

Gutachten «EU-Richtlinie für mehr Gehalts- transparenz - Auswirkungen auf die Schweiz»

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

im Auftrag der schweizerischen Eidgenossenschaft, Departement des Innern,
Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), FE-Vertrag Nr.
303-2020-5

Bern und Basel, 20. April 2023

Zusammenfassung

Am 30. März 2023 verabschiedete das Europäische Parlament die Lohntransparenzrichtlinie, die noch erforderliche Zustimmung des Rates ist nur noch eine Formsache. Die Richtlinie wird 20 Tage nach der definitiven Verabschiedung in Kraft treten. Die Mitgliedstaaten haben danach drei Jahre Zeit, die Richtlinie in ihr nationales Recht umzusetzen.

Die Lohntransparenzrichtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten und verpflichtet diese zur Einführung zahlreicher gesetzlicher Bestimmungen, die den Grundsatz der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern für gleiche und gleichwertige Arbeit stärken sollen. Unternehmen müssen künftig sicherstellen, dass Arbeitnehmende im Bewerbungsverfahren und während des Arbeitsverhältnisses Zugang zu den relevanten Lohninformationen haben. Arbeitnehmende haben einen Auskunftsanspruch über das individuelle Einkommen und das Durchschnittseinkommen derjenigen Arbeitnehmenden, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Unternehmen mit mindestens 100 Beschäftigten sind zudem verpflichtet, regelmässig über das geschlechtsspezifische Lohngefälle zu berichten. Die Informationen sollen ein Gesamtbild der geschlechtsspezifischen Unterschiede beim Entgelt in der Organisation vermitteln. Beträgt das Lohngefälle mehr als fünf Prozent und kann das Unternehmen dies nicht mit objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien begründen, müssen mit der Arbeitnehmervertretung eine gemeinsame Entgeltbewertung durchgeführt und Abhilfemassnahmen getroffen werden. Die Einhaltung der Vorschriften zur Lohntransparenz muss durch eine Behörde kontrolliert und mit effektiven Massnahmen einschliesslich Geldstrafen sanktioniert werden. Die Richtlinie sieht überdies einen Anspruch auf Entschädigung vor, wenn Arbeitnehmende durch die Verletzung von Rechten oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zu Schaden gekommen sind. Verbände und Gleichstellungsorganisationen sind zudem zu ermächtigen, im Namen oder zur Unterstützung von Diskriminierungsopfern zu handeln. Verschiedene weitere Massnahmen wie Beweislasterleichterung, vorteilhafte Bestimmungen über das Prozesskostenrisiko für Klagende sowie Schutz für Arbeitnehmende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen, dienen ebenfalls der Verwirklichung der geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheit.

Die Schweiz ist kein Mitgliedstaat der EU und somit nicht Adressatin der Richtlinie. Auch aus dem Freizügigkeitsabkommen ergibt sich keine Pflicht zur Anpassung der schweizerischen Rechtslage. Angesichts des nach wie vor bestehenden beachtlichen Anteils an nicht erklärbaren Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern und im Lichte der Verpflichtungen aus der CEDAW, dem UN-Pakt I und insbesondere der ILO-Konvention Nr. 100 drängt sich eine Verbesserung der Lohntransparenz auf.

Im geltenden schweizerischen Arbeitsrecht ist kein Rechtsanspruch auf Information über den Einstiegslohn für die in Frage kommende Stelle und die Bandbreite des Lohnes vorgesehen. Auch ein

Anspruch auf Information über die Löhne und Lohnbänder bezüglich vergleichbarer Tätigkeiten im bestehenden Arbeitsverhältnis fehlt. Die Verankerung analoger Regelungen wie in der Lohntransparenzrichtlinie könnte im GIG erfolgen (siehe Art. 5 – 7 Lohntransparenzrichtlinie). Die GIG-Regelungen zur Lohnvergleichsanalyse sind mit Kontroll- und Sanktionsbestimmungen zu ergänzen. Die im schweizerischen Entsendegesetz vorgesehenen Sanktionen bei Verstössen gegen Melde- und Dokumentationspflichten könnten dabei als Orientierung für die Verankerung entsprechender Normen im GIG dienen. Ebenfalls prüfenswert ist, wieweit die in Art. 10 Lohntransparenzrichtlinie vorgesehene gemeinsame Entgeltbewertung (Arbeitgebende und Arbeitnehmervertretung) sich als zielführend erweisen würde. Ansatzweise ist der Einbezug der Arbeitnehmervertretung in den Prozess der Lohnvergleichsanalyse bereits im heutigen GIG vorgesehen (Art. 13d Abs. 1 lit. b GIG). Weiter sollte die bestehende Regelung im GIG zur Verbandsklage ergänzt werden. Neu sollten Verbände auch Leistungsklagen erheben dürfen.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	I
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XI
Rechtsprechungsverzeichnis.....	XIII
<i>Bundesgericht</i>	<i>XIII</i>
<i>Europäischer Gerichtshof EuGH</i>	<i>XIII</i>
I) Ausgangslage	1
1. <i>Entwicklungen und Stand betreffend Lohnleichheitsrecht in der EU und in der Schweiz</i>	<i>1</i>
1.1 <i>Von den Römerverträgen zur Lohn-Transparenzrichtlinie: Die Entwicklung in der EU.....</i>	<i>1</i>
1.2 <i>Bundesgericht, Verfassung und Gesetz: Der lange Weg zur Lohnleichheit in der Schweiz.....</i>	<i>4</i>
2. <i>Auftrag, Fragestellung, methodisches Vorgehen</i>	<i>5</i>
II) Analyse der Inhalte der Lohntransparenzrichtlinie	6
1. <i>Inhaltsübersicht</i>	<i>6</i>
2. <i>Gegenstand und Anwendungsbereich.....</i>	<i>7</i>
2.1 <i>Gegenstand</i>	<i>7</i>
2.2 <i>Persönlicher Anwendungsbereich</i>	<i>7</i>
2.3 <i>Gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit</i>	<i>8</i>
2.4 <i>Begriff der (Lohn)diskriminierung.....</i>	<i>10</i>
2.5 <i>(Keine) Berücksichtigung von Fragen der Geschlechtsidentität.....</i>	<i>10</i>
3. <i>Lohntransparenz.....</i>	<i>12</i>
3.1 <i>Übersicht.....</i>	<i>12</i>
3.2 <i>Transparenz vor der Beschäftigung.....</i>	<i>13</i>
3.3 <i>Transparenz bei der Entgelt-Festlegung und der Laufbahnentwicklung.....</i>	<i>15</i>
3.4 <i>Auskunftsrecht</i>	<i>15</i>
3.5. <i>Transparenz durch Berichterstattung über das Lohngefälle.....</i>	<i>16</i>
4. <i>Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung.....</i>	<i>18</i>
4.1 <i>Stärkung von Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertretungen.....</i>	<i>18</i>
4.2 <i>Einsetzung einer Überwachungsstelle.....</i>	<i>19</i>
4.3 <i>Entschädigungsanspruch und Sanktionen.....</i>	<i>20</i>
4.4 <i>Verfahrensvorschriften</i>	<i>21</i>
4.4.1 <i>Beweisfragen.....</i>	<i>21</i>
4.4.2 <i>Weitere Durchsetzungsinstrumente</i>	<i>22</i>

5. Kurzüberblick zu den weiteren (horizontalen) Bestimmungen	23
III) Bedeutung für die Schweiz	24
1. Vorbemerkungen	24
2. Lohntransparenz für Arbeitssuchende und Arbeitnehmende	26
2.1 Allgemeines und relevante Fragen	26
2.2 Lohntransparenz im Bewerbungsverfahren	28
2.2.1 (Keine) Informationspflichten der Arbeitgebenden über den Lohn	28
2.2.2 Kein Recht des Arbeitgebers auf Kenntnis des Lohnes der bewerbenden Person	29
2.3 Lohntransparenz im bestehenden Arbeitsverhältnis	29
2.3.1 Allgemeines	29
2.3.2 Anspruch auf Kenntnis des eigenen Lohnes	30
2.3.3 Die Zulässigkeit der Bekanntgabe von Lohn Daten durch den Arbeitgeber	30
a) Bekanntgabe an Dritte im Einzelfall	30
b) Bekanntgabe der Kaderlöhne	31
c) Verhältnis der Lohntransparenz zum Lohngeheimnis	32
2.3.4 Bekanntgabe des (eigenen) Lohnes durch Arbeitnehmende	33
a) Der Lohn als Geschäftsgeheimnis	33
b) Lohn-Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen	33
2.4 Zusammenfassendes Zwischenfazit	34
3. Berichterstattungspflicht und gemeinsame Entgeltbewertung	35
3.1 Ausgangslage	35
3.2 Einführung und Modalitäten der Lohnvergleichsanalyse	36
3.3 Inhalt und Überprüfung der Lohnvergleichsanalyse	37
3.3.1 Methoden der Lohnvergleichsanalyse	37
a) Regressionsanalysen/Logib	37
b) Arbeitsplatzbewerbungsmethoden	39
c) Nachweis der Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität	39
d) Pflicht zur Überprüfung der Lohnvergleichsanalyse	39
3.3.2 Geltungsbereich der Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse	40
3.4 Informationspflicht über die Ergebnisse der Lohnvergleichsanalyse	41
4. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung	42
4.1 (Keine) Sanktionen bei Verletzung der Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse	42
4.2 Verbandsklagerecht	42
4.3 Beweisfragen	43
4.3.1 Beweislastentlastung	43
4.3.2 Nachweis gleicher oder gleichwertiger Arbeit	44
4.4 Aufgabe und Rolle der Gleichbehandlungsstellen	44

IV) Ergebnis	45
---------------------------	-----------

Literaturverzeichnis

ARNDGEN CHARLOTTE, Zulässigkeit von Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe, AJP 2022, S. 848 ff.

BAHAR RASHID/PEYER MARTIN, in: Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660 - 697m OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BAHAR/PEYER-ZK, Art. ... OR N ...).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Kommentar zu Art. 8 Abs. 3 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, SG-Komm BV, N ... zu Art. ... BV).

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Justitias Waage - wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Mann und Frau. Herausgegeben vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Basel 2003 (zit. BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage).

BINGGELI STEVE/SCHRÖTER OLIVER/BIERI JENNIFER, Lohngleichheitsanalysen, Zwei wissenschaftliche Methoden und deren diskriminierungsfreie Anwendung, in: Jusletter vom 26.03.2018.

BORTOLANI SERGIO/SCHERER MIRIAM, in: SHK-Arbeitsvertrag, Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Bern 2021 (zit. BORTOLANI/SCHERER-SHK, Art. ... OR N ...)

BRÜHWILER JÜRG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BRÜHWILER, Art. ... OR N ...)

BURCH-CHATTI SONNIE, Die Rolle des Arbeitgebers in der schweizerischen Sozialversicherung, Zürich 2013.

BÜHLER CHRISTOPH, Neues Vergütungsregime für Publikumsgesellschaften: Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates. Eine Standortbestimmung nach Abschluss der Generalsversammlungs-Saison 2014, SIZ 110 (2014), Nr. 18, S. 449 ff.

CHEGE, VICTORIA, Die mehrdimensionale Diskriminierung im EU-Arbeitsrecht: ein rechtlicher toter Winkel, in: NZA 5/2022, S. 307 ff.

CLASS EDI/MÖSSINGER RAINER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996.

CLASSEN ANDREA, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021 (zit. CLASSEN, Art. ... OR N ...)

CRAMER CONRADIN, Lohngeheimnis und Lohntransparenz, AJP 2016, S. 1471 ff.

EMMEL FRANK, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. EMMEL-CHK, Art. ... OR N ...)

FISCHER BETTINA, Die Lohngleichheitsanalyse - endlich ein Schritt in die richtige Richtung? Verhilft der gesetzgeberische Ansatz von Vernunft ohne Sanktion zur Realisierung des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit? Zürich 2022.

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, in: Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019.

GERSBACH CHRISTIAN/GROSS MARCEL, in: Etter/Facincani/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021 (zit. GERSBACH/GROSS, Art. ... OR N ...)

GRÜNBERGER MICHAEL, Nichtdiskriminierungsrecht, in: Preis Ulrich/Sagan Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019, S. 115 ff.

HANTEL PETER, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Hamburg 2019.

HARTMANN FELIX, Diskriminierung durch Antidiskriminierungsrecht? Möglichkeiten und Grenzen eines postkategorialen Diskriminierungsschutzes in der Europäischen Union, EuZA 2019, S. 24 ff.

HÄUSLER MARC, Ermessensspielraum von kommunalen Anstellungsbehörden bei Lohnverhandlungen, Jusletter 22. Juni 2020.

HELBLING PETER, in: Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), Bern 2013 (zit. HELBLING, Art. ... BPG N ...)

HENDRICKX FRANK, Protection of Workers' Personal Data: *General Principles*, herausgegeben von International Labour Organization. Bd. 62. ILO Working Paper. ILO, 2022.

HERBERGER MARIE, Verbandsklageverfahren für diskriminierungsrechtliche Ansprüche, in: RdA 4/2022, S. 220 ff.

HUSEMANN TIM, Der Richtlinienvorschlag der Kommission zur Stärkung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit, in: EuZA 2022, S. 166 ff.

JANDA CONSTANZE, Bd. 1, II. Sozialrecht, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, 56. Aufl., 2022, S. 201 ff.

JUNGHANSS CORNELIA, Regelungskonzept des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Pärli et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 273 ff.

LAMBERT CLAUDE, Arbeitsverträge mit der Geschäftsleitung unter der VegÜV, GesKR 2014, S. 475 ff.

LANGENFELD CHRISTINE, Art. 157 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin, Das Recht der europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 70. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2020 (zit. LANGENFELD, N ... zu Art. ... AEUV).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004-2019), Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bern 2021 (zit. LEMPEN/VOLODER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz (2004–2015), Forschungsbericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Genf 2017 (zit. LEMPEN/VOLODER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung).

LEMPEN KARINE/BINDER ANDREA, Umsetzung von Art. 11 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau, Bern 2015, S. 799 ff. (zit. LEMPEN/BINDER, Art. ... CEDAW N ...)

MALLA JASMIN, in: Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), Bern 2013 (zit. MALLA, Art. ... BPG N ...)

MOOR JOCHEN, RL 2006/54/EG; RL 2000/78/EG, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022 (zit. MOOR, Rn. ... zu Art. ... RL ...)

MÜLDER MARJE, Die Europäische Säule sozialer Rechte als Auslegungshilfe zur Bestimmung wesentlicher Grundsätze des Sozialrechts der Union, ZESAR 5/2019, S. 6 ff.

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat - Band I, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

MÜLLER ANDREAS/OSER DAVID, in: Oser/Müller (Hrsg.), VegüV - Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. MÜLLER/OSER, Art. ... VegüV N ...)

NYDEGGER CHRISTINA, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2019.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit).

PÄRLI KURT, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 431 ff. (zit. PÄRLI, Einwirkungen).

PÄRLI KURT, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, in: Pärli et al. (Hrsg.), Internationales Arbeitsrecht, Zürich 2016, S. 611 ff. (zit. PÄRLI, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote).

PÄRLI KURT, Datenschutz, in: Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 685 ff. (zit. PÄRLI, Datenschutz)

PÄRLI KURT, Entsendegesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2018 (zit. PÄRLI, EntsG, Art. ... N ...)

PÄRLI KURT, Gutachten «EU-Gleichbehandlungsrecht aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben – Auswirkungen auf die Schweiz», verfasst im Auftrag des EBG, Februar 2021 (https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/recht/gleichstellungsgesetz/GutachtenEBG_06-03-2021_Schlussversion_P%C3%A4rli.pdf.download.pdf/GutachtenEBG_06-03-2021_Schlussversion_P%C3%A4rli.pdf) (zuletzt besucht am 03.04.2023), zit.: PÄRLI, Gutachten).

PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL, Diskussionspapier zum Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann aus juristischer Sicht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bern, 2019.

PICKER CHRISTIAN/RATHMANN LEANDER, Europäisierung des Kündigungsschutzes, RdA 2/2022, S. 61 ff.

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

PROBST DOMINIK, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021 (zit. PROBST, Art. ... OR zu N ...)

PROFETA PAOLA/PASSADOR MARIA LUCIA/ XIMENA CALÓ, Reporting Obligations Regarding Gender Equality and Equal Pay - State of play among Member States and avenues for upgrading and implementing legal sanctions towards companies, Studie im Auftrag des EU-Parlaments, Brüssel, 2021, Quelle: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3953710 (zuletzt besucht am 03.04.2023).

RAUCH THOMAS, Arbeitsrecht für Arbeitgeber, 20. Aufl., Wien 2021.

REBHAWN ROBERT, § 18 Europäisches Arbeitsrecht, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2015, S. 410 ff.

REBHAWN ROBERT/CHRISTOPH KIETAIBL, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, Rechtswissenschaft 1, 4/2010, S. 373 ff.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2010 (zit. REHBINDER/STÖCKLI-BK, Art. ... OR N ...)

RICKENBACH MATTHIAS W., Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 1999.

ROETTEKEN TORSTEN, Unionsrechtliche Aspekte des Schadensersatzes und der Entschädigung bei Diskriminierungen, NZA-RR Arbeitsrecht 7/2013, S. 337 ff. (zit.: ROETTEKEN, Schadenersatz).

ROETTEKEN TORSTEN, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Entgeltdiskriminierung, NZA-RR Arbeitsrecht 4/2019, S. 177 ff. (zit.: ROETTEKEN, Rechtsprechung).

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Datenschutzrechtliche Meldepflicht von Personalakten, Jeder Arbeitgeber ein Delinquent?, SJZ 104/2008, S. 394 ff.

SALKIM DANIELA, Risiken und Stolpersteine von Spezialprüfungen bei KMU, Trex 2021, S. 164 ff.

SCHRÖTER OLIVER/MARTI WHITEBREAD CLAUDIO, Die Messung von Lohndiskriminierung und die Kontrolle/Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes, in: Dunand/Lempen/Mahon (Hrsg.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Collection de Centre d'étude des relations de travail (CERT), Vol. 7, Genf/Zürich/Basel 2016.

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. STAEHELIN-ZK, Art. ... OR N ...)

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR in: Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. STAEHELIN-ZK, Art. ... OR N ...)

STAUBER-MOSER SUSY, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, S. 1352 ff.

STEINER MARTINA PATRICIA/BRETSCHER FABIENNE, Diskriminierende Lohnunterschiede, RR-COMP 3/2020, S. 5 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. ... OR N ...)

SUTTER, RENTO, IN: IN: ETTER/FACINCANI/SUTTER RETO (HRSG.), ARBEITSVERTRAG, BERN 2021 (ZIT. GERSBACH/GROSS, ART. ... OR N ...)

THÜSING GREGOR, § 94 Betriebsverfassungsgesetz, in: Richardi (Hrsg.), Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 17. neu bearbeitete Aufl., München 2022.

TREICHEL STEFAN, Reformansätze zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige, in: NZFam 10/2021, S. 433 ff.

UEBE WESSELINA, Regelungskonzept des Europäischen Arbeitsrechts, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 175 ff.

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Kommentar zu Art. 28 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. VALLENDER/HETTICH-SGK BV, Art. ... N ...)

VIANDEN SABINE, Neuer Richtlinienvorschlag der EU-Kommission im Bereich Entgelttransparenz, Arbeitsrecht Aktuell 17/2021, S. 431 ff.

WANK ROLF, Der Arbeitnehmerbegriff in der Europäischen Union – Praktische Konsequenzen, in: EuZA 2018, S. 327 ff.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Auf dem Rechtsweg zur Gleichberechtigung – vom Fall Kempin bis heute, VSH/AEU-Bulletin 1/2008, S. 1 ff.

ZILLI ANNA, EU Strategy against Gender Pay Gap through Wage Transparency: The Best Is yet to Come, Italian Labour Law E-Journal 14 Nr. 2/2021, S. 173 ff. <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/13859> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

Abkürzungsverzeichnis

aBV	Alte Bundesverfassung
Abs.	Absatz
ABl. C	Amtsblatt der Europäischen Union – Mitteilungen und Bekanntmachungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. C 306 vom 17.12.2007,1)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des (schweizerischen) Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BV	Eidgenössische Bundesverfassung
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CERT	Collection de Centre d'étude des relations de travail
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für Gleichstellung von Frau und Mann
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
Eidg.	Eidgenössisch(e)
EIGE	Europäisches Institut für Gleichstellungsfragen
EntsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) SR 823.20
et al.	et alteri
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. C 306 vom 17.12.2007)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681
GesKR	Zeitschrift Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
Hrsg.	Herausgeber
ILO	International Labour Organisation
Insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Komm	Europäische Kommission
lit.	litera
MitwG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, SR 822.14
N	Note
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Frankfurt a.M.)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht (München)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
RR-COMP	Zeitschrift Recht Relevant. für Compliance Officers
RdA	Recht der Arbeit (Karlsruhe)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche
UN	Vereinte Nationen

VegüV	Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, SR 221.331
VSH/AEU	Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden/Association Suisse des Enseignant-e-s d'Université
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Rechtsprechungsverzeichnis

Bundesgericht

Leitentscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGE)

BGE 103 Ia 517

BGE 124 II 409

BGE 130 III 145

BGE 125 III 368

BGE 141 II 411

Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts (BGer)

BGer 4C_350/1994 vom 14.12.1994.

BGer 2A_253/2001 vom 08.10.2002.

BGer 4A_195/2010 vom 08.06.2010.

BGer 4A_283/2010 vom 11.08.2010.

