

Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung

1352



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

Inhaltsübersicht:

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

I. Einleitung

Seit 1981 gilt in der Schweiz der verfassungsmässige Anspruch auf gleiche Entlohnung für Frauen und Männer (damals noch altBV Art. 4 Abs. 2, heute BV Art. 8 Abs. 3 Satz 3). Bereits vor dieser Verfassungsänderung wurde der Grundsatz der gleichen Entlohnung vom Bundesgericht in Anstellungsverhältnissen der öffentlichen Hand gestützt auf das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot als unmittelbar anwendbar anerkannt¹. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich bei gleicher Arbeitsleistung unterschiedliche Entlohnungen nur gerade wegen des Geschlechts nicht mehr rechtfertigen liessen und entsprechende Ungleichheiten ohne Rücksicht auf das kantonale Budget sofort zu beheben seien.

Für private Arbeitsverhältnisse galt vor 1981 die Vertragsfreiheit. Erst mit der neuen Verfassungsbestimmung der gleichen Entlohnung von Frauen und Männern wurde eine Drittwirkung des Lohngleichheitsgebots auf sämtliche Arbeitsverhältnisse, d.h. auch gegenüber privaten Arbeitgebern, erzielt und im Sinne einer Doppelnorm zugleich Bundesarbeitsrecht geschaffen².

Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (nachfolgend "GIG") hat den verfassungsrechtlichen Grundsatz der gleichen Entlohnung für Frau und Mann konkretisiert und auf alle geschlechtsbedingten Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis ausgeweitet; diverse Verfahrensbestimmungen sollen zudem die Durchsetzbarkeit erleichtern³.

Dem Wortlaut nach hat das GIG beide Geschlechter im Blickfeld, von seiner geschichtlichen Entwicklung her zielt es aber klar auf die Besserstellung der Frau im Arbeitsleben hin, namentlich auf die Beseitigung der zu ihren Ungunsten bestehenden Lohndifferenzen⁴.

Das GIG hat insofern nur gerade die "Spitze des Eisbergs" erfasst, als damit zwar für sämtliche Arbeitsverhältnisse der gleiche Lohn für gleichwertige Arbeit grundsätzlich erleichtert durchsetzbar geworden ist. Bei der Frage aber, was als "gleichwertige Arbeit" zu gelten hat und anhand welcher Kriterien dies festzustellen ist, besteht nach wie vor ein weiter Ermessensbereich⁵.

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

Die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes⁶ hat ergeben, dass nach seinem Inkrafttreten die mancherorts befürchtete Prozesslawine ausgeblieben ist, obschon das Gesetz nebst dem expliziten Einbezug aller

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

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

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

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

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

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

Benachteiligungen auch in privaten Arbeitsverhältnissen gerade bezweckte, die Durchsetzbarkeit des Lohnungleichheitsanspruchs zu verbessern. Die in diese Richtung zielenden, mit dem GIG eingeführten Verfahrenserleichterungen, so insbesondere die Beweislastumkehr in Art. 6 GIG⁷ sowie der Kündigungsschutz in Art. 10 GIG, greifen demnach zu kurz. Die Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann hat sich im schweizerischen Durchschnitt wenig verändert und hält sich bei etwa 20%, wobei sich die Schere mit zunehmender Altersstufe der Arbeitnehmenden nach oben öffnet und markantere Ungleichheiten im höheren Kader (bis zu 50% Lohnunterschied) sowie bei Verheirateten bestehen (Heirat führt bei Männern tendenziell zu höherem Lohn, während es sich bei Frauen gerade umgekehrt verhält)⁸.

In den unteren Instanzen, insbesondere auch bei den Schlichtungsstellen, machen die Lohnungleichheitsbegehren rund einen Drittel der Gleichstellungsklagen aus. Auf die Stufe des Bundesgerichts sind mit ganz wenigen Ausnahmen (einige Entschädigungsstreitigkeiten wegen sexueller Belästigung und eine Anstellungsdiskriminierung) nur Lohnklagen gelangt, wovon seit Erlass des GIG nur wenige privatrechtliche⁹.

Ein Grund für diese spärlichen Lohnungleichheitsklagen aus der Privatwirtschaft, aber auch insgesamt, ist wohl die nicht durchwegs kohärente Rechtsprechung des Bundesgerichts und das weite Ermessen, das den Arbeitgebenden bei der Lohnfestsetzung zugestanden wird, was in vielen Fällen auf eine blosser Willkürprüfung durch das Gericht hinausläuft und ein starkes aleatorisches Moment schafft. Hinzu kommt die Ungewissheit hinsichtlich Diskriminierungsfreiheit der Expertisen selbst und deren Befolgung durch das Bundesgericht¹⁰. Erschwerend wirken sich auch die ungleich langen "Spiesse" und "unterschiedlichen Kriegskassen" von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden aus, da es aufgrund der oft recht komplexen Sachverhalte, welche eine sorgfältige Abklärung mittels Expertisen erfordern, eine lange Prozessdauer – in extremen Fällen bis zu 10 Jahren – durchzustehen gilt.

