

Forschungsinstitut für Arbeit  
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

## **Rechtsgutachten**

# **Marktlohn und konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede gemäss Art. 3 Abs. 2 GlG**

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

Mathias Mauchle, M.A. HSG

St. Gallen, 10. Februar 2016

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis .....	V
Einleitung .....	VII
Auftrag.....	VII
Unterlagen.....	VIII
<b>A. Grundlagen.....</b>	<b>1</b>
I. Das Lohngleichheitsprinzip im Schweizer Recht.....	1
1. Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3 BV) .....	1
2. Gleichstellungsgesetz (Art. 3 Abs. 2 GlG).....	3
II. Der Marktlohn und die konjunkturelle Lage als Rechtfertigung für Abweichungen vom Lohngleichheitsprinzip .....	4
<b>B. Rechtsprechung .....</b>	<b>5</b>
BGE 113 Ia 107 (1987).....	5
BGE 124 II 409 (1998) .....	6
BGE 125 I 71 (1998); Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U (2000).....	8
BGE 125 III 368 (1999); Kantonsgericht St. Gallen, BZ.1999.142-K3 (2001); BGer 4C.57/2002 (2002).....	9
BGE 126 II 217 (2000) .....	13
BGE 131 II 393 (2005) .....	14
BGer 4A_261/2011 (2011).....	16
Verwaltungsgericht Aargau, WBE.2013.151 (2014).....	17
BGer 8C_366/2014 (2015).....	19
<b>C. Kriterien für die Zulässigkeit von Marktlöhnen und der Berücksichtigung der konjunkturellen Lage .....</b>	<b>22</b>
I. Im Allgemeinen.....	22
II. Weitere Kriterien der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts .....	24

<b>D.</b>	<b>Auswirkungen auf die Lohnfestsetzung von privaten und öffentlichrechtlichen Arbeitgeber/innen .....</b>	<b>25</b>
I.	Einfluss der konjunkturellen Lage auf die Anstellungsbedingungen, relevanter (Arbeits-)Markt, Nachweis der Konjunkturschwankung .....	25
II.	Verbot der Anbindung an das Geschlecht, geschlechtsmässige Qualifikation des Berufsbildes, Vergleichsmarkt .....	26
III.	Unternehmerisches Bedürfnis und Verhältnismässigkeit .....	29
<b>E.</b>	<b>Würdigung der Bundesgerichtspraxis .....</b>	<b>31</b>
I.	Aus Sicht der Arbeitgeber/innen .....	31
II.	Aus Sicht der Arbeitnehmer/innen .....	32
III.	Aus rechtswissenschaftlicher Sicht .....	34

## Literaturverzeichnis

- ALBRECHT ANDREAS C., Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ (Art. 4 Abs. 2 BV), Diss. Basel 1997, Basel 1998.
- ARIOLI KATHRIN/FURRER ISELI FELICITAS, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Basel 1999.
- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genf 2011 (zit. BEARBEITER/IN, Commentaire LEg, Art. X, S. Y).
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, in: AJP 2005, S. 1062 ff.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, in: AJP 2001, S. 1269 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Zürich 2014 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar zu Art. X BV, Rz. Y).
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1–529 OR (zit. BSK, BEARBEITER/IN, Art. X, N Y).
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar zu Art. X GlG, Rz. Y).
- MATEFI GABRIELLA, Marktlohn und Ausbildungskosten: sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden?, in: AJP 2001, S. 1319 ff.
- NIQUILLE-EBERLE MARTHA, Lohngleichheit in der Praxis – insbesondere zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, in: ZBJV 2001, S. 689 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, in: ZBl 104/2003, S. 113 ff.
- STAUBER-MOSER SUSY, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: AJP 2006, S. 1352 ff.
- STEINER OLIVIER, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, Diss. Basel 1998, Basel 1999.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
eidg.	eidgenössische(r/s)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f./ff.	und folgende/r (Seite(n), Artikel usw.)
FAA-HSG	Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen
Fn	Fussnote(n)
GIG	BG über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (SR 151.1)
HR	Human Resources / Personalwesen
Hrsg.	Herausgeber

i.S.v.	im Sinne von
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
N	Note(n)
Nr.	Nummer(n)
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
sog.	sogenannte(r)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert

## Einleitung

Art. 3 Abs. 2 Gleichstellungsgesetz (GlG) verbietet die Lohndiskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts. Lohnunterschiede zwischen Frau und Mann für gleiche oder gleichwertige Arbeit sind jedoch gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven, nicht-diskriminierenden Gründen beruhen. Von Seiten der Wirtschaft und der Arbeitgeber/innen wird häufig der Markt oder die aktuelle konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede (sog. Marktlohn) ins Feld geführt. Die Erfahrung zeigt hingegen, dass die juristischen bzw. gleichstellungsrechtlichen Aspekte der Marktlohn-Thematik sowie die in diesem Zusammenhang relevante bundesgerichtliche Rechtsprechung bei privaten wie auch bei öffentlichrechtlichen Arbeitgeber/innen und HR-Fachleuten sowie allgemein in der Wirtschaft wenig bekannt sind.

## Auftrag

Das Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen (nachfolgend „FAA-HSG“) wurde vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG (nachfolgend „Auftraggeberin“) am 16. Oktober 2015 angesichts der oben beschriebenen Sachlage beauftragt, ein Rechtsgutachten mit folgendem Inhalt zu erstellen:

1. Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der relevanten Gerichtspraxis kantonaler Gerichte
2. Darstellung der vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien für die Zulässigkeit von Marktlohnen und der Berücksichtigung von konjunkturellen Lagen
3. Aufzeigen, welche Auswirkungen die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Entwicklung und Festsetzung der Lohnpraxis bzw. der Lohnsysteme von privaten und öffentlichrechtlichen Arbeitgeberinnen haben müsste
4. Kritische Würdigung der Bundesgerichtspraxis (sowohl aus Sicht der Arbeitgeber/innen als auch aus Sicht der Arbeitnehmer/innen)

## Unterlagen

Zur Beantwortung der obenstehenden Fragen wurden dem FAA-HSG von der Auftraggeberin folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- *FE-Vertrag 303-2015-31 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft vertreten durch das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) und Universität St. Gallen, Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG), Tellstrasse 2, 9000 St. Gallen vom 16. Oktober 2015 enthaltend:*
  - o *Schilderung der Ausgangslage*
  - o *Gegenstand des Gutachtens (vgl. oben bei Auftrag 1. - 4.)*
- *Nachtrag zu FE-Vertrag 303-2015-31/1 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft vertreten durch das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) und Universität St. Gallen, Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG), Tellstrasse 2, 9000 St. Gallen vom 20. Januar 2016*



## A. Grundlagen

### I. Das Lohngleichheitsprinzip im Schweizer Recht

#### 1. Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3 BV)

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) enthält seit 1981 in ihrem Art. 8 Abs. 3 Satz 3 das Prinzip der Lohngleichheit. Dieses bezieht sich stets auf das Verhältnis Frau – Mann und nicht auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer/innen gleichen Geschlechts. Die Verfassungsbestimmung gibt der einzelnen Arbeitnehmerin bzw. dem einzelnen Arbeitnehmer im öffentlichrechtlichen wie auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis einen unmittelbaren, unverzichtbaren Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.<sup>1</sup> Dieser Anspruch ist seit 1996 im Gleichstellungsgesetz (GlG) konkretisiert. Entsprechende Klagen richten sich seither nach diesem Gesetz.<sup>2</sup>

Bis heute ist der verfassungsmässige Grundsatz der Lohngleichheit aber weder im privaten noch im öffentlichen Arbeitsbereich durchgehend verwirklicht. Frauen verdienen in der Schweiz gemäss der Lohnstrukturerhebung des BFS im Jahr 2012 im privaten Sektor durchschnittlich 21.3% weniger als ihre männlichen Kollegen. Dabei blieben 40.9% des Lohnunterschieds zwischen Frauen und Männern statistisch unerklärt. Im öffentlichen Sektor wurde vom BFS für das Jahr 2012 ein durchschnittlicher Lohnunterschied von 16.5% zwischen Frauen und Männern festgestellt. Davon blieben 38.8% unerklärt.<sup>3</sup> Beim jeweiligen unerklärten Anteil des Lohnunterschieds kann mangels anderweitiger Begründung davon ausgegangen werden, dass er auf diskriminierendem Verhalten basiert.

Im Rahmen von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ist sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung verboten (vgl. auch Art. 3 Abs. 1 GlG).<sup>4</sup> Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann,

---

<sup>1</sup> GEISER/MÜLLER, Rz. 384.

<sup>2</sup> BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 99.

<sup>3</sup> BFS, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2012, Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern: markante Unterschiede je nach Branche, Medienmitteilung vom 21.08.2015, S. 1 f., abgerufen am 15.01.2016 unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.html?pressID=10341>.

<sup>4</sup> BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 124.

und sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt.<sup>5</sup> Eine indirekte geschlechtsbedingte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Begründung gegenüber jenen des anderen Geschlechts erheblich benachteiligt.<sup>6</sup> Das Diskriminierungsverbot umfasst sämtliche Entgelte für Arbeitsleistungen von Arbeitnehmer/innen wie bspw. das Arbeitsentgelt, weitere Lohnbestandteile wie Familien- und Kinderzulagen, Gratifikationen, Naturalleistungen usw.<sup>7</sup>

Der Anspruch auf gleichen Lohn für Frau und Mann besteht ausdrücklich nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit.<sup>8</sup> Dies hat zur Folge, dass die zu erbringende Arbeit bewertet werden muss. Gleichwertigkeit der Arbeit kann bei ähnlicher Arbeit vorliegen. In der Regel ist indessen anhand mehrerer Kriterien die Gleichwertigkeit zu eruieren, insbesondere anhand von Anforderungen, Verantwortung und Leistung. Differenzen hierin können unter Umständen eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen.<sup>9</sup> Ob die zu vergleichenden Arbeitstätigkeiten bzw. Funktionen gleichwertig sind, muss mithilfe von arbeitswissenschaftlichen Gutachten geprüft werden. Das Bundesgericht lässt dabei verschiedene Methoden zu.<sup>10</sup> Im Vordergrund stehen heute die sog. analytische Arbeitsbewertung und die statistische Lohnanalyse oder Regressionsanalyse. Bei der analytischen Arbeitsbewertung werden die Funktionen, Merkmale und Belastungen eines Arbeitsplatzes erfasst und bewertet, woraus sich der Lohn ermitteln lässt. Bei der statistischen Lohnanalyse oder Regressionsanalyse wird mithilfe von ökonomischen Theorien das Humankapital – bestehend aus Ausbildung, Wissen und Dienstalter – ermittelt und durch funktionsbezogene Aspekte wie bspw. das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes ergänzt.<sup>11</sup>

Eine ungleiche Entlohnung ist nicht diskriminierend und entsprechend zulässig, wenn objektive Gründe sie rechtfertigen, die ihrerseits wiederum weder direkt noch indirekt geschlechterdiskriminierend sind. Als zulässige Gründe gelten Elemente, die den Wert der Arbeit selbst bestimmen wie bspw. Ausbildung, Berufserfahrung, Aufgaben oder Arbeitsbelastung.<sup>12</sup> Überdies wurden auch traditionelle Lohnkriterien wie Familienlasten, Alter oder die Arbeitsmarktlage als nicht diskriminierend betrachtet, was von der Lehre kritisiert

---

<sup>5</sup> BGer 8C\_119/2015, E. 4.2.

<sup>6</sup> BGer 8C\_119/2015, E. 4.2; BGer 8C\_366/2014, E. 6.1.2.

<sup>7</sup> BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 125.

<sup>8</sup> BGE 130 III 145, E. 3.1.2.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. BGE 125 III 368, E. 5; BGer 4A\_261/2011, E. 3.2.

<sup>10</sup> BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 126.

<sup>11</sup> BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 127.

<sup>12</sup> AUBRY GIRARDIN, S. 1068; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGE 127 III 207, E. 3b; BGE 125 III 368, E. 5; BGE 125 II 541, E. 6c.

worden ist.<sup>13</sup> Finanzielle Schwierigkeiten<sup>14</sup>, Budgetfragen<sup>15</sup> oder die Gefahr schwerwiegender Auswirkungen auf das Lohngefüge der Arbeitgeberin<sup>16</sup> stellen keine Rechtfertigungsgründe für geschlechtsspezifische Lohndifferenzen dar.<sup>17</sup> Ferner hat das Bundesgericht im Sinne eines Grundprinzips festgehalten, dass der Arbeitgeber nicht eine Diskriminierung durch eine andere zu rechtfertigen vermag. Lohndiskriminierungen zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern sind somit auch möglich, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer/innen des gleichen Geschlechts ebenfalls ungleich behandelt.<sup>18</sup>

## 2. Gleichstellungsgesetz (Art. 3 Abs. 2 GlG)

Der Anspruch von Frau und Mann auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit ist – wie oben ausgeführt – bereits vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes auf Verfassungsebene (Art. 8 Abs. 3 BV) verankert worden.<sup>19</sup> Im Zusammenhang mit der Lohngleichheit stellt Art. 3 GlG materiellrechtlich eine Wiederholung des bereits verfassungsmässig geltenden Rechts dar.<sup>20</sup> Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GlG verpflichten alle Arbeitgeberinnen, den bei ihnen angestellten Arbeitnehmer/innen für gleichwertige Arbeit den gleichen Lohn zu bezahlen. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die Arbeitgeberinnen gleiche Löhne bezahlen müssen wie andere Arbeitgeberinnen. Entsprechend kann ein Bewertungsvergleich in der Regel nur zwischen Tätigkeiten verlangt werden, die in verschiedenen Anstellungsverhältnissen bei derselben Arbeitgeberin erbracht werden.<sup>21</sup> Der Lohngleichheitsanspruch ist ein unmittelbar anwendbares justiziables Individualrecht und als solches direkt einklagbar und durchsetzbar.<sup>22</sup> Überdies gilt er für alle unselbständigen Arbeitsverhältnisse sowohl privatrechtlicher als auch öffentlichrechtlicher Natur.<sup>23</sup>

---

<sup>13</sup> AUBRY GIRARDIN, S. 1069; FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 146; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGE 127 III 207, E. 3c; BGE 125 III 368, E. 5.

