



FACHBEREICH ARBEIT

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

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



Technischer Beschrieb zur Lohnspezifikation im Standard-Analysemodell des Bundes

Rechtskonforme Lohnspezifikation

IMPRESSUM

TITEL

Technischer Beschrieb zur Lohnspezifikation
im Standard-Analysemodell des Bundes

HERAUSGEBER

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Frau und Mann EBG

AUTORIN

PricewaterhouseCoopers AG

VERTRIEB

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



Logib, das Standard-Analyse-Tool des Bundes für Lohngleichheitsanalysen, wurde vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) anfangs der 2000er-Jahre entwickelt und steht Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern seit 2004 kostenlos zur Verfügung. Seit 2006 wird Logib auch für staatliche Kontrollen bei Bund, Kantonen und Gemeinden betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit im öffentlichen Beschaffungs- und/oder Subventionswesen eingesetzt. Die Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität von Logib wurde von unabhängigen Dritten überprüft und bestätigt, wobei das EBG diese Validierung auch zukünftig regelmässig wiederholen bzw. aktualisieren wird. Logib war Gegenstand bei einer Umfrage im Rahmen einer Regulierungsfolgeabschätzung im Jahr 2015, die zeigte, dass die Unternehmen die Methode schätzen, gleichzeitig aber auch sehr auf den administrativen Aufwand achten. Die Nützlichkeit sowie die Qualität von Logib wurde 2018 durch den UN Public Service Award ausgezeichnet.

Sowohl das gesellschaftliche und politische Umfeld als auch die Rechtsprechung haben sich mit Bezug auf die Lohnfrage und -definition über die letzten Jahre hinweg dynamisch entwickelt. Die kontinuierliche Modellpflege von Logib durch die Bundesverwaltung spiegelt diese Dynamik wider.

So findet derzeit eine grössere technische Modernisierung von Logib statt, in deren Rahmen die seit 2004 vorhandene Excel-Anwendung längerfristig durch ein modernes Webtool ersetzt wird. Mit der neuen technischen Plattform sollen insbesondere

der Aufwand für die Durchführung von Lohngleichheitsanalysen nochmals gesenkt und die Nutzerfreundlichkeit und Sicherheit weiter erhöht werden. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Gleichstellungsgesetzes GLG am 1. Juli 2020, welches u.a. eine Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse für Arbeitgebende ab 100 Mitarbeitenden bis 1. Juli 2021 vorsieht, wird das Bedürfnis nach einem verlässlichen Tool für Lohngleichheitsanalysen noch zunehmen.

Neben den geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die Lohngleichheit entwickelt sich auch die Rechtsprechung zum Thema Lohn stetig weiter. In diesem Zusammenhang hatten sich Schweizer Gerichte in verschiedenen Rechtsbereichen wie etwa dem Steuerrecht, dem Sozialversicherungsrecht, dem Obligationenrecht oder dem Gleichstellungsrecht mit der Frage zu befassen, was jeweils unter Lohn zu verstehen ist. Das vorliegende Rechtsgutachten zeichnet diese Entwicklungen nach und gibt einen umfassenden Überblick über verschiedene Lohnarten. Zudem wurde ein Prüfschema entwickelt, auf dessen Grundlage juristisch fundierte Empfehlungen zur Handhabung der verschiedensten Vergütungselemente im Sinne einer rechtskonformen Lohndefinition bei der Durchführung von Lohngleichheitsanalysen zwischen Frau und Mann formuliert wurden.

Das vorliegende Gutachten reiht sich in die derzeit laufende technische Modernisierung von Logib ein, indem sowohl für Unternehmen, die eine Lohngleichheitsanalyse gemäss Art. 13 GLG durchführen müssen, als auch für Revisionsstellen, welche deren korrekte Durchführung überprüfen werden, ein Höchstmass an Rechtssicherheit und Klarheit in Bezug auf die Handhabung einzelner Lohnkomponenten geschaffen wird.

Mit dem klaren Ziel der grösstmöglichen Aufwandsreduktion und bestmöglichen Praktikabilität bei der Umsetzung der enthaltenen Empfehlungen vor Augen wird das EBG die im Gutachten enthaltenen Präzisierungen schrittweise in die Wegleitung zum Standard-Analyse-Tool Logib sowie in dessen technische Ausgestaltung einpflegen.

Sylvie Durrer, Direktorin des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG



Technischer Beschrieb zur Lohnspezifikation im Standard-Analysemodell des Bundes

Phase 2

Rechtskonforme Lohnspezifikation

20. Dezember 2019

PricewaterhouseCoopers AG
Birchstrasse 160
Postfach
8050 Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	5
Materialienverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	8
Zusammenfassung.....	10
Rechtliche Analyse.....	11
I. Auftrag	11
II. Juristische Lohndefinitionen	11
1. Überblick	11
2. Massgebliche Vergütungselemente.....	11
3. Lohndefinitionen im Schweizer Recht.....	12
3.1. Einleitung	12
3.2. Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung.....	12
3.3. Gleichstellungsgesetz	13
3.4. Arbeitsrecht	13
3.4.1. Haupt-/Nebenleistungspflichten	13
3.4.2. Schranken der Vertragsfreiheit	14
3.4.3. Fazit.....	15
3.5. Sozialversicherungsrecht	15
3.5.1. AHV, IV und EO	15
3.5.2. UVG.....	17
3.5.3. BVG	18
3.5.4. Fazit.....	18
3.6. Steuerrecht	18
3.7. Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE).....	18
3.8. Lohnbestandteile gemäss Standard-Analysemodells des Bundes (SAMB)	19
3.9. Zwischenfazit	21
4. Lohndiskriminierung	21
4.1. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit.....	21
4.2. Diskriminierung	23
4.2.1. Direkte Diskriminierung.....	23
4.2.2. Indirekte Diskriminierung.....	24
4.3. Diskriminierungspotenzial bei den verschiedenen Lohnbestandteilen.....	24
4.4. Fazit.....	25
5. Lohnbegriff zum Zwecke der Lohnvergleichsanalyse	25
5.1. Prüfschema	25
5.2. Lohndefinition.....	26
5.3. Eingrenzung mit Blick auf die Praktikabilität	27
5.3.1. Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB) / Personalreglement.....	27

5.3.2.	Relevanz / Lohnelemente mit Bagatelldarakter	27
III.	Periodizität	27
1.	Massgebende Bemessungsperiode.....	28
2.	Periodizität von Leistungen.....	28
2.1.	Periodische Leistungen.....	28
2.2.	Aperiodische Leistungen	28
2.2.1.	Umfang	28
2.2.2.	Zeitpunkt	29
2.3.	Entstehungs- vs. Realisationsprinzip.....	29
IV.	Beurteilung von Spezialfällen	30
1.	Trinkgelder	30
1.1.	Einführung.....	30
1.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	31
1.3.	Periodizität	32
2.	Antrittsprämie	32
2.1.	Einführung.....	32
2.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	32
2.3.	Periodizität	33
3.	Abgangsentschädigungen	33
3.1.	Einführung.....	33
3.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	34
3.3.	Periodizität	35
4.	Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers in die Vorsorge	35
4.1.	Einführung.....	35
4.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	36
4.3.	Periodizität	38
5.	Zuschlag für geleistete Überstunden.....	38
5.1.	Einführung.....	38
5.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	39
5.3.	Periodizität	39
6.	Mitarbeiterbeteiligungen	39
6.1.	Einführung.....	39
6.1.1.	Mitarbeiteraktien	40
6.1.2.	Mitarbeiteroptionen.....	41
6.1.3.	Sperrfrist / Vesting.....	41
6.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichheitsanalyse.....	41
6.3.	Periodizität	42
6.3.1.	Realisations- versus Entstehungszeitpunkt.....	42
6.3.2.	Massgeblicher Entstehungszeitpunkt	42
6.3.3.	Bewertung Optionen	44

7.	Gratifikation / Bonus	44
7.1.	Einführung.....	44
7.1.1.	Gratifikation	44
7.1.2.	Bonus	44
7.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse.....	45
7.3.	Periodizität	45
8.	Vergütung für nicht geleistete Arbeit.....	45
8.1.	Einführung.....	45
8.1.1.	Krankheit	46
8.1.2.	Unfall	46
8.1.3.	Mutterschaft	46
8.1.4.	Militärsersatz	47
8.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse.....	47
8.2.1.	Ersatzleistungen der Sozialversicherungen (Taggelder)	47
8.2.2.	Leistungen nach Art. 324a OR	48
8.2.3.	Freiwillige Zusatzleistungen der Arbeitgeberin für nicht geleistete Arbeit	48
8.3.	Periodizität	49
9.	Naturalkompensation bei Nachtarbeit	49
9.1.	Einführung.....	49
9.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse.....	49
9.3.	Periodizität	50
10.	Unterschiedliche Ferienansprüche	50
10.1.	Einführung.....	50
10.2.	Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse.....	50
10.3.	Periodizität	51
V.	Qualifikation einzelner Vergütungsbestandteile	51

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV-Kommentar, 2. Auflage Zürich 2017
- BLESI ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS/WILDHABER ISABELLE (Hrsg.), Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Basel 2018 (zit. KUKO-BEARBEITER)
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS) (Hrsg.), Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2016, Kommentierte Ergebnisse, Neuchâtel 2019 (zit. LSE 2016)
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS) (HRSG.), Erwerbsquote nach Geschlecht, Familiensituation und Alter des jüngsten Kindes, 2018, in: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/familien/erwerbs-haus-familienarbeit.html> [zuletzt aufgerufen am 25.07.2019]
- EGLI HANS-PETER, Kommentar zu Art. 319-362 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Bertschinger Urs/Breitschmid Peter/Schwander Ivo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St.Gallen 2014 (zit. SGK BV-VERFASSER)
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN EBG (Hrsg.), Logib Schritt für Schritt, Die Praxisanleitung für Logib (Version 3.1), Bern 2018 (zit. EBG Logib)
- EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT DES INNEREN/BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNGEN BSV (Hrsg.), Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML) gültig ab 1. Januar 2019 (zit. EDI BSV)
- EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG ESTV, Kreisschreiben Nr. 1 Steuerperiode 2003, Die Abgangsent-schädigung resp. Kapitalabfindung des Arbeitgebers
- EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG ESTV, Kreisschreiben Nr. 37 vom 22. Juli 2013, Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen
- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zit. SHK-BEARBEITER)
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage Bern 2019
- GERSZT ARIE, „Goldene Fallschirme“ im Schweizerischen Recht. Der Versuch einer systematischen An-näherung. In: Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG), Diskussionspapiere, Nr. 103, St. Gallen 2004
- HANDSCHIN LUKAS, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR – Die Aktienge-sellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Auflage Zürich 2018 (zit. ZK-BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 6. Auflage Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/-IN)
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (HRSG.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. ak-tualisierte und ergänzte Auflage Basel 2009 (zit. GLK-VERFASSER)
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage Zürich/St. Gallen 2017

- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. vollständig überarbeitete Auflage, Bern 2014
- MAURER ALFRED/SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 2009
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrechte und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Auflage, Bern 2018, S. 579 N 561
- MORF ROGER PETER, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Diss.), Bern 2011
- OSER DAVID/ MÜLLER ANDREAS (HRSG.), VegüV - Praxiskommentar zur Verordnung gegenübermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Auflage, Zürich 2018
- PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL, Diskriminierungsfreie Messung der Lohnungleichheit: Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann auf der gesamtwirtschaftlichen Ebene, in: Jusletter 25. November 2019
- PORTMANN WOLFGANG/VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. FHB Arbeitsrecht-BEARBEITER)
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Art. 319-330b OR, Bern 2010
- REICH MARKUS, Steuerrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012
- SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRG, Analyse von Lohndiskriminierung, AJP 2006, 1385 ff.
- SCHÄR MOSER MARIANNE/BAILLOD JÜRG, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern/Stuttgart/Wien 2006 (zit. SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente)
- SCHMID SAJEELA REGULA, Méthodes d'évaluation, in: AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, 92 ff.
- SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT und SCHWEIZER ARMEE, Informationsblatt Finanzielle Entschädigung von Armeeingehörigen im Dienst, Form 31.010 d
- SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ (SSK) UND EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV) (HRSG.), Wegleitung zum Ausfüllen des Lohnausweises bzw. der Rentenbescheinigung, gültig ab 01.01.2019 (zit. SSK)
- STAUBER-MOSER SUSY, Lohnungleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, 1352 ff.
- STEUERVERWALTUNG THURGAU, StP 25 Nr. 4, Abgangsentschädigung des Arbeitgebers, in: <http://steuerverwaltung.steuerpraxis.tg.ch/html/5ACD2A95-BBFD-5FDA-ADBEA4D036E148AC.html> [zuletzt aufgerufen am 9.07.2019]
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage Zürich/Basel/Genf 2012
- VETTER-SCHREIBER ISABELLE, BVG/FZG Kommentar, 3. aktualisierte und bearbeitete Auflage Zürich 2013
- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage Basel 2005

Materialienverzeichnis¹

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser vom 2. Juni 2014 vom 18. November 2015, Überprüfung der statistischen Methoden des Bundes betreffend die Lohnungleichheit von Frau und Mann (zit. Bericht Bundesrat)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5507 ff. (zit. Botsch. GlG 2017)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botsch. Aktienrecht 2016)

Botschaft zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, Sonderdruck Bern (zit. Botsch. OR 1967).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.02.2017, BBl 2017 1851 ff. (zit. Botsch. BöB 2017)

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/lohnungleichheit/vn-ber-d.pdf>, [zuletzt aufgerufen am 18.12.2019] (zit. Erl. Ber. GlG 2015).

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Text nicht konsequent zwischen männlicher und weiblicher Form unterschieden. Selbstverständlich ist die jeweils andere Form eingeschlossen.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (SR 142.20)
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BSK	Basler Kommentar Obligationenrecht (Hrsg. Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.441.1)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
bzw.	beziehungsweise
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
Erw.	Erwägung
EL	Ergänzungsleistungen
ELM	Lohnstandard Schweiz
EO	Erwerbsersatzordnung
FZ	Familienzulagen
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
GlK	Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (Hrsg. Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann

	Sabine)
HarG	Bundesgesetz über die Heimarbeit (SR 822.31)
IV	Invalidenversicherung
lit.	litera, Buchstabe
LSE	Lohnstrukturhebung
M.a.W.	Mit anderen Worten
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PwC	PricewaterhouseCoopers AG
Rz.	Randziffer
SAMB	Standard-Analysemodell des Bundes
SGK	St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung (Hrsg. Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A.)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSK	Schweizerische Steuerkonferenz
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung (SR 832.202)
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
z.B.	zum Beispiel
ZK	Zürcher Kommentar Obligationenrecht (Hrsg. Handschin Lukas)

Zusammenfassung

Das revidierte GLG verpflichtet Arbeitgeberinnen mit 100 und mehr Mitarbeitenden, alle vier Jahre eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchzuführen. Für die Zwecke dieser Lohngleichheitsanalyse wurde PwC vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) u.a. beauftragt, eine allgemeine Lohndefinition zu erarbeiten, Fragen im Zusammenhang mit der Periodizität von Leistungen zu klären und verschiedene ausgesuchte Spezialfälle (z.B. Antrittsprämien, Abgangsentschädigungen, Trinkgelder) rechtlich zu beurteilen. Darüber hinaus wurde für jedes der in der ersten Projektphase identifizierten Vergütungselemente geprüft, ob bzw. inwiefern es für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen ist.

Die Ergebnisse unserer Untersuchungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse sind sämtliche Vergütungselemente zu berücksichtigen, welche nach der bisherigen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GLG als Lohn qualifiziert werden, vorausgesetzt die betreffenden Literaturstellen sind schlüssig begründet, oder es ergibt sich aus der vorhandenen Judikatur ein klarer Wille für die Qualifikation eines Vergütungselements als Lohn. Lässt sich ein Vergütungselement im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GLG nicht zweifelsfrei als Lohn qualifizieren, ist dieses für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen, wenn (i) es in einem anderen Rechtsgebiet als Lohn erfasst wird oder im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis steht, (ii) ein direktes oder indirektes Diskriminierungspotenzial besteht, und (iii) der Arbeitgeberin bei der Zuteilung bzw. Bemessung des Vergütungselements ein Ermessen zusteht. Im Zweifel ist u.E. ein Vergütungselement in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen. Fragen der Praktikabilität bei der Erfassung der Vergütungselemente standen bei unserer Untersuchung nicht im Vordergrund. Trotzdem finden sich dazu nachfolgend einige Ausführungen (Ziffer 5.3).
- Weiter hat unsere rechtliche Auseinandersetzung mit Fragen der Periodizität ergeben, dass bei denjenigen Vergütungselementen, bei welchen der Entstehungs- und der Realisationszeitpunkt auseinanderfallen, für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse auf den Entstehungszeitpunkt abgestellt werden sollte. Diese Betrachtung steht im Einklang mit unseren Überlegungen, wonach Vergütungselemente nur dann zu berücksichtigen sind, wenn dem Arbeitgeber ein Ermessen zusteht, das er in diskriminierender Weise ausüben kann.
- Die Ergebnisse unserer Untersuchungen zu den einzelnen Spezialfällen sind unter den jeweiligen Untertiteln "Berücksichtigung in der Lohngleichheitsanalyse" und "Periodizität" wiedergegeben.
- Die Qualifikationen der in der ersten Projektphase identifizierten Vergütungselemente für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse sind im Anhang einzeln ausgewiesen.

Rechtliche Analyse

I. Auftrag

Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Bern (EBG) hat PricewaterhouseCoopers AG, Zürich (PwC) beauftragt, einen technischen Beschrieb zur Lohnspezifikation im Standard-Analysemodell des Bundes (SAMB) zu erarbeiten. Dieser Auftrag gliedert sich in drei Phasen:

- *Phase 1:* PwC erstellte eine Liste möglicher Lohnbestandteile. Zudem wurde die bestehende Lohnspezifikation im Standard-Analysemodell mit dem Lohnstandard-CH (ELM) abgeglichen.
- *Phase 2:* In der laufenden Phase 2 des Projekts sollen eine juristische Lohndefinition für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse erarbeitet (Ziffer II.), Fragen im Zusammenhang mit der zu berücksichtigenden Periodizität geklärt (Ziffer III.) sowie ausgewählte Vergütungselemente juristisch beurteilt werden (Ziffer IV.). Abgerundet werden diese Arbeiten durch die Analyse und Kommentierung der individuellen Vergütungselemente, welche in der Phase 1 identifiziert worden sind (Ziffer V.).
- *Phase 3:* PwC erstellt basierend auf den juristischen Schlussfolgerungen aus der Phase 2 einen technischen Beschrieb zur Lohnspezifikation im Standard-Analysemodell.

II. Juristische Lohndefinitionen

1. Überblick

Zur Erarbeitung der massgeblichen Lohndefinition für das Standard-Analysemodell des Bundes werden zunächst die massgeblichen Vergütungselemente dargestellt (Ziffer II.2) und anschliessend in Ziffer II.3 bereits vorhandene Lohndefinitionen wiedergegeben, wobei geprüft wird, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diese für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse verwendet werden können. Zum Verständnis der für die Lohngleichheitsanalyse relevanten Spezifika der Lohndefinition wird in Ziffer II.4 sodann vertiefter auf die Problematik der Lohndiskriminierung eingegangen. Ziffer II.5 dient letztlich der Darstellung der für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse massgebenden Lohndefinition.

2. Massgebliche Vergütungselemente

Für ein differenziertes Verständnis der im Zusammenhang mit der Lohngleichheit zusammenhängenden Fragen erscheint die Darstellung der massgeblichen Vergütungselemente sinnvoll. Lohn lässt sich grob in Grundlohn, Leistungsanteil und Erfolgsanteil sowie verschiedene Zulagen einteilen:

- *Grundlohn:* Der Grundlohn bildet die Basis für den Lohn und macht in den meisten Fällen den grössten Lohnanteil aus. Er kann sich aus den Bestandteilen Funktionslohn, Personenanteil und Differenzanteil zusammensetzen. Der *Funktionslohn* wird für eine bestimmte Tätigkeit bzw. Stelle festgelegt, unabhängig von der Person, welche die Arbeit verrichtet. Grundsätzlich erhöht sich der Anspruch auf Funktionslohn für Arbeiten mit höheren Anforderungen und/oder Belastungen. Der *Personenanteil* berücksichtigt demgegenüber die Person, welche die Arbeit ausübt. Dies geschieht in der Form von Erfah-

rungs- und/oder Dienstalterszuschlägen. Der *Differenzanteil* kommt dann zur Anwendung, wenn eine Person aufgrund der Marktverhältnisse zu einem Grundlohn eingestellt wird, der im Vergleich zu anderen Arbeitnehmenden im Betrieb als überhöht erscheint.