Die mit dem GIG eingefügten Verfahrenserleichterungen, nämlich

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

Mangelnde Lohntransparenz und fehlende vorprozessuale Auskunftspflichten der Arbeitgebenden (ausgenommen vor

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

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

Findet die Diskriminierung – wie es häufig vorkommen dürfte – gar auf der "Vorstufe" statt, d.h. bei der Aufgabenteilung und Beförderung, wirkt sich das zwar unmittelbar auf den Lohn aus, doch bietet der Lohnungleichheitsanspruch hier normalerweise keine Handhabe¹³.

II. Überblick über die Rechtsprechung zur Lohnungleichheit

Nach der vorerwähnten Studie zur Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes¹⁴ hat das Bundesgericht bis 2004 insgesamt 56 Entscheide mit Bezug auf das GIG getroffen, davon 44 öffentlichrechtliche und 12 privatrechtliche. Die weit überwiegende Zahl dieser Urteile betrafen Lohnungleichheitsansprüche im öffentlichen Sektor, nämlich

7 Dazu nachfolgend Ziff. 6.

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

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

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

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

12 Dazu ausführlich Evaluation GIG, vgl. FN 6.

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

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

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

Diskriminierungen bei der Beförderung oder Aufgabenzuteilung, welche der Lohndiskriminierung quasi "vorgelagert" sind, sowie weitere diskriminierende Praktiken wurden kaum je eingeklagt¹⁵.

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

Das Durchhaltevermögen, welches Betroffenen angesichts der zum Teil sehr langen Dauer von Lohngleichheitsklagen abverlangt wurde, hat sich also mehrheitlich gelohnt¹⁷.

Seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes sind rund 20 publizierte (neben einigen nicht publizierten) Entscheide zur Lohngleichheit ergangen. Sie betreffen im Wesentlichen die folgenden Berufe¹⁸:

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

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

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

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

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

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

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

III. Der Lohngleichheitsanspruch und seine Durchsetzung

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

1. Grundsatz

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

Lohndiskriminierung liegt vor, wenn eine Person verglichen mit Angehörigen des andern Geschlechts für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält oder zum Nachteil geschlechtsspezifisch identifizierter Berufe Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind²⁰.

Das Lohngleichheitsprinzip ist absolut zu verstehen; es ist nicht an Bedingungen geknüpft und gilt für alle Bereiche des Berufslebens²¹. Die Durchsetzbarkeit ist nicht auf individuelle Lohnstreitigkeiten beschränkt, sondern auch generelle Lohnregelungen (Gesetze und Verordnungen) sollen

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

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

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

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

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

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

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

auf ihre Übereinstimmung mit dem Lohnungleichheitsgrundsatz überprüft werden können²².

Der Begriff des Lohnes ist dabei umfassend zu verstehen und betrifft sämtliche Leistungen, die im direkten Zusammenhang mit der Arbeit stehen, d.h. auch Ferienabgeltungen, Teuerungszulagen, Gratifikation etc. und soziale Lohnkomponenten wie Kinderzulagen²³, ferner gemäss viel kritisiertem Entscheid in BGE 126 II 217 auch die vom öffentlichrechtlichen Arbeitgeber bezahlten Ausbildungskosten²⁴.

Verglichen werden können nur Arbeitslöhne im selben Unternehmen bzw. in derselben öffentlich rechtlichen Einheit (Kanton oder Gemeinwesen). Das GIG bietet keine Handhabe, die weiterhin bestehenden erheblichen Unterschiede im Lohngefüge zwischen einzelnen Gemeinden oder Kantonen gesamtschweizerisch auszugleichen. Dem entspricht, dass sich Arbeitgebende nicht damit rechtfertigen können, andernorts würden die gleich tiefen Löhne bezahlt; solche Hinweise auf einen allfälligen Referenzmarkt wären nur zu hören, wenn gleichzeitig der Nachweis erbracht wird, dass die auf dem Referenzmarkt bezahlten Löhne nicht selbst diskriminierend sind²⁵.

2. Geschlechtsbedingte Benachteiligung

Die Geschlechtsbezogenheit ungleicher Entlohnung ist notwendiges Tatbestandsmerkmal einer Lohndiskriminierung.

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

Haben zwei Arbeitnehmende unterschiedlichen Geschlechts vergleichbare Positionen bzw. gleiche Arbeit, wird im Falle einer Lohndifferenz vermutet, dass eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliegt. Es genügt hier eine Vergleichsperson des andern Geschlechts, ohne dass im Einzelfall noch die Lohnstruktur des Unternehmens insgesamt und die Einordnung der fraglichen Positionen in derselben geprüft werden müsste²⁶.

Diese Aspekte könnten aber allenfalls von Relevanz sein für die Bestimmung der Höhe des diskriminierungsfreien Lohnes und eine fundiertere Analyse, wenn die Gleichwertigkeit in Zweifel gezogen wird bzw. allfällig angeführte Rechtfertigungsgründe zu gewichten sind²⁷.

