

Kurt Pärli / Camill Oberhausser

Diskriminierungsfreie Messung der Lohnungleichheit

Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann auf gesamtwirtschaftlicher Ebene

Aufgrund der Lohnstrukturhebung (LSE) lassen sich Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern auf gesamtwirtschaftlicher Ebene statistisch feststellen. Im Analysemodell der nationalen Statistik (Spezialauswertung Lohnungleichheit) 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.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Grundrechte; Übriges Verfassungsrecht; Politische Rechte

Zitiervorschlag: Kurt Pärli / Camill Oberhausser, Diskriminierungsfreie Messung der Lohnungleichheit, in: Jusletter 25. November 2019

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
 - 1.1. Kontext des Beitrags
 - 1.1.1. Postulat Noser, Studie Felfe/Trageser/Iten und EBG-Diskussionspapier
 - 1.1.2. Bedeutung des Analysemodells für Politik und Gerichtspraxis
 - 1.1.3. Wissenschaftliche bzw. politische Debatte um die richtige Erfassung der Lohngleichheit
 - 1.2. Fragestellung und methodisches Vorgehen
2. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik
 - 2.1. Einleitung
 - 2.2. Lohngleichheit und Statistik: Verfassungs-, völkerrechtliche und gesetzesrechtliche Aspekte
 - 2.2.1. Das Verbot der Lohnungleichheit im Verfassungs- und Völkerrecht und Umsetzung auf Gesetzesstufe
 - a. Art. 8 Abs. 2 und 3 BV, GlG und Beschaffungsrecht
 - b. Völkerrechtliche Verbote der geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit
 - 2.2.2. Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden
 - a. Die verschiedenen verfassungsrechtlichen Pflichten
 - b. Die völkerrechtliche Verpflichtungstrias
 - 2.2.3. Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohngleichheit
 - a. Verfassungsrechtlicher Zusammenhang zwischen Statistik, Evaluation und Grundrecht auf Lohngleichheit
 - b. Diskriminierungsfreie Statistiken und Analysen als Bestandteil der völkerrechtlichen Gewährleistungspflicht
 - 2.3. Lohngleichheit und Statistik: EU-Rechtliche Aspekte
 - 2.4. Standards und Richtlinien zu Statistik und Analyse
3. Statistische Diskriminierung
 - 3.1. Statistische Diskriminierung – Ein Problem des Generalisierungsunrechts
 - 3.1.1. Zur Theorie der statistischen Diskriminierung als Rechtsproblem
 - 3.1.2. Bedeutung in der Praxis: Die EuGH-Entscheidungen «Test-Achats» und «Lindorfer»
 - 3.1.3. Bezugnahme auf die LSE im Rahmen der Invalidenversicherung als statistische Diskriminierung?
 - 3.2. Erkenntnisse für die diskriminierungsfreie Statistik und Analyse
4. Vertiefung: Statistik (und Analyse) als Grundlage für Massnahmen gegen Diskriminierung
5. Vorläufige Zwischenergebnisse
6. Juristische Würdigung der Erklärungsfaktoren des Analysemodells der nationalen Statistik
 - 6.1. Vorüberlegungen und methodisches Vorgehen
 - 6.1.1. Vorüberlegungen
 - 6.1.2. Methodisches Vorgehen
 - 6.2. Kritische Würdigung der Erkenntnisse aus der Felfe/Trageser/Iten-Studie
 - 6.3. Überprüfung der Modellvariablen des bestehenden Modells
 - 6.3.1. Sozio-demographische Faktoren
 - a. Alter
 - b. Zivilstand
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - c. Aufenthaltsstatus
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - d. Region
 - i. Erklärungspotenzial

- ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - 6.3.2. Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben: Höchste abgeschlossene Ausbildung
 - a. Erklärungspotenzial
 - b. Diskriminierungspotenzial
 - c. Ergebnis
 - 6.3.3. Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben
 - a. Alter als Indikator für die potenzielle Berufserfahrung
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - b. Dienstjahre
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - 6.3.4. Arbeitsplatzspezifische Bedingungen
 - a. Arbeitspensum
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - b. Branche
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - c. Berufliche Stellung
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - d. Kompetenzniveau
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - e. Ausgeübter Beruf
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - f. Unternehmensgrösse
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - g. Lohnart, Lohnvereinbarung, Lohnformen und zusätzliche Lohnbestandteile (Lohnarten)
 - i. Erklärungspotenzial
 - ii. Diskriminierungspotenzial
 - iii. Ergebnis
 - 6.4. Mögliche neue Modellvariablen
 - 6.4.1. Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (Effektive Berufserfahrung)
 - a. Erklärungspotenzial
 - b. Diskriminierungspotenzial
 - c. Ergebnis
 - 6.4.2. Arbeitszeitmodelle
 - a. Erklärungspotenzial
 - b. Diskriminierungspotenzial
 - c. Ergebnis

6.4.3. Physische sowie psychische Belastungen

- a. Erklärungspotenzial
- b. Diskriminierungspotenzial
- c. Ergebnis

6.5. Zusammenfassende Darstellung der Variablen und ihrer rechtlichen Würdigung

7. Zusammenfassendes Fazit und Empfehlungen

1. Ausgangslage

1.1. Kontext des Beitrags

1.1.1. Postulat Noser, Studie Felte/Trageser/Iten und EBG-Diskussionspapier

[1] Der vorliegende Beitrag basiert auf einem rechtswissenschaftlichen Diskussionspapier zuhanden des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Mann und Frau (EBG).¹ Das Postulat Noser 14.3388 «Erhebung zur Lohngleichheit. Verbesserung der Aussagekraft» gab Anstoss dazu, die Messung der Lohngleichheit in der Schweiz vertieft zu analysieren. In einem ersten Schritt wurde eine wirtschaftswissenschaftliche Studie in Auftrag gegeben,² deren Ergebnisse nachfolgend kurz dargestellt werden. Es folgte eine rechtliche Analyse³ sowie eine Evaluation alternativer Methoden und Faktoren aus statistischer Sicht.⁴

[2] Im Rahmen der Erfüllung des Postulates Noser gab das EBG eine unabhängige wirtschaftswissenschaftliche Studie in Auftrag. Am 18. November 2015 verabschiedete der Bundesrat seinen Bericht zu dieser Studie.⁵ Ziel 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.

¹ KURT PÄRLI, Diskussionspapier zum Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann aus juristischer Sicht, zuhanden des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Basel 2017 (abrufbar unter <https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/lohngleichheit/Diskussionspapier.pdf.download.pdf/Diskussionspapier.pdf> zuletzt besucht am 26.09.2019). Eine Version in französischer Sprache ist ebenfalls verfügbar (abrufbar unter <https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/fr/dokumente/lohngleichheit/Diskussionspapier.pdf.download.pdf/Document%20de%20r%C3%A9flexion.pdf> zuletzt besucht am 26.09.2019).

² CHRISTINA FELTE/JUDITH TRAGESER/ROLF ITEN, Studie zu den statistischen Analysen der Eidgenossenschaft betreffend die Lohngleichheit von Frau und Mann, Schlussbericht, St. Gallen/Zürich 2015.

³ Siehe Fn. 1.

⁴ BORIS KAISER/MICHAEL LOBSIGER, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern: Evaluation alternativer statistischer Methoden und der Integration weiterer Faktoren aus administrativen Registern der Schweiz. Analyse der Lohnunterschiede anhand der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE), B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung, Studie im Auftrag des Bundesamts für Statistik (BFS), Neuenburg 2019.

⁵ Bericht des Bundesrates über die Überprüfung der statistischen Methoden des Bundes betreffend die Lohngleichheit von Frau und Mann vom 18. November 2015 in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser.

[3] 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 Lohnunterschiede 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 verfügbar.⁶ Damit wird überprüft, ob eine einzelne Unternehmung die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau respektiert. Mit der Revision des GlG besteht ab dem 1. Juli 2020 die Pflicht für Unternehmen mit 100 und mehr Angestellten, alle vier Jahre eine *betriebsinterne* Lohngleichheitsanalyse durchzuführen (Art. 13a nGlG).⁷ Weiter besteht u.a. die Pflicht zur Überprüfung dieser Analyse durch eine unabhängige Stelle (Art. 13d nGlG) und zur Information der Mitarbeitenden (Art. 13g nGlG).⁸ Diese Lohnanalysen sind nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen.⁹ Das Standard-Analysemodell¹⁰ des Bundes entspricht einer solchen anerkannten Methode.¹¹

[4] Neben der betrieblichen und der nationalen Ebene besteht auch eine individuelle Ebene, auf der geschlechtsspezifische Lohnunterschiede von staatlicher Seite analysiert werden.¹² *Es ist wichtig, diese drei Ebenen auseinanderzuhalten:*

⁶ Abrufbar unter www.logib.ch (zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁷ Siehe zur Revision des GlG <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/lohngleichheit.html> (zuletzt besucht am 26.09.2019) mit weiteren Hinweisen.

⁸ Diese Massnahmen treten auf den 1. Juli 2032 automatisch wieder ausser Kraft.

⁹ Art. 13c Abs. 1 nGlG.

¹⁰ Siehe zur Kritik FRITZ DOLDER/MATTHIAS MOELLENEY, Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 1, in: Jusletter 22. Mai 2017.

¹¹ Erläuternder Bericht zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) von 2015 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-d.pdf> zuletzt besucht am 26.09.2019), Ziff. 2.1.2.

¹² Vgl. zum Ganzen CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, Lohngleichheit zwischen Frau und Mann: eine Auslegeordnung, AJP 2015, S. 1551, 1551 ff.

Abbildung 1: Die Wirkungsebenen der Lohngleichheit

	Individuelle Ebene (Gerichtsverfahren)	Betriebliche Ebene (Lohnkontrollen im Beschaffungswesen)	Nationale Ebene (LSE, Spezialauswertung Lohngleichheit)
Rechtliche Grundlagen	Gleichstellungsgesetz (GLG)	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. 3[7]'000 Unternehmen (branchenübergreifend)
Verwendete Methode	Arbeitsbewertung oder statistische Regressionsanalyse	Statistische Regressionsanalyse (Instrument Logib)	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 (Fn. 12), S. 1551, 1552; siehe auch Bericht statistische Methoden (Fn. 5), S. 6.

[5] Der Fokus im vorliegenden Beitrag liegt auf einer juristischen Würdigung des *Analysemodells der nationalen Statistik* (Spezialauswertung Lohnungleichheit). Die Ergebnisse der Studie FELFE/TRAGESER/ITEN zur Angemessenheit dieses Modells aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht lassen sich wie folgt zusammenfassen:¹³

- 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 darzustellen.¹⁴
- 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 Methode.¹⁵ Dies würde auch dem wissenschaftlichen Trend entsprechen.¹⁶ 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» (DDR) verwendet werden.¹⁷ Die Evaluation alternativer Methoden aus statistischer Sicht stuft DDR als gut geeignete Methode und empfiehlt entweder eine ergänzende Verwendung oder eine gänzliche Ersetzung der bisherigen Methode durch DDR.¹⁸
- 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.¹⁹

¹³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 6.

¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 128.

¹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 129.

¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 120.

¹⁷ 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.

¹⁸ KAISER/LOBSIGER (Fn. 4), S. 107, wo auch die Ergebnisse in Bezug auf weitere mögliche Alternativmethoden dargestellt werden.

¹⁹ Siehe zu den Ergebnissen KAISER/LOBSIGER (Fn. 4) sowie unten Rz. 215, 220 sowie 226: Aus statistischer Sicht wird empfohlen, die Faktoren «Arbeitszeitmodelle» und «Physische und psychische Belastungen» nicht aufzunehmen, die Abbildung der «Effektiven Berufserfahrung» sei in Teilaspekten möglich und es wird ein entsprechendes Pilotprojekt empfohlen.

- 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 Erklärungspotenzial.²⁰

[6] 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 wurde.²¹ 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 abzuleiten.²² Deshalb wird empfohlen, je ein Analysemodell mit und ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial zu entwickeln. Hierbei könnte gemäss den StudienautorInnen wie folgt vorgegangen werden:²³

- Zuerst sei ein Modell zu entwickeln, dass 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.

[7] 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 sollte.²⁴

[8] Das Ziel der hier vorliegenden juristischen Analyse ist es, die Überlegungen zum Diskriminierungspotenzial der Faktoren resp. deren Operationalisierung aus primär rechtlicher Sicht zu ver-

²⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 57.

²¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 57.

²² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 57.

²³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 83 f.

²⁴ Bericht statistische Methoden (Fn. 5), S. 17.

tiefen und gestützt darauf Empfehlungen zu formulieren, welche dieser Faktoren für ein Analysemodell der nationalen Statistik ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial geeignet sind.²⁵

1.1.2. Bedeutung des Analysemodells für Politik und Gerichtspraxis

[9] 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 Lohnungleichheit.²⁶ 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 ab.²⁷ 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 ab.²⁸ 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 ist.²⁹ 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 übersteigt.³⁰

[10] 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 ist.³¹

[11] Zu beurteilen waren in einem Haftpflichtprozess die wirtschaftlichen Folgen eines im Alter von 14 Monaten verunfallten Kindes.³² 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).³³ Das Bundesgericht korrigierte einerseits den Entscheid des Handelsgerichts, das bei der Erwerbsausfallberechnung gestützt auf die statis-

²⁵ Zum konkreten methodischen Vorgehen siehe Rz. 23 f.

²⁶ Siehe auch FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 83 f.

²⁷ Siehe zur Thematik der Invalideneinkommen und LSE im Detail Rz. 82 ff.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2007 vom 17.01.2008 E. 4.2.; siehe auch KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2015), Bern 2017.

²⁹ Siehe HEIZMANN RETO, Strafe im schweizerischen Privatrecht – Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Nr. 811, N 903 ff.

³⁰ BGE 141 III 407 E. 5; BGE 142 III 381 E. 2.2. sowie 2.3.

³¹ Zur Problematik statistischer Diskriminierung siehe Rz. 67 ff.

³² Erstes Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 03.03.2014, teilweise Gutheissung der Beschwerde in Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 08.09.2014, Rückweisung an das Handelsgericht, neues Urteil des Handelsgerichts HG140240 vom 16.04.2015.

³³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 03.03.2014 E. 4.4.3.8.

tischen Daten bezüglich der Erwerbsquote bei Frauen davon ausgegangen war, dass das verunfallte Kind im Erwachsenenalter sein Arbeitspensum reduziert hätte.³⁴ 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 können.³⁵ 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 würde.³⁶ 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 wird.³⁷ Entsprechend nahm das Handelsgericht die Berechnung des künftigen Erwerbsausfalls vor.³⁸

[12] 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 zugrunde 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 «ideologiefreie Ausgleichsfunktion» des Haftpflichtrechts zur Sprache kam. Es sei nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts, Gleichstellungsmassnahmen zu verwirklichen.³⁹

³⁴ 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 Schadensberechnung auf der Basis einer reduzierten Erwerbsquote von Frauen zu einer Unterentschädigung und sei deshalb bundesrechtswidrig (Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 08.09.2014 E. 5.3).

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 08.09.2014 E. 4 sowie E. 8.1.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 08.09.2014 E. 8.2.

³⁷ Urteil des Handelsgerichts HG140240 vom 16.04.2015 E. 4.2.6.5.

³⁸ Urteil des Handelsgerichts HG140240 vom 16.04.2015 E. 4.2.7.

³⁹ Zur Diskussion siehe STEPHAN WEBER, Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage, HAVE 02/2015, S. 153, 158. Die der LSE bzw. dem Analysemodell der Lohnungleichheit zugrunde liegenden Variablen wurden nicht weiter hinterfragt. Siehe auch Rz. 84.

1.1.3. Wissenschaftliche bzw. politische Debatte um die richtige Erfassung der Lohngleichheit

[13] Aufgrund der Lohnstrukturhebung lassen sich Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern statistisch feststellen. Auf der Basis des bestehenden Analysemodells der nationalen Statistik (Spezialauswertung Lohngleichheit) finden sich erklärable und nicht erklärable Lohnunterschiede. In der politischen Diskussion werden die nicht erkläraren Lohnunterschiede bisweilen als Beleg für Lohndiskriminierung von Frauen aufgeführt.⁴⁰

[14] Sowohl in wissenschaftlicher aber auch bzw. vor allem in politischer Hinsicht ist umstritten, ob sich aus den nicht erkläraren Aspekten der Lohnunterschiede zwangsläufig ableiten lasse, dass die nicht erkläraren 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 erkläraren 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.

[15] Zu den prominenten Kritikern der Position, wonach es sich bei den nicht erkläraren Lohnunterschieden zwangsläufig um Diskriminierungen handle, gehört der Think Tank Avenir Suisse, dessen Studie zur Lohngleichstellung im November 2015 publiziert wurde.⁴¹ 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 Erwerbsbiographie.⁴² Die bisherige Art und Weise, die nicht erkläraren Lohnunterschiede zu definieren, wird in der Studie in Frage gestellt. Aus den nicht erkläraren Lohnunterschieden dürfe gerade nicht zwangsläufig auf Diskriminierung geschlossen werden. Die Berechnungsfaktoren zur Bestimmung der erkläraren/nicht erkläraren 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 Kompetenzen.⁴³ Erwähnt wird weiter, dass die Lohnstrukturhebung und das Analysemodell Faktoren wie das Verhalten in Lohnverhandlungen⁴⁴ nicht berücksichtigen würden. Die heutige Analyse der Lohnunterschiede sei zu hinterfragen, denn die unerklärare 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 unerkläraren 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 würden.⁴⁵

⁴⁰ Bei individuellen Lohnstreitigkeiten erachtet das Bundesgericht nicht erklärare Lohnunterschiede ebenfalls als diskriminierend, siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_449/2008 vom 25.02.2009 E. 3.1; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2002 vom 10.09.2002 E.2 (mit Verweis auf das Urteil der Vorinstanz).

⁴¹ MARCO SALVI et al., Warum der Arbeitsmarkt nicht versagt, Avenir Suisse, November 2015.

⁴² SALVI et al. (Fn. 41), S. 25 ff.

⁴³ SALVI et al. (Fn. 41), S. 34 ff.

⁴⁴ SALVI et al. (Fn. 41), S. 35.

⁴⁵ SALVI et al. (Fn. 41), S.38 f.

[16] Im Mai 2015 veröffentlichte das Liberale Institut eine Studie «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit».⁴⁶ 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 Lohnstrukturerhebung höchstens eine Lohndifferenz von neun bis zehn Prozent auf Diskriminierung zurückgeführt werden könne, vermutlich jedoch deutlicher weniger.⁴⁷ 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 nachweisen.⁴⁸

[17] Eine im Auftrag des Arbeitgeberverbandes (SAV) verfasste Studie kommt zu ähnlichen Ergebnissen.⁴⁹ 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 könnten.⁵⁰ Die eigenen Schlussfolgerungen der StudienautorInnen lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁵¹

[18] 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.

[19] Lohnunterschiede, die sich statistisch (gesamtwirtschaftlich) messen lassen, sind Ergebnis des Zusammenwirkens komplexer Faktoren auf der Ebene der Unternehmen, der Arbeitnehmenden und ihres Verhaltens auf dem Arbeitsmarkt. Neben dem Humankapital und dem Beschäftigungsgrad würde auch ins Gewicht fallen, dass Frauen und Männer bei Lohnverhandlungen ein anderes Verhalten an den Tag legen.

[20] In einer Studie der Lohnunterschiede aus gewerkschaftlicher Sicht⁵² 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 würden.⁵³ 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

⁴⁶ CHRISTIAN HOFFMANN, Gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Die Entstehung und Überwindung von Lohnunterschieden zwischen den Geschlechtern in einer Marktwirtschaft, Liberales Institut, Mai 2015.

⁴⁷ HOFFMANN (Fn. 46), S. 19.

⁴⁸ HOFFMANN (Fn. 46), S. 20 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁹ MICHAEL GERFIN/BORIS KAISER, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in der Schweiz, Methodische Grundlagen, Literaturanalyse und Evaluation von bestehenden Studien, zuhanden vom Schweizerischen Arbeitgeberverband (SAV), Basel 2015.

⁵⁰ GERFIN/KAISER (Fn. 49), S. 19 ff.

⁵¹ GERFIN/KAISER (Fn. 49), S. 63 ff.

⁵² CHRISTINA WERDER/DAVID GALLUSER/DANIEL LAMPART, Was für die Lohngleichheit zu tun ist, Eine Analyse der Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern und der politischen Gegenmassnahmen, SGB Dossier Nr. 104, 2014.

⁵³ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 13 ff.

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 würden.⁵⁴ 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 Frageraster. 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 AutorInnen 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 zu einer Unterschätzung des Diskriminierungsaufkommens führe.⁵⁵

[21] 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 dar.⁵⁶ 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 werden.⁵⁷ Die Zerlegung des «Gender Pay Gap» sei insgesamt kein erfolgsversprechender Weg, um unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung zu beseitigen.⁵⁸

[22] Die wissenschaftliche Diskussion um die «richtige» Erfassung der Lohnungleichheit 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 Verbesserung 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. zum nationalen Analysemodell betreffen nur die *gesamtwirtschaftliche Ebene*. Wie noch zu zeigen sein wird, ist aus juristischer Sicht die Unterteilung in erklärbare 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.

⁵⁴ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 13.

⁵⁵ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 14.

⁵⁶ KARIN TONDORF, Gesamtwirtschaftliche, betriebliche und tarifliche Analysen zur Entgeltgleichheit, gender... politik... online, August 2011, S. 9 ff.

⁵⁷ ANDREA JOCHMANN-DÖLL, Den Worten müssen Taten folgen! Grundlagen und Wege zur Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, genderpolitik_online, August 2011, S. 8.

⁵⁸ TONDORF (Fn. 56), S.10.

1.2. Fragestellung und methodisches Vorgehen

[23] Grundlage dieses Beitrags bildet ein Diskussionspapier für das EBG,⁵⁹ welches aus juristischer Sicht aufzeigt, welche Faktoren zur Messung der Lohnungleichheiten Diskriminierungspotenzial haben und welche Faktoren für eine diskriminierungsfreie Statistik geeignet wären.

[24] 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 Erkenntnisse sowie eine Empfehlung, welche der Erklärungsfaktoren der LSE resp. deren Operationalisierung für ein Analysemodell der nationalen Statistik ohne Faktoren mit Diskriminierungspotenzial aus juristischer Sicht geeignet sind.

[25] 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 wirtschaftswissenschaftlichen.⁶⁰ Ökonomisch gesehen liegt eine Lohndiskriminierung vor, wenn Frauen und Männer, die in ihren arbeitsmarkt- und produktivitätsrelevanten Eigenschaften identisch sind, unterschiedliche Löhne erhalten.⁶¹ Solche Unterschiede können auf unterschiedlichen Humankapitalfaktoren beruhen.⁶² Durch ökonomische Analysen kann aufgezeigt werden, ob Männer und Frauen mit gleichem Humankapital den gleichen Lohn erhalten.⁶³ Lohnunterschiede, die nicht mit der unterschiedlichen Produktivität von Frauen und Männern erklärbar sind, gelten auch in den Wirtschaftswissenschaften als diskriminierend.⁶⁴ Empirisch sind jedoch kaum jemals alle Faktoren einer unterschiedlichen Produktivität beobachtbar.

[26] Die juristische Definition der Lohndiskriminierung geht indes weiter. Sie geht vom Grundsatz «gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit» aus.⁶⁵ 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.⁶⁶ Im Unterschied zur wirtschaftswissenschaftlichen Definition können unterschiedliche Löhne für anforderungsmässig gleichwertige Tätigkeiten innerhalb eines Unterneh-

⁵⁹ PÄRLI (Fn. 1), Diskussionspapier.

⁶⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 23 ff.; TONDORF (Fn. 56), S. 2 f.

⁶¹ DORIS WEICHELBAUMER/RUDOLF WINTER-EBMER, The effects of competition and equal treatment laws on gender wage differentials, *Economic Policy* 22 (2007) Nr. 50, S. 235 ff. nach FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 23.

⁶² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 12.

⁶³ TONDORF (Fn. 56), S. 3.

⁶⁴ TONDORF (Fn. 56), S. 4.

⁶⁵ Siehe statt vieler: FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Discrimination salariale: Art. 3 LEg, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (Hrsg.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf 2011, Art. 3 N 23.

⁶⁶ AUBRY GIRARDIN (Fn. 65), Art. 3 N 22.

mens nicht durch rein arbeitsmarktrelevante Eigenschaften⁶⁷ juristisch gerechtfertigt werden.⁶⁸ Auch werden Unterbewertungen von frauentypischen Tätigkeiten, die vielfach auf Stereotypen beruhen, nur bei einer rechtlichen Definition der Lohnungleichheit berücksichtigt.⁶⁹

2. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik

2.1. Einleitung

[27] Das Analysemodell der nationalen Statistik zur Erklärung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann basiert auf der Lohnstrukturhebung (LSE), die alle zwei Jahre durch eine schriftliche Befragung von ca. 37'000 (Stand LSE 2016) in der Schweiz tätigen Unternehmen durch das Bundesamt für Statistik (BFS) durchgeführt wird.⁷⁰ Im Rahmen der LSE werden Branchenzugehörigkeit, Unternehmensgrösse sowie personen- und arbeitsplatzbezogene Merkmale für rund 1.7 Millionen Beschäftigte (entspricht ca. 40 Prozent) erhoben.⁷¹

[28] Die rechtliche Grundlage der LSE findet sich in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang 21 der Statistikerhebungsverordnung.⁷² 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 Arbeitsstatistiken⁷³ die Vertragsstaaten ebenfalls zur Lohnstrukturhebung, zumindest für bedeutende Wirtschaftszweige.⁷⁴

[29] 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

⁶⁷ Beispiel nach FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), 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 Arbeitnehmenden erhöhen und somit erhöhte Löhne gerechtfertigt wären.»

⁶⁸ BGE 131 II 393 E. 7.4; FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 26.

⁶⁹ TONDORF (Fn. 56), S. 4.

⁷⁰ BORIS KAISER/THOMAS MÖHR, Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern anhand der Schweizerischen Lohnstrukturhebung (LSE) 2016, Schlussbericht, im Auftrag des Bundesamts für Statistik (BFS), Neuenburg 2019, S. 11 f. 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 einer Gleichstellungsperspektive. Es ist daher schwierig, die Variablen der LSE derart zu modifizieren, dass sie den Anforderungen einer solchen Perspektive 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.

⁷¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 31; vgl. auch KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 11 f.

⁷² Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes (Statistikerhebungsverordnung) vom 30.06.1993, SR 431.012.1.

⁷³ Übereinkommen Nr. 160 über Arbeitsstatistiken vom 25.06.1985, in Kraft getreten für die Schweiz am 07.05.1988, SR 0.822.726.0.

⁷⁴ Siehe Art. 10 des Abkommens.

im Rahmen des Analysemodells der nationalen Statistik entspricht dem Ziel 9 des Statistischen Mehrjahresprogramms des Bundes 2016–2019, welches die Förderung der Gleichberechtigung vorsieht.⁷⁵ 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 statistischer 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.

[30] 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.

2.2. Lohngleichheit und Statistik: Verfassungs-, völkerrechtliche und gesetzesrechtliche Aspekte

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

a. Art. 8 Abs. 2 und 3 BV, GlG und Beschaffungsrecht

[31] Art. 8 Abs. 3 BV normiert den Anspruch auf Gleichberechtigung von Mann und Frau in drei Sätzen.⁷⁶ 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

⁷⁵ BFS, Statistisches Mehrjahresprogramm 2016–2019, Neuenburg 2016, S. 9 (abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/bfs/oeffentliche-statistik/system-oeffentliche-statistik/mehrhjahresprogramm.assetdetail.350518.html>, zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁷⁶ BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 8 N 96 (zit. BSK BV-AUTORIN).

unmittelbar anwendbar ist.⁷⁷ 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 zu.⁷⁸

[32] Der verfassungsrechtliche Gleichstellungsauftrag wurde durch das Bundesgesetz über die Gleichstellung (Gleichstellungsgesetz, GlG) umgesetzt. Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG 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.⁷⁹ 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 entlohnt.⁸⁰ 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 wäre.⁸¹ Nach Lehre und Rechtsprechung liegt eine lohnmassige indirekte Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen.⁸² Zur Feststellung einer geschlechtsspezifisch identifizierten Tätigkeit ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär auf quantitative, statistische Elemente abzustützen,⁸³ wobei der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten erheblich höher sein muss als der Anteil des anderen Geschlechts.⁸⁴ Eine Funktion gilt in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70 Prozent ist.⁸⁵

[33] Das GlG 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 das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vor, dass die Auftraggeberin den Auftrag nur an AnbieterInnen vergibt, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung

⁷⁷ BGE 131 I 105 E. 3.3; BGE 124 II 436 E. 10; BGE 118 Ia 35 E. 2b; BGE 117 Ia 262 E. 2c; BGE 113 Ia 107 E. 1a; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGINA KÄGI-DIENER, in: St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014, Art. 8 Abs. 3 Rz. 119 sowie 122 (zit. SGK BV-BEARBEITERIN); BSK BV-WALDMANN (Fn. 76), Art. 8 N 114; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 8 BV N 33.

⁷⁸ BIAGGINI (Fn. 77), Art. 8 BV N 27.

⁷⁹ BGE 124 II 409 E. 7; AUBRY GIRARDIN (Fn. 65), Art. 3 N 26; ELISABETH FREIVOGEL, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009, Art. 3 Rz. 138 sowie 153 (zit. Komm. GlG-AUTORIN; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 77), Art. 8 Abs. 3 Rz. 124; BSK BV-WALDMANN (Fn. 76), Art. 8 N 119.

⁸⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248, 1295.

⁸¹ BBl 1993 I 1248, 1295 f. (Botschaft GlG).

⁸² BGE 125 II 533 E. 4a–e; BGE 125 III 373 E. 5.

⁸³ BGE 141 II 411 E. 6.2.

⁸⁴ BGE 124 II 529 E. 5e.

⁸⁵ BGE 125 II 385 E. 3b S. 387; BGE 125 II 530 E. 2b S. 532; Urteil des Bundesgerichts 2A.205/2004 vom 08.04.2005 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 1A.34/1999 vom 05.10.1999.

von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten. Auch in der Gesetzgebung zum Beschaffungsrecht in den Kantonen sind vergleichbare Bestimmungen vorgesehen.⁸⁶

[34] 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 GlG für Lohngleichheitsverfahren geltenden Beweislastentlastung zumindest glaubhaft zu machen.⁸⁷ Ein Blick auf die Rechtswirklichkeit zeigt, dass der *individualrechtlich* durchsetzbare Anspruch auf Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV nicht totus Buchstabe geblieben ist. In den Datenbanken zum Gleichstellungsgesetz finden sich für den Zeitraum 1981 (Verankerung der Lohngleichheit in der Verfassung) bis September 2019 nicht weniger als 336 Lohngleichheitsfälle (bei einem Total von 1040 Fällen).⁸⁸

[35] Lohnungleichheiten können auch auf sachlichen Gründen beruhen. Bei diesen Anteilen handelt es sich nicht um Lohndiskriminierung. Eine sachliche Begründung setzt das Vorliegen objektiver Kriterien voraus.⁸⁹ Dazu zählen gemäss Bundesgericht einerseits Faktoren, die den Wert der Arbeit an sich beeinflussen (Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, Risiken),⁹⁰ 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).⁹¹ Falls dies einem «wirklichen unternehmerischen Bedürfnis» entspräche, dürften auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage berücksichtigt werden.⁹² 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 sein.⁹³ Besondere Zurückhaltung ist gegenüber der Rechtfertigung einer Lohnungleichheit durch Marktargumente angebracht. Das Bundesgericht anerkennt, dass die konjunkturelle Lage ein Rechtfertigungsgrund für ungleiche Löhne sein kann,⁹⁴ verlangt aber, dass die massgebenden Faktoren durch Wirtschaftsdaten und Statistiken belegt sein müssen.⁹⁵ Insgesamt zeigt sich, dass das Bun-

⁸⁶ 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.

⁸⁷ BGE 130 III 145; LAURENT BIERI, La preuve d'une discrimination salariale fondée sur le sexe à l'aide de méthodes de régression, AJP 2019, 819 ff.; KATHRIN ARIOLI/BIBIANE EGG, Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen, AJP 2001, S. 1299 ff.; Komm. GlG-STEIGER-SACKMANN, Art. 6 Rz. 78; MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRGEN BAILLOD, Analyse von Lohndiskriminierung Hintergründe, Vorgehensweisen und Instrumente, AJP 2006, S. 1384, 1384; SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, S. 1352, 1357.

⁸⁸ Siehe die Datenbank zum Gleichstellungsgesetz in der Deutschschweiz <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d102.html> (zuletzt besucht am 26.09.2019) und in der französischsprachigen Schweiz <http://www.leg.ch/jurisprudence> (zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁸⁹ Zum Ganzen BGE 136 II 393 E. 11.3 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁰ BGE 127 III 207 E. 3c

⁹¹ BGE 130 III 145 E. 5.2; BGE 127 III 207 E. 3c; BGE 125 III 368 E. 5; kritisch dazu FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, AJP 2005, S. 1062,1069; Komm. GlG-Freivogel (Fn. 79), Art. 3 Rz. 146.

⁹² BGE 136 II 393 E. 11.3; BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f. je mit weiteren Hinweisen.

⁹³ BGE 141 II 411 E. 6.1.2; BGE 136 II 393 E. 11.3; BGE 130 III 145 E. 5.2.

⁹⁴ BGE 113 Ia 107 E. 4a; BGE 126 II 217; BGE 125 III 368 E. 5c cc).

⁹⁵ BGE 125 III 368 E. 5c.

desgericht in jüngerer Zeit die Anforderungen an die Rechtfertigung von Lohnunterschieden durch Markt- und Konjunkturargumente erhöht hat.⁹⁶

[36] 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 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 werden.⁹⁷ 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.

b. Völkerrechtliche Verbote der geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit

[37] Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts finden sich in zahlreichen völkerrechtlichen Menschenrechtskonventionen, so namentlich:⁹⁸

- Art. 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)
- Art. 1 Ziff. 3 Charta der Vereinten Nationen⁹⁹
- Art. 2 Abs. 2 sowie Art. 3 und Art. 7 lit. a UNO-Pakt I¹⁰⁰
- Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 lit. d UNO-Pakt II¹⁰¹
- Art. 14 in Verbindung mit anderen Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁰²
- Art. 6 der UN-Behindertenrechtskonvention (CRPD)¹⁰³

⁹⁶ So auch die Analyse von THOMAS GEISER/MATTHIAS MAUCHLE, Marktlohn und konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede gemäss Art. 3 Abs. 2 GlG, Rechtsgutachten vom 16. Februar 2016 zu Händen des EBG, S. 30.

⁹⁷ Vgl. MARTI WHITEBREAD (Fn. 12), S. 1551, 1557.

⁹⁸ Vgl. auch KURT PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, Rz. 114 (zit. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen).

⁹⁹ Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945, in Kraft getreten für die Schweiz am 10.09.2002, SR 0.120.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, SR 0.101.

¹⁰³ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD/BRK) vom 13.12.2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 15.05.2014, SR 0.109.

- Art. 2 der UN-Kinderrechtskonvention (CRC)¹⁰⁴
- Art. 2 des Übereinkommens Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO)¹⁰⁵

[38] Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) beinhaltet konkrete Verpflichtungen zur Gleichstellung in diversen Lebensbereichen, insbesondere die Garantie eines gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit.¹⁰⁶ 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 wird.¹⁰⁷ In BGE 137 I 305 – es ging um 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 liegen.¹⁰⁸ Auch die Rückmeldungen des zuständigen Überwachungsausschusses an die Berichtsstaaten und die «Allgemeinen Bemerkungen» müssen gemäss Bundesgericht von den innerstaatlichen Behörden beachtet werden.¹⁰⁹

[39] Weiter enthält auch das ILO-Übereinkommen Nr. 100¹¹⁰ 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 sicherzustellen, soweit es mit den bestehenden Verfahren zur Festsetzung der Entgeltsätze vereinbar ist.¹¹¹ Das ILO-Übereinkommen zählt zu den Kernabkommen der ILO, das die hohe Bedeutung der Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern auf universaler Ebene bestätigt.¹¹²

2.2.2. Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden

[40] 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 in-

¹⁰⁴ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC/KRK) vom 20.11.1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.03.1997, SR 0.107.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ SGK BV-Schweizer (Fn. 77), Art. 8 Rz. 84.

¹⁰⁷ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN, in: 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, Art. 11 Allgemein Rz. 73 (zit. Komm. CEDAW-AUTORIN); SGK BV-Schweizer (Fn. 77), Art. 8 Rz. 89.

¹⁰⁸ BGE 137 I 305 E. 4.

¹⁰⁹ BGE 137 I 305 E. 6.5; vgl. PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 126.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens.

¹¹² Zu den ILO-Kernabkommen im Allgemeinen und zu ILO-Übereinkommen Nr. 100 siehe EYLEM DEMIR, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Basel/Winterthur/Zürich 2016, S. 7 ff.

dividuellem Rechtsschutz alleine ist indes dem Gebot der Lohngleichheit nicht Genüge getan. Nachfolgend werden die vielfältigen Dimensionen staatlicher Pflichten zur Überwindung der geschlechterbasierten Lohnungleichheit dargestellt und analysiert.

a. Die verschiedenen verfassungsrechtlichen Pflichten

[41] 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).¹¹³

[42] 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 Lohngleichheitsgebotes. Beispielhaft kann hier die Verankerung der Lohngleichheitsgewährungspflicht im Beschaffungsrecht von Bund und Kantone genannt werden.¹¹⁴ 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.»¹¹⁵

b. Die völkerrechtliche Verpflichtungstrias

[43] Nach einer allgemein anerkannten Terminologie lassen sich die Pflichten in völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte drei Ebenen zuordnen. Es gilt zwischen Respektpflichten («obligations¹¹⁶ to respect»), Schutzpflichten («obligations to protect») und Gewährleistungs- resp. Leistungspflichten («obligations to fullfil») zu unterscheiden.¹¹⁷ Diese Verpflichtungstrias entspricht der verfassungsrechtlichen justiziablen Schicht («obligation to respect») und der programmatischen Schicht («obligations to protect» und «obligations to fullfil»).

¹¹³ Zur verfassungsrechtlichen Terminologie der aus den Grundrechten fließenden staatlichen Verpflichtungen siehe statt vieler SGK BV-Schweizer (Fn. 77), Art. 35 Rz. 8 f.

¹¹⁴ Vgl. MARTI WHITEBREAD (Fn. 12), S. 1551, 1553 f.

¹¹⁵ BGE 137 I 305 E. 3.1.

¹¹⁶ Zuweilen wird auch von «duties» anstelle von «obligations» gesprochen.

¹¹⁷ PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 121; KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009, Rz. 134; vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 9 f.

Abbildung 2: Die Trias staatlicher Verpflichtungen zum Abbau der Lohnungleichheit

	obligations to respect	obligations to protect	obligations to fullfil
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	Erhebung statistischer Daten als Voraussetzung

Quelle: Eigene Darstellung

[44] Staatliche Organe dürfen niemanden aufgrund des Geschlechts diskriminieren («obligations to respect»)¹¹⁸ Bzgl. Lohndiskriminierung bedeutet dies, dass der Staat selbst den Grundsatz des gleichen Lohns für gleichwertige Arbeit einhalten muss.¹¹⁹

[45] Die Schutzpflichten («obligations to protect») umfassen die Pflicht, Diskriminierungen unter Privaten zu bekämpfen, z.B. durch den Erlass von Diskriminierungsschutzgesetzen.¹²⁰ 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 Lohnungleichheit hinzuwirken.¹²¹ Dies gilt auch für Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW.¹²²

[46] «Obligations to fullfil» verlangen vom Staat Massnahmen zur Verwirklichung des Ziels einer Gesellschaft frei von Diskriminierung.¹²³ 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 bewir-

¹¹⁸ PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen (Fn. 98), Rz. 122.

¹¹⁹ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 9.

¹²⁰ Dieser Pflicht ist der Gesetzgeber mit dem Erlass des Gleichstellungsgesetzes (GIG) 1996 nachgekommen (vgl. PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 123, 139).

¹²¹ UNO-Sozialausschuss, General Comment No. 3 (1990), Ziff. 5; vgl. auch UNO-Sozialausschuss, General-Comment No. 16 (2005), Ziff. 24; vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 741, Fn. 590.

¹²² Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 9.

¹²³ PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 124.

ken, 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[.]» [47] Gemäss Art. 2 CEDAW sind die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, mit allen geeigneten Massnahmen Diskriminierung von Frauen zu beseitigen.¹²⁴ In der Allgemeinen Erklärung des CEDAW-Ausschusses Nr. 13 von 1989 werden die Vertragsstaaten dazu aufgerufen, Massnahmen zur Umsetzung der Lohngleichheit zu ergreifen.¹²⁵ Die CEDAW verpflichtet die Schweiz demnach, Lohn-diskriminierungen zu beseitigen und die Lohngleichheit zu verwirklichen.

