

Herausgeber: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Frau und Mann EBG
Gestaltung: www.rapgraphics.ch, Bern
Fotos: FFF Fotografie Franziska Frutiger, Biel
Vertrieb: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Frau und Mann EBG
www.gleichstellung-schweiz.ch



Leitfaden für Gerichtsgutachten in Sachen Lohndiskriminierung

Leitfaden für Gerichtsgutachten

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Der vorliegende Leitfaden wurde im Auftrag des Bundesrates¹ durch das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann in Zusammenarbeit mit Expertinnen und Experten der Arbeitswissenschaft und Statistik, Richterinnen und Richtern und in Lohngleichheitsfragen spezialisierten Anwältinnen und Anwälten ausgearbeitet. Er richtet sich in erster Linie an Gerichte und soll Richterinnen und Richtern als Orientierungshilfe bei der Einholung von Lohngutachten dienen.² Mit einer Vereinheitlichung der Gerichtspraxis in diesem Bereich könnte eine Verkürzung der Verfahrensdauer sowie eine Senkung der Verfahrenskosten erreicht werden.

1. WANN IST EIN GUTACHTEN ERFORDERLICH?

Aufgrund der Untersuchungsmaxime obliegt es dem Gericht, im Falle einer Lohndiskriminierungsklage die zur Sachverhaltsfeststellung notwendigen Abklärungen von Amtes wegen in die Wege zu leiten.

Ein Gutachten muss angeordnet werden, wenn eine Partei es verlangt oder wenn besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, um zu erkennen, ob im gegebenen Fall eine nicht sachbezogen begründbare Lohn Differenz zwischen den Geschlechtern vorliegt. Die kantonalen Gerichte sind laut Bundesgericht verpflichtet, Gutachten anzuordnen, falls die Gleichwertigkeit von verschiedenen Funktionen im gleichen Unternehmen nicht offensichtlich oder anderswie nachgewiesen ist. Die Expertinnen müssen darüber befinden, ob die Funktionen miteinander vergleichbar sind, sowie die Kriterien bestimmen, nach welchen ein Fall als diskriminierend einzustufen ist.³

2. IN WELCHEN LOHNBESTANDTEILEN KANN EINE LOHNDISKRIMINIERUNG VORKOMMEN?

Eine Lohndiskriminierung kann bei allen Lohnbestandteilen vorkommen.⁴ Der Begriff «Lohn» weist nämlich verschiedene Elemente auf:

- > Der Hauptbestandteil ist der **Grundlohn**, der aus dem Funktionslohn (stellenbezogener und personenunabhängiger Lohnanteil) und dem Personenanteil (Lohnanteil aufgrund von Ausbildung, Erfahrung oder Dienstalter) besteht. Dazu kommt manchmal auch ein so genannter Differenzanteil, der dann zum Tragen kommt, wenn eine Person aufgrund der Marktverhältnisse zu einem im Vergleich zum Rest des Unternehmens überhöhten Grundlohn angestellt wird.
- > Weitere Lohnbestandteile können mit der **Leistung** oder **Erfolgsbeteiligung** in einem Unternehmen verbunden sein. Diese Boni können auch in Sachwerten geleistet werden wie beispielsweise Firmenautos zur frei-

en Verfügung oder Stock Options, und sie können je nach Branche einen grossen Teil der betreffenden Löhne ausmachen.

- > Darüber hinaus gibt es verschiedene **Zulagen**, das heisst Leistungen, die durch das Gesetz oder Gesamtarbeitsverträge vorgesehen sind, aber auch freiwillige Zahlungen des Unternehmens.

¹ Auftrag infolge des Berichts des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006 (BBl 2006 3161).

² Für detailliertere Ausführungen: MARIANNE SCHÄR MOSER, JÜRIG BAILLOD: Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern 2006, sowie das Faltblatt als Beilage zu diesem Werk.

³ BGE 133 III 545 vom 03. Juli 2007, E. 4.2., m.w.H.

⁴ Siehe SCHÄR MOSER/BAILLOD, S. 23 ff., um zu erfahren, wo Diskriminierungen bei jedem Lohnbestandteil vorkommen können.

3. WELCHE ART VON GUTACHTEN EIGNET SICH FÜR WELCHE SITUATION?

Zwei Methoden stehen zur Verfügung, um im Zusammenhang mit einer individuellen bzw. einer kollektiven Lohndiskriminierungsklage überprüfen zu können, ob eine auf das Geschlecht zurückzuführende Lohnungleichheit vorliegt.