Europäischer Gerichtshof EuGH

EuGH, Urteil vom 03.06.2021, Rs. C-624/19, ECLI:EU:C:2021:42, (*Tesco-Stores*)

EuGH, Urteil vom 16.07.2020, Rs. C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572, (*UX / Governo della Repubblica italiana*)

EuGH, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, (*AGET Iraklis*)

EuGH, Urteil vom 17.11.2016, Rs. C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*)

EuGH, Urteil vom 17.12.2015, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, (*Arjona Camacho*)

EuGH, Urteil vom 09.07.2015, Rs. C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, (*Balkaya*)

EuGH, Urteil vom 04.12.2014, Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, (*FNV Kunsten Informatie en Media*)

EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, (*Alemo-Herron u.a.*)

EuGH, Urteil vom 04.10.2010, Rs. C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612, (*Union Syndicale Solidaires Isère*)

EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, (*Mangold*)

EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby*)

EuGH, Urteil vom 30.03.2004, Rs. C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192, (*Alabaster*)

EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, (*A.G. Lawrence u.a.*)

EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl/Urania Immobilienservice*)

EuGH, Urteil vom 07.03.1996, Rs. C-278/93, ECLI:EU:C:1996:83, (*Freers und Speckmann*)

EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, (*Gillespie*)

EuGH, Urteil vom 27.10.1993, Rs. C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, (*Enderby*)

EuGH, Urteil vom 04.06.1992, Rs. C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246, (*Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin / Bötzel*)

EuGH, Urteil vom 27.06.1990, Rs. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, (*Kowalska / Freie und Hansestadt Hamburg*)

EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*)

EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner-Kühn / FWW Spezial Gebäudereinigung*)

EuGH, Urteil vom 03.07.1986, Rs. C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, (*Deborah Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg*)

EuGH, Urteil vom 13.05.1986, Rs. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, (*Bilka*)

EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*)

EuGH, Urteil vom 09.06.1982, Rs. C-58/81, ECLI:EU:C:1982:215, (*Kommission / Luxemburg*)

EuGH, Urteil vom 09.02.1982, Rs. C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44, (*Garland / British Rail*)

EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*)

I) Ausgangslage

1. Entwicklungen und Stand betreffend Lohngleichheitsrecht in der EU und in der Schweiz

1.1 Von den Römerverträgen zur Lohn-Transparenzrichtlinie: Die Entwicklung in der EU

- ¹ Die Gleichheit der Geschlechter ist ein zentrales Ziel der EU.¹ Dies kommt in Art. 3 Abs. 3 Abs. 2 des Unionsvertrages (EUV) zum Ausdruck, wonach die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft und u.a. soziale Gerechtigkeit, sozialen Schutz und die Gleichstellung von Frauen und Männern fördert. Art. 8 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV) nimmt diese Zielsetzung auf und verlangt von der Union, bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin zu wirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.
- ² Das Recht von Frauen und Männern auf gleiches Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ist seit den Römer-Verträgen aus dem Jahr 1957 Teil des Unionsrechts. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) erkannte, dass die Lohngleichheit sowohl auf Gerechtigkeitsmotiven als auch auf wirtschaftlichen Überlegungen basiert.² Ohne Lohngleichheit der Geschlechter ist kein fairer Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten möglich.³ Nach Art. 157 AEUV ist jeder EU-Mitgliedstaat verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen.⁴ Artikel 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sieht vor, dass die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschliesslich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen ist.⁵ Schliesslich sieht die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vor, dass bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beseitigt werden müssen.⁶ Insbesondere ist festgehalten, dass zur Festlegung eines Lohnsystems für männliche und weibliche Arbeitnehmende gleiche Kriterien verwendet werden müssen.⁷ Das

¹ Statt vieler siehe GRÜNBERGER, S. 115.

² EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, (*Defrenne II*), Rn. 8/11.

³ Siehe mit zahlreichen Hinweisen PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rn. 1001.

⁴ Die Bestimmung ist in jedem Mitgliedstaat in allen Beschäftigungsverhältnissen (öffentlich-rechtlich und privatrechtlich) unmittelbar anwendbar. Siehe dazu zuletzt EuGH, Urteil vom 03.06.2021, Rs. C-624/19, ECLI:EU:C:2021:42, (*Tesco-Stores*), Rn. 39.

⁵ PÄRLI, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, N 1447.

⁶ Art. 4 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

⁷ Art. 4 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

System muss so ausgestaltet sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden können.⁸

- 3 Trotz des dichten gesetzgeberischen Rahmens im primären und sekundären EU-Recht zeig(t)en empirische Untersuchungen und Statistiken, dass die tatsächliche Lohngleichheit (auch) in den Mitgliedstaaten der EU nicht verwirklicht ist.⁹ Sowohl die EU-Kommission als auch das EU-Parlament liessen sich den letzten fünfzehn Jahren verschiedentlich zur Lohn(un)gleichheit verlautbaren.¹⁰ Der EU-Rat forderte im Juni 2019 die Kommission auf, konkrete Massnahmen zur Verbesserung der Lohntransparenz vorzuschlagen.¹¹ Der Rat rief dabei die wirtschaftliche Bedeutung der Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern in Erinnerung¹² und wies auf verschiedene Bestimmungen in arbeitsvölkerrechtlichen Verträgen hin, die von den Staaten Massnahmen zur Verwirklichung der Lohngleichheit verlangen.¹³
- 4 Die EU-Kommission kam dieser Aufforderung nach und legte im März 2021 einen Entwurf für die in diesem Gutachten zu analysierende Lohntransparenz-Richtlinie¹⁴ vor. Das Gesetzgebungsvorhaben war (und ist) auch eingebettet in die Kommissionsstrategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020–2025.¹⁵ In diesem Dokument bildet die Lohntransparenz einer der fünf Hauptaktivitäten.¹⁶ Das Projekt "Lohntransparenz-Richtlinie" ist weiter im Kontext der im Mai 2021 im Rahmen des Sozialgipfels verabschiedeten Erklärung zur Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte¹⁷ zu sehen. Diese beinhaltet 20 zentrale Grundsätze und Rechte, die für faire und leistungsfähige Arbeitsmärkte und Sozialsysteme im 21. Jahrhundert sorgen sollen.¹⁸ Im entsprechenden Aktionsplan zum Ziel der Geschlechtergleichheit werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, das geschlechtsspezifische Beschäftigungsgefälle mindestens um die Hälfte zu

⁸ MOOR, Rn. 11 zu Art. 4 RL 2006/54/EG.

⁹ Im EU-Durchschnitt betrug die Lohnungleichheit im Jahre 2020 13 Prozent, wobei sich beachtliche Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten zeigen, siehe zu den Daten: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics (zuletzt besucht am 02.04.2023). Siehe auch die Evaluation der EU-Kommission der RL 2006/54/EG, Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value' (SWD(2020) 51 final), https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1839-Evaluation-of-the-provisions-in-the-Directive-2006-54-EC-implementing-the-Treaty-principle-on-equal-pay_en (zuletzt besucht am 04.04.2023).

¹⁰ Siehe zu den einzelnen Beschlüssen der Kommission und des Parlaments die Erwägungsgründe 8 bis 14 der Empfehlung der Kommission zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen durch Transparenz (Komm 2014/124/EU, L 69/112).

¹¹ EU-Rat, Verringerung des Lohngefälles zwischen Frauen und Männern: Schlüsselpolitiken und –massnahmen, Schlussfolgerungen des Rates vom Juni 2019, Doc 103/49/19, Quelle: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10349-2019-INIT/de/pdf> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

¹² EU-Rat (Fn. 11), Ziffer 4.

¹³ EU-Rat (Fn. 11), Ziffer 11 ff.

¹⁴ Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, KOM(2021) 93 final, 4.3.2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2021/0093/COM_COM\(2021\)0093_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2021/0093/COM_COM(2021)0093_DE.pdf) (zuletzt besucht am 02.04.2023). Zur definitiven Version der Richtlinie siehe Fn 54.

¹⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020–2025, COM/2020/152 final.

¹⁶ Kommissionsstrategie 2025 (Fn. 15), Ziffer 2.

¹⁷ Zur Europäischen Säule sozialer Rechte siehe https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_de (zuletzt besucht am 02.04.2023).

¹⁸ Zur konkreten rechtlichen Bedeutung siehe MÜLDER, S. 6 ff.

verringern.¹⁹

- 5 Der Rat legte seine Verhandlungsposition zum Richtlinienentwurf der Kommission Ende 2021 fest.²⁰ Kritisch äusserte sich der Rat unter anderem zur Verhältnismässigkeit einzelner Massnahmen und es wurden Bedenken hinsichtlich der Einschnitte der Regulierung in nationale Rechtssysteme geäussert.²¹ Erwähnt wurden weiter Befürchtungen, die Richtlinie würde insbesondere für kleine Unternehmen zu einer administrativen und finanziellen Mehrbelastung führen.²² Eine Präzisierung wünschte sich der Rat schliesslich bei Fragen des Anwendungsbereichs.²³
- 6 Der Vorschlag der Kommission für die Lohntransparenz-Richtlinie stiess im Europäischen Parlament grundsätzlich auf Zustimmung.²⁴ Dennoch wurden zahlreiche Änderungen vorgeschlagen. Insbesondere wollte das Parlament die Schwelle für die Berichterstattungspflicht tiefer ansetzen (bereits Verpflichtungen für Unternehmen mit 50 Mitarbeitenden statt wie von der Kommission vorgeschlagen erst für Unternehmen mit 250 Mitarbeitenden).²⁵ Zudem sollen Unternehmen ab einem geschlechtsspezifischen Lohngefälle von 2.5 Prozent²⁶ gemeinsam mit der Arbeitnehmervertretung eine Entgeltbewertung vornehmen und Abhilfemassnahmen treffen müssen.²⁷ Auch wollte das Parlament Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen ausdrücklich verbieten.²⁸ Weiter befürwortete das Parlament die Thematisierung der Frage der Geschlechtsidentität in der Richtlinie.²⁹
- 7 Der Europäische Rat, das Europäische Parlament und die EU-Kommission erzielten am 15. Dezember im Rahmen des Trilog-Verfahrens³⁰ eine Einigung in den zentralen Streitpunkten.³¹ Dabei wurden Kompromisse gefunden. Bericht erstatten müssen Unternehmen mit mindestens 100 bis 249 Beschäftigten alle drei Jahre; solche mit 250 und mehr Angestellten müssen alle Jahre ihrer Berichterstattungspflicht nachkommen.³² Die vom Rat angestrebte generelle Ausnahmeregelung

¹⁹ EU-Kommission, Dokument zur Umsetzung der Grundsätze der Säule sozialer Rechte, S. 27, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=23696&langId=de> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

²⁰ Siehe dazu das Dokument «Allgemeine Ausrichtung des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen» vom 02.12.2021, Interinstitutionelles Dossier: 2021/0050(COD), Quelle: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14317-2021-INIT/de/pdf> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

²¹ Erste Stellungnahme Rat (Fn. 20), S. 2.

²² Erste Stellungnahme Rat (Fn. 20), S. 3, 6.

²³ Erste Stellungnahme Rat (Fn. 20), S. 2, 30.

²⁴ Siehe das Dokument des Parlaments «Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen» vom 22.3.2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0056_DE.html (zuletzt besucht am 02.04.2023).

²⁵ Bericht Parlament zum Richtlinienvorschlag der Kommission (Fn. 24), Änderungsanträge Nr. 32, 37, 92.

²⁶ Darunter ist die nicht erklärbare und damit potenziell diskriminierende geschlechtsspezifische Lohndifferenz zu verstehen.

²⁷ Bericht Parlament zum Richtlinienvorschlag der Kommission (Fn. 24), Änderungsanträge Nr. 112, 151.

²⁸ Bericht Parlament zum Richtlinienvorschlag der Kommission (Fn. 24), Änderungsanträge Nr. 32, 89.

²⁹ Bericht Parlament zum Richtlinienvorschlag der Kommission (Fn. 24), Änderungsanträge Nr. 5, 6, 58, 72.

³⁰ Das Trilog-Verfahren beschleunigt den Gesetzgebungsprozess, ist aber aus demokratischer Perspektive nicht unproblematisch, siehe dazu: https://www.cep.eu/Studien/ceplnput_Trilog/ceplnput_Gesetzgebung_im_Trilog.pdf (zuletzt besucht am 02.04.2023).

³¹ Siehe dazu die Pressemitteilung des EU-Parlaments vom 15. Dezember 2022: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20221212IPR64524/gender-pay-gap-deal-reached-on-binding-pay-transparency-measures> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

³² Siehe Art. 9 Lohntransparenz-Richtlinie und weitführend hinten, Rz. 48

für Kleinunternehmen wurde nicht in die bereinigte Fassung der Richtlinie aufgenommen.³³ Bezüglich der Grenze des Lohngefälles konnte sich das Parlament nicht durchsetzen. Die bereinigte Version der Richtlinie setzt die Grenze, ab der eine Pflicht zur Entgeltbewerbung vorgenommen muss, auf 5 Prozent fest.³⁴ Bemerkenswert ist, dass in der neuen Richtlinie ausdrücklich auf die Thematik der Intersektionalität eingegangen wird.³⁵ Nicht erwähnt werden indes Fragen der Geschlechtsidentität oder Mehrgeschlechtlichkeit.³⁶

- ⁸ Am 30. März 2023 verabschiedete das Europäische Parlament die Richtlinie mit grosser Mehrheit.³⁷ Für die endgültige Verabschiedung muss nun noch der Rat zustimmen. Angesichts des vorangehenden Triolog-Verfahrens ist dies indes lediglich noch eine Formsache.³⁸ Die Richtlinie wird 20 Tage nach der definitiven Verabschiedung in Kraft treten.³⁹ Die Mitgliedstaaten haben danach drei Jahre Zeit, die Richtlinie in ihr nationales Recht umzusetzen.⁴⁰

1.2 Bundesgericht, Verfassung und Gesetz: Der lange Weg zur Lohngleichheit in der Schweiz

- ⁹ In der Schweiz dauerte es etwas länger, bis die Lohngleichheit und der weitere Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsleben politisch anerkannt und rechtlich verwirklicht wurde.⁴¹ Nach der (späten) Ratifikation des ILO-Übereinkommens Nr. 100 über die Entgeltgleichheit im Jahre 1972 anerkannte das Bundesgericht in einem wegweisenden Urteil 1977 eine indirekte Drittwirkung und legte die Rechtsgleichheitsbestimmung in Art. 4 der damaligen Bundesverfassung (aBV) im Lichte des Übereinkommens aus.⁴² Der Anspruch von Frauen und Männern auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit war ab diesem Zeitpunkt zumindest für die öffentlich-rechtliche Beschäftigung höchstgerichtlich anerkannt.⁴³
- ¹⁰ Mit der Aufnahme von Art. 4 Abs. 2 aBV wurden die Grundlagen für das heutige Gleichstellungsgesetz (GIG) geschaffen. Die neue Verfassungsbestimmung bildete den Gegenvorschlag zur

³³ Die Anliegen der Kleinunternehmen kommen indes in Erwägungsgrund 34 der Lohntransparenzrichtlinie zum Ausdruck, u.a. ist hier festgehalten: «Entgelttransparenzmaßnahmen sollten das Recht der Arbeitnehmer auf gleiches Entgelt schützen und gleichzeitig die Kosten und den Verwaltungsaufwand für Arbeitgeber so weit wie möglich begrenzen, wobei Kleinunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist.»

³⁴ Siehe Art. 10 Abs. 1 lit. a Lohntransparenz-Richtlinie, weiterführend hinten, Rz. 46.

³⁵ In den Erwägungsgründen 25 und 32 sowie in den Art. 3 Abs. 2 lit. e, Art. 16 Abs. 3, Art. 23 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 3 lit. a der Lohntransparenz-Richtlinie. Siehe dazu unten, Rz. 26.

³⁶ Die entsprechenden Vorschläge des EU-Parlamentes konnten sich im Verfahren nicht durchsetzen, siehe dazu Näheres unten, Rz. 27 f.

³⁷ Das Ergebnis: 427 Abgeordnete stimmten zu, 79 waren dagegen und 76 enthielten sich der Stimme, siehe <https://www.euro-parl.europa.eu/news/de/press-room/20230327IPR78545/lohngefalle-parlament-nimmt-neue-regeln-fur-mehr-lohntransparenz-an> (zuletzt besucht am 02.04.2023).

³⁸ Die Verabschiedung der Lohntransparenz-Richtlinie erfolgt nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV). Der Rat hat nach qualifiziertem Mehr zu entscheiden (Art. 16 Unionvertrag EUV), zum Ganzen siehe PICKER/RATHMANN, S. 63. Angesichts des vorangehenden Triolog-Verfahrens ist mit einer Zustimmung des Rates zur Richtlinie zu rechnen.

³⁹ Art. 36 Lohntransparenz-Richtlinie.

⁴⁰ Art. 34 Lohntransparenz-Richtlinie.

⁴¹ Siehe dazu PÄRLI, Gutachten, Rn. 1 ff., siehe auch WEBER-DÜRLER, S. 1 ff.

⁴² BGE 103 Ia 517.

⁴³ Zur weiteren Entwicklung in der Rechtsprechung siehe BIGLER-EGGENBERGER, Justizias Waage, S. 158.

Initiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau».⁴⁴ In den Vorbereitungsarbeiten anerkannte der Bundesrat die Bedeutung der Lohngleichheit nicht nur als menschenrechtlicher Anspruch, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Wenn Unternehmen nur dank diskriminierenden Löhnen weiter existierten, käme es zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen.⁴⁵ Damit wird die konzeptionelle und inhaltliche Nähe des schweizerischen Gleichstellungsrechts zum Recht der Europäischen Union (EU) deutlich.⁴⁶ Das GIG von 1995 entspricht weitgehend dem Vorbild der damaligen Richtlinie 75/117/EWG und Richtlinie 76/207/EWG.⁴⁷ Im Rahmen der Totalrevision der BV von 1999 wurde die damalige Regelung praktisch gleichlautend in Art. 8 Abs. 3 der neuen BV übernommen. Ergänzt wurde in Art. 8 Abs. 3 BV der Auftrag an den Gesetzgeber, für «rechtliche und tatsächliche» Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen.⁴⁸

- 11 Auch mit dem GIG ging (und geht) es mit der Verwirklichung der Lohngleichheit nur langsam vorwärts. Der Bundesrat beschloss deshalb 2014, dass zusätzliche staatliche Massnahmen notwendig seien.⁴⁹ Das GIG wurde mit neuen Bestimmungen (Art. 13a ff.) ergänzt, die für Unternehmen ab 100 Mitarbeitenden eine Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse vorsehen.⁵⁰ Mit diesen Ergänzungen des GIG werden hauptsächlich zwei Ziele verfolgt: Die Arbeitgebenden sollen für die Problematik der Lohndiskriminierung sensibilisiert werden und bestehende systematische, geschlechtsspezifische Lohndiskriminierungen müssen in den Unternehmen durch Lohngleichheitsanalysen aufgedeckt und beseitigt werden.⁵¹
- 12 Auf rechtspolitischer Ebene wurden im Parlament Vorstösse eingereicht, die eine weitere Angleichung des schweizerischen Gleichstellungsrecht an den EU-Standard fordern. In seiner Antwort auf die Motion Marti (21.3938) «Angleichung des Gleichstellungsgesetzes an das EU-Gleichbehandlungsrecht» erklärt der Bundesrat, dass die neu eingeführte Lohngleichheitsanalyse voraussichtlich im Jahr 2025 evaluiert werde.⁵² Bemerkenswert ist der Hinweis, dass eine allgemeine Pflicht zur Lohntransparenz eine Gesetzesänderung erfordere.⁵³

2. Auftrag, Fragestellung, methodisches Vorgehen

- 13 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die EU-Lohntransparenzrichtlinie eine Weiterentwicklung des EU-Lohngleichheitsrechts darstellt. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) sieht deshalb einen Bedarf, die genannte Richtlinie näher zu analysieren

⁴⁴ Botschaft über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 14. November 1979 in BBl 1980 I 69.

⁴⁵ BBl 1993 I 1248, S. 1286 f.

⁴⁶ JUNGHANSS, Rn. 856.

⁴⁷ Zur Parallelität des schweizerischen und EU-Gleichstellungsrecht (und zu den Unterschieden) siehe PÄRLI, Gutachten, Rn. 5 ff.

⁴⁸ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, SG-Komm BV, N 236 ff. zu Art. 8 BV.

⁴⁹ BBl 2017 5507, S. 5508 ff.

⁵⁰ Zur Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse siehe die Untersuchung von FISCHER, S. 1 ff.

⁵¹ BBl 2017 5507, S. 5519.

⁵² Siehe auch Antwort des Bundesrates zur Interpellation Piller Carrard, 21.4315.

⁵³ Antwort des Bundesrates auf das Postulat Natalie Imboden, Postulat 22.3521 «Wie können Regulierungsunterschiede zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der sozialen Sicherheit abgebaut und die Situation der Arbeitnehmenden verbessert werden?»

und das Potential und die Grenzen einer möglichen (autonomen) Umsetzung in das schweizerische Recht aufzuzeigen. Das Gutachten soll im Ergebnis die folgenden Fragen beantworten:

- Welche Massnahmen sieht die Richtlinie zur Erhöhung der Entgeltgleichheit vor?
- Inwiefern wirkt sich die Richtlinie auf das Schweizer Recht aus?

- ¹⁴ Zur sachgerechten Erfüllung des Auftrages und der Beantwortung der Fragen wird im nächsten Kapitel die Richtlinie in der Version wie sie am 30. März 2023 vom EU-Parlament verabschiedet wurde und voraussichtlich im Sommer 2023 in Kraft treten wird im Einzelnen vorgestellt.⁵⁴ Wo es sich aus inhaltlichen Gründen aufdrängt, wird auch auf den Entstehungsprozess der Richtlinie, namentlich die Änderungsvorschläge des Parlaments⁵⁵ und des Rates⁵⁶ eingegangen.
- ¹⁵ Im dritten Teil wird untersucht, wie sich die Richtlinie auf das schweizerische Recht auswirken bzw. welche Anpassungen gegebenenfalls im schweizerischen Recht bei einer autonomen Übernahme der Richtlinie erforderlich wären. Das Gutachten wird mit einem Fazit (IV) abgeschlossen und mit einer Zusammenfassung ergänzt.

II) Analyse der Inhalte der Lohntransparenzrichtlinie

1. Inhaltsübersicht

- ¹⁶ Die Lohntransparenzrichtlinie⁵⁷ umfasst in vier Kapiteln insgesamt 37 Artikel. Im ersten Kapitel werden der Gegenstand (Art. 1), der Geltungsbereich (Art. 2) und zentrale Begriffe (Art. 3) der Richtlinie dargelegt. In einem gesonderten Artikel (4) finden sich Kriterien zur Bestimmung gleicher und gleichwertiger Arbeit und die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, die notwendigen Massnahmen zur Verwirklichung der gleichen Bezahlung zu ergreifen. Das zweite Kapitel (Art. 5–13) enthält Vorschriften zur Lohntransparenz (im Bewerbungsverfahren, bei Vertragsabschluss und der Laufbahn, Auskunftsrecht der Arbeitnehmenden, Berichterstattungspflicht, gemeinsame Entgeltbewertung, Datenschutz und sozialer Dialog). Das dritte Kapitel (Art. 14–26) widmet sich den Rechtsmitteln und der Rechtsdurchsetzung. Unter anderem ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten bei Verletzung der Lohngleichheit nicht nur Verfahrenserleichterungen (Art. 18–20) und Entschädigungsansprüche (Art. 16) vorsehen müssen, sondern auch wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen (Art. 23). Im letzten Kapitel (Art. 27–37) wer-

⁵⁴ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 30. März 2023 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen (COM(2021)0093 – C9-0089/2021 – 2021/0050), siehe https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0091_DE.html (zuletzt besucht am 03.04.2023).

