



Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann: kritische Würdigung der Regressionsanalyse

CHRISTIAN MADUZ

Die Regressionsanalyse wird auf Bundesebene in verschiedenen Formen dazu verwendet, die Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann festzustellen. Obschon die Regressionsanalyse in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung behandelt wurde, waren die eingangs erwähnten Formen von Regressionsanalysen bisher noch nie Gegenstand einer detaillierten bundesgerichtlichen Prüfung. Die Regressionsanalyse berücksichtigt, wie nachfolgend aufgezeigt werden soll, durch ihre summarische Prüfung die aktuelle Rechtsprechung nicht. Insofern bestehen erhebliche Zweifel, ob die von der Bundesverwaltung angewendete Regressionsmethode zur Feststellung einer Diskriminierung gemäss Gleichstellungsgesetz einer bundesgerichtlichen Überprüfung standhalten würde.

Als Fazit zeigen die nachfolgenden Ausführungen, dass es eine abschliessende Umschreibung des Lohndiskriminierungsbegriffs benötigt, soll die Regressionsanalyse zur Überprüfung der Lohndiskriminierung auch vor der bundesgerichtlichen Rechtsprechung standhalten können.

L'analyse de régression est utilisée sous différentes formes au niveau fédéral pour constater la discrimination salariale entre hommes et femmes. Bien que l'analyse de régression ait été traitée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, les formes d'analyse de régression mentionnées précédemment n'ont jamais fait l'objet d'un examen détaillé par le Tribunal fédéral. Comme le montre l'article qui suit, l'analyse de régression ne tient pas compte de la jurisprudence actuelle en raison du caractère sommaire de son examen. Il existe donc de sérieux doutes quant à savoir si la méthode de régression que l'administration fédérale utilise pour établir une discrimination selon la loi sur l'égalité résisterait à un examen par le Tribunal fédéral.

Les explications qui suivent montrent la nécessité d'avoir une définition exhaustive de la notion de discrimination salariale pour que l'analyse de régression servant à examiner cette discrimination soit également compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Begriff der Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann
- III. Die Regressionsanalyse zur Feststellung der Lohndiskriminierung
- IV. Wie wird die Diskriminierung in einer Regressionsanalyse berechnet?
 - A. Der «erklärbare Teil» in der Regressionsanalyse der Lohnstrukturserhebung
 - B. Der «nicht-erklärbare Teil» in der Regressionsanalyse der Lohnstrukturserhebung
 1. Faktordiskriminierung: Der erklärende Faktor wirkt sich «diskriminierend» aus
 2. Restgrösse mit nicht beobachtbaren Faktoren zählt als Diskriminierung
- V. Würdigung einzelner Kriterien der Regressionsanalyse: Vergleich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis
 - A. Das Kriterium «Erfahrung und Dienstalter»
 - B. Das Kriterium «Ausbildung»
 - C. Qualifikationen und ausgeübte Tätigkeitsbereiche
 1. Bisherige Lohnstrukturserhebungen bis 2010
 2. Neue Erhebungsmethode des Bundes ab Lohnstrukturserhebung 2012
 - D. Leistungen, welche sich auf das Arbeitsergebnis niederschlagen
 - E. Kriterium Arbeitspensum?
- VI. Problematische Aspekte der Methodik im Lichte der Rechtsprechung
 - A. Die Kriterien widerspiegeln nur eine reduzierte Wirklichkeit
 - B. Verbot des Unternehmensvergleichs ist verletzt
 - C. Gewisse Löhne sollten nicht berücksichtigt werden
 - D. Interaktionen der einzelnen Faktoren bleiben unberücksichtigt

- VII. Rechtliche Gesamtwürdigung
 - A. Regressionsanalyse stellt keine Diskriminierung fest
 - B. Nutzen einer Regressionsanalyse?
 - C. Voraussetzung für die gültige Anwendung der Regressionsanalyse im Diskriminierungsdiskurs
- VIII. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Die Regressionsanalyse – eine statistische Methode – dient als Instrumentarium dazu, den Anteil der Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt respektive in einem Unternehmen festzustellen.¹ Doch was ist eine Regressionsanalyse? Inwiefern taugt diese Analyse zur Diskri-

CHRISTIAN MADUZ, MLaw, Konsultant, Wyss Häfeli Rechtsanwälte in Zürich, wissenschaftlicher Mitarbeiter/Projektleiter Direktion des schweizerischen Arbeitgeberverbandes.

Der Autor dankt BORIS KAISER für die hilfreichen Kommentare und Hinweise. BORIS KAISER, tätig bei B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung, ist promovierter Ökonom und hat sich in seiner Dissertation u.a. mit statistischen Methoden für Lohnanalysen auseinandergesetzt.

¹ Regressionsanalyse ist statistisch gesprochen ein sehr breit gefasster Begriff und umfasst viele verschiedene Methoden und Verfahren. Im vorliegenden Fall wird eine sogenannte log-lineare Regression verwendet, welche mit der Berechnungsmethode «Ordinary Least Squares» (OLS) durchgeführt wird. Im Folgenden wird auf diese Präzisierung aus Gründen der Einfachheit verzichtet.

minierungsfeststellung gemäss dem Gleichstellungsgesetz (GLG) und der Bundesverfassung? Und was ist die Aussagekraft einer solchen Analyse? Ohne einschlägiges, ökonomisch-statistisches Fachwissen sind die Ergebnisse jedenfalls nur schwer interpretierbar. Wenn aber ein solches Verfahren für die Feststellung einer Diskriminierung angewendet werden soll, muss dieses den Anforderungen der Rechtsprechung genügen.²

II. Der Begriff der Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann

Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann liegt dann vor, wenn der Lohnunterschied zwischen zwei Arbeitnehmenden für eine gleichwertige Tätigkeit allein aufgrund des Geschlechts zustande kommt (BV 8 Abs. 3). Diese offene Formulierung wird auch im Gleichstellungsgesetz (GLG) nicht näher erläutert. Erst das Bundesgericht konkretisiert den Lohndiskriminierungsbegriff: «Eine Lohndiskriminierung entfällt mithin, wenn die Lohn Differenz 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. (...) 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; [...]»³

Das Bundesgericht lässt somit eine Lohnungleichbehandlung zu, wenn die Fähigkeit einer Person den Wert der Arbeit beeinflusst. Folglich gilt: je höher die Leistungsfähigkeit/Produktivität, desto höher der Lohn. Diese Auslegung des Bundesgerichtes entspricht der Interpretation des SECO.⁴ Folglich ist eine Tätigkeit grundsätzlich nur «gleichwertig» (Art. 8 Abs. 3 BV), wenn eine gleiche «Produktivität» erzielt wird. Bei der Bemessung einer Lohndiskriminierung wird daher ein Produktivitätsvergleich angestrebt.