- *Leistungsanteil*: Der sog. Leistungsanteil ist flexibel ausgestaltet. Es kann zwischen direkten und indirekten Leistungsanteilen unterschieden werden. Bei den *direkten Leistungsanteilen* wird die Leistung aufgrund von Kennzahlen (z.B. Mengenleistung, Termintreue) gemessen, und es wird bezogen auf gewisse Leistungsvorgaben eine Prämie entrichtet. Bei den *indirekten Leistungsanteilen* wird die persönliche Leistung der Mitarbeitenden anhand von leistungs-, qualifikations- und verhaltensbezogenen Merkmalen beurteilt bzw. bemessen.
- *Erfolgsanteil*: Einen weiteren flexiblen Lohnanteil stellt der Erfolgsanteil dar. Damit können Arbeitnehmende am Erfolg des Unternehmens beteiligt werden. So wird das Geschäftsergebnis des Unternehmens (meist jährlich) ermittelt und erzielte Gewinne in einem gewissen Umfang als Bonus an die Berechtigten weitergegeben.
- *Zulagen*: Weiter gehören zum Lohn verschiedene Zulagen, welche gesetzlich oder gesamtarbeitsvertraglich geschuldet sind, aber auch auf freiwilligen Zahlungen des Betriebs beruhen können.²

3. Lohndefinitionen im Schweizer Recht

3.1. Einleitung

Was unter dem Begriff Lohn zu verstehen ist, wurde vom Gesetzgeber bzw. von der Rechtsprechung und Lehre für verschiedene Zwecke unterschiedlich definiert. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, sind die in den verschiedenen Rechtsbereichen gebräuchlichen Lohndefinitionen nicht immer deckungsgleich. So stimmt die Definition des massgeblichen Lohns aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht zwingend mit dem Lohnbegriff aus dem Steuer- oder Sozialversicherungsrecht überein. Auch der in der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik (BFS) verwendete Lohnbegriff ist nicht notwendigerweise kongruent mit den entsprechenden juristischen Definitionen.

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung stehen die zum Lohn nach Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV), bzw. Art. 3 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GfG) entwickelten Grundsätze im Vordergrund (Ziffer II.3.2/3.3). Es stellt sich jedoch auch die Frage, inwiefern Vergütungselemente, welche im Arbeits-, Sozialversicherungs- oder Steuerrecht als Lohn gelten (Ziffer II.3.4/3.5/3.6), bei der Lohnvergleichsanalyse hinzugezogen werden sollen. Darüber hinaus könnten auch die vom Bundesamt für Statistik, bzw. im Rahmen des Standard Analysemodells des Bundes (SAMB) angewandten Grundsätze Anhaltspunkte für die Lohndefinition zum Zwecke der Lohnvergleichsanalyse geben (Ziffer II.3.7/3.8).

3.2. Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung

Seit 1981 verankert die Bundesverfassung im Art. 8 Abs. 3 einen Auftrag zur Verwirklichung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann. Diese Bestimmung findet sich im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung und lautet wie folgt:

Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch

² SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 19 f.

auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

Gemäss Bundesgericht umfasst der Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV sämtliche Entgelte für Arbeitsleistungen von Arbeitnehmenden, unbeachtlich dessen, ob es sich um eigentlichen Lohn (Arbeitsentgelt), um Lohnbestandteile wie Familien-, Orts- und Kinderzulagen, Gratifikationen, Naturalleistungen oder andere handelt.³ Nicht als Lohn im Sinne der Verfassungsbestimmung gelten lediglich Renten und Pensionsansprüche der beruflichen Vorsorge, trotz ihrer Abhängigkeit vom Arbeitsentgelt.⁴

Unter dem Begriff Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV ist demnach «nicht nur Geldlohn im engeren Sinne zu verstehen, sondern jedes Entgelt, das für geleistete Arbeit entrichtet wird». Dazu gehören «auch soziale Lohnkomponenten, wie ein Anspruch auf Besoldung während des Mutterschaftsurlaubs, Familien-, Kinder- und Alterszulagen» oder Naturalleistungen und Gratifikationen.⁵ Allerdings muss ein enger Zusammenhang zwischen der Leistung und der Arbeit bestehen, weshalb beispielsweise eine Witwenrente nicht als Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV gilt.⁶

Das Lohnleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 3, Satz 3 BV begründet zwar ein «unmittelbar anwendbares, justiziables subjektives Individualrecht»⁷. Wie bei den meisten Grundrechten, handelt es sich aber lediglich um eine Grundsatzbestimmung, welche inhaltlich sehr allgemein gehalten ist.

Die Verfassungsbestimmung und die dazu entwickelte Bundesgerichtspraxis sind für die Lohndefinition in der Lohnleichheitsanalyse zwar unbedingt verbindlich, vermögen aber aufgrund der fehlenden Konkretisierung lediglich einen groben Rahmen zu geben.

3.3. Gleichstellungsgesetz

Das seit 1. Juli 1996 geltende Gleichstellungsgesetz (GlG) soll die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit (Art. 8 Abs. 3 BV) erleichtern. Zum einen verbietet es Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben generell und zum anderen in Artikel 3 speziell die Lohndiskriminierung.

In Bezug auf die Lohndefinition stellt Art. 3 GlG materiell-rechtlich eine Wiederholung des bereits verfassungsrechtlich geltenden Rechts dar.⁸ Da der massgebliche Lohnbegriff weder im Gleichstellungsgesetz selbst, noch in der dazu vorhandenen Literatur und Rechtsprechung weiter konkretisiert wird, erscheint die Erarbeitung einer eigenen Lohndefinition umso dringlicher.

3.4. Arbeitsrecht

3.4.1. Haupt-/Nebenleistungspflichten

Gemäss Art. 319 Abs. 1 OR besteht die Hauptpflicht des Arbeitnehmers in der Leistung von Arbeit und diejenige des Arbeitgebers in der Zahlung des Lohnes. Die Lohnzahlungspflicht ist damit begriffswesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrags⁹. Eine Legaldefinition des Lohns enthält

³ BGE 129 I 265; 126 II 217 E. 8a; 109 Ib 81 E. 4c; Botsch. GlG 2017, 5512.

⁴ SGK BV- SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 125; z.B. BGE 126 II 217 E. 8a, 223 ff.; 116 V 207; 109 Ib 81 E. 4c, 87.

⁵ BGE 126 II 217, 223; BIAGGINI, Art. 8 BV N 34.

⁶ BGE 116 V 198, E. 2a; BIAGGINI, Art. 8 BV N 34; Botsch. GlG 2017, 5512.

⁷ BGE 131 I 105, 108; vgl. BGE 142 II 49, 55 E. 5.1.; Biaggini, Art. 8 BV N 33.

⁸ BGE 124 II 409, 424; GLK-FREIVOGEL, Art. 3 N 73.

⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322 OR N2.

das Obligationenrecht jedoch nicht.¹⁰ Die beiden arbeitsvertraglichen Hauptpflichten (Lohn und Arbeitsleistung) stehen im Austauschverhältnis zueinander. Daher sind im Prinzip nur jene Leistungen der Arbeitgeberin als Lohn im arbeitsrechtlichen Sinne zu betrachten, welche allein oder zumindest in einer überwiegenden Masse dem Zweck der Vergütung der Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden dienen.¹¹ Hingegen können gemäss MORF Leistungen der Arbeitgeberin, welche zwar gestützt auf den Arbeitsvertrag oder im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbracht, aber aus anderem (Haupt-)Grund und mit anderem Zweck als der Abgeltung der Arbeitsleistung gewährt werden, nicht als Lohn im arbeitsrechtlichen Sinne betrachtet werden. Unbedeutend ist dabei, dass solche Leistungen der Arbeitgeberin teilweise dennoch so behandelt werden, wie wenn sie Lohn wären (z.B. Familienzulagen).¹²

Neben den Hauptleistungspflichten bestehen auch Neben-, oder Nebenleistungspflichten der Parteien.¹³ Eine Nebenleistungspflicht besteht z.B. darin, den Arbeitnehmenden gemäss Art. 327a Abs. 1 OR alle mit der Ausführung der Arbeit entstehenden Auslagen ersetzen zu müssen. Der Ersatz von notwendigen Geschäftsauslagen ist aber nicht Lohn, weil damit nicht die Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden vergütet wird. Auslagenersatz und Lohn schliessen sich somit aus arbeitsrechtlicher Warte gegenseitig aus.¹⁴ Im Graubereich zwischen dem Lohn als Haupt- und dem Auslagenersatz als Nebenpflicht stehen Beträge, welche die Arbeitgeberin einer Arbeitnehmerin, bzw. einem Arbeitnehmer z.B. in Form einer festen Entschädigung als Auslagenersatz gemäss Art. 327a Abs. 2 OR oder einer im Voraus ausgerichteten Spesenpauschale nach Art. 327c Abs. 2 OR zukommen lässt. Weiss die Arbeitgeberin im Voraus, dass dieser Betrag die effektiv notwendigen Auslagen übersteigt oder übersteigen könnte, verzichtet sie aber auf die Anweisung, dass ein allfälliger Überschuss des Pauschalbetrages für künftige Auslagen verwendet oder dieser der Arbeitgeberin zurückzuerstatten ist, könnte dieser Überschuss als verdeckter Lohn betrachtet werden.¹⁵

3.4.2. Schranken der Vertragsfreiheit

Gemäss Art. 19 abs. 1 OR kann der Inhalt eines Vertrags innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgelegt werden.¹⁶ Dies gilt auch für das Arbeitsvertragsrecht. Entsprechend können die Parteien die Lohnhöhe frei aushandeln und festlegen, solange sich aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften, Normalarbeits- oder Gesamtarbeitsverträgen keine Einschränkungen ergeben.¹⁷

Die Vertragsfreiheit wird aber nicht nur mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz¹⁸, sondern auch durch sogenannte Paritätslohnvorschriften begrenzt. Dabei handelt es sich um Normen, die bestimmten Gruppen von Arbeitnehmenden einen Anspruch auf gleich hohen Lohn einräumen, der anderen Arbeitnehmenden für gleichwertige Arbeit vergütet wird.¹⁹ So haben Heimarbeiter das Recht auf gleichen Lohn wie Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers (Art. 4 Abs 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Heimarbeit (HarG)) und ausländische Staatsangehörige, auf welche das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) anwendbar ist, werden nur dann zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen, wenn die orts- und berufs- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen – insbesondere der Lohn – im Arbeitsvertrag eingehalten werden (Art. 22 AIG).²⁰ Darüber hinaus sehen Art. 8 Abs. 3 BV

¹⁰ MORF, §4, N 237.

¹¹ MORF, §4, N 252.

¹² MORF, §4, N 253.

¹³ MORF, §4, N 248.

¹⁴ MORF, §4, N 249.

¹⁵ MORF, §4, N 250.

¹⁶ MORF, §5, N 310.

¹⁷ MORF, §5, N 310, BGE 129 III 276, E. 3.1, 281f. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 378.

¹⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 263.

¹⁹ MORF, §5 N 316.

²⁰ MORF, §5 N 318.

sowie Art. 3 GLG gleichen Lohn für Frauen und Männer vor, welche gleichwertige Arbeit verrichten²¹. Wird namentlich mit einer Arbeitnehmerin ein diskriminierend tiefer Lohn vereinbart, so ist gemäss Art. 5 GLG dennoch der entsprechend höhere Lohn geschuldet.²² Dabei handelt es sich mithin nicht um einen Mindestlohn, sondern um einen marktüblichen Lohn, was mit dem Grundgedanken des Art. 322 Abs.1. OR einhergeht, wonach bei fehlender Lohnabrede der übliche Lohn zu zahlen ist.²³

3.4.3. Fazit

Für die vorliegende Untersuchung entscheidend ist die Erkenntnis, dass der arbeitsvertragsrechtliche Lohnbegriff im Wesentlichen durch die Parteien selbst bestimmt wird. Er dient nicht der Herstellung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann und trägt folglich auch dem Gedanken der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung keine Rechnung. Vielmehr wird der arbeitsvertragliche Lohnbegriff durch den für die Lohnvergleichsanalyse massgeblichen Lohnbegriff wiederum eingeschränkt. Entsprechend vermag der arbeitsvertragliche Lohnbegriff für vorliegende Analyse zwar gewisse Anhaltspunkte zu liefern; eine unveränderte Übernahme für die Lohnvergleichsanalyse erscheint aber nicht opportun.

3.5. Sozialversicherungsrecht

Der prägende Gedanke und somit die grundlegende *ratio legis* des Sozialversicherungssystems der Schweiz ist die Deckung eines sozialen Risikos. Die Folgen des Eintritts eines solchen Risikos sind regelmässig nach dem Solidaritätsprinzip ausgestaltet, was sich in der obligatorischen Versicherungsunterstellung sowie in einer weitgehenden finanziellen Umlagerung äussert.²⁴ Das System der sozialen Sicherheit in der Schweiz basiert auf dem «drei Säulen-System», welches eine umfassende finanzielle Risikoabdeckung bei Tod, Invalidität und Alter gewährleisten soll. Finanziert wird die Sozialversicherung meistens durch Lohnabzüge, die sich am Einkommen orientieren. Sie werden «paritätisch», also jeweils zur Hälfte von Arbeitgebern und Arbeitnehmern getragen (vgl. Art. 112 Abs 3 BV).

3.5.1. AHV, IV und EO

Lohn aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht besteht in Geld- oder Naturalleistungen oder eventuell in einer Forderung der unselbständig erwerbstätigen Person.²⁵ Dabei gehört nicht nur das unmittelbare Entgelt für geleistete Arbeit zum massgebenden Lohn, sondern grundsätzlich jeder Bezug der Arbeitnehmenden, der wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängt, ungeachtet dessen, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder aufgelöst worden ist, und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen.²⁶ Der Charakter der Vergütung ist das entscheidende Kriterium für die Zuordnung zum massgebenden Lohn, nicht die von den Arbeitgebenden verwendete Bezeichnung.²⁷

Der massgebliche Lohn kann entweder nach Zeit (Stunden-, Tages-, Wochen-, Monats-, Jahreslohn), nach Erfolg (Stücklohn, Provision, Kommission, Gratifikation, Prämie) oder nach Zeit und Erfolg (Fixum und Provision) bemessen werden.²⁸ Zinsen und Zinseszinsen auf Löhnen,

²¹ MORF, §5 N 317.

²² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 266.

²³ MORF, §5 N 316.

²⁴ KIESER, S. 5.

²⁵ EDI BSV, Rz. 1007.

²⁶ EDI BSV, Rz. 1008.

²⁷ EDI BSV, Rz. 2003.

²⁸ EDI BSV, Rz. 1009.

welche von den Arbeitgebenden verspätet ausgerichtet werden, stellen kein Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinn dar.²⁹

In Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) wird das beitragspflichtige Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit als massgebender Lohn bezeichnet. Gemäss Abs. 2 gilt als solcher jegliches Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 AHVG zählt verschiedene Einkommensbestandteile auf, welche auch zum massgebenden Lohn gehören: Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen.

Art. 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) enthält schliesslich eine Liste mit verschiedenen Vergütungen, die zum massgebenden Lohn gehören:³⁰

- Zeit-, Stück-(Akkord-) und Prämienlohn, einschliesslich Entschädigungen für Überzeitarbeit, Nachtarbeit und Stellvertreterdienst;
- Orts- und Teuerungszulagen;
- Gratifikationen, Treue- und Leistungsprämien;
- Geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen;
- Entgelte der Kommanditäre, die aus einem Arbeitsverhältnis zur Kommanditgesellschaft fliessen;
- Gewinnanteile der Arbeitnehmer, soweit sie den Zins einer allfälligen Kapitaleinlage übersteigen;
- Trinkgelder, soweit sie einen wesentlichen Teil des Lohnes darstellen;
- Regelmässige Naturalbezüge;
- Provisionen und Kommissionen;
- Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe;
- Einkommen der Behördenmitglieder von Bund, Kantonen und der Gemeinden;
- Sporteln und Wartegelder an in einem öffentlichen Dienstverhältnis stehende Versicherte, unter Vorbehalt abweichender kantonaler Regelungen;
- Honorare der Privatdozenten und ähnlich besoldeter Lehrkräfte;
- Leistungen des Arbeitgebers für den Lohnausfall infolge Unfalles oder Krankheit;
- Leistungen der Arbeitgeber für den Lohnausfall infolge Militärdienstes;
- Ferien- und Feiertagsentschädigungen;
- Leistungen des Arbeitgebers, die in der Übernahme des Arbeitnehmerbeitrages für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, die Erwerbsersatzordnung und die Arbeitslosenversicherung bestehen; ausgenommen ist die Übernahme der Arbeitnehmerbeiträge auf Naturalleistungen und Globallöhnen;
- Übernahme der Steuern;
- Leistungen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, soweit sie nicht gemäss Artikel 8^{bis} oder 8^{ter} der AHVV vom massgebenden Lohn ausgenommen sind, wobei Renten auf Basis einer Umrechnungstabelle des Bundesamtes in Kapital umgerechnet werden.

Demgegenüber gehören gemäss Art. 8 AHVV folgende Leistungen *nicht* zum massgebenden

²⁹ EDI BSV, Rz. 1017.

³⁰ LOCHER/GÄCHTER, §64 N 6.

Lohn:

- Reglementarische Beiträge des Arbeitgebers an Vorsorgeeinrichtungen, welche die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) erfüllen;
- Beiträge des Arbeitgebers an die Kranken- und Unfallversicherer seiner Arbeitnehmer sowie an Familienausgleichskassen, sofern alle Arbeitnehmer gleichbehandelt werden;
- Zuwendungen des Arbeitgebers beim Tod von Angehörigen von Arbeitnehmern, an Hinterlassene von Arbeitnehmern, bei Firmenjubiläen, Verlobung, Hochzeit oder Bestehen von beruflichen Prüfungen;
- Leistungen des Arbeitgebers an Arzt-, Arznei-, Spital- oder Kurkosten, sofern diese nicht durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung gedeckt sind und alle Arbeitnehmer gleichbehandelt werden.

Zudem gehören auch sog. Unkosten *nicht* zum Lohn. Dabei handelt es sich um Auslagen, welche den Arbeitnehmern bei der Ausführung ihrer Arbeiten entstehen, namentlich:³¹

- Reisekosten (Fahrt-, Unterkunfts- und Verpflegungskosten);
- Repräsentationskosten und Auslagen für die Kundenbewirtung;
- Auslagen für Arbeitsmaterial und für Berufskleider;
- Kosten für die Benützung von Räumlichkeiten, soweit diese der Erwerbstätigkeit dienen;
- Umzugsentschädigungen bei beruflich bedingtem Wohnungswechsel der Arbeitnehmer;
- Berufliche Aus- und Weiterbildungskosten, die eng mit der beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers verbunden sind;
- vom Arbeitgeber abgegebene Uniformen und Dienstkleider sowie an deren Stelle gewährte Geldleistungen.

Keine Unkosten stellen demgegenüber regelmässige Entschädigungen für die Fahrt der Arbeitnehmer vom Wohnort zum gewöhnlichen Arbeitsort und regelmässige Entschädigungen für die übliche Verpflegung am Wohnort oder am gewöhnlichen Arbeitsort dar. Diese Entschädigungen gehören gemäss Art. 9 Abs. 2 AHVV mit gewissen Ausnahmen zum massgebenden Lohn.

3.5.2. UVG

Der nach der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn gilt auch als versicherter Verdienst im Sinne des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG). Dabei legt jedoch Art. 22 Abs. 2 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) verschiedene Abweichungen von dieser Regel fest:³²

- Löhne, auf denen wegen des Alters des Versicherten keine Beiträge der AHV erhoben werden, gelten ebenfalls als versicherter Verdienst;
- Familienzulagen, die als Kinder-, Ausbildungs- oder Haushaltszulagen im orts- oder branchenüblichen Rahmen gewährt werden, gelten ebenfalls als versicherter Verdienst;
- Für mitarbeitende Familienmitglieder, Gesellschafter, Aktionäre und Genossenschafter wird mindestens der berufs- und ortsübliche Lohn berücksichtigt;
- Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses, bei Betriebsschliessung, Betriebszusammenlegung oder bei ähnlichen Gelegenheiten werden nicht berücksichtigt.

³¹ EDI BSV, Rz. 3003 ff.

³² MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, §16 N 109.

3.5.3. BVG

Gemäss Bundesgesetz über die berufliche Alters- Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG³³) entspricht der zu versichernde Lohn grundsätzlich dem massgebenden AHV-pflichtigen Lohn.³⁴ Insofern kann dabei auf das unter Ziffer II.3.5.1 Gesagte verwiesen werden. Der massgebende AHV-Lohn bildet sodann grundsätzlich auch die Grundlage für die Berechnung des in der beruflichen Vorsorge versicherten Lohnes.³⁵ Insofern stellt beispielsweise auch der Bonus grundsätzlich AHV-pflichtigen Lohn dar.

3.5.4. Fazit

Die Renten der AHV/IV/EO dienen der Sicherung des *Existenzbedarfs*, und die berufliche Vorsorge soll zusammen mit der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung die *Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise* ermöglichen (Art. 113 Abs. 2 lit. a BV). Diese Zielsetzung unterscheidet sich grundsätzlich von derjenigen, die einer Lohnvergleichsanalyse zugrunde liegt. Insofern vermag die Berücksichtigung oder Nicht-Berücksichtigung von Vergütungselementen im Rahmen des Sozialversicherungsrechts gewisse Anhaltspunkte für die Bildung des Lohnbegriffs bei der Lohnvergleichsanalyse zu geben. Die Übernahme des sozialversicherungsrechtlichen Lohnbegriffs für die Zwecke der Lohnvergleichsanalyse erscheint aber nicht sinnvoll.