<sup>14</sup> BGE 125 I 71, E. 4d.

<sup>15</sup> BGE 124 II 436, E. 10h.

<sup>16</sup> BGE 124 II 436, E. 10g; BGE 117 Ia 262, E. 3c.

<sup>17</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 148.

<sup>18</sup> BGE 136 II 393, E. 11.3; BGE 127 III 207, E. 4b.

<sup>19</sup> Vgl. Ausführungen in A. I. 1. oben.

<sup>20</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 73; BGE 124 III 409, E. 1.

<sup>21</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 90; BGE 130 III 145, E. 3.1.2.

<sup>22</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 74 m.w.V.

<sup>23</sup> Siehe Art. 2 GlG; ARIOLI/FURRER ISELI, Rz. 14 f.; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LEg, Art. 3, S. 73; FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 76.

## II. Der Marktlohn und die konjunkturelle Lage als Rechtfertigung für Abweichungen vom Lohngleichheitsprinzip

Keine diskriminierende Ungleichbehandlung bei unterschiedlicher Entlohnung wurde – abgesehen von Elementen, welche den Wert der Arbeit selbst bestimmen – fallweise auch bei einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mittels wirtschaftlichen Motiven gesehen. Die Rede ist vom sog. Marktlohn, bei welchem die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Entlohnung von Frauen und Männern ins Feld geführt wird. Die Bemessung der Lohnhöhe in Abhängigkeit von den Gegebenheiten des Marktes weicht von den Methoden der analytischen Arbeitsbewertung sowie von der statistischen Lohnanalyse bzw. Regressionsanalyse erheblich ab und scheint entsprechend rechtfertigungsbedürftig. Während bei der analytischen Arbeitsbewertung und bei der statistischen Lohnanalyse bzw. Regressionsanalyse versucht wird, mittels wissenschaftlich geprägter Methoden den tatsächlichen Wert einer Arbeit zu bestimmen, ist die ökonomische Optik eine grundlegend andere. Dabei ergibt sich der Wert einer Arbeit nach Marktgesichtspunkten, d.h. aus dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage. Der wirtschaftliche Wert einer Arbeit ergibt sich demzufolge daraus, dass jemand bereit ist, einen bestimmten Lohn für sie zu bezahlen. Die Lohnhöhe kann deshalb erheblich von der Verhandlungsposition der Vertragsparteien abhängig sein.<sup>24</sup> Die Rechtsprechung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die konjunkturelle Lage ein Rechtfertigungsgrund für geschlechtsspezifische Lohnunterschiede sein kann, hat sich entwickelt. Dabei konnte bisher im Allgemeinen eine Tendenz hin zu einer restriktiveren Zulassung des Marktargumentes durch die Rechtsprechung beobachtet werden. Restriktiver in dem Sinne, als im Entwicklungsverlauf die Voraussetzungen für die Zulassung des Marktargumentes präzisiert wurden. Überdies sind Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht bei der Rechtfertigung von Lohnunterschieden mittels der konjunkturellen Lage hinzugekommen. Der Entwicklungsverlauf der Rechtsprechung soll im nachfolgenden Kapitel B. aufgezeigt werden.

---

<sup>24</sup> SEILER, S. 145 f.

## B. Rechtsprechung

### BGE 113 Ia 107 (1987)

Im Entscheid BGE 113 Ia 107 urteilte das Bundesgericht über die Ansprüche einer professionellen Schauspielerin, welche kurzfristig als Ersatz für eine ausgefallene nebenberufliche Schauspielerin in einer Aufführung eingesetzt wurde. Die engagierte Ersatzschauspielerin sah eine Ungleichbehandlung beim Lohn zwischen ihr und ihren männlichen Schauspielkollegen, weshalb sie unter Berufung auf den Lohngleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung eine Lohnnachforderung an die Arbeitgeberin richtete.

Im Entscheid hielt das BGer fest, dass dem *verfassungsmässigen Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann direkte Dritt- bzw. Horizontalwirkung unter Privatpersonen* zukomme (E. 1a). Dem Grundsatz komme insbesondere im privatrechtlichen Verhältnis *Doppelcharakter* zu, indem es sich einerseits um ein *verfassungsmässiges Recht* und andererseits um eine *zwingende Bestimmung*, welche im Rahmen des Einzelarbeitsvertragsrechts (Art. 319 ff. OR) zu beachten sei, handle (E. 1a). *Unter das Gleichbehandlungsgebot von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) fallen alle Formen sowohl der direkten als auch der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Arbeitnehmer/innen (E. 4a).* Dabei spiele es keine Rolle, ob die Ungleichbehandlung in beabsichtigter oder unbeabsichtigter Weise erfolge.

*Eine unterschiedliche Entlohnung von Frau und Mann für gleiche oder gleichwertige Arbeit verletze den Lohngleichheitsgrundsatz dann nicht, wenn sie aufgrund objektiver Motive wie Alter, Dienstalter, Familienverpflichtungen, Erfahrung, Qualifikation, (Berufs)Risiken usw. erfolge. Überdies können auch Gründe, die sich nicht auf den/die Arbeitnehmer/in oder seine/ihre Tätigkeit beziehen, eine Abweichung vom Lohngleichheitsgrundsatz rechtfertigen.* So beispielsweise die *konjunkturelle Lage*, welche im Moment der Rekrutierung von neuem Personal einen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen haben könne. Dabei könne eine durch die Entwicklung der konjunkturellen Lage bedingte *temporär unterschiedliche Entlohnung prinzipiell mit dem Lohngleichheitsgrundsatz kompatibel* sein (E. 4a). Allerdings sei bei Ungleichbehandlungen dieser Art Vorsicht geboten, um nicht Gefahr zu laufen, mit den entsprechenden Argumenten eine geschlechtsspezifische Diskriminierung zuzulassen. Zudem habe der Arbeitgeber, welcher sich auf die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung berufe, zu beweisen, dass die entsprechenden Umstände auf dem Markt auch tatsächlich vorliegen (Art. 8 ZGB).

Demnach urteilte das BGer, dass die Pflicht einer Theaterleitung, eine nebenberuflich tätige Schauspielerin, welche im letzten Moment ausfällt, rasch und ohne Kostenüberschreitung

zu ersetzen, einen objektiven Umstand darstelle, der ein Abweichen vom Grundsatz der Lohngleichheit rechtfertige.

### **BGE 124 II 409 (1998)**

Im Entscheid BGE 124 II 409 hatte sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde von im Kanton Zürich tätigen Handarbeitslehrerinnen zu befassen, welche sich auf den aus Art. 4 Abs. 2 aBV fliessenden Lohngleichheitsgrundsatz beriefen. Die Handarbeitslehrerinnen sahen sich aufgrund ihrer im Vergleich zu Primarlehrern tieferen Lohnklasseneinstufung sowie aufgrund der zusätzlich zu leistenden Arbeitsstunden diskriminiert und machten Lohnnachforderungen geltend.

Nach der Feststellung, dass Art. 3 GIG für das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis inhaltlich nicht wesentlich mehr aussagt als Art. 4 Abs. 2 aBV, hielt das Bundesgericht fest, dass das *Gleichstellungsgesetz* – soweit es um Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann gehe – *selber Grundlage für kantonale Entscheide* sei (E. 1d ii). Dies sei es auch dann, wenn der kantonale Entscheid im Rahmen eines Rechtsstreites um an sich kantonal geregelte Besoldungsansprüche für öffentlichrechtliche Angestellte ergehe. Das *Gleichstellungsgesetz* beabsichtige eine für alle Arbeitnehmer möglichst einheitliche Rechtsprechung und *gelte daher in seinen zentralen materiellrechtlichen Bestimmungen gleichermassen für privatrechtliche und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse* (E. 1e dd).

Gemäss dem Urteil liegt eine *besoldungsmässige Diskriminierung* vor, *wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind*. Untersagt seien demnach Lohnunterschiede, die auf geschlechtsspezifische Umstände abstellen. Ein *Lohnunterschied zwischen zwei typisch weiblich identifizierten Berufen könne demgegenüber keine geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellen* (E. 8a). *Eine Diskriminierung liege aber nicht nur dann vor, wenn ein typisch weiblicher gegenüber einem typisch männlichen Beruf ungerechtfertigt benachteiligt werde, sondern auch, wenn dies zwischen einem typisch weiblich und einem geschlechtsmässig neutral identifizierten Beruf geschehe* (E. 8b).

*Statistisch belegte Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern könnten ein Indiz für Lohndiskriminierungen bilden. Allerdings müssten die unterschiedlich entlöhnten Tätigkeiten gleichwertig sein*. Mit der *Frage nach der Gleichwertigkeit* werde das Vorliegen einer *Tatbestandsvoraussetzung für das Lohngleichheitsgebot* überprüft (E. 9a). *Dazu – so das Bundesgericht – können die auszuübenden Funktionen als solche bzw. die daran gestellten Anforderungen (Arbeitsplatz- oder Funktionsbewertung), die individuellen Merkmale der Stelleninhaber (Alter,*

*Dienstalter, Ausbildung usw.) sowie die Art und Weise, wie die betroffenen Personen diese Funktionen ausführen (Leistungsbewertung), berücksichtigt werden. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten seien, könne nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden werden, sondern hänge von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen könnten (E. 9b). Sodann führte das Bundegericht aus, dass das Lohnleichheitsgebot den grossen Spielraum, der bei der Wahl des arbeitswissenschaftlichen Bewertungsverfahrens besteht, nicht grundsätzlich einschränke. Auch bedeute der Grundsatz nicht, dass nur noch eine ganz bestimmte Methode für die Bewertung von Arbeitsplätzen zulässig wäre. Der Grundsatz verbiete lediglich die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien (E. 9b).*

*Eine diskriminierende Bewertung liege vor, wenn Unterschiede in der Besoldung an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpfen, ohne dass dies durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründet wäre (E. 9c). Das könne beispielsweise dadurch geschehen, dass geschlechtsspezifische Kriterien berücksichtigt bzw. stark gewichtet werden, die für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlich oder unbedeutend sind, oder umgekehrt nicht berücksichtigt bzw. schwach gewichtet werden, obwohl sie für die Tätigkeit wichtig sind. Die Berücksichtigung eines geschlechtstypischen Kriteriums sei indessen nicht diskriminierend, soweit es für die Erfüllung der Arbeit relevant sei. Nicht diskriminierend seien demnach in der Regel Unterschiede, die auf objektiven Gründen wie Ausbildung, Alter, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich oder Leistung beruhen (E. 9c).*

*Bewertungskriterien sind gemäss dem zur Diskussion stehenden Urteil des BGer dann geschlechtsspezifisch, wenn sie von den Angehörigen des einen Geschlechts wesentlich leichter oder anteilmässig erheblich häufiger erfüllt werden können als von den Angehörigen des anderen Geschlechts. In Frage kämen demnach Eigenschaften, welche bei Angehörigen des einen Geschlechts aus biologischen Gründen im Durchschnitt weniger häufig erfüllt seien (bspw. Körpergrösse oder -kraft), oder Eigenschaften, welche auf in der gesellschaftlichen Realität vorhandene geschlechtsspezifische faktische Ungleichheiten zurückzuführen seien (E. 9d). Auf diese Weise könne z.B. das formal geschlechtsneutrale Kriterium des Dienstalters zu indirekten Diskriminierungen führen, weil Frauen im Durchschnitt eher ihre Berufskarriere zugunsten der Kinderbetreuung unterbrechen und daher weniger berufliche Erfahrung sammeln können. Ob ein bestimmtes, einer Arbeitsplatzbewertung zugrundeliegendes Kriterium geschlechtstypisch sei, müsse entweder aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung oder durch wissenschaftliche Untersuchungen statistisch nachweisbar sein (E. 9d).*

Das Bundesgericht sah schliesslich in der Lohnklasseneinstufung der Handarbeitslehrerinnen keinen Verstoss gegen den Lohnleichheitsgrundsatz, hiess jedoch die Beschwerde betreffend die zusätzlich zu leistenden Arbeitsstunden teilweise gut und wies das angefochtene Urteil diesbezüglich zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

**BGE 125 I 71 (1998); Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U (2000)**

Im Fall wehrten sich drei Krankenschwestern mit staatsrechtlicher Beschwerde vor Bundesgericht gegen die Einreihung ihrer Arbeitsstellen in bestimmte Gehaltsklassen, welche in Abweichung von der Empfehlung einer Bewertungskommission durch den Regierungsrat des Kantons Bern vorgenommen wurde. Die Beschwerdeführerinnen machten geltend, dass ein typischer Frauenberuf aus finanzpolitischen Gründen indirekt diskriminiert werde, was Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV verletze.

*Zu den objektiven Umständen, die nicht geschlechtsspezifisch motiviert sind und sich nicht auf die Person oder die Tätigkeit des Arbeitnehmers beziehen und die entsprechend bei der Gehaltsfestsetzung im Rahmen des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit berücksichtigt werden dürfen, gehört gemäss diesem Urteil die konjunkturelle Lage. Sie vermöge zumindest zeitweise eine unterschiedliche Entlohnung zu begründen, soweit diese nicht an das Geschlecht der betroffenen Beschäftigten gebunden sei (E. 4d aa). Rein budgetäre Schwierigkeiten vermögen indessen eine Abweichung vom verfassungsmässigen Lohnleichheitsanspruch nicht zu rechtfertigen (E. 4d bb). Liegt ein Verstoss gegen das Lohnleichheitsgebot vor, so habe der Richter selbst dann einzugreifen, wenn mit der Gutheissung des Anspruchs schwerwiegende Auswirkungen auf das ganze Lohnsystem und die kantonalen Finanzen verbunden seien.*

Ein Minusklassenentscheid um zwei Klassen gegenüber dem Ergebnis der Arbeitsplatzbewertung bei der Lohnfestsetzung war gemäss dem Entscheid nicht diskriminierend. *Es sei dem Kanton nicht verwehrt, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten Gehälter bei der LohnEinstufung mit zu berücksichtigen, soweit er damit nicht einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahle (E. 4d aa). Unter dem sog. „grösseren Markt“ hat das BGer in seinem Entscheid den Markt anderer bzw. mehrerer Kantone verstanden, wobei es als zulässig erachtet hat, dass der Kanton Bern bei der Festsetzung seines Lohnsystems die in anderen Kantonen bezahlten Löhne als Vergleichswerte berücksichtigt hatte.*



Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, da es den Beschwerdeführerinnen nicht gelungen war, glaubhaft zu machen, dass die umstrittene Einreihung in die entsprechende Gehaltsklasse lediglich aus budgetären Gründen zu Lasten eines typischen Frauenberufs erfolgt war.

Vor dem Verwaltungsgericht Bern<sup>25</sup> rekurrerten die Krankenschwestern zusammen mit den jeweiligen Berufsverbänden und forderten ebenfalls die Feststellung einer Diskriminierung sowie die Nachzahlung der Lohndifferenz. Der Kanton als Beklagter lehnte die Neueinreihung sowie die Lohnnachzahlung ab, weil der Beruf der Krankenschwester kein frauentypischer Beruf sei und deshalb keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege. Nachdem das Verwaltungsgericht sein Verfahren bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiert hatte, beurteilte es die Klagen auf Lohnnachzahlung.

Das Verwaltungsgericht Bern hielt dabei fest, dass der zum Vergleich herbeigezogene *Beruf des Polizisten ein typischer Männerberuf* sei, weshalb die *Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu prüfen* sei (E. 4a). Wegen der Beweislastumkehr von Art. 6 GlG hatte der Kanton zu beweisen, dass keine Diskriminierung der Krankenschwestern vorgelegen hatte. Dazu legte er eine Arbeitsbewertung vor, welche Unterschiede im Hinblick auf die Verantwortung und das Risiko der beiden Berufe auswies. Überdies begründete der Kanton den *höheren Lohn der Polizisten* auch mit der *Marktsituation*, was das Gericht zu einer *statistischen Überprüfung der Löhne* in anderen Kantonen veranlasste (E. 5g). Die Überprüfung ergab, dass tatsächlich ein nachweisbarer Lohndruck auf dem Arbeitsmarkt für Polizisten bestanden hatte. Das Gericht entschied schliesslich, dass ein Teil der Lohndifferenz sachlich begründet gewesen sei und mit einer vom Kanton durchgeführten Besoldungsrevision die Löhne der Krankenschwestern an diejenigen der Polizisten angepasst wurden, weshalb im Ergebnis keine diskriminierende Ungleichbehandlung mehr vorgelegen habe. Die Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht Bern entsprechend abgewiesen.

**BGE 125 III 368 (1999); Kantonsgericht St. Gallen, BZ.1999.142-K3 (2001); BGer 4C.57/2002 (2002)**

In BGE 125 III 368 forderte eine Zeitungsredaktorin einerseits Lohnnachzahlungen und andererseits eine zukünftig höhere Gehaltseinstufung zwecks lohnmassiger Gleichstellung mit einem männlichen Arbeitskollegen.

---

<sup>25</sup> Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U.

Nachdem das Bundesgericht dieselben nicht diskriminierenden Gründe für eine Ungleichbehandlung beim Lohn wie bereits in BGE 124 II 409 auflistete, zog es die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für eine ungleiche Entlohnung in Betracht. Dazu führte das BGer aus, dass die *konjunkturelle Lage insofern berücksichtigt werden könne, als dies einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspreche* (E. 5). Die *konjunkturelle Lage vermöge jedenfalls zeitweise eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn diese nicht an das Geschlecht gebunden sei*, wie das BGer in Wiederholung von BGE 125 I 71 festhielt (E. 5c aa). Damit ist das Bundesgericht der Lehrmeinung, wonach eine Rechtfertigung von Lohnunterschieden zwischen Mann und Frau durch die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt generell abzulehnen sei, nicht gefolgt.<sup>26</sup>

Mit Verweis auf die (schweizerische) Literatur<sup>27</sup> und die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH),<sup>28</sup> welche marktbedingte Lohnunterschiede unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachten,<sup>29</sup> äusserte sich auch das Bundesgericht eingehend zu den *Voraussetzungen für marktbedingte Lohnunterschiede*. Diese müssen insbesondere die *Verhältnismässigkeit* wahren. Dabei müssen die *Lohnunterschiede einem Ziel dienen*, das einem *wirklichen unternehmerischen Bedürfnis* entspricht und sie müssen *zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich* sein. Weiter dürfen sie die *nachgewiesenen Konjunkturschwankungen nicht übersteigen* und müssen *in zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt* bleiben.<sup>30</sup> Sodann habe das entsprechende Unternehmen die *konjunkturbedingte Lohnstruktur innert angemessener Frist im Rahmen der periodischen Überprüfung zu beseitigen* (E. 5c aa).

Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass die *Arbeitsmarktlage Lohnunterschiede* somit *nur begrenzt und vor allem nur vorübergehend rechtfertigen* könne. Ohnehin dürfe das Gewicht, welches der konjunkturellen Lage unter den lohnbestimmenden Faktoren zustehe, nicht überschätzt werden. Denn der *Wert einer Arbeit hänge in erster Linie von den objektiven Anforderungen und von der individuellen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Arbeitskraft*

---

<sup>26</sup> Nachweise bei STEINER, S. 295 f.

<sup>27</sup> Insbesondere ALBRECHT, S. 156 f. und STEINER, S. 275 f.

<sup>28</sup> In 170/84, Bilka, Rn. 36 f. hat der EuGH festgehalten, dass Unterscheidungen bei Lohnbestandteilen gerechtfertigt sein können, wenn sie einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind. In C-127/92, Enderby, Rn. 24-29 hat der EuGH entschieden, dass es Unternehmen gestattet sein müsse, Lohnzuschläge mit den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt zu rechtfertigen, wobei die Höhe des Zuschlags im Einzelfall im Lichte der tatsächlichen Marktverhältnisse sowie der Verhältnismässigkeit begründbar bleiben müsse.

<sup>29</sup> ALBRECHT, S. 156.

<sup>30</sup> Vgl. auch ALBRECHT, S. 157 f.

*ab.* Die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt seien im Vergleich zu diesen Faktoren von untergeordneter Bedeutung, da die Unternehmen den Regeln von Angebot und Nachfrage nicht vollständig ausgeliefert seien. Ihr finanzieller Spielraum erlaube regelmässig ein diskriminierungsfreies Lohnsystem.<sup>31</sup> Es sei zwar denkbar, dass bei einer Neuanstellung wegen spezifischer Bedürfnisse des Unternehmens eine spezialisierte und besonders wertvolle Arbeitskraft aufgrund der momentanen Marktlage höher entlohnt werden müsse als früher angestellte Personen des andern Geschlechts. Leisteten letztere Personen aber nicht nur gleichwertige, sondern auch gleichartige oder gleiche Arbeit,<sup>32</sup> so sei ein durch die Marktlage zu rechtfertigendes unternehmerisches Bedürfnis nach einer unterschiedlichen Entlohnung kaum bzw. jedenfalls nicht für längere Zeit denkbar. In einer solchen Situation würde aufgrund der Marktlage ja gerade auch die Arbeit von früher angestellten Mitarbeitern besonders wertvoll (E. 5c aa).

Da der Arbeitsmarkt in geografische, branchenmässige und berufsspezifische Teilmärkte zerfalle, welche von den allgemeinen Konjunkturschwankungen unterschiedlich stark betroffen seien, gelte es den relevanten Arbeitsmarkt zu definieren, sofern die konjunkturelle Lage zur Rechtfertigung eines Lohnunterschieds zwischen Frauen und Männern herbeigezogen werde. Weiter sei auch abzuklären, welche Faktoren diesen Markt wie stark beeinflusst hätten. Soweit das Vorhandensein und das Gewicht der massgebenden Faktoren nicht notorisch seien, müssten sie durch Wirtschaftsdaten und Statistiken belegt werden. Evident scheint in diesem Zusammenhang die ergänzende Aussage des Bundesgerichts, wonach nur Faktoren in Betracht fallen, die tatsächlich vorhanden waren und den konkreten Lohnentscheid beeinflusst haben. Zu bezeichnen und zu belegen sei überdies auch das konkrete unternehmerische Bedürfnis nach einer marktbedingten vorübergehenden Abweichung von der Lohngleichheit. Denn nur unter diesen Voraussetzungen sei es möglich, im Hinblick auf das Lohngleichheitsgebot zu prüfen, ob und wieweit die konjunkturelle Lage einen Lohnunterschied zwischen einer männlichen und einer weiblichen Arbeitskraft zu rechtfertigen vermöge (E. 5c aa).

Betreffend den dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hielt das Bundesgericht fest, dass eine lohnmassige Ungleichbehandlung von Personen verschiedenen Geschlechts, für die eine arbeits- oder konjunkturbezogene Erklärung fehle, auch gegen das Lohngleichheitsgebot verstosse, wenn es sich um eine Ausnahme bzw. einen Einzelfall im entsprechenden Unternehmen handle (E. 5c cc). Lohnunterschiede aufgrund von Konjunkturschwankungen seien im Rahmen

---

<sup>31</sup> Vgl. STEINER, S. 295 f.

<sup>32</sup> Das BGER verwendet in BGE 125 III 368, E. 5c aa) die drei Begriffe der gleichwertigen, gleichartigen und gleichen Arbeit. Dabei handelt es sich u.E. bei den beiden letzteren um synonym zu verstehende Begriffe.

*der periodischen Bereinigung der Lohnstruktur zu beseitigen, sobald dies dem Unternehmen möglich und zumutbar sei (E. 5c ee).*

Schliesslich wies das Bundesgericht die Vorinstanz an, das Vorliegen rechtfertigender Tatsachen sowie den Abbau einer allfällig für eine bestimmte Zeit gerechtfertigten Lohndifferenz innert angemessener Frist im Einzelnen genauer zu überprüfen.

Bei seiner Neubeurteilung<sup>33</sup> nahm die Vorinstanz (Kantonsgericht St. Gallen) Einsicht in die Lohndaten, die Lohnentwicklung sowie die Stellenbeschreibungen, um nachzuprüfen, ob Unterschiede bestanden, die sich auf den Wert der Arbeit auswirkten. Das Kantonsgericht verwies in seinem Urteil darauf, dass die männliche Vergleichsperson bei ihrer Anstellung einziger Bewerber war und somit eine starke Verhandlungsposition gehabt habe. Überdies habe es bei seiner Anstellung auch soziale Gründe gegeben, welche den Lohnunterschied rechtfertigten. Das Kantonsgericht entschied abermals, dass der Lohnunterschied objektiv gerechtfertigt gewesen sei und keine geschlechtsspezifische Benachteiligung beinhaltet. Überdies habe der Arbeitgeber die Lohndifferenz auch reduziert und sei somit der Verpflichtung zur Lohngleichheit im Rahmen seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten nachgekommen.

Gegen dieses Urteil reichte die Zeitungsredaktorin erneut Berufung beim Bundesgericht ein, wobei sie an ihren Anträgen festhielt. Das Bundesgericht betonte in BGer 4C.57/2002 in Wiederholung von BGE 125 III 368, dass *Lohnunterschiede, welche aufgrund der konjunkturellen Lage oder der starken Verhandlungsposition eines neu eingestellten Arbeitnehmers bestünden, im Rahmen der periodischen Bereinigung der Lohnstruktur innerhalb des entsprechenden Unternehmens zu beseitigen seien (E. 4.1 f.)*.<sup>34</sup> Demnach kann eine *unterschiedliche Entlohnung sowohl mit dem Argument der konjunkturellen Lage als auch mit dem Argument der starken individuellen*

---

<sup>33</sup> Kantonsgericht St. Gallen, BZ.1999.142-K3.

<sup>34</sup> Das BGer beurteilte die starke individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers bereits in seinem BGE 125 III 368, E. 5c cc) und ee) mit dem Hinweis, dass sie zwar nur im weiteren Sinne zur konjunkturellen Lage gehöre, als unter Umständen ähnlich geeignet zur Rechtfertigung allfälliger Lohnunterschiede wie die konjunkturelle Lage. U.E. ist die individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers zwar nicht in jedem Einzelfall, jedoch zumindest regelmässig von der konjunkturellen Lage bzw. der Marktsituation abhängig. Besteht auf dem Arbeitsmarkt Knappheit an bestimmten Fachkräften, so dürfte sich dies positiv auf ihre Verhandlungsposition gegenüber Arbeitgeberinnen auswirken, wobei sich ein Überangebot entsprechender Fachkräfte eher gegenteilig auswirkt. Damit scheinen sich die beiden Rechtfertigungsgründe wohl in vielen Fällen inhaltlich zu überschneiden. Denkbar ist indessen auch, dass trotz ausreichendem Fachkräfteangebot auf dem Arbeitsmarkt eine Arbeitgeberin einen ganz bestimmten Arbeitnehmer einstellen oder behalten möchte, womit dieser unabhängig von der allgemeinen Marktsituation eine starke individuelle Verhandlungsposition haben kann.

*Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers lediglich unter Wahrung der Verhältnismässigkeit gerechtfertigt werden. Allfällige Ungleichbehandlungen beim Lohn sind daher unterschiedslos im Rahmen periodischer Bereinigungen der Lohnstruktur im Unternehmen zu beseitigen (E. 4.2). Bezugspunkt zur Beurteilung der angemessenen Zeit, innert welcher eine durch die starke Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers bedingte Lohndifferenz zu beseitigen ist, soll die jeweilige innerbetriebliche Lohn- und Personalstruktur und nicht eine bestimmte Marktposition der Arbeitgeberin sein (E. 4.2). Präzisierend fügte das BGer hinzu, dass mangels besonderer Umstände, namentlich gewichtiger wirtschaftlicher Gründe, die Bereinigung der Lohndifferenz innerhalb höchstens eines Kalenderjahres zumutbar und angemessen sei (E. 4.2). Entsprechend hiess das BGer die Berufung teilweise gut und hob das Urteil des Kantonsgerichts erneut auf. Dieses entschied schliesslich aufgrund der klaren Vorgaben des Bundesgerichts über die Höhe der Lohnnachzahlung.<sup>35</sup>*

#### **BGE 126 II 217 (2000)**

Im Fall verlangte eine Lehrerin, welche an einer Schule für psychiatrische Krankenpflege tätig war, die besoldungsmässige Gleichstellung mit den in einer höheren Lohnklasse eingestuften Berufsschullehrern mit Meisterausbildung.

Das Bundesgericht untersuchte zuerst, ob die Vorinstanz die vereinfachte Funktionsanalyse zur Bewertung der jeweiligen Arbeitstätigkeiten in angemessener Weise gewürdigt hatte bzw. ob es daran etwas zu beanstanden gab. Nach der Feststellung, dass es sich bei der Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege und den Berufsschullehrern nach Massgabe der im wissenschaftlichen Verfahren herangezogenen Kriterien nicht um gleichwertige Arbeitstätigkeiten handle, erwähnte das BGer die Gesichtspunkte der Finanzierung der Ausbildung sowie der allgemeinen Marktsituation. Demnach stelle es *keinen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot dar, wenn in die Gesamtbeurteilung die Kosten einbezogen würden, welche die Ausbildung der Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege dem Kanton verursachten und entsprechend eine höhere Lohneinstufung der Berufsschullehrer erfolgt sei (E. 8). Denn unter dem Lohn im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sei nicht nur der Geldlohn im engeren Sinne zu verstehen, sondern jedes Entgelt, das für geleistete Arbeit entrichtet wird. Dazu gehören auch der Anspruch auf Besoldung während eines Mutterschaftsurlaubs, Familien-, Kinder- und Alterszulagen. Die Ausrichtung müsse jedoch einen engen Zusammenhang mit der Arbeit aufweisen (E. 8a). Dieser Zusammenhang sei zwischen der Ausbildung und der Entlohnung der Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege zu bejahen, denn der Kanton gewähre*

---

<sup>35</sup> Kantonsgericht St. Gallen, BZ.2002.80-K3.

den zukünftigen Lehrerinnen einen Urlaub, biete die Ausbildung an und richte ihnen während dieser Zeit von insgesamt 59 Wochen einen Lohn aus (E. 8b). Diese *Beteiligung des Kantons an der Ausbildung rechtfertige einen gewissen Lohnunterschied zwischen den Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege und den Berufsschullehrern* (E. 8b). Überdies – so das Bundesgericht – müssten die an der Weiterbildung interessierten Krankenschwestern keine Lohn-einbusse in Kauf nehmen und auch sonst kein finanzielles Risiko eingehen. Vielmehr hätten sie aufgrund der im Zusammenhang mit der Ausbildung eingegangenen Pflichtzeitvereinbarungen sogar den Vorteil, dass ihnen nach Abschluss der Ausbildung eine Beschäftigung als Lehrerin zugesichert würde.

Im Weiteren wiederholte das Bundesgericht mit Hinweis auf BGE 125 I 71, dass die *Berücksichtigung von Marktmechanismen bei der Ausgestaltung eines Entlöhnungssystems nicht grundsätzlich ausgeschlossen* sei. So *dürfe der Kanton bei der Lohnfestsetzung der Berufsschullehrer berücksichtigen, dass diese auf Karrierechancen mit entsprechender Entlöhnung in der Privatwirtschaft verzichten würden*. Diese *teilweise Ausrichtung auf den Markt* sei jedoch als *notwendige Ausnahme im Entlöhnungsraster* zu betrachten und begründe grundsätzlich *keine Pflicht für den Kanton, mit der Entlöhnung von Berufsgruppen, die nicht in Konkurrenz zur Privatwirtschaft stünden, nachzuziehen*. Den Kantonen sei dabei auch *eine gewisse Pauschalierung im Sinne der Gleichbehandlung aller Fachkundeführer nicht verwehrt* (E. 9b). Die Marktsituation dürfe daher zu einer Besserstellung der Berufsschullehrer mit Meisterausbildung gegenüber den Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege führen.

Das Bundesgericht sah im Ergebnis keinen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot, weshalb es die Beschwerde abgewiesen hat.

### **BGE 131 II 393 (2005)**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht über strittige Ansprüche von Krankenschwestern und Stationsleiterinnen zu befinden, welche im Hinblick auf ihre Lohnklasseneinstufung eine verbotene Diskriminierung i.S.v. Art. 8 BV bzw. Art. 3 GIG geltend machten. Die Beschwerdeführerinnen rügten unter anderem die mittels vereinfachter Funktionsanalyse vorgenommene Arbeitsplatzbewertung sowie die dabei festgelegte Gewichtung der einzelnen Bewertungskriterien. Überdies rügten sie, dass sie im Rahmen der vom Kanton vorgenommenen Besoldungsrevision bei der Überführung in die neuen Lohnklassen im Rahmen eines Minusklassenentscheids, welcher vom Ergebnis der Arbeitsplatzbewertung zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen abweiche, diskriminiert worden seien.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen mit Hinweis auf BGE 124 II 409 fest, dass die *vereinfachte Funktionsanalyse als solche nicht diskriminierend* sei und das Gericht diese auch wiederholt seiner eigenen Beurteilung zugrunde gelegt habe. Die *vereinfachte Funktionsanalyse könne zwar auf diskriminierende Art und Weise durchgeführt werden, was jedoch nicht bereits dann der Fall sei, wenn eine Bewertung aus Sicht bestimmter arbeitswissenschaftlicher Theorien unangemessen erscheine, sondern nur dann, wenn sie geschlechtsdiskriminierend sei* (E. 6.1). Jedes Besoldungssystem beruhe notwendigerweise auf bestimmten Werthierarchien, die nicht nach wissenschaftlichen Kriterien richtig oder falsch sein könnten. Unzulässig sei eine Werthierarchie nur, wenn sie ohne sachlichen Grund ein Geschlecht benachteilige (E. 6.4).

Im Ergebnis urteilte das BGer, dass die Lohnklasseneinstufungen der Krankenschwestern sowie der Stationsleiterinnen nicht diskriminierend waren.

Zur Überführung der Arbeitnehmerinnen in die neuen Lohnklassen im Rahmen der kantonalen Besoldungsrevision führte das Bundesgericht aus, dass es *begründungsbedürftig* erscheine, wenn von der mit Hilfe einer Arbeitsplatzbewertung ermittelten Lohnklasse zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen werde. Eine solche Abweichung führe nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel zur Vermutung einer Diskriminierung, wodurch die Beweislast gemäss Art. 6 GlG umgekehrt werde (E. 7.1).

Mit Hinweis auf BGE 125 I 71 führte das BGer aus, dass es dem Kanton nicht verwehrt sei, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten Gehälter mit zu berücksichtigen, soweit er dabei nicht einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahle (E. 7.3). Der Arbeitgeber dürfe das Arbeitsmarktargument jedoch nicht derart anwenden, dass er daraus ohne sachliche, geschlechtsunabhängige Gründe nur zum Nachteil des einen Geschlechts Schlüsse ziehe, nicht aber beim anderen Geschlecht bzw. bei neutralen Funktionsbereichen. Zudem dürfe der zu Vergleichszwecken berücksichtigte Markt nicht als solcher diskriminierend sein (E. 7.4). Demnach müsse sich der Arbeitgeber – insbesondere wenn es um Herabsetzungen von Löhnen gehe – vergewissern, dass die Vergleichslöhne auf dem entsprechenden Markt nicht selbst diskriminierende Züge aufweisen. Zudem müssten die geltend gemachten arbeitsmarktlichen Verhältnisse tatsächlich vorhanden gewesen sein und den Lohnentscheid auch beeinflusst haben (E. 7.4).

Dem Gemeinwesen sei es aber nicht verwehrt, seine Funktionen generell unter Berücksichtigung der Situation auf dem Arbeitsmarkt festzulegen. Werde allerdings für das gesamte Personal eine Arbeitsplatzbewertung nach einer einheitlichen Methode durchgeführt, so stelle das nur für einzelne Funktionen herbeigezogene Arbeitsmarktargument einen Eingriff in die Systematik des Lohngefüges dar. Dies laufe mindestens dann auf eine Geschlechtsdiskriminierung hinaus, wenn

dadurch *allein ein vorwiegend weiblicher Funktionenbereich besoldungsmässig herabgestuft* werde (E. 7.5.2). Ein solch einseitiges Vorgehen könne auch nicht mit budgetären Schwierigkeiten gerechtfertigt werden.

Betreffend den Minusklassenentscheid gelang es den Beschwerdegegnern im Fall nicht, den Verdacht eines geschlechtsbezogenen Eingriffs auszuräumen. Die von den Beschwerdeführerinnen beanstandete Einreihung in die entsprechenden Lohnklassen sei deshalb als diskriminierend einzustufen und die Beschwerdeführerinnen hätten im Rahmen der Verjährungsfrist rückwirkend und auch zukünftig Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn, wie das Bundesgericht entschied.

#### **BGer 4A\_261/2011 (2011)**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht über die Lohndiskriminierung einer bei einem Büro für Personalverleih und Personalvermittlung angestellten Arbeitnehmerin zu befinden. Die Beschwerdeführerin war, ebenso wie ihr Arbeitskollege, im Verwaltungsbereich des Unternehmens angestellt. Die Beschwerdeführerin arbeitete teilzeitig zu 90%, wobei ihr Arbeitskollege Vollzeit arbeitete. Die Beschwerdeführerin erhob Klage wegen einer geschlechtsbedingten Lohndiskriminierung (Art. 8 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 Abs. 2 GlG), da sie hochgerechnet auf eine Vollzeitstelle 50% weniger Lohn erhielt als ihr Arbeitskollege.

Das Bundesgericht hielt im Sinne seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass *objektive Kriterien den Wert der Arbeit beeinflussen können*. Dazu gehören die *Ausbildung, die Zeit der Ausübung einer bestimmten Funktion, die Qualifikation, die Berufserfahrung, die konkreten Tätigkeiten, die erbrachte Arbeitsleistung, die mit der Arbeit verbundenen Risiken sowie die verantworteten Tätigkeiten*. Lohnunterschiede können sich indessen *auch mit Gründen rechtfertigen lassen, die nicht in direktem Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit stehen, sich jedoch aus sozialen Rücksichten ergeben wie bspw. Familienpflichten oder Alter* (E. 3.2).

In Wiederholung von BGE 130 III 145, E. 5.2 führte das BGer aus, dass *eine starke individuelle Verhandlungsposition bei der Lohnfestlegung sowie die konjunkturelle Situation zu einer unterschiedlichen Entlohnung gleicher Arbeit führen können*. Damit aber ein objektives Kriterium einen Lohnunterschied rechtfertigen kann, muss es die *Arbeitsleistung sowie deren Vergütung erheblich beeinflussen*. Der Arbeitgeber hat überdies zu beweisen, dass das von ihm verfolgte objektive Ziel einem *wirklichen Interesse des Unternehmens* dient und dass die ergriffenen (*diskriminierenden*) Massnahmen geeignet sind, das verfolgte Ziel zu erreichen. Weiter hat er dabei das *Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten*. Letzteres kann ebenso zur Anwendung kommen, um die Höhe eines allfällig gerechtfertigten Lohnunterschieds zu beurteilen (E. 3.2).



Im Weiteren bestätigte das BGer seine Rechtsprechung, wonach die *konjunkturelle Lage eine lohnmäßige Ungleichbehandlung rechtfertigen kann*. Möglich ist eine Rechtfertigung *allerdings nur in sachlich und zeitlich beschränkter Hinsicht*. So sei es bspw. denkbar, dass ein Arbeitgeber aufgrund eines spezifischen Bedürfnisses einen spezialisierten Arbeitnehmer anstelle und diesem aufgrund der Situation auf dem Arbeitsmarkt für eine beschränkte Zeit einen höheren Lohn bezahle als einer bereits angestellten Person des anderen Geschlechts (E. 3.3.6).

Im konkreten Fall urteilte das BGer allerdings, dass ein Lohnunterschied von 50% nicht gerechtfertigt war, da die beiden Arbeitnehmer gleichzeitig vom Arbeitgeber angestellt wurden und dieser nicht belegen konnte, dass der höhere Lohn des einen Angestellten durch die Lage auf dem Arbeitsmarkt bedingt war (E. 3.3.6). Letztlich blieben zwei den Wert der Arbeit beeinflussende Kriterien übrig, durch welche sich die Angestellten unterschieden: Der besser bezahlte Arbeitnehmer hatte erstens fundierte technische Kenntnisse und sprach zweitens fließend Deutsch und Schweizerdeutsch. Im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips erachtete das BGer diese Unterschiede aber als nicht ausreichend, um einen Lohnunterschied von 50% zu begründen, weshalb es die Vorinstanz anwies, unter Berücksichtigung der vom BGer gemachten Ausführungen die Sache neu zu entscheiden (E. 3.4).

#### **Verwaltungsgericht Aargau, WBE.2013.151 (2014)**

Im Entscheid hatte sich das Verwaltungsgericht Aargau mit der LohnEinstufung von Lehrpersonen zu befassen. Eine Kindergartenlehrperson machte nämlich geltend, ihre LohnEinstufung sei diskriminierend, wobei sie sich primär auf den Vergleich mit Funktionen der kantonalen Verwaltung bezog. Die Lohnhöhe der aargauischen Lehrpersonen sowie Verwaltungsangestellten wurde grundsätzlich basierend auf einem ABAKABA genannten Arbeitsplatzbewertungssystem sowie unter Berücksichtigung des bisherigen Positionslohns und des Marktlohns festgelegt. Dies veranlasste das Aargauer Verwaltungsgericht dazu, sich eingehend sowohl mit dem Arbeitsplatzbewertungssystem als auch mit dem Marktlohn auseinanderzusetzen.

Das Gericht hielt in seinem Urteil vorab fest, dass es sich bei der *Lehrperson Kindergarten* um einen *typischen Frauenberuf* handle (E. 1). Allein mit der im Vergleich zum Verwaltungspersonal tieferen LohnEinstufung der Kindergartenlehrpersonen sei eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG aber weder dargetan noch glaubhaft gemacht. Dies ergebe sich daraus, dass das LohnEinstufungsmodell, welches letztlich zur TieferEinstufung der Kindergartenlehrpersonen im Vergleich zur Arbeitsplatzbewertung führte,

auch für alle Lehrpersonen anderer Stufen zur Anwendung kam, also nicht nur für die frauenspezifische Funktion der Kindergartenlehrperson. Das Verwaltungsgericht prüfte deshalb, ob die Kriterien „Marktlohn“ und „bisheriger Lohn“ für die Kindergärtnerinnen diskriminierende Auswirkungen hatten (E. 6 ff.).

Im Lohnsystem für die Lehrpersonen spielte der Marktlohn eine zentrale Rolle, da ihm im Rahmen des Arbeitsbewertungsmodells im vorliegenden Fall eine Gewichtung von 50% zugekommen war. Dies wurde von den Begründern des Lohnsystems damit erklärt, dass der Arbeitsmarkt für Lehrpersonen ein weitgehend in sich geschlossener Markt sei und primär eine Konkurrenz zu den umliegenden Kantonen bestehe. Das Verwaltungsgericht nahm sodann auch Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es einem Kanton nicht verwehrt sei, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten Gehälter mit zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Der Arbeitgeber dürfe das Arbeitsmarktagument jedoch nicht derart anwenden, dass er daraus ohne sachliche, geschlechtsunabhängige Gründe nur zum Nachteil des einen Geschlechts Schlüsse ziehe, nicht aber beim anderen Geschlecht bzw. bei neutralen Funktionsbereichen. Zum Vergleich beigezogene Löhne sind darauf zu untersuchen, ob sie nicht selbst diskriminierende Züge aufweisen. Ansonsten würden nämlich bereits auf dem Markt bestehende Geschlechterdiskriminierungen (wieder) Einfluss in das Lohnsystem finden, obwohl es gerade Ziel der Arbeitsplatzbewertung sein muss, sie auszuräumen.<sup>37</sup>

*Bei den Lehrpersonen, so das Verwaltungsgericht Aargau, bestehe im Unterschied zum Verwaltungspersonal eine hohe Vergleichbarkeit (E. 6.3.1). Werde nun aber der Lohn der Lehrkräfte massgeblich auf den Markt ausgerichtet, so sei – im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung – vorauszusetzen, dass die Vergleichslöhne sorgfältig und hinreichend differenziert erhoben werden. Eine entsprechende Marktanalyse sei grundlegende Voraussetzung für jegliche Anpassung der aus einer analytischen Arbeitsplatzbewertung resultierenden Löhne an davon abweichende Marktlöhne (E. 7.1.1). So reiche es bspw. nicht, für die Bestimmung des Marktlohnes lediglich auf die in anderen Kantonen bezahlten Minimallohne abzustellen. Vielmehr müssten auch Abklärungen betreffend die in anderen Kantonen vorausgesetzte Ausbildung, den Lohnrahmen (Differenz zwischen Minimal- und Maximallohn) oder betreffend Lohnentwicklung (z.B. Anstieg) getroffen werden (E. 7.1.3).*

*Nach der Erhebung korrekter Daten für einen verlässlichen Marktvergleich müsse die Frage geklärt werden, ob die zum Vergleich herangezogenen Löhne in den anderen Kantonen diskriminierungsfrei*

---

<sup>36</sup> BGE 125 I 71, E. 4d aa).

<sup>37</sup> BGE 131 II 393, E. 7.4.

*festgelegt wurden. Gemäss dem Verwaltungsgericht Aargau kann hierbei darauf abgestellt werden, wann im entsprechenden Vergleichskanton die letzte Besoldungsrevision stattgefunden hat, ob die entsprechende Einstufung der Lehrpersonen bereits gerichtlich überprüft wurde oder ob ein tiefer Marktlohn allenfalls auf ein generell tieferes Lohnniveau im betreffenden Kanton zurückzuführen sei. In den Marktvergleich seien vorzugsweise nur diejenigen Nachbarkantone einzubeziehen, die aufgrund der umschriebenen Prüfung eine gewisse Gewähr für eine diskriminierungsfreie Lohneinstufung bieten (E. 7.2).*

Im Fall stellte das Verwaltungsgericht Aargau schliesslich fest, dass sich die Berücksichtigung des Kriteriums Marktlohn für die Lehrpersonen Kindergarten im Verhältnis zum mittels Arbeitsplatzbewertungssystem ermittelten Lohn wesentlich stärker mindernd auswirkte als bei Lehrpersonen anderer Stufen (E. 7.3). Ebenso stellte das Gericht fest, dass sich das Kriterium des bisherigen Positionslohnes analog jenem des Marktlohnes in erster Linie für die Lehrpersonen Kindergarten lohnmindernd auswirkte (E. 8.2). Die Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht teilweise gutgeheissen und die Vorinstanz angewiesen, aufgrund eines Marktvergleichs, welcher den umschriebenen Kriterien genügt, sowie des bisherigen Positionslohns, insoweit er keine frühere Diskriminierung fortführt, die Lohneinstufung der Lehrpersonen Kindergarten zu überprüfen und den Lohn der Beschwerdeführerin neu festzusetzen (E. 9.1).

### **BGer 8C\_366/2014 (2015)**

In seinem Urteil vom 1. Dezember 2015 befasste sich das Bundesgericht mit einer Lohneinstufungsverfügung, welche von der betroffenen Primarlehrerin aus dem Kanton Aargau als geschlechtsdiskriminierend i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GlG gerügt wurde. Die Lehrerin brachte in ihrer Beschwerde vor, dass sie als Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse einen typischen, im Vergleich zu anderen gleichwertigen Tätigkeiten in der kantonalen Verwaltung schlechter entlöhnten Frauenberuf ausübe.

Grundlage der Lohneinstufung war auch in diesem Fall das sog. ABAKABA-System,<sup>38</sup> bei welchem es sich um ein System zur analytischen Arbeitsplatzbewertung handelt. In die Lohnbemessung einbezogen wurden überdies zwei weitere Faktoren: Der bisherige Positionslohn sowie der Marktlohn (E. 4.1). Allerdings kam die Vorinstanz im hier dargestellten Fall der Primarlehrerin zum Schluss, dass der Primarlehrerberuf hauptsächlich aufgrund

---

<sup>38</sup> Vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau, WBE.2013.151 (2014) oben.

seiner historischen Prägung als geschlechtsneutral zu qualifizieren sei, womit eine indirekte Diskriminierung von vornherein ausser Betrachtung falle (E. 5.1 f.).

Streitig und vom Bundesgericht zu prüfen war demnach die Frage der geschlechtstypischen Identifikation des Berufs der Primarlehrkraft (E. 5.1). Dabei hielt es fest, dass eine indirekte Diskriminierung vorliege, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Eine besoldungsmässige Geschlechtsdiskriminierung liege demnach vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede beständen. Demgegenüber entfalle eine Lohndiskriminierung, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder Funktion sachlich begründet erscheine. Sachlich begründet sei ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf objektive Kriterien<sup>39</sup> stütze oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert sei (E. 6.1.2).

Die geschlechtsspezifische Identifizierung der benachteiligten Funktion ist somit Tatbestandsvoraussetzung, damit eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung in Frage kommt (E. 6.1.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine Funktion in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70% liegt, wobei aber auch die historische Prägung berücksichtigt werden kann. Eine berufliche Tätigkeit kann sich hinsichtlich ihrer geschlechtsspezifischen Identifikation im Laufe der Zeit verändern (E. 6.2). Unter Bezugnahme auf seine älteren Urteile, auf verschiedene Stimmen der juristischen Literatur sowie auf aktuelle statistische Untersuchungen kam das Bundesgericht schliesslich auf seine Qualifikation des Primarlehrerberufs zurück. So tritt das historische Element laut BGer in den Hintergrund, wenn eine Berufssparte im massgeblichen Beurteilungszeitpunkt aufgrund eines langjährigen Prozesses in quantitativer Hinsicht eine klare Ausprägung aufweise (E. 8.2.1). Betrage der Frauenanteil bei einem Arbeitgeber mehr als 70%, so könne in der Regel davon ausgegangen werden, dass dies nicht zufällig, sondern aufgrund einer geschlechtstypischen Prägung der betreffenden Funktion sei. Abzustellen sei auf die Zahlenverhältnisse beim konkreten Arbeitgeber. Sofern die dort erhobenen Verhältnisse wenig aussagekräftig seien, könnten gesamtschweizerische Verhältnisse im Sinne eines Hilfskriteriums herangezogen werden (E. 6.4 und E. 9.1).

---

<sup>39</sup> Welche Kriterien als objektiv gelten, wird aus der oben zusammengefassten Rechtsprechung ersichtlich: Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken. Ebenso kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung oder Alter. Schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht.

*Der Frauenanteil bei den Primarlehrkräften liege gesamtschweizerisch bei deutlich über 70%, wobei verschiedene statistische Angaben belegen, dass es sich bei der Zunahme der weiblichen Primarlehrkräfte um eine kontinuierliche und konstante Entwicklung namentlich in den vergangenen 20 Jahren handle, womit ein kurzfristiges Phänomen ausgeschlossen werden könne. Zudem habe sich auch die öffentliche Wahrnehmung des Berufs zwischenzeitlich derart stark gewandelt, dass der historischen Prägung keine wesentliche Bedeutung mehr beigemessen werden könne. Somit müsse die Funktion der Primarlehrkraft – anders als noch vor einigen Jahren – als nicht mehr geschlechtsneutral, sondern frauenspezifisch betrachtet werden. Sollte demnach eine lohnmässige Benachteiligung der Primarlehrkräfte festgestellt werden, so wäre diese als Diskriminierung infolge des Geschlechts zu qualifizieren (E. 9.2).*

Das Urteil hat demnach die Voraussetzung geschaffen, damit überprüft werden kann, ob die von der Beschwerdeführerin behauptete indirekte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vorliegt oder nicht. Folglich hob das BGE den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Beurteilung an die Vorinstanz zurück (E. 10).

## C. Kriterien für die Zulässigkeit von Marktlöhnen und der Berücksichtigung der konjunkturellen Lage

Das Bundesgericht hatte sich im Rahmen von Lohngleichheitsklagen – wie in Kapitel B. oben gezeigt – mehrfach mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Bedingungen bei der Entlohnung von Arbeitnehmer/innen die konjunkturelle Lage berücksichtigt bzw. der Lohn unter Berücksichtigung von Marktgesichtspunkten festgelegt werden darf. Dabei hat es Kriterien für die Zulässigkeit von Marktlöhnen und der Berücksichtigung der konjunkturellen Lage aufgestellt, welche nachfolgend zusammengefasst abgebildet werden sollen.

Das Bundesgericht hat bereits in BGE 113 Ia 107 entschieden, dass die *Festlegung des Lohnes von Arbeitnehmer/innen unter Berücksichtigung der konjunkturellen Lage prinzipiell mit dem Lohngleichheitsgrundsatz vereinbar sei*.<sup>40</sup> In seiner Rechtsprechung hat es diesen Grundsatz jedoch vom Vorliegen bestimmter Bedingungen abhängig gemacht:

### I. Im Allgemeinen

- Die *konjunkturelle Lage*<sup>41</sup> kann als *Rechtfertigungsgrund für eine ungleiche Entlohnung* ins Feld geführt werden, soweit sie einen *Einfluss auf die Anstellungsbedingungen von Arbeitnehmer/innen* zu haben vermag.<sup>42</sup>
- Der *von Konjunkturschwankungen*<sup>43</sup> *betroffene und relevante (Arbeits-)Markt* ist zu *definieren*<sup>44</sup> und es ist *abzuklären, welche Faktoren diesen Markt wie stark beeinflusst haben*. Soweit das *Vorhandensein und das Gewicht der massgebenden Faktoren* nicht notorisch sind, müssen sie *durch Wirtschaftsdaten und Statistiken belegt sein*.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> BGE 113 Ia 107, E. 4a.

<sup>41</sup> Bzw. in besonderen Fällen die starke individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers.

<sup>42</sup> BGE 113 Ia 107, E. 4a; BGE 126 II 217; BGE 125 III 368, E. 5c cc).

<sup>43</sup> Ab welchem Ausmass der Marktveränderung eine Konjunkturschwankung im erforderlichen Sinne vorliegt, lässt sich nicht im Allgemeinen festhalten. Für den Nachweis einer Konjunkturschwankung ist jedoch grundsätzlich mittels Lohnstatistiken zu untersuchen, inwiefern sich die Löhne auf bestimmten (Arbeits-)Märkten verändert haben. Weiter von Interesse kann in diesem Zusammenhang sein, ob die Veränderung auf dem definierten Markt grösser, kleiner oder gleich wie eine allfällige Veränderung der allgemeinen Konjunktursituation ausfällt. Damit eine Veränderung auf dem entsprechenden (Arbeits-)Markt berücksichtigt werden kann, sollte ihre Dauer mindestens der Zeit entsprechen, innert welcher Lohnanpassungen nach oben oder auch nach unten möglich sind.