Einerseits kann mittels einer **statistischen Lohnanalyse** der Einfluss personenbezogener Aspekte (Humankapitalaspekte wie z.B. Ausbildung) beziehungsweise funktionsbezogener Aspekte (z.B. Anforderungsniveau einer Tätigkeit) auf den Lohn ermittelt werden. Lohnunterschiede, die nicht mit solchen objektiven Faktoren zu begründen sind, werden als auf dem Geschlecht beruhend interpretiert. Die statistische Lohnanalyse erlaubt grundsätzlich die Untersuchung aller Lohnbestandteile, sowie die Feststellung, wie hoch der korrekte Lohn wäre.

Andererseits erlaubt die **analytische Arbeitsbewertung** die Wertigkeit der Arbeit in Punkten⁵ zu bestimmen. Die objektiven Anforderungen und Belastungen eines bestimmten Arbeitsplatzes werden im Vergleich mit anderen Arbeitsplätzen bewertet. Der daraus resultierende Arbeitswert dient ausschliesslich als Grundlage, den Funktionslohn zu bestimmen.

3.1. Statistische Lohnanalyse

Um eine statistische Lohnanalyse erfolgreich durchführen zu können, müssen genügend Daten zur Verfügung stehen. Idealerweise werden Unternehmen mit mindestens 30 bis 50 Angestellten mit dieser Analyseart überprüft.

Die statistische Lohnanalyse beschränkt sich in der Regel auf unternehmensinterne Daten. Ein Vergleich mit dem Referenzmarkt⁶ kann durchgeführt werden, falls die unternehmensinterne Datenbasis ungenügend ist. Das kann in folgenden Fällen vorkommen:

- > Das Unternehmen ist zu klein (siehe oben).
- > Bei der fraglichen Funktion handelt es sich um eine im Unternehmen einzigartige Position (z.B. höheres Kader, seltene Fachfunktion, etc.).

Dabei ist abzuklären, ob der Referenzmarkt nicht selber diskriminierend ist. Ist er das, so gilt es, auf seinen Einbezug zu verzichten. Infolge mangelnder Daten ist in diesem Fall eine analytische Arbeitsbewertung vorzuziehen.

3.2. Analytische Arbeitsbewertung

Es gibt verschiedene analytische Arbeitsbewertungssysteme.⁷ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist keine bestimmte Methode vorgeschrieben, sondern alle sind zulässig, sofern sie in der konkreten Ausgestaltung keine diskriminierenden Merkmale und Kriterien verwenden.

Der Einsatz einer analytischen Arbeitsbewertung ist immer möglich – sofern die Gutachterinnen und Gutachter Einblick in die zu beurteilenden Funktionen nehmen können. Grundsätzlich ist die Analyse bereits mit nur einer Vergleichsfunktion (gegenschlechtlich oder neutral) möglich. Allerdings sind drei bis fünf Vergleichsfunktionen hilfreich, um die Gültigkeit sowie die Zuverlässigkeit der Einstufung zu erhöhen.

Die Durchführung einer analytischen Arbeitsbewertung ist in folgenden Fällen besonders sinnvoll:

- > Wenn die Streitsache ein Unternehmen betrifft, das ein auf analytischer Arbeitsbewertung beruhendes Lohnsystem hat.
- > In allen Fällen, wo es darum geht, die Wertigkeit der Arbeit einer Funktion oder einer Gruppe von Funktionen im Vergleich mit anderen direkt zu bestimmen.
- > In allen Fällen, wo die statistische Lohnanalyse nicht durchführbar ist (siehe oben).

In allen anderen Situationen drängt sich der Einsatz der statistischen Lohnanalyse auf.

3.3. Kombination der beiden Methoden

In gewissen Situationen kann eine Kombination der beiden Methoden sinnvoll sein: Die analytische Arbeitsbewertung kann zur Bestimmung der Wertigkeit einer Funktion eingesetzt werden, während mit der statistischen Lohnanalyse die Lohnhöhe beziffert oder die geschlechtsspezifischen Lohndifferenzen bei anderen Lohnbestandteilen untersucht werden können.

3.4. Fälle bei denen der Rückgriff auf die statistische Lohnanalyse und/oder auf die analytische Arbeitsbewertung nicht notwendig ist

Wenn es im Konflikt nur darum geht zu wissen, ob die gesetzten Kriterien für eine Leistungsprämie oder für Zulagen diskriminierend sind, wird der Rückgriff auf die oben angeführten Methoden nicht dringend notwendig sein. Die Gutachterin oder der Gutachter wird in einem solchen Fall beispielsweise zu befinden haben, ob die Bedingungen, um eine Prämie zu erhalten, in einem typisch weiblichen Tätigkeitsbereich schwieriger zu erfüllen sind oder, um ein anderes Beispiel zu nennen, ob die Bestimmungen, welche die Zulagen regeln, Kriterien beinhalten, welche das eine Geschlecht benachteiligen. Zur Beantwortung derartiger Fragestellungen können verschiedene arbeitswissenschaftliche Methoden zum Einsatz kommen.