⁵⁵ Siehe Fn. 24.

⁵⁶ Siehe Fn. 20.

⁵⁷ Gemäss Fassung der legislativen Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 30. März 2023, siehe weitere Angaben in Fn. 54.

den unter dem Titel «Horizontale Bestimmungen» die Modalitäten der Umsetzung der Lohntransparenz festgehalten. Unter anderem sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Gleichbehandlungsstellen mit angemessenen Ressourcen für die wirksame Erfüllung ihrer Aufgaben auszustatten.

- ¹⁷ Sehr umfang- und aufschlussreich sind die Erwägungsgründe zur Richtlinie. Erwägungsgrund 1 nennt Art. 11 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Form of Discrimination Against Women CEDAW⁵⁸) als eine der Grundlagen für Verstärkung des Engagements der Europäischen Union bezüglich Lohngleichheit. Eingang in die Erwägungen finden auch Aussagen zu Geschlechtsumwandlung, so steht etwa in Erwägungsgrund 5: «In Anbetracht des Gegenstandes und der Natur der Rechte, die damit geschützt werden sollen, hat dieser Grundsatz (Gleichbehandlung von Männern und Frauen) auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache in einer Geschlechtsumwandlung haben.». Auf weitere Erwägungsgründe wird in diesem Gutachten Bezug genommen, soweit es sich für die Auslegung einschlägiger Bestimmungen rechtfertigt.

2. Gegenstand und Anwendungsbereich

2.1 Gegenstand

- ¹⁸ Die Lohntransparenzrichtlinie enthält für die Mitgliedstaaten verbindliche Mindestvorschriften⁵⁹ zu Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher und gleichwertiger Arbeit. Dieser Grundsatz findet sich bereits in Art. 157 AEUV und in Art. 4 RL 2006/54/EG. Die Stärkung der Entgeltgleichheit soll vor allem durch Lohntransparenz und verstärkte Durchsetzungsmechanismen erreicht werden (Art. 1 Lohntransparenz-Richtlinie).

2.2 Persönlicher Anwendungsbereich

- ¹⁹ Art. 2 Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie hält fest, dass sich die Richtlinie an Arbeitgebende sowohl im öffentlichen als auch privaten Sektor richtet. Das trifft ebenso auf Art. 157 AEUV sowie die RL 2006/54/EG zu und ist kohärent. Ausdrücklich erwähnt werden in Art. 2 Abs. 3 der Lohntransparenzrichtlinie Stellenbewerbende (im Zusammenhang mit Art. 5).
- ²⁰ Adressaten der Lohntransparenz sind spiegelbildlich auch alle Arbeitnehmenden. Art. 2 Abs. 2 Lohntransparenzrichtlinie verweist bezüglich Arbeitnehmerbegriff einerseits auf das Recht der

⁵⁸ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen am 18. Dezember 1979, von der Bundesversammlung genehmigt am 4. Oktober 1996, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 27. März 1997, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997, SR 0.108.

⁵⁹ Der Terminus «Mindestvorschriften» bedeutet, dass die Mitgliedstaaten auch weitergehende Regelungen erlassen dürfen, soweit damit nicht andere Bestimmungen des EU-Rechts verletzt werden. Siehe zu dieser Thematik: REBHAIN, § 18, Rn. 1.

Mitgliedstaaten und andererseits auf die Rechtsprechung des EuGH⁶⁰ zum Arbeitnehmerbegriff. Im 18. Erwägungsgrund wird ausgeführt, dass auch Teilzeitbeschäftigte, befristet Angestellte, verliehene Arbeitnehmende, Hausangestellte, auf Abruf Tätige, Plattform-Beschäftigte, Praktikanten und Auszubildende unter die Richtlinie fallen würden. Ausdrücklich erwähnt werden überdies Arbeitnehmende in Führungspositionen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass sich die Ermittlung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses an den Fakten und nicht am formellen Vertragsinhalt orientieren solle.

2.3 Gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit

- ²¹ In Art. 3 Abs. 1 lit. a Lohntransparenzrichtlinie wird der Entgeltbegriff im Lichte der EuGH-Rechtsprechung⁶¹ sehr weit gefasst. Zum Entgelt gehören alle Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar als Geld- oder Sachleistung ausrichtet. Auch zusätzliche Leistungen gehören zum Entgelt wie Boni, Überstundenentschädigungen, und überhaupt alle gesetzlich oder tarifvertraglich geschuldeten Vergütungen, die ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis haben.⁶²
- ²² Der Frage, was unter gleicher und gleichwertiger Arbeit zu verstehen und wie dies festzustellen ist, widmet sich Art. 4 Lohntransparenzrichtlinie. Nach Abs. 1 müssen die Mitgliedstaaten die notwendigen Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass Arbeitgeber über Vergütungsstrukturen verfügen, durch die gleiches Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gewährleistet wird. Abs. 2 verlangt, dass «Instrumente oder Methoden zur Analyse als Unterstützung und Orientierung bei Bewertungen und Vergleichen des Werts der Arbeit im Einklang mit den in diesem Artikel festgelegten Kriterien verfügbar gemacht werden und leicht zugänglich sind». Die EU-Kommission kann in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Institut für Gleichstellungsfragen (EIGE) unionsweit Leitlinien in Bezug auf Systeme zur geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung erlassen (Abs. 3). Entgeltstrukturen, hält Abs. 4 fest, seien so beschaffen, «dass anhand objektiver, geschlechtsneutraler und mit den Arbeitnehmervertretern vereinbarter Kriterien, sofern es solche Vertreter gibt, beurteilt werden kann, ob sich die Arbeitnehmer im Hinblick auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden». Diese

⁶⁰ Zum Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung siehe EuGH, Urteil vom 03.07.1986, Rs. C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, (*Deborah Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg*); 04.10.2010, Rs. C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612, (*Union Syndicale Solidaires Isère*); 09.07.2015, Rs. C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, (*Balkaya*); 04.12.2014, Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, (*FNV Kunsten Informatie en Media*); 17.11.2016, Rs. C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*) und EuGH, Urteil vom 16.07.2020, Rs. C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572, (*UX / Governo della Repubblica italiana*) und in der Doktrin WANK, S. 327 ff.

⁶¹ Zum Entgeltbegriff in der Rechtsprechung des EuGH siehe EuGH, Urteil vom 09.06.1982, Rs. C-58/81, ECLI:EU:C:1982:215, (*Kommission / Luxemburg*); 13.07.1989, Rs. C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner-Kühn / FWW Spezial Gebäudereinigung*); 30.03.2004, Rs. C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192, (*Alabaster*); 13.02.1996, Rs. C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, (*Gillespie*); 07.03.1996, Rs. C-278/93, ECLI:EU:C:1996:83, (*Freers und Speckmann*); 09.02.1982, Rs. C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44, (*Garland / British Rail*); 04.06.1992, Rs. C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246, (*Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin/Bötel*); vom 27.06.1990, Rs. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, (*Kowalska / Freie und Hansestadt Hamburg*) und in der Doktrin HANTEL, S. 221 f.

⁶² Erwägungsgrund 21 Lohntransparenzrichtlinie.

Kriterien dürften weder in unmittelbarem noch in mittelbarem Zusammenhang mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer stehen. Als Beispiele (für Faktoren, die nicht diskriminierend sind) genannt werden: Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen und gegebenenfalls etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Position relevant sind. Für die Bewertung der Arbeit dürften insbesondere relevante soziale Kompetenzen nicht unterbewertet werden.

- ²³ Die genannten Parameter dienen dazu festzustellen, ob sich Arbeitnehmende in einer vergleichbaren Situation befinden, was Voraussetzung für die Anwendung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes ist. Art. 4 Abs. 4 Lohntransparenzrichtlinie kodifiziert, eine EuGH-Rechtsprechung die den Begriff «in einer vergleichbaren Situation» weit auslegt.⁶³ Erfasst sollen Lohnunterschiede für gleiche und gleichwertige Arbeit auch dann werden, wenn die in Frage kommenden Frauen und Männer nicht beim gleichen Arbeitgeber arbeiten. Voraussetzung ist, dass die beiden (oder noch mehr) Arbeitgeber Vergütungen leisten, die letztendlich auf die gleiche Quelle zurückzuführen sind. Das ist bspw. der Fall bei für mehrere Unternehmen geltenden Tarifverträgen oder wenn die Lohnhöhe auf gesetzliche Bestimmungen zurückzuführen ist oder bei einer Holdinggesellschaft oder einem Konzern mit festgelegten Arbeitsbedingungen.⁶⁴
- ²⁴ Art. 4 Abs. 4 des Kommissionsentwurfs zur Lohntransparenzrichtlinie⁶⁵ enthielt die Vorschrift, wonach die Bewertung der Arbeit nicht auf Arbeitnehmende beschränkt sei, die zur gleichen Zeit beim gleichen Arbeitgeber angestellt sind. Wenn keine konkrete Vergleichsperson festgestellt werden könne, sei zudem ein Vergleich mittels einer hypothetischen Vergleichsperson zulässig. Im Gesetzgebungsverfahren wurde diese Bestimmung gestrichen. In Erwägungsgrund 28 der Lohntransparenzrichtlinie wird jedoch ausgeführt, dass die Ermittlung einer gültigen Vergleichsperson ein wichtiger Parameter für die Feststellung sei, ob Arbeit als gleichwertig betrachtet werden könne. Es folgt ein Verweis auf die Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung gemäss der Richtlinie 2006/54/EG⁶⁶. Im Anwendungsbereich dieser Richtlinie sei es in Situationen, in denen es keine reale Vergleichsperson gibt, zulässig, auf eine hypothetische Vergleichsperson zurückzugreifen, um Arbeitnehmenden den Nachweis zu ermöglichen, dass sie nicht in gleicher Weise behandelt wurden wie eine hypothetische Vergleichsperson eines anderen Geschlechts behandelt worden wäre.⁶⁷ Aufgrund Erwägungsgrund 29 ergibt sich: Die

⁶³ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, (A.G. *Lawrence u.a.*).

⁶⁴ Erwägungsgrund 29 der Lohntransparenzrichtlinie.

⁶⁵ Erläuterungen der EU-Kommission zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0093> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

⁶⁶ RL 2006/54/EG Art. 2 Abs. 1 lit. a, die Bestimmung sieht vor, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die gleiche Definition findet sich auch in Art. 3 Abs. 1 lit. i Lohntransparenzrichtlinie. Dies ist ein (weiteres) Indiz dafür, dass das Konzept der hypothetischen Vergleichsperson auch in der Lohntransparenzrichtlinie implizit enthalten ist.

⁶⁷ Siehe zur Thematik CHEGE, S. 307 ff.

Streichung des Konzepts der hypothetischen Vergleichsperson in Art. 4 Abs. 4 der Lohntransparenzrichtlinie bedeutet nicht, dass dessen Grundidee nicht auch im Anwendungsbereich der Lohntransparenzrichtlinie Gültigkeit hat.

2.4 Begriff der (Lohn)diskriminierung

- ²⁵ Art. 3 Abs. 1 lit. i und j definieren die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung. Die Formulierung ist wortgleich wie in den Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 2006/54/EG.⁶⁸ Unmittelbare Diskriminierung ist «eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde». Eine mittelbare Diskriminierung ist eine Situation «in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich».
- ²⁶ Der EU-Gesetzgeber trägt der in der Rechtswissenschaft schwelenden Debatte⁶⁹ um das Erfordernis einer besonderen Berücksichtigung von Fällen intersektionaler Diskriminierung (auch im Zusammenhang mit dem Lohn) Rechnung und hält in Art. 3 Abs. 2 lit. e fest, dass Lohndiskriminierung im Sinne dieser Richtlinie jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und aus anderen Diskriminierungsgründen nach Massgabe der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG erfasst. Mit der Bedeutung dieser Bestimmung will der EU-Gesetzgeber sicherstellen, «dass die Gerichte oder andere zuständige Behörden insbesondere in inhaltlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht jeder Benachteiligung, die sich aus intersektionaler Diskriminierung ergibt, gebührend Rechnung tragen»⁷⁰. Art. 3 Abs. 3 Lohntransparenzrichtlinie relativiert die Bedeutung des intersektionalen Ansatzes dahingehend, dass festgehalten wird, aus Abs. 2 lit. e würden Arbeitgebenden keine zusätzlichen (Datenbeschaffungs)Pflichten erwachsen.

2.5 (Keine) Berücksichtigung von Fragen der Geschlechtsidentität

- ²⁷ Auffallend ist die Sensibilität des Parlaments hinsichtlich der Mehrgeschlechtlichkeit. Während im Richtlinienentwurf der Kommission und in der ersten Stellungnahme des Rates konsequent «nur» von zwei Geschlechtern ausgegangen wird, finden sich im Bericht des Parlaments zahlreiche Änderungsvorschläge zur den Erwägungsgründen und den Richtlinienbestimmungen, die sich mit Fragen der Geschlechtsidentität auseinandersetzen:

⁶⁸ Zu den Begriffen unmittelbare und mittelbare Diskriminierung in den «2000er-Richtlinien» und der Richtlinie 2006/54/EG siehe statt vieler: REBHAIN/KIETAIBL, S. 373 ff.

⁶⁹ CHEGE, S. 309 ff.; HARTMANN, S. 24 ff.

⁷⁰ Siehe die Erläuterungen zu Art. 4 der Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65), beachte indes auch die relativierenden Stellungnahmen des Rates (Fn. 20), S. 4 f.

Änderungsantrag Nr. 5 (neuer Erwägungsgrund 3a): Die in Artikel 157 AEUV verwendete Terminologie stammt von 1957. Seitdem haben soziale und rechtliche Veränderungen sowie die Forschung im medizinischen und biologischen Bereich dazu geführt, dass bei der Definition von „Geschlecht“ die Vielfalt neben Frauen und Männern anerkannt wird. So ist es in einigen Mitgliedstaaten derzeit möglich, sich rechtlich als ein drittes, oftmals neutrales Geschlecht, registrieren zu lassen. Der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden „Gerichtshof“) hat ferner erkannt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht auf Diskriminierungen beschränkt werden kann, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht ergeben. Angesichts der Zielsetzung und der Art der Rechte, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung geschützt werden sollen, gilt dieser auch für Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität einer Person.

Änderungsantrag Nr. 6: (Neuer Erwägungsgrund 3b) Mit dieser Richtlinie wird ein menschenrechtsorientierter Ansatz verfolgt, der darauf abzielt, Menschen vor Lohndiskriminierung ungeachtet ihres biologischen Geschlechts, sozialen Geschlechts, ihrer Geschlechtsidentität, ihres Ausdrucks der Geschlechtlichkeit oder ihrer Geschlechtsmerkmale zu schützen, weswegen der Begriff Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Rechtsgrundlage, so weit und umfassend wie möglich ausgelegt wird, um die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern und Menschen in all ihrer Vielfalt einzubeziehen. Arbeitgeber sollten Arbeitnehmer berücksichtigen, die bei den Pflichten zur Berichterstattung über das Entgelt weder als Frauen noch als Männer eingestuft werden, und sie in einer von weiblichen und männlichen Arbeitnehmern getrennten Kategorie angeben. Bei der Berechnung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles sollte das Einkommen dieser Arbeitnehmer mit dem Durchschnittseinkommen männlicher Arbeitnehmer verglichen werden. Ein Arbeitgeber sollte Arbeitnehmer, die nicht als weiblich oder männlich eingestuft werden, in ihren Pflichten zur Berichterstattung über das Entgelt nur erwähnen, wenn diese Arbeitnehmer gesetzlich nicht als weiblich oder männlich registriert sind oder wenn diese Informationen dem Arbeitgeber in Eigeninitiative und freiwillig offengelegt wurden.

Änderungsantrag Nr. 58 (Ergänzung zu Art. 2 Abs. 2): Diese Richtlinie gilt für die in Unterabsatz 1 genannten Arbeitnehmer unabhängig von ihrem biologischen Geschlecht, ihrem sozialen Geschlecht, ihrer Geschlechtsidentität, dem Ausdruck ihrer Geschlechtlichkeit oder ihren Geschlechtsmerkmalen und zielt darauf ab, das in Artikel 4 der Richtlinie 2006/54/EG festgelegte Diskriminierungsverbot durchzusetzen.

Änderungsantrag Nr. 72 (Ergänzung zu Art. 4 Abs. 1): Die Mitgliedstaaten ergreifen in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern nach Anhörung der Gleichbehandlungsstellen die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Arbeitgeber über bestehende Vergütungsstrukturen verfügen, durch die gleiches Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ohne Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, der Geschlechtsidentität, des Ausdrucks der Geschlechtlichkeit oder der Geschlechtsmerkmale sichergestellt werden.

²⁸ Keiner der vier genannten Vorschläge des Parlaments⁷¹ «überstanden» den weiteren Gesetzgebungsprozess. Weder in den Erwägungen noch in der Richtlinie selbst finden sich die vom Parlament vorgeschlagenen Begriffe wie «Geschlechtsidentität», «Geschlechtsmerkmale», «biologisches oder soziales Geschlecht». Im sechsten Erwägungsgrund hält der Gesetzgeber fest, es sei in einigen Mitgliedstaaten derzeit möglich, sich rechtlich als ein drittes, oftmals neutrales, Geschlecht registrieren zu lassen. Diese Richtlinie berühre nicht die einschlägigen nationalen Vorschriften zur Umsetzung einer solchen Anerkennung in Bezug auf Beschäftigung und Entgelt. Das heisst, solange auf Stufe der Europäischen Union keine Regelung hinsichtlich Anerkennung eines dritten Geschlechts besteht, ist es Sache der Mitgliedstaaten, die mit dieser Anerkennung verbundenen Fragen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Frauen und Männern zu lösen. Die Lohntransparenzrichtlinie selbst geht klar von der Zweigeschlechtlichkeit aus und an verschiedener Stelle wird besonders die Situation von Frauen beleuchtet.⁷²

3. Lohntransparenz

3.1 Übersicht

²⁹ Im zweiten Kapitel mit dem Titel «Lohntransparenz» sieht die Lohntransparenzrichtlinie vier Instrumente vor:

- Lohntransparenz für Arbeitsuchende und Arbeitnehmende (Art. 5–6)
- Auskunftsrecht für Arbeitnehmende (Art. 7)
- Zugänglichkeit von Information (Art. 8)
- Berichterstattungspflicht (Art. 9)
- Gemeinsame Entgeltbewertung (Art. 10)

³⁰ Ergänzt wird das Kapitel mit einer Regelung betreffend «Unterstützung für Arbeitgeber mit weniger als 250 Arbeitnehmern» (Art. 11) sowie Bestimmungen zum Datenschutz (Art. 12) und zum sozialen Dialog (Art. 13).

³¹ Art. 12 Lohntransparenzrichtlinie hält die Selbstverständlichkeit fest, dass jede personenbezogene Datenbearbeitung im Zusammenhang mit dieser Richtlinie im Einklang mit der Datenschutzgrundverordnung DSGVO stehen muss. Insbesondere wird in Art. 12 Abs. 2 vorgeschrieben, dass von den Arbeitgebenden bei der Anwendung der Art. 7, 9 oder 10 Lohntransparenzrichtlinie beschaffte Personendaten nicht für andere Zwecke benutzt werden dürfen. Zudem verleiht die Lohntransparenzrichtlinie in Art. 12 Abs. 3 den Mitgliedstaaten das Recht, dass die Of-

⁷¹ Siehe Fn. 24.

⁷² Insgesamt elf Mal werden Frauen und Männer gleichzeitig erwähnt, weitere 22 Mal sind ausdrücklich Frauen genannt.

fenlegung von Lohndaten zum Schutz der betroffenen Mitarbeitenden nur gegenüber der Arbeitnehmervertretung oder einer Gleichbehandlungsstelle erfolgen muss.⁷³ Zu ergänzen ist, dass die heutigen (und künftigen) technologischen Möglichkeiten der Lohntransparenz durchaus förderlich sein können. Es wird technisch einfacher, auch immense Mengen an für die Lohnstruktur eines Betriebes relevanten Daten zu verarbeiten und so die Grundlage für einen Lohnvergleich zu schaffen.⁷⁴

- ³² Der Gesetzgeber ist sich bewusst, dass insbesondere die Berichterstattung ggf. auch noch eine gemeinsam mit den Sozialpartnern vorzunehmende Entgeltbewertung aufwändig sind und es in den Unternehmen zum Teil auch an entsprechend spezialisiertem Wissen mangelt. Art. 11 Lohntransparenzrichtlinie sieht deshalb vor, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgebenden mit weniger als 250 Arbeitnehmenden und den Arbeitnehmervertretern «Unterstützung in Form von technischer Hilfe und Schulungen, um die Einhaltung der in dieser Richtlinie festgelegten Verpflichtungen zu erleichtern» anzubieten haben.

3.2 Transparenz vor der Beschäftigung

- ³³ Art. 5 Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie verleiht Stellenbewerbenden einen Rechtsanspruch⁷⁵ auf Auskunft über das auf objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien beruhende Einstiegseinkommen für die betreffende Stelle oder dessen Bandbreite und gegebenenfalls über die einschlägigen Bestimmungen des Tarifvertrags, den der Arbeitgeber in Bezug auf die Stelle anwendet. Die Informationen über den Lohn müssen in einer veröffentlichten Stellenausschreibung angegeben oder den Bewerbenden im Vorstellungsgespräch mitgeteilt oder anderweitig unaufgefordert zur Verfügung stehen. Mit dieser Bestimmung will der europäische Gesetzgeber sicherstellen, dass die Arbeitnehmenden über die notwendigen Informationen für die Lohnverhandlungen verfügen.⁷⁶
- ³⁴ Es stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung nicht im Widerspruch zur arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit steht, wie sie in den Mitgliedstaaten verankert und auch als Teil der in Art. 16 der EU-Grundrechtecharta garantieren Unternehmensfreiheit geschützt ist.⁷⁷ In den Erwägungen zum Lohntransparenz-Richtlinienentwurf wird indes betont, weder die Verhandlungsmacht der

⁷³ Nähere Informationen zu Datenbearbeitungsthematik sind auch den Erwägungsgründen 44 und 66.

⁷⁴ ZILLI, S. 173 ff.