Da die Produktivität in den meisten Fällen⁵ nicht direkt messbar ist, stützen sich die Gerichte bei der Klärung der Frage von Lohndiskriminierung auf arbeitswissenschaftliche Analysen. Zum einen ist dies die analytische Arbeitsbewertung, zum anderen eine statistische Lohnanalyse (Regressionsanalyse).⁶

III. Die Regressionsanalyse zur Feststellung der Lohndiskriminierung

Im Fokus dieser Abhandlung steht die Methode der Regressionsanalyse. Der Bund selbst kennt zwei verschiedene Typen von Regressionsmodellen. Einerseits existiert das sogenannte BASS-Modell, welches im Rahmen der Lohnstrukturhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik angewendet wird.⁷ Als Ergebnis wird alle zwei Jahre der nicht-erklärbare (als diskriminierend ausgewiesene) Lohnunterschied zwischen Frau und Mann schweizweit berechnet.⁸ Andererseits bietet das eidgenössische Büro für Gleichstellung (EBG) das Modell «Logib» an, welches im öffentlichen Beschaffungswesen eingesetzt wird.

Als Basis für die weiteren Überlegungen dient das BASS-Modell, weil dieses Instrumentarium schweizweit den differenziertesten Kriterienkatalog beinhaltet und somit die wirtschaftlichen Vorgänge am ehesten widerspiegelt.

IV. Wie wird die Diskriminierung in einer Regressionsanalyse berechnet?

In der Regressionsanalyse wird versucht, zur Erklärung von Lohnunterschieden verschiedene Faktoren⁹ zu

² Vgl. BGE 124 II 409, E. 4c; BBI 1993 I 1295.

³ BGE 136 II 393 E. 11.3.

⁴ DANIEL BAUMBERGER/BERNHARD WEBER, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Tieflöhne in der Schweiz – eine Situationsanalyse, in: Die Volkswirtschaft 9–2013, 54; Abrufbar auf der Seite des SECO: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/01353/02324/05215/index.html?lang=de>.

⁵ In der Industrie ist die Produktivität von Arbeitskräften in gewissen Fällen direkt messbar.

⁶ MARIANNE SCHÄR MOSER/JÜRG BAILLOD, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung, Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern 2006, 27 f.

⁷ Vgl. dazu «Vertiefende Analysen» auf der Seite des Bundesamtes für Statistik: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_geschlecht.html; Als Basis für die weitere Abhandlung dient die Studie vom Büro für Arbeits- und sozialpolitische Studien BASS AG, Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebung 2008, Bern 2010 (zit.: BASS-Studie).

⁸ BASS-Studie (FN 7), 13; vgl. hierzu auch auf der Seite des Bundesamtes für Statistik: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_geschlecht.html.

⁹ Die Begriffe «Kriterien» und «Faktoren» sind in diesem Text als Synonyme zu verstehen.

berücksichtigen,¹⁰ welche lohnrelevant sind. Es sind dies Faktoren, die bereits in der Lohnstrukturerhebung erfasst sind und aus ökonomischen und/oder statistischen Gesichtspunkten als Einflussfaktoren in Bezug auf die Lohnfestlegung gelten.¹¹

Die getroffene Auswahl gilt in einem Regressionsmodell automatisch als abschliessend. Dies hat zur Folge, dass weitere potentiell erklärende Faktoren/Kriterien nicht berücksichtigt werden,¹² die damit zwangsläufig dem nicht erklärbaren Teil des Lohnunterschieds zugerechnet werden. Dieser wird sodann von den Bundesbehörden als «diskriminierend» ausgewiesen.¹³

A. Der «erklärbare Teil» in der Regressionsanalyse der Lohnstrukturerhebung

Die Faktoren des erklärbaren Teils lassen sich summarisch in fünf Hauptkategorien einteilen:¹⁴

- a) Persönliche Qualifikationsmerkmale (Humankapital)¹⁵;
- b) Weitere persönliche Merkmale, wie Zivilstand oder Nationalität;
- c) Arbeitsplatzbezogene Merkmale wie die berufliche Stellung (Kaderfunktion), Anforderungsniveau der ausgeübten Tätigkeit und der effektive Tätigkeitsbereich;
- d) Unternehmensspezifische Merkmale: Firmengrösse, Branche und Regionen;
- e) Arbeitspensum und Entlohnung: Beschäftigungsgrad, Lohnart, Lohnvereinbarung, Lohnform und zusätzliche Lohnbestandteile.

Die statistische Erklärung der Löhne stützt sich auf diese fünf Kategorien sowie auf eine Restgrösse von nicht beobachtbaren Einflussfaktoren. Faktoren, welche in dieser Auflistung fehlen, bleiben also unberücksichtigt. Die

BASS-Studie weist daher explizit darauf hin, dass die Lohnstrukturerhebung weitere Faktoren wie die effektive Erwerbserfahrung, Weiterbildungen oder betriebsinterne Funktionen *nicht erfasst*.¹⁶

B. Der «nicht-erklärbare Teil» in der Regressionsanalyse der Lohnstrukturerhebung

Der nicht-erklärbare Teil, der in der BASS-Studie als diskriminierend interpretiert wird, kommt entweder durch Faktordiskriminierung oder durch die Restgrösse von nicht beobachtbaren Einflussfaktoren zustande.

1. Faktordiskriminierung: Der erklärende Faktor wirkt sich «diskriminierend» aus

Gemäss den Ergebnissen der Lohnregressionen steigt der Lohn beispielsweise pro Altersjahr¹⁷ um einen gewissen Prozentsatz.¹⁸ Wenn nun der Lohn pro Lebensjahr bei einer Frau weniger ansteigt als bei einem vergleichbaren Mann, so wird – problematischerweise¹⁹ – auf Diskriminierung geschlossen. In der BASS-Studie zur Lohnstrukturerhebung 2008 sind 66 Prozent der «Lohndiskriminierung» auf den erklärenden Faktor «Alter» zurückzuführen.²⁰

2. Restgrösse mit nicht beobachtbaren Faktoren zählt als Diskriminierung

Nicht beobachtbare Faktoren werden in der BASS-Methode zum nicht-erklärbaren Lohnunterschied gerechnet und somit automatisch als diskriminierend ausgelegt. Bleiben massgebende Faktoren unberücksichtigt, so verzerrt dies die «diskriminierende Restgrösse» – sie fällt zu gross aus.