3.6. Steuerrecht

Das schweizerische Steuerrecht wird von den Grundprinzipien der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geprägt (Art. 127 Abs. 2 BV). Steuerrechtliche Gesetzgebung muss somit den Balanceakt zwischen der Maximierung des Steuersubstrates im Sinne einer maximalen Mobilisierung von Ressourcen für den Staat und der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Kriterien meistern.

Gemäss Art. 16 DBG unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte der Einkommenssteuer, wobei auch Naturalbezüge jeder Art dazu zu zählen sind. Sodann sind gemäss Art. 17 DBG auch Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen, geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen und andere geldwerte Vorteile steuerbar.³⁶

Nach dem Gesagten verfolgt der im schweizerischen Steuerrecht entwickelte Lohnbegriff verschiedene Zwecke. Die Gewährleistung der Lohngleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG gehört nicht dazu. Eine Übernahme des steuerrechtlichen Lohnbegriffs für die Zwecke der Lohnvergleichsanalyse lässt sich damit nicht rechtfertigen.

3.7. Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE)

Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE), welche seit 1994 alle zwei Jahre im Oktober mittels Direkterhebung durch das Bundesamt für Statistik (BFS) durchgeführt wird, zeigt das Niveau und die Struktur der Löhne über die ganze Volkswirtschaft auf – d.h. über alle Betriebe

³³ SR 831.40.

³⁴ Art. 7 Abs. 2 BVG.

³⁵ Art. 3 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) lässt für bestimmte Fälle Abweichungen von diesem Grundsatz zu, sofern diese auf einer reglementarischen Grundlage beruhen.

³⁶ SSK, N 13 f.

hinweg³⁷. Das Analysemodell der nationalen Statistik stellt generell und in erklärender Weise Lohndifferenzen zwischen Frauen und Männern auf nationaler Ebene dar.

Die LSE stellt auf den vom Bundesamt für Statistik definierten standardisierten monatlichen Bruttolohn ab. Dabei werden die erhobenen Beträge auf standardisierte Monatslöhne umgerechnet, d.h. auf eine einheitliche Arbeitszeit von $4^{1/3}$ Wochen zu 40 Stunden (Vollzeitäquivalent). Die Bruttolohnkomponenten sind der Bruttolohn im Monat Oktober vor Abzug der Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherung (inkl. Naturalleistungen), regelmässig ausbezahlte Prämien-, Umsatz- oder Provisionsanteile, Entschädigung für Schicht-, Nacht- und Sonntagsarbeit, ein Zwölftel des 13. Monatslohnes und ein Zwölftel der jährlichen Sonderzahlungen. Nicht berücksichtigt werden hingegen Familien- und Kinderzulagen.³⁸

Unter dem nicht standardisierten monatlichen Nettolohn wird demgegenüber der monatlich effektiv an die Arbeitnehmenden ausbezahlte Betrag ohne Umrechnung auf Vollzeit verstanden. Diese sind nicht auf Vollzeitäquivalente umgerechnet und bestehen aus den Bruttolohnkomponenten, ergänzt mit dem Verdienst aus Überzeit, abzüglich der obligatorischen und überobligatorischen Sozialabgaben der Arbeitnehmenden.³⁹

Den vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten Prinzipien zur Lohnermittlung kommt keine rechtliche Verbindlichkeit zu. Es handelt sich lediglich um eine von den Behörden erstellte Analyse zum Zwecke der nationalen Statistik. Da jedoch das Bundesgericht die statistischen Werte der LSE regelmässig in seiner Gerichtspraxis verwendet, kommt diesen Prinzipien dennoch eine erhöhte Legitimation zu.

Nachdem der im Kontext der LSE verwendete Lohnbegriff nicht primär den Schutzgedanken des Art. 8 Abs. 3 BV/Art. 3 GlG verfolgt, kann zum Zwecke der Lohnungleichheitsanalyse auf diesen allein nicht abgestellt werden. Entsprechend drängt sich in punkto Lohnungleichheitsanalyse ein eigenständiger Lohnbegriff auf.

3.8. Lohnbestandteile gemäss Standard-Analysemodells des Bundes

Schliesslich ist im Zusammenhang mit Aspekten der Lohnungleichheit auch auf die Lohndefinition hinzuweisen, die dem Standard-Analysemodell des Bundes zugrunde liegt. Dieses kommt im Beschaffungswesen des Bundes zur Anwendung und dient der Feststellung der Diskriminierung auf betrieblicher Ebene.

Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) hält fest, welche Grundsätze bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu beachten sind. Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. c BöB werden öffentliche Aufträge nur an Anbieterinnen und Anbieter vergeben, welche in ihrem Unternehmen in Bezug auf den Lohn die Gleichbehandlung von Frau und Mann gewährleisten. Die Nichteinhaltung der Lohnungleichheit kann den Widerruf des Zuschlags nach sich ziehen, die Anbieterin oder der Anbieter kann vom laufenden Verfahren ausgeschlossen (Art. 11 BöB), und es kann eine Konventionalstrafe verhängt werden (Art. 6 Abs. 5 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)).

Den Beschaffungsstellen gemäss Art. 8 Abs. 2 BöB steht das Recht zu, die Einhaltung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen. Nach Art. 6 Abs. 4 VöB können sie damit insbesondere das EBG, die kantonalen oder die kommunalen Gleichstellungsbüros beauftragen. Seit dem Jahr 2006 führt der Bund regelmässig Kontrollen durch, wobei die Beschaffungsstellen damit das EBG beauftragen. Um die Einheitlichkeit der

³⁷ Bericht Bundesrat, 5.

³⁸ LSE 2016, 32.

³⁹ LSE 2016, 32.

Beurteilung und damit die rechtskonforme Behandlung sämtlicher kontrollierten Unternehmen sicher zu stellen, führt das EBG diese Kontrollen anhand des Standard-Analysemodells des Bundes durch. Dieses basiert auf der Regressionsanalyse, welche vom Bundesgericht als Methode zugelassen wurde, um das Vorliegen geschlechtsspezifischer Lohnungleichheit im Rahmen einer individuellen oder kollektiven Klage bzw. Beschwerde wegen Lohndiskriminierung zu überprüfen.⁴⁰

Anfangs der 2000-er Jahre wurde im Auftrag des EBG und der Beschaffungskonferenz des Bundes ein Instrument namens Logib entwickelt. Damit wird evaluiert, ob ein einzelnes Unternehmen die Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann respektiert. Mit diesem Instrument können Unternehmen mit mindestens 50 Mitarbeitenden ihre Lohnpraxis in Form eines Selbsttests auf ihre Übereinstimmung mit den Anforderungen der Einhaltung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann überprüfen. Am 21. Juni 2019 haben National- und Ständerat die Totalrevision des BöB einstimmig verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 10. Oktober 2019 unbenutzt abgelaufen. Art. 12 nBöB setzt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen auch inskünftig die Einhaltung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann voraus. Gemäss Botschaft zur Totalrevision des BöB kann die Lohnungleichheit entweder durch die Auftraggeberin selbst oder durch Dritte nachgewiesen werden, z.B. mittels des Instruments Logib.⁴¹

Auch die vom Parlament am 14. Dezember 2018 verabschiedete Änderung des GIG verpflichtet Arbeitgeberinnen mit 100 oder mehr Mitarbeitenden, in ihrem Unternehmen alle vier Jahre eine betriebsinterne Lohnvergleichsanalyse durchzuführen (Art. 13a nGIG), diese von einer unabhängigen Stelle überprüfen zu lassen (Art. 13d nGIG) und die Arbeitnehmenden über das Ergebnis der Analyse schriftlich zu informieren (Art. 13g nGIG). Die Lohnvergleichsanalyse ist nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen (Art. 13c Abs. 1 nGIG). Das Standard-Analysemodell des Bundes entspricht einer solchen Methode⁴².

Heute werden für die standardisierten Analysen und Kontrollen der Einhaltung der Lohnungleichheit zwischen Frau und Man im Beschaffungswesen des Bundes folgende Lohnbestandteile berücksichtigt, wobei jeweils der anteilige Betrag für den Referenzmonat bzw. ein Zwölftel des Jahresbetrages erfasst wird:⁴³

- Grundlohn (inkl. regelmässige Lohnbestandteile, inkl. Anteil Gehaltsnebenleistungen und Beteiligungsrechte);
- 13. Monatslohn;
- gesetzliche Zulagen für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie andere Erschwerniszulagen (z.B. Schichtarbeit, Pikettdienst, weitere Inkonvenienzzulagen);
- unregelmässig ausbezahlte Sonderzahlungen.

Hingegen werden für die Bestimmung des Lohnes nicht berücksichtigt:⁴⁴

- Familien- und Kinderzulagen;
- Dienstaltersgeschenke, Treueprämien;
- Verdienst aus Überstunden und Überzeit;
- Zahlungen für nicht in Anspruch genommene Ferien;
- Von der Arbeitgeberin bezahlte Weiterbildungen;
- Spesenrückerstattungen;
- Abgangsentschädigungen;

⁴⁰ BGE 130 III 145. E. 3.2.

⁴¹ Botsch. BöB 2017, 1940.

⁴² Erl. Ber. GIG 2019, 13.

⁴³ EBG LOGIB, 19.

⁴⁴ EBG LOGIB, 19.

- Heiratszulagen;
- Beiträge an Umzugskosten;
- durch die Arbeitslosenversicherung bezahlte Kurzarbeitsentschädigungen.

Zwar vermag auch die bisher im Kontext der Lohngleichheitsanalyse angewandte Praxis gewisse Anhaltspunkte für den im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu erarbeitenden Lohnbegriff geben. Die Entwicklung einer eigenständigen Definition des Lohnbegriffs für die Lohngleichheitsanalyse kann sie aber selbstverständlich nicht ersetzen.

3.9. Zwischenfazit

Aus den Ausführungen dieser Ziffer II. ergibt sich folgendes Zwischenfazit:

- Der für die Lohngleichheitsanalyse massgebende Lohnbegriff gemäss Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG ist sowohl gesetzlich, als auch in der uns zugänglichen Rechtsprechung bzw. Literatur nur rudimentär geregelt (Ziffer II.3.2/3.3). Die bisher dazu entwickelten Leitlinien sind aber für die vorliegende Untersuchung verbindlich.
- Es bestehen im Schweizer Recht weitere Lohndefinitionen. Diese werden mit Blick auf den Zweck des betreffenden Rechtsgebiets (Arbeits-, Sozialversicherungs- oder Steuerrecht) festgelegt. Keine der in diesen Rechtsgebieten verwendeten Lohndefinitionen lässt sich in unveränderter Form für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse verwenden.
- Für die Beurteilung, ob ein gewisses Lohnelement für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen ist, können die in anderen Rechtsgebieten verwendeten Lohndefinitionen als Anhaltspunkte dienen. Es besteht somit grundsätzlich eine Vermutung für die Berücksichtigung als Lohnbestandteil, wenn das betreffende Lohnelement auch in anderen Rechtsgebieten als Lohnbestandteil qualifiziert. Demgegenüber ist aber nicht auszuschliessen, dass auch Vergütungselemente für die Lohngleichheitsanalyse berücksichtigt werden müssen, welche in anderen Rechtsgebieten nicht als Lohnbestandteile gelten (z.B. sog. geldwerte Vorteile).
- Die vom Bundesamt für Statistik im Zusammenhang mit der Schweizerischen Lohnstrukturserhebung (LSE) entwickelten Kriterien zur Bestimmung des Lohns (Ziffer II.3.7) und die Lohnbestandteilsqualifikation gemäss Standard-Analysemodells des Bundes (SAMB) (Ziffer II.3.8) können für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ebenfalls herangezogen werden, da ihnen aufgrund der bundesgerichtlichen Anerkennung eine höhere Legitimation zukommt.
- Die bestehenden Lohndefinitionen lassen – mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 BV, und Art. 3 GlG – Aspekte der Lohngleichheit ausser Acht. Insbesondere fehlt es an dem für unsere Untersuchung besonders relevanten Kriterium des Diskriminierungspotenzials. Dazu wird in Ziffer II.4 detaillierter einzugehen sein.

4. Lohndiskriminierung

4.1. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit

Die schweizerische Bundesverfassung hält in Art. 8 Abs. 3 fest, dass Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben. Das Prinzip der Lohngleichheit wurde 1981 in der Verfassung verankert. Es bezieht sich immer nur auf das Verhältnis Mann-Frau und kann somit nicht unter Arbeitnehmenden des gleichen Geschlechts angewandt werden.⁴⁵ Aufgrund

⁴⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 384; GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 98.

der Verfassungsbestimmung besteht für die *einzelnen* Arbeitnehmenden im öffentlich-rechtlichen, wie auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ein unmittelbarer, unverzichtbarer Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Eine dagegen verstossende Lohnabrede ist nichtig.⁴⁶ Praktisch richten sich (individuelle) Klagen nach dem Gleichstellungsgesetz, welches den Anspruch konkretisiert.⁴⁷ Beim verfassungsrechtlichen Lohngleichheitsgebot handelt es sich um eine absolut zwingende Bestimmung, welche an keine Bedingungen geknüpft ist.⁴⁸ Daraus folgt, dass die Haftung des Lohnschuldners für den Lohn verschuldensunabhängig ist.⁴⁹ Sowohl das Motiv der Diskriminierung, als auch die Tatsache, ob sich die Arbeitgeberin einer Diskriminierung überhaupt bewusst ist oder nicht, ist gänzlich unerheblich.⁵⁰

Der Anspruch auf gleichen Lohn besteht gemäss Verfassungsgrundsatz ausdrücklich nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit,⁵¹ nicht zuletzt deshalb, um dem Problem der «typischen Frauenberufe» gerecht zu werden.⁵² Dies bedeutet zwangsläufig, dass Arbeit bewertet werden muss. Dabei kann «gleichwertige» Arbeit «ähnliche Arbeit» sein. Die Gleichwertigkeit ist insbesondere anhand von *Anforderungen*, *Verantwortung* und *Leistung* zu messen.⁵³ Differenzen bei diesen Kriterien lassen eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen. Rechtlich zulässig ist eine Lohndifferenz somit nur, wenn sie der tatsächlichen Differenz in der Wertigkeit der Arbeit entspricht.⁵⁴

Die Vergleichbarkeit von Löhnen wird in der Praxis auf gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten der betrieblichen bzw. unternehmerischen Ebene beschränkt. Wenn ein GAV einheitliche Bewertungskriterien festlegt, ist ein Vergleich innerhalb einer Branche möglich.⁵⁵ Ob Arbeiten oder Funktionen gleichwertig sind, muss praktisch mit Hilfe von arbeitswissenschaftlichen Gutachten geprüft werden. Dabei lässt das Bundesgericht verschiedene Methoden zu. Voraussetzung ist, dass diese selbst nicht diskriminierend sind.⁵⁶ Gegenwärtig stehen insbesondere zwei Analysemethoden im Vordergrund:

- Bei der Methode der *analytischen Arbeitsbewertung* werden die Funktionen, Merkmale und Belastungen eines Arbeitsplatzes erfasst und bewertet; daraus lässt sich der Funktionslohn ermitteln.⁵⁷ Diese Methode hat das Bundesgericht geprüft und zugelassen.⁵⁸
- Bei der *statistischen Lohnanalyse oder Regressionsanalyse* hingegen wird mit Hilfe von ökonomischen Theorien das Humankapital (Ausbildung, Wissen, Dienstalter) als Ausgangspunkt genommen und durch funktionsbezogene Aspekte wie Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes ergänzt.⁵⁹ Auch diese Methode ist in der Praxis erprobt und vom Bundesgericht zugelassen.⁶⁰

Die gegenwärtig in der Analyse zur Lohndiskriminierung im Unternehmen verwendeten Fak-

⁴⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 384.

⁴⁷ SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 99.

⁴⁸ GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 78.

⁴⁹ BGE 130 III 145 = Pra 2004 Nr. 132; BGE 124 II 416; GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 84.

⁵⁰ GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 84.

⁵¹ BGE 130 III 145 E. 3.1.2., 158 f.; SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 126.

⁵² BIAGGINI, Art. 8 BV N 35.

⁵³ SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 126; STAUBER-MOSER, 1357.

⁵⁴ BGE 130 III 145; 125 III 368; 124 II 409 E. 9a und b, 426 f.; 124 II 436 E. 7a, 440 f.; 124 II 529; 121 I 49 E. 4c, 53 f.; 117 Ia 270 E. 2b, 272 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 126; GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 96.

⁵⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 386.

⁵⁶ SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 126.

⁵⁷ SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 127.

⁵⁸ so u.a. in BGE 125 II 385.

⁵⁹ SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 127; SCHÄR MOSER/BAILLOD, 1385 ff.; SCHMID SAJEELA, 93 ff.

⁶⁰ so u.a. in BGE 130 III 145. E.3.2. = Pra 9/2004, 733.

toren für die Erklärung von Lohnunterschieden zwischen Frauen und Männern sind auch wissenschaftlich anerkannt.⁶¹

4.2. Diskriminierung

Eine ungleiche Entlohnung ist gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht diskriminierend, solange objektive Gründe sie rechtfertigen. Diese Gründe wiederum dürfen ihrerseits weder direkt noch indirekt geschlechterdiskriminierend sein. Als objektive Kriterien gelten nicht-geschlechtsspezifische Kriterien, welche den Wert der Arbeit selber bestimmen, wie Ausbildung, Berufserfahrung, Aufgaben, Arbeitsbelastung, Alter, Arbeitsmarktlage etc.⁶² Dabei wird zwischen Ungleichstellung von Frauen und Männern *vor* und *auf dem* Markt unterschieden:

- *Diskriminierung vor dem Markt:* Die Ungleichstellung vor dem Markt ist Ausdruck der mangelnden tatsächlichen Gleichstellung in der Gesellschaft. Darunter fallen die geschlechtsspezifische Berufswahl und die damit einhergehende Segregation des Arbeitsmarktes aber auch die immer noch überwiegende Zuständigkeit der Frauen für die Haus- und Familienarbeit. Dies führt dazu, dass sich Frauen nicht in gleicher Weise wie Männer in den Arbeitsmarkt integrieren können. Aus diesem Umstand resultieren «objektive Faktoren» wie z.B. Ungleichgewichte bei Ausbildung, Weiterbildung und Berufserfahrung, welche einen Teil der Lohnunterschiede erklären.
- *Diskriminierung auf dem Markt:* Demgegenüber bezieht sich die Ungleichstellung auf dem Markt auf den Lohn oder die Beschäftigungschancen.⁶³

Gemäss PÄRLI/OBERHAUSSER gilt der Gleichstellungsanspruch nicht nur bei Ungleichbehandlungen *auf dem* Markt, sondern gerade auch bei Diskriminierungen *vor dem* Markt ("pre labor market discrimination"). Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, welcher auch als Egalisierungsgebot bezeichnet wird, fordert den Gesetzgeber dazu auf, für die «rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, v.a. in Familie, Ausbildung, und Arbeit» zu sorgen.⁶⁴ Damit handelt es sich bei Ungleichbehandlungen der Geschlechter sowohl vor als auch auf dem Markt um Diskriminierungen im Sinne des GLG.⁶⁵

4.2.1. Direkte Diskriminierung

Wenn Reglemente oder Gesamtarbeitsverträge für die Lohnbemessung oder Lohneinstufung direkt an das Geschlecht anknüpfen, muss von offener *direkter* Diskriminierung gesprochen werden. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn im selben Unternehmen für Frauen andere Lohnregeln gelten würden als für Männer. Diese Art von Diskriminierungen sind jedoch eher selten.⁶⁶ Auch in Fällen, wo nicht ausdrücklich ans Geschlecht angeknüpft wird, aber Frauen für die gleiche Arbeit oder vergleichbare Positionen/Funktionen bei gleicher Qualifikation und Erfahrung weniger als ihre männlichen Kollegen verdienen, muss von direkter Lohndiskriminierung gesprochen werden. Dabei genügt in einem solchen Fall zur Glaubhaftmachung der Diskriminierung der Vergleich mit einer Person des andern Geschlechts. Weder die Lohnstruktur des Unternehmens noch die Einordnung der fraglichen Positionen in diese müssen dafür dargelegt werden.⁶⁷

⁶¹ Bericht Bundesrat, 3 f.

⁶² SGK BV-SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 BV N 128.

⁶³ Vgl. zum Ganzen SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 23 ff.

⁶⁴ PÄRLI/OBERHAUSSER, 45 f.

⁶⁵ PÄRLI/OBERHAUSSER, 45 f.

⁶⁶ GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GLG N 134.

⁶⁷ BGE 127 III 207; 130 III 145 E. 4, 162 = Pra 2004 Nr. 132; GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GLG N 134.

