

Problem der Taggeldkürzung oder gar des Wegfalls von versicherten Taggeldern, wenn wegen der Geburt eines Kindes nach Ablauf der Schonfrist die Erwerbstätigkeit aufgegeben und ausschliesslich Haus- und Familienarbeit geleistet wird.⁶¹⁰

393 Gegenüber der Beschwerde eines Ehemannes, welcher als IV-Rentner eine volle IV-Rente bezog und dessen Krankentaggelder wegen Überversicherung gekürzt wurden, hielt das EVG in BGE 115 V 122 fest, auch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 Abs. 2 aBV verhindere nicht, bei der Frage nach einer *Überversicherung* gemäss Art. 26 KUVG die *gesamte Invalidenrente* für Ehepaare in Rechnung zu stellen, selbst wenn die Hälfte dieser Rente der Ehefrau ausbezahlt werde. Das entspreche einer langjährigen Praxis.⁶¹¹ Auch die familienrechtliche Konzeption, die für die IV und die AHV massgebend ist, verlangt nach Auffassung des EVG nichts anderes. Zwar sei nach der alten Fassung von Art. 160 Abs. 2 aZGB der Ehemann primär zum Unterhalt seiner Ehefrau verpflichtet, aber die Ehefrau dürfe die ihr ausbezahlte Renten Hälfte nicht dem Zweck einer *sozialversicherungsrechtlichen* Leistung entfremden, sondern müsse sie ebenfalls für den gemeinsamen Lebensunterhalt einsetzen, soweit dies notwendig sei. Dadurch werde der Ehemann von ehelichen Unterhaltspflichten entlastet.⁶¹²

394 Allerdings hielt das EVG auch fest, eine Ehepaar-IV-Rente dürfe, falls sie u.a. Ersatz für die ausfallende Erwerbsmöglichkeit des Ehemannes ist, in die Berechnung wegen *Überversicherung* bei Kumulation mit Ansprüchen auf Krankentaggeld gemäss der *Kürzungsregel* des Art. 26 aKUVG bei gleichzeitigem Bezug von Krankentaggeldern nur insoweit einbezogen werden, als sie die hypothetische *eigene Rente der Frau* übersteige. Der eigene Rentenanspruch der Ehefrau dürfe demnach nicht indirekt, durch Einbezug in die Ermittlung einer allfälligen Überversicherung des Ehemannes, gekürzt werden.

395 Anders verhielt es sich mit der Frage, wie die Hälfte der an die Frau ausbezahlten Ehepaarrente der Invalidenversicherung gegenüber ihrer Überversicherung zu behandeln sei: Auf die Ehepaaralters- oder -invalidenrente hatte allein der Ehemann einen *Rechtsanspruch*; die Auszahlung der Hälfte an die Ehefrau änderte an dieser Rechtslage

610 BGE 105 V 193 = Pra 69 Nr. 131; BGE 110 V 318.

611 BGE 100 V 83; 103 V 90.

612 BGE 115 V 122; zur zweckmässigen Verwendung der Rente siehe Art. 45 AHVG; Art. 76 und 76^{bis} AHVV.

nichts.⁶¹³ Nach der Rechtsprechung war allein der *rechtliche Anspruch* auf Leistungen für die Ermittlung einer Überentschädigung entscheidend. Der der Ehefrau aus faktischen Gründen ausbezahlte Rententeil, auf den sie bis zur 10. AHV-Revision 1997 keinen Rechtsanspruch gehabt hatte, konnte daher – jedenfalls nach altem Recht – bei der Frage der *Überversicherung mit Krankentaggeldern* der Frau nicht mit in die Berechnung ihrer eigenen allfälligen Überversicherung einbezogen werden. Das bedeutete, dass in dieser Konstellation allein aufgrund des Erwerbseinkommens der Ehefrau die Höhe ihres Taggeldanspruchs bestimmt wurde. Die Rentenansprüche des Ehemannes hatten ausser Betracht zu bleiben.

In den Entscheiden BGE 121 V 130 und 121 V 137 ging es um verunfallte erwerbstätige Ehefrauen, von denen die erste als 60-Jährige Teil an der Ehepaaraltersrente ihres Ehemannes hatte. Im zweiten Fall ging es darum, dass die verunfallte Ehefrau neben einer Rente aus der Unfallversicherung eine IV-Rente erhalten sollte, die zur Umwandlung der dem Ehemann bereits ausgerichteten einfachen Altersrente in eine Ehepaaraltersrente führte.⁶¹⁴ In beiden Fällen überschritt die Hälfte des Frauenanteils an der Ehepaarrente das infolge Unfalls verlorene Erwerbseinkommen dieser Frauen erheblich. Der gesetzliche Maximalanspruch von 90% des versicherten Jahresverdienstes gemäss Art. 20 Abs. 2 UVG wurde damit klar überzogen, und das sollte nach Auffassung der Unfallversicherer zum Wegfall des Anspruchs auf eine Komplementärrente der Unfallversicherung führen.

Das EVG befand jedoch, dass die Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 UVG, welcher als Grundlage für die Ermittlung einer Überversicherung gedient hat, ebenso wie auch die allgemeine Kürzungsbestimmung des Art. 40 UVG auf Ehefrauen nicht anwendbar seien, welche selbst noch nicht Alters- oder IV-Rentnerinnen sind, aber an einer AHV/IV-Ehepaarrente teilhaben. Der Sinn dieser Bestimmungen liege wohl auch in der Vermeidung von *Überentschädigungen*.⁶¹⁵ Sie würden grundsätzlich auch beim Zusammentreffen von Unfallversicherungsleistungen mit Renten der AHV und IV gelten und zu Kürzungen der Geldleistungen führen, soweit diese 90% des versicherten Verdienstes

613 Art. 33 Abs. 3 IVG in der Fassung vor 1993 (vgl. Art. 5 BB vom 19.6.1992 über Leistungsverbesserungen in der AHV und der IV sowie ihre Finanzierung); Art. 22 Abs. 2 AHVG in der Fassung der 8. AHV-Revision vom 30.6.1972; BGE 100 V 83; 103 V 90.

614 Art. 22 Abs. 1 AHVG; Art. 33 Abs. 1 IVG.

615 BGE 112 V 39 E. 3b.

resp. den «mutmasslich entgangenen Verdienst» überstiegen.⁶¹⁶ Nach Art. 51 Abs. 3 UVV entspreche der mutmasslich entgangene Verdienst jenem Erwerbseinkommen, welches die Versicherten ohne schädigendes Ereignis erzielen würden.⁶¹⁷ Art. 40 UVG als allgemeine Grundlage der Überversicherungsermittlung werde im Allgemeinen angewendet, wenn Taggelder der Unfallversicherung mit Renten der Invalidenversicherung zusammenfallen.⁶¹⁸ In BGE 121 V 130 stand nun die Tatsache im Vordergrund, dass die verunfallte Frau *keinen eigenen Rechtsanspruch* auf die Ehepaarrenten ihres Ehemannes hatte. Die Versicherte konnte nur – unter altem Recht, sofern sie dies ausdrücklich verlangte⁶¹⁹ – die Auszahlung der Hälfte dieser dem Ehemann rechtlich zustehenden Rente verlangen. Das galt auch, wenn die IV-Rente der Frau zur Umwandlung der dem Ehemann zustehenden einfachen Alters- in eine Ehepaarrente geführt hatte.⁶²⁰ Insofern gleichen diese beiden Fälle aus dem Jahr 1995 dem Sachverhalt des oben erwähnten Entscheides aus dem Jahr 1989, wo es um eine Kombination von Invalidenrente und Krankentaggeldern gegangen war.⁶²¹

398 Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung des EVG freilich, dass die Renten der AHV oder IV beim *Zusammentreffen* mit *Unfallversicherungsleistungen* – somit anders als im Falle von Krankenversicherungsleistungen – im vollen Umfang zu berücksichtigen sind.⁶²² Eine teilweise Anrechnung solcher Renten erweist sich aufgrund des Wortlautes, des Sinnes und Zwecks der Koordinations- und Kürzungsbestimmungen als nicht möglich. Doch verhielt es sich – wie das EVG betont – anders bei verheirateten Frauen, jedenfalls bis zur 10. AHV-Revision.⁶²³ Hatten diese Frauen keinen *eigenen Rechtsanspruch* auf die Ehepaarrente, lässt sich die dem Ehemann zustehende Rente in Konkurrenz zu Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung grundsätzlich nicht in Kürzungs- oder Komplementärrentenfällen zulasten der Ehefrauen berück-

616 Art. 20 Abs. 2 und 40 UVG.

617 BGE 121 V 130 E. 1b.

618 BGE 117 V 394 E. 2b; 115 V 275 E. 1c.

619 Art. 22 Abs. 2 AHVG zur Altersrente in der Fassung der 8. AHV-Revision mit Geltung bis 1997.

620 BGE 121 V 137 E. 2a.

621 BGE 115 V 122; 115 V 275 E. 3b.

622 BGE 115 V 266 E. 2a; 115 V 275 E. 3a.

623 BGE 120 V 1 E. 1a = Pra 83 Nr. 289, ALFONS BERGER, Die 10. AHV-Revision – ein sozialpolitischer Wendepunkt, CHSS 1994, S. 248ff.; Art. 22 Abs. 1 aAHVG; Art. 33 Abs. 1 IVG; RIEMER-KAFKA, S. 296.

sichtigen. Daran änderte nach Auffassung des EVG auch das *Recht auf hälftige Auszahlung* der Rente an die Ehefrau nichts.

In BGE 121 V 130 E. 4b lag die Sache insofern anders, als die *Ehepaarrenten* einerseits in der unfallbedingten Invalidität der Ehefrau und andererseits im Alter des Ehemannes begründet war. Bei solcher Konstellation schreibt Art. 31 Satz 2 UVV vor, dass die als Folge eines Unfalles ausgerichteten Ehepaarrenten der AHV und IV grundsätzlich im Umfange von zwei Dritteln anzurechnen seien. Diese Anrechnung erstreckt sich auf die gesamte Ehepaarrente und nicht nur auf den Anteil des verunfallten Ehegatten an dieser Rente. Art. 31 Satz 2 UVV zielt bezüglich der Ehepaarrente nicht nur auf den anspruchsberechtigten Ehemann, sondern ebenso auf die weibliche Versicherte («den verunfallten Ehegatten») ab. Angesichts des dem Bundesrat zugestandenen weiten Ermessens bei der in der Verordnung zu lösenden Anrechnungsfrage hat das EVG die getroffene Zweidrittels-Lösung als willkürfrei betrachtet. Es lässt zu, dass Art. 31 Satz 2 UVV nicht an der eigentlichen *Anspruchsberechtigung* anknüpft wie die andern Kürzungsbestimmungen, sondern allein darauf abstellt, dass als Folge des Unfalls eine Ehepaarrente ausgerichtet wird.

Trotz der Fragwürdigkeit dieser bundesrätlichen Ordnung, die in Widerspruch zur Regelung von Komplementärrenten gemäss Art. 20 Abs. 2 UVG steht, und trotz einer gewissen Ritzung des Prinzips der Gewaltentrennung hat das EVG die vom Gesetz abweichende Regelung von Sonderfällen insoweit akzeptiert.⁶²⁴ Es hält die in Art. 31 Satz 2 UVV getroffene Regelung, die auf einem eigenen originären Rentenanspruch der Ehefrau beruht⁶²⁵, als mit einer sachlich zu rechtfertigenden Gleichbehandlung der Geschlechter vereinbar.

Bemerkung: Am Ergebnis der Nichtanrechnung der Rentenhälfte bei nichtoriginärem Anspruch der verunfallten Ehefrau vermochten nach Ansicht des EVG auch die verfassungsrechtlichen Bedenken des Versicherers, dies stehe im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot, nichts zu ändern.⁶²⁶ Es hat vielmehr einem materiellen und nicht nur formalen Verständnis der Bestimmung zur Geschlechtergleichbehandlung den Vorzug gegeben. Die Versicherungsgesellschaft hatte sich auf eine verfassungswidrige Ungleich- im Sinne einer Besserbehandlung der verheirateten Frauen gegenüber Ehemännern und unverheirateten

624 BGE 115 V 275 E. 3b; 121 V 137 E. 5c.

625 Art. 22 Abs. 1 aAHVG; Art. 33 Abs. 1 IVG je i.V.m. Art. 21 Abs. 1 lit. b aAHVG.

626 BGE 121 V 130 E. 4b; 121 V 137 E. 4b.

Frauen berufen, die sich in gleicher Lage die volle Rente anrechnen lassen müssen. Doch das EVG hat sich – neben der Weigerung, in den genannten Fällen einen Verstoss gegen das Gleichstellungsgebot zu sehen – einmal mehr auf seine Bindung an bundesgesetzliche Regelungen berufen. Zudem – so das EVG m.E. zutreffend – gründet die mit einer wörtlichen Auslegung von Art. 20 Abs. 2 UVG einhergehende Bevorzugung verheirateter weiblicher Versicherter in ihrer eigenen – seit Inkrafttreten des Art. 4 Abs. 2 aBV offenkundigen – Benachteiligung hinsichtlich des Ehepaarrentenanspruchs. Die Nichtanrechnung ihres hälftigen Teils der Ehepaarrente kann unter diesem Gesichtspunkt als eine Art *Kompensation* zu ihrer grundsätzlichen rechtlichen Benachteiligung im staatlichen Leistungsrecht verstanden werden. Nachdem sich die unfallbedingte Invalidität der Ehefrau leistungsmässig zudem nur gegenüber der Unfallversicherung auswirkt (was streng genommen dazu führen würde, die Ehepaarrente nur zu berücksichtigen, wenn sie mit einer vom Unfallversicherer auszurichtenden IV-Rente des Ehemannes zusammenfällt), fällt nach Auffassung des EVG eine *Überversicherung* gegenüber dem vor dem Unfall bezogenen Lohn der Frau von vornherein ausser Betracht. Hier entpuppte sich für einmal der fehlende eigene Anspruch auf eine Ehepaarrente für die Frau als Vorteil.

402 Gleichberechtigung von Ehemännern und ledigen Frauen mit der verheirateten Frau wurde, wenn auch nicht ganz, so doch zu einem grossen Teil mit Art. 31 Satz 2 UVV in der Fassung bis zum 9. Dezember 1996 hergestellt, indem die eigene zu einer Ehepaarrente Anlass gebende Invalidenrente der Ehefrau wenigstens zu zwei Dritteln bei der Beurteilung einer *Überversicherung* (beim Zusammenfallens von IV- und Unfallversicherungsleistungen) angerechnet werden musste. Das EVG, das bundesrätliche Verordnungen, denen ein grosser Ermessensspielraum zugrundeliegt, grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt von Willkür überprüft,⁶²⁷ hat denn auch in solchen Sonderfällen sachlich haltbare Gründe für die getroffene Regelung erblickt und Willkür verneint.⁶²⁸

403 Kürzungen, wenn nicht gar der Wegfall von Leistungen, treffen vor allem auch Frauen mit Familienpflichten, wenn ihr Anspruch auf *Krankentaggelder* bei Teilzeitarbeit in Frage gestellt wird. Eine halbtags als

627 BGE 127 V 10 E. 5 m.Hinw.

628 Die Berechnung von Komplementärrenten beruht inzwischen – gemäss UVV vom 9.12.1996 – generell auf einer geschlechtsneutralen Regelung und gilt somit für Frauen und Männer gleicherweise.

Schwesternhilfe tätige Hausfrau war für ein Taggeld von Fr. 15.– krankenversichert.⁶²⁹ Als sie wegen Krankheit dieses Taggeld gemäss Art. 12^{bis} und 26 aKUVG beanspruchte, zahlte ihr die Kasse lediglich ein reduziertes Taggeld von Fr. 5.– aus mit der Begründung, sie habe keinen Einkommensausfall erlitten resp. das versicherte Taggeld von Fr. 15.– würde zu einer Überversicherung führen. Dem Argument, die Kranke erleide einen «Lohnausfall» in ihrem Beruf «Hausfrau», weil sie auch in deren Erfüllung krankheitsbedingt behindert sei, wollte die Kasse nicht folgen. Denn Haus- und Familienarbeit würden ihr aufgrund familienrechtlicher Pflichten obliegen; dafür sei kein Lohn, und damit auch kein Krankentaggeld, geschuldet.

404 Das EVG hat sich zunächst darauf berufen, dass nach der Rechtsprechung ohne besonderen Nachweis auch «andere krankheitsbedingte, nicht anderweitig gedeckte Kosten» berücksichtigt werden müssten, wenn solche Kosten nach der *allgemeinen Lebenserfahrung infolge der Krankheit* zu entstehen pflegen und sich im üblichen Rahmen halten.⁶³⁰ Allerdings sind nach der Praxis – so das EVG – bei solchen nicht konkret nachgewiesenen Kosten sachlich und betragsmässig enge Grenzen gezogen worden, um dem auch hier geltenden Verbot des Versicherungsgewinnes zu entsprechen. Mit dem neuen Eherecht von 1988 habe nun aber entsprechend den geänderten gesellschaftlichen und rechtlichen Anschauungen die Auffassung an Boden gewonnen, dass beim Ausfall der Arbeitskraft der Hausfrau die eheliche Gemeinschaft eine Einbusse erleide, die nach allgemeiner Lebenserfahrung mindestens den Betrag von Fr. 15.– pro Tag erreiche. Allerdings – so das EVG – setze Art. 16 der VO III zum KUVG voraus, dass solche besonderen Kosten tatsächlich entstanden sind und entsprechend belegt werden können. Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht⁶³¹ werde im Sinne einer *Schadensminderungspflicht* der Einsatz von Familienmitgliedern erwartet, und wenn er von diesen auch erbracht werde, so würden keine Kosten im Sinne der zitierten Rechtsprechung entstehen. Die Kürzung des Taggeldes wurde daher im konkreten Fall geschützt.

629 BGE 110 V 318.

630 BGE 105 V 193 = Pra 69 Nr. 131: Eine Kasse, die die Taggeldversicherung einer nicht erwerbstätigen Hausfrau nicht ausdrücklich auf Erwerbsausfall beschränkt, könnte sich wohl kaum auf eine Überversicherung berufen, wenn bloss ein Taggeld von Fr. 3.– versichert worden ist; BGE 110 V 318 E. 3.

631 BGE 108 II 434 = Pra 72 Nr. 54; siehe hinten Rz. 414 ff.

405 *Bemerkung:* Besonders im Falle des krankheitsbedingten Ausfalles einer (auch) Hausarbeit leistenden Versicherten erweist es sich in aller Regel als schwierig, gegen *Taggeldkürzungen* anzukämpfen mit der Begründung, es würden krankheitsbedingte Kosten über den allfälligen Erwerbsausfall hinaus entstehen. Die unbezahlte Hausarbeit, die immer noch zumeist von Frauen erbracht wird,⁶³² erweist sich in dieser Hinsicht als geschlechtsbezogener *Diskriminierungsfaktor* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV. Dass beim krankheitsbedingten Ausfall der Hausarbeit leistenden Person dieser Faktor immer noch nicht, trotz entsprechender Versicherung, in ausreichendem Masse bei Ansprüchen auf Krankentaggeld berücksichtigt wird, verstösst m.E. gegen das Gleichheitsgebot.⁶³³

6. Hausarbeit – Erwerbsarbeit: Gleichstellung in der Rechtsprechung

a) Das Problem

406 Die von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV angesprochenen Bevölkerungsgruppen der Frauen und Männer erbringen Arbeit in Form von *Erwerbsarbeit* einerseits und von *nicht entlohnter Haus- und Familienarbeit* andererseits. Beide Arbeitsformen sind – neben den ehrenamtlichen Tätigkeiten – für das Überleben der Bevölkerung und für das Funktionieren von Gesellschaft und Wirtschaft unabdingbar. Ohne Haus- und Familienarbeit, die weitgehend unbezahlt erbracht wird, müsste jedes staatliche Gemeinwesen in erhebliche Schwierigkeiten menschlicher und finanzieller Art geraten.

407 Beide Arbeitsformen, Erwerbs- und Hausarbeit, sind auf Frauen und Männer in Bezug auf Aufgabenteilung, in zeitlicher Hinsicht und bezüglich der damit verbundenen finanziellen Situation höchst ungleich verteilt.⁶³⁴ Es sind vor allem Frauen, welche – wie seit Jahrhunderten – für die Hausarbeit als zuständig betrachtet werden, während die Män-

632 Vgl. EMMENEGGER, S. 226 m.Lit.hinw. in FN 724.

633 Die heutige Taggeldordnung nach KVG vom 18.3.1994 ist in Art. 72 und 74 KVG geregelt: Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit kann das Taggeld gekürzt werden. Aber bei Kürzung infolge Überentschädigung hat die arbeitsunfähige versicherte Person Anspruch auf den Gegenwert von 720 vollen Taggeldern, Art. 72 Abs. 5 i.V.m. Art. 78 KVG. Nach Art. 74 gilt eine besondere, grosszügigere Regelung bei Schwangerschaft und Niederkunft.

634 BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 15ff., 28ff.; DASS., Soziale Ungleichheiten bei Beschäftigung und Einkommen in der Schweiz, S. 19.

ner berufstätig zu sein und mit einer entlohnten Arbeit für den Unterhalt von Frau und Kind zu sorgen haben. Die abendländische Gesellschaft pflegt die Menschen u.a. nach der Art ihrer Betätigung und ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit entsprechend der jeweils gültigen sozialen Wertehierarchie unterschiedlich einzustufen. Daran hängt nicht nur soziale Wertschätzung, sondern mit sozialer Geltung und finanzieller Situation verbunden auch Macht und Einfluss.

In einem solchen, auf äussere Stellung und finanzielle Leistungskraft ausgerichteten gesellschaftlichen System sind Frauen in der Lebenswirklichkeit von vorneherein Verliererinnen: Sie leisten zu einem erheblichen Teil unbezahlte Arbeit im Haus – Hausarbeiten, Erziehung von Kindern, Pflege der Angehörigen, auch unbezahlte Freiwilligenarbeit in Verwandtschaft, Nachbarschaft und der Öffentlichkeit. Hausarbeit aber ist unsichtbar; sie wird selbst dort schlecht bezahlt, wo sie zum Zwecke des Erwerbs geleistet wird. Dementsprechend wenig geachtet ist sie in der sozialen Hierarchie der Berufe und in der allgemeinen gesellschaftlichen Anerkennung. Frauen stehen – wirtschaftlich und gesellschaftlich gedacht – dementsprechend von vorneherein auf der falschen Seite. Geht es um berufliche Qualifikation, etwa bei der Frage der Anstellung oder der Beförderung, wird der von ihnen geleisteten Haus- und Familienarbeit und der damit gewonnenen Erfahrung nicht oder nur wenig Rechnung getragen. Die vor allem von Familienfrauen erbrachte, vielfältige Arbeit zählt in beruflicher Hinsicht, etwa beim Versuch eines beruflichen Wiedereinstiegs oder in Fragen der Lohneinstufungen gestützt auf die Qualifikation oder auf Dienstalterszuschläge kaum oder überhaupt nicht.⁶³⁵

Es ist bezeichnend, dass das mit der ausgesprochen vielfältigen, kreativen und anspruchsvollen Arbeit verbundene Management in Haus und Familie über Jahrzehnte volkswirtschaftlich als *unproduktiv* betrachtet worden und dementsprechend auch in entsprechenden Statistiken kaum in Erscheinung getreten ist. Erst in neuerer Zeit – wohl nicht zuletzt unter dem Einfluss der Gleichstellungsbestimmung in der Verfassung und der Gleichstellungsbestrebungen von Frauen und Frauenorganisationen – kann sich Frauenarbeit in Politik und Wissenschaft

635 M. W. besteht erst im Erziehungsgesetz des Kantons Bern die Regel, dass auch Erfahrung in Haus- und Familienarbeit für die berufliche Qualifikation bei Anstellung zu Lehrberufen massgebend ist. Zu dieser Problematik siehe BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm del Cantone di Ticino. Darin geht es um die Frage der Anrechnung eines Dienstjahres mit unbezahltem, längerem Mutterschaftsurlaub. Vgl. dazu vorne Rz. 249.

eines wachsenden Interesses erfreuen.⁶³⁶ Die Gesetzgebung stellt vor allem im revidierten *Eherecht* von 1988 und auch bereits im *IVG* von 1960 Haus- und Erwerbsarbeit einander grundsätzlich gleich.⁶³⁷ Auch die Rechtsprechung hat sich seit längerem darum bemüht, den beiden Erwerbsformen *Gleichwertigkeit* zuzuerkennen. Das gilt zunächst für die *Beistandspflicht* innerhalb der Ehe- und Familiengemeinschaft.⁶³⁸ In der Rechtsprechung wird Erwerbs- und Familienarbeit insbesondere auch im Zusammenhang mit ehelichen Krisensituationen, einer Ehetrennung oder Ehescheidung⁶³⁹ – wenigstens als allgemeiner Grundsatz – gleich bewertet. In der neueren Rechtsprechung des *EVG* zum *IVG* geniesst Hausarbeit grundsätzlich den gleichen Stellenwert wie die Erwerbsarbeit.⁶⁴⁰ Seit langem ist ferner im *Haftpflichtrecht* anerkannt,⁶⁴¹ dass unbezahlte Familienarbeit *geldwerte Leistung* ist, welcher bei einem Unfalltod der Ehefrau unter Umständen wie der Erwerbsarbeit Rechnung getragen werden muss.

b) Gleichstellung der Haus- mit der Berufsarbeit im Eherecht?

- 410 Das partnerschaftliche Eherecht stellt finanzielle Leistungen und Arbeit in natura einander grundsätzlich gleich.⁶⁴² Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat dies verschiedentlich betont und erklärt, die von einer Ehepartei in der Form der Haushaltsführung und der Kinderbetreuung erbrachte Unterhaltsleistung werde sowohl nach altem als auch nach neuem Eherecht als mit dem Geldbeitrag der andern, berufstätigen Ehepartei *gleichwertig* betrachtet.⁶⁴³

636 BUNDESAMT FÜR STATISTIK, a. a. O., S. 5; Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 135 ff.

637 Art. 5 ff. IVG.

638 Art. 163 ff. ZGB; siehe vorne Rz. 324 ff., sodann auch Art. 276 Abs. 2 ZGB.

639 Art. 145, 176 oder 152/151 aZGB; Art. 125 ZGB; BGE 114 II 26.

640 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 317 ff., 394 ff., 404 ff.

641 Art. 41 ff. OR; BGE 101 II 257 E. 1a = Pra 64 Nr. 239; BGE 102 II 90 E. 2b; 108 II 434 E. 2a = Pra 72 Nr. 54; BGE 112 II 87 E. 2b; nicht publ. BGE vom 23. 2. 1994 i. S. M. und C. und Cons. c. G. B. und Cons.; vom 21. 8. 1995 i. S. Versicherungsgesellschaft X c. C. S.

642 BGE 114 II 13 E. 3; 114 II 26 E. 5; 117 II 211 E. 4b und c.

643 BGE 111 II 103; 114 II 26 E. 6; 116 II 110: Berücksichtigung von Kindern bei der Teilung eines Überschusses der Errungenschaft. Vgl. zur Lehre BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 35 zu Art. 163 ZGB, die darauf hinweisen, dass ungleiche Grössen miteinander verglichen werden, die höchstens bezüglich Zeitaufwand vergleichbar seien; DIES., Rz. 31 ff., insb. 35 zu Art. 163 ZGB. Auch BSK-HASENBÖHLER, Rz. 25 zu Art. 163 ZGB.

Diese Betrachtungsweise hat sich aber bisher in der Rechtswirklichkeit grundsätzlich mit der Frage begnügt, in welcher Höhe die Hausarbeit leistende Ehefrau während einer *Ehetrennung* oder nach der *Scheidung* Anspruch auf einen Anteil am Familieneinkommen habe. Während der Dauer des ehelichen Zusammenlebens dringen allfällige Schwierigkeiten, wie die beidseitigen Leistungsbeiträge an den Aufwand für die Familie festgesetzt werden sollen, kaum an die Öffentlichkeit. Allgemein gilt, dass die eigentliche Hausarbeit als *Naturalleistung* – zumeist als selbstverständlich und wenig gewichtig betrachtet – kaum bewusst mit in die Familienrechnung aufgenommen wird. Erst die neueste Rechtsprechung hat erklärt, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sei bei der Teilung eines allfälligen *Überschusses* auf die *Familiengrösse* Rücksicht zu nehmen sei. D.h. es ist zu berücksichtigen, ob sich nach der Trennung zwei Einpersonenhaushalte gegenüberstehen oder ob es um einen Haushalt mit Kindern geht.⁶⁴⁴

Eine eigentliche, spürbare finanzielle Berücksichtigung der Haus- und Familienarbeit bei Bestimmung der Ansprüche einer Familienfrau erfolgt in der Praxis i. d. R. nur bei Ehepaaren, welche im mittleren oder oberen Lohnsegment liegen.⁶⁴⁵ Geht es um sehr hohe Familieneinkommen oder – umgekehrt – um Einkommen, welche den Familienbedarf nur knapp oder überhaupt nicht decken, entfällt i. d. R. nach der Rechtsprechung die *Akzeptanz der Gleichwertigkeit* von Haus- und Erwerbsarbeit und zwar selbst dann, wenn Familienarbeit mit grossem zeitlichen Aufwand und Verzicht auf eigene berufliche Karriere verbunden ist.⁶⁴⁶ Im Falle einer Trennung oder Scheidung hat sich die voll- oder teilerwerbstätige Familienfrau nach Auffassung des Bundesgerichts ihren Erwerb – eventuell gar in hypothetischer Höhe – voll anrechnen zu lassen, ohne dass zugleich ihre *Naturalleistungen* entsprechend dem *Zeitaufwand* und dem Wert ihrer Arbeit für die Familie besonders berücksichtigt würden.

Was während der Ehedauer – auch in Trennungszeiten – gilt, erweist sich erst recht nach einer Scheidung als Schein: Der von den Familienfrauen erbrachte reale Wert zugunsten der Familie geht ihr mit der definitiven Auflösung der Ehe geldwertmässig praktisch weitgehend selbst dort verloren, wo die finanziellen Verhältnisse einen Ausgleich als Ausfluss der nahehelichen Solidarität zulassen würden.

644 BGE 126 III 8 E. 3.

645 BGE 114 II 26.

646 BGE 119 II 314 E. 4b; 121 I 97 E. 3b; 121 III 301; 123 III 1 E. 3 und 5; 123 III 332.

c) Ausfall der Hausfrau, ihre Stellung als Versorgerin und die Bewertung ihrer Arbeitsleistung in der Haftpflichtversicherung

414 Erst die Rechtsprechung zur Frage der Entschädigung für *Versorger-schaden* beim Wegfall der Hausfrau durch Unfalltod hat dazu geführt, dass dem *wirtschaftlichen Wert der Hausfrauenarbeit* mehr Beachtung geschenkt wird. Im Haftpflichtrecht anerkennt die Rechtsprechung seit längerem, dass der Unfalltod einer Hausfrau zu einem Versorger-schaden i.S.v. Art. 45 Abs. 3 OR führen kann. Es spielt dabei keine Rolle, ob sie die traditionell Frauen obliegenden Aufgaben erfüllt hat oder ob sie teil- oder vollerwerbstätig gewesen war. Voraussetzung ist nur, dass die von der Ehefrau versorgten Personen infolge ihres Todes nicht mehr in der Lage sind, den bisherigen Lebensstandard weiter-zuführen.

415 In der früheren Rechtsprechung wurde ein Versorger-schaden dann angenommen, wenn die verstorbene Ehefrau *eine über dem Beitrag des erwerbstätigen Ehemannes hinausreichende Leistung* für die Familie erbracht hatte.⁶⁴⁷ Der von der Rechtsprechung geforderte Ersatz eines Versorger-schadens durch die Haftpflichtigen sollte nur dazu dienen, den vor dem Tod der Ehepartnerin (oder des Ehepartners) gegebenen materiellen Zustand auszugleichen. In BGE 82 II 36 ist das Bundesgericht noch davon ausgegangen, dass in durchschnittlichen Haushalten mit traditioneller Rollenverteilung die beidseitigen Beiträge des Ehe-paares weitgehend ausgeglichen waren, weshalb beim Wegfall der einen oder andern Ehepartei für den überlebenden Teil kaum von Versorger/-in-Schaden gesprochen werden könne. Später hat das Bundesgericht – im Blick auf die erheblich angestiegenen Löhne in den 70er und 80er Jahren – den Beitrag des Ehemannes in Geld stets höher bewertet als jenen der Ehefrau. Das machte die Durchsetzung eines Versorger-schadens bei ihrem Unfalltod noch schwieriger. Die Rechtsprechung nach 1981, unter Einfluss des Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter, und auch nach 1988, nach der partnerschaftlichen Ausgestaltung des Ehe-rechts, gelangte schliesslich dazu, sich mit der Frage *konkreter Schätzung* des Naturalbeitrags der Haus- und Familienfrau in zeitlicher und finanzieller Hinsicht zu befassen.⁶⁴⁸

647 BGE 101 II 257 E. 1a = Pra 64 Nr. 239; 102 II 90 E. 3.

648 BGE 108 II 439 E. 3d; 113 II 345 E. 2; 117 II 609 E. 7; nicht publ. BGE vom 13.12.1994 in plädoyer 1995, S. 58 ff.

416 Erst mit dieser Weiterentwicklung der Rechtsprechung konnte der grundsätzlich gleichwertigen Tätigkeit beider Ehepartei-
417 einermassen Rechnung getragen werden.

Das Bundesgericht erachtet es seit 1982 als richtig, für die *Beurteilung des Zeitaufwandes* der Arbeit in einer Familie auf die – wenigen – wissenschaftlichen Studien abzustellen, soweit sich der massgebende Zeitaufwand nicht durch Zeugen oder andere Beweise ermitteln liess. Eine erste Studie erschien 1977.⁶⁴⁹ Sie zeigt die enorme Arbeitsbelastung vor allem in Haushalten mit Kindern auf, die für die Versorgung von Vierpersonenhaushalten um die 40 Wochenstunden beträgt. Im Entscheid vom 23. Februar 1994 beispielsweise war die durch Unfalltod verstorbene Ehefrau und Mutter während 35 Stunden pro Woche im Haushalt, während nochmals 35 Stunden im Bauernbetrieb ihres Ehemannes tätig und versah zudem eine Teilzeitarbeitsstelle von wöchent-lich 5–7 Stunden ausser Haus. Weil diese Ehefrau auch teilerwerbstätig war, stellte sich die – letztlich nicht entschiedene – Frage, ob die ausser Haus aufgewendete Arbeitszeit für die Ermittlung des Versorgerinnen-Schadens in Abzug zu bringen sei.

Der Zeitaufwand für eine Haus- und Familienfrau reduziert sich bei 418 ausserhäuslicher Erwerbstätigkeit nur unwesentlich.⁶⁵⁰ Selbst bei einer Erwerbsätigkeit zwischen 50 und 100% brauchen Mütter mit Kleinkind-ern für die Erledigung ihrer Hausarbeiten immer noch 53 Stunden im Durchschnitt, solche mit 7- bis 14-jährigen Kindern – trotz der in dieser Gruppe relativ häufigen Mithilfe des Ehemannes – beschäftigen sich immer noch mit 43 Stunden pro Woche im Haushalt, während kinder-lose Frauen neben einer vollen Berufsarbeit noch rund 25 Stunden mit Hausarbeit verbringen.

Neben dem Zeitaufwand ist regelmässig besonders umstritten der *fi-* 419 *nanzielle Wert*, welcher dieser Haus- und Familienarbeit zugeschrieben wird. Während die Haftpflichtigen diesen Wert immer wieder nach unten zu korrigieren versuchen, hat das Bundesgericht seit 1982 anerkannt, dass sich dieser Wert nach der Entschädigung zu richten habe, welche für eine erwerbstätige Person erbracht werden müsste, die nach Art ihrer Arbeit am ehesten in der Lage wäre, eine Hausfrau und Mutter zu erset-zen. Es stützt sich dabei auf die Tätigkeit einer Raumpflegerin oder einer

649 REGULA BRÜNGGER/MARGRIT LÖRTSCHER ULLMANN, Die Bewertung des Arbeitsplatzes in privaten Haushalten, Zürich 1977. Das Bundesgericht stützt sich zum Vergleich auch auf die deutsche Untersuchung von SCHULZ-BORCK/HOFMANN.

650 BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt, aber trotzdem Arbeit, S. 7.

Haushälterin und verlangt eine Erhöhung der diesen Frauen bezahlten Entlohnung, um der qualifizierteren Tätigkeit der Hausfrau und Mutter rund um die Uhr Rechnung zu tragen.⁶⁵¹ Der letzte auf diese Weise festgelegte Betrag von Fr. 30.– pro Stunde (für das Jahr 1998) wird vom Bundesgericht angesichts der Tendenz zur Aufwertung der Hausarbeit, gleich ob in der Stadt oder auf dem Land, «noch akzeptiert»;⁶⁵² er wird in der Lehre aber teilweise als zu hoch betrachtet.⁶⁵³

420 Wichtig in diesem Zusammenhang erscheint, dass beim Tod von selbstständigerwerbstätigen Ehefrauen grundsätzlich *nicht* auf die *Aktivitätsdauer* abgestellt werden darf, welche für die Berechnung eines Versorgereschadens für arbeitnehmende Personen gilt. Denn das würde bedeuten, dass den Frauen das frühere Rentenalter nach AHVG zum Verhängnis würde, was auf eine verfassungswidrige Diskriminierung hinausliefe. Im Entscheid vom 21. August 1995 hat das Bundesgericht erklärt, es entspreche einer Erfahrungstatsache, dass beispielsweise der Grossteil von Coiffeusen als Selbstständigerwerbende arbeiten würden. Diese Frauen würden in aller Regel über das Rentenalter hinaus tätig sein. Demgemäss dürfe für diesen Berufszweig für die Bemessung des Versorgerinnen-Schadens nicht auf das AHV-Alter 62 (heute 63–64 Jahre) abgestellt werden, um deren Aktivitätsdauer zu bestimmen.⁶⁵⁴ Gleiches hat für nichterwerbstätige Familienfrauen zu gelten.

421 Das Bundesgericht anerkennt als notorisch, dass sich der Beitrag an die Hausarbeiten durch Frau und Mann trotz gewandeltem Rollenverständnis unter den Geschlechtern nicht wesentlich verändert hat. Das wird durch die Studie des Bundesamtes für Statistik von 1999 erhärtet, wobei freilich die individuellen Familienzusammensetzungen eine grosse Rolle spielen.⁶⁵⁵ Das macht eine gewisse Relativierung erforderlich.

651 Nicht publ. BGE vom 9. 9. 1998 i.S. D. c. Versicherungsgesellschaft X: 30.– nicht exzessiv; vom 21. 8. 1995: 20.– angemessen; BGE vom 2. 10. 1984: Fr. 16.– «faible».

652 Nicht publ. BGE vom 9. 9. 1998; vgl. plädoyer 1999, S. 65 ff.

653 Vgl. die Auseinandersetzung zwischen ROLF WIDMER/THOMAS GEISER/ALFONSO SOUZA-POSA, Gedanken und Fakten zum Haushaltschaden aus ökonomischer Sicht, ZBJV 2000, S. 1 ff., 301 ff. mit VOLKER PRIBNOW, SAKE und Haushaltschaden – einsame Palme auf sonnigem Grund, ZBJV 2000, S. 297 ff. und RONALD PEDERGNANA, Vom Preis eines Hausmannes, plädoyer 2000, S. 27 ff. Die erstgenannten Autoren verkennen offensichtlich die Tatsache, dass Familienfrauen im Gegensatz zu Professionellen z.B. in Krankheits- oder Pflegefällen rund um die Uhr präsent zu sein haben und sich im Verlaufe der Jahre mindestens gleich gute Fertigkeiten aneignen.

654 Nicht publ. BGE vom 21. 8. 1995 i.S. Versicherungsgesellschaft X c. C. S., E. 5.

655 BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit, eine empirische Analyse anhand der Schweiz. Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg 1999.

Nach der Rechtsprechung ist der Beitrag des überlebenden Ehemannes an die Haushaltsarbeiten grundsätzlich – da in der Regel nur unbedeutend – regelmässig bei der Ermittlung des Versorgereschadens von Hausfrauen nicht in Betracht zu ziehen.⁶⁵⁶ Damit wird der Lebenswirklichkeit in der überwiegenden Mehrzahl solcher Fälle Rechnung getragen.

Bemerkung: Während im *Haftpflichtrecht* nunmehr dank der Rechtsprechung des Bundesgerichts weitgehend Klarheit über die Notwendigkeit besteht, den Zeitaufwand für die Erfüllung von Haushaltspflichten zu ermitteln, erscheint demgegenüber die *Bewertung* der Hausarbeit in *finanzieller Hinsicht* immer noch als unbefriedigend. Es wird immer wieder versucht, Hausfrauenarbeit lohnmassig erheblich nach unten zu korrigieren, indem die Hausarbeit einfach mit der Tätigkeit von Raumpflegerinnen als sog. unqualifizierte Arbeit gleichgesetzt wird. Das wird teilweise auch in der Lehre so gesehen.⁶⁵⁷ Man stützt sich dementsprechend auf eine typische, erfahrungsgemäss sehr schlecht bezahlte Frauenarbeit als Massstab der Bewertung der weit vielfältigeren und qualifizierteren Arbeit von Familienfrauen. Das führt m.E. regelmässig zu einem verzerrten und Frauenarbeit diskriminierenden Ergebnis, das auch Auswirkungen auf vergleichbare Pflegeverhältnisse in anderen Konstellationen haben kann (z.B. Töchter/Eltern usw.⁶⁵⁸).

423 Das Bundesgericht hat sich diesen Abwertungstendenzen entgegengestellt und sich bemüht, dem durch einen – freilich recht willkürlichen – Zuschlag zum Lohn der Vergleichsberufe entgegenzuwirken. Solange ausschliesslich auf zwei *typische Frauenberufe* – Raumpflegerin und Haushälterin – und deren bekannt unterbewertete Entlohnung abgestellt wird, wird die durch den Tod der Hausfrau und Mutter ausfallende Arbeit und die damit verbundene Einbusse im bisherigen Lebensstandard als «typische Frauentätigkeit» tatsächlich zu niedrig bewertet, und das verstösst gegen das Gebot der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung. Es wäre beispielsweise auch der Verdienst in Berufen im Erziehungsbereich, allenfalls aber auch die Entlohnung der Tätig-

656 Nicht publ. BGE vom 21. 8. 1995 i.S. Versicherungsgesellschaft X c. C. S., E. 6 m. Hinw. auf RUTH HUNGERBÜHLER SAVARY, Entwicklung und Wandel der Lebensformen, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 73 ff., 78. Dem lässt sich nunmehr auch die Studie des BUNDESAMTES FÜR STATISTIK beifügen: Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 7, 16 ff.

657 Vgl. vorne Rz. 325 ff. und 406 ff.

658 Vgl. BGE 126 V 153: Betreuung des Onkels des Ehepartners. Die formale Betrachtungsweise ging dem Gerechtigkeitsempfinden vor (Art. 29^{septies} AHVG). Vgl. dazu BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 326 ff., 336 ff.

keit von Leiterinnen kleinerer Betriebe und Heime als Massstäbe beizuziehen, um dem wirklichen finanziell massgebenden Wert der Betreuungs- und Haushaltstätigkeiten in Form einer Mischrechnung näher zu kommen.

d) Die Gleichstellung von Haus- und Erwerbsarbeit im Recht der Invalidenversicherung⁶⁵⁹

424 Die Invalidenversicherung beruht auf dem Gedanken, dass im Falle einer Invalidität wegen Krankheit, Unfalls oder eines Geburtsgebrechens die betroffene Person in erster Linie Anspruch auf *Herstellung ihrer Erwerbsfähigkeit* hat.⁶⁶⁰ Das IVG definiert Invalidität allerdings nicht nur als *Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit*, sondern auch als Beeinträchtigung der Fähigkeit, im «*bisherigen Aufgabenbereich*» tätig zu sein.⁶⁶¹ Es werden somit beide Arbeitsbereiche – privater Haushalt und entlohnte Berufsarbeit – erfasst.⁶⁶² Dieses Prinzip kommt im Grundsatz «*Eingliederung kommt vor Rente*» zum Ausdruck.

