

Staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente
zur Verwirklichung der Lohnleichheit

Bericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz (BJ) und des Eidgenössischen
Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)

Luzern, den 24. Oktober 2013

Interface Politikstudien Forschung Beratung
Franziska Müller (Projektleitung)
mueller@interface-politikstudien.ch

Ariane Itin
itin@interface-politikstudien.ch

Christof Schwenkel
schwenkel@interface-politikstudien.ch

Universität Bern
Prof. Dr. iur. Judith Wytttenbach (Juristische Expertise)
judith.wytttenbach@oefre.unibe.ch

Prof. Dr. Adrian Ritz (Personalwirtschaftliche Expertise)
adrian.ritz@kpm.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|----|
| ZUSAMMENFASSUNG | 3 |
| 1 EINLEITUNG | 11 |
| 2 UNTERSUCHUNGSGEGENSTÄNDE UND METHODIK | 13 |
| 2.1 Untersuchungsgegenstände | 13 |
| 2.2 Methodik | 14 |
| 2.3 Reichweite der Untersuchung | 17 |
| 3 FALLSTUDIEN INLAND | 18 |
| 3.1 Preisüberwachung | 18 |
| 3.2 Eidgenössische Spielbankenkommission | 24 |
| 3.3 Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt | 30 |
| 3.4 FINMA (Fokus Selbstregulierung im Bereich Geldwäscherei) | 36 |
| 4 FALLSTUDIEN AUSLAND | 42 |
| 4.1 Kanada (Ontario) | 42 |
| 4.2 Österreich | 50 |
| 4.3 Schweden | 58 |
| 5 SYNTHESE UND EMPFEHLUNGEN | 68 |
| 5.1 Die untersuchten Modelle im Überblick | 68 |
| 5.2 Kosten und Nutzen der untersuchten Modelle | 72 |
| 5.3 Varianten der konzeptionellen Ausrichtung | 73 |
| 5.4 Organisationsmodelle | 85 |
| 5.5 Vorschläge zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit in der Schweiz | 88 |
| IMPRESSUM | 98 |

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgangslage

Der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frau und Mann beläuft sich im Privatsektor auf 23,6 Prozent (Jahr 2010).¹ 37,6 Prozent davon sind nicht sachlich erklärbar, mithin diskriminierungsbedingt. Die Lohndiskriminierung beträgt folglich im Schnitt 8,7 Prozent. Dieser Lohnunterschied hat sich in den letzten Jahren nur wenig verringert.

Der Grundsatz, dass Frauen und Männer Anspruch auf den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben, ist seit 1981 in der Bundesverfassung verankert. Das 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (GIG) soll die Durchsetzung des Rechts auf gleichen Lohn erleichtern (Art. 5 GIG). Heute hängt die Durchsetzung der Lohngleichheit von der Bereitschaft der Geschädigten beziehungsweise der Verbände ab, den Prozessweg zu beschreiten. Zwar haben sich einige „Pilotprozesse“ positiv ausgewirkt, doch wurden diese überwiegend gegen öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen geführt. Das heutige System wird trotz Kündigungsschutz, Beweislast erleichterung und Untersuchungsmaxime insbesondere im Bereich Lohndiskriminierung durch private ArbeitgeberInnen als nicht ausreichend bezeichnet. Der Präventiveffekt auf die Privatwirtschaft ist gering; die Unternehmen haben zu wenig Anreiz, ihre Lohnstruktur diskriminierungsfrei auszugestalten. Die Durchsetzung lastet allein auf den Schultern der Geschädigten, die oftmals von einer Klage absehen. Ausser im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gibt es in der Schweiz keine Behörde, welche im Bereich der Lohngleichheit über Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen verfügt.

Die vorliegende Studie zeigt auf, welche staatlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente für die Verwirklichung der Lohngleichheit in der Schweiz angewendet werden könnten. Gemäss Auftrag legt die Studie dabei den Fokus auf private Arbeitsverhältnisse. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste zusätzlich vertieft analysiert werden.

Im Rahmen der Analyse wurden erstens Informationen zu schweizerischen Durchsetzungsinstrumenten ausserhalb der Lohngleichheit gesammelt. Die vier Fallstudien befassen sich mit der Preisüberwachung, der Spielbankenkommission, dem Vollzug der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sowie der Bekämpfung der Geldwäscherei. Zweitens wurden bereits bestehende staatliche Durchsetzungsinstrumente zur Lohngleichheit in Schweden, Österreich und Ontario untersucht. Die Fallstudien umfassen neben der Analyse vorhandener Unterlagen auch Gespräche mit Expertinnen und Experten. So weit wie möglich wird dabei versucht, die Wirksamkeit der untersuchten Modelle anhand von messbaren Indikatoren darzulegen (Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben). Solche quantitativen Angaben waren jedoch nur teilweise

¹ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

verfügbar, weshalb wir uns in der Regel auf Schätzungen respektive die qualitative Beurteilung seitens der befragten Expertinnen und Experten verlassen mussten. Schliesslich wurden die gewonnenen Erkenntnisse synthetisiert und Modellvarianten zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit von Frauen und Männern in privaten Arbeitsverhältnissen in der Schweiz erarbeitet.

Fallstudien Schweiz

In der Schweiz existieren in verschiedenen Bereichen staatliche Kontroll- und Durchsetzungsmodelle. Vier solcher Modelle wurden im Rahmen dieser Studie näher untersucht. Es handelt sich dabei um die Modelle Preisüberwacher, Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK), flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit in Basel-Stadt und die Geldwäschereibekämpfung.

In zwei der vier untersuchten Modelle werden die bundesgesetzlichen Vorgaben durch eine Bundesbehörde vollzogen (Preisüberwacher, ESBK), im Modell der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (FlaM) sind es die kantonalen Ämter und die Sozialpartnerschaften und im Modell der Geldwäschereibekämpfung handelt es sich über weite Strecken um ein System gesetzlich und behördlich gelenkter Selbstregulierung, in welchem ein grosser Teil der Unternehmen durch eine der zwölf von der FINMA anerkannten beziehungsweise genehmigten Selbstregulierungsorganisationen (z.B. für Treuhänder, Anlageberater, Notare) kontrolliert wird.

Untersuchungen beziehungsweise Kontrollen werden beim Preisüberwacher, bei der ESBK sowie bei den FlaM von Amtes wegen oder auf Mitteilung hin eröffnet. Im Modell Preisüberwacher sowie im Modell FlaM werden Stichprobenkontrollen durchgeführt. Bei Letzterem kommt es zu einer Zweiteilung: Für die Branchen ohne allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) sind die Tripartiten Kommissionen der Kantone zuständig. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Die Durchführung der Kontrollen wird teilweise an Arbeitsmarktkontrollvereine mittels Leistungsvereinbarungen ausgelagert. Bei der ESBK wiederum handelt es sich um ein sehr engmaschiges, gesetzlich vergleichsweise detailliert geregeltes Kontrollsystem mit automatischen jährlichen Inspektionen (z.T. unter Einbezug kantonaler Stellen) bei *allen* Spielbanken und einer gesetzlich verankerten Deklarations- und Revisionspflicht durch spezialisierte Revisionsfirmen. Das Modell der Selbstregulierungsorganisationen (SRO) im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung setzt auf Kontrolle durch die Branchen selber, wobei die SRO wiederum behördlicher Genehmigung und Kontrolle durch den Bund unterliegen. Die SRO konkretisieren in Reglementen die Pflichten ihrer Mitglieder und kontrollieren in der Regel jährlich die Einhaltung. Zusätzlich unterliegen die Finanzintermediäre jährlich einer Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften.

In den Modellen Preisüberwacher, ESBK und FlaM im Bereich mit ave-GAV verfügen die Behörden über weitreichende Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen. Wird im Modell Preisüberwacher keine einvernehmliche Lösung gefunden, kann die Behörde die Preissenkung beziehungsweise die Nichterhöhung verfügen. Der Rechtsmittelweg führt an das Bundesverwaltungsgericht; legitimiert sind betroffene Firmen sowie die Konsumentenorganisationen. Zu Verfügungen kommt es aufgrund befürchteter Reputationsschäden äusserst selten. Das Modell hat generell, auch weil es mit aktiver Öffentlich-

keitsarbeit verbunden ist und einvernehmliche Lösungen und Verfügungen publiziert werden, eine starke präventive Wirkung. Bei der ESBK reichen die Durchsetzungskompetenzen von sachspezifischen Verfügungen (z.B. Änderung des Spielangebots) bis hin zum Entzug der Konzession. Das Modell ist aufgrund seiner flächendeckenden Kontrolle der betroffenen Firmen effektiv, aufgrund des engen Geltungsbereichs (21 Firmen) aber nur beschränkt übertragbar auf andere Bereiche. Zudem verursacht es einen hohen Aufwand. Im Modell flankierende Massnahmen finden wir in Branchen mit ave-GAV einen Dualismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren: Hier kann die zuständige Behörde bei Verletzung der Mindestlohnbestimmungen Verwaltungssanktionen aussprechen. Die Behörde kann hingegen nicht Lohnnachzahlungen verfügen, sondern diese müssen vor Zivilgericht beziehungsweise entsprechend den gesamtarbeitsvertraglich geregelten Mechanismen erstritten werden. Im Bereich ohne ave-GAV verfügt die Behörde hingegen nur über eingeschränkte Durchsetzungskompetenzen. Die Behörde hat lediglich die Befugnis, die Unternehmen aufzufordern, die orts- und branchenüblichen Lohnbedingungen einzuhalten. Im Modell Geldwäschereibekämpfung können die Selbstregulierungsorganisationen Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Zu den Sanktionen zählen Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss des Finanzintermediärs; bei Streitigkeiten entscheidet in der Regel ein Schiedsgericht. Die SRO werden ihrerseits von der FINMA beaufsichtigt. FINMA und SRO erstatten der Meldestelle Geldwäscherei Mitteilung, wenn begründeter Verdacht auf einen Verstoß gegen die Geldwäschereistrafgesetzgebung vorliegt. Das System der Selbstregulierung zur Kontrolle der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung ist bei den Finanzintermediären gut akzeptiert, unter anderem deshalb, weil die SRO auf branchenspezifische Besonderheiten eingestellt sind. Diese Lösung hat den Vorteil der Branchennähe; zudem sind die Kosten für die primäre Kontrolle externalisiert.

Fallstudien Ausland

Mit Ontario, Österreich und Schweden wurden drei Modelle untersucht, in welchen staatliche Instrumente der Durchsetzung der Lohngleichheit von Frauen und Männern dienen sollen. Während es in Schweden und Österreich dabei sowohl um gleichen Lohn für gleiche wie auch für gleichwertige Arbeit geht (jedoch die Beurteilung von gleichwertiger Arbeit unterschiedlich vorgenommen wird), haben wir uns im Fall von Ontario – bedingt durch die historisch gewachsene Unterscheidung zwischen Equal Pay und Pay Equity – auf den Aspekt der gleichwertigen Arbeit konzentriert.

Allen Modellen ist gemeinsam, dass sie Teile der Arbeitgeberschaft (in der Regel abhängig von der Anzahl der Beschäftigten) dazu verpflichten, ihre Löhne auf diskriminierende Unterschiede zwischen Frauen und Männern zu analysieren und darüber Bericht zu erstatten (Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse). Diese Transparenz ist von zentraler Bedeutung, um überhaupt festzustellen, inwiefern Frauen in den jeweiligen Organisationen weniger Lohn erhalten und dies auf das Geschlecht zurückzuführen ist. In Ontario und Schweden kommt einer staatlichen Stelle (dem Pay Equity Office, der Ombudsstelle) zudem die Kompetenz zu, von Amtes wegen Kontrollen bei Unternehmen durchzuführen und dabei zu überprüfen, ob sie ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen. Hiervon geht nicht zuletzt eine präventive Wirkung aus, welche jedoch stark von der Vollzugsintensität durch die staatlichen Stellen sowie den Sanktionsmöglichkeiten, welche ArbeitgeberInnen zu befürchten haben, abhängig ist.

Insgesamt sind die gesetzlichen Grundlagen sowie der Vollzug durch die staatlichen Stellen in Ontario am stärksten ausgeprägt. Hier reichen – im Gegensatz zu Schweden und Österreich – die behördlichen Kompetenzen über die Durchsetzung der Deklarationspflicht sowie der Herausgabe- und der Mitwirkungspflicht hinaus. Die Behörde hat Verfügungskompetenz zur Durchsetzung der Lohngleichheit beziehungsweise zur Beseitigung der Lohndiskriminierung. Schweden liegt im Mittelfeld. Neben Durchsetzungskompetenzen hinsichtlich der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse und Mitwirkung im Rahmen der Kontrolle kann die Behörde – mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden – selber vor den Arbeitsgerichten klagen, wenn keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte. Österreich kann als das am wenigsten fortgeschrittene Vergleichsmodell gesehen werden. Hier müssen die Gewerkschaften klagen, wenn die ArbeitgeberInnen die Aufforderung der Behörde zur Beseitigung der Lohndiskriminierung nicht befolgen. Der Nachteil dieses Systems besteht darin, dass die Durchsetzung der Ansprüche letztlich auf den Diskriminierungs betroffenen lastet und in der Regel einzelfallbezogen bleibt. Entsprechend lässt sich dem Modell in Ontario auch die grösste Wirksamkeit bescheinigen, wenn es darum geht, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern zu beseitigen. Grundsätzlich ist es aber auch dort nicht möglich, eindeutig aufzuzeigen, ob und in welchem Umfang eine Reduktion des Lohnunterschieds auf staatliche Durchsetzungsinstrumente zurückzuführen ist.

Neben proaktiven Verpflichtungen der Arbeitgeberschaft und den behördlichen Kontroll- und Durchsetzungsbefugnissen tragen in allen drei Fallstudien weiche Faktoren dazu bei, Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechtes abzubauen. Hierzu gehört insbesondere die konstruktive Zusammenarbeit zwischen ArbeitnehmerInnen/staatlichen Stellen und der Arbeitgeberschaft. Weiter darf der Aspekt der Sensibilisierung für das Thema Lohngleichheit, welcher sowohl von den proaktiven Massnahmen selbst als auch von begleitenden Aktivitäten (Information und Beratung, Entwicklung Instrumente/Leitfäden zur Lohnanalyse) der staatlichen Stellen ausgeht, in allen drei Ländern als Erfolgsfaktor betrachtet werden.

Synthese und Empfehlungen

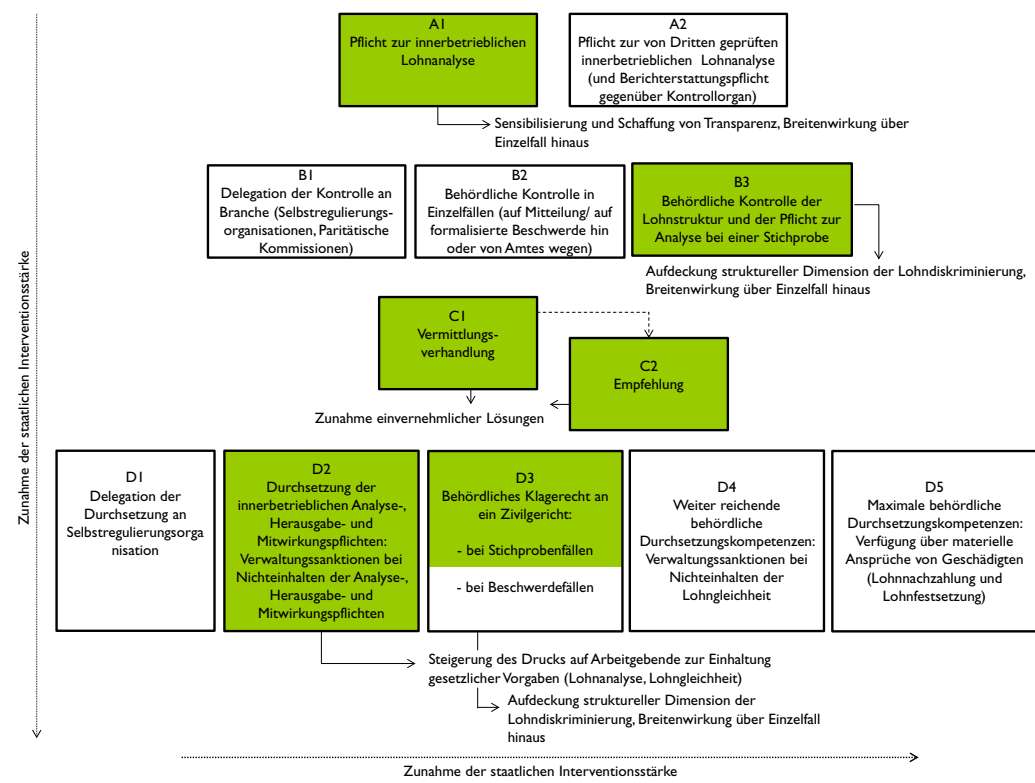
Die in- und ausländischen Fallstudien wurden einer Synthese unterzogen. Dabei gilt es bezüglich den ausländischen Fallstudien generell festzuhalten, dass alle drei untersuchten Länder nach wie vor mit dem Problem der Nichteinhaltung der Lohngleichheit zu kämpfen haben. Ein „Idealmodell“ zur Verwirklichung der Lohngleichheit lässt sich daher nicht präsentieren. Jedoch liefern alle drei Modelle (bewährte) Aspekte, welche einen Beitrag dazu leisten könnten, Lohndiskriminierung auch in der Schweiz vorzubeugen, zu identifizieren und zu beseitigen. Interessante Aspekte weisen auch die inländischen Fallstudien auf. Hier zeigt sich aber die Schwierigkeit, dass diese nur ansatzweise mit Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit vergleichbar respektive auf solche übertragbar sind, da es mit Ausnahme des Sanktionenregimes im Rahmen der FlaM im ave-GAV-Bereich nicht um die Durchsetzung von Ansprüchen von geschädigten Privaten geht.

Bei der Synthese haben wir verschiedene Etappen auf dem Weg der Kontrolle und der Durchsetzung der Lohngleichheit unterschieden: Vorgelagert zur eigentlichen staatlichen Kontrolle und Durchsetzung definieren wir den Aspekt der innerbetrieblichen Analyse (A), bei welcher die Unternehmen proaktive Massnahmen zu ergreifen haben.

Als zweiten Aspekt betrachten wir die behördlichen Kontrollmassnahmen (B). Im Anschluss an die Kontrolle folgt der Aspekt der behördlichen Vermittlungsverhandlung und Empfehlung (C) und schliesslich der Aspekt der Durchsetzung (D).

Die einzelnen Elemente mit den jeweiligen Varianten sind in der nachfolgenden Darstellung aufgeführt. Grün markiert sind die von uns empfohlenen Varianten inklusive der erwarteten Wirkungsweise (Pfeile).

Konzeptionelle Varianten im Überblick



Grün: empfohlene Varianten, Pfeile: erwartete Wirkungsweise

Ausgehend von den untersuchten Fallbeispielen sowie den gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz formulieren wir *sechs Empfehlungen* für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit. Grundsätzlich sind auch nur einzelne Varianten umsetzbar. Die erwartete Wirkungsweise würde dadurch aber geschmälert.

Grundsätzlich empfehlen wir, die Befugnisse der Verwaltungsbehörde bezüglich Kontrolle, Vermittlung und Durchsetzung auf *Stichprobenfälle* zu beschränken und nicht auf die Behandlung von Beschwerden von Einzelpersonen zu erstrecken. Damit wäre die Verwaltungsbehörde in der Lage, z.B. bestimmte Branchen zu überprüfen, wobei anhand der von den Betrieben zu erstellenden Lohnanalysen jeweils die gesamte Lohnstruktur einer Unternehmung untersucht würde. Auf diese Weise kann eine Überschneidung mit den zivilrechtlichen Klagen einzelner Geschädigter und dem vorgelagerten Schlichtungsverfahren vermieden werden. Mit dem Stichproben-Ansatz wird zudem

der Fokus weg vom diskriminierten Einzelfall hin zur Aufdeckung und Behebung struktureller Probleme, welche eine Diskriminierung zur Folge haben, verschoben.

Gemäss Auftrag beziehen sich die Empfehlungen zudem in erster Linie auf die Durchsetzung der Lohngleichheit in privaten Unternehmen. Eine Übertragung auf den öffentlichen Sektor bedürfte einer zusätzlichen, vertiefenden Analyse.

- 1 *Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse für Unternehmen:* Die Zahlen zum diskriminierungsbedingten Lohnunterschied in der Schweiz, welche sich seit Jahren nur geringfügig verändert haben, legen nahe, dass sich sowohl ArbeitnehmerInnen wie ArbeitgeberInnen oftmals nicht bewusst sein dürften, dass eine Lohndiskriminierung vorliegt. Unter diesem Blickwinkel scheint die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse eine wichtige Voraussetzung für die Sensibilisierung der Betriebe und die Schaffung von Transparenz (Variante A1 in vorhergehender Darstellung). Dies ist denn auch die zentrale Stärke dieser proaktiven Massnahme. Allerdings weisen die ausländischen Fallstudien hier auf ein grosses Vollzugsdefizit hin. Dies bedeutet, dass bei der Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse begleitende Kontrollmassnahmen (vgl. Empfehlung 2) sowie die Sanktionierung bei Missachtung der Analysepflicht unerlässlich sind. Unternehmen ab 50 Mitarbeitenden sollten verpflichtet werden, basierend auf klaren gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Empfehlung 6) ihre Löhne in regelmässigen Abständen (z.B. alle 3 Jahre) zu überprüfen und darüber intern Bericht zu erstatten und falls nötig entsprechende Massnahmen zur Gewährleistung der Lohngleichheit zu ergreifen.
- 2 *Einführung einer behördlichen Stichprobenkontrolle:* Gemäss bestehender gesetzlicher Grundlage muss die Lohngleichheit zwischen Frau und Mann von allen Unternehmen in der Schweiz befolgt werden – die Gesetzgebung betrifft folglich nicht nur eine (kleine) Auswahl an Firmen oder bestimmte Branchen. Aus dieser Perspektive erscheint eine behördliche Stichprobenkontrolle sachgerecht (Variante B3 in vorhergehender Darstellung). Die Fallstudien haben aufgezeigt, dass die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei behördlichen Kontrollen hoch ist und dazu führt, dass die Betriebe in der Folge häufig selber Massnahmen ergreifen, um den gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Dies trifft besonders auf jene Modelle zu, in welchen weiterführende Durchsetzungsinstrumente bestehen. Die Stichprobenkontrolle sollte sich auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der Lohnanalysen wie der Lohngleichheit beziehen. Die entsprechenden Mitwirkungspflichten der Unternehmen und die Kontrollbefugnisse der Behörde müssen gesetzlich verankert werden. Der Behörde sollte die Befugnis eingeräumt werden, die Nichteinhaltung der Deklarationspflicht zu sanktionieren.
- 3 *Fokus auf Beratung und Vermittlung:* Die Analyse insbesondere auch der ausländischen Fallstudien zur Lohngleichheit hat aufgezeigt, dass in vielen Fällen eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien (entweder zwischen den Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden oder zwischen den Arbeitgebenden und der Verwaltungsbehörde) gefunden werden konnte und eigentliche Durchsetzungsmassnahmen und Verwaltungszwang selten zur Anwendung kamen. Die Behörde sollte daher die Aufgabe und die Befugnis haben, Firmen zu beraten und in den Stichprobenfällen zusammen mit den ArbeitgeberInnen eine einvernehmliche Lösung zur

Beseitigung der Lohndiskriminierung zu suchen (Variante C1 in vorhergehender Darstellung). Noch weiterführend wäre ein Mandat der Behörde, in den Stichprobenfällen auch Verhandlungen hinsichtlich von *Lohnnachzahlungen* zu führen. Die Teilnahme der Arbeitgebenden an diesen Vermittlungsverhandlungen sollte obligatorisch erklärt werden.

- 4 *Behördliche Empfehlung und Behördenklagerecht*: Sofern im Rahmen der Vermittlungsverhandlung keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann der Behörde in einem ersten Schritt die *Befugnis eingeräumt werden, eine Empfehlung* an die Unternehmen zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu richten (Variante C2 in vorhergehender Darstellung). Analog zum vorstehend erwähnten Vorschlag betreffend Beratung und Vermittlung könnte sich diese Empfehlung auch auf die Lohnnachzahlung für einen Zeitraum von maximal fünf Jahren erstrecken. Damit würde Gegenstand der Empfehlung, was Geschädigte auch zivilgerichtlich maximal fordern können. Besteht in einer Firma eine ArbeitnehmerInnenvertretung, ist die Empfehlung auch dieser Vertretung zur Kenntnis zu bringen.

Um die Durchsetzung des Lohnanspruchs auf einer breiteren Ebene zu verbessern, sollte die Behörde weitere Befugnisse erhalten: Da es sich bei Lohnforderungen und Lohnnachzahlungen grundsätzlich um zivilrechtliche Ansprüche zwischen privaten Parteien handelt, ist der rein verwaltungsrechtliche Weg mit einer Festsetzung der Lohnsumme und der Bestimmung allfälliger Lohnnachzahlungen durch Verfügung – wie im Fall von Ontario – im schweizerischen Recht systemwidrig. Das Behördenklagerecht – wie im Fallbeispiel Schweden und ähnlich der Konzeption im schweizerischen Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – ist daher in den Stichprobenfällen grundsätzlich vorzuziehen (Variante D3 in vorhergehender Darstellung). Wie die untersuchten Fallbeispiele zeigen, erhöht die Möglichkeit einer Behördenklage den Anreiz für einvernehmliche Lösungen und verbessert die Motivation zur Befolgung der Empfehlungen. Folglich regen wir an, in den Stichprobenfällen ein Behördenklagerecht zu verankern. Dieses Behördenklagerecht würde die heute bereits bestehenden Klagebefugnisse von Geschädigten und Organisationen/Gewerkschaften nicht ersetzen, sondern *ergänzen*: Weiterhin stünde den Geschädigten von Lohndiskriminierung die Klage nach Art. 5 GIG offen. Ferner könnten auch die Organisationen/Gewerkschaften weiterhin im eigenen Namen gerichtlich feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird (vgl. Art. 7 GIG).