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

Betriebserfahrung einen tieferen Lohn und Bonus erhält als ihr Vorgänger und ihre zum Teil schlechter ausgebildeten Kollegen²⁸.

Irrelevant sind Diskriminierungsabsicht und allfälliges Verschulden der Arbeitgeberseite, d.h. ein solches ist nicht erforderlich²⁹.

Hinsichtlich ungleicher Entlohnung von Berufsgruppen hält das Bundesgericht fest, dass nicht jede unzulässige Ungleichbehandlung verschiedener Berufsgruppen eine Geschlechterdiskriminierung darstellt, sondern diese nur gegeben ist, wenn weibliche Angehörige eines auch von Männern ausgeübten Berufes lohnmassig schlechter gestellt werden oder so genannte typische Frauenberufe (dazu nachstehend Ziff. 4) im Vergleich zu männlich dominierten oder geschlechtsneutralen Berufen besoldungsmässig zu tief eingestuft werden³⁰.

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

23 BIGLER (FN 1), 276.

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

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

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

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

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

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

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

3. Direkte und indirekte Diskriminierung

Die geschlechtsspezifische ungleiche Entlohnung kann direkt oder indirekt diskriminierend sein: Bei der direkten Diskriminierung ist der Lohn einer Frau grundlos tiefer als der Lohn von Männern in vergleichbarer Position. Sie ist mittels eines direkten Vergleichs relativ leicht zu erfassen. Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung bietet demgegenüber mehr Schwierigkeiten. Nach der Rechtsprechung ist sie gegeben, wenn eine Anordnung, eine Verfügung oder auch eine Rechtsnorm, so z.B. eine besoldungsmässige Einstufung einer Berufsgruppe, geschlechtsneutral gefasst ist, sich im Ergebnis aber überwiegend nachteilig für das eine Geschlecht auswirkt, ohne dass dafür rechtsgenügeliche Rechtfertigungsgründe angeführt werden können³¹.

Eine indirekte Lohndiskriminierung liegt vor, wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs oder zum Nachteil einzelner Erwerbstätiger gegenüber Angehörigen des andern Geschlechts Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet und nicht durch objektive Gründe zu rechtfertigen sind³².

Als typisches Beispiel wird in der Literatur die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten, z.B. hinsichtlich Lohnhöhe und Zuschlägen, genannt³³, weil erfahrungsgemäss viel mehr Frauen als Männer teilzeitlich tätig sind. Indirekte Diskriminierung liegt aber auch bei der vorgenannten zu tiefen besoldungsmässigen Einstufung typischer Frauenberufe, z.B. der Kindergärtnerin, vor³⁴ und namentlich bei einem so genannten Minusklassenentscheid, d.h. einer im Anschluss an eine Besoldungsrevision aus Spargründen erfolgten nachträglichen Zurückstufung typischer Frauenberufe durch politische Gremien³⁵. Ein solcher Entscheid wurde nun vom Bundesgericht als diskriminierend eingestuft³⁶.

4. "Typische" Frauenberufe

Bei den vom Bundesgericht behandelten Lohngleichheitsklagen im öffentlichen Bereich geht es regelmässig darum, die korrekte diskriminierungsfreie Einstufung einer so genannt frauentypischen Funktion gegenüber einer ähnlichen geschlechtsneutralen durchzusetzen. Ausnahmsweise kann aber auch hier ein direkter Lohnvergleich zwischen weiblichen und männlichen Mitarbeitenden anstehen³⁷.

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

Wird die zu tiefe lohnmassige Einstufung einer Berufsgruppe geltend gemacht, setzt somit die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung voraus, dass es sich dabei um einen typischen Frauenberuf handelt³⁸, bzw. dass erheblich mehr Frauen betroffen sind³⁹. Die diesbezügliche Klärung des

Sachverhalts und rechtliche Würdigung obliegt dem Gericht⁴⁰.

Das Bundesgericht hat die frauentypische Identifikation eines Berufs als Tatbestandsmerkmal einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung wiederholt beurteilt. Es stellt in erster Linie auf das statistische Element ab und betrachtet Berufe mit einem Frauenanteil von mehr als 70% in der Regel als frauentypisch. Berücksichtigt werden je nachdem aber auch die historische Entwicklung, die allgemeine Lebenserfahrung oder gesellschaftliche Wertungen. Der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten muss jedenfalls erheblich höher sein als der Anteil des andern Geschlechts, wobei es nicht auf regionale Abweichungen ankommen soll. Unzweifelhaft frauentypisch ist ein Beruf wie die Kindergärtnerin mit einem Frauenanteil von rund 90%, während der (historisch gesehen männlich identifizierte) Primarlehrerberuf trotz heutigem Frauenanteil von rund 70% als geschlechtsneutral gilt⁴¹. Zu den frauentypischen Berufen gehören auch die Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrerin, die Krankenschwester sowie die Lehrkraft für Krankenpflege und neuerdings die Physiotherapeutin⁴², nicht eindeutig aber die Sozialarbeiterin⁴³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40 Vgl. BGE 125 II 541, 549.

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

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

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

5. Gleichwertigkeit

Dieser Begriff ist zentral bei der Beurteilung von Lohngleichheitsansprüchen.

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

Ist Gleichwertigkeit gegeben, d.h. liegt bezüglich Anforderungen, Verantwortung und Leistung vergleichbare Arbeit vor, und besteht ein Lohnunterschied zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts, ist eine Diskriminierung nahe liegend⁴⁴.

Die Gleichwertigkeit ist Tatbestandsvoraussetzung⁴⁵.

Ungleiche Entlohnung bei gleichwertiger Arbeit ist nur zulässig, wenn sie mit objektiven Gründen – wie etwa zusätzlichen Führungsaufgaben oder erschwerten Arbeitsbedingungen – erklärt werden kann⁴⁶.

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

Mehr Schwierigkeiten ergeben sich, wenn lediglich gleichartige Arbeiten bzw. unterschiedliche Tätigkeiten mit ähnlichen Anforderungen und Belastungen zum Vergleich anstehen, deren Gleichwertigkeit in Frage steht. Das Bundesgericht definiert den Begriff der Gleichwertigkeit nicht näher, sondern bemerkt dazu lediglich (mit Bezug auf den öffentlichen Bereich), dass er nicht bloss ähnliche, d.h. gleichartige Arbeiten, sondern auch Tätigkeiten unterschiedlicher Natur umfassen könne, es sei daher stets ein Vergleich mit andern – gleichartigen oder völlig unterschiedlichen – Berufen anzustellen, wobei die Vergleichsbasis relativ breit sein soll⁴⁸.

Es können also auch äusserlich ungleiche Tätigkeiten unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit miteinander verglichen werden, so etwa der Beruf von Krankenschwester oder Physiotherapeutin mit Sanitätspolizist bzw. Polizist sowie von Handarbeitslehrerin mit Primarlehrperson⁴⁹.

Die Gleichwertigkeit ist in der Regel mittels Expertise zu prüfen, falls sie nicht offensichtlich ist, wobei verschiedene Methoden je nach Sachverhalt und Fragestellung zur Verfügung stehen⁵⁰. Im Wesentlichen wird zwischen arbeitswissenschaftlicher und statistischer Methode unterschieden. Bei der arbeitswissenschaftlichen Methode der analytischen Arbeitsbewertung werden anhand des Pflichtenheftes der zu vergleichenden Positionen und weiterer Informationen zur Funktion Faktoren wie physische und psychische Belastungen, Anforderungen an geistige Fähigkeiten, Selbständigkeit und soziale Kompetenz sowie Verantwortung einbezogen und gewichtet. In BGE 130 III 145 wird erstmals auf ein Gutachten nach statistischer Methode ("Regressionsanalyse") abgestellt, bei welcher die Abstufung der Löhne und die Lohnkurve nach den im betreffenden Unternehmen verwendeten Variablen, wie Ausbildung, Berufserfahrung und Anforderungsniveau ermittelt wird und

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

Nach diesen Massstäben müsste auch ein höherer Lohn für höherwertige Arbeit durchsetzbar sein, so z.B. wenn zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts den gleichen Lohn beziehen, obschon im einen Fall wesentlich mehr Leistung erbracht wird und der Betrieb diesem Kriterium im Übrigen bei der Lohnbemessung Rechnung trägt⁵¹.

Welche Methode angewandt und wie dabei vorgegangen wird, ist von entscheidender Bedeutung für das Ergebnis⁵², ob Gleichwertigkeit zu bejahen und in welchem Umfang die Lohndifferenz durch objektive Faktoren begründbar ist.

Nach Auffassung des Bundesgerichts gibt es keine "einzig richtige Methode" und enthalten Besoldungssysteme und Expertisen immer auch Werturteile⁵³.

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

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

45 BGE 124 II 409, 426.

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

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

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

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

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

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

52 Vgl. dazu BGE 130 III 145.

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

Wahl der Methoden und verwendeten Kriterien sowie deren Bewertung ein grosses Ermessen zugestanden, welches lediglich durch das Willkürverbot begrenzt ist. Verboten ist allein die Verwendung diskriminierender Merkmale und Massstäbe⁵⁴. Ein auf vereinfachter Funktionsanalyse basierendes Lohnsystem wurde wiederholt als nicht diskriminierend anerkannt, obschon die angewandten Methoden und verwendeten Kriterien nach den eingeholten Gutachten Diskriminierungspotential enthielten bzw. die Bewertung einzelner Kriterien Frauen benachteiligte (so z.B. die zu tiefe Bewertung von "Gefühlsarbeit")⁵⁵. Auch im neuesten Entscheid wurde dem eingeholten Gutachten nicht Folge geleistet mit wenig überzeugender Begründung: "Wenn ein Kanton für sein gesamtes Personal eine Arbeitsplatzbewertung nach einer einheitlichen Methode durchführt, dann wäre es problematisch, im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung einzelner Funktionen ein anderes Vorgehen anzuwenden. Andernfalls würde die vom Kanton beabsichtigte Systematik des Lohngefüges aus den Angeln gehoben"⁵⁶. Dies kann jedenfalls nur dann gelten, wenn das angewandte System zu Recht als nicht diskriminierend anerkannt worden ist. Enthält dieses aber selbst diskriminierende Elemente (wie es der vereinfachten Funktionsanalyse verschiedentlich in Expertisen attestiert wurde), muss eine andere diskriminierungsfreie Bewertungsmethode gewählt werden.