4.2.2. Indirekte Diskriminierung

Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Vorschrift Frau und Mann formell zwar gleich behandelt, diese jedoch auf geschlechtsdiskriminierenden Kriterien beruht, wenn also zwar formal geschlechtsneutrale Massstäbe und Kriterien bestimmend sind, sich die Anwendung dieser jedoch zum Nachteil eines Geschlechts im Vergleich zum anderen Geschlecht auswirkt.⁶⁸ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Kriterium Frauen oder Männer aufgrund ihres Geschlechts stärker trifft und damit zu einer tieferen Entlohnung führt, ohne dass diese Ungleichbehandlung objektiv gerechtfertigt wäre. Als Beispiel kann die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten, z.B. hinsichtlich Lohnhöhe und Zuschlägen, genannt werden, weil erfahrungsgemäss viel mehr Frauen als Männer teilzeitlich tätig sind.⁶⁹

4.3. Diskriminierungspotenzial bei den verschiedenen Lohnbestandteilen

Grundsätzlich sind Diskriminierungen bei sämtlichen Lohnbestandteilen denkbar:

- *Grundlohn:* Beim Grundlohn besteht sowohl beim *Funktionslohn* als auch beim *Personen- und Differenzanteil* Diskriminierungspotenzial (siehe Ziff. II.2). Unternehmen, welche kein strukturiertes Lohnsystem kennen, legen den Funktionslohn aufgrund von Erfahrungswerten fest oder handeln ihn individuell aus. Dabei kann es zu direkten oder indirekten Diskriminierungen kommen. Direkte Diskriminierungen resultieren z.B. daraus, dass Frauen bei Lohnverhandlungen defensiver auftreten als Männer. Eine indirekte Diskriminierung im Bereich des Funktionslohns kann sich ergeben, wenn die Wertigkeit der Tätigkeiten nicht untersucht wird.⁷⁰

Die personenspezifische Erfahrung wird bei den meisten Arbeitgeberinnen mit dem Lohn honoriert (*Personenanteil*). Dabei sind Frauen nachteilig betroffen, wenn diese Erfahrung in Form von Dienstalter oder Berufserfahrung in der gesamten Biographie gemessen wird, da sie statistisch gesehen aufgrund von Haus- und Familienarbeit eine durchschnittlich kürzere Verweildauer im Unternehmen bzw. im Beruf haben.⁷¹ Die gleichen Probleme ergeben sich beim *Differenzanteil* des Lohnes.

- *Leistungsanteil:* Bei den direkten Leistungsanteilen können Diskriminierungen dann vorkommen, wenn Normalleistungsvorgaben in typischen Männer- und Frauentätigkeitsbereichen unterschiedlich ausgestaltet werden. So z.B., wenn die Leistungsbedingungen in einem Fall strenger und damit schwieriger zu erfüllen sind. Bei indirekten Leistungsanteilen, welche aufgrund von Einschätzungen (Mitarbeiterbeurteilungen) bestimmt werden, können mögliche Quellen für Diskriminierung im eingesetzten System und dessen Anwendung liegen. So können im System selbst Merkmale, die das eine Geschlecht bevorzugen, übervertreten sein. Dies wäre z.B. der Fall, wenn Merkmale, die in Männertätigkeiten häufiger vorkommen, bzw. durch Männer einfacher erfüllt werden (männerbegünstigende Merkmale), vergleichsweise stärker berücksichtigt werden. So ist z.B. aus arbeitswissenschaftlicher Sicht eine Benachteiligung von Frauen zu vermuten, wenn das verwendete System, welches den indirekten Leistungsanteil misst, keine Kriterien zur Erfassung der Leistungen im psychosozialen Bereich (z.B. Hinwendung zum Kunden, Arbeit unter Zeitdruck) enthält. Dies, da in vielen typischen Frauentätigkeitsbereichen die psychosozialen Aspekte ein wesentlicher Bestandteil der Tätigkeit sind.⁷²

⁶⁸ GLK-FREIVOGEL, Art. 3 GlG N 139.

⁶⁹ STAUBER-MOSER, AJP 2006, 1356.

⁷⁰ SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 24.

⁷¹ SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 24; vgl. auch BFS SAKE 2019.

⁷² SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 26.

- *Erfolgsbeteiligung:* Bei den Erfolgsbeteiligungen sind diskriminierende Faktoren weniger offensichtlich, da die Faktoren zur Bemessung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens an den Betrieb und nicht an die Person der Arbeitnehmenden knüpfen. Denkbar wären aber geschlechterdiskriminierende Zuteilungskriterien.
- *Zulagen:* Bei den Zulagen sind indirekte Diskriminierungen z.B. dann denkbar, wenn gewisse Zulagen Vollzeitangestellten vorbehalten, oder wenn Zulagenregelungen in typischen Frauenberufen bei derselben Arbeitgeberin vergleichsweise schlechter sind.⁷³

4.4. Fazit

Um den Spezifika der Lohngleichheitsanalyse gerecht zu werden, sollte die Lohndefinition für die Zwecke von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG dem Diskriminierungspotenzial besonders Gewicht beimessen. Entsprechend müssen Vergütungselemente insbesondere dann bei der Lohngleichheitsanalyse berücksichtigt werden, wenn ihnen ein gewisses Diskriminierungspotenzial innewohnt.

5. Lohnbegriff zum Zwecke der Lohngleichheitsanalyse

5.1. Prüfschema

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich für die Beurteilung, ob ein gewisses Vergütungselement für die Lohngleichheitsanalyse berücksichtigt werden muss, folgendes Prüfungsschema:

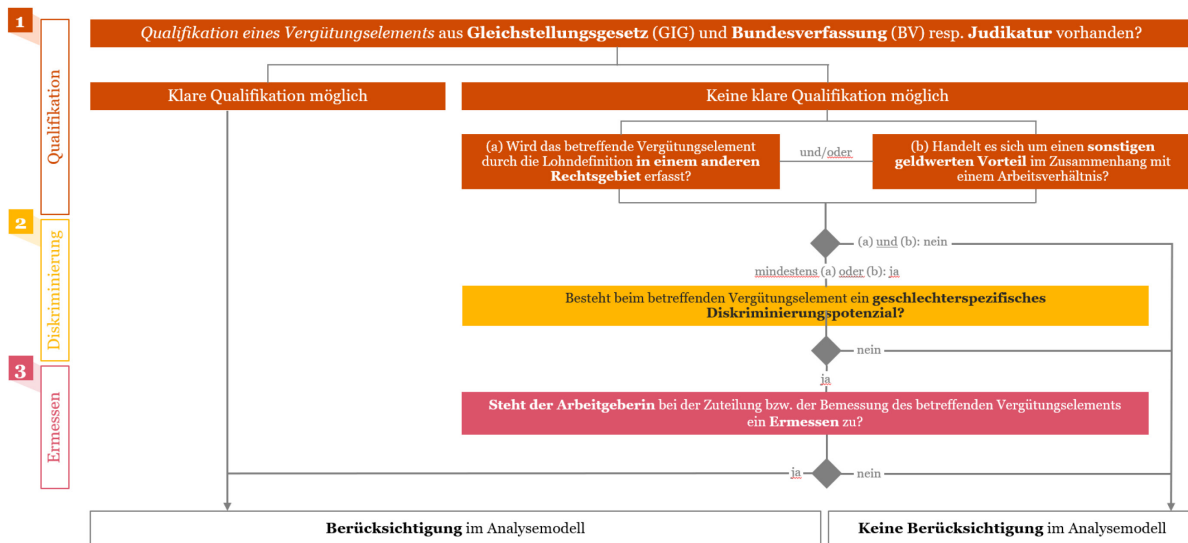
- In einem ersten Schritt stellt sich die Frage, ob sich in Lehre oder Rechtsprechung Hinweise für die Qualifikation des betreffenden Vergütungselements als Lohn für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse ergeben (siehe Ziffer II. 3.2./3.3). Sind die betreffenden Literaturstellen schlüssig begründet bzw. ergibt sich aus der vorhandenen Judikatur ein klarer Wille für die Qualifikation eines Vergütungselements als Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 GlG, erübrigt sich eine weitere Prüfung. Das betreffende Vergütungselement ist für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen.
- Lässt sich die Frage nach der Berücksichtigung eines Vergütungselements für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse auf Basis der eher rudimentären Literatur und Judikatur zu Art. 8 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 GlG nicht, resp. nicht eindeutig beantworten, verwenden wir folgendes Prüfschema:
 - *Wird das betreffende Vergütungselement durch die Lohndefinition in einem anderen Rechtsgebiet erfasst (siehe Ziffer II.3.4-3.8) oder handelt es sich um einen sonstigen geldwerten Vorteil, der im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis steht?* Werden beide Fragen verneint, entfällt die Berücksichtigung des betreffenden Vergütungselements für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse. Wird eine der Fragen positiv beantwortet, kann zur nächsten Frage übergegangen werden.
 - *Wohnt dem fraglichen Vergütungselement ein Diskriminierungspotenzial inne (siehe Ziffer II.4.4)?* Ist ein Diskriminierungspotenzial aufgrund der Art des Vergütungselements nicht denkbar, entfällt die Berücksichtigung für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse. Ist ein Diskriminierungspotenzial ersichtlich, stellt sich die nachfolgende Frage.

⁷³ SCHÄR MOSER/BAILLOD, Instrumente, 26.

- *Steht der Arbeitgeberin bei der Zuteilung bzw. der Bemessung des betreffenden Vergütungselements ein Ermessen zu?* Besteht kein Ermessen, entfällt die Berücksichtigung des Vergütungselements, weil eine geschlechterdiskriminierende Ungleichbehandlung durch die Arbeitgeberin gar nicht möglich ist.

Werden die vorstehenden Fragen alle positiv beantwortet, sollte das Vergütungselement bei der Lohngleichheitsanalyse berücksichtigt werden. Dies gilt u.E. auch dann, wenn sich eine Frage nicht klar beantworten lässt. Entsprechend besteht eine Vermutung zugunsten der Berücksichtigung als Lohnelement für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse.

Zur Verdeutlichung des Prüfungsschemas findet sich nachstehend eine grafische Darstellung:



5.2. Lohndefinition

Nach diesen Überlegungen ergibt sich folgende Lohndefinition für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse:

Für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse sind sämtliche Vergütungselemente zu berücksichtigen, welche nach der bisherigen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG als Lohn qualifiziert werden, vorausgesetzt die betreffenden Literaturstellen sind schlüssig begründet, oder es ergibt sich aus der vorhandenen Judikatur ein klarer Wille für die Qualifikation eines Vergütungselements als Lohn. Lässt sich ein Vergütungselement im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG nicht zweifelsfrei als Lohn qualifizieren, ist dieses für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen, wenn (i) es in einem anderen Rechtsgebiet als Lohn erfasst wird oder im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis steht, (ii) ein direktes oder indirektes Diskriminierungspotenzial besteht, und (iii) der Arbeitgeberin bei der Zuteilung bzw. Bemessung des Vergütungselements ein Ermessen zusteht.

5.3. Eingrenzung mit Blick auf die Praktikabilität

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die juristische Beurteilung von Vergütungselementen. Mit dem dargestellten Prüfschema lässt sich bestimmen, ob ein Vergütungselement aus rechtlicher Sicht in die Lohngleichheitsanalyse einzubeziehen ist oder nicht. Ob die Erhebung des betreffenden Vergütungselements praktikabel und mit Blick auf das damit verbundene Diskriminierungspotenzial sinnvoll ist, lässt sich durch das Prüfschema nicht beurteilen.

Welche Vergütungselemente aus Phase 1 aus rechtlicher Sicht in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen, geht aus der Liste im Anhang hervor. Obwohl die Fragen der Praktikabilität bzw. der Relevanz erst in der Phase 3 des Projekts geklärt werden sollen, weisen wir bereits an dieser Stelle auf zwei mögliche Eingrenzungen der zu berücksichtigenden Vergütungselemente hin.

5.3.1. Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB) / Personalreglemente

Viele Unternehmen kennen mittlerweile sog. Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB), resp. Personalreglemente, welche u.a. die Details eines Arbeitsvertrags regeln. Ein Einzelarbeitsvertrag entsteht durch gegenseitige, übereinstimmende Willenserklärungen von handlungsfähigen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden. Damit AAB, resp. Personalreglemente für das Arbeitsverhältnis verbindlich sind, muss im Einzelarbeitsvertrag explizit darauf verwiesen werden. Weiter müssen diese den Arbeitnehmenden zugänglich gemacht und von ihnen gebilligt worden sein.⁷⁴

Einige Elemente auf der Lohnliste aus Phase 1, wie z.B. der Anspruch auf ein Dienstaltersgeschenk, werden i.d.R. in solchen AAB geregelt. Wie in Ziffer II.4.2.1./4.2.2. ausgeführt, kann ein Personalreglement in seltenen Fällen zwar direkt oder indirekt diskriminierende Regelungen enthalten. Im Allgemeinen bezweckt jedoch ein Personalreglement die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden. Aufgrund ihres präventiven Charakters sollen die Reglemente Rechtssicherheit für Arbeitnehmende und Arbeitgebende schaffen und der Vermeidung von Streitigkeiten dienen. Daher vertreten wir grundsätzlich die Auffassung, dass Vergütungselemente, welche unterschiedslos für alle weiblichen und männlichen Arbeitnehmenden in einem verbindlichen Personalreglement geregelt werden, aus der Lohngleichheitsanalyse ausgeschlossen werden können. Da bei Personalreglementen aber auch indirekte Diskriminierungen möglich sind, müssten die Reglemente wohl in jedem Fall vorgängig juristisch begutachtet werden. Ob dies für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse praktikabel ist, bleibt offen.

5.3.2. Relevanz / Lohnelemente mit Bagatelldarakter

Andere Elemente auf der Lohnliste aus Phase 1, welche nach der hier vertretenen Lohndefinition gemäss Ziffer II.5.1. in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen sind, können sodann einen geringen Wert aufweisen. Zu nennen sind etwa Mitarbeitergeschenke, welche z.B. an (runden) Geburtstagen der Arbeitnehmenden ausgerichtet werden. Solche Zuwendungen können sich zwar im Ergebnis diskriminierend auswirken, aufgrund ihres tiefen Geldwerts wird die Diskriminierung für die Lohngleichheitsanalyse jedoch nicht signifikant sein. Wir empfehlen daher, diese Elemente aus Gründen der Praktikabilität für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse nur dann zu berücksichtigen, wenn sie einen gewissen vordefinierten Wert übersteigen.

III. Periodizität

⁷⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 253.

1. Massgebende Bemessungsperiode

Steht einmal fest, dass ein Vergütungselement auf Basis des in Ziffer II.5. beschriebenen Prüfschemas in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen ist, stellt sich weiter die Frage nach der massgebenden Bemessungsperiode. Die Lohngleichheitsanalyse wird alle vier Jahre durchzuführen sein;⁷⁵ die massgebliche Bemessungsperiode beträgt zwölf Monate.

Das *Geschäftsjahr* bezeichnet den Zeitraum, für den die Betriebsergebnisse eines Unternehmens abschliessend festgeschrieben werden. Es beginnt mit der Eröffnungsbilanz und endet mit der Abschlussbilanz. Es erstreckt sich über eine Dauer von zwölf Monaten und ist meistens (aber nicht immer) deckungsgleich mit dem *Kalenderjahr*. Vom Kalender- und Geschäftsjahr kann sodann das sog. «*People-Jahr*» unterschieden werden, das i.d.R. in einem Personalreglement denjenigen Zeitraum definiert, innert welchen üblicherweise keine Beförderungen oder Gehaltsanpassungen vorgenommen werden. Das «*People-Jahr*» kann (muss aber nicht) mit dem Kalender- bzw. Geschäftsjahr übereinstimmen.

Wir erachten es als sinnvoll, die Beurteilung für denjenigen Zeitraum durchzuführen, in welchem die Lohnbedingungen und Funktionen der Mitarbeitenden nicht oder nur wenig ändern. Unternehmen, welche ein «*People-Jahr*» kennen, sollten daher für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse auf diesen Zeitraum abstellen. Für alle anderen Unternehmen erscheint das Geschäftsjahr als sinnvolle Bemessungsperiode. Bei unterjährigen Ein- und Austritten sind die Löhne jeweils auf den massgebenden Bemessungszeitraum hochzurechnen.

2. Periodizität von Leistungen

Bei Vergütungen kann zwischen periodischen und aperiodischen Leistungen unterscheiden werden, wobei periodische Leistungen den Regelfall bilden.

2.1. Periodische Leistungen

Periodische Leistungen werden in regelmässigen Abständen ausgerichtet (z.B. Basis-Jahres-, Monats-, Wochen- oder Stundenlohn). Dabei handelt es sich um (nicht variablen) *Zeitlohn*, bei welchem der Lohnanspruch ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis mit Ablauf der Zeit entsteht.⁷⁶

Diese Vergütungselemente sind in der Bemessung grundsätzlich unproblematisch. Es spricht nichts dagegen, sie wie bis anhin im Rahmen der standardisierten Analysen im Beschaffungswesen des Bundes in Höhe eines Zwölftels des Jahresbetrags (Geschäfts- oder Peoplejahr) zu erfassen.

2.2. Aperiodische Leistungen

Problematischer ist die Bemessung von aperiodischen Elementen, welche in Form von variablen Vergütungen (z.B. Gratifikationen, Mitarbeiterbeteiligungen) oder von Einmalzahlungen, (z.B. Antrittsprämien, Abgangsentschädigungen) ausgerichtet werden. Diesbezüglich stellen sich insbesondere zwei Fragen: In welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt ist eine aperiodische Leistung in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen?

2.2.1. Umfang

Bei Leistungen, bei denen der Anspruch («*Verdienstdauer*») über mehr als zwölf Monate ent-

⁷⁵ Art. 13a nGfG.

⁷⁶ Vgl. u.a. FHB Arbeitsrecht-SENTI N 4.34.

steht und deren Bemessungsperiode somit von der Bemessungsperiode der periodischen Leistungen in der Lohnvergleichsanalyse abweicht (z.B. bei Antrittsprämien oder Abgangsentschädigungen), ist für einen aussagekräftigen Vergleich der Leistungen auf den einjährigen Bemessungszeitraum der periodischen Leistungen abzustellen. Entsprechend ist für diese Leistungen die entsprechende Jahresleistung bzw. der Monatsanteil (ein Zwölftel) zu ermitteln.

2.2.2. Zeitpunkt

Bei aperiodischen Leistungen besteht zudem das Problem, dass ein bestimmtes Vergütungselement einer Arbeitnehmerin im konkreten Bemessungszeitpunkt (noch) nicht zugeflossen sein muss und daher aus den Lohn Daten gar nicht ersichtlich ist, z.B. bei einem Retentionsbonus, welcher im Jahr 1 zugesprochen und im Jahr 3 ausbezahlt wird.

So lassen sich aperiodische Leistungen oftmals erst nach Beendigung einer zugrundeliegenden Bemessungsperiode berechnen. Insbesondere Bonuszahlungen werden regelmässig erst nach Abschluss eines Geschäftsjahres, vorzugsweise ca. drei bis vier Monate nach dessen Abschluss ausgerichtet. Eine Bonuszahlung bezieht sich somit stets auf eine zurückliegende Zeitperiode. Diesem Umstand sollte in der Lohnvergleichsanalyse Rechnung getragen werden. Werden Ansprüche berücksichtigt, welche zwar im konkreten Bemessungszeitraum zugeflossen sind, sich aber auf eine vergangene Periode beziehen, kann dies zu einem verfälschten Ergebnis führen. Die Lohnvergleichsanalyse sollte daher erst in einem Zeitpunkt durchgeführt werden, in dem sämtliche für die massgebliche Bemessungsperiode relevanten Lohnelemente bekannt sind.

2.3. Entstehungs- vs. Realisationsprinzip

Gemäss Art. 323 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn am Ende jedes Monats auszurichten, wenn keine kürzeren Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind und durch NAV oder GAV nichts anderes bestimmt wird. Die Arbeitnehmenden sind also vorleistungspflichtig, haben aber Anspruch darauf, dass sie spätestens am Monatsende über ihren Lohn verfügen können. Im Falle der meisten periodischen, aber auch aperiodischen Vergütungselemente (wie z.B. Antrittsprämien oder Abgangsentschädigungen) fallen Entstehungs- und Realisationszeitpunkt weitgehend zusammen.

Es gibt aber auch gewisse Lohnelemente, bei welchen der Entstehungs- und der Realisationszeitpunkt auseinanderfallen. So z.B. Mitarbeiterbeteiligungen, bei welchen zwischen Entstehung und Realisation mehrere Jahre liegen können. Diese können für die Zwecke der Lohnvergleichsanalyse entweder im Zeitpunkt der Entstehung oder im Zeitpunkt der Realisation des Anspruchs berücksichtigt werden. Heute wird regelmässig auf den Realisationszeitpunkt abgestellt.

Für diese Praxis spricht, dass erst im Zeitpunkt der Realisation, resp. des Zuflusses eines Vergütungselements der wirtschaftliche Verdienst realisiert wird, und der tatsächliche Wert eines Lohnelements feststeht. Dagegen spricht jedoch, dass die Realisation i.d.R. nicht mehr im Machtbereich der Arbeitgeberin liegt; sie mithin keinen Einfluss auf die Höhe des Lohnelements ausüben kann. Die Realisation hängt vielmehr von äusseren Umständen bzw. vom Willen der Arbeitnehmenden ab (z.B. vom Ausübungszeitpunkt und vom dann geltenden Aktienkurs). Der Einbezug einer Mitarbeiterbeteiligung im Realisationszeitpunkt kann denn auch zu einer Verfälschung der Analyse führen, wenn sich zwischen Entstehungs- und Realisationszeitpunkt z.B. die Funktion einer Arbeitnehmerin, bzw. eines Arbeitnehmers verändert und sich der realisierte Lohn somit auf eine andere (frühere) Funktion bezieht.