- 5 *Verankerung eines Kommissionsmodells auf Bundesebene*: Da gerade grössere Firmen in der Schweiz über die Kantonsgrenzen hinaus Geschäftsniederlassungen besitzen, empfehlen wir für eine Stichprobenkontrolle die Einrichtung einer Behörde auf Bundesebene. Für eine Bündelung der Kompetenzen beim Bund spricht auch die Einheitlichkeit des Vollzugs im Rahmen dieser Stichprobenverfahren. Eine praktikable und pragmatische Lösung könnte darin liegen, das Sekretariat in eine bestehende Behörde, zum Beispiel das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, einzugliedern und dieser Behörde eine Kommission zur Seite zu stellen. Hier sind grundsätzlich zwei Modelle denkbar: So ist eine Vertretung der SozialpartnerInnen in der Kommission möglich. Das Modell mit Sozialpartnerkommission finden wir in allen drei von uns untersuchten ausländischen

Fallstudien sowie bei kantonalen Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz. Allerdings muss beachtet werden, dass bei der individuellen Lohndiskriminierung sachliche Aspekte im Vordergrund stehen und es weniger um einen politisch verhandelbaren Gegenstand geht. Dies würde wiederum eher für die Etablierung einer Kommission sprechen, welche sich aus nicht sozialpartnerschaftlich gebundenen Expertinnen und Experten (Sachverständigen) zusammensetzt.

- 6 *Ergänzung der gesetzlichen Grundlage:* Sowohl die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse als auch die erweiterten Behördenbefugnisse bedürfen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Zu empfehlen ist eine entsprechende Ergänzung der gesetzlichen Grundlagen, namentlich des Gleichstellungsgesetzes.

I EINLEITUNG

Der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frau und Mann beläuft sich in der Schweiz im privaten Sektor auf 23,6 Prozent (Jahr 2010).² 37,6 Prozent davon sind nicht sachlich erklärbar, mithin diskriminierungsbedingt. Die Lohndiskriminierung beträgt folglich im Schnitt 8,7 Prozent. Dieser Lohnunterschied hat sich in den letzten Jahren nur wenig verringert.

Der Grundsatz, dass Frauen und Männer Anspruch auf den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben, ist seit 1981 in der Bundesverfassung verankert (heute in Art. 8 Abs. 3 BV 1999). Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus im Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Lohnunterschiede diskriminierend, wenn sie auf geschlechtsspezifischen Umständen beruhen: Eine direkte Lohndiskriminierung durch private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber liegt dann vor, wenn für die Bemessung des Lohns oder eines Lohnbestandteils direkt an das Geschlecht angeknüpft wird, zum Beispiel wenn innerhalb des gleichen Unternehmens unterschiedliche Mindestlöhne für Hilfsarbeiterinnen und Hilfsarbeiter bezahlt werden oder wenn ungleicher Lohn für gleiche Arbeit bei gleicher Qualifikation und Leistung entrichtet wird. Von einer indirekten Lohndiskriminierung spricht man hingegen, wenn das Geschlecht an sich zwar kein direktes Lohnbemessungskriterium darstellt, die verwendeten Lohnbemessungskriterien innerhalb eines Unternehmens faktisch aber das eine Geschlecht im Vergleich zum anderen benachteiligen. So werden zum Beispiel Frauen indirekt diskriminiert, wenn Teilzeitangestellte tiefere Löhne erhalten, da mehrheitlich Frauen Teilzeit arbeiten.³ Diskriminierung im Sinne von Artikel 8 Absatz 3 BV ist folglich auch dann gegeben, wenn innerhalb eines Betriebes zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind, sondern auf geschlechtsspezifische Umstände abstellen. Eine bestimmte Tätigkeit ist in der Regel als geschlechtstypisch einzuordnen, wenn der Frauenanteil höher als 70 Prozent liegt oder historische Faktoren auf eine geschlechtstypische Prägung hindeuten. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen hingegen, wenn er sich auf so genannte objektive Kriterien stützt (vgl. BGE 136 II 393).

Das 1996 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz (GIG) konkretisiert den in der Verfassung verankerten Grundsatz der Lohngleichheit und soll die Durchsetzung des Rechts auf gleichen Lohn erleichtern (Art. 5 GIG). Das Gleichstellungsgesetz und die Schweizerische Zivilprozessordnung enthalten zudem Verfahrenserleichterungen zugunsten der Betroffenen. Zudem ermöglicht das Gleichstellungsgesetz Klagen und Be-

² Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

³ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (2007): Was ist Lohngleichheit? Zur Lohndiskriminierung siehe ferner BGE 136 II 393; 127 III 207; 125 III 368; Kaufmann, C.; Steiger-Sackmann S. (Hrsg.) (2009): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Basel; Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.) (2011): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève.

schwerden von Organisationen (Art. 7 GIG). Behördliche Durchsetzungsmassnahmen sieht das Gesetz allerdings nicht vor; eine behördliche Kontrolle der privaten Arbeitgeberschaft findet sich lediglich im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.⁴

Bei einem vermuteten diskriminierenden Lohnunterschied steht den Arbeitnehmenden zwar der Schlichtungs- und der Gerichtsweg offen. Diese Instrumente werden jedoch aus verschiedenen Gründen oftmals nicht genutzt.⁵ Es erstaunt deshalb wenig, dass sich der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern in den letzten Jahren nur geringfügig verringert hat.

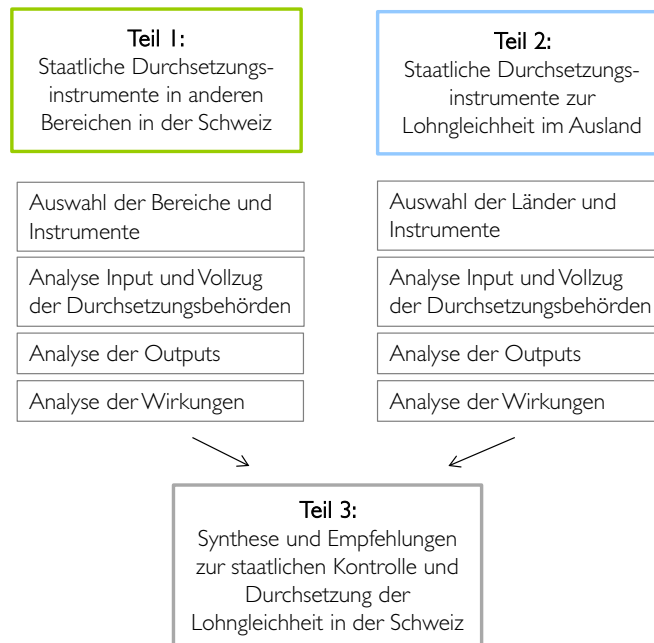
Mit der vorliegenden Studie soll aufgezeigt werden, welche staatlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente für die Verwirklichung der Lohngleichheit in der Schweiz angewendet werden könnten. Gemäss Auftrag legt die Studie den Fokus auf Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente im Hinblick auf private ArbeitgeberInnen. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste zusätzlich vertieft analysiert werden.

⁴ Art. 8 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen BöB (Bundesebene), teilweise auch auf kantonaler Ebene, vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. f Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen ÖBV Kt. BE.

⁵ Vgl. dazu die Ergebnisse in der Evaluationsstudie GIG Synthesebericht: Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern. S. 124 ff.; Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern, S. 4.

Die Studie ist in drei Teile gegliedert. Diese sind in der nachfolgenden Darstellung aufgeführt.

Darstellung 2.1: Überblick über die Teilbereiche der Studie



Quelle: eigene Darstellung.

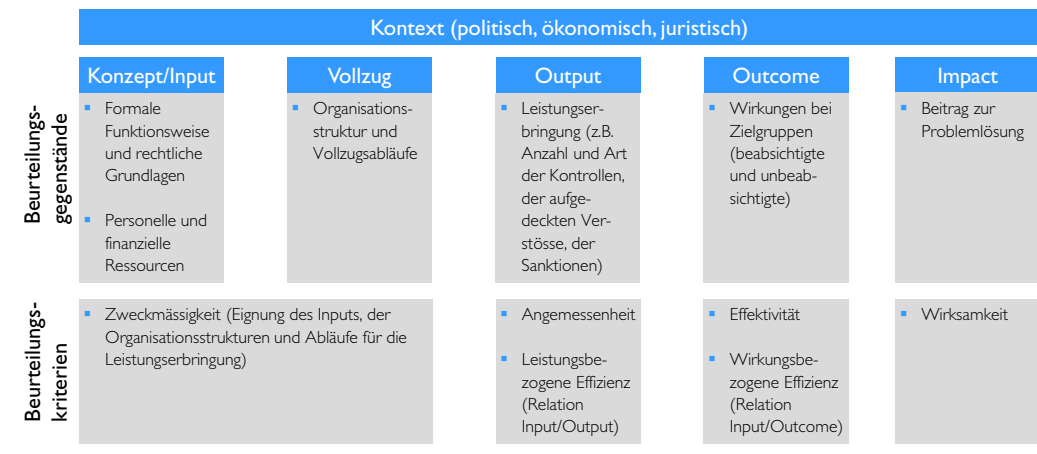
2.1 UNTERSUCHUNGSGEGENSTÄNDE

Die in- und ausländischen Fallstudien sollen Erkenntnisse zu bereits existierenden Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumenten liefern. Vier Fallstudien widmen sich staatlichen Durchsetzungsinstrumenten in Bereichen ausserhalb der Lohngleichheit in der Schweiz (vgl. Kapitel 3). In drei Fallstudien werden staatliche Durchsetzungsinstrumente zur Lohngleichheit im Ausland untersucht (vgl. Kapitel 4).

In der evaluationswissenschaftlichen Terminologie lassen sich Fragen bezüglich der Wirksamkeit von Massnahmen unterschiedlichen Stufen der Wirkungsentfaltung zuordnen.⁶ Eine Massnahme basiert auf einer *konzeptionellen Grundlage* und es wird ein bestimmter *Input* (finanzielle und personelle Ressourcen) verwendet, bei der *Umsetzung* arbeiten verschiedene Akteure zusammen, die Massnahme bringt einen konkreten *Output* hervor und entfaltet bei der anvisierten Zielgruppe beabsichtigte und möglicherweise unbeabsichtigte Wirkungen (*Outcome*) und trägt so schliesslich zur Verminderung des Problems bei (*Impact*). Die nachfolgende Darstellung verdeutlicht die Wirkungskette.

⁶ Bussmann, W.; Klöti, U.; Knoepfel, P. (Hrsg.) (1997): Einführung in die Politikevaluation, Basel.

Darstellung 2.2: Wirkungskette staatlicher Massnahmen



Quelle: eigene Darstellung.

Die Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumente in den ausgewählten Fallstudien wurden entlang der in der Wirkungskette aufgeführten Gegenstände analysiert.

Die Erkenntnisse aus den Fallstudien wurden schliesslich einer Synthese unterzogen und es wurden Empfehlungen für staatliche Instrumente zur Durchsetzung der Lohngleichheit in der Schweiz formuliert (vgl. Kapitel 5).

2.2 METHODIK

Die Studie basiert auf dem Fallstudienansatz. Fallstudien eignen sich besonders, um die Wirkungszusammenhänge und -mechanismen von konkreten Massnahmen systematisch zu analysieren. Die Analyse der Fallstudien basiert auf einem Raster, welches entlang der in Darstellung 2.2 aufgeführten Beurteilungsgegenstände und –kriterien gegliedert ist. Die Ausrichtung der Analyse an einem Raster erzeugt eine einheitliche Gliederung der Fallstudien und eignet sich daher besonders für den Vergleich mehrerer Fallstudien (Cross-case-Analysen).⁷ Die Fallstudien umfassen neben der Analyse vorhandener Unterlagen auch Gespräche mit Expertinnen und Experten (vgl. Darstellung 2.3 und Darstellung 2.4).

Fallauswahl

Die Auswahl der Fallstudien wurde gemeinsam mit den Auftraggebenden getroffen und basiert auf fundierten Grundlagen. Bei den inländischen Fallstudien wurde die Auswahl so getroffen, dass die einzelnen Fälle hinsichtlich staatlicher Vollzugs-/Durchsetzungsinstrumente möglichst unterschiedliche Modelle repräsentieren (Most Different Systems Design). Dabei wurde eine grosse Ausprägung der vorgängig definierten Gegenstände in der Wirkungskette angestrebt. Hauptkriterium für die Auswahl bildete die Organisationsstruktur, wobei darauf geachtet wurde, dass mindestens ein behördliches Modell ohne Kommission, ein Kommissionsmodell, ein kantonales Modell sowie ein Modell mit Selbstregulierungsorganisationen miteinbezogen werden konnten. Schliess-

⁷ Vgl. Yin, Robert. K. (2002): Case Study Research: Design and Methods.

lich wurden die Preisüberwachung, die Spielbankenkommission, der Vollzug der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt sowie die FINMA mit Fokus auf die Regulierung der Geldwäscherei ausgewählt.

Bei den ausländischen Fallstudien wurde Wert darauf gelegt, Modelle mit möglichst weitreichenden staatlichen Durchsetzungskompetenzen zu untersuchen. Weiter wurde bereits bei der Auswahl darauf geachtet, dass Informationen zur Wirksamkeit der Modelle zur Verfügung stehen und die Mechanismen mithin bereits einige Zeit in dem betreffenden Land angewendet werden. Ein Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleich (SIR) lieferte Informationen zu staatlichen Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit in 14 Staaten und bildete eine wichtige Grundlage für die Auswahl und die vorliegende Beschreibung – insbesondere hinsichtlich rechtlicher Aspekte.⁸ Für die Fallstudien wurden schliesslich die kanadische Provinz Ontario, Österreich und Schweden ausgewählt.

Dokumentenanalyse

Alle Fallstudien basieren auf einer ausgiebigen Analyse von verfügbaren Dokumenten. Neben den gesetzlichen Grundlagen wurden dementsprechend Jahresberichte, Studien, Evaluationen, Medienmitteilungen, statistische Auswertungen sowie das genannte Gutachten des SIR beigezogen.

Befragte Personen

Die Fallstudien wurden in Ergänzung zur Dokumentenanalyse auf Grundlage persönlicher (inländische Fallstudien) und telefonischer (ausländische Fallstudien) Interviews mit Expertinnen und Experten erstellt. Die Interviews fanden im Zeitraum vom 22. April bis zum 16. Mai 2013 statt. Die folgenden beiden Tabellen liefern eine Übersicht über die Personen, die interviewt worden sind. Bei allen inländischen Fallstudien wurden zusätzliche Fragen von weiteren Personen telefonisch beantwortet (vgl. Fussnoten). Alle inländischen Fallstudien sowie die Fallstudie zu Österreich wurden zudem von den InterviewpartnerInnen und Auskunftspersonen geprüft und mit Feedbacks zurückgeschickt. Bei Ontario und Schweden war dies jedoch aufgrund der Sprache nicht möglich.

Darstellung 2.3: InterviewpartnerInnen Fallstudien Inland

| Bereich | Name | Vorname | Institution | Funktion |
|-------------------------------------|--------------|------------|--------------------------------------|---------------------------------------|
| Preisüberwachung ⁹ | Niederhauser | Beat | Preisüberwachung | Stv. Preisüberwacher, Geschäftsleiter |
| Spielbankenkommission ¹⁰ | Jordan | Jean-Marie | Eidgenössische Spielbankenkommission | Direktor des Sekretariats |

⁸ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (noch nicht veröffentlicht).

⁹ Ein zusätzliches telefonisches Gespräch wurde mit Herrn Rudolf Lanz (Fürsprecher) von der Preisüberwachung am 31.5.2013 geführt.

¹⁰ Herr Niklaus Müller (Leiter Stab Steuer) und Frau Maria Saraceni (Mitarbeiterin Stab Steuer) haben zusätzliche schriftliche Fragen beantwortet sowie die Fallstudie der Spielbankenkommission einer Prüfung unterzogen und Korrekturen angebracht.

| Bereich | Name | Vorname | Institution | Funktion |
|--|--------|---------|---|---|
| Vollzug flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit Kanton Basel-Stadt ¹¹ | Trepte | Natalie | Amt für Wirtschaft und Arbeit, Basel-Stadt | Abteilungsleiterin Arbeitsbeziehungen |
| FINMA (Fokus Selbstregulierung Geldwäscherei) | Kohler | Barbara | Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA | Geldwäscherei und Finanzkriminalität, Geschäftsbereich Märkte |

Darstellung 2.4: InterviewpartnerInnen/Auskunftspersonen Fallstudien Ausland

| Land | Name | Vorname | Institution | Funktion |
|------------|-----------------|----------|---|---|
| Ontario | Heyninck | Emanuela | Pay Equity Commission | Kommissarin |
| Ontario | O'Brian | Rene | Pay Equity Office | Senior Review Officer |
| Österreich | Nikolay-Leitner | Ingrid | Gleichbehandlungsanwaltschaft | Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt |
| Österreich | Konstatzky | Sandra | Gleichbehandlungsanwaltschaft | Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt |
| Österreich | Schindler | René | Gewerkschaft PRO-GE | Bundessekretär für Soziales und Recht |
| Schweden | Christensen | Peter | Diskriminierungsombudsmannen | Leiter der Abteilung Compliance Monitoring |
| Schweden | Hagström | Ulrika | Tjänstemännens Centralorganisation (TCO) – Zentralorganisation der Angestellten | Senior Research Officer, Gender Equality |

Grenzen der Untersuchung

Im Rahmen der Fallstudien bestand die Absicht, die Wirksamkeit der untersuchten Instrumente so weit wie möglich anhand von messbaren Indikatoren darzulegen. Es handelt sich dabei um möglichst konkrete Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben (z.B. bei Lohngleichheit: Anhebung der Löhne, rückwirkende Zahlungen). Dies erwies sich jedoch als sehr schwierig, weil entsprechende Daten nicht verfügbar sind. Anstelle dessen mussten wir uns auf grobe Schätzungen beziehungsweise auf Beurteilungen der Wirkungen auf die Unternehmen seitens der Befragten verlassen. Bezogen auf gesamtgesell-

¹¹ Zusätzliche Fragen wurden von Frau Antonina Stoll (Abteilungsleiterin Arbeitsbeziehungen) vom Amt für Wirtschaft und Arbeit, Kanton Basel-Stadt am 11.7.2013 telefonisch beantwortet.

schaftliche Wirkungen – bei der Lohngleichheit ist dies die Reduktion des (nicht erklärbaren) Lohnunterschieds – liegen in den untersuchten Ländern zwar Daten vor, gemessen an der zum Teil erst kurzen Dauer seit Einführung der Kontroll- und Durchsetzungsmassnahmen, sind diese hochaggregierten Daten jedoch wenig aussagekräftig.

2.3 REICHWEITE DER UNTERSUCHUNG

Gemäss Auftrag legt die vorliegende Studie den Fokus auf Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente im Hinblick auf private ArbeitgeberInnen. Diese Priorisierung kann damit begründet werden, dass sich das Problem der Lohndiskriminierung im privaten Sektor deutlicher offenbart als im öffentlichen Sektor. Gemäss Statistiken für das Jahr 2010 beträgt der nicht erklärte, also diskriminierende Anteil am Lohnunterschied im privaten Sektor 37,6 Prozent, während er im öffentlichen Sektor bei 21,6 Prozent liegt.¹²

Der Grundsatz der Lohngleichheit nach Artikel 8 Absatz 3 BV gilt für alle unselbstständigen Arbeitsverhältnisse – sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor. In welcher Form sich die vorgeschlagenen Massnahmen auch auf den öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) übertragen lassen, müsste daher zusätzlich vertieft analysiert werden.

¹² Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG; Bundesamt für Statistik BFS (2013): Auf dem Weg zur Lohngleichheit. Tatsachen und Trends, Bern.

3.1 PREISÜBERWACHUNG

Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung in der Schweiz basiert auf dem 1985 erlassenen und 1991 revidierten Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20). Ausschlaggebend für die Ausarbeitung des Gesetzes war eine im Jahr 1982 deutlich angenommene Volksinitiative. Diese forderte vom Bund den Erlass von Vorschriften für eine Überwachung der Preise und Preisempfehlungen für Waren und Dienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen und Organisationen.¹³ Grundsätzlich soll das Preisüberwachungsgesetz die Konsumenten und Konsumentinnen sowie die Wirtschaft vor zu hohen Preisen aufgrund von fehlendem Wettbewerb schützen.

3.1.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 gilt für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 PüG). Es definiert die folgenden drei Aufgabenbereiche des Preisüberwachers (Art. 4 PüG): Erstens die laufende Beobachtung der Entwicklung von Preisen, die nicht dem freien Wettbewerb ausgesetzt sind, sondern von marktmächtigen Unternehmen festgelegt wurden. Dazu zählen beispielsweise Gebühren für Radio und Fernsehen, Tarife des öffentlichen Verkehrs, der Post oder von Spitälern sowie Wasser- oder Abfallpreise der Gemeinden.¹⁴ Die zweite Aufgabe umfasst die Verhinderung und Beseitigung von missbräuchlichen Preiserhöhungen oder Preisbeibehaltungen. Dabei wird bei nichtbehördlichen Anbieterinnen grundsätzlich eine einvernehmliche Regelung angestrebt, bei behördlichen eine Empfehlung abgegeben. Als „ultima ratio“ besitzt der Preisüberwacher bei nichtbehördlichen Anbieterinnen die Möglichkeit, zu verfügen. Drittens muss der Preisüberwacher die Öffentlichkeit über seine Tätigkeiten orientieren. Schliesslich stellt das PüG die vorsätzliche Verletzung einer einvernehmlichen Regelung oder Verfügung und die Verletzung der Auskunftspflicht unter Strafe (Art. 23 f. PüG).

Reichweite

Der Preisüberwachung liegt eine wettbewerbspolitische Konzeption zugrunde. Das PüG gilt für Kartelle und marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts im Sinne des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 sowie für administrierte Preise. Der sachliche Geltungsbereich umfasst Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite und schliesst Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis explizit aus (Art. 1 PüG). Die Definition des Preissmissbrauchs ist im Gesetz negativ formuliert, da ein Preissmissbrauch ausgeschlossen ist, wenn die Preise das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind. Eingriffe erfolgen daher nur in Märkten, in welchen der Wettbewerb seine Steuerungsfunktion nicht oder nur beschränkt wahrnehmen kann. Während die Schaffung von wirksamem Wettbewerb Aufgabe der Wettbewerbskommission ist, greift der Preisüberwacher dort ein, wo dies nicht gelingt oder wirksamer

¹³ Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, Preisüberwachung (2006): 20 Jahre Preisüberwachungsgesetz (PÜG).

¹⁴ Als private Unternehmen können die Cablecom oder die Fluggesellschaft Swiss genannt werden.

Wettbewerb aus übergeordneten Interessen nicht erwünscht ist. Das Kartellgesetz und das PüG sind in diesem Sinne komplementär.¹⁵

Vollzugskompetenz

Die Vollzugskompetenzen zur Einhaltung der Bestimmungen des PüG obliegen dem vom Bundesrat gewählten Preisüberwacher. Für den Vollzug der Strafbestimmungen gemäss Artikel 23 und Artikel 24 PüG ist das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zuständig. Vorbereitet wird der Entscheid vom Rechtsdienst des Generalsekretariats des WBF.

Organisation der Behörden

Die Preisüberwachung ist eine Verwaltungsstelle des WBF. Administrativ ist sie dem Generalsekretariat (GS) des WBF angegliedert, welches die anfallenden Aufgaben im Personalbereich sowie in der Ressourcenverteilung übernimmt. Durch die Professionalität des GS WBF sowie die geringe Grösse der Preisüberwachung wird diese Aufgabenteilung als effizienter betrachtet, als wenn die Aufgaben von der Preisüberwachung selber wahrgenommen würden. In allen inhaltlichen Belangen ist der Preisüberwacher jedoch unabhängig vom Departement. Diese Unabhängigkeit wird vom Geschäftsführer als grosser Vorteil bezeichnet, da man so keinem politischen Einfluss ausgesetzt sei. Grundsätzlich wird die heutige Organisationsform als zweckmässig erachtet, was auch ein Bericht vom EVD¹⁶ aus dem Jahr 2004 bestätigte. In dem Bericht wurde unter anderem die Frage nach einer allfälligen Integration oder Teilintegration der Preisüberwachung in die Wettbewerbskommission (Weko) geklärt. Das Departement kam zum Schluss, dass eine solche nicht wünschenswert sei. Die Aufgaben der Preisüberwachung und der Weko seien komplementär, dementsprechend würden sich auch die Arbeitsmethoden der beiden Behörden unterscheiden. Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden ist auf Gesetzesstufe geregelt und funktioniert aus Sicht der Betroffenen ohne Probleme.¹⁷ Im Gegensatz zur Weko wird dem Preisüberwacher des Weiteren eine wichtige Funktion als Ombudsmann für die Konsumentinnen und Konsumenten zugeschrieben, indem mit der Meldestelle ein niederschwelliges Angebot zur Verfügung steht. Gemäss einem Bericht zur Organisation der Preisüberwachung gelänge es dem Preisüberwacher nicht selten „auf informelle Art und Weise kleine Probleme zwischen einem Anbieter und einem betroffenen Konsumenten einer pragmatischen Lösung zuzuführen. Diese Ombudsmannfunktion kann typischer- und sinnvollerweise nur durch eine Einzelperson, die auch über einen gewissen Bekanntheitsgrad verfügt, wahrgenommen werden“.¹⁸ Eine Kommission sei hierfür nicht das geeignete Gremium, so die Autoren des Berichts.

Das Büro des Preisüberwachers wird von einem Geschäftsführer geleitet; dieser übt gleichzeitig die Funktion des stellvertretenden Preisüberwachers aus. Das Büro ist in die drei Fachbereiche Gesundheit, Energie und Telekommunikation sowie Informations- und Rechtsdienst gegliedert. Die Preisüberwachung verfügt über eine Meldestel-

¹⁵ Schweizerische Eidgenossenschaft, Preisüberwacher (2006): 20 Jahre Preisüberwachungsgesetz (PüG).

¹⁶ Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF hiess bis zum 1. Januar 2013 Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD).

¹⁷ Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (2004): Bericht zur Organisation der Preisüberwachung, S. 2.

¹⁸ Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (2004): Bericht zur Organisation der Preisüberwachung, S. 13.

le, an die sich die gesamte Bevölkerung wenden kann. Der Meldestelle wird neben einer Signalfunktion auch eine Kontrollfunktion zugeschrieben. Eine Signalfunktion insofern, indem sie dem Preisüberwacher Probleme auf der Nachfrageseite anzeigt. Eine Kontrollfunktion wird den Publikumsmeldungen hingegen in dem Sinne zugeschrieben, dass sie Hinweise über die Beachtung von einvernehmlichen Regelungen liefern oder auf nicht gemeldete behördliche Preise aufmerksam machen können. Ausserdem seien die Meldungen aus der Öffentlichkeit eine wichtige Informationsquelle, die über Einzelfallabklärungen hinausgehen und eine grundsätzliche Marktklärung auslösen können.¹⁹ Seit 2008 wird die Stelle von Stefan Meierhans besetzt. Der Preisüberwacher ist schweizweit tätig, die Kantone übernehmen dabei keine Aufgaben.