<sup>44</sup> BGE 125 III 368, E. 5c aa); Der relevante (Arbeits-)Markt ist dabei in geografischer, branchenmässiger und berufsspezifischer Hinsicht genauer abzugrenzen.

<sup>45</sup> BGE 125 III 368, E. 5c.

- Die *unterschiedliche Entlohnung* darf die *nachgewiesene Konjunkturschwankung nicht übersteigen*.<sup>46</sup>
- Die *Arbeitgeberin*, welche sich auf die konjunkturelle Lage als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Entlohnung beruft, *hat* das tatsächliche *Vorliegen der entsprechenden Umstände auf dem Markt zu beweisen*.<sup>47</sup>
- Die *unterschiedliche Entlohnung* darf *nicht an das Geschlecht der betroffenen Arbeitnehmer/innen gebunden sein*.<sup>48</sup>
- Durch die unterschiedliche Entlohnung darf *nicht ein typischer Frauenberuf im Vergleich zu einem typischen Männerberuf bzw. zu einem neutral qualifizierten Beruf*<sup>49</sup> *in Abweichung von einer wissenschaftlichen Arbeitsplatzbewertung unterbezahlt werden*.<sup>50</sup>
- Ein zu *Vergleichszwecken berücksichtigter Markt*<sup>51</sup> darf *nicht selbst geschlechtsdiskriminierend sein*.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> BGE 125 III 368, E. 5c.

<sup>47</sup> BGE 113 Ia 107, E. 4a; Beim Nachweis von konjunkturellen Veränderungen mit Hilfe von Statistiken ist jedoch zu bedenken, dass statistische Angaben regelmässig nur die (Markt-)Situation im Allgemeinen bzw. einen Durchschnitt abbilden, womit noch kein Beweis im Einzelfall erbracht ist. Dieser hat vielmehr mittels eines Abgleichs statistischer Angaben mit dem einzelnen Sachverhalt zu erfolgen.

<sup>48</sup> BGE 125 I 71, E. 4d; BGE 125 III 368, E. 5c.

<sup>49</sup> Vgl. auch Ausführungen zur Qualifikation von Berufen als typische Frauen- bzw. Männerberufe unten in D. II.

<sup>50</sup> BGE 125 I 71, E. 4d.

<sup>51</sup> WBE.2013.151, in: AGVE 2014, S. 247 ff.; Die Erhebung der Lohnhöhe auf dem Vergleichsmarkt hat hinreichend differenziert zu erfolgen. Dazu reicht es bspw. nicht aus, für die Bestimmung des Marktlohnes lediglich auf die im Vergleichsmarkt ausbezahlten Minimallöhne abzustellen. Vielmehr sind weitere Erhebungen vorzunehmen, wie z.B. die im Vergleichsmarkt vorausgesetzte Ausbildung, den Lohnrahmen, d.h. die Differenz zwischen Minimal- und Maximallohn oder die Lohnentwicklung.

<sup>52</sup> BGE 126 II 217, E. 9; BGE 131 II 393, E. 7.4; WBE.2013.151, in: AGVE 2014, S. 250; Um die auf dem Vergleichsmarkt ausbezahlten Löhne auf allfällige Diskriminierungen zu überprüfen, kann bspw. untersucht werden, wann und gestützt auf welche Kriterien die letzte Besoldungsrevision stattgefunden hat, ob eine bestimmtelohneinstufung bereits einer gerichtlichen Überprüfung standgehalten hat oder ob ein allfälliger tiefer Marktlohn auf ein generell tieferes Lohnniveau im betreffenden Vergleichsmarkt zurückgeführt werden kann.

## II. Weitere Kriterien der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts

Darüber hinausgehend hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts folgende Kriterien entwickelt:

- Die *Berücksichtigung der konjunkturellen Lage bzw. der starken individuellen Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers* bei der Festlegung des Lohnes *muss einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprechen.*<sup>53</sup>
- Die *Arbeitgeberin hat* bei einer marktbedingten bzw. auf einer starken individuellen Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers basierenden unterschiedlichen Entlohnung zudem das Prinzip der *Verhältnismässigkeit zu wahren*. Die unterschiedliche Entlohnung muss zur *Erreichung des unternehmerischen Ziels geeignet und erforderlich* sein.<sup>54</sup> Überdies darf die Arbeitgeberin unter Berufung auf die Marktsituation oder die starke individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers *nur temporär, d.h. für eine gewisse Zeit* eine unterschiedliche Entlohnung ausrichten.<sup>55</sup> Diese muss *in zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt* bleiben, wobei sie *innert angemessener Frist im Rahmen der periodischen Überprüfung der Lohnstruktur des Unternehmens zu beseitigen* ist.<sup>56</sup> *Mangels besonderer Umstände*, worunter namentlich gewichtige wirtschaftliche Gründe fallen können, ist eine *Bereinigung der Lohndifferenz innerhalb von höchstens einem Kalenderjahr zumutbar und angemessen.*<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> BGE 125 III 368, E. 5; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A\_261/2011, E. 3.2.

<sup>54</sup> BGE 125 III 368, E. 5c; BGE 130 III 145, E. 5.2; BGer 4A\_261/2011, E. 3.2.

<sup>55</sup> BGE 113 Ia 107, E. 4a; BGE 125 III 368 E. 5c cc) und ee).

<sup>56</sup> BGE 125 III 368, E. 5c.

<sup>57</sup> BGer 4C.57/2002, E. 4.2; BGE 130 III 145, E. 5.2.



## **D. Auswirkungen auf die Lohnfestsetzung von privaten und öffentlichrechtlichen Arbeitgeber/innen**

Wie in den bisherigen Ausführungen gezeigt, stellen sowohl Verfassung und Gesetz als auch die einschlägige (höchstrichterliche) Rechtsprechung Anforderungen an die Lohnsysteme bzw. an die Praxis der Lohnfestsetzung von Arbeitgeber/innen. Vorliegend interessieren in erster Linie die Implikationen, welche sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dem in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 Abs. 2 GlG vom Verfassungs- und Gesetzgeber festgelegten Rahmen ergeben. Im Folgenden sollen deshalb die in Kapitel C. oben zusammengefassten Kriterien des Bundesgerichts für die Zulässigkeit von Marktöhnen und der Berücksichtigung der konjunkturellen Lage noch einmal aufgegriffen werden, um mögliche Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf die Entwicklung und Festsetzung der Lohnsysteme bzw. auf die Lohnpraxis von Arbeitgeber/innen zu identifizieren.

### **I. Einfluss der konjunkturellen Lage auf die Anstellungsbedingungen, relevanter (Arbeits-)Markt, Nachweis der Konjunkturschwankung**

Damit Arbeitgeber/innen die konjunkturelle Lage überhaupt als Rechtfertigungsgrund für eine ungleiche Entlohnung vorbringen können, muss diese grundsätzlich einen Einfluss auf die Anstellungsbedingungen von Arbeitnehmer/innen haben. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die fraglichen Anstellungsbedingungen in gewisser Weise von der Markt- bzw. Konjunktursituation abhängig sind oder sich zumindest mit dieser messen können sollten. In Frage kommt das Argument der konjunkturellen Lage also nur für Angestellte in Berufen, für deren Rekrutierung eine zumindest marktähnliche Situation<sup>58</sup> besteht. Das Bundesgericht beurteilte überdies die starke individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers als zur Rechtfertigung allfälliger Lohnunterschiede ähnlich geeignet wie die konjunkturelle Lage. Zwischen diesen beiden vom BGer anerkannten Rechtfertigungsgründen besteht aber wohl regelmässig ein Zusammenhang.<sup>59</sup> Trotzdem bleiben Konstellationen denkbar, in welchen eine Arbeitgeberin einen ganz bestimmten Arbeitnehmer einstellen oder behalten möchte, womit dieser unabhängig von der allgemeinen Marktsituation eine starke individuelle Verhandlungsposition gegenüber der Arbeitgeberin haben kann.

---

<sup>58</sup> Von marktähnlicher Situation wird in diesem Zusammenhang gesprochen, weil es sich beim Arbeitsmarkt um einen relativ stark verzerrten Markt handelt. Die marktbestimmenden Hauptfaktoren von Angebot und Nachfrage werden durch diverse Eingriffe des Gesetzgebers, der Sozialpartner usw. in ihrer Wirkung gestört. Allerdings wird die Funktionsweise der jeweiligen Teilmärkte in Abhängigkeit von ihrer Regulierung unterschiedlich stark verzerrt.

<sup>59</sup> Vgl. Fn 34 auf S. 12.

Wird einem Arbeitnehmer in einer solchen Situation ein sog. Ausnahmelohn bezahlt, so ist dies – analog zum höheren Lohn aufgrund der konjunkturellen Lage – nur im Rahmen eines unternehmerischen Bedürfnisses und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit für eine beschränkte Dauer zulässig. Denn das Lohngleichheitsgebot steht auch einer bloss ausnahmsweisen Lohndiskriminierung von Angestellten unterschiedlichen Geschlechts entgegen.<sup>60</sup> Um bei der Anstellung von neuem Personal einen Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin aufgrund der konjunkturellen Lage in Abweichung von der im Unternehmen bestehenden Lohnstruktur bezahlen zu können, hat die Arbeitgeberin Feststellungen betreffend den von der Konjunkturschwankung betroffenen (Arbeits-)Markt zu machen. Sie hat den relevanten Markt abzugrenzen sowie die Einflussfaktoren und deren Gewicht zu eruieren. Entsprechende Belege sind von der Arbeitgeberin und – soweit die Situation nicht allgemeinbekannt ist – am ehesten mit Hilfe von Wirtschaftsdaten und Statistiken zu liefern. Das Ausmass der auf diese Weise festgestellten Konjunkturschwankung legt sodann den Rahmen fest, innerhalb welchem eine unterschiedliche Entlohnung – unter Beachtung der weiteren Voraussetzungen – möglich sein kann.

## **II. Verbot der Anbindung an das Geschlecht, geschlechtsmässige Qualifikation des Berufsbildes, Vergleichsmarkt**

Eine unterschiedliche Entlohnung darf – so das Grundanliegen von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG – nicht direkt oder indirekt an das Geschlecht der betroffenen Arbeitnehmer/innen gebunden sein, da sonst eine Diskriminierung und somit ein Verstoss gegen die erwähnten Bestimmungen vorliegen würde. Da Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GIG gleichermassen für private und öffentlichrechtliche Arbeitgeber/innen gelten,<sup>61</sup> ist dieses Gebot bei der Ausgestaltung der Lohnsysteme von allen Arbeitgeber/innen zu beachten. Können Berufe als typische Frauen- bzw. typische Männerberufe qualifiziert werden, so haben Arbeitgeber/innen bei der Ausgestaltung ihres Lohnsystems darauf zu achten, dass sie nicht einen als typisch weiblich qualifizierten Beruf im Vergleich zu einem typisch männlich oder geschlechtsmässig neutral qualifizierten Beruf und in Abweichung vom Ergebnis einer wissenschaftlichen Arbeitsplatzbewertung tiefer entlohnen.

Wann ein Beruf als typisch weiblich gilt, war in Lehre und Rechtsprechung lange nicht hinreichend geklärt. In erster Linie sei jedoch auf das quantitative, statistische Element abzustellen.<sup>62</sup> Das Bundesgericht hat – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des

---

<sup>60</sup> BGE 125 III 368, E. 5c cc).

<sup>61</sup> BGE 124 II 409, E. 1e; BGE 125 III 368, E. 3.

<sup>62</sup> ALBRECHT, S. 96; BGer 8C\_366/2014, E. 6.2; BGer 8C\_78/2009, E. 5.2; BGE 124 II 529, E. 5e.

EuGH<sup>63</sup> – als allgemeine Regel ausgeführt, dass der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten erheblich höher sein müsse als der Anteil des anderen Geschlechts.<sup>64</sup> Die Formulierung spiegelt überdies die Grundidee des Gleichstellungsgesetzes wieder, dass sich sowohl Frauen als auch Männer darauf berufen können.<sup>65</sup> Unterdessen hat das BGer die Regel insoweit präzisiert, als ein typischer Frauenberuf im Allgemeinen dann vorliege, wenn der Frauenanteil höher als 70% sei.<sup>66</sup> Abzustellen ist dabei auf die Zahlenverhältnisse beim konkreten Arbeitgeber. Sofern die so erhobenen Verhältnisse wenig aussagekräftig sind,<sup>67</sup> können gesamtschweizerische Verhältnisse im Sinne eines Hilfskriteriums zur Beurteilung herangezogen werden.<sup>68</sup> Weiter könne bei der Qualifikation eines Berufes auch die geschichtliche Dimension berücksichtigt werden.<sup>69</sup> Eine berufliche Tätigkeit könne sich hinsichtlich ihrer geschlechtsspezifischen Identifikation im Laufe der Zeit indessen verändern.<sup>70</sup> Weise eine Berufssparte im Beurteilungszeitpunkt aufgrund eines langjährigen Veränderungsprozesses in quantitativer Hinsicht eine klare Ausprägung auf, trete ein allfälliges historisches Element in den Hintergrund.<sup>71</sup> Auch gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts kann aber in der Regel davon ausgegangen werden, dass ein Frauenanteil von mehr als 70% bei einem Arbeitgeber nicht zufällig ist, sondern in einer geschlechtstypischen Prägung der betreffenden Funktion begründet liegt.<sup>72</sup> Dabei darf jedoch die absolute Zahl der Beschäftigten nicht so klein sein, dass von einer zufälligen Geschlechterverteilung gesprochen werden könnte. Auch muss ausgeschlossen werden können, dass es sich beim prozentualen Anteil des einen Geschlechts bloss um ein kurzzeitiges Phänomen handelt. Neben dem statistischen Frauen- bzw. Männeranteil kann für die Qualifikation eines Berufes zudem die öffentliche Wahrnehmung eine Rolle spielen.<sup>73</sup>

---

<sup>63</sup> BGE 124 II 529, E. 5g mit Hinweisen auf EuGH C-243/95, Hill, Rn. 24 und 44; EuGH C-1/95, Gerster, Rn. 30; EuGH 170/84, Bilka, Rn. 29, 31 und 36.

