studie.....	49
C.	Überprüfung der Modellvariablen des bestehenden Modells.....	52
1.	Sozio-demographische Faktoren	52
1.1	Alter	52
1.2	Zivilstand.....	52
1.2.1	Erklärungspotenzial	52
1.2.2	Diskriminierungspotenzial	52
1.2.3	Ergebnis	55
1.3	Aufenthaltsstatus	55
1.3.1	Erklärungspotenzial	55
1.3.2	Diskriminierungspotenzial	56
1.3.3	Ergebnis	57
1.4	Region.....	57
1.4.1	Erklärungspotenzial	57
1.4.2	Diskriminierungspotenzial	58
1.4.3	Ergebnis	59
2.	Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben: Höchste abgeschlossene Ausbildung..	59
2.1	Erklärungspotenzial	59
2.2.	Diskriminierungspotenzial	59
2.3	Ergebnis	60
3.	Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben	60
3.1	Potenzielle Erwerbserfahrung	60
3.1.1	Erklärungspotenzial	60
3.1.2	Diskriminierungspotenzial	60
3.1.3	Ergebnis	61
3.2	Dienstjahre	61
3.2.1	Erklärungspotenzial	61
3.2.2	Diskriminierungspotenzial	62
3.2.3	Ergebnis	64
4.	Arbeitsplatzspezifische Bedingungen	65
4.1	Arbeitspensum	65
4.1.1	Erklärungspotenzial	65
4.1.2	Diskriminierungspotenzial	66
4.1.3	Ergebnis	67
4.2	Branche.....	67
4.2.1	Erklärungspotenzial	67
4.2.2	Diskriminierungspotenzial	68
4.2.3	Ergebnis	71
4.3	Berufliche Stellung.....	71
4.3.1	Erklärungspotenzial	71
4.3.2	Diskriminierungspotenzial	71
4.3.3	Ergebnis	73
4.4	Kompetenzniveau.....	73
4.4.1	Erklärungspotenzial	73
4.4.2	Diskriminierungspotenzial	73
4.4.3	Ergebnis	74

4.5 Ausgeübter Beruf.....	74
4.5.1 Erklärungspotenzial	74
4.5.2 Diskriminierungspotenzial	75
4.5.3 Ergebnis	76
4.6 Firmengrösse	76
4.6.1 Erklärungspotenzial	76
4.6.2 Diskriminierungspotenzial	77
4.6.3 Ergebnis	77
4.7 Lohnart, Lohnvereinbarung, Lohnformen und zusätzliche Lohnbestandteile (Lohnarten)	77
4.7.1 Erklärungspotenzial	77
4.7.2 Diskriminierungspotenzial	78
4.7.3 Ergebnis	80
D. Mögliche neue Modellvariablen.....	81
1. Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung).....	81
1.1 Erklärungspotenzial	81
1.2. Diskriminierungspotenzial	81
1.3. Ergebnis	84
2. Arbeitszeitmodelle	84
2.1 Erklärungspotenzial	84
2.2 Diskriminierungspotenzial	85
2.3 Ergebnis	85
3. Physische sowie psychische Belastungen	86
3.1 Erklärungspotenzial	86
3.2 Diskriminierungspotenzial	86
3.3 Ergebnis	87
E. Zusammenfassende Darstellung der Variablen und ihrer rechtlichen Würdigung.....	88
VII. Zusammenfassendes Fazit und Empfehlungen	91
Literaturverzeichnis	94
Materialienverzeichnis	108
Abkürzungsverzeichnis	109
Abbildungsverzeichnis.....	115

Executive Summary

Aufgrund der Lohnstrukturerhebung (LSE) lassen sich Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern statistisch feststellen. In der Spezialauswertung Lohngleichheit wird anhand einer Reihe von Faktoren die geschlechtsspezifische Lohndifferenz in eine erklärbare und eine nicht erklärbare aufgeteilt. Die entsprechenden Ergebnisse finden Eingang in die **Rechtspolitik** und in die **Rechtspraxis**. Mit der vorliegenden Untersuchung wird das **Diskriminierungspotenzial** dieser **Faktoren** aus **juristischer Sicht** geprüft. Ein ganzes Bündel an Rechtsgrundlagen sowohl im **Bundes- als auch im Völkerrecht** verbietet die **Lohndiskriminierung** zwischen den Geschlechtern (justiziable Ebene) und verpflichtet darüber hinaus alle staatlichen Organe zum Ergreifen der notwendigen Massnahmen für den Abbau der Ungleichheiten (programmatische Ebene). Die rechtliche Verpflichtung zur Sammlung und Analyse solcher Daten ergibt sich aus dem Gleichstellungsrecht und aus der in der Verfassung verankerten Pflicht zur **Überprüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen**. Die Erfassung statistischer Daten und deren Auswertung und Analyse muss diskriminierungsfrei erfolgen. Für eine wirksame Bekämpfung der Lohndiskriminierung sind die Behörden auf **zuverlässige Daten** angewiesen. Daraus folgt die Empfehlung, dass die LSE und die Spezialauswertung Lohngleichheit unbedingt weiterzuführen sind (**Empfehlung 1**).

Für die diskriminierungsrechtliche Würdigung der neu vorgeschlagenen und der Faktoren des bisherigen Analysemodells wird darauf abgestützt, ob eine **explizite Rechtsnorm bzw. die Rechtsprechung** in einem individuellen Lohngleichheitsverfahren eine Anknüpfung an den Faktor zulässt oder nicht. Zudem fliesst auch die **programmatische Ebene** der Lohngleichheit in die **Würdigung** ein. Die nach dem genannten Prüfschema durchgeführte Evaluation führte zum **Ergebnis**, dass die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohnarten“ angesichts ausdrücklicher Belege in der Gesetzgebung und Rechtsprechung für eine Diskriminierung im **Analysemodell zu streichen** sind (**Empfehlung 2a**). Rechtliche Gründe führen auch zur Empfehlung, auf die **Aufnahme der neu vorgeschlagenen Faktoren** „Effektive Berufserfahrung“, „Arbeitszeitmodelle“ und „Physische und psychische Belastungen“ **zu verzichten** (**Empfehlung 2b**). Bei letztgenanntem Faktor wird eine Aufnahme in das Analysemodell dann empfohlen, wenn eine **diskriminierungsfreie Erhebung** machbar ist (**Empfehlung 2c**). Im Interesse der Vergleichbarkeit der Ergebnisse muss eine **Retropolation** der bisherigen Auswertungen anhand des neuen Modells (ohne die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohn“) durchgeführt werden (**Empfehlung 3**).

Bei den Faktoren „Aufenthaltsstatus“, „Region“, „Höchste abgeschlossene Ausbildung“, „Potenzielle Erwerbserfahrung“, „Dienstjahre“, „Branche“, „Berufliche Stellung“, „Kompetenzniveau“, „Ausgeübter Beruf“ und „Firmengrösse“ fehlen eindeutige **rechtliche Indizien** (explizite Rechtsnormen bzw. einschlägige Rechtsprechung), die eine **Streichung der Variablen rechtfertigen würden**. Allerdings sind die durch die Faktoren „Berufliche Stellung“ und „Kompetenzniveau“ im Rahmen des Analysemodells der nationalen Statistik als erklärbar definierten Lohnunterschiede möglicherweise teilweise auf **Beschäftigungsdiskriminierungen** bzw. ggf. auch auf **Diskriminierungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt** an sich zurückzuführen. Dies muss bei der Interpretation der Ergebnisse berücksichtigt werden (**Empfehlung 4**). Schliesslich wird empfohlen, dass **Gerichte** bei der Bezugnahme auf Daten des Analysemodells Zurückhaltung üben, da LSE und Analysemodell einen statistischen und nicht einen Einzelfallzweck verfolgen (**Empfehlung 5**).

Zusammenfassung

A. Kontext, Fragestellung und methodisches Vorgehen

Aufgrund der Lohnstrukturerhebung (LSE) lassen sich Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern statistisch feststellen. In der Spezialauswertung Lohngleichheit (Analysemodell der nationalen Statistik) werden soziodemographische Faktoren (Zivilstand, Aufenthaltstatus, Region), Faktoren, die das Humankapital vor und nach Eintritt in das Erwerbsleben auszeichnen (Höchste abgeschlossene Ausbildung, Potenzielle Erwerbserfahrung, Dienstjahre) und arbeitsplatzspezifische Faktoren (Arbeitspensum, Branche, Berufliche Stellung, Kompetenzniveau, Ausgeübter Beruf, Firmengrösse, Lohnarten¹) verwendet. Mit diesen Faktoren wird die geschlechtsspezifische Lohndifferenz in erklär- und nicht erklärbare aufgeteilt. In der politischen Diskussion werden die nicht erklärbaren Lohnunterschiede bisweilen als Beleg für Lohndiskriminierung von Frauen aufgeführt. Sowohl in **wissenschaftlicher** aber auch bzw. vor allem in **politischer Hinsicht** ist **umstritten**, ob sich aus den nicht erklärbaren Aspekten der Lohnunterschiede zwangsläufig ableiten lässt, dass die nicht erklärbaren Lohnunterschiede diskriminierend sind. Weiter besteht Uneinigkeit bei der Frage, ob die Faktoren, die zur Erklärung der Lohnunterschiede beigezogen werden, ausreichend sind. Einerseits wird postuliert, die nicht erklärbaren Lohnunterschiede würden sich zwangsläufig verringern, wenn mehr Faktoren in die Analyse der Lohnunterschiede einbezogen würden. Andererseits wird argumentiert, die Faktoren – oder zumindest einige davon – die zur Erklärung der Lohnunterschiede berücksichtigt würden, seien selber diskriminierend. **Ungeachtet** des Disputs über die Richtigkeit der mit dem Analysemodell gewonnenen Erkenntnisse stützen sich **Gerichte**, z.B. zur Berechnung eines Erwerbsausfallschadens, auf die errechneten Frauen- bzw. Männerlöhne ab.

Am 18. November 2015 verabschiedete der Bundesrat seinen Bericht zum Postulat Noser (14.3388 „Erhebung zur Lohngleichheit. Verbesserung der Aussagekraft“). Der Bericht basiert auf den Ergebnissen einer **wirtschaftswissenschaftlichen Studie** von FELFE/TRAGESER/ITEN zur Angemessenheit des Analysemodells der nationalen Statistik (Spezialauswertung Lohngleichheit, BFS) und des Standard-Analysemodells des Bundes für Lohngleichheitskontrollen auf betrieblicher Ebene (EBG) zur Erklärung der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern auf nationaler Ebene bzw. zur Feststellung einer Lohndiskriminierung auf betrieblicher Ebene. Die hier vorliegende **rechtliche Untersuchung** soll das Diskriminierungspotenzial der im Analysemodell der nationalen Statistik verwendeten sowie der in der Studie von FELFE/TRAGESER/ITEN zur Aufnahme vorgeschlagenen Faktoren (Effektive Beschäftigung, Arbeitszeitmodelle, Physische und psychische Anforderungen) analysieren.

Die **Definition der Lohndiskriminierung** in den **Rechtswissenschaften** unterscheidet sich von der **wirtschaftswissenschaftlichen**: Ökonomisch gesehen liegt eine Lohndiskriminierung vor, wenn Frauen und Männer, die in ihren arbeitsmarkt- und produktivitätsrelevanten Eigenschaften identisch sind,

¹ In diesem Gutachten werden als „Lohnarten“ zusammenfassend die Faktoren „Lohnart“, „Lohnvereinbarung“, „Lohnform“ und „Zusätzliche Lohnbestandteile“ bezeichnet.

unterschiedliche Löhne erhalten. Solche Unterschiede können auf unterschiedlichen Humankapitalfaktoren beruhen. Die rechtliche Definition der Lohndiskriminierung geht indes weiter. Sie geht vom Grundsatz „gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“ aus. Wenn Lohnunterschiede auf Umständen beruhen, die sich aus der Geschlechterzugehörigkeit ergeben, ohne dass diese Unterschiede durch die Arbeit an sich gerechtfertigt sein können, liegt juristisch gesehen eine verbotene Lohndiskriminierung vor. Im Unterschied zur wirtschaftswissenschaftlichen Definition können unterschiedliche Löhne für anforderungsmässig gleichwertige Tätigkeiten innerhalb eines Unternehmens **nicht** durch rein **arbeitsmarktrelevante Eigenschaften juristisch** gerechtfertigt werden. Auch werden Unterbewertungen von frauentypischen Tätigkeiten, die vielfach **auf Stereotypen** beruhen, nur bei einer rechtlichen **Definition der Lohngleichheit** berücksichtigt.

In **methodischer Hinsicht** werden zur Beantwortung der Fragestellung nationale und internationale Rechtsquellen, Lehre und Rechtsprechung zur Lohngleichheit bearbeitet und anschliessend systematisch die einzelnen Faktoren des Analysemodells im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse geprüft. Ausgangspunkt der rechtlichen Analysen bilden einerseits der **verfassungsrechtliche** Anspruch auf **Lohngleichheit** und die staatliche Verpflichtung zur Verwirklichung der **tatsächlichen Gleichstellung** nach Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung (BV) und andererseits die **Kompetenzgrundlage** für **statistische Erhebungen** in Art. 65 BV sowie die in Art. 170 BV verankerte Pflicht zur **Evaluation** staatlichen Handelns. Mit in die Untersuchung einbezogen werden auch die mit den Zielen der Verfassung übereinstimmenden **völkerrechtlichen Übereinkommen** und – im rechtsvergleichenden Sinne – die entsprechende Rechtslage in der Europäischen Union (EU). Weiter wird der in der Rechtswissenschaft noch wenig entwickelte Diskurs über „**statistische Diskriminierung als Rechtsproblem**“ aufgegriffen und es wird der Frage nachgegangen, wieweit **statistische Erhebungen** aus rechtlicher Sicht als **Grundlage** für Massnahmen zur **Diskriminierungsbekämpfung** notwendig sind.

B. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik

Art. 8 Abs. 3 BV normiert den Anspruch auf Gleichberechtigung von Mann und Frau in drei Sätzen. Im ersten Satz ist ein Diskriminierungsverbot enthalten, der zweite Satz statuiert einen **Gesetzgebungsauftrag** und der dritte Satz den Anspruch auf **Lohngleichheit**, der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre **auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen** unmittelbar anwendbar ist. Der verfassungsrechtliche Gleichstellungsauftrag wurde durch das Bundesgesetz über die Gleichstellung (Gleichstellungsgesetz, GIG) umgesetzt. Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG und Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ist (auch) bei der Entlohnung sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten. Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts finden sich auch in zahlreichen **völkerrechtlichen Menschenrechtskonventionen**. Hervorzuheben ist die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), die konkrete Verpflichtungen zur Gleichstellung in diversen Lebensbereichen beinhaltet, insbesondere eine Garantie eines gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit. Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts ist also sowohl nach Verfassungs- als auch nach für die Schweiz verbindlichem Völkerrecht unzulässig. Die betroffenen Personen haben in einem konkreten Fall einen verbindlichen Anspruch auf Beseitigung der Lohndiskriminierung durch entsprechende Rechtsmittel.

Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen **Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung** zur Geltung kommen. Das gilt auch für den grund- und menschenrechtlichen Anspruch auf Gleichheit der Geschlechter sowie spezifisch für den Lohngleichheitsanspruch. Der in Art. 8 Abs. 3 BV verankerte grundrechtliche Anspruch auf Gleichstellung und insbesondere auf diskriminierungsfreie Entlohnung hat sowohl **eine justiziable** als auch eine **programmatische** Schicht. Ausfluss dieser programmatischen Ebene des Grundrechts auf Geschlechtergleichheit bildet die Pflicht der staatlichen Behörden, Massnahmen zur Lohngleichheit auf betrieblicher und gesellschaftlicher Ebene zu ergreifen. Auch müssten bestehende **Stereotypisierungen bekämpft** und **diskriminierende Strukturen überwunden** werden. Im gleichstellungspolitischen Leitentscheid BGE 137 I 305 hält das Bundesgericht dazu fest, es bedürfe „gezielter Massnahmen, um stereotype Rollenbilder und gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen zu beseitigen sowie ein Umdenken in der Gesellschaft einzuleiten“.

Für eine **wirksame Bekämpfung** der Lohndiskriminierung sind die Behörden (aber auch die privaten Akteure) auf **zuverlässige Daten** angewiesen. Die entsprechende rechtliche Verpflichtung ergibt sich einerseits aus dem Gleichstellungsrecht und andererseits aus der allgemeinen in der Verfassung verankerten Pflicht zur Überprüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen. Entscheidend ist, dass die **Erfassung statistischer Daten und deren Auswertung und Analyse diskriminierungsfrei** erfolgt. Entscheide, die aufgrund von statistischen Erfahrungswerten gefällt werden, können Stereotypen perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Gleiches gilt auch für Erklärungsfaktoren, wenn sie sich auf statistische Erfahrungswerte stützen.

Statistiken bilden zum einen **Grundlage** für eine **wirksame Bekämpfung von Diskriminierung** und sind somit auch aus diskriminierungsrechtlicher Sicht notwendig. Gleichzeitig bergen Statistiken aber auch ein **Diskriminierungspotenzial** in sich. Gerichtsentscheide, die für bestimmte Sachfragen auf der Basis statistischer Erfahrungswerte gefällt werden, können Stereotype perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Diese Erkenntnis wirkt sich auch auf lohnstatistische Erhebungen und die Analyse deren Daten aus. In der Diskussion und Bewertung der durch das Analysemodell gewonnen Erkenntnisse ist zu beachten, dass aus erklärbaren Teilen der Lohnungleichheit aus juristischer Sicht gerade nicht geschlossen werden darf, dass diese Lohnungleichheiten hinzunehmen sind, denn auch die Lohngleichheit erklärende Faktoren können diskriminierende Ursachen haben.

C. Juristische Würdigung der Faktoren des Analysemodells und Empfehlungen

Bei der Diskussion um Lohndiskriminierung muss zwischen individueller Ebene, Stufe eines Betriebes und Ebene der nationalen Statistik bzw. des nationalen Analysemodells unterschieden werden. Die **vorliegende Untersuchung** beurteilt das Diskriminierungspotenzial der Faktoren der Spezialauswertung Lohngleichheit (**Analysemodell der nationalen Statistik**).

Für die Beurteilung der Frage, ob die Verwendung der bisherigen und neu vorgeschlagenen Faktoren im Analysemodell der nationalen Statistik aus diskriminierungsrechtlicher Sicht zulässig ist, sind kurz die wichtigsten Eckpunkte des Lohngleichheitsanspruchs in Erinnerung zu rufen. Ein **Lohngleichheits-**

anspruch kann geltend gemacht werden, wenn eine Person des einen Geschlechts für eine **gleiche oder gleichwertige Arbeit** weniger Lohn erhält als eine Person des anderen Geschlechts. Das Lohnungleichheitsverbot nach Art. 3 GIG ist **geschlechtsneutral** formuliert. Die Lohnungleichheit manifestiert sich in der Praxis jedoch meistens so, dass Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit schlechter bezahlt werden als Männer. Die lohnmassige Diskriminierung kann auch als Ergebnis einer generellen Einstufung bestimmter Funktionen resultieren. Das ist dann der Fall, wenn **typische Frauenberufe** trotz vergleichbarer Anforderungen **schlechter bezahlt** sind als typische Männerberufe. Verboten ist nicht nur die **direkte, sondern auch die indirekte geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung**. Eine solche indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet ist. Sowohl bei gleicher als auch bei gleichwertiger Arbeit werden in der Gerichtspraxis Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Solche **Rechtfertigungsgründe** sind namentlich Alter, Dienstalter, Ausbildung und unter sehr engen Voraussetzungen auch das konjunkturelle Umfeld. Die Faktoren, welche im **individuellen Lohnstreit** im konkreten Einzelfall gemäss Gerichtspraxis eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu rechtfertigen vermögen, dürfen **nicht unbesehen in das Analysemodell der nationalen Statistik übernommen** werden, um damit Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern als erklärbar darzustellen und als nicht diskriminierend zu interpretieren. Der **umfassende Auftrag zum Abbau von Geschlechterstereotypen** erfordert vielmehr eine differenziertere Analyse. Wenn ein erklärender Faktor diskriminierend ist bzw. ausreichendes diskriminierendes Potenzial hat, spricht dies aus rechtlicher Sicht gegen die weitere Verwendung im Analysemodell.

Prüfschema und Ergebnis

Sowohl die Faktoren des bestehenden Analysemodells als auch die zur Diskussion stehenden neuen Faktoren wurden nach dem folgenden Schema geprüft:

- Findet sich zum Faktor eine explizite Rechtsnorm, die eine direkte oder indirekte Diskriminierung verbietet?
- Wird der Faktor in der Rechtsprechung als direkt oder indirekt diskriminierend qualifiziert bzw. wird der Faktor als Rechtfertigungsgrund für eine Lohnungleichheit aufgrund des Geschlechts zugelassen oder nicht?
- Welche Auswirkungen ergeben sich aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts für die Würdigung des Faktors?

Anzumerken ist, dass es aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht möglich ist, das **Diskriminierungspotenzial** eines Faktors zu **quantifizieren**. Die Aussagen über das Diskriminierungspotenzial eines Faktors und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die (weitere) Verwendung oder Nichtverwendung im Analysemodell der nationalen Statistik stellen vielmehr eine **Wertungsentscheidung** auf der Grundlage des normativen Rahmens dar.

Die nach dem genannten Prüfschema durchgeführte Evaluation führte zum **Ergebnis**, dass die Faktoren „**Aufenthaltstatus**“, „**Region**“, „**Höchste abgeschlossene Ausbildung**“, „**Potenzielle Erwerbserfahrung**“, „**Dienstjahre**“, „**Branche**“, „**Berufliche Stellung**“, „**Kompetenzniveau**“, „**Ausgeübter Beruf**“ und „**Firmengrösse**“ weiterhin verwendet werden können. Bei all diesen Faktoren **fehlen** eindeutige

rechtliche **Indizien** (explizite Rechtsnormen bzw. einschlägige Rechtsprechung), die **eine Streichung der Variablen rechtfertigen würden**. Allerdings sind die durch die Faktoren „Berufliche Stellung“, „Branche“, „Ausgeübter Beruf“ und „Kompetenzniveau“ im Rahmen des Analysemodells der nationalen Statistik als erklärbar definierten Lohnunterschiede möglicherweise teilweise auf **Beschäftigungsdiskriminierungen** bzw. ggf. auch auf **Diskriminierungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt** an sich zurückzuführen. Ob solche Diskriminierungen tatsächlich vorkommen, kann dem Analysemodell nicht entnommen werden. Aus der programmatischen Perspektive des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrages folgt indes die Notwendigkeit, den mittels dieser Faktoren als erklärbar generierten Teil der Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern sehr **sorgfältig zu interpretieren** und insbesondere der möglichen **Beschäftigungsdiskriminierung Beachtung** zu schenken.

Bei den Faktoren „**Zivilstand**“, „**Arbeitspensum**“ und „**Lohnarten**“ finden sich ausdrückliche Belege in der Gesetzgebung und Rechtsprechung für eine Diskriminierung. So ist nach Art. 3 Abs. 1 GlG jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten und eine Diskriminierung liegt u.a. dann vor, wenn für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung an den Zivilstand angeknüpft wird. Eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung von Arbeitnehmenden unter Berufung auf das **Arbeitspensum** stellt eine nach der Rechtsprechung **verbotene indirekte Diskriminierung** aufgrund des Geschlechts dar. Der Anspruch auf **Lohngleichheit** schliesslich ist **umfassend**, d.h., es sind sämtliche geldwerten Leistungen zu berücksichtigen, die als Entschädigung für die geleistete Arbeit entrichtet werden. Nach Lehre und Rechtsprechung zählen **Lohnzusatzleistungen jeder Art** zu dem Lohn, auf den bei gleicher und gleichwertiger Arbeit ein Anspruch besteht.

Gegen die Aufnahme des neu vorgeschlagenen Faktors „**Effektive Berufserfahrung**“ spricht aus rechtlicher Sicht, dass gemäss **Bundesgericht** eine **übermässige Berücksichtigung der Berufserfahrung** eine **indirekte Diskriminierung** bewirkt. Dadurch würden Frauen benachteiligt, die im Durchschnitt eher ihre Karriere zum Zweck der Kinderbetreuung unterbrechen müssten. Zwar ist in einem individualrechtlichen Verfahren die effektive Berufserfahrung für die Rechtfertigung einer geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit **nicht in jedem Fall unzulässig**. Wenn jedoch auf der Ebene der nationalen Statistik im Analysemodell eine Variable „Effektive Berufserfahrung“ eingeführt würde, so könnte dies dazu beitragen, dass ein (weiterer) Teil der Lohnunterschiede als erklärbar definiert würde, obwohl eine tatsächliche Lohndiskriminierung vorliegt.

Die Aufnahme eines Faktors „**Arbeitszeitmodelle**“ wird nicht empfohlen. Es besteht die Gefahr, einer nicht geschlechtsneutralen Bewertung der Arbeitszeitmodelle. Dazu kommt, dass auch bei einer an sich geschlechtsneutralen Bewertung die verbreitete familiäre Rollenverteilung eher dazu führt, dass vorwiegend Frauen „familienkompatible“ (und in der Regel schlechter entlohnte) Modelle wählen. Bezüglich des Vorschlages, „Physische und psychische Belastungen“ in das Analysemodell aufzunehmen, erfolgt eine differenzierte Beurteilung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können solche Anforderungen bei einer Arbeitsplatzbewertung berücksichtigt werden. Die **physische und psychische Belastung** einer Tätigkeit kann also in einem individuellen Lohnstreit als **objektiver Grund einer Lohndifferenz anerkannt** werden. **Voraussetzung** ist jedoch, dass die Bewertung der Arbeit **nicht** auf der Basis **geschlechtsstereotyper, diskriminierender Merkmale** erfolgt. Es wird deshalb empfohlen, „physische und psychische Faktoren“ im jetzigen Zeitpunkt nicht ins Analysemodell aufzunehmen. Sinnvoll ist indes, durch geeignete Abklärungen zu prüfen, ob und wie eine diskriminie-

rungsfreie Erhebung der entsprechenden Daten möglich ist. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist eine erneute Prüfung der Aufnahme der Faktoren vorzunehmen.

Empfehlungen

Auf der Grundlage der durch die einzelnen Untersuchungsschritte gewonnen Erkenntnisse lassen sich die folgenden Empfehlungen an die zuständigen Bundesbehörden ableiten:

1. Eine wirksame Politik der Lohngleichheit erfordert statistische Grundlagen. Die Spezialauswertung Lohngleichheit ist weiterzuführen
2. An diesem Modell sind aus juristischer Sicht die folgenden Änderungen vorzunehmen:
 - a. Die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohnarten“ sind zu streichen.
 - b. Die zur Diskussion stehenden neuen Faktoren „Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung)“ und „Arbeitszeitmodelle“ sind nicht aufzunehmen.
 - c. Zur Aufnahme der Physischen und psychischen Arbeitsbelastung wird die Evaluation eines Stereotyp-freien Bewertungssystems empfohlen.
3. Es hat eine Retropolation der bisherigen Auswertungen anhand des neuen Modells (ohne die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohnarten“) stattzufinden.
4. Das festgestellte Diskriminierungspotenzial der im Analysemodell verbleibenden Faktoren („Aufenthaltsstatus“, „Höchste abgeschlossene Ausbildung“, „Dienstjahre“, „Branche“, „Berufliche Stellung“, „Kompetenzniveau“, „Ausgeübter Beruf“) ist bei der Interpretation und der Kommunikation der Ergebnisse jeweils zu berücksichtigen.
5. Gerichte und Verwaltungsbehörden sind darauf zu sensibilisieren, Daten aus der LSE und des Analysemodells nicht unbesehen als Entscheidungsgrundlage zu benutzen, da Statistik und Einzelfall andere Zwecke verfolgen.

I. Ausgangslage

A. Kontext der Studie

1. Postulat Noser und Studie FELFE/TRAGESER/ITEN

Im Rahmen der Erfüllung des Postulates Noser 14.3388 „Erhebung zur Lohngleichheit. Verbesserung der Aussagekraft“ gab das EBG eine unabhängige ExpertInnen-Studie in Auftrag². Am 18. November 2015 verabschiedete der Bundesrat seinen Bericht zu dieser Studie³. Ziel dieser war es zu überprüfen, ob das Analysemodell der nationalen Statistik (Spezialauswertung Lohngleichheit, BFS) und das Standard-Analysemodell des Bundes für Lohngleichheitskontrollen auf betrieblicher Ebene (EBG) aus wissenschaftlicher Sicht angemessen sind, um Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern auf nationaler Ebene zu erklären bzw. um Lohndiskriminierungen auf betrieblicher Ebene festzustellen. Geprüft wurden u.a. die Faktoren, die zur Erklärung resp. Rechtfertigung von geschlechtsspezifischen Lohnunterschieden in die Analysen einbezogen werden. Bei der Beurteilung der bestehenden und möglichen zusätzlichen Faktoren zur Erklärung resp. Rechtfertigung von geschlechtsspezifischen Lohnunterschieden wurde insbesondere untersucht, inwiefern diese Faktoren und die Art und Weise, wie sie konkret definiert bzw. gemessen werden (Operationalisierung) potenziell geschlechterdiskriminierend sein könnten.

Die Studie untersuchte zwei Analysemodelle: jenes der nationalen Statistik und das sogenannte Standard-Analysemodell des Bundes. Das Analysemodell der nationalen Statistik beleuchtet in genereller und erklärender Weise Lohndifferenzen zwischen Frauen und Männern auf nationaler Ebene, d.h. über alle Betriebe hinweg. Es handelt sich dabei um jenes Instrument, mit welchem die Lohndiskriminierung oder genauer gesagt der nicht erklärte Anteil des Lohnunterschieds zwischen den Geschlechtern berechnet wird. Das Standard-Analysemodell des Bundes kommt im Beschaffungswesen des Bundes zur Anwendung. Dieses wird durch das Instrument Logib technisch in Excel umgesetzt. Logib ist frei verfügbar⁴. Damit wird überprüft, ob eine einzelne Unternehmung die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau respektiert. Gegenwärtig erarbeitet das Bundesamt für Justiz (BJ) eine Botschaft an die eidgenössischen Räte zu einer Revision des GIG, wonach Unternehmen mit mindestens 50 Mitarbeitenden alle vier Jahre eine Lohnanalyse durchführen müssen⁵. Diese Lohnanalysen wären mit einer anerkannten Methode durchzuführen. Das Standard-Analysemodell⁶ des Bundes entspricht einer solchen juristisch und wissenschaftlich anerkannten Methode⁷.

² FELFE/TRAGESER/ITEN.

³ Bericht statistische Methoden.

⁴ Abrufbar unter: www.logib.ch (zuletzt besucht am 14.12.2016).

⁵ Siehe dazu: Erläuternder Bericht Änderung GIG, Ziff. 2.1.1, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-d.pdf>, (zuletzt besucht am 20.02.2017).

⁶ Siehe zur Kritik DOLDER/MOELLENEY.

⁷ Erläuternder Bericht Änderung GIG, Ziff. 2.1.2.

3 Neben der betrieblichen und der nationalen Ebene besteht auch eine individuelle Ebene auf der geschlechtsspezifische Lohnunterschiede von staatlicher Seite analysiert werden⁸. Es ist wichtig, diese drei Ebenen auseinanderzuhalten:

Abbildung 1: Die Wirkungsebenen der Lohngleichheit

	Individuelle Ebene (Gerichtsverfahren)	Betriebliche Ebene (Lohnkontrollen im Beschaffungswesen)	Nationale Ebene (LSE, Spezialauswertung Lohngleichheit)
Rechtliche Grundlagen	Gleichstellungsgesetz (GIG)	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)	Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes
Zuständige Behörde	Gerichte	EBG	Bundesamt für Statistik (BFS)
Vergleichsgruppe	Einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmenden eines Unternehmens	Alle Arbeitnehmenden eines Unternehmens	1,7 Millionen Arbeitnehmende aus ca. 35'000 Unternehmen (branchenübergreifend)
Verwendete Methode	Arbeitsbewertung oder statistische Regressionsanalyse	Statistische Regressionsanalyse (Instrument Logit)	Statistische Regressionsanalyse
Berücksichtigte Faktoren	Alle für den Einzelfall relevanten, objektiven, nichtdiskriminierenden Faktoren	Eine begrenzte Anzahl auf ein gesamtes Unternehmen bezogene, objektive, nichtdiskriminierende Faktoren	Umfassende, auf die gesamte schweizerische Volkswirtschaft bezogene, objektive Faktoren
Toleranzschwelle	Keine	5% und statistisch signifikant	Keine
Rechtliche Folgen für die Unternehmen	Pflicht zur Zahlung des diskriminierenden Anteils des Lohnunterschieds zwischen den KlägerInnen und den Vergleichspersonen rückwirkend auf 5 Jahre	Verschiedene mögliche Sanktionen: Konventionalstrafe; Ausschluss aus dem Beschaffungsverfahren; Widerruf des Zuschlags oder Kündigung des Vertrags	Keine

Quelle: MARTI WHITEBREAD, S. 1552; siehe auch Bericht statistische Methoden, S. 6

⁸ Vgl. zum Ganzen: MARTI WHITEBREAD, S. 1551 ff.

Der Fokus in der vorliegenden Untersuchung liegt auf einer juristischen Würdigung des *Analysemodells der nationalen Statistik*. Die Ergebnisse der Studie FELFE/TRAGESER/ITEN zur Angemessenheit dieses Modells aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht lassen sich wie folgt zusammenfassen⁹:

- Bei der bislang verwendeten statistischen Methode handelt es sich um die sogenannte Regressionsanalyse nach der OLS-Methode mit Oaxaca-Blinder-Dekompositionsanalyse mit einer Orientierung am Mittelwert. Dies entspricht grundsätzlich dem Stand der Wissenschaft.
- Weil die unerklärte Lohndifferenz jedoch im Durchschnitt gemessen wird, kann es zu Verzerrungen durch Extremwerte in den Lohndaten (sehr hohe resp. sehr tiefe Löhne) kommen. Die StudienautorInnen schlagen deshalb vor, die Analyse sowohl am Mittelwert als auch am Median darzustellen¹⁰.
- Weiter fehlt es bei der aktuell verwendeten Methode an der Berücksichtigung der unterschiedlichen Verteilung von Frauen und Männern auf die Ausprägungen der Erklärungsfaktoren. Die StudienautorInnen empfehlen die Verteilung von Frauen und Männern über alle Ausprägungen der Erklärungsfaktoren zu berücksichtigen und nennen die Doubly Robust Regression als geeignete Methode¹¹. Dies würde auch dem wissenschaftlichen Trend entsprechen¹².

Folglich soll die nationale Statistik sowohl am Mittelwert als auch am Median sowie an weiteren Quantilen dargestellt werden. Neben der bislang verwendeten Methode könnte auch die „Doubly Robust Regression“ verwendet werden¹³.

- Die Studie ergibt, dass die bislang verwendeten Erklärungsfaktoren von Lohnunterschieden dem Stand der Wissenschaft entsprechen und beibehalten werden sollten.
- Es wird empfohlen die drei im Postulat Noser genannten zusätzlichen Faktoren Weiterbildungen, Sprachkenntnisse und Führungserfahrung nicht aufzunehmen, weil der zusätzliche Erklärungsgehalt als tief eingeschätzt wird und eine zuverlässige Erhebung der notwendigen Informationen nicht gewährleistet werden könne.
- Die Faktoren Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung), Arbeitszeitmodelle und physische sowie psychische Belastungen könnten jedoch von Relevanz sein. Deshalb soll geprüft werden, ob die notwendigen Informationen sinnvoll erhoben werden könnten.
- Das Analysemodell der nationalen Statistik hat eine erklärende Perspektive. Deshalb sollte es möglichst alle Faktoren einbeziehen, welche die Lohnungleichheiten zwischen den Geschlechtern erklären können. Hauptkriterium für die Aufnahme eines Faktors ist deshalb sein Erklärungspotenzial¹⁴.

⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 6.

¹⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 128.

¹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 129.

¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 120.

¹³ Hier ist anzumerken, dass ausser der OLS-Methode keine weitere Methode vom Bundesgericht geprüft oder zugelassen worden ist, siehe BGE 130 III 145, E. 3.2.

¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 57.

5 Aus der Perspektive des nationalen Analysemodells – die eine erklärende und nicht eine rechtfertigende ist – folgt, dass das Diskriminierungspotenzial der einzelnen Variablen grundsätzlich nicht beurteilt werden muss, was bisher auch nicht getan wurde¹⁵. Weil die Ergebnisse dieses Modells die Basis für eine Diskussion effektiver Politikmassnahmen zur Bekämpfung von Ungleichbehandlungen am Arbeitsmarkt liefern, kann aus Sicht der StudienautorInnen die Berücksichtigung des Diskriminierungspotenzials indes zum besseren Verständnis der Ursachen der Lohnungleichheiten beitragen und helfen, richtige Politikmassnahmen abzuleiten¹⁶. Deshalb wird empfohlen, je ein Analysemodell mit und ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial zu entwickeln. Hierbei könnte gemäss den StudienautorInnen wie folgt vorgegangen werden¹⁷:

- Zuerst sei ein Modell zu entwickeln, das nur die weitgehend diskriminierungsfreien Variablen berücksichtigt. Aus den Resultaten dieses diskriminierungsfreien Modells liesse sich die tendenzielle Obergrenze der unerklärten Lohndifferenz und damit auch der Lohndiskriminierung ableiten.
- Ein zweites Modell soll neben den Faktoren des diskriminierungsfreien Modells möglichst viele erklärende Variablen berücksichtigen. Die StudienautorInnen betonen, dass die Ergebnisse dieses Modells nur als eine Untergrenze für den nicht erklärbaren Anteil der Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern interpretiert werden könne und nicht als Untergrenze für eine mögliche Lohndiskriminierung: Es existierten weitere Erklärungsfaktoren, welche nicht mit einem gerechtfertigten Aufwand erhoben oder gar nicht gemessen werden könnten. Wegen des Diskriminierungspotenzials der zusätzlichen Variablen, vor allem dem Potenzial der indirekten Lohndiskriminierung, könne man jedoch nicht ausschliessen, dass die tatsächliche Lohndiskriminierung über dem geschätzten Wert des unerklärten Anteils der Lohnungleichheit liege.

6 Das beschriebene Vorgehen könnte gemäss der Studie zu einem besseren Verständnis der Ursachen für die Lohndifferenz führen und somit Anhaltspunkte für Politikmassnahmen liefern. Aufgrund dieser letzten Empfehlung hat der Bundesrat dem EDI den Auftrag gegeben, vertieft zu prüfen, ob im Rahmen der nationalen Statistik je ein Analysemodell mit und ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial entwickelt werden sollte¹⁸.

7 Das Ziel der *hier vorliegenden* rechtlichen Analyse ist es, die Überlegungen zum Diskriminierungspotenzial der Faktoren resp. deren Operationalisierung aus primär rechtlicher Sicht zu vertiefen und gestützt darauf Empfehlungen zu formulieren, welche dieser Faktoren für ein Analysemodell der nationalen Statistik ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial geeignet sind¹⁹. Eine weitere Studie

¹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 57.

¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 57.

¹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 83 f.

¹⁸ Bericht statistische Methoden, S. 17.

¹⁹ Zum konkreten methodischen Vorgehen siehe hinten, Rz. 20 f.

soll die Eignung alternativer statistische Methoden klären und prüfen, ob weitere Faktoren aus administrativen Registern für die Analyse der Lohnunterschiede in Frage kommen²⁰.

2. Bedeutung des Analysemodells für Politik und Gerichtspraxis

Klarheit über das Diskriminierungspotenzial der im Analysemodell der nationalen Statistik verwendeten Faktoren ist aus mehreren Gründen erforderlich. Das Modell bildet die Basis für effektive Politikmassnahmen zur Bekämpfung von Lohnungleichheit²¹. Die Erkenntnisse aus dem Analysemodell werden indes regelmässig auch in der Gerichtspraxis verwendet. Für das Bundesgericht gelten die statistischen Werte der LSE grundsätzlich als „notorisch“, d.h., es stützt sich für zahlreiche Fragen wie etwa die Berechnung des Invalideneinkommens für die Feststellung einer Invalidität auf LSE-Werte ab²². Ganz allgemein werden die Daten aus der LSE in individuellen Streitfällen von den Gerichten als Grundlage für die Berechnung von Entschädigungen oder zur Festlegung von Obergrenzen für die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften benutzt. So sieht z.B. Art. 5 Abs. 3 GIG vor, dass bei sexueller Belästigung eine Entschädigung von bis zu drei Monatslöhnen geschuldet ist und zwar auf der Basis des „schweizerischen Durchschnittslohnes“. Die Gerichtspraxis stützt sich hier auf den Medianlohn der LSE ab²³. Der Medianlohn ist bekanntlich tiefer als der Durchschnittslohn, es wird deshalb in der juristischen Lehre auch kritisch gefragt, ob das Abstützen auf den Medianlohn zulässig sei²⁴. Im Zusammenhang mit der Akzessorietät des Bonus im Verhältnis zum Lohn und der Frage, bis zu welcher Lohnhöhe die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts wirksam sein sollen, definiert das Bundesgericht einen „sehr hohen Lohn“ ab einem gesamten Einkommen aus Arbeitsvertrag, das den fünffachen Medianlohn übersteigt²⁵.

Der nachfolgende Fall zeigt die Herausforderung der Gerichte, wie mit durch statistische Werte der LSE belegter Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männer bei der Berechnung künftigen Schadens umzugehen ist²⁶.

Zu beurteilen waren in einem Haftpflichtprozess die wirtschaftlichen Folgen eines im Alter von 14 Monaten verunfallten Kindes²⁷. Streitig war u.a. die Höhe des Erwerbsausfallschadens. Für die Berechnung des Erwerbsausfallschadens stützte sich das Handelsgericht Zürich hinsichtlich Lohnhöhe auf die statistischen Werte der LSE und betreffend Erwerbsquote auf die Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE)²⁸. Das Bundesgericht korrigierte einerseits den Entscheid des Handels-

²⁰ Bericht statistische Methoden, S. 17.

²¹ Siehe Rz. 5.

²² Siehe zur Thematik der Invalideneinkommen und LSE im Detail hinten, Rz. 80 ff.

²³ BGer 4A_330/2007 vom 17.01.2008 E. 4.2.; siehe auch: LEMPEN/VOLODER.

²⁴ Siehe HEIZMANN, N 903 bis 905.

²⁵ BGE 141 III 407 E. 5; 142 III 381, E. 2.2. und 2.3.

²⁶ Zur Problematik statistischer Diskriminierung siehe hinten, Rz. 65 ff.

²⁷ Erstes Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG110004 vom 03.03.2014), teilweise Gutheissung der Beschwerde des Bundesgerichts, BGer 4A_260/2014 vom 08.09.2014, Rückweisung an das Handelsgericht, neues Urteil des Handelsgerichts (HG140240 vom 16.04.2015).

²⁸ Urteil des Handelsgerichts Zürich, HG110004 vom 03.03.2014, E. 4.4.3.8.

gerichts, das bei der Erwerbsausfallberechnung gestützt auf die statistischen Daten bezüglich der Erwerbsquote bei Frauen davon ausgegangen war, dass das verunfallte Kind im Erwachsenenalter sein Arbeitspensum reduziert hätte²⁹. Andererseits – und das ist im vorliegenden Zusammenhang besonders bemerkenswert – geht das Bundesgericht im Gegensatz zur Vorinstanz davon aus, dass die nach der LSE errechneten Frauenlöhne für die Berechnung des künftigen Erwerbsausfalls nicht auf das Niveau der relevanten Männerlöhne angehoben werden dürften. Dass Frauen nach der Verfassung einen Anspruch auf Lohngleichheit hätten, würde gerade nicht bedeuten, dass die Lohngleichheit haftpflichtrechtlich zu berücksichtigen sei. Die geschädigte Person sei nicht besser zu stellen, als wenn sie ihre Erwerbstätigkeit ungehindert hätte ausüben können³⁰. Im konkreten Fall lägen keine Anhaltspunkte vor, die zur berechtigten Annahme führten, dass die Beschwerdeführerin nach ihrem Unfall eine Stelle gefunden hätte, bei der sie keine Lohndiskriminierung erfahren hätte. Das Bundesgericht wies jedoch die Vorinstanz an, bei der Berechnung des Erwerbsausfalles auf der Grundlage der LSE-Frauenlöhne zu berücksichtigen, dass der diskriminierende Anteil des Lohnunterschiedes zwischen Frauen- und Männerlöhnen nach und nach kleiner werden würde³¹. Das danach erneut mit dem Fall befasste Zürcher Handelsgericht setzte die bundesgerichtliche Vorgabe so um, dass auf der Grundlage der leichten Reduktion der Lohnungleichheit vergangener Jahre und unter Berücksichtigung künftig verstärkter behördlicher Interventionen die Differenz zwischen Frauen- und Männerlöhnen bis 2019 jährlich um 0.27 Prozent und ab 2020 jährlich um 0.4 Prozent abnehmen wird³². Entsprechend nahm das Handelsgericht die Berechnung des künftigen Erwerbsausfalls vor³³.

11

Das geschilderte Haftpflichtbeispiel illustriert eindrücklich, dass der im Rahmen des Analysemodells berechnete nicht erklärbare Lohnunterschied *trotz* seiner gesamtwirtschaftlichen Perspektive eine Reflexwirkung auf Individuen hat. Das ist für die vorliegende Untersuchung höchst zentral. Sollte sich zeigen, dass die Berechnung des nicht erklärbaren Anteils an Lohnunterschieden die Verwendung diskriminierender Variablen zu Grunde liegen und würde dadurch die Lohndifferenz beschönigt, hätte dies nicht „nur“ auf die Frage der politischen Dringlichkeit von Lohngleichheitsmassnahmen Auswirkungen. Betroffen wären zumindest im Bereich des Haftpflichtrechts auch die (weiblichen) Geschädigten, deren Erwerbsausfall auf falscher Grundlage berechnet würde. Innerhalb der Haftpflichtrechtsdoktrin wurde der fragliche Bundesgerichtsentscheid intensiv diskutiert, wobei besonders die

²⁹ Das Bundesgericht hält fest, dass die Erwerbsquote von Frauen tiefer sei als diejenige von Männern, dies liege jedoch nicht darin begründet, dass Frauen einen tieferen Lebensstandard wählen würden; vielmehr stünde der Reduktion der Erwerbstätigkeit in aller Regel ein Unterhaltsanspruch als Entgelt für die Familienarbeit gegenüber. Stehe fest, dass eine geschädigte Person nicht heiraten wird und entsprechend keine Unterhaltsansprüche erwerbe, führe eine Schadenberechnung auf der Basis einer reduzierten Erwerbsquote von Frauen zu einer Unterentschädigung und sei deshalb bundesrechtswidrig (BGer 4A_260/2014 vom 08.09.2014, E. 5.3).

³⁰ BGer 4A_260/2014 vom 08.09.2014, E. 4. und E. 8.1.

³¹ BGer 4A_260/2014 vom 08.09.2014, E. 8.2.

³² Urteil des Handelsgerichts, HG140240 vom 16.04.2015, E. 4.2.6.5.

³³ Urteil des Handelsgerichts, HG140240 vom 16.04.2015, E. 4.2.7.

„ideologiefreie Ausgleichsfunktion“ des Haftpflichtrechts zur Sprache kam. Es sei nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts, Gleichstellungsmassnahmen zu verwirklichen³⁴.

3. Wissenschaftliche bzw. politische Debatte um die richtige Erfassung der Lohnungleichheit

Aufgrund der Lohnstrukturerhebung lassen sich Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern statistisch feststellen. Auf der Basis des bestehenden Analysemodells der nationalen Statistik (Spezialauswertung Lohnungleichheit) finden sich erklärbare und nicht erklärbare Lohnunterschiede. In der politischen Diskussion werden die nicht erklärbaren Lohnunterschiede bisweilen als Beleg für Lohndiskriminierung von Frauen aufgeführt³⁵.

Sowohl in wissenschaftlicher aber auch bzw. vor allem in politischer Hinsicht ist umstritten, ob sich aus den nicht erklärbaren Aspekten der Lohnunterschiede zwangsläufig ableiten lasse, dass die nicht erklärbaren Lohnunterschiede diskriminierend sind. Weiter besteht Streit über die Frage, ob die Faktoren, die zur Erklärung der Lohnunterschiede beigezogen werden, ausreichend sind. Einerseits wird postuliert, die nicht erklärbaren Lohnunterschiede würden sich zwangsläufig verringern, wenn mehr Faktoren in die Analyse der Lohnunterschiede einbezogen würden. Andererseits wird argumentiert, die Faktoren – oder zumindest einige davon – die zur Erklärung der Lohnunterschiede berücksichtigt würden, seien selber diskriminierend.

Zu den prominenten Kritikern der Position, wonach es sich bei den nicht erklärbaren Lohnunterschieden zwangsläufig um Diskriminierungen handle, gehört der Think Tank „Avenir Suisse“, dessen Studie zur Lohngleichstellung im November 2015 publiziert wurde³⁶. Die StudienautorInnen kommen zum Schluss, dass die Hauptursache für die Lohndifferenzen in den unterschiedlichen Erwerbsbiographien von Frauen und Männern zu sehen ist. Als Beleg für diese Aussage werden u.a. Zahlen ins Feld geführt, wonach die Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern bei Beginn der Laufbahn geringer seien als im Verlaufe der Erwerbsbiographie³⁷. Die bisherige Art und Weise, die nicht erklärbaren Lohnunterschiede zu definieren, wird in der Studie in Frage gestellt. Aus den nicht erklärbaren Lohnunterschieden dürfe gerade nicht zwangsläufig auf Diskriminierung geschlossen werden. Die Berechnungsfaktoren zur Bestimmung der erklärbaren/nicht erklärbaren Lohnunterschiede wären unklar und zudem würden wichtige Variablen fehlen. Für ein verlässlicheres Bild notwendig wären Informationen zu Erwerbsunterbrüchen und weitere humankapitalbezogene Informationen betreffend Sprachkenntnisse sowie soziale und kognitive Kompetenzen³⁸. Erwähnt wird weiter, dass die

³⁴ Zur Diskussion siehe WEBER, S. 158. Die der LSE bzw. dem Analysemodell der Lohnungleichheit zu Grunde liegenden Variablen wurden nicht weiter hinterfragt. Siehe auch Rz. 82.

³⁵ Bei individuellen Lohnstreitigkeiten erachtet das Bundesgericht nicht erklärbare Lohnunterschiede ebenfalls als diskriminierend, siehe BGer 4A_449/2008 vom 25.02.2009, E.3.1; siehe auch BGer 4C.57/2002 vom 10.09.2002, E.2 (mit Verweis auf das Urteil der Vorinstanz).

³⁶ SALVI et al.

³⁷ SALVI et al., S. 25 ff.

³⁸ SALVI et al., S. 34 ff.

Lohnstrukturhebung und das Analysemodell Faktoren wie das Verhalten in Lohnverhandlungen³⁹ nicht berücksichtigen würden. Die heutige Analyse der Lohnunterschiede sei zu hinterfragen, denn die unerklärbare Lohndifferenz falle kleiner aus, je mehr lohnrelevante Ausstattungsmerkmale als Erklärungsgrößen herangezogen würden. Insgesamt sei aufgrund der in der Schweiz zur Verfügung stehenden Daten eine verlässliche Aussage über die unerklärbaren Lohndifferenzen und das Ausmass der Diskriminierung gar nicht möglich. Es lasse sich aber vermuten, dass mit detaillierten sozioökonomischen Daten die geschlechtsbedingten Lohnunterschiede deutlich tiefer ausfallen würden⁴⁰.

15 Im Mai 2015 veröffentlichte das „Liberale Institut“ eine Studie „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“⁴¹. Die Kritik des Autors CHRISTIAN HOFFMANN an der Ausweisung eines diskriminierenden Anteils an der Lohndifferenz geht in die gleiche Richtung wie bei „Avenir Suisse“. Auch HOFFMANN stellt sich auf den Standpunkt, es fehle in der Schweiz eine Erhebung, die alle relevanten Daten zur Festlegung einer allfälligen Lohndiskriminierung umfasse. Zulässig sei deshalb die Aussage, dass nach der Lohnstrukturhebung höchstens eine Lohndifferenz von neun bis zehn Prozent auf Diskriminierung zurückgeführt werden könne, vermutlich jedoch deutlicher weniger⁴². Diese Vermutung wird untermauert mit Ergebnissen ausländischer Studien. Verwiesen wird etwa auf deutsche Studien, die einen Zusammenhang zwischen Wahl des Studienfaches und Entscheidung zur Familiengründung als entscheidender Faktor für den beruflichen (Nicht-)Aufstieg nachweisen⁴³.

16 Eine im Auftrag des Arbeitgeberverbandes (SAV) verfasste Studie eines privaten Forschungsbüros und der Universität Bern kommt zu ähnlichen Ergebnissen⁴⁴. Der Trend der internationalen Forschung deute darauf hin, dass die Ursache für Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern im Wesentlichen mit Erwerbsunterbrüchen, Teilzeitarbeit und Favorisierung geregelter Arbeitszeiten, wenig karriereorientierten Berufs- und Stellenentscheiden und Bevorzugung von Tätigkeiten in wenig wertschöpfenden Branchen erklärt werden könnten⁴⁵. Die eigenen Schlussfolgerungen der StudienautorInnen lassen sich wie folgt zusammenfassen⁴⁶:

- Der nicht erklärbare Teil der Lohndifferenz kann auf Diskriminierung zurückzuführen sein, möglicherweise aber auch auf Unterschiede bei Einflussfaktoren, die durch die statistische Erhebung nicht beobachtet werden und mit der Produktivität der Arbeitnehmenden direkt und indirekt in Zusammenhang stehen.
- Lohnunterschiede, die sich statistisch (gesamtwirtschaftlich) messen lassen, sind Ergebnis des Zusammenwirkens komplexer Faktoren auf der Ebene der Unternehmen, der Arbeitnehmenden und ihrem Verhalten auf dem Arbeitsmarkt. Neben dem Humankapital und dem

³⁹ SALVI et al., S. 35.

⁴⁰ SALVI et al., S.38 f.

⁴¹ HOFFMANN.

⁴² HOFFMANN, S. 19.

⁴³ HOFFMANN, S. 20, mit Verweisen auf u.a. OCHSENFELD.

⁴⁴ B,S,S./Universität Bern.

⁴⁵ B,S,S./Universität Bern, S. 19 ff.

⁴⁶ B,S,S./Universität Bern, S. 63 ff.

Beschäftigungsgrad würde auch ins Gewicht fällen, dass Frauen und Männer bei Lohnverhandlungen ein anderes Verhalten an den Tag legen.

In einer Studie der Lohnunterschiede aus gewerkschaftlicher Sicht⁴⁷ kommen die Autorin und die Autoren zum Schluss, dass das Ausmass der Diskriminierung an sich grösser sei, als es die gestützt auf das Analysemodell des Bundes angenommenen Zahlen zeigen würden⁴⁸. Kritik wird insbesondere an den erklärbaren Faktoren der Lohnunterschiede geäussert. So sei das Merkmal „Qualifikation“ problematisch, da so ausser Acht gelassen werde, dass Frauen oft schon beim Zugang zu bestimmten qualifizierenden Positionen unberücksichtigt blieben. Problematisch sei weiter, dass eine tiefere Entschädigung in typischen Frauentätigkeiten wie Verkauf und Reinigung als erklärbarer Unterschied betrachtet werde ohne Rücksicht darauf, dass die tiefen Löhne in diesen Branchen nur deshalb so tief seien, weil sie mehrheitlich von Frauen ausgeübt würden⁴⁹. Kritisiert wird zudem die Erhebungsmethode; die befragten Arbeitgeber wären nicht immer in der Lage, die Lohnsysteme innerhalb der Unternehmung exakt widerzugeben, die Wirklichkeit in den Unternehmen sei komplexer als die Frageaster. Trotz den Einwänden gegen die Lohnerhebung und Analyse der Daten steht für das Autorenteam ausser Frage, dass Frauen beim Lohn diskriminiert werden, wobei das Ausmass der Diskriminierung eher unterschätzt würde. Anerkannt wird – in diesem Punkt besteht eine gewisse Einigkeit mit den Autoren von „Avenir Suisse“ und „Liberales Institut“ – dass die zu geringe Genauigkeit des Fragebogens zu einer Überschätzung der Diskriminierung führen kann. Dieser Effekt werde indes aufgehoben durch das diskriminierende Ausfüllen des Fragebogens, das zur einer Unterschätzung des Diskriminierungsaufkommens führe⁵⁰.

17

Auch in der deutschen Diskussion um die erklärbaren und nicht erklärbaren Lohnunterschiede wird die Schlussfolgerung, der unerklärte Restanteil an Lohnunterschieden stelle das Ausmass an Diskriminierung dar, in Frage gestellt. So wird darauf verwiesen, die Verteilung von Männern und Frauen nach bestimmten Ausstattungsmerkmalen (z.B. Qualifikation oder Wirtschaftsbranche) stelle selbst möglicherweise bereits das Ergebnis gesellschaftlich benachteiligender Strukturen dar⁵¹. Auch wird kritisiert, dass Auswirkungen möglicher Diskriminierung durch Benachteiligungen von Frauen im Bereich der Aus- und Weiterbildung als Teil der erklärenden Komponenten der Lohnungleichheit gesehen werden⁵². Die Zerlegung des „Gender Pay Gap“ sei insgesamt kein erfolgsversprechender Weg, um unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung zu beseitigen⁵³.

18

Die wissenschaftliche Diskussion um die „richtige“ Erfassung der Lohngleichheit beinhaltet immer auch eine politische Dimension. Je grösser der diskriminierende bzw. unerklärbare Teil der Lohnungleichheit, desto vordringlicher werden Massnahmen auf politischer bzw. rechtlicher Ebene zur Ver-

19

⁴⁷ WERDER/GALLUSER/LAMPART.

⁴⁸ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 13 ff.

⁴⁹ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 13.

⁵⁰ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 14.

⁵¹ TONDORF, S. 9 ff.

⁵² JOCHMANN-DÖLL, S. 8.

⁵³ TONDORF, S.10.

besserung des Status Quo gefordert. In der Debatte werden allerdings oft die individualrechtliche Dimension (Lohnungleichheit in einem konkreten Fall auf Betriebsebene), die betriebliche Perspektive (Lohnungleichheit in einem Betrieb) und die gesamtwirtschaftliche Situation (Lohnungleichheit über Branchen und Betriebe hinweg) nicht richtig auseinandergehalten. Die vorliegend zu untersuchenden Fragen zur Lohnstrukturerhebung bzw. dem Analysemodell betreffen nur die *gesamtwirtschaftliche Ebene*. Wie noch zu zeigen sein wird, ist aus juristischer Sicht die Unterteilung in erklär- und nicht erklärbare Teile der Lohndifferenz von untergeordneter Bedeutung. Der verfassungs- und völkerrechtliche Auftrag zur Gleichstellung der Geschlechter ist umfassend und geht über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus. Bereits an dieser Stelle kann deshalb festgehalten werden: Die nach dem statistischen Modell erklärbaren Faktoren der Lohnungleichheit sind aus rechtlicher Perspektive nicht weniger problematisch als der nicht erklärbare Teil.

B. Fragestellung und methodisches Vorgehen

Die Ausschreibung des EBG⁵⁴ gibt für die Untersuchung die folgende Fragestellung vor:

20

- A. Analyse des Potenzials zur Geschlechterdiskriminierung hinsichtlich Lohn aus juristischer Sicht
 - (a) der in der oben erwähnten ExpertInnenstudie geprüften Erklärungsfaktoren für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede und
 - (b) der Operationalisierung (Art und Weise, wie diese Faktoren konkret definiert bzw. gemessen werden) dieser Erklärungsfaktoren.
- B. Empfehlung, welche dieser Erklärungsfaktoren und deren Operationalisierung für ein Analysemodell der nationalen Statistik ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial aus juristischer Sicht geeignet sind (gestützt auf die Ergebnisse unter A.)

21

Die Studie soll aus juristischer Sicht aufzeigen, welche Faktoren zur Messung der Lohnungleichheiten Diskriminierungspotenzial haben und welche Faktoren für eine diskriminierungsfreie Statistik geeignet wären. Der Auftrag führt zu einem nachvollziehbaren Bericht mit klaren Empfehlungen, der für ein breites Publikum verständlich formuliert ist.

22

Zur Beantwortung der Fragestellung werden Rechtsquellen, Lehre und Rechtsprechung analysiert. Nach der Darstellung der Ausgangslage legen wir umfassend und systematisch die rechtlichen Grundlagen des nationalen Analysemodells dar und leiten daraus qualitative Anforderungen an die Erfassung der Lohn(un)gleichheit in der nationalen Statistik und deren Analyse ab. Wir stützen uns dabei auf nationale und internationale Rechtsquellen, Lehre und Rechtsprechung und gehen auch auf Diskurse über die Sammlung von Daten in anderen diskriminierungssensiblen Bereichen ein. Anschließend folgt eine Würdigung der Faktoren des nationalen Analysemodells im Lichte dieser Erkenntnis-

⁵⁴ Gemäss „Ausschreibung Gutachten Diskriminierungspotenzial“ des EBG vom 19.02.2016, <http://www.ebg.admin.ch/aktuell/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 15.04.2016).

se. Mit den wesentlichen Resultaten aus den einzelnen Kapiteln und der Diskussion in der Begleitgruppe werden die Forschungsfragen zusammenfassend beantwortet und die Studie mit einer Schlussfolgerung abgeschlossen. Diese soll im Besonderen eine Empfehlung enthalten, welche der Erklärungsfaktoren der LSE resp. deren Operationalisierung für ein Analysemodell der nationalen Statistik ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial aus juristischer Sicht geeignet sind.

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass es sich bei der vorliegenden Untersuchung weitgehend um eine juristische Analyse handelt. Die Definition der Lohndiskriminierung in den Rechtswissenschaften unterscheidet sich von der wirtschaftswissenschaftlichen⁵⁵: Ökonomisch gesehen liegt eine Lohndiskriminierung vor, wenn Frauen und Männer, die in ihren arbeitsmarkt- und produktivitätsrelevanten Eigenschaften identisch sind, unterschiedliche Löhne erhalten⁵⁶. Solche Unterschiede können auf unterschiedlichen Humankapitalfaktoren beruhen⁵⁷. Durch ökonometrische Analysen kann aufgezeigt werden, ob Männer und Frauen mit gleichem Humankapital den gleichen Lohn erhalten⁵⁸. Lohnunterschiede, die nicht mit der unterschiedlichen Produktivität von Frauen und Männern erklärbar sind, gelten auch in den Wirtschaftswissenschaften als diskriminierend⁵⁹. Empirisch sind jedoch kaum jemals alle Faktoren einer unterschiedlichen Produktivität beobachtbar.

23

Die juristische Definition der Lohndiskriminierung geht indes weiter. Sie geht vom Grundsatz „gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“ aus⁶⁰. Wenn Lohnunterschiede auf Umständen beruhen, die sich aus der Geschlechterzugehörigkeit ergeben, ohne dass diese Unterschiede durch die Arbeit an sich gerechtfertigt sein können, liegt juristisch gesehen eine verbotene Lohndiskriminierung vor⁶¹. Im Unterschied zur wirtschaftswissenschaftlichen Definition können unterschiedliche Löhne für anforderungsmässig gleichwertige Tätigkeiten innerhalb eines Unternehmens nicht durch rein arbeitsmarktrelevante Eigenschaften⁶² juristisch gerechtfertigt werden⁶³. Auch werden Unterbewertungen von frauentypischen Tätigkeiten, die vielfach auf Stereotypen beruhen, nur bei einer rechtlichen Definition der Lohngleichheit berücksichtigt⁶⁴.

24

⁵⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 23 ff.; TONDORF, S. 2 f.

⁵⁶ WEICHELBAUMER/WINTER-EBMER nach FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 23.

⁵⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 12.

⁵⁸ TONDORF, S. 3.

⁵⁹ TONDORF, S. 4.

⁶⁰ Siehe statt vieler: AUBRY GIRARDIN, Komm. Art. 3 LEg N 23.

⁶¹ AUBRY GIRARDIN, Komm. Art. 3 LEg N 22.

⁶² Beispiel nach FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 26: „Zum Beispiel wertet die juristische Perspektive – im Unterschied zur Ökonomie – Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in einem Unternehmen, deren Arbeit vergleichbare Anforderungen mit sich bringt, die aber auf verschiedenen lukrativen Märkten tätig sind (und damit aufgrund der Marktpreise unterschiedliche Produktivitäten haben), als diskriminierend. In der Ökonomie würde dies nicht als Diskriminierung gelten, da höhere Preise auf dem Markt die Produktivität eines Arbeitnehmers erhöhen und somit erhöhte Löhne gerechtfertigt wären.“

⁶³ BGE 131 II 393, E. 7.4; FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 26.

⁶⁴ TONDORF, S. 4.

II. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik

A. Einleitung

25 Das Analysemodell der nationalen Statistik zur Erklärung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann basiert auf der Lohnstrukturerhebung (LSE), die alle zwei Jahre durch eine schriftliche Befragung von ca. 35 000 (Stand 2012) in der Schweiz tätigen Firmen durch das Bundesamt für Statistik (BFS) durchgeführt wird⁶⁵. Im Rahmen der LSE werden Branchenzugehörigkeit, Unternehmensgrösse sowie personen- und arbeitsplatzbezogene Merkmale für rund 1,7 Millionen Beschäftigte (entspricht ca. 40 Prozent) erhoben⁶⁶.

26 Die rechtliche Grundlage der LSE findet sich in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang 21 der Statistikerhebungsverordnung⁶⁷. In Anhang 21 wird die LSE explizit erwähnt und es werden Art und Gegenstand der Erhebung beschrieben. Die Statistikerhebungsverordnung ihrerseits basiert auf dem Bundesstatistikgesetz (BStatG), das sich seinerseits auf Art. 65 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) und sekundär auf die Art. 64, 100 und 164 Abs. 1 lit. g BV stützt. Auf völkerrechtlicher Ebene verpflichtet das von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen Nr. 160 der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) über Arbeitsstatistiken⁶⁸ die Vertragsstaaten ebenfalls zur Lohnstrukturerhebung, zumindest für bedeutende Wirtschaftszweige⁶⁹.

27 Beim Analysemodell der nationalen Statistik handelt es sich nicht um eine statistische Erhebung, sondern um ein Instrument zur Auswertung von im Rahmen der LSE erhobenen Daten. Die Untersuchung der Lohndifferenzen zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen des Analysemodells der nationalen Statistik entspricht dem Ziel 9 des Statistischen Mehrjahresprogramms des Bundes 2016–2019, welches die Förderung der Gleichberechtigung vorsieht⁷⁰. Ein ausdrücklicher gesetzlicher Auftrag zu einem solchen Analysemodell findet sich jedoch weder im Bundesstatistikgesetz noch in der Verordnung. Art. 3 Abs. 2 lit. d BStatG hält indes fest, dass die Bundesstatistik „der Beurteilung der Erfüllung des Verfassungsauftrages zur Gleichstellung von Mann und Frau sowie von Behinderten und Nichtbehinderten“ dient. Damit legt der Gesetzgeber ein qualitatives Ziel statisti-

⁶⁵ Zu erinnern ist, dass die LSE nicht mit dem Ziel geschaffen wurde, die Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern zu analysieren. Vielmehr war die Auswahl der Variablen wesentlich von den verfügbaren Informationen abhängig und erfolgte nicht auf Grundlage einer vertieften Reflexion aus Gender-Perspektive. Es ist daher schwierig, die Variablen der LSE derart zu modifizieren, dass sie den Anforderungen aus Genderperspektive besser entsprechen. Hingegen ist es möglich, die problematischsten Elemente zu identifizieren, um die Frage nach der Bedeutung des erklärten Anteils der Lohndifferenz sowie schliesslich der Notwendigkeit, diese Variablen aus dem Modell zu entfernen, zu stellen.

⁶⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 31.

⁶⁷ Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes (Statistikerhebungsverordnung) vom 30.06.1993, SR 431.012.1.

⁶⁸ Übereinkommen Nr. 160 über Arbeitsstatistiken vom 25.06.1985, in Kraft getreten für die Schweiz am 07.05.1988, SR 0.822.726.0.

⁶⁹ Siehe Art. 10 des Abkommens.

⁷⁰ BFS, Statistisches Mehrjahresprogramm 2016-2019, S. 9.

scher Erhebung und deren Analyse fest. Die statistischen Erhebungen und deren Analyse müssen demnach die soziale Realität hinsichtlich der Gleichstellung zwischen Frauen und Männer, „vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit“ (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) adäquat abbilden, denn nur so können Verwaltung, Gesetzgeber und Gerichte je in ihrem Kompetenzbereich ihre Verantwortung für die notwendigen politischen und rechtlichen Massnahmen zur Verwirklichung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung wahrnehmen.

Der Auftrag zur Verwirklichung der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern, auf den das Bundesstatistikgesetz verweist, basiert einerseits auf Art. 8 Abs. 3 BV und andererseits auf zahlreichen völkerrechtlichen Menschenrechtsabkommen, die von der Schweiz ratifiziert wurden. Der Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern für gleiche und gleichwertige Arbeit kommt dabei ein besonders hoher Stellenwert zu. Im Folgenden wird systematisch der Frage nachgegangen, welche *qualitativen* Anforderungen an statistische Erhebungen und deren Analyse sich aus dem Verfassungsauftrag und den völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Verwirklichung der Lohngleichheit entnehmen lassen. Rechtsvergleichend werden auch rechtliche Erlasse und Rechtsprechung des Gleichstellungsrechts der Europäischen Union (EU) auf Erkenntnisse hinsichtlich des Führens diskriminierungsfreier Statistiken untersucht. Schliesslich interessiert, ob sich in den rechtlich nicht bindenden Instrumenten und Dokumenten, die von Organisationen der Statistikbehörden aber auch von EU- und ILO-Gremien herausgegeben werden, Impulse für die vorliegende Fragestellung ergeben.

28

B. Lohngleichheit und Statistik: Verfassungs-, völkerrechtliche und gesetzrechtliche Aspekte

1. Das Verbot der Lohnungleichheit im Verfassungs- und Völkerrecht und Umsetzung auf Gesetzesstufe

1.1 Art. 8 Abs. 2 und 3 BV, GIG und Beschaffungsrecht

Art. 8 Abs. 3 BV normiert den Anspruch auf Gleichberechtigung von Mann und Frau in drei Sätzen⁷¹. Im ersten Satz ist ein Diskriminierungsverbot enthalten, der zweite Satz statuiert einen Gesetzgebungsauftrag und der dritte Satz den Anspruch auf Lohngleichheit, der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar anwendbar ist⁷². Das Verbot der ungleichen Behandlung aufgrund des Geschlechts ist überdies in der Liste der verbotenen Diskriminierungsmerkmale in Art. 8 Abs. 2 BV enthalten; eine eigenständige Bedeutung kommt dieser Auflistung angesichts von Art. 8 Abs. 3 BV nicht zu⁷³.

29

⁷¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 96.

⁷² BGE 131 I 105, E. 3.3; 124 II 436, E. 10; 118 Ia 35, E. 2b; 117 Ia 262, E. 2c; 113 Ia 107, E. 1a; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 119, 122; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 114; Komm. BV-BIAGGINI, Art. 8 N 33.

⁷³ Komm. BV-BIAGGINI, Art. 8 N 27.

30 Der verfassungsrechtliche Gleichstellungsauftrag wurde durch das Bundesgesetz über die Gleichstellung (Gleichstellungsgesetz, GIG) umgesetzt. Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG und Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ist (auch) bei der Entlohnung sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten⁷⁴. Bei einer direkten Diskriminierung wird für eine unterschiedliche Behandlung unmittelbar an das Geschlecht angeknüpft, d.h., eine gleiche oder mindestens vergleichbare Tätigkeit wird je nach Geschlecht unterschiedlich entlohnt⁷⁵. Eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung liegt dann vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre⁷⁶. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt eine lohnmassige indirekte Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen⁷⁷. Zur Feststellung einer geschlechtsspezifisch identifizierten Tätigkeit ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär auf quantitative, statistische Elemente abzustützen⁷⁸, wobei der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten erheblich höher sein muss als der Anteil des anderen Geschlechts⁷⁹. Eine Funktion gilt in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70 Prozent liegt⁸⁰.

31 Das GIG gewährt also in einem *individuellen* Verfahren Rechtsschutz gegen eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, u.a. im Bereich Lohn. Die Verwirklichung der Lohngleichheit wird zusätzlich durch die Gesetzgebung zum Beschaffungsrecht auf betrieblicher Ebene flankiert. So sieht Art. 8 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Beschaffungswesen (BöB) vor, dass die Auftraggeberin den Auftrag nur an Anbieter oder Anbieterinnen vergibt, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten. Auch in der Gesetzgebung zum Beschaffungsrecht in den Kantonen sind vergleichbare Bestimmungen vorgesehen⁸¹.

32 Es zeigt sich bereits hier die Notwendigkeit statistischer Daten zur Verwirklichung der Lohngleichheit. Statistische Angaben sind regelmässig notwendig, um in einem Lohngleichheitsprozess eine Diskriminierung zu belegen oder im Sinne der nach Art. 6 GIG für Lohngleichheitsverfahren geltenden Be-

⁷⁴ BGE 124 II 409, E. 7; AUBRY GIRARDIN, Komm. Art. 3 LEg N 26; FREIVOGEL, Komm. Art. 3 GIG Rz. 138, 153; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 124; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 119.

⁷⁵ Botschaft GIG, S. 1295.

⁷⁶ Botschaft GIG, S. 1295 f.

⁷⁷ BGE 125 II 533 ff., E. 4a-e; 125 III 373, E. 5.

⁷⁸ BGE 141 II 411, E. 6.2.

⁷⁹ BGE 124 II 529, E. 5e.

⁸⁰ BGE 125 II 385, E. 3b S. 387; 125 II 530, E. 2b S. 532; BGer 2A.205/2004 vom 08.04.2005, E. 4.2; 1A.34/1999 vom 05.10.1999.

⁸¹ So z.B. Art. 8 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) des Kantons Bern i.V.m. Art. 24 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV) des Kantons Bern sowie Art. 6a Abs. 1 lit. a und Art. 37 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR) des Kantons Freiburg.

weislasterleichterung, zumindest glaubhaft zu machen⁸². Ein Blick auf die Rechtswirklichkeit zeigt, dass der *individualrechtlich* durchsetzbare Anspruch auf Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV nicht toter Buchstabe geblieben ist. In den Datenbanken zum Gleichstellungsgesetz finden sich für den Zeitraum 1981 (Verankerung der Lohngleichheit in der Verfassung) bis Mitte 2017 nicht weniger als 316 Lohngleichheitsfälle (bei einem Total von 850 Fällen)⁸³.

Lohnungleichheiten können auch auf sachlichen Gründen beruhen. Bei diesen Anteilen handelt es sich nicht um Lohndiskriminierung. Eine sachliche Begründung setzt das Vorliegen objektiver Kriterien voraus⁸⁴. Dazu zählen gemäss Bundesgericht einerseits Faktoren, die den Wert der Arbeit an sich beeinflussen (Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, Risiken)⁸⁵, andererseits können auch Gründe eine Rolle spielen, die keinen direkten Zusammenhang zur Arbeitsaktivität des Arbeitnehmenden haben, sondern sich aus sozialen Verpflichtungen ergeben (familiäre Belastung, Alter)⁸⁶. Falls dies einem „wirklichen unternehmerischen Bedürfnis“ entspräche, dürften auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage berücksichtigt werden⁸⁷. Der Nachweis solcher Gründe allein genügt indes zur Rechtfertigung einer Lohnungleichheit noch nicht. Das mit der Lohnungleichheit avisierte Ziel muss einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen und die Ungleichheit muss verhältnismässig sein⁸⁸. Besondere Zurückhaltung ist gegenüber der Rechtfertigung einer Lohnungleichheit durch Marktargumente angebracht. Das Bundesgericht anerkennt, dass die konjunkturelle Lage ein Rechtfertigungsgrund für ungleiche Löhne sein kann⁸⁹, verlangt aber, dass die massgebenden Faktoren durch Wirtschaftsdaten und Statistiken belegt sein müssen⁹⁰. Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesgericht in jüngerer Zeit die Anforderungen an die Rechtfertigung von Lohndifferenzen durch Markt- und Konjunkturargumente erhöht hat⁹¹.

Bei der oben ausgeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht es um die *Rechtfertigung von Lohnunterschieden in Einzelfällen*. Im Analysemodell der nationalen Statistik werden indes teilweise die gleichen Faktoren verwendet, um den erklärbaren Teil der Lohnunterschiede zu eruieren. Die in der bundesgerichtlichen Praxis anerkannten Rechtfertigungsgründe betreffen Lohnstreitigkeiten in einem jeweils konkreten Einzelfall. In Bezug auf diesen Unterschied gilt es Folgendes zu beachten: Im Unterschied zu individuellen Lohndiskriminierungsklagen bilden bei der systematischen Lohnanalyse

⁸² BGE 130 III 145; STAUBER-MOSER, S. 1357; ARIOLI/EGG, S. 1299 ff.; SCHÄR MOSER/BAILLOD, S. 1384; STEIGER-SACKMANN, Art. 6 GIG Rz. 78.

⁸³ Siehe die Datenbank zum Gleichstellungsgesetz in der Deutschschweiz <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d102.html> (zuletzt besucht am 02.06.2017) und in der französischsprachigen Schweiz <http://www.leg.ch/jurisprudence> (zuletzt besucht am 02.06.2017).

⁸⁴ Zum Ganzen: BGE 136 II 393, E. 11.3 mit weiteren Hinweisen.

⁸⁵ BGE 127 III 207, E. 3c

⁸⁶ BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3c; 125 III 368, E. 5; kritisch dazu: AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale*, S. 1069; FREIVOGEL, Komm. Art. 3 GIG, Rz. 146.

⁸⁷ BGE 136 II 393, E. 11.3; 130 III 145, E. 5.2 S. 164 f. (je mit weiteren Hinweisen).

⁸⁸ BGE 141 II 411, E. 6.1.2; 136 II 393, E. 11.3; 130 III 145, E. 5.2.

⁸⁹ BGE 113 Ia 107, E. 4a; 126 II 217; 125 III 368, E. 5c cc).

⁹⁰ BGE 125 III 368, E. 5c.

⁹¹ So auch die Analyse von GEISER/MAUCHLE, S. 30.

auf Ebene der nationalen Statistik nicht die Löhne von (regelmässig) zwei Arbeitnehmenden unterschiedlichen Geschlechts die Vergleichsgrösse, sondern die Gesamtheit der Löhne aller Frauen und Männer der schweizerischen Volkswirtschaft. Deshalb ist es hier nicht möglich, die konkrete Festsetzung der Löhne der Arbeitnehmenden individuell zu beurteilen. Dies hat zur Folge, dass bei einer gesamtwirtschaftlichen Analyse – anders als bei einer individuellen Lohnklage – somit nicht überprüft werden kann, ob die Faktoren zur Festsetzung der Löhne diskriminierungsfrei angewendet werden⁹². Es ist unseres Erachtens deshalb nicht zulässig, diese Rechtfertigungsgründe unbesehen in die Analyse der LSE zu übernehmen, um so einen erklärbaren und folglich (angeblich) nicht diskriminierenden Teil der Lohnunterschiede zu bestimmen.

1.2 Völkerrechtliche Verbote der geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit

35 Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts finden sich in zahlreichen völkerrechtlichen Menschenrechtskonventionen⁹³, so namentlich:

- Art. 7 der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)
- Art. 1 Ziff. 3 Charta der Vereinten Nationen⁹⁴
- Art. 2 Abs. 2 sowie Art. 3 und Art. 7 lit. a UNO-Pakt I⁹⁵
- Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 lit. d UNO-Pakt II⁹⁶
- Art. 14 in Verbindung mit anderen Bestimmungen der der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)
- Art. 6 der UN-Behindertenrechtskonvention (CRPD)
- Art. 2 der UN-Kinderrechtskonvention (CRC)
- Art. 2 des Übereinkommens Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO)⁹⁷

36 Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) beinhaltet konkrete Verpflichtungen zur Gleichstellung in diversen Lebensbereichen, insbesondere die Garantie eines gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit⁹⁸. Die Konvention hat einen asymmetrischen Charakter, was bedeutet, dass der Fokus auf der Stellung von Frauen liegt und nicht eine symmetrische Gleichstellung der Geschlechter wie bspw. in den ILO-Überweinkommen oder in Art. 8 Abs. 3 BV propagiert wird⁹⁹. In BGE 137 I 305 – es ging um

⁹² Vgl. MARTI WHITEBREAD, S. 1557.

⁹³ Vgl. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 114.

⁹⁴ Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945, in Kraft getreten für die Schweiz am 10.09.2002, SR 0.120.

⁹⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.09.1992, SR 0.103.1.

⁹⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.09.1992, SR 0.103.2.

⁹⁷ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.06.1958, in Kraft getreten für die Schweiz am 13.07.1962, SR 0.822.721.1.

⁹⁸ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 84.

⁹⁹ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 73; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 89.

die Zulässigkeit der Aufhebung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug – führt das Bundesgericht aus, dass der Gleichstellungsauftrag gemäss CEDAW für die Schweiz verbindlich ist. Lediglich die Wahl der Mittel würden im Ermessen der jeweiligen Behörden liegen¹⁰⁰. Auch die Rückmeldungen des zuständigen Überwachungsausschusses an die Berichtsstaaten und die „Allgemeinen Bemerkungen“ müssen gemäss Bundesgericht von den innerstaatlichen Behörden beachtet werden¹⁰¹.

Weiter enthält auch das ILO-Übereinkommen Nr. 100¹⁰² Vorschriften über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit. Die Mitgliedstaaten werden namentlich dazu verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes der Lohngleichheit männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit auf alle Arbeitnehmer zu fördern und, soweit es mit den bestehenden Verfahren Festsetzung der Entgeltsätze vereinbar ist, sicherzustellen¹⁰³. Das ILO-Übereinkommen zählt zu den Kernabkommen der ILO, das die hohe Bedeutung der Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern auf universaler Ebene bestätigt¹⁰⁴.

37

2. Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, dass Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts sowohl nach Verfassungs- als auch nach für die Schweiz verbindlichem Völkerrecht unzulässig ist. Die betroffenen Personen haben in einem konkreten Fall einen verbindlichen Anspruch auf Beseitigung der Lohndiskriminierung durch entsprechende Rechtsbehelfe. Mit individuellem Rechtsschutz alleine ist indes dem Gebot der Lohngleichheit nicht Genüge getan. Nachfolgend werden die vielfältigen Dimensionen staatlicher Pflichten zur Überwindung der Geschlechter basierten Lohnungleichheit dargestellt und analysiert.

38

2.1. Die verschiedenen verfassungsrechtlichen Pflichten

Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Dieser zentrale Grundsatz wirkt sich auch auf den Lohngleichheitsanspruch aus. So hat der in Art. 8 Abs. 3 BV verankerte grundrechtliche Anspruch auf Gleichstellung und insbesondere auf diskriminierungsfreie Entlohnung sowohl *eine justiziable* als auch eine *programmatische Schicht* (auch Schutz- und Gewährleistungspflicht genannt)¹⁰⁵.

39

Während sich die justiziable Schicht auf die Gewährung von gerichtlich durchsetzbaren Rechtsansprüchen auf Beseitigung der Lohndiskriminierung bezieht, zielt die programmatische Schicht auf die Initiierung von Massnahmen auf betrieblicher und gesellschaftlicher Ebene zur Umsetzung des Lohn-

40

¹⁰⁰ BGE 137 I 305, E. 4.

¹⁰¹ BGE 137 I 305, E. 6.5; vgl. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 126.

¹⁰² Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29.06.1951, in Kraft getreten für die Schweiz am 25.10.1973, SR 0.822.720.0.

¹⁰³ Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens.

¹⁰⁴ Zu den ILO-Kernabkommen im Allgemeinen und zu ILO-Übereinkommen Nr. 100 siehe DEMIR.