Sollte sich beispielsweise herausstellen, dass Männer im Schnitt in wertschöpfungsintensiveren (und damit in produktiveren) Firmen arbeiten, die höhere Löhne entrichten, so würde die Berücksichtigung dieses Umstandes die Restgrösse reduzieren und mit ihr den diskriminierenden Anteil des Lohnunterschieds. Die «diskriminierende»

¹⁰ BASS-Studie, Tabelle 30, S. 81 f. enthält den gesamten Katalog an berücksichtigten Kriterien des BASS-Modells.

¹¹ Vgl. dazu SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 6), 61 ff.

¹² Vgl. dazu BASS-Studie (FN 7), 10 und ansatzweise SCHÄR MOSER/BAILLOD (FN 6), 61 f.

¹³ Vgl. statt vieler Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG/Bundesamt für Statistik BFS, Auf dem Weg zur Lohngleichheit!, Tatsachen und Trends, Bern 2013, 10 ff.; BASS-Studie (FN 7), 10.

¹⁴ BASS-Studie (FN 7), 13; Die Auflistung aller Einzelkriterien: BASS-Studie (FN 7), Tabelle 30, 81 f.

¹⁵ Dies sind die qualifikationsbezogenen Merkmale, welche der Arbeitnehmer mitbringt. Damit kann indirekt seine Leistungsfähigkeit bemessen werden. Unter die Qualifikationsmerkmale fallen die höchste abgeschlossene Ausbildung (Lehrabschluss, Fachhochschulabschluss, höhere Berufsbildung, universitärer Abschluss) sowie Alter und Dienstjahre stellvertretend für die Berufserfahrung.

¹⁶ BASS-Studie (FN 7), Fn. 28.

¹⁷ Alter (Lebensjahre) wird stellvertretend für die Berufserfahrung genommen.

¹⁸ Dabei wird berücksichtigt, dass dieser Prozentsatz mit zunehmendem Alter abnehmen kann.

¹⁹ Allfällige Erwerbsunterbrüche bleiben hierbei unberücksichtigt, vgl. dazu BASS-Studie (FN 7), Fn. 30.

²⁰ BASS-Studie (FN 7), S. 56 und Tabelle 22, S. 55.

Restgrösse würde sich, nachfolgend stark vereinfacht, beispielsweise wie folgt verhalten:

Von 100 % Lohnunterschied = 20 % Erfahrung + 40 % Ausbildung + 40 % Restgrösse von nicht beobachtbaren Faktoren (Interpretation: 40 Prozent Diskriminierung)

Von 100 % Lohnunterschied = 20 % Erfahrung + 40 % Ausbildung + 20 % leistungsfähiges Unternehmen + 20 % Restgrösse von nicht beobachtbaren Faktoren (Interpretation: 20 Prozent Diskriminierung)

In diesem Beispiel würde sich der nicht-erklärbare Lohnunterschied um den Anteil mindern, der auf die Beschäftigung in einem leistungsfähigeren Unternehmen zurückzuführen ist.

Sowohl die falsche Faktorenwahl als auch die Nichtberücksichtigung von Faktoren können zu einem Anwachsen des nicht-erklärbaren Lohnunterschieds führen. Obwohl die Kriterien/Faktoren den Anspruch haben, vollständig und abschliessend zu sein, ist der Bezeichnung «Diskriminierung» kritisch zu begegnen. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass die untersuchten Kriterien nicht alle relevanten Einflussfaktoren umfassen. Zu prüfen ist daher, inwiefern die Wahl der Kriterien mit den Vorgaben des Bundesgerichtes übereinstimmen. In einem weiteren Schritt muss zudem untersucht werden, ob die Regressionsanalyse, also die Methode selbst, den Ansprüchen des Bundesgerichtes genügt.

V. Würdigung einzelner Kriterien der Regressionsanalyse: Vergleich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Das Bundesgericht lässt zur Bestimmung von Lohndifferenzen primär nur Kriterien zu, welche den Wert der Arbeit positiv beeinflussen.²¹ Dazu zählen Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, und Risiken. Eine Diskriminierungsanalyse, welche diese Faktoren nicht berücksichtigt, ist gemäss dem heutigen Stand rechtswidrig.²²

Im Folgenden wird daher geprüft, ob die Kriterien der Regressionsanalyse die einzelnen Kriterien des Bundesgerichtes spiegeln.

A. Das Kriterium «Erfahrung und Dienstalter»

Wie viel jemand verdient, ist im Wesentlichen von Fähigkeiten, Wissen und Erfahrung abhängig. Gemäss der ökonomischen Humankapital-Theorie hängt der Lohn der Arbeitenden im Wesentlichen von deren indirekten Arbeitsproduktivität ab.²³

Aus Datenerhebungsgründen ist es jedoch nicht möglich, die generelle Berufserfahrung als Faktor zu berücksichtigen – die Lohnstrukturerhebung erfasst die effektive Erfahrung nicht. Stellvertretend soll das Lebensalter die allgemeine Lebenserfahrung und indirekt auch die Summe der potenziell gesammelten Erfahrungen im Arbeitsmarkt widerspiegeln.²⁴ Problematisch ist, dass dabei allfällige Erwerbsunterbrüche nicht berücksichtigt werden. Und gerade davon sind Frauen stärker betroffen als Männer.²⁵ Die Nichtberücksichtigung der Berufserfahrung hat damit den Effekt, dass die ausgewiesene Lohndiskriminierung höher ausfällt, als es der Wirklichkeit entspricht.

Die Situation wird dadurch als entschärft erachtet, dass die Dienstjahre die effektive Erwerbserfahrung widerspiegeln.²⁶ Das Bundesgericht zählt die Dienstjahre jedoch alternativ zur Berufserfahrung auf. Die Dienstjahre werden zudem bei einem Stellenwechsel hinfällig. Dies kann zu unbilligen Ergebnissen führen.²⁷ Man kommt daher nicht umhin, den Begriff der Berufserfahrung genauer zu erläutern.²⁸

Fazit: Das Lebensalter widerspiegelt die effektive Berufserfahrung ungenügend. Die Dienstjahre sind wiederum alternativ zu den effektiven Erfahrungen zu verwenden und berücksichtigen allfällige Stellenwechsel nicht.