Ressourcen

Die Preisüberwachung verfügt über 16 Vollzeitstellen und über ein Budget von rund drei Millionen Franken. Stehen besonders umfangreiche und arbeitsintensive Prüfverfahren an – wie zum Beispiel 2009, als die Festlegung der neuen Tarifstruktur im Spitalwesen eingeführt wurde –, kann der Bundesrat zusätzliche finanzielle Mittel sprechen. Die personellen sowie finanziellen Ressourcen werden als knapp ausreichend beurteilt für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags.

Melde- und Deklarationspflichten

Eine Meldepflicht für Preiserhöhungen der Unternehmen gibt es nicht. Allerdings besteht gemäss Artikel 6 PüG die Möglichkeit einer so genannten freiwilligen Voranmeldung: Unternehmen können geplante Preiserhöhungen dem Preisüberwacher unterbreiten. Grundsätzlich steht diese Möglichkeit allen Unternehmen offen. Es wird jedoch hauptsächlich davon Gebrauch gemacht, wenn ein Unternehmen selbst nicht sicher ist, ob die geplante Preiserhöhung im Wettbewerb steht. Der Preisüberwacher klärt dann innert 30 Tagen ab, ob er die gemeldete Preiserhöhung für unbedenklich hält. Von diesem Voranmeldeverfahren, das durchaus im Sinne einer Dienstleistung angesehen werden kann, wird gemäss Aussage des Geschäftsführers relativ häufig Gebrauch gemacht. Hinsichtlich des Aufwandes für die Preisüberwachung macht es keinen Unterschied, ob die Preisabklärung im Rahmen einer Voranmeldung oder von Amtes wegen durchgeführt wird.

Wie bereits erwähnt, kann die Bevölkerung dem Preisüberwacher Vermutungen über missbräuchliche Preiserhöhungen oder -beibehaltungen schriftlich melden (Art. 7 PüG). Diese Möglichkeit wird rege genutzt, im Jahr 2012 trafen beim Preisüberwacher rund 2'800 Meldungen zur Abklärung ein.

Untersuchungskompetenzen

Der Preisüberwacher kann im Rahmen der Preisbeobachtung oder aufgrund einer Meldung aus der Öffentlichkeit eine Untersuchung eröffnen, wenn ein Verdacht auf einen Preismissbrauch besteht. Für einen Verdacht gibt es keine hohen Anforderungen. Der Preisüberwacher kann dementsprechend bei einem Unternehmen Informationen einfordern, ohne bereits in diesem Stadium detaillierte Erklärungen abgeben zu müssen, warum das Unternehmen ausgewählt wurde und welche Indizien für einen Preismissbrauch vorliegen. Die Untersuchung findet meist auf schriftlichem Weg anhand eines

¹⁹ Wettbewerbskommission (2012): Recht und Politik des Wettbewerbs. Jahresbericht des Preisüberwachers 2012.

Fragebogens statt. Dabei unterstehen die Unternehmen einer Auskunft- und Mitwirkungspflicht. Die Auskunftspflicht war erst kürzlich Gegenstand eines Bundesverwaltungsgerichtsurteils.²⁰ Das Gericht hat die Beschwerde eines Alters- und Pflegeheims abgewiesen, welches die Auskunftspflicht bestritten und eine Auskunftsverfügung des Preisüberwachers angefochten hatte. Das Gericht begründete den Entscheid damit, dass Alters- und Pflegeheime dem Preisüberwacher die erforderlichen Auskünfte erteilen und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung stellen müssen, da erst basierend auf diesen Auskünften entschieden werden könne, ob der Preisüberwacher überhaupt zuständig sei respektive ob ein Preismissbrauch vorliege.

Zwei Arten von Untersuchungen kommen besonders oft zur Anwendung. Bei einer Kostenanalyse wird das Unternehmen aufgefordert, seine Daten dem Preisüberwacher in Form der Beantwortung eines Fragebogens zu liefern. Die gelieferten Daten werden anschliessend anhand von öffentlichen Daten wie Jahresberichten, Steuerdaten usw. plausibilisiert. Die Richtigkeit der Angaben, die die Unternehmen machen, wird gemäss Geschäftsführer als sehr hoch eingeschätzt, da es gemäss Artikel 24 Bst. b PüG strafbar ist, unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen. Neben einer Busse müssten die Unternehmen vor allem einen Reputationsschaden befürchten, falls der Öffentlichkeit bekannt würde, dass das Unternehmen gegenüber dem Preisüberwacher falsche Angaben gemacht hat. Die zweite Untersuchungsmethode ist ein Quervergleich, der in Form eines Benchmarkings zwischen verschiedenen Firmen und Produkten gemacht wird. Grundsätzlich sei es jedoch relativ schwierig, zwei Firmen zu finden, die etwas Gleiches herstellen, so der Geschäftsführer. Die Untersuchungskompetenzen würden dennoch als absolut genügend eingeschätzt. Weiterreichende Befugnisse könnten keine anderen oder besseren Resultate liefern. Artikel 13 PüG legt die Beurteilungselemente fest, die bei der Prüfung berücksichtigt werden müssen.²¹

Durchsetzung

Wenn ein Preismissbrauch festgestellt worden ist, wird mit dem betroffenen Unternehmen eine einvernehmliche Regelung angestrebt, um eine Preissenkung, eine reduzierte Preiserhöhung oder eine zeitliche Verschiebung der Preiserhöhung zu erreichen. Falls keine einvernehmliche Regelung mit dem Unternehmen zustande kommt, kann der Preisüberwacher per Verfügung die Preissenkung durchsetzen. Gemäss Artikel 23 PüG wird mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich eine verfügte Preissenkung nicht vornimmt, trotz Untersagung einen Preis erhöht oder einvernehmlich geregelte Preise überschreitet. Mit einer Busse von bis zu 20'000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich der Auskunftspflicht nicht nachkommt oder unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Art. 24 PüG).

Andere oder weitere Befugnisse

Im Gegensatz zu den privaten Unternehmen kann der Preisüberwacher im Fall, dass politische Behörden (d.h. Regierungen oder Parlamente von Bund, Kantonen und Gemeinden) für die Preise verantwortlich sind, gemäss Artikel 14 PüG lediglich Empfehlungen zu den von den Behörden vorgelegten Tarifvorlagen abgeben. Da es sich um ein

²⁰ Bundesverwaltungsgericht (2012): Urteil vom 5. März 2012. B-5436/2011.

²¹ Es sind dies die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne, die Kostenentwicklung, besondere Unternehmerleistungen sowie besondere Marktverhältnisse.

Empfehlungsrecht handelt, müssen die politischen Behörden den Empfehlungen nicht nachkommen. Die gleiche Regelung gilt gegenüber den so genannten anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungsbehörden gemäss Artikel 15 PüG.

Eine der wichtigsten Aufgaben des Preisüberwachers ist die Orientierung der Öffentlichkeit über seine Tätigkeit (Art. 4 Abs. 3 PüG). Durch die starke Transparenz und Präsenz des Preisüberwachers in den Medien soll die präventive Wirkung des Gesetzes verstärkt werden. Der Preisüberwacher informiert deshalb die Medien und die Öffentlichkeit laufend über seine Tätigkeiten und die Resultate seiner Untersuchungen. Einen Gesamtüberblick vermitteln die in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW) erscheinenden Jahresberichte. Die wichtigsten Empfehlungen und einvernehmlichen Regelungen sowie alle formellen Entscheide werden auf der Homepage des Preisüberwachers publiziert und laufend aktualisiert. Diese und weitere Neuigkeiten werden in einem zirka 2-monatlich erscheinenden Newsletter publiziert und in einem Blog dokumentiert.

Stellung von Geschädigten/Dritten

Gemäss Artikel 21 PüG haben Konsumentenorganisationen ein Beschwerderecht, welches jedoch nur im Rahmen von Verfügungen eingesetzt werden kann. Eine Konsumentenorganisation könnte somit beispielsweise einen Entscheid des Preisüberwachers anfechten, wenn sie der Ansicht ist, dass die verfügte Preissenkung nicht genügend hoch ausfällt. Ebenfalls Gebrauch machen kann sie von ihrem Beschwerderecht, wenn beispielsweise ein Unternehmen die vom Preisüberwacher verfügte Preissenkung vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechtet und Recht bekommt. Dann könnte anschliessend die Konsumentenorganisation den Entscheid vor das Bundesgericht weiterziehen. Grundsätzlich wurde das Beschwerderecht der Konsumentenorganisationen bis anhin noch praktisch nie genutzt, da es generell sehr selten zu Verfügungen kommt. Da jedoch gemäss Artikel 5 PüG die Preisüberwachung in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen erfolgen muss, steht der Preisüberwacher in diesem Rahmen mit den Konsumentenorganisationen in regelmässigem Kontakt.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Gegen einen Entscheid des Preisüberwachers kann ein Unternehmen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht einlegen (Art. 20 PüG). Gegen dessen Entscheid kann Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden.

3.1.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Im Jahr 2012 belief sich die Anzahl Meldungen aus der Öffentlichkeit auf rund 2'800. Rund 20 Prozent davon betrafen die Post, gefolgt von Beanstandungen betreffend Preise im Bereich der Telekommunikation (14%) sowie im Gesundheitswesen (11%). Die Anzahl Meldungen steigt tendenziell von Jahr zu Jahr. Im gleichen Jahr kam es zu 30 Untersuchungen in verschiedenen Branchen, die entweder aufgrund von Beobachtungen des Preisüberwachungsbüros oder von Bürgermeldungen eröffnet wurden. Da der Wunsch besteht, flexibel auf aktuelle Begebenheiten reagieren zu können, gibt es keine festgelegte Anzahl Untersuchungen pro Jahr, die durchgeführt werden müssen. Der Preisüberwacher legt aber Jahresziele in Form von Fokusbranchen fest, die dann vertieft untersucht werden. Die von den politischen Behörden zur Stellungnahme vorgeleg-

ten Tarifvorlagen gemäss Artikel 14 und 15 PüG beliefen sich 2012 auf rund 420. Davon gab der Preisüberwacher in rund 100 Fällen eine Empfehlung ab.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Im Rahmen der 30 Untersuchungen kam es bei zwölf Unternehmen zu einer einvernehmlichen Regelung, bei sechs Unternehmen wurde hingegen kein Preismissbrauch festgestellt. Die restlichen 12 Untersuchungen konnten im Laufe des Jahres 2012 noch nicht abgeschlossen werden. Zu Verfügungen kommt es generell äusserst selten, da die Unternehmen Reputationsschäden befürchten. Ein Verwaltungsstrafverfahren gemäss Artikel 25 hat es bis anhin erst einmal gegeben.

Dauer Kontrollprozess

Die Dauer der Abklärungen variiert je nach Dossier. Grundsätzlich ist die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen entscheidend. So kann der Einbezug von AnwältInnen eine Vervielfachung des Aufwands bedeuten, während sich bei wiederholenden Abklärungen auch eine gewisse Routine einspielen kann, was wiederum eine Effizienzsteigerung auf beiden Seiten zur Folge haben kann.

3.1.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Im Jahr 2012 kam es in den untersuchten privaten Unternehmen zu 12 einvernehmlichen Regelungen und zu keinem formellen Entscheid. Von den rund 100 Empfehlungen, die an politische Behörden abgegeben wurden, wurde gemäss grober Schätzung des Geschäftsführers atypischerweise weniger als ein Drittel befolgt²² (in normalen Jahren: ca. zwei Drittel befolgt, 15 bis 20% teilweise befolgt sowie ca. 15% nicht befolgt). Bei Nichtbefolgung dieser Empfehlungen stehen dem Preisüberwacher keine weiteren Mittel zur Verfügung. Er kann jedoch die Öffentlichkeit darüber informieren und so je nachdem eine politische Diskussion auslösen.

Die Dauer der Wirkungsentfaltung ist bei einer einvernehmlichen Regelung relativ kurz, da der Preis innert kürzester Zeit gesenkt werden muss. Dies ist ein Grund, warum bei den Untersuchungen eine einvernehmliche Regelung gesucht wird; so können die Konsumentinnen und Konsumenten rasch von der Änderung profitieren. Hingegen kann es im Falle einer Verfügung aufgrund der Rechtsmittel Jahre dauern, bis die Preise gesenkt werden.

Weitere Wirkungen

Dem PüG wird eine starke präventive Wirkung attestiert. Wichtigstes Element dabei bildet bei den privaten Unternehmen die Möglichkeit des Preisüberwachers, die Öffentlichkeit über die Untersuchungen zu informieren, sowie die damit zusammenhängenden allfälligen Reputationsschäden. Bei den politischen Behörden wirkt eher der unter Umständen anfallende Verwaltungsaufwand präventiv.

²² 2012 sind besonders viele Empfehlungen auf Basis einer neuen Gesetzgebung im KVG ergangen, welche von den Kantonen nicht befolgt wurden. Die entsprechenden Fälle werden nun teilweise vom BVGer zu entscheiden sein, da in diesem Spezialfall ein Rekursrecht der Krankenkassen besteht.

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Mit einem jährlichen Budget von rund 3 Millionen Franken können je nachdem weit über 300 Millionen Franken pro Jahr an Einsparungen für die Konsumentinnen und Konsumenten erreicht werden. Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag wird dementsprechend vom Geschäftsführer der Preisüberwachung als hervorragend eingeschätzt. Da die Steuerzahlenden direkt von Preissenkungen profitieren würden, bestehe auch eine hohe Legitimität in der Öffentlichkeit.

3.2 EIDGENÖSSISCHE SPIELBANKENKOMMISSION

Im Jahr 1993 wurde über die Aufhebung des Spielbankenverbots sowie über die Schaffung eines neuen Verfassungsartikels abgestimmt. Argumente wie Mehreinnahmen für die AHV, ein Konzessionssystem sowie eine strenge staatliche Aufsicht überzeugten die Mehrheit der Schweizer Stimmberechtigten, was in der hohen Zustimmung zur Vorlage zum Ausdruck kam. Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung (BV) von 1999 wurden die Bestimmungen über Glücksspiele in Artikel 106 BV überführt. Die wirtschaftliche Bedeutung der Spielbanken in der Schweiz ist beträchtlich, da der Bund per Gesetz auf die Bruttospielerträge der Spielbanken eine Spielbankenabgabe erhebt, die in erster Linie in den Ausgleichsfonds der AHV fließt.²³ Die Abgaben beliefen sich in den letzten zehn Jahren auf 400 bis 500 Millionen Franken pro Jahr.

3.2.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Die gesetzlichen Grundlagen im Bereich der Spielbankenaufsicht sind im Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52) definiert und werden in der dazugehörigen Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken vom 24. September 2004 (Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521) konkretisiert. Des Weiteren sind die Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) über Überwachungssysteme und Glücksspiele (Glücksspielverordnung, GSV, SR 935.521.21) sowie die Verordnung der Eidgenössischen Spielbankenkommission über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Geldwäschereiverordnung ESBK, GwV ESBK; SR 955.021) von Bedeutung. Gemäss Artikel 2 SBG ist der Zweck des Gesetzes sowohl die Gewährleistung eines sicheren und transparenten Spielbetriebs als auch die Verhinderung der Kriminalität und der Geldwäscherei in oder durch Spielbanken sowie die Vorbeugung gegen sozialschädliche Auswirkungen des Spielbetriebs. Glücksspiele dürfen nur in einer konzessionierten Spielbank angeboten werden. Die Standort- und Betriebskonzessionen werden auf Antrag der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) vom Bundesrat für die Dauer von 20 Jahren vergeben. Die Konzessionärinnen müssen die gesetzlichen Auflagen in Bezug auf die Trägerschaft, Transparenz und Sicherheit des Spielbetriebs, Sozialschutz und Verhinderung der Kriminalität und Geldwäscherei erfüllen.

²³ Die Spielbankenabgabe der Grand Casinos (A-Konzession) fließt zu 100 Prozent in die AHV, diejenige der Kursäle (B-Konzession) zu 60 Prozent in die AHV und zu 40 Prozent an den Standortkanton.

Reichweite

Das SBG regelt gemäss Artikel 1 „das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile sowie die Konzessionierung, den Betrieb und die Besteuerung der Spielbanken“. Dabei wird eine Spielbank definiert als „eine Unternehmung, die gewerbmässig Gelegenheit zum Glücksspiel anbietet“ (Art. 7 SBG). In der Schweiz gibt es heute 21 Spielbanken. Es handelt sich folglich um ein Kontrollsystem, welches sich auf die Beaufsichtigung einer vergleichsweise kleinen, konzessionierten Branche beschränkt. Die regulären Kontroll- beziehungsweise Aufsichtsmaßnahmen erfolgen periodisch bei jedem dieser Unternehmen. Der Bereich der Spielbankenaufsicht ist grundsätzlich stark reglementiert, da die Spielbanken verschiedenste, in der Gesetzgebung genau festgelegte Anforderungen erfüllen müssen. Diese betreffen die Betriebsführung und die innerbetriebliche Kontrolle.

Die ESBK ist ausserdem zuständig für die Verfolgung des illegalen Glücksspiels. Dieser Bereich wird jedoch in der vorliegenden Fallstudie ausgeklammert.

Vollzugskompetenz

Das Sekretariat ist zuständig für die Beaufsichtigung der Spielbanken sowie die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen. Die Kommission ist beispielsweise für die Suspension oder den Entzug einer Konzession oder das Aussprechen von Sanktionen zuständig. Im Geschäftsreglement der ESBK (SR 935.524) werden deren Organisation und Funktionsweise geregelt.

Organisation der Behörden

Der Bundesrat wählt die fünf bis sieben Mitglieder der ESBK und bezeichnet den oder die PräsidentIn. Alle Mitglieder dieser ausserparlamentarischen Milizkommission müssen unabhängige Sachverständige sein. Die Kommission tagt ungefähr zehn Mal pro Jahr. Das ständige Sekretariat, welches der Kommission zur Seite steht, besteht aus zwei Abteilungen und zwei Diensten, die Leitung liegt bei einem Direktor. Es übt die unmittelbare Aufsicht über die Spielbanken aus, instruiert die Straffälle und erlässt Verfügungen und Entscheide, soweit diese Kompetenz von der Kommission an das Sekretariat delegiert wurde. Ausserdem bereitet es die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht deren Entscheide.²⁴ Im Aufsichtsbereich erledigt das Sekretariat die meisten Aufgaben selbstständig, sobald aber gewichtige Entscheide wie zum Beispiel das Anordnen von Massnahmen nach Artikel 50 SBG anstehen, leitet das Sekretariat zwar die Untersuchung, die Entscheide werden aber von der Kommission getroffen. Im Bereich der Verwaltungssanktionen (Art. 51 SBG) und im Verwaltungsstrafrechtsbereich (Art. 57 SBG) ist diese Funktionentrennung kategorisch: Hier ist das Sekretariat untersuchende respektive verfolgende, die Kommission urteilende Behörde.

Die Aufgabenteilung zwischen der Kommission und dem Sekretariat wird vom Direktor des Sekretariates als ideal erachtet. Die Unabhängigkeit der Kommission garantiere eine gewisse Autonomie gegenüber den Spielbanken und den Bundesbehörden. Da es im Spielbankengeschäft zum Teil um sehr hohe Geldbeträge gehe, sei es zudem von Vorteil, ein Gremium mit unabhängigen Fachpersonen zur Seite zu haben, welches den Sachverhalt nochmals prüfen kann und dann entscheide. Die Zusammensetzung der

²⁴ Geschäftsreglement der Eidgenössischen Spielbankenkommission, Artikel 9.

Kommission aus Fachpersonen aus unterschiedlichen Bereichen begünstige die Legitimität der Entscheide und werde ausserdem vom Sekretariat auch hinsichtlich der Möglichkeit des Bezugs zu spezifischen fachlichen Auskünften sehr geschätzt.²⁵

Die ESBK führt in allen Spielbanken jährlich mehrere thematisch unterschiedliche Inspektionen durch. Für regelmässig anstehende Routineprüfungen (z.B. an Spielautomaten) kann sie zudem auf Personal der Kantone zurückgreifen.²⁶ Die ESBK hat die Standortkantone um Zusammenarbeit ersucht. Mit den meisten Kantonen konnte eine Vereinbarung abgeschlossen werden. Die Kantone stellen der ESBK Personen aus der jeweiligen Kantonsverwaltung zur Unterstützung der Aufsichtstätigkeit zur Verfügung. Diese besuchen die jeweils ansässige Spielbank im Durchschnitt einmal pro Monat, um einfache Prüfungen, zum Beispiel an den Spielautomaten, vorzunehmen. Anschliessend liefern sie der ESBK einen Bericht. Damit sichergestellt ist, dass die Prüfungen in allen Kantonen gleich ablaufen, stellt die ESBK den kantonalen InspektorInnen Checklisten zur Verfügung, die jährlich angepasst werden. Ausserdem findet einmal pro Jahr ein Erfahrungsaustausch zwischen den kantonalen InspektorInnen und der ESBK statt.

Ressourcen

Die personellen Ressourcen des Sekretariats beliefen sich im letzten Jahr auf 34 Vollzeitstellen. Die Hälfte der Ressourcen, also 17 Vollzeitstellen, wird für die Abteilung Aufsicht über die Spielbanken eingesetzt. Die ESBK verfügte 2011 über ein Budget von rund 8 Millionen Franken, was als ausreichend betrachtet wird für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags. Im Durchschnitt werden rund 40 Prozent der gesamten Kosten der ESBK von der Aufsichtsabgabe der Spielbanken gedeckt. Die Aufsichtsabgabe wird aufgrund der Bruttospielerträge berechnet, die die Spielbanken im Laufe der vorhergehenden Abgabeperiode erzielt haben.²⁷ Die Bestimmung der Aufsichtsabgabe ist ein von der Besteuerung der Bruttospielerträge unabhängiger Vorgang.

Deklarationspflichten

Das geltende Aufsichts- und Kontrollkonzept wurde bereits in der Botschaft zum SBG (BBl 1997 III S. 145 ff., Ziff. 153.6) beschrieben. Es basiert auf der Erkenntnis, dass es für den Bund erfolgversprechender und kostengünstiger ist, den Spielbankunternehmen die Kontroll- und Überwachungsfunktion voll zu übertragen, statt selber vor Ort den Spielbetrieb und die damit zusammenhängenden finanziellen Transaktionen zu überwachen. So haben die Konzessions- und Aufsichtsbehörden unter anderem eine strenge Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen durchzuführen, während der Dauer der Konzession für deren Überprüfung zu sorgen und in Bezug auf Spielbetrieb, Sozialschutz und Geldwäscherei laufend die Qualität und die Wirksamkeit des spielbankeninternen Kontrollsystems zu beurteilen. Eine Aufsicht vor Ort muss stichprobenartig

²⁵ Die aktuelle Zusammensetzung der ESBK: Präsident: Hermann Bürgi (alt Ständerat, alt Regierungsrat, Dr. iur., Rechtsanwalt); Mitglieder: Véronique Hermanjat Schulz (Direktorin von Passion for People SA und der Internationalen Schule für Touristik in Lausanne), Marianne Hilf (Strafrechtsprofessorin Universität Bern), Erwin Jutzet (Anwalt, Staatsrat, Direktor Sicherheit und Justiz des Kantons Freiburg), Sarah Protti Salmina (lic. oec. publ., dipl. Steuerexpertin), Hansjörg Znoj (Psychologieprofessor an der Universität Bern).

²⁶ In einigen Kantonen ist die Zusammenarbeit beim Justiz- und Polizeidepartement angegliedert, in anderen im Departement für Wirtschaft und Arbeit, in anderen im Bereich der Migration, der Finanzkontrolle oder der Gewerbepolizei.

²⁷ Vgl. Art. 108 bis Art. 111 sowie Art. 118 und Art. 119 VSBG.

von Zeit zu Zeit ebenfalls erfolgen. Das Hauptgewicht ist aber auf die Überprüfung der spielbankeninternen Kontroll- und Überwachungsmassnahmen zu legen, für welche die Organe und die Geschäftsleitung des Spielbankenbetriebs selber verantwortlich sind. Werden hier Schwächen und Mängel festgestellt, so fehlt es an den Konzessionsvoraussetzungen, und die Konzession kann in diesem Fall entweder entzogen, suspendiert oder eingeschränkt werden.

Eine der Grundlagen im dualistischen Aufsichtssystem ist der so genannte Erläuterungsbericht nach Artikel 76 VSBG. Dieser Bericht ist durch die Revisionsstelle der Spielbank zu erstellen und der ESBK jährlich bis spätestens vier Monate nach Abschluss des Berichtsjahrs einzureichen. Der Erläuterungsbericht umfasst neben Informationen über die allgemeine Vermögenslage auch Angaben über die Einhaltung der finanziellen Voraussetzungen für eine Konzession, die Risikoorientierung der jeweiligen Spielbank sowie die Gesetzmässigkeit, Zweckmässigkeit und Funktionalität der inneren Organisation der Spielbank unter Berücksichtigung der Überwachung und Kontrolle der Geschäftstätigkeit und Rechnungslegung durch betriebliche Organisationsmassnahmen (Art. 76 VSBG). Neben dem Erläuterungsbericht müssen die Spielbanken jährlich einen Geschäftsbericht einreichen (Art. 30 SBG) sowie einen Bericht, der Informationen liefert über die Aus- und Weiterbildung des Personals der Spielbanken, über die Umsetzung der Präventionsmassnahmen und der Früherkennung sowie Angaben über die Anzahl Spielsperren und Anzahl Spielerinnen und Spieler, die an Beratungs- und Therapiestellen verwiesen wurden (Art. 40 VSBG). Des Weiteren müssen die Spielbanken der ESBK alle wesentlichen Änderungen der Konzessionsvoraussetzungen fortlaufend melden (Art. 18 SBG). Die Kommission kann zudem unter anderem von den Spielbanken und deren Revisionsstellen die notwendigen Auskünfte und Unterlagen verlangen sowie den Revisionsstellen besondere Aufträge erteilen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt (Art. 48 Abs. 3 lit. a SBG).

Untersuchung und Durchsetzung

Die Befugnisse der ESBK anlässlich der normalen Aufsichtstätigkeit sind in den Artikeln 48 Absatz 3 und 50 SBG sowie Artikel 120 ff. VSBG definiert. Demnach kann die Kommission grundsätzlich „alle Massnahmen anordnen, die zur Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erforderlich sind“. Die Massnahmen reichen vom Einfordern von Nachweisen, Unterlagen und Informationen über die Befugnis, Bücher und Geschäftsakten einsehen zu dürfen, bis hin zur Kontrolle von Rechnungen, Bilanzen und Belegen. Neben Prüfungen im administrativen Bereich können aber auch technische Anlagen sowie Abrechnungs-, Kontroll- und Überwachungssysteme geprüft wie auch Tischspiele und Glücksspielautomaten kontrolliert werden. Die ESBK kann Prüfungen veranlassen, sichernde Massnahmen ergreifen oder Beschlagnahmen anordnen. Gemäss Angaben des Sekretariats werden alle im Gesetz definierten Befugnisse in der Praxis weitgehend ausgeschöpft und als ausreichend beurteilt.

