



Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Head Practice Group Staats- und
Verwaltungsrecht
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch



Patrice Martin Zumsteg
Dr. iur., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
patrice.zumsteg@bratschi.ch

Kontrolle der Gleichbehandlung von Frau und Mann nach dem revidierten Gleichstellungsgesetz

Neben der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts im eigentlichen Sinn ist seit dem 1. Juli 2020 auch das teilrevidierte Gleichstellungsgesetz in Kraft. Weil mit dieser Revision die Lohngleichheit in den Blick genommen wurde, ist sie auch für das Beschaffungsrecht von Relevanz. Aus sämtlichen neuen Bestimmungen ergibt sich, dass Wahlfreiheit betreffend den Nachweis der Lohngleichheit besteht, solange die entsprechende Analyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchgeführt wird.

1. Verfassungsrechtliche Einordnung

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verlangt die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in der sozialen Wirklichkeit, wozu selbstredend auch die Arbeitswelt gehört. Das in Satz 3 besonders verankerte Lohngleichheitsgebot begründet ein unmittelbar anwendbares, justiziables Individualrecht, das auch gegenüber den privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern gilt. Schon aus dem Verfassungstext geht hervor, dass die Realisierung dieses juristischen Gebots in der Wirklichkeit auf Schwierigkeiten stösst. Der Gleichbehandlungsanspruch richtet sich nämlich auf «gleichwertige» Arbeit. Diese Wendung wurde gewählt, um dem Problem der «typischen Frauenberufe» zu begegnen, in welchen es zu indirekten Diskriminierungen kommen kann. Eine tatsächliche Gleichstellung hat auch Phänomene wie Teilzeitarbeit, unterschiedliche Ausbildungswege und nebenberufliche Erfahrungen etc. zu berücksichtigen, weshalb die Lohngleichheitsanalyse heute wissenschaftlich recht komplex ist.

Gestützt unter anderem auf diesen Verfassungsartikel hat der Gesetzgeber das Gleichstellungsgesetz (GIG) erlassen. Dieses wiederum etabliert in Art. 16 Abs. 1 GIG das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG). Das EBG hat insbesondere den Auftrag die Öffentlichkeit zu informieren, Untersuchungen durchzuführen und Behörden wie Privaten geeignete Massnahmen zu empfehlen (vgl. Art. 16 Abs. 2 GIG). Eine Form, mit welcher das EBG sein Wissen zur Verfügung stellt, ist das Standard-Analyse-Tool des Bundes für Lohngleichheitsanalysen (Logib). Seit dem 1. Juli 2020 steht Logib als Webtool zur Verfügung und ist für die Nutzerinnen und Nutzer kostenlos.

2. Zusammenhang mit dem Beschaffungsrecht

Wie erwähnt, richtet sich das Lohnleichheitsgebot auch an private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber. Die staatliche Beschaffung von Waren und Dienstleistungen eröffnet eine Möglichkeit, wie der Staat darauf hinwirken kann, dass die Ziele von Art. 8 Abs. 3 BV und des GIG auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen tatsächlich verwirklicht werden. Schon unter dem geltenden Beschaffungsrecht sieht Art. 8 Abs. 1 lit. C BÖB entsprechend vor, dass die öffentliche Hand nur Anbieterinnen oder Anbieter berücksichtigt, welche für ihre Mitarbeitenden, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohnleichheit gewährleisten. Art. 6 Abs. 4 VÖB sieht vor, dass dies durch die Auftraggeberin kontrolliert werden oder sie diese Aufgabe insbesondere dem EGB übertragen kann.

Im neuen Beschaffungsrecht erfahren die Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden eine Aufwertung. Ein ganzer Artikel – Art. 12 nBÖB – widmet sich diesen. Art. 12 Abs. 1 nBÖB bestätigt den Grundsatz, wonach eine Vergabe nur an Unternehmen möglich ist, die sich an das Lohnleichheitsgebot halten. Diese Verpflichtung gilt auch für Subunternehmerinnen (Art. 12 Abs. 4 nBÖB). Neu ist die Möglichkeit die Einhaltung der Schutzbestimmungen zu kontrollieren respektive die Möglichkeit der Übertragung der Kontrollaufgabe an Dritte bereits im Gesetz vorgesehen (Art. 12 Abs. 5 nBÖB). Die Verordnung präzisiert nur noch, dass mit den entsprechenden Kontrollen insbesondere das EBG beauftragt werden kann (Art. 4 Abs. 1 nVÖB). Gleich wie unter dem bisherigen Recht handelt es sich durchwegs um Kann-Bestimmungen. Dies ist mit Blick auf das GIG richtig, denn dort wird dem EBG nirgends als einziger Stelle die Zuständigkeit für Lohnleichheitsanalysen übertragen. Dies ist auch nach der Teil-Revision des GIG zu Recht nicht der Fall, würde dies doch zu einer Monopolisierung führen.

Anzumerken bleibt, dass die Aufwertung des Schutzes der Arbeitnehmenden vom neuen und umfassenderen Gesetzeszweck gedeckt ist. Das Beschaffungsrecht will die öffentlichen Mittel ja auch sozial nachhaltig einsetzen (vgl. Art. 2 lit. A nBÖB).

