

## **BGE 136 II 393**

Bundesgericht (BGE), 2010-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_136 II 393](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_136%20II%20393)

FR: ATF 136 II 393

IT: DTF 136 II 393

### **Regeste**

Regeste Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 und 6 GlG; Gleichstellung von Mann und Frau; gehaltmässige Einreihung von Funktionen des öffentlichen Dienstes. Der Umstand allein, dass andere weiblich oder neutral besetzte Berufsgattungen vom gleichen Arbeitgeber in Bezug auf ihre Entlohnung nicht geschlechtsdiskriminierend behandelt werden, stellt keinen sachlichen Grund dar, der die - in casu vom Arbeitgeber anerkannte - Vermutung einer geschlechtsbedingten besoldungsmässigen Benachteiligung der klagenden Berufsgruppen umzustossen vermöchte (E. 11).

### **Erwägungen**

#### **E. 11**

Das kantonale Gericht hat auf der Grundlage der gutachtlichen Feststellungen zutreffend erkannt, dass die Berufsgruppen der Krankenschwestern DN2 und der Hebammen/Hebammen Aufbau im Vergleich mit dem Anforderungsprofil der Polizisten, der Rettungssanitäter IVR (mit 24-monatiger Weiterbildung) und der Diätköchinnen und -köche - sowohl ohne wie auch mit Berücksichtigung der faktischen Lohnstufen - nicht entsprechend dem Wert ihrer jeweiligen Tätigkeiten, sondern zu tief entlohnt werden.

#### **E. 11.1**

Eine besoldungsmässige Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV setzt voraus, dass zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind, sondern auf geschlechtsspezifische Umstände abstellen (vgl. nicht publ. E. 5.1 und nachstehend E. 11.3.1). Die Vorinstanz folgert daraus - ohne sich bei diesem Schritt auf das Gutachten abzustützen -, dass nicht nur die Entlohnung der klagenden weiblichen Berufsgruppen mit derjenigen männlich oder neutral besetzter Berufsgruppen verglichen werden müsse. Vielmehr sei auch das Verhältnis des Lohngefüges der klagenden Berufsgruppen untereinander zu berücksichtigen. Da der - korrekt vorgenommene - Vergleich der Berufsgruppen der technischen Operationsassistentinnen, der medizinischen Laborantinnen und der medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen mit der Funktion der Polizei ergebe, dass die weiblich identifizierten Berufsgruppen zu hoch eingestuft seien, fehle es diesen bereits an der Tatbestandsvoraussetzung der Gleichwertigkeit, weshalb deren Klagen abzuweisen seien. Aus der Gegenüberstellung resultiere BGE 136 II 393 S. 397 aber auch, dass die Hebammen mit Grundausbildung und Aufbau und die Krankenschwestern DN2 verglichen mit den erwähnten drei weiblich dominierten Berufsgruppen sowie der neutralen Berufsgruppe der Diätköchinnen und -köche zu niedrig eingestuft seien. Dies deute darauf hin, dass sie mit Blick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV zu schlecht entlohnt würden. Gegen das Gleichstellungsgesetz verstosse indessen nur die geschlechtsbedingte Diskriminierung (Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 6.3).

Eine solche liege bezüglich der Hebammen und Krankenschwestern nicht vor, da sie auch im Vergleich mit verschiedenen weiblich dominierten sowie einem neutralen Beruf eine zu tiefe Einstufung aufwiesen. Dieser Umstand führe hinsichtlich der Berufsgruppen der Krankenschwestern und Hebammen ebenfalls zur Klageabweisung. (...)

### **E. 11.3**

Wurde eine Lohndiskriminierung im Sinne des Art. 6 GlG glaubhaft gemacht, ist der Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist; misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt ( BGE 125 III 368 E. 4 S. 372; Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 2 mit Hinweis). Eine Lohndiskriminierung entfällt mithin, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist ( BGE 127 III 207 E. 3c S. 213 f.; Urteil 2A.730/2006 vom 3. September 2007 E. 6; SUSY STAUBER-MOSER, Gleichstellungsgesetz und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung - Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, 2008, S. 500; ELISABETH FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2009, N. 144 f. zu Art. 3 GlG ). Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken; darüber hinaus kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen BGE 136 II 393 S. 398 unternehmerischen Bedürfnis entspricht ( BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; BGE 125 III 368 E. 5 S. 373 f. mit diversen Hinweisen; STAUBER- MOSER, a.a.O., S. 500; zum ganzen Themenkreis siehe ferner FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice*, AJP 2005 S. 1062 ff., 1068 ff.). Das Bundesgericht hat ferner im Sinne eines allgemeingültigen Grundprinzips festgehalten, dass der Arbeitgeber nicht eine Diskriminierung durch eine andere zu rechtfertigen vermag ( BGE 127 III 207 E. 4b S. 215). Eine Lohndiskriminierung zwischen weiblichen und männlichen Angestellten ist somit auch möglich, wenn der Arbeitgeber die Angestellten des gleichen Geschlechts ebenfalls ungleich behandelt. Würde dies nicht so gehandhabt, könnte der Arbeitgeber, indem er mit Angestellten des gleichen Geschlechts lohnmässig unterschiedlich verfährt, jeden Vorwurf der - geschlechtsbedingten - Diskriminierung abwehren.

#### **E. 11.3.1**

Im Rahmen der Prüfung, ob die Entlohnung eines typischen Frauenberufes diskriminierend ist oder ob hierfür sachliche Gründe bestehen, hat, wie bereits festgehalten wurde (nicht publ. E. 5.1), nach der Rechtsprechung ein Vergleich mit typisch männlich oder neutral identifizierten Berufen zu erfolgen. Dass die Vorinstanz nicht nur die Berufe der beim Bundesgericht Beschwerde führenden Krankenschwestern und Hebammen bewertete, ist einzig darauf zurückzuführen, dass Vertreterinnen weiterer Frauenberufe Klage erhoben haben und die Verfahren vereinigt wurden. Hätten auch vorinstanzlich lediglich die Krankenschwestern und Hebammen geklagt, wären die weiteren Frauenberufe nicht in den

Vergleich einzubeziehen gewesen. Der Umstand allein, dass andere weiblich oder neutral besetzte Berufe vom gleichen Arbeitgeber in Bezug auf ihre Entlöhnung nicht diskriminierend behandelt werden, stellt im Lichte der angeführten Judikatur jedenfalls keinen sachlichen Grund dar, der die vom Beschwerdegegner anerkannte Vermutung einer geschlechtsbedingten besoldungsmässigen Benachteiligung der Beschwerdeführerinnen umzustossen vermöchte.

#### **E. 11.3.2**

Es bleibt demnach festzustellen, dass es dem Kanton als Arbeitgeber nicht gelungen ist, mit dem im angefochtenen Entscheid vorgebrachten Argumentarium den Beweis für eine nicht im Geschlecht der Beschwerdeführerinnen begründete Schlechterstellung der Entlöhnung zu erbringen. Die Angelegenheit ist daher an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es auf Grund dieser Prämisse erneut über die Begehren der Klägerinnen befinde. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.