⁷⁵ Die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten, d.h., diese müssen in ihren Rechtsordnungen einen Rechtsanspruch der Arbeitnehmenden vorsehen. Unterlässt es ein Mitgliedstaat jedoch, innerhalb der Umsetzungsfrist dieser Verpflichtung nachzukommen, stellt sich angesichts der Klarheit des Inhalts von Art. 5 Gehaltstransparenz-Richtlinie die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie. Zu diesen Fragen siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, (*Mangold*) und weiterführend UEBE, Rn. 469.

⁷⁶ Siehe auch die Erwägungsgründe 19 und 32.

⁷⁷ Zur Bedeutung der in der Grundrechtecharta verankerten Unternehmensfreiheit einschliesslich Vertragsfreiheit im europäischen Arbeitsrecht siehe EuGH, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, (*AGET Iraklis*), Rn. 87 und EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-426/11, EuGH, ECLI:EU:C:2013:521, (*Alemo-Herron u.a.*).

Arbeitgebenden noch diejenige der Arbeitnehmenden würden durch diese Verpflichtung eingeschränkt. Durch den Erhalt von Informationen über das Gehalt wären fundierte und transparente Verhandlungen über das Entgelt möglich.⁷⁸

- ³⁵ Eine Verpflichtung der Arbeitgebenden zu Lohnangaben an die Stellenbewerbenden enthält bereits heute das österreichische Recht.⁷⁹ Allerdings ist nur das tarifvertragliche oder auf sonstigen Grundlagen basierende Mindestentgelt bekannt zu geben, ggf. ergänzt mit dem Hinweis, dass Verhandlungen über ein Mehrentgelt möglich wären. In der Lehre wird kritisiert, dass die Beschränkung auf die Pflicht zur Bekanntgabe lediglich des Mindestgehaltes gerade zur Folge habe, dass sich Frauen tendenziell mit diesem begnügten wohingegen Männer überwiegend einen höheren Lohn zu verhandeln versuchten.⁸⁰ Entsprechende Ergebnisse zeigen sich auch in der Evaluation des österreichischen Gesetzes im Jahre 2014.⁸¹ Anzufügen ist, dass im Lohntransparenz-Richtlinienentwurf der EU gerade nicht die Bekanntgabe des Mindestlohnes, sondern vielmehr des Lohnes oder dessen Bandbreite gefordert ist. Insoweit wird ein anderer und zielführenderer Weg gewählt als derjenige des österreichischen Gesetzgebers.⁸²
- ³⁶ Von den Arbeitnehmenden verlangte Transparenz bezüglich des bisherigen Verdiensts kann sich auf die Entgeltgleichheit auch negativ auswirken. Die Lohntransparenzrichtlinie trägt diesem Umstand Rechnung und sieht in Art. 5 Abs. 2 vor, dass Arbeitgebende die Bewerbenden nicht nach ihrem vorherigen Lohn bzw. der Lohnentwicklung fragen dürfen. Das Motiv für diese Bestimmung findet sich in den Erwägungsgründen: «Um das Fortbestehen eines Lohngefälles zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu unterbinden, die einzelne Personen im Laufe der Zeit betreffen, sollte es Arbeitgebern nicht gestattet sein, sich nach der Einkommensgeschichte der Stellenbewerber zu erkundigen oder proaktiv zu versuchen, Informationen darüber einzuholen».⁸³
- ³⁷ Ob die Arbeitgeberin ein Recht hat, sich im Bewerbungsverfahren nach dem früheren Lohn zu erkunden, ist in der Doktrin der Mitgliedstaaten umstritten. In Deutschland spricht sich ein Teil der Lehre dafür, ein anderer hingegen dagegen aus.⁸⁴ Ähnlich ist die Rechtslage in Österreich.⁸⁵

⁷⁸ Erwägungsgrund 32 zur Lohntransparenzrichtlinie.

⁷⁹ § 9 Abs. 2 Satz 1 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG), Direktlink: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003395> (zuletzt besucht am 02.04.2023). Eine vergleichende Studie über die Situation in den verschiedenen Mitgliedstaaten findet sich hier: https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/420118/EELN_A_comparative_analysis_of_gender_equality_law_in_Europe_2021.pdf?sequence=1 (zuletzt besucht am 03.04.2023).

⁸⁰ HUSEMANN, S. 185.

⁸¹ Bundesministerium für Bildung und Frauen, Einkommenstransparenz Gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit, Wien 2015, S. 26 ff., Quelle: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:0ec27149-3c3b-4318-82ef-6def70363763/einkommenstransparenz.pdf> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

⁸² HUSEMANN, S. 186.

⁸³ Erwägungsgrund 33 Lohntransparenzrichtlinie.

⁸⁴ Zum Meinungsstreit siehe HUSEMANN, S. 184. Argumentiert wird etwa von THÜSING, Rn. 28, bei einer Angabe der Höhe des bisherigen Entgelts verschlechtere sich die Verhandlungsposition des Bewerbers gegenüber der Position des Arbeitgebers erheblich. Ausserdem wären die bisherigen Einkommensverhältnisse grundsätzlich der geschützten Individualsphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen. Ein Fragerecht bestehe hingegen, wenn der Arbeitnehmer von sich aus sein bisheriges Gehalt als Mindestarbeitsvergütung fordere oder – ausnahmsweise – das Gehalt Rückschlüsse auf seine Eignung zulasse.

⁸⁵ RAUCH, S. 431.

Mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Verbotsregel schafft der europäische Gesetzgeber hier Klarheit: Die Arbeitgeberfrage nach dem früheren Gehalt ist verboten. Dies bedeutet auch, dass eine allfällige Frage unzulässig ist und das hier vom Notwehrrecht der Lüge Gebrauch gemacht werden kann.⁸⁶ Freiwillig dürften Arbeitnehmende im Bewerbungsverfahren ihr bisheriges Gehalt bekanntgeben.⁸⁷ Tun sie dies, so müssen die Angaben korrekt sein, andernfalls kann die Arbeitgeberin den Vertrag auflösen.⁸⁸ An diesen allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen ändert die Lohntransparenzrichtlinie nichts.

3.3 Transparenz bei der Entgelt-Festlegung und der Laufbahnentwicklung

- ³⁸ Art. 6 Lohntransparenzrichtlinie sieht vor, dass Arbeitgebende ihren Arbeitnehmenden eine Beschreibung der Kriterien für die Festlegung des Entgelts und ihrer Laufbahnentwicklung in leicht zugänglicher Weise zur Verfügung stellen müssen. Erwähnt wird in der Bestimmung auch die Selbstverständlichkeit, dass diese Kriterien objektiv geschlechtsneutral sein müssen. In den Erwägungen zur Richtlinie wird hervorgehoben, dass bei der Umsetzung dieser Vorschrift den Arbeitgebern je nach Grösse des Betriebes Flexibilität zu gewähren sei. Der Aufwand für Lohntransparenzmassnahmen soll ohnehin im Allgemeinen verhältnismässig sein und insbesondere Kleinst- und Kleinunternehmen nicht zu stark belasten.⁸⁹

3.4 Auskunftsrecht

- ³⁹ In gleich sechs Absätzen regelt Art. 7 Lohntransparenzrichtlinie das Recht der Arbeitnehmenden auf Auskunft über das individuelle Einkommen und das Durchschnittseinkommen derjenigen Arbeitnehmenden, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Im ersten Absatz ist der grundsätzliche Anspruch auf Auskunft verankert. Der zweite Absatz gewährt den Arbeitnehmenden das Recht, Auskünfte nach Absatz 1 über ihre Arbeitnehmervertretung (im Einklang mit nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten) zu verlangen und zu erhalten. Sind die erhaltenen Informationen unzutreffend oder unvollständig, so haben Arbeitnehmer das Recht, persönlich oder über ihre Arbeitnehmervertreter zusätzliche und angemessene Klarstellungen und Einzelheiten zu den bereitgestellten Daten zu verlangen und eine begründete Antwort zu erhalten.
- ⁴⁰ Nach Absatz 3 werden Arbeitgebende verpflichtet, alle Arbeitnehmenden jährlich über dieses Recht zu informieren. Bezüglich der Modalitäten der Auskunft hält Art. 7 Abs. 4 fest, dass der Arbeitgeber auf einen entsprechenden Antrag in angemessener Frist reagieren muss (auf jeden

⁸⁶ Siehe zum Arbeitnehmerrecht auf Lüge bei unzulässigen Arbeitgeberfragen HENDRICKX, S. 32 und im Zusammenhang mit dem Lohntransparenz-Richtlinienentwurf HUSEMANN, S. 186.

⁸⁷ VIANDEN, S. 431 ff.

⁸⁸ Erwägungsgrund Nr. 22 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 14).

⁸⁹ Erwägungsgrund 35 der Lohntransparenzrichtlinie.

Fall innerhalb von zwei Monaten ab dem Tag, an dem der Antrag gestellt wird).

- ⁴¹ Im fünften und sechsten Absatz werden spezifische Arbeitnehmenden- und Arbeitgebendeninteressen geschützt. Abs. 5 sieht vor, dass Arbeitnehmende im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche und gleichwertige Arbeit nicht daran gehindert werden dürfen, ihr Entgelt offenzulegen. Allfällige anderslautende Weisungen des Arbeitgebers oder vertragliche Verpflichtungen zur Geheimhaltung des Lohnes wie sie in vielen Mitgliedstaaten noch heute üblich sind⁹⁰, sind demnach unzulässig.⁹¹ Die Mitgliedstaaten haben gemäss Abs. 5 letzter Satzteil Massnahmen zu ergreifen, um Vertragsbedingungen zu verbieten, durch die Arbeitnehmende davon abgehalten werden, Informationen über ihr Entgelt offenzulegen. Nach Abs. 6 können Arbeitgebende jedoch verlangen, dass Arbeitnehmende, die Lohninformationen gestützt auf diese Bestimmung erhalten, diese Informationen lediglich zur Verteidigung ihres Rechts auf Entgeltgleichheit verwenden.
- ⁴² Es fällt auf, dass die Bestimmungen in den Art. 5–7 der Lohntransparenzrichtlinie keine Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich vorsehen. Das bedeutet somit, dass alle Arbeitgebenden, ungeachtet der Betriebsgrösse, als Verpflichtungsadressaten anzusehen sind.⁹² Weiter ist bemerkenswert, dass sich die vom Arbeitgeber bekanntzugebenden Lohndaten auf den Durchschnittslohn und nicht auf den Medianlohn beziehen.⁹³
- ⁴³ Art. 8 Lohntransparenzrichtlinie widmet sich der Zugänglichkeit von (Lohn)Informationen an Stellenbewerbende und Arbeitnehmende mit Behinderung. Diese haben einen Anspruch darauf, dass ihren besonderen Bedürfnissen Rechnung getragen wird.

3.5. Transparenz durch Berichterstattung über das Lohngefälle

- ⁴⁴ Art. 9 Lohntransparenzrichtlinie verpflichtet Arbeitgebende zur Berichterstattung über das geschlechtsspezifische Lohngefälle. Der Inhalt der Berichtspflicht ist in Art. 9 Abs. 1 lit. a bis g Lohntransparenzrichtlinie präzisiert. Verlangt sind die folgenden Informationen:

a) das geschlechtsspezifische Lohngefälle;

⁹⁰ European Commission, Directorate General for Justice and Consumers und European network of legal experts in gender equality and non discrimination. Pay Transparency in the EU: A Legal Analysis of the Situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway. LU: Publications Office, 2017, S. 62 ff. (Übersicht).

⁹¹ HUSEMANN, S. 184. In der Stellungnahme des Parlaments zum Kommissionsentwurf wird eine Präzisierung von Art. 7 Abs. 5 vorgeschlagen; die Mitgliedstaaten werden ausdrücklich aufgefordert, Massnahmen mit dem Ziel zu ergreifen, dass Lohngeheimhaltungsklauseln untersagt werden, siehe Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, 22.03.2022, Änderungsantrag Nr. 89 (Fn. 24).

⁹² Eine Regelung wie sie das deutsche Recht in § 12 Entgelttransparenzgesetz vorsieht (Auskunftsrechte nur gegenüber Arbeitgebenden mit in der Regel mehr als 200 Angestellten, ist unionsrechtswidrig. Zum deutschen Entgelttransparenzgesetz: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-und-arbeitswelt/lohngerechtigkeit/entgelttransparenzgesetz?view=> (zuletzt besucht am 4.4.2023).

⁹³ Im deutschen Recht siehe § 11 Abs. 3 Entgelttransparenzgesetz, diese Bestimmung muss vom deutschen Gesetzgeber angepasst werden.

- b) das geschlechtsspezifische Lohngefälle bei ergänzenden oder variablen Bestandteilen;
- c) das mittlere geschlechtsspezifische Lohngefälle;
- d) das mittlere geschlechtsspezifische Lohngefälle bei ergänzenden oder variablen Bestandteilen;
- e) der Anteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ergänzende oder variable Bestandteile erhalten;
- f) der Anteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in jedem Einkommensquartil;
- g) das geschlechtsspezifische Lohngefälle zwischen Arbeitnehmenden bei Gruppen von Arbeitnehmenden, nach dem normalen Grundentgelt sowie nach ergänzenden oder variablen Bestandteilen aufgeschlüsselt.

⁴⁵ Ziel ist, dass diese Informationen ein Gesamtbild der geschlechtsspezifischen Unterschiede beim Entgelt in der Organisation vermitteln.⁹⁴ Bei der Veröffentlichungspflicht der Daten nach litera a bis g wird differenziert. Während die Daten zu den litera a bis f gemäss den Vorschriften des Absatzes 7 allgemein zu veröffentlichen sind (auf der Webseite oder anderweitig öffentlich zugänglich), müssen die Informationen nach litera g «nur» den Arbeitnehmenden bzw. ihren Vertretern sowie der Überwachungsstelle bekanntgegeben werden (Art. 9 Abs. 8 und 9 Lohntransparenzrichtlinie). Mit diesen Vorschriften erhofft sich der europäische Gesetzgeber eine Stärkung des Selbstregulierungsansatzes der Arbeitgebenden. Die Arbeitnehmenden ihrerseits sollen durch Kenntnis der Entgeltgleichheitsdaten in die Lage versetzt werden, auf die Einhaltung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit zu bestehen.⁹⁵

⁴⁶ Beim reinen Selbstregulierungsansatz soll es nicht bleiben. Die Lohntransparenzrichtlinie sieht in Art. 10 Abs. 1 lit. a vielmehr vor, dass bei einem im Rahmen der auf Art. 9 erforderlichen Berichterstattung ein nicht durch nicht objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigter Unterschied beim Durchschnittseinkommen zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von mindestens fünf Prozent – das Parlament hatte 2.5 Prozent vorgeschlagen⁹⁶ – festgestellt wird, eine sogenannte gemeinsame Entgeltbewertung vorgenommen werden muss. Arbeitgebende haben die Möglichkeit, die ungerechtfertigten Unterschied in der Lohnhöhe innerhalb von sechs Monaten nach dem Tag der Berichterstattung zu korrigieren. Gelingt ihnen dies, so sind sie von der Verpflichtung zur Vornahme einer gemeinsamen Entgeltbewertung befreit.

⁹⁴ Erläuterungen zu Art. 8 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65) und Erwägungsgrund 39 der Lohntransparenzrichtlinie.

⁹⁵ Erläuterungen zu Art. 8 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65).

⁹⁶ Stellungnahme Parlament (Fn. 24), Änderungsantrag Nr. 112 und 151.

- ⁴⁷ Die Entgeltbewertung soll von Arbeitgebenden zusammen mit Arbeitnehmervertretenden durchgeführt werden. Wird festgestellt, dass eine geschlechtsspezifische Entgeltdifferenz besteht, sieht Art. 10 Abs. 4 Lohntransparenzrichtlinie vor, dass Arbeitgebende verpflichtet sind, in enger Zusammenarbeit mit Arbeitnehmervertretern und der Aufsichtsbehörde Abhilfe zu schaffen.⁹⁷
- ⁴⁸ Im Gesetzgebungsprozess war umstritten, ob die Berichterstattungspflicht und ggf. die Pflicht zur gemeinsamen Entgeltbewertung für alle Unternehmen gelten soll oder nur für solche mit einer Mindestanzahl an Arbeitnehmenden. In der Schlussversion der Lohntransparenzrichtlinie setzte sich die folgende Version durch (siehe Art. 9 Abs. 2): Arbeitgebende mit 250 oder mehr Arbeitnehmenden müssen der Berichterstattungspflicht jährlich nachkommen, solche mit 150 bis 249 Beschäftigten alle drei Jahre und Arbeitgebende mit 100 bis 149 Arbeitnehmern müssen es ebenfalls nur alle drei Jahre tun. Unterschiedlich ist jedoch der Beginn dieser Berichterstattungspflicht. Für Unternehmen mit mindestens 100 aber weniger als 150 Beschäftigten haben acht Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie Zeit bis zur erstmaligen Berichterstattung, für die anderen Unternehmen gilt die Pflicht bereits nach vier Jahren.
- ⁴⁹ Art. 9 Abs. 5 Lohntransparenzrichtlinie sieht weiter vor, dass Mitgliedstaaten nicht daran gehindert werden sollen, auch von Arbeitgebenden mit weniger als 100 Arbeitnehmern eine freiwillige Berichterstattung zur Lohnungleichheit nahezulegen.

4. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung

4.1 Stärkung von Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertretungen

- ⁵⁰ Die Mitgliedstaaten müssen gemäss Art. 15 Lohntransparenzrichtlinie sicherstellen, dass Interessenverbände, anerkannte Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertretungen die Möglichkeit haben, mit Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmenden in deren Namen oder zu deren Unterstützung in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren aktiv zu werden. Auch kollektive Aktionen im Namen mehrerer Arbeitnehmenden sollen zulässig sein. Die Erläuterungen des Kommissionsvorschlages halten fest, dass mit diesem Instrument verfahrenstechnische und kostenbedingte Hindernisse im Hinblick auf eine Klageerhebung für betroffene ArbeitnehmerInnen überwunden werden müssten.⁹⁸ Seitens des Rates wurden gegenüber dem Recht auf kollektive Klagen Vorbehalte angebracht.⁹⁹ Im weiteren Gesetzgebungsprozess wurde der entsprechende ursprünglich Abs. 2 der Bestimmung gestrichen.¹⁰⁰

⁹⁷ Zur Bedeutung von Reportpflichten bei der Verwirklichung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes in der EU siehe PROFETA/PASSADOR/CALÓ, S. 53 ff.

⁹⁸ Erläuterungen zu Art. 13 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65). Weiterführend zum Thema HERBERGER, S. 220 ff.

⁹⁹ Das kollektive Verbandsklagerecht soll nur dann gelten, wenn ein solches im nationalen Recht vorgesehen ist, siehe Stellungnahme des Rates (Fn. 22), S. 42.

¹⁰⁰ Der Begriff «Sammelklagen» wird in Erwägungsgrund 48 der Lohntransparenzrichtlinie erwähnt, die korrespondierende Verankerung eines Rechts war im Kommissionsentwurf der Richtlinie in Art. 13 Abs. 2 vorgesehen. In Art. 15 der Schlussversion der Richtlinie wurde der zweite Absatz gestrichen.

- ⁵¹ Die Bedeutung der nationalen Gleichbehandlungsstellen wird in Art. 28 Lohntransparenzrichtlinie nochmals hervorgehoben.¹⁰¹ Art. 28 Abs. 3 Lohntransparenzrichtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, diese mit angemessenen Ressourcen für die wirksame Erfüllung ihrer Aufgaben im Hinblick auf die Wahrung des Rechts auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit auszustatten. Im Kommissionsentwurf war noch vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten die Geldstrafen wegen Verletzung der Lohntransparenz den Gleichbehandlungsstellen zuzuteilen sollten. Die Bestimmung findet sich in der Schlussversion der Richtlinie nicht mehr.¹⁰²

4.2 Einsetzung einer Überwachungsstelle

- ⁵² In Art. 28 Lohntransparenzrichtlinie werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, eigens für diese Richtlinie Überwachungsstellen einzurichten. Diese Stelle könne indes auch in eine bestehende Institution mit ähnlichen Zielen integriert werden. Art. 29 Abs. 3 Lohntransparenzrichtlinie listet die Aufgaben dieser Stellen auf:
- a) Öffentliche und private Unternehmen und Organisationen, Sozialpartner und die breite Öffentlichkeit im Hinblick für die Förderung des Grundsatzes des gleichen Entgelts und des Rechts auf Lohntransparenz zu sensibilisieren;
 - b) die Ursachen des geschlechtsspezifischen Lohngefälles zu beseitigen und Instrumente für eine bessere Analyse und Beurteilung von Ungleichheiten beim Entgelt zu entwickeln;
 - c) gemäss Artikel 9 Absatz 7 erhaltene Daten der Arbeitgeber zu aggregieren und nutzerfreundlich zu veröffentlichen;
 - d) die gemeinsamen Entgeltbewertungsberichte gemäß Artikel 10 Absatz 3 zu sammeln;
 - e) Daten über die Zahl und die Art der bei den Gerichten eingereichten Klagen wegen Entgeltdiskriminierung und der bei den zuständigen öffentlichen Behörden, einschliesslich Gleichbehandlungsstellen, eingegangenen Beschwerden bereitzustellen.
- ⁵³ Die Arbeit der Überwachungsstellen soll unter anderem dazu dienen, Ursachen des geschlechtsspezifischen Lohngefälles zu erkennen. Zur Behebung der Ungleichheit sollen Instrumente entwickelt werden, die den Unternehmen zur Verfügung stehen. Weiter gehört zum Auftrag der Überwachungsstellen die Sensibilisierung der Unternehmen, Sozialpartner und der Öffentlichkeit

¹⁰¹ Die Rolle der nationalen Gleichbehandlungsstellen wird auch in Art. 15 der Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zu Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates (ABl. Nr. L 188 S. 79), siehe dazu: TREICHEL, S. 433 ff.

