

*Urteil***Gleicher Lohn für gleiche Arbeit**

Vermutet ein Arbeitnehmer eine Lohndiskriminierung, muss er diese nur wahrscheinlich erscheinen lassen. Es liegt am Arbeitgeber, zu beweisen, dass der Unterschied zwischen den Löhnen verschiedener Mitarbeitender auf objektiven Faktoren beruht. Eine zusätzliche Ferienwoche kann als geldwerte Leistung dazugerechnet werden.

Sachverhalt

Ab 1. Februar 2005 wurde A. von Y. als Geschäftsführerin eines vor Kurzem in P. eröffneten Möbelladens angestellt. Der Monatslohn wurde auf 4500 Franken (12x pro Jahr) festgesetzt; A. sollte zudem auf 3 Prozent des über 540 000 Franken im Jahr hinausgehenden Umsatzes Anspruch haben. Die Dauer der jährlichen Ferien wurde auf fünf Wochen festgesetzt.

Am 28. August 2007 kündigte Y. den Arbeitsvertrag mit Wirkung auf den 30. November mit der Begründung, dass der Betrieb des Ladens defizitär sei und in nächster Zeit eingestellt werde.

Das Hauptgeschäft von Y. befand sich in L., wo er ebenfalls einen Möbelladen führte. W. war dort in Teilzeit angestellt.

Am 24. Juli 2008 erhob A. gegen Y. Klage, unter anderem, weil sie nicht einen Lohn erhalten habe, welcher der Garantie der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau entspreche.

Aus den Erwägungen

5. A. verlangt die Zahlung von 6585 Franken aufgrund des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG), wonach es verboten ist, Arbeitnehmer wegen ihres Geschlechts direkt oder indirekt zu diskriminieren (Art. 3 Abs. 1 GIG). Dieses Verbot gilt namentlich bei Arbeitsverhältnissen, die dem Obligationenrecht unterstellt sind, (Art. 2 GIG) und es betrifft unter anderem den Lohn der Arbeitnehmer (Art. 3 Abs. 2 GIG). Wer eine Diskriminierung beim Lohn erlitten hat, ist berechtigt, die Zahlung des geschuldeten Lohns vor Gericht einzuklagen (Art. 5 Abs. 1, lit. d GIG), das heisst, des Unterschieds zwischen dem tatsächlich vereinbarten Lohn und dem, den der Arbeitgeber ohne Diskriminierung gewährt hätte.

5.1 Die Diskriminierung wird angenommen, wenn der Arbeitnehmer, der sie geltend macht, sie wahrscheinlich erscheinen lässt (Art. 6 GIG). Gegenüber der ordentlichen Verteilung der Beweislast im eidgenössischen Zivilrecht (Art. 8 ZGB) erleichtert diese Bestimmung den Beweis einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in dem Sinne, als es genügt, dass die klagende Partei das Vorliegen einer solchen Diskriminierung wahrscheinlich erscheinen lässt. Der Beweis im Grad der blossen Wahrscheinlichkeit verlangt nicht, dass der Richter von den Elementen, welche die klagende Partei vorlegt, überzeugt sein muss; der behauptete Sachverhalt muss angesichts objektiver Indizien bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit aufweisen. Beispielsweise wurde dem Vorliegen einer Lohndiskriminierung im Falle einer Arbeitnehmerin stattgegeben, deren Lohn im Vergleich zu dem eines Kollegen, der dieselbe Arbeit leistete, um 15 bis 25 Prozent geringer war. Im vorliegenden Fall genügt der Vergleich des Lohns von A. mit dem Lohn eines einzigen Kollegen, der dieselbe Arbeit leistet, um die Diskriminierung als wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

Ist die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wahrscheinlich gemacht worden, kehrt sich die Beweislast um; es ist nun Sache des Arbeitgebers, das Nichtvorliegen der Diskriminierung nachzuweisen, indem er den strengen Beweis erbringt, dass der Unterschied bei der Behandlung auf objektiven Faktoren beruht.

Als objektive Faktoren gelten solche, die den Wert der Arbeit an sich beeinflussen können, wie die Ausbildung, das Dienstalter, die Qualifikation, die Erfahrung, der konkrete Tätigkeitsbereich, die erbrachten Leistungen, die



eingegangenen Risiken oder das Pflichtenheft. Lohnunterschiede können auch mit Gründen gerechtfertigt werden, die nicht unmittelbar mit der betreffenden Tätigkeit, sondern mit sozialen Erwägungen zu tun haben wie Familienpflichten oder Alter.

Objektive Faktoren rechtfertigen einen Lohnunterschied gewöhnlich nur, soweit sie die Arbeitsleistung und ihre Entlohnung durch den Arbeitgeber beeinflussen. Damit ein Unterschied in der Behandlung gerechtfertigt ist, reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber irgendeinen Grund anführt. Er hat vielmehr zu beweisen, dass der Unterschied ein objektives Ziel verfolgt, das einem echten Bedürfnis des Unternehmens entspricht und dass die angewendeten diskriminierenden Massnahmen geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen, dies unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Insbesondere muss – sofern die beklagte Partei einen objektiven Faktor nachweisen kann, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt – der Umfang dieser Differenz auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und darf nicht ungerecht erscheinen. So hat das Bundesgericht geurteilt, dass ein Lohnunterschied von 8 bis 9 Prozent bei zwei Logopädinnen den Grundsatz der Lohngleichheit nicht verletzte, da er mit einer unterschiedlichen Vorbildung begründet wurde (Matura/Lehrerinnen-diplom).