2.2.3. Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohngleichheit

[48] 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 angewiesen.¹²⁶ Wie gezeigt wurde, hat der Staat die Pflicht, eine im Einzelfall festgestellte Diskriminierung wirksam zu beseitigen.¹²⁷ Erforderlich sind dafür im Sinne eines funktionierenden Zugangs zur Justiz u.a. effektive Massnahmen zur Beweislasteilerleichterung, einfache und rasche Verfahren und wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen.¹²⁸ Für den Nachweis einer Diskriminierung oder den Beweis, dass nicht diskriminiert wurde, muss je nach Fall auf statistische Angaben zurückgegriffen 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 ermöglichen.¹²⁹

¹²⁴ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 11.

¹²⁵ Vgl. Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 43.

¹²⁶ Vgl. OSF, Ethnic Origin And Disability Data Collection In Europe: Measuring Inequality – Combating Discrimination (Policy Report), 2014 (abrufbar unter <https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/d28c9226-bed7-4b1b-ac8b-4455f3c3451a/ethnic-origin-and-disability-data-collection-europe-20141126.pdf> zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 5 sowie 11; ENAR, Measure, Plan, Act – How data collection can support racial equality, Brüssel 2014 (abrufbar unter https://www.enar-eu.org/IMG/pdf/20084_equalitydatacollectionpublication-8-low.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 4 f.; ENAR/OSF, ENAR OSF Symposium on Equality Data Collection 24 and 25 October 2013, Brussels, Meeting Report (abrufbar unter https://www.enar-eu.org/IMG/pdf/enar_osf_2013_symposium_on_equality_data_collection.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 2 sowie 5; TIMO MAKKONEN, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, Brüssel/Helsinki 2006 (abrufbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4707813a-adb4-444a-8ebd-b20607917d18> zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 23 ff.; UNECE/World Bank Institute, Developing Gender Statistics: A Practical Tool, Genf 2010 (abrufbar unter https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/publications/Developing_Gender_Statistics.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 7.

¹²⁷ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 121), S. 702; so auch REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, § 36 Rz. 66.

¹²⁸ Siehe dazu die Schlussfolgerungen in Milieu Ltd., Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-Discrimination, zuhanden der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission, Brüssel 2011 (abrufbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c3fe272d-f5e6-47d6-b06b-e481a179c564> zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 62 ff.

¹²⁹ Zur Notwendigkeit statistischer Daten als Grundlage der Politik im Allgemeinen siehe Botschaft zu einem Bundesstatistikgesetz (BStatG) vom 30. Oktober 1991, BB1 1992 I 373, 375; spezifisch für Gleichstellungsmassnahmen siehe Europäische Kommission, Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union, Grünbuch, 2004 (abrufbar unter http://www.agrud.de/presse_gesetze/eu-greenpaper04.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 22 f.; ENAR/OSF (Fn. 126), S. 5; MAKKONEN (Fn. 126), S. 23.

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

[49] 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 verletzen.¹³⁰ 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 besteht.¹³¹ 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 Funktionerteilung in der Gesellschaft verstanden.¹³² 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 aufgibt.¹³³

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

b. Diskriminierungsfreie Statistiken und Analysen als Bestandteil der völkerrechtlichen Gewährleistungspflicht

[51] Aus den völkerrechtlichen Gewährleistungspflichten lässt sich eine Pflicht des Staates ableiten, verlässlich Daten zur Gleichstellung und insbesondere zur Lohngleichheit zu beschaffen und diese auszuwerten.¹³⁴ Besonders lässt sich dies aus Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW und den

¹³⁰ BIAGGINI (Fn. 77), Art. 65 BV N 5; SGK BV-SCHOTT (Fn. 77), Art. 65 Rz. 5; vgl. BSK BV-HÄNNI (Fn. 76), Art. 65 N 6.

¹³¹ SGK BV-SCHWEIZER (Fn. 77), Art. 35 Rz. 34; KIENER/KÄLIN (Fn. 127), § 4 Rz. 58.

¹³² VGL. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 121), S. 743.

¹³³ Vgl. Komm. CEDAW-WYTTENBACH (Fn. 107), Art. 5 Allgemein Rz. 34; Komm. CEDAW-ARIOLI (Fn. 107), Art. 7 Allgemein Rz. 61; vgl. auch Vernehmlassungsantwort von männer.ch vom 29.02.2016 im Rahmen der Revision des GIG (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/lohngleichheit.html> zuletzt besucht am 26.09.2019).

¹³⁴ Vgl. Komm. CEDAW-WYTTENBACH (Fn. 107), Art. 5 Umsetzung Schweiz Rz. 11; Komm. CEDAW-KIENER/MEDICI (Fn. 107), Art. 10 Umsetzung Schweiz Rz. 16.

CEDAW-Empfehlungen Nr. 9¹³⁵ und implizit auch 13¹³⁶ ableiten, die beide einen Bedarf an geschlechtsspezifischen Statistiken feststellen.

[52] In der UN-Behindertenrechtskonvention (CRPD) wird dies verdeutlicht. Art. 31 CRPD fordert die Sammlung geeigneter Informationen, einschliesslich statistischer Angaben, die bei der Umsetzung der Konvention helfen.¹³⁷ 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 können.¹³⁸ Statistik stelle eine aussagekräftige Grundlage für die Beurteilung dar, ob die Schweiz die eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt und wo allenfalls Handlungsbedarf besteht.¹³⁹ 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.

[53] Auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik¹⁴⁰ äussert sich zum Thema Diskriminierung. Art. 9 des Vertrages beinhaltet unter der Artikelüberschrift «Nichtdiskriminierung» ein explizites Diskriminierungsverbot auf Grund der Staatsangehörigkeit. Dieses Diskriminierungsverbot entspricht dem Grundgedanken der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, hat aber in erster Linie eine wirtschaftliche Ausrichtung.¹⁴¹

[54] Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 160 über Arbeitsstatistiken verweist auf die Einhaltung der «neuesten, im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation aufgestellten Normen und Richtlinien[.]»

[55] Aus den in der CEDAW enthaltenen Pflichten Massnahmen zur Beseitigung der (Lohn-) Diskriminierung 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» vor.¹⁴²

[56] Das Erfordernis diskriminierungsfreier Statistiken lässt sich auch daraus ableiten, dass Arbeitsbewertungssysteme geschlechtsneutral resp. objektiv sein müssen. Arbeitsbewertungssysteme

¹³⁵ 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).

¹³⁶ 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).

¹³⁷ Vgl. OSF (Fn. 126), S. 5, 29.

¹³⁸ MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 500.

¹³⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 138), S. 503.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 121), S. 682; PÄRLI (Fn. 98), Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 118.

¹⁴² Siehe Rz. 43 f.

me werden bei individuellen Lohnklagen herangezogen, um herauszufinden, ob im gegebenen Fall eine Lohndifferenz auf sachlichen Gründen beruht oder geschlechtsdiskriminierend ist.¹⁴³ Das Bundesgericht lässt verschiedene Methoden zu, setzt jedoch voraus, dass diese Methoden selbst nicht diskriminierend sind, insbesondere nicht auf geschlechterdiskriminierenden Faktoren resp. Stereotypen beruhen.¹⁴⁴ Entsprechend liest sich auch die 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 anzuwenden.¹⁴⁵ Auch Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 100 verlangt eine «objektive Bewertung».¹⁴⁶

2.3. Lohngleichheit und Statistik: EU-Rechtliche Aspekte

[57] 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).¹⁴⁷ Historischer Hintergrund bildete der beabsichtigte EWR-Beitritt, der eine Anpassung des schweizerischen Gleichstellungsrechts erfordert hätte.¹⁴⁸ Der Bundesrat hielt auch nach dem Scheitern des EWR-Projektes am Ziel der Annäherung des schweizerischen an das europäische Gleichstellungsrecht fest.¹⁴⁹ Damit ergibt sich eine zumindest punktuelle Pflicht der schweizerischen Behörden zur Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und unionsrechtlicher Rechtsentwicklungen.¹⁵⁰ Folglich sind die unionsrechtlichen Bestimmungen (Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV); Art. 23 Grundrechtecharta der Union (GRCh); Richtlinie 2006/54/EG¹⁵¹) 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.

[58] Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV gewähren einen auch in privaten Arbeitsverhältnissen geltenden unmittelbaren Anspruch¹⁵² auf Entgeltgleichheit (Lohngleichheit) bei gleicher und gleich-

¹⁴³ SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 77), Art. 8 Abs. 3 Rz. 126.

¹⁴⁴ BGE 131 II 393 E. 6; SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 77), Art. 8 Abs. 3 Rz. 126 mit weiteren Hinweisen.

¹⁴⁵ Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 42; Komm. CEDAW-LEMPEN/BINDER (Fn. 107), Art. 11 Umsetzung Schweiz Rz. 40.

¹⁴⁶ Komm. CEDAW-BINDER/LEMPEN (Fn. 107), Art. 11 Allgemein Rz. 42.

¹⁴⁷ BBl 1993 I 1248, 1279, 1296, 1300 sowie 1318 (Botschaft GIG).

¹⁴⁸ Die Gleichstellungsrichtlinie 76/202/EWG war im Anhang zum EWR aufgeführt.

¹⁴⁹ BBl 1993 I 1248, 1294 f. (Botschaft GIG).

¹⁵⁰ Siehe dazu auch: ASTRID EPINEY, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 105 (2004), S. 37 ff.; KATHARINA KLETT, 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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Kritisch zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV mit Bezug auf die Gleichwertigkeit der Arbeit ist KREBBER. Seines Erachtens sei die Frage, was unter gleichwertiger Arbeit zu verstehen sei, auf uni-

wertiger Arbeit. Die Umschreibung des Begriffs «Entgelt» lehnt sich an das ILO-Übereinkommen Nr. 100 an. Der Lohngleichheitsanspruch 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.

[59] 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/EG¹⁵³ und 2000/78/EG¹⁵⁴ (jeweils Erwägung 15) ist zu lesen, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschliesslich statistischer Beweise, festzustellen ist.¹⁵⁵ Die Umsetzung wird den Einzelstaaten überlassen.¹⁵⁶

[60] In mehreren Dokumenten heben die jeweils zuständigen Stellen der EU jedoch hervor, wie wichtig «gender statistics» und «discrimination statistics» sind.¹⁵⁷ Das Ziel sei, einen Rahmen für die Überwachung der Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung zu schaffen.¹⁵⁸ 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 werden.¹⁵⁹

[61] Die Verordnung Nr. 530/1999/EG des Rates¹⁶⁰ 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 Europäische Kommission in einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten¹⁶¹ festhält, sind Verfüg-

onsrechtlicher Ebene zu wenig klar, was einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehe. SEBASTIAN KREBBER, Art. 157 AEUV, in: Calies Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München 2016, N 6.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR, siehe Rz. 96.

¹⁵⁶ ENAR (Fn. 126), S. 9.

¹⁵⁷ In den jährlich erscheinenden Statistical Requirements Compendium des Statistischen Amtes der Europäischen Union (EUROSTAT) finden sich unter den jeweiligen Kategorien Ausführungen zu Ziel, Methoden, gesetzlichen Grundlagen etc.

¹⁵⁸ EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007 edition, Luxemburg 2007, S. 62; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2009 edition, Luxemburg 2009, S. 61.

¹⁵⁹ Europäische Kommission, A Roadmap for equality between women and men 2006-2010, Brüssel 2006 (abrufbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ef2451ad-af08-4a64-87c2-43cb19f00a64> zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 27; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2007 (Fn. 158), 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 (Fn. 158), S. 63; EUROSTAT, Statistical Requirements Compendium 2010 edition, Luxemburg 2010, S. 66.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ Empfehlung der Kommission vom 07.03.2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch Transparenz, Brüssel, L 69/112 (zit. Empfehlung Entgeltgleichheit).

barkeit und Vergleichbarkeit solcher Daten für die Weiterentwicklung der Entgeltgleichheit in der Union von grosser Bedeutung. Empfehlung Nr. 7 im genannten Dokument hält fest, dass die Statistiken nach Geschlecht, Wirtschaftssektor, Arbeitszeit (Voll-/Teilzeit), wirtschaftlicher Kontrolle (öffentliches/privates Eigentum) und Alter aufgeschlüsselt und auf jährlicher Basis berechnet werden sollen.¹⁶² Der Begriff der gleichwertigen Arbeit soll gemäss der zehnten Empfehlung anhand objektiver Kriterien wie «Bildungs-, Ausbildungs- und Berufsanforderungen, Qualifikationen, Belastung und Verantwortung, ausgeführte Arbeit und Art der dabei wahrgenommenen Aufgaben bewertet und verglichen werden.»¹⁶³

[62] 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 nutzen.¹⁶⁴ Die Analyse der einschlägigen Dokumente von EU-Behörden und durch die EU unterstützten Nichtregierungsorganisationen führt indes zu keinen für die vorliegende Analyse fundamentalen Erkenntnissen. Festhalten lässt sich aber immerhin eine Übereinstimmung im Problembewusstsein: Statistische Angaben sind notwendig, einerseits für die wirksame Geltendmachung eines individualrechtlichen Anspruches und andererseits als Grundlage wirksamer Politikmassnahmen.

2.4. Standards und Richtlinien zu Statistik und Analyse

[63] 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.

[64] 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 Statistik.¹⁶⁵ 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 Statistiken¹⁶⁶ Bezug genommen.¹⁶⁷ Dieser wie auch UNO-Grundsätze der öffentlichen Statistik¹⁶⁸ 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 Er-

¹⁶² Empfehlung Entgeltgleichheit (Fn.161).

¹⁶³ Empfehlung Entgeltgleichheit (Fn.161).

¹⁶⁴ ENAR (Fn. 126), S. 9.

¹⁶⁵ Bundesamt für Statistik (BFS), Charta der öffentlichen Statistik der Schweiz, Neuenburg 2012 (abrufbar unter http://www.ethikrat-stat.ch/de/assets/File/charta/Charta_3ed_2012_DE.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019) (zit. BFS, Charta).

¹⁶⁶ Europäische Kommission, Verhaltenskodex für Europäische Statistiken (European Statistics Code of Practice), 2011.

¹⁶⁷ Vgl. BFS, Charta (Fn. 165), Präambel, S. 3.

¹⁶⁸ Fundamental Principles of Official Statistics, Resolution des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen vom 24.07.2013, A/RES/2013/21 (abrufbar unter <https://unstats.un.org/unsd/dnss/gp/fundprinciples.aspx> zuletzt besucht am 26.09.2019).

klärung über die Berufsethik des Internationalen Statistischen Instituts (ISI).¹⁶⁹ Auch in diesem Dokument wird die Beachtung der aktuellen wissenschaftlichen Standards und Methoden, der Objektivität und insbesondere der Gesetze verlangt.

[65] 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 veröffentlicht.¹⁷⁰ Und auch die Eurostat betont in ihren jährlich erscheinenden Kompendien, wie wichtig «gender statistics» und «discrimination statistics» sind.¹⁷¹

[66]

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.

3. Statistische Diskriminierung

3.1. Statistische Diskriminierung – Ein Problem des Generalisierungsrechts

[67] 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.

¹⁶⁹ Abrufbar unter <https://www.isi-web.org/index.php/news-from-isi/297-declarationprofessionalethics-2010fr> zuletzt besucht am 26.09.2019.

¹⁷⁰ ILO, Checklist of good practices for mainstreaming gender in labour statistics (abrufbar unter 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 26.09.2019).

¹⁷¹ Siehe Rz. 60 f.

3.1.1. Zur Theorie der statistischen Diskriminierung als Rechtsproblem

[68] Bei der Theorie der statistischen Diskriminierung handelt es sich um ein etabliertes, wirtschaftswissenschaftliches Konzept.¹⁷² 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 dar.¹⁷³ Die Thematik betrifft demnach auch Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik.

[69] 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 Rechtswissenschaft.¹⁷⁴ Bei der aktuell diskutierten Frage der Zulässigkeit des «racial profiling» geht es um das gleiche Phänomen.¹⁷⁵ Beachtung fand (auch) hierzulande eine Entscheidung des EuGH in Sachen Lebensversicherungsprämien: das Abstellen auf das Kriterium Geschlecht für die Berechnung von Versicherungsprämien ist unzulässig.¹⁷⁶ Auf diese Entscheidung ist noch vertiefter einzugehen.¹⁷⁷

[70] 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 zunehmen.¹⁷⁸ In Deutschland hat insbesondere die Untersuchung von BRITZ¹⁷⁹ breite Anerkennung gefunden.

[71] 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

¹⁷² Vgl. DRAGAN ILI, Marginally discriminated: the role of outcome tests in European jurisdiction, *European Journal of Law and Economics* 36 (2016), S. 271, 275 ff.

¹⁷³ Zum Ganzen ausführlich: GABRIELE BRITZ, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, *Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen 2008.

¹⁷⁴ BERNHARD WALDMANN, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien Kurzbegutachtung eines Einzelfalls von grundlegender Tragweite, *HAVE* 1/2007, 65 ff; BERNHARD WALDMANN, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, in: *Jusletter* 22. Januar 2007; VIVIANE KULL, Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, Wirkung von Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in den Beziehungen unter Privaten, *Diss.*, Zürich/Basel/Genf 2017; KURT PÄRLI/LUCA VECCHI/CAMILL OBERHAUSSER, Ungleiche Prämien aufgrund von Nationalität, Alter und Geschlecht in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung – ein Diskriminierungsproblem?, *HAVE* 1/2019, S.16 ff.

¹⁷⁵ Zum Ganzen TAREK NAGUIB/AINHOA ROSSELL, Schwerpunkt-Ausgabe: «Racial Profiling», in: *Jusletter* 18. September 2017 mit diversen Beiträgen; siehe auch MARKUS H. F. MOHLER, Diskriminierende Personenkontrollen: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis, in: *Jusletter* 6. März 2017; SHARAD GOEL/MAYA PERELMAN/RAVI SHROFF/DAVID ALAN SKLANSKY, Combatting Police Discrimination in the Age of Big Data, *New Criminal Law Review* (20) 2017, S. 181 ff.; DRAGAN ILI, Spatial and Temporal Aggregation in Racial Profiling, *Swiss Journal of Economics and Statistics* 149 (2013) Nr. 1, S. 27 ff.

¹⁷⁶ Siehe dazu KURT PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, *HAVE* 2/2011, S. 153 ff.

¹⁷⁷ Siehe Rz. 74 ff.

¹⁷⁸ MARK BURDON/PAUL HARPUR, 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.

¹⁷⁹ Siehe Fn. 173.

Eigenschaften einer Gruppe zuschreiben zu können, die die Mitglieder dieser Gruppe typischerweise aufweisen: «Statistische Diskriminierung beruht auf der Verwendung (vermeintlicher) statistischer Erfahrungswerte über den Zusammenhang zwischen der Mitgliedschaft in einer Gruppe und dem Auftreten einer bestimmten Eigenschaft[.]»¹⁸⁰ 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 festzustellen.¹⁸¹

[72] Statistische Diskriminierung kommt besonders im Versicherungswesen vor: einerseits im Bereich der Prämienberechnung,¹⁸² andererseits bei der Frage, ob und in welchem Umfang jemand überhaupt in den Versicherungsschutz aufgenommen wird. Versicherungsunternehmen benachteiligen z.B. chronisch 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 belasten.¹⁸³ In einer Analyse der Faktoren des individuellen Risikos wird bestimmt, ob und zu welchem Preis ein Risiko versicherbar ist.¹⁸⁴ 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 führen.¹⁸⁵ An dieser Stelle ist auch das Phänomen der «self-fulfilling prophecy» zu erwähnen.¹⁸⁶

[73] Statistische Diskriminierung ist von einer auf Vorurteilen und Präferenzen beruhenden Diskriminierung zu unterscheiden.¹⁸⁷ Sie zeichnet sich dadurch aus, dass eine auf Erfahrungswerten begründete Annahme über einen statistischen Zusammenhang zwischen einem personenbezoge-

¹⁸⁰ BRITZ (Fn. 173), S. 17.

¹⁸¹ BRITZ (Fn. 173), S. 46 f. Hinzuweisen ist darauf, dass die ökonomische Definition von statistischer Diskriminierung annimmt, dass die statistischen Erfahrungswerte korrekt geschätzt werden, siehe dazu DENNIS AIGNER/GLENN CLAIN, *Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets*, *Industrial and Labor Relations Review* 30 (1977) Nr. 2, S. 175, 177.

¹⁸² Siehe Rz. 69.

¹⁸³ Siehe hierzu auch CHRISTIAN MUMENTHALER, *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, 5.

¹⁸⁴ BERNHARD GEISMANN, *Risikoprüfung in der Personenversicherung – Diskriminierung von Behinderten?*, *versicherungsrundschau* 5/2008, S. 15 ff.

¹⁸⁵ Zum Ganzen KURT PÄRLI/TAREK NAGUIB, *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 2012, S. 86 ff.

¹⁸⁶ Zum Ganzen STEPHEN COATE/GLENN LOURY, *Will Affirmative-Action Policies Eliminate Negative Stereotypes?*, *The American Economic Review* 83 (1993) Nr. 5, S. 1220 ff.

¹⁸⁷ BRITZ (Fn. 173), S. 15 ff.

nen 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 des Geschlechts, 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 allgemeines Phänomen jeder Typisierung, namentlich auch in der Gesetzgebung und bei der Rechtsanwendung. Gesetze sind generell-abstrakte Regeln, sie werden notwendigerweise nicht jedem Einzelfall voll gerecht.¹⁸⁸ In der Rechtsanwendung, namentlich im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, werden individuelle Entscheide auf der Basis von Verwaltungsweisungen gefällt, die durch Generalisierungen und Pauschalisierungen Verwaltungsabläufe vereinfachen.¹⁸⁹ 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 Diskriminierung durch Versicherungen durch ihren Prognosecharakter unterscheidet.¹⁹⁰ Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses steht noch nicht fest, ob überhaupt bzw. wann sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht.

3.1.2. Bedeutung in der Praxis: Die EuGH-Entscheidungen «Test-Achats» und «Lindorfer»¹⁹¹

[74] Statistische Diskriminierung im Bereich des Versicherungswesens war auch Gegenstand des EuGH-Urteils C-236/09 («Test-Achats»)¹⁹² 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 Dienstleistungen.¹⁹³ 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 Masstab der im Primärrecht an verschiedenen Stellen prominent verankerten Gleichbehandlung der Geschlechter.

[75] 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 versicherungs-

¹⁸⁸ BRITZ (Fn. 173), S. 97 ff.

¹⁸⁹ BRITZ (Fn. 173), S. 43.

¹⁹⁰ BRITZ (Fn. 173), S. 37 ff.

¹⁹¹ Zum Ganzen PÄRLI (Fn. 176), Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, S. 163 ff.

¹⁹² EuGH, Rs. C-236/09 vom 01.03.2011, Test-Achats.

¹⁹³ EUR-Lex L 373/37. Die Richtlinie 2004/113/EG stützt sich auf Art. 19 AEUV, 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 Antidiskriminierungsrichtlinien 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.

technischer 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[.]»¹⁹⁴ 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.

[76] 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[.]»¹⁹⁵

[77] 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.

[78] Ein ähnlicher Entscheid stellt die folgende Rechtssache dar:¹⁹⁶ 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 gleichaltriger Versicherungsnehmer in einer vergleichbaren Situation. Der EuGH stellte eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung fest.

[79] Auch im EuGH-Entscheid «Lindorfer»¹⁹⁷ 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 Be-

¹⁹⁴ EuGH, Rs. C-236/09 vom 01.03.2011, Test-Achats, Rn 30.

¹⁹⁵ Schlussanträge Rs. C-236/09 (Fn. 192), Rn 39.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-318/13 (X) vom 03.09.2014.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-227/04 vom 11.09.2007, Lindorfer.

rechnung der anzurechnenden ruhegehaltsfähigen Dienstjahre relevant wären. Es stehe fest, dass Frauen, statistisch gesehen, länger lebten als Männer und die Wahrscheinlichkeit, vor Erreichen des Rücktrittsalters zu sterben, sei bei Beamten, die später in den Dienst der EU treten, grösser als bei solchen, die dies in jungen Jahren tun.¹⁹⁸

[80] 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 diese fänden Berücksichtigung für ein Versorgungssystem; auch dies sei völlig inakzeptabel.¹⁹⁹

[81] 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 haben.²⁰⁰

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

[82] 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».²⁰¹ 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 aus.²⁰² 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 Arbeitsmöglichkeiten notwendig. Es

¹⁹⁸ Urteil des Gerichts erster Instanz (EuG) T-204/01 vom 18.03.2004, Lindorfer, Rn 83.

¹⁹⁹ Schlussanträge Generalanwalt Jacobs vom 27.10.2005 in der Rs. 227/04, Rn 60.

²⁰⁰ PÄRLI (Fn. 176), Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträge, S. 159.

²⁰¹ BGE 142 V 178 E. 2.5.4; siehe generell zur Berechnung des Invalideneinkommens unter Bezugnahme auf die LSE DAVID IONTA, Fixation du revenu d'invalides selon l'ESS, in: Jusletter 22. Oktober 2018.

²⁰² BGE 142 V 178 E. 2.5.5.

sei diskriminierend, wenn bei ihr eine statistische Lohnerzielung zugemutet werde, welche sie aufgrund ihres Arbeitsprofils nicht erreichen könne.²⁰³

[83] Im Verfahren vor dem Bundesgericht äusserte sich auch das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV). Es sei wenig logisch, «wenn Erhebungen, welche lediglich die Realität abbilden, keine Anwendung finden dürften.»²⁰⁴ 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 immanent.²⁰⁵ Die Beschwerde wurde mit diesen (und anderen, vorliegend nicht relevanten Argumenten) abgewiesen.

[84] 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 dieses Beitrags²⁰⁶ 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 ist.²⁰⁷ 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.

²⁰³ BGE 142 V 178 E. 2.5.6

²⁰⁴ BGE 142 V 178 E. 2.5.5.

²⁰⁵ BGE 142 V 178 E. 2.5.7.

²⁰⁶ Siehe Rz. 11.

²⁰⁷ Siehe dazu ausführlich Rz. 9 bis 12.

3.2. Erkenntnisse für die diskriminierungsfreie Statistik und Analyse

[85] Das Modell der statistischen Diskriminierung wird z.B. vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) im Zusammenhang mit Lohnunterschieden herbeigezogen. Gemäss einer Analyse des SGB wäre der diskriminierende Lohnunterschied um 24 Prozent kleiner, wenn verheiratete Frauen auf Grund ihres Zivilstands nicht diskriminiert würden.²⁰⁸ Die AutorInnen führen weiter aus, dass auch die Lohnunterschiede zwischen bestimmten weiblichen und männlichen Berufseinsteigern²⁰⁹ auf statistische Diskriminierung zurückzuführen sein könnten, weil jungen Frauen unter anderem aufgrund erwarteter Mutterschaft weniger Lohn bezahlt würde.²¹⁰ Entscheidungsträgerinnen und -träger 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 wegen Kindererziehung einlegen würden, müssten sie unter Umständen Lohnabstriche in Kauf nehmen. Sofern und soweit die Aussagen in der SGB-Studie zutreffen,²¹¹ ist dies ein Beispiel dafür, wie vermeintliche Erklärungsfaktoren von Lohnunterschieden auf Stereotypen und somit diskriminierenden Gründen beruhen.

[86] Auch die bereits erwähnte Studie, die im Auftrag des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes erarbeitet wurde,²¹² 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 die Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern kleiner oder verschwinden.²¹³

[87] 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 Humankapital 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 Beförderungentscheiden aufgrund zugeschriebener Erwartungen anders beurteilen als Männer.²¹⁴ In einem solchen Fall würde eine statistische Diskriminierung vorliegen.

[88] Möglicherweise ist auch bereits die Annahme, dass Frauen weniger karriereorientiert sind und somit auch niedrigere Lohnerwartungen haben, falsch. Gemäss einer vom Beratungsunter-

²⁰⁸ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 17.

²⁰⁹ Zum Ganzen KATHRIN BERTSCHY et al., Lohndiskriminierung beim Berufseinstieg. Eine quantitative Analyse für die Schweiz, *Swiss Journal of Sociology* 40 (2014) Nr. 2, S. 279, 282 mit weiteren Hinweisen.

²¹⁰ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 17.

²¹¹ Ob dem so ist, kann im Rahmen der vorliegenden juristischen Untersuchung nicht beurteilt werden.

²¹² Siehe Fn. 49.

²¹³ GERFIN/KAISER (Fn. 49), S. 21.

²¹⁴ WERDER/GALLUSER/LAMPART (Fn. 52), S. 17.

nehmen Bain & Company durchgeführten Umfrage bei 1000 Männern und Frauen verschiedener Altersgruppen und Hierarchieebenen in den USA²¹⁵ 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 seien vielmehr das vorherrschende stereotype Bild des stets verfügbaren Angestellten, fehlende Unterstützung durch die direkten Vorgesetzten sowie kaum vorhandene weibliche Rollenvorbilder im Topmanagement.²¹⁶ Zu bemerken bleibt diesbezüglich, dass die zitierte Studie aufgrund methodischer Einschränkungen nur bedingt wissenschaftlichen Kriterien genügt und Alternativhypothesen ebenfalls möglich sind.

[89] 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 fällt.²¹⁷

[90]

Aus den obenstehenden Ausführungen zur statistischen Diskriminierung lassen sich zwei Dinge ableiten. Erstens, Entscheide, die aufgrund statistischer Erfahrungswerte 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).

²¹⁵ Bain & Company, Bain-Studie zur Chancengleichheit: Frauenförderung fängt bei den Männern an, Pressemitteilung vom 8.1.2015 (abrufbar unter <https://www.bain.com/de/ueber-uns/presse/pressemitteilungen/germany/2015/bain-studie-zur-chancengleichheit-everyday-moments-of-truth/> zuletzt besucht am 26.09.2019); siehe auch <https://www.bain.com/de/ueber-uns/presse/pressemitteilungen/germany/2015/bain-studie-zur-chancengleichheit-everyday-moments-of-truth/> zuletzt besucht am 26.09.2019 für die komplette Studie.

²¹⁶ Siehe auch NICOLE RÜTTI, Unerklärter Lohnunterschied – Warum Frauen weniger verdienen als Männer, NZZ vom 21.08.2015.

²¹⁷ Ob die Aufteilung in «erklärbare» und «nichterklärbare» Faktoren für Lohnunterschiede einen solchen hypothetischen Stereotypisierungsprozess tatsächlich fördert, ist aber umstritten.

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

[91] Für eine wirksame Bekämpfung von Diskriminierung bilden sachgerechte Statistiken eine wichtige Grundlage.²¹⁸ 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 des vorliegenden Beitrages gewinnen lassen.

[92] Unter dem Begriff «equality data»²¹⁹ wird gefragt, welche Daten gesammelt werden resp. gesammelt werden dürfen, wie diese Daten erfasst werden, wie die entsprechenden Kategorien 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» gesprochen²²⁰ – sowie in einem kleineren Umfang Daten zur Lage von Menschen mit Behinderung. Die Sammlung von Daten zum Geschlecht wird als unproblematisch bezeichnet.²²¹

[93] Die grösste Herausforderung bei «equality data» wird beim Bilden und Definieren von Kategorien gesehen.²²² 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 stehen.²²³ Namentlich Nichtregierungsorganisationen machen auf die Gefahr von Missbrauch dieser Daten aufmerksam.²²⁴ Es wird u.a. befürchtet, dass durch die Bildung von Kategorien Stereotype perpetuiert werden.²²⁵ Dies gelte es in jedem Fall zu vermeiden; im Zusammenhang mit Stereotypen und Geschlecht wird auch von «gender bias» gesprochen.²²⁶

[94] Diese Debatte ist vordergründig für die vorliegende Studie von wenig Relevanz. Die Kategorie Geschlecht bildet gemäss den verschiedenen Berichten kein Problem.²²⁷ Das Geschlecht 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 dieser Analyse 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.

²¹⁸ Siehe Rz. 48 ff.

²¹⁹ ENAR (Fn. 126), S. 5 sowie 33; OSF (Fn. 126), S. 4 f.

²²⁰ OSF (Fn. 126), S. 12.

²²¹ OSF (Fn. 126), S. 11 sowie 27; DOMINIQUE MEURS, Mesurer les discriminations: les approches des économistes, in: *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2/2015, S. 90, 92.

²²² ENAR (Fn. 126), S. 6.

²²³ ENAR (Fn. 126), S. 3; OSF (Fn. 126), S. 11 f.; MEURS (Fn. 221), S. 90, 92.

²²⁴ ENAR (Fn. 126), S. 23.

²²⁵ OSF (Fn. 126), S. 7.

²²⁶ UNECE/World Bank Institute (Fn. 126), S. 4 sowie 7; United Nations, Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women – Statistical Surveys, New York 2014 (abrufbar unter https://unstats.un.org/unsd/gender/docs/Guidelines_Statistics_VAW.pdf zuletzt besucht am 26.09.2019), Rz. 213, 334 sowie 336; vgl. auch MEURS (Fn. 221), S. 90, 95.

²²⁷ OSF (Fn. 126), S. 11 sowie 27; MEURS (Fn. 221), S. 90, 92.

[95] 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 ist.²²⁸ Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Arbeit sind verschiedene Methoden zugelassen, vorausgesetzt, sie sind nicht diskriminierend und beruhen nicht auf geschlechterdiskriminierenden Faktoren.²²⁹ Das verbietet bspw. eine tiefere Bewertung von Care-Eigenschaften und Sozialkompetenz oder eine überproportionale Wertung von körperlichem Krafteinsatz.²³⁰ Auch WALDMANN betont, dass «solche Gründe nicht als Vehikel verwendet werden [dürfen], um geschlechtsspezifische Regelungen mit althergebrachten Rollenvorstellungen zu begründen.»²³¹ So ist z.B. auch Teilzeit kein Rechtfertigungsgrund für einen im Verhältnis zu Vollzeit tieferen Lohn.²³²

[96] Der EGMR erachtet geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen ebenfalls als unzulässig, wenn sie mit Bezugnahme auf Traditionen oder allgemeinen gesellschaftlichen Vorstellungen gerechtfertigt werden.²³³ 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 teilzeiterwerbstätige. 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 qualifizieren.²³⁴ 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 überdurchschnittlich Frauen trafe, und verurteilte die Schweiz.²³⁵ Mit diesem Entscheid hat der

²²⁸ Siehe auch Rz. 56.

²²⁹ SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 77), Art. 8 Abs. 3 Rz. 126; Komm. CEDAW-LEMPEN/BINDER (Fn. 107), Art. 11 Umsetzung Schweiz Rz. 43.

²³⁰ BGE 124 II 409 E. 9d; BGE 131 II 394 E. 6.

²³¹ BSK BV-WALDMANN (Fn. 76), Art. 8 N 100 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 116 V 198 E. II. 2a cc); BGE 140 I 305 E. 4.

²³² BGE 124 II 436 E. 8d aa); BGE 125 II 530 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2A.253/2001 vom 08.10.2002 E. 4.8; siehe Rz. 156 ff.

²³³ EGMR, Urteil vom 02.02.2016, No. 7186/09, di Trizio c. la Suisse, Ziff. 82; zum Ganzen KURT PÄRLI, Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK, SZS 2016, S. 390 ff.

²³⁴ EGMR, Urteil vom 24.06.1993, No. 14518/89, Schuler-Zraggen.

²³⁵ 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, Urteil des Bundesgerichts 9F_8/2016 vom 20.12.2016. Das Urteil zog auch eine Änderung der entsprechenden Bestimmungen nach sich, siehe dazu JANA RENKER, Die neue «gemischte Methode» der Bemessung des Invaliditätsgrads, in: Jusletter 22. Januar 2018.

EGMR auch die Rechtsprechung aus dem Jahr 2006, wonach der Nachweis einer indirekten Diskriminierung mittels offizieller Statistik zulässig ist, gefestigt.²³⁶

[97]

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.

5. Vorläufige Zwischenergebnisse

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

[99] Nach der bisherigen Analyse stellt der unerklärbare Anteil der Lohn Differenz, wie sie in der nationalen Lohnstatistik zum Ausdruck kommt, eine begründete Vermutung einer Lohn diskriminierung dar. Der Anteil nicht erklärter Lohn differenzen wird tendenziell (nicht jedoch zwangsläufig) kleiner, je mehr Variablen in die Analyse einbezogen werden. Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht ist die genaue Prozentziffer der (vermutlichen) Lohn diskriminierung in den Betrieben nicht von vorrangiger Bedeutung.²³⁷ Dass Lohn diskriminierung in den Betrieben tatsächlich vorkommt, zeigt bereits die Ergebnisse der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes²³⁸ und die Resultate der Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR).²³⁹ Allein aus einem ggf. noch präziseren Anteil der nicht erklärbaren Lohn unterschiede lassen sich weder die Ursachen der Lohnungleichheit noch zielführende Massnahmen zur Überwindung von Lohn differenzen 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. Eine vom EBG in Auftrag gegebene Studie hat die Praxis der kantonalen Gerichte und Schlichtungsbehörden zwischen 2004 und 2015 zum Gleichstellungsgesetz analysiert.²⁴⁰

[100] Die Darlegung der rechtlichen Grundlagen der LSE²⁴¹ und des umfassenden Gleichstellungsauftrages an die staatlichen Behörden²⁴² zeigen, dass der Streit um das Ausmass der er-

²³⁶ EGMR, Urteil vom 20.06.2006, No. 17209/02, Zarb Adami c. Malte, Ziff. 76.

²³⁷ Zu beachten ist, dass die nationale Statistik ohnehin eine übergeordnete Perspektive einnimmt und vom einzelnen Betrieb abstrahiert. Es ist nicht von vorrangiger Bedeutung, ob die unerklärte Lohn differenz bspw. 8.1 oder 7.9 Prozentpunkte beträgt. Unseres Erachtens trifft den Staat in beiden Fällen die Pflicht, Massnahmen zu ergreifen. Solange Ungleichheiten bestehen, ist der Staat verpflichtet, diese Ungleichheiten abzubauen (programmatische Schicht, vgl. Rz. 42 ff.).

²³⁸ HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, S. 12.

²³⁹ WALTER KÄLIN/RETO LOCHER, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2015, S. 14.

²⁴⁰ Siehe Lempen/Voloder (Fn. 28).

²⁴¹ Siehe Rz. 48 ff.

²⁴² Siehe Rz. 31 ff.

klärbaren und nicht erklärbaren Teile der geschlechtsbedingten Lohndifferenz nicht der (allein) entscheidende Punkt ist.²⁴³ Auch bereits nach dem jetzigen Analysemodell sind bestimmte Aspekte, die den Lohnunterschied erklären, Ausdruck einer möglichen Diskriminierung zwischen den Geschlechtern.

[101] Aus rechtlicher Sicht besteht nicht nur eine Verpflichtung zum Rechtsschutz gegen Lohn-diskriminierung im konkreten Einzelfall. Das Ziel der Lohnungleichheit 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 aufrechtzuerhalten 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 Lohnungleichheit erklärende Faktoren können diskriminierend sein.

[102] 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 Lohnungleichheit 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.

[103] 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.

[104] 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 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.

²⁴³ Siehe auch Rz. 21 f. sowie 89.

6. Juristische Würdigung der Erklärungsfaktoren des Analysemodells der nationalen Statistik

6.1. Vorüberlegungen und methodisches Vorgehen

6.1.1. Vorüberlegungen

[105] In der vorliegenden Analyse 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 hingewiesen.²⁴⁴ Zu Lohndiskriminierung auf *individueller Ebene* sind die wichtigsten Eckpunkte des Lohngleichheitsanspruchs in Erinnerung zu rufen.

[106] 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 Geschlechts.²⁴⁵ 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 lohnmäßige 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.²⁴⁶ 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).²⁴⁷ 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 wäre.²⁴⁸ 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 rechtfertigen.²⁴⁹ Unzulässig ist eine Lohnungleichheit unter Berufung auf einen der genannten Gründe dann, wenn das Merkmal, zum Beispiel das Alter, nur beim einen Geschlecht berücksichtigt wird.²⁵⁰ Ein Lohnunterschied kann – zumindest vorübergehend und unter Wahrung der

²⁴⁴ Siehe Rz. 4, 22 sowie 36.

²⁴⁵ BGE 142 II 49 E. 6; Komm. GIG-FREIVOGEL (Fn. 79), Art. 3 Rz. 99.

²⁴⁶ 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; BGE 125 II 385 E. 3b; BGE 125 II 530 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 2A.205/2004 vom 08.04.2005 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 1A.34/1999 vom 05.10.1999.

²⁴⁷ BGE 130 III 145 E. 3.2; siehe auch Komm. GIG-Freivogel (Fn. 79), Art. 3 Rz. 119; STEVE BINGGELI/OLIVER SCHRÖTER/JENNIFER BIERL, Lohngleichheitsanalysen, in: Jusletter 26. März 2018. Kritisch zur Berücksichtigung der Regressionsanalyse durch das Bundesgericht CHRISTIAN MADUZ, Regressionsanalyse: Kontrollinstrument zur Überprüfung der Lohngleichheit, Urteilsbesprechung BGE 130 III 145, ARV 2014, S. 178 ff.

²⁴⁸ BGE 141 II 411 E. 6.1.2.

²⁴⁹ BGE 124 II 409 E. 9c.

²⁵⁰ THOMAS GEISER, 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

Verhältnismässigkeit – auch mit dem Argument des Arbeitsmarktes gerechtfertigt werden.²⁵¹ 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 geschlechtsneutral.²⁵² Richtig wäre deshalb, auch im individuellen Lohnstreit einen Rechtfertigungsgrund immer kritisch auf seinen Stereotypisierungsgehalt zu hinterfragen.²⁵³

[107] Die Faktoren, welche im individuellen Lohnstreit im konkreten Einzelfall nach der Gerichtspraxis eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu rechtfertigen vermögen, dürfen nicht unesehen 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 Geschlechterstereotypen²⁵⁴ 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 EuGH²⁵⁵ und des EGMR²⁵⁶ 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.

[108] Trotz der gebotenen Unterscheidung zwischen *individueller* und *gesamtwirtschaftlicher* Ebene bietet die Bewertung des Diskriminierungspotenzials eines Faktors in individuellen Lohnstreitigkeiten auch einen Anhaltspunkt für die Bewertung eines analogen Faktors im nationalen Analysemodell.

6.1.2. Methodisches Vorgehen

[109] 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* und *nach* dem Eintritt in das Erwerbsleben» und «Arbeitsplatzspezifische Bedingungen») juristisch bewertet. Zuerst werden der Faktor und dessen Erklärungs-

– 1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, CERT – Centre d'étude des relations du travail Nr. 7, Zürich 2016, S. 159, 168.

²⁵¹ BGE 125 III 368; weiterführend Geiser (Fn. 250), S. 159, 169.

²⁵² Komm. GIG-FREIVOGEL (Fn. 79), Art. 3 Rz. 130.

²⁵³ BIERI (Fn. 87), S. 819 ff.; BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI (Fn. 247); siehe für die betriebliche Ebene MATTHIAS MOELLENEY/FRITZ DOLDER, Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 2, in: Jusletter 3. Juli 2017, Rz. 35.

²⁵⁴ Siehe Rz. 40 ff., insbesondere 42 und 46 f.

²⁵⁵ Siehe Rz. 81.

²⁵⁶ Siehe Rz. 96.

potenzial 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 kann.²⁵⁷

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

1. *Rechtsnorm*: Die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen werden dahingehend analysiert, ob die Anknüpfung für eine Lohn Differenz an ein bestimmtes Merkmal in einem individuellen Lohnstreit eine direkte oder indirekte Diskriminierung darstellt.
2. *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 wurde.
3. *Programmatischer Gleichstellungsauftrag*:²⁵⁸ Weiter wird gefragt, welche Auswirkungen sich aus dem programmatischen Charakter des Gleichstellungsrechts für die Würdigung der einzelnen Variablen ergeben.

[111] 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 Rahmens²⁵⁹ dar.

6.2. Kritische Würdigung der Erkenntnisse aus der Felfe/Trageser/Iten-Studie

[112] Die StudienautorInnen unterscheiden verschiedene Arten von Diskriminierung:

²⁵⁷ 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 Lohn Differenz für gleiche oder gleichwertige Arbeit, ohne dass dafür anerkannte Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Übergänge zwischen den Diskriminierungsformen sind zum Teil fließend.

²⁵⁸ Zum programmatischen Gehalt der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzbestimmungen siehe Rz. 41 bis 43.

²⁵⁹ Siehe dazu ganz generell die Teile 2 bis 5 und spezifisch Kapitel 2.2.2 Beseitigung der Lohnungleichheit als Auftrag an die staatlichen Behörden, Rz. 40 ff. sowie Kapitel 2.2.3 Statistik, Analyse und Evaluation als Grundlage der Lohngleichheit, Rz. 48 ff.

Abbildung 3: Diskriminierungspotenzial nach FELFE/TRAGESER/ITEN

Art der Diskriminierung		Definition/gesetzlicher Rahmen	Prüfpunkte und Hinweis auf Diskriminierungspotenzial
Pre labor market discrimination		- 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 Lohn-diskriminierung	- 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 Lohngleichheitsgebots 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)
	Beschäftigungs-diskriminierung	- 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 werden. ²⁶⁰	d) Ist sichergestellt, dass das lohnrelevante Merkmal für Frauen und Männer im Unternehmen gleich zugänglich ist? (nein)

Quelle: FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 57

[113] Die StudienautorInnen erwähnen, dass für die «pre labor market discrimination» kein gesetzlicher Rahmen anwendbar ist. Dem ist zu widersprechen. Wie im hier vorliegenden Beitrag aufgezeigt wird, gilt der Gleichstellungsanspruch umfassend und verpflichtet die staatlichen Behörden mit geeigneten Massnahmen gerade auch für die Eliminierung der «pre labor market

²⁶⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 24.

discrimination» zu sorgen.²⁶¹ 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 sorgen.²⁶² Das Bundesgericht betont, dass darin ein «Sozialgestaltungsauftrag [liegt], der dahin geht, auf den Abbau bestehender Stereotypisierung und diskriminierender Strukturen hinzuwirken[.]»²⁶³ Bei der Umsetzung kommt dem Gemeinwesen zwar ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zu, bei Untätigkeit des Gesetzgebers ist indes eine Rechtsverweigerungsbeschwerde zulässig.²⁶⁴ In Art. 5 CEDAW wird die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Bekämpfung von Stereotypen noch deutlicher, indem diese explizit genannt wird.²⁶⁵ 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 GLG ein Gesetz für die Bekämpfung von Ungleichheiten im Erwerbsleben geschaffen worden ist, gilt das Diskriminierungsverbot für sämtliche Lebensbereiche und somit auch für Ungleichbehandlungen «vor dem Markt».²⁶⁶ Dass es ein Anliegen ist, namentlich solche Ungleichbehandlungen zu überwinden, zeigen auch Gesetzesrevisionen, bspw. jene des Sorgerechts.²⁶⁷ 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 kann.²⁶⁸

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

²⁶¹ Siehe Rz. 27 ff., insbesondere Rz. 42 sowie 46 f.

²⁶² RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETERÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1946.

²⁶³ BGE 137 I 305 E. 3.1; zustimmend SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 77), Art. 8 Abs. 3 Rz. 112.

²⁶⁴ BGE 137 I 305 E. 3.1; RHINOW/SCHÉFER/ÜBERSAX (Fn. 262), Rz. 1947.

²⁶⁵ Siehe Rz. 46; vgl. zum Ganzen Komm. CEDAW-WYTENBACH (Fn. 107), Art. 5 Allgemein Rz. 15 ff.

²⁶⁶ Vgl. MÜLLER/SCHÉFER (Fn. 121), S. 746 f. mit weiteren Hinweisen.

²⁶⁷ Der Bundesrat nennt in der entsprechenden Botschaft bereits in der Übersicht die Gleichstellung von Mann und Frau als Ziel, siehe Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9078.

²⁶⁸ SILVIA STRUB/LIVIA BANNWART, Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2014, Schlussbericht, im Auftrag des Bundesamts für Statistik (BFS), Bern 2017, 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/Nationalität	Eher hoch	Direkt
Region/Grossregion	Eher hoch	Nein
Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben		
Höchste abgeschlossene Ausbildung	Hoch	Nein
Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben		
Alter als Indikator für die potenzielle Erwerbserfahrung	Eher hoch	Nein
Dienstjahre	Hoch	Nein
Arbeitsplatzspezifische Bedingungen		
Arbeitspensum/Beschäftigungs-grad	Hoch	Indirekt
Branche/Wirtschaftsbranche	Hoch	Indirekt
Berufliche Stellung	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
Kompetenzniveau/Anforderungsniveau	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
Ausgeübter Beruf/Tätigkeitsbereich	Hoch	Beschäftigungsdiskriminierung
Unternehmensgrösse/Firmen-grösse	Hoch	Nein
Lohnart	Mässig	Indirekt
Lohnvereinbarung	Mässig	Indirekt
Lohnform ²⁶⁹	Mässig	Indirekt
Zusätzliche Lohnbestandteile	Mässig	Direkt

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75

[115] 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 vergleichbarer männlich besetzter Bereich. Des Weiteren ist hier anzumerken, dass die Grenzen zwischen Beschäftigungs- und Lohndiskriminierung flussend sind.

²⁶⁹ Die Lohnform findet seit der LSE 2012 keine Beachtung mehr.

6.3. Überprüfung der Modellvariablen des bestehenden Modells

6.3.1. Sozio-demographische Faktoren

a. Alter

[116] Das Alter dient im Analysemodell der nationalen Statistik als Ausgangspunkt für die potenzielle Erwerbserfahrung.²⁷⁰ Das Alter hat auch einen Zusammenhang zur effektiven Berufserfahrung, deshalb wird es unter diesem Aspekt weiter hinten analysiert.²⁷¹

b. Zivilstand

i. Erklärungspotenzial

[117] 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 Männer.²⁷² Möglicherweise erwarten Arbeitgeber von verheirateten Männern bessere Leistungen. Bei verheirateten Frauen verhält es sich anders; sie verdienen weniger als ledige Frauen.²⁷³ Auch FELFE/TRAGESER/ITEN messen dem Zivilstand ein eher hohes Erklärungspotenzial bei.²⁷⁴

ii. Diskriminierungspotenzial

[118] FELFE/TRAGESER/ITEN sehen in der Verwendung des Zivilstands ein direktes Diskriminierungspotenzial.²⁷⁵

[119] 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 gleichen Geschlechts eine nach Art. 3 Abs.1 GIG verbotene Diskriminierung darstellt oder nicht.²⁷⁶ 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

²⁷⁰ Siehe Rz. 140.

²⁷¹ Siehe Rz. 209 ff.

²⁷² Siehe dazu FRANCESCA CORNAGLIA/NAOMI FELDMAN, Productivity, Wages, and Marriage: The Case of Major League Baseball, Discussion Paper No. 5695, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, Bonn 2011; siehe auch MEGAN LEONARD/STANLEY TOM, Married with children: What remains when observable biases are removed from the reported male marriage wage premium, Labour Economics 33 (2015), S. 72 ff.

²⁷³ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 43.

²⁷⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

²⁷⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

²⁷⁶ Siehe dazu Aubry Girardin (Fn. 91), S. 1062, 1070.

Leistungsbereitschaft von Frauen mit Familienpflichten im 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: «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[.] 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[.]*»²⁷⁷ 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 musste.²⁷⁸ 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 die 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 vorlag.²⁷⁹ [120] 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 Geschlechts 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» sind 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.

²⁷⁷ Urteil des Obergerichts Solothurn SOG 1999 Nr. 1 vom 31.08.1999 (abrufbar unter https://gerichtsentscheide.so.ch/cgi-bin/nph-omnis.cgi.exe?OmnisPlatform=WINDOWS&WebServerUrl=https://gerichtsentscheide.so.ch&WebServerScript=/cgi-bin/nph-omnis.cgi.exe&OmnisLibrary=JURISWEB&OmnisClass=rtFindinfoWebHtmlService&OmnisServer=7001&Parametername=WEB&Schema=JGWEB&Source=&Aufruf=getMarkupDocument&cSprache=DE&nF30_KEY=126114&W10_KEY=239472&nTrefferzeile=1&Template=/simple/search_result_document.html sowie unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1333.html> zuletzt besucht am 26.09.2019), Hervorhebung durch die Autoren.

²⁷⁸ Schlichtungsstelle Zürich, Geschäft Nr. 98/1 vom 06.04.1998, zitiert nach [gleichstellungsgesetz.ch](https://www.gleichstellungsgesetz.ch) (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1024.html> zuletzt besucht am 26.09.2019).

²⁷⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern Nr. V 98 245 vom 13.03.2001, zitiert nach [gleichstellungsgesetz.ch](https://www.gleichstellungsgesetz.ch) (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html> zuletzt besucht am 26.09.2019).

[121] Im bisherigen Analysemodell wird der Faktor «Zivilstand» verwendet, um eine Lohn Differenz 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 könnten.²⁸⁰ 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 wurde.²⁸¹ 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 Lohn Differenz, 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.

[122] Der Status «verheiratet» wird von Arbeitgebenden (wohl unbewusst) als Signal für die erwartete Produktivität einer Arbeitskraft interpretiert, wobei sich hier die obengeschilderten geschlechtsspezifische Unterschiede zeigen.²⁸² Sowohl das Stereotyp «verheiratete Männer sind produktiver als ledige Männer» als auch dasjenige «verheiratete Frauen sind weniger produktiv als ledige Frauen» gehört aus gleichstellungsrechtlicher Sicht überwunden, denn als Folge dieser Stereotypisierung 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, vollzeiterwerbstätige Frauen in lohnrelevanten Merkmalen Männern viel ähnlicher sind als verheiratete, teilzeiterwerbstätige Mütter.²⁸³ In diesem Zusammenhang wird auch von «motherhood penalty» gesprochen.²⁸⁴

[123] Auf individueller Ebene ist eine Benachteiligung aufgrund des Zivilstandes (und auch aufgrund der familiären Situation) diskriminierungsrechtlich bei richtiger Auslegung von Art. 3

²⁸⁰ Siehe BGE 125 III 373 E. 5; BGE 118 Ia 37 f. E. 2c; BGE 113 Ia 116 E. 4a.

²⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 2A.87/1998 vom 03.09.1999.

²⁸² Siehe Rz. 117.

²⁸³ Statistisches Amt Kanton Zürich, Zürcher Lohnstudie 2016, statistik.info 03/2016, S. 2 sowie 24.

²⁸⁴ ELISE GOULD/JESSICA SCHIEDER/KATHLEEN GEIER, 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, D.C. 2016, S. 4 sowie 14 mit weiteren Hinweisen.

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 der Zivilstand noch die familiäre Situation zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden zu akzeptieren.

iii. Ergebnis

[124] Die Variable «Zivilstand» sollte aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive nicht mehr im Analysemodell verwendet werden.

c. Aufenthaltsstatus

i. Erklärungspotenzial

[125] 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 lässt sich eine Lohndifferenz feststellen.²⁸⁵ 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 Lohnstrukturhebungen 2014 sowie 2016 decken sich mit denjenigen anderer Studien.²⁸⁶ Ein Teil der Differenz zwischen Löhnen von SchweizerInnen und AusländerInnen lassen sich durch Unterschiede in der Branchenzugehörigkeit, der Qualifikation oder des Alters erklären.²⁸⁷ Die unerklärte Lohn-differenz 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 Ausbildungsabschlüssen.²⁸⁸ Andererseits könnten auch diskriminierende Entscheidungen von Arbeitgebern relevant sein.²⁸⁹ 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 bei.²⁹⁰

²⁸⁵ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 46; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 27 f.

²⁸⁶ GOULD/SCHIEDER/GEIER (Fn. 284), S. 12 f.

²⁸⁷ JANINE DAHINDEN et al., Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz – Probleme und Massnahmen. Ergebnisse einer Aktionsforschung, Bern/Neuenburg 2004, S. 41; vgl. SECO/SEM/BFS/BSV, 11. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz, EU: Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf den Schweizer Arbeitsmarkt, Bern 2015 S. 66 f.

²⁸⁸ DAHINDEN et al. (Fn. 287), S. 41; ELKE WOLF/MIRIAM BEBLO/CLEMENS OHLERT, Gender and nationality pay gaps in light of organisational theories, A large-scale analysis within German establishments, ZfB 82 (2012) Supplement 2, S. 69, 70; vgl. SECO/SEM/BFS/BSV (Fn. 287), S. 66 f.

²⁸⁹ DAHINDEN et al. (Fn. 287), S. 41; Vgl. SECO/SEM/BFS/BSV (Fn. 287), S. 66 f.; vgl. WOLF/BEBLO/OHLERT (Fn. 288), S. 69, 82.

²⁹⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

ii. Diskriminierungspotenzial

[126] FELFE/TRAGESER/ITEN erachten den Faktor «Aufenthaltsstatus» aus gleichstellungsrechtlicher Sicht in Bezug auf das Geschlecht als unproblematisch. Es bestehe indes ein Diskriminierungspotenzial bzgl. einzelner Nationalitäten.²⁹¹

[127] Welche Bedeutung hat der Faktor «Aufenthaltsstatus» 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 «Aufenthaltsstatus» 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 behandeln.²⁹² So ist es zulässig, dass Behörden 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 haben einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung mit den inländisch Beschäftigten.

[128] 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 wird.²⁹³ Arbeitskräfte aus EU- und EFTA-Staaten haben gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA²⁹⁴) Anspruch auf Lohngleichheit für gleiche und gleichwertige Arbeit. Die Durchsetzung dieses 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).²⁹⁵ 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.

²⁹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75, Fn. 36.

²⁹² BGE 136 I 297 E. 7.4; BGE 136 II 241 E. 12; BGE 129 I 392 E. 3.2.3; BGE 125 IV 1 E. 5b; BGE 125 II 633 E. 2c; BGE 118 Ib 153. Unsachliche Ungleichbehandlungen dieser Personengruppen können jedoch weder mit der BV noch völkerrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen in Einklang gebracht werden (BGE 129 I 392 E. 3.2.2).

²⁹³ 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 LISA OTT, Art. 22 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Turnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 22 AuG, Rz. 5 ff.

²⁹⁴ 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 ISABELLE WILDHABER, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV online 1/2014, N 45.

²⁹⁵ 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).

[129] Lohnneinbussen, die mittelbar oder unmittelbar mit dem Aufenthaltsstatus zusammenhängen, betreffen sowohl Ausländer als auch Ausländerinnen. Vor Lohndiskriminierung schützen die genannten Regeln *beide Geschlechter* gleichermaßen.²⁹⁶ 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 tun.²⁹⁷ Eine solche liegt bspw. vor, wenn eine ausländische Frau benachteiligt wird, weil sie Ausländerin *und* weil sie eine Frau ist.

iii. Ergebnis

[130] Die Variable «Aufenthaltsstatus» kann aus geschlechterdiskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

d. Region

i. Erklärungspotenzial

[131] 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, SO)
- Nordwestschweiz (AG, BL, BS), Zürich (ZH)
- Ostschweiz (AR, AI, GL, GR, SG, SH, TG)
- Zentralschweiz (LU, NW, OW, SZ, UR, ZG)
- Tessin (TI)

Die geschlechtsspezifischen durchschnittlichen Lohnunterschiede variieren zwischen 12.6 Prozent in der Genferseeregion und 22.7 Prozent in der Region Zürich.²⁹⁸ Dabei ist der unerklärte Anteil im Tessin am grössten (10.6 Prozent),²⁹⁹ dies bei einem schweizerischen Durchschnitt von 7.7 Prozent.³⁰⁰ Es folgen die Ost- (10.1 Prozent), die Zentral- (8.1 Prozent) und die Nordwestschweiz (8 Prozent).³⁰¹ FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen den Erklärungsgehalt der Region gleich ein wie jenen der anderen sozio-demographischen Faktoren (eher hoch).³⁰² Die Region wird berücksichtigt, um eventueller Heterogenität über die Unternehmen hinweg in der geschlechter-spezifischen Lohn Differenz gerecht zu werden.³⁰³ Regional verschiedene Wirtschaftsstrukturen

²⁹⁶ Im Rahmen von Entsendungen sind die Entsendebetriebe auch ausdrücklich zur Gewährung der Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern verpflichtet (siehe Fn. 295).

²⁹⁷ Siehe zum Ganzen EKR, Mehrfachdiskriminierung, TANGRAM 23, Bulletin der EKR 6/2009.

²⁹⁸ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 73; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 52 sowie 123 für die Zahlen der LSE 2014.

²⁹⁹ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 73.

³⁰⁰ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 168 Tabelle 106; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 52 sowie 123 für die Zahlen der LSE 2014.

³⁰¹ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 168 Tabelle 106; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 52 sowie 123 für die Zahlen der LSE 2014.

³⁰² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁰³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 77.

(Branchen- und Beschäftigungsstrukturen) sowie unterschiedliche Lohnniveaus können Lohn-differenzen zwischen Frauen und Männern erklären.³⁰⁴

ii. Diskriminierungspotenzial

[132] FELFE/TRAGESER/ITEN sehen bezüglich «Region» kein Diskriminierungspotenzial.³⁰⁵ Es stellt sich die Frage, wie es sich aus rechtlicher Sicht hinsichtlich einer Benachteiligung wegen regionalen Gegebenheiten verhält.

[133] 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.

[134] 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 ist.³⁰⁶ 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 GlG 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 aufgrund des Geschlechts beruhen würde und so das GlG Anwendung fände. In der Gerichts- und Schlichtungspraxis zum Gleichstellungsgesetz sind solche Fälle nicht bekannt.

iii. Ergebnis

[135] Die Variable «Region» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

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

a. Erklärungspotenzial

[136] Im bestehenden Modell wird die höchste abgeschlossene Ausbildung berücksichtigt. Die Ausbildung ist einer der wichtigsten Erklärungsfaktoren für die Lohnhöhe bzw. für Lohnunter-

³⁰⁴ Vgl. STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 38; BERTSCHY et al. (Fn. 209), S. 279, 292.

³⁰⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁰⁶ SGK BV-SCHWEIZER (Fn. 77), Art. 8 Rz. 64.

schiede auch zwischen den Geschlechtern.³⁰⁷ Dabei gilt sowohl bei Männern als auch bei Frauen die Aussage «je höher die Ausbildung, desto höher der Lohn.»³⁰⁸

b. Diskriminierungspotenzial

[137] 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 könne.³⁰⁹

[138] 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.»³¹⁰ 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 Geschlechterverhältnis.³¹¹ 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 vergeben.³¹² Eine solche «Selbstselektion» wird auch von extrinsischen Rollenvorstellungen und gesellschaftlichen Strukturen beeinflusst.³¹³ 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.

c. Ergebnis

[139] Der Faktor «Höchste abgeschlossene Ausbildung» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive weiterhin im Analysemodell weiterverwendet werden.

³⁰⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 59 f. mit weiteren Hinweisen.

³⁰⁸ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 43; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 24.

³⁰⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 60.

³¹⁰ BGE 142 II 49 E. 6.3, 8.2 sowie 8.5; BGE 124 II 409 E. 9c mit weiteren Hinweisen; siehe auch Rz. 35.

³¹¹ Siehe zum Ganzen BERTSCHY et al. (Fn. 209), S. 279 ff.

³¹² Zürcher Lohnstudie 2016 (Fn. 283), S. 3; vgl. BERTSCHY et al. (Fn. 209), S. 279, 281 ff.

³¹³ So z.B. LAVINIA GIANETTONI et al., Berufswünsche der Jugendlichen in der Schweiz: stereotype Rollenbilder und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Social Change in Switzerland, 3/2015; REGULA LEEMANN/ANDREA KECK, Der Übergang von der Ausbildung in den Beruf. Bedeutung von Qualifikation, Generation und Geschlecht, Neuenburg 2005; ANDREA MAIHOFFER et al., Kontinuität und Wandel von Geschlechterungleichheiten in Ausbildungs- und Berufsverläufen junger Erwachsener in der Schweiz, NFP 60, Gleichstellung der Geschlechter, Basel 2013.

6.3.3. Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben

a. Alter als Indikator für die potenzielle Berufserfahrung

i. Erklärungspotenzial

[140] Erwerbserfahrung ist einer der wichtigsten Erklärungsfaktoren für den Lohn.³¹⁴ Das Alter spiegelt die allgemeine Lebenserfahrung und steht indirekt auch für die Summe der potenziell gesammelten Erfahrungen im Arbeitsmarkt.³¹⁵ Die potenzielle Erwerbserfahrung ergibt sich dabei aus dem Alter (in Jahren), von dem 15 Jahre (entsprechend der obligatorischen Schulzeit) subtrahiert werden.³¹⁶ Die Auswertung wird anhand von drei Altersgruppen dargestellt:

- Unter 30-Jährige (< 30 Jahre)
- 30- bis 49-Jährige (30-49 Jahre)
- Über 50-Jährige (50 Jahre)

Bei Männern gilt grundsätzlich: Je älter, desto höher der durchschnittliche Lohn. Bei Frauen lassen sich Differenzen zwischen den 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 Männern[.]»³¹⁷ Dies deckt sich auch mit den Zahlen der Lohnstrukturerhebung 2016.³¹⁸

ii. Diskriminierungspotenzial

[141] Gemäss den StudienautorInnen besteht bei der Berücksichtigung der potenziellen Erwerbserfahrung kein Diskriminierungspotenzial.³¹⁹ Insbesondere das Alter sei eindeutig objektiv und diskriminierungsfrei³²⁰. Dem kann aus rechtlicher Sicht nicht beigespflichtet werden. In einem

³¹⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 62.

³¹⁵ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 21; STRUB et al., Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2012, Schlussbericht, im Auftrag des Bundesamts für Statistik (BFS), Bern 2016, S. 21; SILVIA STRUB/DÉSIRÉE STOCKER, Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2008, im Auftrag des Bundesamts für Statistik (BFS), Schlussbericht, Bern 2010 S. 51, Fn. 30.

³¹⁶ Berücksichtigt wird dann die Differenz (Alter-15) und das Quadrat dieser Differenz, siehe STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 41, Fn. 29.

³¹⁷ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 22; Eine Vergrößerung der Lohndifferenz mit zunehmendem Alter zuungunsten von Frauen stellen auch GOULD/SCHIEDER/GEIER (Fn. 284), S. 13 f. fest.

³¹⁸ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 74.

³¹⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³²⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 27, 59 sowie 75.

individuellen Lohnstreit 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 Berufserfahrung) für beide Geschlechter gleich auswirkt, ist auf diese Aspekte beim «Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere» als mögliche neue Variable einzugehen.³²¹

[142] 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 Berufserfahrung.³²²

iii. Ergebnis

[143] Das Alter als Indikator für die potenzielle Erwerbserfahrung kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

b. Dienstjahre

i. Erklärungspotenzial

[144] Als Dienstjahre (oder synonym: Dienstalder) 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 arbeiten.³²³ Als Grund dafür werden verschiedene Aspekte aufgeführt. Nach der sogenannten Agententheorie möchten Unternehmen ihre Beschäftigten durch die lohnmassige Berücksichtigung der Dienstreue motivieren und weiter an sich binden.³²⁴ Andere Studien verweisen auf die mit dem Dienstalder steigende Produktivität.³²⁵ Auffallend und im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, dass der auf dem Dienstalder beruhende Lohnanstieg bei Frauen geringer ausfällt als bei Männern.³²⁶ Insgesamt hat der Faktor «Dienstjahre» ein erhebliches Erklärungspotenzial.

ii. Diskriminierungspotenzial

[145] Die Dienstjahre resp. das Dienstalder ist aus Sicht von FELFE/TRAGESER/ITEN unproblematisch, denn es werde unabhängig vom Arbeitspensum und frei von allfälligen Unterbrüchen gemessen.³²⁷ In rechtlicher Hinsicht erfordert die Würdigung des Faktors «Dienstjahre» vorab ein paar Feststellungen sowohl in arbeits- als auch gleichstellungsrechtlicher Hinsicht. Die Perspek-

³²¹ Siehe Rz. 209 ff.

³²² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64.

³²³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64 mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Studien.

³²⁴ THOMAS ZWICK, Seniority wages and establishment characteristics, Labour Economics 18 (2011) Nr. 6, S. 853 ff.

³²⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64 mit Hinweisen.

³²⁶ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 23; FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64 mit weiteren Hinweisen.

³²⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64. Auf S. 78 wird allerdings angemerkt, dass das Dienstalder durchaus ein Ergebnis von «pre labor market discrimination» sein könnte.

tive der folgenden juristischen Ausführungen ist dabei vorerst diejenige des individuellen Arbeitsverhältnisses.

[146] 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 geleisteten Dienstjahren 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 Dienstalter an.

[147] 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.

[148] 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 wurden.³²⁸

[149] 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 Mutterschaftsentschädigung.³²⁹ Die einschlägige kantonale Regelung im Thurgau sah vor, dass die Arbeitnehmerin keinen Lohnanspruch hat, wenn sie den Bezug der Mutterschaftsentschädi-

³²⁸ Urteil des Bundesgerichts 8C_376/2015 vom 24.03.2016 E. 6.1. Siehe dazu auch die Ausführungen zur potenziellen Berufserfahrung, Rz. 207.

³²⁹ BGE 142 II 425.

gung aufschiebt. Diese führte im Ergebnis zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung zwischen krankheits- und geburtsbedingter Arbeitsunfähigkeit.³³⁰

[150] 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 können.»³³¹

[151] 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[.]»³³² 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 Nachweis, dass die bessere Entlohnung durch das Dienstalter gerechtfertigt ist.³³³

[152] 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 verstossen.³³⁴ 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 kaum.³³⁵ Für diese faktische Schlechterstellung von männlichen Beamten konnte Frankreich keine Rechtfertigungsgründe geltend machen.³³⁶

³³⁰ 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.

³³¹ BGE 124 II 409 E. 9d mit weiteren Hinweisen.

³³² 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.

³³³ EuGH, Rs. C-17/05 vom 03.10.2006, Cadman, Rn 38 ff.

³³⁴ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone.

³³⁵ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone, Rn 98.

³³⁶ EuGH, Rs. C-173/13 vom 17.07.2014, Leone et Leone, Rn 99 ff.

[153] Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die Berücksichtigung des Dienstalters in einer individuellen Streitigkeit zur Lohnungleichheit 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.

iii. Ergebnis

[154] Der Faktor «Dienstjahre» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

6.3.4. Arbeitsplatzspezifische Bedingungen

a. Arbeitspensum

i. Erklärungspotenzial

[155] Durch die Berücksichtigung des Faktors «Arbeitspensum» lässt sich gemäss den Ergebnissen der StudienautorInnen ein beachtlicher Teil des Lohnunterschiedes zwischen Frauen und Männern erklären.³³⁷ Aus der LSE 2016 ist ersichtlich, dass 56.5 Prozent der Frauen und 13.9 Prozent der Männer Teilzeit arbeiten (Pensum unter 90 Prozent).³³⁸ Circa 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 verantwortlich.³³⁹ Bei grösserem Pensum ist der standardisierte Lohn tendenziell höher, mit Ausnahme von Pensen von 50–89 Prozent, in denen Frauen durchschnittlich mehr verdienen als Arbeitnehmerinnen in Vollzeitstellen. Dies sei indirekt ein Indikator für höher qualifiziertere Frauen in diesen Pensen.³⁴⁰ Die ökonomische Bewertung von Teilzeitarbeit ist unterschiedlich:³⁴¹ Einerseits wird von höheren

³³⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 67 ff. mit Hinweisen auf einschlägige Literatur; so auch GERFIN/KAISER (Fn. 50), S. 22 ff. mit weiteren Hinweisen.

³³⁸ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 55, Tabelle 15; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 17 für analoge Zahlen für das Jahr 2014.

³³⁹ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 17 mit weiteren Hinweisen.

³⁴⁰ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 55, Abbildung 11; Die Zahlen von 2014 enthielten dabei eine Ausnahme bei Pensen von 50-89 Prozent, in denen Frauen durchschnittlich mehr verdienen als Arbeitnehmerinnen in Vollzeitstellen. Dies sei indirekt ein Indikator für höher qualifiziertere Frauen in diesen Pensen, siehe STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 18.

³⁴¹ Siehe zum Ganzen: FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 69 mit weiteren Hinweisen.

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.»³⁴² Es wird auch ausgeführt, dass Teilzeiterwerbstätigkeit nicht in allen Berufen die gleiche Bedeutung in Bezug auf die Erwerbserfahrung hat (z.B. bei repetitiven Aufgaben).³⁴³

ii. Diskriminierungspotenzial

[156] Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN hat das Arbeitspensum ein Potenzial zur indirekten Lohndiskriminierung.³⁴⁴ Erwähnt wird auch die Gefahr von Beschäftigungsdiskriminierung: Bei unzureichenden Fremdbetreuungsmöglichkeiten und gemäss nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Rollenvorstellungen übernehmen häufig die Frauen die Kinderbetreuung, was dazu führt, dass Frauen vermehrt Teilzeit arbeiten.³⁴⁵ Dies resultiere auch in weniger Chancen, Erwerbserfahrung zu akkumulieren.³⁴⁶

[157] 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 bezahlen.»³⁴⁷ Im Entscheid wurde u.a. festgestellt, dass Kindergärtnerinnen des Kantons Solothurn im Vergleich zu Solothurner PrimarlehrerInnen eine proportionale Lohnkürzung

³⁴² SECO, *KMU-Handbuch Beruf und Familie – Massnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie in kleinen und mittleren Unternehmen*, Bern 2007, S. 26 f.; siehe auch CHRISTIAN MADUZ, *Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann: kritische Würdigung der Regressionsanalyse*, AJP 2015, S. 437, 443.

³⁴³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64.

³⁴⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 69.

³⁴⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64; vgl. STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 17; STRUB et al. (Fn. 315), S. 17.

³⁴⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 64.

³⁴⁷ BGE 124 II 436 E. 8d aa) mit weiteren Hinweisen; siehe auch OLIVER SCHRÖTER/CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, *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, 251.

hinnehmen müssten, weil sie eine um 10 Prozent geringere Arbeitsbelastung als diese hätten.³⁴⁸ Diese Rechtsprechung wurde in späteren Urteilen bestätigt.³⁴⁹

[158] Auch der EuGH hat in zahlreichen Entscheiden festgehalten, dass eine unterschiedliche Behandlung Teilzeitbeschäftigter unzulässig ist.³⁵⁰ Begründet wird dieses Verbot im EU-Arbeitsrecht zum einen durch die Vorschriften zur Gleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter³⁵¹ und zum anderen mit dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung.³⁵²

[159] In der Schweiz ist die ungleiche Behandlung Teilzeitbeschäftigter (unabhängig von einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung) insoweit untersagt, als Art. 319 Abs. 2 OR festhält, dass als Einzelarbeitsvertrag 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 Teilzeitarbeitsverhältnis dann Überstundenarbeit, wenn die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit überschritten wird.³⁵³ 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 soll.³⁵⁴ Eine solche Regelung stellt eine Benachteiligung der Teilzeitbeschäftigten und auch einen Verstoß gegen das indirekte Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GIG dar.³⁵⁵

iii. Ergebnis

[160] Die Variable «Arbeitspensum» sollte aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive nicht mehr im Analysemodell verwendet werden.

³⁴⁸ BGE 124 II 436 E. 9g-h.

³⁴⁹ BGE 125 II 530 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2A.253/2001 vom 08.10.2002 E. 4.8.

³⁵⁰ Siehe dazu ausführlich WESSELINA UEBE, Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, in: Pärli Kurt et al., Schweizerisches Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Basel/Winterthur/Zürich 2016, S. 548, 605 ff.

³⁵¹ 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. Siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts vom 27.06.2019 in der Rs. C274/18 «Schuch-Ghannadan».

³⁵² 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 anwendbaren eine mittelbare Diskriminierung der Frauen, wenn sich ergibt, dass tatsächlich ein erheblich geringerer Prozentsatz Männer teilzeitbeschäftigt ist als Frauen.»

³⁵³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR Praxiskommentar, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321c OR N 4; BGE 124 III 469, S. 471.

³⁵⁴ THOMAS LETSCH, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Bern 2008, Rz. 248.

³⁵⁵ JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, Bern 2007, S. 308; ELISABETH FREIVOGEL/OLIVER STEINER, Die Regelung der Überzeitzuschläge und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, AJP 2001, S. 993 ff.; siehe auch EuGH, verbundene Rs. C-399/92 vom 15.12.1994, Helmig; siehe dazu auch Rz. 196 ff.

b. Branche

i. Erklärungspotenzial

[161] FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen das Erklärungspotenzial des Faktors «Branche» als hoch ein.³⁵⁶ Die Löhne 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 Branche.³⁵⁷ Ausserdem würde durch die Wirtschaftsbranche die Fachrichtung der Ausbildung approximiert.³⁵⁸ Die Verteilung der Geschlechter über die Wirtschaftsbranchen ist sehr unterschiedlich: So liegt bspw. der Frauenanteil im Finanz- und Versicherungsbereich mit 44.3 Prozent deutlich unter 50 Prozent.³⁵⁹ Dagegen ist der Anteil an weiblichen Arbeitskräften im Gesundheits- und Sozialwesen mit 78 Prozent überdurchschnittlich hoch.³⁶⁰ STRUB/BANNWART zogen aus den analogen Zahlen der LSE 2014 u.a. folgenden Schluss: Frauen verdienten 10.1 Prozent weniger als Männer, aufgrund einer Untervertretung in anforderungsreicheren Positionen sowie Kaderstellen und insbesondere, weil sie eher in Niedriglohnbranchen arbeiteten.³⁶¹

ii. Diskriminierungspotenzial

[162] FELFE/TRAGESER/ITEN sehen bei der Branche die Gefahr einer indirekten Lohndiskriminierung.³⁶² 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 daraus 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.

[163] 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 habe.³⁶³ 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 be-

³⁵⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁵⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 78.

³⁵⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 60.

³⁵⁹ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 37, Tabelle 6; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 36 für die LSE 2014.

³⁶⁰ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 38, Tabelle 6; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 36 für die LSE 2014.

³⁶¹ Vgl. STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 71.

³⁶² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁶³ BGE 113 Ia 107 E. 4a.

rücksichtigt werden dürfen.³⁶⁴ 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 unterbezahlt.³⁶⁵ Der Kanton Bern durfte bei der Festsetzung des Lohnsystems die in anderen Kantonen bezahlten Löhne berücksichtigen.³⁶⁶ 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 fortgesetzt.³⁶⁷ 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. Damit wurde ein Teil der Lohndifferenz als begründet angesehen und die Beschwerde abgewiesen.³⁶⁸ In mehreren Urteilen hat das Bundesgericht seine Praxis gefestigt und Bedingungen aufgestellt,³⁶⁹ die für das Anknüpfen an Marktlöhne bzw. die konjunkturelle Lage erfüllt sein müssen.³⁷⁰ Diese kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:³⁷¹

1. Die konjunkturelle Lage muss einen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen von ArbeitnehmerInnen haben.³⁷²
2. Der relevante Markt muss definiert werden. Es ist abzuklären, welche Faktoren den entsprechenden Markt wie stark beeinflussen, allenfalls durch Wirtschaftsdaten und Statistiken.³⁷³
3. Der Lohnunterschied darf nicht höher sein als die nachgewiesene Konjunkturschwankung.³⁷⁴
4. Die entsprechenden Umstände auf dem Markt sind durch die Arbeitgeberin zu beweisen, welche sich auf die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Entlohnung beruft.³⁷⁵
5. Der Lohnunterschied darf nicht an das Geschlecht der betroffenen ArbeitnehmerInnen gebunden sein.³⁷⁶

³⁶⁴ BGE 125 I 71 E. 4d aa).

³⁶⁵ BGE 125 I 71 E. 4d aa).

³⁶⁶ GEISER/MAUCHLE (Fn. 96), S. 8.

³⁶⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts Bern Nr. 19952U vom 29.05.2000, zitiert nach gleichstellungsgesetz.ch (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1181.html> zuletzt besucht am 26.09.2019); siehe auch GEISER/MAUCHLE (Fn. 96), S. 9.

³⁶⁸ Siehe zum Ganzen GEISER/MAUCHLE (Fn. 96), S. 9.

³⁶⁹ Dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH und einen Teil der Lehre. Siehe 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 auch GEISER/MAUCHLE (Fn. 96), S. 10 mit weiteren Hinweisen.

³⁷⁰ Siehe dazu BGE 125 III 368; BGE 126 II 217; BGE 131 II 393; Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2011 vom 24.08.2011.

³⁷¹ Zusammenstellung übernommen von GEISER/MAUCHLE (Fn. 96), S. 22 ff.

³⁷² BGE 113 Ia 107 E. 4a; BGE 126 II 217; BGE 125 III 368 E. 5c cc).

³⁷³ BGE 125 III 368 E. 5c.

³⁷⁴ BGE 125 III 368 E. 5c.

³⁷⁵ BGE 113 Ia 107 E. 4a.

³⁷⁶ BGE 125 I 71 E. 4d; BGE 125 III 368 E. 5c.

6. 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 kommen.³⁷⁷
7. Der Markt, der zu Vergleichszwecken berücksichtigt wird, darf selbst nicht geschlechtsdiskriminierend sein.³⁷⁸
8. Wird die konjunkturelle Lage bei der Festlegung des Lohnes berücksichtigt, muss dies einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprechen.³⁷⁹
9. Marktbedingte Lohnunterschiede müssen das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten.³⁸⁰
10. Marktbedingte Lohnunterschiede müssen zur Erreichung des unternehmerischen Ziels geeignet und erforderlich sein.³⁸¹
11. Ausserdem darf eine marktbedingte unterschiedliche Entlohnung nur zeitlich begrenzt stattfinden.³⁸²

[164] 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 geht,³⁸³ 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 dieses Beitrages.³⁸⁴

[165] Aus den Erfordernissen, dass der zu Vergleichszwecken berücksichtigte Markt nicht geschlechtsdiskriminierend sein darf (7.), eine Unterbezahlung von typischen Frauenberufen (6.) ebenso wenig erlaubt ist wie eine Anknüpfung an das Geschlecht für eine unterschiedliche Entlohnung (5.), 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

³⁷⁷ BGE 125 I 71 E. 4d.

³⁷⁸ BGE 126 II 217 E. 9; BGE 131 II 393 E. 7.4.

³⁷⁹ BGE 125 III 368 E. 5; BGE 130 III 145 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2011 vom 24.08.2011 E. 3.2.

³⁸⁰ BGE 125 III 368 E. 5c aa); BGE 130 III 145 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2011 vom 24.08.2011 E. 3.2.

³⁸¹ BGE 125 III 368 E. 5c; BGE 130 III 145 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2011 vom 24.08.2011 E. 3.2.

³⁸² BGE 113 Ia 107 E. 4a; BGE 125 III 368 E. 5c; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2002 vom 10.09.2002 E. 4.2; BGE 130 III 145 E. 5.2.

³⁸³ Z.B. um die im Urteil Nr. 19952U des Verwaltungsgerichts Bern (Fn. 367) 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.

³⁸⁴ Siehe Rz. 40 ff., insbesondere 42 und 46 f.

Marktlöhnen) deshalb untervertreten sind, weil ihnen der Zugang zu diesen Branchen aufgrund von diskriminierenden Strukturen erschwert wird.

[166] 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 führen.³⁸⁵ 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 festzustellen.³⁸⁶ 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 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 werden.³⁸⁷

[167] 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» im nationalen 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.

iii. Ergebnis

[168] Der Faktor «Branche» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

c. Berufliche Stellung

i. Erklärungspotenzial

[169] Bei der beruflichen Stellung werden fünf Kategorien unterschieden:

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

³⁸⁵ Vgl. OECD, Gender Equality In Education, Employment And Entrepreneurship: Final Report To The Meeting of the OECD Council at Ministerial Level 2012, Paris 2012 (abrufbar unter <https://www.oecd.org/employment/50423364.pdf> zuletzt besucht am 26.09.2019), S. 72 ff.; vgl. FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 61, 66 ff.

³⁸⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 61; siehe auch GIANETTONI et al. (Fn. 313); LEEMANN/KECK (Fn. 313); MAIHOFFER et al. (Fn. 313).

³⁸⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 61.

Das Erklärungspotenzial wird als hoch eingeschätzt.³⁸⁸ Es gilt grundsätzlich, je höher die berufliche Stellung, desto höher ist der Lohn, desto geringer ist der Frauenanteil und umso grösser sind die Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern.³⁸⁹ Statistiken belegen also die Existenz des in der Literatur beschriebenen Phänomens der «Gläsernen Decke».³⁹⁰

ii. Diskriminierungspotenzial

[170] 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 Lohnformen». Beschäftigungsdiskriminierung liege vor, wenn einem Geschlecht der Zugang zu höheren Positionen, anspruchsvolleren Arbeiten oder bestimmten Vertragsformen verwehrt würde.³⁹¹

[171] 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).

[172] 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 zutage. Eine bundesgerichtliche Leitentscheidung zur Beförderungsdiskriminierung fehlt ebenso. Die Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte zum Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen zeigt jedoch, dass Mutterschaft für die Unternehmen bei der Besetzung von Kaderstellen sehr wohl eine Rolle spielt.³⁹² 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 erklärbarer» und vermutungsweise diskriminierender Lohndifferenz.³⁹³

³⁸⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁸⁹ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 47 f.; STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 28. Eine Ausnahme bildet das mittlere Kader bei den Frauen, in welchem Frauen etwas mehr verdienen als im oberen Kader.

³⁹⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 66 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

³⁹¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 67 sowie 78.

³⁹² CHRISTINA HAUSAMMANN/JOSEFINE DE PIETRO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, SKMR-Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, Bern 2015, S. 43 f.; siehe auch KATHARINA SCHUBARTH, Sieben Jahre Mutterschaftsentschädigung – eine erste Wirkungsanalyse, Soziale Sicherheit CHSS 5/2012, S. 305 ff.

³⁹³ So auch FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 27.

[173] Die Berücksichtigung der «Beruflichen Stellung» im individuellen Arbeitsverhältnis zur Festsetzung des Lohnes ist in der Regel keine geschlechtsspezifische Diskriminierung. Vermutlich weitaus verbreiteter 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 Kaderstellen³⁹⁴ in gleichstellungsrechtlicher Hinsicht nicht einfach hinzunehmen ist. Die Streichung des Faktors ist diesbezüglich nicht zielführend, vielmehr braucht es auch hier entsprechende Politikmassnahmen.

iii. Ergebnis

[174] Die Variable «Berufliche Stellung» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

d. Kompetenzniveau

i. Erklärungspotenzial

[175] Beim Kompetenzniveau werden vier Kategorien unterschieden:

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

[176] Auch hier wird ein hoher Erklärungsgehalt angenommen.³⁹⁵ Es soll damit der Arbeitswert resp. die Anforderungen an eine Arbeitsstelle abgebildet werden, um darzustellen inwieweit Männer und Frauen gleichwertige Arbeit im Sinne des GLG leisten.³⁹⁶ Es gilt für beide Geschlechter, je höher das Kompetenzniveau, desto höher der Lohn.³⁹⁷ Gemäss STRUB/BANNWART zeigen sich im Unterschied zur beruflichen Stellung lediglich geringe Unterschiede bezüglich der Vertretung der Geschlechter zwischen den Kompetenzniveaus.³⁹⁸

ii. Diskriminierungspotenzial

[177] Für FELFE/TRAGESER/ITEN beinhaltet der Faktor «Kompetenzniveau» die Gefahr von Beschäftigungsdiskriminierung.³⁹⁹

³⁹⁴ Siehe dazu Rz. 138.

³⁹⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

³⁹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 77.

³⁹⁷ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 53; STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 33.

³⁹⁸ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 33.

³⁹⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

[178] 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.

[179] 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 discrimination» zurückzuführen.

[180] 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 auch das Ergebnis der Analyse der Lohnungleichheit verfälscht, indem das Anspruchsniveau in solchen Fällen zu Unrecht eine Lohndifferenz 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.

[181] 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.

iii. Ergebnis

[182] Die Variable «Kompetenzniveau» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

e. Ausgeübter Beruf

i. Erklärungspotenzial

[183] Dem Faktor «Ausgeübter Beruf» wird ein grosses Erklärungspotenzial zugebilligt.⁴⁰⁰ In der Tendenz zeigt sich, dass Berufe, welche eine höhere Ausbildung erfordern, besser entlohnt werden.⁴⁰¹ 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).⁴⁰² In der Tendenz gilt, dass Frauen in gut bezahlten Berufen unter- und in eher tief bezahlten Berufen überdurchschnittlich vertreten

⁴⁰⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

⁴⁰¹ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 29.

⁴⁰² STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 29.

sind:⁴⁰³ So beträgt bspw. der Anteil Geschäftsführerinnen 22.9 Prozent, jener an Wissenschaftlerinnen im MINT-Bereich 21.8 Prozent und an weiblichen ingenieurtechnischen Fachkräften 15.3 Prozent. Ein umgekehrtes Bild zeigt sich zum Beispiel bei Reinigungspersonal und Hilfskräften (Frauenanteil von 83.4 Prozent), Betreuungsberufen (88.3 Prozent) oder bei den Verkaufskräften (70.4 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 Durchschnittslöhne aufweisen, wie das von STRUB/BANNWART angeführte Beispiel der Führungskräfte im Dienstleistungsbereich (Frauenanteil von 57.5 Prozent⁴⁰⁴).⁴⁰⁵

ii. Diskriminierungspotenzial

[184] 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 seien.⁴⁰⁶

[185] Die Gleichwertigkeit einer Tätigkeit bildet auf individualrechtlicher Ebene die tatbestandsmässige Voraussetzung zur Geltendmachung eines Lohngleichheitsanspruchs.⁴⁰⁷ Fehlt es an der Gleichheit oder Gleichwertigkeit einer Arbeit, so scheidet eine Lohngleichheitsklage von vornherein. 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 lässt.⁴⁰⁸

[186] 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».⁴⁰⁹ Gleichwertig kann auch eine Arbeit unterschiedlicher Natur sein.⁴¹⁰ Das Bundesgericht anerkennt, dass die Feststellung der Gleichwertigkeit einer Tätigkeit nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden wird, sondern (auch) Ergebnis einer Wertungsentscheidung darstellt.⁴¹¹ Nicht zulässig sind solche Werthierarchien allerdings dann, wenn sie ohne sachlichen Grund ein Geschlecht benachteiligen.⁴¹² Entsprechend ist es begründungs-

⁴⁰³ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 30 ff.; siehe KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 49 ff., Tabelle 13 für die Zahlen.

⁴⁰⁴ KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 49, Tabelle 13.

⁴⁰⁵ Eingehend mit diesen und ähnlichen Fragen setzt sich die Debatte um «Occupational Feminisation» auseinander, siehe z.B. EMILY MURPHY/DANIEL OESCH, *The Feminization of Occupations and Change in Wages: A Panel Analysis of Britain, Germany, and Switzerland*, 2015.

⁴⁰⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 78.

⁴⁰⁷ BGE 124 II 409 E. 9a.

⁴⁰⁸ Zu den Rechtfertigungsgründen siehe BGE 130 III 145 E. 5.2; BGE 127 III 207 E. 3b sowie 3c; BGE 125 III 368 E. 5; BGE 125 II 541 E. 6c

⁴⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 8C_31/2009 vom 04.01.2009 E. 4.2.2.

⁴¹⁰ BGE 125 II 541 E. 6a.

⁴¹¹ BGE 131 II 393 E. 6.4.

⁴¹² Geiser (Fn. 250), S. 159, 166.

bedürftig, wenn von dem mit Hilfe einer Arbeitsplatzbewertung ermittelten Arbeitswert zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen wird.⁴¹³

[187] Wenn in einem konkreten Fall eine Tätigkeit gleich oder gleichwertig ist und keine vom Bundesgericht anerkannten Rechtfertigungsgründe⁴¹⁴ vorliegen, ist die auf dem Geschlecht basierende Lohndifferenz unzulässig und mit Hilfe der Rechtsbehelfe des GlG 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 haben.⁴¹⁵

[188] 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» resultierende 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.

iii. Ergebnis

[189] Der Faktor «Ausgeübte Tätigkeit» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

f. Unternehmensgrösse

i. Erklärungspotenzial

[190] FELFE/TRAGESER/ITEN schätzen den Erklärungsgehalt der Unternehmensgrösse als hoch ein.⁴¹⁶ 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 manifestiert.⁴¹⁷ Die Unternehmensgrösse wird (wie auch die Arbeitsmarktregion) berücksichtigt, um eventueller Heterogenität über die Unternehmen hinweg in der geschlechter-spezifischen Lohndifferenz gerecht zu werden.⁴¹⁸ Es finden sich Ergebnisse, welche einen negativen Zusammenhang zwischen der Unternehmensgrösse und der Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern feststellen: Je höher die Anzahl Mitarbeitende, desto geringer fällt die Lohndiffe-

⁴¹³ BGE 131 II 393 E. 6.

⁴¹⁴ Siehe Rz. 35, 95 sowie 138.

⁴¹⁵ Rz. 167.

⁴¹⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

⁴¹⁷ BERTSCHY et al. (Fn. 209), S. 279, 293; Strub/Bannwart (Fn. 268), S. 34 sowie 43; siehe auch KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 57.

⁴¹⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 77.

renz aus.⁴¹⁹ Die AutorInnen erklären dies u.a. mithilfe von Organisationstheorien:⁴²⁰ 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.

ii. Diskriminierungspotenzial

[191] Die Unternehmensgrösse sei gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN unproblematisch.⁴²¹ Dem ist aus rechtlicher Sicht zuzustimmen. Individualrechtlich besteht ein Lohngleichheitsanspruch nur innerhalb eines Unternehmens bzw. innerhalb derselben öffentlich-rechtlichen Einheit.⁴²² Die durch die Verwendung des Faktors im Analysemodell erhellten erklärbaren Lohnunterschiede rufen auch nicht nach spezifischen Politikmassnahmen.

iii. Ergebnis

[192] Der Faktor «Unternehmensgrösse» kann aus diskriminierungsrechtlicher Perspektive im Analysemodell weiterverwendet werden.

g. Lohnart, Lohnvereinbarung, Lohnformen und zusätzliche Lohnbestandteile (Lohnarten⁴²³)

i. Erklärungspotenzial

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

- Lohnart: Vertrag mit Monatslohn oder Stundenlohn (2 Kategorien)
- Lohnvereinbarung: Gesamtarbeitsvertrag oder Einzelarbeitsvertrag (2 Kategorien)
- Lohnform: Zeitlohn, Periodenlohn oder anderes (3 Kategorien)⁴²⁴

[194] Darüber hinaus werden die folgenden zusätzlichen Lohnbestandteile erfasst:

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

⁴¹⁹ WOLF/BEBLO/OHLERT (Fn. 288), S. 69, 85.

⁴²⁰ WOLF/BEBLO/OHLERT (Fn. 288), S. 69, 74 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴²¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

⁴²² STAUBER-MOSER (Fn. 87), S. 1352, 1355.

⁴²³ In diesem Gutachten werden als «Lohnarten» zusammenfassend die Faktoren «Lohnart», «Lohnvereinbarung», «Lohnform» und «Zusätzliche Lohnbestandteile» bezeichnet.

⁴²⁴ Die Lohnform findet seit der LSE 2012 keine Beachtung mehr.

Lohnzulagen werden bejaht, wenn Nacht-, Schicht-, Sonntags- oder andere Erschwernisarbeitsleistungen geleistet werden. Unter Sonderzahlungen werden Zahlungen für unregelmässige Leistungen (Boni, Gratifikationen etc.) verstanden.⁴²⁵

[195] FELFE/TRAGESER/ITEN messen diesen Faktoren einen mässigen Erklärungsgehalt zu.⁴²⁶ Bspw. sei bekannt, dass der Männeranteil in Branchen, in denen variable Lohnbestandteile (Boni) bezahlt werden, hoch ist.⁴²⁷ Dies könnte einen Teil an Lohnunterschieden erklären. BERTSCHY et al. verweisen auf eine Studie, die geschlechtsspezifische Risikopräferenzen festzustellen scheint: Frauen hätten geringere Präferenzen für variable Lohnsysteme und bevorzugen stattdessen Fixlohnsysteme.⁴²⁸ 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 aus.⁴²⁹ Die Verteilung der Geschlechter über diese Merkmale unterscheidet sich lediglich geringfügig, weshalb kein hohes Erklärungspotenzial angenommen werden kann.⁴³⁰

ii. Diskriminierungspotenzial

[196] 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 erhalte.⁴³¹ Kritisch äussern sich FELFE/TRAGESER/ITEN auch zum Bonus. Ein diskriminierungsfreies Bonus-Reglement bzw. eine diskriminierungsfreie Leistungsbeurteilung und deren diskriminierungsfreie, objektive Anwendung wären nahezu unmöglich.⁴³² 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.⁴³³ Allerdings seien diese Praxen zurückgegangen, nachdem ein Verband das diskriminierende Zusprechen von Boni öffentlich anprangerte.⁴³⁴

[197] 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 Rechtsprechung⁴³⁵ und Lehre⁴³⁶ als auch nach dem EuGH⁴³⁷ umfassend zu verstehen. Sämtliche Lohnbe-

⁴²⁵ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 21.

⁴²⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 75.

⁴²⁷ Insbesondere im Finanz- und Versicherungsbereich, in dem der Männeranteil 56.4 Prozent beträgt, siehe KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 123, Tabelle 42; siehe auch STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 103.

⁴²⁸ BERTSCHY et al. (Fn. 209), S. 279, 293.

⁴²⁹ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 44.

⁴³⁰ STRUB/BANNWART (Fn. 268), S. 20 f.; siehe KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 62 ff. für die Zahlen der LSE 2016.

⁴³¹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 78.

⁴³² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 78.

⁴³³ GESINE FUCHS et al., Gleichstellungspolitik öffentlicher Arbeitgeber. Analysen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, Leverkusen 2016.

⁴³⁴ FUCHS et al. (Fn. 433), S. 55 ff.

⁴³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_523/2014 vom 12.02.2015 E. 2.1.

⁴³⁶ Stauber-Moser (Fn. 87), S. 1352, 1355.

⁴³⁷ 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

standteile, 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 ist, in beiden Konstellationen gehört der Bonus zum Lohn.⁴³⁸

[198] Weit weniger klar ist die Rechtslage allerdings hinsichtlich der Frage, ob geschlechtsspezifische Besonderheiten bei der Beurteilung der tatsächlich geleisteten Arbeitspensen berücksichtigt werden dürfen bzw. berücksichtigt werden müssen. Die Frage stellte sich beispielsweise in einem Fall, der 2014 vom Arbeitsgericht Zürich verhandelt wurde.⁴³⁹ 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 (namentlich während Militär-, Zivilschutz- oder Zivildienst) 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 GIG zu vereinbaren und liege im Ermessen der Beklagten.⁴⁴⁰ 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 Militärdienstleistung der Männer ebenfalls zu keiner Reduktion des Bonus führen darf, da ansonsten auch hier eine geschlechtsspezifische Diskriminierung vorliegt.

[199] Auf eine weitere Problematik weist der Fall hin, der vom Verwaltungsgericht Zürich zu entscheiden war.⁴⁴¹ 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

(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).

⁴³⁸ Zur umfangreichen Bonus-Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe ROGER RUDOLPH, Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im TREX 2/2011, S. 92 ff.

⁴³⁹ Urteil des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich AH120181 vom 28.07.2014, zitiert nach gleichstellungsgesetz.ch (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1611.html> zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁴⁴⁰ Urteil des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich AH120181 vom 28.07.2014 (Fn. 439).

⁴⁴¹ Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich PB.2010.00064 vom 05.10.2011, zitiert nach gleichstellungsgesetz.ch (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1590.html> zuletzt besucht am 26.09.2019).

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 zurückgewiesen. Die Endentscheidung in dieser Sache ist nicht verfügbar.

[200] Diese beiden Fälle zeigen, dass auch auf individualrechtlicher Ebene noch viele Lohnungleichheitsprobleme brachliegen. Daraus lässt sich die Hypothese ableiten, dass der Anteil nicht erklärbarer Unterschiede im Analysemodell der nationalen Statistik tatsächlich eher höher ist.

[201] 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.

iii. Ergebnis

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

6.4. Mögliche neue Modellvariablen

[203] 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». ⁴⁴²

6.4.1. Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (Effektive Berufserfahrung)

a. Erklärungspotenzial

[204] Der effektiven Berufserfahrung wird von vielen AutorInnen ein hoher Erklärungsgehalt zugeschrieben. ⁴⁴³ Unterschiede in der effektiven Berufserfahrung würden bis zur Hälfte der Lohnungleichheiten zwischen Frauen und Männern erklären. ⁴⁴⁴ 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

⁴⁴² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 129.

⁴⁴³ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 61 ff., 76; CHRISTINA BOLL/JULIAN LEPPIN, Die geschlechtsspezifische Lohnlücke in Deutschland: Umfang, Ursachen und Interpretation, Wirtschaftsdienst 95 (2015) Nr. 4, S. 249 ff.; SALVI et al. (Fn. 41), S. 25 ff.; STRUB et al. (Fn. 315), S. 45.

⁴⁴⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 62 mit weiteren Hinweisen.

und Männern berücksichtigt und dennoch resultierte ein Anteil unerklärter Lohnunterschied von 11 Prozent.⁴⁴⁵

b. Diskriminierungspotenzial

[205] Die effektive Berufserfahrung birgt gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN sowohl die Gefahr indirekter Diskriminierung als auch ein Beschäftigungsdiskriminierungspotenzial.⁴⁴⁶ Arbeitgeber würden Karriereunterbrechungen von Frauen und Männern unterschiedlich bewerten. So führten Karriereunterbrechungen aufgrund der Geburt eines Kindes zu höheren Lohnebussen 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.

[206] 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 wäre.⁴⁴⁷ Gemäss der Humankapitaltheorie sei die Berufserfahrung ein wesentlich lohnrelevanter Faktor, da mit steigender Berufserfahrung eine Akkumulation von Humankapital einhergehe. Es wird jedoch in Frage gestellt, ob die Annahme, dass mit zunehmender Beschäftigung auch die Lernkurve entsprechend zunehme, tatsächlich zutreffe.⁴⁴⁸

[207] Im Rahmen eines individuellen Lohnstreites ist nach der Rechtsprechung anerkannt, dass die Berufserfahrung zur Rechtfertigung von Lohnunterschieden berücksichtigt werden kann.⁴⁴⁹ Zu Recht hat jedoch das Bundesgericht⁴⁵⁰ im Einklang mit einem Teil der juristischen Lehre⁴⁵¹ 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 müssten.⁴⁵² 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,

⁴⁴⁵ BEN JANN, Erwerbsarbeit, Einkommen und Geschlecht. Studien zum Schweizer Arbeitsmarkt, Zürich 2008, S. 104 ff.