Bei Leistungen, deren Entstehungs- und Realisationszeitpunkt auseinanderfallen, solle u.E. da-

her für die Zwecke der Lohnvergleichsanalyse auf den Entstehungs- und nicht auf den Realisierungszeitpunkt abgestellt werden. Diese Betrachtung steht auch im Einklang mit den vorstehenden Überlegungen (Ziffer II.4.4/5.1), wonach Vergütungselemente nur dann zu berücksichtigen sind, wenn der Arbeitgeberin diesbezüglich ein Ermessen zusteht, das sie in diskriminierender Weise ausüben könnte.

IV. Beurteilung von Spezialfällen

1. Trinkgelder

1.1. Einführung

Unter Trinkgeldern versteht man kleinere Geldbeträge, welche als Anerkennung für eine Dienstleistung persönlicher Natur auf freiwilliger Basis ausgerichtet werden.⁷⁷

Trinkgelder stellen Naturallohn⁷⁸ dar und werden unstreitig als Lohnbestandteil betrachtet.⁷⁹ Seit der Einführung von «Trinkgeld inbegriffen» ist das Trinkgeld aber weitgehend durch die Umsatzbeteiligung abgelöst worden.⁸⁰ Es ist jedoch weiterhin so, dass Arbeitnehmende in gewissen Branchen als Anerkennung für gute Dienstleistungen ein zusätzliches Trinkgeld erhalten (sog. overtip). Dieses Trinkgeld gehört nicht zum Bruttolohn und ist dementsprechend bei einer Arbeitsaussetzung (z.B. wegen Krankheit, Unfall, Freistellung, Ferien etc.) nicht zu bezahlen.⁸¹ Anderer Meinung ist lediglich EGLI⁸², welcher diese Trinkgelder zumindest im Gastgewerbe als Normalität betrachtet und sie den Arbeitnehmenden daher im Bruttolohn anrechnen will. Grundsätzlich bildet dieses «echte» Trinkgeld (overtip) eine freiwillige Leistung des Gastes (und nicht der Arbeitgeberin). Zudem weisen diese Zuwendungen ein gewisses Schenkungselement auf⁸³. Entsprechend gilt der Einbezug von «echten» Trinkgeldern in das Lohnsystem aus *arbeitsrechtlicher* Sicht als unzulässig.⁸⁴

Aus *sozialversicherungsrechtlicher* Sicht (Art. 5 Abs. 2 AHVG) gelten Trinkgelder nur dann als massgeblicher Lohn, wenn sie einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgelts darstellen. Auch aus Sicht der *direkten Bundessteuer* sind Trinkgelder nur dann als solche zu deklarieren, wenn sie «einen wesentlichen Teil des Lohnes ausmachen».⁸⁵ Gemäss Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML)⁸⁶ ist davon auszugehen, dass in Branchen, in denen der zuständige Verband die Trinkgelder grundsätzlich abgeschafft hat, Trinkgelder nur noch in unbedeutendem Ausmass gewährt werden. Dies trifft im Besonderen auf Fusspflege-, Schönheits- und Kosmetikinstitute sowie Betriebe im Coiffure- und Gastwirtschaftsgewerbe zu. Bei Betrieben, deren Branche nicht in Verbänden organisiert ist, oder die nicht Mitglieder eines Branchenverbands sind, werden die Trinkgelder von der Ausgleichskasse nach Rücksprache mit der Arbeitgeberin von Fall zu Fall geschätzt.⁸⁷ Demgegenüber gehören die Trinkgelder der Mitarbeitenden im Transportgewerbe (z.B. Taxi-, Car-, Schifffahrts- und Speditionsunternehmen, Tankstellen) in der Regel insoweit zum massgebenden Lohn, als darauf

⁷⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 411c.

⁷⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 2; REHBINDER/STÖCKLI, N 23.

⁷⁹ Vgl. dazu BGer 5A_719/2018, E. 3.2.2., zudem u.a. BGer 5A_686/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 2.3, 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 5 und 5A_373/2007 vom 30. Oktober 2007, E. 3.2. je m.w.H.

⁸⁰ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 OR N 25.

⁸¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a OR N 12; REHBINDER/STÖCKLI, N 23; AGer ZH in JAR 1986 S. 96.

⁸² EGLI, N 4.

⁸³ Vgl. BGer 2C_703/2017 vom 15. März 2019, E. 3.2.3.

⁸⁴ Vgl. BGer 2C_703/2017 vom 15. März 2019, E. 3.2.3.; Urteil B 83/06 vom 26. Januar 2007, E. 7.2.

⁸⁵ Art. 7 lit. e AHVV; EDI-BSV, 2044 ff.; SSK, N 32.

⁸⁶ EDI-BSV, 2045.

⁸⁷ EDI-BSV, 2047.

Unfallversicherungsprämien erhoben werden. Die für die Prämien massgebenden Trinkgelder werden von der SUVA festgesetzt.⁸⁸

Sogenannte „Tronc-Systeme“, bei welchen das Trinkgeld der gesamten Belegschaft in eine Gemeinschaftskasse einbezahlt und anschliessend aufgeteilt wird, sind zulässig, falls die Verteilungsmodalitäten vertraglich vereinbart sind.⁸⁹

1.2. Berücksichtigung in der Lohngleichheitsanalyse

In Betrieben, in welchen das klassische Trinkgeld durch eine *Umsatzbeteiligung* abgelöst wurde, ist diese als Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR zu qualifizieren. Entsprechend stellt die Umsatzbeteiligung Lohn dar. Sie birgt insofern ein Diskriminierungspotenzial, als dass der Anspruch auf Umsatzbeteiligung oder dessen Umfang an geschlechterdiskriminierende Merkmale anknüpfen kann. Daher ist eine vertraglich vereinbarte Umsatzbeteiligung nach Art. 322a OR in die Lohngleichheitsanalyse einzubeziehen. Dasselbe gilt für sogenannte «*Tronc-Systeme*», bei welchen «echte» Trinkgelder zusammengelegt und anschliessend nach einem bestimmten Verteilschlüssel an die Mitarbeitenden ausbezahlt werden. Da vertraglich vereinbarte Verteilungssysteme auch hier an geschlechterdiskriminierende Merkmale anknüpfen können, ist dieses Lohnelement ebenfalls in die Lohngleichheitsanalyse einzu beziehen.

Bei den individuell entrichteten «echten» Trinkgeldern ist grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob diese einen wesentlichen oder einen unwesentlichen Lohnbestandteil darstellen:

- *Unwesentliche Trinkgelder:* In denjenigen Fällen, in denen die Mitarbeitenden ihr «eigenes» Trinkgeld behalten können, ergibt sich folgende Analyse: «Echte» Trinkgelder fallen – wie oben ausgeführt – nicht unter den Bruttolohn, sondern stellen geldwerte Leistungen anderer Art dar. Die Arbeitgeberin hat grundsätzlich *keinen direkten* Einfluss auf die den Mitarbeitenden zukommenden Trinkgelder. Deren Ausrichtung liegt allein im Ermessen der Trinkgeldgeber. Nichtsdestotrotz kann die Arbeitgeberin auf *indirekte* Weise auf die Verteilung der Trinkgelder Einfluss nehmen, indem sie die Gelegenheit zum Erwerb solcher Einnahmen geschlechterspezifisch steuert. So wirkt sich z.B. die Zuteilung von Arbeitszeiten signifikant auf die Erwerbsmöglichkeiten von Trinkgeldern aus. Insofern besteht seitens der Arbeitgeberin ein gewisses Diskriminierungspotenzial. Entsprechend müssten die «echten» Trinkgelder grundsätzlich in die Lohngleichheitsanalyse miteinbezogen werden. Dagegen sprechen aber praktische Gründe. Da «echte» Trinkgelder nicht als Lohn qualifizieren und darauf weder Sozialversicherungsbeiträge noch Steuern entrichtet werden, werden diese auch nicht erfasst. Dies hat zur Konsequenz, dass die konkreten Einnahmen nicht messbar sind. Entsprechend dürfte es in der Praxis schwierig sein, konkrete, verlässliche Zahlen zur Bemessung des Lohnes zu ermitteln. U.E. sollten daher unwesentliche «echte» Trinkgelder nicht in die Lohngleichheitsanalyse einfließen.
- *Wesentliche Trinkgelder:* In Betrieben, in welchen das System «Trinkgeld inbegriffen» (noch) nicht eingeführt wurde, stellt das Trinkgeld – wenn es einen wesentlichen Teil der Einnahmen des Arbeitnehmers, resp. der Arbeitnehmerin ausmacht – Lohn dar. Wie oben ausgeführt, besteht bei diesen Lohnelementen ein *indirektes* Diskriminierungspotenzial. Im Gegensatz zu den unwesentlichen Trinkgeldern wird im vorliegenden Fall das Trinkgeld aber von der Ausgleichskasse geschätzt bzw. zur Berechnung der Unfallversicherungsprämien von der SUVA auf einen konkreten Betrag festgesetzt. Damit können diese Beträge auch ermittelt und in die Lohngleichheitsanalyse miteinbezogen werden.

⁸⁸ EDI-BSV, 2048.

⁸⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 411d.

1.3. Periodizität

Trinkgelder sind grundsätzlich als periodische Leistungen gemäss Ziffer III.2.1 zu qualifizieren, weshalb sie in Höhe eines Zwölftels des Jahresbetrags (Geschäfts- oder Peoplejahr) erfasst werden können.

2. Antrittsprämie

2.1. Einführung

Antrittsprämien können als Zahlungen definiert werden, mit welchen Personen zum Stellen- oder Amtsantritt bewegt werden sollen.⁹⁰ Antrittsprämien werden somit im Zusammenhang mit dem Antritt einer neuen Stelle vereinbart. Es wird zwischen sogenannten Antrittsprämien mit Entschädigungscharakter und Antrittsprämien ohne Entschädigungscharakter (sog. «echte» Antrittsprämien oder auch «Sign-on» Bonus) unterschieden.

Der Begriff der Antrittsprämie findet sich im Schweizer Recht insbesondere in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (VegüV). Unter Antrittsprämien im Sinne der VegüV werden Zahlungen verstanden, die «einem Organmitglied bei Stellenantritt als Entschädigung für werthaltige Ansprüche geleistet werden, die ihm gegenüber dem bisherigen Arbeit- oder Auftraggeber zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte»⁹¹. Bei Antrittsprämien im Sinne der VegüV handelt es sich also sinngemäss um Antrittsprämien *mit Entschädigungscharakter*. Der Mitarbeitende wird von der neuen Arbeitgeberin für mit der alten Arbeitgeberin fest vereinbarte Leistungen entschädigt, die erst in Zukunft und nur unter der Voraussetzung fällig geworden wären, dass die berechnete Person noch im Unternehmen tätig ist⁹². Durch die Antrittsprämie wird also nicht die Arbeit bei der neuen, sondern der Verzicht auf Ansprüche oder Anwartschaften gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin entschädigt.⁹³ Davon unterschieden werden Antrittsprämien *ohne Entschädigungscharakter*, aufgrund welcher eine Person sich entscheidet, eine Stelle bei einer Arbeitgeberin überhaupt erst anzutreten, ohne dass damit ein Verlust werthaltiger Ansprüche gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin abgegolten wird.

Die Differenzierung zwischen Antrittsprämien mit oder ohne Entschädigungscharakter spielt im Bereich der VegüV bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Vergütungen eine wichtige Rolle. Für die Frage des Einbezugs in die Lohnvergleichsanalyse ist diese Unterscheidung aber nicht erheblich.

2.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Die Arbeitgeberin leistet mit der Antrittsprämie eine Zahlung an die Arbeitnehmerin, resp. an den Arbeitnehmer, ohne dass diese, resp. dieser zu diesem Zeitpunkt überhaupt erst zu arbeiten begonnen hat. Ob dies Lohn im herkömmlichen Sinne, nämlich Entgelt für geleistete Arbeit darstellt, hängt sehr stark von der Ausgestaltung der Antrittsprämie ab. So dürfte es sich z.B. eher um ein Darlehen handeln, wenn die Antrittsprämie durch die Arbeitgeberin zurückgefordert werden kann, wenn die Arbeitnehmerin, resp. der Arbeitnehmer die Arbeit gar nicht aufnimmt. Auf alle Fälle ist die Zahlung insofern für ein Arbeitsverhältnis untypisch, als die Zahlung im Voraus vorgenommen worden ist, während in der Regel die Arbeitnehmerin, resp. der Arbeitnehmer mit ihrer, resp. seiner Arbeitspflicht vorleistungspflichtig ist.

⁹⁰ Vgl. OSER/MÜLLER.

⁹¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, S. 579 N 561.

⁹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, S. 579 N 561.

⁹³ Botsch. Aktienrecht 2016, S. 447.

Eine Antrittsprämie ist für die Lohngleichheitsanalyse unseres Erachtens ungeachtet ihrer Qualifikation entweder im Sinne von Lohn oder eines geldwerten Vorteils zu berücksichtigen. Ob überhaupt – und wenn ja – in welcher Höhe die neue Arbeitgeberin Antrittsprämien gewähren will, liegt in ihrem Ermessen. Ein mögliches Diskriminierungspotenzial liegt somit vor, da die Ausrichtung einer Antrittsprämie willkürlich erfolgen und sich im Ergebnis somit diskriminierend auswirken kann.

Werden Antrittsprämien bei der Lohngleichheitsanalyse berücksichtigt, ergibt sich allerdings ein zusätzliches Problem. Eine Antrittsprämie wird nur einmalig (namentlich zu Beginn) des Arbeitsverhältnisses entrichtet. Zudem kann eine Antrittsprämie substantiell sein. Letztlich diese eine Arbeitnehmerin, resp. einen Arbeitnehmer motivieren, einen Stellenwechsel vorzunehmen. Entsprechend kann die Berücksichtigung derartiger einmaliger substantieller Zahlungen bei der Lohngleichheitsanalyse zu massiven Verzerrungen im Endresultat der Messung führen. U.E. ist aber eine Antrittsprämie trotzdem (oder gerade deshalb) in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen, da sie zu massiven Lohndifferenzen führen kann. Ergeben sich jedoch Lohndifferenzen, welche einzig darauf zurückzuführen sind, dass nur eine oder mehrere Personen(en) gleichen Geschlechts im massgeblichen Kontrollzeitraum eine Antrittsprämie erhalten haben, ist die daraus resultierende Lohndifferenz mittels eines objektiven Grundes zu rechtfertigen.

2.3. Periodizität

Da Antrittsprämien in verschiedenen Formen vorkommen können, ist deren Berücksichtigung in der Lohngleichheitsanalyse je nach Art der Ausgestaltung unterschiedlich:

- *Antrittsprämie bei minimaler Beschäftigungsdauer*: Ist die Antrittsprämie an die Bedingung einer minimalen Beschäftigungsdauer geknüpft, rechtfertigt sich die Zuweisung ihres Gesamtwerts auf diese minimale Beschäftigungsdauer. D.h. der Wert der Antrittsprämie wird über die Dauer der minimalen Beschäftigungsdauer linear abgeschrieben. Entsprechend wird der jährliche Abschreibungsbetrag als Lohn berücksichtigt.
- *Antrittsprämie ohne bestimmte Beschäftigungsdauer*: Falls keine minimale Beschäftigungsdauer festgelegt wurde, könnte der Antrittsprämie trotzdem eine gewisse «Nutzungsdauer» (z.B. drei bis fünf Jahre) zugeschrieben werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass insbesondere der Sign-on Bonus ohne Entschädigungscharakter nach einer bestimmten Zeitspanne den ihm zugrundeliegenden Zweck (Motivation zum Stellenantritt) erreicht hat und dessen Wert folglich über diese Zeitdauer abnimmt. Nach diesen Überlegungen wäre die Antrittsprämie durch die Anzahl Jahre der Nutzungsdauer zu dividieren, und der jährliche Betrag wäre dem betreffenden Arbeitnehmer, resp. der betreffenden Arbeitnehmerin als Lohn anzurechnen.
- *Antrittsprämien mit Verfallsdatum*: Antrittsprämien, welche als Darlehen ausgestaltet sind und monatlich oder quartalsweise verfallen, sind im verfallenen Betrag als periodische Leistungen zu berücksichtigen.

3. Abgangsentschädigungen

3.1. Einführung

Bei Abgangsentschädigungen handelt es sich oft um pauschale Abfindungssummen. Sie werden

insbesondere an Führungskräfte ausgerichtet. Sie können entweder als normales Ersatzeinkommen ausgestaltet sein oder Vorsorgecharakter aufweisen.⁹⁴ Abgangsentschädigungen stellen in beiden Fällen steuerbares Einkommen dar. Je nach Qualifikation der Abgangsentschädigung wird diese steuerrechtlich anders behandelt.⁹⁵ Abgangsentschädigungen, welche den Charakter von Ersatzeinkommen aufweisen, werden zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert. Dagegen erfolgt die Besteuerung von Abgangsentschädigungen mit Vorsorgecharakter getrennt vom übrigen Einkommen zu einem Sondertarif.⁹⁶

Grundsätzlich wird zwischen gesetzlichen und vertraglichen Abgangsentschädigungen unterschieden:

- *Gesetzliche Abgangsentschädigung:* Art. 339b OR sieht vor, dass der Arbeitgeber einem mindestens fünfzig Jahre alten Arbeitnehmer nach zwanzig oder mehr Dienstjahren eine Abgangsentschädigung auszurichten hat. Dabei liegt die Höhe der Abgangsentschädigung zwischen zwei und acht Monatslöhnen (Art. 339c Abs. 1 und 2 OR). Diese Bestimmung ist seit dem Ausbau der zweiten Säule praktisch bedeutungslos geworden. So kann der Arbeitgeber von besagtem Lohnanspruch des Arbeitnehmers abziehen, was der Arbeitnehmer an Freizügigkeitsleistungen erhält, soweit diese auf den Beiträgen des Arbeitgebers beruhen (Art. 339d OR).⁹⁷
- *Vertragliche Abgangsentschädigungen:* Dagegen sind vertragliche Abgangsentschädigungen nicht unüblich.⁹⁸ Weisen sie keinen Vorsorgecharakter auf, qualifizieren sie entweder als Ersatzeinkommen oder als Entschädigungen für die Aufgabe einer Tätigkeit. Die Gründe für derartige vertragliche Abgangsentschädigungen sind unterschiedlich. Sie werden z.B. als Entschädigung für erlittene Unbill im Zusammenhang mit einer Entlassung ausgerichtet. Denkbar ist eine Abgangsentschädigung auch als Risikoprämie für die persönliche und berufliche Zukunft, als Treueprämie für langjährige Dienste oder als Ersatz für ausbleibende Lohnzahlungen. Kapitalabfindungen mit einer offenen Zweckformulierung ohne ausgewiesene Vorsorgelücke werden ebenfalls zu den Abgangsentschädigungen ohne Vorsorgecharakter gezählt.⁹⁹ Eine vertragliche Abgangsentschädigung ist grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 339c Abs. 1 sowie Art. 339b Abs. 1 i.V.m. Art. 362 OR).

Der Vollständigkeit halber sei hier auch erwähnt, dass bei börsenkotierten Aktiengesellschaften gemäss VegüV gewisse Einschränkungen in Bezug auf die Auszahlung von Abgangsentschädigungen bestehen. So sind gemäss Art. 20 Ziff. 1 VegüV vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates verboten, sofern weder eine Leistung des Empfängers abgegolten, noch ein durch diesen erlittener Nachteil kompensiert wird.¹⁰⁰

3.2. Berücksichtigung in der Lohnleichheitsanalyse

Da sich die Voraussetzungen für eine gesetzliche Abgangsentschädigung im Sinne von Art. 339b ff. OR direkt aus dem Gesetz ergeben und von zeitlichen Faktoren abhängig sind, ist eine Diskriminierung seitens der Arbeitgeberin auszuschliessen. Damit sind gesetzliche Abgangsentschädigungen nicht in die Lohnleichheitsanalyse miteinzubeziehen.

Vertragliche Abgangsentschädigungen können lediglich bei nicht-börsenkotierten Unterneh-

⁹⁴ VETTER-SCHREIBER, BVG 7 N 8.

⁹⁵ Vgl. hierzu Kreisschreiben Nr. 1 der ESTV.

⁹⁶ Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 DBG.

⁹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 339b OR N2.

⁹⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 688.

⁹⁹ Vgl. u.a. Steuerverwaltung Thurgau, Ziff. 2.1.1.

¹⁰⁰ ZK-HANDSCHIN, Vor Art. 707-726, N 254.

men vereinbart werden. Sie sind als normales Ersatzeinkommen zu qualifizieren, stellen steuerbares Einkommen und somit Lohn dar. Eine vertraglich vereinbarte Abgangsentschädigung birgt insofern ein Diskriminierungspotenzial in sich, als dass der Anspruch darauf an geschlechterdiskriminierende Merkmale anknüpfen kann.

Wie bei den Antrittsprämien besteht auch bei den Abgangsentschädigungen das Problem, dass diese nur einmalig (nämlich am Ende) eines Arbeitsverhältnisses entrichtet werden und teilweise signifikante Beträge umfassen. Entsprechend kann die Berücksichtigung dieser Zahlungen in der Lohnvergleichsanalyse zu massiven Verzerrungen im Endresultat der Messung führen. Wie die Antrittsprämien sind Abgangsentschädigungen aber für die Lohnvergleichsanalyse zu berücksichtigen, da insbesondere mit diesem Element massive Lohndifferenzen geschaffen werden können. Ergeben sich Lohndifferenzen, welche einzig darauf zurückzuführen sind, dass nur eine oder mehrere Personen(en) gleichen Geschlechts im massgeblichen Kontrollzeitraum eine vertragliche Abgangsentschädigung bezogen haben, ist die daraus resultierende Diskriminierung mittels eines objektiven Grundes zu rechtfertigen.

3.3. Periodizität

Wird die Abgangsentschädigung anhand einer bestimmten Beschäftigungsdauer bei der betreffenden Arbeitgeberin bestimmt, rechtfertigt sich eine lineare Abschreibung des gesamten Betrags über die massgebliche Beschäftigungsdauer. Ist kein Bezug zu einer Beschäftigungsdauer gegeben, muss die Abgangsentschädigung in dem Jahr vollumfänglich berücksichtigt werden, in dem sie beim betreffenden Arbeitnehmer, resp. bei der betreffenden Arbeitnehmerin anfällt. Da dies aufgrund der Höhe der Entschädigungen zu grossen Verzerrungen führen kann, erscheint es empfehlenswert, die Abgangsentschädigung bzw. deren Zuteilungsregime separat zu beurteilen.

Der Anspruch auf eine Abgangsentschädigung wird grundsätzlich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses begründet. Je nach Ausgangslage kann die Abgangsentschädigung im Zeitpunkt der Leistung durch die Arbeitgeberin mit der letzten Lohnzahlung oder aber erst nach effektiver Beendigung des Anstellungsverhältnisses in die Lohnvergleichsanalyse einbezogen werden. Hängt der Anspruch vom Verhalten des Arbeitnehmers, resp. der Arbeitnehmerin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab, ist der Einbezug der Entschädigung nach Ablauf einer sog. «cooling off» Periode nach der effektiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses denkbar.

4. Freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin in die Vorsorge

4.1. Einführung

Die berufliche Vorsorge lässt sich in einen obligatorischen und einen überobligatorischen Bereich unterteilen:

- Der *obligatorischen* Vorsorge unterstehen alle Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr überschritten haben und deren Lohnhöhe eine gewisse Schwelle (sog. «Eintrittsschwelle») überschreitet. Die Eintrittsschwelle liegt aktuell bei CHF 21'330.-.¹⁰¹ Der in der obligatorischen beruflichen Vorsorge versicherte Lohn entspricht somit dem massgebenden AHV-Lohn, beträgt jedoch maximal CHF 85'320.-, abzüglich eines sog. Koordinationsabzuges in Höhe von CHF 24'885.-. Beträgt der aus dieser Subtraktion resultierende versicherte Lohn weniger als CHF 3'555.-¹⁰², wird er auf diesen Betrag aufgerundet.¹⁰³ Der so

¹⁰¹ Art. 7 BVG.

¹⁰² Alle Zahlenangaben dieses Absatzes beziehen sich auf das Jahr 2019.

¹⁰³ Art. 8 und 9 BVG.

berechnete versicherte bzw. koordinierte Lohn bildet die Grundlage für die Berechnung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge und – je nach Vorsorgeplan – auch für die Berechnung von Leistungen. Die entsprechenden Werte sind jeweils in einem Vorsorgereglement festgehalten und in einem Prozentsatz des versicherten bzw. koordinierten Lohnes definiert.

- Im *überobligatorischen* Bereich können die Beiträge innerhalb der gesetzlichen Schranken frei definiert werden.¹⁰⁴ Entsprechend können gewisse Lohnbestandteile, welche zum massgebenden AHV-Lohn zählen, vom versicherbaren Lohn ausgenommen, oder es kann der reglementarische abweichend vom gesetzlichen Koordinationsabzug festgelegt werden. So kann der Koordinationsabzug vom Beschäftigungsgrad abhängig gemacht, oder es kann sogar ganz auf einen Koordinationsabzug verzichtet werden. Der maximal versicherbare Lohn ist auf CHF 850'320.- limitiert.¹⁰⁵

Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge in die Pensionskasse basieren grundsätzlich auf einer *reglementarischen Grundlage*. Sowohl im obligatorischen als auch im überobligatorischen Bereich gilt für die Beiträge der Grundsatz der Parität. Dabei muss die Summe der Beiträge der Arbeitgeberin mindestens gleich hoch sein wie die gesamten Beiträge ihrer Arbeitnehmenden. Das Gesetz spricht hier jedoch nur von der «Summe der Beiträge» und somit von einer rein kollektiven bzw. relativen und nicht etwa von einer individuellen Beitragsparität.¹⁰⁶ Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Arbeitgeberin über die reglementarisch festgelegten Beiträge hinaus freiwillig weitere Beiträge zugunsten der Personalvorsorge ihres Personals erbringen. Diese freiwilligen Beiträge können allen oder nur einzelnen Versicherten zukommen.

Die Arbeitgeberin schuldet der Vorsorgeeinrichtung die gesamten Beiträge, d.h. sowohl den eigenen Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmerbeitrag, wobei sie den im Reglement vorgesehenen Beitragsanteil der Arbeitnehmenden von deren Lohn abzieht.¹⁰⁷ Dieser Abzug der reglementarischen Beiträge der Arbeitnehmenden vom Lohn führt automatisch zu einer Reduktion des (Brutto-)Lohnes. Demgegenüber hat die Arbeitgeberin ihre Beiträge entweder aus eigenen Mitteln oder aus Beitragsreserven der Vorsorgeeinrichtung zu erbringen, welche von ihr vorgängig hierfür geäußert und gesondert ausgewiesen worden sind.¹⁰⁸ Die reglementarischen Beiträge der Arbeitgeberin an Vorsorgeeinrichtungen, welche die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach DBG erfüllen, werden nicht zum massgebenden AHV-Lohn und somit nicht zum massgebenden BVG-Lohn gerechnet.¹⁰⁹ Ebenso wenig bilden diese steuerbares Einkommen.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Arbeitgeberin zugunsten einzelner Mitarbeitenden auf *freiwilliger Basis* reglementarisch nicht vorgesehene Zahlungen in die Vorsorgeeinrichtung tätigt. Da sich die Ausnahme von der Unterstellung als massgebender AHV-Lohn lediglich auf reglementarische und nicht auch auf freiwillige Arbeitgeberbeiträge bezieht, stellen freiwillige Arbeitgeberbeiträge grundsätzlich massgebenden AHV-Lohn dar.

4.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) sieht eine Reihe von Grundsätzen vor, an die sich die Vorsorgeeinrichtungen bei der Erstellung ihrer reglementarischen Bestimmungen zu halten haben:

- So verbietet der Grundsatz der Kollektivität individuelle, auf eine Person zugeschnittene

¹⁰⁴ Art. 49 Abs. 2 BVG (für sog. umhüllende Vorsorgeeinrichtungen); Art. 89a Abs. 6 ZGB (für rein überobligatorische Vorsorgeeinrichtungen).

¹⁰⁵ Stand 2019; Art. 79c BVG.

¹⁰⁶ Art. 66 BVG bzw. Art. 331 OR.

¹⁰⁷ Art. 66 Abs. 2 und 3 BVG.

¹⁰⁸ Art. 331 Abs. 3 OR.

¹⁰⁹ Art. 8 lit. a AHVV.

Vorsorgelösungen. Hingegen ist erlaubt, dass innerhalb eines Unternehmens für einzelne, nach objektiven Kriterien umschriebene Versichertenkreise unterschiedliche Vorsorgelösungen bzw. -bedingungen angeboten werden. Dabei sind objektive Kriterien heranzuziehen, wie beispielsweise die Anzahl der Dienstjahre, die Funktion, die Stellung, das Alter oder die Lohnhöhe.¹¹⁰

- Weiter ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Dieser ist eingehalten, wenn für alle Versicherten eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen gelten.¹¹¹ Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet damit jegliche Bevorzugung oder Diskriminierung von bestimmten Personen aufgrund subjektiver Elemente.¹¹² Dieser Grundsatz wird nicht nur im BVG, sondern auch auf verfassungsrechtlicher Ebene geschützt.¹¹³
- Schliesslich sieht der Grundsatz der Planmässigkeit vor, dass eine Vorsorgeeinrichtung die verschiedenen Leistungen, die Art der Finanzierung und die Anspruchsvoraussetzungen sowie die verschiedenen Versichertenkollektive in einem Reglement genau festlegen muss.¹¹⁴

Durch diese Grundsätze wird das Diskriminierungspotenzial im Bereich der beruflichen Vorsorge praktisch ausgeschlossen. Zudem besteht ein Kontrollmechanismus: Vorsorgeeinrichtungen haben neue Reglemente und die Änderung bestehender Reglemente der zuständigen Aufsichtsbehörde einzureichen. Diese werden auf ihre Übereinstimmung mit dem privaten und öffentlichen Bundesrecht (höherrangigem Recht) überprüft.¹¹⁵ Schliesslich ist festzuhalten, dass die massgebenden reglementarischen Bestimmungen nicht von der Arbeitgeberin selbst, sondern von der vom Arbeitgeber unabhängigen Vorsorgeeinrichtung erlassen werden, deren oberstes Organ sich wiederum paritätisch aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammensetzt.¹¹⁶

Die oben genannten Grundsätze lassen eine direkte Diskriminierung innerhalb der beruflichen Vorsorge nicht zu, weil diese geschlechterneutral ausgestaltet werden muss. Erwähnt sei aber, dass Beiträge und Leistungen vom *jeweils versicherten Lohn* abhängig sind, und dass sich insofern bestehende Ungleichheiten hinsichtlich der Lohnhöhe von Frau und Mann *indirekt* auch auf die berufliche Vorsorge auswirken können. Ebenfalls nur *indirekte* Auswirkungen haben *Teilzeit-Arbeitsverhältnisse*. Diese ergeben sich aufgrund der in der obligatorischen beruflichen Vorsorge vorgesehenen Definition des versicherten Lohnes. Da der gesetzlich vorgesehene Koordinationsabzug dem jeweiligen Beschäftigungsgrad keine Rechnung trägt, sind Arbeitsverhältnisse im tieferen Lohnbereich und mit einem tieferen Beschäftigungsgrad vorsorgerechtlich tendenziell schlechter oder gar nicht abgedeckt. Es findet zwar keine direkte geschlechterspezifische Diskriminierung statt. Solche Arbeitsverhältnisse sind aber typischerweise eher bei Frauen anzutreffen, woraus sich eine faktische Diskriminierung ergeben kann. In der obligatorischen beruflichen Vorsorge könnte dieser Verzerrung künftig entgegengesteuert werden, indem der gesetzliche Koordinationsabzug dem Beschäftigungsgrad angepasst wird. Dabei ist festzuhalten, dass viele Vorsorgeeinrichtungen bereits heute einen solchen flexiblen Koordinationsabzug vorsehen. In Bezug auf den Koordinationsabzug findet jedoch keine geschlechterspezifische Diskriminierung statt, die die Arbeitgeberin zu verantworten hat. Die indirekte Diskriminierung basiert vielmehr in gesetzlichen Bestimmungen, welche der Arbeitgeberin nicht

¹¹⁰ Art. 1c BVV2.

¹¹¹ Art. 1f BVV2.

¹¹² Vgl. VETTER-SCHREIBER, BVV2 1f N 1.

¹¹³ Art. 8 BV.

¹¹⁴ Art. 1g BVV2.

¹¹⁵ Art. 62 BVG.

¹¹⁶ Art. 51 BVG.

angelastet werden kann.

Nach dem Gesagten vertreten wir die Ansicht, dass *freiwillige Arbeitgeberbeiträge* zugunsten einzelner Arbeitnehmenden in die Lohngleichheitsanalyse miteinzubeziehen sind, da diese als Lohn qualifizieren und ihre Ausrichtung an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpfen kann. Dagegen sind *reglementarisch vorgesehene Arbeitgeberbeiträge* bei der Lohngleichheitsanalyse nicht zu berücksichtigen, weil diese nicht als Lohn qualifizieren, ihren Ursprung im Gesetz haben und die Arbeitgeberin eine allfällige indirekte Diskriminierungswirkung nicht zu verantworten hat.

4.3. Periodizität

Regelmässige freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin in die Vorsorge, die z.B. monatlich oder quartalsweise ausgerichtet werden, können in der Lohngleichheitsanalyse grundsätzlich als periodische Leistungen berücksichtigt werden. *Einmalige* freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin (z.B. Abgangsentschädigungen mit Vorsorgecharakter) sind als aperiodische Leistung gemäss Ziffer III.2.2 zu behandeln. Die einmalige freiwillige Leistung ist im Zeitpunkt der Vergütung durch die Arbeitgeberin zu berücksichtigen.

5. Zuschlag für geleistete Überstunden

5.1. Einführung

Überstundenarbeit liegt vor, wenn die vertraglich festgelegte, übliche oder in einem Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag festgesetzte Arbeitszeit überschritten wird. Arbeitnehmende mit einem Teilzeitvertrag leisten demnach Überstundenarbeit, wenn sie die vereinbarte Arbeitszeit überschreiten, auch wenn sie das Pensum eines Vollzeitbeschäftigten nicht erreichen.¹¹⁷ Gemäss Art. 321c Abs. 1 OR ist ein Arbeitnehmer zur Leistung von Überstundenarbeit soweit verpflichtet, als die Leistung notwendig ist, der Arbeitnehmer diese zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Dabei sind die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschriften zu beachten.¹¹⁸

Sofern die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, hat die Arbeitgeberin für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel (25 Prozent) bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Stattdessen können die Parteien vereinbaren, dass die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen wird. Dies setzt das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus (Art. 321 Abs. 2 OR).

In der Praxis wird die Entschädigungspflicht oft durch Normal-, Gesamtarbeits- oder durch schriftliche Abrede, z.B. im Einzelarbeitsvertrag, wegbedungen. Dies geschieht oft im Rahmen einer Pauschalisierung, indem z.B. vereinbart wird, dass die Entschädigung bereits im Lohn inbegriffen sei oder mittels eines fixen Lohnzuschlags abgegolten werde.¹¹⁹ Aufgrund der entgeltlichen Natur des Arbeitsvertrages kann die Vergütung jedoch nicht gänzlich wegbedungen werden. Die Pauschalabgeltung der Überstunden mit dem Lohn muss aber in jedem Fall höher sein als ein allfälliger Mindestlohn.¹²⁰ Gemäss Art. 341 Abs.1 OR kann der Arbeitnehmer auf eine Entschädigung für bereits geleistete Überstunden nicht verzichten (Art. 341 OR).

¹¹⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, § 2 N 314; BGE 116 II 70 (Pra 1990 Nr. 170).

¹¹⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, § 2 N 315.

¹¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c OR, N.5.

¹²⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, § 2 N 318.

5.2. Berücksichtigung in der Lohngleichheitsanalyse

Die Entschädigung für Überstundenarbeit, welche mindestens 25 Prozent des Grundlohns beträgt, stellt einen Lohnbestandteil dar und ist somit in der Lohngleichheitsanalyse zu berücksichtigen. Dasselbe gilt im Übrigen auch für den Zuschlag von 25 Prozent für Überzeitentschädigung gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG.

Die Möglichkeit einer direkten Diskriminierung besteht bei diesem Vergütungselement grundsätzlich nicht, da alle Arbeitnehmenden – soweit sie Überstundenarbeit geleistet haben und die entsprechende Entschädigung nicht wegbedungen worden ist – denselben Anspruch auf Entrichtung der Entschädigung haben. Eine direkte Diskriminierung würde aber dann vorliegen, wenn bei Frauen die Überstundenentschädigung wegbedungen würde und bei Männern nicht. Allerdings ist hier – ähnlich wie beim Trinkgeld (Ziffer IV.1.2) – die Gefahr einer indirekten Diskriminierung viel höher. Die Arbeitgeberin hat nämlich in Bezug auf die Zuteilung der Arbeiten ein gewisses Ermessen. So kann sie bestimmen, welche Arbeitnehmenden im Betrieb in den «Genuss» derjenigen Aufgaben kommen, die regelmässig zur Leistung von Überstunden führen. Damit kann sie beeinflussen, wer überhaupt die Gelegenheit zur Leistung von Überstundenarbeit erhält, selbst wenn eine Maximierung des Lohnes durch Überstunden nicht in jedem Fall im Interesse eines einzelnen Arbeitnehmers, resp. einer einzelnen Arbeitnehmerin liegen muss.

Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass ein diskriminierender Basislohn zu einer sog. Folgediskriminierung auf dem Überstundenzuschlag von 25 Prozent führen kann. Eine solche Diskriminierung kann nur unter Berücksichtigung der Anzahl tatsächlich erbrachter Überstunden ausgewiesen werden. Um dem Risiko von Verzerrungen im Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse entgegen zu wirken, muss zur Beurteilung einer möglichen Diskriminierung nicht nur die ausbezahlte Überstundenentschädigung, sondern auch die Anzahl der geleisteten Stunden berücksichtigt werden.

Im Resultat sind Überstunden aufgrund der Möglichkeit der indirekten Diskriminierung durch Ermessen in ihrer Zuteilung, als auch wegen einer möglichen Folgediskriminierung infolge eines ungleichen Grundlohns in die Lohngleichheitsanalyse miteinzubeziehen.

5.3. Periodizität

Überstunden sind grundsätzlich als periodische Leistungen gemäss Ziffer III.2.1 zu qualifizieren, weshalb sie in Höhe eines Zwölftels des Jahresbetrages (Geschäfts- oder Peoplejahr) erfasst werden können.

6. Mitarbeiterbeteiligungen

6.1. Einführung

Im Kreisschreiben Nr. 37 der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 22. Juli 2013 wird zwischen echten und unechten Mitarbeiterbeteiligungen unterschieden:

- Bei *echten* Mitarbeiterbeteiligungen werden die Arbeitnehmenden im Ergebnis am Eigenkapital der Arbeitgeberin beteiligt, wobei die Beteiligung direkt mittels Einräumung von Beteiligungspapieren oder indirekt mittels Einräumung von Optionen oder Anwartschaften zum (späteren) Bezug von Beteiligungspapieren erfolgen kann. Häufigste Formen echter Mitarbeiterbeteiligungen sind Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen.¹²¹

¹²¹ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1, 4.

- Als *unechte* Mitarbeiterbeteiligungen werden eigenkapital- bzw. aktienkursbezogene Anreizsysteme bezeichnet, die den Arbeitnehmenden im Ergebnis keine Beteiligung am Eigenkapital der Arbeitgeberin, sondern i.d.R. nur eine Geldleistung in Aussicht stellen. Diese bestimmt sich nach der Wertentwicklung des Basistitels. Steuerlich gelten unechte Mitarbeiterbeteiligungen als blosser Anwartschaften, weil sie den Arbeitnehmenden regelmässig keine Stimm- und Dividendenrechte einräumen.¹²²

6.1.1. Mitarbeiteraktien

Als Mitarbeiteraktien gelten Aktien der Arbeitgeberin oder ihrer nahestehenden Gesellschaften, die den Arbeitnehmenden von ihrer Arbeitgeberin aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses i.d.R. zu Vorzugsbedingungen übertragen werden. Andere Beteiligungspapiere, welche die Arbeitnehmenden direkt am Gesellschaftskapital beteiligen, insbesondere Partizipationsscheine oder Genossenschaftsanteile, werden wie Mitarbeiteraktien behandelt.¹²³

- Als *freie Mitarbeiteraktien* gelten Mitarbeiteraktien, über welche die Arbeitnehmenden ohne Einschränkung verfügen können.¹²⁴
- *Gesperrte Mitarbeiteraktien* werden i.d.R. mit einer zeitlich befristeten Verfügungssperre (Sperrfrist) versehen, während welcher die Arbeitnehmenden die Aktien weder veräussern, verpfänden noch anderweitig belasten dürfen.¹²⁵

Werden Mitarbeiteraktien unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen abgegeben, stellt die positive Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Abgabepreis bei den Arbeitnehmenden einen geldwerten Vorteil und damit aus steuerrechtlicher Sicht Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit dar (vgl. Art. 17 Abs. 1 DBG). Mitarbeiteraktien sind bei Abgabe, d.h. im Zeitpunkt des Rechtserwerbs zu besteuern.¹²⁶

Bei *börsenkotierten* Mitarbeiteraktien gilt als Verkehrswert grundsätzlich der Börsenabschlusskurs am Tage des Rechtserwerbs.¹²⁷ Bei *nicht an der Börse kotierten* Mitarbeiteraktien fehlt es i.d.R. an einem Verkehrswert. Als massgeblicher Wert gilt hier grundsätzlich der nach einer – auf die entsprechende Arbeitgeberin bezogen – tauglichen und anerkannten Methode ermittelte Formelwert.