B. Das Kriterium «Ausbildung»

Die Ausbildung hat nachweislich einen erheblichen Einfluss auf die Entlohnung. Je höher die Ausbildung, des-

²¹ BGE 136 II 393 E. 11.3.

²² Bundesgericht gilt als massgebendes Organ: BBI 1993 I 1295; BGE 124 II 409, E. 4c; vgl. auch CHRISTIAN MADUZ, Urteilsbesprechung in ARV 2014, 178 ff.

²³ BASS Studie (FN 7), S. 20.

²⁴ BASS-Studie (FN 7), S. 20 und Fn. 15.

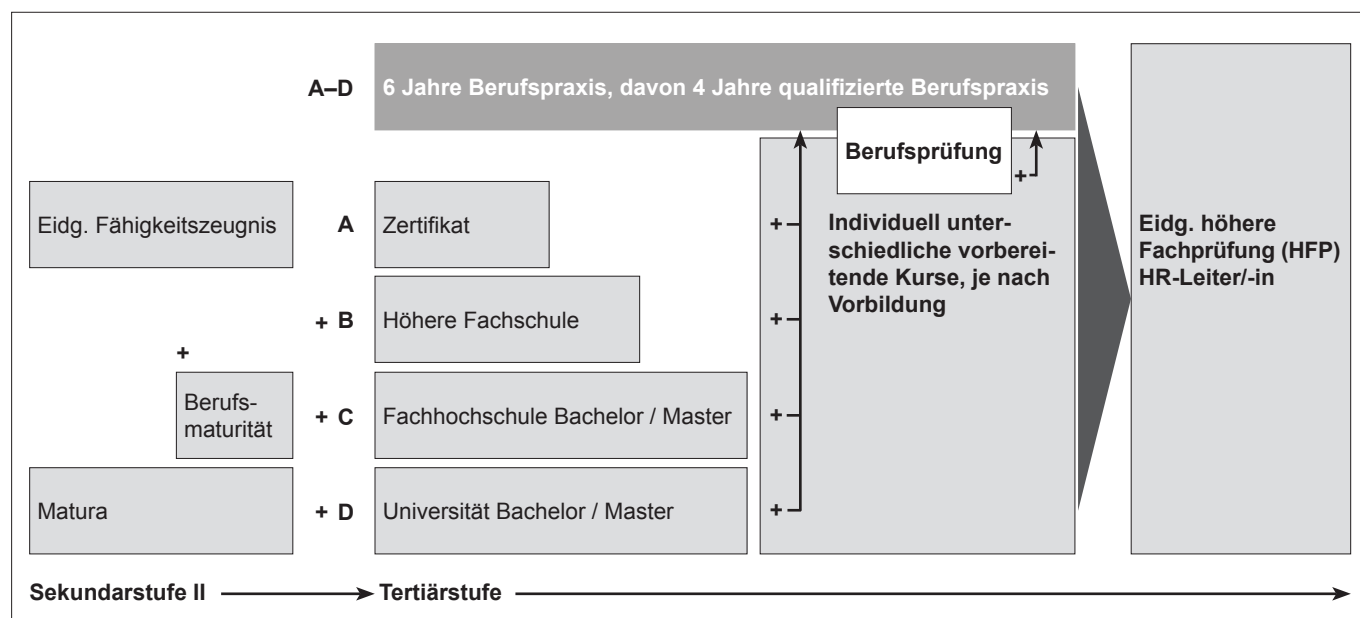
²⁵ BASS-Studie (FN 7), S. 56 und Fn. 30.

²⁶ BASS-Studie (FN 7), Fn. 30.

²⁷ Bei sonst identischen Eigenschaften müsste eine 45-jährige Person mit 20 Jahren Berufserfahrung bei einem Stellenwechsel den gleichen Lohn erhalten wie ein 45-jähriger Neueinsteiger, welcher die letzten 20 Jahre mehrheitlich auf Reisen war – weil das Alter stellvertretend für die Berufserfahrung genommen wird und die Dienstjahre bei einem Stellenwechsel dahinfallen. Ein Lohnunterschied würde als diskriminierend gewertet.

²⁸ Einen Anhaltspunkt könnte das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) geben. Die Berufserfahrung wird dort im Zusammenhang mit der Bewilligung von Berufs- und höheren Fachprüfungsverordnungen verwendet.

Unterschiedliche Bildungswege (A–D) zur höheren Fachprüfung (am Beispiel HR-Leiter/-in)



A, B, C, D = Bildungsprofile der Kandidaten und Kandidatinnen: Der Übergang in die höhere Berufsbildung erfolgt von allen Stufen, auch von den Hochschulen

(Quelle: Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT, vgl. FN 30)

to höher der Lohn.²⁹ Berücksichtigt werden aber nur die formalen Ausbildungsgänge.³⁰ Unberücksichtigt bleiben, nebst den anderen Weiterbildungsformen, der effektive Studiengang sowie die heterogenen Verhältnisse in der höheren Berufsbildung. Bis zur LSE 2008 wurde sogar die Fachhochschule mit dem Bildungsgang der höheren Fachschule vermengt.³¹ Ab der LSE 2010 wird die höhere Fachschule in die höhere Berufsbildung subsumiert.³² Die Berufsprüfungen und die anspruchsvolleren höheren Fachprüfungen zählten dagegen von Beginn an undifferenziert zur höheren Berufsbildung. Hierbei bleiben jedoch die unterschiedlichen Voraussetzungen und Anforderungen einer konkreten höheren Berufsausbildung unberücksichtigt. Als höchste Ausbildung gilt ein universitäres Studium. Die höhere Berufsbildung ist aber keine

typisch formale, staatliche Ausbildung, sondern als eine erweiterte Ausbildung zu sehen, wie dies das Beispiel des HR-Leiters zeigt (vgl. voranstehende Abbildung).³³

Die höhere Berufsausbildung weist eine grosse Heterogenität bezüglich Inhalten, Voraussetzungen, Anforderungen und Dauer auf. Die Ausbildungen reichen von Floristen-, Coiffeur- oder Fotofachlehren mit eidgenössischem Fachausweis bis zum Baumeister, Finanz- und Anlageexperten, eidgenössischen Steuerexperten und Wirtschaftsprüfer mit Diplom. Dass diese höhere Berufsbildungen nicht den gleichen Lohn (bei sonst gleichen Eigenschaften) nach sich ziehen, liegt auf der Hand.

Die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers verlangt verschiedene qualifizierte Anforderungen und eine *höhere Fachprüfung*,³⁴ dagegen genügt für Coiffeure mit Fach-

²⁹ BASS-Studie (FN 7), S. 23.

³⁰ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/07/key/blank/uebersicht.html>.

³¹ FORS (swiss foundation for research in social science), Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) – zweijährliche Erhebung 2008, Codebook, Beschreibung der Mikrodaten, 2011: http://compass-data.unil.ch/ESS-Dokumentation/LSE-ESS_2008-de.pdf, S. 13.

³² FORS, LSE – zweijährliche Erhebung 2010, Codebook, Beschreibung der Mikrodaten, 2013: <http://forscenter.ch/wp-content/uploads/2013/11/ESS-LSE-Codebook-2010-de.pdf>, (zit.: LSE-Codebook), S. 12.

³³ Beispiel aus: Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT), Die höhere Berufsbildung 2011 – Fakten und Zahlen, Bern 2011, 11; abrufbar unter: http://www.sbfi.admin.ch/jdbb/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDeYJ6fmym162epYbg2c_JjKbNoKS6A--.

³⁴ Prüfungsordnung über die Höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüferinnen und Wirtschaftsprüfer vom 23. Mrz. 2009, Treuhandkammer, Ziff. 3.3.

ausweis grundsätzlich die Lehre³⁵ zusammen mit Praxiserfahrung und der Absolvierung einer *Berufsprüfung*.³⁶ Die Anforderungen an einen Wirtschaftsprüfer unterscheiden sich dabei wesentlich von einem Coiffeur mit Fachausweis allein schon deshalb, weil die Berufsprüfung hierarchisch unterhalb der höheren Fachprüfung steht.

Die Berücksichtigung der unterschiedlichen höheren Berufsbildungen erfolgt daher ungenügend. Einfache Berufsprüfungen werden «aufgewertet». Dagegen werden anspruchsvollere höhere Berufsbildungen wie Baumeister, Wirtschaftsprüfer oder Steuerexperte «abgewertet». Diese qualifizierten höheren Berufsbildungen bleiben auf dem Niveau «Universität» stehen. Dabei haben Berufsausbildungen einen merklich höheren Einfluss auf den Lohn als jeder andere formale Bildungsgang.³⁷

Fazit: Das Zusammenspiel der höheren Berufsbildung mit den anderen formalen Ausbildungen ist mit Blick auf die Entlohnung zu wenig ausgereift und entspricht nicht den Verhältnissen, wie sie der Bildungsbericht Schweiz (2014) skizziert. Auch wird den einzelnen schweizerischen Aus- und Weiterbildungsverhältnissen zu wenig Rechnung getragen. Eine genauere Analyse und Verbesserung ist auch im Aspekt der Ausbildung zu überprüfen.

C. Qualifikationen und ausgeübte Tätigkeitsbereiche

1. Bisherige Lohnstrukturerhebungen bis 2010

Zu den weiteren Qualifikationen können unter anderem alle weiteren erworbenen Fähigkeitszeugnisse im Sprach- oder Weiterbildungsbereich (CAS, MAS etc.) sowie die Arbeitszeugnisse und Referenzen der ehemaligen Arbeitgeber zählen.

Alle diese weitergehenden Qualifikationen werden in der Lohnstrukturerhebung nicht direkt erfasst. Das Problem wird dadurch entschärft, dass diese Qualifikationen über die Funktion (Kaderstellung) und das Anforderungsprofil berücksichtigt werden. Diese indirekte Bemessung hat jedoch zwei wesentliche Schwachstellen: Zum einen ist die Unterscheidung der Anforderungsniveaus mit lediglich vier Stufen zu grob und die Kaderstellung mit fünf Hierarchiestufen zu undifferenziert.³⁸ Zum anderen fallen

Personen, die für eine Tätigkeit unterqualifiziert sind und daher weniger Lohn erhalten – unter anderem auch wegen der eben beschriebenen zu groben Einteilung – in die gleiche Kategorie wie Personen, die besser qualifiziert sind und somit mehr Lohn bekommen. Auch denkbar ist, dass eine Person Qualifikationen hat, die sich für bestimmte Situationen als äusserst hilfreich erweisen, obschon sie ursprünglich nicht gefragt waren. Dadurch resultiert allenfalls ein – gemäss der BASS-Methode unzulässig – höherer Lohn.³⁹

2. Neue Erhebungsmethode des Bundes ab Lohnstrukturerhebung 2012

Seit der Lohnstrukturerhebung 2012 werden die ausgeübten Berufe klassifiziert.⁴⁰ Durch dieses komplexe System werden die einzelnen Berufskategorien automatisiert erfasst und einer entsprechenden Anforderungsstufe zugeordnet. Zudem gewinnt die Lohnstrukturerhebung durch einen viel differenzierteren Katalog von Berufsarten an zusätzlicher Aussagekraft. Ein kleiner Nachteil ist, dass innerhalb der einzelnen Berufskategorie die konkrete Anforderung nicht mehr unterschieden werden kann. So könnte die Anforderung an einen einfachen Juristen innerhalb eines Unternehmens immer noch stark variieren, was zuvor durch die – auch problematische⁴¹ – subjektive Einteilung durch das Unternehmen selbst berücksichtigt werden konnte.

kenntnisse vorausgesetzt, 3. selbständiges und qualifiziertes Arbeiten, 4. höchst anspruchsvolle und schwierigste Arbeiten; bei den fünf Kaderstufen ergeben sich Probleme beispielsweise bei der Einordnung des Projektleiters oder beim Vergleich von verschiedenen Unterbereichen des Unternehmens.

³⁹ Wenn beispielsweise in einer internationalen Kanzlei eine Anwältin/ein Anwalt bei ansonsten gleichen Voraussetzungen zusätzliche Sprachen beherrscht und dadurch zusätzliche Mandate betreuen kann, so hat dies im konkreten Beispiel einen erheblichen Einfluss auf die Produktivität. Aber: Für den Deutschlehrer auf Primarstufe sind zusätzliche Sprachen irrelevant. Dies lässt sich statistisch aber relativ schwer erfassen, da die Ausrichtung eines Unternehmens und auch das konkrete Tätigkeitsumfeld eine massgebende Rolle spielen.

⁴⁰ http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/erhebungen_quellen/blank/blank/sle/12.html; vgl. auch <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/nomenklaturen/blank/blank/isco08/01.html> und Amtsblatt der Europäischen Union 2009/824/EG.

⁴¹ Die Vergleichbarkeit kann durch die subjektive Wahl verzerrt werden.

³⁵ <http://www.berufsberatung.ch/dyn/1199.aspx?data=requirement&id=3037&highlighted=COIFFEUR>;

³⁶ Prüfungsordnung über die Berufsprüfung für Coiffeusen/Coiffeure vom 10. Mai 2014, coiffuresuisse, Ziff. 3.31.

³⁷ Berufsbildung Schweiz, Schweizerische Koordinationsstelle für Bildungsforschung, 2014, 260 f.

³⁸ LSE-Codebook (FN 32), 13 und 20; Bsp. vier Anforderungsniveaus: 1. einfache, repetitive Tätigkeiten, 2. Berufs- und Fach-

D. Leistungen, welche sich auf das Arbeitsergebnis niederschlagen

Diesen Bereich statistisch zu erfassen, dürfte sich als äusserst schwierig erweisen. Hier zeigt sich die Vielfalt des Erwerbslebens. Im Gegensatz zu Alter und höchstem Abschluss lässt sich dieser Faktor nicht einfach in ein Schema pressen. Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten, diese Leistungen – indirekt – zu erfassen. Indikatoren können regelmässige Lohnerhöhungen oder Auszahlungen von separaten Leistungen wie Gratifikationen/Sonderzahlungen, Zuschlägen, Provisionsanteilen sein. Lohnerhöhungen werden aufgrund der Erhebungsschwierigkeiten nicht erfasst. Dagegen werden separate Leistungen erhoben.

E. Kriterium Arbeitspensum?

Im BASS-Modell wird das Arbeitspensum auch als Faktor zur Erklärung von Lohnunterschieden erfasst. Das Bundesgericht dagegen wertet die unterschiedlichen Arbeitspensum als nicht objektiv begründbares Kriterium. Vielmehr darf die Teilzeitarbeit gemäss Bundesgericht zu keinem Lohnunterschied führen, weil statistisch belegbar sei, dass Frauen anteilmässig viel häufiger davon betroffen seien. Weiter gelte in der juristischen Literatur die Schlechterzahlung von Teilzeitangestellten als Paradebeispiel für Diskriminierung.⁴²

Jedoch ist ebenso anerkannt, dass Teilzeitstellen Mehrkosten verursachen können⁴³ und damit einen Einfluss auf die finanzielle Produktivität respektive auf den Wert der Arbeit haben. Zudem sind Männer von der schlechteren Entlohnung bei Teilzeitstellen sogar stärker betroffen als Frauen.⁴⁴

Bei einer Teilzeitstelle handelt es sich klassisch um eine Arbeitsbedingung neben vielen anderen.⁴⁵ Wenn die

Arbeitnehmenden die Möglichkeit haben, zwischen verschiedenen Arbeitszeitpensum zu wählen, sollte es dem Unternehmen möglich sein, die dadurch anfallenden Kosten bei der Lohnfestsetzung zu berücksichtigen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass ein Unternehmen auf einem freien Markt nur noch die rentablen Arbeitsmodelle anbieten könnte sowie in wirtschaftlich schwierigen Situationen die – durch die verschiedenen Arbeitsmodelle bedingten – Mehrkosten einsparen, deshalb entsprechende Restrukturierungen vornehmen und Teilzeitanstellungen abschaffen müsste.

Schliesslich muss mitberücksichtigt werden, dass die Schweiz kein abgeschottetes Wirtschaftssystem darstellt. Unternehmensverlagerungen ins Ausland aufgrund hoher Produktionskosten (insbesondere wegen hoher Löhne) sind bereits heute Realität.⁴⁶

Die Tatsache, dass Teilzeitarbeit einen bewussten Entscheid der betroffenen Person voraussetzt und dass die Rechtsprechung im Grundsatz alle Faktoren berücksichtigt, die den Wert der Arbeit beeinflussen, spricht für die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung. Zurzeit gilt aber eine solche Würdigung als diskriminierend.

Fazit: Die Berücksichtigung von Teilzeitarbeit im BASS-Modell ist grundsätzlich zu befürworten.

VI. Problematische Aspekte der Methodik im Lichte der Rechtsprechung

Mit der Regressionsanalyse wird versucht, die Wirtschaft in Zahlen zu fassen. Das Abbild ist jedoch nur so gut, wie die Informationen sind, mit denen das Analysesystem gefüttert wird. Die Analyse ist eine statische Bestandsaufnahme und reduziert diese auf Durchschnittswerte. Damit eine solch umfangreiche Untersuchung wie die Lohnstrukturerhebung überhaupt durchgeführt werden kann, werden also nur reduzierte und überschaubare Daten erhoben. Diese Vorgehensweise hat auf die rechtliche Aussagekraft einen wesentlichen Einfluss.

⁴² BGE 124 II 436, E. 8 d) aa).

⁴³ SECO, KMU-Handbuch Beruf und Familie, Bern 2007, 26 f.: «Die finanziellen Konsequenzen hängen im Übrigen von der konkreten Situation ab und bleiben für den Betrieb steuerbar. Je nach Ausgangssituation kann die Einführung von Teilzeitarbeit fast kostenneutral erfolgen. Falls für die Teilzeitmitarbeitenden eigene Arbeitsplätze mit entsprechenden Infrastrukturkosten nötig sind, sieht die Rechnung anders aus. Wenn für das gleiche Arbeitsvolumen mehr Mitarbeitende beschäftigt sind, steigen alle Kosten, die linear von der Beschäftigtenzahl abhängen, wie jene für Personaladministration, Einsatzplanung, Teamsitzungen interne Weiterbildungen oder Firmenanlässe».

⁴⁴ Kanton Zürich, Statistisches Amt, statistik.info 2011/02, 8; http://www.ffg.zh.ch/internet/justiz_innere/ffg/de/erwerbsleben/projekte_veroeffentlichungen/lohnstudie_stat_amt_2011.html

⁴⁵ Vgl. grosse Auswahl an Variationsmöglichkeiten der Arbeitsbedingungen: Arbeitgeberin Bundesverwaltung, http://www.epa.admin.ch/themen/arbeit/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp610NTU04212Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDd3t9fGym162epYbg2c_JjKbNoKS6A--.

⁴⁶ Als konkretes Beispiel: Basler Zeitung, «Es geht uns um eine Margenverbesserung», 25. November 2014, 3; vgl. weiter NZZ, Schleichende Firmenabgänge, 29. Oktober 2014, 21; NZZ, Das weniger Sichtbare ist beunruhigender, 4. April 2014, 24.