<sup>64</sup> BGE 124 II 529, E. 5e.

<sup>65</sup> Wobei in der Praxis bis heute – soweit ersichtlich – sich in erster Linie Frauen bzw. Frauengruppen unter Berufung auf das GlG gegen Diskriminierungen zu wehren hatten.

<sup>66</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 6.2; BGer 8C\_78/2009, E. 5.2; BGE 125 II 530, E. 2b.

<sup>67</sup> So etwa wenn beim betreffenden Arbeitgeber die 70%-Grenze nur relativ knapp überschritten oder wenn die absolute Zahl der Beschäftigten klein ist, so dass auch ein hoher prozentualer Frauenanteil zufällig sein kann.

<sup>68</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 6.4 und E. 9.1.

<sup>69</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 103 f.; BGer 8C\_366/2014, E. 6.2; BGE 124 II 529, E. 5e; BGE 125 II 530, E. 2b; BGer 8C\_78/2009, E. 5.2.

<sup>70</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 6.2.

<sup>71</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 8.2.1.

<sup>72</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 9.1.

<sup>73</sup> BGer 8C\_366/2014, E. 9.2.

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung darf die geschlechtsmässige Qualifikation eines Berufes mittels der 70%-Regel wohl tatsächlich nur im Allgemeinen gelten. Ausnahmen bzw. von der Regel abweichende Qualifikationen müssen möglich bleiben, da – wie dies das Bundesgericht selbst erwähnt – auch die historische Dimension in die Qualifikation einbezogen werden kann, sofern nicht ein langjähriger Veränderungsprozess in quantitativer Hinsicht eine klare Ausprägung abzeichnet. Überdies ist denkbar und ebenfalls vom BGer anerkannt, dass die aktuelle gesellschaftliche Wahrnehmung auf die Qualifikation und Bewertung eines Berufsbildes einen Einfluss hat. Elemente wie die geschichtliche Prägung oder die aktuelle gesellschaftliche Wahrnehmung sollten zumindest dann neben dem quantitativ statistischen Element Berücksichtigung finden, wenn sie sich im Zeitpunkt der Qualifikation (lohnmässig) auf den zur Diskussion stehenden Beruf auswirken. Gegen eine alleinige oder allzu starke Berücksichtigung des quantitativen Elementes spricht auch der Umstand, dass die Erfüllung der 70%-Regel einer Momentaufnahme entspricht, während in vielen Berufen das Frauen-/Männerverhältnis einem stetigen Wandel unterworfen ist. Insofern würde eine strikte Anwendung der Regel die Gefahr bergen, im Einzelfall nicht mehr angemessen entscheiden zu können. Unseres Erachtens scheint die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche vom Erfordernis einer mehr oder weniger starren Prozentquote zur Qualifikation eines Berufes als typisch weiblich oder männlich ausgeht, nicht die einzig richtige Lösung zu sein, wobei das BGer seine diesbezügliche Praxis im neuesten Urteil in der oben dargelegten Weise u.E. sinnvoll präzisiert hat. Denkbar wäre indessen auch, eine Vergleichsgruppe zur Geltendmachung einer indirekten Diskriminierung zuzulassen, die nicht einem typischen Frauen- oder Männerberuf im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, aber dennoch relativ zur anderen Vergleichsgruppe einen höheren Frauen- bzw. Männeranteil aufweist.

Wird ein bestimmter (Arbeits-)Markt zum Zwecke eines Vergleichs der Anforderungen sowie des Lohnniveaus herangezogen, so haben die Arbeitgeber/innen darauf zu achten, dass der Vergleichsmarkt selbst nicht geschlechtsdiskriminierend wirkt,<sup>74</sup> da eine Diskriminierung nicht mit einer anderen zu rechtfertigen ist. Ansonsten würden allfällige auf dem

---

<sup>74</sup> Wie umfassend die entsprechende Überprüfung zu erfolgen hat, wurde vom BGer in seiner Rechtsprechung bisher offen gelassen. Anhand einschlägiger Indizien könnten Vergleichslöhne indessen auf allfällige Diskriminierungen hin überprüft werden. Dabei könnte bspw. untersucht werden, wann und gestützt auf welche Kriterien im Vergleichsmarkt die letzte Besoldungsrevision stattgefunden hat, ob eine bestimmtelohneinstufung bereits gerichtlich überprüft wurde oder ob ein allfälliger tiefer Marktlohn auf ein generell tieferes Lohnniveau im betreffenden Vergleichsmarkt zurückgeführt werden kann. Es sollten nur Märkte in den Vergleich einbezogen werden, welche eine gewisse Gewähr für eine diskriminierungsfreie Lohnfestlegung bieten (vgl. WBE.2013.151, in: AGVE 2014, S. 250).

Markt bestehende Geschlechtsdiskriminierungen weiteren Einfluss auf das Lohnsystem haben.<sup>75</sup> Ziel der Arbeitgeber/innen sollte es also sein, mittels wissenschaftlicher Arbeitsbewertungsmethoden tatsächlich vergleichbare Funktionen zu identifizieren und unabhängig von einer weiblichen, männlichen oder neutralen Prägung des entsprechenden Berufsbildes Diskriminierungen beim Lohn auszuräumen.

### **III. Unternehmerisches Bedürfnis und Verhältnismässigkeit**

Während die oben unter D. I. und II. abgehandelten Kriterien für die Zulässigkeit von Marktlohnen und der Berücksichtigung der konjunkturellen Lage im Allgemeinen, d.h. sowohl von den öffentlichrechtlichen Abteilungen als auch von der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts jeweils zum Massstab genommen wurden, hat die I. Zivilabteilung in ihren Urteilen zum Marktlohn zusätzliche Bedingungen entwickelt, welche jüngst von der I. sozialrechtlichen Abteilung explizit wiederholt wurden.<sup>76</sup>

So haben die Arbeitgeberin/innen – sofern sie die konjunkturelle Lage oder die starke individuelle Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Entlohnung vorbringen wollen – auch den Nachweis zu erbringen, dass die Berücksichtigung der Situation auf dem (Arbeits-)Markt bzw. die Berücksichtigung eines bestimmten Arbeitnehmers einem tatsächlichen unternehmerischen Bedürfnis entsprochen hat. Die Unternehmer/innen haben demnach aufzuzeigen, dass auf dem definierten (Arbeits-)Markt bspw. die Einstellung der benötigten Arbeitskraft nicht ohne lohnmassige Abweichung (nach oben) hätte erfolgen können bzw. dass die Einstellung trotz den abweichenden Bedingungen zumindest einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entsprochen hat.

Überdies haben die Arbeitgeber/innen gemäss Bundesgericht bei einer marktbedingten oder mit der individuellen Verhandlungsposition begründeten unterschiedlichen Entlohnung das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Dies bedeutet, dass die unterschiedliche Entlohnung zur Erreichung des unternehmerischen Ziels sowohl geeignet als auch erforderlich sein muss. Ebenso muss sie zumutbar sein, wobei sich die Zumutbarkeit wohl im Verhältnis zu den anderen – im Vergleich lohnmassig schlechter gestellten Arbeitnehmer/innen – beurteilt. Als zumutbar gilt eine unterschiedliche Behandlung gemäss BGer, wenn sie von den Arbeitgeber/innen in zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt

---

<sup>75</sup> BGE 131 II 393, E. 7.4.

<sup>76</sup> Vgl. BGer 8C\_366/2014, E. 6.1.2 zum unternehmerischen Bedürfnis und zur Verhältnismässigkeit sowie BGE 136 II 393, E. 11.3 zum unternehmerischen Bedürfnis.

wird, d.h. mangels besonderer Umstände innert Jahresfrist im Rahmen der periodischen Überprüfung der Lohnstruktur des Unternehmens beseitigt wird. Die Arbeitgeber/innen haben also im Hinblick auf die Eignung der Massnahme aufzuzeigen, dass die lohnmassige Abweichung (nach oben) bei einer anzustellenden Arbeitskraft dazu führen kann, dass diese dadurch eher bereit ist, die zu besetzende Stelle anzutreten. Überdies muss von den Arbeitgeber/innen gezeigt werden, dass das Mass der Abweichung erforderlich ist, damit die entsprechende Arbeitskraft tatsächlich bereit ist, die mit der zu besetzenden Arbeitsstelle verbundene Arbeitsleistung zu erbringen. Und letztlich sind die Arbeitgeber/innen in einem solchen Fall grundsätzlich verpflichtet, die lohnmassige Abweichung innerhalb eines Kalenderjahres im Rahmen einer periodischen Überprüfung der Lohnstruktur ihres Unternehmens zu beseitigen, um die Zumutbarkeit zu wahren. Praktisch wird dies wohl regelmässig die Anhebung der Löhne derjenigen Arbeitnehmer/innen zur Folge haben, welche für eine gleichwertige Arbeit weniger verdienen, weil Lohnsenkungen in der Praxis – abgesehen von wirtschaftlichen Ausnahmesituationen – kaum durchführbar sind.

Obwohl zuerst von der I. Zivilabteilung erwähnt und eingeführt, scheint sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung in jüngerer Zeit mit Blick auf die Rechtfertigungsgründe von geschlechtsspezifischen Lohnunterschieden grundsätzlich in Richtung einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu bewegen und damit betreffend die Anforderungen an eine Rechtfertigung mittels des Kriteriums Marktlohn bzw. konjunkturelle Lage strenger zu werden.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> FREIVOGEL, Kommentar zu Art. 3 GlG, Rz. 152.

## E. Würdigung der Bundesgerichtspraxis

### I. Aus Sicht der Arbeitgeber/innen

Im Hinblick auf die Argumente der konjunkturellen Lage, der Marktsituation bzw. der Arbeitsmarktlage oder der individuellen Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers als Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Entlohnung von Frauen und Männern hat das Bundesgericht den Arbeitgeber/innen relativ enge Grenzen gesetzt.<sup>78</sup> Insbesondere mit dem Erfordernis, dass die Arbeitgeberin einen bestehenden Lohnunterschied – mangels besonderer Umstände – grundsätzlich innerhalb eines Jahres zu korrigieren bzw. eine Angleichung der betroffenen Löhne vorzunehmen hat.<sup>79</sup> Diese von der I. Zivilabteilung des BGer entwickelte und in jüngerer Zeit auch von der I. sozialrechtlichen Abteilung übernommene Regel kann aus unternehmerischer Sicht kaum in ihrer Form verallgemeinert werden. Denn der Wert einer Arbeit bestimmt sich geschlechtsunabhängig entscheidend danach, ob sie in Zeiten des Mangels oder des Überflusses angeboten wird. Wann Lohnunterschiede bei einer Änderung der Angebots- und Nachfragesituation korrigiert werden, sollte in einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierenden System grundsätzlich durch den Markt und nicht durch den Richter bestimmt werden.<sup>80</sup> Dies bedeutet aber, dass bei einer Veränderung der Marktsituation Lohnunterschiede dem Markt folgend von der Arbeitgeberin anzupassen sind. Demnach wäre der in Zeiten der knappen Verfügbarkeit für eine Stelle geeigneter Arbeitnehmer/innen offerierte Lohn bei einer Entspannung der Situation auf dem Arbeitskräftemarkt wieder auf das übliche Lohnniveau vergleichbarer Funktionen im Unternehmen zu senken. Scheint eine Senkung indessen aus Marktüberlegungen nicht angezeigt, so müsste mangels besonderer Umstände daraus geschlossen werden, dass auch die Arbeit anderer Arbeitnehmer/innen, welche gleichartige Funktionen ausüben, in der aktuellen Situation besonders wertvoll wird.<sup>81</sup> Entsprechend wäre dann ein Lohnunterschied im Lichte der Gleichstellung auch nicht mehr mit Marktargumenten zu rechtfertigen und es müssten allenfalls die Löhne früher angestellter Arbeitnehmer/innen angehoben werden.

Die öffentlichrechtlichen Abteilungen des BGer und die I. Zivilabteilung schienen zum Teil von unterschiedlichen Prämissen betreffend den (Arbeits-)Markt ausgegangen zu sein. Die

---

<sup>78</sup> STAUBER-MOSER, S. 1361 f.

<sup>79</sup> BGE 130 III 145, E. 5.2; BGE 125 III 368, E. 5c.

<sup>80</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR, N 20; BSK, PORTMANN, Art. 322 OR, N 15; a.M. MATEFI, S. 1323 ff.

<sup>81</sup> BGE 125 III 368, E. 5c.

