



Schweizerische Konferenz der Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz SKS

Marktlohn und konjunkturelle Lage als
Rechtfertigungsgrund für
geschlechtsspezifische Lohnunterschiede
gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG

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



Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen

II. Rechtsprechung

III. Kriterien für die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Marktlohn

IV. Folgerungen

I. Grundlagen

1. Rechtsgrundlagen

- **Art. 8 BV**
- **Art. 3 GIG**

2. Direkte und indirekte Diskriminierung

- **Direkte Diskriminierung ist äusserst selten**
- **Indirekte Diskriminierung ist das Problem**

I. Grundlagen

3. Problemstellung 1

- **Vergleichbarkeit der Arbeit**
 - **Arbeitsplatzanalysen.**
 - **Grundsätzlich nicht Gegenstand dieses Referates**

- **Rechtfertigung unterschiedlichen Lohns**
 - **Welche Kriterien wurden tatsächlich berücksichtigt?**
 - **Welche Kriterien dürfen berücksichtigt werden?**
 - **Welche Kriterien sind diskriminierend?**

I. Grundlagen

3. Problemstellung 2

- **Was einen höheren Lohn rechtfertigt, ist immer eine gesellschaftliche Konvention**
 - **Zulässig sind hier alle Kriterien, die statistisch nicht zu einer Bevorzugung eines Geschlechts führen.**
 - **Problematisch sind alle Kriterien, welche statistisch ein Geschlecht bevorzugen!**

I. Grundlagen

3. Problemstellung 3

- **Einziges wirtschaftlich objektives Kriterium wäre die höhere Effizienz des Arbeitnehmers am konkreten Arbeitsplatz. Das wird aber meistens nur beschränkt berücksichtigt.**
- **Und der Arbeitsmarkt!**

3. Problemstellung 4

➤ Markt kann auf zwei Arten zu unterschiedlichen Löhnen führen:

➤ Zeitliche Unterschiede

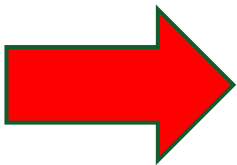
- Die Einstellung erfolgte zu unterschiedlichen Zeiten
- Unterschiedliche Marktlagen
- Direkte Diskriminierung?

➤ Zeitlich gleichzeitige Unterschiede

- Zwei vergleichbare Berufe befinden sich in unterschiedlichem Arbeitsmarktumfeld

➤ **Ist der Markt diskriminierend?**

➤ **Darf sich Arbeitgeberin Markt fügen?**



II. Rechtsprechung

I. Unterschiedlicher Anstellungszeitpunkt/Anstellungssituation

- Arbeitgeberin muss unterschiedliche Marktsituation beweisen.
 - Ersatzschauspielerin darf wie ersetzte Hilfskraft bezahlt werden, weil kurzfristig nötig und **Budgetrahmen** einzuhalten ist (113 Ia 107 Schauspielerin).
- Arbeitgeberin muss innert nützlicher Frist Unterschied ausgleichen (BGE 125 III 368; Journalistin).

II. Rechtsprechung

II. Unterschiedlicher Arbeitsmarkt für verschiedene Berufe 1

- Arbeitgeberin muss unterschiedliche Marktsituation beweisen.
- **Budgetüberlegungen** sind keine Begründung für Unterschiede (125 I 71; Krankenschwestern).
- Nicht unproblematisch, weil damit Unternehmen, das gewisse Tätigkeiten auslagert, Konkurrenzvorteil hat.
- Situation Privatwirtschaft/Staat ist da wohl etwas unterschiedlich.

II. Rechtsprechung

II. Unterschiedlicher Arbeitsmarkt für verschiedene Berufe 2

- **Kanton darf aber Lohnsystem auf grösseren Markt ausrichten und dort bezahlte Gehälter**
- **soweit damit nicht typischer Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahlt wird** (125 I 71 E. 4d aa; 131 II 393).
- **Lohndruck darf aber in gewissem Umfang berücksichtigt werden** (Verwaltungsgericht Bern, Nr. 19952U; 2000 Krankenschwestern/Polizisten).

II. Rechtsprechung

II. Unterschiedlicher Arbeitsmarkt für verschiedene Berufe 3

Damit ist man wieder gleichweit:

- **Markt ist nicht zu berücksichtigen, wenn er diskriminiert.**
- **Er darf folglich nur berücksichtigt werden, wenn er nicht diskriminiert.**
Dann liegt aber keine Diskriminierung vor, die es zu beseitigen gäbe!

II. Rechtsprechung

II. Unterschiedlicher Arbeitsmarkt für verschiedene Berufe 4

- **Kanton darf Gesamtkosten einer bestimmten Aufgabe berücksichtigen** (BGE 126 II 217; Psychiatrieberufs-/Berufsschullehrer)!
- M.E. nicht nachvollziehbar, dass bessere Stellung der Schüler, Schlechterstellung der Lehrpersonen rechtfertigen kann.
- **Marktsituation bezüglich Alternativanstellungen darf berücksichtigt werden** (BGE 126 II 217).
- M.E. richtig! Müsste dann aber auch für andere Berufe gelten (131 II 393)! Kt. Differenziert bei Berufslehrern aber nicht!

II. Rechtsprechung

II. Unterschiedlicher Arbeitsmarkt für verschiedene Berufe 5

- **Zulässig zu Berücksichtigen:**
 - **starke individuelle Verhandlungsposition bei Lohnfestlegung**
 - **konjunkturelle Situation.**
- **Soweit dies Arbeitsleistung sowie deren Vergütung erheblich beeinflussen,**
- **Verhältnismässigkeit gegeben.**
- **Im Interesse des Unternehmens** (BGer 4A_261/2011, E. 3.2.).
- **Wenn Marktberücksichtigt wird, muss das aber richtig und im ganzen Lohnsystem geschehen** (vgl. Verwager. AG, WBE.2013.151 E.7)

III. Kriterien für Berücksichtigung von Marktlohn

1. Unterschiedlicher Anstellungszeitpunkt

- **Berücksichtigung ist Zulässig**
- **Unterschiede im Markt muss AG beweisen**
- **Zeitnahe Anpassung ist notwendig.**

III. Kriterien für Berücksichtigung von Marktlohn

2. Unterschiedliche Tätigkeiten:

- **Berücksichtigung ist nur zulässig wenn Markt selber nicht diskriminierend.**
 - **Aber es sind nur Berufe im gleichen Unternehmen zu vergleichen. Gibt es nur einen Beruf im Unternehmen, kann ein (diskriminierender) Marktlohn bezahlt werden!**
- **Unterschiede im Markt muss AG beweisen.**
- **Markt muss richtig definiert werden.**
- **Marktdifferenz muss sich auch in irgend einer Weise in der Arbeit auswirken!**

IV. Folgerung

- **Rechtsprechung ist wenig kohärent.**
- **Es sollte zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand unterschieden werden.**
- **In Privatwirtschaft sollte mit Blick auf Konkurrenz Markt berücksichtigt werden.**
- **Bei der öffentlichen Hand nur, wenn Markt selber nicht diskriminierend.**
- **Aber: immer Entscheidend, dass**
 - **Marktkriterium richtig und**
 - **Über ganzes Lohnsystem angewendet wird.**