¹⁰² In Erwägungsgrund 49 ist erwähnt, die Mitgliedstaaten könnten vorsehen, dass Geldbussen den Gleichbehandlungsstellen zukommen, im eigentlichen Richtlinien text ist dies aber nicht vorgesehen.

für die Förderung des Grundsatzes des gleichen Entgelts und der Lohntransparenz.¹⁰³

4.3 Entschädigungsanspruch und Sanktionen

- ⁵⁴ Art. 16 Lohntransparenzrichtlinie sieht einen Anspruch auf Entschädigung vor, wenn Arbeitnehmende durch die Verletzung von Rechten oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zu Schaden gekommen sind. Der Richtlinienentwurf verlangt ausdrücklich einen «vollständigen Schadenersatz oder Entschädigung» bzw. einen «tatsächlichen und wirksamen Ersatz des erlittenen Schadens», der zudem auf «eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise» gewährt werden muss. Arbeitnehmende, die einen Schaden erlitten haben, sollen in die Situation versetzt werden, in der sie sich befunden hätten, wenn sie nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden wären. Art. 16 Abs. 3 Lohntransparenzrichtlinie erwähnt ausdrücklich, dass dabei auch Boni oder Sachleistungen sowie Entschädigungen für entgangene Chancen und immateriellen Schaden und allfällige Verzugszinsen zu berücksichtigen wären. Unzulässig ist nach Art. 16 Abs. 4 Lohntransparenzrichtlinie eine vorab festgelegte Obergrenze für die Entschädigung oder den Schadenersatz.¹⁰⁴ Hingegen ist nicht erforderlich, dass unter dem Titel «Entschädigung» auch Strafzahlungen geschuldet sind (siehe aber Art. 20 Lohntransparenzrichtlinie, unten).¹⁰⁵
- ⁵⁵ Diese Bestimmungen folgen im Wesentlichen der Rechtsprechung des EuGH zur Entschädigung bei Entgeltdiskriminierung¹⁰⁶ und sie stehen im Einklang mit Art. 18 RL 2006/54/EG.¹⁰⁷
- ⁵⁶ Eine Neuerung im EU-Anti-Diskriminierungsrecht sieht Art. 23 Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie vor. Die Mitgliedstaaten haben Vorschriften über Sanktionen bei Verstössen gegen die Lohntransparenz zu erlassen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. Solche Formulierungen finden sich auch in anderen diskriminierungsrechtlichen Richtlinien.¹⁰⁸ Vorliegend geht es aber um eine weitergehende Sanktionierung. Im zweiten Absatz von Art. 23 ist vorgesehen, dass diese Sanktionen Geldstrafen umfassen müssen (gemäss den Gepflogenheiten des nationalen Rechts). Art. 23 Abs. 3 Lohntransparenzrichtlinie hält fest, bei den Strafen müsse allen erschwerenden oder mildernden Umständen Rechnung getragen werden, die den Sachverhalt der Verletzung anwendbar sei. Dazu gehörte auch die intersektionelle Diskriminierung.¹⁰⁹

¹⁰³ Erläuterungen zu Art. 26 der Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65).

¹⁰⁴ Erläuterungen zu Art. 36 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf in der Version des Kommissionsvorschlages vom 4. März 2021 (Fn. 65), siehe auch EuGH, Urteil vom 22.04.1997, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, (*Draehmpaehl / Urania Immobilienservice*).

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 17.12.2015 (vierte Kammer), Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, (*Arjona Camacho*).

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, (*Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*).

¹⁰⁷ ROETTEKEN, Schadenersatz, S. 337 ff.

¹⁰⁸ Nach Auffassungen in der Doktrin bedeutet die Anforderung «wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen» bspw. in Art. 17 der RL 2000/78/EG nicht, dass zwangsläufig strafrechtliche oder verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen vorgesehen sein müssen, siehe dazu MOOR, Rn. 2 ff. zu Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁰⁹ Wenig erstaunlich stiess die vorgesehene Sanktionsbestimmung beim Rat nicht auf vorbehaltlose Zustimmung, in der ersten

- ⁵⁷ Im vierten Absatz von Art. 23 wird von den Mitgliedstaaten verlangt, sicherzustellen, dass bei wiederholten Verletzungen der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit gleichem Entgelt für Männer und Frauen spezifische Sanktionen Anwendung finden. Wie diese aussehen, wird an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt. Einen Hinweis liefert immerhin Art. 24 Lohntransparenzrichtlinie. Die Mitgliedstaaten haben zu prüfen, wie die Wahrung des Grundsatzes des gleichen Entgelts im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen gewährleistet werden kann. Auch der Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren soll vorgesehen sein.

4.4 Verfahrensvorschriften

4.4.1 Beweisfragen

- ⁵⁸ Art. 18 Lohntransparenzrichtlinie sieht wie die Regelung in Art. 19 der RL 2006/54/EG¹¹⁰ und im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH¹¹¹ eine Beweislastumkehr vor. Wenn Arbeitnehmende eine Entgeltdiskriminierung glaubhaft machen, obliegt es den Arbeitgebenden, diese Vermutung zu widerlegen.¹¹²

- ⁵⁹ Eine Neuerung stellt die in Art. 18 Abs. 2 Lohntransparenzrichtlinie vorgesehene Bestimmung vor, die wie folgt lautet:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren in Bezug auf mutmassliche unmittelbare oder mittelbare Entgeltdiskriminierung, die Fälle betreffen, in denen der Arbeitgeber Pflichten im Zusammenhang mit der Entgelttransparenz nach den Artikeln 5, 6, 7, 9 und 10 nicht erfüllt hat, der Arbeitgeber nachweisen muss, dass keine derartige Diskriminierung vorliegt.

Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes findet keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass der Verstoß gegen die Verpflichtungen nach den Artikeln 5, 6, 7, 9 und 10 offensichtlich unbeabsichtigt und geringfügig war.

- ⁶⁰ Die Bestimmung hat weitreichende Folgen. Arbeitgebende, die ihren Auskunft- und Transparenzpflichten nicht nachkommt, riskieren prozessuale Nachteile im Lohngleichheitsprozess. Die Missachtung der Vorschriften führt unmittelbar zur Vermutung einer Lohnungleichheit. Die klagenden Arbeitnehmenden müssen nicht noch zusätzliche Indizien für eine Lohndiskriminierung

Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag (Bericht Rat, Fn. 20, S. 6, 25 und 47) wird deshalb vorgeschlagen, dass die Mitglieder Geldstrafen vorsehen können (aber nicht zwingend müssen). In der jetzt vorliegenden Form sind Geldstrafen zwingend, wobei diese «gemäss dem nationalen Recht festgesetzt werden».

¹¹⁰ ROETTEKEN, Rechtsprechung, S. 177 ff.; JANDA, Rn. 202, 203. Siehe auch Art. 23 Lohntransparenz-Richtlinienentwurf.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, (*Danfoss*).

¹¹² Siehe dazu MOOR, Rn. 3 zu Art. 19 RL 2006/54/EG.

vorbringen.¹¹³ Damit hat ein Arbeitgeber eine (zusätzliche) Motivation, die Transparenzvorschriften einzuhalten.

- ⁶¹ Weiter sieht die Lohntransparenzrichtlinie in Art. 20 vor, dass die nationalen Gerichte und andere zuständige Behörden Arbeitgebende verpflichten können, Beweismittel offenzulegen, soweit sich diese als sachdienlich für das Verfahren erweisen.

4.4.2 Weitere Durchsetzungsinstrumente

- ⁶² Nach Art. 17 Lohntransparenzrichtlinie sollen Gerichte und andere zuständige Behörden einstweilige Verfügungen zur Feststellung eines Verstosses gegen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Entgeltgleichheitsgrundsatz erlassen können. Auch die Anordnung an Arbeitgebende zur Durchführung struktureller und organisatorischer Massnahmen zwecks Durchsetzung von Pflichten im Bereich des Entgelts ist vorgesehen. Bei Nichteinhaltung der Verfügungen sollen Zwangsgelder erhoben werden.

- ⁶³ Für die Durchsetzung von Lohngleichheitsansprüchen ist auch wichtig, dass Verjährungsfristen nicht zu kurz sind. In Art. 21 Lohntransparenzrichtlinie ist vorgesehen, dass die Verjährungsfrist für die Klageerhebung mindestens drei Jahre betragen muss. Die Frist soll nicht beginnen, bevor der Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts oder eine Verletzung der Rechte oder Pflichten nach Massgabe dieser Richtlinie endete und die klagende Partei Kenntnis von dem Verstoß oder der Verletzung erlangt hat.

- ⁶⁴ Die Kosten eines Lohngleichheitsprozesses können ein Hindernis darstellen, Lohngleichheitsansprüche tatsächlich wahrzunehmen.¹¹⁴ Art. 22 Lohntransparenzrichtlinie sieht vor, dass im Entgeltgleichheitsprozess die klagende Partei bei Obsiegen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten durch die Gegenpartei (Arbeitgeberin) hat. Wenn indes die Arbeitgeberin den Lohngleichheitsprozess gewinnt, so soll sie nur dann Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten haben, wenn die Klage treuwidrig eingereicht wurde oder wenn besondere Umstände vorliegen. Im Ergebnis wird so für die klagenden Arbeitnehmenden ein praktisch risikoloser Prozess geschaffen.¹¹⁵

- ⁶⁵ Die effektive Durchsetzung von Lohngleichheitsansprüchen kann auch daran scheitern, dass die betroffenen Personen negative Reaktionen der Arbeitgebenden befürchten. Das trifft auch auf Arbeitnehmende zu, die Opfer von Lohnungleichheit unterstützen. Der EuGH hat sich in der Rechtssache *Hakelbrecht*¹¹⁶ mit der Problematik auseinandergesetzt und entschieden, der

¹¹³ Erwägungsgründe 52 und 53. In seiner ersten Stellungnahme zum Richtlinienentwurf der Kommission wollte der Rat diese Bestimmung abschwächen, nur bei offensichtlich fahrlässiger Nichterfüllung der Pflichten des Arbeitgebers, soll die Beweislastumkehr erfolgen, siehe erste Stellungnahme Rat (Fn. 20), S. 44. Die Schlussversion der Richtlinie zeigt, dass sich der Rat zumindest im Ansatz durchsetzen konnte.

¹¹⁴ Erwägungsgrund 54 Lohntransparenzrichtlinie.

¹¹⁵ Dies wäre zumindest für das deutsche Recht eine Neuerung, siehe HUSMANN, S. 172.

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbrecht u.a.*).

Kreis der von Art. 24 RL 2006/54/EG erfassten Arbeitnehmenden sei weit zu verstehen und schliesse auch solche ein, die diese verteidigen oder unterstützen.¹¹⁷

- ⁶⁶ Die Lohntransparenzrichtlinie nimmt den Tenor dieser Entscheidung auf und verankert in Art. 25 Bestimmung zur Viktimisierung und Schutz vor ungünstiger Behandlung. Nach Abs. 1 dürfen Arbeitnehmende und Arbeitnehmervertreter/innen nicht «deshalb ungünstiger behandelt werden, weil sie ihre Rechte in Bezug auf den Grundsatz des gleichen Entgelts ausgeübt haben oder eine andere Person beim Schutz ihrer Rechte unterstützt haben». Abs. 2 verlangt von den Mitgliedstaaten, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit Arbeitnehmende vor Entlassung oder anderen Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Lohngleichheitsansprüchen geschützt sind.

5. Kurzüberblick zu den weiteren (horizontalen) Bestimmungen

- ⁶⁷ Im vierten Kapitel werden in den Art. 27 bis 37 die folgenden Punkte geregelt:

- Schutzniveau (Art. 27), die Mitgliedstaaten können für Arbeitnehmende günstigere Bestimmungen einführen oder beibehalten;
- Gleichbehandlungsstellen (Art. 28), Klärung der Zuständigkeiten, Ausstattung und Koordination mit anderen Akteuren;
- Überwachung und Sensibilisierung (Art. 29), Beschreibung der Anforderungen an die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Durchführung der Richtlinie, u.a. ist eine Überwachungsstelle erforderlich¹¹⁸;
- Verhältnis zur Tarifautonomie und der Koalitionsfreiheit (Art. 30), ausdrücklicher Hinweis, dass die Lohntransparenz-Richtlinie nicht das Recht auf die Aushandlung, den Abschluss und die Durchsetzung von Tarifverträgen und das Recht auf Kollektivmassnahmen im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften berührt;
- Statistik (Art. 31), Verpflichtung der Mitgliedstaaten, der Kommission (Eurostat) jährlich Entgeltgleichheitsdaten zu liefern;
- Informationsverbreitung (Art. 32), Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Inhalte der Richtlinie bekannt zu machen;
- Durchführung (Art. 33), Recht der Mitgliedstaaten, die Sozialpartner mit der Durchführung dieser Richtlinie zu betrauen;

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 20.06.2019, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, (*Hakelbrecht u.a.*), Rn. 35.

¹¹⁸ Siehe dazu auch oben, Rn. 19 f.

- Pflicht, (Art. 34), die Richtlinie innert drei Jahren nach Verabschiedung durch Rat und Parlament umzusetzen;
- Berichterstattung und Überprüfung (Art. 35), die Mitgliedstaaten haben der Kommission spätestens acht Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie Bericht zu erstatten;
- Inkrafttreten (Art. 36), die Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft;
- Adressaten (Art. 37), die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten.¹¹⁹

III) Bedeutung für die Schweiz

1. Vorbemerkungen

- ⁶⁸ Als Nichtmitgliedstaat der EU ist die Schweiz nicht verpflichtet, die Lohntransparenzrichtlinie umzusetzen. In der Botschaft des Bundesrates zur Revision des GIG wird auf die Entwicklung der Lohngleichheitsregelungen in der EU Bezug genommen.¹²⁰ Es wird jedoch auch klargestellt, dass die GIG-Revision (Einführung der Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse) keinen Einfluss auf bestehende Abkommen der Schweiz mit der EU hat.¹²¹ Hervorgehoben wird in der Botschaft indes, dass die Erweiterung der Lohngleichheitsvorschriften mit den Verpflichtungen der Schweiz aus der CEDAW¹²², dem UN-Pakt I und den einschlägigen ILO-Abkommen übereinstimme.¹²³ Dabei ist zu bemerken, dass auch die EU die neue Lohntransparenz-Richtlinie mit Verpflichtungen aus der CEDAW und den ILO-Konventionen begründet.¹²⁴
- ⁶⁹ Art. 11 CEDAW verpflichtet die Vertragsstaaten, alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben zu treffen. Der Anspruch auf Gleichberechtigung der Frau umfasst sämtliche Inhalte und Phasen eines Arbeitsverhältnisses (Auswahl, beruflicher Aufstieg, Arbeitsplatzsicherheit, Entgelt, weitere Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit, Gesundheitsschutz usw.).¹²⁵ Art. 11 CEDAW geht über ein Diskriminierungsverbot hinaus, gefordert sind von den Vertragsstaaten auch aktive Gleichstellungsmassnahmen.¹²⁶ Dazu zählen auch Massnahmen zur Verbesserung der Lohntransparenz. Im dritten CEDAW-Bericht der Schweiz wird darauf hingewiesen, die Angst vor Kündigung, aber auch die mangelnde Lohntransparenz

¹¹⁹ Siehe zu ausnahmsweise unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien oben, Fn. 75.

¹²⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), BBl 2017 5530.

¹²¹ BBl 2017 5530, S. 5552.

¹²² Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.

¹²³ BBl 2017 5530, S. 5533.

¹²⁴ Das EU-Parlament brachte im Gesetzgebungsprozess ein, dass in Erwägung 1 der Richtlinie ausdrücklich auf Art. 11 CEDAW Bezug genommen wird, siehe Bericht Parlament zum Richtlinienvorschlag der Kommission (Fn. 24), Änderungsantrag Nr. 1. In der definitiven Fassung der Lohntransparenzrichtlinie ist die Bezugnahme auf die CEDAW nun ausdrücklich aufgeführt (Erwägungsgrund 1).

¹²⁵ Art. 11 Abs. 1 lit. a bis lit. CEDAW.

¹²⁶ LEMPEN/BINDER, Art. 11 CEDAW N 9.

und der generell schwierige Zugang zu notwendigen betriebsinternen Daten wären wichtige Hindernisse für die Nutzung der gerichtlichen Instrumente zur Lohngleichheitsdurchsetzung.¹²⁷ Zu einem gleichen Ergebnis kommt auch eine Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte. Problematisch sei der Umgang mit indirekter Diskriminierung. Diese wäre mangels entsprechender Daten bzw. wegen fehlender Lohntransparenz schwierig nachzuweisen.¹²⁸ Auch in den «concluding observations» zum vierten und fünften CEDAW-Staatenbericht wird die Schweiz aufgefordert zur Beseitigung des Lohngefälles zwischen Frauen und Männern zu verstärken.¹²⁹ Konkreter sind die Forderungen des CEDAW-Ausschusses in seinen «concluding observations» zum sechsten Staatenbericht. Empfohlen wird der Schweiz¹³⁰:

- Ein wirksames System zur Analyse und Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung mit zeitlich begrenzten Zielen einzuführen, das für alle Unternehmen unabhängig von ihrer Grösse gilt und regelmässig wiederholt werden muss;
- Anhebung der Löhne in traditionellen Frauenberufen, wie z. B. in der Pflege, und Durchführung von Sensibilisierungsprogrammen, um das Verständnis für die Bedeutung dieser Berufe und den ihnen von der Gesellschaft zugewiesenen Wert zu erhöhen und ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis in diesen Berufen zu fördern;
- gezielte Massnahmen wie Quoten und bevorzugte Einstellung von Frauen zu ergreifen, um die Beschäftigung von Frauen im akademischen Bereich sowie in Wissenschaft und Technik zu erhöhen;
- Verabschiedung von Gesetzesänderungen, um sicherzustellen, dass Frauen arbeitsrechtliche Ansprüche geltend machen können, ohne Repressalien oder andere Nachteile befürchten zu müssen.

⁷⁰ Forderungen nach Lohntransparenz wurden auch im Parlament gestellt. Der Bundesrat ist indes der Auffassung, dass die Regelungen für das Bundespersonal und die bundesnahen Unternehmen weitgehend ein ähnliches Niveau aufweisen wie die geplante EU-Lohntransparenz-Richtlinie.¹³¹ Transparente Löhne würden die Gleichstellung fördern. Diesbezügliche Vorschriften wür-

¹²⁷ Dritter CEDAW Bericht, S. 122, https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/cedaw/dritter_cedaw-bericht.pdf.download.pdf/dritter_cedaw-bericht.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹²⁸ Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse Christina Hausammann Josefin de Pietro, Bern, Juli 2015, S. 9, <https://boris.unibe.ch/98347/> (zuletzt besucht am 04.04.2023).

¹²⁹ Siehe https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/cedaw/d%20%C3%9Cbersetzung%20Empfehlungen%20CEDAW-Bericht%204_5.pdf.download.pdf/CEDAW%20Empfehlungen_deutsche_%C3%9Cbersetzung.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹³⁰ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the sixth periodic report of Switzerland, Randziffer 54, lit. a – d, https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/cedaw/cedaw_empfehlungen_2022.pdf.download.pdf/CEDAW_Empfehlungen_2022.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹³¹ Interpellation Nationalrätin Locher Benguerel, Sandra, Geschäfts-Nr. 22.3075, Antwort des Bundesrates vom 22.05.2022.

den aber eine Gesetzesänderung verlangen und überdies einen erheblichen Eingriff in die Wirtschafts- und Vertragsfreiheit darstellen.¹³² In Bezug auf die Übernahme von EU-Arbeitsrecht im Allgemeinen hält der Bundesrat abschliessend abermals fest, dass für eine Einführung von Transparenzvorschriften auf dem Niveau von EU-Recht eine Gesetzesänderung notwendig wäre.¹³³

71 In rechtlicher Hinsicht ist der Analyse des Bundesrates grundsätzlich zuzustimmen. Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht verpflichtet, die Lohntransparenz-Richtlinie umzusetzen.¹³⁴ Auch aus dem Umstand, dass es sich beim GIG um autonom nachvollzogenes EU-Recht handelt, lässt sich keine Verpflichtung ableiten, auch die Rechtsentwicklung in der EU nachzuvollziehen.¹³⁵ Angesichts des nach wie vor bestehenden beachtlichen Anteils an nicht erkläraren Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern¹³⁶ und im Lichte der Verpflichtungen aus der CEDAW, dem UN-Pakt I und insbesondere der ILO-Konvention Nr. 100¹³⁷ drängt sich indes eine Verbesserung der Lohntransparenz auf. Die in diesem Gutachten vorgestellte Lohntransparenz-Richtlinie der EU kann hierzu als Anregung dienen.

72 Auch wenn sich aus der Lohntransparenz-Richtlinie keine unmittelbaren Verpflichtungen für die Schweiz ergeben, wird nachfolgend die heutige rechtliche Situation und deren Verbesserungsmöglichkeiten bei den folgenden Kernanliegen der EU-Lohntransparenz-Richtlinie untersucht:

- Lohntransparenz für Arbeitsuchende und Arbeitnehmende (Art. 5–6)
- Auskunftsrecht für Arbeitnehmende (Art. 7)
- Berichterstattungspflicht (Art. 9)
- Gemeinsame Entgeltbewertung (Art. 10)

73 Das gleiche Vorgehen wird auch für die Analyse des Status Quo und möglicher Verbesserungen hinsichtlich der Rechtsmittel und der Rechtsdurchsetzung gewählt.

2. Lohntransparenz für Arbeitssuchende und Arbeitnehmende

2.1 Allgemeines und relevante Fragen

74 Bei der Darstellung des Status Quo betreffend Lohntransparenz gilt es vorab zwischen öffentlich-

¹³² Motion Nationalrätin Leutenegger Oberholzer, Susanne, Geschäfts-Nr. 17.3613, Antwort des Bundesrates vom 30.08.20217.

¹³³ Postulat Nationalrätin Imboden, Natalie, Geschäfts-Nr. 22.3521, Antwort des Bundesrates vom 17.08.2022.

¹³⁴ Die Lohntransparenz bildet nicht Gegenstand des Freizügigkeitsabkommens (FZA) zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten.

¹³⁵ PÄRLI, Einwirkungen, S. 434 ff.

¹³⁶ Der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern betrug 2020 insgesamt 18,0% (privater und öffentlicher Sektor zusammen). Gemäss den Ergebnissen des Bundesamtes für Statistik (BFS) sind 47,8% **dieser** Lohnunterschiede unerklärt. Siehe die aktuellen Daten hier: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnniveau-schweiz/lohnunterschied.html> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹³⁷ ILO – Internationale Arbeitsorganisation (2018), Global Wage Report 2018/19, S. 68 ff. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_650553.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

rechtlichen und privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen zu unterscheiden. In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ist der Lohn grundsätzlich Gegenstand der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien.¹³⁸ Anders die Rechtslage bei den Arbeitsverhältnissen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Hier finden sich grundsätzlich die Angaben zur Lohnklassen und Lohnstufen in vielen Fällen in öffentlich zugänglichen Dokumenten.¹³⁹

75 Studien zeigen den Einfluss auf die Lohntransparenz von im Internet zugänglichen Informationen über die Gehälter in Unternehmen.¹⁴⁰ Es zeigt sich allgemein ein Trend in den Unternehmen, die Lohntransparenz aktiv zu fördern.¹⁴¹ Es ist davon auszugehen, dass die gesetzlichen Verpflichtungen zur Durchführung von Lohnvergleichsanalysen¹⁴² diese Entwicklung zumindest mitbeeinflussen.¹⁴³

76 Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die heutige Rechtslage in privatrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zu folgenden Fragen:

- a) Besteht ein Rechtsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin auf Informationen zum Lohn und dessen Bemessungsgrundlage im Bewerbungsstadium bzw. sind die Informationen öffentlich zugänglich?
- b) Hat die Arbeitgeberin einen Anspruch auf Kenntnis des Lohnes der Bewerbenden im Rahmen der letzten bzw. früheren Anstellung(en)?
- c) Besteht ein Rechtsanspruch auf Lohntransparenz im bestehenden Arbeitsverhältnis?
- d) Dürfen Arbeitnehmende über ihren Lohn sprechen bzw. ist eine vertragliche Lohngeheimhaltungsregelung zulässig?

77 Im Sinne eines Zwischenfazit wird danach eine allfällige Differenz zur künftigen Rechtslage in den EU-Staaten aufgezeigt.

¹³⁸ Art. 322 OR.

¹³⁹ Z.B. Lohnsystem, Lohnklassen und Lohnbänder der Bundesverwaltung siehe: <https://www.epa.admin.ch/epa/de/home/themen/lohnsystem.html>, im Kanton Bern siehe <https://www.pa.fin.be.ch/de/start/themen/anstellungsbedingungen/gehaltssystem-und-zulagen/gehaltsklassentabellen.html> (je zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁴⁰ Siehe z.B. Compensation and pay transparency practices in Switzerland, Survey report 2018, S. 11; https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/wf/institute/hrm/dok/Forschung/PayTransparency_CH_SurveyReport_2018.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁴¹ Swisscom, Post und postfinance veröffentlichten seit Oktober 2022 in Stelleninseraten die Löhne bzw. die Bandbreite des Löhne für die fragliche Stelle, siehe <https://www.inside-it.ch/schweizer-ict-loehne-stehen-neu-in-stelleninseraten-20221021>; auch in anderen ehemaligen oder staatsnahen Betrieben wird die Lohnbandbreite in die Stellenanzeigen integriert, siehe z.B. Berichte über die Lohntransparenz bei der BLS <https://buckmangewinnt.ch/2020/07/29/die-nehmen-es-aber-ganz-genau-lohntransparenz-in-den-stellenanzeigen-der-bls/>, über ein Beispiel völliger Lohntransparenz eines Privatunternehmens berichtet die NZZ vom 4. Februar 2022, online einsehbar hier: <https://magazin.nzz.ch/wirtschaft/lohn-tabu-zuercher-unternehmen-legt-alle-gehaelter-offen-ld.1668328> (je zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁴² Art. 13a ff. GIG.

¹⁴³ Soweit erkennbar wurden die Auswirkungen der GIG-Revision (mit Einführung der Lohnvergleichsanalysenpflicht) noch nicht evaluiert, es fehlen somit diesbezügliche Erkenntnisse. Der positive Effekt gesetzlicher Regelungen auf die Lohntransparenz wird indes in internationalen Studien belegt, siehe z.B.: Sharkey, A., Pontikes, E., & Hsu, G. (2022). The Impact of Mandated Pay Gap Transparency on Firms' Reputations as Employers. *Administrative Science Quarterly*, 67(4), 1136–1179. <https://doi.org/10.1177/00018392221124614> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

2.2 Lohntransparenz im Bewerbungsverfahren

2.2.1 (Keine) Informationspflichten der Arbeitgebenden über den Lohn

- ⁷⁸ Staatliche Arbeitgeber sind an das jeweils anwendbare Personalrecht gebunden. Dieses sieht zur Stellenausschreibung regelmässig vor, dass offene Stellen ausgeschrieben werden müssen.¹⁴⁴
- ⁷⁹ Beim Bund finden sich keine weitergehenden Verpflichtungen zur Stellenausschreibung (weder im Bundespersonalgesetz (BPG) noch in den Verordnungen). Auf Verordnungsstufe festgehalten sind indes die Lohnklassen¹⁴⁵ und der Grundsatz, dass beim Anfangslohn die Ausbildung und die Berufs- und Lebenserfahrung der anzustellenden Person sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt wird.¹⁴⁶ Auch sind die Lohnklassen¹⁴⁷ und Dokumente über die Funktionen innerhalb der Bundesverwaltung und die dazugehörenden Lohnklassen¹⁴⁸ auf der Webseite des Eidgenössischen Personalamtes veröffentlicht.¹⁴⁹ Bei den Stellenausschreibungen des Bundes ist die Praxis uneinheitlich.
- ⁸⁰ Einen Schritt weiter geht seit Oktober 2022 der Kanton Bern. Bei den elektronischen Stellenausschreibungen haben Interessierte die Möglichkeit, aufgrund ihrer Angaben zum Alter und zum avisierten Beschäftigungsgrad die Lohnbandbreite online in Erfahrung zu bringen.¹⁵⁰ Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage findet sich für diese Praxis nicht. Die einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen sind mit denjenigen des Bundes vergleichbar.¹⁵¹ Die Verknüpfung der neu zu schaffenden Lohntransparenz bei Stellenausschreibungen mit der Lohngleichheitsfrage sind offensichtlich und werden von den zuständigen kantonalen Behörden auch entsprechend kommuniziert.¹⁵²
- ⁸¹ Im Bereich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse besteht keine gesetzliche Verpflichtung, im Rahmen der Stellenausschreibung Transparenz über den Lohn bzw. das Lohnband der zu besetzenden Stelle zu schaffen. Dass die Arbeit entlohnt wird, ist allerdings Voraussetzungen für das Vorliegen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages.¹⁵³ Die Parteien haben sich auch über den Lohn zu einigen. Der Lohn kann nach Art. 322 OR in Verbindung mit den Art. 19 und 20 Obligationenrecht (OR) in den Schranken des Gesetzes (Gleichstellungsgesetz, allenfalls anwendbare

¹⁴⁴ Siehe z.B. Art. 22 der Verordnung zum Bundespersonalgesetz (BPV), siehe weiter im Kanton Bern, Art. 9 Personalverordnung PV, Bernische Gesetzessammlung BSG 153.011.1.

¹⁴⁵ Art. 36 BPV.

¹⁴⁶ Art. 37 BPV.

¹⁴⁷ Siehe: https://www.epa.admin.ch/dam/epa/de/dokumente/themen/lohnsystem/270_lohntabelle_2022.pdf.download.pdf/270_lohntabelle_2022_d.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁴⁸ Siehe: https://www.epa.admin.ch/dam/epa/de/dokumente/themen/lohnsystem/270_referenzfunktionen.pdf.download.pdf/270_referenzfunktionen_d.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁴⁹ Siehe: <https://www.epa.admin.ch/epa/de/home/themen/lohnsystem.html> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁵⁰ Siehe <https://www.jobs.sites.be.ch/de/start/jobs.html> (zuletzt besuch am 03.04.2023).

¹⁵¹ Siehe die Angaben in Fn. 144.

¹⁵² Siehe https://twitter.com/kanton_bern/status/1494675871956975621 (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁵³ Art. 319 OR, zum Ganzen statt vieler: STAEHELIN-ZK, Art. 319 OR N 24.

gesetzliche Mindestlöhne usw.) bzw. von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) oder Normalarbeitsverträgen (NAV) frei zwischen den Parteien vereinbart werden.¹⁵⁴ Fehlt es an einer Vereinbarung, so hat im Streitfall das Gericht den üblichen Lohn zu bestimmen. Es bleibt also ein erheblicher Spielraum für Lohnverhandlungen.¹⁵⁵

- ⁸² Die fehlende gesetzliche Verpflichtung zur Lohntransparenz kann sich auch für Arbeitgebende als nachteilig erweisen. Verhandelt bspw. eine Arbeitnehmerin in Unkenntnis des Lohnes bzw. Lohnbandes für eine bestimmte Stelle einen Lohn, der tiefer als derjenige einer männlichen Vergleichsperson ist, so besteht das Risiko einer Lohndiskriminierungsklage.

2.2.2 Kein Recht des Arbeitgebers auf Kenntnis des Lohnes der bewerbenden Person

- ⁸³ Im Bewerbungsverfahren besteht noch kein Arbeitsvertrag und die arbeitsvertraglichen Regeln nach Art. 319 ff OR finden keine Anwendung. Anders verhält es sich mit Art. 328b OR. Diese Bestimmung beschränkt die zulässige Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten auf solche, die der Eignungsabklärung dienen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.
- ⁸⁴ Im Bewerbungsverfahren ist die Zulässigkeit der Arbeitgeberfrage nach dem früheren Lohn umstritten. Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, die Frage sei unzulässig, da sie nicht der Eignungsabklärung diene,¹⁵⁶ während andere Stimmen¹⁵⁷ argumentieren, die Bekanntgabe des früheren Lohnes im Bewerbungsverfahren stelle eine Pflicht nach Treu und Glauben dar.
- ⁸⁵ Die Frage nach dem früheren Lohn hat weniger mit der Eignungsabklärung als vielmehr mit der Stärkung der Verhandlungsposition der Arbeitgeberin zu tun. Die Frage ist deshalb unzulässig. Das ergibt sich auch aus der Analyse des erlaubten Inhaltes eines Arbeitszeugnisses und einer Referenzauskunft. Nach Art. 330a OR hat sich das Arbeitszeugnis auf Informationen über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten zu beschränken. Nach der Lehre ist es gestützt auf Art. 328b OR auch nicht zulässig, die Lohnhöhe im Rahmen von Referenzauskünften einem Arbeitgeber mitzuteilen. Wie das Arbeitszeugnis haben sich auch die Auskünfte des ehemaligen Arbeitgebers auf die Eignung der Arbeitnehmenden zu beschränken.¹⁵⁸

2.3 Lohntransparenz im bestehenden Arbeitsverhältnis

2.3.1 Allgemeines

- ⁸⁶ Es wurde bereits erwähnt: Ein gültiger Arbeitsvertrag setzt u.a. voraus, dass sich die Parteien

¹⁵⁴ BORTOLANI/SCHERER-SHK, Art. 322 OR N 48 ff.

¹⁵⁵ STAUBER, S. 1362; HÄUSLER, S. 1 ff.

¹⁵⁶ Siehe bspw. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 10.

¹⁵⁷ So bspw. BRÜHWILER, Art. 319 OR N 8.

¹⁵⁸ CRAMER, S. 1478.

darüber einig sind, dass die Tätigkeit bezahlt ist.¹⁵⁹ Dieses Erfordernis grenzt den Arbeitsvertrag vom Auftragsverhältnis¹⁶⁰ - in dessen Rahmen eine Person auch unentgeltlich für eine andere Person tätig sein kann - oder einer blossen Gefälligkeit¹⁶¹ ab.

2.3.2 Anspruch auf Kenntnis des eigenen Lohnes

⁸⁷ Eine Transparenzbestimmung im weiteren Sinne findet sich in Art. 330b OR. Zwar setzt das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages keine Schriftlichkeit voraus. Nach Art. 330b OR sind Arbeitgebende indes verpflichtet, spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses die Arbeitnehmenden über verschiedene Aspekte des Arbeitsverhältnisses schriftlich zu informieren, so auch über den Lohn und allfällige Lohnzuschläge (Art. 330b Abs. 1 lit. d OR). Diese schriftliche Informationspflicht gilt auch dann, wenn sich (u.a.) der Lohn ändert (Art. 330b Abs. 2 OR). Diese Norm wurde 2004 als Teil der flankierenden Massnahmen im Zusammenhang mit der Öffnung des schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarktes gegenüber den EU-Staaten geschaffen.¹⁶² Die Pflicht der Arbeitgebenden, die Arbeitnehmenden u.a. über den Lohn schriftlich zu informieren, soll die Kontrolle der Einhaltung von Mindestlohn- und Mindestarbeitsbedingungen erleichtern.¹⁶³

⁸⁸ Die Pflicht zur schriftlichen Mitteilung umfasst nicht nur den Lohn, sondern auch Lohnzuschläge, soweit diese regelmässig ausgerichtet werden.¹⁶⁴ Auch über zu erwartende Gratifikationen muss informiert werden, soweit diese mindestens dem Grundsatz nach zugesichert sind.¹⁶⁵ Kenntnis des zu erwartenden Lohnes ist für Arbeitnehmende, für die meist der Lohn die einzige Möglichkeit zur Sicherung der Existenz darstellt, von grosser Bedeutung.¹⁶⁶ Das präzise Wissen um den eigenen Lohnanspruch ist auch Grundvoraussetzung, um überprüfen zu können, ob allenfalls eine Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Ein gänzlich intransparentes Lohnsystem bildet zudem ein Indiz für eine Lohndiskriminierung.¹⁶⁷

2.3.3 Die Zulässigkeit der Bekanntgabe von Lohn Daten durch den Arbeitgeber

a) Bekanntgabe an Dritte im Einzelfall

⁸⁹ Soweit der Lohn bestimmter Arbeitnehmenden betroffen ist, handelt es sich um Personendaten

¹⁵⁹ Siehe oben, N. 84.

¹⁶⁰ GERSBACH/GROSS, Art. 319 OR N 3.

¹⁶¹ PROBST, Art. 320 OR N 47; siehe auch BGE 137 III 539, E. 4.1.

¹⁶² Art. 330b OR basiert auf dem Vorbild der so genannten EU-Nachweis-Richtlinie (Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen), diese wurde im Jahre 2019 ersetzt durch die Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, PE/43/2019/REV/1.

¹⁶³ BBI 2004 6566 und 6585; Amtl. Bull. StR 2004 745 ff.; NR 2004 2016 ff., REHBINDER/STÖCKLI-BK, Art. 330b OR N 4 f.

¹⁶⁴ EMMEL-CHK, Art. 330b; CLASSEN, Art. 330b OR N 19 ff.

¹⁶⁵ STAHELIN-ZK, Art. 330b N 5.

¹⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, 330b OR N 9.

¹⁶⁷ NYDEGGER, S. 56; siehe auch einen Fall, der von einer Schlichtungsbehörde entschieden wurde: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1014.html> (zuletzt besucht am 03.04.2023)

im Sinne von Art. 3 lit. a Datenschutzgesetz (DSG)¹⁶⁸ und Art. 328b OR. Die Lehre leitet daraus den Anspruch auf ein Lohngeheimnis ab.¹⁶⁹ Die Durchbrechung dieses Grundsatzes bedarf der Rechtfertigung.

⁹⁰ Die Bearbeitung der Lohn Daten der Arbeitnehmenden – einschliesslich der Bekanntgabe des Lohnes - ist zulässig, soweit dies für die Durchführung der Arbeitsverhältnisse erforderlich ist.¹⁷⁰ Damit ist fraglos die Weiterleitung der Lohn Daten durch die Arbeitgeberin an die Sozialversicherungsbehörden legitimiert, denn es handelt sich hier um eine gesetzliche Pflicht.¹⁷¹ Auskunftspflichten des Arbeitgebers über den Lohn eines Arbeitnehmers finden sich weiter in kantonalen Gesetzen.¹⁷²

⁹¹ Auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive kann die Durchbrechung des Lohngeheimnisses durch den Arbeitgeber geboten sein. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) vertritt die Position, wonach eine Person durchaus ein Recht darauf habe, dass ihr Lohn nicht bekannt gegeben werde. Dieses Recht müsse indes unter bestimmten Bedingungen zugunsten überwiegender Interessen zurücktreten.¹⁷³ Der Anspruch auf Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern stellt ein solches überwiegendes Interesse dar.¹⁷⁴ Das Gleiche gilt auch, wenn ein Arbeitnehmer Einsicht in die Geschäftsbücher verlangt, um seinen Anspruch auf Provision nach Art. 322a OR zu begründen. In einer solchen Konstellation kann die Arbeitgeberin verpflichtet werden, auch Einkommensdaten anderer Mitarbeitenden bekannt zu geben.¹⁷⁵

b) Bekanntgabe der Kaderlöhne

⁹² Die von Volk und Ständen im Jahre 2013 angenommene sogenannte "Abzocker-Initiative" verlangte eine Begrenzung der Löhne der obersten Management-Stufe.¹⁷⁶ Bereits vor der Annahme dieser Initiative fanden sich in Art. 663b^{bis} OR Pflichten zur Erhöhung der Transparenz über Vergütungen des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung. Zur Umsetzung der Initiative wurde die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)¹⁷⁷ erlassen, die am 1. Januar 2014 in Kraft trat. Die VegüV verpflichtet den Verwaltungsrat

¹⁶⁸ Das DSG wurde revidiert, die geänderten Bestimmungen treten am 1. September 2023 in Kraft. Im revidierten DSG findet sich die Definition von Personendaten (unverändert) in Art. 5 lit. a revDSG (zum Inkrafttreten des revDSG siehe: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutztaerkung.html> (zuletzt besucht am 03.04.2023)).

¹⁶⁹ CRAMER, S. 1473.

¹⁷⁰ REHBINDER/STÖCKLI-BK, 328b OR N 6.

¹⁷¹ RUDOLPH/VON KAENEL, S. 398; siehe dazu überdies umfassend: BURCH-CHATTI, S. 1 ff.

¹⁷² So z.B. in Art. 8c Sozialhilfegesetz Kanton Bern, SHG; BSG 860.1. Das Bundesgericht erachtet diese Bestimmung als zulässig, siehe BGE 138 I 331 E. 8.4.4. S. 355.

¹⁷³ JAR 2010, S. 135.

¹⁷⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b. Siehe dazu Zürich, Obergericht, LA180004 vom 08.03.2019 E. 5.4.

¹⁷⁵ BGer 4A_195/2010 vom 08.06.2010, E.2.2.

¹⁷⁶ Zur Initiative und zum Abstimmungsergebnis siehe BBl 2013 3129 und <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20130303/det568.html> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

¹⁷⁷ Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013, SR 221.331.

zur Bekanntgabe der Vergütungen anlässlich der Generalversammlung. Zudem ist erforderlich, dass ein Vergütungsausschuss bestellt wird, dessen Mitglieder durch die Generalversammlung zu wählen sind. Kernstück der VegüV ist die Pflicht zum jährlichen Vergütungsbericht.¹⁷⁸ Nach Art. 18 Abs. 1 VegüV muss die Generalversammlung zwar nur über die Gesamtbeträge der Verfügung abstimmen. Dennoch haben die Aktionäre dank den erforderlichen detaillierten Angaben im Vergütungsbericht (siehe Art. 14 VegüV) eine (beschränkte) Kontrollmacht.¹⁷⁹ Mit der Aktienrechtsrevision 2020 erhielten die VegüV-Bestimmungen die notwendige formell-gesetzliche Grundlage¹⁸⁰ und Art. 663b^{bis} OR wurde aufgehoben.¹⁸¹

- 93 Auch die Löhne der obersten Kader von Unternehmen und Anstalten des Bundes sind auf der Grundlage von Art. 6a BPG seit 2004 öffentlich zugänglich.¹⁸² Soweit der Bund privatrechtliche Unternehmen kapital- und stimmenmässig beherrscht, hat der Bundesrat nach Art. 6 Abs. 6 BPG dafür zu sorgen, dass die für Bundesbetriebe geltenden Transparenzgrundsätze sinngemäss umgesetzt werden.¹⁸³ Konkretisiert werden diese gesetzlichen Bestimmungen in der Kaderlohn-Verordnung.¹⁸⁴ Diese hält fest, dass jährlich über die Gesamtsumme der an das oberste Leitungsorgan ausgerichteten Entschädigungen sowie gesondert die Leistungen an das Präsidium des obersten Leitungsorgans und an den Vorsitz der Geschäftsleitung (Art. 13 Abs. 2 Kaderlohnverordnung) Bericht zu erstatten ist.

c) Verhältnis der Lohntransparenz zum Lohngeheimnis

- 94 Möchte eine Arbeitgeberin ausserhalb gesetzlicher Verpflichtungen die konkreten individuellen Löhne innerhalb des Betriebes oder sogar gegen aussen kommunizieren, eröffnet sich ein Spannungsfeld zwischen dem Lohngeheimnis (Art. 328b OR) und der Lohntransparenz. Letztere lässt sich unter anderem mit Gleichstellungsargumenten begründen. Wenn innerhalb des Unternehmens alle Mitarbeitenden über die individuellen Löhne Bescheid wissen, wird eine allfällige geschlechtsspezifische und nicht sachlich begründete Lohndifferenz einfach(er) erkannt.
- 95 In der Lehre wird vertreten, eine solche umfassende Lohntransparenz wäre nur zulässig bei Vorliegen des Einverständnisses sämtlicher Arbeitnehmenden.¹⁸⁵ Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Offenlegung sämtlicher Löhne innerhalb und erst recht ausserhalb einer Unternehmung unter Mitarbeitenden auch Neid und Missgunst hervorrufen könnte. Der EDÖB hält dazu in seinem Jahresbericht 2012 fest, dass Lohntransparenz für sich genommen kein hinreichender

¹⁷⁸ Zum Ganzen: BÜHLER, S. 449 ff.; LAMBERT, S. 475 ff.

¹⁷⁹ MÜLLER/OSER, Art. 14 VegüV / A. - C. N 1.

¹⁸⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Vorbemerkungen zu Art. 732–735d OR N 8 ff.; siehe auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 789.

¹⁸¹ BAHAR/PEYER-ZK, Art. 663b^{bis} OR N 131.

¹⁸² MALLA, Art. 15 BPG N 160.

¹⁸³ HELBLING, Art. 6a BPG N 71.

¹⁸⁴ Verordnung über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung) vom 19. Dezember 2003, SR 172.220.12.

¹⁸⁵ CRAMER, S. 1476.

Grund sein könne, um die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden – darauf stützt sich das Lohngeheimnis - einzuschränken. Im Einzelfall, so der EDÖB, könne durchaus ein berechtigtes Interesse vorliegen, das eine Bekanntgabe der Lohndaten rechtfertige. Wenn es insbesondere darum gehe, dem Verdacht von Ungleichbehandlung der verschiedenen Arbeitnehmenden nachzugehen, dürfe der Datenschutz nicht vorgeschoben werden.¹⁸⁶

- ⁹⁶ Nach der hier vertretenen Meinung stellt Art. 328b OR eine Einschränkung der zulässigen Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten – wozu auch der Lohn gehört – dar.¹⁸⁷ Für eine Bearbeitung der Lohndaten einschliesslich der Bekanntgabe ist deshalb erforderlich, dass dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist. Zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gehört auch die Gewährung der Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern. Der erforderliche Bezug zu Art. 328b OR ist somit gegeben. Soweit im Zusammenhang mit der Lohngleichheit eine Pflicht zur Bekanntgabe des Lohnes zwischen Mitarbeitenden erforderlich ist, geht diese dem Anspruch auf das Lohngeheimnis vor. Damit geklärt werden kann, ob allenfalls ein geschlechtsdiskriminierender Lohn vorliegt, besteht ein Anspruch gegenüber den Arbeitgebenden auf Information über den Lohn von Personen, die eine gleiche oder vergleichbare Tätigkeit verrichten.

2.3.4 Bekanntgabe des (eigenen) Lohnes durch Arbeitnehmende

a) Der Lohn als Geschäftsgeheimnis

- ⁹⁷ Die arbeitsvertragliche Treuepflicht (Art. 321a OR) verpflichtet Arbeitnehmende, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren. Nicht gegen die Treuepflicht verstösst, wer andere Arbeitnehmende über den eigenen Lohn informiert. Es gibt kein gesetzlich verankertes Verbot, nicht über den eigenen Lohn mit Dritten zu reden. Nach der bundesgerichtlichen Praxis bildet die Lohngeheimhaltungspflicht im Allgemeinen auch nicht Bestandteil der Treuepflicht.¹⁸⁸
- ⁹⁸ Anders ist die Ausgangslage, wenn im Arbeitsvertrag eine Verpflichtung, über den eigenen Lohn zu schweigen, eingegangen wurde. Die Zulässigkeit solcher Vertragsklauseln ist indes umstritten (siehe die nachfolgenden Ausführungen).

b) Lohn-Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen

- ⁹⁹ Bestimmungen in Arbeitsverträgen mit Lohngeheimhaltungsabreden sind in der Praxis verbreitet.¹⁸⁹ Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage der rechtlichen Zulässigkeit.

¹⁸⁶ JAR 2012, S. 116 f.

¹⁸⁷ PÄRLI, Datenschutz, Rz. 17.22 (S. 696).

¹⁸⁸ BGer 4C.350/1994 vom 14.12.1994, JAR 1995, S. 214 ff., siehe auch BGE 4A_283/2010 vom 11.08.2010; REHBINDER/STÖCKLI-BK, Art. 321a OR N 9; STAEHELIN-ZK, Art. 321a OR N 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR. Differenziert äussert sich CRAMER, S. 1482; für ihn gibt es Konstellationen, in denen der Lohn auch Rückschlüsse auf vom Unternehmen berechtigterweise als geheim deklarierte Unternehmenskennzahlen zulässt. In diesen Fällen, so CRAMER, sei der Lohn auch ohne ausdrückliche vertragliche Verpflichtung geheimzuhalten.

¹⁸⁹ RICKENBACH, S. 125.

- ¹⁰⁰ Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine vertragliche Lohngeheimhaltungsklausel zulässig sei.¹⁹⁰ Dabei stützen sich die Autoren auf ein Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 1994, in dem das Bundesgericht durchblicken liess, dass sich die Verpflichtung, über den Lohn zu schweigen, nicht aus der Treuepflicht ergebe, jedoch vertraglich vereinbart werden dürfte.¹⁹¹ Diese Rechtsprechung ist aus heutiger Sicht überholt. Sich über den eigenen Lohn mit anderen auszutauschen, ist Bestandteil des Persönlichkeitsrechts nach Art. 328 OR. Eine solche vertragliche Klausel verstösst somit gegen das Recht der Persönlichkeit und ist nichtig im Sinne der Art. 19 und 20 OR.¹⁹²
- ¹⁰¹ Geheimhaltungsklauseln sind auch aus anderen Gründen problematisch und deshalb rechtlich heikel. Eine umfassende Geheimhaltungspflicht in einem Betrieb könnte bereits Anhaltspunkt für eine Lohndiskriminierung bilden.¹⁹³ Zu erinnern ist an dieser Stelle an die Beweislast erleichterung nach Art. 6 GIG.¹⁹⁴ Lohngeheimhaltungsklauseln sind ohnehin aus gleichstellungsrechtlicher Sicht grundsätzlich unzulässig.¹⁹⁵ Das vertraglich vereinbarte Verbot, über den Lohn zu sprechen, verhindert die Überprüfung, ob ein geschlechtsdiskriminierender Lohn ausgerichtet wird.¹⁹⁶ Eine entsprechende vertragliche Klausel ist nichtig.¹⁹⁷
- ¹⁰² Die Unzulässigkeit von vertraglichen Lohngeheimhaltungsklauseln lässt sich weiter mit der verfassungs- und völkerrechtlich anerkannten Koalitionsfreiheit¹⁹⁸ begründen. Ein vertraglich vereinbartes Verbot, über den Lohn zu sprechen, kann sich negativ auf die kollektive Durchsetzung von Lohnansprüchen auf dem Wege von GAV-Verhandlungen auswirken.¹⁹⁹

2.4 Zusammenfassendes Zwischenfazit

- ¹⁰³ Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass nach heutiger Rechtslage im Rahmen des Bewerbungsverfahrens in privatrechtlichen Verhältnissen kein Rechtsanspruch auf Kenntnis des Lohnes bzw. der Lohnbänder im künftigen Betrieb besteht. Dies führt zu einem erhöhten Risiko eines geschlechtsdiskriminierenden Lohnes. Die Verankerung eines Rechtsanspruchs auf Information über den Einstiegslohn für die in Frage kommende Stelle und die Bandbreite des

¹⁹⁰ CRAMER, S. 1485; PORTMANN/WILDHABER, S. 106.

¹⁹¹ BGer, 4C.350/1994 vom 14.12.1994, E. 2a, in: JAR 1995, S. 214.

¹⁹² Blogbeitrag von Thomas Geiser in HR Today, 26. April 2018, <https://blog.hrtoday.ch/duerfen-arbeitgeberinnen-ihren-arbeitnehmern-verbieten-ueber-den-lohn-zu-reden/> (zuletzt besucht am 03.04.2023). In der Lehre werden hierzu auch andere Auffassungen geäussert. Ein Arbeitgeber könne ein Interesse daran haben, dass der Lohn bestimmter Arbeitnehmender nicht bekannt werde, finden etwa CRAMER, S. 1479 und GEISER/MÜLLER/ PÄRLI, N 266.

¹⁹³ CRAMER (Fn 158), S. 1483.

¹⁹⁴ ARNDGEN, S. 850.

¹⁹⁵ CLASS/MÖSSINGER, S. 38; ARNDGEN, S. 851.

¹⁹⁶ ARNDGEN, S. 851, mit Verweis auch auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg Vorpommern, LAG Mecklenburg-Vorpommern, 2 Sa 237/09, 21.10.2009, E. 2.

¹⁹⁷ ARNDGEN, S. 851.

¹⁹⁸ Zur Koalitionsfreiheit statt vieler VALLENDER/HETTICH-SGK BV, Art. 28 N 9.

¹⁹⁹ Der Zusammenhang zwischen Koalitionsfreiheit wird in der Lehre bislang nicht thematisiert. Bemerkenswert ist indes das bereits erwähnte Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 21. Oktober 2009 (Az. 2 Sa 183/09); das Urteil kann hier eingesehen werden: https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Urteile_AGB_LAG_Mecklenburg-Vorpommern_2Sa237-09.html (zuletzt besucht am 03.04.2023).

Lohnes analog Art. 5 Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie²⁰⁰ würde hier Abhilfe schaffen. Dies bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung; sinnvollerweise im Gleichstellungsgesetz, da somit sämtliche Arbeitsverhältnisse erreicht würden.

¹⁰⁴ Die Lohntransparenzrichtlinie verlangt in Art. 6 Abs. 2, dass Bewerbende keine Pflicht auferlegt werden darf, über den Lohn bei früheren Arbeitgeberin Auskunft zu erteilen.²⁰¹ Die schweizerische Rechtslage ist hier identisch.²⁰²

¹⁰⁵ Bezüglich des Umgangs mit dem Lohn im bestehenden Arbeitsverhältnis ist zum einen das Lohngeheimnis von Bedeutung. Die Arbeitgeberin darf den Lohn des Arbeitnehmers nur an Dritte bekanntgeben, wenn dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Dazu gehört auch die Einhaltung der Lohngleichheit. Daraus lässt sich zwar ableiten, dass Arbeitnehmende im konkreten Einzelfall einen Anspruch darauf haben, dass die Arbeitgeberin Auskunft über den Lohn vergleichbarer Arbeitnehmer erteilt.²⁰³ Dennoch ist die schweizerische Rechtslage hier im Vergleich zu den Art. 6 und 7 der Lohntransparenzrichtlinie defizitär. Weder besteht in der Schweiz eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgebenden, die Löhne und LohnEinstufungskriterien zugänglich zu machen (Art. 6 Lohntransparenzrichtlinie²⁰⁴) noch ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmenden auf Kenntnis des individuellen Einkommens und des Durchschnittseinkommens derjenigen Arbeitnehmenden, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten (Art. 7 Lohntransparenzrichtlinie²⁰⁵). Eine Angleichung des schweizerischen Rechts an die EU-Richtlinie würde hier gesetzgeberische Massnahmen erfordern (im Gleichstellungsgesetz).

¹⁰⁶ Bemerkenswert ist, dass das in Art. 7 Abs. 5 und 6 Lohntransparenzrichtlinie geforderte Verbot von Lohngeheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen²⁰⁶ in der schweizerischen Arbeitsrechtspraxis zwar nicht unumstritten ist, nach neuerer Lehre indes auch in der Schweiz anerkannt ist.²⁰⁷ Eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung eines solchen Verbotes wäre indes der Rechtssicherheit dienlich.

3. Berichterstattungspflicht und gemeinsame Entgeltbewertung

3.1 Ausgangslage

¹⁰⁷ Es ist fraglich, ob die heutige Rechtslage in der Schweiz den Anforderungen der in Art. 9 und 10 Lohntransparenzrichtlinie vorgesehenen Berichterstattungspflicht und Pflicht zur gemeinsamen

²⁰⁰ Siehe oben, N 33 ff.

²⁰¹ Siehe oben, N 36.

²⁰² Siehe oben, N 85.

²⁰³ Siehe oben, N 96.

²⁰⁴ Siehe oben, N 38.

²⁰⁵ Siehe oben, N 39.

²⁰⁶ Siehe oben, N 41.

²⁰⁷ Siehe oben, N 99 bis 102.

(sozialpartnerschaftlichen) Entgeltbewertung entspricht. Für die Beantwortung dieser Frage ist eine kurze Auseinandersetzung mit der im GIG im Jahre 2020 eingeführten Lohngleichheitsanalysepflicht erforderlich. Dabei werden jeweils auch Unterschiede zur EU-Lohntransparenzrichtlinie erörtert.

3.2 Einführung und Modalitäten der Lohngleichheitsanalysepflicht

- ¹⁰⁸ Die Lohngleichheit konnte trotz Einführung des GIG und freiwilligen Massnahmen nicht in die Realität umgesetzt werden. Der Bundesrat beschloss deshalb 2014, dass zusätzliche staatliche Massnahmen notwendig seien.²⁰⁸ Mit der Revision des Gleichstellungsgesetzes sollen hauptsächlich zwei Ziele verfolgt werden: Die Arbeitgebenden sollen für die Problematik der Lohndiskriminierung sensibilisiert werden und bestehende systematische, geschlechtsspezifische Lohndiskriminierungen sollen in den Unternehmen durch regelmässige Lohngleichheitsanalysen aufgedeckt und beseitigt werden.²⁰⁹ Die neu eingeführte Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse soll somit auf der Ebene des einzelnen Betriebes, und nicht gesamtwirtschaftlich gesehen, die Problematik der Lohnungleichheiten angehen.²¹⁰
- ¹⁰⁹ Die bereits ziemlich milde Regelung im Vorentwurf des Bundesrates - Sanktionen wegen eines Verstosses (der Ergebnisse) einer festgestellten betrieblichen Lohnungleichheit oder bei Nichtdurchführung der Lohngleichheitsanalyse waren nicht vorgesehen - wurde durch das Parlament im Vernehmlassungsverfahren weiter verwässert. Das Parlament beschloss, auf die vierjährliche Wiederholungspflicht zu verzichten. Auch sind nur Unternehmen mit mindestens 100 Mitarbeitenden zur Vornahme einer Lohngleichheitsanalyse verpflichtet. Die ursprünglich geplante «schwarze Liste» mit Arbeitgebenden, die Korrekturmassnahmen bei festgestellten Diskriminierungen unterlassen, wurde gestrichen.²¹¹ Nachträgliche parlamentarische Vorstösse, welche strengere Regelungen wollten, fanden keine Mehrheit.²¹² Zudem findet die im Gesetz vorgeschriebene Überprüfung der Analyse lediglich auf formeller Basis statt.²¹³ Die Ausgestaltung der Verpflichtung zur Lohngleichheitsanalyse soll daher möglichst nicht wie eine staatlich verordnete Massnahme wirken, sondern an die Eigenverantwortung der Unternehmen appellieren.

²⁰⁸ BBI 2017 5507, S. 5508 ff.

²⁰⁹ BBI 2017 5507, S. 5519.

²¹⁰ SCHRÖTER/MARTI WHITEBREAD, S. 257.

²¹¹ BBI 2017 5507, S. 5516 ff.

²¹² Parlamentarische Initiative, Geschäft 19.453, Gleicher Lohn für Frau und Mann. Ein griffiges Gesetz für die Mehrheit der Arbeitnehmenden tut Not! vom 19.06.2019; Parlamentarische Initiative, Geschäft 19.452, Schwarze Liste für Unternehmen, die sich nicht an die Lohngleichheit von Frau und Mann halten vom 19.06.2019; Parlamentarische Initiative, Geschäft 19.444, Sanktionen bei Lohnungleichheit vom 19.06.2019; Parlamentarische Initiative, Geschäft 20.400, Lohngleichheit. Übermittlung der Analyseergebnisse an den Bund vom 23.01.2020.

²¹³ LEMPEN/VOLODER, S. 88.

3.3 Inhalt und Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse

3.3.1 Methoden der Lohngleichheitsanalyse

¹¹⁰ Nach Art. 13c GIG ist die Lohngleichheitsanalyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen, wobei der Bund allen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Analyse-Tool zur Verfügung stellt (Logib). Die Unternehmen sind indes nicht verpflichtet, die Analyse mit Logib durchzuführen.

¹¹¹ Art. 13c GIG war bereits in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des GIG aufgeführt. In der parlamentarischen Debatte war Art. 13c GIG unumstritten und wurde denn auch von den Räten diskussionslos gutgeheissen. Die Botschaft enthält keine weiterführenden Informationen bezüglich der Anforderungen an eine "wissenschaftliche und rechtskonforme" Lohngleichheitsanalyse.²¹⁴

a) Regressionsanalysen/Logib

¹¹² Referenzpunkt der Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität eines Analyse-Tool bilden Inhalt und Methodik von Logib, dem Standard-Analysemodell, dass der Bund kostenlos zur Verfügung stellt. Bei Logib wird die Lohngleichheit im Unternehmen anhand einer Regressionsanalyse berechnet. Dabei werden diverse objektive Faktoren berücksichtigt, die Einfluss auf den Lohn haben (können). Dies sind zum einen personenbezogene Daten (Alter, Geschlecht, Dienstjahre, Ausbildung) und zum anderen arbeitsplatzbezogene Daten (Funktion, betriebliches Kompetenzniveau, berufliche Stellung). Ermittelt wird, wie sich eine der Variablen – nämlich das Geschlecht – auf den Lohn auswirkt. Nicht berücksichtigt wird die Leistung der Arbeitnehmer.²¹⁵

¹¹³ Eine mit «Logib» vorgenommenen Lohngleichheitsanalyse führt zu drei möglichen Ergebnissen. Ein «grünes Ergebnis» heisst, es gibt im untersuchten Betrieb keinen statistisch-signifikanten unerklärten Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern. Ein «orange» bedeutet eine statistisch signifikante Lohndifferenz innerhalb der Toleranzschwelle von fünf Prozent. Darüber liegende Werte führen zum Ergebnis «rot», was dem Unternehmen zeigt, dass akuter Handlungsbedarf besteht.²¹⁶

¹¹⁴ Eine Toleranzschwelle von fünf Prozent für nicht erklärbare Lohndifferenzen beinhaltet auch die EU-Lohntransparenzrichtlinie (Art. 10 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. b Lohntransparenzrichtlinie). Anders sind indes die Rechtsfolgen: Während in der Schweiz keine unmittelbaren Rechtsfolgen vorgesehen sind, verlangt die Lohntransparenzrichtlinie von den Arbeitgebenden,

²¹⁴ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5542. Das revidierte GIG trat per 1.07.2020 in Kraft.

²¹⁵ Siehe: <https://www.logib.admin.ch/home> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

²¹⁶ Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Wegleitung zum Standardanalysetool Logib, Stand Februar 2023, https://www.ebg.admin.ch/dam/ebg/de/dokumente/lohngleichheit/logib/wegleitung_logib_.pdf.download.pdf/wegleitung_logib_.pdf (zuletzt besucht am 03.04.2023).

die Lohndifferenz innert 6 Monaten zu korrigieren.²¹⁷ Geschieht dies nicht, so ist eine gemeinsame Entgeltbewertung mit der Arbeitnehmervertretung vorzunehmen, die zum Ziel hat, die ungerechtfertigten Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern zu identifizieren.²¹⁸ Zu ergänzen ist: die Toleranzschwelle einer Entgeltungleichheit innerhalb der EU-Richtlinie nimmt Bezug auf «eine Gruppe von Arbeitnehmenden». Was darunter zu verstehen ist und wie die Gruppen zu definieren sind, lässt sich zumindest im Ansatz den Erwägungsgründen der Lohntransparenzrichtlinie entnehmen. Im elften Erwägungsgrund wird etwa erwähnt, Arbeitnehmenden fehlen die erforderlichen Informationen, um erfolgreich den Anspruch auf gleiches Entgelt geltend zu machen, insbesondere durch fehlende Angaben «zu den Entgelthöhen von Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten». Soweit ersichtlich, ermöglicht das Analysetool Logib kein Erkennen von geschlechtsspezifischen Lohndifferenzen innerhalb von Gruppen von Arbeitnehmenden, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten.

¹¹⁵ In BGE 130 III 145 hat das Bundesgericht die Regressionsanalyse in einem individuellen Lohnstreit als zulässige Methode zur Feststellung einer Lohnungleichheit zugelassen.²¹⁹ Die bei einer Regressionsanalyse angewendeten Variablen dürfen nicht diskriminierend sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können geschlechtsspezifische Lohnunterschiede in einem Lohngleichheitsverfahren gerechtfertigt werden, wenn sie auf objektiven Gründen beruhen. Das Bundesgericht nennt hier insbesondere "Alter", "Dienstalter", "Qualifikation", "Erfahrung", "Aufgabenbereich" oder "Leistung".²²⁰ Solche Variablen vermögen auch in einer Lohngleichheitsanalyse in einem Unternehmen eine bestehende Lohndifferenz zu erklären. Empfohlen wird in der Literatur, möglichst auch unternehmensexterne Variablen in eine betriebliche Lohngleichheitsanalyse einzubeziehen. Als Beispiel wird etwa eine Variable "effektiver höchster Bildungsabschluss" genannt. Als heikel werden demgegenüber Variablen wie die familiäre Situation und das Arbeitspensum genannt.²²¹

¹¹⁶ In der Lohntransparenzrichtlinie der EU ist im eigentlichen Richtlinien text von «objektiven» und «geschlechtsneutralen» Kriterien die Rede, die eine geschlechtsspezifische Lohndifferenz allenfalls zu rechtfertigen vermögen. In Art. 4 Abs. 4 Lohntransparenzrichtlinie wird präzisiert, was darunter zu verstehen ist. Objektive und geschlechtsneutrale Kriterien dürfen weder in unmittelbarem noch in mittelbarem Zusammenhang mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer stehen. Sie umfassen Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen und gegebenenfalls etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Situation relevant sind.

²¹⁷ Siehe oben, Rz.46

²¹⁸ Siehe oben, Rz.47.

²¹⁹ BGE 130 III 145, E. 6.3.

²²⁰ BGE 125 III 368, E. 5; BGE 124 II 409, E. 9c.

²²¹ BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI, Rz. 54.

b) Arbeitsplatzbewerbungsmethoden

- ¹¹⁷ Das Bundesgericht hat sich auch zu zulässigen Methoden der Arbeitsplatzbewertung geäussert. In einem Urteil aus dem Jahre 2001 erachtete das Bundesgericht das ABAKABA-Modell²²² der Arbeitsplatzbewertung als zulässig, da es ohne geschlechtsspezifische Auswirkungen konzipiert sei.²²³
- ¹¹⁸ Die Bewertungskriterien einer Arbeitsplatzbewertung dürfen den Zielen des Gleichstellungsgesetzes – der Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung – nicht zuwiderlaufen.²²⁴ So ist zu vermeiden, dass Funktionen, die in einem Unternehmen überwiegend von Männern besetzt werden, ohne weitere Überprüfung möglichst hoch zu gewichten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass durch eine Arbeitsplatzbewertung bestehende Ungleichheiten nicht überwunden, sondern vielmehr tradiert werden.²²⁵
- ¹¹⁹ Die Lohntransparenzrichtlinie der EU äussert sich nicht konkret zu den anerkannten Methoden der Vornahme von Lohngleichheitsanalysen.

c) Nachweis der Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität

- ¹²⁰ Gemäss Art. 7 Abs. 3 der Verordnung über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse muss ein Nachweis über die Rechtskonformität der Analysemethode eine Validierung durch eine unabhängige Stelle enthalten. Die Validierung muss sich auf alle Komponenten der Methode beziehen und mindestens die folgenden drei Elemente betreffen:
- Das verwendete Analyseverfahren bzw. die Methode,
 - die verwendeten Variablen sowie
 - die Toleranzschwelle in denjenigen Fällen, in denen eine solche Toleranzschwelle vorgesehen wird.
- ¹²¹ Bei allen drei Punkten müssen sowohl die wissenschaftlichen als auch rechtlichen Kriterien erfüllt sein. Die Validierung hat aufzuzeigen, dass die verwendete Methode dazu geeignet ist, Lohnungleichheiten aufzudecken.

d) Pflicht zur Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse

- ¹²² Die Lohngleichheitsanalyse bedarf nach erfolgter Durchführung gemäss Art. 13d Abs. 1 GIG

²²² Siehe zum Modell: <https://www.abakaba.ch/de/index.php> (zuletzt besucht am 03.04.2023).

