

# SO\_GERICHTE ZZ.2000.29 vom 8. März 2000

SO Obergericht, 2000-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZZ.2000.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZZ.2000.29)

FR: SO\_GERICHTE ZZ.2000.29 du 8 mars 2000

IT: SO\_GERICHTE ZZ.2000.29 del 8 marzo 2000

## Regeste

Art. 3 Abs. 1 GIG, Art. 4 Abs. 2 aBV. Lohngleichheit. Um einen Beruf im gleichstellungsrechtlichen Sinne als geschlechtstypisch einzustufen, muss der Anteil eines Geschlechts deutlich über der arbeitswissenschaftlich fixierten und von der Rechtsprechung weitgehend übernommenen Grenze von 70 % liegen. Die Tätigkeit der Sozialbetreuung gilt nicht als spezifisch weiblich identifizierte Arbeit, weshalb das Gleichstellungsgesetz nicht zur Anwendung gelangt.

## Erwägungen

### E. 1

Das Verwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Regierungsrates in Personalangelegenheiten soweit Ansprüche aus dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG, SR 151.1) abgeleitet werden (§ 7 Verordnung zur Einführung des Gleichstellungsgesetzes, BGS 821.500; § 50 Abs.

### E. 2

lit. f GO, BGS 125.12). D. W. C. liess frist- und formgerecht Beschwerde erheben. Als Sozialarbeiterin im psychiatrischen Dienst des Kantons steht sie in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Sie verlangt die Leistung einer Besoldungsdifferenz und begründet ihr Begehren damit, die ihr ausgerichtete Besoldung verstosse gegen das Gleichstellungsgesetz.

Eine Ungleichbehandlung von Gruppen - auch wenn sie an sich unzulässig wäre - stellt nicht per se eine Geschlechterdiskriminierung dar. Dazu ist erforderlich, dass durch die beanstandete Regelung im Ergebnis wesentlich mehr Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des andern benachteiligt werden (BGE 124 II 533). Lehre und Rechtsprechung betrachten als besoldungsmässige Geschlechterdiskriminierung nur den eine geschlechtsspezifisch identifizierbare Arbeit benachteiligenden und daher sachlich unbegründeten Lohnunterschied (BGE 124 II 409 E. 8a S. 425, 436 E. 6a S. 439; Andreas C. Albrecht: Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes ■Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit■ (Art.

### E. 4

Abs. 1 aBV Anwendung.

Die geschlechtsspezifische Identifizierung der benachteiligten Funktion ist Tatbestandsvoraussetzung, damit eine Geschlechterdiskriminierung in Frage kommt; sie grenzt den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 BV bzw. Art. 3 GIG von demjenigen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots von Art. 4 Abs. 1 BV ab (BGE 124 II 529 E. 5d S. 534).

## **E. 6**

Zunächst ist deshalb zu prüfen, ob die vorliegend als benachteiligt gerügte Tätigkeit der Sozialbetreuung als eine spezifisch weiblich identifizierte Arbeit zu gelten hat. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht immer einfach und hängt teilweise auch von Wertungen ab (vgl. die in BGE 124 II 529, 534 angeführte Literatur).

a) Für die Prüfung der Frage, ob Sozialarbeit bzw. die Funktion Sozialbetreuer/Sozialbetreuerin eine typisch weibliche Tätigkeit darstelle, ist in erster Linie auf die vom Bundesgericht im Entscheid 124 II 529, 534 ff. dargestellten Grundsätze abzustellen.

Danach ist in erster Linie das statistische Element bedeutsam; der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten muss erheblich höher sein, als der Anteil des andern Geschlechts (Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1296; Kathrin Arioli: Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in AJP 1993, S. 1330). Es ist dabei zulässig, die geschichtliche Dimension mit zu berücksichtigen; dies war beispielsweise der Fall bei den Lohnklagen der Kindergärtnerinnen, indem die historische Entwicklung des zum Vergleich herangezogenen und als geschlechtsneutral identifizierten Berufs des Primarlehrers berücksichtigt wurde (vgl. etwa BGE 124 II 436; Bigler et al., a.a.O., Rz 115 FN 141 zu Art. 3 GlG).

Darüber, von welchem statistischen Verhältnis an eine Tätigkeit als typisch weiblich betrachtet werden kann, herrschen in der Literatur unterschiedliche Meinungen. Das Bundesgericht verwirft die vereinzelt vertretene Auffassung, ein Beruf, in dem 60 % der Beschäftigten weiblich sind, sei bereits ein typischer Frauenberuf. Das Erreichen eines solchen Anteils wäre zu sehr von lokal und zeitlich variablen Unterschieden abhängig; das Verbot der Geschlechterdiskriminierung zielt auf "typisch geschlechtsmässig segmentierte Berufe" (BGE 124 II 535).

b) Nach der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft liegt eine indirekte Diskriminierung nur vor, wenn "erheblich", "wesentlich" oder "prozentual sehr viel mehr" Frauen als Männer benachteiligt werden; in den publizierten Fällen lag der Frauenanteil durchwegs über 90 % (vgl. die zusammenfassende Darstellung der Praxis in BGE 124 II 535 f.).

## **E. 7**

a) Eine seinerzeit bei der Jugendanwaltschaft tätige Sozialarbeiterin hatte in ihrem Verfahren vor Bundesgericht im Wesentlichen folgende Argumente dafür vorgebracht, ihre Tätigkeit als spezifisch weiblich zu qualifizieren:

1995 seien 77% der an Höheren Fachschulen für Sozialarbeit Zugelassenen Frauen gewesen,

im gleichen Jahr seien 70% der Absolventinnen Frauen gewesen

1980 habe der Frauenanteil unter den Sozialarbeitern zwei Drittel betragen,

die Tätigkeit der früher als Fürsorgerin bezeichneten Sozialarbeiterin sei aufgrund der Entstehungsgeschichte als typisch weiblich zu betrachten,

die Arbeit im zwischenmenschlichen Bereich sei traditionell eine typisch weibliche Tätigkeit.

Diese Fakten und Behauptungen genügten dem Bundesgericht nicht, um darüber zu befinden, ob die Lohnklasseneinreihung der Sozialbetreuer eine geschlechtsbezogene Diskriminierung darstelle. Anzuführen ist, dass es das letzterwähnte Argument unter Hinweis auf die Berufe des Pfarrers, des Arztes, des Lehrers und des Polizisten verwarf.

b) Der Regierungsrat hat in der Frage, ob die Tätigkeit der Sozialbetreuerin spezifisch weiblich ist, im angefochtenen Beschluss nichts erwogen. Auch in der Vernehmlassung zur Beschwerde vom 22. September 1997 hat das Finanz-Departement zu diesem Punkt keine weiteren Erörterungen angestellt. Das Verwaltungsgericht hat den Gutachtern dazu einleitend die zwei Fragen gestellt, ob der Beruf der Sozialarbeiterin heute als typischer Frauenberuf zu bezeichnen sei und ob die soziale Arbeit traditionell den weiblichen Tätigkeiten zuzuordnen sei. In ihrem Gutachten vom Februar 1999 kommen die Experten zum Schluss, dass Sozialarbeit historisch betrachtet als Frauenberuf entstanden und bis heute ein Frauenberuf geblieben sei. Sowohl in der Ausbildung mit 70 % als auch im Erwerbsleben seien Frauen deutlich übervertreten; ihr Anteil an den Erwerbstätigen liege um mehr als 20 % höher als dies aufgrund der Erwerbsquote der Frauen zu erwarten wäre. Soziale Arbeit sei deshalb eine traditionell weibliche Tätigkeit, weil der Aspekt des "Helfens" und der direkte Kontakt mit der Klientenschaft für die meisten Tätigkeitsfelder der Sozialarbeit charakteristisch sei und die Erfüllung der Aufgaben Qualifikationen erfordere, die auch in der Familienarbeit notwendig seien

#### **E. 8**

Das Verwaltungsgericht hatte bisher Lohnklagen von Frauen aus vier als frauenspezifisch geltenden Berufen zu beurteilen. Bei den Kindergärtnerinnen, den Werklehrerinnen und den Hauswirtschaftslehrerinnen handelte es sich klarerweise um typisch weibliche Tätigkeiten. Bei den Physiotherapeutinnen übernahm das Verwaltungsgericht (Urteil vom 28.10.1998) den im dort eingeholten arbeitswissenschaftlichen Gutachten festgelegten Massstab eines Mindestanteils von 70 % eines Geschlechts bei den den Beruf Ausübenden, was in der Physiotherapie der Fall ist. In der Ausbildung war von einem Frauenanteil von 75,6 % auszugehen, weshalb die Physiotherapie als frauenspezifische Tätigkeit betrachtet wurde. Einer historischen Betrachtung dieses Berufs liessen sich keine Schlüsse entnehmen.

#### **E. 9**

Hinsichtlich der Tätigkeit der Sozialbetreuung ergibt sich anhand der vorstehenden Kriterien Folgendes:

a) Die historische Betrachtungsweise führt zu keinen klaren Schlüssen: Einerseits war die professionelle Armenfürsorge eine klare Männerdomäne, die unentgeltliche, in den Bereichen Wohltätigkeit und Gemeinnützigkeit geleistete Arbeit andererseits mehrheitlich weiblich besetzt; dabei stand - wie auch in den Anfängen der Ausbildung - für die hier wirkenden Frauen die "Helferrolle" ("Zuwendung", "Familiennähe", "familienergänzende Funktion" usw.) im Zentrum; das heutige Berufsbild und insbesondere die heutigen Aufgaben der Sozialbetreuung bei der öffentlichen Verwaltung entsprechen überhaupt nicht mehr diesen Vorstellungen.

b) Hinsichtlich des Kriteriums Ausbildung ergeben sich, wie bei den andern Kriterien auch, bei der Interpretation des zur Verfügung stehenden statistischen Zahlenmaterials gewisse Schwierigkeiten. Zunächst kann allerdings der vom Beklagten ins Feld geführte Gesichtspunkt der Geschlechtsverteilung im Lehrkörper (45 - 48 % Dozentinnen) vernachlässigt werden; zwar kann ein hoher Dozentinnenanteil ein Indiz dafür sein, dass der

Beruf der von ihnen ausgebildeten Personen typisch weiblich ist. Der Umkehrschluss erscheint indes als unzulässig, und zwar auch deshalb, weil die Änderung der Geschlechtsanteile im Lehrkörper erfahrungsgemäss auch erst mit einer zeitlichen Verzögerung eintreten kann. Das hängt mit dem weiteren Vorbehalt zusammen, wonach der überproportionale Männeranteil bei den Unterrichtenden vermutlich auch Ausdruck der allgemein noch vorhandenen geschlechtshierarchischen Teilung des Arbeitsmarktes ist.

Der Beklagte weist zu recht darauf hin, dass nach der Statistik der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Höheren Fachschulen im Jahr 1997 nur 63,2 % der Studierenden Frauen waren. Zu den Zahlen aus den Jahren 1992 - 1996 besteht damit ein scheinbarer Widerspruch, der dadurch erklärbar ist, dass seit 1997 die Studienrichtungen "Sozialarbeit", "Sozialpädagogik" und "soziokulturelle Animation" sowie eine kombinierte Ausbildung gesamthaft statistisch erfasst werden. Das Ergänzungsgutachten verweist darauf, dass es sich um unterscheidbare Studienrichtungen handle und der Frauenanteil bei der Richtung "Sozialarbeit" auch 1997 mit 73,9 % sehr hoch sei. Es erscheint fraglich, ob tatsächlich noch derart differenziert werden darf; schliesslich wird auch eine kombinierte Ausbildung angeboten. Bei dieser kombinierten Ausbildung betrug der Frauenanteil 1997 bloss 62,6 %. Hinzu kommt, dass auf dem Stellenmarkt oft nicht in dieser Weise unterschieden wird. Gerade der Beklagte führt in seinen Einreichungsplänen bloss die Funktion "Sozialbetreuer/Sozialbetreuerin" an und subsumiert hierunter auch die in Sozialpädagogik Ausgebildeten. Bei den von der Beschwerdeführerin angerufenen Vergleichspositionen befinden sich teilweise ebenfalls Sozialpädagogen.

Berücksichtigt man von den Zahlen aus dem Jahre 1997 die Anteile an den Richtungen Sozialarbeit und kombinierte Ausbildung, gelangt man zum Ergebnis, dass 69,2 % der Studierenden Frauen sind (1061 von 1534). Geht man von dem bisher als Mindestanteil geltenden, möglicherweise aber nicht länger aufrecht zu erhaltenden Prozentsatz von 70 aus, dann ist dieser Anteil nur gerade im Fach Sozialarbeit erreicht.

c) Zieht man für das Kriterium des Ausbildungsabschlusses die Zahlen der Universität Fribourg (Departement Sozialarbeit und Sozialpolitik) heran, dann gelangt man für die Jahre 1990-1998 bei den Lizentiatsabschlüssen in Sozialarbeit auf einen Frauenanteil von 71,5 %. Gliedert man die Statistik in zwei Zeitabschnitte, ergibt sich Folgendes:

1990-1994	Frauenanteil 61,6 %
1995-1998	Frauenanteil 78,4 %

Die Bewertung der beim Staat Mitarbeitenden erfolgte im Rahmen der Besoldungsrevision in den Jahren 1989-1994, demnach in einem Zeitpunkt, in dem der Frauenanteil bei den erfolgreichen Studienabgängern noch markant geringer war. Dieser zeitliche Aspekt ist nicht ganz unbeachtlich: Bigler et al., a.a.O., Rz 118 zu Art. 3, beispielsweise wollen immer auf die Sachlage im Zeitpunkt der Bewertungsvorgänge bei Arbeitgebenden abstellen, die der angefochtenen Lohnfestsetzung zugrunde liegen.

d) Erhebliches Gewicht kommt dem statistischen Verhältnis im Bereich der Berufsausübung zu. Nach dem Gutachten belief sich der Frauenanteil 1990 auf 65 %. Arbeitswissenschaftlich wird die Meinung vertreten, hier könne nicht auf den prozentualen Anteil aller in der Sozialbetreuung tätigen Personen abgestellt werden. Der Frauenanteil sei in Relation zur gesamten Erwerbsquote zu setzen. Von einem typischen Frauenberuf sei zu sprechen, wenn der Anteil in einem Beruf um mindestens 20 % höher ist als die allgemeine

weibliche Erwerbsquote. 1990 waren 39 % aller Erwerbstätigen Frauen; indem 65 % der in der Sozialbetreuung Tätigen Frauen waren, übersteigt diese Quote die gesamthafte Erwerbsquote um 26 %. Damit liege der Frauenanteil in der Sozialbetreuung deutlich höher als aufgrund der allgemeinen Frauenerwerbsquote zu erwarten wäre, was die Sozialbetreuung als typischen Frauenberuf erscheinen lasse. 1991 betrug die Frauenerwerbsquote im Übrigen bereits 43,2 %, 1997 43,9%.

Das würde - zieht man die Zahlen von 1990 heran - bedeuten, dass eine Frauenerwerbsquote von 59 % in einem Tätigkeitsfeld bereits zur Annahme eines typischen weiblichen Berufs führen müsste. Dem Verwaltungsgericht sind keine Urteile bekannt, bei denen bei der Beurteilung von behaupteten geschlechtsdiskriminierenden Besoldungen zur Qualifizierung als geschlechtsspezifisch weiblich definierte Tätigkeit diese Betrachtungsweise übernommen worden ist. Das Verwaltungsgericht geht daher - auch in Ermangelung umfassenden neueren, branchenspezifischen statistischen Zahlenmaterials - bei den Erwerbstätigen von einem Frauenanteil von 65 % aus. Unter diesen Umständen ist der Beruf - selbst wenn immer noch von einer Schwelle von 70 % auszugehen sein sollte - nicht als spezifisch weiblich einzustufen.

Das Verwaltungsgericht hält in Abweichung von seiner bisherigen Praxis, bei der die arbeitswissenschaftlich fixierte Grenze von 70 % ohne nähere Prüfung übernommen wurde, dafür, dass ein bedeutend höherer Anteil eines Geschlechts zu fordern ist, um einen Beruf als im gleichstellungsrechtlichen Sinne geschlechtstypisch zu bezeichnen. Dies ergibt sich insbesondere aus folgenden Überlegungen:

Von den drei Berufen, die in absoluten Zahlen betrachtet am häufigsten von Frauen ausgeübt werden, beträgt der Frauenanteil nach der Volkszählung von 1990 bei den Büroberufen/kaufmännischen Angestellten 82,1 %, beim Verkaufspersonal 74,8 % und beim Pflegepersonal 90,2 %.

Für die im vorliegenden Verfahren von den Gutachtern zum Vergleich herangezogenen, als typisch männlich identifizierten Berufen bzw. Funktionen in der öffentlichen Verwaltung, fehlt veröffentlichtes statistisches Material weitgehend; es ist aber immerhin gerichtsnotorisch, dass bei allen drei männlichen Vergleichsfunktionen der Männeranteil deutlich über 90 % beträgt. Bei den rund 600 Verkehrsexperten, die in den Strassenverkehrsämtern der Kantone tätig sind, dominieren die Männer mit über 99 %. Bei den Zivilschutzinstruktoren weist das zuständige Bundesamt einen Männeranteil von 98,1 % aus (6 Frauen unter 322 hauptamtlichen Instruktoren). Der Bauingenieurinnen-Anteil belief sich bei der Volkszählung 1980 auf 0,5 % (14 Frauen, 2934 Männer).