425 Hinsichtlich des «*bisherigen Aufgabenbereichs*», wie sich das IVG ausdrückt, wird in erster Linie an die Haus-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit gedacht.⁶⁶³ Damit stellt das Gesetz klar, dass grundsätzlich Erwerbs- und Familienarbeit einander gleichgestellt sein sollen. Das EVG hat diese Gleichstellung bereits in den ersten Jahren seiner Rechtsprechung zum IVG betont.⁶⁶⁴ Im Gegensatz dazu sind Bundesverordnungsgeber und Verwaltung diesem vor allem für Frauen wichtigen Prinzip nicht immer gefolgt. Insbesondere unter der Herrschaft des *Geschlechtergleichstellungsgesetzes* seit 1981 hat dies zu verschiedenen Prä-

659 Vgl. die bereits erwähnte bemerkenswerte neue Studie von BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld.

660 Art. 4 Abs. 1 IVG: Definition der Invalidität; Art. 8 IVG: Zweck der Eingliederung; Art. 12 IVG: allgemeiner Anspruch auf medizinische Massnahmen; Art. 15 ff.: Anspruch auf berufliche Eingliederung; Art. 21 Abs. 1 IVG: Anspruch auf Hilfsmittel.

661 Art. 4, 5 Abs. 1 Satz 2 IVG; auch Art. 21 Abs. 1 IVG.

662 Insbes. Art. 5 Abs. 1 IVG: «Die Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen, wird der Erwerbsunfähigkeit gleichgestellt». Art. 15 f. IVG: Berufsberatungsanspruch auch bei Behinderung in der Ausübung der bisherigen Tätigkeit; Art. 21 Abs. 1 IVG: Anspruch auf Hilfsmittel im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste, die notwendig sind, um u.A. im bisherigen Aufgabenbereich tätig sein zu können.

663 Art. 27 Abs. 2 IVV: vgl. LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 120; BAUMANN/LAUTERBURG, Invalidenversicherung, Kap. 1 und 10; aber auch BGE 125 V 146 E. 2a; 122 V 212 E. 3b m.Hinw. auf 98 V 98 E. 1.

664 Vgl. ZAK 1965, S. 194 ff.; v.a. auch ZAK 1989, S. 114; BGE 116 V 322; 121 V 258.

zisierungen durch die Rechtsprechung geführt, einerseits für den Anspruch auf – vor allem kostspielige – *Hilfsmittel* für nichterwerbstätige Personen, sodann aber auch für den Anspruch auf *berufliche Massnahmen*. Als besonders schwierig erweist sich sodann die *Bemessung des Invaliditätsgrades zur Bestimmung der Rentenansprüche*, vor allem, weil Frauen anders als die überwiegende Zahl der Männer in den unterschiedlichsten Arbeitsformen neben ihrer Haus- und Familienarbeit oder auch neben einer Mitarbeit im Betrieb oder Geschäft des Ehemannes beschäftigt sein können (Teilzeit, Arbeit auf Abruf usw.). Im Falle einer Invalidität wären alle diese Arbeitsformen bei der Ermittlung von Versicherungsleistungen mit in die Überlegungen einzubeziehen. Insbesondere die voll im Haushalt und/oder unentgeltlich im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes beschäftigten Frauen stellen der Rechtsprechung besondere Probleme.

aa) Anspruch auf Hilfsmittel

Alle der IV unterstellten Versicherten, die i.S.v. Art. 4 IVG invalid oder von einer Invalidität bedroht sind, haben im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, die sie für die Ausübung der Erwerbstätigkeit, der Tätigkeit in ihrem Aufgabenbereich oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung und für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge brauchen.⁶⁶⁵

Diese Ansprüche sind geschlechtsneutral umschrieben. Es liegt somit auf der Hand, dass sie Männern und Frauen, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, gleicherweise zuerkannt werden müssen. Das traf aber während längerer Zeit nicht zu, weil die kostspieligen Hilfsmittel – vor allem Motorfahrzeuge, Treppenlift, Elektrorollstühle – nach Meinung der Verwaltung lediglich für *erwerbstätige Invalide* reserviert bleiben sollten, die eine dauernd existenzsichernde Erwerbstätigkeit ausüben. Für nichterwerbstätige Versicherte blieb der Anspruch auf jene Frauen und Männer beschränkt, welche den Haushalt *überwiegend selbständig*, d.h. zu mindestens 50% besorgen können.⁶⁶⁶ Dem Wortlaut entsprechend scheint dies für beide Tätigkeitsbereiche gleichartige Voraussetzungen zu beinhalten. Doch während eine existenz-

665 Art. 21 Abs. 2 IVG. Vgl. zum Ganzen BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 161 ff., 185 ff., 580 ff., 593 ff.

666 Vgl. BGE 116 V 322; Hörapparat für Hausfrau; 117 V 271: Rollstuhl; 122 V 212: Amortisationsbeiträge an Motorfahrzeug.

sichernde Erwerbstätigkeit sich relativ leicht berechnen lässt und bereits bejaht wird, wenn ein jährliches Einkommen in der Höhe des Mindestbeitrags an die AHV nach Art. 10 Abs. 1 AHVG erzielt werden kann,⁶⁶⁷ wurde zunächst bei der Beurteilung der Haushaltbesorgung praktisch verlangt, dass diese vollständig erledigt werden kann. Es wurde ausser Acht gelassen, dass es genügen müsste, wenn die invalide Person wenigstens zur *Selbstsorge* oder für gelegentliche Handreichungen im Haushalt – allenfalls mit Hilfe ihrer Angehörigen – imstande war. Das EVG hat diese Verwaltungspraxis in dem Sinne verstanden, dass sie an den Anspruch auf Hilfsmittel im Aufgabenbereich höhere Anforderungen stellen wollte als bei erwerbstätigen Versicherten. Dem konnte das EVG nicht zustimmen, weil eine solche Praxis die im gesetzlich anerkannten Aufgabenbereich tätigen Versicherten – weit überwiegend Frauen – gegenüber den Erwerbstätigen erheblich schlechter stellte. Eine solche Schlechterstellung halte aber weder vor Art. 21 Abs. 1 IVG noch vor Art. 4 Abs. 2 aBV stand.⁶⁶⁸ Das EVG hat unterstrichen, eine *beachtliche Tätigkeit* im Aufgabenbereich müsse genügen, um der «existenzsichernden» Erwerbstätigkeit gleichgestellt werden zu können. Was als beachtlich zu gelten habe, bestimme sich aufgrund des *konkreten Aufgabenbereichs* unter Berücksichtigung der durch das Hilfsmittel möglichen Verbesserung des Leistungsvermögens.

428 Diese auf Gleichstellungsüberlegungen beruhende Rechtsprechung führt dazu, dass nunmehr auch Hausfrauen, die ihre Haushaltsführung noch in «erheblichem» Masse erledigen, d.h. z.B. noch einfachere Mahlzeiten zubereiten, das Geschirr abwaschen bzw. den Geschirrspülautomaten bedienen und leichtere Reinigungsarbeiten sowie gelegentliche Näh-, Strick- und Flickarbeiten vornehmen, aber zahlreiche Arbeiten ohne Mithilfe ihrer Familienangehörigen nur noch teilweise oder gar nicht mehr erfüllen können, ein ihrer Behinderung angemessenes Hilfsmittel (in concreto Rollstuhl) beanspruchen können. Es genügt dem EVG als beachtlich, wenn die Arbeitsfähigkeit damit von bisher noch 10% um weitere 10–15% gesteigert werden kann.⁶⁶⁹

429 Gleich wurde auch hinsichtlich der Abgabe von Invalidenfahrzeugen oder von Amortisations- oder Reparaturbeiträgen an Motorfahrzeuge

667 Nach Art. 10 Abs. 1 AHVG beträgt der Beitrag von nichterwerbstätigen Versicherten je nach sozialen Verhältnissen zwischen Fr. 324.– und 8400.– im Jahr (Stand 2001).

668 BGE 117 V 271 E. 2b/bb m.Hinw. auf 116 V 322 und nicht publ. Urteil vom 21.9.1990 i.S. M.

669 BGE 117 V 271 E. 2 b/cc.

für invalide Frauen entschieden. Immer wieder betont zwar das EVG, die Tätigkeit im Aufgabenbereich, somit vor allem die Tätigkeit der grossen Mehrheit der Frauen im Familienverband, müsse unter dem Gesichtspunkt der *Eingliederungswirksamkeit* von *existentieller Bedeutung* sein; an diese Gruppe von Invaliden dürften aber keine höheren Anforderungen gestellt werden als an Versicherte, die im Erwerbsleben tätig sind.⁶⁷⁰

Was insbesondere die *Abgabe von Motorfahrzeugen an nichterwerbstätige Hausfrauen* betrifft, ist die Zurückhaltung der Verwaltung verschiedentlich als ungerecht und als Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot von Frau und Mann empfunden worden.⁶⁷¹ So wurde in BGE 122 V 212 einer invaliden, verheirateten Frau bei Arbeitslosigkeit die Übernahme weiterer Amortisations- und Reparaturkostenbeiträge für ihr Auto verweigert mit dem Hinweis darauf, das Hilfsmittel sei im Einzelfall allein dazu bestimmt und müsse allein dazu geeignet sein, dem gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten in wesentlichem Umfang zur Erreichung eines der gesetzlich anerkannten Ziele zu verhelfen. Es könne aber nicht dazu dienen, die täglichen Besorgungen zu erleichtern oder bequemer zu machen.⁶⁷²

Das EVG bekräftigt in dem genannten Entscheid seine Auffassung, dass zwar der Wortlaut der Hilfsmittelverordnung und des Anhangs dazu nur die Abgabe von Motorfahrzeugen an Versicherte zur Ausübung einer voraussichtlich dauernden existenzsichernden Erwerbstätigkeit und zur Überwindung des Arbeitswegs gestatte. Aber das dürfe nicht den Ausschluss von Versicherten bedeuten, die im andern – auf gleicher Stufe wie die Erwerbsfähigkeit rangierenden – Aufgabenbereich tätig seien. Das würde einer verfassungskonformen Auslegung und damit den Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 aBV nicht standhalten. Das EVG verwies auch darauf, die Rechtsprechung habe bisher das qualifizierte Anspruchserfordernis der voraussichtlich dauernden Ausübung einer existenzsichernden Erwerbstätigkeit seit jeher hingenom-

670 BGE 122 V 212 E. 3b m.Hinw. auf 116 V 322 und 117 V 271 E. 2b/bb.

671 Vgl. LAUTERBURG/LISCETTI/AESCHBACHER, S. 123 f.; ausführlich BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 168 ff. Zur Kritik an den Voraussetzungen zur Hilfsmittelabgabe Rz. 171 ff., 177 ff., 185 ff.

672 Dazu gehören u.a. der Bedarf des Hilfsmittels für eine funktionelle Angewöhnung, für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder einer Tätigkeit im Aufgabenbereich oder für die Fortbewegung, die Kontaktnahme mit der Umwelt oder für die Selbstsorge; vgl. BGE 98 V 98 E. 1; 110 V 99 E. 2; 115 V 191 E. 4c/cc; 115 V 202 E. 4; ZAK 1992, S. 210 E. 3a.

men.⁶⁷³ Im Rahmen der durch Art. 4 Abs. 2 aBV und Art. 21 Abs. 1 IVG gebotenen *Gleichstellung von Erwerbstätigkeit und Tätigkeit im Aufgabenbereich* müsse aber unter dem Gesichtswinkel der Eingliederungswirksamkeit z.B. an die Hausarbeit, soweit sie trotz der Invalidität noch erfüllt werden könne, bestimmte Anforderungen gestellt werden. Sie müsse «existenziell bedeutsam» sein, um wie bei Erwerbstätigkeit Anspruch auf derart kostspielige Hilfsmittel zu geben.

432 Das EVG hat im Sinne dieser Rechtsprechung einer nichterwerbstätigen Hausfrau einen Anspruch auf Betriebs- und Unterhaltskosten zulasten der IV für Hörgeräte gewährt, und zwar diesmal unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitsartikels, weil sie gegenüber erwerbstätigen Invaliden allgemein (d.h. Frauen wie Männern gegenüber) benachteiligt würde, welche für andere, für die Aufrechterhaltung der Kommunikation bestimmte Hilfsmittel ohne weiteres die notwendigen Betriebs- und Unterhaltskosten ersetzt erhalten.⁶⁷⁴

433 Gleich beurteilte das EVG die Weigerung der Verwaltung, für eine nichterwerbstätige Hausfrau die Kosten für eine binaurale Hörhilfe zu übernehmen⁶⁷⁵. Obwohl diese für die Kommunikation unumgänglich war, wollte die Verwaltung die Kosten dafür nicht übernehmen, weil die Erledigung der Hausarbeiten dadurch nicht beeinträchtigt werde. Das aber widersprach nach Auffassung des EVG dem Gebot der Geschlechtergleichbehandlung.

434 Nach Art. 43^{ter} Abs. 1 AHVG haben auch Altersrentner/innen einen Anspruch auf Hilfsmittel, sofern solche u.A. für die *Selbstsorge* oder für die *Tätigkeit im Aufgabenbereich* unerlässlich sind. Das EVG hielt in BGE 117 V 177 zwar fest, das Gesetz verpflichte den Bundesrat und das zuständige Departement nicht, sämtliche Hilfsmittel, deren Invaliden bedürfen, in die Hilfsmittelliste für Altersrentner/innen aufzunehmen. Bei der Auswahl und der Gestaltungsfreiheit besäße die Verwaltung gerade für die Bestimmung von Hilfsmitteln für Altersrentner/innen ein weites Ermessen, welches nach der Rechtsprechung nur durch das *Willkürverbot* eingeschränkt ist. Im konkreten Fall würde das Ermessen aber überschritten, wenn einer Altersrentnerin ausgerechnet die Übernahme der Kosten für eine Armprothese verweigert würde. Damit wäre eine der Zielsetzungen des IVG, nämlich die Selbstsorge der Altersrentnerin, gerade missachtet worden. Das EVG verwahrte

673 BGE 122 V 212 E. 4b/aa m.Hinw. auf 118 V 200 E. 2c; ZAK 1989, S. 565 E. 3.

674 BGE 124 V 12; 123 V 5; 123 V 20 E. 3b.

675 BGE 116 V 322.

sich mit diesem Entscheid gegen ein reines Kosten-Nutzendenken der Verwaltung zulasten von Invaliden.

Bemerkung: Im Gesamten hat die Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV im Invalidenversicherungsrecht eine Ausweitung der Anspruchsberechtigung für Hilfsmittel gebracht, die v.a. *nichterwerbstätige* Familienfrauen begünstigt, d.h. sie den Erwerbstätigen praktisch gleich stellt. Hier hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Anwendung eines *materiellen Rechtsgleichheitsbegriffs* teilweise über die rein formal geschlechtsneutrale Regelung von Leistungsansprüchen hinaus – die sich nach dem Gesetzes- oder Verordnungswortlaut durchaus allein zugunsten der Erwerbstätigen hätte interpretieren lassen – Entscheide gefällt, welche eine diskriminierende Anwendung solcher Regelungen unterbinden.⁶⁷⁶

bb) Exkurs: Die Schadenminderungspflicht in der Invalidenversicherung

In den Entscheiden zur Hilfsmittelabgabe findet sich immer wieder der Hinweis auf die *Schadenminderungspflicht*.⁶⁷⁷ Damit ist gemeint, dass zur Reduzierung der Hilfsbedürftigkeit die Invaliden die Hilfe ihrer Familienangehörigen oder gar der Nachbarn in Anspruch zu nehmen haben. Das hat beispielsweise dazu geführt, dass einer blinden Hausfrau die Abgabe eines Blindenführhundes unter Berufung auf die Schadenminderungspflicht der Invaliden selbst wie auch ihrer Familienangehörigen verweigert worden ist. Das EVG meinte, für die Abgabe von Hilfsmitteln sei stets ein Bedürfnis erforderlich, d.h. z.B. für die Verbesserung der Tätigkeit im Aufgabenbereich oder für die Aufrechterhaltung der Aussenkontakte. Die Versicherten könnten nicht verlangen, dass die IV ihnen die bestmögliche Eingliederung vermittele. Ein Blindenführhund sei allenfalls für Alleinstehende nötig. Bei einer Ehefrau stünden aber Ehemann, Kinder und Nachbarn für Botengänge zur Verfügung.

Diese *Schadenminderungspflicht* hat immer wieder dazu geführt, Angehörige mit der Behinderung ihrer Ehefrau oder Mutter in die Pflicht

676 Vgl. zur Kritik an den Rechtsgrundlagen der Hilfsmittelansprüche und Vorschläge zur Korrektur BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 177ff., 185ff., 573ff., 593ff.

677 Vgl. BGE 122 V 212 E. 4a und c/aa; 117 V 271 E. 2b; ZAK 1972, S. 592. Ein Begriff, der aus dem Haftpflichtrecht stammt, vgl. ALFRED MAURER, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. A., Bern 1963, S. 198 FN 74a, 225f., 226 FN 34.

zu nehmen. Auch wenn sich das in einem gewissen Rahmen verantworten lässt, geht m.E. die Rechtsprechung diesbezüglich zu weit. Das EVG stützt sich bei seiner Argumentation auf das Eherecht und die daraus fließende *Beistandspflicht* der Angehörigen einer Familiengemeinschaft. Aber der Lebensrealität wird damit nicht Rechnung getragen. Es wird zuwenig beachtet, dass einerseits die Arbeitszeiten und Arbeitswege und andererseits die Schulstundenpläne einem wirksamen Einbezug der Familienangehörigen in solche Hilfstätigkeiten oft entgegenstehen. Gleiches gilt verstärkt auch für die Nachbarschaftshilfe, die ohnehin nur bei guten, freundschaftlichen Beziehungen spielen kann. Zudem ergibt sich aus der Verweisung auf Dritthilfe eine oft zu grosse *Abhängigkeit der Invaliden*, die der eigentlichen Zwecksetzung des IVG entgegensteht.

cc) Eingliederungsmassnahmen wie insbesondere Umschulung als Problem der Gleichstellung

438 Das IVG will nach der Rechtsprechung die Eingliederung Invaliden ins Erwerbsleben oder in den bisherigen Aufgabenbereich sicherstellen.⁶⁷⁸ Stets muss der voraussichtliche Erfolg einer Eingliederungsmassnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu ihren Kosten stehen.⁶⁷⁹ Werden diese Voraussetzungen bejaht, haben Frauen und Männer Anspruch auf invalidenversicherungsrechtliche Gleichbehandlung. Die gesetzlich und verfassungsrechtlich vorgegebene Gleichstellung erleidet allerdings zulasten der Frauen gewisse Einschränkungen, wenn es um berufliche Eingliederungsmassnahmen, d.h. insbesondere um Umschulungsmassnahmen geht.⁶⁸⁰

439 Die Umschulung auf einen andern als den vor dem Eintritt der Invalidität ausgeübten Beruf oder die erstmalige berufliche Ausbildung von Invaliden, die vor der Invalidität nicht erwerbstätig gewesen sind, setzt voraus, dass die Betroffenen *eingliederungsfähig* sind, dass eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist und dass ihnen eine Erwerbsmöglichkeit

678 BGE 121 V 258; 110 V 99 E. 2.

679 BGE 115 V 191 E. 4e/cc; ZAK 1992, S. 210 E. 3a; BGE 121 V 258 E. 2c.

680 Vgl. LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 128 ff.; KATERINA BAUMANN/MARGARETA LAUTERBURG, Benachteiligung von Frauen in der Sozialversicherung, in: Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 161; DIES., Knappes Geld, Rz. 56, 63 ff., 73 ff., 427 ff. Art. 8, 15, 16 Abs. 2 lit. c, 17 IVG; BGE 108 V 210 E. 1c; 124 V 108 E. 2b. Vgl. in diesem Zusammenhang auch z.B. MANTOVANI VÖGELI/BRANDER/GOLL, S. 103 ff., 108 ff., 113 ff.

vermittelt werden kann, die ihrer vorherigen Tätigkeit annähernd gleichwertig ist.⁶⁸¹

Die Versicherten müssen nach der Rechtsprechung in die Lage versetzt werden, durch die erstmalige berufliche Ausbildung oder die Umschulung einen *beachtlichen Teil ihrer Unterhaltskosten* selbst zu verdienen.⁶⁸² Allerdings wird in der Praxis darauf geachtet, dass die Versicherten wirtschaftlich nach Durchführung von solchen *Eingliederungsmassnahmen* nicht besser dastehen als vor dem Eintritt der Invalidität. Das IVG will nach der Rechtsprechung nicht einen sozialen Aufstieg vermitteln, sondern die *Selbstsorge* ermöglichen. Abgestellt wird daher nur auf die *Gleichwertigkeit*. Wesentlich ist nicht in erster Linie das – quantitative oder gar qualitative – Ausbildungsniveau als solches, sondern die zu erwartende *Verdienstmöglichkeit*⁶⁸³ und die Wirksamkeit der Eingliederung.⁶⁸⁴ Zudem müssen die Massnahmen, die keine «Sozialrehabilitation» anstreben dürfen,⁶⁸⁵ bezüglich ihrer Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen.⁶⁸⁶

Diese Praxis beinhaltet gewisse Schwierigkeiten für Frauen und deren Anspruch auf Umschulung.⁶⁸⁷ Sind sie vor Eintritt der Invalidität im (andern) Aufgabenbereich, also im *Haushalt* tätig gewesen, dienen in erster Linie Ansprüche auf *Hilfsmittel* ihrer Eingliederung. Es besteht aber für sie auch die Möglichkeit, Massnahmen zur beruflichen Wiedereingliederung zu erhalten. Das wird jedoch in der Praxis – zulasten von Frauen wie von Männern – recht restriktiv gehandhabt: Einem invaliden, voll erwerbsunfähigen Mann wurde z.B. verweigert, Kurse auf Kosten der IV zu nehmen, die ihm ermöglicht hätten, im Haushalt gewisse weitere Arbeiten als bisher zu übernehmen. Das EVG meinte, es sei nicht Sache der IV, Beiträge für soziale Rehabilitation zu erbringen.⁶⁸⁸ Geht es um Eingliederung von Invaliden, die bisher im «andern» Tätigkeitsbereich gearbeitet haben, lässt sich die Rechtsprechung von Kriterien leiten, die sich aus dem Familienrecht ergeben und eine Anspruchsberechtigung gerade für Frauen auf Umschulung m.E. erschwe-

681 BGE 124 V 108 E. 2a m.Hinw. auf 122 V 77 E. 3b/bb; 99 V 34 E. 2 = Pra 63 Nr. 49; ZAK 1988, S. 468 E. 2a; ZAK 1984, S. 91.

682 ULRICH MEIER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsanspruch im staatlichen Leistungsrecht, Diss. Bern 1985.

683 BGE 124 V 108: Umschulung eines gelernten Bäcker/Konditors auf einen technischen Beruf.

684 ZAK 1988, S. 467 ff.

685 BGE 108 V 210.

686 BGE 103 V 16; 107 V 87; 113 V 273; BGE 121 V 186; 122 V 77.

687 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 77 f., 107 ff.

ren: Es kommt zwar auf die finanziellen Verhältnisse der betroffenen Frau an, aber es sind auch allfällige Erziehungsaufgaben mit in Betracht zu ziehen – alles Kriterien, die nur Frauen gegenüber angewendet werden, und es kommt auch auf das Alter, die beruflichen Fähigkeiten resp. die allfällige frühere Ausbildung und auf die persönlichen Neigungen und Begabungen an. Aber zu beachten ist primär immer die eherechtliche Aufgaben- und Rollenteilung gemäss Art. 163 ZGB.⁶⁸⁹ Davon hängen letztlich die nicht immer gleichstellungsfreundlichen Entscheide der – oft noch traditionell geprägten – IV-Organen ab und treffen vor allem Familienfrauen negativ.

442 Einige weitere Beispiele aus der Rechtsprechung:

- In BGE 113 V 273 wurde einer Tabakarbeiterin die Umschulung auf den Beruf einer Verkäuferin verweigert, weil sie in ihrem angestammten Beruf als Tabakarbeiterin selbst bei einer Arbeitszeitreduktion um 50% ein praktisch gleiches Einkommen in der Tabakindustrie erzielt hätte (jährlich Fr. 20 469.– bei 50%iger Arbeitszeit) wie sie bei einer vollen Arbeitszeit als Verkäuferin erhalten würde. Das Erfordernis der «Gleichwertigkeit» der Arbeit wurde verneint.
- Als ökonomisch bedeutsames Einkommen aus Erwerbsarbeit, das zu einem Anspruch auf Umschulung verhilft, gilt in andern Fällen bereits ein Einkommen in der Höhe des Mindestbeitrags an die AHV/IV i.S.v. Art. 10 Abs. 1 AHVG.⁶⁹⁰
- In BGE 122 V 77 wurde anders als bei der Tabakarbeiterin entschieden: Einer jungen Psychiatrieschwester mit schweren, andauernden depressiven Störungen wurde eine ganze Invalidenrente zugesprochen, aber der Anspruch auf eine berufliche Eingliederung als Damenschneiderin zunächst – und konsequenterweise – abgelehnt, weil der zu erwartende Lohn (Fr. 37 000.– jährlich) sehr viel geringer ausfalle als der vor der Erkrankung erzielte Verdienst als Psychiatrieschwester (jährlich Fr. 62 800.–). Damit war in den Augen der IV-Organen das Prinzip der Gleichwertigkeit verletzt.⁶⁹¹ Das EVG aber hat diesen Entscheid korrigiert. Es überlegte, entscheidend sei, dass die

688 BGE 108 V 210 E. 2: Erblindeter, welcher im Haushalt vermehrt mithelfen wollte. Das wäre bei entsprechender Revision des Art. 8 Abs. 1 IVG noch weniger möglich als dies bei verfassungskonformer Auslegung bereits heute anginge, vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 108f. m.Hinw. auf die Botschaft zur 4. IV-Revision, BBl 2001, 3266 in FN 93.

689 BGE 117 V 194 E. 3b und 4 m.Hinw. auf 114 II 13 E. 3.

690 BGE 118 V 7; 122 V 77.

691 Vgl. BGE 99 V 34 E. 2 = Pra 63 Nr. 49.

beabsichtigte Umschulung in einen minderbezahlten Beruf zu einer dauernden und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsfähigkeit führe.⁶⁹² Könnte die invalide Person dank einer Umschulung einen beachtlichen Teil ihrer Unterhaltskosten selbst verdienen, d.h. wäre das jährliche Einkommen mindestens so hoch wie der Mindestbeitrag für Nichterwerbstätige i.S.v. Art. 10 Abs. 1 AHVG (also mindestens Fr. 390.– bis Fr. 8400.–), bestehe ein Anspruch auf diese Massnahme. Auf die sozial und einkommensmässig verschiedenen Berufsgattungen – Psychiatrieschwester und Damenschneiderin – konnte und durfte es somit nach der zutreffenden Auffassung des EVG gar nicht ankommen.

Bemerkung: Die Rechtsprechung, die sich mit den Anforderung und Voraussetzungen für eine Umschulung oder eine erstmalige berufliche Eingliederung befasst, ist für Frauen von besonderer Bedeutung. Frauen sind weniger als Männer im Erwerbsleben tätig und wenn, dann zumeist in Niedriglohnberufen. Werden sie invalid, wird auf das vor der Invalidität erzielte Einkommen abgestellt. Das erschwert unter zwei Gesichtspunkten die Aussicht, umgeschult zu werden – die Beispiele der Tabakarbeiterin und der Psychiatrieschwester sind m.E. diesbezüglich bezeichnend: Entweder ist der neu gewählte Wunschberuf zu tief oder zu hoch entlohnt. Verkannt wird oft die Tatsache, dass aus Vorurteilen, traditionellem Rollendenken und heute manchmal auch aus wirtschaftlichen Gründen (Abbau von Lehrstellen; neue Technologie) v.a. junge Frauen Schwierigkeiten haben, nach der obligatorischen Schulzeit ein Berufsziel zu verfolgen, das ihrem eigentlichen Wunsch und ihrer Begabung entspräche und zugleich auch Zukunftsaussichten beinhalten würde. Oder aus überlieferten Vorstellungen und einem unrealistischen Wunschbild heraus wählen Mädchen noch zu oft Berufe, die nur eine kurze Ausbildungszeit erfordern oder die lediglich als vorübergehender Broterwerb bis zu einer allfälligen Heirat gedacht sind oder die eine spätere Tätigkeit als Familienfrau erleichtern können. Es sind zumeist auch Berufe, die – weil frauenspezifisch – auf dem Markt nicht besonders hoch bewertet sind (Coiffeuse, Bürolistin, auch Verkäuferin, Pfllegeberufe).

IV-Eingliederungsstellen und Gerichte schenken der Besonderheit der beruflichen Situation von Frauen oft noch zu wenig Beachtung und versuchen, diese leichthin auf den «gewohnten Aufgabenbereich» zu

692 BGE 122 V 77 E. 3b/cc; 115 V 191 E. 5a und c.

verweisen. Fehleinschätzungen der eigenen beruflichen Möglichkeiten, traditionell ausgerichtete Lenkung auf «Frauenberufe» hin, zu wenig Selbstvertrauen, aber auch ein zu enges Verständnis der Behörden einem Ein- oder Umsteigewilligen betroffener Frauen gegenüber lassen Frauen im Zusammenhang mit Eingliederungsmassnahmen bei Invalidität oft auf der Verliererseite stehen.⁶⁹³ Es zeigt sich denn auch, dass Frauen i.d.R. weniger berufliche Massnahmen, aber auch weniger häufig andere Leistungen der IV in Anspruch nehmen können als Männer.⁶⁹⁴ Ähnliche Schwierigkeiten zeigen sich in Fragen der Bemessung des Invaliditätsgrades, wie im Folgenden kurz dargelegt wird.

dd) Bemessung der Invalidität in Erwerbs- und Familienarbeit

- 445 Der Anspruch auf eine IV-Rente setzt nach Art. 28 IVG voraus, dass Versicherte zu mindestens 40% invalid im Sinne des IVG sind. Als *Invalidität* gilt nach der Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 4 IVG die durch einen Gesundheitsschaden verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Beeinträchtigung der *Erwerbsmöglichkeiten* auf dem für die Versicherten in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.⁶⁹⁵ Die *Erwerbsfähigkeit* steht demnach im Vordergrund. Doch auch die *Beeinträchtigung im Aufgabenbereich* fällt in den Bereich einer relativ weit verstandenen «Erwerbsunfähigkeit», wie das EVG bereits früh erkannt hat. Dazu sei auf die Ausführungen zur Frage nach Eingliederungsmassnahmen verwiesen.⁶⁹⁶

- 446 Bei der Frage nach Umfang der Invalidität und Bemessung des Invaliditätsgrades wird dem Zusammenspiel zwischen Erwerbstätigkeit und

693 Vgl. KATERINA BAUMANN/MARGARETA LAUTERBURG, Benachteiligungen von Frauen in der Sozialversicherung, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 161; DIES., Knappes Geld, Rz. 78, 82, 86 ff.; 90 ff., 99 ff., 102 m.Hinw. in FN 86 auf nicht publizierten «grosszügigen» Entscheid vom 18.10.2000; zur Problematik der beruflichen Segregation von Frauen vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? Geschlechter-Segregation in der schweizerischen Berufswelt, Bern 1995; auch LYNN BLATTMANN/MARIE-THÉRÈSE SAUTEBIN, Arbeit – Beruf, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 135 ff., 140 ff.

694 Vgl. Femmes en Suisse, September 2000, S. 7, in welcher ANNETTE WICHT einen noch nicht publ. Bericht von DIANA DELLA ROSA zur Ungleichheit der Frauen in der IV vorstellt: Gegenüber 72% Männern nehmen nur 28% Frauen an beruflichen Eingliederungsmassnahmen teil.

695 Art. 4 Abs. 1 IVG; BGE 121 V 326 E. 3b; 109 V 23; 106 V 86 E. 2b.

696 Vgl. z.B. BGE 108 V 210 E. 1a und c; 98 V 259; 98 V 262; 98 V 265; vorne Rz. 438 ff.

unbezahlter Hausarbeit auch im Invaliditätsfall noch zu wenig Beachtung geschenkt.⁶⁹⁷ Lange Zeit hat es an konkreten Daten über den *Zeitaufwand*, aber ebenso sehr über die *ökonomische Bewertung* der im Haushalt anfallenden Arbeiten gefehlt. Das hat gerechte Lösungen für invalide Frauen ausserordentlich erschwert.⁶⁹⁸

Seit 1988 sieht Art. 28 Abs. 1 IVG drei Rentenarten vor: Ist eine versicherte Person mindestens zu 40% invalid, so hat sie Anspruch auf eine Viertelsrente, beträgt die Invalidität mindestens 50%, so entsteht ein Anspruch auf eine halbe Rente. Erst bei einer Invalidität von mindestens 66 2/3% wird eine ganze Invalidenrente ausgerichtet.⁶⁹⁹ Bei invaliden Frauen wird erfahrungsgemäss häufiger als bei Männern ein nicht rentenanspruchsbegründender Invaliditätsgrad festgestellt.⁷⁰⁰ Invalide Frauen finden sich zudem grösstenteils im Bereich der Viertels- und der halben Renten. Nur wenige erhalten aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung volle IV-Renten.⁷⁰¹

Der massgebende Invaliditätsgrad ergibt sich bei *Erwerbstätigen* aus dem Vergleich des ohne Gesundheitsschädigung erzielten Einkommens und dem Einkommen, das nach Durchführung von Eingliederungsmassnahmen mit einer zumutbaren Arbeit bei ausgeglichenem Arbeitsmarkt erzielt werden kann (Einkommensvergleichsmethode). Entscheidend ist nicht die Beeinträchtigung im angestammten Beruf, sondern diejenige der *Erwerbsmöglichkeiten* auf dem gesamten für die Versicherten

697 BGE 116 V 322; 105 V 63.

698 Erst die Studie von BRÜNGGER/LÖRTSCHER hat Angaben zur zeitlichen und finanziellen Bedeutung der Hausarbeiten gebracht. Vgl. nunmehr BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, Neuenburg 1999; DASS., Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz: zweiter statistischer Bericht, Bern 1996; RUTH HUNGERBÜHLER, Unsichtbar – unschätzbar: Haus- und Familienarbeit am Beispiel der Schweiz, 1988; EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Weniger ist mehr. Konzepte zur Umverteilung von Arbeit zwischen den Geschlechtern, Bern 1997.

699 BG vom 9.10.1986, in Kraft seit 1.1.1988; vorher wurde gar keine Viertelsrente zugesprochen, aber eine halbe Rente konnte in Härtefällen auch bei einem Invaliditätsgrad von 40–50% zuerkannt werden. Zum Problem insgesamt BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 207 ff., 214 ff.

700 Vgl. LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 181, 187 f.; nunmehr BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 40 ff., 241 und FN 222.

701 Dazu BAUMANN/LAUTERBURG, Invalidenversicherung, Abschnitt «Berufliche Eingliederungsmassnahmen» in NFP 35 (nicht publ.). Die Autorinnen weisen darauf hin, dass sich auch für die Ansprüche gegenüber der IV die unterschiedliche Berufswahl von Mädchen und Knaben gleich wie die beruflichen IV-Massnahmen auswirkt. Die Arbeit stütze sich auf die Jahre bis 1995.

in Betracht fallenden, ausgeglichenen Arbeitsmarkt und die damit verbundene Einkommenseinbusse.⁷⁰²

449 Invalide, die vor Eintritt der Invalidität nicht erwerbstätig gewesen sind, gelten als «Sonderfälle»: Kann ihnen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden, wird die Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen, der Erwerbstätigkeit gleichgestellt.⁷⁰³ Für Nichterwerbstätige bestimmen sich die Ansprüche somit nach der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der *Zumutbarkeit*. Als Schranke gilt nach der Rechtsprechung nur das *Willkürverbot*. Als bisheriger Aufgabenbereich gilt die übliche Tätigkeit im Haushalt und allenfalls im Betrieb des Ehepartners oder der Ehepartnerin sowie die Erziehung der Kinder. Die Unmöglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, aber die Möglichkeit, sich wenigstens im bisherigen Aufgabenbereich nützlich zu machen, führt nach der Rechtsprechung des EVG zur Bemessung des Invaliditätsgrades nach dem Ausmass der Behinderung in diesem andern Aufgabenbereich.⁷⁰⁴ Das ist die besondere Bemessungsmethode des Betätigungsvergleichs. Seit 1993 werden dank der offenen Rechtsprechung nunmehr auch soziale Tätigkeiten von Haushaltführenden neben den gewöhnlichen Aufgaben (Haushaltführung, Kinder- und ev. Gartenpflege usw.) mit in die Bemessung einbezogen.^{705, 706}

450 Da jedoch v.a. weibliche Versicherte häufig teilweise als Erwerbstätige, teilweise als Nichterwerbstätige zu qualifizieren sind, stellte sich das Problem, wie in solchen Fällen der Invaliditätsgrad zu ermitteln sei. Die Rechtsprechung ist zunächst davon ausgegangen, man könne nicht gleichzeitig als erwerbs- und als nichterwerbstätig eingestuft werden.⁷⁰⁷ Die teilzeitlich erwerbstätigen Hausfrauen wurden deshalb entweder der einen oder andern Kategorie zugeteilt, je nachdem, ob sie wenigstens zu 50% – und damit in *beachtlichem Umfang* – erwerbstätig waren oder nicht. Nach dieser Praxis, die der Lebensrealität von Frauen wenig gerecht wurde, gehörte zu den Erwerbstätigen eine Hausfrau, die vor der Invalidierung in vollem Ausmass erwerbstätig gewesen war oder den überwiegenden Teil dessen erwarb, was sie bei voller Ausübung einer Er-

702 LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, Rz. 145 FN 204; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 207f.

703 Vgl. Marginale zu Art. 5 IVG; dazu auch Art. 27 IVV: Betätigungsvergleich.

704 BGE 98 V 259; 98 V 262; 98 V 265.

705 LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 146.

706 Art. 28 Abs. 2 und 3 IVG und Art. 27 und 27^{bis} IVV.

707 ZAK 1965, S. 389; ZAK 1969, S. 198 und 418.

werbstätigkeit gleicher Art hätte verdienen können. Hingegen wurde als nichterwerbstätig eine Hausfrau betrachtet, die schon vor Eintritt der Invalidität neben der Besorgung des Haushaltes nur einen geringen Nebenverdienst hatte. Je nach dem ist die Bemessungsmethode für Erwerbs- oder für Nichterwerbstätige angewendet worden.⁷⁰⁸

451 Diese Entweder-oder-Lösung hat indessen nicht zu befriedigen vermocht. Die Rechtsprechung des EVG hat daher ab 1972 verlangt, bei Beurteilung des Invaliditätsgrades oder der Abklärung von Eingliederungsmassnahmen müsste allen Tätigkeitsbereichen *angemessen Rechnung* getragen werden. Diese neue Rechtsprechung ist damit begründet worden, die Regelung des Entweder-Oder sei unbefriedigend, weil sie – mangels genauer Kriterien zur Bewertung der häuslichen Tätigkeit – praktisch zu einer günstigeren Behandlung der überwiegend erwerbstätigen Hausfrau gegenüber jenen Frauen führe, die zwar vorwiegend im Haushalt tätig sind, aber daneben noch aufgrund ihrer *familienrechtlichen Beistandspflicht* mit einer ausserhäuslichen Erwerbsarbeit in wesentlichem Masse zum Familieneinkommen beitragen würden.⁷⁰⁹

452 Diese Rechtsprechung ist in Art. 27^{bis} IVV gesetzgeberisch umgesetzt worden. Diese Bestimmung bezieht sich auf Teilerwerbstätigkeit und sieht eine gemischte Methode zur Bemessung des Invaliditätsgrades vor. Sie schreibt eine Art Aufspaltung der beiden Tätigkeitsbereiche (Erwerbs- und anderer Aufgabenbereich) vor, wobei die Anteile je gesondert festzulegen sind. Entsprechend der Behinderung in je den beiden Bereichen muss der Invaliditätsgrad als «gemischte Grösse» ermittelt werden. Ist aber anzunehmen, dass die Versicherte im Zeitpunkt der Prüfung des Rentenanspruchs ohne Gesundheitsschaden ganztätig erwerbstätig wäre, so ist nach Abs. 2 dieser Verordnungsbestimmung der *Invaliditätsgrad* ausschliesslich nach den Grundsätzen für Erwerbstätige zu bemessen. Es handelt sich nach der Rechtsprechung um eine analoge Anwendung der Art. 4 und 5 IVG auf Gemischterwerbstätige und verlangt die Prüfung der *Zumutbarkeit*.⁷¹⁰ Wäre für nicht- oder für teilerwerbstätige Invalide aufgrund ihrer gesamten persönlichen, familiären, wirtschaftlichen Situation und angesichts ihrer beruflichen Erfahrung die Aufnahme einer (vollen oder teilweisen) Erwerbsarbeit zu erwarten gewesen und ist eine solche als zumutbar

708 BGE 98 V 259 E. 2.

709 BGE 98 V 262 E. 1; 98 V 265 E. 1c; 104 V 148; 117 V 194; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 251 ff., 642 ff.

710 BGE 125 V 146 E. 5.

erkannt worden, gilt nach der Rechtsprechung des EVG allein der Einkommensvergleich, wobei möglichst genau die allenfalls zu erwartenden Einkommen zu ermitteln sind.⁷¹¹

453 Nach nunmehriger Praxis des EVG ist für die Invaliditätsbemessung jene der heutigen drei Methoden (Einkommensvergleich, Betätigungsvergleich, gemischte Methode) zu wählen, welche der Tätigkeit entspricht, die von der invaliden Person ausgeübt resp. ihr zugemutet würde, wenn sie den Gesundheitsschaden nicht erlitten hätte.⁷¹² Es geht dabei weitgehend um hypothetische Fragen. Wie diese beantwortet werden, hängt stark von den allgemein geltenden Vorstellungen und Wertungen der Rechtsanwendenden ab und lässt sich kaum je von persönlichen Lebensmustern und den Vorverständnissen der Verwaltung, der IV-Eingliederungsstellen, der Gerichte abstrahieren. Das hat denn auch unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten Folgen:

454 So wurde Frau S.-Z. nach der Geburt ihres Sohnes die IV-Rente gestrichen mit der Begründung, als Mutter eines Kleinkindes hätte sie nach der *allgemeinen Lebenserfahrung* auch ohne Invalidität ihre Erwerbsarbeit aufgegeben. In diesem Fall argumentierte das EVG ausgeprägt nach altem Rollenmuster. Der EMRGH entschied indessen, dass eine solche Betrachtungsweise vor dem Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht mehr angehe.⁷¹³

455 Allerdings hat das EVG bereits während des Verfahrens vor dem EMRGH seine Auffassung in dieser Hinsicht korrigiert.⁷¹⁴ In BGE 117 V 194 stellte es die infolge des Art. 4 Abs. 2 aBV und Art. 163 ZGB veränderte Rechtslage dar. Für die Frage, ob eine Invalide als ganztätig oder zeitweilig Erwerbstätige zu betrachten sei, sollte nicht einfach entscheidend sein, was die betroffene Frau vor Eheschluss und vor Invalidität getan hat. Entscheidend ist nach Auffassung des EVG nur jene Tätigkeit, welche die Versicherte ausüben würde, wenn sie nicht invalid geworden wäre. In dieser Hinsicht sei demnach zu prüfen, ob die Versicherte ohne Invalidität vorwiegend erwerbstätig oder im Haushalt be-

711 Kritisch zur Rechtsprechung des EVG, das weniger «teilzeitfreundlich» zu entscheiden pflege als dies wünschbar wäre, LEUZINGER-NAEF, Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse, S. 125 ff.; RUMO-JUNGO, S. 189 ff.; MOSIMANN, S. 213 ff.; auch BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 214 ff., 640 ff., 653 ff.

712 BGE 98 V 262 E. 1; 98 V 265 E. 1c; 104 V 148; 117 V 194.

713 Nicht publ. BGE vom 21.1.1988; Entscheid des EGMR, Rs 17/1992/362/436 vom 24.6.1993; sowie der neue Entscheid des EVG in dieser Rechtssache vom 22.8.1991 in ZAK 1992, S. 195. Dazu auch BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 220 ff.

714 In BGE 117 V 194 aus dem Jahre 1991.

schäftigt gewesen wäre. Bei der Prüfung dieser Frage spielt die finanzielle Situation, die persönlichen und familiären Aufgaben, die beruflichen Fähigkeiten, Ausbildung und persönliche Neigungen und Begabungen neben der *eherechtlichen Aufgaben- und Rollenverteilung* die entscheidende Rolle. Mit Art. 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 aBV und Art. 163 ZGB wäre es nicht zu vereinbaren, einer traditionellen Rollenverteilung, die der Frau die Besorgung des Haushaltes zuweise, im Rahmen der Invaliditätsbemessung den Vorrang einzuräumen und die beruflicherwerblichen Interessen der Ehefrau geringer einzustufen als diejenigen des Ehemannes.

Im Entscheid vom 23. August 1990 i.S. Y. X. ging es um eine 41-jährige geschiedene Frau, welche mit einer im Zeitpunkt der Scheidung 16-jährigen Tochter zusammen lebte und die sich wegen psychischer Beschwerden bei der IV angemeldet hatte. Es war unbestritten, dass diese Frau angesichts einer sehr niedrigen psychischen und körperlichen Belastungsgrenze nur noch in geringem Umfang leistungsfähig war. Das kantonale Gericht legte die Erwerbsunfähigkeit dieser Invaliden auf 90% fest, sprach ihr aber nach der Prüfung der Zumutbarkeit die Wahrscheinlichkeit der Aufnahme einer Erwerbsarbeit ab, weil sie ohne Invalidität höchstens eine Teilzeitarbeit aufgenommen hätte. Das Bundesamt für Sozialversicherung meinte umgekehrt, diese Versicherte könne ihren beruflichen Einsatz zumutbarerweise steigern, weshalb überhaupt kein rentenbegründender Invaliditätsgrad angenommen werden könne. Im Gegensatz zum kantonalen Gericht, das weitgehend nach dem alten Rollenmuster geurteilt hatte, hat das EVG darauf hingewiesen, es bestehe «eine natürliche Vermutung», dass eine Frau unter den Umständen, wie sie bei Frau X. als geschiedener, alleinerziehender Mutter vorlägen, bei voller Gesundheit zur Erzielung eines normalen, zumindest existenzsichernden Einkommens voll erwerbstätig wäre. Die Betroffene erhielt in Anwendung der Methode des Einkommensvergleichs daher anstelle der im kantonalen Verfahren zugesprochenen halben (Härtefall-)Rente⁷¹⁵ eine volle IV-Rente.

Im Ergebnis unbefriedigender, weil IV-rechtlich schwieriger zu bemessen, ist der Grad der Invalidität für Frauen, welche ohne Lohn im

715 Art. 28 Abs. 1^{bis} IVG seit 1.1.1988. Im Gegensatz dazu Entscheid des EVG vom 18.1.1991 i.S. F. M.: Trotz 85% Erwerbstätigkeit vor der Invalidität und der Sorge für einen erwachsenen Sohn ging das EVG davon aus, diese Frau wäre auch ohne Invalidität nur teilerwerbstätig. Daher wurde hier die gemischte – und damit schlechtere – Methode angewendet. Vgl. ebenso BGE 127 V 129.

Geschäft ihres Ehegatten mitarbeiten. IV-rechtlich gilt eine solche Frau als Nichterwerbstätige mit erweitertem Aufgabenbereich. Das gilt nach der Rechtsprechung des EVG auch bei ausschliesslicher (arbeitsvertragsloser) Mitarbeit im ehelichen Betrieb ohne Haushaltsführung. Ebenfalls unbefriedigend bleibt die Rechtslage von Frauen, die einen ein normales Arbeitspensum übersteigenden Einsatz im Geschäft des Ehemannes leisten.⁷¹⁶

458 Frau M.-M. war vor ihrer Invalidität während 14,5 Stunden täglich vorwiegend im Geschäft, aber zudem noch in einem erheblichen Umfang im Haushalt tätig. Für ihre Tätigkeit im Molkereigeschäft ihres Ehemannes wurde ihr lediglich eine Arbeitsfähigkeitsquote von 75% angerechnet und für die Haushaltarbeit noch 25%. Denn das EVG geht davon aus, dass insgesamt nicht mehr als eine – sich an der arbeitsrechtlichen Regelung der Wochenarbeitszeit ausrichtende – Arbeit von 100% für die Invaliditätsbemessung in Betracht gezogen werden könne.⁷¹⁷ Aufgrund der spezifischen, gemischten Methode wurde in diesem Fall ein Invaliditätsgrad von insgesamt 38% ermittelt, womit jeder Rentenanspruch entfiel. Damit wollte sich diese Frau nicht abfinden. Sie wollte die Bemessung ihrer Invalidität allein aufgrund ihrer Tätigkeit im Geschäft, denn ihrer Auffassung nach handelte es sich bei ihrem Einsatz um eine Tätigkeit, welche einer 100%-igen Berufsarbeit entsprochen hat.

459 Doch dieser Argumentation wollte das EVG im konkreten Fall nicht folgen. Denn selbst wenn die Gesamtarbeitszeit das zumutbare Ausmass überschreitet, muss nach Auffassung des EVG in jedem einzelnen Tätigkeitsbereich eine anteilmässige Kürzung des effektiv erbrachten Arbeitsaufwandes erfolgen – was im Grunde der Lebensrealität vieler Frauen widerspricht und in der Praxis zu niedrigen Renten oder gar zu deren Ausschluss führt – ein klarer Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot oder Benachteiligungsverbot des Art. 8 Abs. 3 BV.⁷¹⁸ Immerhin ermittelte das EVG im konkreten Fall (die Betroffene war effektiv für die Mitarbeit im Geschäft nicht mehr fähig) einen leicht höheren Invaliditätsgrad – 50% in der Geschäftstätigkeit, 5% im Haushalt

716 Nicht publ. Entscheid des EVG vom 2.9.1988 i.S. I. N.-M. in ZAK 1989, S. 114. Seit 1.1.2001 wird die Mitarbeit resp. die entsprechende Leistungseinbusse nach dem Einkommensvergleich bemessen, BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, S. 82 FN 231.

717 Nicht publ. Entscheid des EVG vom 15.5.1993 i.S. B.-J. E. 4b/cc; ZAK 1989, S. 114 E. 4b.

718 Vgl. die Studie des BUNDESAMTES FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 15 ff.; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 214 ff.

– von insgesamt 42,5%. Das ergäbe nach heutigem Recht Anspruch auf eine damals aber noch nicht vorgesehene Viertelsrente.

Das EVG hat den in diesem Fall erhobenen Vorwurf einer Verletzung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes zurückgewiesen. Denn die Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Nichterwerbstätigkeit sei bereits vom Gesetzgeber getroffen worden. Damit entfalle eine richterliche Beurteilung der Verfassungskonformität. Ebenso verneinte das EVG einen Verstoss gegen das Geschlechtergleichbehandlungsgebot. Die gesetzlichen Regeln wie auch die Verordnungsbestimmungen seien *geschlechtsneutral* formuliert worden. Damit werde Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV Rechnung getragen.⁷¹⁹

Die 1938 geborene, alleinstehende A. Ch.-L. war neben der Besorgung ihres Haushaltes und der Erziehung ihres Kindes als Raumpflegerin tätig, und zwar zu 80%.⁷²⁰ Sie war wegen Rückenschmerzen in ihrer Erwerbstätigkeit stark beeinträchtigt. Der Invaliditätsgrad wurde im kantonalen Verfahren nach der gemischten Methode – für Teilzeit- und Hausarbeit – auf 42% festgelegt, was der Invaliden zu einer Viertelsrente (ab 1. Februar 1992) verhalf. Doch die Betroffene, die eine halbe Rente als gerechtfertigt betrachtete, berief sich u.a. auf das Gleichstellungsgebot, weil auf der Hand liege, dass ein alleinstehender Mann, der nur eine 80%-Stelle habe und daneben für seine persönlichen Bedürfnisse selbst Sorge, nicht zu 20% als Hausmann, sondern ausschliesslich als Berufstätiger behandelt würde. Trotz dieser zutreffenden Argumentation verwies das EVG indessen wiederum auf die *Geschlechtsneutralität* der gesetzlichen Bestimmungen. Bei der Invaliditätsbemessung müsste ein Ehemann je nach familiärer Rollenverteilung in den gleichen Verhältnissen gleich behandelt werden.⁷²¹ Ob allenfalls eine indirekte Diskriminierung vorliegen könnte, hat das EVG nicht geprüft.

Die Frage, ob eine Versicherte als ganztätig oder zeitweilig Erwerbstätige oder als Nichterwerbstätige einzustufen sei, stellte sich auch im Falle der Frau M.⁷²² Die 1942 geborene italienische Staatsangehörige

719 Die bevorstehende 4. IVG-Revision beabsichtigt, die Mitwirkung einer Ehepartei im Geschäft oder Betrieb der andern Partei nunmehr einer Erwerbsarbeit gleichzustellen. Vgl. die Praxis seit 1.1.2001, vorne Rz. 716.

720 Frauen, vor allem Ehefrauen und Alleinerziehende, finden sich in weit überwiegender Anzahl im Bereich der Teilzeitarbeit: Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 12, 32 f.

721 ZAK 1989, S. 118 E. 4c; 1992, S. 132; nicht publ. Entscheid vom 15.12.1994 i.S. A. Ch.-L. c. AK Thurgau.

722 BGE 117 V 194.

ist verheiratet und Mutter zweier erwachsener Kinder. Sie arbeitete während 26 Jahren als Reinigungsaushilfe mit einem Teilzeitpensum. Ab Oktober 1987 war sie während täglich 4 1/2 Stunden als Buffetdame in dem von ihrem Sohn geführten Café tätig. Sie litt an Rückenschmerzen, was zur Abklärung ihres Invaliditätsgrades geführt hatte. Dieser wurde zunächst auf nur 19% festgelegt, womit jeder Rentenanspruch entfiel. Für das EVG war abzuklären, ob die Invalidität mindestens 50% betrage, wie die Betroffene geltend machte.

463 Für das EVG stellte sich daher die in solchen – häufigen – Fällen einer kombinierten Tätigkeit die Frage, was die Versicherte tun würde, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung bestünde.⁷²³ Im konkreten Fall hat das EVG angenommen – vor allem angesichts der relativ prekären finanziellen Situation des Ehepaares –, die Beschwerdeführerin hätte ohne Invalidität eine volle Erwerbstätigkeit aufgenommen. Dazu komme, dass in Fremdarbeiterfamilien eine ganztägige Erwerbsarbeit der Ehefrau wesentlich häufiger anzutreffen sei als in schweizerischen Familien. Frau M. wurde daher als ganztägig Erwerbstätige eingestuft, und ihr Invaliditätsgrad musste nach der für sie günstigeren allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs ermittelt werden.

464 Wie schwierig sich die Bemessung des Invaliditätsgrades vor allem bei Frauen mit ihren unterschiedlichsten beruflich-häuslichen Betätigungsfeldern erweist, zeigt der Sachverhalt in BGE 125 V 146: Die 1958 geborene Versicherte, die für zwei kleinere Kinder aufkommen muss, hat nach 10-jährigem Unterbruch eine Teilzeitarbeit als Sachbearbeiterin übernommen. Sie litt nach einem Verkehrsunfall unter ernsthaften gesundheitlichen Störungen und hat sich deshalb zum Bezug einer IV-Rente angemeldet. Dieses Begehren wurde zunächst abgelehnt. Die IV-Stelle hat einen Invaliditätsgrad im Erwerbsbereich von lediglich 30% ermittelt, und damit entfiel jeder Rentenanspruch. Nach Mitberücksichtigung einer 40%igen Einschränkung im Haushalt wurde sodann eine Gesamtinvalidität von 38% errechnet. Die IV-Stelle ermittelte den Invaliditätsgrad im Rahmen des Rekurses der Betroffenen ein zweites Mal und gelangte nunmehr – bei unveränderten persönlichen und gesundheitlichen Verhältnissen, aber bei einer höheren Gewichtung der erwerbsbezogenen Invalidität – zu einem Invaliditätsgrad von 46%. Das hätte Anspruch auf eine Viertelsrente gegeben. Auf Beschwerde der Versicherten hin rechnete die Rekurskommission erneut

723 BGE 117 V 194.

und ermittelte nunmehr eine Gesamtinvalidität von 58,8%, womit ein Anspruch auf eine halbe IV-Rente entstanden wäre. Die Beschwerde der Betroffenen wurde daher gutgeheissen. Das EVG selbst hat seinerseits einen Invaliditätsgrad von noch 49,6% ermittelt und hat diesen in der Folge erstmals in seiner Geschichte auf 50% aufgerundet, was bisher nicht möglich war und auch heute grundsätzlich abgelehnt wird.⁷²⁴ Für die Betroffene aber war der Anspruch auf eine halbe IV-Rente auf dieser Grundlage ausgewiesen.

Bemerkung: In diesem Entscheid 125 V 146 hat sich das Versicherungsgericht einlässlich mit der in der Lehre umstrittenen gemischten Methode auseinandergesetzt.⁷²⁵ Es entspricht zwar einem alten Anliegen von Frauen, dass bei Teilerwerbstätigen mit Aufgaben im andern (Haus-)Tätigkeitsbereich beide Aufgabenbereiche bei Ermittlung des Invaliditätsgrades mitberücksichtigt werden.⁷²⁶ Sowohl die Rechtsprechung wie auch der Verordnungsgeber mit Art. 27^{bis} IVV haben dem denn auch Rechnung zu tragen versucht. Aber die faktischen Folgen sind wenig erfreulich: Es bleibt unbefriedigend, dass einerseits bei Anwendung der gemischten Methode je nach Grösse des Anteils der Tätigkeit im Aufgabenbereich und jener im Erwerbsbereich der mathematisch ermittelte Invaliditätsgrad unter Umständen – trotz teils erheblicher Beeinträchtigung im einen oder in beiden Bereichen – tiefer ausfällt, als wenn eine der andern Methoden zur Anwendung käme. Dadurch werden regelmässig v.a. invalide Frauen benachteiligt.⁷²⁷ Unbefriedigend ist zudem, dass andererseits der Tatsache, dass sich die verschiedenen von Frauen (oder ev. auch von Männern) zu ertragenden Doppelbelastungen gegenseitig beeinflussen und ihrerseits Auswirkungen auf die möglichen gesundheitlichen Behinderungen haben, kaum Rechnung getragen wird. Der Auswirkung von *Doppelbelastung* durch Erwerbs- und Hausarbeit auf den einen oder andern Tätigkeitsbereich wäre in irgend einer Form bei Ermittlung des Invaliditätsgrades vermehrt oder besser Beachtung zu schenken. Es ist wenig verständlich,

465

724 BGE 127 V 129 E. 4: Zur grundsätzlichen Frage des Auf- und Abrundens bei der Festlegung des Invaliditätsgrades.

725 MOSIMANN, S. 214. Kritisch bereits BAUMANN/LAUTERBURG, Invalidenversicherung, Kap. 7, 6 ff. und nunmehr in: Knappes Geld, Rz. 269 ff., auch FN 241; LEUZINGER-NAEF, Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse, S. 91 ff.; RUMO-JUNGO, S. 187 ff.

726 BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherung, S. 212 f.

727 BGE 125 V 146 E. 5 c/dd; 127 V 129 E. 3 und 5; LEUZINGER-NAEF, Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse, S. 127; LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER/AESCHBACHER, S. 623; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 238 ff., 258 ff., insb. Rz. 643 ff., 655 ff., 661 ff., 668 ff.

dass die Arbeitsbelastung von erwerbstätigen Hausfrauen und Familienmüttern invalidenversicherungsrechtlich wie bei ausschliesslich Berufstätigen insgesamt nie mehr als 100% betragen kann, obwohl die zeitliche Belastung in Haushalt und Familie teilweise – und zusätzlich zur Berufsarbeit – quantitativ nahezu gleich gross oder teilweise noch grösser ist. Das EVG hat diese Problematik zwar in einem nicht publizierten Entscheid vom 15. November 1996 zu lösen versucht. In seiner neuen Rechtsprechung aber will es die in der Lehre gegen die Folgen der gemischten Methode erhobene Kritik nicht allgemein umsetzen.⁷²⁸ Das EVG meint dazu nach wie vor, es komme auf die Beurteilung der Frage an, ob und allenfalls in welchem Umfang einer oder einem haushaltführenden nicht- oder teilerwerbstätigen Versicherten die Aufnahme oder Erweiterung einer Erwerbstätigkeit zugemutet werden könne. Bei der Beantwortung dieser Frage müssten haushaltbezogene, sich im Berufsbereich nicht offensichtlich auswirkende Leistungseinbussen grundsätzlich unbeachtlich bleiben. Denn sonst müsste konsequenterweise auch bei voll erwerbstätigen Versicherten eine die Leistungsfähigkeit im erwerblichen Bereich vermindernde Hausarbeit berücksichtigt werden, was die Rechtsprechung bisher abgelehnt habe.⁷²⁹

466 Diese Ablehnung einer auf der Hand liegenden Tatsache durch die Rechtsprechung ist m.E. nicht zwingend und wäre zudem durch eine verfassungsmässige – weite – Auslegung ohne Verletzung von Art. 191 BV änderbar. Denn es ist unbefriedigend oder gar stossend und widerspricht den tatsächlichen Lebensverhältnissen, dass der gesamte für die Invaliditätsbemessung in Betracht fallende Zeitaufwand von Tätigkeiten, die noch vorwiegend zum Arbeitsfeld von Frauen gehören, deren Berufstätigkeit beeinflussen und zudem die Frage der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit negativ beeinflussen,⁷³⁰ insgesamt stets nur 100% betragen kann. Dem widersprechen neben der eigenen Lebenserfahrung jeder Frau vor allem die neuesten Untersuchungen, die je nach Altersgruppe, Familienbelastung, Erwerbszeit und sozialer Herkunft resp. Ausbildung eine – zusätzlich zur Erwerbsarbeit vorwiegend von Frauen zu erbringenden – Arbeitszeit im Haushalt von durchschnittlich mindestens 24 Wochenstunden ausweisen können. In diesem Bereich der *Invaliditätsbemessung*, die ohnehin auf vielen kaum konkret nachprüfbaren hypothetischen Annahmen beruht, wäre daher m.E. – gerade auch im

728 Vgl. Rz. 449.

729 BGE 99 V 43; ZAK 1988, 476; ZAK 1980, 600.

730 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 230 ff., 234 ff.

Blick auf mögliche *indirekte Diskriminierungen* – die in BGE 125 V 146 bestätigte Praxis zu überdenken, umso mehr, als das EVG nicht immer konsequent von der Gesamtlimite der 100%-Tätigkeit ausgegangen ist.⁷³¹ Hausarbeit ist nie einfach Differenz zur Erwerbsarbeit, sondern wird daran angehängt und dürfte zudem nicht einfach ausgeblendet werden. Es wäre daher zu bedenken, ob anstelle der prozentualen Mischung der je für beide Tätigkeitsbereiche ermittelten Invaliditätsgrade nicht entweder die Arbeitszeiten kumuliert und auf dieser Basis der Invaliditätsgrad ermittelt oder dass auf den je höheren Invaliditätsgrad abgestellt und je nach dem die Methode des Einkommens- oder jene des Betätigungsvergleichs angewendet wird.⁷³² In dieser Hinsicht ist wohl noch nicht das letzte Wort gesprochen.

§ 2 Satz 2: «Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit»

I. Gleichstellung als Aufgabe der Gesetzgebung

Aus Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV hat das Bundesgericht geschlossen, es sei *Aufgabe der Gesetzgebung*, auf allen Stufen des Staates *die Gleichstellung von Mann und Frau* nicht nur in den explizit aufgezählten (Familie, Ausbildung und Arbeit), sondern *in allen Lebensbereichen zu verwirklichen*. Dem Staat, d.h. dem Gesetzgeber und allen rechtsanwendenden Organen in Bund, Kantonen und Gemeinden, obliegt somit die Aufgabe, den Frauen sowohl zu rechtlicher als auch zu *tatsächlicher* Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit zu verhelfen, sei es dadurch, dass für Frauen *Gleichheit der Chancen*, Gleichheit der «Startbedingungen» geschaffen wird, sei es aber auch dadurch, dass gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Schranken, die der Nutzung gleicher Chancen für Frauen entgegenstehen, mit Hilfe gleichstellungsfördernder oder auch durch Beibehaltung kompensatori-

467

731 Vgl. dazu die Beispiele und die Ausführungen von RUMO-JUNGO, S. 196 ff.

732 Auch bereits LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 157 ff.; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 238 ff., 269 ff., 276 ff., v.a. Rz. 655 ff., 661 ff., 667 ff., 676 ff.

scher, «privilegierender» Massnahmen abgebaut werden.⁷³³ Dass Satz 2 von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV Grundlage derartiger Massnahmen ist, wird von Lehre und Rechtsprechung heute anerkannt.⁷³⁴

468 Der zweite Satz der geschlechtsbezogenen Gleichstellungsbestimmung nimmt somit zur Hauptsache die Gesetzgebung in Pflicht. Die Realisierung der Gleichbehandlung der Geschlechter in der Lebenswirklichkeit kann denn auch nicht allein Sache der Rechtsprechung sein; diese stösst sowohl in Fragen der Rechtsgleichheit als vor allem auch, wenn es um die Beseitigung tatsächlicher Ungleichheiten und um den Abbau von diskriminierenden Benachteiligungen und Behinderungen im alltäglichen Leben geht, an Grenzen, insbesondere an jene der Gewaltenteilung und des Föderalismus.⁷³⁵ Es ist daher auch Aufgabe der Gesetzgebung, die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen für die Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann in Familie, Ausbildung und Arbeit zu schaffen. Diese Aufgabe wird seit der Ratifizierung des Übereinkommens von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, in Kraft seit 26. April 1997, durch dessen Art. 2 lit. c wie auch durch die beiden UNO-Pakte vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) und über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II), je in Art. 3, noch zusätzlich unterstrichen.⁷³⁶

1. Gesetzgeberische Gleichheitsbestrebungen

469 Die Gesetzgebung in Bund und Kantonen ist denn auch seit 1981 nicht untätig geblieben:⁷³⁷

733 BGE 116 Ib 270 E. 7a; 116 Ib 284 E. 7a: Sonntags- und Nachtarbeit für Frauen; 123 I 152 E. 3a: Solothurner Quotenentscheid; BGE 125 I 21 E. 3a: Urner Quotenentscheid; 117 V 194 E. 4a: Anspruch auf Witwenrente in der 2. Säule; 121 I 97: Fehlbetragsteilung.

734 Vgl. bereits Botschaft Gleiche Rechte, S. 73; KAUFMANN, Gleichstellung, S. 34 ff.; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte (1991), S. 232; Grundrechte (1999), S. 457.

735 Vgl. vorne Rz. 111 ff., 113 ff., 124 ff.; auch BGE 114 Ia 329; 114 II 349 = Pra 79 Nr. 114: Verlängertes Arbeiten für eine Frau in privatrechtlichem Verhältnis als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheitsgebot? Von den Grundwerten der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit werden v.a. Föderalismus und Gewaltentrennung immer wieder vom Bundesgericht als Grenze für die richterliche Durchsetzung der geschlechtsbezogenen Gleichstellung angerufen.

736 Zur Bedeutung dieses Frauenübereinkommens siehe HAUSAMMANN/SCHLÄPPI, S. 32 ff.

737 Vgl. den Bericht des Bundesrates über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 26.2.1986; dazu Eidg. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG, Stand der Umsetzungsarbeiten, Dezember 1990.

- So ist beispielsweise auf 1. Januar 1988 ein *partnerschaftliches Ehe-recht* eingeführt worden.⁷³⁸
- Seit 1990 stehen alle Schweizerinnen im Genuss des allgemeinen *Er-wachsenenstimmrechts*.⁷³⁹
- Durch die Revision des *Bürgerrechtsgesetzes* vom 23. März 1990 ver-liert die Schweizerin ihr Bürgerrecht nicht mehr durch Heirat, und die Ausländerin erwirbt das Schweizer Bürgerrecht nicht mehr auto-matisch durch Heirat.
- Ausländische Ehefrauen von Schweizern und der ausländische Ehe-mann einer Schweizerin erwerben gleicherweise einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Der An-spruch auf *Erteilung der Niederlassungsbewilligung* ist nunmehr für beide Geschlechter gleich formuliert.
- Ferner ist nun die individuelle Einbürgerung von Ehegatten vorgese-hen, und der frühere Einbezug in die Ausweisung eines Ehegatten oder einer Ehegattin ist fallen gelassen worden.
- In verschiedenen Pensionskassen⁷⁴⁰ sind die *Altersgrenzen* für den Bezug einer Pension von Frauen und Männern gleich; ebenso ist der *Anspruch auf Witwen- oder Witwerrenten* grundsätzlich übereinstim-mend geregelt worden.
- Auch das AHVG hat mit der 10. Revision von 1994/1997 eine Annä-herung des bisher unterschiedlichen Rentenalters und der – unter ge-wissen Bedingungen gewährten – Berechtigung zum Bezug auch von Witwerrenten an das Gebot formaler Gleichstellung gebracht.⁷⁴¹ Ge-wichtige Postulate wie insbesondere das *Beitragssplitting* während der Ehe sowie die *Anrechnung von Erziehungs- und Betreuungsgut-schriften* – wenn auch nur im Rahmen eines engen Verwandtschafts-begriffs – sind realisiert worden.⁷⁴²

738 Vgl. BGE 114 II 26 E. 5c; 114 II 301 E. 4a = Pra 78 Nr. 112. Eine der Absichten war, Familienarbeit mit Berufsarbeit gleichzustellen. Dazu sollten die seit langem als stossend empfundenen, Frauen diskriminierenden Bestimmungen des Ehe-rechts beseitigt werden.

739 Dank der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für die Frauen von Appenzell IRh, vgl. BGE 116 Ia 359.

740 Vgl. dazu BGE 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289; Pensionierungsalter. Vgl. zur Geschichte BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherung, S. 101 ff.; Altersgrenze; S. 169 ff.; Witwen-renten; sodann Art. 13 BVG = Altersgrenze; Art. 19 = Witwenrentenanspruch. Neuestens – im Jahre 2001 – ist nun auch die Altersgrenze nach BVG übereinstim-mend auf 63 Jahre durch dringlichen Bundesbeschluss (!) festgesetzt worden.

741 Vgl. 10. AHV-Revision vom 7.10.1994, in Kraft seit 1.1.1997, Art. 21 Abs. 2, 23 und 24 AHVG.

- In den *Steuergesetzen* sind Ehefrau und Ehemann wenigstens verfahrensrechtlich einander gleichgestellt worden.
- Die Voraussetzungen für *Nacht- und Sonntagsarbeit* im rev. Arbeitsgesetz vom 20. März 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000, sind für beide Geschlechter gleich geregelt. Zum Schutze von Familienmüttern oder -vätern wie auch für Schwangerschaft und Geburt finden sich besondere Vorschriften.⁷⁴³
- Das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz ist geschlechtsneutral gefasst worden, womit in der *Grundversicherung* Geschlechtergleichheit besteht.⁷⁴⁴
- Am 24. März 1995 ist das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) geschaffen worden, das am 1. Juli 1996 in Kraft getreten ist und welches jede Form von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben untersagt.
- Das auf 1. Januar 2000 in Kraft gesetzte revidierte *Scheidungsrecht* vom 26. Juni 1998 sieht u.a. in Art. 122 ff. ZGB die *hälftige Teilung* der in aller Regel grössten Vermögensposition einer Ehe vor, nämlich der *Anwartschaft* in der Beruflichen Vorsorge.⁷⁴⁵

2. Konkrete Massnahmen

- 470 Satz 2 der geschlechtsbezogenen Gleichstellungsbestimmung gilt als Grundlage dafür, die materielle *Gleichstellung der Frau*, welcher *tatsächliche, gesellschaftlich bedingte Schwierigkeiten und Behinderungen* entgegenstehen, nicht nur (i.S. des Satzes 1) zwischen den Rechtsunterworfenen und dem Staat durchzusetzen, sondern auch in privaten Rechtsverhältnissen oder für die einzelnen Gruppen von Frauen (z.B. Pflegende und Familienfrauen oder behinderte und betagte Frauen usw.) herzustellen. Es geht darum, tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen.⁷⁴⁶ Dazu dienen verschiedene Massnahmen:

742 Siehe aber BGE 126 V 153: Einschränkung der Betreuungsgutschriften auf die engste Familie.

743 Art. 35, 35a und 36 rev. ArG.

744 Vgl. aber BIGLER-EGGENBERGER, *Rechtsgleichheit*, S. 18 ff.

745 Dazu vgl. PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Rz. 6 ff. zu Art. 122 ZGB; DIES., *Darfs ein bisschen weniger sein?*, S. 191 ff. Einen Nachholbedarf weist das IVG noch auf: siehe die nach der Niederschrift dieser Arbeit erschienene Studie über die Gleichstellungsdefizite und die Unterlassungssünden der 4. IVG-Revision BAUMANN/LAUTERBURG, *Knappes Geld*.

- Einer der Rechtsbehelfe für eine Umsetzung der rechtlichen Gleichstellung von Frauen und Männern besteht darin, das Gleichbehandlungsgebot im Verhältnis zwischen Privaten durchsetzen zu können.⁷⁴⁷ Grundrechte gelten – mit Ausnahme des Satzes 3 von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV – nur unmittelbar im Verhältnis von Bürger/innen und Staat. Um sie auch in vertraglichen oder andern rechtlichen Verhältnissen zwischen Privaten zur Geltung zu bringen, kann die sog. *Drittwirkung* behilflich sein, soweit nicht der angestrebte Effekt durch verfassungskonforme Auslegung möglich ist.⁷⁴⁸
- Rechtsgleichheit zwischen Frau und Mann ist vom Gesetzgeber zumeist durch bloss *geschlechtsneutrale Formulierung* der Gesetze und Verordnungen umgesetzt worden. Diese formale Betrachtungsweise, die auch das Bundesgericht vertritt, hat zwar den Frauen einiges Positives gebracht, aber die Erfahrungen der letzten beiden Jahrzehnte haben auch gezeigt, dass mit Geschlechtsneutralität allein, zumindest nicht immer, kaum eine diskriminierungsfreie Rechtslage und schon gar nicht die Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit hergestellt werden kann. In der Regel führt vielmehr eine Angleichung der rechtlichen Stellung der Frauen an jene der Männer (z.B. öffentliche Dienstpflichten, Ersatzabgaben, Altersgrenze in der AHV und in der Beruflichen Vorsorge; Heraufsetzung des Rentenalters, Gleichsetzung der Beiträge in der nichtbetrieblichen Unfallversicherung, Anknüpfung an Erwerbsarbeit oder Hausarbeit usw.) zu einer Verschlechterung der Stellung der Frauen, weil die Auswirkungen solcher rechtlicher Regelungen auf die Geschlechter in ihrer verschiedenen Lebenswirklichkeit oft unterschiedlich sind. Finanziell grössere Belastungen oder vermehrte Pflichten sind die Folge, ohne dass gleichzeitig materiell gleiche Chancen, geschweige denn tatsächliche Gleichstellung in der sozialen Realität die Folge wäre. So hat z.B. gerade die grundsätzliche Aufhebung des Nachtarbeitsverbots auch für Frauen im rev. Arbeitsgesetz und die Ausdehnung der Tagesarbeitszeit zu entsprechender Erschwerung bei Doppelarbeitenden geführt.⁷⁴⁹ Diese

746 BGE 116 Ib 270 E. 7c; 123 I 152; 125 I 21; vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 9, 56; KAUFMANN, *Gleichstellung*, S. 42 ff.

747 BGE 114 Ia 329; 114 II 349 i.S. M. B. c. Versicherungsgesellschaft X = Pra 79 Nr. 114.

748 Vgl. dazu nun Art. 35 der nachgeführten BV: Verwirklichung der Grundrechte durch Wirksamkeit unter Privaten.

749 Vgl. BGE 116 Ib 270; 116 Ib 284: Nacht- und Sonntagsarbeit. Zur neuen Arbeitszeitregelung siehe Art. 10 revArG.

nicht immer beachtete gesellschaftlich bedingte Benachteiligung von Frauen, die von der Rechtsprechung nicht durch verfassungskonforme Auslegung behoben werden kann oder will (vgl. z.B. die Rechtsprechung zu Fehlbeträgen im Scheidungs- und Trennungsrecht⁷⁵⁰), verlangt daher unter Umständen besondere Massnahmen. Grundlage dafür bildet Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV.⁷⁵¹

471 Als solche gleichstellungsfreundliche oder -fördernde Massnahmen können z.B. genannt werden:

- Die Schaffung von *Gleichstellungsbüros* in Kantonen und im Bund, die in erster Linie über die gesetzgeberische und verwaltungsmässige Beachtung des Gleichberechtigungsggebots zu wachen haben.
- Arbeitsrechtliche Regelungen wie etwa die Schaffung des Gleichstellungsgesetzes⁷⁵², die revidierten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes⁷⁵³ mit ihren – die notwendige Ungleichbehandlung von Schwangeren und Müttern unterstreichenden – Schutzbestimmungen, so den Anspruch auf ärztliche Untersuchung und Beratung, den Anspruch gegenüber der Arbeitgeberschaft, ohne weiteres der Arbeit fernbleiben zu dürfen, die Pflicht der Arbeitgebenden, für die Sicherheit auf dem (nächtlichen) Arbeitsweg zu sorgen, die Organisation des Transportes sowie die Ruhegelegenheiten und Verpflegungsmöglichkeiten im Betrieb zu gewährleisten.
- Desgleichen sind verschiedene Verpflichtungen der Arbeitgeberschaft bei regelmässiger Sonntagsarbeit der Arbeitnehmenden vorgesehen. Ein gewisser *Sonderschutz* ist auch im rev. Arbeitsgesetz für schwangere Frauen und stillende Mütter nach wie vor notwendig und unverzichtbar.⁷⁵⁴
- Einzelne Vorschriften des Arbeitslosenversicherungsgesetzes, so insbesondere die Art. 13 Abs. 2^{bis} und 14 Abs. 2 AVIG: Es geht um Be-

750 BGE 121 I 97; PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 31 ff. zu Art. 125 ZGB.

751 Vgl. die «Wunschliste» des EidG. BÜROS FÜR GLEICHSTELLUNG im Schweizerischen Aktionsplan 1999 zum Jahrfünft nach dem Internationalen Frauenkongress in Peking; zur Literatur vgl. GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 137b und c zu Art. 4 (Stand 1995); JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 447 ff.; WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 371 ff. Zur IV nun BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 501 und 503, zu gesetzgeberischen Massnahmen Rz. 593 ff.

752 BG über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.3.1995, in Kraft seit 1.7.1996.

753 Botschaft über die Änderung des BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 2.2.1994, Art. 7f., 17a–e; 18ff. des rev.ArG vom 20.3.1998, in Kraft seit 1.1.2000.

754 Art. 19 ff., 35, 35a–b rev. ArG.

stimmungen, welche einerseits bei *Arbeitslosigkeit* Erleichterungen für Personen – vor allem Frauen während der Erziehungsphase, einer Trennung oder Scheidung oder aus ähnlichen schwierigen Lebensereignissen – bezüglich der Anrechnung von Beitragszeiten und der Befreiung von der Beitragspflicht vorsehen. Diese Bestimmungen entsprechen der in Satz 2 enthaltenen Forderung nach materieller, die die besondere Lage von Familienmüttern oder die schwierige Situation von Menschen in bestimmten Lebenskrisen zu beachtende Gleichstellung.

- Es können auch *Quotenregelungen* im Arbeitsrecht sein, um die Anstellung und Beförderung von Frauen zu erleichtern oder zu verbessern. Das ist freilich die umstrittenste, aber auch wirksamste Massnahme zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen vor allem im Arbeitsleben.⁷⁵⁵ Mit Quoten sollen für Frauen Schranken und Hindernisse abgebaut werden, welche ihrer Chancengleichheit entgegen stehen; und mit deren Hilfe soll ihnen politisch oder beruflich die Möglichkeit gegeben werden, auf allen Stufen der staatlichen Einrichtungen resp. der Unternehmungen nicht nur verbal, sondern tatsächlich gleiche Chancen zu erhalten und sie dort, wo dies wünschbar und gerecht ist, den Männern tatsächlich auch gleichzustellen.⁷⁵⁶ Mit dieser Massnahme, die sich nunmehr im Rahmen des *Gleichstellungsgesetzes* zumindest theoretisch in Arbeitsverhältnissen richterlich durchsetzen liesse,⁷⁵⁷ hat sich das Bundesgericht bisher m.W. noch nie befassen müssen. Hingegen hat es sich weitgehend negativ zu politischen Quoten⁷⁵⁸ und auch dazu geäußert, dass beispielsweise Kommissionen zur Bewertung von Lohnansprüchen und von generellen Besoldungsordnungen der öffentlichen Hand im Blick auf Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV nicht zwingend paritätisch zusammengesetzt sein müssen.⁷⁵⁹
- Im staatlichen *Leistungsrecht* hat die 10. AHV-Revision teils gleichstellungsfördernde, teils kompensatorische Massnahmen eingeführt. Es ist auf Art. 29^{sexies} und 29^{septies} AHVG in der Fassung der 10. Revision vom 7. Oktober 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997, hinzuweisen,

755 Auch GRISEL, S. 541.

756 Vgl. die Weisungen über die Verbesserung der Vertretung und der beruflichen Stellung des weiblichen Personals in der allgemeinen Bundesverwaltung vom 18.12.1991; vgl. zur Kritik daran HANGARTNER, Geschlechtergleichheit, S. 835 ff.

757 Vgl. Art. 3 Abs. 3 GIG.

758 Vgl. BGE 125 I 21 E. 3b–d und E. 5; unten Rz. 492 ff.

759 BGE 125 I 71 E. 3c.

die Erziehungs- und Betreuungsgutschriften für Versicherte mit Kindern resp. für Versicherte mit Pflegeaufgaben für zusammenlebende Verwandte vorsehen. Siehe aber das enge Verständnis der Gesetzgebung für diese Neuerung in BGE 126 V 153, dem sich auch das EVG unterzogen hat.⁷⁶⁰

- Eine Sonderstellung nimmt Art. 24 AHVG ein, welcher – im Gegensatz zu Witvern – älteren Witwen einen Anspruch auf Rente zugesteht, selbst wenn sie keine Kinder zu erziehen hatten oder wenn ihre jüngsten Kinder älter als 18 Jahre sind. Diese besondere Rücksichtnahme auf Witwen, vor allem solche ohne Kinder, ist (als Ausdruck der – teilweise berechtigten – Nachwirkung eines Versorgerdenkens) umstritten und dürfte im Rahmen der 11. AHV-Revision zugunsten einer formalrechtlichen Gleichstellung mit Witvern und aus Gründen der Ersparnis aufgegeben werden.
- 472 Als zulässig betrachtet werden solche gleichstellungsbezogene Massnahmen von der – in dieser Hinsicht eher einschränkenden – Rechtsprechung dann, wenn sie dazu vorgesehen sind, das Ziel einer rascheren Durchsetzung der materiellen Gleichstellung oder die Behebung tatsächlicher Defizite in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft (Ungleichverteilung der häuslichen Aufgaben und der Berufsarbeit, Lohnunterschiede) zu verfolgen, und soweit sie notwendig und geeignet sind, die zahlenmässig schlechte Vertretung von Frauen in den politischen und wirtschaftlich massgebenden Gremien (allgemeine «Pufferfunktion in der Wirtschaft usw.») zu beheben. Die damit verbundenen Eingriffe in die Rechtsstellung der bisherigen «Privilegierten» dürfen aber nicht zu schwer und müssen für diese zumutbar und verhältnismässig sein.⁷⁶¹ Nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz darf eine Massnahme die Rechtsstellung der bisher Privilegierten nicht übermässig beeinträchtigen.⁷⁶² Sie muss aber doch genügend griffig sein, um die soziale Benachteiligung betroffener Frauen wirksam zu beheben.
- 473 Die materielle Umsetzung der Geschlechtergleichheit zugunsten der Frauen hat sich – trotz formaler Veränderungen ihrer rechtlichen Stellung

760 Zur Bedeutung dieser Neuerungen für die IV vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 294 ff.

761 BGE 126 I 1 E. 2a m.Hinw. auf 125 I 21 E. 3a und E. 3d/bb-cc. Diese Einschränkung des Anspruchs der Frauen auf materielle Besserstellung steht im Grunde im Widerspruch zum Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau: Darin werden die Vertragsstaaten in die Pflicht genommen, die volle Entfaltung und Förderung der Frau zu sichern (Art. 3, 7 ff., 10 ff. usw.).

762 BGE 125 I 21 E. 5b/cc; 123 I 152 E. 3b.

lung⁷⁶³ – eher verlangsamt. Sobald Massnahmen, so etwa ein erleichterter Zugang zur oberen und obersten Hierarchie in der Wirtschaft oder zu bis anhin männlich dominierten Berufen, relativ einschneidend sind oder sobald gar effiziente Massnahmen zur Verbesserung der Ansprüche von Frauen im Leistungsrecht oder ihrer politischen Beteiligung im Parlament, in Regierung und oberen oder gar obersten Gerichten zur Diskussion stehen, wird es in der direkten Demokratie schwierig. Letztlich geht es dabei um eine Machtverteilung, die eine tiefgreifende Änderung des Vorverständnisses und des menschlichen Bewusstseins und die Einsicht in die gleichwertige Stellung der Geschlechter in der Gesellschaft verlangt. Das zu bewirken haben auch 30 Jahre allgemeines Stimm- und Wahlrecht und 20 Jahre Verfassungsgrundsatz zur Gleichstellung sowie vier Jahre Geltung des Übereinkommens von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau nicht vermocht. Das zeigen einige Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf.

II. Die Bedeutung des Satzes 2 in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Allgemeines

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung hat der in Satz 2 enthaltene Auftrag an den Gesetzgeber⁷⁶⁴ keinen Grundrechtscharakter und soll nicht als Teil des verfassungsmässigen Individualrechts auf Rechtsgleichheit verstanden werden. Das Bundesgericht betont aber, diese Aufgabe verpflichte über die Gesetzgebung hinaus alle rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung, Gerichte), sei dies durch *verfassungskonforme Auslegung* der als gleichstellungswidrig befundenen Gesetze oder sei dies durch Aufhebung der beanstandeten Regelungen und durch Inpflichtnahme des Gesetzgebers, der die rechtsungleichen Be-

474

763 Vgl. z.B. BGE 116 Ib 270 E. 7a; Bedeutung des Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots für die Stellung der Familienfrau; ZBl 1987 (88), S. 306 ff.; Benachteiligung durch den Einbezug in die Feuerwehrabgabepflicht; BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; Begründung der Praxis eines formalen Verständnisses des Gleichstellungsgebots und ZBl 1987 (88), S. 167; faktische Benachteiligung im Schulwesen.

764 Vgl. BGE 114 Ia 329 E. 2b m.Hinw.; 116 Ib 270 E. 7a; 123 I 152; 125 I 21; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 138 zu Art. 4 BV. Vgl. nunmehr auch STAMPE, S. 273 ff.

stimmungen zu revidieren oder aber gesellschaftlich begründete Benachteiligungen durch sachgerechte Massnahmen zu beheben habe.⁷⁶⁵

- 475 Das Bundesgericht betont den Anspruch auf gleiche *Ausgangsmöglichkeiten* für beide Geschlechter in der sozialen Wirklichkeit.⁷⁶⁶ Es hält aber trotz aller Kritik daran fest, dass es grundsätzlich genügt, wenn neue Gesetze weitgehend *geschlechtsneutral* formuliert werden und sie damit in *formaler Hinsicht* dem Gebot der verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung der Geschlechter entsprechen.^{767, 768}

2. Geschlechtsneutralität verdeckt Diskriminierung

- 476 Das von Gesetzgebung und Rechtsprechung grundsätzlich streng befolgte formale Verständnis vermag nicht zu verhindern, dass formal gleiches Recht sich sehr oft zuungunsten von Frauen in der Lebensrealität ungleich auswirken kann. Das ist darauf zurückzuführen, dass die Lebensbedingungen, Anforderungen und Verhältnisse, in welchen sich Frauen zu bewegen haben, primär aus der Sicht des Mannes geordnet und geregelt werden. Diese damit möglicherweise verbundene unterschiedliche und benachteiligende Auswirkung auf das eine oder andere Geschlecht hat zur Anerkennung der – aus dem angelsächsischen und europäischem Rechtsdenken übernommenen – Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung geführt und verlangt, soweit sie nicht einer Korrek-

765 BGE vom 10.10.1986 in ZBl 1987 (88), S. 306; Feuerwehrrersatzabgabe; 121 V 137 E. 7 m.Hinw.; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 461 f.; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1561a. BGE 116 Ib 270 E. 7a: Nachtarbeitsverbot; 117 V 194 E. 4a: Gleichstellung von Haus- und Erwerbsarbeit bei der IV-Bemessung; 121 I 97 E. 2a: Zuordnung eines Fehlbetrags bei Ehetrennung; 123 I 152 E. 3a und b: Solothurner Quotenentscheid; 125 I 21: Urner Quotenentscheid.

766 Dies seit BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144: Zulassungsbedingungen zur Mittelschule.

767 BGE 123 I 56 E. 2; 120 V 312 E. 2a; 117 V 318 E. 2a; 116 Ib 270 E. 7a und b; 116 V 198 E. 2a/bb; 109 Ib 81 E. 4d = Pra 72 Nr. 289. Zur Lehre: HAEFLIGER, S. 86; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 133 zu Art. 4; WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 357 ff., insb. 358. Differenzierter JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 415; kritisch z.B. ARIOLI, Wirksame Mittel, S. 61 ff.; CHRISTA TOBLER, Frauenförderung und Quoten, recht 1998, S. 100 ff.; AUER, AJP 1993, S. 1377 ff.

768 Vgl. BGE 121 I 97: Geschlechtsneutrale Formulierung, die in Art. 145 ZGB unabhängig von der Geschlechtszugehörigkeit zur frei vereinbarten Aufgabenteilung führt; 123 III 1: darin spricht das Bundesgericht vom «übertrieben in Anspruch genommenen Argument des Gleichstellungsgebots», dessen Nichtbeachtung letztlich aber zur Fürsorgeabhängigkeit etlicher geschiedener Frauen führt.

tur durch die Rechtsprechung zugänglich ist, nach geeigneten Massnahmen zur Behebung sozialer Ungleichheiten.

- Das Bundesgericht hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung erst 477 wenig, vor allem in Lohngleichheitsfällen, mit dieser Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung befasst und sich zunächst kaum die Frage gestellt, wie den tatsächlichen Ungleichheiten begegnet werden könnte. Es hat sich zwar gefragt, ob das Rechtsgleichheitsgebot des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 und das Gleichstellungsgebot von Satz 2 BV dann Anspruch auf eine besondere Behandlung faktisch benachteiligter Personen oder Gruppen gebe, wenn die formale Gleichbehandlung in der Wirklichkeit nicht zu effektiver Gleichheit führe.⁷⁶⁹ Es hat diese Frage – ausserhalb der Lohngleichheit – bisher aber nicht klar beantwortet, sondern in der jüngeren Rechtsprechung eher verneint.⁷⁷⁰ Im zweiten Quotenentscheid hat es dazu immerhin ausgeführt, es sei nicht die Meinung, nur Massnahmen zur Angleichung der Startbedingungen zuzulassen und ergebnisbezogene Gleichstellungsmassnahmen generell auszuschliessen. Das Bundesgericht scheint nunmehr doch der Auffassung zu sein, der materielle Gleichstellungsauftrag sei gleichwertiger Bestandteil der geschlechtsbezogenen Verfassungsbestimmung; ihm dürfe nicht etwa *Ausnahmecharakter* zugeschrieben werden und deswegen dürfe diese Vorschrift nicht restriktiv interpretiert werden. Aber Lösungen hat grundsätzlich dennoch die Gesetzgebung und nicht der Richter oder die Richterin zu treffen.⁷⁷¹

3. Einzelprobleme: Gleichstellungs- und Förderungsmassnahmen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

- Massnahmen, die aufgrund der biologischen Unterschiede der Geschlechter eine Ungleichbehandlung von Frauen verlangen, sind bisher 478 ohne weiteres anerkannt worden, selbst wenn es sich um eine grosszügige rechtliche Regelung handelt wie etwa ein relativ langer, bezahlter Mutterschaftsurlaub.⁷⁷² Hingegen hat es das Bundesgericht im nicht publizierten Entscheid vom 20. November 2000 i.S. L. F.-Z. abgelehnt, aus Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV herzuleiten, dass ein über die

769 So im Entscheid BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X.

770 Z. B. BGE 121 I 97 E. 2b und 3, anders BGE 125 V 127 E. 4, 6 und 7.

771 Vgl. z.B. dezidiert in BGE 121 I 97.

772 Vgl. BGE vom 11.2.1994 i.S. U. P. H. c. Finanzdirektion des Kantons Bern, publ. in ZBl 1994 (95), S. 375.

vom Gesetz zugestandene Dauer hinaus verlangter (unbezahlter) Mutterschaftsurlaub bei der Festlegung der Besoldung nach Dienstaltersstufen mitzuzählen sei. Nach der kantonalen Regelung hat nur der gesetzliche Mindesturlaub (wie andere Urlaube) die Wirkung, bei der Ermittlung der Dienstaltersstufen mitberücksichtigt zu werden und damit zu einer höheren Lohnstufe zu führen.

479 Das Bundesgericht hat bereits früh sog. «Vorzugs-Regelungen» zugunsten der Frauen – wie etwa das frühere Pensionierungsalter in AHV oder Beruflicher Vorsorge – als Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Geschlechtergleichstellung kritisiert und teilweise die entsprechenden kantonalen Regelungen als nicht anwendbar erklärt, obwohl darin eine gewisse Kompensation für die schlechtere Stellung der Frauen in der bisherigen Sozialversicherung und auf dem Arbeitsmarkt liegt. Auf Bundesebene hat es stets – und aus Gründen der Gewaltentrennung notwendigerweise – auf den Gesetzgeber verwiesen, der mit der 10. AHV-Revision denn auch formal die Gleichstellung der Geschlechter weitgehend umgesetzt hat.⁷⁷³

480 Wenn es um besondere Regelungen zum Ausgleich der Benachteiligung von Familienfrauen geht, die sie bei einem Wiedereintritt ins Erwerbsleben, vor allem bei Trennung oder Scheidung ihrer Ehe, in Kauf zu nehmen haben, werden diese von der Rechtsprechung durchaus als verfassungsrechtlich haltbar betrachtet: so etwa die Art. 13 Abs. 2 lit. c und Abs. 2^{bis} sowie Art. 14 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AVIG⁷⁷⁴. Das Ziel solcher – oft als Verstoß gegen die formale Gleichstellung betrachteten, aber indirekt diskriminierende Situationen ausschliessenden – Vorschriften ist es, entsprechend der Absicht der Verfassungsbestimmung eine *materielle Gleichstellung* der bisher benachteiligten Bevölkerungsgruppe im Sinne des Satzes 2 herzustellen.

481 Mit Ausnahme des Mutterschaftsurlaubs und der arbeitslosenversicherungsrechtlichen, im Übrigen geschlechtsneutral gefassten, Sonderbehandlung von Personen, welche nach einem familienbedingten Unterbruch ins Erwerbsleben zurückkehren müssen, hat das Bundesgericht solche gesetzgeberischen «Sonder»-Massnahmen bisher als Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV betrachtet. Es hat sich kaum mit der Frage auseinandergesetzt, ob die im Gesetz vorgesehenen, geschlechtsspezi-

773 Bereits BGE 106 Ib 182 und 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289; BGE 114 Ia 329; alle das Pensionierungsalter betreffend; 116 V 198; Witwen- und Witwerrente.

774 BGE 125 V 127 E. 6; 125 V 470; 123 V 219.

fisch unterschiedlichen Regelungen – etwa das Rentenalter der AHV oder die Witwenrente – im Sinne des Gleichstellungsgebots des Satzes 2 geeignet wären, Frauen benachteiligende, aus dem Zivilstand folgende Regelungen zu kompensieren, wie dies dem historischen Gesetzgeber vorgeschwebt hatte. Z. B. sollte der frühere Rentenbeginn die wirtschaftlich nachteilige Situation vor allem von alleinstehenden Frauen ausgleichen und der Tatsache Rechnung tragen, dass die Leistungsansprüche von Männern bei gleichen Prämien z.B. in der AHV und IV sehr viel grösser waren als jene für Frauen. Und die auf Witwen beschränkte Regelung der Hinterbliebenenrente hatte der Versorgerehe Rechnung zu tragen, wie sie vom alten Familienrecht vorgegeben war und bis heute nicht überwunden ist.^{775, 776}

Als im Jahre 1990 die Frage zu prüfen war, ob sich das *Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot* ausschliesslich für Frauen vor dem Gebot der Gleichstellung der Geschlechter halten lasse, hat das Bundesgericht diese von der Verwaltung und der Arbeitgeberschaft beanstandete Ungleichheit vor allem bezüglich des Nachtarbeitsverbots zwar als Verstoß gegen Art. 4 Abs. 2 aBV betrachtet, es aber erfreulicherweise als zulässig erklärt.⁷⁷⁷ Das Verbot nachts und sonntags zu arbeiten, was über Jahrzehnte als schädlich für die Gesundheit, das familiäre und soziale Leben betrachtet worden war und als wichtige Errungenschaft *sozialen Schutzes* zugunsten der Arbeitnehmenden galt, unterstand bis vor kurzem einer strengen Bewilligungspraxis. Nacht- und Sonntagsarbeit konnte u.a. nur bewilligt werden, wenn dies für den Betrieb unentbehrlich und im betreffenden Beruf üblich war.⁷⁷⁸

Das Bundesgericht hat in den beiden Entscheiden 116 Ib 270 und 116 Ib 284 zwar verneint, dass sich aus biologischen Gründen eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern rechtfertigen lasse. Es hat aber die langfristig gesundheitlichen Probleme und die Auswirkungen auf den familiären Bereich sowie den mit Nacht- und Sonntags-

775 Vgl. dazu CHRISTINE LUCHSINGER, Solidarität, Selbständigkeit, Bedürftigkeit. Der schwierige Weg zu einer Gleichberechtigung der Geschlechter in der AHV 1939–1980, Zürich 1995, S. 60f. Sodann z.B. BGE 109 Ib 81; ZBl 1988 (87); L. T. c. Tadm Neuchâtel, S. 482; BGE 114 Ia 329 und 114 II 349; M. B. c. Versicherungsgesellschaft X = Pra 79 Nr. 114; alle betr. Witwerrente: BGE 116 V 198; 119 V 277 = Pra 83 Nr. 288; BGE 123 V 189.

776 Vgl. RIEMER-KAFKA, S. 226ff.; WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 371ff.; abweichend GRISEL, S. 540. So das EVG in BGE 121 V 130 E. 4b und 121 V 137 E. 4b!

777 Vgl. vorne Rz. 268ff.

778 Dazu BGE 116 Ib 270 E. 4–7; 116 Ib 284 E. 4–8; Art. 16, 18, 34 ArG in der Fassung bis 1.1.2000; Art. 71 lit. b ArGV 1 in der Fassung bis 1.1.2000.

arbeit verbundenen Verlust mitmenschlicher Beziehungen innerhalb der Familie und bezüglich der Teilnahme am öffentlichen (politischen, kulturellen) Leben in Betracht gezogen. Dem haben nach Auffassung des Bundesgerichts rein ökonomische Überlegungen zu weichen. Es hat deshalb die gesetzlichen Voraussetzungen der Unentbehrlichkeit von Nachtarbeit durch Frauen als Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung eng ausgelegt. Das Bundesgericht meinte, mit der Aufweichung vor allem des Nachtarbeitsverbots für Frauen würden nicht die Voraussetzungen geschaffen, dass der Mann seinen Teil zu Erziehung und Haushalt beitragen könne; und es werde auch nicht verhindert, dass die Frau als billigere Arbeitskraft am Sonntag ausgenutzt werde. Es hat aber den Ball dem Gesetzgeber zugespielt, wären doch nach Ansicht des Bundesgerichts geschlechtsunabhängige Regelungen denkbar, die dem Anliegen der Arbeitsschutzgesetzgebung, u.a. Erschwerungen der sozialen Beziehungen insbesondere im Familienbereich zu verhindern, Rechnung tragen würden. Das wurde somit der Gesetzgebung zu regeln überlassen. Im neuen Arbeitsgesetz vom 19. März 1999, in Kraft seit 1. August 2000, ist das nunmehr teilweise geschehen.

484 Auf einer andern Ebene lag der Fall, in welchem einer Lehrerstellvertreterin ein *Mutterschaftsurlaub* für zwölf Wochen zugewilligt worden war, der aber nur unbezahlt gewährt werden sollte, weil Bezahlung für Stellvertreterinnen erst nach Ablauf eines vollen Dienstjahres gesetzlich vorgesehen war. Es stellte sich für das Bundesgericht erstmals die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV Anlass zu besseren Leistungen für Frauen geben könne als dies für ähnliche Lebenssituationen für andere – Frauen wie Männer – galt. Da festangestellten Lehrerinnen die Bezahlung von zwölf Wochen Mutterschaftsurlaub ohne Vorbehalt gesetzlich zustanden, konnte das Bundesgericht diese besondere Frage letztlich offen lassen. Es bejahte eine Verletzung des *allgemeinen Gleichheitsgebotes* gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV (weil es auch um eine Ungleichbehandlung von Frauen in vergleichbarer Situation und nicht um eine geschlechtsbezogene Andersbehandlung gehe).⁷⁷⁹ Aber interessant war die Überlegung, eine solche Besserstellung könnte sich auch aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter nach Art. 4 Abs. 2 aBV aufdrängen.

485 Das Bundesgericht bemerkte in diesem Entscheid, den Materialien lasse sich nicht entnehmen, ob der Gleichstellungsauftrag des Satzes 2

779 Nicht publ. Entscheid vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X; vgl. dazu die Besprechung von ANDREAS AUER in AJP 1992, S. 252 ff.

auch *geschlechtsspezifische Förderungsmassnahmen* beinhalte, falls die tatsächliche Gleichstellung nicht durch die formale rechtliche Gleichbehandlung erreicht werden könne. Dieser Fall zeige jedenfalls, dass ein *ausschliesslich als Diskriminierungsverbot* verstandener Gleichstellungsartikel auf die effektive Geschlechtergleichstellung nur *unzureichend hinzuwirken* vermöge. Das Bundesgericht liess die Frage nach der Zulässigkeit von solchen begünstigenden Regelungen im Falle der Mutterschaft – wie erwähnt – aber offen.⁷⁸⁰

Auch das EVG hatte sich seinerseits mit gesetzlich vorgesehenen *Förderungsmassnahmen* auseinanderzusetzen.⁷⁸¹ Bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG ging es um eine von ihrem Ehemann getrennt lebende Frau, die für zwei kleine Kinder zu sorgen hatte.⁷⁸² Als ihr gut verdienender Ehemann seine Arbeit aufgab, um sich bei seiner Gefährtin als Hausmann und Praxishilfe für einen erheblich niedrigeren Lohn zu betätigen, meldete sich die Ehefrau bei der *Arbeitslosenversicherung* an, obwohl sie bisher keine Beiträge an diese Versicherung bezahlt hatte.

487 In Übereinstimmung mit der oberen kantonalen Instanz und im Gegensatz zu den Organen der Arbeitslosenversicherung bejahte das EVG gestützt auf Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG den Kausalzusammenhang zwischen der Kindererziehung und dem Verzicht der betroffenen Ehefrau auf eine Erwerbstätigkeit. Desgleichen bejahte es, dass sich Frau X wegen der freiwilligen Arbeitsaufgabe durch den Ehemann in einer wirtschaftlichen Zwangslage befand. Zwar würden in solchen Fällen für die Beurteilung der wirtschaftlichen Zwangslage grundsätzlich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der letzten 12 Monate gelten. Diese wären – angesichts der bisherigen hohen Alimente – erheblich über der Limite einer wirtschaftlichen Zwangslage gewesen. Das EVG hielt aber dafür, *ausnahmsweise* müssten auch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchsstellung beachtet werden, wenn diese auf eine gravie-

780 A.a.O. E. 6c m.Hinw. auf KAUFMANN, Gleichstellung, S. 37; Schlussbericht der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe «Lohnungleichheit», «Lohnungleichheit für Mann und Frau», Oktober 1988, S. 11. Bereits Botschaft Gleiche Rechte, S. 2, 6 ff.

781 Entscheid vom 10.6.1988 i.S. BSV c. F. G., publ. in ARV 1988, S. 886; BGE 125 V 123 E. 2a; 125 V 127 E. 3 und 6; vgl. BGE 121 V 336 E. 1 und 5.

782 Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG in der Fassung vom 23.6.1995 lautet: «Zeiten, in denen Versicherte keine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt haben, weil sie sich der Erziehung von Kindern unter 16 Jahren widmeten, werden als Beitragszeiten angerechnet, sofern die Versicherten im Anschluss an die Erziehungsperiode aufgrund einer wirtschaftlichen Zwangslage eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen müssen.»

rende Verschlechterung (oder auf eine positive Verbesserung) schliessen liessen. Denn Zweck dieser Vorschrift sei es, die *grundsätzliche Gleichstellung von Perioden der Erwerbs- und Erziehungsarbeit als Beitragszeiten* zu bewirken und damit nichtberufstätige Familienfrauen den berufstätigen bezüglich dem Erfordernis der Beitragspflicht gleichzustellen.⁷⁸³

488 In BGE 125 V 127 schützte das EVG in Anwendung von Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG den Anspruch einer geschiedenen Frau auf Anrechnung von Erziehungszeiten als Beitragszeit, obwohl eine Verwaltungsweisung diese Begünstigung von einer bestimmten, in concreto nicht erfüllten Mindestdauer solcher Erziehungszeiten abhängig machte. Das EVG folgte dem Argument nicht, wonach eine nur kurze Abwesenheit vom Arbeitsmarkt wegen familiärer Pflichten noch keine indirekte Diskriminierung darstelle. Es hielt vielmehr dafür, der Gesetzgeber habe die unentgeltliche Betreuungsarbeit der beitragspflichtigen Erwerbsarbeit grundsätzlich gleichstellen wollen. Als Schranke habe dieser – im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 1 und 3 AVIG – nur das 16. Altersjahr der Kinder und das Bestehen oder die Gefahr einer wirtschaftlichen Notlage vorgesehen. Zusätzliche Einschränkungen seien mit dem Gesetz nicht vereinbar.

489 Die Bestimmung des Art. 14 Abs. 2 AVIG⁷⁸⁴, welche die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit regelt, versteht das EVG im Gegensatz zu Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG eher eng. Das musste eine geschiedene Frau mit drei Kindern erfahren, die sich nach *Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft* bei der *Arbeitslosenversicherung* meldete und in den Genuss des Art. 14 Abs. 2 AVIG – der Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeiten wegen familiärer Pflichten – gelangen wollte. Ihr Begehren um Arbeitslosenentschädigung wurde von der oberen kantonalen Instanz gutgeheissen mit der Begründung, die im Rahmen des Art. 14 Abs. 2 AVIG entscheidenden «ähnlichen Gründe» würden der Verwaltung und dem Gericht ein Ermessen zubilligen, und daraus entstehe die Pflicht, jeden einzelnen Fall zu prüfen. Im konkreten Fall hatte das kantonale Gericht eine Übereinstimmung des Lebensverhält-

783 BGE 125 V 470 E. 3 m.Hinw. auf 125 V 127 E. 6b/aa.

784 Art. 14 Abs. 2 AVIG lautet: «Ebenfalls von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind Personen, die wegen Trennung oder Scheidung ihrer Ehe, wegen Invalidität oder Todes des Ehegatten oder aus ähnlichen Gründen oder wegen Wegfalls einer Invalidenrente gezwungen sind, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern. Diese Regel gilt nicht, wenn das betreffende Ereignis mehr als ein Jahr zurückliegt».

nisses der Lebenspartnerin mit der Trennung oder Scheidung einer rechtlichen Ehe festgestellt. Das EVG umging zunächst die Problematik einer Auslegung des umstrittenen Begriffs der «ähnlichen Verhältnisse». Es liess sich noch von seiner alten Praxis leiten, wonach eine Lebenspartnerin als Erwerbstätige anzusehen war, die auf ihren Naturalleistungen, die sie vom erwerbstätigen Partner erhielt, beitragspflichtig gewesen wäre (Art. 13 AVIG in der Fassung vor 1996).

In BGE 123 V 219 E. 2 entschied das EVG aber, die Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft falle nicht unter den Begriff «ähnliche Gründe». ⁷⁸⁵ Diese Rechtsprechung zeigt auf, wie relativ sie im Grunde auch sein kann: Denn die sich auf die genannten Bestimmungen berufenden Frauen hätten einige Jahre später von der im Blick auf Art. 4 Abs. 2 aBV revidierten Rechtsprechung in BGE 126 V 1 profitieren können, wonach nunmehr die «gleichartigen Lebensverhältnisse» als Kriterium für eine rechtliche Gleichbehandlung massgebend sind.⁷⁸⁶

Das EVG pflegte bisher auch die in Art. 14 Abs. 2 Satz 2 AVIG vorgeschriebene *Jahresfrist* zulasten der Frauen mit ihren unterschiedlichen Lebensverhältnissen und -situationen eng zu interpretieren. Das trifft vor allem getrennt lebende oder geschiedene Frauen stark, welche zunächst zeitlich befristete Unterhaltsrenten von ihren Männern erhalten, die ihnen ein Leben über dem Existenzminimum ermöglichen. Das EVG hält dafür, die einjährige Frist beginne stets zu laufen, wenn die Ehetrennung oder Scheidung rechtskräftig geworden ist. Ein Gesuch um Leistungen der Arbeitslosenversicherung erst nach Ablauf dieses Jahres, somit vor allem erst nach Ablauf der im Trennungs- oder Scheidungsurteil bezüglich der Unterhaltsdauer festgesetzten Frist, sei verwirkt, weil die Arbeitslosigkeit nicht mehr kausal zum entscheidenden Ereignis sei.⁷⁸⁷ Damit aber scheitern die Ansprüche solcher Frauen gegenüber der Arbeitslosenversicherung gerade dann, wenn sie wegen der wegfallenden Unterhaltsbeiträge auf ein Ersatzeinkommen angewiesen sind. Dass die Kausalität in solchen Situationen verneint wird, wider-

785 Das Bundesgericht bezog sich auf BGE 121 V 125 bezüglich der Regelung der Unfallversicherung in bäuerlichen Familien; es verneinte, dass eine im Betrieb ihres Verlobten mitarbeitende Frau als «mitarbeitendes Familienglied» i.S.v. Art. 15 Abs. 3 lit. c UVG und Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV gelten könne.

786 Art. 13 Abs. 2^{bis} AVIG wurde durch die Revision vom 23.6.1995, in Kraft seit 1.1.1996, eingefügt.

787 BGE 119 V 51 E. 3b und c; 121 V 336 E. 5c/bb. Vgl. zur Frage der Kausalität auch BGE 125 V 470 E. 2 m.Hinw. auf 125 V 127 E. 6b/aa.

spricht dem Gebot, (direkte und indirekte) Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts zu beseitigen.

4. Im Besonderen die Quotenfrage als gleichstellungsfördernde Massnahme⁷⁸⁸

492 Bereits im ersten Entscheid zu Art. 4 Abs. 2 aBV, in BGE 108 Ia 22 (Waadtländer Schulentscheid) haben die Schulbehörden auf eine *Quotenregelung im Schulwesen* hingewiesen, die im Kanton Waadt seit längerem bestand und ursprünglich der schulischen Förderung der lange Zeit benachteiligten Mädchen gedient hatte. Doch wollte das Bundesgericht nichts von einer solch einschneidenden Massnahme wissen.⁷⁸⁹

493 Quoten spielen besonders im *politischen Bereich* eine grosse Rolle.⁷⁹⁰ Mit dieser Massnahme wird i.d.R. regionalen, sprachlichen und politischen Minderheiten ein Wahlvorteil eingeräumt. Nun wollte man sich in einzelnen Kantonen auch Quoten für Frauen zunutze machen. Denn es ist eine Tatsache, dass im *politischen Leben* immer noch eine teils massive *Untervertretung* von Frauen in nahezu sämtlichen politischen und richterlichen Instanzen besteht. Von einer gleichberechtigten Beteiligung der Frauen an den Macht- und Einflussbereichen in Politik und Wirtschaft vor allem kann noch keine Rede sein.

494 Die «Initiative 2001» sah für den Kanton Solothurn eine sog. «starre» *Quotenregelung* der Art vor, dass im Kantons- und Regierungsrat Frauen und Männer entsprechend ihrem kantonalen Bevölkerungs-

788 BGE 123 I 152; 125 I 21 ff. Vgl. zur beinahe unübersehbaren Literatur zur Quotenfrage, die zu vielerlei Emotionen führt: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Frankfurt a.M. 1997; DIES., *Wirksame Mittel*; MARIANNE SCHWANDER-CLAUS, *Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten*, Bern 1995; GEORG MÜLLER, *Quotenregelungen – Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit*, ZBl 91 (1990), S. 306 ff.; YVO HANGARTNER, *Umstrittene Frauenförderung: Chancengleichheit oder Quotengleichheit?*, ZBJV 1996, S. 355 ff.; DERS., *Geschlechtergleichheit*, S. 835 ff.; DENISE BUSER/THOMAS POLEDNA, *Politische Quoten auf dem Schafott – Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur «Solothurner Quoteninitiative»*, AJP 1997, S. 981 ff.; AUER, AJP 1993, S. 1336 ff.; EPINEY/REFAEL, S. 179 ff.; KAUFMANN, *Sonderrechte*, S. 157 ff.

789 Vgl. dazu vorne Rz. 175 ff.

790 BGE 123 I 152 (Solothurner Quotenentscheid) und 125 I 21 (Urner Quotenentscheid). Eine eidgenössische Initiative «3. März» für eine gleiche Vertretung der Frauen im Parlament, im Bundesrat und im Bundesgericht ist von einer grossen Mehrheit der Stimmberechtigten und der Stände verworfen worden. Diese Initiative wäre der Kontrolle durch das Bundesgericht wegen Art. 113 Abs. 3 aBV entzogen gewesen.

anteil und in den kantonalen juristischen Behörden entsprechend dem Bevölkerungsanteil ihres Wahlkreises vertreten wären (*Wahl- oder Ergebnisquote*). Die vorgesehene, geschlechtsneutral gefasste Initiative hätte während Jahren eine – angesichts der krassen Untervertretung von Frauen – weitgehende Blockierung der Wahl von Männern in die entsprechenden Gremien bewirkt. Das wollte das Bundesgericht nicht zulassen. Es hat vielmehr in Übereinstimmung mit den kantonalen Behörden diese Initiative für ungültig erklärt, einerseits, weil sie die Grundsätze der *Rechtsgleichheit der Geschlechter* verletze und dem allgemeinen und *freien Stimm- und Wahlrecht* widerspreche (als Anspruch aller Stimmberechtigten, mit gleichen Chancen aktiv und passiv an einer Wahl teilnehmen zu können), und weil andererseits auch die *Auswahlfreiheit* betroffen gewesen wäre.⁷⁹¹ Eine derartig «starre» Massnahme mit «diskriminierenden» Auswirkungen für Männer – wenn auch nur während einer Übergangszeit – wurde somit als Verstoß (ausgerechnet) gegen das Geschlechtergleichheitsgebot betrachtet.⁷⁹²

Die «Initiative 2001» verstand sich als Optimum einer Massnahme zum Ausgleich bisheriger faktischer Benachteiligungen von Frauen. Sie hätte auf politischer Ebene für Parlament und Regierung sowie für die obersten gerichtlichen Organe des Kantons eine *Durchsetzung der tatsächlichen materiellen Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit* bedeutet. Dem Bundesgericht ging eine solch radikale Lösung zu weit.⁷⁹³ Obwohl es im ersten Quotenentscheid von 1982 auch die Meinung vertreten hatte, im Gegensatz zu Satz 1 lasse Satz 2 *positive Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung* der Geschlechter, insbesondere Frauenförderungsmassnahmen und damit unter Umständen ein Abweichen vom Diskriminierungsverbot zu, wollte es dennoch Satz 2 nicht als die Grundlage für einen Rechtsanspruch auf gleiche – politische – Ausgangspositionen verstanden wissen. Die vorgesehene Quote würde nach Auffassung des Bundesgerichts weit darüber hinausgehen, indem sie nicht einfach eine gleiche Ausgangslage im Sinne von Chancengleichheit schaffen, sondern vielmehr *eine Gleichheit des Ergebnisses* bewirken wolle. Das sei nicht Ziel des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebots. Mit dieser Meinung aber schränkte das Bundes-

791 Vgl. die kritische Stellungnahme zum Entscheid 123 I 152 von CHRISTA TOBLER, *Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter*, recht 1998, S. 101 ff., insbes. 104 ff.

792 Z. B. JÖRG P. MÜLLER, *Grundrechte*, S. 447 ff., 458 ff. u.a.

793 BGE 123 I 152 E. 5b.

gericht den Gehalt von Satz 2, der von tatsächlicher und rechtlicher Gleichstellung spricht, erheblich ein.

496 Das Bundesgericht betrachtete ausserdem die vorgeschlagene Massnahme nicht als unbedingt erforderlich. Das von den Initiantinnen angestrebte Ziel sei nämlich zu erreichen, weil – wie die bisherigen Zahlen belegen würden – Frauen mit der Zeit immer stärker in Parlamenten und andern politischen und juristischen Organen Einsitz nehmen würden, vor allem, wenn sie ihre faktische Mehrheit als Stimmberechtigte auch entsprechend einsetzten. Die starre Quote – so das Bundesgericht –, die zudem nicht einen Leistungs- oder Qualifikationsbezug aufweise (was aber jedenfalls bei Parlamentsangehörigen kaum je verlangt wird, d.A.), würde «unter Umständen eine Sperre für die Kandidatur des andern Geschlechts» bzw. «eine Versperrung des Zugangs für Männer zum Amt eines Regierungsrates oder eines Oberrichters auf Jahre hinaus» bedeuten. Das laufe auf eine «unverhältnismässige Ungleichbehandlung der Geschlechter» hinaus und verletze dadurch Art. 4 Abs. 2 aBV.⁷⁹⁴

497 Damit aber verkehrt das Bundesgericht den Sinn und Zweck des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV gerade in sein Gegenteil: Es ist das Ziel und der Sinn dieser Bestimmung, die soziale Übermacht der Männer auch im politischen Bereich nicht zu schützen, sondern die «soziale Ohnmacht» der Frauen zu beheben, die trotz zahlenmässiger Überlegenheit der Frauen als Wahl- und Stimmbürgerinnen aus vielerlei faktischen Gründen nicht von diesen allein und aus eigenen Kräften, jedenfalls nicht in absehbarer Zeit, abgebaut werden kann.⁷⁹⁵

498 Das Bundesgericht hat sich in diesem ersten Quotenentscheid u.a. insbesondere auf den kurz zuvor ergangenen, ebenfalls heftig umstrittenen, Entscheid des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg gestützt.⁷⁹⁶ Hier ging es aber im Gegensatz zur «Initiative 2001» um ein

794 BGE 123 I 152 E. 5b m.Hinw. auf GEORG MÜLLER, Quotenregelungen – Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, ZBl 1990 (91), S. 317; HÄFELIN/ HALLER, Rz. 1561b; JÖRG P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 223f.

795 Vgl. bereits die Botschaft Gleiche Rechte, S. 2, 51, 72ff.

796 Entscheid i.S. Kalanke vom 17.10.1995, Rs C-450/93, Slg. 1995 S. I-3051ff. = EuGRZ 1995, S. 546ff.; vgl. dazu beispielsweise die kritische Meinung von TOBLER, Quoten, S. 90ff., 107ff.; DENISE BUSER, Die Zulässigkeit der Quotierung, AJP 1994, S. 330; EPINEY/REFAEL, S. 186; EPINEY, AJP 1997, S. 1033ff.. Demgegenüber die den Entscheid Kalanke begrüßende Lehrmeinung von YVO HANGARTNER, Umstrittene Frauenförderung: Chancengleichheit oder Quotengleichheit?, ZBJV 1996, S. 357ff.; WEBER-DÜRLER, FS Ulrich Häfelin, S. 220ff.

arbeitsrechtliches Problem. Die internationalen Regelungen⁷⁹⁷ stehen im Allgemeinen Quoten als Förderungsmassnahmen nicht grundsätzlich entgegen, sondern verlangen sie z.T. geradezu, wenn damit eine *Beschleunigung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern* und ein *Abbau struktureller Behinderungen* zugunsten von Frauen⁷⁹⁸ bewirkt wird. Vorausgesetzt wird auch hier, dass solche *Förderungsmassnahmen auf Zeit* gedacht, angemessen und verhältnismässig sind. Insbesondere für die Beteiligung der Staatsbürger/innen am aktiven und passiven Wahlrecht wird aber nirgends eine Qualifikation verlangt.⁷⁹⁹ Der EuGH hat dennoch zunächst – wie das Bundesgericht – ein enges Gleichstellungsverständnis gezeigt, wenn es um solche Quoten ging. Sie sollten allein die *Chancengleichheit* im Sinne gleicher Startbedingungen herstellen, aber nicht darüber hinaus eine für die unterrepräsentierten Frauen im *Ergebnis tatsächliche Gleichheit* bewirken. Damit wird jedoch weitgehend nur der Status quo der (ohnehin besseren) Chancen der bisher schon privilegierten Gruppe der Bevölkerung aufrechterhalten.

Wie der Europäische Gerichtshof in Luxemburg in einem späteren Entscheid⁸⁰⁰, so hat sich auch das Bundesgericht im kurze Zeit später zur Beurteilung stehenden zweiten Quotenentscheid zu einer flexibleren Auffassung der Zulässigkeit von Quoten im politischen Bereich durchgerungen.⁸⁰¹ In BGE 125 I 21 stand eine modifizierte *Quotenregelung* zur Diskussion. Als Minimum wurde in dieser kantonalen Initiative vorgesehen, dass grundsätzlich jedes Geschlecht mindestens zu einem Drittel in den Organen vertreten sein und für die Wahl ins Parlament Rücksicht auf die besonderen örtlichen Verhältnisse sowie auf das Majorzsystem genommen werden sollte. Übergangsrechtlich sollte bei Ersatzwahlen in Behörden oder Kommissionen jedes Ge-

499

797 Für die Schweiz v.a. Art. 25 lit. c i.V.m. Art. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, für die Schweiz in Kraft seit 18.9.1992; Art. 2 lit. a i.f. und b, 4 Abs. 1 und 7 lit. a und b des UNO-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, von der Schweiz am 4.10.1996 genehmigt.

798 Vgl. zum UNO-Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, z.B. Präambel und Art. 4.

799 Art. 25 des UNO-Pakts über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 19.12.1966, für die Schweiz ab 18.9.1992; Art. 7 des Übereinkommens über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, für die Schweiz in Kraft seit 26.4.1997. Dazu BGE 125 I 21 E. 4a und b.

800 Entscheid des EuGH vom 11.11.1997 i.S. Marshall, Rs. C-409/95, Slg. 1997, S. I-6363 = EuGRZ 1997, S. 563ff.

801 BGE 125 I 21 E. 3a i.f.

schlecht nur Anspruch auf jede zweite Nachfolge haben, bis das Minimalziel (der Drittelsvertretung) erreicht werde.

500 Das Bundesgericht gesteht nunmehr zu, dass Quoten zwar nicht von vorneherein unzulässig sind. Aber es hält fest, sie müssten den Grundsätzen des Rechtsgleichheitsgebots und des Diskriminierungsverbots wie auch dem Grundsatz der Wahlfreiheit entsprechen und dürften daher – weil sie in einem Spannungsverhältnis zum Egalisierungsgebot stehen – nicht unverhältnismässig in die ändern von der Verfassung (ausdrücklich oder stillschweigend) gewährten Rechte der betroffenen Bevölkerungsgruppe eingreifen.⁸⁰² Keines der einander entgegenstehenden Prinzipien und der darin zum Ausdruck kommenden Anliegen dürfe völlig zu Lasten des einen oder des anderen Geschlechts verwirklicht werden. Einen Vorrang «pro femina» lehnt das Bundesgericht daher nach wie vor selbst dort ab, wo es um die Beseitigung langjähriger faktischer Benachteiligungen ginge.

501 Diesen Grundsätzen kann indessen – so nunmehr die Meinung des Bundesgerichts – eine *flexible Quote* durchaus entsprechen, da sie nur mässig in die *absolut zu verstehende Wahlfreiheit* eingreifen würde. Im politischen Bereich komme es ohnehin nicht entscheidend auf subjektive Merkmale wie Bildung, Einkommen oder das Geschlecht an.⁸⁰³

502 Das Bundesgericht hält nach wie vor daran fest, zwingende und starre Quotenvorgaben seien für eine *paritätische* Zuteilung von Volks-Wahlmandaten an die beiden Geschlechter grundsätzlich unzulässig. Es betrachtet aber nunmehr ergebnisbezogene Quotenregelungen, die eine akzeptable Prozentzahl beinhalten, nicht mehr als verfassungswidrig.⁸⁰⁴ Anders verhalte es sich, soweit es um die Wahl von Behörden und Kommissionen gehe, die nicht der Volkswahl unterstehen. Das Stimm- und Wahlrecht schütze – so das Bundesgericht in E. 5b seiner Urner-Entscheidung – nur diejenigen politischen Rechte, die dem Bürger (und der Bürgerin) eine *direkte aktive und passive Mitwirkung* an der politischen Willensbildung ermöglichen, sei es durch Unterzeichnung von Referendums- und Initiativbegehren oder durch die Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen, nicht aber die besonderen Befugnisse, die ei-

802 BGE 125 I 21 E. 3d/cc; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 137c zu Art. 4; DERS., Quotenregelungen – Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, ZBl 1990 (91), S. 310; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, Zürich 1982, S. 190; HÄFELIN/HALLER, Rz. 156f.

803 125 I 21 E. 3 d/aa.

804 125 I 21 E. 3d/aa, E. 3d/cc und E. 4c.

nem Bürger/einer Bürgerin als Behörde- oder Parlamentsmitglied zustünden. Angesichts der zumeist noch *starken Untervertretung* von Frauen in derartigen politischen oder fachlich orientierten Organen würden sich Quoten, wie sie die angefochtene Initiative teilweise vorgesehen hat, rechtfertigen: Eine *Mindestvertretungsgarantie von einem Drittel* in Gremien, die, weil durch vom Volk gewählte Organe (Kommissionen oder Behörden) bestimmt, zudem nicht die Auswahl nach Leistungs- und Eignungskriterien verunmöglichten, sei zulässig. Das Bundesgericht hält sogar fest, werde die Drittelsquote bei solcher Besetzung unterschritten, entspreche das einem Indiz, dass die traditionelle Rollenvorstellung den Ausschlag gegeben habe. Damit würde gegen Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV verstossen.

Das Bundesgericht lässt somit in diesem Entscheid sog. *Wahlvorschlags- oder Nominierungsquoten* bei Proporzahlen als geeignete und milde Gleichstellungsmassnahme im Sinne eines Ausgleichs im Blick auf die schlechteren politischen Ausgangschancen für Frauen zu.^{805, 806} Sie vermögen nach Auffassung des Bundesgerichts die *Nominierungschancen* des untervertretenen Geschlechts zu erhöhen, verhindern aber nicht, dass die Stimm- und Wahlberechtigten frei entscheiden können, inwieweit beide Geschlechter in der Behörde oder im Parlament vertreten sein sollen.

Bemerkung: Das Bundesgericht hat mit seiner Rechtsprechung zum zweiten Quotenentscheid eine Entschärfung in der – zumeist sehr emotionsgeladenen – Diskussion um die Zulässigkeit von ausgleichenden Massnahmen, insbesondere von Quoten bewirkt. Angesichts seiner grundsätzlich konsequenten Haltung formalen Regelungen gegenüber, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als solche nicht dem Rechtsgleichheitsgebot des Satzes 1 widersprechen können, ist diese gewisse Abkehr von einem formalen Verständnis gerade im Falle von politischen Quotenregelungen eher erstaunlich. «Indirekte Männerdiskriminierung» darf es grundsätzlich aber nicht geben, auch wenn diese zeitlich begrenzt wäre.⁸⁰⁷

805 BGE 125 I 21 E. 5c/cc. Dass es diesbezüglich weniger einschneidende Massnahmen geben könnte, wird auch vom Bundesgericht verneint.

806 Vgl. Bericht der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Viel erreicht – wenig verändert, S. 48; RUTH VOGGENSBERGER, Frauenpartizipation, Wahlaspekte und Quotenregelungen für Kantonsparlamente, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 240 ff.

807 Vgl. die kritischen Bemerkungen dazu von TOBLER, Quoten, S. 108; ARIOLI, Wirksame Mittel, S. 66 ff.

505 Das Bundesgericht geht mit seiner Auffassung, wonach vor allem Volkswahlquoten wegen ihres «übermässigen Eingriffs» in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des bisher privilegierten Geschlechts unzulässig seien, darüber hinweg, dass das Gleichberechtigungs- und Gleichstellungsgebot des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV darauf angelegt ist, nicht nur einen Zustand effektiver gleicher Beteiligungsmöglichkeiten von Frauen wie Männern am öffentlichen Geschehen (im Sinne gleicher Chancen) herzustellen – das ist seit 1971 grundsätzlich realisiert. Ziel und Zweck der Geschlechtergleichstellungsvorschrift war und ist es, einen Zustand anzustreben, der *im Ergebnis* zu einer gleichmässigen Beteiligung von Frauen und Männern in allen Bereichen der Öffentlichkeit führt. Es hätte sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen können, ob es denn nicht dem (höheren) Interesse der Öffentlichkeit entspräche, das Wissen, die Erfahrungen, Eigenschaften und Fähigkeiten von Frauen gleicherweise, bis zur *Parität* mit den Männern, in allen staatlichen Organen vertreten zu sehen. Eine paritätische Beteiligung von Frauen mit ihren unterschiedlichen Erfahrungsbereichen müsste sich im Gesamtinteresse des Landes geradezu aufdrängen.⁸⁰⁸ Anders gesagt: «Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeitssinn Teil der Politik werden».⁸⁰⁹

III. Exkurs: Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz

1. Allgemeines

506 Am 24. März 1995 ist nach langen Diskussionen⁸¹⁰ das *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* gestützt auf Art. 4 Abs. 2,

808 Vgl. JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 455 f., der m.E. mit Recht meint, die Gleichstellungsproblematik der Männer lasse sich bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV lösen; der zweite Absatz dieser Verfassungsnorm beziehe sich grundsätzlich allein auf eine Besserstellung der Frauen.

809 GRO HARLEM BRUNDTLAND, vormalige norwegische Ministerpräsidentin, zit. in KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 145; ebenso zit. von CHRISTA TOBLER, Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter, recht 1998, S. 100.

810 Vgl. dazu CLAUDIA KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung, Rz. 15 ff.; Beratungen in der Bundesversammlung AmtlBull NR 1994, S. 228 ff.; StR 1994, S. 808 ff. Zum Ganzen Botschaft GIG.

34^{ter} Abs. 1 lit. a, 64 und 85 Ziff. 3 aBV⁸¹¹ erlassen und auf 1. Juli 1996 in Kraft gesetzt worden. Dieses Gesetz bezweckt in seinem Art. 1 die *Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann*. Trotz dieser geschlechtsneutralen, beide Geschlechter einbeziehenden Fassung besteht aufgrund seiner Vorgeschichte kein Zweifel daran, dass es sich um eine *Massnahme zugunsten der Verbesserung der Stellung von Frauen* handelt.⁸¹² Es sind Frauen in der schweizerischen Alltagsrealität, welche vor allem Defiziten im Arbeitsleben – Lohndiskriminierungen, Benachteiligungen und Behinderungen verschiedenster Art – ausgesetzt sind. Es sind die im Wirtschaftsleben vorgegebenen Verhältnisse und Strukturen («die Familienfalle»,⁸¹³ Arbeitszeitgestaltung, Verteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit, zu wenig Kinderbetreuungsstätten, mangelnde Koordination von Arbeitszeit und Schulprogrammen usw.), welche eine effektive Gleichheit in Anstellung, beruflicher Weiterbildung, Beförderung oder Lohn nach wie vor behindern und eine Vereinbarkeit von Beruf und Familie erschweren.

Diesen – direkten und indirekt geschlechtsbezogenen – Schwierigkeiten von *Frauen* im Arbeitsleben will das Gleichstellungsgesetz mit Hilfe von Ansprüchen im Falle einer festgestellten Diskriminierung sowie mit einer Reihe von Verfahrenserleichterungen zu Leibe rücken.⁸¹⁴

507

2. Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz

Das Bundesgericht hat sich seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes vor allem mit *Lohngleichheitsklagen* zu befassen gehabt. Auf diese Klagen und Beschwerden zum Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit wird im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV zurückzukommen sein.⁸¹⁵ Darüber hinaus aber hatte sich das Bundesgericht, gestützt auf das GIG, mit weiteren Diskriminierungstatbeständen zu befassen:

508

811 In der nachgeführten Verfassung vom 18. 12. 1998 entspricht dies den Art. 8 Abs. 3, 110, 122 und 164.

812 CLAUDIA KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung, Rz. 32 ff.

813 BAUER, Familienfalle.

814 Vgl. dazu im Einzelnen die Kommentierung des GIG in BIGLER/KAUFMANN.

815 Vgl. hinten Rz. 516 ff.; es handelt sich insb. um BGE 123 III 246; 124 I 223; 124 II 409; 124 II 436; 124 II 529; 125 I 14; 125 I 71; 125 II 385; 125 II 541; 125 III 368; 126 II 217; 127 III 207; nicht publ. BGE vom 8. 7. 1998 i.S. X c. Regierungsrat Solothurn.

509 Der Entscheid vom 8. Januar 1999 hatte sich mit einer *missbräuchlichen Kündigung* i.S.v. Art. 336a, c und d OR zu befassen, welche im Verlaufe von krankheitsbedingten Arbeitsunterbrüchen erfolgte, die auf ein gravierendes sexistisches Fehlverhalten des unmittelbaren Vorgesetzten der betroffenen Arbeitnehmerin gegenüber zurückzuführen waren. Die Arbeitnehmerin erhielt eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen i.S.v. Art. 336c Abs. 2 und 3 OR, somit des gesetzlichen Maximums,⁸¹⁶ zugesprochen. Das Bundesgericht schützte diesen vom Arbeitgeber angefochtenen Entscheid des kantonalen Obergerichts. Weil das erstinstanzliche Urteil vor dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes ergangen war, war allerdings nach Auffassung des Bundesgerichts das neue Gesetz mit seiner Kündigungsregelung und dem verstärkten Schutz etwa gemäss Art. 10 GIG noch nicht anwendbar. Immerhin entspricht die massgebende Bestimmung des OR (Art. 336a Abs. 2) jener des Art. 5 Abs. 2, 3 und 4 Satz 3 GIG und standen denn auch gleichartige Entschädigungsansprüche zur Diskussion.

510 Für die *Höhe dieser Entschädigung* ist nach Auffassung des Bundesgerichts auf sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles abzustellen. Das ist im konkreten Fall geschehen: Kantons- und Bundesgericht berücksichtigten die Anstellungsdauer sowie die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung. Ferner verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung und auf das Verhalten beider Parteien im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung abzustellen ist. Im vorliegenden Fall war die Tatsache entscheidend, dass sich die Arbeitgeberschaft nicht i.S.v. Art. 328 resp. – sinngemäss – von Art. 5 Abs. 3 GIG um die Klagen der betroffenen Arbeitnehmerin gekümmert, sondern darauf verwiesen hatte, sie solle ihre Schwierigkeiten mit ihrem unmittelbaren Vorgesetzten – gegen den sich die Klagen wegen sexistischer Beleidigungen gerade gerichtet hatte – besprechen. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, selbst wenn das GIG noch nicht auf den zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar sei, würde dieses Gesetz den Gehalt von Art. 328 OR und die daraus fliessenden Pflichten der Arbeitgeberschaft präzisieren. Insbesondere habe diese ihre Angestellten vor sexuellen und sexistischen Belästigungen zu schützen und sei verpflichtet, einzuschreiten, um solche unzumutbaren Verhaltensweisen zu beenden.

⁸¹⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3 GIG.

Im m.E. bisher einzigen Entscheid zu Art. 4 GIG hält das Bundesgericht fest, das GIG beziehe sich bezüglich des Vorwurfs einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz allein auf die Verantwortlichkeit der Arbeitgeberschaft.⁸¹⁷ Diese könne gemäss Art. 41 ff. OR, insbesondere nach Art. 49 OR bezüglich eines Genugtuungsanspruchs, zur Verantwortung gezogen werden.

Nach Art. 5 Abs. 3 GIG kann zudem die *Arbeitgeberschaft* – und nicht etwa zwingend die Täterschaft selbst – zur Bezahlung einer Entschädigung an die verletzte Arbeitnehmerin verurteilt werden, sofern die Arbeitgeberschaft nicht beweist, dass sie alle zumutbaren Massnahmen zur Vermeidung sexueller Belästigung in ihrem Betrieb getroffen und auch im konkreten Fall alles zum Schutze der belästigten Frau vorgekehrt habe.⁸¹⁸ Nach Auffassung des Bundesgerichts genügt es nicht, wenn sich die Arbeitgeberschaft damit zufrieden gibt, die Eröffnung einer Untersuchung durch die Abteilung anzuordnen, welche Gegenstand der Klagen und Vorwürfe der Betroffenen ist.

Für das Verständnis von Art. 5 Abs. 5 GIG bedeutsam ist besonders die Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der unter Umständen *zusätzlich* zur Entschädigung i.S.v. Art. 336a Abs. 2 und 3 OR (resp. Art. 5 Abs. 5 GIG) geschuldeten Genugtuung gemäss Art. 49 OR.⁸¹⁹ Es meint, die Entschädigung im Sinne der genannten Bestimmungen beinhalte sowohl eine *Bestrafung* des missbräuchlich kündigenden Arbeitgebers als auch eine Genugtuung. Der *Wiedergutmachungszweck* dieser Entschädigung vertrage sich im Grunde kaum mit einer *Kumulierung* mit Leistungen aus Art. 49 OR.⁸²⁰ Denn die genannte Entschädigung decke sämtliche Angriffe auf die Persönlichkeit der Angestellten. Immerhin behielt das Bundesgericht den Fall äusserst schwerer Verletzungen vor, die sich mit der gesetzlich maximal auf sechs Monatslöhne limitierten Entschädigung nicht wiedergutmachen liessen. Art. 49 OR als Grundlage für Genugtuungsansprüche könne in solchen Fällen neben und mit Art. 336a OR – der Bestimmung über die Sanktion bei missbräuchlicher Kündigung – nur ganz ausnahmsweise zum Zuge kom-

⁸¹⁷ BGE 126 III 395. Die Rechtsprechung nach 2001 wurde nicht mehr berücksichtigt.

⁸¹⁸ Vgl. CLAUDIA KAUFMANN, Rz. 44 zu Art. 4 GIG; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 37 zu Art. 5 GIG.

⁸¹⁹ Dazu auch BGE 123 III 391 = Pra 87 Nr. 24.

⁸²⁰ Nicht publ. Entscheid vom 12. 8. 1997; auch BGE vom 8. 1. 1999 i.S. X AG c. Y. Vgl. zur Frage der Kumulation i.S.v. Art. 5 Abs. 5 GIG MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 42 zu Art. 5 Abs. 3 und 5 i.V.m. Art. 10 Abs. 4 GIG, auch Rz. 24 ff., 75, 79 zu Art. 5 GIG; ANNE MARIE BARONE, Rz. 23 zu Art. 9 GIG.

men. Im oben genannten Entscheid von 1999 hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem kantonalen Gericht eine solche Ausnahme im Blick auf die schwere Persönlichkeitsverletzung der Arbeitnehmerin allerdings bejaht.

514 *Bemerkung:* Es wird sich die Frage stellen, ob das Bundesgericht in Analogie zu dieser Rechtsprechung auch die *Entschädigungsansprüche des Gleichstellungsgesetzes* gleich eng auslegen wird. Art. 5 Abs. 5 GIG behält ausdrücklich Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie allfällige weitergehende Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag vor. Dies im Gegensatz zu Art. 336a Abs. 2 OR, wo neben der Entschädigung mit Strafcharakter nur Schadenersatzansprüche aus einem andern Rechtstitel vorbehalten werden. Das bedeutet m.E., dass Art. 5 Abs. 5 GIG eine Kumulation nicht nur in ausnehmend gravierenden Fällen gestattet, sondern selbst dann, wenn die «Schwere der Verletzung» – so in Art. 49 OR – lediglich ein gewisses, allerdings schwer erträgliches Mass erreicht.

515 Es zeigt sich im Übrigen, dass sich das Bundesgericht mit der gesamten möglichen Fülle an *direkten und indirekten Diskriminierungen* im Arbeitsleben – ausser bei Lohnstreitigkeiten – bisher kaum hat beschäftigen müssen. So hat sich beispielsweise bisher kein Entscheid materiell mit einer geschlechterdiskriminierenden Nichtanstellung oder Nichtbeförderung befassen müssen. Dieses Problem hätte sich im nicht publizierten Entscheid vom 10. März 2000⁸²¹ stellen können, wo es um die geschlechtsbezogene Nichtanstellung einer Gefängniswärterin gegangen ist. Nachweise solcher Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der familiären Situation wären freilich – die Beweislast erleichterung des Art. 6 GIG spielt bei Anstellungsdiskriminierungen gerade nicht! – in der Regel wohl nicht einfach zu erbringen, vor allem nicht, wenn die bei den Beförderungen übergangene oder sonst benachteiligte Person keine Kündigung riskieren will. Dieser Zurückhaltung von Arbeitnehmerinnen hat daher auch der verbesserte, aber nach wie vor ungenügende *Kündigungsschutz* des Art. 10 GIG bisher nicht abzuhelpen vermocht. Klagenden Arbeitnehmerinnen ist bisher kaum etwas anderes übrig geblieben, als die sie diskriminierende Anstellung zu verlassen. In dieser Hinsicht könnte sich unter Umständen die bisher erst relativ wenig benutzte Verbandsklage des Art. 7 GIG als wertvolles In-

821 I. S. F. G.-K. und S. M. sowie VPOD c. Conseil d'Etat de Neuchâtel. Die Beschwerde musste aus formalrechtlichen Gründen (verspätete Geltendmachung im kantonalen Verfahren) abgewiesen werden.

strument erweisen. Die Zukunft wird zeigen, ob das Gleichstellungsgesetz, vielleicht zusammen mit einem verstärkten Personalbedarf in der Wirtschaft, die in seine Rechtsbehelfe gesetzte Hoffnung auf Verbesserung der Situation von Frauen auf dem Arbeitsmarkt und in der Arbeitswelt zu rechtfertigen vermag oder ob sich weitere gesetzliche Regeln zur Unterstützung von klagenden oder beschwerdeführenden Frauen aufdrängen.

§ 3 Satz 3: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit»: Der Lohngleichheitssatz und das Gleichstellungsgesetz

I. Ausgangspunkt

Der Grundsatz, dass Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben sollen, ist eine besondere Norm. Sie zielt auf das Erwerbsleben, das seit jeher in verschiedener Hinsicht Frauen benachteiligt hat. Wie im einleitenden Kapitel dargelegt worden ist, haben diese Benachteiligungen und hat besonders die das Gerechtigkeitsempfinden verletzende Tatsache, dass Frauen vielfach für gleiche und auch für gleichwertige Arbeit schlechter als Männer in gleichen Berufen und Funktionen entlohnt werden, mit zum Entscheid beigetragen, über eine Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» im Jahre 1975 Druck auf öffentlich- und privatrechtliche Arbeitgebende auszuüben.⁸²²

Die Verfassungsbestimmung beschränkt sich auf die Forderung nach gleichem Lohn für gleichwertige Arbeit. Andere Benachteiligungen in den Arbeitsverhältnissen, wie die Zugangsmöglichkeiten zu allen Berufen und beruflichen Hierarchiestufen, die Aufgabenzuteilung, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Gleichstellung bei inner- und ausserbetrieblicher beruflicher Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung usw., sind – soweit sie gegen das Gebot der Rechtsgleichheit

822 Vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 63: Auch der sich seit dem 2. Weltkrieg entwickelnden internationalen Überzeugung widersprach und widerspricht die Lohnungleichheit offensichtlich. Die Deklaration der Lohngleichheit gehört daher zum rechtlichen Standard v.a. der Industriestaaten, ist aber (immer noch) nicht durchwegs umgesetzt worden.

verstoßen – grundsätzlich über Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV durch die Gesetzgebung zu beheben, soweit nicht die Gerichte entsprechende direkte oder indirekte Diskriminierungen zu beseitigen in der Lage sind. Da Verfassungsrechte i. d. R. nur gegenüber dem Staat und damit gegenüber einem *öffentlichrechtlichen Arbeitgeber*, nicht aber gegenüber Privaten direkt durchsetzbar sind, war der Weg zur Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann vorgegeben: Dieser Auftrag wurde mit dem *Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* vom 24. März 1995 erfüllt. Das Gleichstellungsgesetz mit seinem Diskriminierungsverbot von der Anstellung bis zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen tritt somit neben den verfassungsrechtlichen Lohnungleichheitsanspruch und geht zugleich darüber hinaus.⁸²³ Vorliegend steht nun die Frage zur Diskussion, wie das Bundesgericht das Gebot, Frauen und Männer für gleiche und gleichwertige Arbeit gleich zu entlohnen, in der Rechtswirklichkeit umgesetzt hat.

II. Die tatsächliche Situation

1. Statistische Wahrheiten

- 518 Untersuchungen und Statistiken der letzten Jahre zeigen: Frauen verdienen im Durchschnitt immer noch erheblich weniger als Männer für gleiche und gleichwertige Arbeit.⁸²⁴ Vor allem in der Privatwirtschaft ist das Lohnniveau weitgehend in allen Berufen für Frauen und Männer unterschiedlich.⁸²⁵ Aber – wie die verschiedenen Verfahren vor Bundes-

⁸²³ Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV in Kapitel 2 Rz. 69 und in Kapitel 3 Rz. 467 ff.

⁸²⁴ Beispielsweise in der öffentlichen Verwaltung bis zu 9% Unterschiede; in der Privatwirtschaft sind die Unterschiede in der Lohnhöhe noch ausgeprägter, siehe EidG. BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG/BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Auf dem Weg zur Lohnungleichheit? Vergleich der Frauen- und Männerlöhne anhand der Lohnstrukturhebungen von 1994 und 1996, S. 6; auch BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Lohnentwicklung 1996, Kommentierte Ergebnisse und Tabellen, Bern 1997. Zur Literatur vgl. Schlussbericht EJPD (Kurzbericht), Lohnungleichheit für Mann und Frau, 1988/1990; MAHRER, Frauen in der Berufswelt, S. 43 ff.; SAUTEBIN, S. 140 ff.; BLATTMANN, S. 135 ff.; KAUFMANN, Lohnungleichheit, S. 145 ff.

⁸²⁵ Vgl. HENNEBERGER/SOUSA-POZA, S. 712 ff.; PETER KUGLER, Wie gross ist die Lohn-diskriminierung in der Schweiz wirklich?, Wirtschaft und Recht 1988, S. 299 ff.; SCHMID, passim. Dieser Autor geht zu Unrecht davon aus, dass indirekte Erwerbs-nachteile nicht unter Art. 4 Abs. 2 BV fallen.

gericht zeigen – auch in öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen, insbesondere bezogen auf sog. «typisch weibliche» Berufsbereiche – sind Lohnunterschiede nach wie vor recht erheblich.⁸²⁶ Zwar hat sich in den Jahren seit 1960 bis 1996 die Besoldungssituation leicht verbessert; die Ungleichheit der Entlohnung nach Geschlecht von rund 32% hat sich auf 28 oder gar 21% reduziert.⁸²⁷ Die Löhne stiegen sogar in den vergangenen Jahren für Frauen etwas mehr an als für Männer, aber zumindest seit 1981 – dem Inkrafttreten der Lohnungleichheitsbestimmung in der Verfassung – haben sich die Ungleichheiten in der Entlohnung praktisch nicht mehr erheblich verändert. Selbst auf der Führungsebene erhalten Frauen nahezu 50% weniger Lohn als die ihnen funktional und hierarchisch gleichgestellten Manager. Lohnunterschiede ergeben sich auch im Zusammenhang mit dem Zivilstand: Ist ein Arbeitnehmer verheiratet, wirkt sich dies auf seine Einkünfte aus Erwerbsarbeit positiv aus; er erhält um die 5,8% mehr Lohn als sein unverheirateter Kollege. Eine Ehefrau, die berufstätig ist, hat mit der umgekehrten Wirkung zu leben. Sie erhält im Durchschnitt 15,7% weniger als ihre unverheiratete Kollegin.⁸²⁸

Gemäss einer Untersuchung an der Universität St. Gallen von 1993⁸²⁹ zeigt sich, dass die Lohnunterschiede von *ungelernten Frauen* gegenüber ihren ungelernten Kollegen am ausgeprägtesten sind. Mit höherem Qualifikationsniveau sinkt die Lohndifferenz zwischen Mann und Frau, dies jedenfalls bezogen auf Frauen unter 30 Jahren. Bei den über 30-jährigen Frauen und Männern sind die Gehaltsdifferenzierungen tendenziell bereits grösser: Männer im Alter von 30 bis 45 Jahren erfahren im Durchschnitt den grössten Lohnzuwachs. Im Gegensatz dazu zeigt sich, dass Frauen in diesem Alterssegment vermehrt in Teilzeitarbeitsplätze ausweichen (die im Übrigen offenbar und entgegen der

⁸²⁶ Vgl. HENNEBERGER/SOUSA-POZA, S. 713 f., 718; Bericht der Arbeitsgruppe «Lohnungleichheit», Kurzfassung, S. 7, 12; YVES FLÜCKIGER, NFP-35, Magazin, S. 34; STEINER, Verbot, S. 9 ff.

⁸²⁷ Die Zahlen variieren: Hier bildet Grundlage für die Zahlenangaben die Kurzfassung des EidG. BÜROS FÜR GLEICHSTELLUNG/BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Auf dem Weg zur Lohnungleichheit? In einer aktuellen Arbeit zur Lohnungleichheit, (STEINER, Verbot, S. 25 ff.), sind Angaben zu Lohndifferenzen bezogen auf die – allgemein lohnbeeinflussenden – Merkmale der Ausbildung, des Dienstalters, der beruflichen Stellung usw. gemacht worden. Es wird in dieser Arbeit von einem «mittleren» Lohnabstand von 24% gesprochen.

⁸²⁸ EidG. BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG/BUNDESAMT FÜR STATISTIK (Kurzfassung), Auf dem Weg zur Lohnungleichheit?, S. 17; STEINER, Verbot, S. 25 ff.

⁸²⁹ SCHMID, passim.

Erwartung eher besser entlohnt werden als jene für teilzeitarbeitende Männer⁸³⁰) oder ihre Erwerbsarbeit ganz oder wenigstens vorübergehend aufgeben. Die Gründung einer Familie hat nicht nur in konkreten Situationen Auswirkungen auf die Erwerbseinkünfte von Frauen, sondern nur schon die *Möglichkeit*, dass jüngere Frauen Kinder gebären *könnten* und damit zu einem «Kostenfaktor» für ihre Arbeitgeberschaft werden, wirkt sich auf die Lohnpolitik aus. Dass sie als Familienfrauen auch an Erwerbswissen durch mehr oder weniger lange Arbeitsunterbrüche einbüßen, hat allgemein ganz erhebliche Auswirkungen auf Frauenlöhne.

2. Ursachen

- 520 Es sind immer wieder dieselben Ursachen, die für die andauernd geringeren Durchschnittslöhne für Frauen angeführt werden: Da ist *die traditionelle Vorstellung* von der Funktion und Aufgabe der Mädchen als spätere Hausfrauen und Mütter mit der von ihnen zu leistenden *Gratisarbeit* und der damit verbundenen Entlastung des Ehemannes und Vaters von Familienaufgaben, der sich auf seinen beruflichen Werdegang konzentrieren kann. Die entsprechende Sozialisation trägt dazu bei, dass Mädchen der beruflichen Ausbildung zu wenig Gewicht beimessen und sie sich immer noch vorwiegend für Berufe entscheiden, die entweder eine kürzere Ausbildung verlangen und im Wirtschaftsleben als qualitativ niedrig eingestuft werden; oder sie wählen eine Berufsausbildung, die auf eine Tätigkeit mit Menschen ausgerichtet ist und deren finanzielle Bewertung in unserer Gesellschaft ebenfalls unbefriedigend ist (Kranken- oder Kinderpflege, Sozialarbeit usw.). Es sind zumeist Berufe, die einen gewissen Nutzen für die spätere Haus- und Familienarbeit versprechen. Frauen finden sich daher vorwiegend in Dienstleistungs- und Produktionsberufen, die vielfach als sog. typische Frauenberufe ein relativ oder absolut tiefes Lohnniveau aufweisen (Gesundheitswesen, Sozialarbeit, Gastgewerbe, Reinigung, Textilindustrie).⁸³¹ Das wiederum erleichtert den *Ausstieg* von Frauen aus dem Arbeitsleben auf Dauer

830 Vgl. EidG, BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG/BUNDESAMT FÜR STATISTIK, (Kurzfassung), Auf dem Weg zur Lohngleichheit?, S. 18.

831 Vgl. BLATTMANN, S. 135 ff., 142 f.; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Soziale Ungleichheiten bei Beschäftigung und Einkommen in der Schweiz, Bern 1998, S. 10, 20 unten, 21; DASS., Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit. Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit, Ehrenamt, Freiwilligenarbeit und Nachbarschaftshilfe, Neuenburg 1999, ins-

oder auf Zeit, wenn eine Familie gegründet wird, vor allem, wenn der Ehemann mit seinem Einkommen die Familie ernähren kann.

Da vor allem Frauen nach wie vor für die Haus- und Familienarbeit zuständig sind, erwerben sie zwar erhebliche Erfahrung im ausserberuflichen Management und verfügen oft über eine unschätzbare *Sozialkompetenz*. Doch dieser Erfahrungsschatz und dieses Wissen wird kaum in der Berufswelt anerkannt, geschweige denn als Kriterium für Lohneinreihungen oder berufliche Qualifikation mit in die Betriebs- oder Unternehmungspolitik umgesetzt.⁸³² Vielmehr werden stets dieselben Clichés vorgebracht wie die (längst nicht mehr zutreffende) angeblich schlechtere Ausbildung von Frauen, wobei Lohnunterschiede auch bei gleichwertiger Ausbildung festzustellen sind.⁸³³ Zur Rechtfertigung schlechterer Entlohnung von Frauen werden auch andere Gründe genannt, so die Ausführung von weniger qualifizierten Tätigkeiten, die fehlende Kontinuität von Frauen an ihrer Arbeitsstelle sowie ihre angeblich häufigere Abwesenheit am Arbeitsplatz – zumeist durch familiäre Pflichten (Krankheit von Kindern). Die *Arbeitsschutzgesetzgebung* trägt ihrerseits indirekt dazu bei, Frauenlöhne tief zu halten.⁸³⁴ Doch auch hier gilt, dass nicht nur jene Frauen, die altersmässig in den Genuss entsprechender Schutzvorschriften kommen können, mit schlechteren Arbeitsbedingungen leben müssen, sondern das trifft alle, auch unverheiratete, ältere oder kinderlose Frauen.⁸³⁵

bes.S. 16 ff., 22 ff.; DASS., Auf dem Weg zur Gleichstellung?: Frauen und Männer in der Schweiz: zweiter statistischer Bericht, Bern 1996; STEINER, Verbot, S. 10 ff., 19 ff., 36 ff.

832 Vgl. nunmehr BAUER, Familienfalle, S. 114, 127.

833 STEINER, Verbot, S. 25 f.

834 Zur Arbeitsschutzgesetzgebung vgl. Art. 35, 35a und b ArG betr. Schutz von Schwangeren und Müttern mit Kleinkindern, Art. 36 ArG mit seiner nunmehrigen geschlechtsneutralen Formulierung, die aber in der Praxis kaum etwas daran ändern dürfte, dass nach wie vor Frauen in den Genuss der darin vorgesehenen Erleichterungen kommen dürften – was wiederum Gefahr für die Lohnhöhe bedeutet. Das Arbeitsgesetz ist 1998 revidiert worden und steht seit August 2000 in Kraft.

835 Vgl. dazu EidG, BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG/BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Auf dem Weg zur Lohngleichheit?, S. 20 ff.

3. Berufsgattungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Lohnungleichheit

522 In den 20 Jahren seit Einführung des Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV hatte sich das Bundesgericht mit einer Reihe von Verfahren zur Lohnungleichheit zu befassen. Von den der Autorin vorliegenden Verfahren vor Bundesgericht stützt sich ungefähr ein Drittel vorwiegend auf das *Gleichstellungsgesetz*. Es ging zur Hauptsache um Lohnverhältnisse des öffentlichrechtlichen Bereichs und um die Klärung von Diskriminierungsvorwürfen in «gleichwertigen» Berufen. Von den beiden Möglichkeiten einer Lohndiskriminierung, der unterschiedlichen Entlohnung einer einzelnen Arbeitnehmerin im Vergleich zu ihren Kollegen⁸³⁶ einerseits und der diskriminierenden Einreihung in gesamte Besoldungssysteme der Kantone oder Gemeinden andererseits, stand in der Praxis des Bundesgerichts die letztere im Vordergrund.⁸³⁷ Nur wenige der dem Bundesgericht unterbreiteten Lohnungleichheitsklagen haben (1987, 1999 und 2001) privatrechtliche Arbeitsverhältnisse betroffen.⁸³⁸

523 Die Anzahl der Verfahren war somit insgesamt eher gering, wenn man in Betracht zieht, dass gegenüber Frauen praktisch in allen Tätigkeitsbereichen Lohnungleichheiten gegeben sein können oder andere arbeitsrechtliche Benachteiligungen selbst in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen (die diskriminierenden Lohnunterschiede betragen noch um die 7%) zu vermuten sind.⁸³⁹

524 Ein Erfolg dieser Lohnungleichheitsklagen ist bisher zwar nicht ganz ausgeblieben, indem oft der Nachweis einer Diskriminierung oder deren Glaubhaftmachung gelungen und der Lohn der einzelnen Beschwerdeführerinnen auch mehr oder weniger stark angehoben worden

836 BGE 124 II 529: Sozialbetreuerin; nicht publ. BGE vom 9.6.1998: Beamtin; nicht publ. BGE vom 8.6.1998: Kanzleisekretärin; nicht publ. BGE vom 8.7.1998: Informatikleiterin eines Verwaltungsdienstes.

837 BGE vom 11.11.1983, publ. in ZBI 1984 (85), S. 162; vom 14.5.1987 und vom 14.12.1989, publ. in ZBI 1990 (89), S. 203: Krankenschwestern der Stadt Zürich; BGE 125 I 71: Berner Krankenschwestern/Verbandsklage der Berner Sektion des Schweiz. Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger.

838 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254: Schauspielerin/Schauspieler; 125 III 368: Journalistin; 127 III 207: Kaderfrau im Vergleich zu gleichqualifizierten, aber weniger erfahrenen Mitarbeitern.

839 Eidg. Büro für Gleichstellung/Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Lohnungleichheit?, S. 19; auch Bundesamt für Statistik, Soziale Ungleichheiten bei Beschäftigung und Einkommen in der Schweiz, Bern 1998, S. 23 ff.

ist. Aber eine echte Gleichstellung ist an der unterschiedlich starken Gewichtung der massgebenden Bewertungsmerkmale und an sog. objektiven Rechtfertigungsgründen regelmässig gescheitert. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁸⁴⁰

III. Der Lohnungleichheitssatz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Doppelnorm

In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass Satz 3 ein verfassungsmässiges *Grundrecht* ist, dem Menschenrechtscharakter zugesprochen wird.⁸⁴¹ Die einzelnen Erwerbstätigen oder Gruppen von Berufstätigen, die sich im Blick auf diese Bestimmung ungleich behandelt und deshalb diskriminiert fühlen, können sich auf diese Bestimmung vor Gericht berufen, soweit sie in einem *öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis* stehen oder gestanden haben und sich arbeitsrechtlich wegen ihrer Zugehörigkeit zum einen oder andern Geschlecht benachteiligt fühlen. Darüber hinaus aber wird diese Bestimmung – und das ist das Besondere daran – auch als eine *Norm des Bundesrechts* verstanden in dem Sinne, dass im *privaten Arbeitsbereich* der Anspruch auf Lohnungleichheit ohne Rücksicht auf das Geschlecht unmittelbar vor Gericht – im Zivilgerichtsverfahren je nach Streitwert mit staatsrechtlicher Beschwerde oder mit Berufung bis vor Bundesgericht – durchgesetzt werden kann.

Diese *Doppelnorm* hat dem Wortlaut nach beide Geschlechter im Blickfeld. Gleiches gilt für den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes. Aber sowohl die Verfassungsbestimmung als auch das Gleichstellungsgesetz haben von ihrer Geschichte her *der Besserstellung von Frauen* im Arbeitsleben zu dienen, und zwar hinsichtlich ihres Anspruchs auf gleichen Lohn, soweit die Verfassungsnorm zur Diskussion steht, bezüglich anderer Arbeitsbedingungen, soweit es um die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes geht. Denn es sind praktisch durchwegs Frauen, welche im Erwerbsleben weniger Lohn für gleiche oder

840 Vgl. hinten Rz. 570 ff.

841 Vgl. aus der Vielfalt der Literatur GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 141 ff. zu Art. 4; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 464; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 89 zu Art. 3 GlG; Schlussbericht der Arbeitsgruppe «Gleicher Lohn», S. 13 f.; BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254 und weitere Entscheide bis hin zu BGE 127 III 207 E. 4, 5b und c.

gleichwertige Arbeit erhalten oder die in anderer Weise – z.B. beim beruflichen Aufstieg – benachteiligt werden.

527 Der Grundsatz der Lohngleichheit ist somit einerseits eine besondere Form des in Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV enthaltenen *Diskriminierungsverbots* gegenüber Frauen, und andererseits enthält er eine Verpflichtung der Arbeitgeberschaft, die Arbeitnehmerinnen mit Bezug auf die Entlohnung gleich wie die Arbeitnehmer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu behandeln.⁸⁴² Es ist ein Anspruchs- und Abwehrrecht aller Arbeitnehmerinnen gegenüber sämtlichen Arbeitgebenden. Das Gebot der Lohngleichheit für Frauen ist für öffentlich- wie privatrechtliche Arbeitgebende *zwingend*, und ihm kommt unmittelbare *Drittwirkung* zu. Das Bundesgericht drückt dies mit der Formel aus, es handle sich beim Satz 3 der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung um einen «im öffentlich- wie im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis direkt durchsetzbaren individualrechtlichen und absoluten Anspruch».⁸⁴³

2. Geltungsbereich des Lohngleichheitsgebots

a) In persönlicher Hinsicht⁸⁴⁴

528 Auch wenn es der Verfassungsergänzung im Jahre 1981 um eine *Besserstellung der Frauen* im Arbeitsleben gegangen ist und wenn mit der Einführung des Gleichstellungsgesetzes im Jahre 1996 dieser Absicht zu-

842 BGE 118 Ia 35 E. 2b; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 89, 91 zu Art. 3 GIG; KAUFMANN, Lohngleichheit, S. 145; BGE 117 Ia 262; 124 II 436 E. 10d und f. Bezüglich anderer Arbeitsbedingungen, die ebenfalls der Geschlechterdiskriminierung entzogen sein müssen, wirkt Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV nicht. In dieser Hinsicht hätte vor 1981 allenfalls das Willkürverbot bzw. das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gegolten. Nunmehr tritt das GIG in die Lücke.

843 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254; BGE 114 Ia 329 E. 2; 117 Ia 262; 118 Ia 35; 124 II 436 E. 10c und d; 127 III 207 E. 4.

844 Vgl. dazu BGE 125 II 385 E. 3b; 124 II 529 E. 5d; nicht publ. BGE vom 31.5.1991 i.S. A. c. VerwGer Solothurn; BGE 111 Ia 81 E. 3a; nicht publ. BGE vom 19.6.1995 i.S. M. G. c. Schulgemeinde A.; vom 10.8.1998 i.S. Gewerbelehrer Luzern c. Regierungsrat Luzern: In diesem Fall erweist sich die Abweisung der Beschwerde der betroffenen Lehrkräfte als wenig verständlich, hatte doch die Regierung zugegeben, dass es sich bei der beanstandeten Ungleichbehandlung um eine ungerechtfertigte handle, die behoben werden müsste, vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von VIKTOR RÜEGG in plädoyer 1998, S. 76. Sodann nicht publ. BGE vom 6.10.1999 i.S. A. F. und Mitbet. c. Staat Solothurn (Berufsschullehrer im Vergleich zu Mittelschullehrkräften).

sätzlich Nachdruck verliehen werden wollte,⁸⁴⁵ steht es auch Männern frei, unter Berufung auf Satz 3 der Gleichstellungsbestimmung der Verfassung oder gestützt auf Art. 3 GIG sich um eine Anpassung ihrer Löhne an jene von Einzelpersonen oder Berufsgruppen des andern Geschlechts zu bemühen, welche finanziell besser entschädigt werden. Es gibt denn auch unter der Herrschaft von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV einige Männer, die sich zwar nicht in typischen Frauenberufen betätigen, die sich aber als Angehörige geschlechtsneutraler Berufe besoldungsmässig benachteiligt gefühlt und sich deswegen vor Gericht für eine bessere Entlohnung eingesetzt haben.

In solcher Konstellation ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht das Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV massgebend, sondern das *allgemeine Rechtsgleichheitsgebot des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV*. Ebenso wenig lässt das Bundesgericht zu, dass sich derartige Klagen und Beschwerden auf das allein im Verhältnis von Frau und Mann geltende Gleichstellungsgesetz stützen. Wird nicht eine Geschlechterdiskriminierung behauptet, gelten die Schranken des allgemeinen Gleichheitsgebots. Das wurde in einem nicht publizierten Entscheid vom 19. Juni 1995 i.S. M. G. dem Beschwerdeführer entgegengehalten, der sich darauf berufen hatte, als Aushilfs- resp. Deutschlehrer für (einzelne) ausländische Kinder würde er zu Unrecht weniger verdienen als die fest angestellten Lehrkräfte – Lehrer wie Lehrerinnen – der Primarschule.⁸⁴⁶

Bei der Frage nach einer *besoldungsmässigen Geschlechterdiskriminierung* geht es zunächst darum zu entscheiden, ob effektiv das *Tatbestandsmerkmal der Geschlechtsbezogenheit* ungleicher Entlohnung vorliege oder nicht. Denn nicht jede unzulässige Ungleichbehandlung verschiedener Berufsgruppen stellt eine Geschlechterdiskriminierung dar, sondern nur jene, welche weibliche Angehörige eines auch von Männern ausgeübten Berufes lohnässig benachteiligt oder wenn sog. typische Frauenberufe im Vergleich zu männlich dominierten oder geschlechtsneutralen Berufen zur Diskussion stehen⁸⁴⁷. Das Bundesgericht hat daher im Zusammenhang mit Lohnklagen, gestützt auf das Gleichstellungsgesetz, stets den Nachweis eines typischen Frauenberufs

845 Vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 6ff.; Botschaft GIG, S. 4ff.

846 Vgl. nicht publ. BGE vom 19.6.1995 i.S. M. G. c. Schulgemeinde A., E. 2b; BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 1a: Schulpsycholog/innen; auch nicht publ. Entscheid vom 10.8.1998 i.S. Gewerbelehrer/kaufmännische Berufsschullehrer c. Kanton Luzern und dazu Besprechung in plädoyer 1998, S. 73 ff.

847 BGE 127 III 207 E. 4b m.Hinw.

als Tatbestandsvoraussetzung vorausgesetzt.⁸⁴⁸ Es ist abzuklären, ob zum Nachteil einer vor allem von Frauen ausgeführten, geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen.⁸⁴⁹ In der Praxis steht daher die Frage nach dem «typischen» *Frauenberuf* regelmässig im Vordergrund.⁸⁵⁰

531 Ob diese Tatbestandsvoraussetzung gegeben ist, beurteilt sich nach der Rechtsprechung entweder aufgrund der *allgemeinen Lebenserfahrung der zuständigen Behörden und Gerichte, allenfalls der geschichtlichen Entwicklung*⁸⁵¹ oder gestützt auf statistische Erkenntnisse.⁸⁵² Einer Sozialbetreuerin bei der Jugendanwaltschaft des Kantons Solothurn hielt das Bundesgericht entgegen, es könne aufgrund der Akten nicht als erstellt betrachtet werden, dass es sich in ihrem Falle historisch gesehen um einen typischen Frauenberuf handle, auch wenn seit jeher ein erheblicher Teil der unentgeltlichen sozialen Arbeit von Frauen wahrgenommen werde. Ob das auch für die berufsmässig ausgeübte Sozialarbeit gelte, sei dem Bundesgericht nicht bekannt und sei jedenfalls nicht notorisch. Es könne auch nicht generell behauptet werden, Arbeit im zwischenmenschlichen Bereich sei traditionell eine typisch weibliche Tätigkeit. Es gebe zahlreiche Berufe, deren Aufgabenschwergewicht im zwischenmenschlichen Bereich liege, die aber weder historisch noch aktuell als typisch weiblich betrachtet werden könnten. Das Bundesgericht verweist u.a. auf die sozial hoch angesehenen und entsprechend finanziell hoch dotierten Berufe von Pfarrer und Arzt sowie auf Lehrer und Polizist und verlangte im konkreten Fall daher weitere Abklärungen.

532 Das Bundesgericht stützt sich zur Abklärung dieser Tatbestandsvoraussetzung i.d.R. auf quantitative statistische Elemente, und es verlangt, dass der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten erheblich höher ist als der Anteil des andern Geschlechts.⁸⁵³ Wenig verständlich ist daher, dass das Bundesgericht die Qualifikation

848 BGE 124 II 529 E. 3a/b und 5e; 124 II 436 E. 6a; 124 II 409 E. 7 und 8a; nicht publ. BGE vom 5. 10. 1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz c. Regierungsrat.

849 BGE 124 II 529 m.Hinw.; ALBRECHT, S. 159 ff.; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 115 ff. zu Art. 3 GIG.

850 BGE 125 II 385; Physiotherapeutinnen; 125 I 71 E. 2a; Krankenschwestern; 124 II 409 E. 8; Handarbeitslehrerinnen.

851 Vgl. nicht publ. BGE vom 6. 10. 1999 i.S. A. F. und Mitbet. c. Staat Solothurn, E. 3b a.E.; BGE 124 II 529; 125 II 385.

852 BGE 124 II 529 E. 5e–g; BGE vom 5. 10. 1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau, E. 5a m.Hinw.; vgl. ALBRECHT, S. 96, 159.

853 BGE 124 II 529 E. 5e m.Hinw. auf Botschaft Gleiche Rechte und die Lehre.

der Sozialarbeit als historisch gewachsener Frauenberuf verneint, obwohl der geschichtliche Hintergrund dies aufgedrängt hätte und sich in den Schulen für Sozialarbeit nach wie vor erheblich mehr Frauen als Männer befinden.⁸⁵⁴ Angesichts des in den letzten Jahren eingetretenen Wandels gibt es freilich mehr und mehr Berufsgattungen, die sich nicht mehr klar aufteilen lassen, auch wenn sie, historisch gesehen, männlich definiert oder als typische Frauenberufe betrachtet werden. Die meisten Berufe stehen nunmehr – wenn auch erst seit wenigen Jahren – grundsätzlich beiden Geschlechtern offen, und es finden sich denn auch beispielsweise einerseits in historisch männlich dominierten Berufen wie dem der Primarlehrerschaft rund 60–70% Frauen,⁸⁵⁵ während andererseits historisch als typisch weiblich betrachtete Arbeiten Mühe haben, als weiblich identifiziert zu werden, wenn – wie in der Sozialarbeit – oft Männer im (öffentlich wahrgenommenen) Vordergrund stehen. Traditionell weibliche Berufe zeigen allerdings immer noch relativ grosse Mühe, Männer anzuziehen. So gelten z.B. Physiotherapeutinnen im Kanton Solothurn als Angehörige eines typischen Frauenberufs,⁸⁵⁶ weil nicht nur die Ausbildung von erheblich mehr Frauen ergriffen wird, sondern auch, weil sie i.d.R. auch in der praktischen Tätigkeit dominieren.⁸⁵⁷ Desgleichen sind Kindergärtner/innen mit einem Männeranteil von weniger als 10%, Handarbeits- sowie Hauswirtschaftslehrer/innen mit praktisch null Männeranteilen wie auch Lehrer/innen für psychiatrische Krankenpflege nach wie vor «geschlechtstypische» Frauenberufe.⁸⁵⁸

Ein Frauenanteil von über 60% kann grundsätzlich einem Beruf das Gesicht eines «Frauenberufs» vermitteln. Nach der Rechtsprechung ist – wie erwähnt – in jedem einzelnen Fall diese Frage als Tatbestandsmerkmal von den Gerichten abzuklären.⁸⁵⁹ Auf gewisse Abweichungen in der durchschnittlichen Geschlechterverteilung kommt es nach Auffassung des Bundesgerichts so wenig an wie auf regionale oder

533

854 Dies hat das Bundesgericht nicht ohne weiteres bejaht, sondern dem kantonalen Gericht zu Abklärung überlassen: BGE 124 II 529 E. 5h/cc. Siehe aber die Literatur dazu, so z.B. WOODTLI, passim.; v.a. das grundlegende – leider nicht mehr allgemein bekannte – Werk von EMMA STEIGER, Die Geschichte der Frauenarbeit in Zürich, Zürich 1962, S. 282 ff.

855 BGE 124 II 409; 124 II 436 E. 6b; nicht publ. BGE vom 5. 10. 1999 i.S. Verband der Kindergärtner/innen Schwyz; 125 II 385.

856 BGE 118 Ia 35 E. 3.

857 BGE 125 II 385: 75,6% Frauen haben die Ausbildung begonnen.

858 BGE 117 Ia 262; 124 II 409; 124 II 436; 126 II 217.

859 BGE 124 II 529 E. 5f.; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Bildungsabschlüsse 1996, S. 33 f.

kantonale Unterschiede; das gilt als normal, und solche Abweichungen unterliegen auch einem zeitlichen und örtlichen Wechsel.⁸⁶⁰ Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung zielt nach Auffassung des Bundesgerichts nicht auf lokal und zeitlich variable Unterschiede ab, sondern auf allgemein *typisch geschlechtsmässig segmentierte Berufe*.

b) In sachlicher Hinsicht

- 534 Die Volksinitiative von 1975 hatte nicht nur den Grundsatz der Lohngleichheit aufgestellt, sondern u.a. auch *Chancengleichheit* bei der Anstellungs- und Berufsausübung verlangt.⁸⁶¹ Die Verfassung beschränkt sich jedoch darauf, bezüglich der Arbeitsverhältnisse einzig den Anspruch auf *gleiche Entlohnung* für gleichwertige Arbeit ausdrücklich zu garantieren. Geschlechterdiskriminierende Arbeitsbedingungen wie Einstellungsbedingungen, Aufgabenzuteilungen, innerbetriebliche Aus- und Weiterbildung oder Beförderungen werden seit 1. Juli 1996 vom *Gleichstellungsgesetz* erfasst, und zwar nicht nur, aber doch in erster Linie, soweit es um *privatrechtliche Arbeitsverhältnisse* geht. Dieses Gesetz, das die Verfassungsbestimmungen konkretisiert, geht daher in sachlicher Hinsicht über Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV hinaus.⁸⁶² Es gilt nicht nur als formales, sondern als materielles Bundesrecht.⁸⁶³

- 535 Das Bundesgericht versteht unter «Lohn» im Sinne des Erfordernisses der gleichen Entlohnung grundsätzlich *sämtliche Lohnformen*, wie auch immer sie im Einzelnen benannt werden. Erforderlich ist nur, dass das Entgelt im Zusammenhang mit einer Erwerbsarbeit steht. Neben den Grundlohn an sich treten zusätzliche Leistungen wie Ferienabgeltung, Teuerungszulagen, Gratifikationen, Boni, Dienstzulagen, aber auch soziale Lohnkomponenten wie Haushalts-, Familien- und Kinderzulagen und der Anspruch auf Besoldung während des Mutterschaftsurlaubs.⁸⁶⁴ Abgelehnt hat das Bundesgericht bisher den Einbezug von

860 BGE 124 II 529.

861 Vgl. vorne Kapitel 1; auch MAHRER, Gleicher Lohn, S. 10.

862 Art. 3 GIG; BGE 123 I 56 E. 2b; 117 Ia 262 E. 2a; 117 Ia 270 E. 2a noch zu Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV; 125 I 71 E. 2a; 125 II 385 E. 3; 125 II 436 E. 6; 125 II 530 E. 2; 124 II 409 E. 7 und 8 zum GIG; 125 I 14; 125 III 368; 126 II 217; 127 III 207.

863 BGE 124 II 409 E. 1; 124 I 223; 126 II 217 E. 4a.

864 BGE 109 Ib 81 E. 4c = Pra 72 Nr. 289; 126 II 217 E. 8 a; nicht publ. BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm del Cantone di Ticino, E. 3a.

Altersrenten der Beruflichen Vorsorge, obwohl diese unabdingbar auf einer entlohnten Arbeit beruhen.⁸⁶⁵

Neuestens erblickt das Bundesgericht in den von den Kantonen getragenen *Ausbildungskosten* – aber vorerst nur bezüglich der Ausbildung von Lehrkräften für Pflegeberufe, somit nur für einen typischen Frauenberuf – einen derart engen Zusammenhang mit dem späteren Arbeitserwerb, dass diese Kosten ebenfalls dem Lohnbegriff zugeordnet werden.⁸⁶⁶

c) In zeitlicher Hinsicht

Das verfassungsrechtliche *Lohngleichheitsprinzip* galt sofort mit der Annahme des Art. 4 Abs. 2 aBV im Jahre 1981. Eine *Übergangsfrist* für die Anpassung von Lohnvereinbarungen in der Privatwirtschaft oder von Besoldungsordnungen der öffentlichen Hand war nicht zulässig. Das Bundesgericht hat verschiedentlich erkannt, verfassungswidrige Lohnregelungen könnten nicht unter Berufung auf die zum geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebot in andern Rechtsbereichen – vor allem im Steuer- und Sozialversicherungsrecht – geltende *Ausnahmepraxis* aufrecht erhalten werden. Diese Ausnahmepraxis bedeute, dort verfassungswidriges Recht bis zur gesetzgeberischen Anpassung an das geschlechtsbezogene Rechtsgleichheitsgebot grundsätzlich weiter gelten zu lassen, wenn sich Rechtsgleichheit nicht sofort durch richterliche Aufhebung verfassungswidriger Rechtsregeln oder Verfügungen herstellen lasse oder es sich um komplizierte und komplexe Rechtsbereiche handle, die in die Regelungskompetenz der politischen Organe, insbesondere des Gesetzgebers und nicht der Gerichte gehörten. Das verfassungswidrige Recht durfte in solchen Ausnahmefällen nicht generell aufgehoben, sondern konnte nur im Einzelfall mit Wirkung für die klagenden oder sich beschwerenden Personen nicht angewendet werden, sofern es um schwere Eingriffe in deren Persönlichkeitsrechte ging.⁸⁶⁷ Diese Rechtsprechung kann nicht auch für das Gebot der Lohngleichheit gelten, welches unmittelbar und sofort durchgesetzt werden muss.

865 BGE 109 Ib 81 E. 4c = Pra 72 Nr. 289; BGE 114 II 349; 116 V 198 E. 2a/aa: Witwerrente der 2. Säule; 126 II 217 E. 8a.

866 Vgl. den in Begründung und Ergebnis höchst fragwürdigen Entscheid in BGE 126 II 217: kantonale während der Ausbildung entlohnte Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege gegenüber BIGA-Berufsschullehrern mit Meisterprüfung.

867 BGE 116 V 198 E. 2 und 3; BGE vom 10.10.1986 in ZBl 1987 (88), S. 306 ff.; BGE 117 Ia 262 E. 3c: Basler Kindergärtnerinnen.

Das gilt jedenfalls für alle Arbeitsverträge, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmung oder des Gleichstellungsgesetzes abgeschlossen, aber über diesen Zeitpunkt hinaus weitergeführt oder die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind. Von der Geltung des Lohngleichheitsgebots im Sinne des Satzes 3 ausgeschlossen waren und sind einzig die vor diesem Datum des 14. Juni 1981 endgültig beendeten Arbeitsverhältnisse.

- 538 Diese Rechtsprechung findet ihren Niederschlag sinngemäss auch im *Gleichstellungsgesetz*.⁸⁶⁸ Im Falle einer festgestellten Lohndiskriminierung können somit Ansprüche aus Arbeitsverträgen oder aufgrund von Besoldungsverfügungen frühestens ab dem Zeitpunkt der Annahme von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV im Jahre 1981 für die Zukunft geltend gemacht und *Nachforderungen* ab Klageerhebung während fünf Jahren bis höchstens zu diesem Zeitpunkt zurück erhoben werden.^{869, 870}

d) In örtlicher Hinsicht

- 539 Im öffentlichrechtlichen Bereich beschränkt sich der Anspruch auf Gleichbehandlung in Gemeinde-, Kantonal- und Bundesverwaltungen, während in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen grundsätzlich die Lohnpolitik einzelner Betriebe massgebend ist, in welchem Klage oder Beschwerde führende arbeiten. Aber der Begriff des gleichen Betriebs darf m.E. nicht zu einengend verstanden werden.⁸⁷¹

- 540 Das Bundesgericht hatte sich nicht oft zu dieser Frage der örtlichen Geltung des Prinzips der Lohngleichheit äussern müssen. Es hat im Zusammenhang mit der Individualklage einer Berufsberaterin befunden, es seien nicht nur einzelne Mitarbeiter, sondern sämtliche – männlichen und weiblichen – Berufsangehörige desselben Kantons mit in die Prüfung einer allfälligen Lohndiskriminierung einzubeziehen.⁸⁷² Ähnlich hat es im Falle einer Walliser Chefbeamtin geurteilt. So haben die – sich gegenüber dem mit im Wesentlichen gleichen Funktionen beauftragten Kanzleichef – lohnässig benachteiligt fühlenden Frauen Anspruch darauf, dass zur Ermittlung einer diskriminierenden Lohn-

868 BGE 124 II 409 E. 1b–d m.Hinw. auf die Lehre; Art. 17 GIG.

869 Vgl. den Grundsatzentscheid 125 I 14; auch nicht publ. BGE vom 2. 11. 1994 i.S. D. O.-St. c. Kanton Solothurn; ferner BGE 117 Ia 262; 117 V 318 E. 4a.

870 Dazu im Einzelnen MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 3ff. zu Art. 17 GIG; BGE 124 II 409 E. 1b und c.

871 Vgl. EidG, BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG, Wegleitung zur Verwirklichung des Lohngleichheitsanspruchs, S. 12.

872 BGE 118 Ia 35.

ungleichheit⁸⁷³ verschiedene – höher und niedriger eingestufte – Funktionen, die von Frauen und Männern erfüllt werden, verglichen werden. Das wirkt sich allerdings nicht zwingend zugunsten beschwerdeführender Frauen aus.⁸⁷⁴ Im Entscheid betr. die Berner Krankenschwestern hat das Bundesgericht z.B. – und im Gegensatz zum Entscheid i.S. der Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege⁸⁷⁵ – sinngemäss auf einen interkantonalen «Marktwert» abgestellt und damit die tiefere Lohneinstufung dieses Frauenberufs gebilligt.⁸⁷⁶ In privatrechtlichen Verhältnissen hat sich diese Frage der räumlichen Vergleichsbasis bisher nicht ausdrücklich gestellt.⁸⁷⁷

Bemerkung: Im Gesamten gesehen dürfte sich die Frage der *räumlichen Geltung* des Lohngleichheitsgebots mit der Frage nach der *Vergleichsbasis* verbinden, welche zur Beurteilung von behaupteten lohnmassigen Benachteiligungen im privaten und öffentlichen Bereich dienen soll. In dieser Hinsicht geht die neueste Praxis von einem relativ weit gezogenen Rahmen aus; d.h. die Rechtsprechung bemüht sich nun auch, den kaum definierten Begriff von «Marktlöhnen» mit in die Überlegungen einzubeziehen.⁸⁷⁸ Das wird dann bedenklich, wenn einfach Zahlenvergleiche angestellt, nicht aber auch andere Faktoren wie Lebenshaltung, allgemeines Lohnniveau usw., aber besonders auch die vorurteilsbeladene Stellung von Frauen in der Arbeitswelt insgesamt mit in die Überlegungen einbezogen werden. Die Gefahr besteht, dass unbesehen des Grundanliegens, Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, versucht wird, aus rein ökonomischen (Konkurrenz-)Gründen Tiefelöhne in Frauenberufen oder – nicht näher hinterfragte, finanzpoli-

541

873 Vgl. nicht publ. BGE vom 14. 12. 1989 i.S. N. B. c. TAdm. Valais: Es wird erstmals festgehalten, dass ein Vergleich von Funktionen sich nicht auf eine einzelne – hier mit der des Kanzleichefs – erstrecken dürfe.

874 Nicht publ. BGE vom 8. 7. 1998 i.S. X c. Regierungsrat des Kantons Solothurn.

875 BGE 126 II 217 E. 8b und 9.

876 BGE 125 I 71 E. 4e; nunmehr auch BGE vom 21. 3. 2000 i.S. Verband der Baselstädtischen Assistenz- und Oberassistentenärztinnen (VBAO) c. Basel-Stadt, in ZBI 2001 (102), S. 265 ff. und BGE vom 5. 10. 1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau.

877 Vgl. BGE 125 III 368 E. 5c/dd: hier wurde auf Journalisten anderer Lokalredaktionen derselben Unternehmung abgestellt, was aber für die Frage einer diskriminierenden Entlohnung der Klägerin im Vergleich zu ihrem Kollegen nicht als genügende und vollständige Vergleichsbasis beurteilt wurde. Dies v.a., weil im kantonalen Gerichtsverfahren auf lohnhebliche Faktoren wie z.B. Dienstalter nicht näher eingegangen worden war.

878 BGE 125 I 71 E. 4d/aa; 126 II 217 E. 9b; vgl. auch CHRISTOPH MEYER/THOMAS MÜLLER-TSCHUMI, Marktlöhne im öffentlichen Personalrecht, ZBI 2001 (101), S. 249.

tisch motivierte – Rückstufungen unter Berufung auf den «Marktlohn» in Besoldungsordnungen zu rechtfertigen.⁸⁷⁹

542 In *Gesamtarbeitsverträgen* ist für alle unterstellten Unternehmungen darauf zu achten, dass direkte und indirekte Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern nicht einfach unter Berufung auf die Praxis in allfällig unterschiedlichen Branchen gerechtfertigt und weitergeführt werden.⁸⁸⁰ Regionale Abstufungen dürften aber wohl grundsätzlich zulässig sein, soweit dies objektiv begründet ist und sie nicht eine versteckte Diskriminierung von Frauenarbeit enthalten.⁸⁸¹

543 Als Grundlage für die Frage örtlich unterschiedlicher Besoldungen könnte Art. 4 Abs. 1 des *Heimarbeitsgesetzes* herangezogen werden. Danach richtet sich sinngemäss der Lohn für *Heimarbeit* nach den im eigenen Betrieb für gleichwertige Arbeit geltenden Ansätzen. Fehlt aber ein vergleichbarer Betriebslohn, so ist nach der genannten Bestimmung der im betreffenden Wirtschaftszweig übliche regionale Lohnansatz für ähnliche Arbeiten anzuwenden, wobei u.a. den unterschiedlichen Arbeitsbedingungen zwischen Betrieb und Heimarbeitsplatz Rechnung zu tragen ist.

3. Gleichheit und Gleichwertigkeit der Arbeit

544 Vor Einführung des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes in die Verfassung bestand lediglich das Gebot, *gleiche* Arbeit für Frauen und Männer gleich zu entlohnen. Dieses Prinzip liess sich unmittelbar nur im Bereich öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse bei gleicher Arbeit durchsetzen.⁸⁸² Der seit 1981 geltende verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf Gleichheit des Lohnes bezieht sich nunmehr ausdrücklich auch auf *gleichwertige Arbeit*.⁸⁸³ Dasselbe gilt im Bereich des *Gleichstellungsgesetzes*: Das Bundesgericht stellt klar, dass in materiellrechtlicher Hinsicht das Gleichstellungsgesetz konkretisiert, was in Art. 4 Abs. 2

879 Vgl. nicht publ. BGE vom 8. 7. 1998 i.S. X c. Regierungsrat des Kantons Solothurn; 126 II 217; nicht publ. BGE vom 5. 10. 1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau.

880 Vgl. Eidg. Büro für Gleichstellung, Wegleitung zur Verwirklichung des Lohn-gleichheitsanspruchs, S. 12.

881 Vgl. Votum Bundesrat Furgler, AmtlBull StR 1980, S. 567; AmtlBull NR, S. 687.

882 BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; Primarlehrerin/Primarlehrer.

883 BGE 117 Ia 270 E. 2b; 124 II 409 E. 9 m.Hinw. u.a. auf GABRIEL AUBERT, S. 143 ff.; BERENSTEIN, Sonderdruck ZBJV, S. 489–492, 499; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 100 zu Art. 3 GIG.

aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV enthalten ist. In seinen materiellrechtlichen Aussagen gehe das Gleichstellungsgesetz nicht weiter als die Verfassung.⁸⁸⁴

Werden Frauen in gleichen, *identischen Tätigkeiten* bei gleichen Voraussetzungen ungleich entlohnt – so z.B. als Lehrerin⁸⁸⁵ oder Berufsberaterin⁸⁸⁶, als Nachfolgerin auf dem Posten eines besser entlohn-ten Angestellten⁸⁸⁷, als Sozialbetreuerin⁸⁸⁸ –, liegt der Schluss einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nahe. *Gleichheit* der Arbeit setzt voraus, dass bei gleichen Anforderungen Mann und Frau arbeitsmässig gleicherweise einsetzbar sind und auch Gleichheit der für die Festsetzung der Besoldung und für deren Vergleichbarkeit entscheidenden Merkmale gegeben ist, wie etwa Vor- und Ausbildung, Qualifikation, Berufserfahrung usw.

546 Geht es nicht um *identische*, sondern um *gleichartige* Arbeit – so etwa beim Vergleich zwischen den als typisch weiblich verstandenen Berufen der Hauswirtschaftslehrerin und der Arbeitslehrerin mit der Primarlehrerschaft⁸⁸⁹ oder der Sozialbetreuerin auf einer Jugendanwaltschaft und den Sozialbetreuern in einer Strafanstalt⁸⁹⁰ –, sind die Tätigkeiten trotz Übereinstimmung in den wesentlichsten Merkmalen durch unterschiedliche Kriterien gekennzeichnet. Zwar führen die Berufsangehörigen grundsätzlich eine gleiche Funktion aus (Schulunterricht, Betreuung von Menschen in schwierigen Situationen oder von Randgruppen), sie haben im Wesentlichen auch eine gleiche Ausbildung. Ihre Arbeit ist aber nicht in allen Teilen identisch und kann sich durch das Umfeld der Tätigkeit unterscheiden. In der Lebenswirklichkeit ist Gleichartigkeit der Arbeit daher nicht immer Garant für gleichen Lohn, sondern kann sogar – je nach der Art der Anstellung und der damit verbundenen Verantwortung oder Funktion – zu erheblichen Unterschieden in der Entlohnung führen. Zulässige ungleiche Entlohnung bei gleichartiger Arbeit hängt davon ab, ob sie mit objektiven Gründen – wie etwa mit leitenden Funktionen oder erschwerten Arbeitsbedin-

884 BGE 124 II 436 nicht publ. E. 4; 124 II 409 E. 9; 124 II 529 E. 3; 125 I 71 E. 2; 125 II 385 E. 3.

885 BGE 103 Ia 517 ff. = Pra 67 Nr. 138; BGE 105 Ia 120.

886 BGE 118 Ia 35.

887 Nicht publ. Entscheid vom 8. 7. 1998.

888 BGE 124 II 529.

889 BGE 117 Ia 270; Berner Arbeitslehrerinnen.

890 BGE 124 II 529.

gungen – zu erklären und effektiv nicht, auch nicht indirekt, geschlechtsbezogen ist.⁸⁹¹

547 Der Begriff der *Gleichwertigkeit* wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht näher definiert. In BGE 125 I 71 E. 2b hält das Bundesgericht einzig fest, er umfasse nicht bloss ähnliche Arbeiten unterschiedlicher Natur, d.h. gleichartige Tätigkeiten, sondern könne auch (v.a. bei sog. verdeckter oder indirekter Diskriminierung) äusserlich gleiche Tätigkeiten (Lehrberufe) umfassen.⁸⁹² Die Kritik einer geschlechterbedingten Benachteiligung verlangt daher stets einen *Vergleich* mit andern – gleichartigen oder völlig unterschiedlichen, aber in den wesentlichsten Merkmalen vergleichbaren – Berufen.⁸⁹³

548 Das Bundesgericht hat bereits früh eine relativ *breite Vergleichsbasis* verlangt, ginge es doch nach seiner Auffassung nicht an, z.B. die Tätigkeit einer Berufsberaterin nur gerade mit drei unmittelbar mit ihr zusammenarbeitenden Kollegen und deren berufliche Voraussetzungen zu vergleichen⁸⁹⁴ oder wäre es auch unzulässig, zwei kantonalen Chefbeamtinnen nur gerade die Tätigkeit des Vorstehers der Regierungskanzlei zum Vergleich für die Frage der Diskriminierung entgegenzusetzen.⁸⁹⁵

549 Besondere Schwierigkeiten ergeben sich v.a. – und hier liegt denn auch der Schwerpunkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung –, wenn *unterschiedliche* Arbeiten, äusserlich ungleiche Tätigkeiten unter dem Gesichtspunkt der *Gleichwertigkeit* miteinander verglichen werden müssen, weil sich Arbeitnehmende über eine geschlechtsbezogene Benachteiligung beschwerten.⁸⁹⁶ Ein solcher Vergleich bedingt, wie das Bundesgericht in seinem nicht publizierten Entscheid vom 19. November 1998 bezüglich des Vergleichs von Schulpsycholog/innen und Schul-

891 So etwa im nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, wo es um eine weitgehend gleichartige Tätigkeit einerseits von Schulpsycholog/innen und andererseits von Schulärzt/innen ging. Hier stand aber ein Anwendungsfall von Art. 4 Abs. 1 aBV zur Diskussion (Geschlechtsneutralität der Vergleichsberufe).

892 BGE 117 Ia 270 E. 2b m.Hinw.

893 BGE 124 II 409 E. 9; 125 II 385 E. 5b und E. 6f.

894 BGE 118 Ia 35 nicht publ. E. 3 a und b.

895 Nicht publ. BGE vom 14.12.1989 i.S. N. B. c. TAdm Valais.

896 Vgl. EidG. BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG, Arbeitsbewertung, S. 4ff., 17ff., 90ff. Bei dieser Frage kommt es wesentlich auf ein kritisches Hinterfragen der zum Vergleich herangezogenen Kriterien sowie auf ein kritisches Umgehen mit möglichen Vorurteilen an, die nie – vor allem nicht gegenüber Frauenberufen und der Frauenarbeit überhaupt – ganz auszuschliessen sind. BGE 125 II 385 E. 6f.; Physiotherapeutinnen im Vergleich mit Wachtmeister/Korporal der Kantonspolizei, Techniker Tiefbauamt u.a.

ärzt/innen ausgeführt hat, eine Beurteilung und eine Wertung, die nie streng objektiv und wertfrei sein können. Denn ob *Gleichwertigkeit* verschiedener Berufe bejaht wird, hänge weitgehend von politischen Vorgaben und Massstäben, gesellschaftlichen Meinungen, aber auch von persönlicher Erfahrung und Einschätzung des Wertes der je geleisteten Arbeit ab. Solche weitgehend subjektive und damit variable Wertvorstellungen sind zwangsläufig je nach Zeitpunkt der Beurteilung unterschiedlich. Aus diesen Gründen sind Besoldungsunterschiede der verschiedenen Funktionen zwischen Männern und Frauen oft erheblich und auch kaum je einfach zu durchschauen und zu verstehen. Es sind darin – wie das Bundesgericht sich ausdrückt – sehr oft Wertschätzungen enthalten, die eine Gesellschaft der entsprechenden Tätigkeit entgegenbringt, und die so oder anders ausfallen können.⁸⁹⁷ Jedes Lohnsystem, welches unterschiedliche Besoldungsklassen kenne, müsse – so das Bundesgericht auch in weiteren Entscheiden⁸⁹⁸ – unvermeidlicherweise bestimmte Tätigkeiten höher und andere tiefer bewerten, selbst wenn sie vergleichbar sind.⁸⁹⁹ Eine solche Bewertung dürfe nur nicht geschlechterdiskriminierend sein, d.h. sie muss auf objektiv einleuchtenden Gründen beruhen.

4. Exkurs: Vergleichbarkeit der verschiedenen Lehrberufe

Im Vordergrund der bundesgerichtlichen Beurteilung *gleichwertiger Arbeit* und ungleicher Besoldung stehen die verschiedenen *Lehrberufe*, von der Kindergärtnerin über die Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerin bis hin zu Lehrkräften mit besonderen Aufgaben (Orientierungsstufe oder Sprachunterricht für ausländische Kinder oder Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege; Gewerbe- und kaufmännische Berufsschullehrer oder Mittelschullehrkräfte) in ihrem Vergleich mit dem Beruf der Primarlehrkräfte oder im Vergleich zu Lehrkräften mit unterschiedlicher Ausbildung. Die Vergleichbarkeit liegt nahe: Alle Lehrberufe haben grundsätzlich die gleiche *Funktion* auszuüben. Damit ver-

897 Nicht publ. Entscheid vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2d m.Hinw. auf BGE vom 29.01.1996 i.S. W., publ. in ZBl 1997 (98), S. 210 E. 2b.

898 So etwa in BGE 126 II 217 E. 6; 124 II 409 E. 9a–d; 117 Ia 262 E. 4c; dazu BERENSTEIN, Sonderdruck ZBJV 1984, S. 491f., ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 102 zu Art. 3 GlG; ALBRECHT, S. 21.

899 Nicht publ. Entscheid vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich: Schulpsycholog/innen gg. Schulärzt/innen.

bunden sind weitgehend gleiche oder doch vergleichbare psychische und physische Belastungen, Selbständigkeit des Arbeitens, soziale Kompetenz, geistige Fähigkeiten und Verantwortung. Diese Berufe sind – würde man meinen – unter dem Gesichtspunkt der *Gleichwertigkeit* der Arbeit für Männer wie Frauen gleich. Dennoch akzeptiert die Praxis trotz einer gewissen Anpassung der Besoldung, die der Behebung einer groben Diskriminierung von Frauen gedient hat, nach wie vor teils erhebliche Lohnunterschiede zwischen den verschiedenen Lehrfunktionen v.a. zulasten weiblicher Tätigkeit.⁹⁰⁰ Der Grund dafür liegt m.E. darin, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung von Gleichwertigkeit in hohem Ausmasse unterschiedlichste Rechtfertigungsgründe anerkennt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

5. Prüfungspflicht der Gerichte, Arbeitsbewertung und Diskriminierung in der Lohnfestsetzung

551 Nicht jede unterschiedliche Entlohnung gleicher oder gleichwertiger Arbeit ist i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV diskriminierend und verlangt nach Gleichstellung, sondern nur eine solche, die sich nicht anders als durch das unterschiedliche Geschlecht der Betroffenen erklären lässt. Ob eine solche Diskriminierung vorliegt, beurteilt sich einerseits durch die Abklärung der Frage, ob es um Frauen- im Vergleich zu Männerarbeit geht, und andererseits, ob die Tätigkeiten mit besser bezahlten vergleichbar sind und schliesslich, ob objektive Gründe genannt und nachgewiesen werden, die eine Diskriminierung auszuschliessen vermögen. Dazu sind tatsächliche Abklärungen und Beurteilungen erforderlich. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat daher bereits früh – teils gestützt auf den aus Art. 4 Abs. 1 aBV fliessenden Anspruch auf rechtliches Gehör, teils unmittelbar gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV – von den kantonalen Gerichten *minimale Abklärungen* des Sachverhalts von Amtes wegen verlangt. Das gilt auch unter der Herrschaft des Gleichstellungsgesetzes⁹⁰¹. Das Bundesgericht hat zu-

900 Vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Gutachten vom 28.2.1997 zuhanden des Schweiz. Kindergärtnerinnen- und Kindergärtnerverbands, S. 18f.; Statistik «Schweiz. Lehrkräfte und Frauenanteil nach Kanton und Schulstufe 1995/1996»; Eidg. Büro für Gleichstellung, Faltprospekt, Neuenburg/Bern 1998; «Je höher die Schulstufe und entsprechend besser bezahlt die Stellen sind, desto kleiner ist der Anteil Frauen am Lehrpersonal.»

901 Vgl. zu Art. 12 Abs. 2 GlG BGE 127 III 207 E. 7; 125 II 385 E. 5c m.Hinw.; 125 III 368 E. 3 und 4. Zum Ganzen KLETT, AJP 2001, S. 1293 ff.

nächst offen gelassen, wie die kantonalen Gerichte dieser minimalen Prüfungspflicht nachzukommen haben. Seit längerem aber verlangt es i.d.R., dass mit Hilfe statistischer Angaben und *arbeitswissenschaftlicher Expertisen* diesen für die Klarlegung der Lohnpolitik der Betriebe oder Verwaltungen und für die Beurteilung von allfälligen geschlechtsbedingten Lohndiskriminierungen notwendigen Fragen nachgegangen wird, sofern – was die Regel ist – dem urteilenden Sachgericht die erforderliche Sachkunde abgeht.⁹⁰² Nur ausnahmsweise darf auf die allgemeine Lebenserfahrung oder die eigene Sachkunde des Gerichts abgestellt werden.⁹⁰³ Die Begutachtenden haben sich dabei auf die Beantwortung von Tatfragen (z.B. Höhe von Lohnunterschieden, Beschreibung von Tätigkeiten sowie der zur Einreihung verwendeter Merkmale und deren Gewichtung, Art der Ausbildung usw.) zu beschränken. Sie haben aber auch allfällige Werturteile durchschaubar zu machen.⁹⁰⁴ Die Beurteilung der damit verbundenen Rechtsfragen – so etwa, ob ein Bewertungssystem oder verwendete Merkmale diskriminierend seien oder ob die Schranken des Ermessens beachtet worden sind – ist Sache der Gerichte.

In welcher Weise die *Arbeitsbewertung* erfolgen kann, ergibt sich nach der Rechtsprechung weder aus der Verfassungsbestimmung noch aus dem Gleichstellungsgesetz; und auch das Bundesgericht lässt die Frage nach der «richtigen» Methode offen.⁹⁰⁵ Bei allgemeinen Besoldungsordnungen hat sich eingespielt, dass sich vor allem die öffentlichen Organe auf *wissenschaftliche Arbeitsbewertungsverfahren* verlassen.⁹⁰⁶

Das Bundesgericht anerkennt alle heute gebräuchlichen Bewertungsverfahren, insbesondere die von praktisch allen Kantonen angewandte sog. *vereinfachte Funktionsanalyse*⁹⁰⁷. Diese Methode beruht auf ver-

902 Bereits nicht publ. BGE vom 14.12.1989 i.S. N. B. c. TAdm Valais; vgl. BGE 117 Ia 262 E. 4c, 118 Ia 35 m.Hinw. auf BGE vom 11.11.1983 (erster Zürcher Krankenschwesternentscheid) in ZBl 1984 (85), S. 162; vom 14.5.1987 (zweiter Zürcher Krankenschwesternentscheid), in ZBl 1989 (90), S. 203; 120 Ia 95; 124 II 238; 124 II 409 E. 4c; 125 II 385 E. 5c; nicht publ. BGE vom 5.10.1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz, E. 4a.

903 BGE 124 II 409 E. 10b ff.

904 BGE 124 II 409 E. 9; nicht publ. BGE vom 5.10.1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz, E. 4b.

905 BGE 124 II 409 E. 9a–d m.Hinw. auf die Lehre. Vgl. dazu die kritische Auseinandersetzung mit der unbefriedigenden neuen Praxis des Bundesgerichts von ARIOLI/EGG, S. 1299 ff.; auch MATEFI, AJP 2001, S. 1326 f.

906 Vgl. ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 102 f. zu Art. 3 GlG; BGE 124 II 409 E. 9b und E. 10 m.v.Lit.hinw.; MATEFI, AJP 2000, S. 1004 ff.

907 ARIOLI/EGG, S. 1300 FN 86.

schiedenen, von Erfahrungswerten ausgehenden, arbeits- oder funktionsbezogenen Kriterien, denen unterschiedliches Gewicht zugeordnet wird. Als solche *Kriterien* werden regelmässig genannt: Ausbildung und berufliche Erfahrung, Dienstalter, geistige Anforderungen, Grösse der zu tragenden Verantwortung, psychische und physische Belastung sowie die Beanspruchung der Sinnesorgane. Es fehlen Kriterien, welche vor allem Frauen zugeschrieben werden, wie soziale Kompetenz, Kommunikations- und Teamfähigkeit, solidarisches Mitempfinden. Die Kriterien der geistigen Anforderungen und der Ausbildung fallen punktemässig regelmässig um ein Vielfaches stärker ins Gewicht als z.B. die psychischen Anforderungen, oder auch als Sozialkompetenz oder Verantwortung. Damit wird sehr oft die traditionellerweise in einzelnen Frauenberufen geringere Ausbildung, aber stärkere Sozialkompetenz lohnässig zum Nachteil von Frauen gewichtet.

554 Das Bundesgericht akzeptiert diese Folge jedoch und verlangt lediglich einen kritischen Umgang mit den Bewertungsmethoden.⁹⁰⁸ Verboten ist nur die Wahl von Kriterien, welche direkt oder indirekt geschlechtsdiskriminierend sind. Das ist wenig klar, heisst aber in der richterlichen Terminologie, es dürfe nicht an geschlechtsspezifische Merkmale – wie etwa Körpergrösse oder Fingerfertigkeit – angeknüpft werden, und die verwendeten Kriterien dürften nicht geschlechtsspezifisch unterschiedlich gewichtet werden. Das hat aber nicht verhindert, dass gerade beispielsweise Fingerfertigkeit, psychische Belastungsfähigkeit oder Empathie – als grundsätzlich frauenbezogene Merkmale – im Lichte dieser Praxis in Lohnbeurteilungen oft zu tieferen Einstufungen und damit zu niedrigerem Lohn für die weiblich definierten Berufsgruppen führen oder dass diese Berufsgruppen nur ungenügend an Vergleichsberufe lohnässig angeglichen werden.

555 Dazu kommt, dass das Lohnleichheitsgebot nach Auffassung des Bundesgerichts den politischen Behörden und der privaten Arbeiterschaft einen grossen *Ermessensspielraum* belässt, wenn es um die Beurteilung von Tätigkeiten und Funktionen sowie deren besoldungsmässigen Bewertung geht.⁹⁰⁹ Wenn es weder eine allein «richtige» noch eine «überzeugende» Methode solcher Bewertung gibt, ist praktisch alles möglich. Die Rechtsprechung verbietet nur die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien und -merkmale.⁹¹⁰ Geboten ist,

908 BGE 125 I 71 E. 2a.

909 BGE 123 I 1 E. 6b.

910 Arbeitsgruppe «Lohnleichheit», Schlussbericht, S. 18.

dass die Arbeitsbewertung von unabhängiger und unbefangener Stelle erarbeitet sowie ohne politische Vorgaben erstellt wird, um Beweiskraft zu erlangen.^{911, 912}

Das Bundesgericht anerkennt als Schranke dieses Ermessens nur das *Willkürverbot* und das *Rechtsleichheitsgebot*.⁹¹³ In der Praxis wird regelmässig erklärt, ein strengerer Massstab sei anzulegen, wenn das Verbot einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung zur Diskussion stehe. Doch letztlich fällt auch hier der Entscheid regelmässig ausschliesslich unter Willkürgesichtspunkten, indem das Bundesgericht nur zu überlegen pflegt, ob sachlich haltbare Gründe für eine unterschiedliche Bewertung und Beurteilung resp. Einreihung sprechen würden.⁹¹⁴ Weil *Gleichwertigkeit von Tätigkeiten* nie wissenschaftlich objektiv und wertfrei beurteilt werden kann, haben die mit Besoldungsfragen befassten Arbeitgeber/innen oder Begutachtende somit einen weiten Ermessensspielraum.⁹¹⁵ Dass darin aber gerade unter dem Gesichtspunkt der geschlechtsbezogenen Lohnleichheit ein grosses Diskriminierungspotenzial liegen kann, wird kaum berücksichtigt.

557 Die Einordnung der verschiedenen Funktionen in ein Besoldungssystem selbst ist Sache der *politischen Behörden*, die sich indessen ebenfalls vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter und vom Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierungen leiten lassen müssen. Dem wird – wie die verschiedenen Entscheide zur Lohnleichheit andeuten – nicht immer nachgelebt, beklagen sich doch verschiedene Betroffene z.B. darüber, dass in den kantonalen parlamentarischen Beratungen, entgegen der Empfehlung der Gutachter, sog. «*Minusklassen-Entscheide*» vor allem zu Lasten von Frauenberufen getroffen werden, die kaum einleuchtend begründet werden und sich offenbar vor allem auf finanzielle Überlegungen stützen.⁹¹⁶

911 BGE 123 I 1 E. 6b; 121 I 49 E. 3b; 121 I 102 E. 4a; vgl. BGE vom 5.10.1999 i.S. Stadt Zürich c. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und die m.R. kritische Bemerkung dazu von MATEFI, AJP 2000, S. 1006 und ARIOLI/EGG, S. 1300 ff.

912 Vgl. BGE 125 II 541 E. 4 – 6; BGE vom 14.5.1987 i.S. R. D. c. Stadt Zürich, publ. in ZBl 1989 (90) S. 203; dann auch BGE 123 I 1 E. 6c m.w.Hinw.; nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2e; nicht publ. BGE vom 29.1.1996 i.S. S. W., publ. in ZBl 1997 (98), S. 210.

913 Zuletzt in BGE vom 6.10.1999 i.S. A. M. und Mitbet., E. 2b m.Hinw.; BGE vom 5.10.1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau, E. 3a, 4, 5a.

914 BGE 123 I E. 6b; 125 II 385 E. 5e.

915 BGE 124 II 409 m.Hinw.; 125 I 71 m.Hinw.; 125 II 385; 124 II 529 m.Hinw.; 126 II 217.

916 Vgl. z.B. BGE 124 II 529: Sozialbetreuerin; 125 I 71: Berner Krankenschwestern.

- 558 Einer gefestigten Rechtsprechung entspricht, dass das Lohnleichheitsgebot nicht nur *direkte, unmittelbare Lohndiskriminierung* verbietet; verboten ist ebenso die viel häufigere *indirekte, mittelbare Ungleichbehandlung* bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.⁹¹⁷ Das Verbot indirekter Diskriminierung gilt nach Einführung des Gleichstellungsgesetzes am 1. Juli 1996 nunmehr ausdrücklich.⁹¹⁸
- 559 Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt eine *indirekte Lohndiskriminierung*⁹¹⁹ vor, wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs oder zum Nachteil einzelner Erwerbstätiger gegenüber Angehörigen des andern Geschlechts Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet und nicht durch objektive Gründe zu rechtfertigen sind.^{920, 921} Es werden zwar anscheinend gleiche und geschlechtsneutrale Kriterien und Massstäbe zur Bewertung der je geleisteten Arbeit oder der zu bewertenden Funktionen verwendet, aber im Ergebnis sind es Frauen, die weniger Lohn erhalten als Männer, oder Frauen werden in vergleichbaren Funktionen mehrheitlich in den allgemeinen Besoldungssystemen tiefer eingestuft als Männer, ohne dass dies anders zu erklären wäre als durch das unterschiedliche Geschlecht und durch eine – allgemein Frauenberufe trefende – «Minderbewertung» konkreter Berufe.
- 560 Diese Definition vermischt m.E. freilich teilweise direkte mit indirekter Diskriminierung: Werden Frauen in typischen Frauenberufen lohn-mässig tiefer bewertet als männliche Vergleichsberufe, dann geht es um eine typische Ungleichbehandlung sehr direkter Art. Dass innerhalb

917 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254; BGE 117 Ia 262; BGE 124 II 409 E. 7; 126 II 217 E. 4.

918 Art. 3 GIG verbietet nunmehr ausdrücklich jede direkte und indirekte Diskriminierung; vgl. dazu ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 73 ff., 76 ff.; BGE 124 II 529 E. 5d; 124 II 409 E. 8a; 124 II 436 E. 6a m.Hinw. auf die reichhaltige Literatur. Dazu auch STEINER, Lohndiskriminierung, S. 1281 ff.

919 BGE 124 II 529 E. 5g; NORA REFAEL/KARINE SIEGWART, Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht, in: ASTRID EPINEY/NORA REFAEL (Hrsg.), Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht, Swiss Papers on European Integration, Bern/Zürich 1997, S. 28; MATEFI, AJP 2000, S. 337 ff., die allerdings m.E. zu Unrecht mit dem Bundesgericht davon ausgeht, es handle sich im konkreten Sachverhalt um eine «indirekte» Diskriminierung. Der Vergleich vergleichbarer Arbeiten und Funktionen bezieht sich m.E. stets auf direkte Diskriminierungstatbestände.

920 BGE 124 II 409 E. 8 m.Hinw. auf ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 116 zu Art. 3 GIG; ALBRECHT, S. 159 ff.

921 BGE 125 II 385; 124 II 529; 124 II 409; 124 II 436, je m.Hinw. auf die Lehre.

der Vergleichsberufe Frauen und Männer formal gleichgestellt sind, ändert daran m.E. nichts.⁹²²

Dass es im Bereich der Lohnleichheit resp. Lohnungleichheit nicht einfach ist, v.a. eine *indirekte Lohndiskriminierung* nachzuweisen, zeigt die Problematik um die Teilzeitarbeit. Dies u.a., wenn innerhalb der verschiedenen vergleichbaren Berufsgruppen, selbst wenn sie bisher als Vollzeitberufe gegolten haben, plötzlich unterschiedliche *Pflichtstunden* resp. verschiedene Pflichtpräsenzzeiten hinsichtlich der Besoldungsvergleiche und der Einreihung in Besoldungsordnungen eine Rolle zu spielen beginnen.⁹²³

Die Auseinandersetzung um Pflichtstunden oder Präsenzzeiten ist nach Auffassung des Bundesgerichts grundsätzlich keine Frage einer diskriminierenden Ungleichbehandlung, sondern eine solche der pädagogisch motivierten Arbeitsbedingungen. Es entspräche geradezu einer unzulässigen Ungleichbehandlung, wenn für kürzere Arbeits- oder Präsenzzeiten der gleiche Lohn bezahlt würde, wie er z.B. für Lehrkräfte mit (im Vergleich zu Kindergärtnerinnen) längeren Präsenzzeiten gelte.

Das Problem liegt aber darin, dass von solchen Überlegungen allein typische Frauenberufe betroffen sind. Im Vordergrund steht daher die Frage, inwieweit es diskriminierend ist, wenn ein frauenspezifischer Vollzeitberuf, wie etwa der der Kindergärtnerin oder der Handarbeitslehrerin, wegen einer niedrigeren Pflichtstundenzahl oder kürzeren Präsenzzeit in Lohnleichheitsverfahren plötzlich als *Teilzeitberuf* deklariert wird. *Teilzeitarbeit*, weil vor allem von Frauen geleistet, gilt – wie auch das Bundesgericht anerkennt – als Paradebeispiel einer (indirekten) Geschlechterdiskriminierung, sofern dafür schlechtere Arbeits-

922 Vgl. MATEFI, AJP 2000, S. 337 ff., welche die Meinung des Bundesgerichtes teilt, dass z.B. bei der Lohnklage der Physiotherapeutinnen nicht eine Frage der direkten, sondern der indirekten Diskriminierung vorliege, weil die Einstufung von Physiotherapeutinnen und -therapeuten in dieselbe Funktion geschlechtsneutral sei. Das ist wohl zutreffend, aber es ging dabei um den Vergleich zwischen einer typischen Frauenarbeit mit vorwiegend männlich definierten Funktionen.

923 Das war das Problem im nicht publ. BGE vom 19.6.1995 i.S. M. G. c. Schulgemeinde A; auch BGE 121 I 49: Primarlehrerschaft Schaffhausen; aber auch der Kindergärtnerinnen im Kanton Solothurn und Kanton Zürich, vgl. BGE 124 II 436; 125 II 530 E. 4: Dieser Beruf wird in beiden Kantonen primär aufgrund geringerer Pflichtstundenzahlen nicht einfach proportional – ähnlich einer Stundenreduktion in irgendeinem Beruf – entlohnt, sondern in der Besoldungsordnung tiefer eingereiht. Vgl. auch BGE vom 5.10.1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz c. Regierungsrat, E. 3b und 6h.

bedingungen gelten und ein geringerer Lohn für dieselbe Zeiteinheit (Stundenlohn) bezahlt wird.⁹²⁴

564 Nach Auffassung des Bundesgerichts ist das im Falle der Solothurner, Zürcher und Schwyzer Kindergärtnerinnen aber nicht diskriminierend. Eine verfassungswidrige Benachteiligung läge nach seiner Auffassung nur vor, wenn Teilzeitangestellte *proportional* (z.B. als Stundenlohn) weniger verdienen als Vollzeitangestellte. Demgegenüber sei es selbstverständlich zulässig, für ein kleineres Pensum entsprechend eine tiefere Besoldungseinreihung vorzusehen. Das Bundesgericht übersieht nicht, dass die Berücksichtigung eines reduzierten Pensums in der entsprechenden höheren Lohnklasse, wie sie aufgrund des wissenschaftlichen Gutachtens der Funktion z.B. der Kindergärtnerin als Vollzeitberuf an sich entsprechen würde, möglicherweise systemgerechter wäre.

565 Doch das sei nicht zwingend. Es genügt vielmehr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn ein betragsmässig gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit ausgerichtet wird. Ob dieser Betrag dadurch zustande kommt, dass 90 oder 82% der höheren Lohnklasse oder 100% der tieferen Lohnklasse bezahlt würden, sei unerheblich, sofern mit dieser Differenzierung nicht andere Nachteile verbunden seien.⁹²⁵ Doch gerade auf die von den Betroffenen erwähnten Nachteile ist das Bundesgericht in seinem Entscheid nicht weiter eingetreten. Es hat zwar anerkannt, dass andere Lehrkräfte eine noch tiefere Präsenzzeit hätten als Kindergärtnerinnen und Primarlehrkräfte (so die Berufs- und Kantonsschullehrer, Hochschullehrer). Aber über die Tatsache, dass die Angehörigen solcher Lehrberufe anders als Kindergärtnerinnen keine tiefere Besoldungseinreihung in Kauf zu nehmen haben, ist es hinweggegangen. Diesen Berufsgruppen werden Rechtfertigungsgründe zugute gehalten, so insbesondere die regelmässig grössere und aufwändigere Vorbereitungszeit, die breitere Ausbildung oder grössere disziplinarische Schwierigkeiten. Im Übrigen fragt sich das Bundesgericht, ob denn eine niedrigere Präsenzzeit überhaupt einen rechtlich beachtenswerten Nachteil darstelle.

566 *Bemerkung:* Die Frage, ob typische Frauenberufe besoldungsmässig direkt oder indirekt diskriminierend behandelt werden, lässt sich vielfach nur schwer mit einer Beschwerde beim Bundesgericht endgültig klären. Das Bundesgericht verweist viele entscheidende Fragen in das

924 ALBRECHT, S. 161; ARIOLI, Rechtsfigur, S. 1327–1335; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 22 zu Art. 3 GIG; KATHRIN KLETT, Das Gleichstellungsgesetz, ZBl 1997 (98), S. 54.

925 BGE 124 II 436 E. 8; 125 II 530 E. 4.

Ermessen der politischen Behörden oder verweist auf den Gesetzgeber und betont auch stark die Subjektivität der mit der Bewertung und Beurteilung befassten Gremien. Der Anspruch auf Lohngleichheit von Frauen und Frauenberufen mit Männern und männlich dominierten Berufen bestimmt sich daher in der Realität – und scheitert auch – an uneingestanden mitwirkenden, individuell von traditionellen Vorverständnissen geprägten Anschauungen und Werthaltungen von Begutachtenden und insbesondere der politischen Organe, aber auch des Bundesgerichtes selbst.

Darin liegt sehr oft die eigentliche Crux für den Ausgang gerichtlicher Entscheide in Lohngleichheits-Verfahren. *Die ökonomische Wissenschaft* geht von Kriterien der Lohnfestsetzung und von einer Bewertung dieser Kriterien und Merkmale aus, die sich im Grossen und Ganzen an der beruflichen Situation der Männer orientiert. Das benachteiligt oft gerade typische Frauenberufe. Besoldungsordnungen der Kantone unterliegen seit einigen Jahren finanziellen Sparanstrengungen der öffentlichen Hand. Ob diese Sachlage, dort vor allem, wo mit Hilfe von sog. Minusklassen-Entscheiden gerade typische Frauenberufe benachteiligt werden, wiederum zu verdeckter oder indirekter Diskriminierung von Frauenberufen führt, ist bisher in der Rechtsprechung selten näher hinterfragt worden, obwohl das Argument von Klägerinnen immer wieder vorgebracht worden ist.

Im Falle der Berner Krankenpflegerinnen und der Solothurner Physiotherapeutinnen hat das Bundesgericht erstmals angedeutet, dass in einer solchen nachträglichen Zurückstufung von typischen Frauenberufen eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegen könnte.⁹²⁶ Es meinte, es ginge grundsätzlich nicht an, aus finanzpolitischen Gründen nur gerade typische Frauenberufe aus einem gesamten Lohngefüge herauszunehmen und in tiefere Lohnkategorien einzustufen. Finanzielle Schwierigkeiten der Arbeitgeberschaft müssten anders, kostenneutral gelöst werden.⁹²⁷ Doch es hat bisher keine rechtlichen Konsequenzen aus dieser für Frauen unerfreulichen Situation gezogen.

Das Bundesgericht will auch darin, dass Bewertungsinstanzen manchmal einseitig zusammengesetzt sind, keinen Verstoß gegen das Geschlechtergleichheitsgebot sehen. Zwar wäre es auch nach Ansicht des Bundesgerichtes wünschbar, die unterschiedlich Betroffenen (Frauen

926 BGE 125 I 71 E. 4c; 125 II 385; vgl. auch 123 I 1; 124 II 529; nicht publ. BGE vom 5.10.1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz c. Regierungsrat, E. 6g.

927 BGE 125 I 71 E. 4c.

wie Männer, Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen) in den Arbeitsbewertungs-Gremien vertreten zu sehen⁹²⁸, aber es lehnt es ab, aus dem Verfassungsgebot rechtlicher und tatsächlicher Gleichbehandlung von Frau und Mann ein Recht auf *paritätische Beteiligung* der Betroffenen (insbesondere der Frauen) in solchen Arbeitsbewertungskommissionen herzuleiten.^{929, 930}

6. Die Rechtfertigungsgründe

- 570 Nach der Rechtsprechung darf keine diskriminierende Lohnungleichheit angenommen werden, wenn sie durch die zu erbringende Arbeit oder durch die in Frage stehende Funktion «sachlich als begründet» erscheint. Das gilt in der Rechtspraxis sowohl für Entscheide, die sich auf das Verfassungsgebot der Lohngleichheit stützen als auch für solche, die gestützt auf das Gleichstellungsgesetz ergangen sind.⁹³¹
- 571 Sachlich begründet und damit diskriminierungsfrei ist ein Unterschied in der Entlohnung zwischen Frauen und Männern oder eine unterschiedliche Einstufung von Frauenberufen in eine generelle, einheitliche Besoldungsordnung, wenn er sich auf *objektive Kriterien*⁹³² zu stützen vermag und nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist.⁹³³ Es können Gründe sein, die sich auf die Arbeit und deren Ausführung beziehen wie Ausbildung oder Qualifizierung und berufliche Erfahrung; aber anerkannt wird neuerdings auch Motivation oder Disziplinschwierigkeiten, die z.B. in Lehrberufen zu unterschiedlicher Besoldung Anlass geben können.⁹³⁴ Es können auch persönlichkeitsbezogene Motive für eine lohnmassige Ungleichbehandlung angeführt werden

928 EidG, Büro für Gleichstellung, Arbeitsbewertung, S. 4, 8, 36, 39.

929 BGE 125 I 71 E. 3c m.Hinw. auf 123 I 152.

930 BGE 125 II 385: Eine ausgeglichene Besetzung von Bewertungskommissionen wurde unter Hinweis auf den Solothurner Quotenentscheid 123 I 152 abgelehnt. Der flexiblere Urner Quotenentscheid in 125 I 21 hätte möglicherweise auf das Begehren der Beschwerdeführerinnen Auswirkungen haben können.

931 Vgl. BGE 127 III 207 E. 3c; 125 I 71 E. 4d/aa; 125 III 368 E. 4 und 5; 124 II 409 E. 9c; 124 II 436 E. 7a; 118 Ia 35 E. 2c; 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254.

932 BGE 127 III 207 E. 3c; 125 III 368 E. 5; nicht publ. BGE vom 19. 11. 1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich; 124 I 409 E. 9c; 124 II 436 E. 7a; 121 I 49 E. 4c; 118 Ia 35 E. 2c; 117 Ia 270 E. 4; 113 Ia 107 E. 4a und b = Pra 76 Nr. 254; BGE 103 Ia 517 E. 7 = Pra 67 Nr. 138; GABRIEL AUBERT, S. 143 ff., 167; HAEFLIGER, S. 110.

933 BGE 125 I 71 E. 4d/aa; 121 I 49 E. 4c; 118 Ia 35 E. 2c; 117 Ia 270 E. 4; 113 Ia 107 E. 4 b und c = Pra 76 Nr. 254; HAEFLIGER, S. 110.

934 BGE 126 II 217: Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege/Berufsschullehrer mit Meisterprüfung.

wie Leistung, Alter oder Dienstalter, und es können schliesslich auch sozial motivierte Rechtfertigungsgründe wie etwa Familienpflichten anerkannt werden, die eine Diskriminierung bei Unterschieden in der Besoldung ausschliessen können. Diesbezüglich ist freilich bisher noch nicht entschieden, inwiefern in unterschiedlichen familiären Belastungen⁹³⁵ eine Rechtfertigung für einen höheren (Leistungs-)lohn ohne Diskriminierung z.B. alleinstehender Frauen liegen könnte. In der neuesten Rechtsprechung erscheinen auch unternehmerische Argumente wie die Marktsituation oder die Besonderheit der Konjunkturlage.⁹³⁶ Derartige marktausgerichtete Gründe, die nach der Praxis Lohnunterschiede trotz gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu rechtfertigen vermögen, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu privatrechtlichen Arbeitsstreitigkeiten nur in engen Grenzen zulässig und nur, wenn sie sich auf weibliche und männliche Arbeitnehmende gleicherweise auswirken.⁹³⁷ In öffentlichen Lohnstreitigkeiten lässt das Bundesgericht «Marktvergleiche» mit verschiedenen Kantonen ohne weiteres zu.⁹³⁸

Rechtfertigungsgründe müssen nach der Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV als auch zu Art. 6 GIG von den Arbeitgebenden nachgewiesen werden. Sie trifft die volle Beweispflicht, d.h. ihnen gegenüber gilt die *Beweislasterleichterung* des Art. 6 GIG nicht. Das bedeutet, die Arbeitgebenden haben klar und überzeugend darzutun, dass die von ihnen als «objektiv» genannten Gründe für sämtliche Arbeitnehmenden ihres Betriebs oder ihrer Verwaltung, gleich ob Mann oder Frau, gleicherweise gelten. Gelingt ihnen dieser Beweis nicht, ist eine Lohndiskriminierung gegeben. Das Bundesgericht hat sich lange unkritisch mit allgemeinen Behauptungen begnügt, so bezüglich des Arguments der geringeren Ausbildung, wie sie bisher etwa für typische Frauenberufe die Regel dargestellt hat,⁹³⁹ dann aber auch mit dem Argument des Dienstalters, des Zivilstands und der beruflichen Qualifikation, die wegen der weniger gradlinigen beruflichen Lebensgestaltung und der durchschnittlich kürzeren Dauer der Berufsarbeit

935 BGE 125 III 368 E. 4; 118 Ia 35 E. 2; 117 Ia 270 E. 4; bereits 113 Ia 107 E. 4a = Pra 76 Nr. 254.

936 Vgl. STEINER, Verbot, S. 355 ff.; MATEFI, AJP 2001, S. 1319 ff.; BGE 125 III 368; 126 II 217; 127 III 207 E. 3c.

937 BGE 125 III 368 E. 5c.

938 BGE vom 5. 10. 1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau, E. 5f.

939 Vgl. BGE 117 Ia 270; Berner Arbeitslehrerinnen; BGE 126 II 217; MATEFI, AJP 2001, S. 1325 ff.

von Frauen infolge ihrer Belastung mit Familienarbeit von ihnen weniger leicht erfüllt werden können.⁹⁴⁰ Erst in neuester Zeit hat sich das Bundesgericht z.T. kritisch mit vorgebrachten objektiven Gründen auseinandergesetzt, Grenzen gesetzt und darauf hingewiesen, solche Vorbringen könnten sich leicht ihrerseits auf Frauen diskriminierend auswirken.⁹⁴¹

573 Im Verlaufe der Rechtsprechung hat sich der Katalog von sog. objektiven Gründen ständig erweitert: So die *Vorgesetztenfunktion*,⁹⁴² die Besonderheit der Berufssituation (wie Motivation der Schüler/innen, Art des Unterrichts),⁹⁴³ die unterschiedliche *Arbeitszeit*⁹⁴⁴ oder unterschiedliche Dauer und Breite der *Ausbildung*⁹⁴⁵ und eine vor allem für Frauenberufe «leichtere Aufnahmeprüfung».⁹⁴⁶ Es wird vom Bundesgericht als selbstverständlich betrachtet, dass Letztere eine Lohnherabsetzung resp. eine tiefere Einstufung zu rechtfertigen vermag, wenn dieses Kriterium einer strengeren Ausbildung oder Aufnahmeprüfung entweder für die zu erbringende Arbeit unabdingbar oder aber doch von Nutzen ist. Es hätte sich aber allen Ernstes die Frage stellen können, was die leichtere Aufnahmeprüfung der Handarbeitslehrerinnen mit der späteren Funktion in der Schulstube⁹⁴⁷ zu tun hat und inwiefern dieses Kriterium auch noch nach langen Jahren der Tätigkeit, d.h. auf der obersten Dienstaltersstufe, gerechtfertigt werden kann.^{948, 949} Einer Sozialbetreuerin bei der Jugendanwaltschaft im Kanton Solothurn ist zum

940 Vgl. BAUER, Familienfalle; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? Geschlechtersegregation in der schweiz. Berufswelt, Bern 1995, S. 23 ff., 40 ff.; BGE 125 III 368 E. 5.

941 Vgl. BGE 124 II 409 E. 9d und 125 III 368: Erstmals weist das BGer auf mögliche versteckte Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts bei objektiven Gründen wie Dienstalter, Marktgefälle u. a. hin; vgl. auch STEINER, Verbot, S. 335 FN 1239.

942 BGE 124 II 529: Solothurner Sozialbetreuerin.

943 BGE 126 II 217.

944 BGE 125 II 530 E. 4c; 124 II 409 E. 11 f.; 124 II 436 E. 9; auch nicht publ. BGE vom 5. 10. 1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz, E. 3b und 6h.

945 BGE 117 Ia 270: Berner Arbeitslehrerinnen; 123 I 1: Logopädin mit Matur gegenüber Primarlehrkräften mit Seminausbildung.

946 BGE 117 Ia 270 E. 3 und 4.

947 Vgl. BGE 117 Ia 270 E. 3b, wo noch in Zeiten eines Arbeitskräftemangels für eine gleiche Entlohnung die Funktion (trotz schlechterer oder anderer Ausbildung) entscheidend ist.

948 Siehe dazu mit Recht kritisch MAHRER, SJZ 1989, S. 42; auch MATEFI, AJP 2001, S. 1325 ff.

949 BGE 123 I 1. Das Bundesgericht hatte dabei ausser Acht gelassen, dass der Kanton selbst angekündigt hatte, die Logopädinnen ungeachtet ihrer Ausbildung lohnmäßig den Primarlehrkräften gleich zu stellen.

Nachteil geraten, dass in diesem Kanton Leitungsfunktionen praktisch durchwegs ihren männlichen Kollegen übertragen worden sind. Das Bundesgericht anerkannte im Argument der Vorgesetztenfunktion einen vor Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV haltbaren objektiven Grund, um eine geschlechtsbezogene Benachteiligung auszuschliessen. Denn es sei allgemein üblich und mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar, Funktionen mit Führungsverantwortung höher einzustufen als Funktionen, die im Übrigen vergleichbar seien, jedoch keine Führungsaufgabe umfassen würden. Das gelte nicht nur im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV, sondern auch grundsätzlich im Herrschaftsbereich des *Gleichstellungsgesetzes*. Der blosse Umstand, dass vorliegend die (besser entlöhnten) Stellen mit Führungsfunktion ausschliesslich von Männern besetzt würden, stelle jedenfalls solange keine Diskriminierung dar, als die sich daraus ergebenden Lohnunterschiede in einem willkürfreien Rahmen lägen, d.h. in einem Verhältnis stünden, das auch bei Funktionsunterschieden zwischen Angehörigen des nämlichen Geschlechts üblich und zulässig sei.⁹⁵⁰

Bereits im ersten Entscheid zur Lohndiskriminierung nach 1981⁹⁵¹ hatte neben dem Argument, Schauspielerinnen würden nur als «semi-professionelle» beschäftigt, die *finanzielle Situation* der Arbeitgeber-schaft eine entscheidende Rolle für die schlechtere Entlohnung sämtlicher weiblicher Angehöriger der Theatergruppe gespielt. Trotz der Fragwürdigkeit einer Berufung auf ein – im Zeitpunkt der Anstellung der (Ersatz-)Schauspielerin – ausgeschöpftes Budget und trotz offenkundiger Diskriminierung (weil von der tieferen Gage nur die Frauen betroffen waren) hat das Bundesgericht dieses Argument in diesem *privatrechtlichen* Arbeitsverhältnis als «sachlich einleuchtend» akzeptiert, ohne sich zu fragen, ob eine Geschlechter-Diskriminierung nicht schon von Beginn der Finanzplanung an bestanden haben könnte, die auf erheblichen Lohnunterschieden zum Nachteil der Schauspielerinnen beruht hatte. Im Gegensatz dazu sind in öffentlichrechtlichen Lohnstreitigkeiten *Budgetschwierigkeiten* nie als Grund für die Aufrechterhaltung von Lohndiskriminierungen gegenüber Frauen betrachtet worden.⁹⁵²

950 BGE 124 II 529.

951 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254; dazu MAHRER, SJZ 1989, S. 42.

952 BGE 125 I 14: Kindergärtnerinnen, Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen in Basel-Stadt; 124 II 436 E. 10g: Kindergärtnerinnen.

575 Neuerdings spielt nun auch die *Marktsituation* bezüglich des Angebots und der Nachfrage eine immer grössere Rolle: Die Marktsituation war ein wesentliches Argument z.B. im Falle der Lohnstreitigkeit zwischen Schulpsycholog/innen und Ärzt/innen sowie beim Entscheid über eine Benachteiligung einer Journalistin gegenüber ihrem Kollegen⁹⁵³ oder im Entscheid zur Frage der Gleichstellung von Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege mit Berufsschullehrern mit Meisterausbildung.⁹⁵⁴ Diese Entscheide zeigen, dass das Abstellen auf die – nie näher umschriebene und für Besoldungsfragen auch nicht immer wesentliche – Marktlage im Zusammenhang mit geschlechtsbezogener Lohnungleichheit nicht unbesehen, d.h. ohne nach möglicher indirekter Diskriminierung zu fragen, erfolgen darf. Frauen sind immer noch nicht gleicherweise wie Männer in der Berufswelt so verankert, dass einander tatsächlich gleiche oder vergleichbare Sachverhalte gegenüber stehen würden. Die Marktmechanismen wie auch die Auswahl an Wunschkandidaten oder -kandidatinnen sind trotz aller Veränderungen immer noch auf die Vollberufskarriere von Männern ausgerichtet; Frauen haben immer noch weitgehend ihre Familienbiographie als erschwerenden Faktor für die Zulassung zum Arbeitsmarkt mit sich zu tragen. Ganz abgesehen davon spielen Marktmechanismen dann oft nicht, wenn es um typische Frauenberufe im Pflege- oder Erziehungsbereich geht.⁹⁵⁵ Gegenüber weiblich dominierten Berufen wie insbesondere den Pflegeberufen ist denn auch bisher der Tatsache keineswegs Rechnung getragen worden, dass es sich gegenwärtig dabei um einen Mangelberuf handelt, der aus Marktgründen deshalb besonders hoch bezahlt werden müsste.⁹⁵⁶

576 Das Bundesgericht ist freilich vorsichtig: Die *konjunkturelle Lage* vermag nach der – neuesten – Rechtsprechung grundsätzlich nur *auf Zeit* eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen und zudem nur, wenn diese geschlechtsneutral gehandhabt wird.⁹⁵⁷ Bezüglich des objektiven Grundes der *Marktsituation* sei zudem besondere Aufmerksam-

953 Nicht publ. BGE vom 19. 11. 1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich; 125 III 368 E. 5c.

954 BGE 126 II 217: Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege/Berufsschullehrer mit Meisterprüfung; vgl. auch 125 III 368: bessere Verhandlungsposition des Journalisten gegenüber der Journalistin. Vgl. zum Kriterium «Markt» CHRISTOPH MEYER/THOMAS MÜLLER-TSCHUMI, Marktlöhne im öffentlichen Personalrecht, ZBl 2001 (101), S. 249.

955 Vgl. BGE 126 II 217: Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege/Berufsschullehrer mit Meisterprüfung; 125 III 368: Journalistin.

956 Vgl. BGE 125 I 71 E. 4d.

957 BGE 125 III 368 E. 5c/aa; 125 I 71 E. 4d/aa m.Hinw.

keit und Zurückhaltung am Platz, denn solche Gründe könnten in Tat und Wahrheit gerade eine *geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung* verdecken. Das Bundesgericht fordert – allerdings nicht konsequent – daher insbesondere den Nachweis, dass die konkrete Anstellung aus unternehmerischer Notwendigkeit für den Betrieb erfolgen soll und dass die Überbezahlung auch *verhältnismässig* und zeitlich limitiert sei. Auch ist es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht zulässig, sich auf marktbezogene Gründe zu berufen, wenn die Arbeitgeberschaft über die erforderlichen finanziellen Mittel zur besoldungsmässigen Gleichstellung der bereits im Betrieb Tätigen und der neu einzustellenden Person verfügt. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der *Konjunkturlage* oder wegen der besseren Verhandlungsposition des Stellenbewerbers wäre zudem lediglich während einer *begrenzten Zeit* gestattet. Die Arbeitgeberschaft habe in angemessener Zeit eine Angleichung der unterschiedlichen Entlohnung vorzunehmen.⁹⁵⁸

Marktbezogene Lohnunterschiede müssen somit im Interesse des Betriebs oder des Verwaltungszweiges zwingend sein und die *Verhältnismässigkeit* wahren. Die Gehaltsunterschiede dürfen nach der Rechtsprechung die nachgewiesenen Konjunkturschwankungen nicht übersteigen, und sie müssen in zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt bleiben; d.h. die Arbeitgebenden haben diskriminierende Lohnunterschiede in absehbarer Zukunft auszugleichen.

In BGE 126 II 217 spielte u.a. die Frage eine Rolle, ob die *Ausbildungskosten* der öffentlichen Hand als Teil der Besoldung betrachtet werden dürfen, ohne Frauen zu diskriminieren, obwohl den Auszubildenden eine Stellenübernahmepflicht während einer bestimmten Zeit nach Abschluss der Ausbildung aufgezwungen wird. Das Kantonsgericht St. Gallen hatte in der Tatsache, dass die Regierung die Kosten für die Ausbildung zur Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege als Teil des späteren Lohnes betrachten wollte, einen Rechtfertigungsgrund für den erheblich tieferen Lohn dieser weiblichen Lehrkräfte im Vergleich zu jenem der Berufsschullehrkräfte mit Meisterprüfung gesehen, allerdings ohne die Ausbildungskosten der Höhe nach und im Vergleich zu den männlichen Lehrkräften des Vergleichsberufs im Rahmen der Besoldungsfestsetzung näher zu durchleuchten. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen gebilligt. Damit werden ausschliesslich weiblich definierte Berufe, wenn deren Ausbildungskosten von den Kantonen zu

958 BGE 125 III 368 E. 5; vgl. andererseits 126 II 217, der solche Einschränkungen nicht einmal erwähnt.

tragen sind,⁹⁵⁹ gegenüber anderen Berufsgattungen, welche teilweise vom Bund subventioniert werden oder deren Ausbildungskosten – wie viele Handwerksberufe – von der Industrie oder dem Gewerbe getragen werden, unterschiedlichen Regeln unterstellt.

579 Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit darf eine Lohn- oder Besoldungshöhe, die als diskriminierend betrachtet wird, aber durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, sich nicht allzu sehr vom Vergleichslohn unterscheiden. Sie muss sich im Rahmen des Willkürverbots halten, d.h. der Unterschied darf nicht völlig unhaltbar sein oder geradezu dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechen.⁹⁶⁰ Das belässt aber der Praxis eine Vielfalt zulässiger Unterschiede: Das Bundesgericht erachtet z.B. einen Besoldungsunterschied von 8–9%, der mit unterschiedlicher Vorbildung von Logopädinnen (Matura oder Primarlehrpatent) begründet wird, weder als willkürlich i.S.v. Art. 4 Abs. 1 aBV noch als Verletzung des allgemeinen oder des geschlechtsbezogenen Rechts-gleichheitsgebots.⁹⁶¹ In andern Fällen hat es Lohnunterschiede bis zu 26% noch als vertretbar betrachtet.⁹⁶² Ein Besoldungsunterschied von rund 22% zwischen Primar- und Orientierungsschullehrkräften wurde ebenfalls als noch zulässig anerkannt, weil es hier um eine längere Ausbildung sowie um einen komplexeren Stoff ging, der zu unterrichten war, und weil sich die Orientierungsschullehrkräfte auch in aller Regel mit grösseren disziplinarischen Schwierigkeiten zu beschäftigen haben.⁹⁶³ Lehrbeauftragte haben sich mit einem Lohnunterschied von 20–26% gegenüber Hauptlehrkräften zu begnügen, wobei dies mit einer unterschiedlichen Ausbildung (dreijährige Lehrerausbildung gegenüber Matura und anschliessendem Lizentiat) begründet wurde.⁹⁶⁴ Doch hält das Bundesgericht fest, es wäre allenfalls ein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot, wenn auch langjährige Lehrbeauftragte mit gleicher Verantwortlichkeit und gleichen Pflichten wie die Hauptlehrkräfte

959 Vgl. BGE 126 II 217 E. 8. Dazu die kritischen Überlegungen von MATEFI, AJP 2001, S. 1325 ff.

960 BGE 123 I 1 E. 6b; nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich; BGE 121 I 49; 121 I 102; nicht publ. BGE vom 19.6.1995 i.S. M. G. c. Schulgemeinde A. Vgl. aber BGE 126 II 217: Der Lohnunterschied beträgt bis zu Fr. 1000.– monatlich.

961 BGE 121 I 49 E. 3b; 121 I 102 E. 4a; nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2e.

962 BGE 121 I 102 E. 4d/aa.

963 Nicht publ. BGE vom 10.12.1993 i.S. B.; BGE 126 II 217: Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege/Berufsschullehrer mit Meisterprüfung.

964 Nicht publ. BGE vom 27.9.1996 i.S. W.

auf Dauer lohnmassig ungleich behandelt würden. Hinsichtlich der Besoldung der Zürcher Kindergärtnerinnen hat das Bundesgericht entschieden, eine Lohndifferenz von rund 18% gegenüber Primarlehrkräften erweise sich nicht als diskriminierend.⁹⁶⁵ Daran ändere auch nichts, dass in andern Kantonen diese Berufsgruppe zum Teil besser besoldet würde als in Zürich. Die Kantone seien nicht verpflichtet, ihre Arbeitnehmenden gleich zu entlohnen wie dies in andern Kantonen für dieselben Berufsgruppen geschehe, auch wenn die entsprechenden Besoldungen bereits als nichtdiskriminierend bezeichnet worden seien.⁹⁶⁶ Gebe es gewichtige Indizien, dass eine um 16–17% tiefere Besoldung der Kindergärtnerinnen nicht diskriminierend sei, so gelte dies auch hier.⁹⁶⁷ Schliesslich wurde im Entscheid der Arbeitslehrerinnen eine Besoldungsdifferenz von monatlich Fr. 250.– bis Fr. 350.– im Vergleich mit Primarlehr- und Hauswirtschaftslehrkräften als «noch» gerechtfertigt betrachtet, weil der Unterschied zwischen Länge und Breite der Ausbildung und die Höhe der gestellten Anforderungen dies rechtfertigen würden.⁹⁶⁸ Aus Gründen der Marktwirtschaft gestattete das Bundesgericht im Falle der Schulpsycholog/innen im Vergleich zu Schulärzten/innen gar Lohnunterschiede von 30–40% als noch vertretbar. Darüber hinaus wurde das höhere monatliche Entgelt eines neu eingestellten Journalisten von monatlich gegen Fr. 1000.– gegenüber der bereits seit einigen Jahren im selben Betrieb tätigen Kollegin als nicht zu hoch betrachtet.⁹⁶⁹ Ein Unterschied von ebenfalls ungefähr Fr. 1000.– monatlich in der Besoldung zwischen der Lehrkraft für psychiatrische Krankenpflege und den Berufsschullehrkräften mit Meisterprüfung ist ebenfalls als angemessen akzeptiert worden.⁹⁷⁰ Das Ermessen in diesem Bereich erweist sich – wie diese Beispiele belegen – daher als ebenso gross wie der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als unbegrenzt erscheint. Und das trägt

965 BGE vom 5.11.1999 i.S. R. St. und Mitbet. sowie VPOD c. Stadt Zürich und Verw. Ger. des Kantons Zürich. Diese Differenz wurde im Thurgauer Kindergärtnerinnen-Entscheid vom 5.10.1999 ebenfalls als nicht unverhältnismässig bezeichnet.

966 Vgl. BGE 125 I 71 E. 4d.

967 Im BGE vom 5.10.1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau wurde dem Kanton sogar zugestanden, die Kindergartenlehrkräfte als einzige Kategorie zurückzustufen, mit dem Argument, das bisherige Besoldungsmaximum habe bei den Kindergärtnerinnen am stärksten über dem interkantonalen Vergleich gelegen.

968 BGE 117 Ia 270.

969 BGE 125 III 368.

970 Vgl. BGE 126 II 217 E. 9 b und 10: Es wird erklärt, die teilweise Ausrichtung auf den Markt sei als (notwendige) Ausnahmeerscheinung im Entlöhnungsraster zu betrachten und begründe grundsätzlich keine Pflicht des Kantons, mit der Entlohnung von Berufsgruppen, die nicht in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft stehen,

(neben den immer ausgedehnteren Rechtfertigungsgründen und dem zumeist langwierigen Verfahren⁹⁷¹) letztlich die Gefahr in sich, das an sich absolute Lohngleichheitsgebot der Verfassung auszuhöhlen.

IV. Folgen einer verfassungswidrigen Lohndiskriminierung

1. Anspruch auf den «geschuldeten Lohn»

580 Wird eine Lohndiskriminierung festgestellt, entsteht ein zwingender, unmittelbarer Anspruch darauf, dass die verfassungswidrige Lohnsituation berichtigt wird.⁹⁷² Das gilt selbst dann, wenn aus finanziellen oder – im öffentlichen Bereich – aus finanzpolitischen oder rechtlichen Gründen die Gesamtlohnsumme nicht erhöht werden kann. Dieser Anspruch auf den «geschuldeten Lohn» gilt v.a. für die *Zukunft*. Aber auch eine diskriminierende Besoldung in der Zeit vor Klage- oder Beschwerdeerhebung untersteht seit 1981 dem Diskriminierungsverbot und ist zu berichtigen. *Nachzahlungen* von diskriminierendem Lohn oder einer diskriminierenden Besoldung sind daher im Rahmen der – bundesrechtlichen – *Verjährungsfrist* von fünf Jahren möglich.^{973, 974}

581 Das Bundesgericht hält ferner fest, die Frage, was als «geschuldeter Lohn» i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV und Art. 5 GIG gelte, lasse sich weder der Verfassungsbestimmung noch dem Gleichstellungsgesetz entnehmen. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV bzw. Art. 3 und 5 GIG würden nicht einen bestimmten Lohn festlegen, sondern würden nur eine *Lohndiskriminierung* verbieten.⁹⁷⁵ Verfassungswidrig kann nach Ansicht des Bundesgerichts daher nicht die *Höhe* eines Lohnes sein, son-

nachzuziehen. Dies ohne Rücksicht auf einzelne Gruppen von Berufsschullehrkräften, die im Grunde gegenüber ihren Berufsangehörigen in der Privatwirtschaft (Bäcker, Metzger, Coiffeure etc.) erheblich begünstigt sind.

971 Trotz der gesetzlich gebotenen Kürze des Verfahrens i.S.v. Art. 12 Abs. 2 GIG i.V.m. Art. 343 OR.

972 BGE 124 II 436 E. 10; 118 Ia 35 E. 2b; 117 Ia 262 E. 2c; 113 Ia 107 E. Ia = Prä 76 Nr. 254.

973 ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 139 und 145 ff. zu Art. 3 GIG; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 19 f. zu Art. 5 GIG und Rz. 5 zu Art. 17 GIG; CLASS/MÖSSINGER, S. 36; MAHRER, S. 10, 227 f.; ZK-STAEHELIN, Rz. 21b zu Art. 322 OR; auch SCHWEIZER, ZBl 1992 (93), S. 10; auch BBl 1993 I 1299.

974 BGE 113 Ia 107 = Prä 76 Nr. 254; Darin ging es einzig um eine Lohnnachforderung für die Vergangenheit; ebenso in BGE 118 Ia 35; sodann der Grundsatzentscheid BGE 124 II 436 E. 10.

975 BGE 124 II 436 E. 11 m.Hinw. auf die Lehre.

582 dern nur eine ungerechtfertigte *Lohndifferenz* zur Besoldung einer andern, als gleich oder gleichwertig beurteilten Tätigkeit.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt sämtliche Möglichkeiten zu, um eine diskriminierende Lohndifferenz zu beseitigen.⁹⁷⁶ Es sagt, entweder könnten die tieferen Löhne angehoben oder die höheren gesenkt oder beliebige Mischformen gewählt werden. Welche dieser Möglichkeiten schliesslich im konkreten Fall gewählt werde, hängt nach Ansicht des Bundesgerichts von arbeitsmarktlichen sowie von lohn- und finanzpolitischen Überlegungen der jeweils betroffenen Unternehmung oder öffentlichen Arbeitgeberschaft ab. Zwar werde – so das Bundesgericht – in der Lehre bisweilen die Ansicht vertreten, es sei unzulässig, im Falle einer festgestellten Diskriminierung die Löhne der bisher privilegierten Arbeitnehmenden zu senken.⁹⁷⁷ Das treffe insofern zu, als diese höheren Löhne vertraglich oder durch die anwendbaren öffentlichrechtlichen Besoldungsregelungen festgelegt seien und deshalb nicht *rückwirkend* geändert werden könnten.⁹⁷⁸

583 Wie Lohngleichheit herzustellen ist, ist nach der bundesgerichtlichen Praxis somit komplex und zeitigt regelmässig erhebliche finanzielle Auswirkungen, die neu zu ordnen den zuständigen Arbeitgebenden überlassen bleiben müsse.⁹⁷⁹ Weder Art. 4 Abs. 2 aBV noch das Gleichstellungsgesetz würden die Art des Vorgehens vorschreiben, noch sei den Materialien zu entnehmen, dass nur eine einzige Methode der Anpassung zulässig sei. Das schweizerische Arbeitsrecht gehe davon aus, die Höhe des Lohnes werde im *privatrechtlichen Bereich* durch einzel- oder gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarung und im *öffentlichrechtlichen Bereich* durch die einschlägige Gesetzgebung des zuständigen Gemeinwesens festgelegt. Eine bestimmte absolute Lohnhöhe könne daher nicht unmittelbar aufgrund des bundesrechtlichen Lohngleichheitsgebots festgelegt werden. Es ergebe sich daraus auch keine Garantie auf eine bestimmte Lohnhöhe oder darauf, dass nicht bisher privilegiert hohe Besoldungen nach unten angepasst würden. Wichtig sei einzig, dass Diskriminierungen ausgeschlossen würden und dass gegebenenfalls mit Hilfe des Prinzips des Lastenausgleichs Anpassungen (auch nach unten) erfolgen könnten.

976 BGE 124 II 436 E. 10d und e. m.Hinw. und E. 11; 125 I 71 E. 4d/bb.

977 Z. B. HANS HUBER, Gleiche Rechte für Mann und Frau, ZBlV 118/1982, S. 189 f.; im Gegensatz dazu z.B. CLASS/MÖSSINGER, S. 49; ALBRECHT, S. 180 f.

978 BGE 124 II 436 E. 11d.

979 BGE 124 II 436 E. 11c.

584 *Bemerkung:* Dieser Rechtsprechung lässt sich zwar nach den Buchstaben des Gesetzes in rechtlicher Hinsicht nicht viel entgegenhalten, soweit – was die öffentlichrechtliche Seite betrifft – das Legalitätsprinzip und – in arbeitsrechtlichen Verhältnissen – der Vertrag eingehalten wird. Aber unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, wonach Ziel von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV eine Besserstellung der Frauen ist, erweist sich in lohnpolitischer Hinsicht diese Praxis vor allem deshalb als gefährlich, weil damit unter Umständen Frauen, die gegen Lohndiskriminierungen kämpfen, mit der Verantwortung – gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten – für ein allfälliges Lohndumping beladen werden.

2. Nachforderungen

585 Eine *Nachforderung* von diskriminierenden Lohnbestandteilen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts möglich und nötig, solange die Verjährung nicht eingetreten ist. Die Tatsache, dass das Entgelt durch *formal rechtskräftige Regelungen* (Verordnungen, Dekrete) festgelegt worden ist, steht nach Auffassung des Bundesgerichts einer Nachforderung von diskriminierenden Lohnbestandteilen so wenig entgegen wie in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Denn im Rahmen der Beurteilung *individueller* oder kollektiver Lohnbegehren ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung immer vorfrageweise zu prüfen, ob auch die für die vergangene Anstellungszeit anwendbare generelle Besoldungsregelung mit dem in Art. 4 Abs. 2 aBV enthaltenen Diskriminierungsverbot vereinbar ist. Eine formal rechtskräftige Verwaltungsverfügung kann nach der Rechtsprechung daher unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich widerrufen oder abgeändert werden.⁹⁸⁰ Sie erlangt nicht in gleichem Masse *materielle Rechtskraft* wie ein gerichtliches Urteil. Wäre es anders, ergäbe sich nach Auffassung des Bundesgerichts im Bereich des Lohngleichheitsgebots eine *Ungleichbehandlung* zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen, aber auch innerhalb öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse selbst, weil nicht mehr durchwegs der Beamtenstatus gilt.⁹⁸¹ Insgesamt würde so die Durchsetzbarkeit des verfassungsrechtlichen Lohngleichheits-

980 BGE 125 I 14 E. 3i.

981 Vgl. das neue BG über das Bundespersonal vom 24.3.2000, das ab 1.1.2001 in Kraft steht.

gebots in einem unerträglichen Masse von Zufälligkeiten in der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses abhängen.

Das Bundesgericht hat daher mehrmals entschieden, das *Verbot einer geschlechtsbezogenen Lohndiskriminierung* gelte im öffentlichen und privaten Arbeitsverhältnis gleicherweise und unterschiedslos. Es hat daher – ausser noch unausgesprochen in BGE 105 Ia 120 – nie darauf Rücksicht genommen, ob eine formelle, rechtskräftige Anstellungsverfügung vorliege oder nicht.⁹⁸² So wurde bereits in BGE 118 Ia 35 die staatsrechtliche Beschwerde einer Berufsberaterin gutgeheissen, welche 1982 durch Regierungsratsbeschluss in eine bestimmte Lohnklasse eingereiht worden war und erst im Jahre 1988 einzig eine *Nachforderung* gestützt auf die alte, inzwischen ausser Kraft gesetzte Besoldungsordnung gestellt hat.⁹⁸³ Das setzt voraus, dass eine *Nachforderung* auch zulässig ist, wenn die ursprüngliche Einreihung mit förmlichem, unter Umständen inzwischen ausser Kraft gesetzten Beschluss festgelegt worden war.

Das Bundesgericht hat – entgegen seiner Rechtsprechung zu andern Gleichheitsfragen – in Fragen der Lohngleichheit den privat- wie auch den öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden keine *Übergangsfrist*⁹⁸⁴ zur Anpassung zugestanden. Für öffentlichrechtliche wie für privatrechtliche Arbeitgebende ist mit der Einführung des Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV sofort und unmittelbar die Pflicht begründet worden, für die Umsetzung des Lohngleichheitsgebots zugunsten ihrer Arbeitnehmenden besorgt zu sein und den einzelnen Betroffenen den diskriminierungsfreien «geschuldeten Lohn» für die Vergangenheit (bis 1981 resp. im Rahmen der Verjährungsfrist) und für die Zukunft zu bezahlen.

Doch diesem Grundsatz ist in der Praxis immer wieder Opposition erwachsen. Denn die als berechtigt beurteilten Lohnansprüche der verschiedenen Klagenden oder Beschwerdeführenden fallen für private und öffentliche Arbeitgebende finanziell ins Gewicht.⁹⁸⁵ Das Bundes-

982 BGE 124 II 436 E. 10e/cc und dd; 117 Ia 262 E. 3c; 117 Ia 270 E. 2b.

983 In BGE 118 Ia 35 bezog sich der gutheissende Rückweisungsentscheid allerdings nicht ausdrücklich auf die allein zur Diskussion stehende Nachforderung von in einer rechtskräftigen kantonalen Besoldungsordnung festgeschriebenem Lohn für die Vergangenheit, sondern es ging vorerst um eine breiter abgestützte Abklärung der behaupteten Geschlechterdiskriminierung. Aber die Nachforderungszulässigkeit an sich war weder vom Kanton noch vom Bundesgericht in Frage gestellt worden.

984 Vgl. z.B. BGE 116 V 322: Witwerrente.

985 Vgl. BGE 120 Ia 95: Kanton Basel-Stadt betr. Nachzahlung der geschuldeten Besoldung für die Kindergärtnerinnen; 125 I 14. Vgl. STEIGER-SACKMANN, S. 1263 ff., insb. 1264 ff.

gericht hat sich daher verschiedentlich mit *Nachforderungen* von betroffenen Frauen gestützt auf zum Teil bereits überholte Besoldungsordnungen zu befassen gehabt. Einzelne Kantone haben versucht, unter Berufung darauf, dass alte, inzwischen revidierte Besoldungsdekrete nicht mehr Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung auf ihre Verfassungsmässigkeit sein könnten, in der rückwirkenden Geltendmachung von diskriminierungsfreiem Lohn eine rechtlich unstatthafte, weil gesetzlich nicht vorgesehene Rückwirkung auf nicht mehr rechtskräftige Regelungen zu sehen.⁹⁸⁶ Es sei kaum feststellbar, wann ein *all-fälliger* «Bewertungswandel» zeitlich anzusetzen wäre. Daher sei es unzulässig anzunehmen, ein erst heute erkannter Mangel habe in gleichem Masse schon vor Jahren bestanden und das Gemeinwesen hätte ihn bereits früher feststellen und beseitigen können. Zudem sei ein richterlicher Eingriff in abgeschlossene Budgetperioden im Lichte des Budgetvorbehaltes und des Legalitätsprinzips heikel.⁹⁸⁷

589 Das Bundesgericht beruft sich in solchen Beschwerdefällen auf den *Verfassungsrang des Lohnleichheitsgebots*. Die jeweils anwendbare Besoldungsregelung muss auf ihre Vereinbarkeit mit dem Lohnleichheitsgebot überprüft werden. Das schliesst mit ein, dass auch eine im Verlaufe eines Verfahrens erfolgte Besoldungsrevision nicht zu hindern vermag, das Vorliegen einer Diskriminierung des früheren Rechts zu prüfen und bei festgestellter geschlechtsbezogener Benachteiligung einen Anspruch auf Nachzahlung der diskriminierungsfreien Lohndifferenz im Rahmen der Verjährung durchsetzen zu können. Darin liegt nach Auffassung des Bundesgerichts weder ein Verstoß gegen die formelle Rechtskraft einer Verwaltungsverordnung oder -verfügung noch eine – allenfalls gesetzlich unzulässige – *Rückwirkung*. Bezüglich des geschlechtsbedingten Lohnleichheitsgebots muss die Verfassungsbestimmung sofort mit deren Inkrafttreten angewendet und durchgesetzt werden.⁹⁸⁸ Die kantonalen Gerichte sind im konkreten Streitfall zur Überprüfung der Verfassungsmässigkeit noch anwendbarer alter Vorschriften unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung verpflichtet, und zwar selbst dann, wenn diese inzwischen aufgehoben worden sind.⁹⁸⁹ Das Bundesgericht hält immer wieder fest, die *unmittelbare*

986 BGE 124 II 436 E. 10 und nicht publ. BGE vom 7.7.1998 i.S. Solothurner Kindergärtnerinnen c. Gemeinde Olten, E. 10; BGE 124 II 453 E. 10f; 125 I 14.