Mit der Zurückhaltung, die sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der Angemessenheit von Besoldungssystemen auferlegt und dem weiten Ermessen, das es Arbeitgebenden bei der Lohnfestsetzung einräumt, wird die Absolutheit des Lohngleichheitsanspruchs, welche das Gericht andernorts explizit anerkannt hat, relativiert oder sogar ausgehöhlt⁵⁷. Diese Rechtsprechung, die im Ergebnis auf eine Willkürprüfung hinausläuft, ist entscheidend mitverantwortlich dafür, dass die klagenden Parteien – von Ausnahmen abgesehen – meist nur teilweise Recht bekommen haben.

Es gibt wissenschaftliche Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, welche sich geschlechterbenachteiligender Wertungen enthalten⁵⁸, und es ist zu wünschen, dass das höchste Gericht den mittels solcher Instrumente erstellten Gutachten in Zukunft vermehrt Folge leisten wird. Bei Einzelklagen im privatrechtlichen Bereich scheint die diesbezügliche Bereitschaft bereits heute grösser zu sein als bei so genannten Berufsgruppenklagen im öffentlichen Bereich, wo aufgrund möglicher "Kettenreaktionen" finanziell meist wesentlich mehr auf dem Spiel steht, ein Aspekt der allerdings andernorts vom Bundesgericht als nicht relevant bezeichnet wurde (vgl. nachstehend Ziff. 8).

Als Ausfluss des Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs, wie auch aufgrund des Inhalts des Lohngleichheitsanspruchs in Verbindung mit der Untersuchungsmaxime und richterlichen Prüfungspflicht darf auf eine Expertise nur ausnahmsweise verzichtet und auf die allgemeine Lebenserfahrung oder die eigene Sachkunde des Gerichts abgestellt werden⁵⁹. Dies kommt praktisch nur in Frage, wenn die Gleichwertigkeit offensichtlich ist⁶⁰.

6. Glaubhaftmachen und Umkehr der Beweislast

a. Grundsätzliches

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Glaubhaftmachen der Diskriminierung

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

Das Glaubhaftmachen impliziert einen Vergleich mit einer Person des andern Geschlechts und umfasst zwei Elemente: Den Umstand der Benachteiligung an sich – d.h. den Lohnunterschied bei gleichwertiger Tätigkeit – und den Benachteiligungsgrund. Für beides gilt die Regel von Art. 6 GIG, d.h. beides ist glaubhaft zu machen, damit die Beweislastumkehr stattfindet⁶².

Glaubhaft zu machen ist zunächst die Gleichwertigkeit der Tätigkeit als Anspruchsgrundlage und Tatbestandsvoraussetzung der Diskriminierung⁶³. Glaubhaft zu machen ist weiter, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt, was nach den Ausführungen in Ziff. 2 hievore zu vermuten ist, wenn eine Angehörige des einen Geschlechts im Vergleich mit einem oder mehreren Angehörigen des andern Geschlechts nachteilig betroffen ist (d.h. für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält), wobei der objektive Tatbestand massgeblich ist und nicht die inneren Beweggründe der Arbeitgeberschaft. Ob eine Diskriminierungsabsicht vorliegt, ist somit irrelevant⁶⁴.

Zum Begriff "Glaubhaftmachen" gibt es keine Legaldefinition. Nach der Gerichtspraxis ist ein Tatbestand glaubhaft gemacht, wenn dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache vermittelt wird. Der Richter muss nicht überzeugt sein. Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten haben könnte, muss nicht ausgeschlossen werden können⁶⁵.

Das Beweismass ist demnach herabgesetzt; es muss nur eine gewisse (nicht überwiegende) Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer Geschlechterdiskriminierung sprechen. Glaubhaftmachung setzt also nicht voraus, dass diese Wahrscheinlichkeit 50% oder mehr beträgt; die Möglichkeit, dass eine benachteiligende Massnahme nicht auf dem Geschlecht beruht, darf durchaus bestehen bleiben⁶⁶. Insgesamt ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung gegeben sein muss, die aber auch geringer als 50% sein kann⁶⁷.

Die Anforderungen an das Glaubhaftmachen werden weiter gemildert durch die *Untersuchungsmaxime*, welche es dem Richter auferlegt, von Amtes wegen alle Fakten zu eruiieren, die Aufschluss über die Lohnbemessung geben können⁶⁸.