Grundsätzlich gibt es zwei Arten von Untersuchungen, die vom Sekretariat der ESBK durchgeführt werden. Bei den Konzeptkontrollen geht es grundsätzlich um die von den Spielbanken eingereichten Pflichtmeldungen, sonstige Anzeigen, Ersuchen und Erläuterungsberichte. Diese werden von den Mitarbeitenden des Sekretariats analysiert. Je nach Dringlichkeit werden aufgrund der gemachten Feststellungen entsprechende

Massnahmen eingeleitet.²⁸ Bei der zweiten Art von Untersuchungen handelt es sich um Inspektionen vor Ort. Jede Spielbank wird im Minimum zweimal pro Jahr von zwei Equipen von in der Regel je vier Personen besucht. Die Inspektionen können angemeldet oder unangemeldet stattfinden und werden als ordentlich oder ausserordentlich eingestuft. Zu einer ausserordentlichen Kontrolle kommt es, wenn im Rahmen einer ordentlichen Kontrolle ein spezieller Sachverhalt aufgedeckt wurde oder wenn die Kommission Hinweise auf Unstimmigkeiten in einzelnen Unternehmungen erhalten hat. Die Kosten für eine ausserordentliche Untersuchung müssen von der betroffenen Spielbank übernommen werden. Bei Bedarf können externe Expertinnen und Experten beigezogen werden. Zur Überprüfung der Implementierung der beanstandeten Massnahmen kann das Sekretariat erneut eine Kontrolle durchführen. Es gibt aber beispielsweise auch die Möglichkeit, dass die Spielbanken durchgeführte Anpassungen mit Akten oder mit Videoaufnahmen belegen. Grundsätzlich variiert der Kontrollprozess von Fall zu Fall je nach Sachlage.

Strafbestimmungen

Die Möglichkeit, Verwaltungssanktionen auszusprechen, wird in Artikel 51 SBG definiert. Demnach wird eine Spielbank mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet, wenn sie zu ihrem Vorteil gegen die Konzession oder gegen eine rechtskräftige Verfügung verstösst. Liegt kein Gewinn vor oder kann er nicht festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 20 Prozent des Bruttospielertrags im letzten Geschäftsjahr. Ergangene Sanktionsentscheide werden publiziert (anonymisiert).

Im SBG sind ebenfalls Strafbestimmungen definiert (Art. 55 f. SBG). Für Vergehen können Bussen bis zu einer Million Franken oder Gefängnisstrafen von bis zu einem Jahr ausgesprochen werden. Bei Übertretungen liegt die Höhe der Busse bei maximal 500'000 Franken oder Haft. Unter Übertretungen fallen neben Belangen hinsichtlich des Spielbetriebs auch die Verletzung der Meldepflicht oder die Unterlassung der Aufforderung der Kommission, den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen oder Missstände zu beseitigen.

Andere oder weitere Befugnisse

Die ESBK hat die Befugnis, einer Spielbank die Konzession zu entziehen oder zu suspendieren. Von dieser Massnahme wurde jedoch bis anhin noch nie Gebrauch gemacht. Auch von der Möglichkeit der Bekanntmachung einer nichtbefolgten Verfügung wurde noch nie Gebrauch gemacht.

Rechtsmittel

Die Spielbanken können gegen die aufsichtsrechtlichen Verfügungen der ESBK Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht einlegen.²⁹ Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können auch von der Kommission an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 48 Abs. 3 lit. e SBG, Behördenbe-

²⁸ Eidgenössische Spielbankenkommission (2010): Jahresbericht 2011.

²⁹ Nicht der Beschwerde unterliegen die Entscheide des Bundesrates über die Erteilung der Spielbankenkonzessionen, vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. h Verwaltungsgerichtsgesetz.

schwerde). Der Rechtsweg im Strafbereich richtet sich nach Verwaltungsstrafrechtsgesetz (SR 313.0).

3.2.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Von der Kommission werden jährlich strategische Ziele für den Bereich Aufsicht festgelegt, während die operativen Ziele (Anzahl Untersuchungen, inkl. Inhalt und Umfang der Untersuchungen) vom Direktor des Sekretariats definiert werden.

Im Jahr 2011 gab es 50 ordentliche und sechs ausserordentliche Inspektionen sowie im Rahmen der Zusammenarbeitsvereinbarungen mit den Kantonen 116 Inspektionen, die von kantonalen Behörden durchgeführt wurden. 2011 fanden demnach in den 19 Spielbanken insgesamt 172 Inspektionen statt.³⁰ Die Anzahl Inspektionen oder Vor-Ort-Kontrollen blieb über die Jahre hinweg relativ konstant. Im Bereich Sozialkonzept wurden im Jahr 2011 insgesamt 24 Inspektionen durchgeführt. Dabei standen die Früherkennung von Spielproblemen, die Kenntnisse der Mitarbeitenden über das Thema sowie die Anordnung und Aufhebung von Spielsperren im Vordergrund.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Das Sekretariat erliess 2011 insgesamt 282 Verfügungen, wovon die meisten Änderungen des Spielangebots betrafen. Jährlich wird ungefähr eine Sanktionsverfügung ausgesprochen und da es dabei prinzipiell um hohe Sanktionsbeträge geht, legen die Spielbanken oft Beschwerde ein.

Dauer Kontrollprozess

Im alljährlich neu zu definierenden Inspektionskonzept werden der Inspektionsinhalt und -umfang sowie die jeweilige Vorgehensweise festgelegt. Dabei kann es in gewissen Fällen zu mehrtägigen und/oder unangemeldeten Inspektionen kommen.

3.2.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Gemäss Angabe des Sekretariats werden, abgesehen von wenigen Ausnahmen, die Verfügungen der ESBK von den Spielbanken akzeptiert.

Weitere Wirkungen

Präventive Wirkungen zeigt das Gesetz vor allem im Bereich der Kriminalität, insbesondere der Geldwäscherei, sowie im Bereich der Sozialmassnahmen. Das Risiko von Geldwäscherei ist in einer Spielbank nicht sehr gross. Hingegen hat sich gezeigt, dass der Durchsetzung des Sozialschutzes besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muss.

Grundsätzlich war man zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes der Ansicht, dass das Spielbankengesetz „der ESBK als Aufsichtsbehörde die nötigen rechtlichen Mittel in die Hand gebe, um einerseits dafür zu sorgen, dass die Spielbanken ihr Geschäft im

³⁰ Eidgenössische Spielbankenkommission (2012): Jahresbericht 2011.

Einklang mit Buchstaben und Geist des Gesetzes führen, und andererseits das illegale Glücksspiel in Grenzen zu halten“.³¹

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Die Befürchtungen, dass die mit dem Glücksspiel um Geld verbundenen sozialen Probleme durch den Betrieb der Spielbanken grösser werden, haben sich nicht bewahrheitet. Gemäss ESBK sei es sogar „ein wesentlicher Vorteil der heutigen Lösung, dass die Geldspielautomaten mit dem Spielbankengesetz in die Spielbanken konzentriert wurden, wo mit der Anwendung der Sozialkonzepte bessere Ansätze zur Verhütung der sozialschädlichen Auswirkungen des Geldspiels realisiert werden können als ausserhalb“.³² Bis heute kam es zu total zirka 5'000 Spielsperren. Grundsätzlich bestehen nach Angaben der ESBK im Bereich des Sozialschutzes vor allem Probleme bei der Früherkennung.

3.3 FLANKIERENDE MASSNAHMEN ZUR PERSONENFREIZÜGIGKEIT IM KANTON BASEL-STADT

Um Erwerbstätige vor dem Risiko von missbräuchlichen Unterschreitungen der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen, wurden am 1. Juni 2004 die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (FlaM) eingeführt. Das SECO ist die für den Vollzug der FlaM zuständige Aufsichtsbehörde. Mit der Kontrolltätigkeit werden verschiedene Vollzugsorgane in den Kantonen betraut. Anhand des Kantons Basel-Stadt sollen diese exemplarisch dargestellt werden.

3.3.1 KONZEPT UND VOLLZUG

ArbeitgeberInnen müssen Arbeitnehmenden, die im Rahmen der Personenfreizügigkeit in der Schweiz arbeiten, die Lohn- und Arbeitsbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrats, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind.³³ Die FlaM ermöglichen den Kantonen, Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung dieser minimalen und üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzuführen. Ausserdem sehen sie die allgemeine Beobachtung des Arbeitsmarkts vor. Die gesetzlichen Grundlagen dazu bietet das Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20).³⁴ Die dazugehörige Verordnung über die in der Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV; SR 823.201) konkretisiert die gesetzlichen Ausführungen. Der Kanton Basel-Stadt erliess am 2. Dezember 2003 eine Verordnung zum Bundesgesetz (SR-BS 812.900).

³¹ Eidgenössische Spielbankenkommission (2010): Jahresbericht 2009.

³² Eidgenössische Spielbankenkommission (2011): Jahresbericht 2010.

³³ Dies umfasst die Bereiche minimale Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeiten, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann (Art. 2 EntsG).

³⁴ Die gesetzlichen Neuerungen ab 1.1.2013 hinsichtlich selbstständig Erwerbende werden in der vorliegenden Fallstudie nicht miteinbezogen.

Reichweite

Das Entsendegesetz gilt für alle von einem/einer ArbeitgeberIn mit Sitz im Ausland in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie von einem EU-, EFTA- oder Drittstaat entsendet werden. Ebenfalls keine Rolle spielt die Dauer der Entsendung sowie die Art der Branche. Das Gesetz regelt zwei Arten von Entsendung: Entweder entsendet der/die ausländische ArbeitgeberIn seine Arbeitnehmenden in die Schweiz, um hier in seinem/ihrem Namen und auf seine/ihre Rechnung eine Arbeitsleistung zu erbringen. Oder der/die ausländische ArbeitgeberIn entsendet Arbeitnehmende vorübergehend in eine schweizerische Niederlassung oder einen Betrieb in der Schweiz, der zur Unternehmergruppe des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gehört.³⁵ Die entsandten Arbeitnehmenden bleiben aber in beiden Fällen dem Arbeitsvertrag unterstellt, den sie mit ihrem/ihrer ausländischen ArbeitgeberIn abgeschlossen haben. Unabhängig davon sind gemäss Entsendegesetz jedoch die in der Schweiz geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen zwingend einzuhalten (Art. 2 EntsG).

Vollzugskompetenz und Organisation der Behörden

Im Bereich der FlaM herrscht ein Vollzugsdualismus. Für die Kontrollen bei Branchen ohne allgemein verbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag (nicht ave-GAV) sind die *Tripartiten Kommissionen (TPK)* der Kantone zuständig (Art. 7 Abs. 1 Bst. b EntsG). Im Kanton Basel-Stadt trifft sich die als Milizkommission organisierte TPK viermal pro Jahr und besteht aus neun Mitgliedern: je drei Vertreterinnen und Vertreter der Organisationen der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden sowie des Kantons. Sie werden vom Regierungsrat gewählt. Die Zusammensetzung der TPK wird als positiv bewertet, da so die Entscheide konsensorientiert und breit politisch abgestützt sind. Die sogenannten TPK-Kontrollen werden im Kanton Basel-Stadt vom Amt für Arbeit und Wirtschaft (AWA) durchgeführt. Ausserdem ist die TPK zuständig für die generelle Beobachtung des Arbeitsmarkts (Art. 11 Abs. 1 Bst. c EntsV). Das Sekretariat der Kommission wird vom AWA geführt.³⁶ Im Rahmen der generellen Beobachtung des Arbeitsmarkts legt die TPK jährlich Fokusbranchen fest, die vom AWA im Rahmen sogenannter Branchenerhebungen vertieft untersucht werden. Ausserdem legt sie die Bandbreite der orts- und branchenüblichen Löhne fest.

Für die Kontrollen bei Branchen mit einem allgemein verbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) sind die *Paritätischen Kommissionen (PK)* zuständig (Art. 7 Abs. 1 Bst. a EntsG). Eine Paritätische (Berufs-)Kommission setzt sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Die Einsetzung einer PK erfolgt im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags, da ein GAV zwischen Arbeitgebenden oder ihren Verbänden und Arbeitnehmendenverbänden abgeschlossen wird. Im Kanton Basel-Stadt werden die ave-GAV-Kontrollen grösstenteils von der Baustellenkontrolle Basel (BASKO) durchgeführt. Die BASKO ist ein Verein, der mittels Leistungsvereinbarungen für die Paritätischen Kommissionen die Durchführung des Grossteils der Kontrollen übernimmt. Der Verein wurde 2005 gegründet mit dem Zweck, für Wettbewerbsgleichheit im Bauhaupt- und Ausbaugewerbe im Kanton Basel-Stadt mittels Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen, insbesondere

³⁵ SECO (2008): Kommentar flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. S. 8.

³⁶ In einigen Kantonen werden die TPK-Kontrollen an einen Arbeitsmarktkontrollverein ausgelagert, so zum Beispiel in den Kantonen Zürich und Bern.

der allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge, zu sorgen. Neben der Kontrolltätigkeit im Rahmen des Entsendegesetzes führt die BASKO auch Kontrollen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit durch.

Um den Vollzug der FlaM in den Kantonen möglichst einheitlich zu gestalten, hat das SECO zum Vorgehen beim Vergleich zwischen dem Lohn des inländischen Arbeitnehmenden und dem Lohn des entsandten Arbeitnehmenden eine Weisung herausgegeben.³⁷ Ausserdem organisiert das SECO Schulungen zur Durchführung der Arbeitsmarktkontrollen und publiziert die Schulungsunterlagen. Des Weiteren veröffentlicht das SECO jedes Jahr einen Bericht über den Vollzug der FlaM.³⁸

Die Arbeitgebenden werden vom AWA aktiv über die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen informiert, indem sie beispielsweise im Rahmen des Meldeverfahrens auf die Homepage des SECO verwiesen werden. Bei Grossveranstaltungen wie der Herbstmesse und dieses Jahr erstmals bei der Baselworld (Uhren- und Schmuckmesse) werden die Schausteller respektive Standbauer von Seiten des AWA informiert, dass es in der Schweiz Mindestlöhne gibt und die Unternehmen bei Nichteinhaltung sanktioniert werden. Da gemäss Aussage des AWA aufgrund dieser Informationsoffensiven viele Nachfragen und Rückmeldungen beim AWA eingehen, wird deren Nutzen als gross eingeschätzt.

Ressourcen

Das SECO übernimmt 50 Prozent der Lohnkosten, welche beim AWA für die Durchführung der vorgegebenen 530 Kontrollen anfallen. Gemäss Angaben des AWA reichen die Ressourcen für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags grundsätzlich aus. Im AWA werden 360 Stellenprozente für den Vollzug der FLAM eingesetzt, bei der BASKO schätzungsweise zwischen 400 und 500 Stellenprozente.

Deklarationspflichten

Die Arbeitgebenden unterstehen beim Einsatz von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einer Meldepflicht. Sie müssen dem AWA mindestens acht Tage vor Beginn des Arbeitseinsatzes Angaben über die Identität der Person, die Art der ausgeführten Arbeit sowie den Arbeitsort liefern (Art. 6 EntsG). Die Meldepflicht ist für Unternehmen aus den folgenden Branchen ab dem ersten Tag der Dienstleistung obligatorisch: Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Hotel- und Gastgewerbe, Reinigungsgewerbe, Überwachungs- und Sicherheitsdienst, Reisenden- sowie Erotikgewerbe. Werden Arbeitnehmende aus anderen Bereichen in die Schweiz entsandt, besteht die Meldepflicht, wenn die Ausübung der Dienstleistung mehr als acht Tage in einem Kalenderjahr erfordert.³⁹ Das AWA leitet die eingegangenen Meldungen aus dem Bereich ave-GAV an die zuständigen Paritätischen Kommissionen weiter.

³⁷ SECO (2012): Weisung „Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich“ vom 21. Dezember 2012.

³⁸ SECO (2013): FlaM-Bericht vom 26. April 2013.

³⁹ Massgeblich ist dabei die effektive Dauer der Arbeit in der Schweiz, dementsprechend ist es irrelevant, ob die Arbeit ununterbrochen oder nur tageweise geleistet wird. Es besteht demnach ab dem neunten Arbeitstag in der Schweiz eine Meldepflicht. Vgl. BFM/SECO (2012): Wegleitung zum Meldeformular für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Untersuchungskompetenzen

Das AWA fordert aufgrund der vorgängig eingegangenen Meldungen die Unternehmen, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen, auf, alle für die Kontrolltätigkeit notwendigen Unterlagen einzureichen, wie beispielsweise Lohnabrechnungen, Verträge oder Lohnüberweisungen. Kontrollen vor Ort finden eher selten statt, da die benötigten Unterlagen oftmals nicht vor Ort verfügbar sind. Nach der vom AWA durchgeführten Kontrolle entscheidet die TPK aufgrund des gelieferten Berichts, ob die Löhne orts- und branchenüblich sind oder nicht. Bei den Branchenerhebungen werden alle Unternehmen einer Branche angeschrieben und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen einzureichen.

Im Auftrag der Paritätischen Kommissionen führt die BASKO im ave-GAV-Bereich Baustellenkontrollen durch. Der Kontrollauftrag wird aufgrund einer eingegangenen Entsendemeldung erteilt. Während der gemeldeten Einsatzdauer der ausländischen Firma werden die vor Ort eingesetzten Arbeitnehmenden anhand eines Standardfragebogens befragt und der zuständigen PK Bericht erstattet. Die PK entscheidet dann, ob die BASKO aufgrund von festgestellten Unstimmigkeiten eine zusätzliche, vertiefte Kontrolle (eine so genannte Lohnbuchkontrolle) durchführen soll. Das Unternehmen wird dann aufgefordert, Einblick in die Lohnbuchhaltung, die Arbeitsverträge sowie in weitere relevante Dokumente zu gewähren. Der anschliessend verfasste Bericht dient der PK dazu, beim AWA gegebenenfalls ein Sanktionsverfahren einzuleiten.⁴⁰

Durchsetzung/Strafbestimmungen

Im Bereich der *nicht allgemeinverbindlichen GAV* werden Unternehmen bei Lohnunterschreitungen im Rahmen sogenannter Verständigungsverfahren auf die orts- und branchenüblichen Löhne hingewiesen und aufgefordert, diese künftig einzuhalten. Da es in diesen Branchen keinen Mindestlohn gibt und somit keine Pflicht, einen bestimmten Lohn zahlen zu müssen, hat das AWA keine Möglichkeit, Sanktionen wie Bussen oder Sperren auszusprechen. Bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung und gescheiterten Verständigungsverfahren kann die TPK jedoch beim Regierungsrat die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines bestehenden Gesamtarbeitsvertrags beziehungsweise bei dessen Fehlen einen Normalarbeitsvertrag mit verbindlichen Mindestlöhnen beantragen.

Die Paritätischen Kommissionen sind verpflichtet, festgestellte Verstösse hinsichtlich Nichteinhaltung des Mindestlohnes bei Branchen *mit allgemeinverbindlichen GAV* an das AWA zu melden. Dieses hat die Befugnis, Verwaltungssanktionen in der Höhe von bis zu 5'000 Franken auszusprechen. Die Paritätischen Kommissionen können ausserdem bei ausländischen Unternehmen zusätzlich eine Konventionalstrafe verhängen sowie den fehlbaren Unternehmen die Kontrollkosten auferlegen. Die Strafbestimmungen sind in Artikel 12 Absatz 1 EntsG festgehalten. Demnach wird mit einer Busse von bis zu 40'000 Franken bestraft, wer die Auskunftspflicht verletzt, sich der Kontrolle widersetzt oder diese verunmöglicht, einer rechtskräftigen Dienstleistungssperre nicht Folge leistet oder systematisch und in gewinnstüchtiger Absicht gegen Bestimmungen über den Mindestlohn, die in einem Normalarbeitsvertrag vorgeschrieben sind, verstösst. Mit einer Busse bis zu einer Million Franken wird bestraft, wer einer Arbeit-

⁴⁰ Baustellenkontrolle Basel (2011): Jahresbericht 2010.

nehmerin oder einem Arbeitnehmer die in Artikel 2 genannten Mindestbedingungen systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht nicht garantiert (Art. 12 Abs. 3 EntSG).

Ausländische Unternehmen können dementsprechend auch bei einer Auskunftsverweigerung gesperrt werden (Art. 9 Abs. 2 Bst. b EntSG). Eine Sperre für ein Unternehmen in einer Branche mit ave-GAV bedeutet, dass es dem Unternehmen je nach Schwere des Verstosses untersagt ist, während einem bis fünf Jahren in der Schweiz Arbeiten auszuführen. Das SECO führt eine Liste der ArbeitgeberInnen, die gegen die Bestimmungen des Entsendegesetzes verstossen haben und infolge dessen gesperrt wurden. Diese Liste ist öffentlich im Internet einsehbar.

Es besteht keine Pflicht zur Lohnnachzahlung. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben jedoch in Branchen mit Mindestlöhnen die Möglichkeit, gegen die Unterbietung eine Klage einzureichen beziehungsweise die Durchsetzungsmechanismen gemäss GAV zu nutzen. Lohnnachzahlungen an die Arbeitnehmenden werden bei der Bemessung der Bussen berücksichtigt.⁴¹

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Bevor aufgrund eines aufgedeckten Verstosses eine Verfügung ausgesprochen werden kann, muss dem Unternehmen rechtliches Gehör gewährt werden. Die Unternehmen können anschliessend Rekurs einlegen. Die erste Rekursinstanz ist dabei der Vorsteher des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt. Der Rekurs kann anschliessend an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

3.3.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Im Jahr 2012 führte das AWA im Auftrag der TPK Lohnerhebungen bei 463 Unternehmen im nicht ave-GAV-Bereich beziehungsweise 777 Personen durch. Gemäss Angaben des AWA hat der Kanton Basel-Stadt das vereinbarte Ziel von 530 Kontrollen nach der Zählweise des Bundes mit 548,5 Kontrollen erfüllt.

Von den im Jahr 2012 14'000 gemeldeten Personen (+13% gegenüber 2011) war rund die Hälfte Arbeitnehmende von Firmen mit Sitz in der Schweiz. Bei 5'202 (37%) handelte es sich um Entsandte von Unternehmen mit Sitz im Ausland, die übrigen 11 Prozent waren selbstständige Dienstleistungserbringer aus dem Ausland. Umgerechnet in Vollzeitäquivalente entsprechen die 14'000 Entsandten 1,21 Prozent aller Beschäftigten im Kanton.⁴²

Die Baustellenkontrolle Basel führte im Jahr 2010 702 Kontrollen im Auftrag der Paritätischen Kommissionen durch. Dabei wurden in 407 Fällen Unregelmässigkeiten festgestellt. Eine Unregelmässigkeit wird dabei definiert als „festgestellte Abweichungen zwischen den Aussagen der kontrollierten Arbeitnehmenden resp. den Auswertungen bei Lohnbuchkontrollen und den Bestimmungen des geltenden ave GAV“.⁴³ Dabei

⁴¹ Das bedeutet beispielsweise, dass die normale Busse 150 Prozent von der Lohndifferenz beträgt, wenn jedoch Nachzahlungen getätigt werden, beträgt die Höhe der Busse noch 50 Prozent von der Lohndifferenz.

⁴² Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (2013): Medienmitteilung vom 23. April 2013.

⁴³ Baustellenkontrolle Basel (2011): Jahresbericht 2010.

würde jede Abweichung als Unregelmässigkeit gelten, unabhängig von ihrer Wichtigkeit oder ihrer Grösse.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Im Rahmen der TPK Lohnerhebungen wurden 26 Klärungs- beziehungsweise Verständigungsverfahren durchgeführt. Die Firmen wurden dabei auf die orts- und branchenüblichen Arbeits- und Lohnbedingungen hingewiesen und aufgefordert, diese künftig zu beachten. Aufgrund der Kontrollen bei Branchen mit ave-GAV meldeten die Paritätischen Kommissionen 2012 dem AWA 75 Unternehmen wegen Verstössen gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, das sind 14 Prozent aller kontrollierten Unternehmen. Aufgrund dieser Meldungen sprach das AWA gegenüber 32 ausländischen Unternehmen eine Busse und gegen sechs Unternehmen eine Verwarnung aus. Ausserdem wurden 20 Sperren verhängt, hauptsächlich wegen Auskunftsverweigerung. Des Weiteren wurden vom AWA 75 Bussen und 187 Verwarnungen wegen Verletzung der Meldepflicht ausgesprochen.⁴⁴ Die Paritätischen Kommissionen können selbst zusätzlich Konventionalstrafen aussprechen. Über deren Anzahl sind jedoch keine Angaben verfügbar.

Grundsätzlich kommt es nach Aussage der Interviewpartnerin des AWA nicht oft vor, dass die Unternehmen Rekurs einlegen.

Dauer Kontrollprozess

Eine Branchenerhebung, bei der alle Unternehmen einer Branche angeschrieben und aufgefordert werden, die entsprechenden Unterlagen einzureichen, dauert mit Einbezug der TPK ungefähr ein halbes Jahr. Im Rahmen des Meldeverfahrens bestehen verschiedene Fristen von zwei bis vier Wochen, die die Unternehmen einhalten müssen zum Einsenden der angeforderten Unterlagen. Grundsätzlich liefern die Unternehmen die entsprechenden Unterlagen rechtzeitig, da sie, wie oben schon beschrieben, bei einer Auskunftsverweigerung gesperrt werden können (Art. 9 Abs. 2 Bst. b EntsG).

3.3.3 WIRKUNGEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Das AWA führt eine zweite Kontrollen bei denjenigen Firmen aus nicht ave-GAV-Branchen durch, die aufgefordert wurden, die orts- und branchenüblichen Löhne künftig einzuhalten. Dabei wurde festgestellt, dass die Unternehmen dieser Aufforderung in der Regel nachkamen.

Im Bereich der Unternehmen mit ave-GAV ist grundsätzlich eine Unterscheidung zu machen zwischen ausländischen und schweizerischen Unternehmen. Ausländische Unternehmen würden nach Aussage des AWA ihre auferlegten Pflichten insbesondere dann öfters nicht erfüllen, wenn sie nicht die Absicht haben, in Zukunft erneut Arbeitnehmende in die Schweiz zu entsenden. Schweizerische Unternehmen sowie ausländische, die planen, wieder in der Schweiz Arbeiten zu verrichten, würden ihre Obliegenheiten zumeist erfüllen.

⁴⁴ Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (2013): Medienmitteilung vom 23. April 2013.

Weitere Wirkungen

Die Wirksamkeit der TPK-Kontrollen im nicht ave-GAV-Bereich wird von Seiten des AWA als relativ gering eingestuft, da die gesetzlichen Grundlagen keine weiterreichenden Befugnisse bieten als die Unternehmen aufzufordern, die orts- und branchenüblichen Lohnbedingungen einzuhalten.

Gesamtgesellschaftliche Wirkungen

Grundsätzlich ist man der Ansicht, dass die flankierenden Massnahmen eine positive Wirkung auf den Schutz der Arbeitnehmenden haben. Bis anhin wurde kein Lohndumping festgestellt, wie ursprünglich befürchtet wurde.

Die Anzahl an allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen ist stark angestiegen, was zur Folge hat, dass bei der Feststellung von Lohnunterschreitungen Sanktionen ausgesprochen werden können.

3.4 FINMA (FOKUS SELBSTREGULIERUNG IM BEREICH GELDWÄSCHEREI)

Eine weitere Fallstudie ist der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gewidmet. Wir konzentrieren uns dabei auf den Vollzug durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) im Bereich der Geldwäscherei.⁴⁵

3.4.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) setzt sich als unabhängige Aufsichtsbehörde für den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten sowie für den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ein. Sie entstand aus einer Zusammenführung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG). Die FINMA geht auf das am 22. Juni 2007 von den eidgenössischen Räten verabschiedete Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) zurück und nahm ihre Tätigkeit am 1. Januar 2009 auf.

Die Geldwäschereiregulierung soll verhindern, dass Erlöse aus einem Verbrechen in den internationalen Finanzkreislauf eingespeist, „gewaschen“ und damit legalisiert werden können.⁴⁶ Dabei fordert das Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0) von Finanzintermediären Sorgfalts- und Meldepflichten und unterstellt sie einer Aufsicht.

⁴⁵ Ein weiterer Akteur neben der FINMA und den SRO im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei ist die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) im Bundesamt für Polizei (fedpol). Sie ist die nationale Zentralstelle, welche gemäss dem Geldwäschereigesetz Verdachtsmeldungen bezüglich Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung, Gelder verbrecherischer Herkunft oder krimineller Organisationen von Finanzintermediären entgegennimmt, analysiert und allenfalls an die Strafverfolgungsbehörden weiterleitet. Sie ist damit an der Schnittstelle zwischen den Finanzintermediären und den Strafverfolgungsbehörden. Im Hinblick auf mögliche Anregungen für die Durchsetzung oder Instrumente zur Herstellung der Lohngleichheit schien die MROS nicht geeignet, da es sich hier um die Durchsetzung von Aufgaben im Bereich des Strafrechts handelt.

⁴⁶ Zulauf, U.; Eggen, M. (2013): Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zürich/St. Gallen.

Das Geldwäschereigesetz sieht für alle Finanzintermediäre entweder eine direkte Aufsicht durch die FINMA oder aber eine Aufsicht durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) vor. Das Geldwäschereigesetz betrifft dabei eine grosse Zahl von Finanzintermediären, die nicht ohnehin der prudenziellen Aufsicht durch die FINMA unterstehen. Solche Akteure des Parabankensektors sind namentlich unabhängige Vermögensverwalter, im Zahlungsverkehr tätige Gesellschaften, Treuhandgesellschaften, Anwälte, Notare, Finanzierungsgesellschaften, Wechselbüros sowie Money Transmitter.

Reichweite im Bereich Selbstregulierung

Ende 2010 gab es rund 6'892 Finanzintermediäre des Parabankensektors.⁴⁷ 380 davon wurden von der FINMA direkt beaufsichtigt, der Rest wird von einer der zwölf von der FINMA anerkannten SRO überwacht.⁴⁸ Damit sind rund 6'500 Finanzintermediäre einer SRO angeschlossen. Teilweise sind die SRO aus einem Branchenverband heraus entstanden und diesem angegliedert (z.B. die SRO des schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV).

Vollzugskompetenz

In der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0) ist festgelegt, wie die Finanzintermediäre ihre Pflichten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung umsetzen müssen. Beispielsweise ist den Finanzintermediären verboten, Vermögenswerte entgegenzunehmen, bei denen bekannt ist oder vermutet werden muss, dass diese von einem Verbrechen herrühren.

Die FINMA orientiert sich an den Eckwerten dieser Verordnung, wenn sie Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen genehmigt und als Mindeststandard anerkennt. Die Selbstregulierungsorganisationen können sich ihrerseits darauf beschränken, Abweichungen von dieser Verordnung zu regeln. Solche Abweichungen sind dabei zu kennzeichnen.

Die Vollzugskompetenz liegt dabei grundsätzlich bei der FINMA, welche jedoch durch die Beaufsichtigung der Finanzintermediäre durch die SRO ergänzt wird und diesen auch einen gewissen Spielraum im Vollzug ermöglicht (gesetzlich und behördlich gelenkte Selbstregulierung). Weiter spielen Prüfgesellschaften eine wichtige Rolle im Vollzug (Revision). So sind Finanzintermediäre, die einer SRO angeschlossen sind, in der Regel dazu verpflichtet, eine externe Prüfgesellschaft, die wiederum von der SRO zugelassen wurde, mit der GwG-Kontrolle zu beauftragen und Prüfberichte an die SRO weiterzugeben.⁴⁹ Auch die Prüfung der direkt der FINMA unterstellten Finanzintermediäre erfolgt über Prüfgesellschaften.

Organisation der Behörde und der SRO

Die FINMA ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Rechnung. Innerhalb der FINMA übernimmt die Abteilung Geldwäscherei und Analyse

⁴⁷ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

⁴⁸ FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁴⁹ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

Märkte die Aufsicht der SRO. Es obliegt dieser Abteilung, die SRO anzuerkennen oder ihnen die Anerkennung zu entziehen, die von ihnen erlassenen Reglemente zu genehmigen und dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen.

Die Reglemente der SRO konkretisieren, wie die aus dem GwG erwachsenden Pflichten zu erfüllen sind. Die konkrete Ausgestaltung der SRO erfolgt zwar nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen (in der Regel als Verein), jedoch muss die Organisation gewährleisten, dass sie die gesetzlichen Kontrollfunktionen dauernd wahrnimmt und Sanktionen durchsetzen kann, wenn die angeschlossenen Finanzintermediäre die Reglemente nicht einhalten.⁵⁰ Derzeit hat die FINMA zwölf Selbstregulierungsorganisationen anerkannt. Als Dachverband der Selbstregulierungsorganisationen im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung wurde der Verein Forum SRO gegründet. Auf der Webseite des Vereins findet sich eine kurze Vorstellung aller SRO.⁵¹

Ressourcen

Die SRO werden durch die Mitgliedsbeiträge der angeschlossenen Finanzintermediäre finanziert. Die Finanzintermediäre müssen zudem für die Kosten der Prüfgesellschaften aufkommen. Die SRO müssen wiederum eine Aufsichtsabgabe an die FINMA entrichten, welche sich insbesondere an der Zahl und Grösse der angeschlossenen Finanzintermediäre orientiert. Die Kosten der FINMA werden vollumfänglich durch die Beaufsichtigten finanziert. Bei der FINMA sind fünf Personen im Bereich der Beaufsichtigung der SRO tätig.

Deklarationspflichten und spezielle Revision

Die FINMA ist vom Gesetz her angehalten, die Selbstregulierung zu unterstützen und diese im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anzuerkennen und durchzusetzen. Die Aufgabe der SRO besteht darin, Reglemente zu erlassen, die konkretisieren, wie die aus dem GwG erwachsenden Pflichten zu erfüllen sind, und zu kontrollieren, dass die angeschlossenen Finanzintermediäre ihre Pflichten einhalten. Die SRO unterstehen ihrerseits der Aufsicht der FINMA.

Die Finanzintermediäre, die einer SRO angeschlossen sind, müssen in der Regel eine externe, von der SRO zugelassene Prüfgesellschaft mit der Kontrolle im Bereich des GwG beauftragen. Prüfberichte dieser Gesellschaften werden dann der SRO vorgelegt. Die SRO sind wiederum verpflichtet, der FINMA jährlich über ihre Tätigkeit zu berichten. Die jährlichen Berichte enthalten dann auch Informationen über Probleme, welche die SRO mit ihren Mitgliedern hatten.⁵²

Untersuchungskompetenzen

Die Überwachung der SRO liegt in der Kompetenz der Abteilung Geldwäscherei und Analyse Märkte der FINMA. Die FINMA beaufsichtigt die SRO dabei ständig und genehmigt jede Änderung ihrer Reglemente oder der verantwortlichen Personen. Es gibt dabei einen stetigen Austausch zwischen FINMA und SRO zur Prüftätigkeit bei

⁵⁰ Weber et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zürich/Basel/Genf: Schulthess.

⁵¹ <<http://www.forum-sro.ch/d/forum.index.html>>, Zugriff 13.7.13.

⁵² FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.

den angeschlossenen Finanzintermediären. Neben den jährlichen Berichten wird jede SRO zudem von der FINMA regelmässig (mindestens alle zwei Jahre) vor Ort kontrolliert.⁵³ Bei den Kontrollen untersucht die FINMA auch stichprobenartig, wie die SRO ihre Mitglieder in materieller Hinsicht beaufsichtigt. Neben den Vor-Ort-Kontrollen finden mit jeder SRO jährlich Aufsichtsgespräche statt, bei welchen ein Austausch über aktuelle Themen stattfindet und allfällige Problempunkte diskutiert werden, jedoch keine Überprüfung von Dossiers stattfindet.

Die SRO haben selbst die Kompetenz zu kontrollieren, inwiefern die angeschlossenen Finanzintermediäre ihre Pflichten gemäss den von den SRO erlassenen Reglementen einhalten. Die Kontrollen, die von den SRO durchgeführt werden, erfolgen grundsätzlich jährlich. Es gibt jedoch die Möglichkeit, dass Mitglieder beantragen, nur alle drei Jahre geprüft zu werden. Dabei wird abgewogen, wie hoch das Geldwäschereirisiko ist und inwiefern es bei den letzten Jahreskontrollen Probleme gab. Die Kontrollen der SRO werden häufig durch unabhängige Untersuchungsbeauftragte⁵⁴ ausgeführt, die bei Verdacht auf Verletzung der Sorgfaltspflichten bei der SRO Antrag auf Sanktionen gegenüber den angeschlossenen Finanzintermediären stellen können.

Durchsetzungskompetenzen

Die SRO können bei groben Sorgfaltspflichtverletzungen der ihnen angeschlossenen Finanzintermediäre ein Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Wenn ein solches Verfahren eröffnet wird, muss dies der FINMA gemeldet werden. Ein Sanktionsverfahren kann in einem Verweis, einer Geldstrafe oder einem Ausschluss des Finanzintermediärs münden. Gemäss Reglement der meisten SRO steht den Finanzintermediären die Möglichkeit offen, gegen Sanktionsentscheide der SRO ein Schiedsgericht anzurufen.⁵⁵ Der Rechtsmittelzug führt jedoch weder zur Aufsichtsbehörde noch zum Bundesverwaltungsgericht. Eine Schwierigkeit ist allenfalls darin zu sehen, dass bei einer SRO, die an einen Branchenverband angeschlossen ist, Mitglieder sowohl ordentliches Mitglied als auch Beaufsichtigter nach dem GwG sein können, was – insbesondere bei einem Ausschlussverfahren – die Gefahr von Interessenskonflikten birgt.

Die FINMA hat gegenüber den SRO eine relativ starke Durchsetzungskompetenz. So kann sie gegenüber den SRO verfügen. Das stärkste Instrument wäre der Entzug der Anerkennung einer SRO durch die FINMA, was in der Praxis aber noch nie vorkam. In der Regel zeigt die FINMA in ihren Kontrollberichten Massnahmen auf und diskutiert diese mit den SRO, welche dann Anpassungen vornehmen, ohne dass es zu Sanktionen durch die FINMA kommt.

⁵³ Bei der SRO der Anwälte und Notare erfolgt die entsprechende Kontrolle aufgrund von Geheimhaltungspflichten von Gesetzes wegen durch eine Prüfgesellschaft.

⁵⁴ Ein Teil der SRO hat eigene ständige Untersuchungsbeauftragte, die anderen SRO setzen im Bedarfsfall externe Untersuchungsbeauftragte ein.

⁵⁵ Vgl. hierzu Positionspapier der Forum SRO-GWG zur FINMA. Vgl. auch Rz. 39 im Kontroll-, Prüf- und Sanktionsreglement der SRO-SVV.

Andere oder weitere Befugnisse

Nach der Geldwäschereiverordnung-FINMA sind die Finanzintermediäre dazu verpflichtet, ihre betroffenen Mitarbeiterinnen regelmässig hinsichtlich der für sie wesentlichen Aspekte der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung auszubilden. Häufig werden solche Ausbildungen durch die SRO durchgeführt, welche dazu entsprechende Ausbildungskonzepte erstellt haben und ihre Mitglieder zur Teilnahme an den Ausbildungen verpflichten.

3.4.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Eine interne Statistik der FINMA zeigt, dass die SRO gegenüber den rund 6'500 beaufsichtigten Finanzintermediären im Jahr 2011 730 Mahnungen, 147 Verweise/Verwarnungen, 62 Konventionalstrafen und 76 Ausschlüsse ausgesprochen haben.

Die FINMA hat im Jahr 2012 ihre Aufsicht auch im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung intensiviert. So wurden zusätzlich zu den jährlichen Prüfungen der SRO vor Ort eine oder mehrere bilaterale Aufsichtssitzungen durchgeführt.⁵⁶

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Die durch SRO ausgesprochenen Massnahmen werden von den Betroffenen grossmehrheitlich akzeptiert und nur in seltenen Fällen angefochten.⁵⁷ Insgesamt funktioniert das System gut und die SRO halten sich laut Aussage der Interviewpartnerin auch an die Vorgaben der FINMA.

3.4.3 WIRKUNGEN

Die Selbstregulierung durch Private geht von der Vorstellung aus, dass Branchenteilnehmer am besten in der Lage sind, die sich zu stellenden Probleme zu lösen.⁵⁸ Vorteile werden insbesondere darin gesehen, dass Betroffene ihre Fachkompetenz einbringen können und die Nähe zwischen SRO und ihren Mitgliedern gross ist. Damit sollen Marktnähe sowie die Akzeptanz der Regulierung gesteigert werden.⁵⁹ Auch der Austausch zwischen den Mitgliedern einer SRO wird als wichtig und nützlich erachtet. Zudem kann die Mitgliedschaft eines Finanzintermediärs bei einer SRO auch als ein Qualitätssiegel betrachtet werden.

Die Kontrollstelle Geldwäscherei hat bereits 2005 vermerkt, dass die Bestrebungen der SRO im Bereich von Schulungen sicher dazu geführt hätten, dass bei den Finanzintermediären das notwendige Wissen, aber auch die Akzeptanz für die Umsetzung des Geldwäschereigesetzes geschaffen wurde.⁶⁰ Weiter wird als positiv betrachtet, dass infolge der Selbstregulierung und die damit verbundenen Konkretisierungen der Sorg-

⁵⁶ FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁵⁷ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

⁵⁸ Weber, R.H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Zürich/Basel/Genf.

⁵⁹ Zulauf, U.; Eggen, M. (2013): Finanzmarktrecht in a Nutshell. Zürich/St. Gallen.

⁶⁰ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

faltspflichten durch verschiedene Stellen, praxisnahe Lösungen gefunden werden können.⁶¹

Im Rahmen ihres dritten Länderexamens beurteilte die Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) das Schweizer Selbstregulierungssystem im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei als angemessen und als mit dem System der staatlichen Regulierung vergleichbar. Laut der FINMA erhöht die Anerkennung der SRO durch die FINMA die Legitimität, Effektivität und Glaubwürdigkeit von Selbstregulierungsnormen und trägt dazu bei, dass diese im In- und Ausland als der staatlichen Regulierung gleichwertig wahrgenommen werden.

⁶¹ Kontrollstelle Geldwäscherei (2005): Bericht der Kontrollstelle über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005.

4.1 KANADA (ONTARIO)

Die kanadische Provinz Ontario hat weltweit eine der weitgehendsten Gesetzgebungen im Bereich der Lohngleichheit von Mann und Frau.⁶² Dabei sind die folgenden Gesetze aufzuführen:

- Ontario Human Rights Code: Section 5 des Gesetzes legt als Grundsatz fest, dass jede Person ein Recht auf Gleichbehandlung im Bereich der Anstellung hat und niemand aufgrund von Rasse, Geschlecht, sexueller Orientierung, Alter usw. diskriminiert werden darf.
- Employment Standards Act: Teil XII umfasst die gesetzlichen Grundlagen für „gleichen Lohn für gleiche Arbeit“ (equal pay for equal work). Danach sind ArbeitgeberInnen verpflichtet, Männern und Frauen den gleichen Lohn zu bezahlen, wenn sie den gleichen Job im gleichen Betrieb mit gleichen Arbeitsbedingungen, Fähigkeiten, Verantwortlichkeiten und Aufwand ausüben.
- Pay Equity Act: Das Gesetz umfasst die Grundlagen für „gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ (equal pay for work of equal value). Danach sind ArbeitgeberInnen dazu verpflichtet, Ungleichheiten in der Entlohnung von Männern und Frauen in gleichwertigen Berufsgruppen zu identifizieren und zu beseitigen.

Eine Besonderheit in Kanada ist die starke Zweiteilung zwischen Pay Equity und Equal Pay. Die Gründe dafür, dass es zu dieser Trennung gekommen ist, sind politischer Natur, wobei wir eine solche Abgrenzung im Falle der Schweiz nicht als wünschenswert betrachten. Wir konzentrieren uns in der vorliegenden Fallstudie auf den Pay Equity Act, der 1988 in Kraft getreten ist. Dafür spricht, dass nur der Pay Equity Act proaktive Massnahmen der ArbeitgeberInnen zur Beseitigung einer Diskriminierung erfordert, während unter dem Employment Standards Act die Durchsetzung der Lohngleichheit in fehlbaren Betrieben auf dem Gerichtsweg erfolgen muss. Da das System in dieser Hinsicht jenem der Schweiz ähnelt, weist es weniger interessante Aspekte auf als der weitergehende Pay Equity Act. Zudem zielt der Pay Equity Act primär auf das Thema Lohngleichheit ab und behandelt dieses nicht nur als einen von vielen Aspekten auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen beziehungsweise der Diskriminierung. Auch im Hinblick darauf, dass Wirkungen der Gesetzgebung betrachtet werden sollen, scheint die Konzentration auf den Pay Equity Act sinnvoll.⁶³

Der geschlechtsspezifische Lohnunterschied lag in Ontario vor Inkrafttreten des Pay Equity Acts im Jahr 1987 bei 36 Prozent (Grundlage für die Berechnung stellen – anders als in den Fallstudien Schweden und Österreich – Jahreslöhne von Vollzeitbeschäftigten dar).

⁶² Vgl. Singh, P.; Peng, P. (2010): Canada's bold experiment with pay equity, in: Gender in Management, Vol. 25/7: 570–585.

⁶³ Gunderson (2006: 17) konstatiert, dass „conventional policies requiring equal pay for equal work have generally not had an impact on male-female wage differentials, likely because they are complaints based and restricted to comparisons within the same job and establishment“. Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, 1–21.

tigten [im öffentlichen und privaten Sektor] dar).⁶⁴ Während die statistischen Grundlagen keine Daten liefern, die einen Längsschnittvergleich der auf Diskriminierung zurückzuführenden Anteile des Lohnunterschieds ermöglichen, schätzte das Pay Equity Office 2006 die Situation folgendermassen ein: „As much as 10 to 15% of the gender wage gap is due to discrimination.“⁶⁵

4.1.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das zentrale Ziel des Pay Equity Acts ist es, „to redress systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female job classes“. Der Pay Equity Act gilt für alle ArbeitgeberInnen im öffentlichen Sektor. Im privaten Sektor sind alle ArbeitgeberInnen mit zehn und mehr Mitarbeitenden betroffen.

Vollzugskompetenz

In Kanada haben die Provinzen weitgehende Regelungs- und Vollzugskompetenzen im Bereich der Lohngleichheit. Für den Vollzug der Regelungen des Pay Equity Acts wurde die Pay Equity Commission (PEC) gegründet.

Organisation der Behörden

Die Pay Equity Commission setzt sich aus zwei Spezialbehörden zusammen: dem Pay Equity Office (PEO) und dem Pay Equity Hearings Tribunal (PEHT). Der PEC steht eine Kommissarin vor, die vom Lieutenant Governor der Provinz ernannt wird und das PEO leitet. Das PEO kennt die beiden Abteilungen Review Services und Education and Communication Services. Das PEHT hat die Aufgaben, über rechtliche Fragen hinsichtlich des Pay Equity Acts zu entscheiden. Zu einem Hearing kommt es insbesondere dann, wenn Parteien mit Entscheidungen des PEO nicht einverstanden sind. Das Tribunal wird tripartit (aus ExpertInnen, VertreterInnen von ArbeitgeberInnen, VertreterInnen von ArbeitnehmerInnen) mit neun Mitgliedern besetzt, die ebenfalls vom Lieutenant Governor ernannt werden.

Ressourcen

Im Rechnungsjahr 2010/11 lag das Budget für das PEO bei knapp 3 Millionen Franken, für das PEHT bei rund 700'000 Franken. Das PEO beschäftigt 22 Personen (alles Vollzeitmitarbeitende),⁶⁶ davon sind sieben Senior Review Officers und sechs Initial Review Officers, welche für die Durchführung von Untersuchungen bei Arbeitgebenden verantwortlich sind. Bei einer Einwohnerzahl Ontarios von knapp 13 Millionen werden somit pro EinwohnerIn etwas weniger als 30 Rappen jährlich für die PEC aufgewendet.

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Alle Betriebe im öffentlichen und privaten Sektor mit zehn und mehr Arbeitnehmenden sind gemäss dem Pay Equity Act dazu verpflichtet, ihre Löhne hinsichtlich Pay Equity zu analysieren und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen, um den gesetzlichen Bestimmungen zu entsprechen.

⁶⁴ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13.

⁶⁵ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13.

⁶⁶ Die Zahl der Planstellen liegt bei 28, was Neueinstellungen im Jahr 2013 ermöglicht.

Für Arbeitgebende mit mehr als 100 Mitarbeitenden gilt zudem die Pflicht zur Erstellung von schriftlichen *Pay Equity Plänen*. Dabei sind zunächst überwiegend männlich und weiblich dominierte Berufsgruppen zu identifizieren.⁶⁷ Der nächste Schritt sieht vor, dass anhand eines genderneutralen Vergleichssystems der Wert jeder Berufsgruppe ermittelt wird. Dieser basiert auf Fähigkeiten, Verantwortlichkeiten, Anforderungen und Arbeitsbedingungen. Das System erlaubt es beispielsweise, einer Sekretärin (mit weniger physischer Tätigkeit) und einem Hausmeister (mit weniger Verantwortung) denselben Wert zuzuordnen und diese so miteinander zu vergleichen. Danach werden männlich und weiblich dominierte Berufsgruppen mit vergleichbarem Wert herausgesucht. Wenn vergleichbare Gruppen gefunden werden, ist jede der weiblichen Gruppen berechtigt, denselben Lohn wie das männliche Äquivalent zu erhalten.⁶⁸

Die Pay Equity Pläne sind den Arbeitnehmenden oder ihren gewerkschaftlichen VertreterInnen vorzulegen. Die Arbeitnehmenden können sich innerhalb von 90 Tagen bei ihrem/ihrer ArbeitgeberIn beschweren. Wenn der Plan nicht zur Zufriedenheit der Arbeitnehmenden angepasst wird, haben diese die Möglichkeit, ihre Beschwerde an die PEC heranzutragen.

Der Pay Equity Act sieht nicht vor, dass Betriebe die Pläne von sich aus an das Pay Equity Office weitergeben. Pay Equity Pläne sind gemäss Gesetz nur einmal vorzulegen. Es besteht jedoch die Pflicht, bei Veränderungen im Unternehmen sicherzustellen, dass weiterhin den Verpflichtungen des Pay Equity Acts nachgekommen wird.

Vorlagen und Tools für die Berechnungen und die Erstellung der Pläne werden auf der Website des Pay Equity Offices zur Verfügung gestellt. Die Unternehmen können Pläne jedoch auch mit eigenen Instrumenten erstellen, sofern sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten.

Reichweite

In den Geltungsbereich des Pay Equity Acts fallen alle öffentlichen und privaten ArbeitgeberInnen mit Sitz in Ontario. Ausgenommen sind private ArbeitgeberInnen, die weniger als zehn Mitarbeitende haben. Damit sind etwa 25 Prozent aller ArbeitgeberInnen in Ontario vom Pay Equity Act betroffen, die jedoch schätzungsweise 80 Prozent der Angestellten beschäftigen.⁶⁹

Untersuchungskompetenzen

Untersuchungen können einerseits durch eine Beschwerde ausgelöst werden (Complaint Cases: Untersuchung auf Beschwerde hin). Zudem können Untersuchungen von Amtes wegen erfolgen (Monitoring Cases: Stichprobenfälle). Das PEO hat dabei weitgehende

⁶⁷ Männlich dominierte Berufsgruppen müssen mindestens 70 Prozent männliche Mitarbeitende haben, weiblich dominierte Berufsgruppen mindestens 60 Prozent weibliche Mitarbeitende.

⁶⁸ Dem Problem fehlender vergleichbarer männlich dominierter Berufsgruppen im selben Unternehmen ist man ab 1993 damit begegnet, dass Proportionate Value Comparisons und Proxy Comparisons (nur im öffentlichen Sektor) eingeführt worden sind. Vgl. dazu Gunderson, M. (2002): The Evolution and Mechanics of Pay Equity in Ontario, in: Canadian Public Policy, Vol. 28, 117–131.

⁶⁹ Eigene Berechnung nach: Ministry of Economic Development and Innovation (2012): Snapshot of Ontario's Small and Medium Enterprises.

Untersuchungskompetenzen. Untersuchungen werden durch die Review Officers durchgeführt.

Die Untersuchungen beinhalten in der Regel in einem ersten Schritt eine Kontaktaufnahme mit dem/der ArbeitgeberIn beziehungsweise mit der Partei, die sich an das PEO gewendet hat. Den ArbeitgeberInnen werden Fragebogen zugestellt, in welchen sie Auskunft geben müssen, inwieweit Pay Equity umgesetzt wird. Weiter werden sie dazu aufgefordert, Informationen (z.B. Pay Equity Pläne) an die Review Officers zu liefern.

Bei Stichproben- wie bei Beschwerdefällen besitzen die Behörden die Kompetenz, Einsicht in alle relevanten Dokumente (z.B. Lohn Tabellen, Lohnanalysen, Pay Equity Pläne) zu nehmen und den ArbeitgeberInnen Fragen zum Betrieb, zu Arbeitskräften und zu Löhnen zu stellen. Weiter sind die Review Officers befugt, mit den Angestellten zu sprechen, wenn dies als relevant zur Erhärtung des Sachverhaltes erachtet wird. Hierzu gehören dann auch Vor-Ort-Besuche von Unternehmen.

Durchsetzungskompetenzen

Wenn ArbeitgeberInnen ihren Pflichten hinsichtlich der Herstellung von Pay Equity oder hinsichtlich der Planerstellung nicht nachkommen, suchen die Review Officers das Gespräch mit den Betrieben. Es werden den Betrieben mögliche Massnahmen zur Herstellung von Lohngleichheit beziehungsweise zur korrekten Erstellung der Pläne vorgeschlagen. Ergreifen die Unternehmen von sich aus keine Massnahmen, können die Review Officers die ArbeitgeberInnen zur Durchführung von Lohnanalysen, zur Erstellung von Pay Equity Plänen, zur Anpassung von Löhnen sowie zu retroaktiven Zahlungen verpflichten. Wenn Fälle an das PEHT weitergehen, kann dieses ebenso Massnahmen gegen ArbeitgeberInnen verfügen.

Bei Verstössen gegen den Pay Equity Act kann über Sanktionen von bis zu 50'000 kanadischen Dollar (rund 47'000 CHF) verfügt werden.

Für die Beseitigung der diskriminierenden Lohnunterschiede müssen die ArbeitgeberInnen die Summe zur Erreichung von Lohngleichheit oder maximal pro Jahr ein Prozent ihrer provinzwweit ausbezahlten Lohnsumme ausschütten. Retroaktive Zahlungen gehen zurück bis zum Zeitpunkt, ab dem das Unternehmen verpflichtet gewesen ist, die Bestimmungen des Pay Equity Acts einzuhalten, also teilweise bis in die 1990er Jahre.

Andere oder weitere Befugnisse

Der Pay Equity Act zielt darauf ab, dass die ArbeitgeberInnen weitgehend von selber ihre Gesetzespflichten (Compliance) wahrnehmen (unter Einbezug der Gewerkschaften, sofern diese vorhanden sind). Eine wichtige Aufgabe der Review Officers ist es, durch die Vermittlung zwischen den Parteien ein Hearing vor dem PEHT von vornherein zu vermeiden. Mit der Education Unit des PEO wird zudem Information und Beratung zuhanden der ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, SozialpartnerInnen und interessierten Organisationen angeboten. Der Umfang des Informationsmaterials ist gross und beinhaltet unter anderem Factsheets über die Rechte und Pflichten hinsichtlich des Pay Equity Acts. Zudem werden eine Vielzahl von Seminaren und Schulungen durchgeführt. Die Kommissarin der PEC beurteilt dabei besonders die Durchführung von Online-Seminaren (Webinars) als erfolgreiches Instrument.

Rolle der Geschädigten

Die Geschädigten von Lohndiskriminierung können sich beim PEO beschweren, wenn die ArbeitgeberInnen den Vorgaben des Pay Equity Acts nicht Folge leisten (siehe oben). Wenn die Review Officers keine Einigung herbeiführen oder ArbeitgeberInnen einer Verfügung der Officers nicht nachkommen, kann eine Beschwerde an das PEHT eingereicht werden. Bei der Einreichung einer Beschwerde kann sich die Person durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (und in diesem Fall anonym bleiben). An einem Hearing kann die beschwerdeführende Person selbst teilnehmen oder sich ebenfalls vertreten lassen (durch einen Anwalt, einen Bevollmächtigten).

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Entscheide der Review Officers können an das Pay Equity Hearings Tribunal weitergezogen werden, welches eine umfassende Prüfungsbefugnis besitzt. Der Ontario Pay Equity Act erklärt dessen Entscheidungen zwar für endgültig, doch ist aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Praxis zum Constitution Act ein Weiterzug an den Ontario Supreme Court dennoch möglich. In der Praxis kommt dies sehr selten vor. Alternativ können Geschädigte auch an ein Zivilgericht gelangen; geht es nur um die Frage von Lohngleichheit, wählen die Geschädigten in aller Regel den Weg über das PEO.⁷⁰

4.1.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Das PEO hat in den letzten Jahren jeweils etwa rund 1'000 Unternehmen pro Jahr untersucht. Etwa 70 Prozent der Untersuchungen werden auf Eigeninitiative des PEO,⁷¹ 30 Prozent aufgrund von Beschwerden durchgeführt. Die Anzahl der Vor-Ort-Besuche schätzte der interviewte Review Officer für das Jahr 2012 auf 400 bis 500 Unternehmen. Laut der Kommissarin soll die Zahl der Vor-Ort-Besuche aufgrund des grossen Aufwandes aber in Zukunft sinken.⁷² Die Auswahl der Betriebe für eine Stichprobenkontrolle zielt in der Regel auf bestimmte Branchen (z.B. Einzelhandel, Gaststättengewerbe). Laut den interviewten Personen bekommen die Mitarbeitenden der PEC durch ihre tägliche Arbeit (und insbesondere durch die eingegangenen Beschwerden) ein gutes Gefühl dafür, in welchen Branchen Stichprobenkontrollen lohnend sind.

Dass Fälle vom PEO an das PEHT weitergegeben werden, weil ArbeitgeberInnen ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, kommt in der Praxis praktisch nicht vor. Insgesamt erlässt das PEO pro Jahr etwa 50 Verfügungen, ein grosser Teil davon betrifft die Herausgabe weiterer Informationen durch die ArbeitgeberInnen im Zuge der Untersuchung. Von den Complaint Cases werden über 60 Prozent beigelegt, ohne dass es eines Hearings durch das PEHT bedarf. In den letzten fünf Jahren gingen jährlich zwischen 25 und 50 Fälle an das PEHT (in der Regel handelte es sich um Fälle, die von den Parteien und nicht vom PEO an das PEHT getragen wurden).

⁷⁰ Vgl. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne. S. 334f. (noch nicht veröffentlicht).

⁷¹ Die Stichprobenkontrollen werden seit Mitte der 1990er Jahre durchgeführt und im Umfang seit 2006 verstärkt.

⁷² Es ist dabei auch auf die grossen geographischen Distanzen Ontarios hinzuweisen.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

In den Stichprobenfällen können etwa 40 Prozent der Betriebe aufzeigen, dass sie den Verpflichtungen des Gesetzes nachkommen. 60 Prozent können die Einhaltung des Gesetzes nicht nachweisen (bspw. über Pay Equity Pläne). Gründe dafür sind zum einen, dass Pay Equity nicht oder nicht bewusst implementiert wurde oder Pläne, die teilweise in den 1990er Jahren verfasst worden sind, nicht mehr verfügbar sind. Die 60 Prozent lassen sich laut dem interviewten Review Officer nochmals unterteilen: Etwa 45 Prozent halten die Bestimmungen ein, ohne dass sie Lohnanpassungen durchführen müssten (jedoch müssen sie Lohnanalysen durchführen oder Pay Equity Pläne erstellen), etwa 15 Prozent müssen zudem Lohnanpassungen vornehmen und teilweise auch rückwirkend Lohnzahlungen leisten.

Zwar ist damit das Vollzugsdefizit hinsichtlich der Erstellung der Pay Equity Pläne und auch der Lohnanalysen (die zudem ja auch nicht schriftlich festgehalten werden müssen) relativ hoch. Jedoch ist die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei Untersuchungen durch das PEO ebenfalls hoch und führt dazu, dass die Betriebe nach einer Stichprobenkontrolle in den allermeisten Fällen selber Massnahmen ergreifen, um den Verpflichtungen des Pay Equity Acts nachzukommen, und keine Verfügungen des PEO notwendig sind. Untersuchungen sind damit ein sehr effektives Instrument, um Pay Equity in den Unternehmen zu erreichen, die untersucht werden. Von der Möglichkeit, Sanktionen gegen Betriebe zu verfügen (zu den Sanktionen siehe oben), wurde in der Praxis laut den InterviewpartnerInnen bisher nie Gebrauch gemacht.

Der interviewte Review Officer geht davon aus, dass sich die in den Stichprobenkontrollen festgestellte Non-compliance auf alle Unternehmen in Ontario übertragen lässt und damit bei noch rund 15 Prozent der ArbeitgeberInnen eine Lohndiskriminierung einer weiblich dominierten Berufsgruppe vorliegt.

Dauer Kontrollprozess

Nachdem das PEO eine Beschwerde erhalten hat, verstreichen durchschnittlich etwa drei Monate bis zur Untersuchung durch einen Review Officer. Die gesamte Verfahrensdauer (also von Beschwerde bis zur Umsetzung von Massnahmen durch Unternehmen) ist stark von dem/der ArbeitgeberIn abhängig, dauert derzeit aber höchstens drei Jahre. In der Regel wird versucht, die Fälle bereits nach einem oder maximal zwei Jahren zu schliessen. Dies gilt sowohl für Monitoring Cases als auch für Complaint Cases.

4.1.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Es kann angenommen werden, dass der Pay Equity Act bei vielen Unternehmen ohne Wissen des PEO zu Lohnanpassungen führt (was gemäss Gesetz auch so intendiert ist). Für die rund 15 Prozent der Unternehmen, die nach einer Stichprobenkontrolle Lohnanpassungen zu leisten haben, beträgt deren Umfang laut Schätzung des interviewten Review Officer jedes Jahr einige Millionen Dollar. Dabei fallen insbesondere die retroaktiven Zahlungen von Unternehmen ins Gewicht. Während laut der Kommissarin keine aktuellen Daten über die Lohnanpassungen vorliegen, zeigen alte Umfragen, die Anfang der 1990er Jahre in Ontario durchgeführt worden sind, dass der Umfang der

Lohnanpassungen im Privatsektor zwischen 0,5 und 1,4 Prozent der Gesamtlohnsumme lag.⁷³

Weitere Wirkungen

Die Befragten des PEO kommen zum Schluss, dass das Bewusstsein für die Bedeutung von Pay Equity sowohl bei den Arbeitgebenden als auch bei den Arbeitnehmenden und SozialpartnerInnen hoch ist. Die zentralen Gründe dafür sind neben der proaktiven Verpflichtung der ArbeitgeberInnen die langjährigen Bemühungen der PEC, namentlich die Kontrollen durch die Review Officers. Auch kann davon ausgegangen werden, dass von den Stichprobenkontrollen durch die Review Officers eine präventive Wirkung auch auf Unternehmen ausgeht, die selbst keinen Kontrollen unterzogen werden (aber jederzeit von einem Review Officer kontaktiert werden könnten). Eine starke präventive Wirkung ist zudem der Regelung zuzuschreiben, dass rückwirkende Lohnzahlungen teilweise über einen langen Zeitraum geleistet werden müssen, wenn Verstöße gegen den Pay Equity Act festgestellt werden.

In einer Ende der 1990er Jahre durchgeführten Umfrage bei Unternehmen zeigte sich, dass für rund 60 Prozent der untersuchten Firmen mit dem Pay Equity Act eine signifikante administrative Belastung einhergeht, jedoch etwa der gleiche Anteil Firmen die Erfahrung mit Pay Equity insgesamt als positiv beurteilt.⁷⁴ Die administrativen Kosten zur Erreichung von Pay Equity lagen gemäss einer Erhebung in den 1990er Jahren zwischen 9'000 und rund 120'000 kanadischen Dollar pro Unternehmen, was Kosten von 88 bis 139 kanadischen Dollar pro ArbeitnehmerIn entspricht.⁷⁵ Aktuellere Zahlen hierzu liegen dem PEO leider nicht vor.

4.1.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Zahlen des Pay Equity Office illustrieren, dass sich der Gender Wage Gap von 36 Prozent (vor Inkrafttreten des Pay Equity Acts 1987) auf 28 Prozent im Jahr 2010 reduziert hat.⁷⁶ In den Vergleich werden die Jahreslöhne von Vollzeitbeschäftigten einbezogen. Die PEC geht auf Grundlage von Statistiken davon aus, dass 13 bis 18 Prozent des Unterschiedes erklärt werden können und der Diskriminierungseffekt damit rund 10 bis 15 Prozent ausmacht.⁷⁷ Laut der Kommissarin der PEC ist es jedoch nicht möglich, zu beziffern, welchen Beitrag der Vollzug durch die PEC zur Verringerung des Gender Wage Gaps leistet. Gemäss Gunderson⁷⁸ hat die proaktive Politik dort dazu beigetragen, beträchtliche Lohnanpassungen zu erzielen, wo Massnahmen durch die Betriebe durchgeführt worden sind (bspw. als Reaktion auf die Stichprobenkontrolle des PEO). Jedoch betrachtet er den Overall Impact solcher Anpassungen auf die Lohndifferenz als

⁷³ Chicha, M.-T. (2006): A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts. ILO Workingpaper.

⁷⁴ McDonald, Judith A.; Thornton, Robert J. (1998): Private-Sector Experience with Pay Equity in Ontario, in: Canadian Public Policy, 24/2, 185–208.

⁷⁵ Chicha, M.-T. (2006): A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts. ILO Workingpaper.

⁷⁶ Vgl. Cornish, M. (2013): 10 Ways to Close Ontario's Gender Pay Gap. Canadian Centre for Policy Alternatives. Ontario Office.

⁷⁷ Vgl. <<http://www.payequity.gov.on.ca>> → The Gender Wage Gap; Zugriff 26.3.13. Vgl. dazu auch die Diskussion von Gunderson, der den „discriminatory wage gap“ auf 5–15% schätzt; Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, 1–21.

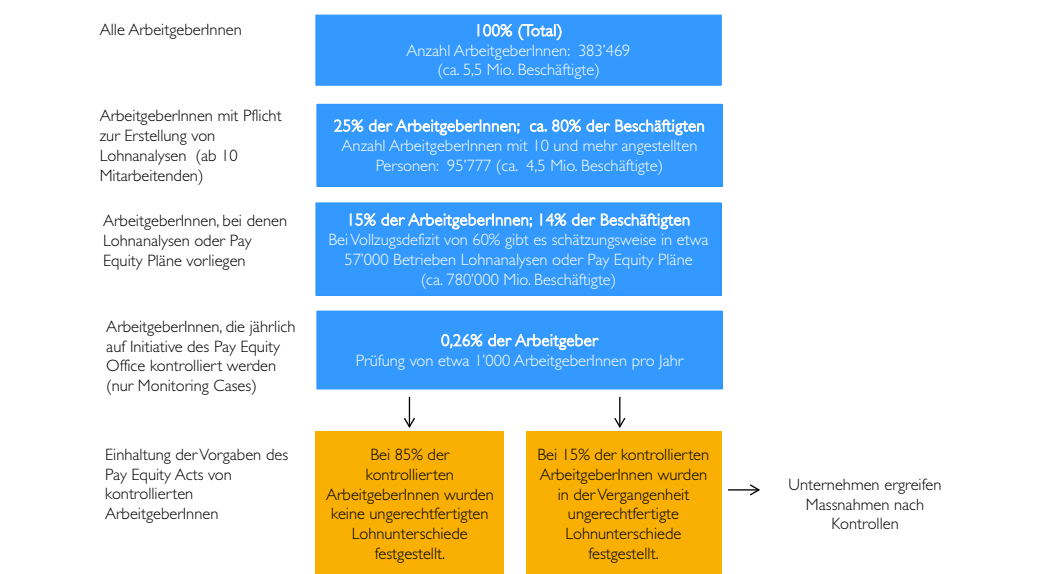
⁷⁸ Gunderson, M. (2006): Male-Female Wage Differentials: How Can that Be? In: Canadian Journal of Economics, Vol. 39, No. 1, 1–21.

vernachlässigbar – insbesondere deshalb, weil bei den Mitarbeitenden vieler kleiner Firmen keine Möglichkeit gegeben ist, Berufsgruppen zu vergleichen beziehungsweise kleine Firmen nicht von der Gesetzgebung betroffen sind. Singh und Peng (2010) unterscheiden zwischen privatem und öffentlichem Sektor und stellen fest, dass im öffentlichen Sektor mit dem Pay Equity Act ein klarer Beitrag zur Verringerung des Gender Wage Gaps geleistet wurde,⁷⁹ während der Impact auf den privaten Sektor und dabei besonders bei solchen Betrieben, in denen die Mitarbeitenden nicht gewerkschaftlich organisiert sind, wohl deutlich geringer ausfällt.⁸⁰

Das Verhältnis zwischen Input und Wirkungen könnte laut den beiden interviewten Personen am deutlichsten durch eine regelmässige Pflicht der ArbeitgeberInnen zur Berichterstattung über die Umsetzung des Pay Equity Acts direkt an das Pay Equity Office gesteigert werden. Dies ist bisher nicht der Fall. Die Kompetenzen der PEC werden als ausreichend erachtet, um die ArbeitgeberInnen dazu zu bringen, Massnahmen umzusetzen. Durch begrenzte Ressourcen bei der PEC ist aber die Breitenwirkung der Kontrollen beschränkt. Eine weitere Schwierigkeit – und wohl auch eine verpasste Chance zur Nutzung von Synergien – liegt darin, dass Pay Equity und Equal Pay nicht von derselben Stelle bearbeitet werden.

Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Ontario von der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse sowie von den behördlichen Stichprobenkontrollen (schätzungsweise) erfasst werden.

Darstellung 4.1: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrollen: Ontario



Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Ministry of Economic Development and Innovation (2012): Snapshot of Ontario's Small and Medium enterprises.

⁷⁹ Vgl. dazu auch Singh, P.; Peng, P. (2010): Canada's bold experiment with pay equity, in: Gender in Management, Vol. 25/7: 570–585.

⁸⁰ Vgl. dazu Bernstein, S. et al. (2009): Beyond Formal Equality: closing the Gender Gap in a Changing Labour Market – A Study of Legislative Solutions Adopted in Canada, in: The Journal of Legislative Studies; 15/4, 481–501.

4.2 ÖSTERREICH

Seit 1979 ist in Österreich die Frage der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) geregelt. Im nationalen Aktionsplan über die Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt aus dem Jahr 2010⁸¹ wurde konstatiert, dass „das seit 30 Jahren bestehende Recht auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern (...) zu keiner nachhaltigen Verringerung der Einkommensunterschiede“ führte. Die zentrale Ursache hierfür wird darin gesehen, dass Diskriminierung nur durch gerichtliche Lohnklagen bekämpft werden konnte und die staatlichen Institutionen grosse Schwierigkeiten damit hatten, Informationen über die Gehälter von Männern in vergleichbaren Positionen zu erhalten.⁸²

Mit einer Änderung des GIBG im Jahr 2011 wurde angestrebt, die Einkommenstransparenz zu verbessern. Das neue GIBG orientiert sich in dieser Frage am Vorbild Schwedens und verpflichtet private Unternehmen dazu, Einkommensberichte zu erstellen. Eine weitere Regelung zur Verbesserung der Einkommenstransparenz ist die Verpflichtung der ArbeitgeberInnen, in Stellenausschreibungen das Mindestentgelt anzugeben. Da die neuen Regelungen erst seit 2011 in Kraft sind, wird es in der vorliegenden Fallstudie schwierig sein, Informationen zu den Wirkungen der proaktiven Gesetzgebung in Österreich aufzuzeigen.

In Österreich beträgt der Einkommensunterschied im Jahr 2011 23,7 Prozent (durchschnittliche Bruttostundenverdienste von Voll- und Teilzeitbeschäftigten).⁸³ 2006 betrug der Lohnunterschied noch 25,5 Prozent. 18,1 Prozent davon werden in den im nationalen Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt dargestellten Berechnungen als Diskriminierungseffekt identifiziert.⁸⁴ Neuere Zahlen zur Lohndiskriminierung liegen keine vor.

4.2.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das GIBG verbietet jede mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Geschlechts, insbesondere auch die Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand. Das Gesetz legt zudem den Anspruch der Arbeitnehmerinnen auf gleiches Entgelt für gleiche beziehungsweise gleichwertige Arbeit samt Rechtsfolgen bei einem Verstoß fest. Von gleichwertiger Arbeit spricht man dann, wenn sie denselben Arbeitswert hat beziehungsweise wenn die Tätigkeiten zwar nicht identisch sind, aber bei Gesamtschau unter Berücksichtigung der Vorkenntnisse, Ausbildung, Anstrengung, Verantwortung und Arbeitsbedingungen vergleichbar sind.

Vollzugskompetenz

Der Bund hat Vollzugskompetenz zur Einhaltung der Bestimmungen des GIBG. Die zentralen Einrichtungen hierfür sind die Gleichbehandlungskommission (GBK) sowie

⁸¹ Bundeskanzleramt Österreich (2010): Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt.

⁸² Bundeskanzleramt Österreich (2010): Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt.

⁸³ Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form:

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, Zugriff 30.4.13.

⁸⁴ Bundeskanzleramt Österreich (2010): Nationaler Aktionsplan zur Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsmarkt. Dabei wird jedoch davor gewarnt, dass dieser Effekt tendenziell überschätzt, aber auch unterschätzt werden kann.

die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW). Das GIBG gilt für alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse. Lohngleichheit in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird im Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) praktisch wortgleich geregelt. Zudem gibt es für die öffentlich Bediensteten der Bundesländer eigene Landes-Gleichbehandlungsgesetze. Die Fallstudie legt ihren Fokus auf das GIBG.

Organisation der Behörden

Die Gleichbehandlungskommission ist beim Bundeskanzleramt eingerichtet. Ihre zentrale Aufgabe ist die Überprüfung von Fragen von Diskriminierung aufgrund des GIBG. Sie hat drei Senate, wobei Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zuständig ist. Der Senat I setzt sich aus der Vorsitzenden und elf weiteren Mitgliedern zusammen. Diese üben ihre Arbeit ehrenamtlich aus⁸⁵ und werden von den Sozialpartnern (Bundeskammer für Arbeit und Angestellte, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Wirtschaftskammer Österreichs, Vereinigung der österreichischen Industrie) sowie vom Bundeskanzleramt und zwei Ministerien entsendet. Ein Sekretariat unterstützt die Arbeit der Kommission. Ebenfalls beim Bundeskanzleramt ist die GAW eingerichtet. Derzeit beschäftigt die GAW insgesamt 28 Personen auf 22 Planstellen. Die Anwältinnen für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt in Wien und in den Regionalbüros in den Bundesländern befassen sich speziell mit Fragen der Lohndiskriminierung von Frauen (im Folgenden: Teil I des GIBG).⁸⁶ Hauptaufgabe aller Anwältinnen für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt ist es, Personen zu beraten und zu unterstützen, die sich diskriminiert fühlen. Die GAW ist in der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei, selbstständig und unabhängig. Die Beratung erfolgt für die betroffenen Privatpersonen kostenlos und ist grundsätzlich vertraulich.

Ressourcen

Die finanzielle Ausstattung ist schwierig zu beurteilen, da die GBK mit den drei Senaten auch für andere Bereiche der Diskriminierung zuständig ist. Auch in der GAW lassen sich die Ressourcen nicht gesondert für Teil I des GIBG darstellen. Ein wichtiger Punkt hinsichtlich des Aufwandes ist sicherlich, dass die Prüfung der Einkommensberichte bei den BetriebsrätInnen liegt. Weiter ist zu erwähnen, dass mit der Änderung des GIBG in den letzten Jahren sowohl von den Gewerkschaften als auch von Seiten der Bundesministerin für Frauen und den öffentlichen Dienst verstärkt Ressourcen für den Bereich Lohngleichheit aufgewendet worden sind (insbesondere für Schulungs- und Informationsmassnahmen).

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Mit der Änderung des GIBG 2011 wurde eine Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse für Unternehmen eingeführt. Damit sind Unternehmen mit mehr als 150 Angestellten verpflichtet, alle zwei Jahre Berichte zur Entgeltanalyse (Einkommensbericht) zu erstellen. Die Berichte müssen Angaben über die Anzahl der Frauen und die Anzahl der Männer in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder betrieblichen Verwendungsgruppen beziehungsweise Verwendungsgruppenjahren enthalten. Weiter ist das Durch-

⁸⁵ Jedoch haben die Mitglieder Anspruch auf Ersatz der notwendigen Reise- und Aufenthaltskosten.

⁸⁶ Nur Teil I betrifft die Diskriminierung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt.

schnitts- oder Medianarbeitsentgelt von Frauen und von Männern im Kalenderjahr in den jeweiligen Verwendungsgruppen oder Verwendungsgruppenjahren anzugeben.

Die Berichte basieren damit auf den Beschäftigungsgruppen, die in den Kollektivverträgen für Branchen und Unternehmen festgelegt sind. Da Kollektivverträge für mehr als 90 Prozent aller ArbeitnehmerInnen gelten, können sich die Analysen in den meisten Unternehmen auf die Beschäftigungsgruppen stützen. Wo jedoch keine Kollektivverträge gelten, muss der Einkommensbericht die in der Gehaltsstruktur des Unternehmens festgelegten Einstufungen darlegen. Für den Fall, dass keine Gehaltsstruktur existiert, muss der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin die Verwendungsgruppen im Unternehmen festlegen.⁸⁷ Ein mögliches Beispiel für eine Verwendungsgruppe stellen „Angestellte, die nach allgemeinen Richtlinien und Weisungen technische oder kaufmännische Arbeiten im Rahmen des ihnen erteilten Auftrages selbständig erledigen“ dar. Dazu können sowohl TechnikerInnen als auch SekretärInnen gehören. Das österreichische System ermöglicht damit, ähnlich wie in Ontario, auch einen Vergleich zwischen diesen Verwendungsgruppen (und damit im Sinne von „gleichwertiger“ Arbeit). Anders als in Kanada erfolgt die Einordnung jedoch nicht anhand der Zuordnung von Werten im Rahmen der Berichterstattung, sondern auf Grundlage der Einstufung in die Verwendungsgruppen.

Die Ergebnisse des Berichts bringen in der Regel Entgelt differenzen zwischen den Geschlechtern ans Licht, die anschliessend genauer analysiert werden müssen. Konkret gilt es festzustellen, in welchen Bereichen eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (z.B. aufgrund nachvollziehbarer Unterschiede in Aufgaben und Verantwortung) und wo Frauen beim Einkommen diskriminiert werden, um darauf mit gezielten Massnahmen zu reagieren. Zu Gleichstellungsmassnahmen sind die Unternehmen allerdings auf Basis der derzeitigen Gesetzeslage noch nicht verpflichtet.

Die Einkommensberichte sind den BetriebsrätInnen/MitarbeiterInnenvertretungen zu übermitteln. Diese prüfen die Berichte und können relevante Informationen an die MitarbeiterInnen weitergeben. In Betrieben ohne Vertretung muss der Bericht allgemein zugänglich gemacht werden. Über den Inhalt des Einkommensberichts sind die ArbeitnehmerInnen zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Verpflichtung zur Erstellung der Einkommensberichte erfolgt gestaffelt. Für das Berichtsjahr 2012 sind nur Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitenden vom Obligatorium betroffen. Die Ausdehnung auf alle Betriebe mit mehr als 150 Beschäftigten erfolgt für das Berichtsjahr 2013. Es gibt keine standardisierte Vorlage für die Erstellung der Einkommensberichte, jedoch haben Verwaltung und Gewerkschaften verschiedene Unterlagen entwickelt, welche als Grundlage genutzt werden können (z.B. der vom Büro der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst erarbeitete Fragebogen zur Erstellung der Einkommensberichte oder der vom Österreichischen Gewerkschaftsbund [ÖGB] erarbeitete Leitfaden zum Einkommensbericht in Unternehmen).⁸⁸

⁸⁷ <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/depth-info/tools-gpg/reports-austria/index_de.htm>, Zugriff 30.4.13.

⁸⁸ Bundeskanzleramt (2011): Leitfaden zur Erstellung eines Einkommensberichts; ÖGB (2011): Leitfaden zum Einkommensbericht in Unternehmen.

Innerbetriebliche Kontrolle

Das österreichische System ist durch die wichtige Rolle der MitarbeiterInnenvertretungen charakterisiert. Die BetriebsrätInnen prüfen die Einkommensberichte und können ihren Anspruch auf die Erstellung eines Berichtes gerichtlich geltend machen. Anders als in Schweden oder Ontario wird eine Prüfung der Berichte auf Initiative der staatlichen Stellen nicht durchgeführt. Wo die Einkommensberichte Unterschiede zwischen den Einkommen aufzeigen, können ArbeitnehmerInnen und Geschäftsführung aktiv werden, wobei das Ziel ist, dass eine Einigung beziehungsweise eine mögliche Anpassung der Löhne als innerbetriebliche Massnahme erfolgt. Häufig werden bei solchen Verhandlungen auch die Gewerkschaften einbezogen.

Untersuchungskompetenzen

Erfolgt keine Einigung innerhalb des Betriebes oder liegt allgemein die Annahme einer Verletzung des GIBG vor, können ArbeitnehmerInnen die GAW oder die GBK anrufen, die beide für diesen Fall umfassende Untersuchungskompetenzen haben. Die GAW kann ArbeitgeberInnen zu schriftlichen Stellungnahmen auffordern und weitere Auskünfte in den Betrieben einholen. ArbeitgeberInnen, BetriebsrätInnen und Beschäftigte sind verpflichtet, der GAW die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Im Auftrag der Gleichbehandlungskommission kann die GAW auch die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind ihr Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen.

Wenn ArbeitnehmerInnen, BetriebsrätInnen oder die GAW einen Verstoß gegen das GIBG vermuten, können sie bei der GBK einen Antrag auf Überprüfung der Verletzung des Gleichbehandlungsgesetzes stellen und damit ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission einleiten. Die GBK kann dann eine Einzelfallprüfung vornehmen. Eine solche ist auch von Amtes wegen möglich. Eine Einzelfallprüfung wird jedoch häufig aufgrund anderer Diskriminierungsgründe vorgenommen. Dabei kann es sein, dass die GBK zusätzlich Anzeichen für eine Lohndiskriminierung erkennt. Da die GBK nur über bestimmte Fälle tagt, kommt es nicht vor, dass beispielsweise bestimmte Branchen oder Unternehmen ausgewählt werden, in welchen von Amtes wegen Kontrollen gemacht werden.

ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen in Betrieben, in denen eine Ungleichheit vermutet wird, sind gegenüber der GBK allgemein zur Auskunft verpflichtet. Ausserdem kann die GBK schriftliche Berichte verlangen. Weiter hat die GBK (wie auch die GAW) die Möglichkeit, im Falle einer vermuteten Entgeltdiskriminierung im Einzelfall beim zuständigen Sozialversicherungsträger Einkommensdaten der Vergleichspersonen einzuholen. Die Sozialversicherungsträger sind dabei verpflichtet, Auskunft zu erteilen. Die InterviewpartnerInnen messen diesem Instrument zwar eine gewisse Unterstützung in Rechtsfragen bei. Jedoch wird die Auskunftspflicht der Sozialversicherungsträger insgesamt als nicht besonders bedeutsam erachtet und eine Präventivwirkung für die ArbeitgeberInnen nicht erwartet.

Reichweite

Das GIBG gilt für alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse (mit Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen ArbeiterInnen). Von der Pflicht, Einkommensberichte zu er-

stellen, werden ab 2014 alle ArbeitgeberInnen mit mehr als 150 Mitarbeitenden betroffen sein (rund 2'800 Betriebe und 41% der österreichischen ArbeitnehmerInnen).

Durchsetzungskompetenzen

Wenn die GBK in einem Kommissionsverfahren zum Schluss kommt, dass eine Verletzung des GIBG vorliegt, wird der/die ArbeitgeberIn schriftlich unter Angabe von Vorschlägen dazu aufgefordert, die Diskriminierung in einer Frist von zwei Monaten zu beenden und dabei Lohnnachzahlungen seit dem Zeitpunkt der Beschwerde zu leisten.

Kommt das Unternehmen der Aufforderung der GBK nicht nach, können die Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen (nicht aber die ArbeitnehmerInnen selbst) eine Klage beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung oder Nichtverletzung des Gleichbehandlungsgesetzes einreichen. Die GAW ist in diesen Fällen nicht klageberechtigt. Sie kann jedoch bei einem von der GAW bei der GBK eingeleiteten Verfahren eine Feststellungsklage führen (nur bei Zustimmung der betroffenen Person). Die ist nur dann relevant, wenn die GAW eine von der Kommission abweichende Meinung hat. Der Arbeitgeber respektive die Arbeitgeberin wird in einem solchen Fall nochmals vor Gericht auf Feststellung, dass doch eine Diskriminierung besteht, geklagt. In der Praxis kommt dies etwa einmal pro Jahr vor.

Bei Feststellung einer Verletzung der Lohngleichheit haben Arbeitnehmerinnen Anspruch auf Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung seit dem Zeitpunkt der Beschwerde (Ersatz des immateriellen Schadens). Die Ansprüche aus dem Gleichbehandlungsgesetz müssen immer gerichtlich geltend gemacht werden, weder GBK noch GAW können Zahlungen von Lohn Differenzen zusprechen oder Sanktionen verhängen. Gegen rechtskräftige Urteile der Arbeits- oder Zivilgerichte kann auf dem üblichen Rechtsweg Beschwerde eingelegt werden.

Hinsichtlich der Pflicht zur Angabe des Mindestlohnes und des möglichen Hinweises auf die Bereitschaft zur Überzahlung in Stelleninseraten hat die GAW hingegen die Möglichkeit, gegen Betriebe Anzeige bei der Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Ein erster Verstoss kann dabei eine Ermahnung, weitere Verstösse eine Geldstrafe bis 360 Euro nach sich ziehen.

Andere oder weitere Befugnisse

Sowohl Einzelfallprüfungsergebnisse der GBK sowie Fälle, in welchen ArbeitgeberInnen der Aufforderung zur Erstattung schriftlicher Berichte (bei Vermutung einer Diskriminierung) nicht nachkommen, sind auf der Webseite des Bundeskanzleramtes zu publizieren (Erstere anonymisiert, Letztere mit Nennung des Unternehmens). Alle zwei Jahre muss dem Nationalrat ein Bericht über den Vollzug des GIBG vorgelegt werden.

Rolle der Geschädigten

Wichtigste Anlaufstelle für Geschädigte einer Lohndiskriminierung sind neben den MitarbeiterInnenvertretungen in den Betrieben und den Gewerkschaften die Arbeiterkammern und die GAW. In der Regel prüft die GAW im Einzelfall die Vermutung einer Diskriminierung und verhandelt dann mit den Betrieben. Gelingt dabei keine Einigung, kommt es zu einem Kommissionsverfahren, wobei das Ergebnis der GBK eine Art

Sachverständigenergebnis ist und keine eigene Rechtswirkung hat. Auf Grundlage dieses Ergebnisses kann sich die betroffene Person entscheiden, ob sie Klage führen möchte.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

Da GBK und GAW keine Zahlungen von Lohndifferenzen vorschreiben können, ist der Aspekt der Rechtsmittel der ArbeitgeberInnen gegen behördliche Anordnungen im Fall von Österreich nicht von Bedeutung.⁸⁹

4.2.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Die GAW hat im Jahr 2011 1'826 Beratungen zu Tatbeständen hinsichtlich Teil I des GIBG durchgeführt. Davon fielen 163 auf die Festsetzung des Entgelts. 2012 wurden beim Senat I der GBK 78 Kommissionsverfahren aufgrund von Beschwerden durchgeführt, elf davon betreffend Entgelt. Die Interviewpartnerinnen der GAW schätzen, dass bisher in vielleicht zehn Fällen bereits Einkommensberichte in den Kommissionsverfahren berücksichtigt worden sind. Mit der zunehmenden Zahl von Unternehmen, die Einkommensberichte vorzulegen haben, wird diese Zahl aber wohl steigen. Die Untersuchungen betreffen aber in der allergrössten Zahl Einzelpersonen. Dass generelle Untersuchungen zur Lohnstruktur in Unternehmen durchgeführt werden, kam laut Vertreter der Gewerkschaft in den letzten Jahren nur in etwa zwei bis drei Fällen vor.

Bei Untersuchungen fordern GAW und GBK in der Regel Informationen bei den Betrieben per E-Mail oder Post oder telefonisch ein. Teilweise erfolgen aber auch Besuche in den jeweiligen Unternehmen.

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

Aufgrund der gestaffelten Einführung waren bisher (inklusive Berichtsjahr 2012) nur Unternehmen mit mehr als 250 ArbeitnehmerInnen dazu verpflichtet, Einkommensberichte zu erstellen. Nach Aussage von Bundesministerin Heinisch-Hosek kommen auch Anfang 2013 noch nicht alle Unternehmen ihren Verpflichtungen hinsichtlich der Einkommensberichte nach.⁹⁰ Auch sei die Qualität der Einkommensberichte sehr unterschiedlich und nicht immer ausreichend. Im Rahmen einer Umfrage aus dem Jahr 2012, welche ÖGB und Arbeiterkammer bei rund 700 BetriebsrätInnen in Betrieben mit mehr als 500 Mitarbeitenden durchgeführt haben, gaben nur 50 Prozent an, dass ein Einkommensbericht erstellt worden ist. 11 Prozent verneinten die Frage nach der Erstellung des Berichtes und 39 Prozent wussten es nicht.⁹¹ Die Interviewpartnerinnen der GAW schätzen, dass die Einkommensberichte durchaus erstellt werden, Schwächen aber vermutlich darin liegen können, dass es nach aussen hin keinerlei Transparenz gibt und daher auch Rechtfertigungen für Einkommensunterschiede gefunden werden können, die einer näheren, gleichbehandlungsrechtlichen Prüfung vielleicht nicht standhalten würden. Auch der Interviewpartner der Gewerkschaften sieht in den ersten

⁸⁹ Vgl. dazu auch die Zurückweisung einer Beschwerde gegen ein Prüfergebnis der GBK durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH B 966/09 vom 8. Dezember 2010).

⁹⁰ Heinisch-Hosek, G. (2013): Einkommensberichte besser nutzen, um Lohnschere zu schliessen. Pressemitteilung vom 21.03.2013.

⁹¹ ÖGB/Arbeiterkammer (2012): Präsentation Befragung BetriebsrätInnen. Einkommensberichte. Erste Erfahrungen und Einschätzungen. Präsentation von Sybille Pirkbauer, AK Wien.

Erfahrungen die Schwierigkeit, dass ArbeitgeberInnen Lohndifferenzen erklären, aber nicht verhindern möchten.

Innerbetrieblich wurde laut Vertreter der Gewerkschaften bereits in einigen Unternehmen, in welchen anhand der Einkommensberichte Lohndifferenzen festgestellt worden sind, über Massnahmen verhandelt.

Aus dem Bericht der GAW für das Berichtsjahr 2010/2011 geht hervor, dass es nur in wenigen Fällen zu Verfahren vor der GBK gekommen ist. Ein Grund dafür ist, dass sich die meisten Betroffenen in einem bestehenden Dienstverhältnis befinden. Gerichtsverfahren seien aufgrund des hohen Kostenrisikos bei Verfahren und Beweisschwierigkeiten noch seltener.

Dauer Kontrollprozess

Die durchschnittliche Dauer von Kommissionsverfahren bei der GBK – gemessen an den mit Prüfungsergebnissen abgeschlossenen Antragsfällen – betrug im Berichtszeitraum 2010–2011 17 Monate.⁹² Damit ist die Dauer verhältnismässig lange, was laut Vertreterinnen des GAW nicht zuletzt an den begrenzten Ressourcen und der im Senat I vergleichsweise grossen Zahl an Fällen liegt.

4.2.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Während Einzelfallprüfungen durchaus zu Lohnanpassungen führen, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht geschätzt werden, ob die Einkommensberichte ebenfalls zu solchen Anpassungen führen (und diese dann über die Anhebung individueller Löhne hinausgehen). Aufgrund der Tatsache, dass die Einkommensberichte in der Regel ein innerbetriebliches Instrument bleiben, wird es auch in Zukunft schwierig sein, Aussagen über Lohnanpassungen zu machen. Der Interviewpartner der Gewerkschaften kennt einzelne Fälle, in welchen ArbeitgeberInnen als Konsequenz der Einkommensberichte besser auf die Aspekte der Lohngleichheit achten möchten. Eine Wirksamkeit der proaktiven Massnahmen hinsichtlich Lohnanpassungen kann er zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht erkennen.

Die Interviewpartnerinnen der GAW gehen von einer sehr hohen Bandbreite hinsichtlich der Wirkungsentfaltung aus. Teilweise ergreifen ArbeitgeberInnen sehr rasch nach Verhandlungen Massnahmen zur Beseitigung von individueller Lohnungleichheit, teilweise sind sie jedoch auch nach einem Gerichtsentscheid kaum bereit, Massnahmen zu ergreifen. Die Gesprächspartnerinnen der GAW bringen ihre Hoffnung zum Ausdruck, dass sich mit den Einkommensberichten Wirkungen in Zukunft stärker in Bezug auf die allgemeinen Lohnstrukturen in einem Unternehmen einstellen werden und damit nicht nur Veränderungen für einzelne, von einer Diskriminierung betroffene Personen eintreten.

Weitere Wirkungen

Unbeabsichtigte Wirkungen hinsichtlich der Erstellung der Einkommensberichte werden nicht gesehen, durch die bewährte Zusammenarbeit zwischen BetriebsrätInnen und

⁹² Bundeskanzleramt Österreich (2012): Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2010 und 2011. Teil I. Wien.

ArbeitgeberInnen funktioniert auch die Erstellung relativ gut. Ein Mangel ist darin zu sehen, dass in den Berichten nicht alle Einkommensbestandteile (Grundlöhne, Zulagen, Überstunden, Spesen, Boni und Belohnungen usw.) einzeln ausgewiesen werden müssen. Damit ist zwar ein Lohnunterschied zu erkennen, jedoch kann nur schwer festgestellt werden, wo angesetzt werden muss, um Lohnunterschiede zu beseitigen.

Der Aufwand für die Unternehmen und BetriebsrätInnen zur Erstellung der Einkommensberichte wird als überschaubar betrachtet. Da bisher nur grosse Unternehmen Berichte zu erstellen hatten, betraf dies auch nur Firmen, die über professionelle Personalabteilungen verfügen und bei welchen die erforderlichen Daten vorliegen. Zudem haben die Schulungen von Personalverantwortlichen durch das Bundeskanzleramt sicherlich dazu beigetragen, dass sich unbeabsichtigte Wirkungen in den Unternehmen in Grenzen halten. Die InterviewpartnerInnen äussern die Meinung, dass die proaktiven Massnahmen klar zu einem besseren Bewusstsein hinsichtlich des Themas Lohnungleichheit beitragen. Auch hierzu hätten die grossen Bemühungen im Bereich Information und Schulung (von Gewerkschaften und Behörden) einen Beitrag geleistet.

Aufgrund der geringen Durchsetzungskompetenz von GAW und GBK ist die Präventivwirkung in Österreich als gering zu betrachten. Auch die Annahme, dass die Einzelverfahren zu einer Anpassung gesamter Lohnsysteme führen werden, wäre wohl nicht zutreffend.

4.2.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Mit der GAW und der GBK bestehen in Österreich wirksame Institutionen, die in individuellen Fällen von Lohndiskriminierung beraten und vermitteln.⁹³ Ausserdem ist die starke Einbindung der Gewerkschaften und BetriebsrätInnen geeignet, um ohne grossen Aufwand innerbetriebliche Lösungen im Bereich Lohnungleichheit durchzusetzen.

Damit führen die Anstrengungen zwar dazu, in Einzelfällen Lohndiskriminierung zu beseitigen. Dies auf eine generelle Ebene zu übertragen und Aussagen zur Veränderung des Lohnunterschiedes zwischen Männern und Frauen zu machen, ist jedoch sehr schwierig. Da die Erfahrungen mit den proaktiven Massnahmen erst über einen kurzen Zeitraum gemacht wurden, ist auch davon auszugehen, dass die grössere Transparenz bisher keine Wirkungen auf den Lohnunterschied hat. Mittelfristig wird aber erwartet, dass die proaktiven Massnahmen „durch Sensibilisierung einerseits, aber auch durch eine bessere Rechtsdurchsetzung“ dazu führen können, Lohnunterschiede zu verringern.⁹⁴

Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Österreich von der Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (schätzungsweise) erfasst werden.

⁹³ Im Falle der GAW ist es dabei von grossem Vorteil, dass es mit den Regionalanwältinnen auch Kontaktstellen in den Bundesländern gibt.

⁹⁴ Konstazky, S.; Schiessel, E. (2010): Lohnungleichheit von Frauen und Männern. Rechtswirklichkeit und politischer Handlungsbedarf, in: Blaha, Barbara und Weidenholzer, Josef (Hrsg.): Freiheit – Beiträge für eine demokratische Gesellschaft. Wien: Braumüller, S. 43–58.

Darstellung 4.2: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrollen: Österreich

| | |
|--|---|
| Alle privaten ArbeitgeberInnen | 100% (Total) Anzahl ArbeitgeberInnen: 308'735 (ca. 2,4 Mio. Beschäftigte) |
| ArbeitgeberInnen mit Pflicht zur Erstellung von Einkommensberichten (ab 2014 Betriebe ab 150 Mitarbeitenden) | 0,91% der ArbeitgeberInnen; ca. 41% der Beschäftigten Anzahl Arbeitgeber mit 150 und mehr angestellten Personen: 2'800 (ca. 984'000 Beschäftigte) |
| ArbeitgeberInnen, bei denen Einkommensberichte erstellt werden | 0,81% der ArbeitgeberInnen; 36% der Beschäftigten Bei Vollzugsdefizit von mindestens 11% (Befragung BetriebsrätInnen) wird es schätzungsweise in etwa 2'490 Betrieben Einkommensberichte geben (ca. 875'760 Beschäftigte) |
| ArbeitgeberInnen, die jährlich auf Initiative von GAW/GBK kontrolliert werden | Keine Kontrollen werden durch BetriebsrätInnen durchgeführt, Untersuchungen der GAW/GBK nur aufgrund von Beschwerden |
| Einhaltung der Vorgaben des Gleichbehandlungsgesetzes | Gesetzliche Regelungen sind noch nicht lange genug in Kraft, um hierzu Aussagen zu machen. |

Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Statistik Austria (2013): Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten, <<http://statcube.at/superwebguest/login.do?guest=guest&db=deste08w1>>, Zugriff 30.4.13.

4.3 SCHWEDEN

1980 ist in Schweden der Equal Opportunities Act in Kraft getreten, der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts verbietet. Seit 1994 existieren proaktive Vorschriften, die von ArbeitgeberInnen das Vorlegen von Lohngleichheitsberichten fordern. Damit kann Schweden in Europa auf die längsten Erfahrungen mit Pflichten zur innerbetrieblichen Lohnanalyse zurückblicken.⁹⁵ 2009 wurde die bestehende Gesetzgebung durch ein neues Diskriminierungsgesetz abgelöst. Während die vorliegende Fallstudie das schwedische System auf Grundlage des aktuellen Diskriminierungsgesetzes beschreibt, beziehen sich die Informationen zu den Outputs und Wirkungen selbstverständlich auch auf die Erfahrungen mit den vorherigen gesetzlichen Grundlagen.⁹⁶

Für den Fall von Schweden ist auf die grosse Bedeutung von Kollektivverträgen hinzuweisen, welche seit den 1970er Jahren auch Gender Equality Agreements beinhalten.⁹⁷ Die Aufnahme von Regelungen zur Lohngleichheit in die Kollektivverträge haben bis

⁹⁵ Vgl. Jämställdhetsombudsmannen (2005): Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001.

⁹⁶ Die Vorgaben zu proaktiven Massnahmen aus dem Equal Opportunities Act wurden grundsätzlich in das Diskriminierungsgesetz übernommen (vgl. Ministry of Integration and Gender Equality [2009]: New anti-discrimination legislation and a new agency, the Equality Ombudsman. Fact Sheet).

⁹⁷ Vgl. European Industrial Relations Observatory (EIRO): Comparative study on gender pay equity: The case of Sweden.

Anfang der 1980er Jahre zu einer Verringerung des Lohnunterschieds geführt.⁹⁸ Zwischen Ende der 1980er Jahre und etwa 2005 lag der (unbereinigte) Lohnunterschied relativ stabil bei etwa 16 bis 18 Prozent.⁹⁹

4.3.1 KONZEPT UND VOLLZUG

Das Diskriminierungsgesetz beinhaltet ein allgemeines Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmenden. Kapitel 3 hält fest: „Employers and employees are in particular to endeavour to equalise and prevent differences in pay and other terms of employment between women and men who perform work which is to be regarded as equal or of equal value.“ Das Diskriminierungsgesetz gilt für ArbeitgeberInnen im privaten wie im öffentlichen Sektor.

Gleichwertige Arbeit liegt nach dem Gesetz dann vor, wenn bei einer Gesamtbetrachtung der Anforderungen und des Wesens der Arbeit vom gleichen Wert ausgegangen werden kann. Dabei werden – ähnlich wie bei Pay Equity in Ontario – Aspekte wie Kenntnisse und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen berücksichtigt.

Vollzugskompetenz

Für die Überwachung der Lohngleichheit ist eine zentrale staatliche Ombudsstelle (Diskriminierungsombudsmannen) verantwortlich. Die Ombudsstelle entstand in ihrer heutigen Form im Jahr 2009 als Zusammenschluss der früheren Ombudsstellen für unterschiedliche Bereiche der Diskriminierung. Im Bereich Lohngleichheit lagen davor die Kompetenzen beim bis 2009 existierenden Gleichstellungsombudsman.

Organisation der Behörden

Als Leiterin oder Leiter der Ombudsstelle wird der Diskriminierungsombudsmannen von der Regierung ernannt. Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle ist es, die Umsetzung des Diskriminierungsgesetzes zu überwachen und zu unterstützen. Dabei fällt die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung, sexueller Orientierung und Alter in den Aufgabenbereich der Stelle. Die Abteilung Compliance Monitoring legt ihren Fokus auf die Überprüfung der Umsetzung von proaktiven Massnahmen durch die Unternehmen. Neben der Ombudsstelle gibt es den Ausschuss gegen Diskriminierung (Nämnden mot diskriminiering). Dieser ist eine selbstständige Verwaltungsbehörde, umfasst 13 Personen und setzt sich aus VertreterInnen der Gewerkschaften, der Arbeitgeberorganisationen sowie von Verbänden (z.B. Behindertenorganisationen) zusammen. Der Ausschuss hat unter anderem die Aufgabe, finanzielle Sanktionen der Ombudsstelle zu prüfen und gegebenenfalls zu verfügen.

Ressourcen

Der Ombudsstelle stehen jährlich etwa 13 Millionen Franken zur Verfügung und sie beschäftigt insgesamt rund 90 Mitarbeitende (13 davon in der Abteilung Compliance Monitoring). Bei einer Einwohnerzahl Schwedens von 9,5 Millionen bedeutet dies, dass pro EinwohnerIn etwas weniger als 1,40 Franken jährlich für die Ombudsstelle aufgewendet werden. Welcher Anteil dafür für die Umsetzung der gesetzlichen Grundlagen im Bereich Lohngleichheit verwendet wird, ist nicht ersichtlich.

⁹⁸ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

⁹⁹ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse

Gemäss dem Diskriminierungsgesetz müssen alle ArbeitgeberInnen, unabhängig von der Zahl der Beschäftigten, alle drei Jahre die Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen erfassen und analysieren (Pay Surveys and Analysis – im Folgenden Lohnanalyse genannt). Dabei müssen Entgeltregelungen und Praxis der Entlohnung und der Beschäftigungsbedingungen transparent gemacht werden. Die Betriebe müssen prüfen, ob Frauen und Männer innerhalb ihres Unternehmens gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit erhalten.

Es müssen zum einen Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen, die die selben Aufgaben in einem Unternehmen ausführen (equal work), überprüft werden. Zum anderen ist ein Vergleich zwischen der Entlohnung von Tätigkeiten, die hauptsächlich von Frauen ausgeübt werden, mit der Entlohnung von Tätigkeiten, die nicht hauptsächlich von Frauen ausgeübt werden, jedoch einen gleichen Wert haben, herzustellen (work of equal value). Der Wert errechnet sich dabei aus Kenntnissen und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen.

Betriebe mit mehr als 25 Mitarbeitenden müssen zudem alle drei Jahre einen Lohngleichheitsplan erstellen, welcher die Resultate der Lohnanalysen und Informationen zu möglichen Anpassungsmassnahmen enthält.¹⁰⁰ Dabei muss auch angegeben werden, welche Massnahmen für die nächsten Jahre vorgesehen sind, um Lohngleichheit zu erreichen. Ungerechtfertigte Lohndifferenzen müssen so schnell wie möglich und mindestens innerhalb von drei Jahren behoben werden. Die Lohngleichheitspläne sind in Zusammenarbeit mit den Mitarbeitenden beziehungsweise deren Vertretungen zu erstellen. Dabei müssen die Unternehmen alle Informationen zur Verfügung stellen, die zur Erstellung der Analysen und Pläne benötigt werden. Das Schwedische Modell schreibt den MitarbeiterInnenvertretungen eine wichtige Rolle bei der innerbetrieblichen Lohnanalyse zu – die Verantwortlichkeit zur Erstellung der Analysen und Pläne liegt aber letztlich bei den Unternehmen. In der Regel bleiben die Lohngleichheitspläne auch bei den Unternehmen und werden den Mitarbeitenden gezeigt, teilweise aber auch an Gewerkschaften weitergegeben.