¹⁰⁵ Zur verfassungsrechtlichen Terminologie der aus den Grundrechten fliessenden staatlichen Verpflichtungen siehe statt vieler: SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 8 f.

gleichheitsgebotes. Beispielhaft kann hier die Verankerung der Lohngleichheitsgewährungspflicht im Beschaffungsrecht von Bund und Kantone genannt werden¹⁰⁶. Zum Gewährleistungsauftrag nach Art. 8 Abs. 3 BV gehört auch, bestehende Stereotypisierungen abzubauen und diskriminierende Strukturen zu überwinden. Im gleichstellungspolitischen Leitentscheid BGE 137 I 305 hält das Bundesgericht dazu fest, es bedürfe „gezielter Massnahmen, um stereotype Rollenbilder und gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen zu beseitigen sowie ein Umdenken in der Gesellschaft einzuleiten“¹⁰⁷.

2.2 Die völkerrechtliche Verpflichtungstrias

41 Nach einer allgemein anerkannten Terminologie lassen sich die Pflichten in völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte drei Ebenen zuordnen. Es gilt zwischen Respektpflichten (obligations¹⁰⁸ to respect), Schutzpflichten (obligations to protect) und Gewährleistungs- resp. Leistungspflichten (obligations to fulfill) zu unterscheiden¹⁰⁹. Diese Verpflichtungstrias entspricht der verfassungsrechtlichen justiziablen Schicht (obligation to respect) und der programmatischen Schicht (obligations to protect und obligations to fulfill).

Abbildung 2: Die Trias staatlicher Verpflichtungen zum Abbau der Lohnungleichheit

	obligations to respect	obligations to protect	obligations to fulfill
Bedeutung	Keine Diskriminierung durch staatliche Organe	Bekämpfung von Diskriminierung unter Privaten	Verwirklichung von Gleichstellung
Zur Verfügung stehende Instrumente	Erlass von Diskriminierungsschutzgesetzen		Gleichstellungsbeauftragte, -büros, Chartas, Lohngleichheitsdialoge, Absichtserklärungen, Massnahmen auf freiwilliger Ebene, Lohngleichheitskontrollen etc.
			Erhebung statistischer Daten als Voraussetzung

Quelle: Eigene Darstellung

¹⁰⁶ Vgl. MARTI WHITEBREAD, S. 1553 f.

¹⁰⁷ BGE 137 I 305, E. 3.1.

¹⁰⁸ Zuweilen wird auch von *duties* anstelle von *obligations* gesprochen.

¹⁰⁹ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 121; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 134; vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 9 f.

Staatliche Organe dürfen niemanden aufgrund des Geschlechts diskriminieren (obligations to respect)¹¹⁰. Bzgl. Lohndiskriminierung bedeutet dies, dass der Staat selbst den Grundsatz des gleichen Lohns für gleichwertige Arbeit einhalten muss¹¹¹.

42

Die Schutzpflichten (obligations to protect) umfassen die Pflicht, Diskriminierungen unter Privaten zu bekämpfen, z.B. durch den Erlass von Diskriminierungsschutzgesetzen¹¹². So folgt bspw. aus Art. 7 lit. a (i) UNO-Pakt I gemäss dem UNO-Sozialausschuss, dass sich der Anspruch auf gleichen Lohn nicht direkt gegen Private richtet, sondern, dass die Staaten verpflichtet sind, aktiv auf die Verwirklichung der Lohngleichheit hinzuwirken¹¹³. Dies gilt auch für Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW¹¹⁴.

43

Obligations to fulfil verlangen vom Staat Massnahmen zur Verwirklichung des Ziels einer Gesellschaft frei von Diskriminierung¹¹⁵. In der CEDAW (z.B. Art. 5 lit. a) kommt diese Verpflichtungsebene stark zum Ausdruck: „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen[.]“

44

Gemäss Art. 2 CEDAW sind die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, mit allen geeigneten Massnahmen Diskriminierung von Frauen zu beseitigen¹¹⁶. In der Allgemeinen Erklärung des CEDAW-Ausschusses Nr. 13 von 1989 werden die Vertragsstaaten dazu aufgerufen, Massnahmen zur Umsetzung der Lohngleichheit zu ergreifen¹¹⁷. Die CEDAW verpflichtet die Schweiz demnach dazu, Lohndiskriminierungen zu beseitigen und die Lohngleichheit zu verwirklichen.

45

3. Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohngleichheit

Damit der Staat, seine verfassungs- und völkerrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten wahrnehmen kann, muss er zuerst feststellen, in welchen Bereichen und in welchem Ausmass (Lohn-)Diskriminierung stattfindet. Dazu ist er auf Daten angewiesen¹¹⁸. Wie gezeigt wurde, hat der Staat die Pflicht, eine im Einzelfall festgestellte Diskriminierung wirksam zu beseitigen¹¹⁹. Erforderlich sind dafür im Sinne eines funktionierenden Zugangs zur Justiz u.a. effektive Massnahmen zur Beweis-

46

¹¹⁰ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 122.

¹¹¹ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 9.

¹¹² Dieser Pflicht ist der Gesetzgeber mit dem Erlass des Gleichstellungsgesetzes (GIG) 1996 nachgekommen (vgl. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 123, 139).

¹¹³ UNO-Sozialausschuss, General Comment No. 3 (1990), Ziff. 5; vgl. auch UNO-Sozialausschuss, General Comment No. 16 (2005), Ziff. 24; vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 741, Fn. 590.

¹¹⁴ Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 9.

¹¹⁵ PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 124.

¹¹⁶ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 11.

¹¹⁷ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 43.

¹¹⁸ Vgl. OSF, S. 5, 11; ENAR, S. 4 f.; ENAR/OSF, S. 2, 5; MAKKONEN, S. 23 ff.; Developing Gender Statistics, UNECE/World Bank Institute, S. 7.

¹¹⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 702; so auch KIENER/KÄLIN, S. 441.

lasterleichterung, einfache und rasche Verfahren und wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen¹²⁰. Für den Nachweis einer Diskriminierung oder den Beweis, dass nicht diskriminiert wurde, muss je nach Fall auf statistische Angaben abgestützt werden können. Aber auch zur Erfüllung des Lohngleichheitsanspruches auf betrieblicher und gesamtwirtschaftlicher Ebene sind verlässliche Makrodaten notwendig, die den Stand der Verwirklichung des Lohngleichheitsauftrages abbilden und Erkenntnisse für die Überwindung noch vorhandener Defizite ermöglichen¹²¹.

3.1. Verfassungsrechtlicher Zusammenhang zwischen Statistik, Evaluation und Grundrecht auf Lohngleichheit

47 In Art. 65 BV ist die verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für statistische Erhebungen des Bundes verankert. Der Bund darf (und muss) über den Zustand und die Entwicklung von Bevölkerung, Wirtschaft, Gesellschaft, Bildung, Forschung, Raum und Umwelt in der Schweiz die notwendigen statistischen Daten erfassen. Die Datenerhebung darf dabei die Grundrechte betroffener Personen nicht verletzen¹²². Dies bedürfte an sich keiner besonderen Erwähnung, handelt es sich dabei doch um staatliches Handeln, wobei entsprechend Art. 35 Abs. 2 BV stets eine Grundrechtsbindung besteht¹²³. Die Grundrechtsbindung bei der Erhebung statistischer Daten geht dabei über die Respektierung der Persönlichkeits- und Datenschutzrechte der Personen, über die Daten gesammelt werden, hinaus. Statistische Aussagen mit Relevanz zu Geschlechtergleichheit im Allgemeinen und vorliegend mit Relevanz zu Lohn(un)gleichheit dürfen nicht auf stereotypen Vorstellungen über Geschlechterrollen beruhen und müssen tatsächliche Unterschiede in der Lebensgestaltung und in den Erwerbchancen berücksichtigen. Unter Stereotypen werden traditionelle Vorstellungen von der geschlechtsspezifischen Funktionenteilung in der Gesellschaft verstanden¹²⁴. Als Beispiel wäre die *automatische* Annahme zu nennen, wonach die Mutter und nicht der Vater nach der Geburt eines Kindes die Kinderbetreuung übernehmen wird und deshalb die Erwerbsarbeit ganz oder teilweise aufgibt¹²⁵.

48 Nach Art. 170 BV müssen Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Diese Evaluationspflicht bezieht sich auch auf gleichstellungspolitische Massnahmen. Art. 3 BStatG stellt somit eine Konkretisierung von Art. 170 BV dar. Das Wirksamkeitsziel ist dabei durch Art. 8 Abs. 3 BV (und durch die CEDAW und weitere völkerrechtliche Verpflichtungen zur Geschlechtergleichheit bzw. Lohngleichheit) vorgegeben. Aus dem Zusammenspiel von Art. 8 Abs. 3, Art. 65 und Art. 170 BV

¹²⁰ Siehe dazu die Schlussfolgerungen der Studie „Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-Discrimination“, die 2011 im Auftrag der EU-Kommission verfasst wurde, S. 62 ff.

¹²¹ Zur Notwendigkeit statistischer Daten als Grundlage der Politik im Allgemeinen siehe Botschaft BStatG, S. 375; spezifisch für Gleichstellungsmassnahmen siehe EU-Kommission, Gleichstellung, S. 22 f.; ENAR/OSF, S. 5; MAKKONEN, S. 23.

¹²² Komm. BV-BIAGGINI, Art. 65 N 5; SGK BV-SCHOTT, Art. 65 Rz. 5; vgl. BSK BV-HÄNNI, Art. 65 N 6.

¹²³ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35 Rz. 34; KIENER/KÄLIN, S. 45.

¹²⁴ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 743.

¹²⁵ Vgl. CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 Allgemein, Rz. 34; CEDAW-ARIOLI, Art. 7 Allgemein, Rz. 61; vgl. auch Revision GIG: Stellungnahme von männer.ch vom 29.02.2016, abrufbar unter: http://www.maenner.ch/sites/default/files/160222_vernehml_glg_def.pdf (zuletzt besucht am 29.11.2016).

ergibt sich eine verfassungsrechtliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Erfassung statistischer Daten zur Lohngleichheit.

3.2 Diskriminierungsfreie Statistiken und Analysen als Bestandteil völkerrechtlicher Gewährleistungspflicht

Aus den völkerrechtlichen Gewährleistungspflichten lässt sich eine Pflicht des Staates ableiten, verlässlich Daten zur Gleichstellung und insbesondere zur Lohngleichheit zu beschaffen und diese auszuwerten¹²⁶. Besonders lässt sich dies aus Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW und den CEDAW-Empfehlungen Nr. 9¹²⁷ und implizit auch 13¹²⁸ ableiten, die beide einen Bedarf an geschlechtsspezifischen Statistiken feststellen.

49

In der UN-Behindertenrechtskonvention (CRPD) wird dies verdeutlicht. Art. 31 CRPD fordert, geeignete Informationen, einschliesslich statistischer Angaben, die bei der Umsetzung der Konvention helfen, zu sammeln.¹²⁹ Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, statistische Daten zu erfassen. SCHEFER/HESS-KLEIN führen aus, dass statistische Angaben über Menschen mit Behinderung von zentraler Bedeutung sind, um die erforderlichen Gleichstellungsmassnahmen zu umschreiben und sie wirkungsvoll umsetzen zu können¹³⁰. Statistik stelle eine aussagekräftige Grundlage für die Beurteilung dar, ob die Schweiz die eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt und wo allenfalls Handlungsbedarf besteht¹³¹. Dabei müssen gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a und b CRPD die Datenschutzvorschriften, die Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie die ethischen Grundsätze für die Sammlung und Nutzung statistischer Daten beachtet werden. Eine vergleichbare Bestimmung fehlt in der CEDAW. Was für die Sammlung statistischer Angaben im Rahmen von Art. 31 CPRD gilt, ist jedoch auch auf die Allgemeine Empfehlung Nr. 9 zur CEDAW anwendbar.

50

Auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft¹³² über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik¹³³ äussert sich zum Thema Diskriminierung. Art. 9 des Vertrages beinhaltet unter der Artikelüberschrift „Nichtdiskriminierung“ ein explizites Diskriminierungsverbot auf Grund der Staatsangehörigkeit. Dieses Diskriminierungsverbot ent-

51

¹²⁶ Vgl. Komm. CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 Umsetzung Schweiz, Rz. 11; Komm. CEDAW-KIENER/MEDICI, Art. 10 Umsetzung Schweiz, Rz. 16.

¹²⁷ General Recommendation 9, Statistical data concerning the situation of women (Eighth session, 1989), U.N. Doc. A/44/38 at 73 (1990), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 234 (2003).

¹²⁸ General Recommendation 13, Equal remuneration for work of equal value (Eighth session, 1989), U.N. Doc. A/44/38 at 76 (1990), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 237 (2003).

¹²⁹ Vgl. OSF, S. 5, 29.

¹³⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 500.

¹³¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 503.

¹³² Heute: Europäischen Union.

¹³³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik vom 26.10.2004, in Kraft getreten am 01.01.2007, SR 0.431.026.81.

spricht dem Grundgedanken der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, hat aber in erster Linie eine wirtschaftliche Ausrichtung¹³⁴.

52 Art. 2 des ILO-Übereinkommen Nr. 160 über Arbeitsstatistiken verweist auf die Einhaltung der „neuesten, im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation aufgestellten Normen und Richtlinien“.

53 Aus den in der CEDAW enthaltenen Pflichten zur Beseitigung der (Lohn-)Diskriminierung Massnahmen zu ergreifen, lässt sich nicht nur eine vorgelagerte Pflicht zum Erfassen von statischen Daten ableiten, es ergeben sich daraus *auch qualitative Anforderungen* an diese Statistiken. Diese müssen selbst diskriminierungsfrei sein. Würde der Staat sich bei statistischen Auswertungen diskriminierender Methoden bedienen, läge eine Verletzung der „obligations to respect“ vor¹³⁵.

54 Das Erfordernis diskriminierungsfreier Statistiken lässt sich auch daraus ableiten, dass Arbeitsbewertungssysteme geschlechtsneutral resp. objektiv sein müssen. Arbeitsbewertungssysteme werden bei individuellen Lohnklagen herangezogen, um herauszufinden, ob im gegebenen Fall eine Lohndifferenz auf sachlichen Gründen beruht oder geschlechtsdiskriminierend ist¹³⁶. Das Bundesgericht lässt verschiedene Methoden zu, setzt jedoch voraus, dass diese Methoden selbst nicht diskriminierend sind, insbesondere nicht auf geschlechterdiskriminierenden Faktoren resp. Stereotypen beruhen¹³⁷. Dies entspricht auch der Allgemeinen Empfehlung Nr. 13 des CEDAW-Ausschusses, welche in Hinblick auf den in Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW verankerten Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Bewertung der Arbeitsqualität empfiehlt, geschlechtsneutrale Arbeitsbewertungssysteme zu entwickeln und anzuwenden¹³⁸. Auch Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 100 verlangt eine „objektive Bewertung“¹³⁹.

C. Lohngleichheit und Statistik: EU-Rechtliche Aspekte

55 Als Nichtmitglied der EU sind die einschlägigen Bestimmungen des EU-Gleichstellungsrechts für die Schweiz nicht verbindlich. Allerdings handelt es sich beim Gleichstellungsgesetz (GIG) um in weiten Teilen autonom nachvollzogenes EU-Recht. Die Botschaft zum GIG verweist an verschiedenen Stellen auf europäische Richtlinien und auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)¹⁴⁰. Historischer Hintergrund bildete der beabsichtigte EWR-Beitritt, der eine Anpassung des schweizerischen Gleichstellungsrechts erfordert hätte¹⁴¹. Der Bundesrat hielt auch nach dem Scheitern des EWR-Projektes am Ziel der Annäherung des schweizerischen an das europäische Gleichstellungsrecht

¹³⁴ MÜLLER/SCHÉFER, S. 682; PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 118.

¹³⁵ Siehe Rz. 41 f.

¹³⁶ SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 126.

¹³⁷ BGE 131 II 393, E. 6; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 126 mit weiteren Hinweisen.

¹³⁸ Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 42; Komm. CEDAW-LEMPEN/BINDER, Art. 11 Umsetzung Schweiz, Rz. 40.

¹³⁹ Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 Allgemein, Rz. 42.

¹⁴⁰ Botschaft GIG, S. 1246, 1279, 1296, 1300, 1318.

¹⁴¹ Die Gleichstellungsrichtlinie 76/202/EWG war im Anhang zum EWR aufgeführt.

fest¹⁴². Damit ergibt sich eine zumindest punktuelle Pflicht der schweizerischen Behörden zur Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und unionsrechtlicher Rechtsentwicklungen¹⁴³. Folglich sind die unionsrechtlichen Bestimmungen (Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Union [AEUV]; Art. 23 Grundrechtecharta der Union [GRCh]; Richtlinie 2006/54/EG¹⁴⁴) auf die Frage der Pflicht der EU-Mitgliedstaaten zum Führen diskriminierungsfreier Statistiken zu untersuchen und auf die Übertragbarkeit dieser Verpflichtungen auf das schweizerische Recht zu prüfen.

Art. 157 Abs. 1 und 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gewährt einen auch in privaten Arbeitsverhältnissen geltenden unmittelbaren Anspruch¹⁴⁵ auf Entgeltgleichheit (Lohnleichheit) bei gleicher und gleichwertiger Arbeit. Die Umschreibung des Begriffs „Entgelt“ lehnt sich an das ILO-Übereinkommen Nr. 100 an. Der Lohnleichheitsanspruch wird sekundärrechtlich durch die RL 2006/54/EG flankiert. Art. 4 RL 2006/54/EG regelt den Anspruch auf Entgeltgleichheit. Bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ist jede direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen zu beseitigen. Abs. 2 präzisiert, dass insbesondere dann, wenn ein betriebliches Lohnsystem verwendet wird, dieses für Männer und Frauen auf gemeinsamen Kriterien beruhen muss, so dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen ist.

56

Erwägung 37 der Richtlinie 2006/54/EG führt aus, dass zum besseren Verständnis der Ursachen der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen nach Geschlechtern aufgeschlüsselte Statistiken weiterhin erstellt und ausgewertet werden sollen. Auch in den Richtlinien 2000/43/EG¹⁴⁶ und 2000/78/EG¹⁴⁷ (jeweils Erwägung 15) ist zu lesen, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist¹⁴⁸. Die Umsetzung wird den Einzelstaaten überlassen¹⁴⁹.

57

¹⁴² Botschaft GI, S. 1246, 1294 f.

¹⁴³ Siehe dazu auch: EPINEY, S. 37 ff.; Klett, S. 134 ff.

¹⁴⁴ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, EUR-Lex L 204/23.

¹⁴⁵ Kritisch zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV mit Bezug auf die Gleichwertigkeit der Arbeit ist KREBBER, Komm. Art. 157 AEUV N 6, seines Erachtens sei die Frage, was unter gleichwertiger Arbeit zu verstehen sei, auf unionsrechtlicher Ebene zu wenig klar, was einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehe.

¹⁴⁶ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, EUR-Lex L 180/22.

¹⁴⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, EUR-Lex L 303/16.

¹⁴⁸ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR, siehe Rz. 94.

¹⁴⁹ ENAR, S. 9.

58 In mehreren Dokumenten heben die jeweils zuständigen Stellen der EU jedoch hervor, wie wichtig „gender statistics“ und „discrimination statistics“ sind¹⁵⁰. Das Ziel sei, einen Rahmen für die Überwachung der Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung zu schaffen¹⁵¹. Um die Ursachen von Diskriminierungen zu verstehen und diese wirksam bekämpfen zu können, müsse es in jeder Statistik nach Möglichkeit eine „gender perspective“ geben und die jeweiligen Daten sollten nach dem Geschlecht aufgeschlüsselt werden¹⁵².

59 Die Verordnung Nr. 530/1999/EG des Rates¹⁵³ verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle vier Jahre eine Statistik über die Struktur der Verdienste und der Arbeitskosten zu erstellen. Diese Angaben sollen die Berechnung geschlechtsspezifischer Lohnunterschiede erleichtern. Wie die EU-Kommission in einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten¹⁵⁴ festhält, sind Verfügbarkeit und Vergleichbarkeit solcher Daten für die Weiterentwicklung der Entgeltgleichheit in der Union von grosser Bedeutung. Empfehlung

Nr. 7 im genannten EU-Kommissionsdokument hält fest, dass die Statistiken nach Geschlecht, Wirtschaftssektor, Arbeitszeit (Voll-/Teilzeit), wirtschaftlicher Kontrolle (öffentliches/privates Eigentum) und Alters aufgeschlüsselt und auf jährlicher Basis berechnet werden sollen¹⁵⁵. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit soll gemäss der zehnten Empfehlung im genannten EU-Kommissionsdokument anhand objektiver Kriterien wie „Bildungs-, Ausbildungs- und Berufsanforderungen, Qualifikationen, Belastung und Verantwortung, ausgeführte Arbeit und Art der dabei wahrgenommenen Aufgaben bewertet und verglichen werden“¹⁵⁶.

60 Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die EU versucht, die Sammlung von statistischen Daten über Geschlechterdiskriminierung in ihren Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen und die Daten zur Bekämpfung solcher Diskriminierungen zu nutzen¹⁵⁷. Die Analyse der einschlägigen Dokumente von EU-Behörden und durch die EU unterstützten Nichtregierungsorganisationen führt indes zu keinen für die vorliegenden Gutachterfragen fundamentalen Erkenntnissen. Festhalten lässt sich aber immerhin eine Übereinstimmung im Problembewusstsein: Statistische Angaben sind notwendig, einerseits für

¹⁵⁰ In den jährlich erscheinenden Statistical Requirements Compendium der EUROSTAT finden sich unter den jeweiligen Kategorien Ausführungen zu Ziel, Methoden, gesetzlichen Grundlagen etc.

¹⁵¹ EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007, S. 62; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009, S. 61.

¹⁵² EU-Kommission, A Roadmap for equality 2006-2010, S. 27; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007, S. 62; Beschluss Nr. 1578/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 über das Statistische Programm der Gemeinschaft 2008 bis 2012, EUR-Lex L 344/15, namentlich Art. 3 des Beschlusses; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009, S. 63; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2010, S. 66.

¹⁵³ Verordnung (EG) Nr. 530/1999 des Rates vom 09.03.1999 zur Struktur der Verdienste und der Arbeitskosten (EUR-Lex 1999/ L 63, S. 6).

¹⁵⁴ Empfehlung der Kommission vom 07.03.2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch Transparenz, Brüssel, C (2014) 1405 final (ab hier: Empfehlung EU-Kommission Entgeltgleichheit).

¹⁵⁵ Empfehlung EU-Kommission Entgeltgleichheit (Fn. 154).

¹⁵⁶ Empfehlung EU-Kommission Entgeltgleichheit (Fn. 154).

¹⁵⁷ ENAR, S. 9.

die wirksame Geltendmachung eines individualrechtlichen Anspruches und andererseits als Grundlage wirksamer Politikmassnahmen.

D. Standards und Richtlinien zu Statistik und Analyse

Standards und Richtlinien von Behörden und Vereinigungen, die sich „von Amtes bzw. Berufes wegen“ mit statistischen Erhebungen und deren Analyse beschäftigen, kommen in der Praxis eine grosse Bedeutung zu. Im Folgenden wird deshalb untersucht, ob und inwiefern solche Dokumente auch Ausführungen zur Thematik „diskriminierungsfreie Statistiken“ enthalten. Diese ist auch deshalb von Bedeutung, weil in den rechtlichen Grundlagen zur Statistik regelmässig auf solche Standards verwiesen wird.

61

Die Charta der öffentlichen Statistik der Schweiz, welche vom Bundesamt für Statistik (BFS) und der Konferenz der regionalen statistischen Ämter der Schweiz (KORSTAT) verabschiedet worden ist, enthält keine konkreten Vorgaben bezüglich diskriminierungsfreier Statistik¹⁵⁸. Verwiesen wird in Grundprinzip 16 in allgemeiner Weise auf nationale und internationale Standards, anerkannte wissenschaftliche Methoden sowie berufsethische Prinzipien. Ausserdem wird auf den Verhaltenskodex für Europäische Statistiken¹⁵⁹ Bezug genommen¹⁶⁰. Dieser wie auch UNO-Grundsätze der öffentlichen Statistik¹⁶¹ haben in etwa den gleichen Inhalt wie die Schweizer Charta. Die berufsethischen Prinzipien (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. b CRPD) finden sich in der Erklärung über die Berufsethik des Internationalen Statistischen Instituts (ISI)¹⁶². Auch in diesem Dokument wird die Beachtung der aktuellen wissenschaftlichen Standards und Methoden, der Objektivität und insbesondere der Gesetze verlangt.

62

In den einschlägigen Chartas respektive Kodizes finden sich also keine expliziten Verpflichtungen zur Führung diskriminierungsfreier Statistiken. Die jeweiligen Organisationen publizieren jedoch laufend Handbücher und Leitfäden zur Frage, wie Diskriminierung sinnvoll gemessen werden soll. Hingewiesen wird auf die Bedeutung der Geschlechterperspektive im Rahmen des „gender mainstreaming“. Ein Thema, das auch im Rahmen statistischer Erhebungen zu berücksichtigen ist. Die ILO hat beispielsweise eine Checkliste für „gender mainstreaming“ in Arbeitsstatistiken veröffentlicht¹⁶³. Und

63

¹⁵⁸ BFS Charta.

¹⁵⁹ EU-Kommission, Verhaltenskodex für Europäische Statistiken.

¹⁶⁰ Vgl. Charta, Präambel, S. 3.

¹⁶¹ Fundamental Principles of Official Statistics, Resolution des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen vom 24.07.2013, E/RES/2013/21, abrufbar unter:
<https://unstats.un.org/unsd/dnss/gp/fundprinciples.aspx> (zuletzt besucht am 19.10.2016).

¹⁶² Abrufbar unter (Französisch): <https://www.isi-web.org/index.php/news-from-isi/297-declarationprofessionalethics-2010fr> (zuletzt besucht am 19.10.2016).

¹⁶³ ILO, Checklist of good practices for mainstreaming gender in labour statistics:
http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/standards-and-guidelines/guidelines-adopted-by-international-conferences-of-labour-statisticians/WCMS_087632/lang--en/index.htm (zuletzt besucht am 19.10.2016).

auch die Eurostat betont in ihren jährlich erscheinenden Kompendien, wie wichtig „gender statistics“ und „discrimination statistics“ sind¹⁶⁴.

64

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Ein ganzes Bündel an Rechtsgrundlagen sowohl im Bundes- als auch im Völkerrecht verbietet die Lohndiskriminierung zwischen den Geschlechtern (justiziable Ebene) und verpflichtet darüber hinaus alle staatlichen Organe zum Ergreifen der notwendigen Massnahmen für den Abbau der Ungleichheiten (programmatische Ebene). Für eine wirksame Bekämpfung der Lohndiskriminierung sind die Behörden (aber auch die privaten Akteure) auf zuverlässige Daten angewiesen. Die entsprechende rechtliche Verpflichtung zur Sammlung und Analyse solcher Daten ergibt sich einerseits aus dem Gleichstellungsrecht und andererseits aus der allgemeinen, in der Verfassung verankerten Pflicht zur Überprüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen. Wichtig ist, dass die Erfassung statistischer Daten und deren Auswertung und Analyse diskriminierungsfrei erfolgt.

III. Statistische Diskriminierung

A. Statistische Diskriminierung – Ein Problem des Generalisierungsrechts

65

Statistiken haben für Diskriminierungsfragen ein Janusgesicht. Zum einen bilden sachgerechte Statistiken die Grundlage für eine wirksame Bekämpfung von Diskriminierung. Zum anderen beinhaltet die Verwendung statistischer Angaben auch ein Diskriminierungspotenzial im Sinne eines Generalisierungsrechts. Auf dieses als „statistische Diskriminierung“ bezeichnete Phänomen ist nachfolgend einzugehen.

1. Zur Theorie der statistischen Diskriminierung als Rechtsproblem

66

Bei der Theorie der statistischen Diskriminierung handelt es sich um ein etabliertes, wirtschaftswissenschaftliches Konzept¹⁶⁵. Dabei wird davon ausgegangen, dass sich ein Entscheidungsträger aufgrund unvollständiger Informationen über eine bestimmte Person auf Annahmen über kollektive Eigenschaften einer Gruppe abstützt, der diese Person (vermeintlich) angehört. Weicht die bestimmte Person in ihren Eigenschaften vom Gruppendurchschnitt ab und wird sie in Teilen dennoch so behandelt, wie wenn die fraglichen Eigenschaften auf sie zutreffen würden, stellt dies in rechtlicher Hinsicht ggf. eine Diskriminierung dar¹⁶⁶. Die Thematik betrifft demnach auch Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik.

¹⁶⁴ Siehe Rz. 58 f.

¹⁶⁵ Ilić, Outcome Tests, S. 275 ff.

¹⁶⁶ Zum Ganzen ausführlich: BRITZ.

In der Schweiz wurde das Problem statistischer Diskriminierung erstmals im Zusammenhang mit der Prämienberechnung in der Motorhaftpflichtversicherung öffentlich diskutiert. Es wurde festgestellt, dass Versicherungsgesellschaften Prämienunterschiede aufgrund der Staatsangehörigkeit vornahmen. Die Debatte fand auch Eingang in die Rechtswissenschaft¹⁶⁷. Bei der aktuell diskutierten Frage der Zulässigkeit des „racial profiling“ geht es um das gleiche Phänomen¹⁶⁸. Beachtung fand (auch) hierzulande eine Entscheidung des EuGH in Sachen Lebensversicherungsprämien: das Abstellen auf das Kriterium Geschlecht für die Berechnung von Versicherungsprämien ist unzulässig¹⁶⁹. Auf diese Entscheidung ist noch vertieft(er) einzugehen¹⁷⁰.

67

Während die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik in der Schweiz erst in den Anfängen steckt, findet vor allem in den USA aber auch innerhalb der EU und in einzelnen Mitgliedstaaten ein reger Diskurs zum rechtlichen Problem statistischer Diskriminierung statt. Die Fragen werden vor dem Hintergrund der zunehmend grösseren verfügbaren Datenmenge (Stichwort: Big Data) noch an Bedeutung zunehmen¹⁷¹. In Deutschland hat insbesondere die Untersuchung von BRITZ breite Anerkennung gefunden¹⁷².

68

Bei einer statistischen Diskriminierung erfolgt eine benachteiligende Ungleichbehandlung nicht aufgrund einer spezifischen Präferenz zu einer bestimmten Gruppe. Die Gruppenzugehörigkeit wird jedoch als Entscheidungsmerkmal herangezogen, um einem Individuum bestimmte Eigenschaften einer Gruppe zuschreiben zu können, die die Mitglieder dieser Gruppe typischerweise aufweisen. „Statistische Diskriminierung“, schreibt BRITZ, „beruht auf der Verwendung (vermeintlicher) statistischer Erfahrungswerte über den Zusammenhang zwischen der Mitgliedschaft in einer Gruppe und dem Auftreten einer bestimmten Eigenschaft“¹⁷³. BRITZ erläutert neben der statistischen Diskriminierung auch das Problem der Typisierung. Im Fall der Typisierung wird vereinfachend auf ein bestimmtes Typisierungsmerkmal abgestellt, um den Aufwand einer umfassenden Sachverhaltsabklärung zu vermeiden, obwohl dies grundsätzlich möglich wäre. Bei der statistischen Diskriminierung wird ein Typisierungsmerkmal verwendet, weil es im Zeitpunkt der Entscheidung nicht möglich ist, den (künftigen) Sachverhalt festzustellen¹⁷⁴.

69

Statistische Diskriminierung kommt besonders im Versicherungswesen vor: einerseits im Bereich der Prämienberechnung¹⁷⁵, andererseits bei der Frage ob und in welchem Umfang jemand überhaupt in den Versicherungsschutz aufgenommen wird. Versicherungsunternehmen benachteiligen z.B. chro-

70

¹⁶⁷ WALDMANN, Autoversicherungsprämien.

¹⁶⁸ Zum Ganzen: GOEL/PERELMAN/SHROFF/SKLANSKY; ILIĆ, Racial Profiling; PERISCO.

¹⁶⁹ Dazu: PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, S. 153 ff.

¹⁷⁰ Siehe Rz. 72 ff.

¹⁷¹ BURDON/HARPUR, S. 679 ff.

¹⁷² BRITZ.

¹⁷³ BRITZ, S. 17.

¹⁷⁴ BRITZ, S. 46 f.; Hinzuweisen ist, dass die ökonomische Definition von statistischer Diskriminierung annimmt, dass die statistischen Erfahrungswerte korrekt geschätzt werden, siehe dazu AIGNER/CLAIN, S. 177.

¹⁷⁵ Siehe Rz. 67.

nisch kranke Antragsstellende aufgrund ihrer Krankheitsdisposition, weil der Eintritt des zu versichernden Risikos als erhöht betrachtet wird. Die versicherungsmathematische Risikodifferenzierung hat zum Ziel, andere, „gesunde“ Versicherungsnehmer nicht übermäßig zu belasten¹⁷⁶. In einer Analyse der Faktoren des individuellen Risikos wird bestimmt, ob und zu welchem Preis ein Risiko versicherbar ist¹⁷⁷. Dies hat einerseits positive Effekte: Die Informationsgewinnung durch statistische Benachteiligung führt nicht nur zu einer Effektivitätssteigerung, sondern auch zu einer gerechteren Verteilung der effektiven Kosten. Andererseits gibt es folgende Nachteile: Es kann zu „statistischen Fehltreffern“ kommen, wenn nämlich Antragstellende, die trotz chronischer Krankheit nicht zu der Risikogruppe gehören, der sie statistisch zugeordnet sind oder solche ohne chronische Krankheiten, die zur Risikogruppe gehören, dieser aber nicht zugeordnet werden. Dies zeigt, dass Fehltreffer in beide Richtungen gehen und statistische Diskriminierung nicht einseitig ist. Aber auch „richtige“ Differenzierungen sind problematisch. Diese können insbesondere zu einer Perpetuierung der Benachteiligung bzw. einer Stigmatisierung führen¹⁷⁸. An dieser Stelle ist auch das Phänomen der „self-fulfilling prophecy“ zu erwähnen¹⁷⁹.

71

Statistische Diskriminierung ist von einer auf Vorurteilen und Präferenzen beruhenden Diskriminierung zu unterscheiden¹⁸⁰. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass eine auf Erfahrungswerten begründete Annahme über einen statistischen Zusammenhang zwischen einem personenbezogenen Merkmal (vorliegend dem Geschlecht) und der Verwirklichung eines Risikos (Auftreten von Krankheiten bzw. verursachen von Krankheitskosten, Lebensdauer, Verursachen von Unfällen usw.) getroffen wird und dass diese Annahme zu unterschiedlichen Prämien für die beiden Geschlechter führt. Das Abstützen auf ein *leicht feststellbares*, statistisch relevantes Merkmal für die Vornahme der Prämienberechnung verringert für die Versicherung die Transaktionskosten. Die Diskriminierung besteht in einem Generalisierungsunrecht, dass dadurch entsteht, dass eine Person aufgrund eines diskriminierungssensiblen Merkmals, vorliegend dem Geschlecht, zu einer bestimmten Risikokategorie zugeordnet wird, obwohl aus individueller Perspektive gerade nicht feststeht, ob eine bestimmte Person höhere Krankheitskosten oder mehr Unfälle verursacht. Generalisierungsunrecht ist ein generelles Phänomen jeder Typisierung, namentlich auch in der Gesetzgebung und bei der Rechtsanwendung. Gesetze sind generell abstrakte Regeln, sie werden notwendigerweise nicht jedem Einzelfall voll gerecht¹⁸¹. In der Rechtsanwendung, namentlich im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, werden individuelle Entschiede auf der Basis von Verwaltungsweisungen gefällt, die durch Generalisierungen und Pauschalierungen Verwaltungsabläufe vereinfachen¹⁸². Auch hier erfolgen Generalisierungen aus Effizienzgründen. Trotz den Gemeinsamkeiten zwischen Generalisierungsunrecht im Rahmen von Gesetzgebung und Verwaltung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die statistische Diskriminie-

¹⁷⁶ Siehe hierzu auch MUMENTHALER, S. 5.

¹⁷⁷ GEISMANN, S. 15 ff.

¹⁷⁸ Zum Ganzen: PÄRLI/NAGUIB, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 86 ff.

¹⁷⁹ Zum Ganzen: COATE/LOURY.

¹⁸⁰ BRITZ, S. 15 ff.

¹⁸¹ BRITZ, S. 97 ff.

¹⁸² BRITZ, S. 43.

rung durch Versicherungen durch ihren Prognosecharakter unterscheidet¹⁸³. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses steht noch nicht fest, ob überhaupt bzw. wann sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht.

2. Bedeutung in der Praxis: Die EuGH-Entscheidungen „Test-Achats“ und „Lindorfer“¹⁸⁴

Statistische Diskriminierung im Bereich des Versicherungswesens war auch Gegenstand des EuGH-Urteils C-236/09 („Test-Achats“)¹⁸⁵. Das Verfahren betraf die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der 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 Dienstleistungen¹⁸⁶. Diese Bestimmung sah vor, dass die Mitgliedstaaten abweichend vom im Übrigen strikten Verbot der Geschlechterungleichbehandlung in ihrem nationalen Recht für den Bereich von Versicherungen und verwandten Dienstleistungen Prämienunterschiede aufgrund des Geschlechts vorsehen konnten, sofern und soweit sichergestellt ist, dass die zugrunde liegenden versicherungsmathematischen und statistischen Daten, auf die sich die Berechnungen stützen, verlässlich sind, regelmäßig aktualisiert werden und der Öffentlichkeit zugänglich sind. Der Gerichtshof prüfte die Gültigkeit des Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG am Massstab der im Primärrecht an verschiedenen Stellen prominent verankerten Gleichbehandlung der Geschlechter.

72

Der EuGH musste sich u.a. mit dem Einwand auseinandersetzen, die Lage versicherter Frauen und die von versicherten Männern sei allenfalls gar nicht vergleichbar, da aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risikokategorien die Situation von Frauen und Männern unterschiedlich sei. Der EuGH kam indes zum Schluss, die RL 2004/113/EG beruhe auf der Prämisse, dass Frauen und Männer gleich behandelt werden müssten und folglich sei „die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von Ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar“¹⁸⁷. Folglich galt es für den EuGH zu prüfen, ob die durch die Art. 5 Abs. 2 der RL 2004/113/EG zugelassene Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung zulässig sei.

73

¹⁸³ BRITZ, S. 37 ff.

¹⁸⁴ Zum Ganzen ausführlich: PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, S. 163 ff.

¹⁸⁵ EuGH, Rs. C-236/09 vom 01.03.2011, Test-Achats.

¹⁸⁶ EUR-Lex L 373/37. Die Richtlinie 2004/113/EG stützt sich auf Art. 19 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union AEUV (vor dem Lissabonvertrag: Art. 13 Vertrag über die Europäische Gemeinschaft EGV), nach dieser Bestimmung kann der Rat mit Zustimmung des Parlamentes geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen u.a. aus Gründen des Geschlechts zu bekämpfen. Der Rat hat von dieser Kompetenz durch den Erlass der Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und 2000/43/EG Gebrauch gemacht. Der Erlass der RL 2004/113/EG stellt einen weiteren Meilenstein im Kampf gegen Diskriminierung dar.

¹⁸⁷ EuGH, Rs. C-236/09 vom 01.03.2011, Test-Achats, Rn 30.

74 Art. 23 Abs. 1 der Grundrechtecharta der Europäischen Union verlangt unter der Überschrift „Gleichheit von Männern und Frauen“, dass die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschliesslich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen sei. Der Gerichtshof nahm diese Grundrechtsbestimmung im Zusammenwirken mit weiteren Gleichstellungsnormen im EUV und im AEUV zum Anlass, Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG die Gültigkeit zu versagen. Damit wurde hinsichtlich der Zulässigkeit statistischer Diskriminierung eine Schranke gezogen: Unterschiedliche Frauen- und Männerprämien sind (u.a.) in der Versicherung selbst dann nicht mehr erlaubt, wenn das Geschlecht aufgrund statistischer Annahmen eine unterschiedliche Prämieinstufung rechtfertigen würde. Der Grundsatz der Geschlechtergleichheit bedarf gemäss den vom Gerichtshof nicht widersprochenen Schlussanträgen der Generalanwältin bezüglich seines Inhalts keiner weiteren Konkretisierung durch den Unionsgesetzgeber, der Grundsatz sei „ein Grundrecht und Verfassungsprinzip der Europäischen Union“¹⁸⁸.

75 Innerhalb der Europäischen Union sind seit der Rechtssache „Test-Achats“ Benachteiligungen bei der Berechnung von geschlechtsspezifischen Versicherungsprämien aufgrund der statistischen Zuordnung der Geschlechter in Risikokategorien nicht mehr zulässig, auch dann nicht, wenn sich die unterschiedliche Tarifierung statistisch betrachtet rechtfertigen würde.

76 Ein ähnlicher Entscheid stellt die folgende Rechtssache dar¹⁸⁹: Der EuGH hatte eine Regelung Finnlands zu beurteilen, die für Frauen zu einem höheren Invalidengeld führte als für Männer gleichen Alters. Dies wurde mit der statistisch belegten längeren Lebenserwartung von Frauen begründet, die bei der Berechnung einer Pauschalentschädigung heranzuziehen sei. Dem widersprach der EuGH: Die Verallgemeinerung der durchschnittlichen Lebenserwartung von Männern und Frauen dürfe nicht als Grundlage für die Berechnung einer Versicherungspauschale dienen, insbesondere weil eine Versicherungsnehmerin nicht immer eine höhere Lebenserwartung habe als ein gleichaltes Versicherungsnehmer in einer vergleichbaren Situation. Der EuGH stellte eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung fest.

77 Auch im EuGH-Entscheid „Lindorfer“¹⁹⁰ geht es um die Frage der Zulässigkeit versicherungsmathematischer Aspekte für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts. Frau Lindorfer begann 1996 für die Europäische Union zu arbeiten und beanstandete die Anrechnung ihrer in Österreich erworbenen Beitragszahlungen an das Versorgungssystem der Union. Erstinstanzlich wurde die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Es sei offensichtlich, dass das Geschlecht und das Alter zu den Umständen gehörten, die für die Berechnung der anzurechnenden ruhegehaltfähigen Dienstjahre relevant wären. Es stehe fest, dass Frauen, statistisch gesehen, länger leben würden als Männer und die Wahrscheinlichkeit, vor Erreichen des Rücktrittsalters zu sterben, sei bei

¹⁸⁸ Schlussanträge Rs. C-236/09 (Fn. 185), Rn 39.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-318/13 (X) vom 03.09.2014.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-227/04 vom 11.09.2007, Lindorfer.