⁵ In Unternehmen, welche über ein Lohnsystem verfügen, sind aus diesen Arbeitswerten Ableitungen zur Höhe des korrekten Funktionslohns möglich.

⁶ Als «Referenzmarkt» werden jene Firmen bezeichnet, mit welchen ein Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt in Konkurrenz steht.

⁷ Siehe die Übersicht von verschiedenen Bewertungssystemen: SCHÄR MOSER/BAILLOD, a.a.O., S. 35.

4. WELCHE PERSON ALS GUTACHTER/IN BEAUFTRAGEN?

Derzeit gibt es in der Schweiz nur wenig Expert/innen, die beide Instrumente vertieft kennen und einsetzen können. Mit der Wahl der Gutachter/innen ist daher in der Regel auch die Wahl der Vorgehensweise verbunden. Um einen kombinierten Einsatz zu ermöglichen, kann es sinnvoll sein, Teams von Expert/innen zu beauftragen. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann gibt Auskünfte über Personen/Institutionen, die mit der Erstellung von Gutachten beauftragt werden können.

5. WELCHE FRAGEN KÖNNEN DER GUTACHTERIN ODER DEM GUTACHTER GESTELLT WERDEN?

Die Gutachterin oder der Gutachter kann aufgefordert werden, sich insbesondere zu folgenden Sachverhaltsfragen zu äussern:⁸

5.1. Im Falle einer analytischen Arbeitsbewertung

5.1.1. Frage zum Instrument der Analyse

> Hat die Wahl der Bewertungskriterien im eingesetzten System oder ihre Gewichtung geschlechtsspezifische Auswirkungen?⁹

5.1.2. Frage nach dem Einfluss der Variable Geschlecht

> Wie ist die Wertigkeit der Arbeit der untersuchten Funktion(en) gegenüber jener der Vergleichsfunktion(en) zu beurteilen?

5.1.3. Fragen zur Lohnbestimmung

> In Unternehmen, die bereits ein auf einer analytischen Arbeitsbewertung basierendes Gehaltssystem haben: In welche Lohnklasse müsste aus arbeitswissenschaftlicher Sicht die untersuchte(n) Funktion(en) eingereiht werden?

> In Unternehmen, deren Gehaltssystem nicht auf der analytischen Arbeitsbewertung basiert: Wo bzw. in welcher Bandbreite sollte aus arbeitswissenschaftlicher Sicht der Funktionslohn der untersuchten Funktion innerhalb der bestehenden Lohnkurve liegen und in welchem Verhältnis zu den untersuchten Vergleichsfunktionen?

5.2. Im Falle einer statistischen

Lohnanalyse

5.2.1. Frage zum Instrument der Analyse

> Gibt es bei den in die Lohngleichung einbezogenen Variablen oder in der Art ihrer Operationalisierung Hinweise auf geschlechtsspezifisch unterschiedliche Auswirkungen?¹⁰

5.2.2. Frage nach dem Einfluss der Variable Geschlecht

> Können nach Berücksichtigung der objektiven Erklärungsfaktoren Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern festgestellt werden? In welcher Grössenordnung?

5.2.3. Frage zur Lohnbestimmung

> Wie hoch ist der Lohn, welcher der/den betreffenden Person(en) bei Eliminierung geschlechtsspezifischer Lohndifferenzen zusteht?

6. WAS MACHT EIN AUSSAGEKRÄFTIGES GUTACHTEN AUS?

Um aussagekräftig zu sein, muss sich ein Gutachten auf transparente und plausible Überlegungen stützen. Die begutachtende Person muss Zugang zu allen nötigen Informationen (Umfang und Qualität der Daten müssen ausreichend sein) erhalten sowie die Möglichkeit gehabt haben, zusätzliche Fragen zu stellen. Das Gutachten hat vollständig, verständlich und überzeugend zu sein. Stützt sich die begutachtende Person auf Aussagen, so muss sie präzisieren, von wem diese Erklärungen herrühren und welche Aspekte davon sie als ausschlaggebend erachtet.¹¹

⁸ Siehe dazu: SCHÄR MOSER / BAILLOD, S. 39 ff., 68 ff, sowie die Tabelle S. 92.

⁹ Eine starke Gewichtung der mit der physischen Kraft zusammenhängenden Anforderungen und Belastungen beispielsweise bevorzugt ein Geschlecht gegenüber dem anderen.

¹⁰ Variablen, welche Diskriminierungspotenzial enthalten können, sind beispielsweise Zivilstand, Beschäftigungsgrad oder ein Marktzuschlag für bestimmte Funktionen.

¹¹ BGE 4A 77/2007 vom 10. Juli 2007, E. 4.2.1, m.w.H.