So hat das Gericht aufgrund der Untersuchungsmaxime eine Expertise einzuholen, wo dies für das Glaubhaftmachen der Gleichwertigkeit der Vergleichstätigkeit oder die erheblich stärkere Betroffenheit von Frauen notwendig ist⁶⁹.

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

kommen ist, den von der kantonalen Instanz festgelegten Sachverhalt aber nicht in Frage stellt⁷⁰.

Als Faustregel kann der Rechtsprechung entnommen werden, dass mit einem Lohnunterschied von rund 10%, der sich nicht anders als aufgrund des Geschlechts erklären lässt, eine Diskriminierung glaubhaft gemacht ist⁷¹. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist bei ungleicher Entlohnung von Mitarbeitenden unterschiedlichen Geschlechts, welche eine ähnliche Position mit vergleichbarem Pflichtenheft innehaben, zu vermuten, dass die Lohn Differenz ge-

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

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

63 BGE 124 II 409 E. 7–9.

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

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

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

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

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

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

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

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

schlechtsspezifisch begründet ist. Gelingt es dann dem Arbeitgeber nicht, den Gegenbeweis zu erbringen, so muss die Klage gutgeheissen werden, ohne dass noch die Existenz einer sexistischen Personalpolitik im Unternehmen nachgewiesen werden müsste. Das Diskriminierungsverbot gilt unbedingt und wird nicht dadurch aus den Angeln gehoben, dass der Arbeitgeber auch unter gleichgeschlechtlichen Angestellten diskriminiert, andernfalls könnte Diskriminierung mit Diskriminierung gerechtfertigt werden⁷².

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

c. Umkehr der Beweislast, Beweismass und Folgen der Beweislosigkeit

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

Da der Beweis negativer Tatsachen schwierig zu erbringen ist, kann die Nichtdiskriminierung positiv dadurch bewiesen werden, dass die beklagte Partei darlegt, dass sachliche Gründe ohne geschlechterdiskriminierende Wirkung vorliegen. Misslingt dieser Beweis ganz oder teilweise, indem die Möglichkeit einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung bestehen bleibt, ist die Klage gutzuheissen und der diskriminierungsfreie Lohn zuzusprechen⁷³.

Die Klage ist nur dann abzuweisen, wenn der Vollbeweis gelingt, das Beweisergebnis also eindeutig ist und eine Diskriminierung nach objektiven Gesichtspunkten ausgeschlossen werden kann⁷⁴.

Ergibt sich ein "non liquet", d.h. ist das Beweisergebnis nicht eindeutig, kommt die Vermutung von Art. 6 GlG zum Zug und führt die Beweislastumkehr dazu, dass die Arbeitgeberseite die Folgen der unklaren Beweislage trägt, die Diskriminierung also zu bejahen und die Klage gutzuheissen ist⁷⁵.

Im prozessualen Ablauf erscheint es als sinnvoll, betreffend Glaubhaftmachen der Diskriminierung und Vollbeweis der Nichtdiskriminierung ein einziges Beweisverfahren durchzuführen, wobei dann im Urteil die zwei Phasen auseinander zu halten sind und zunächst zu ermitteln ist, ob die Anspruchsvoraussetzungen von der klagenden Partei glaubhaft gemacht sind, um danach festzustellen, ob der Beweis der Nichtdiskriminierung bzw. von rechtfertigenden Gründen im erforderlichen Mass erbracht wurde oder ein "non liquet" vorliegt und damit ein Beweislasturteil gefällt werden muss⁷⁶.

Das Verfahren zur Feststellung der Lohndiskriminierung umfasst also mehrere Schritte⁷⁷:

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

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

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

7. Rechtfertigungsgründe⁷⁸

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

Eine Lohndiskriminierung entfällt, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder durch die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf so genannt objektive Kriterien stützt und nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist⁷⁹.

Um eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, genügt es nach Bundesgericht nicht, dass der Arbeitgeber irgendeinen Grund anführt; er muss vielmehr beweisen, dass er ein objektives Ziel verfolgt, das einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht, und dass die Diskriminierung geeignet ist, das erstrebte Ziel zu erreichen. Objektive Gründe vermögen im Allgemeinen eine unterschiedliche Entlohnung nur dann zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch den Arbeitgeber wesentlich sind⁸⁰.

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

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

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

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

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

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

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

79 BGE 127 III 207 E. 3c.

80 BGE 130 III 145 E. 5.2.

Zu den objektiven Kriterien gehören nach BGE 125 III 373 und 130 III 145 E. 5.2 zunächst Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung⁸¹ oder Risiken. Darüber hinaus können es Gründe sein, die sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht. Das Bundesgericht hält fest⁸², dass mit derartigen geschlechtsneutralen Kriterien allerdings eine indirekte Diskriminierung verbunden sein könne, beispielsweise dann, wenn dem Dienstalter zu grosses Gewicht für die Entlohnung beigemessen werde, ohne Rücksicht auf nach wie vor typischerweise von Frauen zu verzeichnende Karriereunterbrüche aufgrund familiärer Verpflichtungen. Objektive Gründe im umschriebenen Sinne vermögen jedoch in der Regel eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und Lohngestaltung auch wirklich wesentlich sind und entsprechend konsequent die Löhne derselben Arbeitgeberin beeinflussen.