öffentlichrechtliche Rechtsprechung anerkannte bisher grundsätzlich jeden sachlichen Grund, der nicht geschlechtsspezifisch ist, als Rechtfertigung für eine lohnmäßige Ungleichbehandlung. Der sachliche Grund war dabei nicht auf seine Verhältnismässigkeit zu prüfen und zu beschränken, sondern er war grundsätzlich beachtlich. Die I. Zivilabteilung hingegen akzeptiert das Kriterium Markt nicht als sachlichen Grund, sondern nur als Abweichung, welche eben verhältnismässig und damit zeitlich begrenzt sein müsse.<sup>82</sup> Übernommen wurde diese Rechtsprechung jüngst auch von der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer. Es wird demnach zusammen mit einem Teil der Lehre davon ausgegangen,<sup>83</sup> dass der Markt an sich diskriminierend wirkt und deshalb nur im Sinne einer rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme vorübergehend berücksichtigt werden darf.<sup>84</sup> Die Arbeitgeberseite wird dieser Auffassung aber wohl entgegenhalten, dass der Markt selbst geschlechtsblind sei und nur dann zu diskriminierenden Ergebnissen führe, wenn er aufgrund von Marktverzerrungen nicht richtig funktioniere. In diesem Fall sollte Abhilfe nicht dadurch geschaffen werden, indem die Marktkräfte ausgeschaltet werden, sondern indem ein besseres Funktionieren des Marktes sichergestellt werde. Diese Auffassung, welcher ein Teil der Lehre sowie bisher die öffentlichrechtlichen Abteilungen des BGer zuneigen,<sup>85</sup> könnte mit den Ausführungen in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz begründet werden, wo betont wurde, dass das GlG den Arbeitsmarkt nicht ausschalten, sondern seine Funktionstüchtigkeit erhöhen und Wettbewerbsverzerrungen beseitigen soll.<sup>86</sup> Dieser Argumentation folgend kann von Arbeitgeberseite demnach vertreten werden, dass die Berücksichtigung von Marktaspekten prinzipiell und nicht nur als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme zulässig sein sollte. Unzulässig wäre dies schliesslich nur, soweit der Markt geschlechtsdiskriminierend ist.<sup>87</sup>

## II. Aus Sicht der Arbeitnehmer/innen

Die Schwierigkeiten der Rechtsprechung im Umgang mit dem Marktlohnargument haben sich in verschiedenen Urteilen gezeigt. Sie haben ihren Grund unter anderem vielleicht darin, dass die Zulassung des Rechtfertigungsgrundes der konjunkturellen Lage bzw. des Marktes wohl entweder prinzipiell zu bejahen oder abzulehnen ist. Die lediglich fallweise

---

<sup>82</sup> NIQUILLE-EBERLE, S. 709.

<sup>83</sup> BGE 125 III 368, E. 5c und z.B. MATEFI, S. 1323 ff.; STEINER, S. 173 und 295 f.

<sup>84</sup> SEILER, S. 147.

<sup>85</sup> BGE 126 II 217, E. 9b; BGE 125 I 71, E. 4d und z.B. ALBRECHT, S. 156; NIQUILLE-EBERLE, S. 759 und 762 f.

<sup>86</sup> BBl 1993 I 1320 und 1322.

<sup>87</sup> STEINER, S. 147.



Zulassung des Marktargumentes scheint inkonsequent und im Lichte eines rechtsgleichen Beurteilungsmassstabs unbefriedigend. Als illustratives Beispiel hierfür kann auf BGE 126 II 217 zurückgekommen werden, wo das Bundesgericht dem Kanton zugestand, bei der Festsetzung der Lohnhöhe von Berufsschullehrern deren Verdienstmöglichkeiten in der Privatwirtschaft zu berücksichtigen. Im Unterschied dazu gab es für die klagenden Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege keinen privatwirtschaftlichen Vergleichsmarkt. Der Kern des Problems liegt nicht in der Berücksichtigung des privaten Arbeitsmarktes im Falle der Berufsschullehrer, sondern in der Tatsache, dass vom Bundesgericht gebilligt wurde, dass der Kanton ein Entschädigungssystem für die Berufsschullehrer eingeführt hatte, welches pauschal für die Lehrer unterschiedlicher Berufe zur Anwendung kam. Damit wurden auch jene Berufsschullehrer in die entsprechenden Lohnkategorien eingestuft, welche in der Privatwirtschaft in ihrer Branche wohl kaum einen entsprechenden Lohn erzielt hätten. Wollte man den Vergleich mit dem Markt führen, so müsste dies konsequenterweise zumindest nach Berufsgruppen geschehen, da eine Pauschalierung ansonsten ernsthaft Gefahr läuft, sich als diskriminierend zu erweisen. Überdies scheint beim Einbezug eines privatwirtschaftlichen Vergleichsmarktes bei der Ausgestaltung öffentlichrechtlicher Besoldungssysteme auch deshalb Zurückhaltung angezeigt, weil diese Systeme im Vergleich zum Markt eher träge sind, d.h. in der Regel nicht innert kurzer Zeit angepasst werden. Die gegenwärtig zumindest von der Rechtsprechung der I. Zivilabteilung sowie der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer geforderte Verhältnismässigkeit im Sinne einer jährlichen Überprüfung und Anpassung des Lohngefüges der angestellten Arbeitnehmer/innen im Verhältnis zur Marktsituation kann mit ihnen wohl nicht gewährleistet werden.

Bei näherer Betrachtung der Bundesgerichtspraxis zur Frage der Rechtfertigung unterschiedlicher Löhne mittels der konjunkturellen Lage bzw. dem Marktlohn fällt zudem auf, dass insbesondere der Gleichwertigkeitsbegriff im Rahmen des Vergleichs unterschiedlicher Funktionen immer noch unscharf bleibt.<sup>88</sup> Dies liegt zum Teil daran, dass bei allen Funktionsbewertungsverfahren Bewertungen der entsprechenden Voraussetzungen und Tätigkeiten vorgenommen werden müssen. Diese Wertungen stellen mitunter kaum objektivierbare Grössen dar, sondern sind eher ein Abbild ihrer gesellschaftlichen Bewertung.<sup>89</sup> Wichtig scheint deshalb, dass auf diese Bewertungen nur insoweit abgestellt wird, als sie diskriminierungsfrei sind. Zur Klärung des Vorliegens dieser Voraussetzung können ar-

---

<sup>88</sup> BIGLER-EGGENBERGER, S. 1272 f.

<sup>89</sup> BGE 125 I 71, E. 2c und 3b; SEILER, S. 143 f.

beitswissenschaftliche Gutachten einen wertvollen Beitrag leisten, indem sie die gesellschaftlichen Wertungen transparent machen.<sup>90</sup> Sofern die Gleichwertigkeit unterschiedlicher Funktionen innerhalb eines Unternehmens nicht offensichtlich ist oder auf andere Weise nachgewiesen werden kann, sind die Gerichte demnach in der Pflicht, Gutachten einzuholen.<sup>91</sup> Allerdings scheint aus Arbeitnehmersicht unbefriedigend, dass das Bundesgericht im Hinblick auf die angewendete Bewertungsmethode den kantonalen Gerichten viel Ermessen belässt, indem es bisher regelmässig sowohl die vereinfachte Funktionsanalyse als auch die statistische Lohnanalyse (Regressionsanalyse) für zulässig erachtete. Die Überprüfung der angewendeten Methode durch das BGer läuft damit im Ergebnis auf eine Willkürprüfung hinaus. Es wäre in diesem Zusammenhang zu fordern, dass das BGer konsequent jenen wissenschaftlichen Instrumenten zur Analyse von Lohndiskriminierungen den Vorzug geben würde, welche sich geschlechterbenachteiligenden Wertungen enthalten.<sup>92</sup>

### III. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Der Thematik, mit welcher sich das vorliegende Gutachten beschäftigt, liegen u.E. zwei unterschiedliche Konzepte der Lohnbemessung bzw. zwei unterschiedliche Begriffe des tatsächlichen oder objektiven Wertes einer Arbeit zugrunde: Einerseits die Lohnbemessung aufgrund des Marktes und andererseits die Lohnbemessung aufgrund des Humankapitals bzw. aufgrund der Anforderungen. Die Lohnbemessung aufgrund des Marktes weicht von der analytischen Arbeitsbewertung sowie der statistischen Lohnanalyse bzw. Regressionsanalyse ab, indem nicht versucht wird, einen bestimmten objektiven Wert der Arbeit zu ermitteln. Vielmehr wird versucht, den Marktwert der Arbeit aufgrund des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage zu ermitteln. Es wird also danach gefragt, welchen Lohn die Arbeitgeber/innen bereit sind, in einem bestimmten Zeitpunkt für die entsprechende Arbeit zu bezahlen bzw. zu welchem Lohn die Arbeitnehmer/innen bereit sind, die entsprechende Arbeit zu machen. Bei den wissenschaftlichen Arbeitsbewertungsmethoden geht es hingegen um die Bewertung des Humankapitals einer Person bzw. um die zur Ausführung einer bestimmten Arbeit vorausgesetzten Anforderungen. Entscheidend scheint in diesem Zusammenhang jeweils der Aufwand, den eine Person betreiben hat, um sich die entsprechen-

---

<sup>90</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322, N 20; SEILER, S. 143 f.

<sup>91</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322, N 20; STAUBER-MOSER, S. 1358; BIGLER-EGGENBERGER, S. 1273.

<sup>92</sup> STAUBER-MOSER, S. 1358.

den Fähigkeiten anzueignen und die für ihre Arbeit notwendigen Erfahrungen zu sammeln. Zudem werden regelmässig auch die mit der Arbeit zusammenhängenden Belastungen berücksichtigt.

In der Praxis findet eine Vermischung der Bemessung des Lohnes aufgrund des Marktes und der Bemessung aufgrund analytischer Arbeitsbewertungen sowie statistischer Lohnanalysen bzw. Regressionsanalysen statt. Dies liegt daran, dass der Wert einer Arbeit nicht ausschliesslich von Angebot und Nachfrage bestimmt wird, sondern auch dem Humankapital und den Anforderungen des konkreten Arbeitsplatzes Rechnung getragen wird. Der Markt und die wissenschaftlichen Arbeitsbewertungsmethoden bedingen sich geradezu gegenseitig. In einer dem Grundsatz nach marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft scheint es indessen unumgänglich, dass der Markt bei wirtschaftlichen Entscheidungen mitberücksichtigt wird. In welcher Art und Weise die Berücksichtigung des Marktes erfolgen kann, hängt davon ab, ob es sich bei den zu vergleichenden Arbeitstätigkeiten um gleiche oder um gleichwertige Arbeit handelt.

Handelt es sich um gleiche Arbeit, kann der Markt höchstens im Rahmen konjunktureller Schwankungen im jeweiligen Anstellungszeitpunkt Lohnunterschiede rechtfertigen. Diese sind dann auch innert nützlicher Frist auszugleichen, wobei eine Frist von einem Jahr angemessen sein dürfte. Entscheidend werden dafür regelmässig auch die vereinbarten Kündigungsfristen sein, weil den Arbeitgeber/innen auch die Möglichkeit offen stehen muss, eine Ungleichbehandlung durch Senkung der Saläre auszugleichen. Bei gleicher Arbeit kann sich eine unterschiedliche Entlohnung von Mann und Frau zudem rechtfertigen, wenn sie mit einem Kriterium begründet werden kann, welches auch bei Personen des gleichen Geschlechts zu einer unterschiedlichen Entlohnung führen würde. Heikel erscheint dies aber dann, wenn die entsprechenden Kriterien nicht bei beiden Geschlechtern gleich häufig vorkommen. Insoweit sind die Kriterien also stets auf ihre Diskriminierungsfreiheit zu prüfen. Dies stellt aber einen wertenden Vorgang dar, wobei sich die Beurteilung im Laufe der Zeit stark verändern kann.

Handelt es sich um gleichwertige Arbeit, kann der Markt neben den auf das Humankapital und den weiteren auf den Arbeitsplatz ausgerichteten Faktoren ein Argument für eine Lohnungleichheit sein. Voraussetzung ist aber, dass der Markt nicht selber diskriminierend wirkt. Bei gleichwertiger Arbeit ist in erster Linie auf wissenschaftliche Arbeitsplatzbewertungsmethoden abzustellen. Welche Kriterien in den Bewertungsmethoden berücksichtigt werden, hängt jedoch wiederum von Wertentscheidungen ab, die sich nicht durchwegs wissenschaftlich begründen lassen. Wichtig scheint aber in diesem Zusammenhang, dass

die Kriterien nicht statistisch erheblich häufiger beim einen Geschlecht auftreten dürfen als beim andern, weil sie sonst ihrerseits diskriminierend sind.

Der Arbeitsmarkt ist ein höchst unvollkommener Markt, der die Löhne und Arbeitsbedingungen nur in beschränktem Mass bestimmt. Überdies liegen dem Marktverhalten der Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen nicht immer ausschliesslich die klassischen Faktoren von Angebot und Nachfrage zugrunde, sondern auch Wertvorstellungen. Der Markt kann deshalb durchaus diskriminierende Züge aufweisen. Insofern darf er von Verfassung und Gesetzes wegen nicht berücksichtigt werden. Die Offenlegung von Wertentscheidungen wäre indessen sowohl der Diskussion über sog. objektive Kriterien zur Begründung unterschiedlicher Löhne als auch der Diskussion über die in wissenschaftliche Bewertungsmethoden einzubeziehenden Kriterien zuträglich.

Im Hinblick auf die zwei unterschiedlichen Konzepte des Marktlohnes einerseits und der Lohnbemessung aufgrund des Humankapitals bzw. der Anforderungen andererseits, scheint u.E. entscheidend, dass die gewählte Methode im Einzelfall konsequent angewendet wird. Wird auf den Markt abgestellt, so muss dieser auch möglichst umfassend und ausreichend differenziert berücksichtigt werden. Überdies ist sicherzustellen, dass sowohl die Marktanalyse wie auch ein beigezogener Vergleichsmarkt frei von Geschlechtsdiskriminierungen sind. Sodann darf das Marktargument nicht einfach im Sinne eines Reservekriteriums jeweils dann zur Anwendung kommen, wenn sich Lohnunterschiede nicht anderweitig rechtfertigen lassen.

\* \* \* \* \*

St. Gallen, 10. Februar 2016

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG)  
an der Universität St. Gallen

.....  
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

.....  
Mathias Mauchle, M.A. HSG