A. Die Kriterien widerspiegeln nur eine reduzierte Wirklichkeit

Wie beispielsweise bereits vorne das Kapitel IV. C. «Qualifikation» zeigt, ist eine Feineinteilung der konkreten Funktionen nicht möglich. Auch wird die Berufsbildung zu wenig differenziert betrachtet. Weiter wird angenommen, dass die Erfahrung durch den Faktor «Alter» mit jedem Jahr steigt, unabhängig davon, ob jemand effektiv gearbeitet hat oder nicht. Zwar mögen solche Vereinfachungen für die Implementierung von statistischen Methoden nötig sein. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass dadurch stets viele Informationen verloren gehen und dadurch pauschalisierte Aussagen entstehen.

Am deutlichsten tritt dies bei der Unterteilung der Tätigkeitsbereiche zutage: Durch die pauschale Bezeichnung «Tätigkeiten im Baugewerbe» werden verschiedene Berufe wie Bauarbeiter, Maler, Gipser oder Maurer zusammengefasst. Dass diese aber nicht direkt miteinander verglichen werden können, liegt auf der Hand. Durch die neue Einteilung der Berufskategorien ab der Lohnstrukturerhebung 2012 wird diese Problematik weitgehend entschärft.

Auch die Kriterien in Bezug auf Unternehmen werden primär auf ihre Grösse oder Tätigkeitsbereiche abgestellt. Das massgebende Kriterium «Wertschöpfung», welches für die ausbezahlte Lohnhöhe zentral ist,⁴⁷ wird beispielsweise aber nicht erfasst.

Fazit: Die Regressionsanalyse gibt nur ein reduziertes und summarisches Bild der Zusammenhänge. Die Komplexität der Lohnunterschiede wird dabei nicht berücksichtigt.

Exkurs: Besonderheiten im Modell Logib

Obschon das Logib-Modell nur einzelne Unternehmen überprüft und somit keine unzulässigen Unternehmensvergleiche vornimmt, wird durch die Nichtbeachtung der konkreten Tätigkeiten ein wesentlicher Teil der Produktivität nicht berücksichtigt und damit ein Gleichwertigkeitsvergleich verunmöglicht. Vergleiche sind nur mittels der vier Anforderungsstufen und der fünf Kaderstufen möglich. Weiter fällt das Logib-Modell mit einer sehr beschränkten und einfachen Berechnungsmethode hinsichtlich Ausbildung und Erfahrung auf. Diese Vereinfachungen werden vorgenommen, um das Modell auch auf einzelne Unternehmen anwenden zu können. Dies macht es zusehends schwierig, eine qualifizierte Aussage über

den Diskriminierungsanteil zu machen.⁴⁸ Interessanterweise sind hier zudem die höheren Berufsbildungsabschlüsse generell mit weniger Ausbildungsjahren verknüpft als universitäre Abschlüsse.⁴⁹

B. Verbot des Unternehmensvergleichs ist verletzt

Die beschränkte Kriterienauswahl hat auch auf anderer Ebene Folgen. Die Löhne werden gesamtheitlich miteinander verglichen. Sprich: Es kommt nicht mehr darauf an, in welchem konkreten Unternehmen und mit welcher Ausrichtung eine Person tätig ist. Somit werden unternehmensübergreifende Vergleiche angestellt.

Dies steht entgegen dem vom Bundesgericht statuierten Grundsatz, dass die Werte von vergleichbaren Tätigkeiten bei ein und demselben Arbeitgeber erhoben werden müssen, weil man – von besonderen Umständen abgesehen – nicht verschiedene Unternehmen, Gemeinden oder Kantone miteinander vergleichen kann, die alle ihre ganz individuellen Lohnsysteme haben.⁵⁰

C. Gewisse Löhne sollten nicht berücksichtigt werden

Das gängige Regressionsverfahren der BASS-Methode berücksichtigt nur unzureichend, dass manchen Arbeitnehmern keine (oder nur sehr wenige) Arbeitnehmerinnen mit gleichen Berufen, Qualifikationen und sonstigen Eigenschaften gegenübergestellt werden können. Zur Veranschaulichung der Problematik ein hypothetisches Beispiel:

Die Löhne der Baumeister fliessen in die Lohnunterschieds-Analyse ein, selbst wenn der gesamte Datensatz keine Baumeisterin enthält. Umgekehrt fliessen Floristinnen in die Analyse ein, auch wenn die Lohnstrukturerhebung keinen einzigen Floristen erfasst hat. Diese Berufskategorien arbeiten in der Regel in unterschiedlichen Unternehmen und sind auch mit Blick auf die konkrete Tätigkeit so unterschiedlich, dass ein tätigkeitsübergreifender Vergleich nicht sinnvoll erscheint. Es sollten also nur Personen in die Analyse einfließen, die sinnvoll mit Personen des anderen Geschlechts verglichen werden

⁴⁷ WOLFGANG WEBER/RÜDIGER KABST, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 7. A., Wiesbaden 2009, 377; so gilt die Wertschöpfung des Unternehmens als Quelle der Löhne und Gehälter (Einkommen der Arbeitnehmer).

⁴⁸ Vgl. dazu NZZ am Sonntag, Leistung soll den Lohn bestimmen, 1. Februar 2015, 95.

⁴⁹ EDI/EBG, Methodisches Vorgehen zur Überprüfung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes, Bern 2014, Fn. 6.

⁵⁰ BGE 130 III 145, E. 3.1.2 = Pra 93 (2004) Nr. 132, E. 3.1.2.

können. Die Gleichwertigkeitsüberprüfung wird dadurch beziehungsweise aufgrund der Datenlücken verzerrt.

Es existieren jedoch neuere statistische Methoden, welche diesem Umstand Rechnung tragen können.⁵¹ Entsprechend müsste ein solches Verfahren künftig berücksichtigt werden.

D. Interaktionen der einzelnen Faktoren bleiben unberücksichtigt

Ein weiterer problematischer Aspekt ist, dass im BASS-Modell der Lohn effekt eines Einflussfaktors A nicht von der Höhe oder dem Wert des Einflussfaktors B abhängig ist.

Es ist zum Beispiel denkbar, dass der Lohn effekt eines zusätzlichen Jahres Berufserfahrung zwischen Schweizern und Ausländern variiert. Dies würde durch einen Interaktionsterm der beiden Variablen im Modell abgebildet. Im BASS-Modell sind solche Interaktionseffekte allerdings nicht berücksichtigt.