⁴⁴⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 63 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴⁷ OLIVER SCHRÖTER, Messung der Lohngleichheit: Überlegungen zum Faktor Berufserfahrung, swiss.economicblogs.org vom 27.01.2016 (abrufbar unter <https://swiss.economicblogs.org/oekonomenstimme/2016/schr%C3%B6termessung-lohngleichheit-berufserfahrung> zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁴⁴⁸ SCHRÖTER (Fn. 447).

⁴⁴⁹ BGE 130 III 145 E. 5.2; BGE 127 III 207 E. 3b; BGE 125 III 368 E. 5; BGE 125 II 541 E. 6c.

⁴⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 8C_376/2015 vom 24.03.2016 E. 6.1.

⁴⁵¹ ÜBERSCHLAG, 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., Rz. 169.

⁴⁵² BGE 124 II 409 E. 9d S. 428 mit Hinweisen.

die rechtsgleiche Anwendung von Kriterien wie «Berufserfahrung» in aller Regel keine Diskriminierung darstellen würde.⁴⁵³

[208] 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.

[209] In diesem Zusammenhang ist noch auf eine weitere Problematik hinzuweisen: In der Regel 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.

[210] 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.

[211] 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 haben.⁴⁵⁴ 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 verschiebt.⁴⁵⁵

[212] In der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft wird das Zusammenwirken einzelner Diskriminierungsmerkmale unter dem Begriff «Mehrfachdiskriminierung» (vorliegend: Alter *und*

⁴⁵³ Urteil des Bundesgerichts 8C_376/2015 vom 24.03.2016 E. 6.1 in fine, mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 2A.363/1998 vom 18.06.1999 E. 2c.

⁴⁵⁴ Zusammenfassend ANDREW FLOWERS, Age Discrimination In The Job Market May Hurt Women More, Is ageism sexist?, FiveThirtyEight vom 30.11.2015 (abrufbar unter <https://fivethirtyeight.com/features/age-discrimination-in-the-job-market-may-hurt-women-more/> zuletzt besucht am 26.09.2019); zum Ganzen ausführlich DAVID NEUMARK/IAN BURN/PATRICK BUTTON, Is It Harder for Older Workers to Find Jobs? New and Improved Evidence from a Field Experiment, NBER Working Paper No. 21669, Massachusetts 2015; HENRY FARBER/DAN SILVERMAN/TILL VON WACHTER, Factors Determining Callbacks to Job Applications by the Unemployed: An Audit Study, NBER Working Paper No. 21689, Massachusetts 2015.

⁴⁵⁵ Siehe dazu CLAUDIA GOLDIN, A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter, American Economic Review 104 (2014) Nr. 4, S. 1091 ff., Abbildung 1 auf S. 1096.

Geschlecht, ggf. Alter *und* Geschlecht *und* Herkunft) diskutiert.⁴⁵⁶ Der Diskurs ist jedoch relativ jung und auf regulatorischer Ebene finden sich noch kaum einschlägige Bestimmungen.⁴⁵⁷ 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. Ein interessantes Urteil fällt das Verwaltungsgericht Luzern.⁴⁵⁸ 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 wurde stattdessen eine ältere Frau. Das Gericht stellte eine direkte Diskriminierung fest. Damit zeigt sich, dass sich nicht nur effektive Erwerbsunterbrüche aufgrund der Kinderbetreuung diskriminierend auswirken können, sondern auch lediglich erwartete.

[213] 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 der Freiwilligenarbeit anerkannt werden.⁴⁵⁹ Solche Praktiken sind aus rechtlicher Sicht ohne weiteres zulässig bzw. sie stellen geradezu idealtypisch vom Gleichstellungsrecht gewollte Instrumente zur Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung dar.

[214] Wie «Dienstjahre»⁴⁶⁰ ist auch die «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.

c. Ergebnis

[215] Angesichts des Diskriminierungspotenzials, der nicht unumstrittenen Aussagekraft und der Erfassungsschwierigkeiten ist die Aufnahme des Faktors «Effektive Berufserfahrung» nicht zu empfehlen. KAISER/LOBSIGER halten Abbildung von Teilaspekten der effektiven Berufserfahrung aus *statistischer Sicht* für möglich und empfehlen ein entsprechendes Pilotprojekt.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ Vgl. zum Ganzen FRANZ KOLLAND, Altersbilder und ihre normative Wirkung im Wandel der Erwerbsarbeit, in: Brauer Kai/Clemens Wolfgang (Hrsg.), *Zu alt? – «Ageism» und Altersdiskriminierung auf Arbeitsmärkten*, Wiesbaden 2010, S. 72 ff.; Komm. CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER (Fn. 107), Art. 1 Allgemein Rz. 49 ff.; Europäische Kommission, *Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Brüssel 2009, S. 8.

⁴⁵⁷ In der jüngeren Literatur hat sich damit ELEONOR Kleber, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, Zürich 2015 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.

⁴⁵⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 98 245 vom 13.03.2001, zitiert nach gleichstellungsgesetz.ch (abrufbar unter <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html#no18> zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁴⁵⁹ Siehe dazu das Beispiel der Beratungsunternehmung *infras*, das auf der Webseite des Gleichstellungsbüros des Kantons Zürich aufgeführt ist (abrufbar unter http://www.ffg.zh.ch/internet/justiz_inneres/ffg/de/gleichstellung_heute/erfolgsbeispiele_firmen_berichten/infras1.html zuletzt besucht am 26.09.2019).

⁴⁶⁰ Siehe Rz. 145 ff.

⁴⁶¹ KAISER/LOBSIGER (Fn. 4), S. 109 f.

6.4.2. Arbeitszeitmodelle

a. Erklärungspotenzial

[216] 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 führen.⁴⁶² Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN haben Studien eine unterschiedliche Verteilung von Frauen und Männern auf verschiedene Arbeitsbedingungen festgestellt, wobei die Aspekte Arbeitspensum,⁴⁶³ Arbeitszeitmodelle und physische sowie psychische Arbeitsbelastungen⁴⁶⁴ untersucht wurden.⁴⁶⁵ Generell würden Frauen in Berufen mit attraktiveren Arbeitsbedingungen arbeiten, insbesondere nach der Geburt eines Kindes.⁴⁶⁶ Damit liessen sich grosse Teile von Lohnunterschieden erklären.⁴⁶⁷

[217] Im aktuellen Modell werden Arbeitszeitmodelle durch die Angabe etwaiger Lohnzuschläge⁴⁶⁸ bereits indirekt aggregiert.⁴⁶⁹

b. Diskriminierungspotenzial

[218] FELFE/TRAGESER/ITEN sehen ein Potenzial der Beschäftigungsdiskriminierung wie auch der indirekten Lohndiskriminierung, wenn die Modelle nicht geschlechtsneutral bewertet werden.⁴⁷⁰

[219] In rechtlicher Hinsicht sind zur Aufnahme dieser Variable für die Erklärung von Lohnunterschieden Bedenken angebracht. Wie weiter vorne gezeigt wurde, ist bereits die Zuordnung einer bestimmten Tätigkeit als besser bezahlte «Schichtarbeit» statt z.B. als weniger gut entschädigter «Pikettdienst» möglicherweise diskriminierend.⁴⁷¹ 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.

c. Ergebnis

[220] Die Aufnahme der Arbeitszeitmodelle ist aus den dargelegten Gründen nicht zu empfehlen. Gemäss KAISER/LOBSIGER können auf der Grundlage von Registern auch keine Merkmale zu

⁴⁶² FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 67 f.

⁴⁶³ Siehe Rz. 155 ff.

⁴⁶⁴ Siehe Rz. 221 ff.

⁴⁶⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 58, 67 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 67 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶⁷ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 68 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶⁸ Siehe Rz. 193 ff.

⁴⁶⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 77.

⁴⁷⁰ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 68 f.

⁴⁷¹ Siehe Rz. 199.

Arbeitszeitmodellen gebildet werden, weshalb aus *statistischer Sicht* ebenfalls empfohlen wird, auf eine Aufnahme zu verzichten.⁴⁷²

6.4.3. Physische sowie psychische Belastungen

a. Erklärungspotenzial

[221] Hier kann auf das bereits bei der Variable «Arbeitszeitmodelle» Ausgeführte verwiesen werden.⁴⁷³ 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 einhergeht.⁴⁷⁴ Diese attraktiveren Arbeitsbedingungen hätten Lohneinbussen zur Folge und könnten somit einen Teil der geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede erklären.⁴⁷⁵

b. Diskriminierungspotenzial

[222] Gemäss FELFE/TRAGESER/ITEN bestehe dabei je nach Operationalisierung ein starkes Potenzial zur indirekten Lohndiskriminierung.⁴⁷⁶ 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 «bias».⁴⁷⁷ 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 Unternehmung 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. Wenn externe PrüferInnen versuchen, durch Unternehmen vorgenommene Einstufungen auf Diskriminierung zu überprüfen, würde dies wohl einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten.

[223] Die vorgeschlagene Lösung von FELFE/TRAGESER/ITEN,⁴⁷⁸ jedem Beruf bspw. 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 grundsätzlich einen geringeren Leistungsdruck als in einem Sternerestaurant, eine Pflegefachkraft hat auf der Geburtsstation eine andere Belastung als auf der Palliativstation etc.). Die Ausführungen

⁴⁷² KAISER/LOBSIGER (Fn. 4), S. 110.

⁴⁷³ Siehe Rz. 216.

⁴⁷⁴ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 67 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁷⁵ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 68 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁷⁶ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 69.

⁴⁷⁷ So auch SGK BV-Schweizer (Fn. 77), Art. 8 Rz. 126.

⁴⁷⁸ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 77.

von FELFE/TRAGESER/ITEN an anderer Stelle sind dagegen überzeugend.⁴⁷⁹ Es wird festgehalten, dass sämtliche Beurteilungen von Arbeitsbedingungen 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».⁴⁸⁰

[224] 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 gelten, bei deren Vorliegen eine Lohnungleichheit nicht diskriminierend ist.⁴⁸¹ Die «Psychischen Anforderungen/Belastungen» und «Physischen Anforderungen/Belastungen» werden zudem bei der Arbeitsplatzbewertung berücksichtigt. Das Bundesgericht erachtet die Beachtung dieser Kriterien grundsätzlich nicht als diskriminierend.⁴⁸² 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 Kriterien⁴⁸³ 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 Relevanz.⁴⁸⁴ Das bedeutet indes, dass die Berücksichtigung eines geschlechtstypischen Kriteriums nicht diskriminierend ist, soweit dieses für die Erfüllung der Arbeit relevant ist.⁴⁸⁵ Auf Ebene eines individuellen Lohnstreites darf also die physische bzw. psychische Belastung eines Arbeitsplatzes grundsätzlich berücksichtigt werden.

[225] 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.

c. Ergebnis

[226] Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse wäre eine erneute Prüfung der Aufnahme der Faktoren «Physische und psychische Belastungen» vorzunehmen. Aus *statistischer Sicht* wird aber empfohlen, die Faktoren nicht aufzunehmen.⁴⁸⁶

⁴⁷⁹ FELFE/TRAGESER/ITEN (Fn. 2), S. 69.

⁴⁸⁰ Siehe zum Ganzen Rz. 91 ff.

⁴⁸¹ BGE 130 III 145 E. 5.2; BGE 127 III 207 E. 3c; BGE 125 III 368 E. 5.

⁴⁸² BGE 124 II 409 E. 10d.

⁴⁸³ 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.»

⁴⁸⁴ BGE 124 II 409 E. 9c mit weiteren Hinweisen; siehe auch BGE 131 II 393 E. 6.

⁴⁸⁵ BGE 124 II 409 E. 9c; BGE 124 II 436 E. 7a je mit Hinweis auf Lohngleichheit für Mann und Frau: Schlussbericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe «Lohnleichheit», Bern 1988, S. 40 f.

⁴⁸⁶ KAISER/LOBSIGER (Fn. 4), S. 110.

6.5. Zusammenfassende Darstellung der Variablen und ihrer rechtlichen Würdigung

[227] Nachfolgend findet sich eine zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse der vorliegenden Analyse und der daraus folgenden Empfehlungen. Hier sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass es sich um eine Analyse aus diskriminierungsrechtlicher Sicht handelt. Für die Entscheidung über das Weiterverwenden oder Streichen einer Variable können weitere Faktoren relevant sein. Für die Analyse wurde überprüft, ob die Verwendung eines Faktors einer Rechtsnorm explizit widerspricht (1), ob die Rechtsprechung einen Faktor als diskriminierend qualifiziert (2) und ob sich die Verwendung auch mit dem programmatischen Gleichstellungsauftrag vereinbaren lässt (3).⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ Siehe Rz. 110.

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

Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells	Empfehlung
Soziodemographische Faktoren	
Zivilstand	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.
Aufenthaltsstatus	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.
Region	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.
Humankapital vor Eintritt in das Erwerbsleben	
Höchste abgeschlossene Ausbildung	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.
Humankapital nach Eintritt in das Erwerbsleben	
Alter als Indikator für die potenzielle Erwerbserfahrung	Weiterverwenden: Die potenzielle Erwerbserfahrung 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.
Dienstjahre	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.
Arbeitsplatzspezifische Bedingungen	

Arbeitspensum	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.
Branche	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.
Berufliche Stellung	Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Auf individueller Ebene scheitert ein Lohngleichheitsanspruch in der Regel 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.
Kompetenzniveau	Weiterverwenden: Es besteht ein (Beschäftigungs-) Diskriminierungspotenzial. Auf individueller Ebene scheitert ein Lohngleichheitsanspruch in der Regel 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.
Ausgeübter Beruf	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.
Unternehmensgrösse	Weiterverwenden: Bei der Unternehmensgrösse 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.
Lohnart	Streichen: Lohnfaktoren haben ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial. Die weitere Verwendung der Lohnfaktoren im nationalen Analysemodell ist deshalb nicht zu empfehlen.
Lohnvereinbarung	
Lohnform	

Zusätzliche Lohnbestandteile	
------------------------------	--

Quelle: Eigene Darstellung

Abbildung 6: Zusammenfassung der Empfehlungen zu möglichen neuen Modellvariablen

Mögliche neue Modellvariablen	Empfehlung
Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (Effektive Berufserfahrung)	Nicht aufnehmen: Die effektive Berufserfahrung weist ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial auf. Eine Aufnahme wird deshalb nicht empfohlen.
Arbeitszeitmodelle	Nicht aufnehmen: Arbeitszeitmodelle weisen ein ausgeprägtes Diskriminierungspotenzial auf. Eine Aufnahme wird deshalb nicht empfohlen.
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. Da aus statistischer Sicht eine Aufnahme schwierig erscheint, ⁴⁸⁸ erübrigt sich indes eine solche Prüfung.

Quelle: Eigene Darstellung

7. Zusammenfassendes Fazit und Empfehlungen

[228] Der vorliegende Beitrag untersucht aus juristischer Sicht, welche Faktoren zur Messung der Lohnungleichheit auf gesamtwirtschaftlicher Ebene Diskriminierungspotenzial haben und welche Faktoren für eine diskriminierungsfreie Statistik geeignet wären.

[229] Zur Umsetzung analysieren wir vorab umfassend nationale und internationale Vorgaben und leiten daraus die rechtlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Statistik ab.⁴⁸⁹ 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

⁴⁸⁸ Vgl. Kaiser/Lobsiger(Fn. 4), S. 110.

⁴⁸⁹ Siehe 2. Rechtliche Grundlagen einer diskriminierungsfreien Statistik, S. 10 ff.

perpetuieren und sind somit aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch. Gleiches gilt auch für Erklärungsfaktoren, wenn sie sich auf statistische Erfahrungswerte stützen.

[230] In einem nächsten Schritt⁴⁹⁰ 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.

[231] Als *Zwischenergebnis*⁴⁹¹ legen wir u.a. dar, dass aufgrund der rechtlichen Grundlagen der LSE⁴⁹² und des umfassenden Gleichstellungsauftrages an die staatlichen Behörden die Debatte um das Ausmass der erklärbaren und nicht erklärbaren Teile der geschlechtsbedingten Lohn Differenz nicht der (allein) entscheidende Punkt ist. Relevant ist vielmehr, dass aus rechtlicher Sicht nicht nur eine Verpflichtung zum Rechtsschutz gegen Lohn diskriminierung im konkreten Einzelfall besteht, sondern darüber hinausgehend zur Verwirklichung des Ziels der Lohn gleichheit auch *Massnahmen gegen strukturelle Ungleichheiten* sowie der Abbau stereotyper Vorstellungen über Frauen und Männer erforderlich sind. Gleichstellungsrecht hat diesbezüglich einen programmatischen Charakter.⁴⁹³ Diese Erkenntnis wirkt sich auch auf die lohn statistische Erhebung 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 gerade *nicht geschlossen werden darf*, dass diese *Lohnungleichheiten hinzunehmen* sind, denn auch die Lohn gleichheit erklärende Faktoren können diskriminierend sein.

[232] Die Würdigung der einzelnen Faktoren des Analysemodells erfolgt auf der Basis der Erkenntnisse aus den vorangehenden Teilen. Die Ergebnisse der Würdigung der einzelnen Variablen sind tabellarisch zusammenfassend dargestellt.⁴⁹⁴

[233] 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 Lohn gleichheit erfordert statistische Grundlagen. Die Spezialauswertung Lohn gleichheit ist weiterzuführen.
2. An diesem Modell sind aus juristischer Sicht die folgenden Änderungen vorzunehmen:
 - Die Faktoren «Zivilstand», «Arbeitspensum» und «Lohnarten» sind zu streichen.

⁴⁹⁰ Siehe 3. Statistische Diskriminierung, S. 22 ff. sowie 4. Vertiefung: Statistik (und Analyse) als Grundlage für Massnahmen gegen Diskriminierung, S. 29 ff.

⁴⁹¹ Siehe 5. Vorläufige Zwischenergebnisse, S. 31 ff.

⁴⁹² Siehe Rz. 48 ff.

⁴⁹³ Siehe dazu insbesondere Rz. 41 bis Rz. 43.

⁴⁹⁴ Siehe Abbildung 5: Zusammenfassung der Empfehlungen zu den Erklärungsfaktoren des bestehenden Modells, S. 65 sowie Abbildung 6: Zusammenfassung der Empfehlungen zu möglichen neuen Modellvariablen, S. 67.

- Die zur Diskussion stehenden neuen Faktoren «Beschäftigungsgrad in der Berufskarriere (Effektive Berufserfahrung)», «Arbeitszeitmodelle» sowie «Physische und psychische Arbeitsbelastung» sind nicht aufzunehmen.
- 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 zu sensibilisieren, Daten aus der LSE und des Analysemodells nicht unbesehen als Entscheidungsgrundlage zu benutzen, da Statistik und Einzelfall andere Zwecke verfolgen.

[234] Hier bleibt anzumerken, dass seit dem Abschluss des als Basis für diesen Beitrag dienenden Diskussionspapiers im November 2017 keine Änderungen am nationalen Analysemodell vorgenommen wurden.⁴⁹⁵ Insbesondere blieb bedauerlicherweise die Empfehlung unberücksichtigt, das Diskriminierungspotenzial bei der Interpretation der Ergebnisse bei den betroffenen Faktoren zu thematisieren.⁴⁹⁶ Insgesamt fehlen in der Spezialauswertung zur LSE 2016 verständliche Interpretationen, die in den vorgängigen Analysen jeweils enthalten waren. Auch für die aktuelle LSE 2018 wurden im Fragebogen soweit ersichtlich weder zusätzliche Informationen erhoben noch auf das Erfassen von Informationen verzichtet.⁴⁹⁷

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI ist Inhaber der Professur für Soziales Privatrecht an der Universität Basel.

CAMILL OBERHAUSSER, BLaw, ist studentischer Mitarbeiter von Prof. Dr. iur. Kurt Pärli.

Der vorliegende Beitrag basiert auf einem rechtswissenschaftlichen Diskussionspapier zuhanden des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Mann und Frau (EBG).

⁴⁹⁵ Vgl. KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 12 mit der Erwähnung, dass die Spezifikation der Erklärungsfaktoren im Modell exakt beibehalten wurde und einzig bei der Berechnungsweise der Standardfehler und Konfidenzintervalle, die Auskunft zur statistischen Unsicherheit der Ergebnisse geben, eine leichte Anpassung stattfand.

⁴⁹⁶ Immerhin finden sich im Abschnitt 3.3.4 Aussagen zum Zusammenhang zwischen der unerklärten Lohndifferenz und Lohndiskriminierung, siehe KAISER/MÖHR (Fn. 70), S. 30 ff.

⁴⁹⁷ Vgl. Fragebogen - Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2018 vom 15.11.2018 (abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/lse.html> zuletzt besucht am 26.09.2019)