Es muss sich also um erhebliche, den Wert der Arbeit tatsächlich beeinflussende Gründe handeln. Im Wesentlichen geht es darum, den Nachweis zu erbringen, dass trotz Anschein der Gleichwertigkeit diese effektiv nicht gegeben ist bzw. die bestehende Lohndifferenz der unterschiedlichen Wertigkeit angemessen ist⁸³.

Im Einzelnen ist dazu zu sagen, dass sich verschiedene der genannten Gründe wie Ausbildung, Dienstalter oder auch unterschiedliche Arbeitszeiten (der Kindergärtnerin) etc. gerade zu Lasten typischer Frauenberufe auswirken⁸⁴.

Die vergleichbare, wenn auch allenfalls kürzere Ausbildung sollte nicht mehr zählen, wenn sie durch berufliche Erfahrung wettgemacht ist⁸⁵. Ebenso wenig sollten Ausbildungskosten ins Gewicht fallen⁸⁶.

Vorgesetztenfunktion kann einen Lohnunterschied rechtfertigen, dahinter steckt aber allenfalls eine Beförderungsdiskriminierung⁸⁷.

Das Bundesgericht anerkennt, dass Motivation, Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit einen Lohnunterschied rechtfertigen können, soweit sich diese in einem besseren Arbeitsergebnis niederschlagen⁸⁸. In diesem Zusammenhang gilt es aber zu bedenken, dass die Leistungsbeurteilung selbst nicht wertungsfrei erfolgt und – wie Untersuchungen zeigen – gekoppelt sein kann mit diskriminierenden Rollenerwartungen⁸⁹.

Unklar bleibt, inwiefern familiäre Belastungen berechtigterweise zu einem Lohnunterschied führen können; diese wären nach BIGLER⁹⁰ über Kinder- und Familienzulagen zu berücksichtigen.

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

relevant, die wirklich vorhanden waren und den konkreten Lohnunterschied tatsächlich beeinflussten. Der Arbeitgeber muss zudem den Nachweis erbringen, dass die betreffende Anstellung unternehmerisch notwendig sowie der Lohnunterschied "verhältnismässig" und zeitlich auf das Notwendige beschränkt ist, d.h. in der Regel ist spätestens innerhalb Jahresfrist eine Angleichung vorzunehmen durch Senkung des höheren oder Anhebung des tieferen Lohnes⁹¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

90 BIGLER (FN 11), 1274.

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

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

Auf marktbezogene Gründe soll sich die Arbeitgeberschaft zudem dann nicht berufen können, wenn sie bereits bei der Anstellung über die finanziellen Mittel zur Gleichstellung von bisherigen und neuen Angestellten verfügt⁹³.

Nach dem Bundesgericht steht das Lohngleichheitsgebot auch einer bloss "ausnahmsweisen" Lohndiskriminierung zwischen Angestellten unterschiedlichen Geschlechts entgegen und kann eine solche auf Dauer angelegte lohnmäßige Ungleichbehandlung keinem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprechen⁹⁴. Nicht so differenziert und restriktiv ist die Haltung des Bundesgerichts zum Marktargument bei öffentlichrechtlichen Besoldungssystemen⁹⁵. Immerhin könnten nun aber auch hier das Argument der Marktlöhne und der Hinweis auf einen Referenzmarkt nach der neuesten Rechtsprechung nur dann zwecks Beseitigung einer Diskriminierungsvermutung bzw. als Rechtfertigungsgrund berücksichtigt werden, wenn die Arbeitgeberseite gleichzeitig den Nachweis dafür erbringt, dass die Vergleichslöhne diskriminierungsfrei sind⁹⁶.

Keine Rechtfertigungsgründe sind:

- Budgetschwierigkeiten⁹⁷,
- Diskriminierung auch von gleichgeschlechtlichen Angestellten⁹⁸,
- Zustimmung zum Lohn in Kenntnis des Lohnunterschieds, Argumente "Verstoss gegen Treu und Glauben", "Rechtsmissbrauch", "Verwirkung"⁹⁹,
- fehlende Diskriminierungsabsicht (vgl. vorstehend Ziff. 2),
- auswärtiger Wohnsitz und angebliche geringere Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin sowie zusätzlicher Ferienanspruch¹⁰⁰,
- Restrukturierung¹⁰¹,
- Kleinheit des Betriebs; diese hindert nicht daran, verschiedene Tätigkeiten miteinander zu vergleichen und zu bestimmen, ob sie gleichwertig sind¹⁰²,
- gleich tiefe Löhne auf dem Referenzmarkt¹⁰³.