²²³ BGer Urteil 2A.253/2001 vom 8. Oktober 2002, E. 2.3, siehe auch BGE 141 II 411, E. 4.1 betreffend Primarlehrer/innenberuf (= typischer Frauenberuf).

²²⁴ Siehe dazu ausführlich PÄRLI/OBERHAUSSER, Rz. 29 ff.

²²⁵ BINGGELI/SCHRÖTER/BIERI, Rz. 12.

einer Überprüfung durch wahlweise einem Revisionsunternehmen, einer Gleichstellungsorganisation nach Art. 7 GIG oder einer Arbeitnehmervertretung nach Mitwirkungsgesetz.²²⁶ Eine staatliche Kontrolle findet hingegen bei privatrechtlichen Unternehmen nicht statt. Sollte sich der Arbeitgebende für eine Überprüfung durch eine Organisation nach Art. 7 GIG oder eine Arbeitnehmervertretung entscheiden, so muss dieser gemäss Art. 13f GIG mit der relevanten Stelle eine Vereinbarung über das Ergebnis der Lohnvergleichsanalyse abschliessen. Das beauftragte Prüfungsunternehmen hat eine formelle Überprüfung der Lohnvergleichsanalyse durchzuführen, weshalb folglich keine Beurteilung der materiellen Aspekte oder des Ergebnisses der Lohnvergleichsanalyse geschieht.²²⁷ Die Überprüfung ist als Prüfungsauftrag ausgestaltet zum Erhalt begrenzter Sicherheit und enthält somit eine Aussage, ob Grund zur Annahme, dass die Lohnvergleichsanalyse nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, besteht.²²⁸

- ¹²³ Der Einbezug der Arbeitnehmervertretung und der Organisationen nach Art. 7 GIG in den Vollzug der Vorschriften zur Lohnvergleichsanalyse zeigt eine gewisse Ähnlichkeit mit den Vorschriften zu gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 Lohntransparenzrichtlinie.²²⁹ Gemeinsames Merkmal ist dabei der Einbezug der (innerbetrieblichen) Sozialpartner. Den Sozialpartnern wird in der Lohntransparenzrichtlinie auch an anderer Stelle eine grosse Bedeutung zugemessen.²³⁰ Dennoch zeigen sich grosse Unterschiede zwischen der Rechtslage in der Schweiz und der EU-Lohntransparenzrichtlinie. Die Pflicht der Arbeitgebenden zur Vornahme einer gemeinsamen Entgeltbewertung kommt zum Tragen, wenn eine nicht durch objektive und geschlechtsneutrale gerechtfertigte Lohndifferenz von fünf Prozent besteht und innert sechs Monaten keine Abhilfe geschaffen wird. Die gemeinsame Entgeltbewertung ist auf Augenhöhe mit der Arbeitnehmervertretung vorzunehmen.²³¹ Der wohl wichtigste Unterschied zwischen der Rechtslage in der Schweiz und der EU-Lohntransparenzrichtlinie betrifft die Rechtsfolgen. Während in der Schweiz ein Unternehmen, das die Lohnvergleichsanalysen nicht vornimmt bzw. zwar vornimmt aber nicht überprüfen lässt, keine rechtlichen Sanktionen zu befürchten hat, verhält es sich gemäss EU-Recht anders. Gemäss Art. 23 Lohntransparenzrichtlinie müssen die EU-Staaten Sanktionen bei Verletzung der den Arbeitgebenden auferlegten Pflichten vorsehen.

3.3.2 Geltungsbereich der Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse

- ¹²⁴ Das GIG und damit grundsätzlich auch die Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse ist von allen pri-

²²⁶ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17.12.1993, (MitwG) SR 822.14.

²²⁷ SALKIM, S. 186; LEMPEN/VOLODER, S. 88; STEINER/BRETSCHER, S. 7.

²²⁸ KLEIBOLD, S. 363.

²²⁹ Siehe dazu oben, Rz. 47.

²³⁰ Art. 13 Lohntransparenzrichtlinie umschreibt die Bedeutung des sozialen Dialogs und ermächtigt die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Richtlinie die Sozialpartner einzubeziehen, in die gleiche Richtung zielen auch die Erwägungsgründe 23, 30 45 und 64.

²³¹ Erwägungsgrund 43 der Lohntransparenzrichtlinie.

vatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Unternehmen einzuhalten. Die Pflicht zur Vornahme einer Lohngleichheitsanalyse ist indes nur für Arbeitgebende durchzuführen, die mindestens 100 Arbeitnehmende beschäftigen.²³²

¹²⁵ Die Lohngleichheitsanalyse muss alle vier Jahre wiederholt werden.²³³ Zeigt die Lohngleichheitsanalyse, dass die Lohngleichheit eingehalten ist, so werden die Arbeitgebenden von der Analysepflicht befreit.²³⁴ Weitere Ausnahmen von der Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse sind in Art. 13b GIG festgehalten. Das betrifft zum einen Arbeitgebende, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einer Kontrolle über die Einhaltung der Lohngleichheit unterliegen, m.a.W. die Kontrolle der Lohngleichheit bereits durch die Bestimmungen des Beschaffungsrechts gefordert war und entsprechend umgesetzt wurde.²³⁵ Zum anderen sind Arbeitgebende befreit, die ihrer Pflicht zur Überprüfung ihrer Lohngleichheit bereits im Rahmen eines Antrages auf Gewährung einer Subvention nachgekommen sind.²³⁶ Ebenfalls befreit sind Arbeitgebende, die bei einer Kontrolle im Rahmen des Beschaffungs- oder Subventionsverfahrens durchgeführt und erfolgreich abgeschlossen wurde.²³⁷

¹²⁶ In der EU werden Unternehmen mit mindestens 100 Arbeitnehmenden in die Pflicht genommen, eine Analyse alle drei Jahre durchzuführen. Betriebe mit 250 Beschäftigten und mehr trifft die Pflicht alle Jahre, solche mit zwischen 101 und 249 Arbeitnehmenden alle zwei Jahre.²³⁸

3.4 Informationspflicht über die Ergebnisse der Lohngleichheitsanalyse

¹²⁷ Art. 13g GIG verlangt von Arbeitgebenden, dass diese die Arbeitnehmenden bis spätestens ein Jahr nach Abschluss der Überprüfung über das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse informieren müssen. Börsennotierte Gesellschaften müssen überdies das Ergebnis im Anhang zur Jahresrechnung den Aktionären bekanntgeben.

¹²⁸ Weitaus umfassender sind die Informationspflichten im EU-Recht geregelt. Die Arbeitgebenden müssen zum einen umfassende Informationen zum geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle an die zuständige Überwachungsstelle richten (Art. 9 Abs. 1 lit. a bis g in Verbindung mit Art. 9 Abs. 7 und Art. 29 Lohntransparenzrichtlinie) und zum anderen die Arbeitnehmenden über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmenden bei Gruppen von Arbeitnehmenden informieren.

²³² Art. 13a Abs. 1 GIG.

²³³ Art. 13a Abs. 2 GIG.

²³⁴ Art. 13a Abs. 3 GIG.

²³⁵ Art. 13b lit. a GIG.

²³⁶ Art. 13b lit. b GIG.

²³⁷ Art. 13b lit. c GIG.

²³⁸ Siehe oben, Rz. 48 f.

4. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung

¹²⁹ Ein umfassender Vergleich der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten nach GIG mit denjenigen, die in der Lohntransparenzrichtlinie vorgesehen sind, würden den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf Instrumente in der Lohntransparenzrichtlinie, die im GIG nicht oder nicht im gleichen Ausmass vorhanden sind. Das betrifft vor allem die Sanktionsmöglichkeiten bei Nichteinhaltung der Vorschriften zur Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. In der Schweiz sind solche nicht vorgesehen. In rechtsvergleichender Hinsicht eine nähere Analyse verdienen auch die Ausgestaltung des Verbandsklagerechts, Beweisfragen sowie Aufgaben und Rolle der Gleichbehandlungsstellen.

4.1 (Keine) Sanktionen bei Verletzung der Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse

- ¹³⁰ Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bewusst gegen Sanktionen als Reaktion auf die Verletzung von Vorschriften zur Lohngleichheitsanalyse entschieden.²³⁹
- ¹³¹ Anders die Rechtslage gemäss EU-Lohntransparenzrichtlinie. Art. 23 Lohntransparenzrichtlinie verlangt wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen, die bei Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zu verhängen sind. Dazu gehören auch Geldbussen.
- ¹³² Die von den Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht zu verankernden Sanktionen müssen bei der Verletzung aller Pflichten zur Anwendung kommen, die in der Lohntransparenzrichtlinie vorgesehen sind. Das betrifft somit auch die Vorschriften zur Entgeltberichterstattung.
- ¹³³ Eine Kompatibilität der schweizerischen Rechtslage mit derjenigen in der EU würde erfordern, dass im GIG Sanktionen bei Verletzung der Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse verankert würden. Solche Sanktionen könnten sich am Vorbild der Verwaltungssanktionen bei Verletzung der Vorschriften des Entsendegesetzes (EntsG²⁴⁰) richten. Das EntsG sieht Melde- und Dokumentationspflichten vor, die der Durchsetzung des Anspruchs auf gleiche Lohn- und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmenden dienen. Die Verletzung dieser Pflicht wird mit Verwaltungsbusse sanktioniert.²⁴¹

4.2 Verbandsklagerecht

- ¹³⁴ In Art. 7 GIG ist ein Verbandsklagerecht vorgesehen, dass jedoch auf Feststellung einer Verletzung des GIG beschränkt ist. In der Rechtspraxis spielt das GIG-Verbandsklagerecht keine

²³⁹ Zu den Motiven siehe oben, Rz. 109 und SUTTER, N 11-12 zu Art. 13a GIG.

²⁴⁰ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 8. Oktober 1999, SR 823.20.

²⁴¹ Siehe zum Ganzen: PÄRLI, EntsG, Art. 9, insbesondere N 1 (Ohne Sanktionen wären die Vorschriften des EntsG wirkungslos).

grosse Rolle.²⁴²

- ¹³⁵ Die EU-Lohntransparenzrichtlinie geht diesbezüglich weiter. In Art. 15 ist vorgesehen, dass sich «Verbände, Organisationen, Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertreter oder andere juristische Personen, die gemäss den im nationalen Recht festgelegten Kriterien ein berechtigtes Interesse an der Gewährleistung der Gleichstellung von Männern und Frauen haben, sich an Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren betreffend eine mutmassliche Verletzung der Rechte oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts beteiligen können.» Weiter haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass mit Zustimmung der Arbeitnehmenden, die mutmasslich Opfer einer Verletzung von Rechten oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts sind, die genannten Institutionen im Namen oder zur Unterstützung dieser Person handeln können. Die im Kommissionsentwurf zur Richtlinie noch vorgesehene Möglichkeit von Sammelklagen, fand keinen Eingang in die Endversion der Richtlinie.²⁴³
- ¹³⁶ Eine Erweiterung der Klagerechte von Verbänden liegt im Interesse der Verwirklichung der Lohngleichheit. De lege ferenda sollte die Verbandsklage nicht auf die Feststellung einer Verletzung des Gleichstellungsgesetzes beschränkt sein.²⁴⁴ Die entsprechenden Anpassungen im GIG und in der Zivilprozessordnung (ZPO²⁴⁵) bedürfen einer vertieften Analyse, die auch die laufende Debatte um die Erweiterung des kollektiven Rechtsschutzes miteinbeziehen müsste.²⁴⁶

4.3 Beweisfragen

4.3.1 Beweislast erleichterung

- ¹³⁷ Art. 6 GIG sieht eine Beweislast erleichterung in Fällen der Lohndiskriminierung vor. In der praktischen Umsetzung stellen sich indes nach wie vor zahlreiche Schwierigkeiten, unter anderem, weil die Gerichte den Begriff der Glaubhaftmachung sehr streng beurteilen.²⁴⁷
- ¹³⁸ Die EU-Lohntransparenzrichtlinie enthält bezüglich Beweisfragen einige Bestimmungen, die für die Schweiz von Interesse sind. Art. 18 Abs. 2 Lohntransparenzrichtlinie sieht vor, dass die Verletzung der Transparenz- und Berichterstattungspflichten zu einer Verlagerung der Beweislast im Lohngleichheitsprozess führt. Offensichtlich unbeabsichtigte und geringfügige Verletzung der Vorschriften sollen indes nicht zur Beweislastverlagerung führen.
- ¹³⁹ Eine entsprechende Anpassung von Art. 6 GIG ist prüfenswert. Es wäre ein klares Signal, dass

²⁴² SUTTER, N 28 zu Art. 7 GIG; LEMPEN/VOLODER, S. 31.

²⁴³ Siehe dazu oben, Rz. 50.

²⁴⁴ Siehe auch LEMPEN/VOLODER, S. 34.

²⁴⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

²⁴⁶ Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048.

²⁴⁷ LEMPEN/VOLODER, S. S. 32.

die Verletzung der Pflichten zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse sich für Arbeitgebende auch negativ auf die Chancen im Lohngleichheitsprozess auswirken würde.

4.3.2 Nachweis gleicher oder gleichwertiger Arbeit

¹⁴⁰ Insbesondere bei Arbeitgebenden in Konzernstrukturen kann eine Lohngleichheitsklage daran scheitern, dass die Vergleichspersonen rechtlich einem anderen Arbeitgeber zugeordnet werden. Art. 19 Abs. 1 der Lohntransparenzrichtlinie sieht deshalb vor, dass in solchen Fällen die Bewertung, ob sich die Arbeitnehmenden in einer vergleichbaren Situation befinden, nicht auf Situationen beschränkt sein soll, in denen Arbeitnehmende für dieselben Arbeitgebenden arbeiten. Abzustützen sei vielmehr auf eine einheitliche Quelle, die die Entgeltbedingungen festlege. Eine einheitliche Quelle bestehe, wenn diese alle für den Vergleich zwischen Arbeitnehmern relevanten Elemente des Entgelts festlege. Diese Bestimmung kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH, der bereits im Jahre 2002 in der Rechtssache *Lawrence* entsprechend entschieden hatte.²⁴⁸

¹⁴¹ Im GIG ist diese Frage nicht ausdrücklich geregelt. Eine Klarstellung im gleichen Sinne wie in Art. 19 Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie wäre der Rechtsicherheit förderlich.²⁴⁹

4.4 Aufgabe und Rolle der Gleichbehandlungsstellen

¹⁴² Art. 29 Lohntransparenzrichtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, die konsequente und koordinierte Überwachung und Unterstützung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts und der Durchsetzung aller verfügbaren Rechtsmittel sicherzustellen. Diese Aufgaben können auch den bestehenden Gleichbehandlungsstellen übertragen werden.

¹⁴³ Im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Vorschriften der Lohntransparenzrichtlinie haben die Gleichbehandlungsstellen zahlreiche Aufgaben und Rechte.²⁵⁰ Das betrifft namentlich:

- das Recht, von Arbeitgebenden zusätzliche Klarstellungen und Einzelheiten im Zusammenhang mit der Berichterstattung über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle zu verlangen (Art. 9 Abs. 10 Lohntransparenzrichtlinie)
- die Beteiligung an Verwaltungs- und Gerichtsverfahren betreffend Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Entgeltgleichheit (Art. 15 Lohntransparenzrichtlinie)
- die allgemeine Zuständigkeit für die Durchsetzung der Lohntransparenzvorschriften (Art. 28

²⁴⁸ EuGH, Urteil vom 17.09. 2002, Rs. C-320/00, EU:C:2002:498 (*Lawrence u. a.*, C-320/00), Rn. 17 und 18; EuGH, Urteil vom 13. 01. 2004, Rs. C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*), Rn. 46; EuGH, vom 03.03.2021, Rs C-624/19, ECLI:EU:C:2021:429 (*Tesco-Stores*), Rn 36.

²⁴⁹ Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 145 E. 3.1.2 festgehalten, dass der Lohngleichheitsanspruch nur gegenüber dem eigenen Arbeitgeber geltend gemacht werden könne. Das ist richtig, daraus lässt sich jedoch gerade nicht ableiten, dass es Fälle gibt, in denen auf einen faktischen Arbeitgeber zurückgegriffen werden müsste, um eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit festzustellen.

²⁵⁰ Die Bedeutung der Gleichbehandlungsstellen kommt auch in den Erwägungsgründen 47 und 49 zum Ausdruck.

Abs. 1 Lohntransparenzrichtlinie), dazu gehören u.a. die Sammlung und unverzügliche Veröffentlichung von Daten der Entgeltberichterstattung der Arbeitgebenden sowie der Berichte über die gemeinsame Entgeltbewertung (Art. 28 Abs. 3 lit. c und d Lohntransparenzrichtlinie)

¹⁴⁴ Die Aufgaben des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) sind in Art. 16 GIG verankert. Art. 16 Abs. 1 GIG hält in allgemeiner Form fest, das EBG habe die Gleichstellung der Geschlechter in allen Lebensbereichen zu fördern und sich für die Beseitigung jeder Form direkter und indirekter Diskriminierung einzusetzen. In Art. 16 Abs. 2 findet sich eine nicht abschliessende Liste an Aufgaben, die der Umsetzung der Ziele nach Abs. 1 dienen.

¹⁴⁵ Vorausgesetzt, der schweizerische Gesetzgeber ist bereit, Lohntransparenzvorschriften in diesem Sinne einzuführen und auch die Verpflichtungen zur Durchführung von Lohnvergleichsanalysen mit Sanktionen zu ergänzen, würden sinnvollerweise dem EBG auch entsprechende Überwachungskompetenzen übertragen. Die konkrete Ausgestaltung bedürfte einer vertieften Analyse.

IV) Ergebnis

¹⁴⁶ Das Gutachten soll im Ergebnis die folgenden Fragen beantworten:

- Welche Massnahmen sieht die Richtlinie zur Erhöhung der Entgeltgleichheit vor?
- Inwiefern wirkt sich die Richtlinie auf das Schweizer Recht aus?

¹⁴⁷ Die erste Frage wird zusammenfassend wie folgt beantwortet:

- Die Lohntransparenzrichtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten und verpflichtet diese zur Einführung zahlreicher gesetzlicher Bestimmungen, die den Grundsatz der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern für gleiche und gleichwertige Arbeit stärken sollen.
- Die Richtlinie verlangt mehr Lohntransparenz. Unternehmen müssen sicherstellen, dass Arbeitnehmende im Bewerbungsverfahren und während des Arbeitsverhältnisses Zugang zu den relevanten Lohninformationen haben. Arbeitnehmende haben einen Auskunftsanspruch über individuelle Einkommen und das Durchschnittseinkommen derjenigen Arbeitnehmenden, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Unternehmen mit über 100 Beschäftigten sind zudem verpflichtet, regelmässig über das geschlechtsspezifische Lohngefälle zu berichten. Die Informationen sollen ein Gesamtbild der geschlechtsspezifischen Unterschiede beim Entgelt in der Organisation vermitteln. Beträgt das Lohngefälle mehr als fünf Prozent und kann das Unternehmen dies nicht mit objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien begründen, müssen mit der Arbeitnehmervertretung eine gemeinsame Entgeltbewertung durchgeführt und Abhilfemassnahmen getroffen werden.
- Die Einhaltung der Vorschriften zur Lohntransparenz muss durch eine Behörde kontrolliert

und mit effektiven Massnahmen einschliesslich Geldstrafen sanktioniert werden. Die Richtlinie sieht überdies einen Anspruch auf Entschädigung vor, wenn Arbeitnehmende durch die Verletzung von Rechten oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zu Schaden gekommen sind. Verbände und Gleichstellungsorganisationen sind zu ermächtigen, im Namen oder zur Unterstützung von Diskriminierungsopfern zu handeln. Verschiedene weitere Massnahmen wie Beweislast erleichterung, vorteilhafte Bestimmungen über das Prozesskostenrisiko für Klagende sowie Schutz für Arbeitnehmende, die sich für Diskriminierungsopfer einsetzen, dienen ebenfalls der Verwirklichung der geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheit.

¹⁴⁸ Die Antwort auf die zweite Frage fällt folgendermassen aus: Die Schweiz ist kein Mitgliedstaat der EU und somit nicht Adressatin der Richtlinie. Auch aus dem FZA ergibt sich keine Pflicht zur Anpassung der schweizerischen Rechtslage. Angesichts des nach wie vor bestehenden beachtlichen Anteils an nicht erklärbaren Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern und im Lichte der Verpflichtungen aus der CEDAW, dem UN-Pakt I und insbesondere der ILO-Konvention Nr. 100 drängt sich eine Verbesserung der Lohntransparenz auf. Aus der vorangehenden Analyse besteht insbesondere in den folgenden Bereichen Änderungsbedarf:

- Im geltenden schweizerischen Arbeitsrecht ist kein Rechtsanspruch auf Information über den Einstiegslohn für die in Frage kommende Stelle und die Bandbreite des Lohnes vorgesehen. Auch ein Anspruch auf Information über die Löhne und Lohnbänder bezüglich vergleichbarer Tätigkeiten im bestehenden Arbeitsverhältnis fehlt. Die Verankerung analoger Regelungen wie in der Lohntransparenzrichtlinie könnte im GIG erfolgen (siehe Art. 5 – 7 Lohntransparenzrichtlinie).
- Die GIG-Regelungen zur Lohnvergleichsanalyse sind mit Kontroll- und Sanktionsbestimmungen zu ergänzen. Die im Entsendegesetz vorgesehenen Sanktionen bei Verstössen gegen Melde- und Dokumentationspflichten könnten dabei als Orientierung für die Verankerung entsprechender Normen im GIG dienen.
- Ebenfalls prüfenswert ist, wieweit die in Art. 10 Lohntransparenzrichtlinie vorgesehene gemeinsame Entgeltbewertung (Arbeitgebende und Arbeitnehmervertretung) sich als zielführend erweisen würde. Ansatzweise ist der Einbezug der Arbeitnehmervertretung in den Prozess der Lohnvergleichsanalyse bereits im heutigen GIG vorgesehen (Art. 13d Abs. 1 lit. b GIG).
- Die bestehende Regelung im GIG zur Verbandsklage ist zu ergänzen. Neu sollten Verbände auch Leistungsklagen erheben dürfen.