Der Effekt der Berufserfahrung auf den Lohn könnte bei den ausländischen Männern kleiner sein als bei den Schweizer Männern. Durch die Gleichbehandlung könnte dieser Umstand zu einer Verzerrung der Berechnungen führen.

VII. Rechtliche Gesamtwürdigung

A. Regressionsanalyse stellt keine Diskriminierung fest

Wie dargelegt wurde, handelt es sich bei den behandelten Regressionsanalysen um relativ grobe und summarische Methoden, bei deren Anwendung viele Detailinformationen nicht miteinfließen. Zudem unterscheidet sich die Kriterienauswahl des BASS- und Logib-Modells teilweise erheblich von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Diese Umstände können dazu führen, dass eine wesentliche Grösse des nicht-erklärbaren Teils nicht beobachtbare Faktoren darstellen, welche aber keine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG sind. Aufgrund dieser Unsicherheit kann die Regressionsanalyse für sich alleine keine Diskriminierung feststellen. Denn in der Frage, ob eine vorgenommene Wertung eine rechtswidrige Ungleichbehandlung darstellt, bleibt eine Rechtsfrage, welche nicht

allein vom Fachexperten, sondern letztendlich durch das Gericht in einer Gesamtwürdigung zu beantworten ist.⁵²

B. Nutzen einer Regressionsanalyse?

Auch wenn die Feststellung einer Lohndiskriminierung mit der Regressionsanalyse nicht möglich ist, so kann sie, richtig interpretiert, wichtige Hinweise liefern. Wenn beispielsweise die Regressionsanalyse zum Ergebnis gelangt, dass der Lohnunterschied «erklärbar» ist, so ist eine diskriminierungsfreie Lohnpolitik nachgewiesen. Für den Nachweis einer diskriminierungsfreien Lohnpolitik sind aber auch andere Verfahren – wie beispielsweise direkte Funktionsvergleiche – denkbar, welche nicht auf einer Regressionsanalyse basieren. Das Bundesgericht lässt sodann auch unterschiedliche Bewertungsverfahren und -kriterien zu, weil das Diskriminierungsverbot keine «richtige» Lösung vorschreibt.⁵³ Je nach Ausrichtung des Unternehmens können andere Kriterien massgebend sein. Auch können in Unternehmen unterschiedliche Werthierarchien bestehen, was das Bundesgericht grundsätzlich als zulässig erachtet.⁵⁴ Aufgrund dieser Ausgangslage ist ein einheitliches Prüfungsraster auf Basis einer Regressionsanalyse derzeit nicht möglich.

C. Voraussetzung für die gültige Anwendung der Regressionsanalyse im Diskriminierungsdiskurs

Das Bundesgericht leitet die objektiven Kriterien für eine gültige Lohnungleichbehandlung direkt von der Verfassung und dem Gleichstellungsgesetz ab. Daher muss entweder das Parlament die Gesetze anpassen oder das Bundesgericht seine Rechtsprechung ändern, damit die Regressionsanalyse eine verbindliche Lohndiskriminierung feststellen kann. Denn eine Regressionsanalyse kann nur dann rechtsverbindlich eine Lohndiskriminierung im Sinne des Art. 3 GIG feststellen, wenn *ein abschliessender Katalog* an objektiv begründbaren Kriterien für eine Lohnungleichbehandlung besteht.⁵⁵ Einzig auf diese Weise ist gewährleistet, dass die weiteren, potentiell lohn-

⁵¹ HUGO ÑOPO, Matching as a tool to decompose wage gaps, The review of economics and statistics, 2008, 90(2), 290–299.

⁵² BGE 124 II 409, E. 4c.

⁵³ BGE 125 II 530, E. 5b.

⁵⁴ BGE 131 II 393, E. 6.4.

⁵⁵ Wichtig ist hierbei, dass die Auswahl der objektiven Kriterien auch statistisch gut messbar sind (vgl. dazu SCHÄR MOSER/BAILLOD [FN 6], 63 f.). Ansonsten besteht erneut die Gefahr einer Divergenz zwischen der Regressionsanalyse und der Rechtsprechung. Beispielsweise muss als objektives Kriterium direkt «Alter» oder «Berufsjahre» statt «Berufserfahrung» gewählt werden, da es ansonsten zu den in Kap. IV beschriebenen Problemen kommt.

relevanten Kriterien (ausgewiesen als nicht-erklärbarer Teil der Regressionsanalyse) im Sinne des Gleichstellungsgesetzes als diskriminierend gelten. In allen anderen Lösungsmöglichkeiten bestünde die Gefahr, dass die Rechtsprechung und das Ergebnis der Regressionsanalyse immer zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Bevor aber entsprechende Anpassungen nicht erfolgt sind, verletzen die Modelle BASS und Logib als Instrumente zur Feststellung der Lohndiskriminierung grundsätzlich Bundesrecht, da sie dem Anforderungskatalog des Bundesgerichtes nicht genügen.

VIII. Schlussbetrachtung

«Lohndiskriminierung», «Gleichwertigkeit», «objektive Kriterien», diese Begriffe werden unterschiedlich interpretiert und verwendet. Vielfach fehlt es zwischen den Verwaltungsorganen untereinander (bei der Auslegung einzelner objektiver Kriterien) sowie im Verhältnis zum Bundesgericht an einer koordinierten Begriffsauslegung. Dies führt dazu, dass in verschiedenen Kontexten von Lohndiskriminierung gesprochen wird, obschon eine solche gar nicht vorliegt. Als ungefähre⁵⁶ Richtwert kann eine Lohndiskriminierung vermutet werden, wenn sich die Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern nicht auf die Produktivität stützt. Die Überprüfungsinstrumente auf Basis einer Regressionsanalyse sind dagegen lediglich eine Methode unter vielen, um sich vom Diskriminierungsvorwurf zu befreien. Eine Diskriminierung kann die Regressionsanalyse jedoch nicht feststellen. Dazu bedürfte es einer entsprechenden Anpassung im Gesetz oder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

⁵⁶ Das Bundesgericht lässt auch Kriterien zu, welche sich nicht zwingend auf die Produktivität stützen. Nebst unterschiedlichen Wertehierarchien in einem Unternehmen kann es sich um Gründe handeln, welche sich beispielsweise aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, auch kommen äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht (BGE 136 II 393, E. 11.3).