8. Festsetzung des geschuldeten Lohnes

Werden Lohnunterschiede glaubhaft gemacht und kann die Arbeitgeberseite den Vollbeweis, dass keine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorliegt bzw. der Lohnunterschied durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, nicht erbringen, ist der Lohnunterschied auszugleichen. Nachzuzahlen ist damit die Differenz zwischen dem als diskriminierend festgestellten Lohn und dem Vergleichslohn im Rahmen der bundesrechtlichen Verjährungsfrist von fünf Jahren, gerechnet ab Klageanhebung bzw. Anrufung der Schlichtungsstelle¹⁰⁴. Nach Auffassung des Bundesgerichts wäre auch ein Ausgleich durch Herabsetzung des Vergleichslohnes zulässig, was aber nicht rückwirkend geschehen kann¹⁰⁵.

Gelingt der grundsätzliche Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes, ist der in Frage stehende Lohnunterschied nach dem Bundesgericht solange nicht zu beanstanden, als er sich in einem willkürfreien Raum bewegt bzw. auf "sachlichen haltbaren Motiven" gründet und betragsmässig in einem Verhältnis steht, das auch bei Funktionsunterschieden zwischen Angehörigen des gleichen Geschlechts üblich und zulässig ist¹⁰⁶. Es gilt also der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, d.h. der Unterschied zwischen den Vergleichslöhnen darf nicht völlig unhaltbar sein oder geradezu dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechen. Lohnunterschiede von rund 20% und ausnahmsweise gegen 40% werden unter diesem Titel als noch vertretbar gehalten¹⁰⁷.

Dass diese Rechtsprechung das absolut geltende Lohngleichheitsgebot aushöhlt, wurde bereits andernorts festgehalten¹⁰⁸. Mit den wissenschaftlichen Methoden zur Analy-

92 BGE 125 III 380.

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

94 BGE 125 III 381.

95 MATEFI (FN 24), 1325.

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

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

98 BGE 127 III 207 E. 4b.

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

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

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

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

103 Dazu BGE 131 II 407 f.

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

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

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

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

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

se von Lohnunterschieden, insbesondere der statistischen Lohnanalyse, liesse sich der Teil des Lohnunterschiedes, welcher nicht durch den Rechtfertigungsgrund abgedeckt ist und daher nicht anders als aufgrund des Geschlechts erklärt werden kann, bestimmen und somit auch der angemessene, d.h. diskriminierungsfreie Lohn¹⁰⁹. Es soll nicht jede Lohndifferenz gerechtfertigt werden können, sondern nur die im Einzelfall angemessene. Damit bleibt aber für das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Ermessen der Arbeitgebenden in dem vom Bundesgericht verstandenen weiten Sinne kein Raum¹¹⁰.

Zuversichtlich stimmt in dieser Hinsicht der neueste Entscheid im privatrechtlichen Bereich, wo festgehalten wird, dass der Lohnunterschied einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen muss und objektive Gründe eine unterschiedliche Entlohnung nur insoweit zu rechtfertigen vermögen, als sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch den Arbeitgeber wesentlich sind, wofür er beweispflichtig ist¹¹¹.

Wird die Diskriminierung bzw. die Notwendigkeit des Lohnausgleichs bejaht, zeitigt dies im öffentlichen Bereich bei Lohnklagen ganzer Berufsgruppen regelmässig erhebliche finanzielle Auswirkungen; die entsprechende Neuordnung bleibt den zuständigen Arbeitgebenden anheim gestellt¹¹². Immerhin wird den Arbeitgebenden keine Übergangsfrist gewährt, auch nicht gestützt auf finanzielle Gründe oder Budgeterwägungen, d.h. die Anpassungen sind sofort und rückwirkend vorzunehmen¹¹³. Die Überführung in die höhere Lohnklasse hat dabei auf der Basis der bisherigen Erfahrungsstufe unverzüglich und nicht lediglich stufenweise durch Einreihung in die frankenmässig dem bisherigen Lohn am nächsten befindliche Erfahrungsstufe der neuen Lohnklasse zu erfolgen¹¹⁴.

Der Anspruch auf den diskriminierungsfreien Lohn und entsprechende Nachzahlung ist im gerichtlich festgelegten Umfang direkt aufgrund des Urteils durchsetzbar¹¹⁵.

IV. Schluss

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

Eine echte Gleichstellung ist aber oft an der eingeschränkten Kognition bezüglich Sachverhaltsfragen, an einer unterschiedlichen Gewichtung der massgebenden Bewertungsmerkmale und an so genannt objektiven Rechtfertigungsgründen gescheitert, bei deren Vorliegen der Arbeitgeberseite ein zu grosser Ermessensspielraum für die Lohnbemessung gewährt wird¹¹⁶. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht in Zukunft auch diesbezüglich eine kritischere Haltung einnimmt und Arbeitgebende vermehrt dazu angehalten werden, nebst dem Rechtfertigungsgrund an sich auch den Nachweis der Angemessenheit des ent-

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

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

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

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

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

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

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

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

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