3. Das revidierte Gleichstellungsgesetz

Eingefügt wurde mit der seit Kurzem in Kraft stehenden Teilrevision der Abschnitt 4a. mit dem Titel «Lohnleichheitsanalyse und Überprüfung». Die hauptsächliche Folge der Revision ist, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ab 100 Mitarbeitenden neu dazu verpflichtet sind, eine Lohnleichheitsanalyse durchzuführen (vgl. Art. 13a GIG). Ebenfalls seit 1. Juli 2020 in Kraft ist die Verordnung über die Überprüfung der Lohnleichheitsanalyse (im Folgenden: Verordnung Lohnleichheitsanalyse). Diese wiederum wird mit einem zusätzlichen erläuternden Bericht erschlossen.

3.1 Methode der Lohnleichheitsanalyse

In erfreulich kurzer Form hält Art. 13c GIG fest, dass die Lohnleichheitsanalyse «nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen» ist (Abs. 1). «Der Bund stellt allen

Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Standard-Analyse-Tool zur Verfügung» (Abs. 2). Wissenschaftlich und rechtskonform meint, dass die Analysemethode durch das Bundesgericht anerkannt ist oder ein anderweitiger Nachweis vorliegt sowie dass sie Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG wahrt. So setzt Logib die statistische Regressionsanalyse ein, welche durch das Bundesgericht mit BGE 130 III 145 zugelassen wurde.

Daneben bestehen aber auch andere wissenschaftliche und rechtskonforme Analysemethoden. So hat das Bundesgericht bereits mit BGE 125 II 385 die Arbeitsbewertungsmethode zugelassen. In einem jüngeren Urteil hat das Bundesgericht erneut auf die analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch (ABAKABA) abgestellt (BGE 143 II 366), welche in der Praxis häufig zur Anwendung kommt.

3.2 Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse

Dass die Lohngleichheitsanalyse den genannten Anforderungen tatsächlich entspricht, müssen die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber überprüfen lassen. Sie können dafür gestützt auf Art. 13d Abs. 1 GIG wählen zwischen einem Revisionsunternehmen, einer Organisation nach Art. 7 GIG oder der Arbeitnehmervertretung im Sinne des Mitwirkungsgesetzes. In seinem Wortlaut umfasst Art. 7 GIG seit mindestens zwei Jahren bestehende Frauenorganisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern, und Gewerkschaften, welche die Interessen der Arbeitnehmenden wahren. Allerdings steht dies im Zusammenhang mit der Legitimation von Organisationen zu Beschwerden nach dem GIG. Für die Lohngleichheitsanalyse besteht darüber hinaus konkretisierendes Recht.

Art. 7 Abs. 3 Verordnung Lohngleichheitsanalyse schreibt vor, was der Nachweis über die Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität alles enthalten muss: eine vollständige und transparente Dokumentation der Methode sowie eine Validierung ihrer wissenschaftlichen Qualität und Rechtskonformität (Konformitätserklärung). Die beauftragte Organisation muss zudem unabhängig sein. Aus Letzterem ist abzuleiten, dass neben den in Art. 7 GIG explizit genannten auch weitere unabhängige Stellen die Konformität der Lohngleichheitsanalyse feststellen können. Dies gilt etwa für Hochschulen, Forschungseinrichtungen und – betreffend die Rechtskonformität – auch für unabhängige Anwaltskanzleien. Wurde Logib als Methode verwendet, «stellt das EBG eine Konformitätserklärung zur Verfügung» (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 Verordnung Lohngleichheitsanalyse). Die Konformitätserklärung gehört zu den Unterlagen, welche die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dem mit der Überprüfung beauftragten Revisionsunternehmen übergeben müssen. Diese wiederum haben mit einer begrenzten Urteilssicherheit zu bestätigen («negative assurance»), dass keine Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen wäre, dass die Lohngleichheitsanalyse nicht den Anforderungen entspricht bzw. diese in formeller Hinsicht nicht korrekt durchgeführt worden wäre (vgl. Art. 7 Abs. 1 und 2 Verordnung Lohngleichheitsanalyse). Revisionsunternehmen haben überdies die Art. 2 ff. Verordnung Lohngleichheitsanalyse zu beachten.

4. Fazit

Aus den anwendbaren Normen und den entsprechenden Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, Logib als ausschliesslich zulässige Methode zu etablieren. Vielmehr ist es Privaten überlassen, mit welcher Analysemethode sie die Lohngleichheit überprüfen wollen, solange diese wissenschaftlich und rechtskonform ist. Ebenso steht es ihnen frei, eine der in Art. 13d Abs. 1 GIG genannte Organisation mit der Überprüfung zu betrauen, ob die Wissenschaftlichkeit und Rechtmässigkeit der Lohngleichheitsanalyse gegeben ist. Diese Organisationen wiederum müssen unabhängig im Sinne der Verordnung Lohngleichheitsanalyse sein.

Nichts Anderes ergibt sich, wenn die Art. 12 nBöB und Art. 4 Abs. 1 nVöB herangezogen werden. Die Möglichkeit, zur beschaffungsrechtlichen Kontrolle des Lohngleichheitsgebots das EGB zu beauftragen, ist eine Kann-Vorschrift. Mit anderen Worten ist es für die Anbieterinnen und Anbieter auch möglich die Kontrolle durch eine andere Organisation und nicht mit dem Standard-Analysemodell des Bundes durchführen zu lassen. Dieser Schluss ist folgerichtig, wenn man bedenkt, wie komplex eine Lohngleichheitsanalyse ist.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
bern@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch