

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXIII
Einleitung.....	1

1. Teil: Gleichstellung im Erwerbsleben und die Bedeutung von

Lohnunterschieden	5
§ 1 Hintergrund.....	5
§ 2 Begriff und Ziel der Gleichstellung.....	8
§ 3 Gleichstellungsmassstab: Lohnunterschiede.....	9
§ 4 Ursachenforschung für Lohnunterschiede.....	10

2. Teil: Regressionsanalyse zur Bewertung von Lohnunterschieden und

weitere Studien	25
§ 1 Begriff und Zweck der Regressionsanalyse.....	25
§ 2 Funktionsweise der Regressionsanalyse	26
§ 3 Volkswirtschaftliche Lohnunterschiedsanalyse in der Schweiz	43
§ 4 Identifizierung möglicher Einfluss- bzw. Erklärungsfaktoren für Lohnunterschiede.....	54
§ 5 Zusammenfassendes Fazit	71

3. Teil: Ökonomische Umsetzungsprobleme bei Gleichstellungsmassnahmen

§ 1 Vorbemerkungen.....	73
§ 2 (Rechts-)Ökonomische Analyse von Fehlanreizen.....	73
§ 3 Kategorien von Fehlanreizen	77
§ 4 Zweckmässiger Umgang mit Fehlanreizen	88
§ 5 Bedeutung für die Gleichstellung.....	91

4. Teil: Verfassungsrechtlicher Rahmen staatlicher

Gleichstellungsmassnahmen	93
§ 1 Verfassungsrechtlicher Auftrag und Schranken für die Ausgestaltung von Gleichstellungsmassnahmen.....	93
§ 2 Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV).....	102
§ 3 Wirtschaftsfreiheit als verfassungsrechtliche Schranke	112
§ 4 Verfassungsrechtliche Besonderheiten bei der Rechtsanwendung	138

5. Teil: Diskriminierungsverbot zwischen Frau und Mann.....

§ 1 Vorbemerkungen.....	145
§ 2 Tatbestand des Diskriminierungsverbots.....	150
§ 3 Lohndiskriminierung insbesondere.....	163
§ 4 Beweislast erleichterung nach GlG	198

§ 5 Gutachten im Gleichstellungsprozess	238
§ 6 Rechtsansprüche	252
§ 7 Lohnanalyseinstrumente bei betrieblichen Kontrollen (Art. 13a ff. GlG).....	257
§ 8 Schlussbetrachtung	260
 Zusammenfassung	 263
Sachregister/Index	273

Inhaltsverzeichnis

Vorwort..... V
Inhaltsübersicht VII
InhaltsverzeichnisIX
Abkürzungsverzeichnis XVII
LiteraturverzeichnisXXI
MaterialienverzeichnisXXXIII
Einleitung..... 1

1. Teil: Gleichstellung im Erwerbsleben und die Bedeutung von Lohnunterschieden..... 5
§ 1 Hintergrund..... 5
 I. Wesentliche Entwicklungen in der Gleichstellung 5
 II. Gründe für Gleichstellungsmassnahmen..... 6
 III. Untersuchungsgegenstand 7
§ 2 Begriff und Ziel der Gleichstellung..... 8
§ 3 Gleichstellungsmassstab: Lohnunterschiede..... 9
§ 4 Ursachenforschung für Lohnunterschiede..... 10
 I. Grundsatz der Privatautonomie als Ausgangslage 10
 II. Die wirtschaftswissenschaftliche Analyse der Ursachen der Lohnunterschiede..... 11
 III. Ökonomische Grundlagen: Lohn und Lohnbildung..... 12
 A. Einleitende Bemerkungen..... 12
 B. Lohn im ökonomischen Kontext 12
 C. «Rationales» Verhalten bei der Lohnbildung 14
 D. Lohnbildung auf dem Arbeitsmarkt – neoklassisches Grundmodell 15
 IV. Mögliche Erklärungsansätze für Lohnunterschiede 17
 A. Einleitende Bemerkungen..... 17
 B. Humankapitaltheorie als Ausgangslage..... 17
 C. Neoklassischer Erklärungsansatz: keine Diskriminierung bei vollkommener Konkurrenz (und rationalem Verhalten)..... 19
 D. Theorie der Diskriminierung aufgrund von Präferenzen 20
 E. Overcrowding-Ansatz..... 21
 F. Statistische Diskriminierung..... 22
 V. Methoden der wissenschaftlichen Ursachenanalyse 23

2. Teil: Regressionsanalyse zur Bewertung von Lohnunterschieden und weitere Studien 25
§ 1 Begriff und Zweck der Regressionsanalyse..... 25
§ 2 Funktionsweise der Regressionsanalyse 26
 I. Grundlegende Mechanismen 26
 A. Regressionsgleichung: Lohn als Summe verschiedener lohnrelevanter Faktoren..... 26
 B. Das Regressionsverfahren am Beispiel Grösse/Alter 26
 C. Statistische Erfassung von tatsächlichen Gegebenheiten..... 29
 1. Stetiger Variablentyp..... 29
 2. Binärer Variablentyp (Dummy-Variable)..... 30

3. Kategorialer Variablentyp	33
II. Multiple lineare Regression	33
A. Lohnunterschiedsanalyse als multiple lineare Regression	33
B. Bestimmung der erklärenden Variablen	34
III. Methode der Zerlegung in erklärbaren und unerklärbaren Anteil	35
IV. Schätzverfahren	36
A. Begriff und Vorgang anhand der Methode der kleinsten Quadrate	36
B. Alternative Schätzverfahren DRR und QL	38
C. Verzerrung aufgrund ausgelassener Variablen	38
D. Bedeutung einer ausreichenden Stichprobengrösse	39
V. Beispiel Wachstum und Nationalitäten	40
VI. Interpretation des nicht erklärbaren Anteils	42
§ 3 Volkswirtschaftliche Lohnunterschiedsanalyse in der Schweiz	43
I. Analyse anhand der Lohnstrukturhebung (LSE)	43
A. Lohnstrukturhebungsanalyse als politischer Gleichstellungsindikator	43
B. Erhebungsgrundlage	43
1. Der Lohn als Zielvariable	44
2. Auswahl von LSE-Angaben als erklärende Variablen	44
C. Übersichtstabelle zu den erfassten Variablen	44
D. Berechnung des Modells	47
E. Ergebnisse	48
1. Durchschnittslöhne und Lohnunterschiede, 2020	48
2. Entwicklungen bei den Lohnunterschieden zwischen den Geschlechtern auf Basis der LSE	48
II. Beurteilung der Lohnanalyse-Ergebnisse	49
A. Herleitung der (ökonomischen) Interpretation «Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts»	49
B. Limitierende Faktoren – Keine Aussagekraft für das Lohndiskriminierungsausmass	50
C. Indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im erklärbaren Anteil	52
D. Ungenügende Koordination in der Bundesverwaltung	52
E. Ergebnisse als Fortschrittsindikator i.S.d. Gleichstellung?	53
F. Auswirkungen auf die Festlegung möglicher Massnahmen	54
§ 4 Identifizierung möglicher Einfluss- bzw. Erklärungsfaktoren für Lohnunterschiede	54
I. Empirie zu geschlechtsspezifischen Eigenschaften	54
II. Spezifische Untersuchungen des Humankapitals	55
A. Effektive Berufserfahrungen	55
B. Beschäftigungsgrad und Arbeitszeitmodelle	56
C. Ausbildungsniveau	60
D. Berufe/Studienfächer und Branchen	62
E. Ergänzende Fähigkeiten	63
F. Langzeituntersuchung im Rahmen vom NFP 60: Berufseinstieg	64
III. Geschlechtsspezifische Verhaltensmuster	65
A. Allgemeines	65
B. Karriereorientierung vs. Familienorientierung	66
C. Verhalten bei der Stellensuche	67
D. Bereitschaft zum Stellenwechsel	67

E. Lohnverhandlungen	67
F. Wettbewerbs- und Risikoverhalten.....	70
G. Persönliche Verhaltensmerkmale	70
§ 5 Zusammenfassendes Fazit	71
 3. Teil: Ökonomische Umsetzungsprobleme bei Gleichstellungsmassnahmen	73
§ 1 Vorbemerkungen.....	73
§ 2 (Rechts-)Ökonomische Analyse von Fehlanreizen.....	73
I. Ziel rechtsökonomischer Verhaltensanalysen.....	73
II. Der homo oeconomicus als Arbeitsgrundlage	74
III. Identifikation von Fehlanreizen – Mutmassung über das Entscheid-Verhalten als Gedankenspiel	75
IV. Negativanreize als Ausprägung von Fehlanreizen	76
§ 3 Kategorien von Fehlanreizen	77
I. Kategorisierung nach Intensität der Verhaltenslenkung.....	77
II. Beschränkungen der Handlungsfreiheit bzw. Privatautonomie	78
A. Ausgestaltung der Beschränkungsmassnahmen.....	78
B. Potentielle Fehlwirkungen durch Beschränkungen.....	79
C. Diskriminierungsverbot – negativer Beschäftigungsanreiz?.....	81
III. Verhaltenssteuerung durch (ökonomische) Anreize	82
A. Ausgestaltung der Anreizmassnahmen.....	82
1. Anreizbegriff.....	82
2. Schaffung positiver Anreize	83
3. Beseitigung negativer Anreize bzw. Abhalteeffekte	84
B. Potentielle Fehlwirkungen durch Anreize	85
IV. Sensibilisierungsmassnahmen.....	86
A. Ausgestaltung der Sensibilisierungsmassnahmen.....	86
B. Kaum Fehlwirkungen durch Sensibilisierungsmassnahmen.....	87
C. Mittelbare Wirkung durch Verhaltensänderung von Konsumierenden und Arbeitnehmenden.....	88
§ 4 Zweckmässiger Umgang mit Fehlanreizen	88
I. Schwierigkeiten bei Fehlanreizen	88
II. Vermeidbarkeit von Fehlanreizen und Grenzen.....	89
III. Notwendigkeit eines politischen Wertungsentscheids	90
§ 5 Bedeutung für die Gleichstellung.....	91
I. Anreizmangel bei Arbeitgebenden – Notwendigkeit von Massnahmen	91
II. Konsequenzen für die Gleichstellung	92
 4. Teil: Verfassungsrechtlicher Rahmen staatlicher	
Gleichstellungsmassnahmen	93
§ 1 Verfassungsrechtlicher Auftrag und Schranken für die Ausgestaltung	
von Gleichstellungsmassnahmen.....	93
I. Vorbemerkungen	93
II. Verfassungsrechtlicher Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV)	93
A. Gesetzgebungsauftrag und Erlasskompetenz.....	93
B. Mögliche Gleichstellungsmassnahmen.....	94
C. Mindestmassnahmen auf eidgenössischer, kantonaler (und kommunaler) Stufe.....	95

- D. Schranken kantonaler (sowie kommunaler) Gesetzgebungskompetenz im Erwerbsleben..... 99
- III. Verfassungsrechtliche Grenzen von Gleichstellungsmassnahmen 101
- § 2 Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV)..... 102
 - I. Formen der Gleichbehandlung..... 102
 - II. Schutzbereich..... 105
 - III. Formalrechtliche Gleichstellung (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) als verfassungsrechtliche Schranke 106
 - A. Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Gleichstellungsmassnahmen..... 106
 - B. Gesetzliche Grundlage..... 107
 - C. Öffentliches Interesse 109
 - D. Verhältnismässigkeit 110
- § 3 Wirtschaftsfreiheit als verfassungsrechtliche Schranke 112
 - I. Vorbemerkungen 112
 - II. Wirtschaftsfreiheit in ihrer institutionellen Dimension (Art. 94 BV)..... 114
 - A. Sachlicher Anwendungsbereich..... 114
 - B. Grundsatzkonformität von Gleichstellungsmassnahmen 116
 - C. Ausnahmsweise Zulässigkeit grundsatzwidriger Gleichstellungsmassnahmen..... 118
 - III. Wirtschaftsfreiheit in ihrer individualrechtlichen Dimension (Art. 27 BV)..... 118
 - A. Sachlicher Schutzbereich..... 118
 - B. Persönlicher Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit..... 121
 - C. Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. 36 BV)..... 122
 - 1. Vorbemerkungen..... 122
 - 2. Gesetzliche Grundlage 123
 - a. Erfordernis des Rechtssatzes und das Bestimmtheitsgebot 123
 - b. Vorbehalt des Gesetzes 127
 - 3. Öffentliches Interesse..... 131
 - 4. Verhältnismässigkeit 132
 - 5. Kerngehalt..... 135
 - D. Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten 136
- § 4 Verfassungsrechtliche Besonderheiten bei der Rechtsanwendung 138
 - I. Verwirklichung der Gleichberechtigung..... 138
 - A. Staatliche Gleichbehandlung..... 138
 - B. Nachteilsausgleich aufgrund Gleichbehandlungspflicht? 139
 - C. Verwirklichung von Grundrechten unter Privaten durch Rechtsanwendung..... 140
 - II. Instrumente zur Verwirklichung der Gleichstellung..... 141
 - III. Vorrang der Bundesgesetze nach Art. 190 BV 143
- 5. Teil: Diskriminierungsverbot zwischen Frau und Mann..... 145
 - § 1 Vorbemerkungen..... 145
 - I. Analyse des zusätzlichen Nutzens des GlG 145
 - II. Schutz bei Ungleichbehandlungen im Arbeitsrecht 146
 - A. Ausgangslage..... 146
 - B. Umfang des Persönlichkeitsschutzes bei Ungleichbehandlungen 147

C. Zusätzliche Schutzregelungen bestimmter Kategorien.....	148
III. Gleichstellungsgesetz für Frauen zur Verhinderung ökonomischer Fehlwirkungen.....	149
§ 2 Tatbestand des Diskriminierungsverbots.....	150
I. Allgemeines.....	150
II. Direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	152
III. Indirekte Diskriminierung.....	154
A. Sachverhaltselemente einer indirekten Diskriminierung	154
B. Der/dem Arbeitgebenden zuzuordnende Handlung.....	154
C. Geschlechtsspezifische Identifikation.....	155
D. (Erhebliche) Benachteiligung	156
1. Benachteiligungsbegriff.....	156
2. Durch die Verletzung einer Gleichbehandlungspflicht.....	157
3. Durch das Nichtvorliegen sachlicher Gründe.....	158
4. Erheblichkeit der Ungleichbehandlung	159
E. Rechtfertigungsgründe	160
1. Sachliche Gründe	160
2. Übersicht über Kategorien zulässiger sachlicher Gründe	161
§ 3 Lohndiskriminierung insbesondere	163
I. Allgemeines.....	163
A. Auswirkungen des Lohngleichheitssatzes auf die indirekte Diskriminierung.....	163
B. Geltungsbereich der Lohndiskriminierung	164
1. Beschränkung auf den Bereich der Entlohnung	164
2. «Vergleichbarkeit» der Tätigkeiten	165
C. Tatbestand der Lohndiskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV	167
II. Lohn als betriebliche Massnahme und Lohnbegriff.....	168
III. Nachweis einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung.....	168
IV. Benachteiligung durch Verletzung des Lohngleichheitssatzes	170
A. Ausgangspunkt: Werte-Vergleich der Arbeit	170
B. Wertbestimmung der Arbeit	171
1. Wertbestimmung in der Rechtsordnung im Allgemeinen.....	171
2. Arbeitswissenschaftlicher Ansatz und dessen Spannungsverhältnis zum marktwirtschaftlichen Prinzip.....	172
3. Eignung der Arbeitswissenschaft für Staatsbetriebe.....	175
4. Lohnanalysen und deren eingeschränkter Verwendungszweck.....	176
5. Zwischenfazit und abschliessende Bemerkungen zur objektiven Wertbestimmung	178
C. Gleichwertigkeit der Arbeit	179
1. Gleichwertigkeit als unbestimmter Rechtsbegriff	179
2. Prüfung der Gleichwertigkeit im Allgemeinen.....	179
3. Plausibilisierungs- anstelle der Gleichwertigkeitsprüfung – Anfangslohn und Lohnanpassungen im Fokus	181
V. Rechtfertigungsgründe.....	184
A. Eingeschränkte sachliche Gründe.....	184
B. Arbeitswert als sachlicher Grund.....	185
C. Soziale Rücksicht als sachlicher Grund.....	186
D. Äussere Faktoren als sachlicher Grund.....	187
1. Allgemeines.....	187

2. Einfluss der Dringlichkeit auf den Arbeitswert	190
3. Ausgleichspflicht – ökonomisch-rationale statt periodisch-starre Bereinigung	192
4. Ökonomische Fehlwirkungen einer starren Ausgleichspflicht	194
VI. Fazit	196
§ 4 Beweislasterleichterung nach GlG	198
I. Die zivilprozessrechtliche Einordnung der Beweislast(-erleichterung)	198
II. Beweisverfahren ohne Beweislasterleichterung	199
A. Tatbestandsmässige Voraussetzungen einer Diskriminierung	199
B. Ungleichbehandlung der/des Arbeitgebenden	200
C. Geschlechtsspezifität	200
1. Allgemeines	200
2. Nachweis einer direkt geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung	202
a. Beweiserleichterung durch Indiziennachweis	202
b. Exkurs: Zugrunde liegender Erfahrungssatz und tatsächliche Vermutung	204
c. Beweiserleichterung durch Beweismassreduktion	206
3. Nachweis einer indirekt geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung als qualifizierte gesetzliche Beweiserleichterung	207
D. (Potentielle) Benachteiligung	208
1. Vorbemerkungen	208
2. Potentiell direkte Benachteiligung	209
3. Potentiell indirekt geschlechtsspezifische Benachteiligung mit Gleichbehandlungspflicht	210
4. Indirekt geschlechtsspezifische Benachteiligung ohne Gleichbehandlungspflicht	211
a. Allgemeines	211
b. Problematik des Nachweises einer inneren Tatsache	212
c. Mitwirkungspflicht der Arbeitgebenden und die Bedeutung der sozialen Untersuchungsmaxime	213
d. Mögliche Fallbeispiele	216
E. Rechtfertigung	217
1. Vierte (negative) tatbestandsmässige Voraussetzung	217
2. Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfrage	218
III. Funktionsweise der Beweislasterleichterung	219
A. Allgemeines	219
B. Begriff der Glaubhaftmachung	221
C. Glaubhaftmachung der tatbestandsmässigen Voraussetzungen der Diskriminierung	222
IV. Glaubhaftmachung einer Diskriminierung	223
A. Eingeschränkte Auswahl von Ungleichbehandlungen des Arbeitgebenden	223
B. Glaubhaftmachung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung	224
1. Direkte Glaubhaftmachung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung	224
2. Glaubhaftmachung einer indirekt geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung	224

3. Besonderheit in der Entlöhnung	225
C. Glaubhaft gemachte (potentielle) Benachteiligung.....	225
1. Allgemeines.....	225
2. Besonderheiten im Entlöhnungsbereich	226
3. Glaubhaftmachung bei Privaten in den übrigen Beschäftigungsaspekten	227
D. Rechtfertigung	228
V. Nachweis der Nichtdiskriminierung bzw. Rechtfertigungsnachweis	229
A. Faktische Beschränkung auf den Rechtfertigungsnachweis	229
B. Behauptung und Bestreitung von Tatsachen.....	230
1. Vorbemerkungen.....	230
2. Behauptung durch Arbeitgebende	230
3. Erhöhte Bestreitungspflicht der Arbeitnehmenden.....	232
C. Nachweis von Rechtfertigungsgründen	234
VI. Fazit.....	236
§ 5 Gutachten im Gleichstellungsprozess	238
I. Funktion und Wirkung von Gutachten.....	238
II. Das Recht auf ein gerichtliches Gutachten	240
A. Voraussetzungen für ein Gutachten	240
B. Antizipierte Beweiswürdigung	242
C. Gutachten von Amtes wegen	242
III. Lohnanalysegutachten im Besonderen.....	244
A. Ausgangslage.....	244
B. Recht auf Lohnanalysegutachten?	244
1. Voraussetzungen	244
2. Verwendungsmöglichkeiten von Lohnanalysegutachten.....	246
C. Aussagekraft bzw. Inhalt von Lohnanalysegutachten.....	248
1. Rechtliche Qualifikation der Gleichwertigkeit zwingend durch Gerichte	248
2. Grundsätzliche Funktionsweise von Lohnanalysen.....	248
3. Interpretation des nicht-erklärbaren Teils im Gutachten	250
IV. Fazit	251
§ 6 Rechtsansprüche	252
I. Übersicht über die Rechtsansprüche	252
II. Besondere Aspekte	254
A. Beförderungsdiskriminierung als Spezialfall.....	254
B. Kollektive bzw. systematische Diskriminierungen.....	256
§ 7 Lohnanalyseinstrumente bei betrieblichen Kontrollen (Art. 13a ff. GIG)	257
I. Pflicht zur Lohnanalyse	257
II. Problematik der betrieblichen Lohnanalysen	258
III. Unklarer Zweck betrieblicher Lohnanalysen	259
§ 8 Schlussbetrachtung	260
I. Nutzen des Gleichstellungsgesetzes – zentrale Unterschiede zum Staat.....	260
II. Fehlende gesamtheitliche Gleichstellungspolitik	262
Zusammenfassung	263
Sachregister/Index	273