987 BGE 124 II 436 E. 10a.

988 BGE 124 II 436 E. 10f.; 117 Ia 262 E. 3c; 117 V 318 E. 4a; ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 95 zu Art. 3 GlG.

989 BGE 117 Ia 262 E. 3; ZBI 1984 (85), S. 162 E. 3a.

Durchsetzbarkeit des Lohnleichheitsgebotes dürfe – auch nicht gestützt auf finanzielle oder Budgeterwägungen – in keiner Weise in Frage gestellt werden.⁹⁹⁰ Das bedeutet u.a., dass die Klagenden nicht – unter Beibehaltung des diskriminierenden Lohnes – auf eine bevorstehende Revision der Besoldungspolitik verwiesen werden dürfen.⁹⁹¹

Es kam immer wieder vor, dass kantonale Gerichte eine rückwirkende Zahlungspflicht auch mit andern Argumenten zu verhindern suchten: So hat insbesondere der Kanton Basel-Stadt erklärt, die rückwirkende Geltendmachung von finanziellen Ansprüchen der öffentlichen Bediensteten dürfe von der Rechtsprechung nicht leichthin akzeptiert werden, sondern es sei auf *Verzicht* zu erkennen. Indem die Beschwerdeführerinnen sich zu einem bestimmten Lohn hätten engagieren lassen, hätten sie ihr Recht auf diskriminierungsfreien Lohn temporär nicht ausgeübt, was zulässig sei. Die im Zivilrecht übliche *fünfjährige Rückwirkung* ab Datum der Klageeinreichung sei im öffentlichen Dienstrecht nicht haltbar. Unter Berücksichtigung der Zurückhaltung, die der Grundsatz der Gewaltenteilung dem Gericht auferlege, sei der verfassungsmässige Lohn nicht ex tunc, sondern erst ab dem Zeitpunkt zuzusprechen, ab welchem die neue Besoldungsverordnung in Kraft stehe.

Doch eine solche Argumentation würde geradezu zu einer *Aushöhlung des Lohnleichheitsgebots* führen. Das Lohnleichheitsgebot ist nach immer wiederholter bundesgerichtlicher Feststellung nicht nur ein *unmittelbar anwendbares* subjektives Individualrecht, sondern es ist auch *absolut zwingendes Recht*.⁹⁹² Das Bundesgericht geht daher davon aus, es sei nicht zulässig, eine in der Vergangenheit erfolgte Diskriminierung unter Berufung auf ein festes, komplexes Lohngefüge mit dem Argument, es sei auf diskriminierungsfreie Besoldung verzichtet worden, aufrechterhalten zu wollen. Wie es in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht angehe, rückwirkend Löhne zu reduzieren oder geschuldete Löhne nicht nachzuzahlen, so könne auch eine in der Vergangenheit erfolgte Diskriminierung in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht einfach durch Verweigerung einer geschuldeten Nachzahlung aufrechterhalten werden. Die Tragweite des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Lohnleichheit in öffentlichrechtlichen

990 BGE 124 II 436 E. 10 und 11.

991 Vgl. bereits BGE 105 Ia 120.

992 BGE 127 III 207 E. 3 und 4: In diesem Entscheid wird klar die Bedingungsfeindlichkeit (z.B. Verschulden der Arbeitgebenden) des Lohnleichheitsgebots betont.

Arbeitsverhältnissen kann nach der Rechtsprechung nicht weniger weit gehen als diejenige des privatrechtlichen.⁹⁹³ Nunmehr wird diese Auffassung, die im privaten Arbeitsverhältnis feste Praxis ist, durch das Gleichstellungsgesetz gestützt, das ausdrücklich von einer Gleichbehandlung privat- und öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse ausgeht.^{994, 995} Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit insgesamt *unverzichtbar*. Wäre es anders, so wäre das Lohngleichheitsgebot seiner Wirksamkeit weitgehend beraubt.⁹⁹⁶

592 Wenn das verfassungsrechtliche Lohngleichheitsgebot somit als zwingend betrachtet werden muss, kann nach Auffassung des Bundesgerichts davon grundsätzlich auch nicht durch *Vereinbarung* abgewichen werden. Auch der Stellenantritt als solcher könne nicht einen gültigen *Verzicht* auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Lohngleichheit darstellen. Ein *Verzicht* für vergangene Lohnansprüche wäre allerdings im Rahmen eines Vergleichs möglich, sofern dieser in eindeutiger Form erfolgt sei.⁹⁹⁷ Auf keinen Fall aber könne im blossen Umstand, dass ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin sich zu bestimmten Konditionen hat anstellen lassen, bereits ein gültiger Verzicht gesehen werden, würde doch sonst das Gleichstellungsgebot praktisch nicht durchsetzbar. Zulässig wäre aber selbstverständlich, ein Recht einfach nicht auszuüben. Doch geht ein subjektives Recht – so das Bundesgericht – durch blosses Nichtausüben nicht unter.

593 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedoch ein Zuwarten mit der Geltendmachung einer Lohnnachforderung unter Umständen einen Verstoss gegen *Treu und Glauben* darstellen. Auch

993 BGE 124 II 436 E. 10e/cc; 125 I 14 E. 3c.

994 MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 3 zu Art. 5 GIG; LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, S. 28; IVO SCHWANDER, Der zeitliche und räumliche Anwendungsbereich, in: IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), a. a. O., S. 188, Art. 322 OR; SJ 1983, S. 94 E. 2a; BGE 124 II 436 E. 10e/aa.

995 BGE 105 II 39; Art. 321c OR; nicht publ. BGE vom 26.6.1984 i.S. W., E. 1; Art. 321c OR; nicht publ. BGE vom 16.9.1997 i.S. F., E. 1b; Art. 9 BVO; nicht publ. BGE vom 1.5.1990 i.S. L., E. 5; Art. 13 ArG.

996 Vgl. u.a. ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 92, 96, 151 f. zu Art. 3 GIG; CLASS/MÖSSINGER, S. 36, 49, 50, 52; HAEFLIGER, S. 108; MAHRER, Gleicher Lohn, S. 10, 26, 227 f.; BK-REHBINDER, Rz. 7 zu Art. 322 OR; ZK-STAEHELIN, Rz. 21b zu Art. 322 OR; SUTTER, S. 120; HANS-PETER TSCHUDI, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 78/1982, S. 91 f.

997 Vgl. BGE 110 II 168 E. 3.

Lohnnachforderungen sind an die Schranke des *Rechtsmissbrauchsverbots* gebunden. Doch darf ein Rechtsmissbrauch nicht leichtthin angenommen werden.⁹⁹⁸ Im privaten Arbeitsrecht gilt das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs noch nicht als Rechtsmissbrauch, der zu einer *Anspruchsverwirkung* führen müsste. Um einen Rechtsverlust anzunehmen, wären weitere Umstände erforderlich.⁹⁹⁹ Der Umstand, dass eine in diskriminierender Weise entlohnte Stelle angetreten und beibehalten worden ist, ohne sogleich eine Nachzahlung zu fordern, kann nach Ansicht des Bundesgerichts für sich allein weder als gültiger Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Lohngleichheit noch als Grund für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs betrachtet werden.¹⁰⁰⁰ Eine *Anspruchsverwirkung* infolge Rechtsmissbrauchs kann nach Auffassung des Bundesgerichts auch nicht schon darin liegen, dass die Betroffenen ihren Anspruch erst (sozusagen als «Trittbrettfahrerinnen») im Anschluss an Lohngleichheitsverfahren anderer Klagenden geltend machen.

594 Ein diese Grundsätze bestätigender und ausweitender «Nachfolgeentscheid» wurde von Basler Kindergärtnerinnen erkämpft.¹⁰⁰¹ Zahlreiche an den früheren Entscheiden zur Lohngleichheit¹⁰⁰² nicht beteiligte Kindergärtnerinnen, Arbeits- und Hauswirtschaftslehrer und -lehrerinnen verlangten die rückwirkende Einteilung in die von den Gerichten zugesprochenen höheren Lohnklassen und die Nachzahlung der sich ab 1. Mai 1989 aus dieser Neueinreihung ergebenden Lohndifferenz. Regierung und kantonales Gericht wollten indessen angesichts der Millionenforderung nicht so weit gehen. Das Appellationsgericht erwog, die im alten Lohngesetz von 1970 vorgesehene Einstufung der drei Fachrichtungen würde zwar das Gebot der Lohngleichheit verletzen, und der Anspruch auf geschlechtsneutrale Entlohnung könne angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch rückwirkend geltend gemacht werden. Diese Befugnis werde aber nicht nur durch die Verjährung, sondern auch dadurch eingeschränkt, dass der Kanton erst mit der im Oktober 1993 erfolgten Eröffnung des Urteils vom 9. Juli 1993 Kenntnis vom Vorliegen und Ausmass einer Verletzung von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV erhalten habe. Diejenigen Bediens-

998 BGE 110 II 273 E. 2; 105 II 39; 124 II 436 E. 10e; 125 I 14.

999 BGE 125 I 14 E. 3g m.Hinw. auf 116 II 428 E. 2; 110 II 273 E. 2; 105 II 39 E. 1b; 95 II 109 E. 4; 94 II 37 E. 6b und c.

1000 BGE 124 II 436 E. 10e.

1001 BGE 125 I 14.

1002 BGE 117 Ia 262.

teten, die vor diesem Zeitpunkt ihre Lohneinstufung nicht angefochten hätten, hätten nach Treu und Glauben ihre Ansprüche eingebüsst.

595 Das Bundesgericht hiess die staatsrechtliche Beschwerde der betroffenen Lehrkräfte gut.¹⁰⁰³ Es verwies darauf, dass nach seiner Rechtsprechung im Rahmen der *Verjährungsfrist* nicht nur ein Anspruch aus Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV für die Zukunft, sondern nachträglich ebenso für die Vergangenheit geltend gemacht werden könne.¹⁰⁰⁴

596 Das Bundesgericht bekräftigt seine Auffassung, dem Anliegen auf Rechtssicherheit werde genügend Rechnung getragen, wenn nicht nur für privatrechtliche, sondern auch für öffentlichrechtliche Lohnnachzahlungsansprüche eine *Verjährungsfrist* massgebend sei. Für die unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Lohnungleichheitsgebot fliessenden Ansprüche ist die *Verjährungsfrist* eine bundesrechtliche, die sich in Analogie zum Privatrecht auf fünf Jahre bemisst.¹⁰⁰⁵ Daran ändert auch das Gebot der *Rechtssicherheit* nichts. Eine gewisse Rechtsunsicherheit ist nach der Rechtsprechung keine Besonderheit des Diskriminierungsverbots und kann keinen Einfluss auf den Bestand oder die Durchsetzbarkeit einer Forderung haben. Der Zustand der Rechtsunsicherheit werde ja – so das Bundesgericht – gerade durch die Verjährungsfrist begrenzt. Das subjektive Bewusstsein der Schuldnerschaft könne diese Frist nicht zusätzlich verkürzen. Zahlungen, die sich aus übergeordnetem Recht bzw. aus gerichtlichen Urteilen ergäben, seien zudem gebundene Ausgaben und müssten unabhängig von finanzrechtlichen und finanzpolitischen Gegebenheiten des betreffenden Gemeinwesens geleistet werden.¹⁰⁰⁶

597 Das Bundesgericht verkennt nicht, dass eine Pflicht zur Nachzahlung von Besoldungen unter Umständen empfindlich in das *finanzielle Gleichgewicht der Arbeitgebenden* eingreifen kann.¹⁰⁰⁷ Im ersten – privatrechtlichen – Lohnungleichheitsentscheid nach 1981 hat es denn auch in einem «ausgeschöpften Budget» sogar einen Grund zur Rechtfertigung einer offenkundigen Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts erblickt.¹⁰⁰⁸ Wie dies heute beurteilt würde, muss m.E. offen bleiben. Zu bedenken wäre in jenem Entscheid gewesen, dass private

1003 BGE 125 I 14 E. 2b m.Hinw. auf 124 II 409 E. 1a; 120 Ia 95 E. 1c/bb; je m.w.Hinw.

1004 BGE 124 II 436 E. 10 d und e m.Hinw.

1005 BGE 125 I 14 E. 3c; 124 II 436 E. 10; vgl. ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 144 zu Art. 3 GlG.

1006 BGE 125 I 14 E. 3f; 124 II 436 E. 10h m.Hinw.

1007 BGE 124 II 436 E. 10g.

1008 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254.

Arbeitgebende frei sind, wie sie ihre Finanzen verwenden. Werden aber Lohnunterschiede zwischen Mann und Frau bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit von vornherein unterschiedlich festgelegt, so läge darin – wie wohl nicht bestritten und auch nicht durch die Finanzlage allein gerechtfertigt werden könnte – ein verfassungswidriges Vorgehen.

Im öffentlichen Bereich geht das Bundesgericht in ständiger Praxis davon aus, die Pflicht zur Nachzahlung des diskriminierenden Lohnanteils von Staatsangestellten sei keine Besonderheit des Lohnungleichheitsgebots, und es sei auch nicht entscheidend, ob das Budget den öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden einen Spielraum offen lasse oder ob diese im Blick auf allfällige Lohnklagen Rückstellungen gemacht hätten.¹⁰⁰⁹

Um das Gebot der unmittelbaren *Durchsetzbarkeit* des «geschuldeten Lohns»¹⁰¹⁰ sicherzustellen, muss das Gericht ein vollstreckbares Urteil fällen, welches den Betroffenen erlaubt, direkt einen diskriminierungsfreien Lohn zu erhalten. Es obliegt der Arbeitgeberschaft bzw. dem Gemeinwesen, das Besoldungssystem so zu revidieren, dass die Diskriminierung behoben werden kann. Solange der Lohn für die bisher begünstigten Tätigkeiten nicht gesenkt wird, haben die bisher Benachteiligten direkt aufgrund des Urteils Anspruch auf einen Lohn im gerichtlich festgelegten Umfang.¹⁰¹¹ Doch wird dadurch den Arbeitgebenden grundsätzlich nicht die Möglichkeit verwehrt, mit einer Änderung der massgebenden Regelungen bzw. Verträge eine andere Lösung zu wählen. Sie haben sich lediglich an die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts wie der Kündigungsfrist, allenfalls auch der Begründungspflicht zu halten. Auch der öffentliche Arbeitgeber ist selbstverständlich an die vereinbarten oder verfügbaren Anstellungsregeln bis zum Ablauf einer allfälligen Anstellungs- oder Amtsdauer gebunden. Als Grenze solcher Abänderungen gelten darüber hinaus das Willkürverbot, das Gleichbehandlungsgebot und allenfalls das Gebot eines Ausgleichs der Lastentragungspflicht.¹⁰¹²

Bemerkung: Diese Rechtsprechung zur Durchsetzbarkeit der Lohnungleichheit ist sehr zu begrüssen, stellt sie doch nicht nur die Verpflichtungen gerade auch des öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden klar und

1009 BGE 105 Ia 120 m.Hinw.; 117 Ia 262 E. 3c; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 141 zu Art. 4; vgl. auch MARTENET, S. 837.

1010 Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG; vgl. BGE 124 II 436 E. 10 c und d.

1011 BGE 124 II 436.

1012 BGE 124 II 436 E. 10 d und e; 125 I 14 E. 3.

stellt sich gegen eine aus finanzpolitischen Gründen *lohngleichheitsfeindliche Praxis*. Klargestellt wird mit dieser Rechtsprechung auch, dass Arbeitnehmerinnen in privaten wie in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen sich weder ihre Unkenntnis über die Lohnpolitik ihres Betriebes oder Unternehmens in Bezug auf Männer- und Frauenlöhne noch ihr allfälliges Zuwarten bis zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus dem verfassungs- und gleichstellungsrechtlichen Lohn-gleichheitsgebot entgegenhalten lassen müssen. Die Lebensrealität zeigt, dass vor allem in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Lohnklagen oft erst nach einem Ausscheiden aus dem Betrieb gewagt werden. Gewollter Verzicht oder Rechtsmissbrauch ist – wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts klargestellt hat – nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen. Weder im privatrechtlichen noch im öffentlichrechtlichen Bereich lassen sich – nur schon im Interesse der Durchsetzbarkeit des Lohn-gleichheitsgebots – finanzpolitische Überlegungen und Schutzbehauptungen gegen ausgewiesene Ansprüche auf diskriminierungsfreie Besoldung anführen.

V. Verfahrensfragen

- 601 Neben den bereits im zweiten Kapitel erwähnten Grundsätzen und Verfahrensfragen¹⁰¹³ haben insbesondere die Entscheide zum *Lohngleichheitsgebot* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und von Art. 3 GlG dem Bundesgericht Anlass geboten, zu einigen besonderen Problemen teils – mit der Besonderheit des Verfahrens verbundener – materiellrechtlicher, teils verfahrensrechtlicher Natur Stellung zu nehmen.

1. Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung des Lohn-gleichheitsgebots (fehlende Justiziabilität)?

- 602 Geht es um eine Anfechtung von einheitlichen, generellen Lohnsystemen, wie sie i.d.R. für die öffentlichrechtlichen Beamten und Angestellten vorgesehen sind, stellt sich die Frage, ob es Sache der Gerichte sein kann, aufgrund von Einzelklagen oder Verbandsklagen resp. -beschwerden in derartige *Besoldungssysteme* einzugreifen. Denn die Folge wäre, dass derartige generelle Besoldungssysteme, die auf einer Gesamt-

1013 Vgl. vorne Kapitel 2, Rz. 136ff.

gewichtung der verschiedenen staatlichen Funktionen beruhen, aus dem Gleichgewicht gebracht werden könnten. Solche Lohnsysteme widerspiegeln die Werthaltungen und Wertschätzung der Entscheidungsorgane gegenüber den für die Umsetzung staatlicher Aufgaben erforderlichen Berufen und Funktionen. Sie beruhen auf weitgehend subjektiven, (wert-)politischen Gesichtspunkten und sind das Ergebnis einer umfassenden Beurteilung der Tätigkeiten und Funktionen im Blick auf die ihnen im staatlichen System zugeordnete Bedeutung.

Es gab vor allem in den ersten Jahren nach 1981 etwa Kantone, die sich darauf beriefen, *Quervergleiche* zwischen unterschiedlichen und auf verschiedenen Lohnstufen eingereihten Tätigkeiten – z.B. Krankenschwester und Sanitätspolizei oder auch Handarbeitslehrerin im Vergleich zum Primarlehrerberuf – liessen sich gerichtlich gar nicht anstellen. Allfällige Lohnbenachteiligungen könnten durch die Gerichte nicht behoben werden, die damit verbundenen Abklärungen und Folgerungen würden die Grenzen der Rechtsprechung sprengen, seien nicht *justizabel*. Wenn Gerichte in «austarierte Lohnsysteme» eingreifen, würden nur weitere Ungleichheiten geschaffen.¹⁰¹⁴ Würden Lohnbenachteiligungen von Frauen festgeschrieben, wäre es allein Sache der politischen Organe, in dieser Hinsicht verfassungskonforme Regelungen zu schaffen. Ähnliche Schwierigkeiten der richterlichen Überprüfung von Lohn-gleichheitsfragen ergäben sich insbesondere bei Besoldungseinreihungen aufgrund von langwierigen politischen Entscheidungsfindungen und Expertisen.¹⁰¹⁵

Doch eine derart schwerwiegende Einschränkung des absoluten Lohn-gleichheitsanspruchs der Verfassung und des Gleichstellungsgesetzes hat das Bundesgericht mit Recht nicht zugelassen, sondern es verlangt, dass jeder Kanton die Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung von Lohnklagen und -beschwerden zu schaffen und durchzusetzen habe.¹⁰¹⁶

Sechs Krankenschwestern der Stadt Zürich und ihr Berufsverband¹⁰¹⁷ verlangten 1982 die Feststellung, sie seien als diplomierte Krankenschwestern bezüglich der Besoldung und der Beförderung gegenüber gleichwertigen, überwiegend von Männern besetzten Arbeitsplätzen in

1014 BGE 117 Ia 262; 120 I 95; Basler Kindergärtnerin; nicht publ. Entscheid vom 19.11.1998; Zürcher Schulpsychologin.

1015 Vgl. ALBRECHT, S. 36 ff.

1016 BGE vom 11.11.1983 i.S. Verband des christlichen Staats- und Gemeindepersonals der Stadt Zürich, in ZBl 1984 (85), S. 162 (sog. 1. Krankenschwesternentscheid).

1017 1. Krankenschwesternentscheid, publ. in ZBl 1984 (85), S. 162.

der allgemeinen Verwaltung stark benachteiligt. Diese Diskriminierung sei auf die Tätigkeit in einem typischen Frauenberuf zurückzuführen. Sie verlangten deshalb, in eine höhere Besoldungsklasse mit einem rascheren Beförderungsrhythmus eingereiht zu werden. Zudem forderten sie die Nachzahlung des zu geringen Lohnanteils ab Klageeinleitung. Als Vergleichsbasis sollte die Besoldungseinreihung der Schichtführer, Waagmeister und Sanitätsmänner dienen. Das Verwaltungsgericht weigerte sich aber im Lichte von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV, in die geltende Besoldungsordnung der Stadt Zürich einzugreifen.

606 Das Bundesgericht war jedoch der Meinung, aufgrund des geltenden kantonalen Rechts sei es durchaus möglich, auf die Klage einzutreten und diese auch zu beurteilen. Es gehe nicht an, gerichtlichen Schutz nur Besoldungsansprüchen von Einzelpersonen im Rahmen einzelner Berufsgattungen zu gewähren, ohne deren Rechtmässigkeit im Rahmen des gesamten Lohngefüges unter dem Gesichtspunkt übergeordneten Bundesrechts, insbesondere des verfassungsmässigen Verbots der Ungleichbehandlung der Geschlechter, zu überprüfen.¹⁰¹⁸

607 Auch in den ersten Entscheiden bezüglich der Lohngleichheit der Basler Kindergärtnerinnen und der Zürcher Schulpsycholog/innen hat das Bundesgericht erklärt, jede Weigerung, unter Berufung auf die fehlende *Justiziabilität einer öffentlichen Besoldungsordnung* auf eine Klage einzutreten, sei schlechthin unhaltbar und stehe im Widerspruch zur klaren Auffassung des Verfassungsgebers.¹⁰¹⁹ Auch wenn die Schaffung eines *privatrechtlichen* Gleichbehandlungsanspruchs im Vordergrund der parlamentarischen Ausführung gestanden habe, ergebe sich aus den Verhandlungen nirgends, dass die Kantone nicht auch für den öffentlichrechtlichen Sektor einen entsprechenden Rechtsschutz bereitstellen hätten. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV gewähre *einen absoluten Anspruch* auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und garantiere damit grundsätzlich dessen Klagbarkeit.

608 Die kantonalen Gerichte hatten sich zur Rechtfertigung ihres Standpunktes jeweils auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 aBV berufen. Vor allem im Zusammenhang mit der

1018 Vgl. BGE vom 5.10.2000; Obwohl der Kanton Neuenburg noch keine Beschwerdemöglichkeit kennt, hat das kantonale VerwGer eine Beschwerde wegen diskriminierender Nichtanstellung aus Gründen des Geschlechts gestützt auf die Anforderungen des GlG als zulässig erklärt.

1019 Z. B. BR FURGLER in AmtlBull StR 1980, S. 567; auch BGE 124 II 409; Handarbeitslehrerinnen c. Staat Zürich; nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2.

Gleichstellungsproblematik im Steuerrecht, in Fällen der Familienzulagen und im Sozialversicherungsrecht hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, die kantonalen Gerichte seien im Rahmen ihrer Pflicht, das von ihnen anzuwendende kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit übergeordnetem Bundesverfassungsrecht zu überprüfen, ausnahmsweise nicht gehalten, als verfassungswidrig erkanntes Recht im Einzelfall nicht anzuwenden. Das gelte dann, wenn es um komplexe Probleme mit unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten gehe, wenn mit der Aufhebung einer verfassungswidrigen Verfügung oder Norm unvermeidlich eine noch viel stossendere Rechtsungleichheit geschaffen würde, die Verwaltung deren allgemeinen Wirkungen nicht in erträglichem Rahmen halten könnte und die staatliche Tätigkeit vor dem Erlass neuer verfassungskonformer Bestimmungen blockiert würde.¹⁰²⁰ Doch diese Ausnahme-Rechtsprechung will das Bundesgericht bei Beschwerden wegen Verletzung des Gebots der Lohngleichheit zu Recht nicht zulassen. Dies trüge der Rechtsnatur von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV als Grundrecht und zugleich als zwingende Vorschrift des privaten Rechts nicht Rechnung.¹⁰²¹

2. Verbandsklagen

In Art. 7 GlG ist ausdrücklich vorgesehen, dass *Organisationen* Lohnklagen oder Beschwerden wegen diskriminierender Entlohnung ihrer Mitglieder erheben können. Dass Verbände unter gewissen Voraussetzungen für die von ihnen vertretenen Mitglieder klage- oder beschwerdeberechtigt sein können, hat das Bundesgericht bereits vor dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes anerkannt.¹⁰²² Die Zulässigkeit von Verbandsklagen war und ist aber in politischen Kreisen umstritten.¹⁰²³

1020 BGE 112 Ia 311 E. 2c m.Hinw.

1021 Vgl. nicht publ. BGE vom 11.11.1983 i.S. R. D. und Mitbet., E. 3b; auch BGE 123 I 1 E. 6c; BGE vom 29.1.1996 i.S. W. in ZBl 1997 (98), S. 210.

1022 BGE 125 I 71 m.Hinw. auf 119 Ib 374 E. 2a; 113 Ib 363 E. 2a; auch 123 I 221 E. 2; 123 II 376 E. 5b/dd; bereits 116 Ib 270 E. 1a.

1023 Vgl. die Klage des Verbands des christlichen Staats- und Gemeindepersonals der Stadt Zürich vom 11.11.1983 m.Hinw. auf die Praxis (publ. in ZBl 1984 [85], S. 162). Anders BGE vom 5.10.1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau, E. 1c, wo die Legitimation des LTG ohne weiteres bejaht worden ist, obwohl die Kindergärtnerinnen nur einen Teil der Mitglieder sind; sodann auch BGE 121 III 168 bezüglich Aktivlegitimation der Gewerkschaft Druck und Papier im Rahmen einer Berufung gestützt auf das UWG. Zur Entstehungsgeschichte des GlG siehe CLAUDIA KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung, Rz. 15 ff.

610 Art. 7 GIG schränkt allerdings Verbandsklagen gegenüber der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis ein. Klage- oder beschwerdeberechtigt sind nur Organisationen, die seit mindestens zwei Jahren bestehen und die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren. Diese Organisationen können in eigenem Namen *feststellen* lassen, dass eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliegt, sofern sich der Ausgang des Verfahrens voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird. Ihnen steht nur eine *Feststellungs- und nicht eine Leistungsklage* zu. Wann das quantitative Erfordernis des Art. 7 GIG erfüllt ist, darüber hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäussert. Im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde des ersten Zürcher Krankenschwesternfalls hatte sich der beschwerdeführende Verband weder über seine Befugnis zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder im konkreten Verfahren geäussert noch darüber, ob eine grosse Mehrzahl seiner Mitglieder vom konkreten Entscheid in ihren persönlichen Interessen betroffen worden wären. Deshalb ist auf die Klage des Verbandes nicht eingetreten worden.¹⁰²⁴ Hierbei handelt es sich aber um einen Einzelfall. In der neueren Rechtsprechung erweist sich das Bundesgericht als grosszügiger: In BGE 125 I 71 E. 1 b/aa und bb wurde anerkannt, dass durch die Beschwerde der Sektion Bern des Schweizer Verbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger zumindest virtuell ein grosser Teil der Mitglieder betroffen werde, die ihrerseits beschwerdebefugt wären. Hier ist das Bundesgericht auf die Beschwerde aber auch deswegen eingetreten, weil damit Individualklagen verbunden waren.¹⁰²⁵ In andern Beschwerden, so des Verbandes Kindergärtner/innen Schwyz vom 5. Oktober 1999 oder i.S. Staat Zürich c. den VPOD und Verband Kindergärtner/innen Zürich vom 16. Juni 1999 sowie in BGE vom 5. Oktober 1999 i.S. der Thurgauer Kindergärtnerinnen ist die Beschwerdelegitimation der Verbände ohne weiteres bejaht worden. In diesem letzten Entscheid hatte sich der Verband der Thurgauer Lehrerschaft LTG der Beschwerde angeschlossen, wobei das Bundesgericht die Legitimation bejaht hat, weil «eine Mehrzahl oder Grosszahl seiner Mitglieder» von der angefochtenen Verfügung zumindest virtuell betroffen werde.

1024 BGE vom 11. 11. 1983 in ZBl 1984 (85), S. 162.

1025 Vgl. BGE 121 III 168.

3. Beweislast

Die Forderung des Bundesgerichts, den der behaupteten Diskriminierung zugrunde liegenden Sachverhalt genau abzuklären,¹⁰²⁶ hat sich als um so dringender erwiesen, als vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes die Arbeitnehmenden eine Diskriminierung voll i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen hatten. Das ist angesichts der Schwierigkeit, vor allem in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen auf die Grundlagen der Lohnpolitik des Betriebs oder Unternehmens zurückgreifen zu können, oft unmöglich, zumindest aber sehr schwer. Das Bundesgericht hat dieser Situation bereits in den ersten ihm unterbreiteten Streitigkeiten, vor Inkrafttreten des Art. 6 GIG, Rechnung zu tragen versucht.¹⁰²⁷

Die *Beweislasterleichterung* des Art. 6 GIG,¹⁰²⁸ welche Bestimmung sich nur auf Benachteiligungen im *Arbeitsrecht* (mit Ausnahme der Vorwürfe sexueller Belästigung oder diskriminierender Nichtanstellung) bezieht, nicht aber allgemein für Gleichstellungsfragen gilt, bedeutet, dass die Klagenden oder Beschwerdeführenden nunmehr nur noch den Tatbestand der Diskriminierung *glaubhaft* zu machen haben. Es handelt sich um eine Erleichterung der Beweislast zugunsten der sich diskriminiert fühlenden Arbeitnehmerinnen. Sie haben lediglich die Tatsachen darzutun, aus welchen sich mit einer *gewissen Wahrscheinlichkeit* eine geschlechtsbezogene Benachteiligung ergibt. Das heisst, wenn in einer Unternehmung Männer mit einer vergleichbaren Position besser entlohnt oder rascher befördert werden als Frauen, besteht die Vermutung einer Geschlechterdiskriminierung. Oder wenn z.B. nachträglich ohne überzeugende Begründung eine «Korrektur» am Resultat einer Funktionsanalyse zulasten eines typischen Frauenberufs angebracht wird, spricht die Vermutung für eine Diskriminierung der in dieser Funktion beschäftigten Frauen. Es ist dann Sache der Arbeitgeberschaft zu beweisen, dass diese Tatsachen keine Diskriminierung

1026 Zur richterlichen Prüfungspflicht siehe KLETT, AJP 2001, S. 1293 ff.

1027 Vgl. nicht publ. BGE vom 14. 12. 1989 i.S. N. B. und M. G. c. TAdm. des Kantons Wallis; BGE 118 Ia 35.

1028 BGE 117 Ia 262 E. 4c; 118 Ia 35 E. 2d und e; BGE vom 14. 5. 1987 i.S. R. D. c. Stadt Zürich, in ZBl 1989 (90), S. 203; nicht publ. BGE vom 14. 12. 1989 i.S. N. B. und M. G. c. TAdm Wallis; nicht publ. BGE vom 19. 6. 1995 i.S. M. G. c. Schulgemeinde A., E. 2b; 124 II 409 E. 9; 124 II 529 nicht publ. E. 2a und b; BGE vom 19. 11. 1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2g; BGE 127 III 207 E. 3b. KLETT, AJP 2001, S. 1295 ff.

darstellen, weil es entweder nicht um eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung geht oder weil einleuchtende *objektive Gründe* für den Lohnunterschied nachgewiesen werden können. An diesen Beweis der Arbeitgebenden werden theoretisch strenge Anforderungen gestellt.¹⁰²⁹ Es geht auch nicht an, an diese Beweislast erleichterung weitere Bedingungen zu stellen als das Glaubhaftmachen einer Geschlechterdiskriminierung.¹⁰³⁰

4. Verfahrenskosten

- 613 Ein gerichtliches Verfahren um Lohngleichheit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV war und ist stets mit Kosten verbunden. Es wird zwischen *Gerichts- und Parteikosten* unterschieden, die von den unterliegenden Verfahrensbeteiligten zu tragen sind. Nach der Praxis des Bundesgerichts haben vor Einführung des *Gleichstellungsgesetzes* auch für Gleichstellungsverfahren i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV die üblichen Regeln gegolten: Wer im Verfahren unterliegt, hat einerseits die Verfahrens- oder Gerichtskosten zu tragen und andererseits i.d.R. auch für die Kosten der obsiegenden Gegenpartei aufzukommen.¹⁰³¹ Mit der Einführung des *Gleichstellungsgesetzes* ist in dieser Hinsicht eine neue rechtliche Situation geschaffen worden:
- 614 Obwohl es sich bei Lohngleichheitsklagen um arbeitsrechtliche Streitigkeiten handelt, waren im Falle des Unterliegens in solchen finanziell geprägten Verfahren nicht nur *Parteikosten* für beigezogene Anwälte, sondern je nach Höhe des Streitwertes auch *Gerichtskosten* zu befürchten. Art. 343 Abs. 3 OR, der Kostenlosigkeit vorsieht, wenn der Streitwert einen bestimmten Maximalbetrag nicht überschreitet, galt aber nach der Rechtsprechung für auf die Verfassung gestützte Lohngleichheitsklagen grundsätzlich analog.¹⁰³²
- 615 Das Gleichstellungsgesetz brachte definitiv Klarheit: Unter Hinweis auf Art. 343 OR sind die auf das Gleichstellungsgesetz gestützten privatrechtlichen wie öffentlichrechtlichen Verfahren um Lohngleichheit

1029 BGE 127 III 207 E. 3b m.Hinw. auf Botschaft GlG, S. 1300f.; 125 II 541 E. 6; 124 II 436; 124 II 529 E. 5; 118 Ia 35 E. 2; 117 Ia 262 E. 4; SABINE STEIGER-SACKMANN, Rz. 57f., 64 zu Art. 6 GlG.

1030 BGE 127 III 207 E. 4 und 5 m.Hinw. auf 113 Ia 107 E. 4a S. 116 und auf die Lehre.

1031 Vgl. BGE 117 Ia 270 nicht publ. E. 7; 126 II 217 nicht publ. E. 11.

1032 BGE 126 II 217 nicht publ. E. 3c; vgl. 124 II 409 E. 12: analoge Anwendung auf das Verfahren vor Bundesgericht in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen.

grundsätzlich kostenlos.¹⁰³³ Nach Art. 12 GlG gilt für *privatrechtliche Lohnklagen* die Bestimmung des Art. 343 OR, und zwar – im Gegensatz zu arbeitsrechtlichen Klagen, die sich nicht auf das Gleichstellungsgesetz stützen lassen – unabhängig vom *Streitwert*.¹⁰³⁴ Art. 13 Abs. 5 GlG schreibt für Verfahren über *öffentlichrechtliche Lohnstreitigkeiten* oder Gleichstellungsfragen ausdrücklich *Kostenlosigkeit des Verfahrens* vor, aber nur, wenn sie sich auf das Gleichstellungsgesetz (oder auf Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) stützen können. Für andere Streitigkeiten im Zusammenhang mit Gleichstellungsfragen gilt dieser Grundsatz indessen nicht, soweit nicht die Rechtsprechung gewisse Erleichterungen eingeführt hat.¹⁰³⁵ Stützt sich ein kantonaler Entscheid, wie das v.a. aus übergangsrechtlichen Gründen geschehen konnte, sowohl auf die Verfassung als auch auf das Gleichstellungsgesetz, so ist bezüglich der *Kostenverteilung* grundsätzlich eine verhältnismässige Aufteilung der *Gerichtskosten* möglich, wobei aber die zeitlichen Verfahrensanteile auf die untere und die obere Instanz zu beachten waren.¹⁰³⁶ Das Bundesgericht hat in BGE 125 I 14 E. 5 sogar von der Erhebung von Gerichtskosten abgesehen, obwohl das Gleichstellungsgesetz materiellrechtlich noch nicht anzuwenden war. Es hat erklärt, es gehe der Sache nach um Diskriminierungsansprüche (rückwirkende Nachzahlung von diskriminierenden Lohnanteilen), die – wenn das Gleichstellungsgesetz intertemporalrechtlich (gemäss Art. 17 GlG) bereits anwendbar gewesen wäre – nach diesem Gesetz zu beurteilen gewesen wären.¹⁰³⁷

Kostenlosigkeit bedeutet nur, dass die – unter Vorbehalt des Beizugs von Gutachten – oft nicht sehr bedeutenden *Gerichtskosten* erlassen werden. Die unterliegende Partei hat aber der obsiegenden Gegenpartei allfällige *Anwaltskosten* und Kosten für Gutachten zu ersetzen. Das gilt selbst dann, wenn Kantone oder grosse Unternehmen, die grundsätzlich über ausgebaute Rechtsdienste verfügen, in Gleichstellungsverfahren privat tätige, externe Anwälte/innen mit der Prozessführung beauftragen. Das kann zu ausserordentlich hohen Kosten für die unter-

1033 BGE 124 I 223 E. 3.

1034 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254 m.Hinw. auf BGE 104 II 222 E. 2.

1035 BGE 125 I 14 nicht publ. E. 5 m.Hinw. auf 124 I 223 E. 3.

1036 BGE 124 I 223 E. 3; 125 I 14 nicht publ. E. 5; 125 II 385 nicht publ. E. 8; vgl. noch 117 Ia 270 nicht publ. E. 7: Bei Unterliegen wurden ohne weiteres Kosten aufgelegt.

1037 Bereits in diesem Sinne BGE 124 II 436 nicht publ. E. 12b; auch 126 II 217 nicht publ. E. 3a.

liegenden Frauen führen; und darin kann sich ein Grund für die relativ geringe Anzahl von Verfahren verbergen.¹⁰³⁸

VI. Erfolg?

617 Die bisher klagenden Frauen hatten – jedenfalls in öffentlichrechtlichen, teilweise auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – oft, aber nicht immer einen (Teil-)Erfolg zu verzeichnen. Ihnen ist manchmal, wenigstens in gewisser Bandbreite, eine Lohndiskriminierung attestiert worden. Einige der Berufsgruppen sind so – soweit das Bundesgericht endgültig entscheiden konnte und die Streitsache nicht durch Rückweisungsentscheid erledigt hat – in eine etwas höhere Lohnstufe eingereiht worden. Andere mussten nochmals das kantonale Verfahren bis zu einem – zumeist ebenfalls teilweisen – Erfolg durchstehen. Aber kaum je sind die typischen Frauenberufe den männlich definierten oder geschlechtsneutralen Vergleichsberufen *effektiv gleichgesetzt* worden.¹⁰³⁹

618 Diese Tatsache der Weiterdauer von Lohndifferenzen zwischen weiblich und geschlechtsneutral oder männlich definierten Berufen ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass immer noch – uneingestandene und regelmässig nicht weiter geprüfte – vorbestehende gesellschaftliche *Werturteile* einer tatsächlichen *Anerkennung einer echten Gleichwertigkeit* von Frauenarbeit entgegenstehen. Vor allem die breite Anerkennung der verschiedensten und kaum je auf versteckte Diskriminierung hinterfragten objektiven Rechtfertigungsgründe erschwert die Durchsetzung des Lohnungleichheitsgebots enorm. Das Bundesgericht beruft sich beim Nachweis solcher Rechtfertigungsgründe auf das weite *Ermessen* der privaten und öffentlichen Arbeitgeberschaft und auf deren grossen *Gestaltungsspielraum* in Besoldungsfragen sowie auf die Unmöglichkeit, wissenschaftlich objektiv den Wert von Tätigkeiten oder Funktionen feststellen zu können. Es verlegt damit diskriminie-

1038 Vgl. die enorme Kostenhöhe in BGE 126 II 217, die v.a. auf die lange (nicht von der Klägerin zu verantwortende) Verfahrensdauer und die (nicht beantragte) durch das Kantonsgericht angeordnete Einholung weiterer Gutachten zurückzuführen waren, wobei sich der Kanton zudem von einem aussenstehenden Rechtsanwalt vertreten liess. Vgl. dazu SABINE STEIGER-SACKMANN, Rz. 16f. zu Art. 12 GlG.

1039 Vgl. BGE 126 II 217; 125 I 14; 125 I 71; 125 II 385; 124 II 409; 124 II 436 E. 7b und c.

rende Lohnungleichheiten in den Anwendungsbereich des Willkürverbots. Ob aber bestimmte Vorgaben, Methoden der Arbeitsbewertung oder die Auswahl und Gewichtung bestimmter Merkmale oder Kriterien sich für die Stellung der Frauen in der Arbeitswelt diskriminierend auswirken, wäre eine frei zu prüfende Rechtsfrage, die das Bundesgericht mit seiner Ermessensrechtsprechung zumeist zu umgehen pflegt.

Unter diesen Umständen ist es nicht verwunderlich, dass sich tatsächliche Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann trotz der Beweiserleichterung, trotz gleicher oder gleichwertiger Ausbildung und trotz gleichem oder gleichwertigem Pflichtenheft zumeist nur schwer und wenn überhaupt, nur in langwierigen Verfahren gerichtlich durchsetzen lässt. 619

Die Erfahrungen der letzten zwanzig Jahre zeigen, dass Lohndiskriminierungen von Frauen offensichtlich nicht allein mit rechtlichen Regeln zu beseitigen sind. Diese Regeln haben wohl Einiges zu bewirken vermocht und zur Stärkung des Bewusstseins beigetragen, dass die andauernde *Lohnungleichheit* zulasten der Frauen dem *Gerechtigkeitsgedanken* widerspricht und im Grunde eine Absonderlichkeit ist. Doch das hat weder die Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt für Frauen wesentlich verstärkt noch die Gefahr einer gewissen Aushöhlung des Lohnungleichheitssatzes auszuschliessen vermocht. Von eigentlicher Gleichstellung von Frau und Mann in diesem Bereich des Alltagslebens kann auch angesichts des offenen oder versteckten Widerstandes v.a. von politischen Behörden oder der privaten Arbeitgeberschaft ebenfalls noch lange nicht gesprochen werden. 620