Der Rechtserwerb von Mitarbeiteraktien erfolgt regelmässig zu einem Zeitpunkt, in welchem eine Arbeitnehmerin, resp. ein Arbeitnehmer das Angebot der Arbeitgeberin zum Bezug von Aktien akzeptiert. Aus administrativen Gründen kann der Beteiligungsplan eine bestimmte Bezugsfrist vorsehen, während welcher die Arbeitnehmerin, bzw. der Arbeitnehmer das Akzept der Offerte bestätigen muss. Beim Vorliegen solcher Bezugsfristen gilt das folgende:

- Beträgt die Bezugsfrist *mehr* als 60 Kalendertage, gilt als steuerlich massgebender Verkehrswert der Schlusskurs am Tag der Annahme der Offerte.
- Beträgt die Bezugsfrist *weniger* als 60 Kalendertage, gilt als steuerlich massgebender Verkehrswert der Schlusskurs des ersten Tages der Bezugsfrist.¹²⁸

Anwartschaften auf Mitarbeiteraktien werden im Zeitpunkt der Umwandlung in Mitarbeiter-

¹²² Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.2, 5.

¹²³ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.1, 4.

¹²⁴ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.1.1, 4.

¹²⁵ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.1.2, 4.

¹²⁶ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 3.2.1, 6.

¹²⁷ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 3.2.1, 7.

¹²⁸ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 3.2.1, 7.

aktien besteuert. Die Besteuerung richtet sich in diesem Zeitpunkt nach den für die Mitarbeiteraktien geltenden Vorgaben.¹²⁹

6.1.2. Mitarbeiteroptionen

Bei einer *Mitarbeiteroption* handelt es sich um ein den Arbeitnehmenden aufgrund ihres ehemaligen, aktuellen oder künftigen Arbeitsverhältnisses i.d.R. zu Vorzugsbedingungen eingeräumtes Recht, ein Beteiligungspapier der Arbeitgeberin oder einer ihr nahestehenden Gesellschaft innerhalb eines definierten Zeitraumes (Ausübungsfrist) zu einem bestimmten Preis (Ausübungspreis) zu erwerben.¹³⁰ Mitarbeiteroptionen gelten als *börsenkotiert*, wenn sie an einer Börse notiert sind und einen liquiden Handel aufweisen, wobei sich der Handel nicht nur auf Arbeitnehmende beschränken darf.¹³¹

- *Freie Mitarbeiteroptionen* können nach ihrer Abgabe ohne Einschränkung ausgeübt oder verkauft werden.¹³²
- *Gesperrte Mitarbeiteroptionen* können nach ihrer Abgabe während einer bestimmten Zeit (Sperrfrist) weder veräussert noch ausgeübt werden.¹³³

Freie börsenkotierte Mitarbeiteroptionen werden im Zeitpunkt der Abgabe besteuert. Werden solche Mitarbeiteroptionen unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen abgegeben, stellt die positive Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Abgabepreis bei den Arbeitnehmenden einen geldwerten Vorteil und damit Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit dar (Art. 17b Abs.1 DBG).¹³⁴ *Übrige Mitarbeiteroptionen* werden im Zeitpunkt der Veräusserung oder der Ausübung besteuert (Art. 17b Abs.3 DBG).

6.1.3. Sperrfrist / Vesting

Als *Sperrfrist* wird eine i.d.R. zeitlich befristete Verfügungssperre auf vertraglicher Basis bezeichnet, während welcher die Arbeitnehmenden die entsprechenden Mitarbeiterbeteiligungen insbesondere weder ausüben, veräussern, verpfänden noch anderweitig belasten dürfen.¹³⁵

Unter der *Vesting-Periode* ist eine Periode zu verstehen, während welcher Arbeitnehmende eine Option verdienen, bzw. «abverdienen» müssen, so z.B. indem sie gewisse berufliche Ziele erfüllen müssen oder ihren Arbeitsvertrag nicht vor Ablauf einer bestimmten Dauer kündigen dürfen. Das Bundesgericht bezeichnet das Ende dieser Zeitspanne als «Vesting». Demnach gelten solche Mitarbeiterbeteiligungen bis zum Eintritt des Vestings lediglich als aufschiebend bedingt zugeteilt.¹³⁶ Sind beim Ablauf der Vesting-Periode sämtliche Vesting-Bedingungen erfüllt, führt dies zum Erwerb des Rechtsanspruchs an der entsprechenden Mitarbeiterbeteiligung.¹³⁷

6.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Mitarbeiterbeteiligungen stellen in gewissen Branchen regelmässig einen signifikanten Lohnbestandteil dar. Entsprechend werden sie auch in anderen Fachbereichen regelmässig als Lohnbestandteil qualifiziert. Da bei der Zuteilung von Mitarbeiterbeteiligungen ein Ermessen der Arbeitgeberin besteht und dieses diskriminierend ausgeübt werden kann, sind Mitarbeiterbeteiligungen in die Lohnvergleichsanalyse einzubeziehen.

¹²⁹ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 5,10.

¹³⁰ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.2, 4.

¹³¹ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.2.2, 5

¹³² Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.2.1, 4.

¹³³ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.3.1.2.3, 5.

¹³⁴ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 4.1, 10.

¹³⁵ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.4, 6.

¹³⁶ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.4, 6; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_138/2010 vom 2. Juni 2010, E. 2.2.

¹³⁷ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.4, 6.

6.3. Periodizität

6.3.1. Realisations- versus Entstehungszeitpunkt

Wie oben bereits ausgeführt (vgl. Ziff. III.2.3), fallen bei Mitarbeiterbeteiligungen der Entstehungs- und der Realisationszeitpunkt i.d.R. auseinander.

Als Realisation von Mitarbeiterbeteiligungen wird die Ausübung oder der Verkauf von Mitarbeiteroptionen, wie auch die Umwandlung von Anwartschaften in Aktien und der Bezug von Bargeld aus aktienkursbezogenen Bargeldanreizsystemen bezeichnet.¹³⁸ Bei den meisten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen werden die Parameter (Anzahl Instrumente, Realisationsbedingungen, allfällige Realisationskosten) im Entstehungszeitpunkt festgelegt und bleiben danach – abgesehen von äusseren Einflüssen, wie beispielsweise Aktienkursen – bis zum Realisationszeitpunkt unverändert.

Bei Mitarbeiterbeteiligungen kann zwischen dem Entstehungs- und dem Realisationszeitpunkt eine lange zeitliche Spanne liegen, in welcher sich die Funktion einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers gegebenenfalls ändern kann. So kann es vorkommen, dass die Mitarbeiterbeteiligungen aufgrund einer früheren Funktion zugeteilt, aber in einer späteren Funktion realisiert werden. Dies kann zu einer Verfälschung des Ergebnisses der Lohngleichheitsanalyse führen.

Soweit der Zeitpunkt der Realisation von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten im Ermessen der Arbeitnehmenden selber liegt, ergeben sich für die Lohngleichheitsanalyse zudem weitere Schwierigkeiten. So hängt es vom Zufall ab, ob und welche Arbeitnehmende im für die Analyse massgebenden Zeitraum Mitarbeiterbeteiligungen realisieren. Da Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente meist mit einem Wertpapier verbunden sind (entweder real oder fiktiv), ist auch der Wert im Zeitpunkt der Realisation vom Wert dieses Wertpapiers abhängig. Zufällige Werte sollten nicht in die Lohngleichheitsanalyse miteinfließen.

Eine Berücksichtigung von Mitarbeiterbeteiligungen im Zeitpunkt der Realisation erscheint für die Zwecke der Lohngleichheitsanalyse grundsätzlich ungeeignet. Daher empfehlen wir eine Berücksichtigung im Entstehungszeitpunkt.

6.3.2. Massgeblicher Entstehungszeitpunkt

Auch wenn die meisten Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente als Bestandteil der laufenden Entlohnung betrachtet werden, können diese auch zu anderen Gelegenheiten zugeteilt werden. So z.B. anlässlich des Eintritts ins Unternehmen, bei Beförderungen oder auch anlässlich anderer Ereignisse. Entsprechend stellt sich die Frage nach dem massgeblichen Entstehungszeitpunkt:

- *Freie Mitarbeiteraktien/-optionen:* Bei freien Mitarbeiteraktien/-optionen erhalten die Arbeitnehmenden Aktien/Optionen, welche sie sofort veräussern können, und an welchen sie unmittelbar volle Rechte erwerben. Der massgebliche Entstehungszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt, in dem die Aktien/Optionen zugeteilt werden.
- *Gesperrte Mitarbeiteraktien/-optionen:* Bei gesperrten Mitarbeiteraktien/-optionen erhalten die Arbeitnehmenden Aktien/Optionen, welche sie erst nach Ablauf einer Sperrfrist veräussern können. An diesen erwerben sie aber unmittelbar bei der Zuteilung volle Rechte. Allenfalls müssen die Aktien/Optionen jedoch beim vorzeitigen Verlassen des Unternehmens (mit oder ohne Entschädigung) zurückgegeben werden. Der massgebliche

¹³⁸ Kreisschreiben Nr. 37 der ESTV, Ziff. 2.5, 5.

che Entstehungszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt, in dem die Aktien/Optionen zugeteilt werden.

- *Restricted Stock Units*: Die Arbeitnehmenden erhalten ein Versprechen, wonach sie nach Ablauf einer Vesting-Periode eine bestimmte Anzahl Aktien zugeteilt erhalten. Die Aktien können nach der Zuteilung einer Sperrfrist unterliegen. Der massgebliche Entstehungszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt, in dem die Stock Units zugeteilt werden.
- *Performance Shares/Performance Stock Units*: Die Arbeitnehmenden erhalten ein Versprechen, wonach ihnen nach Ablauf einer Vesting-Periode Aktien zugeteilt werden. Deren Anzahl bestimmt sich auf Basis der Erreichung von gewissen Zielen, welche während der Vesting-Periode zu erfüllen sind. Die erhaltenen Aktien können nach der Zuteilung einer Sperrfrist unterliegen. Der massgebliche Entstehungszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt, in dem die betreffenden Aktien bzw. Stock Units definitiv zugeteilt werden.
- *Phantom Instruments*: Bei Phantom Instruments handelt es sich um sämtliche Arten von Entlohnungen, bei welchen die Höhe von einem zugrundeliegenden Beteiligungsinstrument abhängt, wobei immer nur ein Gegenwert in Geld geleistet wird, nie das Beteiligungsinstrument selbst. Der massgebliche Entstehungszeitpunkt richtet sich nach dem zugrundeliegenden Beteiligungsinstrument und bestimmt sich nach den in dieser Ziffer genannten Kriterien.
- *Aktiensparplan*: Bei einem Aktiensparplan zahlen die Arbeitnehmenden aus eigenen Mitteln Geld auf ein Konto ein, von welchem zu einem bestimmten Zeitpunkt Aktien erworben werden. Üblicherweise wird der von den Arbeitnehmenden einzubezahlende Betrag von der Arbeitgeberin bevorschusst. Die Aktien können nach dem Erwerb mit einer Sperrfrist versehen werden. Der massgebliche Entstehungszeitpunkt entspricht dem Zeitpunkt der Bevorschussung durch die Arbeitgeberin.
- *Dividend Equivalents*: Bei Dividend-Equivalents wird den Arbeitnehmenden ein Betrag ausbezahlt, welcher der ausgeschütteten Dividende entspricht, obwohl sie keine eigenen Dividendenrechte besitzen (beispielsweis bei Restricted Stock Units). Da es sich hierbei nicht um eine echte Dividende (Vermögensertrag) handelt, qualifiziert diese als Lohn der Arbeitnehmenden. Die Höhe basiert auf der Anzahl der zugrundeliegenden Instrumente und der tatsächlich an die Aktionäre ausgeschütteten Dividende. Grundsätzlich stellen Dividend Equivalents Lohn im Zeitpunkt der Zahlung dar.
- *Rückgabe von Instrumenten mit oder ohne Entschädigung bei Verlassen des Unternehmens*: Fehlt es bei der Rückgabe an einer Entschädigung, stellt sich die Frage, ob der Verlust als Negativlohn zu berücksichtigen ist. Dies ist u.E. eher nicht anzunehmen, da dieser Verlust nicht im Zusammenhang mit einer geleisteten Arbeit steht, sondern das Resultat der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist. Wird die Rückgabe entschädigt, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine Realisation handelt, welche in konsequenter Anwendung der vorstehenden Ausführungen nicht in die Analyse einfließt. Eine Ausnahme hierzu ist zumindest dann gegeben, wenn die Entschädigung erfolgt, bevor diese als Lohn in der Analyse zu erfassen wäre. Dies ist nach dem vorstehend ausgeführten eigentlich nur bei Performance Shares resp. Performance Stock Units der Fall, wenn die Rückgabe vor der Zuteilung der definitiven Anzahl von Beteiligungspapieren erfolgt. Diesfalls drängt es sich auf, die Entschädigung analog einer Abgangsentschädigung zu behandeln (Ziffer IV.3). Eine weitere Ausnahme ist dann gegeben, wenn die Entschädigung bei Rückgabe nicht auf den reglementarischen Kriterien basiert, sondern individuell von der Arbeitgeberin zugesprochen wird. Auch hier handelt es sich dann eher um eine Abgangsentschädigung.

6.3.3. Bewertung Optionen

Die Bewertung von Optionen im Entstehungszeitpunkt kann nach den bekannten Bewertungsmodellen, z.B. Black-Scholes Methode erfolgen.

7. Gratifikation / Bonus

7.1. Einführung

7.1.1. Gratifikation

Bei Gratifikationen gemäss Art. 322d OR handelt es sich um freiwillige Sondervergütungen der Arbeitgeberin, welche meist zu bestimmten Anlässen wie Weihnachten, Abschluss des Geschäftsjahres oder zum Geschäftsjubiläum ausgerichtet werden. Eine Gratifikation kann somit als Sonderzahlung aus bestimmtem Anlass bezeichnet werden, welche *neben dem Lohn* ausgerichtet wird. Obwohl die Gratifikation im OR unter den Lohnbestimmungen geregelt ist, handelt es sich nicht um Lohn, was aus der gesetzlichen Formulierung unmissverständlich klar wird.¹³⁹ Es ist wichtig, die Gratifikation von Fällen zu unterscheiden, in denen die Zulage den Charakter eines festen Lohnbestanteiles angenommen hat. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn Höhe und bedingungslose Fälligkeit bereits im Voraus vereinbart werden, wie beim 13. Monatslohn. Gemäss zürcherischer Rechtspraxis ist bei unklaren Formulierungen ein 13. Monatslohn und nicht Gratifikation anzunehmen.¹⁴⁰ Die Gratifikation muss somit immer in einem gewissen Mass vom Ermessen der Arbeitgeberin abhängig sein, ansonsten sie Lohn darstellt.¹⁴¹ Weitere Unterscheidungskriterien gegenüber dem Lohn stellen die Regelmässigkeit sowie die Akzessorietät der Zahlungen dar. Demnach sind gemäss Bundesgericht Gratifikationen ab einer bestimmten relativen Höhe im Verhältnis zum Grundlohn als Lohn zu qualifizieren – dies unabhängig vom Parteiwillen.¹⁴² Einschränkend muss hinzugefügt werden, dass dies nicht gilt, wenn der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, welches die Lebenshaltungskosten einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers bei weitem übersteigt, m.a.W. gilt das Akzessorietätsprinzip bei hohen Einkommensverhältnissen nicht.¹⁴³

Die *echte Gratifikation* stellt damit eine *freiwillige Leistung* der Arbeitgeberin an die Arbeitnehmenden dar, die zu bestimmten Anlässen ausgerichtet wird und in einer engen Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht. Dabei handelt es sich nicht um eine Schenkung¹⁴⁴, sondern um eine Anerkennung für geleistete Arbeit oder einen Ansporn für künftige Tätigkeit.¹⁴⁵ Sowohl betriebs- als auch konkurs-, steuer- und sozialversicherungsrechtlich wird die Gratifikation zwar als Lohn behandelt.¹⁴⁶ Allerdings haben die Arbeitnehmenden auf die Ausrichtung einer echten Gratifikation keinen Anspruch.¹⁴⁷ Es handelt sich sodann aus arbeitsrechtlicher Sicht um eine zusätzliche Leistung und nicht um einen festen, periodischen Lohnbestandteil.¹⁴⁸

7.1.2. Bonus

Der Bonus ist eine Art der Vergütung, welche im schweizerischen Gesetz nicht geregelt ist. Es kommt für dessen Charakterisierung nicht auf die verwendete Bezeichnung, sondern einzig auf

¹³⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR N 2.

¹⁴⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 402.

¹⁴¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 9; BGE 136 III 313 E.2.

¹⁴² Vgl. u.a. BGE 4A_509/2008 vom 3.2.2009 E. 41., BGE 4C.97/2006 vom 6.6.2006 E.2, BGE 131 III 615 E.5.2, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N4.

¹⁴³ Vgl. u.a. BGE 4A_721/2012 vom 16. Mai 2013, E.3; BGE 4A_520/2012 vom 26. Februar 2013 E. 5.3.

¹⁴⁴ Vgl. auch VISCHER, 103; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR N3.

¹⁴⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 401.

¹⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR N3.

¹⁴⁷ FHB Arbeitsrecht-BLESI, N 7.29.

¹⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d OR N3.

dessen rechtliche Ausgestaltung an. Daraus ergeben sich oft Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Gratifikation gemäss Art. 322d OR oder einem Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR.

Ob der Bonus im Einzelfall Lohn oder Gratifikation ist, muss jeweils mittels Auslegung geprüft werden. Wenn die Höhe einer Gratifikation zum Voraus vertraglich festgelegt wurde, und sie von keiner Bedingung abhängt, wenn also der Arbeitgeberin kein Ermessen zusteht, mithin die Höhe des versprochenen Bonus bestimmt oder objektiv bestimmbar ist, liegt gemäss Rechtsprechung keine Gratifikation, sondern Bonus und damit Lohn vor.¹⁴⁹ Auch in Fällen, wo die Sondervergütung die einzige Entschädigung für die Arbeitsleistung darstellt oder im Verhältnis zur sonstigen Entschädigung nicht akzessorisch erscheint, wird eine Sondervergütung vom Bundesgericht als Lohnbestandteil betrachtet.¹⁵⁰ Wenn ein kleiner Lohn vereinbart, dafür aber eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird, wird die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit zum eigentlichen Entgelt für die Arbeit und damit zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn.¹⁵¹

7.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Gratifikationen stellen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV bzw. GlG dar und sind bei der Lohnvergleichsanalyse entsprechend zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für Boni, welche unbestreitbar als Lohnbestandteile zu qualifizieren sind.

7.3. Periodizität

Bei Gratifikationen und Boni handelt es sich um aperiodische Leistungen im Sinne von Ziffer III.2.2. Aperiodische Leistungen lassen sich oftmals erst nach Beendigung einer zugrundeliegenden Bemessungsperiode berechnen. Insbesondere Bonuszahlungen werden daher regelmässig erst nach Abschluss eines Geschäftsjahres, d.h. zeitlich verschoben, ausgerichtet. Eine Bonuszahlung bezieht sich somit stets auf eine zurückliegende Zeitperiode. Diesem Umstand ist in der Lohnvergleichsanalyse Rechnung zu tragen. Werden anlässlich einer Lohnvergleichsanalyse Ansprüche berücksichtigt, welche zwar in konkreten Bemessungszeitraum zugeflossen, sich aber auf eine vergangene Periode beziehen, so kann dies zu einem verfälschten Ergebnis führen. Entsprechend ist auf die Periodenidentität zu achten.

8. Vergütung für nicht geleistete Arbeit

8.1. Einführung

Ohne Arbeitsleistung besteht grundsätzlich kein Lohnanspruch. Das Gesetz sieht aber bei Verhinderungen einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers aus bestimmten Gründen eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vor, obwohl zum fraglichen Zeitpunkt keine Arbeitsleistung angeboten wird, sofern das Arbeitsverhältnis auf mehr als drei Monate fest abgeschlossen wurde oder bereits mehr als drei Monate gedauert hat.¹⁵² Dabei führt das Gesetz als Verhinderungsgründe Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, die Erfüllung gesetzlicher Pflichten und die Ausübung eines öffentlichen Amtes auf (Art. 324a OR). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, da die befristete Lohnzahlungspflicht grundsätzlich für alle Fälle der Verhinderung gilt, die in der Person einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers liegen. Dabei kommt

¹⁴⁹ Vgl.u.a. 139 III 155, E. 3.1.; BGE 109 II 447, E.5, 129 III 276, E. 2; kritisch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322d N 9 sowie BSK-PORTMANN, Art. 322d OR N 16; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 403.

¹⁵⁰ BGE 139 III 155, E. 5.3.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 405.

¹⁵¹ BGE 129 III 276; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 405.

¹⁵² Diese Karenzfrist ist in der Praxis allerdings hauptsächlich für den Krankheitsfall relevant, da sowohl das UVG als auch die EO keine Karenzfrist kennen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 2).

z.B. die Heirat der Arbeitnehmerin, resp. des Arbeitnehmers, die Geburt des eigenen Kindes, der Tod eines nahen Verwandten oder die Pflege eines kranken Kindes in Frage.¹⁵³

Die Arbeitgeberin ist bei der unverschuldeten Verhinderung einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers lediglich für eine beschränkte Zeit verpflichtet, trotz ausfallender Arbeitsleistung den Lohn zu entrichten (Art. 324a Abs. 1 OR), wobei dieser Zeitraum durch das Gesetz für das erste Dienstjahr auf drei Wochen festgelegt wurde (Art. 324a Abs. 2 OR). Danach muss der Lohn für eine angemessene längere Zeit entrichtet werden. In der Praxis wurden durch die Gerichte dazu verschiedene Skalen erarbeitet, welche die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht anhand der geleisteten Dienstjahre bestimmen. Die bekanntesten Skalen sind dabei die Berner, die Zürcher und die Basler Skala.

8.1.1. Krankheit

Bei unverschuldeter krankheitsbedingter Abwesenheit einer Arbeitnehmerin, resp. eines Arbeitnehmers besteht gemäss Art. 324a OR für die Arbeitgeberin die Pflicht, während einer beschränkten Zeit den Lohn weiterhin zu bezahlen. Dabei meint die Formulierung «darauf entfallender» Lohn explizit nicht nur den Lohn im engeren Sinn, sondern auch eine Entschädigung für den Naturallohn sowie regelmässig wiederkehrende Zulagen wie Teuerungs-, Nacht-, Sonntags-, Schicht- und Sozialzulagen.¹⁵⁴ Der Lohn soll also gleich hoch sein, wie wenn die Arbeitnehmerin, resp. der Arbeitnehmer gearbeitet hätte.¹⁵⁵ Die nähere Präzisierung der Berechnungsweise kann dabei in Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen erfolgen.

8.1.2. Unfall

Seit Inkrafttreten des UVG sind alle Arbeitnehmenden in der Schweiz gegen Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle versichert. Dabei gewährt die Versicherung ein Taggeld von 80 Prozent des versicherten Lohnes vom dritten Tag nach dem Unfalltag an und bei Invalidität eine gleich hohe Invalidenrente (Art. 17 und 20 UVG, Art. 25 UVV). Dabei beträgt der maximale versicherte Verdienst im Obligatorium zurzeit CHF 148'200.- pro Jahr oder CHF 407.- pro Tag (Art. 15 UVG, Art. 22 UVV, s. auch Art. 18 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)).¹⁵⁶

8.1.3. Mutterschaft

Im Rahmen des Erwerbsersatzgesetzes besteht eine obligatorische Versicherung im Bereich der Mutterschaft. Durch die Mutterschaftsversicherung sollten die Arbeitgeber von jeder nachgeburtlichen Leistungspflicht entlastet werden.¹⁵⁷

Erwerbstätige Frauen haben nach der Niederkunft während 14 Wochen Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung (Art. 16c f. EOG). Diese ist als Taggeld ausgestaltet und entspricht 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens aber CHF 196.- pro Tag (Art. 16e f. EOG). Es wird monatlich nachschüssig ausgerichtet (Art. 35 Abs. 2 Satz 1 Erwerbsersatzverordnung EOV). Darauf sind paritätisch vom Ausgleichsfonds der Erwerbsersatzordnung und von der Berechtigten Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen (Art. 19a EOG). Grundsätzlich entsteht der Anspruch am Tag der Niederkunft und endet spätestens am 98. Tag seines Beginns (Art. 16c und 16d EOG).

¹⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 20; VISCHER 158; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 428.

¹⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 9.

¹⁵⁵ Botsch. OR 1967, 93.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 11.

¹⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 16.

8.1.4. Militärerersatz

Dienstleistende Personen, die in der Schweiz oder im Ausland wohnen, haben Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung. Die Höhe der Entschädigung richtet sich dabei nach dem durchschnittlichen vordienstlichen Einkommen und der Art des Dienstes. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass Armeeangehörige 80 Prozent des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens erhalten, und zwar bis zur Höhe von Minimum CHF 62.- bis maximal CHF 196.- pro Tag. U.U. kommt noch die Kinderzulage dazu, welche für jedes Kind CHF 20.- beträgt. Allerdings darf der Betrag insgesamt CHF 245.- pro Tag nicht überschreiten.¹⁵⁸

8.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

8.2.1. Ersatzleistungen der Sozialversicherungen (Taggelder)

Das Bundesgericht erachtet grundsätzlich sämtliche Entgelte, die für *geleistete Arbeit* entrichtet werden, als Lohn i.S.v. Art. 8 Abs. 3 BV. Zu diesen Entgelten zählt es auch ausdrücklich soziale Lohnkomponenten, wie den *Anspruch auf Besoldung während des Mutterschaftsurlaubs* (siehe Ziffer II.3.2.),¹⁵⁹ obwohl es sich diesbezüglich gerade um Lohn für *nicht geleistete Arbeit* handelt (Taggeld). Im zitierten Entscheid befasst sich das Bundesgericht im Wesentlichen mit der Vergleichbarkeit bzw. Gleichwertigkeit der Arbeit von verschiedenen Berufsgruppen. Die Lohndefinition steht nicht im Vordergrund und wird im Entscheid auch nur beiläufig erwähnt. Es fällt uns daher schwer, aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid wirklich eine eigentliche Praxis des Bundesgerichts zu erkennen. Dies insbesondere auch darum, weil wir die Zuordnung in der Sache als nicht korrekt erachten. Entsprechend sind wir der Meinung, dass auf diese Vergütungselemente trotz vorhandener Judikatur das volle Prüfschema gemäss Ziffer 5.1 angewandt werden muss.

Da Ersatzleistungen der Sozialversicherungen in den entsprechenden Gesetzen (AHVG, UVG, EOG) geregelt werden, kommt einer Arbeitgeberin bei deren Ausrichtung kein Ermessen zu. Damit kann eine *direkte* Diskriminierung ausgeschlossen werden. Eine *indirekte* Diskriminierung entfällt ebenfalls, weil der Arbeitgeberin bezüglich der in Art. 324a OR genannten Gründen, die «*in der Person des Arbeitnehmers liegen*» (u.a. Arbeitsunfähigkeit, Mutterschaft, Militärdienstpflicht) ebenfalls kein Ermessen zusteht und sie die Anspruchsberechtigung der Arbeitnehmenden auf Taggelder daher auch nicht geschlechtsspezifisch zu steuern vermag.

Ersatzleistungen der Sozialversicherungen können – zumindest bis zu einer gesetzlich festgelegten Höhe – auf vertraglich vereinbarten Löhnen basieren, welche ihrerseits diskriminierend sein können, was grundsätzlich zu einer Folgediskriminierung führen kann. Der Einbezug dieser Leistungen in die Lohnvergleichsanalyse kann diesem Umstand jedoch nicht genügend Rechnung tragen. So unterscheiden sich die einzelnen Taggelder teilweise sowohl in ihrer Anspruchsberechtigung, als auch in ihrer Bemessungsgrundlage voneinander. Werden die verschiedenen Ersatzleistungen miteinander verglichen, wird das Resultat aus diesem Vergleich verzerrt. Die Verzerrung wird umso grösser, wenn die unterschiedlichen Arten von Ersatzleistungen für nicht geleistete Arbeit mit regulären (vollen) Löhnen für geleistete Arbeit verglichen werden. Hier ist zu bedenken, dass Ersatzleistungen i.d.R. 80 Prozent des versicherten Lohnes betragen. Wird nun den Taggeldern zur Ermittlung des Lohnes in der Referenzperiode das vertraglich vereinbarte Arbeitspensum (von z.B. 100 Prozent) zugrunde gelegt, ist die Verfälschung des Ergebnisses der Analyse offensichtlich. Um diesem Resultat entgegen zu wirken, müsste konsequenterweise für die Dauer des Taggeldbezugs das Arbeitspensum eines Taggeld-

¹⁵⁸ SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT/SCHWEIZER ARMEE, 2.

¹⁵⁹ Vgl. auch BGE 126 II 217, E. 8a.

bezügers ebenfalls auf 80 Prozent angepasst werden. Ein solches Vorgehen scheint weder praktikabel, noch sinnvoll.

Aus den vorgenannten Gründen kommen wir zum Schluss, dass diese Ersatzleistungen aus den Sozialversicherungen bei der Lohnvergleichsanalyse nicht zu berücksichtigen sind.

8.2.2. Leistungen nach Art. 324a OR

Die Leistungen nach Art. 324a OR, welchen die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin zugrunde liegt, sind in allen Rechtsgebieten als Lohn zu qualifizieren. Insbesondere werden darauf Sozialversicherungsbeiträge und Steuern erhoben. Analog zu den Ausführungen in Ziffer IV.8.2.1. hievon kann vorliegend die Gefahr von direkter und indirekter Diskriminierung jedoch ausgeschlossen werden, zumal die Lohnfortzahlungspflicht gesetzlich geregelt ist, und die Arbeitgeberin den Anspruch auf Lohnfortzahlung nicht geschlechtsspezifisch steuern kann. Damit können die Leistungen nach Art. 324a OR aus der Lohnvergleichsanalyse ausgeschlossen werden.

Auch aus Gründen der Praktikabilität ist eine Berücksichtigung dieser Leistungen in der Lohnvergleichsanalyse nicht zu empfehlen. Die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht unterliegt einer zeitlichen Beschränkung und entfällt danach gänzlich. So ist es denkbar, dass eine Arbeitnehmerin, die länger arbeitsunfähig ist, nach einer gewissen Dauer ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR verliert und danach zwar weiterhin angestellt bleibt, jedoch keinerlei Leistungen mehr erhält. Der Wegfall des Anspruchs auf Lohnfortzahlung basiert auf dem Gesetz, weshalb eine daraus resultierende Einkommenslücke einer Arbeitgeberin nicht zugerechnet werden kann. Der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Wird nun der fehlende Lohn (für nicht geleistete Arbeit) einer arbeitsunfähigen Arbeitnehmerin mit dem Betrag Null in der Bemessungsperiode mit Löhnen für geleistete Arbeit verglichen, wird das Ergebnis der Analyse verfälscht. Zwar basiert die Höhe der Leistungen nach Art. 324a OR stets auf dem vertraglich vereinbarten Lohn, womit es vorliegend keine Unterschiede in der Bemessung geben kann. Doch wäre es auch hier möglich, die Lohnfortzahlungspflicht während einer Wartefrist vertraglich auf 80 Prozent des Lohnes festzulegen, wenn eine Krankentaggeldversicherung besteht. Dieser Umstand kann zu einer weiteren Verzerrung des Ergebnisses der Lohnvergleichsanalyse führen.

Aus diesen Gründen empfehlen wir, die Leistungen nach Art. 324a OR in der Lohnvergleichsanalyse nicht zu berücksichtigen.

8.2.3. Freiwillige Zusatzleistungen der Arbeitgeberin für nicht geleistete Arbeit

Von Ersatzleistungen der Sozialversicherungen und Zahlungen nach Art. 324a OR sind sodann weitere (freiwillige) Zusatzleistungen der Arbeitgeberin zugunsten der Arbeitnehmenden zu unterscheiden. Wir denken dabei etwa an die Übernahme der Differenz zwischen der Ersatzleistung (Taggeld) und dem vertraglich vereinbarten Lohn. Diese Leistungen sind als Lohn zu qualifizieren, zumal darauf Sozialversicherungsbeiträge und Steuern erhoben werden.

Nachdem es sich hierbei um freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin handelt, steht dieser bei deren Zuteilung grundsätzlich ein Ermessen zu, indem sie die Anspruchsberechtigung an geschlechtsspezifische Merkmale knüpfen kann. Insofern besteht bei diesem Lohnelement ein Diskriminierungspotenzial, weshalb es grundsätzlich in die Lohnvergleichsanalyse einzufließen hat.

Schwierigkeiten mit diesem Lohnelement ergeben sich hauptsächlich in der Frage nach dessen konkreten Bemessung in der Lohnvergleichsanalyse. Da solche Leistungen sowohl periodisch als auch aperiodisch ausgestaltet sein können, und deren Bemessungsperiode im Prinzip vom

Zufall abhängt, ist unklar, in welchem Umfang eine solche Leistung zu erfassen ist. Es stellt sich die Frage, ob diese Zuschüsse auf ein Jahr hochzurechnen und als periodische Leistung zu behandeln oder aber als eine Art Bonus zu qualifizieren und analog den aperiodischen Leistungen in der Lohnvergleichsanalyse zu berücksichtigen sind. Denkbar ist auch, eine solche Leistung in der Lohnvergleichsanalyse analog einer vorübergehenden Lohnerhöhung zu behandeln.

Eine finale Entscheidung wird vorliegend wohl in Abstimmung mit der Umsetzung im Modell erfolgen müssen.

8.3. Periodizität

Nachdem lediglich freiwillige Zusatzleistungen der Arbeitgeberin in die Lohnvergleichsanalyse Einfluss finden sollen, deren Einbezug jedoch von der konkreten Ausgestaltung der Lohnvergleichsanalyse abhängt, wird über die Frage der Periodizität zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

9. Naturalkompensation bei Nachtarbeit

9.1. Einführung

Das ArG kennt ein grundsätzliches Verbot der Nachtarbeit von 23 Uhr bis 6 Uhr (Art. 16 ArG). Gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG muss dauernd oder regelmässig zu verrichtende Nachtarbeit zwingend durch eine Zeitgutschrift in Form der Kompensation von mindestens 10 Prozent der Zeit, in welcher Nachtarbeit geleistet wurde, abgegolten werden. Dies muss in Form von effektiver Freizeit geschehen, da dadurch der tatsächliche Erholungszweck gesichert werden soll.¹⁶⁰ Bei nur vorübergehender Nachtarbeit muss ein Lohnzuschlag von 25 Prozent (Art. 17b Abs. 1 ArG) entrichtet werden.¹⁶¹ Bei Art. 17b ArG handelt es sich um zwingendes Recht, weshalb die Parteien die Art der Kompensation nicht abändern können.¹⁶²

9.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Bei der gesetzlich vorgesehenen Ausgleichsruhezeit handelt es sich – wie sich aus dem Wortlaut bereits ergibt – nicht um einen Lohn-, sondern um einen Zeitzuschlag, welcher real zu gewähren ist. Das bedeutet, dass bei regelmässiger Leistung von Nachtarbeit eine Arbeitnehmerin, resp. ein Arbeitnehmer mit einer vertraglichen Soll-Arbeitszeit von z.B. 40 Stunden faktisch «nur» 36 Wochenstunden leisten muss (d.h. 10 Prozent weniger), währenddem ihr/sein Lohn unverändert und das vertragliche Arbeitspensum von 40 Stunden eingehalten bleibt. Der Arbeitnehmerin, resp. dem Arbeitnehmer fliesst demnach kein zusätzliches Einkommen zu, sondern sie/er leistet für denselben Lohn weniger Arbeit. Entsprechend kann es trotz gleichem Lohn zu einer Diskriminierung kommen. Vorliegend steht somit nicht die Frage des Einbezugs oder Nicht-Einbezugs des «Vergütungselements» in die Lohnvergleichsanalyse im Vordergrund, sondern die Problematik, wie die zusätzlich gewährte Freizeit zu berücksichtigen ist.

Aufgrund der Verankerung der Anspruchsgrundlage im Gesetz ist eine direkte Diskriminierung bei der Gewährung des Zeitzuschlags auszuschliessen. Wie bei den Themen «Trinkgeld» (vgl. Ziff. IV.1.2) und «Entschädigung für Überstundenarbeit» (vgl. Ziff. IV.5.2) steht der Arbeitgeberin jedoch auch bei der Zuteilung der Nachtarbeit ein gewisses Ermessen zu. Sie kann darüber entscheiden, welche Arbeitnehmenden Gelegenheit zur Leistung von Nachtarbeit erhalten und somit vom Nachtzeitzuschlag profitieren. Folglich muss die zusätzliche Freizeit in der

¹⁶⁰ SHK-STÖCKLI/SOLTERMANN, Art. 17b N 3.

¹⁶¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §4 N 950.

¹⁶² KUKO ARG-HURNI/GRAF, Art. 17b N 14.

Lohnvergleichsanalyse mitberücksichtigt werden. Wie dies zu geschehen hat, soll anhand eines Beispiels erläutert werden: Angenommen, ein Arbeitnehmer und eine Arbeitnehmerin mit vertraglicher wöchentlicher Soll-Arbeitszeit von 40 Stunden verdienen einen Wochenlohn von CHF 2'000.-. Der Arbeitnehmer leistet regelmässig Nachtarbeit und die Arbeitnehmerin nicht. Die Gewährung des Zeitzuschlags von 10 Prozent führt im Ergebnis dazu, dass der Arbeitnehmer «nur» 36 Stunden arbeiten muss. Vergleicht man nun den Wochenlohn und die vertraglich vereinbarte Soll-Arbeitszeit der beiden Arbeitnehmenden miteinander, wird das Resultat der Lohnvergleichsanalyse keine Lohn Differenz aufzeigen, zumal beiden Löhnen eine Soll-Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zugrunde liegt. Erst das Herunterbrechen des Wochenlohns in Stundenlohn unter Berücksichtigung der reduzierten Arbeitsleistung infolge Zeitzuschlags wird eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers ausweisen. Dieser verdient rund CHF 55.- und die Arbeitnehmerin CHF 50.- pro Stunde. Entsprechend empfiehlt es sich, bei Naturalkompensation von Nacharbeit die Lohnvergleichsanalyse auf Basis von Stundenlöhnen vorzunehmen.

9.3. Periodizität

Bei den Naturalkompensationen handelt es sich um periodische Leistungen, welche gemäss Ziffer III.2.1 zu behandeln sind.

10. Unterschiedliche Ferienansprüche

10.1. Einführung

Der Anspruch auf Ferien, welcher in Art. 329a OR verankert ist, ist einerseits Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und dient dem Zweck der Erholung der Arbeitnehmenden, hat andererseits aber auch Entgeltcharakter, da der Anspruch im Umfang der geleisteten Arbeit wächst.¹⁶³ Dabei besteht sowohl ein Anspruch auf zusammenhängende Freizeit zum Zweck der Erholung als auch auf Fortsetzung der Lohnzahlung während diesem Zeitraum.¹⁶⁴ Es handelt sich um eine relativ zwingende Bestimmung, weshalb Vereinbarungen zu Ungunsten der Arbeitnehmenden nicht zulässig sind.¹⁶⁵ Das Gesetz sieht einen Anspruch von mindestens vier Wochen (bis zum vollendeten 20. Lebensjahr fünf Wochen) Ferien pro Jahr vor. Dabei ist für die Berechnung zwar das Dienstjahr massgebend, oft wird aber zur Vereinfachung vertraglich auf das Kalenderjahr abgestellt.¹⁶⁶

10.2. Berücksichtigung in der Lohnvergleichsanalyse

Ähnlich wie bei der Frage des Einbezugs des Nachtzeitzuschlags in die Lohnvergleichsanalyse geht es auch beim Ferienanspruch um das Zusammenwirken von Freizeit und Lohn. Unterscheidet sich die Höhe des Ferienanspruchs bei gleichem Lohn, leisten die einen Arbeitnehmenden weniger Arbeit für denselben Lohn.

Soweit der unterschiedliche Ferienanspruch aus dem Gesetz resultiert, liegt kein geschlechtsspezifisches Diskriminierungspotenzial vor, da die Differenz einzig an das Alter der Arbeitnehmenden anknüpft. Dasselbe gilt für Ferienansprüche, welche in einem internen Personalreglement nach Alter und unabhängig vom Geschlecht regelt werden. Daher sind wir der Ansicht, dass auf den Einbezug der zusätzlichen Ferien in die Lohnvergleichsanalyse in diesen beiden Fällen verzichtet werden kann. Anders verhält es sich jedoch bei individuell vereinbarten Feri-

¹⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329a, N 2.

¹⁶⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2 N 489.

¹⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329a, N 12.

¹⁶⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, § 2 N 491.

enlösungen. Eine Arbeitgeberin kann einer Arbeitnehmerin, resp. einem Arbeitnehmer unabhängig von ihrem/seinem Alter zusätzliche Ferientage gewähren. Weil es in ihrem Ermessen liegt, welchen Arbeitnehmenden sie diesen Vorteil zugestehen will, besteht hierbei ein gewisses geschlechtsspezifisches Diskriminierungspotenzial. Daher sollten zusätzliche, individuell gewährte Ferien in die Lohnvergleichsanalyse Einfluss finden.

Zusätzliche Ferientage wirken sich – wie beim Zeitzuschlag für Nachtarbeit – auf die Höhe des Stundenlohnes aus. Im Unterschied zur Gewährung des Zeitzuschlags bei regelmässiger Nachtarbeit stimmen bei zusätzlich gewährten Ferien jedoch die vertraglich vereinbarte Soll-Arbeitszeit und die tatsächlich zu leistende Arbeitszeit überein. Hat bei einer 40-Stunden-Woche und einem Jahreslohn von CHF 100'000.- eine Arbeitnehmerin Anspruch auf vier und ein Arbeitnehmer auf acht Wochen Ferien im Jahr, so wirkt sich dies auf die jährliche Soll-Arbeitszeit der beiden Arbeitnehmenden unterschiedlich aus. Die Arbeitnehmerin hat 1'920, und der Arbeitnehmer bei gleichem Jahreslohn 1'760 Stunden im Jahr zu leisten. Dies führt dazu, dass die Arbeitnehmerin einen Stundenlohn von CHF 52.- und der Arbeitnehmer einen solchen von rund CHF 57.- verdient.

10.3. Periodizität

Bei Ferienansprüchen handelt es sich um periodische Leistungen, welche gemäss Ziffer III.2.1 zu behandeln sind.

V. Qualifikation einzelner Vergütungsbestandteile

Für die Qualifikation einzelner Vergütungsbestandteile gemäss der in Phase 1 erstellten Liste verweisen wir auf **Anhang 1**.

* * *