Illustration: Christine Barf

5.2 Der Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau beruht auf dem Begriff der gleichwertigen Arbeit. In Sachen Lohngleichheit schreibt das Gesetz ungeachtet des Streitwerts dem Richter vor, den gesamten Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Wenn innerhalb eines Unternehmens die Gleichwertigkeit der verschiedenen Aufgaben nicht unmittelbar erkennbar ist oder nicht durch andere Beweismittel festgestellt wurde, hat der Richter die notwendigen Gutachten anzuordnen. Die Experten haben dann zu beurteilen, ob diese Aufgaben untereinander vergleichbar sind, und die Kriterien zu bestimmen, die geeignet sind, einen Diskriminierungsfall aufzuzeigen. Eine Weigerung, das von einer Partei verlangte Gutachten anzuordnen, stellt einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 2 GIG, oder, ab 1. Januar 2011, von Art. 247 Abs. 2, lit. a ZPO dar, sofern das Gutachten nicht von vornherein überflüssig erscheint, beispielsweise weil der Richter selbst über die erforderlichen wissenschaftlichen Kenntnisse verfügt, um eine etwaige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts festzustellen.

Ein Gutachten kann entweder von der klagenden Partei verlangt werden, um die Diskriminierung wahrscheinlich erscheinen zu lassen, oder von der beklagten Partei, um den ihr obliegenden gegenteiligen Beweis zu erbringen.

A. wirft den Behörden vor, kein Gutachten angeordnet zu haben, um ihre

Aufgaben im Dienste von Y. mit denen von W. zu vergleichen.

6. Der angefochtene Entscheid enthält nicht einmal eine Kurzbeschreibung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten, die W. beziehungsweise A. im Unternehmen konkret versehen. Insbesondere wurde nicht festgestellt, dass die beiden mit derselben Arbeit betraut waren. Der Kassationshof vergleicht nur die beiden Löhne; nach einigen Berechnungen gelangt er zu einer Differenz von 460 Franken pro Monat zugunsten von W., was «weniger als 10 Prozent» entspricht. Er ist der Ansicht, dass dieser Unterschied durch «die unterschiedliche Situation» zwischen den beiden Läden von Y. zu erklären ist, nämlich dem Hauptgeschäft in L., das geblieben ist, und dem zweiten Laden in P., der sich als defizitär erwiesen hat. Auf jeden Fall ist dieser Unterschied nach Auffassung des Gerichts «bescheiden» und gehört zum «Verhandlungsspielraum, den man den Parteien eines Arbeitsvertrages zuerkennen muss». Das Gericht stellt auch einige Vermutungen über die Gründe an, die Y. dazu bewogen haben könnten, die Umsatzbeteiligung der betreffenden Läden in den beiden Verträgen auf unterschiedliche Weise zu regeln. Abschliessend wird eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für nicht wahrscheinlich gehalten, sodass ein Gutachten «jeder Grundlage entbehren dürfte».

Bei seinen Berechnungen hat das Gericht berücksichtigt, dass A. einen längeren Ferienanspruch hatte als W. Im Gegensatz zur Meinung, die zur Stützung des zivilrechtlichen Rekurses angeführt wurde, ist diese Korrektur rechnerisch gerechtfertigt, denn eine zusätzliche Ferienwoche stellt einen wirklichen Geldwert dar. Auch wenn einzuräumen ist, dass diese zusätzliche Woche derselben Meinung zufolge mit dem Alter und den besonderen Verantwortlichkeiten von A. begründet wird, kann dies in diesem Stadium der Untersuchung keine Rolle spielen.

Bei der «unterschiedlichen Situation» zwischen den beiden Läden sieht das Gericht einen Faktor, der einen Lohnunterschied rechtfertigt. Diese Einschätzung ist nicht vereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GIG, denn die Diskriminierung könnte

genau darin bestanden haben, für den Laden mit geringeren Renditeaussichten eine Frau mit weniger hohen Lohnansprüchen einzustellen. Der Lohnunterschied könnte gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitsmarkt in L. deutlich anders wäre als in P., doch die vorigen Behörden haben diesbezüglich nichts festgestellt.

So erlaubt ein einfacher Vergleich der Löhne die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht, solange nicht feststeht, dass alle betroffenen Arbeitnehmer dieselbe Funktion bekleiden. Wenn sich erweisen sollte, dass der intrinsische Wert der Arbeit, die A. übertragen wurde, höher war als der Wert der von W. versehenen Arbeit, wäre ein Lohnunterschied zu seinen Gunsten, auch von «weniger als 10 Prozent», ein objektiver Hinweis auf eine Diskriminierung. Es ist also unerlässlich, die Tätigkeiten und Verantwortlichkeiten der Arbeitnehmer, deren Situation man vergleicht, festzustellen und dann zu beurteilen, ob sie Unterschiede aufweisen. Im vorliegenden Fall wurden dieser Vergleich und diese Bewertung unterlassen, und im Prinzip erfordern sie ein Gutachten. Man kann aber nicht von vornherein ausschliessen, dass das Arbeitsgericht auch ohne den Beizug von Experten in der Lage ist, die Aufgaben zweier Arbeitnehmer eines Möbelgeschäfts selbst zu bewerten; es wird zu entscheiden sein, ob ein Gutachten wirklich unerlässlich ist. Die entscheidenden Fakten im vorliegenden Fall sind nicht gemäss den Art. 12 Abs. 2 GIG und 343 Abs. 4 OR festgestellt worden, sodass der angefochtene Entscheid aufgehoben werden muss.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 28. April 2011 (4A_115/2011) (Übersetzung aus dem Französischen)