Beamten, die später in den Dienst der EU treten grösser als bei solchen, die dies in jungen Jahren tun¹⁹¹.

Der EuGH folgte der Vorinstanz nicht und bejahte eine Geschlechterdiskriminierung. Dabei sind insbesondere die Schlussanträge des Generalanwalts aufschlussreich: Viele Frauen würden im Durchschnitt nicht so lange wie ein Mann leben, und viele Männer würden länger als eine Frau im Durchschnitt leben. Im Gegensatz zu Merkmalen in denen sich ein Einzelner wirklich von anderen unterscheidet und die somit eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, sei es unzulässig, auf Merkmale abzustellen, die von der Gruppe auf einen Einzelnen extrapoliert werden. Man stelle sich vor, es liessen sich Unterschiede in der durchschnittlichen Lebenserwartung verschiedener ethnischer Gruppen feststellen und würde diese als Bemessungsgrundlage für ein Versorgungssystem berücksichtigen; auch dies sei völlig inakzeptabel¹⁹².

78

Diese Urteile und im Besonderen die letzte Erwägung des Generalanwalts zeigen, dass gewisse Ungleichbehandlungen durchaus ökonomischen oder versicherungsmathematischen Tatsachen entsprechen können. Die Rechtsordnung legt jedoch normativ fest, dass diese Tatsachen für eine juristische Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht zulässig sind. Hinzuweisen ist allerdings, dass weder die Rechtssache „Test-Achats“ noch „Lindorfer“ für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied verbindliche Wirkung haben¹⁹³.

79

3. Bezugnahme auf die LSE im Rahmen der Invalidenversicherung als statistische Diskriminierung?

Weder die schweizerische Rechtspraxis noch die Doktrin hat bislang das Konzept der statistischen Diskriminierung, wie es in den beiden EuGH-Urteilen „Test-Achats“ und „Lindorfer“ zum Ausdruck kommt, rezipiert. In BGE 142 V 178 musste sich allerdings das Bundesgericht mit dem Vorwurf der Beschwerdeführerin auseinandersetzen, die Verwendung der LSE zur Bestimmung des sogenannten Invalideneinkommens im Rahmen der Ermittlung des Invaliditätsgrades führe zu einer „Diskriminierung durch Statistik“¹⁹⁴. Unter expliziter Bezugnahme auf die EuGH-Entscheidung „Test-Achats“ verwies die Beschwerdeführerin auf ein Gleichheitsproblem, wenn durch die Bezugnahme auf Statistiken die Besonderheiten des Einzelfalles ignoriert würden. Im konkreten Fall ging die Invalidenversicherung aufgrund ärztlicher Einschätzung von einer Arbeitsfähigkeit von 75 Prozent aus¹⁹⁵. Mangels Vorliegen einer konkreten, dem Leiden der Person angepassten Tätigkeit, stützten sich die Behörden für die Bestimmung des Invalideneinkommens auf die Tabellenlöhne gemäss LSE. Das sei gemäss der Beschwerdeführerin falsch, vielmehr wäre bei ihr eine konkrete, arbeitsplatzbezogene Abklärung der

80

¹⁹¹ Urteil des Gerichts erster Instanz (EuG) T-204/01 vom 18.03.2004, Lindorfer, Rn 83.

¹⁹² Schlussanträge Generalanwalt Jacobs vom 27.10.2005 in der Rs. 227/04, Rn 60.

¹⁹³ PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträge, S. 159.

¹⁹⁴ BGE 142 V 178, E. 2.5.4.

¹⁹⁵ BGE 142 V 178, E. 2.5.5.

Arbeitsmöglichkeiten notwendig. Es sei diskriminierend, wenn bei ihr eine statistische Lohnerzielung zugemutet werde, welche sie aufgrund ihres Arbeitsprofils nicht erreichen könne¹⁹⁶.

81 Im Verfahren vor dem Bundesgericht äusserte sich auch das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV). Es sei, so das BSV, wenig logisch, „wenn Erhebungen, welche lediglich die Realität abbilden, keine Anwendung finden dürften“¹⁹⁷. Auch für das Bundesgericht besteht kein Anlass, auf die Bezugnahme auf Daten in der LSE zur Bestimmung des Invalideneinkommens im Einzelfall zu verzichten. Jeder Anwendung statistischer Werte sei das Abstrahieren und damit Ausblenden konkreten Gegebenheiten immanent¹⁹⁸. Die Beschwerde wurde mit diesen (und anderen, vorliegend nicht relevanten Argumenten) abgewiesen.

82 Dass Statistiken die Realität abbilden, trifft (wenn überhaupt) also „nur“ rein statistisch zu. Ob zur Beurteilung eines Rechtsanspruches (oder zur Abwehr einer rechtlichen Verpflichtung) im Einzelfall auf solche statistische Werte abgestützt wird bzw. werden darf, kann nicht generell mit Ja oder Nein beantwortet werden. Während das Bundesgericht im genannten IV-Fall von einer Abweichung der statistischen Werte nichts wissen will, zeigt ein anderer zu Beginn dieser Studie¹⁹⁹ geschilderter Bundesgerichtsentscheid, dass zur Feststellung des Erwerbsausfalls in einem Haftpflichtfall je nach konkreten Umständen von der statistisch korrekten Annahme, dass Frauen im Durchschnitt ab dem dreissigsten Altersjahr ihr Arbeitspensum reduzieren, abzuweichen ist²⁰⁰. Diese unterschiedliche Herangehensweise im IV-Verfahren einerseits und im Haftpflichtprozess andererseits erklärt sich mit der unterschiedlichen „Schadensausgleichssystematik“ zwischen den beiden Rechtsgebieten. Das Haftpflichtrecht soll den tatsächlich entstandenen Schaden ausgleichen. Im konkreten Fall war aufgrund der schweren Behinderung gerade nicht mit einer Verringerung des Arbeitspensums und Familiengründung zu rechnen. Eine Berücksichtigung der statistisch gesehen auf die Kohorte der Frauen zutreffende Annahme „Reduktion der Arbeitszeit ab dreissigstem Altersjahr“ war deshalb für die Schadensberechnung nicht angezeigt. Auch liegt auf der Hand, dass im fraglichen Haftungsfall für die Berechnung des künftigen Erwerbsausfalls auf zu erwartende Reduktion der Ungleichheit zwischen Frauen und Männerlöhnen Bezug genommen wird. Anders verhält es sich bei der Invalidenversicherung. Diese versichert den gesundheitlich bedingten Erwerbsausfall, Bezugspunkt bildet ein Einkommen ab Zeitpunkt des Invaliditätseintritts; es bleibt hier nach der geltenden IV-Logik kein Raum für eine Berücksichtigung künftig kleiner werdenden Unterschiede zwischen Frauen- und Männerlöhnen. Sowohl bezüglich des Haftpflichtrechts als auch hinsichtlich des Rechts in der Invalidenversicherung kann man sich allerdings aus gleichstellungsrechtlicher Perspektive die Frage stellen, ob die Berücksichtigung ungleicher Löhne zwischen den Geschlechtern bei der Feststellung der Invalidität bzw. Berechnung des Schadens nicht per se unzulässig ist.

¹⁹⁶ BGE 142 V 178, E. 2.5.6

¹⁹⁷ BGE 142 V 178, E. 2.5.5.

¹⁹⁸ BGE 142 V 178, E. 2.5.7.

¹⁹⁹ Siehe Rz. 10.

²⁰⁰ Siehe dazu ausführlich oben, Rz. 8 bis 11.

B. Erkenntnisse für die diskriminierungsfreie Statistik und Analyse

Das Modell der statistischen Diskriminierung wird herbei gezogen, um diskriminierende Lohnunterschiede zu erklären. Gemäss einer Analyse des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB) wäre der diskriminierende Lohnunterschied um 24 Prozent kleiner, wenn verheiratete Frauen auf Grund ihres Zivilstands nicht diskriminiert würden²⁰¹. Die AutorInnen führen weiter aus, dass auch die Lohnunterschiede zwischen bestimmten weiblichen und männlichen Berufseinsteigern²⁰² auf statistische Diskriminierung zurückzuführen sein könnten, weil jungen Frauen unter anderem auf Grund erwarteter Mutterschaft weniger Lohn bezahlt würde²⁰³. Entscheidungstragende würden sich bei Lohnfragen demnach teilweise auch auf Annahmen stützen, die auf statistischen Erfahrungswerten beruhen: da Frauen mit grösserer Wahrscheinlichkeit eine Pause in Ihrer Berufstätigkeit aufgrund Kindererziehung einlegen werden würden, müssten sie unter Umständen Lohnabstriche in Kauf nehmen. Sofern und soweit die in der SGB-Studie Aussagen zutreffen²⁰⁴, ist dies ein Beispiel dafür, wie vermeintliche *Erklärungsfaktoren* von Lohnunterschieden auf *Stereotypen und somit diskriminierenden Gründen* beruhen.

83

Auch die bereits erwähnte Studie²⁰⁵, die im Auftrag des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes erarbeitet wurde, geht auf das Phänomen statistischer Diskriminierung ein. Wenn Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Lohnsetzung nicht alle relevanten Merkmale der Arbeitnehmenden kennen, würden sie bei ihrer Einschätzung womöglich auf Durchschnitte und Erfahrungswerte zurückgreifen, die sie mit Personen der gleichen Gruppe in Verbindung bringen. In diesem Fall könne eine statistische Diskriminierung entstehen. Da die Arbeitgeber indes im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses die wahren Fähigkeiten immer besser einschätzen könnten (Lernprozess), würden dadurch die Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern kleiner oder verschwinden²⁰⁶.

84

Die in der wissenschaftlichen und v.a. auch politischen Diskussion oft vorgebrachten Argumente, die Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern lägen in erster Linie am unterschiedlichen Humankapitel und seien deshalb erklärbar, sind im Lichte der Erkenntnisse aus dem rechtlichen Konzept der statistischen Diskriminierung kritisch zu hinterfragen. Statistisch betrachtet mag es zutreffen, dass Frauen andere Karrierepläne haben als Männer, dass Frauen eher in Branchen mit tiefer Wertschöpfung arbeiten oder eher Branchen bzw. Arbeitgeber wählen, in denen flexible Arbeitszeiten möglich sind. Diese Merkmale treffen aber nicht auf den Einzelfall zu, sondern statistisch betrachtet nur auf die Gruppe der Frauen. Diese statistische Zuordnung birgt nun das Risiko in sich, dass im konkreten Einzelfall Arbeitgeber Bewerberinnen beim Anstellungsentscheid bzw. Mitarbeiterinnen bei Beförde-

85

²⁰¹ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 17.

²⁰² Zum Ganzen: BERTSCHY et al., S. 282 mit weiteren Hinweisen.

²⁰³ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 17.

²⁰⁴ Ob dies zu ist, kann im Rahmen der vorliegenden juristischen Untersuchung nicht beurteilt werden.

²⁰⁵ Siehe oben, Rz. 16.

²⁰⁶ B,S,S./Universität Bern, S. 21.

rungsentscheiden aufgrund zugeschriebener Erwartungen anders beurteilen als Männer²⁰⁷. In einem solchen Fall würde eine statistische Diskriminierung vorliegen.

86 Möglicherweise ist auch bereits die Annahme, dass Frauen weniger karriereorientiert sind und somit auch niedrigere Lohnerwartungen haben, falsch. Gemäss einer vom Beratungsunternehmen „Bain & Company“ durchgeführten Umfrage bei 1000 Männern und Frauen verschiedener Altersgruppen und Hierarchieebenen in den USA²⁰⁸ planen immerhin 43 Prozent der befragten Frauen bei ihrem Berufseinstieg den Aufstieg ins Topmanagement während dies bei den männlichen Kollegen nur 34 Prozent sind. Die Studie zeigt indes auch, dass nach fünf Jahren im Beruf nur noch 16 Prozent der weiblichen Angestellten Ambitionen haben, die oberste Managementstufe zu erklimmen. Der entsprechende Anteil für Männer bleibt aber stabil bei 34 Prozent. Es sind also, folgt man den Einschätzungen der Studie, gerade nicht Eheschliessung und Familie, die Frauen im Aufstiegswillen bremsen. Die entscheidenden Faktoren sind vielmehr das vorherrschende stereotype Bild des stets verfügbaren Angestellten, fehlende Unterstützung durch die direkten Vorgesetzten sowie kaum vorhandene weibliche Rollenvorbilder im Topmanagement²⁰⁹. Zu bemerken bleibt diesbezüglich, dass die zitierte Studie aufgrund methodischer Einschränkungen nur bedingt wissenschaftlichen Kriterien genügt und Alternativhypothesen ebenfalls möglich sind.

87 Ob und falls ja in welchem Ausmass Arbeitgeber tatsächlich aufgrund der dem Geschlecht *zugeschriebenen* Eigenschaften (Stereotypen) in Einzelfällen diskriminierende Entscheidungen fällen, kann aufgrund statistischer Analysen nicht beantwortet werden. Die Identifikation von Humankapitaleigenschaften als erklärbarer Teil der geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede birgt jedoch zumindest die Gefahr, dass dadurch stereotype Vorstellungen über Geschlechterrollen zementiert werden und so möglicherweise dazu beitragen, dass ein Arbeitgeber im Einzelfall eine diskriminierende Entscheidung fällt²¹⁰.

88 Aus den obenstehenden Ausführungen zur statistischen Diskriminierung lassen sich zwei Dinge ableiten. Erstens, Entscheide, die aufgrund statistischer Erfahrungswerten gefällt werden, *können* Stereotypen perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Gleiches gilt auch für Erklärungsfaktoren, wenn sie sich auf statistische Erfahrungswerte stützen. Zweitens zeigt ein rechtsvergleichender Blick in die Rechtsprechung des EuGH, dass Unterschiede, die zwar statistisch bzw. versicherungsmathematisch gerechtfertigt sind, aus rechtlicher Sicht durchaus unzulässig sein können. Damit stellt das Recht eine normative Einschränkung für statistische Rechtfertigungen dar, die zwar den realen Begebenheiten entsprechen können, die so aber nicht hingenommen werden (sollen).

²⁰⁷ WERDER/GALLUSER/LAMPART, S. 17.

²⁰⁸ Bain & Company.

²⁰⁹ Siehe auch den Beitrag von Nicole Rütli „Unerklärter Lohnunterschied – Warum Frauen weniger verdienen als Männer“ in der NZZ vom 21.08.2015.

²¹⁰ Ob die Aufteilung in „erklärbare“ und „nichtklärbare“ Faktoren für Lohnunterschiede einen solchen hypothetischen Stereotypisierungsprozess tatsächlich fördert, ist aber umstritten.

IV. Vertiefung: Statistik (und Analyse) als Grundlage für Massnahmen gegen Diskriminierung

Für eine wirksame Bekämpfung von Diskriminierung bilden sachgerechte Statistiken eine wichtige Grundlage²¹¹. Doch welche Daten sind zu erheben, was gilt es dabei zu beachten und wie sind die Daten auszuwerten? Die entsprechenden Debatten um „measuring discrimination“ und „equality data“ in Wissenschaft und Politik führen weit über die Lohnfrage hinaus. Es ist zu prüfen, ob und wenn ja welche Erkenntnis sich aus der Aufarbeitung dieses Diskurses für die Fragen der vorliegenden Untersuchung gewinnen lassen.

89

Unter dem Begriff „equality data“²¹² wird gefragt, welche Daten gesammelt werden resp. gesammelt werden dürfen, wie diese Daten erfasst werden, wie die entsprechenden Kategorie definiert werden und welche rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen. Im Vordergrund stehen Daten zu Ethnizität und Rasse – in diesem Sinne wird in Publikationen des Europarates auch von „ethnic data“ anstelle von „equality data“ gesprochen²¹³ – sowie in einem kleineren Umfang Daten zur Lage von Menschen mit Behinderung. Die Sammlung von Daten zum Geschlecht wird als unproblematisch bezeichnet²¹⁴.

90

Die grösste Herausforderung bei „equality data“ wird beim Bilden und Definieren von Kategorien gesehen²¹⁵. Insbesondere die Frage, welche „Rassen“ es gibt und wie diese zu umschreiben sind, zeigt die Problematik. Gerade bzgl. der Kategorisierung ethnischer Herkunft bestehen grosse Vorbehalte, weshalb viele dem Sammeln von Gleichstellungsdaten skeptisch gegenüber stehen²¹⁶. Insbesondere Nichtregierungsorganisationen machen auf die Gefahr von Missbrauch dieser Daten aufmerksam²¹⁷. Namentlich wird befürchtet, dass durch die Bildung von Kategorien Stereotype perpetuiert werden²¹⁸. Dies gelte es in jedem Fall zu vermeiden; im Zusammenhang mit Stereotypen und Geschlecht wird auch von „gender bias“ gesprochen²¹⁹.

91

Diese Debatte ist vordergründig für die vorliegende Studie von wenig Relevanz. Die Kategorie Geschlecht bildet gemäss den verschiedenen „Reports“ kein Problem²²⁰. Dies sei objektiv feststellbar – die Debatte um Intersexualität kann hier auch ausgeblendet werden. Jedoch liefern die Fragestellungen rund um das Definieren und Umschreiben von Kategorien mögliche Erkenntnisse. In der Studie

92

²¹¹ Siehe Rz. 46 ff.

²¹² ENAR, S. 5, 33; OSF, S. 4 f.

²¹³ OSF, S. 12.

²¹⁴ OSF, S. 11, 27; MEURS, S. 92.

²¹⁵ ENAR, S. 6.

²¹⁶ ENAR, S. 3; OSF, S. 11 f.; MEURS, S. 92.

²¹⁷ ENAR, S. 23.

²¹⁸ OSF, S. 7.

²¹⁹ UNECE/World Bank Institute, S. 4, 7; United Nations, Statistics on Violence against Women, Rz. 213, 334, 336; vgl. MEURS, S. 95.

²²⁰ OSF, S. 11, 27; MEURS, S. 92.

geht es zwar nicht um die Kategorien Mann und Frau, indes sehr wohl um die Umschreibung und Definition respektive Operationalisierung von Faktoren. Auch dabei gilt es, Stereotype zu vermeiden.

93 Dies zeigt auch ein Blick in die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die nahelegt, dass das Abstellen auf Stereotypen insbesondere bei der Rechtfertigung von Lohnunterschieden (auf der individuellen Ebene) zwischen den Geschlechtern untersagt ist²²¹. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Arbeit sind verschiedene Methoden zugelassen, vorausgesetzt, sie sind nicht diskriminierend und beruhen nicht auf geschlechterdiskriminierenden Faktoren²²². Das verbietet bspw. eine tiefere Bewertung von Care-Eigenschaften und Sozialkompetenz oder eine überproportionale Wertung von körperlichem Krafteinsatz²²³. Auch WALDMANN betont, dass „solche Gründe nicht als Vehikel verwendet werden [dürfen], um geschlechtsspezifische Regelungen mit althergebrachten Rollenvorstellungen zu begründen“²²⁴. So ist z.B. auch Teilzeit kein Rechtfertigungsgrund für einen im Verhältnis zu Vollzeit tieferen Lohn²²⁵.

94 Der EGMR erachtet geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen ebenfalls als unzulässig, wenn sie mit Bezugnahme auf Traditionen oder allgemeinen gesellschaftlichen Vorstellungen gerechtfertigt werden²²⁶. Im Urteil „di Trizio gegen die Schweiz“ hatte der Gerichtshof zu beurteilen, ob die Berechnung des Invaliditätsgrades mit der sogenannten gemischten Methode diskriminierend sei. Im vorliegenden Fall wurde für die Berechnung des Invaliditätsgrades der Beschwerdeführerin zuerst ein Vergleich zwischen Validen- und Invalideneinkommen verwendet, nach der Geburt ihrer Zwillinge wurde jedoch auf die gemischte Methode abgestellt. Dies führte dazu, dass die Beschwerdeführerin nach der Geburt ihrer Zwillinge keine IV-Rente mehr erhielt. Die Beschwerdeführerin machte u.a. geltend, dass sie aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert wurde, da die Geburt eines Kindes zur Anwendung der gemischten Methode führe. Die Anwendung der gemischten Methode sei indirekt diskriminierend, weil sie hauptsächlich Frauen betreffe. Das Bundesgericht entgegnete, dass es den gesellschaftlichen Verhältnissen entspreche, Frauen wären nach der Geburt eines Kindes überwiegend teilzeiterwerbstätig. Bereits im EGMR-Entscheid „Schuler-Zraggen“ hat der Gerichtshof indes festgehalten, dass es nicht zulässig sei, eine Mutter nach der Geburt ihres Kindes unter Berufung auf die allgemeine Lebenserfahrung als Nichterwerbstätige zu qualifizieren²²⁷. Im vorliegenden Fall hatte sich die IV-Stelle zwar auf Aussagen der Beschwerdeführerin gestützt, wonach diese nach der Geburt ihrer Kinder ohne Gesundheitsbeschwerden tatsächlich zu 50 Prozent Teilzeit gearbeitet hätte. Der Gerichtshof erachtete die Anwendung der gemischten Methode indes als indirekte Diskriminierung, weil sie

²²¹ Siehe auch Rz. 54.

²²² SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 126; Komm. CEDAW-LEMPEN/BINDER, Art. 11 Umsetzung Schweiz, Rz. 43.

²²³ BGE 124 II 409, E. 9d; 131 II 394, E. 6.

²²⁴ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 100 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 116 V 198, E. II. 2a cc); 140 I 305, E. 4.

²²⁵ BGE 124 II 436, E. 8d aa); 125 II 530, E. 4; BGer 2A.253/2001 vom 08.10.2002, E. 4.8; siehe Rz. 153 ff.

²²⁶ EGMR, Urteil vom 02.02.2016, No. 7186/09, di Trizio c. la Suisse, Ziff. 82; zum Ganzen: PÄRLI, Invaliditätsbemessung.

²²⁷ EGMR, Urteil vom 24.06.1993, No. 14518/89, Schuler-Zraggen.

überdurchschnittlich Frauen trafe, und verurteilte die Schweiz²²⁸. Mit diesem Entscheid hat der EGMR auch die Rechtsprechung aus dem Jahr 2006, wonach der Nachweis einer indirekten Diskriminierung mittels offizieller Statistik zulässig ist, gefestigt²²⁹.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Sowohl bei der Erhebung als auch bei der Analyse von Gleichstellungsdaten muss vermieden werden, dass es zu einem „bias“ kommt. Das bedeutet insbesondere, dass die Definition der zu erfassenden Kategorien selbst nicht auf Stereotypen beruhen darf.

95

V. Vorläufige Zwischenergebnisse

Bevor im nächsten Kapitel die Erkenntnisse der Studie FELFE/TRAGESER/ITEN in rechtlicher Hinsicht gewürdigt werden, stellen wir hier unsere vorläufigen Erkenntnisse zusammenfassend dar.

96

Nach der bisherigen Analyse stellt der unerklärbare Anteil der Lohndifferenz, wie sie in der nationalen Lohnstatistik zum Ausdruck kommt, eine begründete Vermutung einer Lohndiskriminierung dar. Der Anteil nicht erklärter Lohndifferenzen wird tendenziell (nicht jedoch zwangsläufig) kleiner, je mehr Variablen in die Analyse einbezogen werden. Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht ist die genaue Prozentziffer der (vermutlichen) Lohndiskriminierung in den Betrieben nicht vorrangig bedeutend²³⁰. Dass Lohndiskriminierung in den Betrieben tatsächlich vorkommt, zeigt bereits die Ergebnisse der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes²³¹ und die Resultate der Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR)²³². Allein aus einem ggf. noch präziseren Anteil der nicht erklärbaren Lohnunterschiede lassen sich weder die Ursachen der Lohnungleichheit noch zielführende Massnahmen zur Überwindung von Lohndifferenzen im einzelnen Betrieb und im konkreten Fall ableiten. Notwendig dafür sind vielmehr qualitative Analysen zur Effektivität der Rechtsbehelfe des Gleichstellungsgesetzes. Im Bericht des Bundesrates zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung wird denn auch erwähnt, eine vertiefte Analyse der Diskriminierungsfälle nach GIG sei notwendig. Das EBG hat eine entsprechende Studie in Auftrag gegeben, die die Praxis der kantonalen Gerichte und Schlichtungsbehörden zwischen 2004 und 2015 zum Gleichstellungsgesetz analysiert²³³.

97

²²⁸ Der Bundesrat hat entschieden, den Fall an die grosse Kammer des Gerichtshofes weiterzuziehen. Der Rekurs wurde im Juli 2016 abgewiesen, womit das Urteil rechtskräftig ist. Das Bundesgericht hat das Revisionsgesuch der Klägerin im Dezember 2016 gutgeheissen, BGer 9F_8/2016 vom 20.12.2016.

²²⁹ EGMR, Urteil vom 20.06.2006, No. 17209/02, Zarb Adami c. Malte, Ziff. 76.

²³⁰ Zu beachten ist, dass die nationale Statistik ohnehin eine übergeordnete Perspektive einnimmt und vom einzelnen Betrieb abstrahiert.

²³¹ STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL; Bericht Wirksamkeit GIG, S. 3170 ff.

²³² SKMR, S. 14.

²³³ Siehe LEMPEN/VOLODER.

98 Die Darlegung der rechtlichen Grundlagen der LSE²³⁴ und des umfassenden Gleichstellungsauftrages an die staatlichen Behörden²³⁵ zeigten, dass der Streit um das Ausmass der erklärbaren und nicht erklärbaren Teile der geschlechtsbedingten Lohndifferenz nicht der (allein) entscheidende Punkt ist²³⁶. Auch bereits nach dem jetzigen Analysemodell sind bestimmte Aspekte, die den Lohnunterschied *erklären*, Ausdruck einer möglichen Diskriminierung zwischen den Geschlechtern.

99 Aus rechtlicher Sicht besteht nicht nur eine Verpflichtung zum Rechtsschutz gegen Lohndiskriminierung im konkreten Einzelfall. Das Ziel der Lohngleichheit erfordert auch Massnahmen *gegen strukturelle Ungleichheiten* sowie den Abbau stereotyper Vorstellungen über Frauen und Männer. Die Bezeichnung von (bestimmten) Faktoren als erklärbare Ursache von Lohnungleichheit kann dazu beitragen, solche Stereotypen aufrecht zu erhalten oder zu verstärken oder statistische Diskriminierung hervorzurufen. Dies zu verhindern erfordert eine Richtigstellung dahingehend, dass aus *erklärbaren* Teilen der Lohnungleichheit gerade *nicht geschlossen werden darf*, dass diese *Lohnungleichheiten hinzunehmen* sind. Auch die Lohngleichheit erklärende Faktoren können diskriminierend sein.

100 Aus den rechtlichen Anforderungen an eine statistische Erfassung und Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern ergibt sich die Pflicht, durch nicht diskriminierende statistische Erhebungen die Grundlagen für Politikmassnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung und Lohngleichheit zu schaffen. Notwendig ist dafür ein möglichst präzises Bild der Wirklichkeit. Wenn demnach die wissenschaftlichen Erkenntnisse dafür sprechen, durch präzisere Variablen die Lohnunterschiede besser erklären zu können, so muss dies getan werden.

101 Die Umsetzung dieses Anspruchs erweist sich indes als komplexe Aufgabe. Wird eine zusätzliche erklärende Variable in das statistische Lohnmodell aufgenommen, so kann dies grundsätzlich zu keiner Veränderung, zu einer Verkleinerung oder zu einer Vergrösserung des unerklärten Anteils der Brutto-Lohndifferenz führen. Ob und wie sich eine zusätzliche Variable auf den unerklärten Anteil auswirkt, hängt von der durchschnittlichen Ausstattung der Frauen einerseits und der Männer andererseits bezüglich der neuen Variable bzw. des neuen Merkmals ab. Damit sich eine neue Variable überhaupt auf den unerklärten Anteil auswirken kann, muss diese einerseits lohnrelevant sein und andererseits muss ein systematischer, geschlechtsspezifischer Unterschied zwischen der Gruppe der Frauen auf der einen und der Gruppe der Männer auf der anderen Seite bezüglich der neuen Variable vorliegen.

102 Aus diskriminierungsrechtlicher Sicht lassen sich auch Argumente *gegen* eine Änderung der bisherigen Statistik bzw. des bisherigen Analysemodells ableiten. Zwar birgt das bisherige Modell Diskriminierungsrisiken (auf die im nachfolgenden Teil noch vertieft einzugehen ist). Zur adäquaten Bekämpfung der Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern sind indes auch über einen längeren Zeitraum vergleichbare statistische Werte erforderlich. Nur so lassen sich positive Veränderungen, Stagnation oder Rückschritte in der Entgeltgleichheit erkennen. Dies kann indes auch durch eine Retropolation früherer Daten erreicht werden. Wichtig ist, dass ein allfälliges Diskriminierungspotenzial der

²³⁴ Siehe Rz. 46 ff.

²³⁵ Siehe Rz. 29 ff.

²³⁶ Siehe auch Rz. 18 f., Rz. 87.

im Analysemodell verwendeten Variablen erkannt wird. Wird die Variable aus Kontinuitätsgründen und angesichts möglicher weiterer Nachteile bei einem Verzicht weiterhin verwendet, so kann und soll das Diskriminierungspotenzial bei der Interpretation der Ergebnisse berücksichtigt werden.

VI. Juristische Würdigung der Erklärungsfaktoren des Analysemodells der nationalen Statistik

A. Vorüberlegungen und methodisches Vorgehen

1. Vorüberlegungen

In der vorliegenden Studie wurde bereits mehrfach auf die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Lohndiskriminierung auf individueller Ebene, auf Stufe eines Betriebes und hinsichtlich der nationalen Statistik bzw. des nationalen Analysemodells hingewiesen²³⁷. Zu Lohndiskriminierung auf *individueller Ebene* sind die wichtigsten Eckpunkte des Lohngleichheitsanspruchs in Erinnerung zu rufen. 103

Ein Lohngleichheitsanspruch kann geltend gemacht werden, wenn eine Person des einen Geschlechts für *eine gleiche oder gleichwertige* Arbeit weniger Lohn erhält als eine Person des anderen Geschlechts²³⁸. Das Lohnungleichheitsverbot nach Art. 3 GIG ist geschlechtsneutral formuliert. Die Lohnungleichheit manifestiert sich in der Praxis jedoch meistens so, dass Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit schlechter bezahlt werden als Männer²³⁹. Die lohnmassige Diskriminierung kann auch als Ergebnis einer generellen Einstufung bestimmter Funktionen resultieren. Das ist dann der Fall, wenn typische Frauenberufe trotz vergleichbarer Anforderungen schlechter bezahlt sind als typische Männerberufe²⁴⁰. Ob eine Arbeit *gleichwertig* ist, bedarf der Bewertung. Gängige Kriterien dafür sind die beruflichen Anforderungen, die Verantwortung und die Leistung. Finden sich hier Unterschiede, ist die Tätigkeit nicht gleichwertig und es liegt kein Verstoss gegen das Gebot der Lohngleichheit vor. Zur Feststellung der Gleichwertigkeit einer Tätigkeit werden in der Praxis arbeitswissenschaftliche Expertisen eingesetzt. Vom Bundesgericht anerkannt sind einerseits die arbeitswissenschaftliche analytische Arbeitsbewertung und andererseits die statistische Lohnanalyse (Regressionsanalyse)²⁴¹. Verboten ist nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung. Eine solche indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denje- 104

²³⁷ Siehe Rz. 3, 19 und 34.

²³⁸ BGE 142 II 49, E. 6 FREIVOGEL, Komm. Art. 3 GIG, Rz. 99.

²³⁹ Bei Lohngleichheitsklagen geht es praktisch ausschliesslich um Forderungen von Frauen auf Beseitigung der geschlechtsdiskriminierenden Lohndifferenz.

²⁴⁰ Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei Primarlehrkräften um einen typischen Frauenberuf, siehe BGE 141 II 411, E. 6.2 mit Verweisen auf BGE 124 II 529 E. 5e; 125 II 385 E. 3b; 125 II 530 E. 2b, BGer 2A.205/2004 vom 08.04.2005 E. 4.2 und 1A.34/1999 vom 05.10.1999.

²⁴¹ BGE 130 III 145, E. 3.2, siehe auch FREIVOGEL, Komm. Art. 3 GIG, Rz. 119. Kritisch zur Berücksichtigung der Regressionsanalyse durch das Bundesgericht ist MADUZ, ARV 2014, S. 178.

nigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre²⁴². Sowohl bei gleicher als auch bei gleichwertiger Arbeit werden in der Gerichtspraxis Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern zugelassen. Alter, Dienstalter, Ausbildung oder Ähnliches können einen Lohnunterschied rechtfertigen²⁴³. Unzulässig ist eine Lohnungleichheit unter Berufung auf einen der genannten Gründe dann, wenn das Merkmal, zum Beispiel das Alter, nur beim einen Geschlecht berücksichtigt wird²⁴⁴. Ein Lohnunterschied kann – zumindest vorübergehend und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit – auch mit dem Argument des Arbeitsmarktes gerechtfertigt werden²⁴⁵. Zu Recht wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass die in der bundesgerichtlichen Praxis anerkannten Kriterien einer zulässigen Lohnungleichbehandlung nicht von vorneherein als „objektiv“ deklariert werden dürfen, denn sie sind lediglich formal geschlechtsneutral²⁴⁶. Richtig wäre deshalb, auch im individuellen Lohnstreit einen Rechtfertigungsgrund immer kritisch auf seinen Stereotypisierungsgehalt zu hinterfragen.

105

Die Faktoren, welche im individuellen Lohnstreit im konkreten Einzelfall nach der Gerichtspraxis eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu rechtfertigen vermögen, dürfen nicht unbesehen in das Analysemodell der nationalen Statistik übernommen werden, um damit Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern als *erklärbar* darzustellen und als *nicht diskriminierend* zu interpretieren. Der in den vorangehenden Teilen der Studie dargelegte, umfassende Auftrag zum Abbau von Geschlechterstereotypen²⁴⁷, erfordert vielmehr eine differenziertere Analyse. Das Abstellen auf Stereotypen zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden zwischen den Geschlechtern ist auf individueller Ebene untersagt. Zwar geht es auf der nationalen Ebene nicht um die Rechtfertigung von Lohnunterschieden, sondern um deren Erklärung. Wenn jedoch ein erklärender Faktor diskriminierend ist bzw. ausreichendes diskriminierendes Potenzial hat, muss auch dieser erklärte Teil der Lohnungleichheit als möglicherweise diskriminierend bezeichnet werden. Dabei sei nochmals auf die Rechtsprechung des EuGH²⁴⁸ wie auch des EGMR²⁴⁹ verwiesen: Aspekte, die zwar statistisch, ökonomisch oder versicherungsmathematisch belegt sind oder die den gesellschaftlichen Realitäten entsprechen, und somit eine Ungleichbehandlung erklären können, stellen u.U. aus rechtlicher Sicht dennoch eine Diskriminierung dar. Diese Überlegungen müssen in die nachfolgende Würdigung der einzelnen Variablen des Analysemodells einbezogen werden.

2. Methodisches Vorgehen

106

Die juristische Analyse der einzelnen Variablen des bestehenden Analysemodells beginnt vorab mit einer zusammenfassenden Darstellung und kritischen Würdigung der Studie von FELFE/TRAGESER/ITEN. Anschliessend werden die einzelnen Variablen („Soziodemographische Faktoren“, „Humankapital vor

²⁴² BGE 141 II 411, E. 6.1.2.

²⁴³ BGE 124 II 409, E. 9c.

²⁴⁴ GEISER, S. 168.

²⁴⁵ BGE 125 III 368. Zum Ganzen weiterführend: GEISER, S. 169.

²⁴⁶ FREIVOGEL, Komm. Art. 3 GIG, Rz. 130.

²⁴⁷ Siehe Rz. 38 ff., insbesondere 40 und 44 f.

²⁴⁸ Siehe oben, Rz. 79.

²⁴⁹ Siehe oben, Rz. 94.

und nach dem Eintritt in das Erwerbsleben“ und „Arbeitsplatzspezifische Bedingungen“) juristisch bewertet. Zuerst werden der Faktor und dessen Erklärungspotenzial kurz umrissen. Dann werden die Überlegungen von FELFE/TRAGESER/ITEN zum Diskriminierungspotenzial der einzelnen Faktoren genannt. Anschliessend folgt der eigentliche juristische Teil der Analyse. Diese erfordert, vorerst in allgemeiner Weise die diskriminierungsrechtliche Dimension eines Faktors zu erläutern und dabei auch das Zusammenwirken von Diskriminierungsmerkmalen wie „Alter“ und „Geschlecht“ oder „Zivilstand“ und „Geschlecht“ zu thematisieren. Zur Sprache kommt je nach Variable auch, ob der Faktor vor oder nach dem Eintritt in das Erwerbsleben relevant ist bzw. ob er eine Beschäftigungsdiskriminierung und/oder eine Lohndiskriminierung bewirken kann²⁵⁰.

Um das Diskriminierungspotenzial eines Faktors zu bewerten, wird konkret folgendermassen vorgegangen:

107

- 1 *Explizite Rechtsnorm*: Die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen werden dahingehend analysiert, ob die Anknüpfung für eine Lohndifferenz an ein bestimmtes Merkmal in einem individuellen Lohnstreit eine direkte oder indirekte Diskriminierung darstellt.
- 2 *Explizite Rechtsprechung*: Die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts aber auch unterer Instanzen wird auf die Frage untersucht, ob und inwieweit die im Analysemodell verwendeten Faktoren in einem individuellen Lohnstreit als direkt oder indirekt diskriminierend qualifiziert wurden bzw. ob ein Faktor als Rechtfertigungsgrund einer Lohnungleichheit aufgrund des Geschlechts zugelassen wurden.
- 3 *Programmatischer Gleichstellungsauftrag*²⁵¹: Weiter wird gefragt, welche Auswirkungen sich aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts für die Würdigung der einzelnen Variablen ergeben.

Anzumerken ist, dass es aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht möglich ist, das Diskriminierungspotenzial eines Faktors zu *quantifizieren*. Die Aussagen über das Diskriminierungspotenzial eines Faktors und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die (weitere) Verwendung oder Nichtverwendung im Analysemodell der nationalen Statistik stellen eine Wertungsentscheidung auf der Grundlage des normativen Rahmens²⁵² dar.

108

²⁵⁰ Eine Beschäftigungsdiskriminierung besteht z.B. in einer Nichteinstellung, einer Nichtbeförderung oder einer Kündigung aus geschlechtsdiskriminierenden Gründen. Bei der Lohndiskriminierung besteht eine mit dem Geschlecht begründete Lohndifferenz für gleiche oder gleichwertige Arbeit, ohne dass dafür anerkannte Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Übergänge zwischen den Diskriminierungsformen sind zum Teil fließend.

²⁵¹ Zum programmatischen Gehalt der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzbestimmungen siehe Rz. 39 bis 41.

²⁵² Siehe dazu ganz generell die Teile II bis V und spezifisch Kapitel II. B. 2. Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden, Rz. 38 ff. und Kapitel II. B. 3. Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohnungleichheit, Rz. 46 ff.

B. Kritische Würdigung der Erkenntnisse aus der FELFE/TRAGESER/ITEN-Studie

Die StudienautorInnen unterscheiden verschiedene Arten von Diskriminierung:

109

Abbildung 3: Diskriminierungspotenzial nach FELFE/TRAGESER/ITEN

Art der Diskriminierung		Definition/gesetzlicher Rahmen	Prüfpunkte und Hinweis auf Diskriminierungspotenzial
Pre labor market discrimination		<ul style="list-style-type: none"> Diskriminierung, die vor Eintritt in das Erwerbsleben geschieht. Kein gesetzlicher Rahmen anwendbar. 	a) Ist das lohnrelevante Merkmal für Frauen und Männer bei den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen gleich zugänglich? (nein)
Labor market discrimination	Direkte oder indirekte Lohndiskriminierung	<ul style="list-style-type: none"> Verletzung der Gleichstellung im Sinne der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3 BV) und des Gleichstellungsgesetzes (Art. 3 Abs. 2 GIG): gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit. Verletzung des Lohnleichheitsgebots des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Art. 8 Abs. 1 lit. c BÖB) 	b) Handelt es sich um ein Merkmal, das sich auf das Arbeitsergebnis/den Wert der Arbeit niederschlägt/spielt es für die Ausübung der Tätigkeit eine Rolle (nein) c) Ist sichergestellt, dass das lohnrelevante Merkmal durch den Arbeitgeber unabhängig vom Geschlecht gleich/objektiv bewertet wird? (nein)
	Beschäftigungsdiskriminierung	<ul style="list-style-type: none"> Verletzung der Gleichstellung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes (Art. 3 Abs. 2 GIG), ergibt sich, wenn Frauen und Männer mit gleichwertigen Voraussetzungen bei Aspekten wie der Anstellung, Weiterbildungsmöglichkeiten, Beförderungen etc. ungleich behandelt werden²⁵³. 	d) Ist sichergestellt, dass das lohnrelevante Merkmal für Frauen und Männer im Unternehmen gleich zugänglich ist? (nein)

²⁵³

FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 24.

Die StudienautorInnen erwähnen, dass für die „pre labor market discrimination“ kein gesetzlicher Rahmen anwendbar ist. Dem ist zu widersprechen. Wie in der hier vorliegenden Studie aufgezeigt wird, gilt der Gleichstellungsanspruch umfassend und verpflichtet die staatlichen Behörden mit geeigneten Massnahmen gerade auch für die Eliminierung der „pre labor market discrimination“ zu sorgen²⁵⁴.

110

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, der auch als Egalisierungsgebot bezeichnet wird, fordert den Gesetzgeber dazu auf, für die „rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit“ zu sorgen²⁵⁵. Das Bundesgericht betont, dass darin ein „Sozialgestaltungsauftrag [liegt], der dahin geht, auf den Abbau bestehender Stereotypisierung und diskriminierender Strukturen hinzuwirken²⁵⁶[.]“ Bei der Umsetzung kommt dem Gemeinwesen zwar ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zu, bei Untätigkeit des Gesetzgebers ist indes eine Rechtsverweigerungsbeschwerde zulässig²⁵⁷.