Bei den Lohnklagen der Kindergärtnerinnen war die Geschlechtstypizität dieses Berufs unbestritten: Der Frauenanteil betrug nach der Lehrkräftestatistik des BFS 1996/97 99,4 %. Die Einstufung der Kindergärtnerinnen wurde dabei mit der Besoldung der Lehrkräfte auf Primarstufe verglichen, weil dieser Beruf als geschlechtsmässig neutral identifiziert wurde, und dies, obwohl der Männeranteil nur 29,6% betrug (21'890 Frauen und 9'167 Männer). Diese Einstufung beruhte darauf, dass der Primarlehrerberuf ungeachtet des heute höheren Frauenanteils von der Geschichte her zu den männlichen Berufsbildern zählt (BGE vom 7. Juli 1998 S. 11 f.; vgl. auch BGE 124 II 425 f.).

Gerade der Vergleich mit den Primarlehrkräften illustriert, wie problematisch eine Praxis ist, bei der die Schwelle von 70 % zur Annahme eines geschlechtstypischen Berufs genügen soll. Es muss zu unhaltbaren Widersprüchen führen, wenn die Sozialbetreuung mit einem

Frauenanteil von 65 % bei der Berufsausübung unter Hinweis auf die allgemeine Erwerbsquote und die Prozentzahlen bei den andern Kriterien (Ausbildung, Abschlüsse) als typisch weiblich besetzt gelten soll, die Unterrichtstätigkeit an der Primarschule bei einem Frauenanteil von über 70 % demgegenüber unter Berücksichtigung der historischen Komponente immer noch als geschlechtsneutral zu gelten hat.

In der deutschen Rechtsprechung zur Frage der "Entgeltdiskriminierung" finden sich, soweit dem Verwaltungsgericht zugänglich, keine Entscheide, in denen die Sozialbetreuung als typisch weiblicher Beruf bezeichnet worden wäre; die Frage ist in der Judikatur nicht einmal thematisiert worden. In dem im Internet erhobenen einschlägigen Material zur Geschlechtstypizität von Berufen in Deutschland, in Grossbritannien und in den USA wird der Beruf nirgends als frauendominiert bezeichnet.

Der Beschwerdegegner beschäftigt (den Spitalbereich inbegriffen) 17 Frauen und 6 Männer, die in der Sozialbetreuung tätig sind. Im Rahmen der Besoldungsrevision wurden in diesem Bereich 3 Männer als Schlüsselstelleninhaber ausgewählt; diese beiden Fakten lassen auch eher den Schluss zu, die Sozialbetreuung sei vom Beklagten bzw. von den von ihm beauftragten Gremien gar nicht als typischer Frauenberuf erkannt worden.

#### **E. 10**

Besteht aber im Bereich der Sozialbetreuung keine relevante Frauendominanz, dann lässt sich die Vermutung nicht begründen, die Sozialbetreuerinnen würden aufgrund ihres Geschlechts nicht nach dem objektiven Wert ihrer Arbeit entlohnt und damit diskriminiert. Demnach wird der streitige Anspruch auf lohnmassige Gleichbehandlung der Sozialbetreuerinnen ausschliesslich nach Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 8 Abs. 1 nBV zu beurteilen sein. Das heisst, dass kein Anlass besteht, eine versteckte Diskriminierung des Berufszweiges unabhängig von der Geschlechtszugehörigkeit der ihm angehörenden Personen zu vermuten. Allein unter Anrufung der verfassungsmässigen Rechtsgleichheit kann kein umfassender Anspruch auf Durchführung einer Arbeitsplatzbewertung bezogen auf praktisch alle Funktionen der Verwaltung bestehen. Art. 8 Abs. 1 nBV verlangt wie die erwähnte alte Norm in erster Linie die Verfassungsmässigkeit eines Lohnsystems in seiner Gesamtheit, weniger aber jene eines Einzellohnes innerhalb des Besoldungsgefüges. Jede andere Lösung würde die Grenzen der Justiziabilität sprengen. Die Beurteilung der Beschwerde würde sich demzufolge auf eine blosse Willkürprüfung beschränken.

#### **E. 11**

Das Verwaltungsgericht fällt aus diesen Gründen vorerst nur ein Teilurteil. Ein solcher Teilentscheid ist im Verwaltungsrecht im Allgemeinen zulässig, bleibt doch der Rechtsschutz Betroffener gewahrt, weil ein Teilurteil mit demselben Rechtsmittel angefochten werden kann (Rhinow/Koller/Kiss: Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996 Rz 1235; vgl. ferner BGE 107 Ib 343, 113 II 247, 121 II 118 f.).

In diesem Sinne ist die Beschwerde abzuweisen. Es wird festgestellt, dass der Beruf der Sozialbetreuung keine spezifisch weibliche Tätigkeit darstellt. Das Gleichstellungsgesetz gelangt nicht zur Anwendung.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 8. März 2000

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