

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Département fédéral de l'intérieur DFI
Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEH

Chambre neuchâteloise du
commerce et de l'industrie



Die « objektiven » Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis

Thomas Geiser

Prof. Dr. Iur. Dr. h.c., Forschungsinstitut Für Arbeit und
Arbeitsrecht FAA-HSG



Jeudi 11 février 2016 – Université de Neuchâtel

Inhaltsübersicht

I. Lohn und Lohndiskriminierung

A. Lohnfestsetzung und Vertragsfreiheit

B. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

A. Grundlagen im Gleichstellungsgesetz

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

C. Die Fallkonstellationen

D. Kritik

III. Folgerung

I. Lohn und Lohndiskriminierung

A. Lohnfestsetzung und Vertragsfreiheit

Art. 322 Abs. 1 OR Lohn der **zwischen den Parteien verabredet** oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

- Vertragsfreiheit
- Recht auf Willkür
- Nur ganz wenige Regelungen über Mindestlöhne

I. Lohn und Lohndiskriminierung

B. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot

- Recht auf Ungleichbehandlung!
- Aber Diskriminierungsverbot:
 - Allgemein: Art. 328 OR/ Art. 28 ZGB
 - Besondere:
 - Mann und Frau
 - Europäische Ausländer
 - Heimarbeiter
 - Etc.
- Unterschied zw. Ungleichbehandlung und Diskriminierung:
 - Ausdruck der Abwertung des Einzelnen oder einer Gruppe



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Département fédéral de l'intérieur DFI

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Chambre neuchâtelaise du
commerce et de l'industrie



Inhaltsübersicht

I. Lohn und Lohndiskriminierung

A. Lohnfestsetzung und Vertragsfreiheit

B. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

A. Grundlagen im Gleichstellungsgesetz

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

C. Die Fallkonstellationen

D. Kritik

III. Folgerung

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

A. Grundlagen im Gleichstellungsgesetz

Anspruch auf gleiche Arbeitsbedingungen/Lohn für

- Gleiche Arbeit
- Gleichwertige Arbeit

Einschränkung möglich, wenn

- Objektive Gründe für unterschiedliche Behandlung.
- Aber, was sind objektive Gründe?
 - ❖ Analytische Arbeitsplatzbewertung
 - ❖ Marktlohn
- Was ist ein «gerechter Lohn»?

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Problem Unterschied zwischen «gleicher Arbeit» und «gleichwertiger Arbeit», «typische Frauenberufe»

➤ Arbeitsplatzspezifische Kriterien:

- Ausbildung
- Anforderungen des Arbeitsplatzes
- Alter, Erfahrung etc.

Aber Kriterium darf nicht selber geschlechtsspezifisch sein.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

➤ Marktkriterien:

- Unterschiedliche Marktlage bei unterschiedlichen Berufen
- Unterschiedliche Marktlagen im Anstellungszeitpunkt
- Unterschiedliches Verhandlungsgeschick

Aber auch hier Markt darf nicht selber geschlechtsspezifisch unterschiedlich sein.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

➤ Gleicher Beruf:

- Es handelt sich um gleichen Markt.
- Nur unterschiedliche Marktlage in unterschiedlichen Anstellungszeitpunkten kann relevant sein.
- Dann muss aber innert nützlicher Frist eine Anpassung erfolgen!

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- **Folgerung zum Verhältnis Markt und Arbeitsplatzbewertung**
- **Unterschiedliche Konzepte des «richtigen Lohnes»:**
 - Geht es um die Frage, was für die Arbeit ein angemessenes Entgelt ist oder
 - Für welchen Lohn ich eine Arbeitskraft finde?

Bundesgericht eher Humankapital aber Markt wird als Argument auch zugelassen.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- Das ist ein Widerspruch! Die unterschiedlichen Entlohnungen von Mann und Frau beeinflussen den Markt
- Der Markt und die arbeitsplatzspezifischen Kriterien beeinflussen sich gegenseitig.
- Wenn Markt als Argument, müsste er konsequent angewendet werden.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- Beweislast bei Lohnungleichheit behauptendem
- Diskriminierung wird aber vermutet, wenn glaubhaft gemacht
- Arbeitgeberin, muss dann nachweisen, dass Kriterien geschlechtsneutral sind.
- Beruft sich die Arbeitgeberin sich auf die Lage im Arbeitsmarkt, bedarf es sorgfältiger Marktanalyse.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

C. Die Fallkonstellationen

Je nach Fallkonstellation hat Markt andere Bedeutung:

- **Gleiche Arbeit,**
 - konjunktureller Schwankungen bezüglich des Anstellungszeitpunktes
 - Müssen innert nützlicher Frist auszugleichen werden
- **Gleichwertige Arbeit,**
 - Markt als Argument, wenn nicht selber Diskriminierend
 - AG muss Marktrelevanz nachweisen

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

D. Kritik

1. Bei **gleicher** Arbeit

- Unterschiedliche Entlohnung zulässig, wenn nicht Geschlechtsspezifisch
- Arbeitsplatzkriterien sind aber immer wertend
- Konjunkturelle Schwankungen bei Anstellung können rechtfertigen, sind aber auszugleichen Eventuell auch nach unten.
- Unterschiedliche Verhandlungsgeschick wird schnell als geschlechtsspezifisch angesehen.

II. Der Markt als objektiver Rechtfertigungsgrund?

D. Kritik

1. Bei **gleichwertiger** Arbeit

- Arbeitsplatzbewertungsmethoden sind wertend und insoweit nicht wissenschaftlich!
- Markt hätte hier eigentlich zentrale Bedeutung.
- Markt selber darf nicht diskriminierend sein.
- Diskriminierend, wenn ein Beruf typischer Frauenberuf
- 70% Regel als Kriterium für Frauenberuf?

III. Folgerung

- In Marktwirtschaft ist Markt entscheidendes Kriterium
- Arbeitsmarkt ist höchst unvollkommener Markt
- Gegensätzliche Lohnfestsetzungskonzepte:
 - Marktlohn
 - Humankapitallohn
- Keine einheitliche Methode und damit Rechtsunsicherheit



Entscheidend muss aber immer sein, dass AG Methode konsequent angewendet sonst ist es ein Scheinargument!