In Art. 5 CEDAW wird die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Bekämpfung von Stereotypen noch deutlicher, indem diese explizit genannt wird²⁵⁸. Die vom Bundesgericht als Sozialgestaltungsauftrag bezeichnete Verpflichtung zur rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung, gilt nicht nur für die genannten Bereiche (Familie, Ausbildung sowie Arbeit) und obschon mit dem GIG ein Gesetz geschaffen worden ist für die Bekämpfung von Ungleichheiten im Erwerbsleben, gilt das Diskriminierungsverbot für sämtliche Lebensbereiche und somit auch für Ungleichbehandlungen vor dem Markt²⁵⁹. Dass es ein Anliegen ist, namentlich solche Ungleichbehandlungen zu überwinden, zeigen auch Gesetzesrevisionen, bspw. jene des Sorgerechts²⁶⁰. Dazu kommt, dass Ungleichheiten „vor dem Markt“ und solche „auf dem Markt“ ohnehin stark miteinander verknüpft sind. Insbesondere trägt ein Abbau der Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern im Markt dazu bei, dass die Rollenaufteilung innerhalb einer Familie gleichgestellt(er) vorgenommen werden kann²⁶¹.

Das Diskriminierungspotenzial der einzelnen Faktoren des bestehenden Modells wird in der Studie wie folgt eingeschätzt:

111

²⁵⁴ Siehe Rz. 25 ff., insbesondere Rz. 40 und 44 f.

²⁵⁵ RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Rz. 1946.

²⁵⁶ BGE 137 I 305, E. 3.1; zustimmend SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3, Rz. 112 sowie

²⁵⁷ BGE 137 I 305, E. 3.1; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, Rz. 1947.

²⁵⁸ Siehe Rz. 44; vgl. zum Ganzen: CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 Allgemein, Rz. 15 ff.

²⁵⁹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 746 f. mit weiteren Hinweisen.

²⁶⁰ Der Bundesrat nennt in der entsprechenden Botschaft bereits in der Übersicht die Gleichstellung von Mann und Frau als Ziel, Botschaft Elterliche Sorge, S. 9078.

²⁶¹ STRUB/BANNWART, S. 8.

Abbildung 4: Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells

Erklärungsfaktoren	Erklärungspotenzial (Basis: wissenschaftliche Literatur)	Diskriminierungspotenzial (Basis: juristische Definition: in der Schweiz geltender gesetzlicher Rahmen)
Sozio-demographische Faktoren		
• Zivilstand	Eher hoch	Direkt
• Aufenthaltsstatus	Eher hoch	Direkt
• Region	Eher hoch	Nein
Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben		
• Höchste abgeschlossene Ausbildung	Hoch	Nein
Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben		
• Potenzielle Berufserfahrung	Eher hoch	Nein
• Dienstjahre	Hoch	Nein
Arbeitsplatzspezifische Bedingungen		
• Arbeitspensum	Hoch	Indirekt
• Branche	Hoch	Indirekt
• Berufliche Stellung	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
• Kompetenzniveau ²⁶²	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
• Ausgeübter Beruf ²⁶³	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
• Firmengrösse	Hoch	Nein
• Lohnart	Mässig	Indirekt
• Lohnvereinbarung	Mässig	Indirekt
• Lohnform	Mässig	Indirekt
• Zusätzliche Lohnbestandteile	Mässig	Direkt

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75

112 Die Überlegungen von FELFE/TRAGESER/ITEN fliessen in die nachfolgenden rechtlichen Analysen der Modellvariablen ein. Diese Einschätzungen bzgl. des Diskriminierungspotenzials dienen als Ausgangspunkt, werden aber ergänzt. So ist bspw. dem ausgeübten Beruf nicht nur die Gefahr einer Beschäftigungsdiskriminierung inhärent, sondern auch jene einer Lohndiskriminierung im engeren Sinne, wenn bspw. ein gleichwertiger, überwiegend weiblich besetzter Tätigkeitsbereich gemäss analytischer Arbeitsbewertung im betrieblichen Lohnsystem tiefer eingestuft und entlohnt wird als ein ver-

²⁶² Vor der LSE 2012 „Anforderungsniveau“.

²⁶³ Vor der LSE 2012 „Tätigkeitsbereich“.

gleichbarer männlich besetzter Bereich. Des Weiteren ist hier anzumerken, dass die Grenzen zwischen Beschäftigungs- und Lohndiskriminierung fließend sind.

C. Überprüfung der Modellvariablen des bestehenden Modells

1. Sozio-demographische Faktoren

1.1 Alter

Das Alter alleine wird im Analysemodell der nationalen Statistik nicht beachtet. Als Ausgangspunkt der *potenziellen Erwerbserfahrung* fließt es indes in die Berechnungen ein. „Alter“ hat insbesondere einen Zusammenhang zur effektiven Berufserfahrung, deshalb wird es unter diesem Aspekt weiter hinten analysiert²⁶⁴.

113

1.2 Zivilstand

1.2.1 Erklärungspotenzial

Dem Faktor „Zivilstand“ wird auf mehreren Ebenen Erklärungspotenzial für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede zugeschrieben. Die Verwendung des Faktors „Zivilstand“ als unabhängige Variable im statistischen Modell ist grundsätzlich geeignet, einen nicht unerheblichen Teil des Bruttolohnunterschiedes zwischen Frauen und Männern zu erklären. Auffallend ist, dass zahlreiche Studien belegen, dass verheiratete Männer mehr verdienen als ledige Männer²⁶⁵. Möglicherweise erwarten Arbeitgeber von verheirateten Männern bessere Leistungen. Bei verheirateten Frauen verhält es sich anders; sie verdienen weniger als ledige Frauen²⁶⁶. Auch FELFE/TRAGESER/ITEN messen dem Zivilstand ein eher hohes Erklärungspotenzial bei²⁶⁷.

114

1.2.2 Diskriminierungspotenzial

FELFE/TRAGESER/ITEN sehen in der Verwendung des Zivilstands ein direktes Diskriminierungspotenzial²⁶⁸.

115

Aus *rechtswissenschaftlicher* Sicht ist dieser Einschätzung zuzustimmen. Art. 3 Abs. 1 GIG verbietet die Diskriminierung aufgrund des *Geschlechts*, namentlich unter *Berufung* auf den *Zivilstand* oder auf die *familiäre Situation*. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist allerdings in rechtlicher Hinsicht nicht ohne Weiteres klar. Interpretationsbedürftig ist insbesondere die Frage, ob auch eine Ungleichbehandlung unter Berufung auf den Zivilstand oder die familiäre Situation zwischen Angehörigen *des*

116

²⁶⁴ Siehe Rz. 206 ff.

²⁶⁵ Siehe dazu CORNAGLIA/FELDMAN sowie LEONARD/STANLEY.

²⁶⁶ STRUB/BANNWART, S. 43.

²⁶⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

²⁶⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

gleichen Geschlechts eine nach Art. 3 Abs.1 GIG verbotene Diskriminierung darstellt oder nicht²⁶⁹. So ist bspw. fraglich, ob der Minderverdienst einer verheirateten Frau mit Kindern im Vergleich zu einer ledigen Frau ohne Kinder bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit unter das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 1 GIG fällt, denn es liegt keine Diskriminierung wegen des Geschlechts, sondern wegen des Zivilstandes bzw. der familiären Situation vor. Wenn jedoch die Ungleichbehandlung auf geschlechtsspezifische Vorurteile, z.B. über die Leistungsbereitschaft von Frauen mit Familienpflichten um Unterschied zu Männern mit Familienpflichten zurückzuführen ist, stellt dies eine von Art. 3 Abs. 1 GIG erfasste verbotene Diskriminierung dar. Eine höchstgerichtliche Klärung der Bedeutung des Wortlautes von Art. 3 Abs. 1 GIG fehlt. In einem Fall, in dem einer Mutter von vorschulpflichtigen Kindern die Anstellung mit Verweis auf ihre familiäre Situation verweigert worden war, legt das Obergericht Solothurn den Begriff der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter Anknüpfung an die familiäre Situation in einem umfassenden Sinne aus:²⁷⁰: „Die Anknüpfung an die familiäre Situation ist ein typisches Beispiel für eine indirekte Diskriminierung. Stereotypen und generelle Annahmen über die Fähigkeiten eines Geschlechts oder hergebrachte Anschauungen über die Rollen der Geschlechter können eine ungleiche Behandlung nie rechtfertigen[.]“, weiter: „Die indirekte Diskriminierung ist vorliegend in der Ungleichbehandlung einer Personengruppe – Müttern von vorschulpflichtigen Kindern – zu erblicken, *welche eben nicht nur im Vergleich zu Männern, sondern auch zu Frauen (ohne vorschulpflichtige Kinder) gegeben ist[.]*“. In einem Fall aus dem Kanton Zürich ging es um die Nichtanstellung einer Journalistin, die im Vorstellungsgespräch angegeben hat, sie sei offen für Kinder. An ihrer Stelle wurde eine andere Frau angestellt. Die Schlichtungsstelle konnte einen Vergleich erzielen, ohne dass auf die entscheidende Frage, ob hier eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG vorliege, eingegangen werden musste²⁷¹. Das Verwaltungsgericht Luzern musste den Fall einer Mutter beurteilen, die eine Stelle in der Wäscherei eines Spitals wegen einer möglichen weiteren Schwangerschaft und den damit verbundenen Absenzen zu Gunsten einer älteren Frau nicht erhielt. Das Spital rechtfertigte seine Entscheidung mit dem hohen Leistungsdruck, was vom Gericht nicht als Rechtfertigungsgrund akzeptiert wurde. Auch wenn die Stelle an eine andere Frau vergeben wurde und nicht an einen Mann, ändert für das Verwaltungsgericht nichts daran, dass eine nach Art. 3 GIG verbotene direkte Diskriminierung vorlag²⁷².

117

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GIG ist unter Berücksichtigung des verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrages zur Beseitigung jeglicher geschlechtsspezifischen Benachteiligungen und Stereotypen in einem umfassenden Sinne so zu verstehen, dass eine Benachteiligung aufgrund des Zivilstandes oder der familiären Situation in aller Regel auch eine Benachteiligung aufgrund des Ge-

²⁶⁹ Siehe dazu AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale* S. 1062 ff, 1070.

²⁷⁰ Obergericht Solothurn, [SOG 1999 Nr. 1](#) vom 31.08.1999; siehe auch: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1333.html> (zuletzt besucht am 16.04.2017).

²⁷¹ Schlichtungsstelle Zürich, Geschäft Nr. 98/1 vom 06.04.1998, zitiert nach www.gleichstellungsgesetz.ch, abrufbar unter: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1024.html> (zuletzt besucht am 16.04.2017).

²⁷² Verwaltungsgericht Luzern, Nr. V 98 245 vom 13.03.2001, zitiert nach www.gleichstellungsgesetz.ch, abrufbar unter: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html> (zuletzt besucht am 28.04.2017).

schlechts darstellt. Zwar können sowohl Männer wie Frauen ledig, verheiratet, verwitwet, gerichtlich getrennt, geschieden sein oder in einer registrierten Partnerschaft leben. Auch die „familiäre Situation“ oder der „Familienstand“ ist per se nicht geschlechtsabhängig. Eine direkte Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes (oder Familienstandes) liegt also in rechtlicher Hinsicht dann vor, wenn eine Person wegen ihres zivilrechtlichen Status oder Familienstandes benachteiligt wird. Indirekt diskriminierend ist eine Ungleichbehandlung, die zwar formal an ein anderes Kriterium anknüpft, im Ergebnis aber eine vom Zivilstand oder von der familiären Situation abhängige Benachteiligung bewirkt.

Im bisherigen Analysemodell wird der Faktor „Zivilstand“ verwendet, um eine Lohndifferenz zu erklären. Wie verhält es sich dazu in rechtlicher Hinsicht, kann mit dem Zivilstand oder der familiären Situation eine *geschlechtsspezifische Lohnungleichheit* in einem Gerichtsverfahren *gerechtfertigt* werden? Das Bundesgericht hat in seiner früheren, viel kritisierten Rechtsprechung *familiäre Belastungen* als objektive Gründe anerkannt, welche eine unterschiedliche Entlohnung von Mann und Frau rechtfertigen könnten²⁷³. Da aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse heute noch immer vorwiegend Frauen durch Haushalt und Kinderbetreuung familiär belastet sind, trägt eine solche bundesgerichtliche Rechtfertigung von Lohnungleichheiten nicht dazu bei, den verfassungsmässigen Gleichstellungsauftrag umzusetzen. Auch in anderen Fällen zeigt das Bundesgericht wenig Bereitschaft, gesellschaftliche Realitäten unter Berufung auf die emanzipatorische Kraft des Gleichstellungsrechts zu verändern. So lehnt das Bundesgericht eine Lohnklage einer Frau ab, die zusammen mit Ihrem Ehemann ein Heim leitete und schlechter entlohnt wurde²⁷⁴. Die Verwaltung begründete den Lohnunterschied mit einem unterschiedlich ausgestalteten Pflichtenheft. Das Pflichtenheft des Mannes sah Verantwortung hinsichtlich Administration (Finanzen und Personal) und baulicher Infrastruktur vor, während der Heimleiter-Ehepartnerin die Verantwortung für Aufnahme, Einführung und Betreuung der PensionärInnen, die Organisation von Veranstaltungen sowie die Kontaktpflege zu Angehörigen und ÄrztInnen zugeteilt wurde. Die Lohndifferenz, so die Verwaltung, stütze sich auf einen objektiven Grund. Wie die Vorinstanz kommt auch das Bundesgericht zum Schluss, dass die Klägerin weniger Verantwortung getragen habe als ihr Ehemann. Nicht auseinandergesetzt hat sich das Bundesgericht mit der Frage, wieweit die unterschiedlichen Pflichtenhefte für den Heimleiter und die Heimleiter-Ehegattin (männliche Management-Skills versus weibliche Soft-Skills) an sich schon diskriminierend sind. Der Zivilstand „Verheiratet“ wirkt sich also hier am Beispiel des Heimleiterpaares auf die beiden Geschlechter unterschiedlich aus; dem Ehemann wird die Management-Rolle zugeschrieben, der Ehefrau die Betreuungs- Rolle.

118

Der Status „Verheiratet“ wird von Arbeitgebenden (wohl unbewusst) als Signal für die erwartete Produktivität einer Arbeitskraft interpretiert, wobei sich hier die oben²⁷⁵ geschilderten geschlechtsspezifische Unterschiede zeigen. Sowohl das Stereotyp „verheiratete Männer sind produktiv(er) als ledige Männer“ als auch dasjenige „verheiratete Frauen sind weniger produktiv als ledige Frauen“ gehört aus gleichstellungsrechtlicher Sicht überwunden, denn als Folge dieser Stereotypisierung

119

²⁷³ Siehe BGE 125 III 373, E. 5; 118 Ia 37 f., E. 2c; 113 Ia 116, E. 4a.

²⁷⁴ BGer 2A.87/1998 vom 03.09.1999.

²⁷⁵ Siehe oben, Rz. 114.

werden Männer wie Frauen durch Gruppenzuschreibung nicht aufgrund ihrer tatsächlichen Eigenschaften beurteilt und bewertet. Dieser Effekt zeigt sich besonders deutlich, wenn zum Status „Verheiratet“ die Mutterschaft hinzukommt. So stellt bspw. die Zürcher Lohnstudie fest, es deute Vieles daraufhin, dass ledige, Vollzeit erwerbstätige Frauen in lohnrelevanten Merkmalen Männern viel ähnlicher sind als verheiratete, Teilzeit erwerbstätige Mütter²⁷⁶. In diesem Zusammenhang wird auch von „motherhood penalty“ gesprochen²⁷⁷.

120 Auf individueller Ebene ist eine Benachteiligung aufgrund des Zivilstandes (und auch aufgrund der familiären Situation) diskriminierungsrechtlich bei richtiger Auslegung von Art. 3 Abs. 1 GlG als verbotene Diskriminierung wegen des Geschlechts zu qualifizieren. Nur so können auf Stereotypen basierende Vorurteile zu Geschlechtern und Geschlechterrollen abgebaut werden. Folglich ist aus diskriminierungsrechtlicher Sicht weder Zivilstand noch die familiäre Situation zur *Rechtfertigung* von Lohnunterschieden zu akzeptieren.

1.2.3 Ergebnis

121 Die Variable „Zivilstand“ sollte aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive nicht mehr im Analysemodell verwendet werden.

1.3 Aufenthaltsstatus

1.3.1 Erklärungspotenzial

122 Im Nationalitätenvergleich verdienen Schweizerinnen und Schweizer durchschnittlich am meisten. Zwischen Schweizer Frauen und Männern sind die Lohnunterschiede überdurchschnittlich hoch, aber auch zwischen Ausländerinnen und Ausländern des gleichen Aufenthaltsstatus (ausser „Andere“) lässt sich eine Lohndifferenz feststellen²⁷⁸. Ausländerinnen und Ausländer verdienen somit durchschnittlich weniger als Einheimische, wobei ausländische Frauen gegenüber ihren männlichen Pendanten zusätzlich benachteiligt sind. Diese Erkenntnisse aus der Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern auf der Grundlage der Daten aus der Lohnstrukturhebung 2012 decken sich mit denjenigen anderer Studien²⁷⁹. Ein Teil der Differenz zwischen Löhnen von SchweizerInnen und AusländerInnen lassen sich durch Unterschiede in der Branchenzugehörigkeit, der Qualifikation oder des Alters erklären²⁸⁰. Die unerklärte Lohndifferenz lässt sich einerseits wohl auf Faktoren zurückführen, die nicht erhoben werden wie z.B. fehlende Sprachkenntnisse oder eine mangelnde Qualität oder Übertragbarkeit von im Ausland erworbenen Fähigkeiten sowie Ausbildungsabschlüssen²⁸¹.

²⁷⁶ Statistisches Amt Kanton Zürich, Zürcher Lohnstudie 2016, S. 2 und 24.

²⁷⁷ GOULD/SCHIEDER/GEIER, S. 4, 14 mit vielen weiteren Hinweisen zum Thema.

²⁷⁸ STRUB/BANNWART, S. 27 f.

²⁷⁹ GOULD/SCHIEDER/GEIER, S. 12 f.

²⁸⁰ DAHINDEN et al., S. 41; vgl. SECO/SEM/BFS/BSV, S. 66 f.

²⁸¹ DAHINDEN et al., S. 41; WOLF/BEBLO/OHLERT, S. 70; vgl. SECO/SEM/BFS/BSV, S. 66 f.

Andererseits könnten auch diskriminierende Entscheidungen von Arbeitgebenden relevant sein²⁸². Während die Diskrepanz zwischen dem durchschnittlichen Lohn eines Schweizer Manns und jenem einer ausländischen Frau am grössten ist, kann zumindest ein Teil dieser Differenz durch den Aufenthaltsstatus erklärt werden. Wie dem Zivilstand messen FELFE/TRAGESER/ITEN dem Aufenthaltsstatus ein eher hohes Erklärungspotenzial bei²⁸³.

1.3.2 Diskriminierungspotenzial

FELFE/TRAGESER/ITEN erachten den Faktor Aufenthaltsstatus aus gleichstellungsrechtlicher Sicht in Bezug auf das Geschlecht als unproblematisch. Es bestehe indes ein Diskriminierungspotenzial bzgl. einzelner Nationalitäten²⁸⁴.

Welche Bedeutung hat der Faktor „Aufenthaltstatus“ in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht? Und welche Rolle spielt dabei das Geschlecht? Auffallend ist, dass im Katalog der Diskriminierungsmerkmale von Art. 8 Abs. 2 BV die Merkmale „Staatsangehörigkeit“ und „Aufenthaltstatus“ fehlen. Sowohl nach der Bundesverfassung als auch nach den völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen ist es dem Staat erlaubt, eigene und ausländische Staatsangehörige aus sachlichen und im öffentlichen Interesse liegenden Gründen unterschiedlich zu behandeln²⁸⁵. So ist es zulässig, dass die Ausländerbehörden die Erwerbstätigkeit einer ausländischen Person von einer Bewilligung abhängig machen. Anders verhält es sich mit EU-Staatsangehörigen; diese können sich ohne Bewilligung auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt für jede freie Stelle bewerben und habe einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung mit den inländisch Beschäftigten.

Der ausländerrechtliche Status ist also kein durch die Verfassung besonders geschütztes Diskriminierungsmerkmal. Dennoch kennt die Rechtsordnung Bestimmungen, die eine ungleiche Entlohnung aufgrund des ausländerrechtlichen Status verbieten. AusländerInnen, die nach Ausländergesetz (AuG) eine Bewilligung bedürfen, haben Anspruch auf den sogenannten Paritätslohn, was behördlich (zumindest bei den Anfangslöhnen) kontrolliert wird²⁸⁶. Arbeitskräfte aus EU- und EFTA-Staaten haben gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA²⁸⁷) Anspruch auf Lohngleichheit für gleiche und gleichwertige Arbeit. Die Durchsetzung dieses

²⁸² DAHINDEN et al., S. 41; Vgl. SECO/SEM/BFS/BSV, S. 66 f.; vgl. WOLF/BEBLO/OHLERT, S. 82.

²⁸³ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

²⁸⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75, Fn. 36.

²⁸⁵ BGE 136 I 297 E. 7.4; 136 II 241 E. 12; 129 I 392 E. 3.2.3; 125 IV 1 E. 5b; 125 II 633 E. 2c; 118 Ib 153. Unsachliche Ungleichbehandlungen dieser Personengruppen können jedoch weder mit der BV noch den völkerrechtlichen Menschenrechten in Einklang gebracht werden (BGE 129 I 392, E. 3.2.2).

²⁸⁶ Nach Art. 22 AuG können Ausländerinnen und Ausländer u.a. nur dann zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Was orts-, berufs- und branchenübliche Lohn- und Arbeitsbedingungen sind, wird in der Verordnung vom 24.10.2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) konkretisiert, siehe zum Ganzen: OTT, Art. 22 AuG, Rz. 5-11.

²⁸⁷ Der Anspruch ergibt sich aus Art. 2 in Verbindung mit Art. 7 lit. a FZA und Art. 9 Anhang I zum FZA, siehe zum Ganzen: WILDHABER, N 45.

Anspruchs erfolgt durch individuelle Lohnklage, es erfolgt keine behördliche Kontrolle von Amtes wegen. Schliesslich haben in die Schweiz entsandte ArbeitnehmerInnen gestützt auf das Entsendegesetz (EntsG) Anspruch auf Lohngleichheit mit den InländerInnen (die Kontrolle erfolgt hier durch die paritätischen oder tripartiten Kommissionen)²⁸⁸. In rechtlicher Hinsicht ist *also jede Lohnungleichheit unter Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus verboten*, wobei je nach anwendbarem Recht (AuG, FZA oder EntsG) unterschiedliche Massstäbe an die Rechtfertigung von Lohnunterschieden gelten. Im Bereich des Entsendelohnes herrscht „Null-Toleranz“, wohingegen bei ausländerrechtlichen Lohnunterschieden Kompensationen durch bessere (andere) Arbeitsbedingungen zulässig sind.

126 Lohneinbussen, die mittelbar oder unmittelbar mit dem Aufenthaltsstatus zusammenhängen, betreffen sowohl Ausländer als auch Ausländerinnen. Vor Lohndiskriminierung schützen die genannten Regeln *beide Geschlechter* gleichermassen²⁸⁹. Die Regeln des GlG greifen nur bei einer Ungleichbehandlung, die mit dem ausländerrechtlichen Status einer Person *und* ihrem Geschlecht zusammenhängen. Entsprechende Gerichtsfälle sind nicht bekannt. Das hat auch mit einer in der Schweiz noch weitgehend fehlenden Sensibilität für die rechtlichen Probleme der Mehrfachdiskriminierung zu tun²⁹⁰. Eine solche liegt bspw. vor, wenn eine ausländische Frau benachteiligt wird, weil sie Ausländerin *und* weil sie eine Frau ist.

1.3.3 Ergebnis

127 Die Variable „Aufenthaltsstatus“ kann aus geschlechterdiskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

1.4 Region

1.4.1 Erklärungspotenzial

128 Unter dem Punkt Region werden in der nationalen Statistik die Lohnunterschiede nach sieben Grossregionen ausgewiesen (Genferseeregion (GE, VS, VD), Espace Mittelland (BE, FR, JU, NE und SO), Nordwestschweiz (AG, BL und BS), Zürich (ZH), Ostschweiz (AR, AI, GL, GR, SG, SH und TG), Zentralschweiz (LU, NW, OW, SZ, UR und ZG), Tessin (TI)). Die geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede gemessen an der Differenz in den logarithmierten Durchschnittslöhnen variieren zwischen 12.5 Prozent in der Genferseeregion und 22.5 Prozent in der Region Zürich²⁹¹. Der Region Zürich folgt die

²⁸⁸ Das EntsG ist als Teil der sogenannten flankierenden Massnahmen zum FZA erlassen worden, es hält fest, dass den entsandten Arbeitnehmenden minimale Arbeits- und Lohnbedingungen garantiert sind (Art. 2 EntsG). Dazu gehören insbesondere auch die Bestimmungen in Gesetzen, Verordnungen und allgemeinverbindlich erklärten GAV im Bereich der „Nichtdiskriminierung, namentlich der Gleichstellung von Mann und Frau“ (Art. 2 Abs. 1 lit. f EntsG).

²⁸⁹ Im Rahmen von Entsendungen sind die Entsendebetriebe auch ausdrücklich zur Gewährung der Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern verpflichtet (siehe oben, Fn 288).

²⁹⁰ Siehe zum Ganzen: EKR, Mehrfachdiskriminierung.

²⁹¹ STRUB/BANNWART, S. 52, 123.

Ostschweiz (17.8 Prozent) sowie die Zentral- und Nordwestschweiz (beide 17.4 Prozent)²⁹². Dabei sind die unerklärten Lohnunterschiede in der Ostschweiz am grössten (10.1 Prozent), dies bei einem schweizerischen Durchschnitt von 7.4 Prozent²⁹³. Es folgen das Tessin (8.9 Prozent) und die Zentralschweiz (7.9 Prozent)²⁹⁴. FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen den Erklärungsgehalt der Region gleich ein wie jenen der anderen sozio-demographischen Faktoren (eher hoch)²⁹⁵. Die Region wird berücksichtigt, um eventueller Heterogenität über die Firmen hinweg in der geschlechterspezifischen Lohndifferenz gerecht zu werden²⁹⁶. Regional verschiedene Wirtschaftsstrukturen (Branchen- und Beschäftigungsstrukturen) sowie unterschiedliche Lohnniveaus können Lohndifferenzen zwischen Frauen und Männern erklären²⁹⁷.

1.4.2 Diskriminierungspotenzial

FELFE/TRAGESER/ITEN sehen bezüglich „Region“ kein Diskriminierungspotenzial²⁹⁸. Wie verhält es sich aus rechtlicher Sicht hinsichtlich einer Benachteiligung wegen regionalen Gegebenheiten?

129

Vorab ist festzustellen, dass eine unterschiedliche Entlohnung aufgrund regionaler Gegebenheiten rechtlich schwierig zu fassen ist. In einem individuellen Lohnstreit wäre eine unterschiedliche Bezahlung von Arbeitnehmenden in verschiedenen Regionen durch ein- und denselben Anstellungsträger nur dann ein Problem, wenn diese Begründung lediglich vorgeschoben wäre und tatsächlich eine Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegen würde.

130

Erfasst vom Diskriminierungsmerkmalskatalog von Art. 8 Abs. 2 BV ist indes die „Herkunft“. Der Begriff meint die nationale, regionale, kulturelle oder ethnisch geprägte *Herkunft*. Die Herkunft bildet Teil der Identität einer Person, die nicht oder nur schwierig veränderbar ist²⁹⁹. Eine benachteiligende Ungleichbehandlung aufgrund der regionalen Herkunft einer Person ohne ausreichende sachliche Gründe ist also verfassungsrechtlich verboten. Dieses Verbot wird indes im Arbeitsvertragsrecht nicht weiter konkretisiert. Es gibt auf Gesetzesstufe kein mit dem Gleichstellungsgesetz GIG vergleichbarer Erlass, der eine Ungleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen und beim Lohn aufgrund der regionalen Herkunft verbietet. Soweit also im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis eine Lohnungleichheit bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit aufgrund der regionalen Herkunft vorliegt, so ist in einem konkreten Fall vom *Vorrang der Vertragsfreiheit* vor dem Anspruch auf Gleichbehandlung auszugehen. Anders würde es sich nur verhalten, wenn die Region lediglich *ein vorgeschobenes Kriterium* für die Lohnungleichheit wäre und die *Lohnungleichheit letztlich auf einer Ungleichbehandlung*

131

²⁹² STRUB/BANNWART, S. 123.

²⁹³ STRUB/BANNWART, S. 52.

²⁹⁴ STRUB/BANNWART, S. 52.

²⁹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

²⁹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 77.

²⁹⁷ Vgl. STRUB/BANNWART, S. 38; BERTSCHY et al., S. 292.

²⁹⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

²⁹⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 64.

aufgrund des Geschlechts beruhen würde und so das GIG Anwendung fände. In der Gerichts- und Schlichtungspraxis zum Gleichstellungsgesetz sind solche Fälle nicht bekannt.

1.4.3 Ergebnis

132 Die Variable „Region“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

2. Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben: Höchste abgeschlossene Ausbildung

2.1 Erklärungspotenzial

133 Im bestehenden Modell wird die höchste abgeschlossene Ausbildung berücksichtigt. Die Ausbildung ist einer der wichtigsten Erklärungsfaktoren für die Lohnhöhe bzw. für Lohnunterschiede auch zwischen den Geschlechtern³⁰⁰. Dabei gilt sowohl bei Männern als auch bei Frauen die Aussage „je höher die Ausbildung, desto höher der Lohn“³⁰¹.

2.2. Diskriminierungspotenzial

134 Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN besteht diesbezüglich kein Diskriminierungspotenzial. Insbesondere die jüngere Generation hätte gleichen Zugang zur Bildung. Ausserdem handle es sich um ein objektives Merkmal, das z.B. durch Zeugnisse und Ähnliches belegt werden könne³⁰².

135 Das Bundesgericht anerkennt in individuellen Lohnungleichheitsstreitigkeiten die Ausbildung als zulässiges Kriterium zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden: „Nicht diskriminierend sind in der Regel Unterschiede, die auf objektiven Gründen wie Ausbildung, Alter, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich oder Leistung beruhen“³⁰³.“ Es finden sich indes in der Literatur Hinweise, wonach sich bereits beim Berufseinstieg tiefere Löhne für Frauen mit gleicher Ausbildung und Qualifikation feststellen lassen, dies auch in Berufen mit ausgewogenem Geschlechterverhältnis³⁰⁴. In diesem Zusammenhang wird auch von „Selbstselektion“ gesprochen: Frauen würden sich durch die Wahl familienfreundlicher Berufe mit tendenziell schlechteren Lohnaussichten schon zu Beginn ihres Erwerbslebens die Chance auf eine höhere Entlohnung vergeben³⁰⁵. Eine solche „Selbstselektion“ wird auch von extrinsischen Rollenvorstellungen und gesellschaftlichen Strukturen beeinflusst³⁰⁶. Ein Streichen des Faktors würde diesbezüglich keine Abhilfe schaffen. Aufgrund des programmatischen Charakters des Gleichstellungsrechts sind diese Überlegungen bei der Interpretation des erklärenden Faktors „Höchste abgeschlossene Ausbildung“ zu berücksichtigen.

³⁰⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 59 f. mit weiteren Hinweisen.

³⁰¹ STRUB/BANNWART, S. 24.

³⁰² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 60.

³⁰³ BGE 142 II 49, E. 6.3, 8.2 und 8.5; 124 II 409, E. 9c mit weiteren Hinweisen; siehe auch Rz. 33.

³⁰⁴ Siehe zum Ganzen: BERTSCHY et al.

³⁰⁵ Statistisches Amt Kanton Zürich, Zürcher Lohnstudie 2016, S. 3; vgl. BERTSCHY et al., S. 281 ff.

³⁰⁶ So z.B. GIANETTONI et al.; LEEMANN/KECK; MAIHOFFER et al.

2.3 Ergebnis

Der Faktor „Höchste abgeschlossene Ausbildung“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive weiterhin im Analysemodell weiterverwendet werden.

136

3. Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben

3.1 Potenzielle Erwerbserfahrung

3.1.1 Erklärungspotenzial

Erwerbserfahrung ist einer der wichtigsten Erklärungsfaktoren für den Lohn³⁰⁷. Das Alter spiegelt die allgemeine Lebenserfahrung und steht indirekt auch für die Summe der potenziell gesammelten Erfahrungen im Arbeitsmarkt³⁰⁸. Die potenzielle Erwerbserfahrung ergibt sich dabei aus dem Alter (in Jahren), von dem 15 Jahre (entsprechend der obligatorischen Schulzeit) subtrahiert werden³⁰⁹. Bei Männern gilt grundsätzlich: Je älter, desto höher der durchschnittliche Lohn. Bei Frauen lassen sich Differenzen zwischen drei Altersgruppen feststellen. Hier seien die Ergebnisse aus dem Schlussbericht zur Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2014 zitiert: „Die durchschnittliche Lohndifferenz zwischen den Geschlechtern ist bei den unter 30-Jährigen mit 5.1 Prozent zu Ungunsten der Frauen vergleichsweise gering und nimmt mit zunehmendem Alter kontinuierlich zu. Bei den über 50-Jährigen beträgt die Lohndifferenz -24.0 Prozent. Bei der Interpretation dieser Zahlen ist wiederum zu beachten, dass die zunehmenden Lohnunterschiede nicht allein altersbedingt sind, sondern durch den Einfluss weiterer Faktoren, welche nur teilweise oder indirekt mit dem Alter zusammenhängen, zu Stande kommen. So setzen zum Beispiel Führungspositionen (die überwiegend von Männern besetzt sind) meist eine gewisse Erfahrung voraus, die erst im mittleren oder höheren Alter erreicht wird. Andererseits zeigen sich hier auch die grösseren Bildungsunterschiede bei der älteren Generation (Kohorteneffekt). Unabhängig von anderen Faktoren zeigt sich in der multivariaten Betrachtung aber ein positiv konkaver Zusammenhang zwischen Alter und Lohn, sowohl bei Frauen wie Männern³¹⁰[.]“

137

3.1.2 Diskriminierungspotenzial

Gemäss den StudienautorInnen besteht bei der Berücksichtigung der *potenziellen* Erwerbserfahrung kein Diskriminierungspotenzial³¹¹. Insbesondere das Alter sei eindeutig objektiv und diskriminierungsfrei³¹². Dem kann aus rechtlicher Sicht nicht beigespflichtet werden. In einem individuellen Lohnstreit

138

³⁰⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 62.

³⁰⁸ STRUB/BANNWART, S. 21; STRUB et al., S. 21; STRUB/STOCKER, S. 51, Fn. 30.

³⁰⁹ Berücksichtigt wird dann die Differenz (Alter-15) und das Quadrat dieser Differenz (STRUB/BANNWART, S. 41, Fn. 29).

³¹⁰ STRUB/BANNWART, S. 22; Eine Vergrösserung der Lohndifferenz mit zunehmendem Alter zuungunsten von Frauen stellen auch GOULD/SCHIEDER/GEIER (S. 13 f.) fest.

³¹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

³¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 27, 59, 75.

kann eine Ungleichbehandlung, die mit dem Argument „Alter“ erklärt wird, eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. Auch kann „Alter“ zusammen mit dem Merkmal „Geschlecht“ eine Mehrfachdiskriminierung bewirken. Da sich das Alter bei der potenziellen Erwerbserfahrung (im Gegensatz zur effektiven Erwerbserfahrung) für beide Geschlechter gleich auswirkt, ist auf diese Aspekte beim „Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere“ als mögliche neue Variable einzugehen³¹³.

139 Im individuellen Verfahren wird potenzielle Erwerbserfahrung nicht beachtet, denn es besteht die Möglichkeit einer effektiven Berechnung. Die Beachtung der potenziellen Erwerbserfahrung ist geschlechtsneutral. Sie bewirkt grundsätzlich keine Stereotypisierung. Vielmehr stellt sich die Frage, ob Frauen im Durchschnitt nicht sogar bessergestellt werden, denn im Schnitt haben Frauen im gleichen Alter wie Männer eine geringere effektive Berufserfahrung³¹⁴.

3.1.3 Ergebnis

140 Die Variable „Potenzielle Erwerbserfahrung“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

3.2 Dienstjahre

3.2.1 Erklärungspotenzial

141 Als Dienstjahre (oder synonym: Dienstalter) sind die Anzahl Jahre zu verstehen, die eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer im selben Unternehmen beschäftigt ist. Aus verschiedenen Untersuchungen ist bekannt, dass es sich lohnmassig auszahlt, längere Zeit im selben Betrieb zu arbeiten³¹⁵. Als Ursache dafür werden verschiedene Aspekte aufgeführt. Nach der sogenannten Agententheorie möchten Unternehmen ihre Beschäftigten durch die lohnmassige Berücksichtigung der Diensttreue motivieren und weiter an sich binden³¹⁶. Andere Studien verweisen auf die mit dem Dienstalter steigende Produktivität³¹⁷. Auffallend und im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, dass der auf dem Dienstalter beruhende Lohnanstieg bei Frauen geringer ausfällt als bei Männern³¹⁸. Insgesamt hat der Faktor „Dienstalter“ ein erhebliches Erklärungspotenzial.

³¹³ Siehe Rz. 206 ff.

³¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64.

³¹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64 mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Studien.

³¹⁶ ZWICK, S. 853 ff.

³¹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64 mit Hinweisen.

³¹⁸ STRUB/BANNWART, S. 23; FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64 mit weiteren Hinweisen.

3.2.2 Diskriminierungspotenzial

Die Dienstjahre resp. das Dienstalder ist aus Sicht von FELFE/TRAGESER/ITEN unproblematisch, denn es werde unabhängig vom Arbeitspensum und frei von allfälligen Unterbrüchen gemessen³¹⁹. In rechtlicher Hinsicht erfordert die Würdigung des Faktors „Dienstjahre“ vorab ein paar Feststellungen sowohl in arbeits- als auch gleichstellungsrechtlicher Hinsicht. Die Perspektive der folgenden juristischen Ausführungen ist dabei vorerst diejenige des individuellen Arbeitsverhältnisses.

142

Das privatrechtliche Arbeitsverhältnis ist wie auch das öffentliche Dienstverhältnis von durch zwei gegenseitige Hauptleistungspflichten geprägt. Die Arbeitnehmenden schulden der Arbeitgeberin die Verrichtung der durch Vertrag oder durch Verwaltungsakt vereinbarten Arbeitsleistung und erhalten dafür den vereinbarten bzw. im Gesetz festgelegten Lohn. Die zweite Hauptleistungspflicht ist die sogenannte Treuepflicht, die auch Ausdruck der Eingliederung der Arbeitnehmenden in den Betrieb darstellt. Der Treuepflicht der Arbeitnehmenden steht die sogenannte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberseite gegenüber. Spezifischer Ausdruck dieser Fürsorgepflicht bilden verschiedene Regelungen (nicht nur betreffend Lohn) im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und im öffentlichen Dienstrecht, die an Dienstjahre anknüpfen. Grundidee all dieser Regelungen ist, dass sich die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin mit zunehmender Dienstreue der Arbeitnehmenden erhöht. Das zeigt sich namentlich beim Kündigungsschutz und bei der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Die Dauer des sogenannten zeitlichen Kündigungsschutzes *wächst mit zunehmender Dienstreue* (Art. 336c OR). Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind ebenfalls je nach geleisteter Dienstjahre unterschiedlich (Art. 335 OR). Auch die Dauer des Lohnfortzahlungsanspruchs nach Art. 324a OR knüpft nach dem Grundsatz „wer länger dient, soll länger Anspruch haben“ an das Dienstalder an.

143

Die Lohnsysteme im öffentlichen Dienst, Lohnbestimmungen in Gesamtarbeitsverträgen und häufig auch Lohnreglemente auf betrieblicher Ebene berücksichtigen ebenfalls die Anzahl Dienstjahre im Betrieb für die Lohnfestsetzung. Bei der Lohnverhandlung (im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis) bzw. der Lohnfestsetzung (im öffentlichen Dienstrecht) werden regelmässig auch die Dienstjahre vor Eintritt in das Unternehmen berücksichtigt.

144

Die genannten Regelungen sind *formal geschlechtsneutral* ausgestaltet; alles andere wäre eine nach Art. 3 GIG verbotene direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes aufgrund des Geschlechts und spezifischer noch auf der Basis von Art. 3 GIG hat das Bundesgericht die Verwendung von Dienstjahren zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden auch schon als eine indirekte Diskriminierung qualifiziert, wenn geschlechtsspezifische Besonderheiten wie Erwerbsunterbrüche wegen Schwangerschaft und Mutterschaft nicht berücksichtigt wurden³²⁰.

145

³¹⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64. Auf S. 78 wird allerdings angemerkt, dass das Dienstalder durchaus ein Ergebnis von „pre labor market discrimination“ sein könnte.

³²⁰ BGer 8C_376/2015 vom 24.03.2016, E. 6.1. Siehe dazu auch die Ausführungen zur potenziellen Berufserfahrung weiter oben, Rz. 204.

146 Die vorangehend beschriebenen von Dienstjahren abhängigen arbeitsrechtlichen Regelungen berücksichtigen geschlechtsspezifische Unterschiede in den Lebensrealitäten grundsätzlich nicht. Gänzlich „blind“ bezüglich dieser Fragestellungen ist jedoch das arbeitsrechtliche Regelwerk nicht. So sieht bspw. Art. 329b OR vor, dass der Ferienanspruch gekürzt wird, wenn während eines Dienstjahres längere Zeit nicht gearbeitet wird. Die Tatbestände „Schwangerschaft“ und die Zeitspanne des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs werden vom Gesetz jedoch privilegiert behandelt. In diesen beiden Fällen wird der Ferienanspruch nur gekürzt, wenn die Abwesenheit mehr als zwei Monate betragen hat (Art. 329b Abs. 3 OR). Aufschlussreich ist auch das Urteil des Bundesgerichts zur Regelung der Lohnfortzahlung beim Aufschub des Bezugs der Mutterschaftsentschädigung³²¹. Die einschlägige kantonale Regelung im Thurgau sah vor, dass die Arbeitnehmerin keinen Lohnanspruch hat, wenn sie den Bezug der Mutterschaftsentschädigung aufschiebt. Diese führte im Ergebnis zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung zwischen krankheits- und geburtsbedingter Arbeitsunfähigkeit³²².

147 Bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 stellte das Bundesgericht das indirekte Diskriminierungspotenzial des Dienstalters fest. Bei geschlechtsspezifischen Bewertungskriterien handle es sich um solche, „welche bei Angehörigen des einen Geschlechts aus biologischen Gründen im Durchschnitt weniger häufig erfüllt sind (beispielsweise Körpergrösse oder -kraft), oder Eigenschaften, welche auf in der gesellschaftlichen Realität vorhandene geschlechtsspezifische faktische Ungleichheiten zurückzuführen sind. So kann unter Umständen im formal geschlechtsneutralen Kriterium des Dienstalters eine indirekte Diskriminierung stecken, da Frauen im Durchschnitt eher ihre Arbeitskarriere zum Zwecke der Kinderbetreuung unterbrechen und daher weniger berufliche Erfahrung sammeln können³²³.“

148 Auch der EuGH musste sich wiederholt mit der Frage auseinandersetzen, ob Dienstjahre und Berufserfahrung eine Lohndifferenz rechtfertigen können. Nach einer früheren Entscheidung (Danfoss) sind die Berücksichtigung von Dienstalter und Berufserfahrung grundsätzlich zulässig „da mit der Berufserfahrung gewöhnlich eine bessere Arbeitsverrichtung einhergeht“³²⁴. In einem späteren Fall entschied der EuGH allerdings, dass wenn eine Arbeitnehmerin glaubhaft machen kann, dass durch höheres Dienstalter keine bessere Arbeitsleistung erfolgt, obliegt der Arbeitgeberin der Beweis für den Nachweis, dass die bessere Entlohnung durch das Dienstalter gerechtfertigt ist³²⁵.

³²¹ BGE 142 II 425.

³²² BGE 142 II 425, E. 5.4, siehe aber E. 7.2, eine Prüfung, ob eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts vorlag, war gar nicht mehr notwendig, da die Regelung auch aus anderen Gründen unzulässig war.

³²³ BGE 124 II 409, E. 9d mit weiteren Hinweisen.

³²⁴ EuGH, Rs. 109/88 vom 17.10.1989, Danfoss, Rn 24 und 25, bestätigt in EuGH, Rs. C-17/05 vom 03.10.2006, Cadman, Rn 34 und 35, EuGH, Rs. C-88/08, Hütter, Rn 47 und EuGH, verbundene Rs. C-279/10 und C-298/10 vom 08.11.2011, Rn 75.

³²⁵ EuGH, Rs. C-17/05 vom 03.10.2006, Cadman, Rn 38 ff.

Ein jüngeres Urteil des EuGH zur Frage der Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten für die Bestimmung der Anzahl Dienstjahre zeigt, dass auch Männer erfolgreich gegen nationale Regelungen vorgehen können, die gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts verstossen³²⁶. Die vom EuGH zu beurteilende französische Regelung im öffentlichen Dienstrecht sah einen vorzeitigen Ruhestand aufgrund von Kindererziehungszeiten sowie eine vergünstigte Berücksichtigung dieser Zeiten bei der Bestimmung des Dienstalters vor. In beiden Fällen musste die oder der Beamte ihre resp. seine Tätigkeit während eines zusammenhängenden Zeitraums von mindestens zwei Monaten im Rahmen einer der in den Rechtsvorschriften aufgezählten Art des mit der Erziehung von Kindern verbundenen Urlaubs unterbrochen haben. Der EuGH qualifizierte diese Vorschrift als „dem Anschein nach neutral“, sie führe aber zu einer mittelbaren Diskriminierung von männlichen Beamten wegen des Geschlechts, denn die Vorschriften beruhten auf einer Bedingung, die weibliche Beamte aufgrund des verpflichtend ausgestalteten Mutterschaftsurlaubs (mindestens 16 Wochen) stets erfüllen, männliche hingegen kaum³²⁷. Für diese *faktische* Schlechterstellung von männlichen Beamten konnte Frankreich keine Rechtfertigungsgründe geltend machen³²⁸.

149

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die Berücksichtigung des Dienstalters in einer individuellen Streitigkeit zur Lohngleichheit aufgrund des Verbots indirekter Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zwar nicht a priori unzulässig, aber erhöht rechtfertigungsbedürftig ist. Wenn in einem individuellen Arbeitsverhältnis ein Lohnunterschied zwischen den Geschlechtern mit dem Argument „höheres Dienstalter“ begründet wird, so kann dies einen auch durch die Rechtsprechung anerkannten Rechtfertigungsgrund darstellen. Es kann sich aber auch um eine verbotene indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handeln. Soweit ersichtlich fehlen Untersuchungen, in welchem Ausmass die beiden Konstellationen vorkommen. Die Verwendung der Variable „Dienstjahre“ im Analysemodell der nationalen Statistik *erklärt* einen Teil der Lohnungleichheit, ein (aufgrund der vorhandenen Daten) nicht bestimmbares Ausmass dieser Lohnungleichheit ist indes vermutungsweise auf eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zurückzuführen. Die (weitere) Verwendung des Faktors „Dienstjahre“ im Rahmen der nationalen Statistik bzw. deren Analyse darf nicht dazu führen, dass tatsächlich Ungleichbehandlungen durch die Qualifizierung als „erklärbare Lohnunterschiede“ im Ergebnis verstärkt werden.

150

3.2.3 Ergebnis

Der Faktor „Dienstjahre“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

151

³²⁶ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone.

³²⁷ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone, Rn 98.

³²⁸ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone, Rn 99 ff.

4. Arbeitsplatzspezifische Bedingungen

4.1 Arbeitspensum

4.1.1 Erklärungspotenzial

152

Durch die Berücksichtigung des Faktors „Arbeitspensum“ lässt sich gemäss den Ergebnissen der StudienautorInnen ein beachtlicher Teil des Lohnunterschiedes zwischen Frauen und Männern erklären³²⁹. Aus der LSE 2012³³⁰ ist ersichtlich, dass 55.6 Prozent der Frauen und 11.9 Prozent der Männer Teilzeit arbeiten (Pensum zwischen 20 und 89 Prozent). 4 von 5 Teilzeitstellen werden durch Frauen besetzt. Gemäss STRUB/BANNWART arbeiten Frauen im Unterschied zu Männern hauptsächlich aus familiären Gründen Teilzeit: vor allem bei Paaren mit Kindern seien primär die Mütter für Hausarbeiten und Kinderbetreuung verantwortlich³³¹. Bei grösserem Pensum ist der standardisierte Lohn tendenziell höher, mit Ausnahme bei Pensen von 50-89 Prozent, in denen Frauen durchschnittlich mehr verdienen als Arbeitnehmerinnen in Vollzeitstellen. Dies sei indirekt ein Indikator für höher qualifizierte Frauen in diesen Pensen³³². Die ökonomische Bewertung von Teilzeitarbeit ist unterschiedlich³³³: Einerseits wird von höheren Fix- und Transaktionskosten durch Teilzeitstellen für eine Unternehmung ausgegangen. Dies ist grundsätzlich einleuchtend, kann doch das Aufteilen einer Arbeit auf mehrere Angestellte durchaus zu Doppelspurigkeit und Effizienzeinbussen führen. Andererseits gibt es Studien, die von einer steigenden Arbeitsleistung resp. Produktivität bei Teilzeit ausgehen. Auch das SECO betont Unterschiede je nach Situation: „Die finanziellen Konsequenzen hängen im Übrigen von der konkreten Situation ab und bleiben für den Betrieb steuerbar. Je nach Ausgangssituation kann die Einführung von Teilzeitarbeit fast kostenneutral erfolgen. Falls für die Teilzeitmitarbeitenden eigene Arbeitsplätze mit entsprechenden Infrastrukturkosten nötig sind, sieht die Rechnung anders aus. Wenn für das gleiche Arbeitsvolumen mehr Mitarbeitende beschäftigt sind, steigen alle Kosten, die linear von der Beschäftigtenzahl abhängen, wie jene für Personaladministration, Einsatzplanung, Teamsitzungen interne Weiterbildungen oder Firmenanlässe.“³³⁴ Es wird auch ausgeführt, dass Teilzeiterwerbstätigkeit nicht in allen Berufen die gleiche Bedeutung in Bezug auf die Erwerbserfahrung hat (z.B. bei repetitiven Aufgaben)³³⁵.

³²⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 67 ff. mit Hinweisen auf einschlägige Literatur; so auch B,S,S./Universität Bern, S. 22 ff. mit weiteren Hinweisen.

³³⁰ Siehe für die Zahlen STRUB/BANNWART, S. 17.

³³¹ STRUB/BANNWART, S. 17 mit weiteren Hinweisen.

³³² STRUB/BANNWART, S. 18.

³³³ Siehe zum Ganzen: FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 69 mit weiteren Hinweisen.

³³⁴ SECO, S. 26 f.; siehe auch MADUZ, AJP 2015, S. 443.

³³⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64.

4.1.2 Diskriminierungspotenzial

Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN hat das Arbeitspensum ein Potenzial zur indirekten Lohndiskriminierung³³⁶. Erwähnt wird auch die Gefahr von Beschäftigungsdiskriminierung: Bei unzureichenden Fremdbetreuungsmöglichkeiten und gemäss nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Normen übernehmen häufig die Frauen die Kinderbetreuung, was dazu führt, dass Frauen vermehrt Teilzeit arbeiten³³⁷. Dies resultiere auch in weniger Chancen, Berufserfahrung zu akkumulieren³³⁸.

153

Das Diskriminierungspotenzial des Faktors „Arbeitspensum“ liegt für den Individuellen Lohnstreit auf der Hand. Eine ungleiche Entlohnung für gleiche und gleichwertige Arbeit für Vollzeit- bzw. Teilzeitbeschäftigte stellt einen Anwendungsfall verbotener indirekter Diskriminierung dar: Wie oben angeführt sind die Mehrheit der Teilzeitarbeitenden Frauen. Ein tieferer Lohn für Teilzeitarbeitende im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten würde somit Frauen stärker treffen. Das Bundesgericht führt dazu in BGE 124 II 436 folgendes aus: „Die geringere Entlohnung von Teilzeitangestellten gilt in der Literatur als Paradebeispiel einer Geschlechtsdiskriminierung, da davon mehrheitlich Frauen betroffen sind [...] Dies betrifft indessen den Fall, dass Teilzeitangestellte proportional (z.B. als Stundenlohn) weniger verdienen als Vollzeitangestellte. Demgegenüber ist es selbstverständlich zulässig, für ein kleineres Pensum einen entsprechend geringeren Lohn zu bezahlen³³⁹.“ Im Entscheid wurde u.a. festgestellt, dass Kindergärtnerinnen des Kantons Solothurn im Vergleich zu Solothurner PrimarlehrerInnen eine proportionale Lohnkürzung hinnehmen müssten, weil sie eine um 10 Prozent geringere Arbeitsbelastung als diese hätten³⁴⁰. Diese Rechtsprechung wurde in späteren Urteilen bestätigt³⁴¹.

154

Auch der EuGH hat in zahlreichen Entscheiden festgehalten, dass eine unterschiedliche Behandlung Teilzeitbeschäftigter unzulässig ist³⁴². Begründet wird dieses Verbot im EU-Arbeitsrecht zum einen durch die Vorschriften zur Gleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter³⁴³ und zum anderen mit dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung³⁴⁴.

155

³³⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 69.

³³⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64; vgl. STRUB/BANNWART, S. 17, STRUB et al., S. 17.

³³⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 64.

³³⁹ BGE 124 II 436, E. 8d aa) mit weiteren Hinweisen; siehe auch SCHRÖTER/MARTI WHITEBREAD, S. 251.

³⁴⁰ BGE 124 II 436, E. 9g-h.

³⁴¹ BGE 125 II 530, E. 4; BGer 2A.253/2001 vom 08.10.2002, E 4.8.

³⁴² Siehe dazu ausführlich UEBE, S. 605 ff.

³⁴³ Grundlage bildet die Richtlinie 97/81/EG (EUR-Lex L 14/9). Zur Rechtsprechung siehe u.a. EuGH, Rs. C-300/06 vom 06.12.2007, Voss und EuGH, Rs. C-170/84 vom 13.05.1986, Bilka, Rn 27 f., hier wurde der diskriminierende Charakter eines Ausschlusses von Teilzeitbeschäftigten aus der Betriebsrente damit begründet, dass dadurch die gesamte Vergütung der Vollzeitbeschäftigten bei gleicher Anzahl von Arbeitsstunden höher sei als bei Teilzeitbeschäftigten.

³⁴⁴ EuGH, verbundene Rs. C-399/92 vom 15.12.1994, Helming, Rn 26 ff.; EuGH, Rs. C-313/03 vom 12.10.2004, Wippel; EuGH, Rs. C-457/93 vom 06.02.1996, Lewark; EuGH, Rs. C-100/95 vom 02.10.1997, Kording, Rn 25: „Wird ein Teilzeitbeschäftigter ungünstiger behandelt als ein Vollzeitbeschäftigter, bewirken unter diesen Umständen Bestimmungen wie die im Ausgangsverfahren angewend-

156 In der Schweiz ist die ungleiche Behandlung Teilzeitbeschäftigter (unabhängig von einer geschlechts-spezifischen Ungleichbehandlung) insoweit untersagt, als Art. 319 Abs. 2 OR festhält, dass als Einzel-arbeitsvertrag auch der Vertrag gilt, „durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet“. Teilzeitbeschäftigte dürften deshalb nicht ohne sachlichen Grund anders behandelt werden als Vollzeitbeschäftigte. Dieser Anspruch wird indes nicht vollständig eingelöst. Das zeigt sich am Beispiel der Regelungen zur Überstundenarbeit. Grundsätzlich leistet ein Arbeitnehmer in einem Teilzeitar-beitsverhältnis dann Überstundenarbeit, wenn die *vertraglich vereinbarte* Arbeitszeit überschritten wird³⁴⁵. Nicht selten werden aber in der betrieblichen Praxis abweichende Regelungen getroffen, wonach Überstundenarbeit erst ab Überschreiten der *betrieblichen Arbeitszeit* (und gerade nicht der reduzierten Teilzeit) entschädigt werden soll³⁴⁶. Eine solche Regelung stellt eine Benachteiligung der Teilzeitbeschäftigten und auch einen Verstoss gegen das indirekte Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GIG dar³⁴⁷.

4.1.3 Ergebnis

157 Die Variable „Arbeitspensum“ sollte aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive nicht mehr im Ana-lysemodell verwendet werden.

4.2 Branche

4.2.1 Erklärungspotenzial

158 FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen das Erklärungspotenzial des Faktors „Branche“ als hoch ein³⁴⁸. Die Löh-ne könnten zwischen unterschiedlichen Wirtschaftsbranchen trotz gleichwertiger Arbeit variieren. Ausschlaggebender Grund hierfür seien die Marktlöhne und die Tatsache, dass die Arbeit in einer Wirtschaftsbranche einen höheren Preis erziele als die Arbeit in einer anderen Branche³⁴⁹. Ausser-dem würde durch die Wirtschaftsbranche die Fachrichtung der Ausbildung approximiert³⁵⁰. Die Ver-teilung der Geschlechter über die Wirtschaftsbranchen ist sehr unterschiedlich: So liegt bspw. der Frauenanteil im Finanz- und Versicherungsbereich mit 42.4 Prozent deutlich unter 50 Prozent. Dage-gen ist der Anteil an weiblichen Arbeitskräften im Gesundheits- und Sozialwesen mit 78.4 Prozent überdurchschnittlich hoch³⁵¹. STRUB/BANNWART ziehen u.a. daraus folgenden Schluss: Frauen verdien-ten 2014 10.1 Prozent weniger als Männer, aufgrund einer Untervertretung in anforderungsreiche-

baren eine mittelbare Diskriminierung der Frauen, wenn sich ergibt, dass tatsächlich ein erheblich ge-ringerer Prozentsatz Männer teilzeitbeschäftigt ist als Frauen“.

³⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 321c OR N 4; BGE 124 III 469, S. 471.

³⁴⁶ Letsch, Rz. 248.

³⁴⁷ BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 308; FREIVOGEL/STEINER, S. 993 ff.; siehe auch EuGH, verbundene Rs. C-399/92 vom 15.12.1994, Helmig; siehe dazu auch oben, Rn 193 ff.

³⁴⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

³⁴⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 78.

³⁵⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 60.

³⁵¹ STRUB/BANNWART, S. 36.

ren Positionen sowie Kaderstellen und insbesondere, weil sie eher in Niedriglohnbranchen arbeiten³⁵².

4.2.2 Diskriminierungspotenzial

FELFE/TRAGESER/ITEN sehen bei der Branche die Gefahr einer indirekten Lohndiskriminierung³⁵³. Aus rechtlicher Sicht ist hierzu eine Klarstellung erforderlich. In einem individuellen Lohnstreit können immer nur die Löhne von Arbeitnehmenden verglichen werden, die von einem Arbeitgeber ausgerichtet werden. Der Lohn einer Verkäuferin beim Warenhaus X. lässt sich individualrechtlich nur mit dem Lohn des Verkäufers beim gleichen Warenhaus vergleichen. Wenn das Warenhaus Y. höhere Löhne bezahlt, kann die beim Warenhaus X. beschäftigte Verkäuferin keine Rechte ableiten. Erst recht gilt dies, wenn der Lohn einer Detailhandelsangestellten mit Löhnen einer ähnlichen qualifizierten Person in einer ganz anderen Branche verglichen wird.

159

Gänzlich unbedeutend sind in einem individuellen Lohnstreit die Löhne anderer Unternehmen jedoch nicht. Das Bundesgericht anerkennt seit 1987 als Rechtfertigungsgrund für ungleiche Frauen- und Männerlöhne bei gleicher und gleichwertiger Arbeit auch die „konjunkturelle Lage“ bzw. den „Markt“, da dies einen potenziellen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen im Moment der Rekrutierung von neuem Personal habe³⁵⁴. Zu beurteilen hatte das Bundesgericht später u.a. die Beschwerde dreier Krankenschwestern, die sich gegen eine bestimmte Gehaltsklasseneinreihung wehrten. Es wurde bestätigt, dass die konjunkturelle Lage zu den objektiven Umständen gehört, die nicht geschlechtsspezifisch motiviert sind und die entsprechend bei der Gehaltsfestsetzung im Rahmen des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit berücksichtigt werden dürfen³⁵⁵. Ein Arbeitgeber (in casu der Kanton Bern) darf sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt ausrichten und die dort bezahlten Gehälter mitberücksichtigen, soweit er damit nicht einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahlt³⁵⁶. Der Kanton Bern durfte bei der Festsetzung des Lohnsystems die in anderen Kantonen bezahlten Löhne berücksichtigen³⁵⁷. Das Bundesgericht wies die Beschwerde in allen Punkten ab. Damit wurde ein vor dem kantonalen Verwaltungsgericht bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiertes Rekursverfahren der Krankenschwestern fortgesetzt³⁵⁸. Zum Vergleich wurde der Polizeiberuf herangezogen. Der Kanton Bern begründete den höheren Lohn einerseits mit Unterschieden in der Arbeitsbewertung (insbesondere bezüglich Verantwortung und Risiko), andererseits mit der Marktsituation. Daraufhin veranlasste das Gericht eine statistische Überprüfung der Löhne in anderen Kantonen, welche einen nachweisbaren Lohndruck auf dem Arbeitsmarkt des Polizeiberufes ergeben hat.

160

³⁵² Vgl. STRUB/BANNWART, S. 71.

³⁵³ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

³⁵⁴ BGE 113 Ia 107, E. 4a.

³⁵⁵ BGE 125 I 71, E. 4d aa).

³⁵⁶ BGE 125 I 71, E. 4d aa).

³⁵⁷ GEISER/MAUCHLE, S. 8.

³⁵⁸ Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U vom 29.05.2000, siehe auch: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1181.html> (zuletzt besucht am 04.05.2017); siehe auch GEISER/MAUCHLE, S. 9.

Damit wurde ein Teil der Lohndifferenz als begründet angesehen und die Beschwerde abgewiesen³⁵⁹. In mehreren Urteilen hat das Bundesgericht seine Praxis gefestigt und Bedingungen aufgestellt³⁶⁰, die für das Anknüpfen an Marktlöhne bzw. die konjunkturelle Lage erfüllt sein müssen³⁶¹. Diese kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen lassen sich wie folgt zusammenfassen³⁶²:

- a) Die konjunkturelle Lage muss einen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen von ArbeitnehmerInnen haben³⁶³.
- b) Der relevante Markt muss definiert werden. Es ist abzuklären, welche Faktoren den entsprechenden Markt wie stark beeinflussen, allenfalls durch Wirtschaftsdaten und Statistiken³⁶⁴.
- c) Der Lohnunterschied darf nicht höher sein als die nachgewiesene Konjunkturschwankung³⁶⁵.
- d) Die entsprechenden Umstände auf dem Markt sind durch die Arbeitgeberin zu beweisen, welche sich auf die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Entlohnung beruft³⁶⁶.
- e) Der Lohnunterschied darf nicht an das Geschlecht der betroffenen ArbeitnehmerInnen gebunden sein³⁶⁷.
- f) Es darf im Vergleich zu einer wissenschaftlichen Arbeitsplatzbewertung nicht zu einer Unterbezahlung eines typischen Frauenberufs im Verhältnis zu einem typisch männlichen resp. einem neutral qualifizierten Beruf kommen³⁶⁸.
- g) Der Markt, der zu Vergleichszwecken berücksichtigt wird, darf selbst nicht geschlechtsdiskriminierend sein³⁶⁹.
- h) Wird die konjunkturelle Lage bei der Festlegung des Lohnes berücksichtigt, muss dies einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprechen³⁷⁰.
- i) Marktbedingte Lohnunterschiede müssen das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten³⁷¹.
- j) Marktbedingte Lohnunterschiede müssen zur Erreichung des unternehmerischen Ziels geeignet und erforderlich sein³⁷².
- k) Ausserdem darf eine marktbedingte unterschiedliche Entlohnung nur zeitlich begrenzt stattfinden³⁷³.

³⁵⁹ Siehe zum Ganzen: GEISER/MAUCHLE, S. 9.

³⁶⁰ Dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH und einen Teil der Lehre: EuGH, Rs. C-170/84 vom 13.05.1986, *Bilka*, Rn 36 f.; EuGH, Rs. C-127/92 vom 27.10.1993, *Enderby*, Rn 24-29; siehe GEISER/MAUCHLE, S. 10 mit weiteren Hinweisen.

³⁶¹ Siehe dazu die Urteile BGE 125 III 368; 126 II 217; 131 II 393; BGer 4A_261/2011 vom 24.08.2011.

³⁶² Zusammenstellung übernommen von GEISER/MAUCHLE, S. 22 ff.

³⁶³ BGE 113 Ia 107, E. 4a; 126 II 217; 125 III 368, E. 5c cc).

³⁶⁴ BGE 125 III 368, E. 5c.

³⁶⁵ BGE 125 III 368, E. 5c.

³⁶⁶ BGE 113 Ia 107, E. 4a.

³⁶⁷ BGE 125 I 71, E. 4d; 125 III 368, E. 5c.

³⁶⁸ BGE 125 I 71, E. 4d.

³⁶⁹ BGE 126 II 217, E. 9; 131 II 393, E. 7.4.

³⁷⁰ BGE 125 III 368, E. 5; 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A_261/2011 vom 24.08.2011, E. 3.2.

³⁷¹ BGE 125 III 368, E. 5c aa); 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A_261/2011 vom 24.08.2011, E. 3.2.

³⁷² BGE 125 III 368, E. 5c; 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A_261/2011 vom 24.08.2011, E. 3.2.

Das Bundesgericht lässt also auf individueller Ebene Marktargumente und die konjunkturelle Lage nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zu. Es fragt sich nun, was das für das Analysemodell der nationalen Statistik bedeutet. Während es auf individueller Ebene um den Vergleich von zwei Individuen oder zwei spezifischen Berufsgruppen in derselben Unternehmung geht³⁷⁴, wird beim Analysemodell der nationalen Statistik überprüft, welcher Anteil des gesamtschweizerischen Lohnunterschieds sich damit erklären lässt, dass Frauen und Männer mit unterschiedlichen Anteilen in Branchen mit verschiedener Wertschöpfung vertreten sind. Die Ausgangslage ist also beim individuellen Lohnstreit und beim Analysemodell der nationalen Statistik nicht vergleichbar, eine *unmittelbare Übertragbarkeit* der rechtlichen Überlegungen im individuellen Lohnstreit auf die Ebene der nationalen Statistik kommt nicht in Betracht. Die folgenden Überlegungen nehmen jedoch auch Bezug auf die allgemeinen Ausführungen zum völker- und verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag aus den vorangehenden Teilen der Studie³⁷⁵.

161

Aus den Erfordernissen, dass der zu Vergleichszwecken berücksichtigte Markt nicht geschlechtsdiskriminierend sein darf (g), eine Unterbezahlung von typischen Frauenberufen (f) ebenso wenig erlaubt ist wie eine Anknüpfung an das Geschlecht für eine unterschiedliche Entlohnung (e), könnte sich folgendes ergeben: Die unterschiedliche Verteilung der Geschlechter in verschiedenen Wirtschaftsbranchen darf lediglich dann zur Erklärung von Lohndifferenzen herangezogen werden, wenn diese Unterschiede nicht in einer Diskriminierung gründen. Es stellt sich demnach die Frage, ob Frauen in gewissen Branchen (mit höherer Wertschöpfung/höheren Marktlöhnen) deshalb untervertreten sind, weil ihnen der *Zugang zu diesen Branchen aufgrund von diskriminierenden* Strukturen erschwert wird.

162

Tatsächlich gibt es Anhaltspunkte, dass Frauen zwar formal sämtliche Tätigkeiten und Hierarchiestufen in allen Branchen offen stehen, jedoch zahlreiche Ausprägungen faktischer Diskriminierungen und anderer Hindernisse zu einem eingeschränkten Zugang in bestimmten Branchen führen³⁷⁶. Hier zeigt sich auch ein Zusammenhang zur Fachrichtung der Ausbildung, die durch den Faktor „Branche“ approximiert wird: Bereits bei der Wahl der Fachrichtung vor Eintritt in das Erwerbsleben als auch nach Eintritt ins Erwerbsleben ist eine klare Geschlechtersegregation festzustellen³⁷⁷. Die Wahl der Fachrichtung ist ein entscheidender Faktor, der in vielen Fällen grossen Einfluss darauf hat, in welcher Branche später gearbeitet wird. Mit der Verwendung des Faktors „Branche“ geht also die Gefahr einher, dass bestehende Rollenvorstellungen (z.B. Frauen arbeiten im Care-Bereich, Männer im Finanzsektor) perpetuiert werden. Entsprechend führen FELFE/TRAGESER/ITEN die Möglichkeit an, dass

163

³⁷³ BGE 113 Ia 107, E. 4a; 125 III 368, E. 5c; siehe auch BGer 4C.57/2002 vom 10.09.2002, E. 4.2; BGE 130 III 145, E. 5.2.

³⁷⁴ Z.B. um die im Urteil Nr. 19952U des Verwaltungsgerichts Bern aufgeworfene Frage, weshalb Berner Polizisten einen durchschnittlich höheren Lohn erhalten als ebenfalls beim Kanton angestellte Krankenschwestern. Unter anderem wurde diese unterschiedliche Entlohnung mit einem verstärkten Lohndruck auf dem Arbeitsmarkt für Polizisten begründet.

³⁷⁵ Siehe vorne, Rz. 38 ff., insbesondere 40 und 44 f.

³⁷⁶ Vgl. OECD, S. 72 ff.; vgl. FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 61, 66 ff.

³⁷⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 61; siehe auch GIANETTONI et al.; LEEMANN/KECK; MAIHOFFER et al.

Frauen aufgrund von sozialen Normen männerdominierte Berufe eher meiden würden, was einerseits eine individuelle Wahl darstelle, andererseits könne „pre labor market discrimination“ diesbezüglich nicht ausgeschlossen werden³⁷⁸.

164 Die Verwendung des Faktors „Branche“ birgt Diskriminierungspotenzial. Auf individueller Ebene lässt das Bundesgericht Marktargumente zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden zu, allerdings unter restriktiven Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen können bis zu einem gewissen Grad auf die Verwendung der „Branche“ auf das nationale Analysemodell übertragen werden. Zur Bekämpfung von „pre labor market discrimination“ im Sinne von Zugangsschranken zu gewissen Branchen ist die Streichung des Faktors nicht zielführend, vielmehr braucht es entsprechende Politikmassnahmen.

4.2.3 Ergebnis

165 Der Faktor „Branche“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

4.3 Berufliche Stellung

4.3.1 Erklärungspotenzial

Bei der beruflichen Stellung werden fünf Kategorien unterschieden:

- 166
- Oberstes und oberes Kader
 - Mittleres Kader
 - Unteres Kader,
 - Unterstes Kader
 - Ohne Kaderfunktion

Das Erklärungspotenzial wird als hoch eingeschätzt³⁷⁹. Es gilt grundsätzlich³⁸⁰, je höher die berufliche Stellung, desto höher ist der Lohn, desto geringer ist der Frauenanteil und umso grösser sind die Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern³⁸¹. Statistiken belegen also die Existenz des in der Literatur beschriebenen Phänomens der „Gläsernen Decke“³⁸².

4.3.2 Diskriminierungspotenzial

167 Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN besteht bei einigen arbeitsplatzspezifischen Bedingungen ein Diskriminierungspotenzial in Form einer Beschäftigungsdiskriminierung; genannt wird u.a. die „Berufliche Stellung“, daneben aber auch „Anforderungs- resp. Kompetenzniveau“ sowie „Verschiedene Lohn-

³⁷⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 61.

³⁷⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

³⁸⁰ Eine Ausnahme bildet das mittlere Kader bei den Frauen (STRUB/BANNWART, S. 28).

³⁸¹ STRUB/BANNWART, S. 28.

³⁸² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 66 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

formen“. Beschäftigungsdiskriminierung liege vor, wenn einem Geschlecht der Zugang zu höheren Positionen, anspruchsvolleren Arbeiten oder bestimmten Vertragsformen verwehrt würde³⁸³.

Eine Lohndifferenz aufgrund der beruflichen Stellung stellt in einem *individualrechtlichen* Fall keine geschlechtsdiskriminierende Ungleichbehandlung dar, solange die berufliche Stellung nicht lediglich einen Vorwand für eine tatsächlich direkt oder indirekt geschlechtsspezifische diskriminierende Entlohnung darstellt. Regelmässig wird es bei einem ungleichen Lohn aufgrund einer unterschiedlichen hierarchischen Stellung bereits am Kriterium der Gleichheit bzw. Gleichwertigkeit der Tätigkeit scheitern; ein Lohngleichheitsanspruch besteht nur bei gleicher und gleichwertiger Arbeit. Diskriminierend können jedoch die Entscheide der Arbeitgebenden hinsichtlich der *Besetzung von Führungspositionen* sein (Beschäftigungsdiskriminierung bzw. noch spezifischer Beförderungsdiskriminierung).

168

In wie vielen Fällen bei der Besetzung von Führungspositionen eine diskriminierende Entscheidung der Arbeitgebenden vorliegt, lässt sich weder dem Analysemodell der nationalen Statistik entnehmen noch sind andere, spezifisch die Schweiz betreffende Studien bekannt, die hierzu verlässlich Angaben liefern. Auch eine Analyse der Rechtsprechung zum Gleichstellungsgesetz bringt nur sehr wenige Beförderungsdiskriminierungsfälle zu Tage. Eine bundesgerichtliche Leitentscheidung zur Beförderungsdiskriminierung fehlt ebenso. Die Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte zum Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen (Teilstudie 2, Geschlecht) zeigt jedoch, dass Mutterschaft für die Unternehmen bei der Besetzung von Kaderstellen sehr wohl eine Rolle spielt³⁸⁴. Es ist somit immerhin möglich, dass die im Analysemodell der nationalen Statistik ausgewiesene Lohndifferenz zumindest teilweise auf eine Beschäftigungsdiskriminierung zurückzuführen ist. Wenn die Variable „Berufliche Stellung“ zur Erklärung der geschlechtsspezifischen Lohndifferenz berücksichtigt wird, führt dies *möglicherweise* zu einem zu geringen Anteil „nicht abklärbarer“ und *vermutungsweise diskriminierender* Lohndifferenz³⁸⁵.

169

Die Berücksichtigung der „Beruflichen Stellung“ im individuellen Arbeitsverhältnis zur Festsetzung des Lohnes ist in der Regel keine geschlechtsspezifische Diskriminierung. Vermutlich weitverbreiteter sind indes geschlechtsspezifische Benachteiligungen bei der Besetzung von Führungspositionen, was einer Beschäftigungsdiskriminierung entspricht. Die Erklärung der geschlechtsspezifischen Lohndifferenz durch die Variable „Berufliche Stellung“ ist somit im Ergebnis ein Beleg für den tendenziell in der Hierarchie abnehmenden Frauenanteil, was wiederum zumindest teilweise auf Beschäftigungsdiskriminierung zurückzuführen ist. Dazu kommt, dass auch das in der Literatur beschriebene Phänomen der „Selbstbeschränkung“ der Frauen hinsichtlich des Interesses an Kaderstellen³⁸⁶ in gleichstellungsrechtlicher Hinsicht nicht einfach hinzunehmen ist. Die Streichung des Faktors ist diesbezüglich nicht zielführend, vielmehr braucht es auch hier entsprechende Politikmassnahmen.

170

³⁸³ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 67, 78.

³⁸⁴ HAUSAMMANN/DE PIETRO, S. 43 f.; siehe auch SCHUBARTH.

³⁸⁵ So auch FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 27.

³⁸⁶ Siehe dazu oben, Rz. 135.

4.3.3 Ergebnis

171 Die Variable „Berufliche Stellung“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

4.4 Kompetenzniveau

4.4.1 Erklärungspotenzial

172 Beim Kompetenzniveau werden vier Kategorien unterschieden:

- Einfache Tätigkeiten
- Praktische Tätigkeiten
- Komplexe praktische Tätigkeiten
- Tätigkeiten komplexer Problemlösung und Entscheidungsfindung

173 Auch hier wird ein hoher Erklärungsgehalt angenommen³⁸⁷. Es soll damit der Arbeitswert resp. die Anforderungen an eine Arbeitsstelle abgebildet werden, um darzustellen inwieweit Männer und Frauen gleichwertige Arbeit i.S.d. GIG leisten³⁸⁸. Es gilt für beide Geschlechter, je höher das Kompetenzniveau, desto höher der Lohn³⁸⁹. Gemäss STRUB/BANNWART zeigen sich im Unterschied zur beruflichen Stellung lediglich geringe Unterschiede bezüglich der Vertretung der Geschlechter zwischen den Kompetenzniveaus³⁹⁰.

4.4.2 Diskriminierungspotenzial

174 Für FELFE/TRAGESER/ITEN beinhaltet der Faktor „Kompetenzniveau“ die Gefahr von Beschäftigungsdiskriminierung³⁹¹.

175 Ein Anspruch auf gleichen Lohn besteht nur bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit. In einem individualrechtlichen Lohnstreit bildet ein unterschiedliches Kompetenzniveau regelmässig bereits ein Indiz dafür, dass Tätigkeiten gar nicht gleich bzw. gleichwertig sind und schon aus diesem Grund keine nach Art. 3 GIG verbotene, geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung vorliegt.

176 Was beim Faktor „Berufliche Stellung“ aufgezeigt wurde, gilt dem Grundsatz nach auch beim Faktor „Kompetenzniveau“. Die im Rahmen des Analysemodells der nationalen Statistik durch „Kompetenzniveau“ erklärbaren Lohnunterschiede sind möglicherweise zumindest teilweise auf Beschäftigungsdiskriminierungen bzw. ggf. auch auf „pre labor market“-Diskriminierungen zurückzuführen.

387 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

388 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 77.

389 STRUB/BANNWART, S. 33.

390 STRUB/BANNWART, S. 33.

391 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

Weiter könnte bei der *Datenerfassung* die Gefahr bestehen, dass die Tätigkeiten den vier Kategorien möglicherweise auf der Grundlage von geschlechtsspezifischen Vorurteilen zugeteilt werden. Dies könnte sich so auswirken, dass Tätigkeiten, die mehrheitlich von Männern ausgeübt werden, tendenziell eher als komplex erachtet werden. Wenn dem so wäre, würde durch das Ergebnis der Analyse der Lohnungleichheit verfälscht, indem das Anspruchsniveau in solchen Fällen zu Unrecht eine Lohn Differenz erklären würde. Seit 2012 wird das Kompetenzniveau nach ISCO-08 jedoch durch das BFS standardisiert nach ausgeübtem Beruf zugeteilt. Die Verteilungen der Geschlechter auf die verschiedenen Kompetenzniveaus ist seitdem sehr viel ausgeglichener.

177

Das Diskriminierungspotenzial der Variable „Kompetenzniveau“ besteht weniger unmittelbar beim Lohn an sich, sondern beim Zugang zu einem bestimmten Kompetenzniveau. Ob eine solche Beschäftigungsdiskriminierung vorliegt, kann dem Analysemodell weder entnommen werden noch würde eine Streichung der Variable dazu führen, dass auf diese Weise die Beschäftigungsdiskriminierung sichtbar würde. Die Ergebnisse der Analyse sind jedoch im Lichte der mit dem Kompetenzniveau zusammenhängenden Beschäftigungsdiskriminierung zu interpretieren.

178

4.4.3 Ergebnis

Die Variable „Kompetenzniveau“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

179

4.5 Ausgeübter Beruf

4.5.1 Erklärungspotenzial

Dem Faktor „Ausgeübter Beruf“ wird ein grosses Erklärungspotenzial zugebilligt³⁹². In der Tendenz zeigt sich, dass Berufe, welche eine höhere Ausbildung erfordern, besser entlohnt werden³⁹³. STRUB/BANNWART führen aus, dies treffe indes nicht für alle Berufe zu: Die Löhne von in Hotels, Restaurants, Handel und sonstigen Dienstleistungen tätigen Führungskräften liegen unter dem Durchschnitt anderer Personen in Managementpositionen und auch unter dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt (bei beiden Geschlechtern)³⁹⁴. In der Tendenz gilt, dass Frauen in gut bezahlten Berufen unter- und in eher tief bezahlten Berufen überdurchschnittlich vertreten sind³⁹⁵: So beträgt bspw. der Anteil Geschäftsführerinnen 23.3 Prozent, jener an Wissenschaftlerinnen im MINT-Bereich 20.1 Prozent und an weiblichen ingenieurtechnischen Fachkräften 14.3 Prozent. Ein umgekehrtes Bild zeigt sich zum Beispiel bei Reinigungspersonal und Hilfskräften (Frauenanteil von 83.6 Prozent), Betreuungsberufen (87.9 Prozent) oder bei den Verkaufskräften (70.0 Prozent). Es ist nachvollziehbar, dass eine solche Verteilung Lohnunterschiede zu erklären vermag. Nicht erklärt werden kann dadurch jedoch die Tatsache, dass Berufsgruppen mit einem tendenziell hohen Frauenanteil tiefere Durch-

180

³⁹² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

³⁹³ STRUB/BANNWART, S. 29.

³⁹⁴ STRUB/BANNWART, S. 29.

³⁹⁵ STRUB/BANNWART, S. 30 ff.

schnittslöhne aufweisen, wie das von STRUB/BANNWART angeführte Beispiel der Führungskräfte im Dienstleistungsbereich (Frauenanteil von 56.1 Prozent)³⁹⁶.

4.5.2 Diskriminierungspotenzial

181 In gleichstellungsrechtlicher Hinsicht zieht der Faktor „Ausgeübter Beruf“ mehrere Fragen auf unterschiedlichen Ebenen nach sich. FELFE/TRAGESER/ITEN thematisieren die Gefahr einer indirekten Diskriminierung in Form einer Beschäftigungsdiskriminierung. Diese könne insbesondere durch „occupational sorting“ entstehen, wonach sich Frauen stärker in berufliche Tätigkeit selektieren würden, welche schlechter bezahlt würden, obwohl sie gleichwertig mit anderen männertypischen Berufen seien³⁹⁷.

182 Die Gleichwertigkeit einer Tätigkeit bildet auf individualrechtlicher Ebene die tatbestandsmäßige Voraussetzung zur Geltendmachung eines Lohngleichheitsanspruchs³⁹⁸. Fehlt es an der Gleichheit oder Gleichwertigkeit einer Arbeit, so scheidet eine Lohngleichheitsklage von vorneherein. Besteht demgegenüber Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Tätigkeit, ist nachfolgend zu prüfen, ob sich eine festgestellte auf dem Geschlecht beruhende Lohnungleichheit ggf. durch vom Bundesgericht anerkannte Gründe rechtfertigen lässt³⁹⁹.

183 Bei der Frage der Gleichheit bzw. Gleichwertigkeit einer Tätigkeit geht es darum „ob es im Vergleich der geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit mit der gegengeschlechtlich bestimmten oder neutralen Tätigkeit Bewertungsunterschiede gibt, die nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind“⁴⁰⁰. Gleichwertig kann auch eine Arbeit unterschiedlicher Natur sein⁴⁰¹. Das Bundesgericht anerkennt, dass die Feststellung der Gleichwertigkeit einer Tätigkeit nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden wird, sondern (auch) Ergebnis einer Wertungsentscheidung darstellt⁴⁰². Nicht zulässig sind solche Werthierarchien allerdings dann, wenn sie ohne sachlichen Grund ein Geschlecht benachteiligen⁴⁰³. Entsprechend ist es begründungsbedürftig, wenn von dem mit Hilfe einer Arbeitsplatzbewertung ermittelten Arbeitswert zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen wird⁴⁰⁴.

³⁹⁶ Eingehend mit diesen und ähnlichen Fragen setzt sich die Debatte um „Occupational Feminisation“ auseinander, siehe z.B. MURPHY/OESCH.

³⁹⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 78.

³⁹⁸ BGE 124 II 409, E. 9a.

³⁹⁹ Zu den Rechtfertigungsgründen siehe BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3b und 3c; 125 III 368, E. 5; 125 II 541, E. 6c

⁴⁰⁰ BGer 8C_31/2009 vom 04.01.2009, E. 4.2.2.

⁴⁰¹ BGE 125 II 541, E. 6a.

⁴⁰² BGE 131 II 393, E. 6.4.

⁴⁰³ GEISER, S. 166.

⁴⁰⁴ BGE 131 II 393, E. 6.

Wenn in einem konkreten Fall eine Tätigkeit gleich oder gleichwertig ist und keine vom Bundesgericht anerkannten Rechtfertigungsgründe⁴⁰⁵ vorliegen, ist die auf dem Geschlecht basierende Lohndifferenz unzulässig und mit Hilfe der Rechtsbehelfe des GIG zu beseitigen. Die Problematik der unterschiedlichen (gesellschaftlichen) Bewertung bestimmter Arbeit und die höhere Vertretung von Frauen in Tätigkeiten, die schlechter bezahlt sind, verlangt nach geeigneten Politikmassnahmen. Entsprechend den Ausführungen zur Branche gilt auch hier, dass diese Massnahmen insbesondere auf einen gleichen Zugang beider Geschlechter zu allen Berufsgruppen hinzuwirken haben⁴⁰⁶.

184

Die Verwendung des Faktors „Ausgeübte Tätigkeit“ trägt vermutlich nicht dazu bei, dass der Anteil nicht erklärbarer Lohnunterschied verfälscht dargestellt wird. Das spricht für die Beibehaltung des Faktors. Wichtig ist indes, dass der durch die Verwendung des Faktors als „erklärbar“ resultierender Lohnunterschied vertieft analysiert wird. Lohnunterschiede, die Ergebnis unterschiedlicher Tätigkeiten bilden, sind gleichstellungsrechtlich nur dann hinzunehmen, wenn und soweit die Bewertung der Tätigkeiten sowohl im öffentlichen Dienst als auch im privaten Sektor nicht nach diskriminierenden Kriterien erfolgt und wenn die geschlechtsspezifische Segregation in gut bzw. schlechter bezahlte Tätigkeiten überwunden ist. Entsprechend soll der durch den Faktor „Ausgeübte Tätigkeit“ erklärbare Teil der Lohndifferenz auch Grundlage politischer Massnahmen bilden

185

4.5.3 Ergebnis

Der Faktor „Ausgeübte Tätigkeit“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

186

4.6 Firmengrösse

4.6.1 Erklärungspotenzial

FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen den Erklärungsgehalt der Unternehmensgrösse als hoch ein⁴⁰⁷. Es gilt grundsätzlich, je grösser ein Unternehmen, desto höhere Löhne werden bezahlt, wobei dieser Effekt bei Männern grösser ist und er sich bei Frauen erst ab einer Anzahl von 250 Mitarbeitenden manifestiert⁴⁰⁸. Die Firmengrösse wird (wie auch die Arbeitsmarktregion) berücksichtigt, um eventueller Heterogenität über die Firmen hinweg in der geschlechterspezifischen Lohndifferenz gerecht zu werden⁴⁰⁹. Es finden sich Ergebnisse, welche einen negativen Zusammenhang zwischen der Firmengrösse und der Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern feststellen: Je höher die Anzahl Mitarbeitende, desto geringer fällt die Lohndifferenz aus⁴¹⁰. Die AutorInnen erklären dies u.a. mithilfe von Orga-

187

⁴⁰⁵ Siehe vorne, Rz. 33, 93 sowie 135.

⁴⁰⁶ Rz. 164.

⁴⁰⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

⁴⁰⁸ BERTSCHY et al., S. 293; STRUB/BANNWART, S. 34, 43.

⁴⁰⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 77.

⁴¹⁰ WOLF/BEBLO/OHLERT, S. 85.

nisationstheorien⁴¹¹: Grössere Unternehmen haben einen höheren Bedarf an Beschäftigten (aufgrund natürlicher Fluktuation), weshalb diese Firmen für möglichst viele potenzielle BewerberInnen interessant sein wollen. Offensichtliche Lohndiskriminierung hätte diesbezüglich einen negativen Effekt. Weiter seien grössere Unternehmen auch einem höheren gesellschaftlichen Druck ausgesetzt, Standards wie die Lohngleichheit einzuhalten. Business Case Analysen würden ausserdem darauf hindeuten, dass grössere Unternehmen ihre Produktivität eher mit Gleichstellungsmassnahmen zu steigern versuchen.

4.6.2 Diskriminierungspotenzial

188 Die Firmengrösse sei gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN unproblematisch⁴¹². Dem ist aus rechtlicher Sicht zuzustimmen. Individualrechtlich besteht ein Lohngleichheitsanspruch nur innerhalb eines Unternehmens bzw. innerhalb derselben öffentlich rechtlichen Einheit⁴¹³. Die durch die Verwendung des Faktors im Analysemodell erhellten erklärbaren Lohnunterschiede rufen auch nicht nach spezifischen Politikmassnahmen.

4.6.3 Ergebnis

189 Der Faktor „Firmengrösse“ kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

4.7 Lohnart, Lohnvereinbarung, Lohnformen und zusätzliche Lohnbestandteile (Lohnarten⁴¹⁴)

4.7.1 Erklärungspotenzial

Das Analysemodell der nationalen Statistik kennt die folgenden Lohn-Kategorien:

- 190
- Lohnart: Vertrag mit Monatslohn oder Stundenlohn (2 Kategorien)
 - Lohnvereinbarung: Gesamtarbeitsvertrag oder Einzelarbeitsvertrag (2 Kategorien)
 - Lohnform: Zeitlohn, Periodenlohn oder anderes (3 Kategorien)

Darüber hinaus werden die folgenden zusätzlichen Lohnbestandteile erfasst:

- 191
- Lohnzulagen: Ja oder Nein (2 Kategorien)
 - 13./14. Monatslohn: Ja oder Nein (2 Kategorien)
 - Sonderzahlungen: Ja oder Nein (2 Kategorien)

⁴¹¹ WOLF/BEBLO/OHLERT, S. 74 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴¹² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

⁴¹³ STAUBER-MOSER, S. 1355.

⁴¹⁴ In diesem Gutachten werden als „Lohnarten“ zusammenfassend die Faktoren „Lohnart“, „Lohnvereinbarung“, „Lohnform“ und „Zusätzliche Lohnbestandteile“ bezeichnet

Lohnzulagen werden bejaht, wenn Nacht-, Schicht-, Sonntags- oder andere Erschwernisarbeit geleistet wird. Unter Sonderzahlungen werden Zahlungen für unregelmässige Leistungen (Boni, Gratifikationen etc.) verstanden⁴¹⁵.

FELFE/TRAGESER/ITEN messen diesen Faktoren einen mässigen Erklärungsgehalt zu⁴¹⁶. Bspw. sei bekannt, dass der Männeranteil in Branchen, in denen variable Lohnbestandteile (Boni) bezahlt werden, hoch ist⁴¹⁷. Dies könnte einen Teil an Lohnunterschieden erklären. BERTSCHY et al. verweisen auf eine Studie, die geschlechtsspezifische Risikopräferenzen festzustellen scheint⁴¹⁸: Frauen hätten geringere Präferenzen für variable Lohnsysteme und bevorzugen stattdessen Fixlohnsysteme. Gemäss der zitierten Studie sei dies lohnrelevant, biete jedoch nur Erklärung für einen geringen Anteil der Lohndifferenz. STRUB/BANNWART führen die Effekte unterschiedlicher Merkmale der Entlohnung nicht weiter aus⁴¹⁹. Die Verteilung der Geschlechter über diese Merkmale unterscheidet sich lediglich geringfügig, weshalb kein hohes Erklärungspotenzial angenommen werden kann⁴²⁰.

192

4.7.2 Diskriminierungspotenzial

Bei den Lohnarten besteht nach FELFE/TRAGESER/ITEN eine Gefahr der indirekten Diskriminierung: Falls innerhalb eines Unternehmens verschiedene Arten von Verträgen bzw. Lohnformen bestünden, liege eine Diskriminierung vor, wenn ein Geschlecht trotz gleichwertiger Arbeit vermehrt schlechter bezahlte Formen der Vergütung erhalte⁴²¹. Kritisch äussern sich FELFE/TRAGESER/ITEN auch zum Bonus. Ein diskriminierungsfreies Bonus-Reglement bzw. eine diskriminierungsfreie Leistungsbeurteilung und deren diskriminierungsfreie, objektive Anwendung wären nahezu unmöglich⁴²². Folglich bestehe die Gefahr einer direkten Diskriminierung. Eine Untersuchung von FUCHS et al. zeigt, dass auch in der Bundesverwaltung bei Bonuszahlungen nach Geschlecht diskriminiert wurde. Allerdings seien diese Praxen zurückgegangen, nachdem ein Verband das diskriminierende Zusprechen von Boni öffentlich anprangerte⁴²³.

193

In gleichstellungsrechtlicher Hinsicht ist die Rechtslage für individuelle Lohnklagen eindeutig: Verfassung und GIG gewähren einen Anspruch auf gleiche Entlohnung für gleiche und gleichwertige Arbeit. Der Begriff „Lohn“ ist dabei sowohl nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁴²⁴ und Lehre⁴²⁵ als

194

⁴¹⁵ STRUB/BANNWART, S. 21.

⁴¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 75.

⁴¹⁷ Insbesondere im Finanz- und Versicherungsbereich, in dem der Männeranteil 58.3 Prozent beträgt (STRUB/BANNWART, S. 103).

⁴¹⁸ BERTSCHY et al., S. 293.

⁴¹⁹ Strub/Bannwart, S. 44.

⁴²⁰ STRUB/BANNWART, S. 20 f.

⁴²¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 78.

⁴²² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 78.

⁴²³ FUCHS et al., S. 55 ff.

⁴²⁴ BGer 4A_523/2014 vom 12.02.2015, E. 2.1.

⁴²⁵ STAUBER-MOSER, S. 1355.

auch nach dem EuGH⁴²⁶ *umfassend* zu verstehen. Sämtliche Lohnbestandteile, die als Entschädigung für die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geleistete Arbeit ausgerichtet werden, gehören dazu. Auch eine Abgangsentschädigung fällt darunter. Beim Bonus kommt es auch nicht darauf an, ob der Bonus als vertraglich vereinbart oder als freiwillige Leistung der Arbeitgeberin zu qualifizieren ist⁴²⁷; in beiden Konstellationen gehört der Bonus zum Lohn.

195

Weit weniger klar ist die Rechtslage allerdings hinsichtlich der Frage, ob geschlechtsspezifische Besonderheiten bei der Beurteilung der tatsächlich geleistete Arbeitspensen berücksichtigt werden dürfen bzw. berücksichtigt werden müssen. Die Frage stellte sich beispielsweise in einem Fall, der 2014 vom Arbeitsgericht Zürich verhandelt wurde⁴²⁸. In einem Betrieb waren alle Mitarbeitenden nach Leistung und Betriebsergebnis bonusberechtigt. Kürzungen der Boni sahen die internen Regelwerke u.a. bei Abwesenheiten von mehr als 30 Tagen im Jahr vor. Eine Mitarbeiterin wurden die Boni aufgrund ihrer zwei Mutterschaftsurlaube pro rata um 8,3 Prozent gekürzt. Das Gericht kam zum Schluss, eine Bonusreduktion wäre nur in den ersten acht Wochen nach der Geburt unzulässig (während dieser Zeit gilt – vorausgesetzt das Arbeitsgesetz ist anwendbar – ein Beschäftigungsverbot). Der Abzug für den Bonus wegen des achtwöchigen Arbeitsverbotes stelle eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, da andere unverschuldete Abwesenheiten (speziell die Militär-, Zivilschutz-, oder Zivildienstabwesenheit) im Regelfall nicht zu einer Bonuskürzung führen (Kürzungen erfolgen erst bei Abwesenheit von mehr als 30 Tagen). *Keine Diskriminierung* aufgrund des Geschlechts stellt jedoch gemäss Arbeitsgericht die proportionale Kürzung des Bonus für die Zeit von der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs dar, da diese Zeit ausserhalb des gesetzlichen Beschäftigungsverbots liege. Eine Reduktion während dieser Wochen sei daher mit Art. 3 GlG vereinbaren und liege im Ermessen der Beklagten⁴²⁹. Es ist hier nicht der Ort für eine vertiefte gleichstellungsrechtliche Würdigung dieser Entscheidung. Nach einer ersten Einschätzung ist die Kürzung des Bonusanspruchs ab der neunten Woche Mutterschaftsurlaub jedoch kaum zu rechtfertigen. Zumindest die Zeitdauer des durch den Gesetzgeber garantierten Mutterschaftsurlaubs von 14 Wochen (bzw. je nach Kanton 16 Wochen) darf nicht für eine Bonusreduktion berücksichtigt werden, da ansonsten eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Zu ergänzen ist, dass die Militär-

⁴²⁶ EuGH, Rs. 171/88 vom 13.07.1989, Rinner-Kühn (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall); EuGH, Rs. C-342/93 vom 13.02.1996, Gillespie (Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft); EuGH, Rs. C-147/02 vom 30.03.2004, Alabaster (Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft); EuGH, Rs. C-281/97 vom 09.09.1999, Krüger (Anspruch auf Weihnachtsgatifikation); EuGH, Rs. C-190/98 vom 27.01.2000, Graf (Abfindungen/Abfertigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses); EuGH, Rs. C-173/91 vom 17.02.1993, Kommission/Belgien (Abfindungen/Abfertigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses); EuGH, Rs. C-33/89 vom 27.06.1990, Kowalska (Übergangsgeld bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses); EuGH, Rs. C-19/02 vom 09.12.2004, Hlozek (Überbrückungszahlungen aufgrund einer Betriebsvereinbarung bis zur Erlangung einer gesetzlichen Pension).

⁴²⁷ Zur umfangreichen Bonus-Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe RUDOLPH, S. 1 ff.

⁴²⁸ Arbeitsgericht des Kantons Zürich, AH120181 vom 28.07.2014, zitiert nach www.gleichstellungsgesetz.ch, abrufbar unter: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1611.html> (zuletzt besucht am 04.03.2016)

⁴²⁹ Ebd.

dienstleistung der Männer ebenfalls zu keiner Reduktion des Bonus führen darf, da ansonsten auch hier eine geschlechtsspezifische Diskriminierung vorliegt.

Auf eine weitere Problematik weist der Fall hin, der jüngst vom Verwaltungsgericht Zürich zu entscheiden war⁴³⁰. Eine Technische Operationsfachfrau (TOA) sah sich gegenüber anderen Berufsgruppen, namentlich PolizistInnen, Assistenz-/OberärztInnen und KardiotechnikerInnen diskriminiert, da das kantonale Lohnregulativ bei diesen Tätigkeiten für (Bereitschafts-)Nachdienst Schichtdienstzulagen vorsah wohingegen für die nächtlichen (Bereitschafts-)Einsätze der TOA nur Pikett-Dienst verrechnet wurde. Das Gericht kam zum Schluss, die nächtliche Bereitschaftsarbeit der TOA lasse sich zwar nicht mit derjenigen der Polizeiangehörigen, aber mit derjenigen der anderen genannten Berufsgruppen vergleichen. Somit lag vermutlich eine Diskriminierung vor, die Sache wurde zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückgegeben. Eine Endentscheidung liegt in dieser Sache noch nicht vor.

196

Sowohl der Bonus/Mutterschaftsfall als auch die Angelegenheit betreffend eine allfällige diskriminierende Zuordnung einer nächtlichen Tätigkeit als blosser Pikettdienst statt Nachtdienst mit Schichtzulage zeigen, dass auch auf individualrechtlicher Ebene noch viele Lohnungleichheitsprobleme „brach liegen“. Daraus lässt sich die *Hypothese* ableiten, dass der Anteil nicht erklärbarer Unterschiede im Analysemodell der nationalen Statistik tatsächlich eher höher ist.

197

Eine ungleiche Entlohnung bei gleicher und gleichwertiger Arbeit auf dem Wege geschlechtsdiskriminierender Lohnmodelle oder Lohnzusatzleistungen betrifft gleichsam das Herz des Gleichstellungsrechts. Das Diskriminierungspotenzial der Faktoren ist zudem noch ausgeprägter, wenn man bedenkt, dass die Gerichtspraxis noch längst nicht alle Formen der Lohndiskriminierung aufgegriffen hat.

198

4.7.3 Ergebnis

Die verschiedenen Lohnarten sollten aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive nicht mehr im Analysemodell verwendet werden.

199

⁴³⁰ Verwaltungsgericht Zürich, PB.2010.00064 vom 05.10.2011, zitiert nach www.gleichstellungsgesetz.ch, abrufbar unter: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1590.html> (zuletzt besucht am 04.03.2017).

D. Mögliche neue Modellvariablen

200 Nachfolgend werden kurz zusätzliche bzw. neue Faktoren gewürdigt, bei denen FELFE/TRAGESER/ITEN eine Prüfung der Aufnahme empfehlen. Es handelt sich um die „Effektive Berufserfahrung“, „Arbeitszeitmodelle“ und die „Physische sowie psychische Belastung durch die berufliche Tätigkeit“⁴³¹.

1. Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung)

1.1 Erklärungspotenzial

201 Der effektiven Erwerbserfahrung wird von vielen AutorInnen ein hoher Erklärungsgehalt zugeschrieben⁴³²; Unterschiede in der effektiven Erwerbserfahrung würden bis zur Hälfte der Lohnungleichheiten zwischen Frauen und Männern erklären⁴³³. Dass bei einer Berücksichtigung der effektiven Erwerbserfahrung der nicht erklärbare Teil der Lohnunterschiede allerdings tatsächlich kleiner ausfallen würde (wie dies verschiedentlich behauptet wird), ist umstritten. Bei einer Analyse der Lohnunterschiede für die Jahre 1991 bis 2006 anhand von Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung wurde u.a. die unterschiedliche effektive Erwerbserfahrung von Frauen und Männern berücksichtigt und dennoch resultierte ein Anteil unerklärter Lohnunterschied von 11 Prozent⁴³⁴.

1.2. Diskriminierungspotenzial

202 Die effektive Berufserfahrung birgt gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN sowohl die Gefahr indirekter Diskriminierung als auch ein Beschäftigungsdiskriminierungspotenzial⁴³⁵: Arbeitgeber würden Karriereunterbrechungen von Frauen und Männern unterschiedlich bewerten. So führten Karriereunterbrechungen aufgrund der Geburt eines Kindes zu höheren Lohnbussen als solche aufgrund von Arbeitslosigkeit oder Militärdienst. Weil die Berufserfahrung auch von der Höhe des Pensums abhängig sei, bestehe wiederum ein Diskriminierungspotenzial bei Teilzeitarbeitenden. Zusätzlich bestehe das Risiko von Beschäftigungsdiskriminierung, denn bei unzureichenden Fremdbetreuungsmöglichkeiten und gemäss nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Rollenvorstellungen würden Frauen häufiger die Kinderbetreuung übernehmen und hätten somit weniger Chancen, Erwerbserfahrung zu akkumulieren.

203 Kritisch wird von anderer Seite gegenüber der Aufnahme der effektiven Berufserfahrung in das Analysemodell der nationalen Statistik eingewendet, dass die genaue Erfassung der Berufserfahrung im Rahmen der LSE äusserst komplex wäre⁴³⁶. Gemäss der Humankapitaltheorie sei die Berufserfahrung ein wesentlich lohnrelevanter Faktor, da mit steigender Berufserfahrung eine Akkumulation von Hu-

⁴³¹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 129.

⁴³² FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 61 ff., 76; BOLL/LEPPIN; SALVI et al., S. 25 ff.; STRUB et al., S. 45.

⁴³³ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 62 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

⁴³⁴ JANN, S. 104 ff.

⁴³⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 63 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴³⁶ SCHRÖTER.

mankapital einhergehe. Es wird jedoch in Frage gestellt, ob die Annahme, dass mit zunehmender Beschäftigung auch die Lernkurve entsprechend zunehme, tatsächlich zutreffe⁴³⁷.

Im Rahmen eines *individuellen Lohnstreites* ist nach der Rechtsprechung anerkannt, dass die Berufserfahrung zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden berücksichtigt werden kann⁴³⁸. Zu Recht hat jedoch das Bundesgericht⁴³⁹ im Einklang mit einem Teil der juristischen Lehre⁴⁴⁰ entschieden, dass die *übermässige* Berücksichtigung von Faktoren wie der Berufserfahrung zur Lohneinstufung zu einer unzulässigen indirekten Diskriminierung führe. *Formal* geschlechtsneutrale Kriterien, so das Bundesgericht, könnten unter Umständen eine *indirekte Diskriminierung* bewirken, wenn sie in der *gesellschaftlichen Realität geschlechtsspezifisch vorkommen* würden. Dies gelte namentlich in Bezug auf eine übermässige Gewichtung des Kriteriums des *Dienstalters* oder der *Berufserfahrung*, weil dadurch Frauen benachteiligt würden, die im Durchschnitt eher ihre Karriere zum Zweck der Kinderbetreuung unterbrechen müssten⁴⁴¹. In anderen Entscheiden präzisierte das Bundesgericht dahingehend, dass, wenn es um die *individuelle Einreihung einer Frau* gehe, die *keine familienbedingten Unterbrüche in ihrer Berufskarriere* habe, die rechtsgleiche Anwendung von Kriterien wie „Berufserfahrung“ in aller Regel keine Diskriminierung darstellen würde⁴⁴².

204

Festzustellen ist also, dass individualrechtlich die Berücksichtigung der *effektiven Berufserfahrung* für die Rechtfertigung einer geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit nicht in jedem Fall zulässig ist. Wenn demnach auf der Ebene der nationalen Statistik eine Variable „Effektive Berufserfahrung“ eingeführt würde, so könnte dies dazu beitragen, dass ein (weiterer) Teil der Lohnunterschiede als erklärbar definiert würde, obwohl vermutlich eine tatsächliche Lohndiskriminierung im Sinne der vorangehenden Ausführungen vorliegt.

205

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine weitere Problematik hinzuweisen: I.d.R. gilt, dass die Berufserfahrung mit dem Alter zunimmt. Die effektive Berufserfahrung bringt diesbezüglich zwar den Vorteil, dass Abweichungen von dieser Regel berücksichtigt werden können (eine Person, die nie gearbeitet hat, hat auch im Alter keine Berufserfahrung), der grundsätzliche Zusammenhang bleibt jedoch bestehen. „Alter“ ist aus diskriminierungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Lohnungleichheiten, die auf dem „Alter“ beruhen, können im individuellen Lohnstreit eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. Auch kann „Alter“ zusammen mit dem Merkmal „Geschlecht“ eine Mehrfachdiskriminierung bewirken.

206

⁴³⁷ Ebd.

⁴³⁸ BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207, E. 3b; 125 III 368, E. 5; 125 II 541, E. 6c.

⁴³⁹ BGer 8C_376/2015 vom 24.03.2016, E. 6.1.

⁴⁴⁰ ÜBERSCHLAG, Rz. 169.

⁴⁴¹ BGE 124 II 409, E. 9d S. 428 mit Hinweisen.

⁴⁴² BGer 8C_376/2015 vom 24.03.2016, E. 6.1 (letzter Satz), mit Verweis auf BGer 2A.363/1998 vom 18.06.1999, E. 2c.

207 Zu erinnern ist vorab, dass verfassungsrechtlich die Diskriminierung auch aus Gründen des Alters verboten ist (Art. 8 Abs. 2 BV). Eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Alters hat der schweizerische Gesetzgeber – anders als die EU und Ihre Mitgliedstaaten – nicht vorgenommen, weder für den allgemeinen Bereich des Privatrechts noch für das Arbeitsvertragsrecht. Soweit also eine Ungleichbehandlung (auch beim Lohn) an das Alter anknüpft, steht dem im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis keine explizite Vorschrift entgegen, vielmehr ist vom Vorrang der Vertragsfreiheit auszugehen. Anders verhält es sich, wenn eine Anknüpfung für eine unterschiedliche Entlohnung an das Alter im Ergebnis eine geschlechtsspezifische Benachteiligung bewirkt.

208 Aus der Diskriminierungsforschung ist bekannt, dass sich das Lebensalter geschlechtsspezifisch unterschiedlich benachteiligend auswirken kann. Dies zeigen beispielsweise Feldstudien aus den USA, nach denen ältere Frauen schlechtere Berufsaussichten sowohl als jüngere Frauen als auch als Männer im gleichen Alter haben⁴⁴³. Dies deckt sich auch mit den obengenannten Ergebnissen, wonach Frauen mit zunehmendem Alter im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen weniger verdienen. Ausserdem gibt es Studien, die einen Knick beim Lohn bei Frauen im „gebärfähigen“ Alter nahelegen, der sich zudem mit steigender Alterskohorte zeitlich nach hinten verschiebt⁴⁴⁴.

209 In der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft wird das Zusammenwirken einzelner Diskriminierungsmerkmale unter dem Begriff „Mehrfachdiskriminierung“ (vorliegend: Alter + Geschlecht, ggf. Alter + Geschlecht + Herkunft) diskutiert⁴⁴⁵. Der Diskurs ist jedoch relativ jung und auf regulatorischer Ebene finden sich noch kaum einschlägige Bestimmungen⁴⁴⁶. Anti-Diskriminierungsgesetze sehen regelmässig nur eine Diskriminierungsdimension vor und ignorieren, dass Diskriminierung oft erst im Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsmerkmale auftaucht, bzw. dass sich die Diskriminierung durch das Vorhandensein mehrerer Diskriminierungsgründe verstärken kann. Implizit zeigte sich die Problematik bereits in der frühen EuGH-Rechtsprechung zur Lohngleichheit. In der Rechtssache „Defrenne“⁴⁴⁷ wurde die bei der Sabena tätige Stewardess Gabrielle Defrenne altersbedingt entlassen. Für (männliche) Stewards gilt die entsprechende Regel nicht. Aus jüngerer Zeit gibt es ebenfalls Verfahren aufgrund von Mehrfachdiskriminierung⁴⁴⁸: Die Russin Galina Meister, Mitte 40, bewarb sich um eine Stelle, für die sie bestens qualifiziert war. Sie wurde nicht für Gespräche eingeladen, die

⁴⁴³ Zusammenfassend: „Age Discrimination In The Job Market May Hurt Women More“ auf FiveThirtyEight, abrufbar unter: <http://fivethirtyeight.com/features/age-discrimination-in-the-job-market-may-hurt-women-more/> (zuletzt besucht am 09.01.2017); zum Ganzen ausführlich: NEUMARK/BURN/BUTTON; FARBER/SILVERMAN/VON WACHTER.

⁴⁴⁴ Siehe dazu GOLDIN, Figure 1 auf S. 1096.

⁴⁴⁵ Vgl. zum Ganzen: KOLLAND, S. 72 ff.; Komm. CEDAW, SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Allgemein, Rz. 49 ff.; EU-Kommission, Multiple Discrimination in EU Law, S. 8.

⁴⁴⁶ In der jüngeren Literatur hat sich damit KLEBER eingehend befasst. Siehe auch die Interpellation 16.3679 „Was unternimmt der Bund, um Mehrfachdiskriminierungen wirksam zu bekämpfen?“ und die Antwort des Bundesrates, die keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf feststellte. Im Gegensatz dazu findet sich im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) der Bundesrepublik Deutschland in §4 eine explizite Bestimmung.

⁴⁴⁷ EuGH, Rs. C-43/75 vom 08.04.1976, Defrenne.

⁴⁴⁸ EuGH, Rs. C-415/10 vom 19.04.2012, Meister.

Stelle wurde indes erneut ausgeschrieben. Die Klägerin machte eine Diskriminierung wegen des Geschlechts, des Alters und der Herkunft geltend, die Beschwerde scheiterte jedoch an Beweisproblemen. Ein interessantes Urteil fällt auch das Verwaltungsgericht Luzern⁴⁴⁹. Einer Mutter eines jüngeren Kindes wurde die Anstellung mit folgender Begründung verweigert: Ihr Kind führe zu mehr Absenzen und eine weitere Schwangerschaft sei möglich. Angestellt wird stattdessen eine ältere Frau. Das Gericht stellt eine direkte Diskriminierung fest. Damit zeigt sich, dass sich nicht nur effektive Erwerbsunterbrüche aufgrund der Kinderbetreuung diskriminierend auswirken können, sondern auch lediglich erwartete.

Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen ist noch darauf hinzuweisen, dass in der Praxis *gleichstellungsfreundlicher Unternehmen* nicht nur die Berufserfahrung zur Festsetzung des Lohnes berücksichtigt wird, sondern auch Tätigkeiten in Familie und in der freiwilligen Arbeit anerkannt werden⁴⁵⁰. Solche Praktiken sind aus rechtlicher Sicht ohne weiteres zulässig bzw. sie stellen geradezu idealtypisch vom Gleichstellungsrecht gewollte Instrumente zur Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung dar.

210

Wie „Dienstjahre“⁴⁵¹ ist auch „Effektive Berufserfahrung“ als Variable im Analysemodell der nationalen Statistik diskriminierungsrechtlich heikel. Im Vergleich zum Faktor „Dienstjahre“ kommen bei der „Effektiven Berufserfahrung“ Erhebungsschwierigkeiten dazu. Die Dienstjahre beschränken sich auf die Anstellung im gleichen Unternehmen, hier stellen sich anders als bei der „Effektiven Berufserfahrung“ keine besonderen Probleme bei der Datenerfassung.

211

1.3. Ergebnis

Angesichts des Diskriminierungspotenzials, der nicht unumstrittenen Aussagekraft und der Erfassungsschwierigkeiten ist die Aufnahme des Faktors „Effektive Berufserfahrung“ nicht zu empfehlen.

212

2. Arbeitszeitmodelle

2.1 Erklärungspotenzial

Bei dieser Variable soll die Leistung von Schicht-, Abend-, Nacht- oder Wochenendarbeit direkt erfasst werden. Die Befürworter der Aufnahme eines solchen Faktors stützen sich auf Argumente, wonach attraktive Arbeitsbedingungen „ihren Preis“ haben, was bedeutet, dass „angenehmere“ Arbeitsbedingungen entsprechend dem Prinzip von Angebot und Nachfrage zu einer Lohneinbusse

213

⁴⁴⁹ Verwaltungsgerichts Luzern, V 98 245 vom 13.03.2001, zitiert nach www.gleichstellungsgesetz.ch, abrufbar unter: <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html#no18> (zuletzt besucht am 09.01.2017)

⁴⁵⁰ Siehe dazu das Beispiel der Beratungsunternehmung *infras*, das auf der Webseite des Gleichstellungsbüros des Kantons Zürich aufgeführt ist: http://www.ffg.zh.ch/internet/justiz_innere/ffg/de/gleichstellung_heute/erfolgsbeispiele_firmen_berichten/infras1.html (zuletzt besucht am 24.02.2017).

⁴⁵¹ Siehe Rz. 142 ff.

führen⁴⁵². Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN haben Studien eine unterschiedliche Verteilung von Frauen und Männern auf Arbeitsbedingungen festgestellt, wobei die Aspekte Arbeitspensum⁴⁵³, Arbeitszeitmodelle und physische sowie psychische Arbeitsbelastungen⁴⁵⁴ untersucht wurden⁴⁵⁵. Generell würden Frauen in Berufen mit attraktiveren Arbeitsbedingungen arbeiten, insbesondere nach der Geburt eines Kindes⁴⁵⁶. Damit liessen sich grosse Teile von Lohnunterschieden erklären⁴⁵⁷.

214 Im aktuellen Modell werden Arbeitszeitmodelle durch die Angabe etwaiger Lohnzuschläge⁴⁵⁸ bereits indirekt aggregiert⁴⁵⁹.

2.2 Diskriminierungspotenzial

215 FELFE/TRAGESER/ITEN sehen ein Potenzial der Beschäftigungsdiskriminierung wie auch der indirekten Lohndiskriminierung, wenn die Modelle nicht geschlechtsneutral bewertet werden⁴⁶⁰.

216 In rechtlicher Hinsicht sind zur Aufnahme dieser Variable für die Erklärung von Lohnunterschieden Bedenken angebracht. Wie weiter vorne gezeigt wurde⁴⁶¹, ist bereits die Zuordnung einer bestimmten Tätigkeit als besser bezahlte „Schichtarbeit“ statt z.B. als weniger gut entschädigter „Pikettendienst“ möglicherweise diskriminierend⁴⁶². Durch die Aufnahme des Faktors „Arbeitszeitmodelle“ würden solche Phänomene in der nationalen Statistik nicht als Diskriminierung erkannt, sondern vielmehr als „erklärend“ definiert, obwohl eher eine „Verklärung“ bewirkt würde. Dazu kommt, dass auch bei einer geschlechtsneutralen Bewertung der Arbeitszeitmodelle die verbreitete familiäre Rollenverteilung eher dazu führt, dass vorwiegend Frauen „familienkompatible“ (und in der Regel schlechter entlohnte) Modelle wählen.

2.3 Ergebnis

217 Die Aufnahme der Arbeitszeitmodelle ist aus den dargelegten Gründen nicht zu empfehlen.

452 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 67 f.
453 Siehe vorne, Rz. 152 ff.
454 Siehe Rz. 218 ff.
455 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 58, 67 f. mit weiteren Hinweisen.
456 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 67 mit weiteren Hinweisen.
457 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 68 mit weiteren Hinweisen.
458 Siehe Rz. 190 ff.
459 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 77.
460 FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 68 f.
461 Siehe vorne, Rz.
462 Siehe vorne, Rz. 196.

3. Physische sowie psychische Belastungen

3.1 Erklärungspotenzial

Hier kann auf das bereits bei der Variable „Arbeitszeitmodelle“ Ausgeführte verwiesen werden⁴⁶³. FELFE/TRAGESER/ITEN erwähnen insbesondere Befunde, wonach Frauen tendenziell in Berufen mit geringerem Gesundheits- und Todesrisiko arbeiten sowie Studien, die nahelegen, dass die Geburt eines Kindes bei Frauen mit einem Rückgang an berufsbedingtem Stress einhergeht⁴⁶⁴. Diese attraktiveren Arbeitsbedingungen hätten Lohnneinbussen zur Folge und könnten somit einen Teil der geschlechts-spezifischen Lohnunterschiede erklären⁴⁶⁵.

218

3.2 Diskriminierungspotenzial

Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN bestehe dabei je nach Operationalisierung ein starkes Potenzial zur indirekten Lohndiskriminierung⁴⁶⁶. Dem ist zuzustimmen. Insbesondere stellt sich die Frage, durch wen eine Bewertung der physischen und psychischen Belastung eines Beschäftigten resp. eines Arbeitsplatzes vorgenommen wird. Würde dies durch die Unternehmen selbst vorgenommen, besteht eine grosse Gefahr eines bias⁴⁶⁷. Dies zeigen Entwicklungen in der Auswertung der LSE: Im Analysemodell der nationalen Statistik wird das Kompetenzniveau des ausgeübten Berufs seit der LSE 2012 nach ISCO-08 durch das BFS zugeteilt. Zuvor wurde durch die Firma das Anforderungsniveau der Stelle bewertet. Die Auswertungen des BFS haben ergeben, dass mit der objektiven Zuteilung nach ausgeübten Berufen die Verteilung der Geschlechter auf die vier Niveaus viel ausgeglichener waren. Bei der Einteilung durch die Unternehmen waren Frauen in den oberen beiden Niveaus klar schwächer vertreten als Männer. Ungeklärt bleibt hierbei die Frage, ob dies durch den Unterschied zwischen Beruf und Funktion, den Tätigkeitsbereich oder durch die Subjektivität in der Bewertung durch die Unternehmung zu erklären ist. Selbst wenn externe PrüferInnen versuchen, durch Firmen vorgenommene Einstufungen auf Diskriminierung zu überprüfen, würde dies wohl einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten.

219

Die vorgeschlagene Lösung von FELFE/TRAGESER/ITEN⁴⁶⁸, jedem Beruf z. B. einen Grad der Belastung oder des Leistungsdrucks zuzuteilen, ist problematisch, da der Beruf nicht mit dem konkreten Arbeitsplatz gleichzusetzen ist (z.B. haben Chefköche in einer Kantine einen geringeren Leistungsdruck als in einem Sternerestaurant, eine Pflegefachkraft hat auf der Geburtsstation eine andere Belastung als auf der Palliativstation etc.). Die Ausführungen von FELFE/TRAGESER/ITEN an anderer Stelle sind dagegen überzeugend⁴⁶⁹. Es wird festgehalten, dass sämtliche Beurteilungen von Arbeitsbedingun-

220

⁴⁶³ Siehe vorne, Rz. 213.

⁴⁶⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 67 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 68 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 69.

⁴⁶⁷ So auch SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 126.

⁴⁶⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 77.

⁴⁶⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN, S. 69.

gen so konzipiert sein müssen, dass sie auf die gleiche Art und Weise für Männer und Frauen angewendet werden können, und klar und geschlechtsneutral formuliert sind. Die dort zusammengefassten Anforderungen entsprechen in etwa auch dem Stand der Debatte um „equality data“⁴⁷⁰.

221 Präzisierend sei dazu auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, wonach die Gefahren („les risques encourus“) und das Pflichtenheft („le cahier des charges“) einer Arbeit als *objektive Gründe* genannt, bei deren Vorliegen eine Lohnungleichheit nicht diskriminierend ist⁴⁷¹. Die „Psychischen Anforderungen/Belastungen“ und „Physischen Anforderungen/Belastungen“ werden zudem bei der Arbeitsplatzbewertung berücksichtigt. Das Bundesgericht erachtet die Beachtung dieser Kriterien grundsätzlich nicht als diskriminierend⁴⁷². Eine Diskriminierung liege dagegen vor, wenn Unterschiede in der Besoldung an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpfen, ohne dass dies durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründet wäre, z.B. wenn geschlechtsspezifische Kriterien⁴⁷³ berücksichtigt bzw. stark gewichtet werden, die für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlich oder unbedeutend sind, oder umgekehrt bei einer zu schwachen Gewichtung trotz Relevanz⁴⁷⁴. Das bedeutet indes, dass die Berücksichtigung eines geschlechtstypischen Kriteriums nicht diskriminierend ist, soweit dieses für die Erfüllung der Arbeit relevant ist⁴⁷⁵. Auf Ebene eines individuellen Lohnstreites darf also die physische bzw. psychische Belastung eines Arbeitsplatzes grundsätzlich berücksichtigt werden.

222 Die physische und psychische Belastung einer Tätigkeit ist lohnrelevant und im individuellen Lohnstreit als objektiver Grund einer Lohndifferenz anerkannt, sofern die Bewertung der Arbeit nicht auf der Basis geschlechtsstereotyper, diskriminierender Merkmale erfolgt. Dennoch wird empfohlen, diese Faktoren im jetzigen Zeitpunkt nicht ins Analysemodell aufzunehmen. Sinnvoll ist, durch geeignete Abklärungen zu prüfen, ob und wie eine diskriminierungsfreie Erhebung der entsprechenden Daten möglich ist.

3.3 Ergebnis

223 Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist eine erneute Prüfung der Aufnahme der Faktoren „Physische und psychische Belastungen“ vorzunehmen.

⁴⁷⁰ Siehe zum Ganzen: Rz. 89 ff.

⁴⁷¹ BGE 130 III 145, E. 5.2; 127 III 207 E. 3c; 125 III 368 E. 5.

⁴⁷² BGE 124 II 409, E. 10d.

⁴⁷³ Bewertungskriterien sind gemäss Bundesgericht (BGE 124 II 409, E. 9c mit weiteren Hinweisen) dann geschlechtsspezifisch, „wenn sie von den Angehörigen des einen Geschlechts wesentlich leichter oder anteilmässig erheblich häufiger erfüllt werden können als von den Angehörigen des andern Geschlechts [...] In Frage kommen Eigenschaften, welche bei Angehörigen des einen Geschlechts aus biologischen Gründen im Durchschnitt weniger häufig erfüllt sind (beispielsweise Körpergrösse oder -kraft), oder Eigenschaften, welche auf in der gesellschaftlichen Realität vorhandene geschlechtsspezifische faktische Ungleichheiten zurückzuführen sind.“

⁴⁷⁴ BGE 124 II 409, E. 9c mit weiteren Hinweisen; siehe auch BGE 131 II 393, E. 6.

⁴⁷⁵ BGE 124 II 409, E. 9c; 124 II 436, E. 7a je mit Hinweis auf den Schlussbericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe „Lohnungleichheit“, Bern 1988, S. 40 f.

E. Zusammenfassende Darstellung der Variablen und ihrer rechtlichen Würdigung

Nachfolgend findet sich eine zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse dieser Studie und der daraus folgenden Empfehlungen. Hier sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass es sich um eine Analyse aus diskriminierungsrechtlicher Sicht handelt. Für die endgültige Entscheidung über das Weiterverwenden oder Streichen einer Variable können weitere Faktoren relevant sein. Für die Analyse wurde überprüft, ob die Verwendung eines Faktors einer expliziten Rechtsnorm widerspricht (1), ob die Rechtsprechung einen Faktor explizit als diskriminierend qualifiziert (2) und ob sich die Verwendung auch mit dem programmatischen Gleichstellungsauftrag vereinbaren lässt (3)⁴⁷⁶.

224

Abbildung 5: Zusammenfassung der Empfehlungen zu den Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells

Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells	Empfehlung
<ul style="list-style-type: none"> Zivilstand 	<p>Streichen: Das Anknüpfen an den Zivilstand kann auf individualrechtlicher Ebene eine Diskriminierung darstellen. Auch aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts ergibt sich, dass die Beachtung des Zivilstands eine unzulässige Stereotypisierung bewirkt. Deshalb wird das Streichen der Variable empfohlen.</p>
<ul style="list-style-type: none"> Aufenthaltsstatus 	<p>Weiterverwenden: Gleichstellungsrechtlich ist der Aufenthaltsstatus nur insoweit relevant, als eine Ungleichbehandlung sowohl mit dem ausländerrechtlichen Status einer Person <i>und</i> ihrem Geschlecht zusammenhängt. Entsprechende Gerichtsfälle sind nicht bekannt. Auf dieser Basis besteht kein Grund für eine Streichung der Variable.</p>
<ul style="list-style-type: none"> Region 	<p>Weiterverwenden: Die Region weist kein Diskriminierungspotenzial auf. Entsprechende Gerichtsfälle sind nicht bekannt. Auch der programmatische Charakter des Gleichstellungsrechts spricht nicht gegen eine Verwendung. Der Faktor kann somit weiterhin beachtet werden.</p>
Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben	

⁴⁷⁶ Siehe Rz. 107.

<ul style="list-style-type: none"> • Höchste abgeschlossene Ausbildung 	<p>Weiterverwenden: Das Diskriminierungspotenzial bzgl. der Verwendung der höchsten abgeschlossenen Ausbildung ist gering. Die Rechtsprechung lässt die Ausbildung auf der individuellen Ebene als Rechtfertigungsgrund zu. Auch der programmatische Charakter des Gleichstellungsrechts widerspricht dem nicht. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>
<p>Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Potenzielle Berufserfahrung 	<p>Weiterverwenden: Die potenzielle Berufserfahrung wirkt sich grundsätzlich geschlechtsneutral aus. In individualrechtlichen Verfahren wird sie nicht berücksichtigt. Der programmatische Charakter des Gleichstellungsrechts spricht nicht gegen eine Verwendung. Deshalb kann sie im Analysemodell weiterhin beachtet werden.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Dienstjahre 	<p>Weiterverwenden: Es besteht ein Diskriminierungspotenzial. Die Rechtsprechung lässt Dienstjahre indes auf der individuellen Ebene als Rechtfertigungsgrund zu. Auch der programmatische Charakter des Gleichstellungsrechts widerspricht dem nicht. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>
<p>Arbeitsplatzspezifische Bedingungen</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Arbeitspensum 	<p>Streichen: Im individuellen Verfahren dürfen Lohnunterschiede nicht mit Rückgriff auf das Arbeitspensum gerechtfertigt werden. Eine Beachtung im nationalen Analysemodell würde dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts widersprechen. Deshalb wird empfohlen, diesen Faktor zu streichen.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Branche 	<p>Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Die Rechtsprechung lässt Marktelemente auf der individuellen Ebene als Rechtfertigungsgrund zu, jedoch unter strengen Voraussetzungen. Aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts ergibt sich die Notwendigkeit von Politikmaßnahmen, eine Streichung drängt sich aber nicht auf. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Berufliche Stellung 	<p>Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Auf individueller Ebene scheitert ein Lohngleichheitsanspruch i.d.R. an einer unterschiedlichen beruflichen Stellung, weil die zu vergleichenden Tätigkeiten nicht gleich bzw. gleichwertig sind. Aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts ergibt sich die Notwendigkeit von Politikmassnahmen, eine Streichung drängt sich aber nicht auf. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Kompetenzniveau⁴⁷⁷ 	<p>Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Auf individueller Ebene scheitert ein Lohngleichheitsanspruch i.d.R. an einem unterschiedlichen Kompetenzniveau, weil die zu vergleichenden Tätigkeiten nicht gleich bzw. gleichwertig sind. Aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts ergibt sich die Notwendigkeit einer entsprechenden Interpretation, eine Streichung drängt sich aber nicht auf. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Ausgeübter Beruf⁴⁷⁸ 	<p>Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts ergibt sich die Notwendigkeit von Politikmassnahmen, eine Streichung drängt sich aber nicht auf. Der Faktor kann somit weiterverwendet werden.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Firmengrösse 	<p>Weiterverwenden: Bei der Firmengrösse besteht kein Diskriminierungspotenzial. Aus der Rechtsprechung sind keine gegenteiligen Fälle bekannt. Auch der programmatische Charakter des Gleichstellungsrechts spricht nicht gegen eine Verwendung. Der Faktor kann somit weiterhin beachtet werden.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Lohnart 	<p>Streichen: Lohnfaktoren haben ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial. Die weitere Verwendung der Lohnfaktoren im nationalen Analysemodell ist deshalb nicht zu empfehlen.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Lohnvereinbarung 	
<ul style="list-style-type: none"> • Lohnform 	
<ul style="list-style-type: none"> • Zusätzliche Lohnbestandteile 	

Quelle: Eigene Darstellung

⁴⁷⁷ Vor der LSE 2012 „Anforderungsniveau“.

⁴⁷⁸ Vor der LSE 2012 „Tätigkeitsbereich“.

Abbildung 6: Zusammenfassung der Empfehlungen zu möglichen neuen Modellvariablen

Mögliche neue Modellvariablen	Empfehlung
<ul style="list-style-type: none"> Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung) 	Nicht aufnehmen: Die effektive Berufserfahrung weist ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial auf. Eine Aufnahme wird deshalb nicht empfohlen.
<ul style="list-style-type: none"> Arbeitszeitmodelle 	Nicht aufnehmen: Arbeitszeitmodelle weisen ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial auf. Eine Aufnahme wird deshalb nicht empfohlen.
<ul style="list-style-type: none"> Physische sowie psychische Belastungen 	Prüfen: Bei der physischen und psychischen Belastung besteht ein Diskriminierungspotenzial bei der Erfassung der Daten. Deshalb wird empfohlen zu prüfen, ob eine Stereotyp-freie Erhebung möglich ist.

Quelle: Eigene Darstellung

VII. Zusammenfassendes Fazit und Empfehlungen

225 Die Studie soll aus juristischer Sicht aufzeigen, welche Faktoren zur Messung der Lohnungleichheit Diskriminierungspotenzial haben und welche Faktoren für eine diskriminierungsfreie Statistik geeignet wären. Das Mandat verlangt einen nachvollziehbaren Bericht mit klaren Empfehlungen, der für ein breites Publikum verständlich formuliert ist.

226 Zur Umsetzung dieses Auftrages analysieren wir vorab umfassend *nationale und internationale Vorgaben* und leiten daraus die *rechtlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Statistik* ab⁴⁷⁹. Ein ganzes Bündel an Rechtsgrundlagen sowohl im Bundes- als auch im Völkerrecht verbietet die Lohndiskriminierung zwischen den Geschlechtern und verpflichtet alle staatlichen Organe zum Ergreifen der notwendigen Massnahmen für den Abbau der Ungleichheiten. Für eine wirksame Bekämpfung der Lohndiskriminierung sind die Behörden (aber auch die privaten Akteure) auf zuverlässige Daten angewiesen. Die entsprechende rechtliche Verpflichtung ergibt sich einerseits aus dem Gleichstellungsrecht und andererseits aus der allgemeinen in der Verfassung verankerten Pflicht zur Überprüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen. Entscheidend ist, dass die Erfassung statistischer Daten und deren Auswertung und Analyse diskriminierungsfrei erfolgt. Entscheide, die aufgrund von statistischen Erfahrungswerten gefällt werden, können Stereotypen perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Gleiches gilt auch für Erklärungsfaktoren, wenn sie sich auf statistische Erfahrungswerte stützen.

⁴⁷⁹ II. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik, S. 19 ff.

In einem nächsten Schritt⁴⁸⁰ vertiefen wir die Problematik, dass Statistiken in Diskriminierungsfragen ein Janusgesicht zeigen, indem sie zum einen sachgerechte Grundlage für eine wirksame Bekämpfung von Diskriminierung bilden (und deshalb auch aus diskriminierungsrechtlicher Sicht notwendig sind) aber zum anderen gleichzeitig ein Diskriminierungspotenzial im Sinne eines Generalisierungsunrechts in sich bergen. Gerichtsentscheide, die für bestimmte Sachfragen auf der Basis statistischer Erfahrungswerte gefällt werden, können Stereotype perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Gerichte folgen statistischer Evidenz jedoch dann nicht, wenn in einem individuellen Verfahren normative Vorgaben eine Abweichung von statistischer Erkenntnis erfordern. Dies zeigt ein Blick in die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR. Hier wie dort wurden Unterschiede, die zwar statistisch bzw. versicherungsmathematisch gerechtfertigt sind, aus rechtlicher Sicht als unzulässig erklärt.

227

Als *Zwischenergebnis*⁴⁸¹ legen wir u.a. dar, dass aufgrund der rechtlichen Grundlagen der LSE⁴⁸² und des umfassenden Gleichstellungsauftrages an die staatlichen Behörden der Debatte um das Ausmass der erklärbaren und nicht erklärbaren Teile der geschlechtsbedingten Lohndifferenz nicht der (allein) entscheidende Punkt ist. Relevant ist vielmehr, dass aus rechtlicher Sicht nicht nur eine Verpflichtung zum Rechtsschutz gegen Lohndiskriminierung im konkreten Einzelfall besteht, sondern darüber hinausgehend zur Verwirklichung des Ziels der Lohnungleichheit auch Massnahmen *gegen strukturelle Ungleichheiten* sowie der Abbau stereotyper Vorstellungen über Frauen und Männer erforderlich sind. Gleichstellungsrecht hat diesbezüglich einen programmatischen Charakter⁴⁸³. Diese Erkenntnis wirkt sich auch auf lohnstatistische Erhebung und der Analyse deren Daten aus. In der Diskussion und Bewertung der durch das Analysemodell gewonnen Erkenntnisse ist zu beachten, dass aus *erklärbaren* Teilen der Lohnungleichheit gerade *nicht geschlossen werden darf*, dass diese *Lohnungleichheiten hinzunehmen* sind, denn auch die Lohnungleichheit erklärende Faktoren können diskriminierend sein.

228

Die Würdigung der einzelnen Faktoren des Analysemodells⁴⁸⁴ erfolgt auf der Basis der Erkenntnisse aus den vorangehenden Teilen. Die Ergebnisse der Würdigung der einzelnen Variablen sind tabellarisch zusammenfassend dargestellt⁴⁸⁵.

229

Auf der Grundlage der durch die einzelnen Untersuchungsschritte gewonnen Erkenntnisse lassen sich die folgenden Empfehlungen an die zuständigen Bundesbehörden ableiten:

230

1. Eine wirksame Politik der Lohnungleichheit erfordert statistische Grundlagen. Die Spezialauswertung Lohnungleichheit weiterzuführen.

⁴⁸⁰ Siehe III. Statistische Diskriminierung, S. 33 ff. und IV. Vertiefung (...), S. 42 ff.

⁴⁸¹ Siehe V. Vorläufige Zwischenergebnisse, S. 44 ff.

⁴⁸² Siehe Rz. 46 ff.

⁴⁸³ Siehe dazu insbesondere Rz. 39 bis Rz. 41.

⁴⁸⁴ VI. Juristische Würdigung der Erklärungsfaktoren des Analysemodells der nationalen Statistik, S. 46 ff.

⁴⁸⁵ Siehe Abbildung 5: Zusammenfassung der Empfehlungen zu den Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells, S. 88 und Abbildung 6: Zusammenfassung der Empfehlungen zu möglichen neuen Modellvariablen, S. 91.

2. An diesem Modell sind aus juristischer Sicht die folgenden Änderungen vorzunehmen:
 - a. Die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohnarten“ sind zu streichen.
 - b. Die zur Diskussion stehenden neuen Faktoren „Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (effektive Berufserfahrung)“ und „Arbeitszeitmodelle“ sind nicht aufzunehmen.
 - c. Zur Aufnahme der „Physischen und psychischen Arbeitsbelastung“ wird die Evaluation eines Stereotyp-freien Bewertungssystems empfohlen.
3. Es hat eine Retropolation der bisherigen Auswertungen anhand des neuen Modells (ohne die Faktoren „Zivilstand“, „Arbeitspensum“ und „Lohnarten“) stattzufinden.
4. Das festgestellte Diskriminierungspotenzial der im Analysemodell verbleibenden Faktoren („Aufenthaltsstatus“, „Höchste abgeschlossene Ausbildung“, „Dienstjahre“, „Branche“, „Berufliche Stellung“, „Kompetenzniveau“, „Ausgeübter Beruf“) ist bei der Interpretation und der Kommunikation der Ergebnisse jeweils zu berücksichtigen.
5. Gerichte und Verwaltungsbehörden sind darauf zu sensibilisieren, Daten aus der LSE und des Analysemodells nicht unbesehen als Entscheidungsgrundlage zu benutzen, da Statistik und Einzelfall andere Zwecke verfolgen.

Basel, 23. November 2017 Kurt Pärli

Literaturverzeichnis

- AIGNER DENNIS/ CAIN GLEN Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets, Industrial and Labor Relations Review 30 (1977) Nr. 2, S. 175 ff.
- ARIOLI KATHRIN/EGG BIBIANE Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohnungleichheitsprozessen, AJP 2001, S. 1299 ff.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE Discrimination salariale: Art. 3 LEg, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011 (zit. AUBRY GIRARDIN, Komm. Art. 3 LEg)
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, AJP 2005, S. 1062 ff. (zit. AUBRY GIRARDIN, Égalité salariale)
- B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung AG/
Universität Bern Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in der Schweiz – Methodische Grundlagen, Literaturanalyse und Evaluation von bestehenden Studien, April 2015 (zit. B,S,S./Universität Bern)⁴⁸⁶
- BAIN & COMPANY Studie zur Chancengleichheit – Frauenförderung fängt bei den Männern an, 2015 (zit. Bain & Company)⁴⁸⁷
- BEN JANN Erwerbsarbeit, Einkommen und Geschlecht. Studien zum Schweizer Arbeitsmarkt, Zürich 2008
- BERTSCHY KATHRIN/WALKER PHILIPP/
BAERISWYL ANNICK/MARTI MICHAEL Lohndiskriminierung beim Berufseinstieg. Eine quantitative Analyse für die Schweiz, Swiss Journal of Sociology 40 (2014) Nr. 2, S. 279 ff.
- BFS Statistisches Mehrjahresprogramm des Bundes 2016-2019 – Bericht, Neuenburg 2016 (zit. BFS, Statistisches Mehrjahresprogramm 2016-2019)⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Abrufbar unter: http://www.arbeitgeber.ch/wp-content/uploads/2015/07/20150622_Studie-Lohnunterschiede-in-der-Schweiz.pdf (zuletzt besucht am 24.10.2016).

⁴⁸⁷ Abrufbar unter: <http://www.bain.de/press/press-archive/bain-studie-zur-chancengleichheit-everyday-moments-of-truth.aspx> (deutschsprachige Zusammenfassung), die Studie in englischer Sprache findet sich hier: „Everyday Moments of Truth“: http://www.bain.com/Images/BAIN_REPORT_Everyday_moments_of_truth.pdf (zuletzt besucht am 28.11.2016).

BFS	Charta der öffentlichen Statistik der Schweiz, Neuenburg 2012 (zit. BFS Charta) ⁴⁸⁹
BIAGGINI GIOVANNI	Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Zürich 2007 (zit. Komm. BV-BIAGGINI, Art.)
BOLL CHRISTINA/LEPPIN JULIAN	Die geschlechtsspezifische Lohnlücke in Deutschland: Umfang, Ursachen und Interpretation, Wirtschaftsdienst 95 (2015) Nr. 4, S. 249 ff.
BREGNARD-LUSTENBERGER JUDITH	Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss., Bern 2007
BRITZ GABRIELE	Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung – Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen 2008
BURDON MARK/HARPUR PAUL	Re-conceptualising Privacy and Discrimination in an Age of Talent Analytics, University of New South Wales Law Journal 37 (2014) Nr. 2, S. 679 ff.
COATE STEPHEN/LOURY GLENN C.	Will Affirmative-Action Policies Eliminate Negative Stereotypes?, The American Economic Review 83 (1993) Nr. 5, S. 1220 ff.
CORNAGLIA FRANCESCA/FELDMAN NAOMI	Productivity, Wages, and Marriage: The Case of Major League Baseball, Discussion Paper No. 5695, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, Bonn 2011 ⁴⁹⁰
DAHINDEN JANINE/FIBBI ROSITA/MORET JOËLLE/CATTACIN SANDRO	Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz – Probleme und Massnahmen. Ergebnisse einer Aktionsforschung, Bern/Neuchâtel 2004
DEMIR EYLEM	Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Basel/Winterthur/Zürich 2016, S. 7 ff.

⁴⁸⁸ Abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/bfs/oeffentliche-statistik/system-oeffentliche-statistik/mehrjahresprogramm.assetdetail.350518.html> (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁴⁸⁹ Abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/institutionen/oeffentliche_statistik/ethische_prinzipien/charta_2002.html (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁴⁹⁰ Abrufbar unter: <http://ftp.iza.org/dp5695.pdf> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

DOLDER FRITZ/MOELLENEY MATTHIAS	Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 1, in: Jusletter 22.05.2017
EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER/VALLENDER KLAUS (Hrsg.)	Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/-IN, Art.)
EKR	Mehrfachdiskriminierung, TANGRAM 23, Bulletin der EKR 06/2009 ⁴⁹¹
ENAR	Measure, Plan, Act – How data collection can support racial equality, Brüssel 2014 (zit. ENAR) ⁴⁹²
ENAR/OSF	ENAR OSF Symposium on Equality Data Collection 24 and 25 October 2013, Brussels (Meeting Report) (zit. ENAR/OSF) ⁴⁹³
EPINEY ASTRID	Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 105 (2004), S. 37 ff.
Europäische Kommission	Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union GRÜNBUCH, 2004 (zit. EU-Kommission, Gleichstellung) ⁴⁹⁴
Europäische Kommission	Verhaltenskodex für Europäische Statistiken (European Statistics Code of Practice), 2011 (zit. EU-Kommission, Verhaltenskodex für Europäische Statistiken) ⁴⁹⁵
Europäische Kommission	Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-Discrimination, 2011 ⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Abrufbar unter: http://www.ekr.admin.ch/pdf/Tangram_23.pdf (zuletzt besucht am 28.04.2017).

⁴⁹² Abrufbar unter: http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/20084_equalitydatacollectionpublication-8-low.pdf (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁴⁹³ Abrufbar unter: http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/enar_osf_2013_symposium_on_equality_data_collection.pdf (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁴⁹⁴ Abrufbar unter: http://www.agrud.de/presse_gesetze/eu-greenpaper04.pdf (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁴⁹⁵ Abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/institutionen/oeffentliche_statistik/ethische_prinzipien/eu.html (zuletzt besucht am 19.10.2016).

Europäische Kommission	A Roadmap for equality between women and men 2006-2010, Brüssel 2006 (zit. EU-Kommission, A Roadmap for equality 2006-2010) ⁴⁹⁷
Europäische Kommission	Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?, Brüssel 2009 (zit. EU-Kommission, Multiple Discrimination in EU Law) ⁴⁹⁸
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2007 edition, Luxemburg 2007 (zit. EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007) ⁴⁹⁹
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2009 edition, Luxemburg 2009 (zit. EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009) ⁵⁰⁰
EUROSTAT	Statistical Requirements Compendium 2010 edition, Luxemburg 2010 (zit. EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2010) ⁵⁰¹
FARBER HENRY/SILVERMAN DAN/VON WACHTER TILL	Factors Determining Callbacks to Job Applications by the Unemployed: An Audit Study, NBER Working Paper No. 21689, Massachusetts 2015 ⁵⁰²
FELFE CHRISTINA/TRAGESER JUDITH/ITEN ROLF	Studie zu den statistischen Analysen der Eidgenossenschaft betreffend die Lohnleichheit von Frau und Mann – Schlussbericht, St. Gallen/Zürich 2015

⁴⁹⁶ Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (zuletzt besucht am 24.10.2016).

⁴⁹⁷ Abrufbar unter: https://bookshop.europa.eu/en/a-roadmap-for-equality-between-women-and-men-2006-2010-pbKE7205596/downloads/KE-72-05-596-EN-C/KE7205596ENC_002.pdf?FileName=KE7205596ENC_002.pdf&SKU=KE7205596ENC_PDF&CatalogueNumber=KE-72-05-596-EN-C (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁴⁹⁸ Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf (zuletzt besucht am 09.01.2017).

⁴⁹⁹ Abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5897377/KS-RA-07-009-EN.PDF/799ebc97-7a1e-498e-b6d8-b0c933b8b95c?version=1.0> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁵⁰⁰ Abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5910809/KS-RA-09-009-EN.PDF/aca57c5a-ca2f-433f-8b37-88f292b9da12?version=1.0> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁵⁰¹ Abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5915733/KS-RA-10-007-EN-EN.PDF/ccead43d-57f3-4dce-aa7d-34e51caadd7d?version=1.0> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁵⁰² Abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w21689> (zuletzt besucht am 09.01.2017).

FREIVOGEL ELISABETH/STEINER OLIVER	Die Regelung der Überzeitzuschläge und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, AJP 2001, S. 993 ff.
FUCHS GESINE/BOTHFELD SILKE/LEITNER ANDREA/ROUAULT SOPHIE	Gleichstellungspolitik öffentlicher Arbeitgeber. Analysen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, Leverkusen 2016
GEISER THOMAS	Zweiter Teil – Die Lohndiskriminierung vor Gericht / Die „objektiven“ Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in: Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, CERT - Centre d'étude des relations du travail Nr. 7, Zürich 2016, S. 159 ff.
GEISER THOMAS/MAUCHLE MATHIAS	Marktlohn und konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede gemäss Art. 3 Abs. 2 GlG, Rechtsgutachten vom 16. Februar 2016 zu Händen des EBG ⁵⁰³
GEISMANN BERNHARD	Risikoprüfung in der Personenversicherung – Diskriminierung von Behinderten?, versicherungsrundschau 05/2008, S. 15 ff.
GIANETTONI LAVINIA/CARVALHO CAROLINA/GAUTHIER JACQUES-ANTOINE/GROSS DINAH/JOYE DOMINIQUE	Berufswünsche der Jugendlichen in der Schweiz: stereotype Rollenbilder und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Social Change in Switzerland, 03/2015
GOEL SHARAD/PERELMAN MAYA/ SHROFF RAVI/ SKLANSKY DAVID ALAN	Combatting Police Discrimination In The Age Of Big Data, Mai 2016, zur Publikation vorgesehen in New Criminal Law Review
GOLDIN CLAUDIA	A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter, American Economic Review 104 (2014) Nr. 4, S. 1091 ff. ⁵⁰⁴

⁵⁰³ Abrufbar unter: <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen/publikationen-zu-gleichstellung-im-erwerbsleben/lohngleichheit.html> (zuletzt besucht am 01.03.2017).

⁵⁰⁴ Abrufbar unter: https://scholar.harvard.edu/files/goldin/files/goldin_aeapress_2014_1.pdf (zuletzt besucht am 09.01.2017).

GOULD ELISE/SCHIEDER JESSICA/GEIER KATHLE- EN	What is the gender pay gap and is it real? – The complete guide to how women are paid less than men and why it can't be explained away, Economic Policy Institute, Washington, District of Columbia 2016 ⁵⁰⁵
HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN	Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, SKMR-Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, Bern 2015 ⁵⁰⁶
HEIZMANN RETO	Strafe im schweizerischen Privatrecht – Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Nr. 811
HOFFMANN CHRISTIAN	Gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Die Entstehung und Überwindung von Lohnunterschieden zwischen den Geschlechtern in einer Marktwirtschaft, Liberales Institut, Mai 2015
ILIĆ DRAGAN	Marginally discriminated: the role of outcome tests in European jurisdiction, European Journal of Law and Economics 36 (2016), S. 271 ff. (zit. Ilić, Outcome Tests) ⁵⁰⁷
ILIĆ DRAGAN	Spatial and Temporal Aggregation in Racial Profiling, Swiss Journal of Economics and Statistics 149 (2013) Nr. 1, S. 27 ff. (zit. Ilić, Racial Profiling) ⁵⁰⁸
JANSSEN SIMON/TUOR SIMONE/BACKES- GELLNER USCHI	Discriminatory Social Attitudes and Varying Gender Pay Gaps within firms, Zürich 2014 ⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Abrufbar unter: <http://www.epi.org/publication/what-is-the-gender-pay-gap-and-is-it-real/#epi-toc-13> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

⁵⁰⁶ Abrufbar unter: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_Teilstudie_2_Geschlecht_Juristische_Analyse.pdf (zuletzt besucht am 02.03.2017).

⁵⁰⁷ Abrufbar unter: <http://link.springer.com/article/10.1007/s10657-013-9409-9> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

⁵⁰⁸ Abrufbar unter: <http://www.sjes.ch/papers/2013-I-2.pdf> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

⁵⁰⁹ Abrufbar unter: <https://ideas.repec.org/p/zrh/wpaper/327.html>; Zusammenfassend: <http://www.business.uzh.ch/dam/jcr:fffff-b255-bbfa-ffff-ffffc5908b45/Zusammenfassung.pdf> (zuletzt besucht am 24.02.2017).

JOCHMANN-DÖLL ANDREA	Den Worten müssen Taten folgen! Grundlagen und Wege zur Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, genderpolitik_online, August 2011 ⁵¹⁰
KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.)	Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009 (zit. BEARBEITER/-IN, Komm. Art. GlG)
KIENER REGINA/KÄLIN WALTER	Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013
KLETT KATHARINA	Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Epiney Astrid/Von Danckelmann Ira (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und in der EU, Zürich 2004, S. 134 ff.
KOLLAND FRANZ	Altersbilder und ihre normative Wirkung im Wandel der Erwerbsarbeit, in: Brauer Kai/Clemens Wolfgang (Hrsg.), Zu alt? – „Ageism“ und Altersdiskriminierung auf Arbeitsmärkten, Wiesbaden 2010
KREBBER SEBASTIAN	Art. 157 AEUV, in: Calies Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011 (zit. KREBBER, Komm. Art. 157 AEUV)
LEEMANN REGULA/KECK ANDREA	Der Übergang von der Ausbildung in den Beruf. Bedeutung von Qualifikation, Generation und Geschlecht, Neuenburg 2005
LEMPEN KARINE/ VOLODER ANER	Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2015), Bern 2017 ⁵¹¹
LEONARD MEGAN/STANLEY T.D.	Married with children: What remains when observable biases are removed from the reported male marriage wage premium, Labour Economics 33 (2015), S. 72 ff. ⁵¹²

⁵¹⁰ Abrufbar unter: http://www.fu-berlin.de/sites/gpo/pol_sys/politikfelder/Den_Worten_muessen_Taten_folgen/Jochmann_Doell.pdf (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁵¹¹ Abrufbar unter: <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen/publikationen-zu-gleichstellung-im-erwerbsleben/gleichstellungsgesetz.html> (zuletzt besucht am 21.06.2017).

MADUZ CHRISTIAN	Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann: kritische Würdigung der Regressionsanalyse, AJP 2015, S. 437 ff. (MADUZ, AJP 2015)
MADUZ CHRISTIAN	Regressionsanalyse: Kontrollinstrument zur Überprüfung der Lohngleichheit – Urteilsbesprechung BGE 130 III 145, ARV 2014, S. 178 ff. (zit. MADUZ, ARV 2014)
MAIHOFFER ANDREA/BERGMAN MANFRED/ HUPKA-BRUNNER SANDRA/WEHNER NINA/ SCHWITER KARIN/HUBER EVÉLINE/KANJI SHI- REEN	Kontinuität und Wandel von Geschlechterungleichheiten in Ausbildungs- und Berufsverläufen junger Erwachsener in der Schweiz, NFP 60, Gleichstellung der Geschlechter, Basel 2013
MAKKONEN TIMO	Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, Brüssel/Helsinki 2006 ⁵¹³
MARTI WHITEBREAD CLAUDIO	Lohnleichheit zwischen Frau und Mann: eine Auslegung, AJP 2015, S. 1551 ff.
MEURS DOMINIQUE	Mesurer les discriminations: les approches des économistes, in: Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 02/2015, S. 90 ff.
MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS	Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008
MUMENTHALER CHRISTIAN	Getting the balance right, Zusammenfassung der Rede, gehalten an der Konferenz „Getting the balance right: Risk selection in private insurance.“, Februar 2010, in: Conference Report, S. 4 f.
MURPHY EMILY/OESCH DANIEL	The Feminization of Occupations and Change in Wages: A Panel Analysis of Britain, Germany, and Switzerland, 2015

⁵¹² Abrufbar unter: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0927537115000251> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

⁵¹³ Abrufbar unter: http://bookshop.europa.eu/de/europaeisches-handbuch-zu-gleichstellungsdaten-pbKE7606381/downloads/KE-76-06-381-DE-C/KE7606381DEC_002.pdf?FileName=KE7606381DEC_002.pdf&SKU=KE7606381DEC_PDF&CatalogueNumber=KE-76-06-381-DE-C (zuletzt besucht am 20.10.2016).

NEUMARK DAVID/BURN IAN/BUTTON PATRICK	Is It Harder for Older Workers to Find Jobs? New and Improved Evidence from a Field Experiment, NBER Working Paper No. 21669, Massachusetts 2015 ⁵¹⁴
OCHSENFELD FABIAN	Gläserne Decke oder goldener Käfig: Scheitert der Aufstieg von Frauen in erste Managementpositionen an betrieblicher Diskriminierung oder an familiären Pflichten?, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 64 (2012) Nr. 3, S. 50 ff.
OECD	Gender Equality In Education, Employment And Entrepreneurship: Final Report To The Meeting of the OECD Council at Ministerial Level 2012, Paris 2012 ⁵¹⁵
OSF	Ethnic Origin And Disability Data Collection In Europe: Measuring Inequality – Combating Discrimination (Policy Report), 2014 (zit. OSF) ⁵¹⁶
OTT LISA	Art. 22 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/ Turnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) – Stämpflis Handkommentar, Bern 2010
PÄRLI KURT	Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, HAVE 02/2011, S. 153 ff. (zit. PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen)
PÄRLI KURT	Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK, SZS 2016, S. 390 ff. (zit. PÄRLI, Invaliditätsbemessung)
PÄRLI KURT	Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014 (zit. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen)

⁵¹⁴ Abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w21669> (zuletzt besucht am 09.01.2017).

⁵¹⁵ Abrufbar unter: <https://www.oecd.org/employment/50423364.pdf> (zuletzt besucht am 06.03.2017).

⁵¹⁶ Abrufbar unter: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/ethnic-origin-and-disability-data-collection-europe-20141126.pdf> (zuletzt besucht am 20.10.2016).

PÄRLI KURT	Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit)
PÄRLI KURT/NAGUIB TAREK	Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit – Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen, Winterthur, Dezember 2012 (zit. PÄRLI/NAGUIB, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit) ⁵¹⁷
PERISCO NICOLA	Rational choice foundations of equal protection in selective enforcement: Theory and evidence, University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research Paper 20/2006 ⁵¹⁸
RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/ÜBERSAX PETER	Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
RUDOLPH ROGER	Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht ⁵¹⁹
SALVI MARCO/ENGLER MONIKA/PARZER EPP VERENA/SHELLENBAUER PATRIK/WIRZ CLAUDIA	Warum der Arbeitsmarkt nicht versagt, Avenir Suisse, November 2015
SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRIG	Analyse von Lohndiskriminierung Hintergründe, Vorgehensweisen und Instrumente, AJP 2006, S. 1384 ff.
SCHERER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE	Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014

⁵¹⁷ Abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Schutz_vor_Benachteiligung_aufgrund_chronischer_Krankheit.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt besucht am 19.10.2016).

⁵¹⁸ Abrufbar unter: <http://nicolapersico.com/files/racprof16N.pdf> (zuletzt besucht am 29.11.2016).

⁵¹⁹ Abrufbar unter: http://www.trex.ch/xml_1/internet/de/application/d5/f22.cfm?view=trex.printArchiv&showYear=2011&showMagazin=141&showArtikel=1969&CFID=801012&CFTOKEN=3d5bce9df4d5cc4-68268FA7-5056-8200-12CCBC89E6CFE8DA (zuletzt besucht am 04.03.2017)

SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTENBACH JUDITH (Hrsg.)	Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau: Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015 (zit. Komm. CEDAW-BEARBEITER/-IN, Art.)
SCHRÖTER OLIVER	Messung der Lohngleichheit: Überlegungen zum Faktor Berufserfahrung ⁵²⁰
SCHRÖTER OLIVER/MARTI WHITEBREAD CLAUDIO	Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrollen / Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes, in: Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, CERT - Centre d'étude des relations du travail Nr. 7, Zürich 2016, S. 239 ff.
SCHUBARTH KATHARINA	Sieben Jahre Mutterschaftsentschädigung – eine erste Wirkungsanalyse, Soziale Sicherheit CHSS 05/2012, S. 305 ff. ⁵²¹
SECO	KMU-Handbuch Beruf und Familie – Massnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie in kleinen und mittleren Unternehmen, Bern 2007 ⁵²²
SECO/SEM/BFS/BSV	11. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf den Schweizer Arbeitsmarkt, Bern 2015 ⁵²³
SKMR	Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen – Synthesebericht, Bern 2015 (zit. SKMR) ⁵²⁴
Statistisches Amt Kanton Zürich	Zürcher Lohnstudie, statistik.info 03/2016 ⁵²⁵

⁵²⁰ Abrufbar unter: <https://economicblogs.ch/oekonomenstimme/2016/schr%C3%B6ter-messung-lohngleichheit-berufserfahrung> (zuletzt besucht am 28.04.2017).

⁵²¹ Abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/publikationen/soziale-sicherheit/chss-5-2012.html> (zuletzt besucht am 02.03.2017).

⁵²² Abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/6871.pdf> (zuletzt besucht am 28.02.2017).

⁵²³ Abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/39983.pdf> (zuletzt besucht am 24.02.2017).

⁵²⁴ Abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-25/synthesebericht-d.pdf> (zuletzt besucht am 24.10.2016).

STAUBER-MOSER SUSY	Lohnleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, S. 1352 ff.
STRUB SILVIA/ABRASSART AURÉLIEN/ BANNWART LIVIA/OESCH THOMAS	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2012 – Schlussbericht, Bern 2016 ⁵²⁶
STRUB SILVIA/BANNWART LIVIA	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2014 – Schlussbericht, Bern 2017 ⁵²⁷
STRUB SILVIA/STOCKER DÉsirÉE	Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2008 – Schlussbericht, Bern 2010 ⁵²⁸
STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/ FREIVOGEL ELISABETH	Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes – Synthesebericht, 2005 ⁵²⁹
TONDORF KARIN	Gesamtwirtschaftliche, betriebliche und tarifliche Analysen zur Entgeltgleichheit, geneder...politik...online, August 2011 ⁵³⁰
ÜBERSCHLAG JAKOB	Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, LBR 44 (2009), S. 49 ff.
UEBE WESSELINA	Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, in: Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Basel/Winterthur/Zürich 2016, S. 548 ff.

⁵²⁵ Abrufbar unter: http://lohnmobil.ch/wp-content/uploads/Lohnstudie_ZH_-2016.pdf (zuletzt besucht am 24.02.2017).

⁵²⁶ Abrufbar unter: http://www.buerobass.ch/pdf/2016/BFS_2016_LohnanalysenLSE2012.pdf (zuletzt besucht am 09.01.2017).

⁵²⁷ Abrufbar unter: http://www.buerobass.ch/pdf/2017/BFS_2017_LohnanalysenLSE2014.pdf (zuletzt besucht am 12.04.2017).

⁵²⁸ Abrufbar unter: http://www.buerobass.ch/pdf/2010/BFS_2010_Lohnanalysen_LSE1998-2008_Schlussbericht.pdf (zuletzt besucht am 09.01.2017).

⁵²⁹ Abrufbar unter: http://www.gleichstellungsgesetz.ch/pdf/syntheseber_gleichstellung_d.pdf (zuletzt besucht am 24.10.2016).

⁵³⁰ Abrufbar unter: http://www.fu-berlin.de/sites/gpo/pol_sys/politikfelder/Gesamtwirtschaftliche_betriebliche_und_tarifliche_Analysen/Tondorf.pdf (zuletzt besucht am 19.10.2016).

UNECE/World Bank Institute	Developing Gender Statistics: A Practical Tool, Genf 2010 (zit. UNECE/World Bank Institute) ⁵³¹
United Nations	Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women – Statistical Surveys, New York 2014 (zit. United Nations, Statistics on Violence against Women) ⁵³²
WALDMANN BERNHARD	Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, HAVE 01/2007, S. 65 ff. sowie in: Jusletter 22. Januar 2007 (zit. WALDMANN, Autoversicherungsprämien)
WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.)	Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art.)
WASTL-WALTER DORIS/RIAÑO YVONNE/ BÜHLER ELISABETH/ASCHWANDEN ANDRÉ LIMACHER KATHARINA	Understanding Inequalities in the Labour Market: The Intersection of Gender and Ethnicity, NFP 60, Gleichstellung der Geschlechter, Bern 2014
WEBER, STEPHAN	Vom Umgang mit Statistiken und einmalmehr die Zinsfrage, HAVE 02/2015, S. 153-160
WEICHELBAUMER DORIS/WINTER-EBMER RUDOLF	The effects of competition and equal treatment laws on gender wage differentials, Economic Policy 22 (2007) Nr. 50, S. 235 ff.
WERDER CHRISTINA/GALLUSSER DAVID/ LAMPART DANIEL	Was für die Lohngleichheit zu tun ist – Eine Analyse der Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern und der politischen Gegenmassnahmen, SGB Dossier Nr. 104, 2014 ⁵³³
WILDHABER ISABELLE	Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV online 01/2014

⁵³¹ Abrufbar unter: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/publications/Developing_Gender_Statistics.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁵³² Abrufbar unter: http://unstats.un.org/unsd/gender/docs/Guidelines_Statistics_VAW.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2016).

⁵³³ Abrufbar unter: http://www.sgb.ch/uploads/media/104d_CW-DG-DL-Lohngleichheit.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2016).

- WOLF ELKE/BEBLO MIRIAM/OHLERT CLEMENS Gender and nationality pay gaps in light of organisational theories – A large-scale analysis within German establishments, ZfB 82 (2012) Supplement 2, S. 69 ff.⁵³⁴
- ZWICK THOMAS Seniority wages and establishment characteristics, Labour Economics 18 (2011) Nr. 6, S. 853 ff.⁵³⁵

⁵³⁴ Abrufbar unter: <http://link.springer.com/article/10.1007/s11573-011-0544-x> (zuletzt besucht am 24.02.2017).

⁵³⁵ Abrufbar unter: http://econpapers.repec.org/article/eeelabeco/v_3a18_3ay_3a2011_3ai_3a6_3ap_3a853-861.htm (zuletzt besucht am 24.02.2017).

Materialienverzeichnis

Bericht des Bundesrates über das Recht auf Schutz vor Diskriminierung vom 25. Mai 2016 in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 (zit. Bericht Recht auf Schutz vor Diskriminierung)

Bericht des Bundesrates über die Überprüfung der statistischen Methoden des Bundes betreffend die Lohnleichheit von Frau und Mann vom 18. November 2015 in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser, BBI 2016 2893 (zit. Bericht statistische Methoden)

Erläuternder Bericht zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) von 2015 (zit. Erläuternder Bericht Änderung GIG)536

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBI 2011 9077 (zit. Botschaft Elterliche Sorge)

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006 in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, BBI 2006 3161 (zit. Bericht Wirksamkeit 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)

Botschaft zu einem Bundesstatistikgesetz (BStatG) vom 30. Oktober 1991, BBI 1992 I 373 (zit. Botschaft BStatG)

Lohnleichheit für Mann und Frau: Schlussbericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe „Lohnleichheit“, Bern 1988

⁵³⁶ Abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohnleichheit/vn-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 20.02.2017).

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz/Absätze
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948, UNGA-Res. 217 A (III)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957, EUR-Lex 2012/C 326/01
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	Alinea i.S.v. Absatz
Art.	Artikel/article
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BFS	Bundesamt für Statistik
BGBI	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1

BRK	UN-Behindertenrechtskonvention, siehe CRPD
BSG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Bern
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BStatG	Bundesstatistikgesetz (BStatG) vom 9. Oktober 1992, SR 431.01.
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997, SR 0.108
CHSS	Die „Soziale Sicherheit“ CHSS ist die publizistische Plattform des Bundesamts für Sozialversicherungen
CRC	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997, SR 0.107, auch KRK genannt
CRPD	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. Mai 2014, SR 0.109, auch BRK genannt
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EFTA	European Free Trade Association, englisch für <i>Europäische Freihandelsassoziation</i>
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101
ENAR	European Network Against Racism
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz) vom 8. Oktober 1999, SR 823.20
et al.	et alii, lateinisch für <i>und andere</i>
etc.	et cetera, lateinisch für <i>und so weiter</i>
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR-Lex	Rechtsinformationssystem der Europäischen Union
EUROSTAT	Statistische Amt der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der konsolidierten Fassung vom 26. Oktober 2012, EUR-Lex 2012/C 326/16
EWR	Europäische Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls

gl. M.	gleicher Meinung
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, EUR-Lex 2012/C 326/02
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
ISI	International Statistical Institute (Internationales Statistisches Institut)
Komm.	Kommentar
KORSTAT	Konferenz der regionalen statistischen Ämter der Schweiz
KRK	UN-Kinderrechtskonvention, siehe CRC
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) du 24 mars 1995, SR 151.1, siehe auch GIG
LSE	Lohnstrukturerhebung
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MINT	Zusammenfassende Bezeichnung von Studienfächern beziehungsweise Berufen aus den Bereichen Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik
N	Randnote
No.	numero, lateinisch für <i>Nummer</i>
NFP 60	Nationales Forschungsprogramm „Gleichstellung der Geschlechter“
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung

ÖBG	Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Bern vom 11. Juni 2002, BSG 731.2
ÖBR	Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Freiburg, vom 28. April 1998, SGF 122.91.11
ÖBV	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Bern vom 16. Oktober 2002, BSG 731.21
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development, englisch für <i>Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung</i>
OLS	ordinary least squares, Methode der kleinsten Quadrate
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OSF	Open Society Foundations
PK	Praxiskommentar
resp.	respektive
RL	Richtlinien der Europäischen Union, sekundäre Rechtsakte
Rn	Randnote
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite/Seiten
SAKE	Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung
SAV	Schweizerischer Arbeitgeberverband
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SEM	Staatssekretariat für Migration
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGK	St. Galler Kommentar
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZS	Schweizerische Zeitung für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
TOA	Technische Operationsfachfrau
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UN	United Nations
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UNGA-Res.	Resolution of the UN General Assembly
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.1.
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2.
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
zit.	zitiert

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Die Wirkungsebenen der Lohnungleichheit.....	9
Abbildung 2: Die Trias staatlicher Verpflichtungen zum Abbau der Lohnungleichheit	25
Abbildung 3: Diskriminierungspotenzial nach FELFE/TRAGESER/ITEN	49
Abbildung 4: Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells.....	51
Abbildung 5: Zusammenfassung der Empfehlungen zu den Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells.....	88
Abbildung 6: Zusammenfassung der Empfehlungen zu möglichen neuen Modellvariablen.....	91