Es gibt kein einheitliches Instrument zur Erstellung der Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne und Lohnanalysen müssen zudem nicht schriftlich festgehalten werden. Teilweise nutzen die Unternehmen Vorlagen der Gewerkschaften oder der Ombudsstelle,¹⁰¹ teilweise werden private Beratungsunternehmen engagiert. Zur Überprüfung der Gleichwertigkeit von Arbeitsplätzen unterstützt die Ombudsstelle ein Instrument, wel-

¹⁰⁰ Bis 2009 mussten Unternehmen diese Pflichten bereits ab 10 Mitarbeitenden erfüllen. Die Vorschriften sind nun insofern gelockert worden, als Unternehmen erst ab 25 Mitarbeitenden Lohngleichheitspläne erstellen müssen und die Erstellung nicht mehr jährlich erfolgen muss. Diese Einschränkung wurde mit einer Verringerung des Verwaltungsaufwands und der -kosten für private Unternehmen begründet (vgl. Tondorf, K.; Jochmann-Döll, A. [2010]: Blick über die Grenzen: Regelungen zur Entgeltgleichheit in Schweden. Newsletter zur Entgeltgleichheit, Nr. 4). Von dieser Veränderung sind über 22'000 Unternehmen betroffen, die mehr als 300'000 Personen beschäftigen (vgl. Statistics Sweden. Enterprises and employees (FDB) by industrial classification, Unternehmen zwischen 10 und 19 Angestellten).

¹⁰¹ Eine englische Vorlage zur Erstellung der Lohnanalysen für kleine Unternehmen findet sich im Anhang des folgenden Dokuments: Jämställhetsombudsmannen (2005): Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001.

ches hilft, Arbeitsplätze anhand von Kenntnissen und Fähigkeiten, Verantwortung und Arbeitsbedingungen zu bewerten (HAC-System).¹⁰²

Diese Berichte und darin festgestellte Lohndiskriminierungen führen nicht zu Entschädigungsansprüchen der einzelnen Angestellten für zu geringe Löhne in der Vergangenheit. Wird hingegen aufgrund einer individuellen Beschwerde vor Gericht eine Lohndiskriminierung festgestellt, haben ArbeitgeberInnen die Lohndifferenz ab dem Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung zu bezahlen. Die Lohnanalysen und -gleichheitspläne können in individuellen Prozessen als Beweismittel verwendet werden.

Reichweite

Alle privaten und öffentlichen Unternehmen Schwedens sind vom Geltungsbereich des Diskriminierungsgesetzes betroffen. Lohngleichheitspläne sind nur von Unternehmen mit 25 und mehr Mitarbeitenden zu erstellen (etwa 7% aller ArbeitgeberInnen in Schweden bzw. 67% aller Angestellten).

Untersuchungskompetenzen

Die Mitarbeitenden der Ombudsstelle haben weit reichende Untersuchungskompetenzen. So sind ArbeitgeberInnen verpflichtet, Angaben über die Verhältnisse am Arbeitsort zu geben, welche für die Aufsichtsbefugnisse der Ombudsstelle von Bedeutung sein können. Die Ombudsstelle kann Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne prüfen und Untersuchungen in den Betrieben durchführen. Für Letztere muss Untersuchenden Zutritt zu Arbeitsplätzen und anderen Arbeitsorten gewährt werden. Dies spielt jedoch für die Untersuchungen zur Lohngleichheit praktisch keine Rolle.

Durchsetzungskompetenzen

Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle liegt darin, die ArbeitgeberInnen anzuhalten, die Vorgaben des Diskriminierungsgesetzes freiwillig einzuhalten (und damit Verfügungen durch die Ombudsstelle oder Individualklagen zu vermeiden). Wenn Verdacht auf eine Verletzung der Lohngleichheit besteht, nimmt dabei der Ombudsmann in einem ersten Schritt Kontakt mit den ArbeitgeberInnen auf. Dabei haben Unternehmen die Pflicht zur Teilnahme an Gesprächen und Verhandlungen, was das Finden einvernehmlicher Lösungen erleichtern soll. Wenn ArbeitgeberInnen ihrer Pflicht zur Erstellung von Entgeltanalysen nicht nachkommen oder sie diese bei Verlangen nicht an die Ombudsstelle weitergeben, kann die Ombudsstelle beim Ausschuss gegen Diskriminierung das Verhängen einer bedingten¹⁰³ Busse beantragen. Die Ombudsstelle besitzt also keine eigene Bussenkompetenz. Die Höhe der Bussen ist abhängig von der Grösse des Unternehmens; bei kleineren Unternehmen beträgt sie mindestens 3'500 Franken, bei grossen Unternehmen sind auch bedingte Bussen von über 100'000 Franken möglich. Bussen beziehen sich folglich auf das Nichterfüllen der Deklarations- und Herausgabepflichten, nicht aber auf das Nichteinhalten der Lohngleichheit an sich.

¹⁰² Vgl. Tondorf, K.; Jochmann-Döll, A. (2010): Blick über die Grenzen: Regelungen zur Entgeltgleichheit in Schweden. Newsletter zur Entgeltgleichheit, Nr. 4.

¹⁰³ Bedingt bedeutet in diesem Fall, dass die Busse nur dann bezahlt werden muss, wenn Arbeitgebende ihrer Verpflichtung nicht in einem bestimmten Zeitraum ab Verhängung der bedingten Bussen nachkommen.

Wenn Geschädigte einer Lohndiskriminierung eine Beschwerde bei der Ombudsstelle vorbringen, sammelt diese Informationen und versucht, zunächst eine Schlichtung zwischen den Parteien zu erreichen. Falls keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann die Ombudsstelle mit Zustimmung der betroffenen Person als Partei einen Diskriminierungsprozess vor dem Arbeitsgericht führen.

Andere oder weitere Befugnisse

Eine wichtige Befugnis der Ombudsstelle stellt die Möglichkeit dar, öffentlich zu machen, welche (durch die Ombudsstelle kontrollierten) ArbeitgeberInnen ihrer Pflicht hinsichtlich Lohnleichheit nicht nachkommen. So erweisen sich Prüfungen und Studien der Ombudsstelle als medienwirksam und führen dazu, dass Druck auf die ArbeitgeberInnen ausgeübt wird, Massnahmen durchzuführen. Insofern kommt dem Instrument auch eine Präventivwirkung zu. Eine zentrale Aufgabe, um ArbeitgeberInnen zu überzeugen, stellen Beratungsmassnahmen dar, welche das Wissen und das Verständnis der ArbeitgeberInnen, aber auch der SozialpartnerInnen verbessern sollen. Hierzu werden auch Trainings und eine Vielzahl an Publikationen angeboten, die auf der Webseite verfügbar sind.

Rolle der Geschädigten

Die wichtigste Anlaufstelle für Geschädigte von Lohndiskriminierung sind die Gewerkschaften, welche Geschädigte in einem Gerichtsverfahren vor dem Arbeitsgericht vertreten können. Hierzu ist auf den sehr hohen Organisationsgrad der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Schweden zu verweisen (75% aller Arbeitnehmenden gehören einer Gewerkschaft an).¹⁰⁴ Falls keine Gewerkschaft (oder kein Verband) den Fall in einem Gerichtsverfahren vertreten möchte oder der/die Geschädigte eine Vertretung durch die Gewerkschaft nicht wünscht, kann die Einzelperson nicht als Individualkläger vor Gericht, sondern muss die Beschwerde bei der Ombudsstelle vorbringen. Der Ombudsmann prüft die Beschwerde, berät die Person und kann mit deren Zustimmung Klage vor dem Arbeitsgericht führen. Es liegt nicht am Ombudsmann, zu entscheiden, ob eine Diskriminierung vorliegt oder nicht, auch kommt ihm keine Rolle als Gutachter vor Gericht zu.

Rechtsmittel gegen behördliche Anordnungen

ArbeitgeberInnen, aber auch Gewerkschaften haben die Möglichkeit, beim Ausschuss gegen Diskriminierung gegen Massnahmen der Ombudsstelle Beschwerde zu führen. Weiter kann der Ausschuss selbst aktiv werden, wenn er zum Schluss kommt, dass die Ombudsstelle das Gesetz zu restriktiv interpretiert, und Massnahmen der Ombudsstelle unterbinden.

4.3.2 OUTPUT

Anzahl Untersuchungen

Zwischen 2001 und 2008 wurden in Schweden mehrere Tausend Lohnleichheitsberichte erstellt, die ungefähr ein Viertel aller Beschäftigten des schwedischen Arbeitsmarktes umfassen.¹⁰⁵ Der allergrösste Teil der Berichte wird nicht von der Ombudsstelle geprüft. Insbesondere die Analysen und Berichte von Unternehmen mit weniger als 25

¹⁰⁴ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹⁰⁵ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes: 15.

Mitarbeitenden werden und wurden nur äusserst selten einer Prüfung unterzogen. Insgesamt wird die Anzahl der jährlich von der Ombudsstelle hinsichtlich Lohngleichheit geprüften Unternehmen auf 75 bis 100 geschätzt. Bei ihrer Auswahl konzentriert sich die Ombudsstelle aufgrund der begrenzten Ressourcen derzeit auf grössere ArbeitgeberInnen. Damit sollen positive Auswirkungen für möglichst viele ArbeitnehmerInnen ermöglicht werden.

Das bisher grösste Projekt zur systematischen Untersuchung der Lohngleichheit in Unternehmen wurde von 2006 bis 2008 durch die Ombudsstelle durchgeführt. Dabei wurden Lohnanalysen und Lohngleichheitspläne von 570 der grössten ArbeitgeberInnen Schwedens geprüft, welche gemeinsam 750'000 Personen beschäftigten. Die Untersuchung dieser 570 grössten Unternehmen hat bei 44 Prozent ungerechtfertigte Lohnunterschiede festgestellt, welche beseitigt werden mussten.

Pro Jahr werden nur etwa zwei individuelle Beschwerden wegen Lohndiskriminierung an den Ombudsmann getragen. Häufig werden Lösungen gefunden, bevor es zu einer Beschwerde vor dem Ombudsmann kommt. Dass Fälle vom Ombudsmann an das Arbeitsgericht getragen werden, kommt nur sehr selten vor, der letzte Fall liegt dabei einige Jahre zurück. Ein Grund für die Zurückhaltung von Seiten der Ombudsstelle liegt darin, dass Klagen von Arbeitnehmerseite in der Vergangenheit nicht erfolgreich waren, obwohl die Ombudsstelle die Chancen im Vorfeld als positiv beurteilt hatte.¹⁰⁶

Anzahl aufgedeckter Verstösse und Rechtsfolgen

In der Regel liefern die Unternehmen der Ombudsstelle die angeforderten Unterlagen, wenn sie für eine Prüfung ausgewählt werden. Die Qualität der Unterlagen wird vom Interviewpartner der Ombudsstelle aber als teilweise mangelhaft eingeschätzt.¹⁰⁷ Bei den letzten Kontrollen konnten nur zwei von 35 Unternehmen Analysen und Pläne vorlegen, die den Anforderungen des Gesetzes entsprachen. Wo Verstösse aufgedeckt werden, sind die Unternehmen in der Regel bereit, die Unterlagen nachzuliefern beziehungsweise Massnahmen zur Verbesserung zu veranlassen.

Im Rahmen einer Umfrage wurde im Jahr 2005 ein deutliches Vollzugsdefizit festgestellt. Von den 3'000 Unternehmen, die sich an der Umfrage beteiligten, hatten nur 34 Prozent einen Lohngleichheitsplan. Insbesondere kleinere Unternehmen kamen ihren Verpflichtungen nicht nach, auch im Hinblick auf die Erstellung der Lohnanalysen.¹⁰⁸ Der Interviewpartner hält die Annahme für realistisch, dass heute 70 Prozent der privaten Unternehmen und 30 Prozent der öffentlichen ArbeitgeberInnen ihren Verpflichtungen zur Erstellung der Analysen und Berichte nicht nachkommen.

¹⁰⁶ Hier ist vor allem auf eine Entscheidung des Arbeitsgerichtes aus dem Jahr 2001 zu verweisen, bei welcher das Arbeitsgericht keine Lohndiskriminierung zwischen Hebammen und Technikern gesehen hat, da sie Zweiteren einen höheren Wert auf dem Arbeitsmarkt (private gegenüber öffentlichen Arbeitgebenden) bescheinigt hat (European Industrial Relations Observatory [EIRO]: Comparative study on gender pay equity: The case of Sweden)

¹⁰⁷ 2012 wurden 40'000 Unternehmen vom Ombudsmann angeschrieben und auf ihre Pflichten hinsichtlich Lohngleichheit hingewiesen. Damit waren alle ArbeitgeberInnen mit 10 und mehr ArbeitnehmerInnen betroffen. Der Interviewpartner der Ombudsstelle hofft, dass die Information auch zu einer Qualitätsverbesserung der Analysen beitragen wird.

¹⁰⁸ Vgl. Jämställhetsombudsmannen (2005): Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001.

Die Möglichkeit des Ausschusses, auf Antrag der Ombudsstelle Bussen zu verfügen, wurde in Schweden in der Vergangenheit in nur sehr wenigen Fällen genutzt. So sind von 2001 bis 2005 nur 13 Anträge für Bussenverfahren an den Ausschuss gegen Diskriminierung weitergeleitet worden.¹⁰⁹

Dauer Kontrollprozess

Der Kontrollprozess durch die Ombudsstelle dauert teilweise recht lange (9 Monate bis ein Jahr), da die Qualität der Analysen und Berichte der ArbeitgeberInnen in vielen Fällen Nachbesserungen erfordert.

4.3.3 WIRKUNGEN IN DEN UNTERNEHMEN

Um die Effektivität des schwedischen Modells zur Bekämpfung der Lohndiskriminierung darzulegen, unterscheiden wir nachfolgend zwischen konkreten Anpassungen, welche die ArbeitgeberInnen leisten, sowie weiteren kaum messbaren Wirkungen in den Unternehmen.

Konkrete Anpassungen in den Unternehmen

Während das Vollzugsdefizit bei der Erstellung der innerbetrieblichen Analysen hoch ist, kommen die Unternehmen nach einer Prüfung durch die Ombudsstelle in der Regel ihren Verpflichtungen nach und nehmen auch Lohnanpassungen vor oder führen Massnahmen durch.

Für die 570 grossen Unternehmen, welche von 2006 bis 2008 geprüft wurden, beläuft sich die Summe der Gehaltsanpassungen auf rund 72 Millionen Schwedische Kronen (etwa 10,3 Mio. CHF) pro Jahr. Die Anpassungen betrafen mindestens 5'800 ArbeitnehmerInnen, 90 Prozent davon sind Frauen. Dies bedeutet, dass etwa 0,8 Prozent der Beschäftigten in den untersuchten Unternehmen eine Lohnerhöhung erhalten haben und diese bei etwa 140 Franken im Monat lag.

Ein Drittel der 2006 bis 2008 geprüften Unternehmen hat andere Massnahmen (als Lohnanpassungen) ergriffen, um Lohngleichheit herzustellen. Dazu gehören berufliche Entwicklungsprogramme, Trainings für Vorgesetzte hinsichtlich der Lohnfestsetzung, Erhöhung des Anteils von Frauen in gehobenen Positionen sowie das Einfrieren von Lohnerhöhungen für Männer, die ein höheres Entgelt in vergleichbarer Position erhalten.

Die Lohnanpassungen und andere Massnahmen von Arbeitgeberseite wurden teilweise bereits vor und teilweise erst nach der Prüfung durch die Ombudsstelle umgesetzt. Dies lässt darauf schliessen, dass das Gesetz zumindest teilweise auch bei Unternehmen zu Lohnanpassungen führt, die nicht aktiv durch die Ombudsstelle kontrolliert werden.

Die ArbeitgeberInnen haben maximal drei Jahre Zeit, um die Lohndiskriminierung aufzuheben. Der Ombudsmann hält die ArbeitgeberInnen aber dazu an, die Unterschiede so schnell wie möglich zu beseitigen. Dabei unterstützt er die ArbeitgeberInnen auch in der Entwicklung konkreter Massnahmen.

¹⁰⁹ Vgl. Jämställdhetsombudsmannen (2005): Survey, Analysis and Action Plan for Equal Pay. An in-depth analysis on effects of the regulations of 2001.

Weitere Wirkungen

Neben den konkreten Anpassungen in den Unternehmen weist die Ombudsstelle auf weitere Wirkungen in den Unternehmen hin, welche jedoch nicht direkt messbar sind. Für die Unternehmen habe die Arbeit mit den Lohnanalysen Vorteile hinsichtlich verschiedener Aspekte gebracht. So würden allgemeine Kriterien zur Lohnfestsetzung stringenter angewendet und dem Thema Gleichstellung der Geschlechter im Betrieb würde mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Nicht nur die Aufmerksamkeit der ArbeitgeberInnen, auch das Bewusstsein der ArbeitnehmerInnen und der Gewerkschaften für Fragen der Lohngleichheit würden mit diesem Vorgehen geschärft. Als zentral wird dabei die Kombination aus Information und Beratung auf der einen Seite und der Inspektion auf der anderen Seite betrachtet. Die Ombudsstelle kommt daher zum Schluss, dass die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse ein „valuable instrument for achieving equal pay at individual workplaces“¹¹⁰ darstellt. Die proaktiven Ansätze hätten sich bei individuellen Fällen zudem als wirksamer als Streitschlichtungen oder Gerichtsverfahren erwiesen.

Die InterviewpartnerInnen gehen davon aus, dass eine gewisse Präventivwirkung von den Durchsetzungskompetenzen der Ombudsstelle ausgeht. Es wird konstatiert, dass bei Kontrollen die Möglichkeit, dem Ausschuss gegen Diskriminierung Bericht zu erstatten, dazu führt, dass auch widerwillige ArbeitgeberInnen Entgeltanalysen erstellen. Insgesamt jedoch seien die Durchsetzungskompetenzen der Ombudsstelle (insbesondere aufgrund des bedingten Charakters von Bussen) zu gering, um eine grosse Präventivwirkung zu entfalten.

4.3.4 REDUKTION DER LOHNDISKRIMINIERUNG

Letztlich zielen die dargelegten Anstrengungen in Schweden darauf ab, die Lohndiskriminierung zwischen Männern und Frauen zu reduzieren. Der gesamte Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern hat sich laut der Ombudsstelle jedoch seit Ende der 1980er Jahre nur wenig verändert und lag zwischen 16 und 18 Prozent.¹¹¹ Daten der letzten Jahre zeigen eine leichte Verringerung des Lohnunterschieds auf 15,8 Prozent im Jahr 2011 (durchschnittliche Bruttostundenverdienste von Voll- und Teilzeitbeschäftigten).¹¹² Berücksichtigt man Unterschiede hinsichtlich Beschäftigung, Ausbildung, Alter, Arbeitsstunden und Arbeitsplatz, so bleibt ein unerklärbarer Rest, das heisst eine Lohndiskriminierung von 5,9 Prozent für das Jahr 2011.¹¹³ Die Ombudsstelle wählt folgende vorsichtige Formulierung hinsichtlich der Faktoren, worauf dieser Unterschied zurückzuführen ist: „The remaining pay differential (...) cannot be explained with the aid of the information currently available in Sweden’s official statistics on wages and salaries. The possibility that it could be a manifestation of unjustified differences in pay and direct discrimination as defined in the Discrimination Act cannot

¹¹⁰ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹¹ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹² Eurostat: Gender Pay Gap in unadjusted form:

<<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>>, Zugriff 30.4.13.

¹¹³ Vgl. National Mediation Office Sweden (2012): Summary Annual Report for 2012.

be ruled out.“¹¹⁴ Diese bereinigte Lohndifferenz hat sich jedoch in den letzten Jahren nur marginal verringert.¹¹⁵

Wie gross der Beitrag der Massnahmen der Ombudsstelle auf (die ohnehin geringen) Veränderungen des Lohnunterschieds ist, lässt sich nicht beziffern. Folgende Aspekte können aber als Gründe dafür aufgeführt werden, weshalb die Massnahmen der Ombudsstelle bisher nicht zu einer merklichen Reduktion der Lohndiskriminierung geführt haben:¹¹⁶

- Proaktive Massnahmen werden faktisch nur von Unternehmen mit mehr als 25 Arbeitnehmenden verlangt.
- Lohnleichheitspläne sind nicht standardisiert und müssen der Ombudsstelle nur auf Verlangen vorgelegt werden.
- Es werden nur wenige ArbeitgeberInnen durch die Ombudsstelle kontrolliert (pro Jahr 0,03%).
- Die Durchsetzungskompetenz der Ombudsstelle ist begrenzt, das heisst die Unternehmen haben bei einer Kontrolle keine Strafzahlungen befürchten, wenn sie bisher keine Massnahmen durchgeführt haben (Stichwort bedingte Bussen).

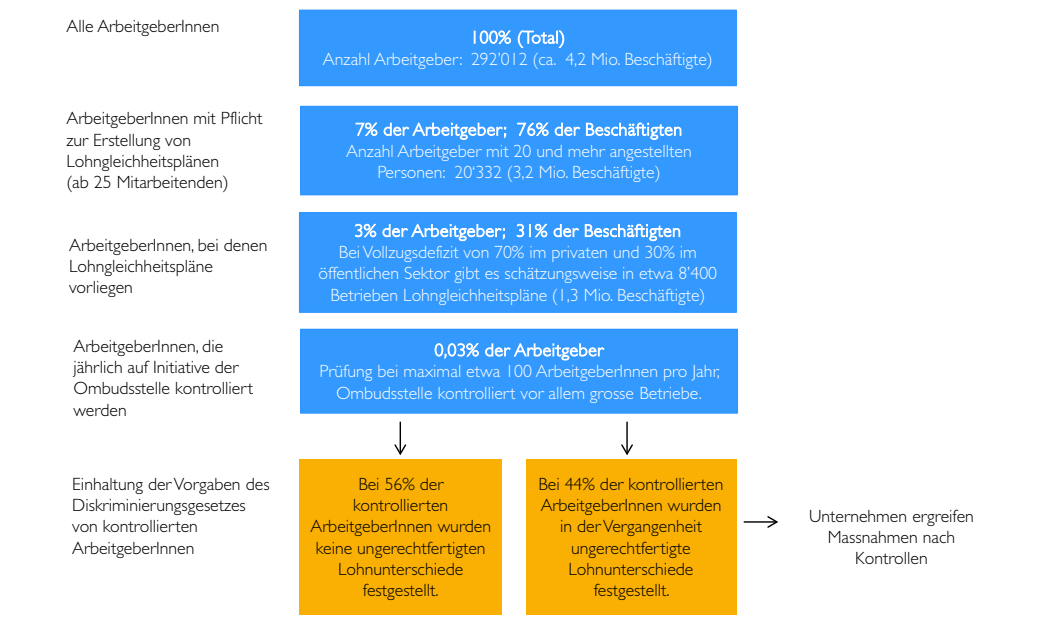
Abschliessend zeigen wir in einer Übersicht auf, wie viele Unternehmen in Schweden von der Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse sowie von der behördlichen Stichprobenkontrolle (schätzungsweise) erfasst werden.

¹¹⁴ Diskriminierungsombudsmannen (2009): Pay surveys – provisions and outcomes.

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch Statistics Sweden (2013): Women and Men in Sweden. Facts and Figures 2012 und National Mediation Office Sweden (2009): Summary Annual Repoort for 2009.

¹¹⁶ Vgl hierzu auch Lappalainen, P. et al. (2010): Active measures in Sweden – in theory and practice.

Darstellung 4.3: Übersicht über die Umsetzung der innerbetrieblichen Lohnanalyse und der behördlichen Stichprobenkontrolle: Schweden



Quelle: eigene Berechnungen auf Grundlage von Statistics Sweden (2013): Enterprises and employees (FDB) by industrial classification and size class. Year 2008 – 2012.

Dieses Kapitel beinhaltet eine Synthese der untersuchten Modelle. Abschnitt 5.1 liefert einen kurzen Überblick über die einzelnen Modelle und in Abschnitt 5.2 werden zusammenfassend die Aussagen zu den Kosten und dem Nutzen der untersuchten Modelle aufgeführt. In Abschnitt 5.3 werden, basierend auf den Fallanalysen, die verschiedenen konzeptionellen und in Abschnitt 5.4 die verschiedenen organisatorischen Elemente diskutiert. Dabei zeigen wir die Vor- und Nachteile auf. Ausgehend von diesen Ausführungen werden im abschliessenden Abschnitt 5.5 Empfehlungen für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und zur Durchsetzung der Lohngleichheit aufgeführt.

5.1 DIE UNTERSUCHTEN MODELLE IM ÜBERBLICK

Nachfolgend werden die in den vorangehenden Kapiteln untersuchten Modelle zusammengefasst.

Schweizerische Modelle im Überblick

Im *Modell Preisüberwacher* werden die bundesgesetzlichen Vorgaben durch eine Bundesbehörde vollzogen. Untersuchungen werden von Amtes wegen oder auf Mitteilung hin eröffnet. Die Behörde verfügt über weitreichende Untersuchungskompetenzen; Informationen werden über standardisierte Fragebogen erhoben. Wird keine einvernehmliche Lösung gefunden, kann die Behörde die Preissenkung beziehungsweise die Nichterhöhung verfügen. Der Rechtsweg führt an das Bundesverwaltungsgericht; legitimiert sind betroffene Firmen sowie die Konsumentenorganisationen. Es besteht kein Parallelismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren. Zu Verfügungen kommt es aufgrund befürchteter Reputationsschäden äusserst selten. Das Modell hat generell, auch weil es mit aktiver Öffentlichkeitsarbeit verbunden ist und einvernehmliche Lösungen und Verfügungen publiziert werden, eine starke präventive Wirkung.

Auch im *Modell Spielbankenkommission* wird die Bundesgesetzgebung durch eine Bundesbehörde vollzogen, wobei die Untersuchungshandlungen teilweise durch die Kantone ausgeführt werden. Das Modell zielt auf die Kontrolle von konzessionierten Unternehmen; die Reichweite ist somit klein. Die Behörde verfügt über weitreichende (invasive) Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen. Es handelt sich um ein sehr engmaschiges, gesetzlich vergleichsweise detailliert geregeltes Kontrollsystem mit automatischen jährlichen Inspektionen und einer gesetzlich verankerten Deklarations- und Revisionspflicht durch spezialisierte Revisionsfirmen. Inspektionen können von der Bundesbehörde durchgeführt oder an kantonale Behörden delegiert werden. Die Durchsetzungskompetenzen der Kommissionen reichen von sachspezifischen Verfügungen (z.B. Änderung des Spielangebots) bis hin zum Entzug der Konzession. Durch Spielbanken geschädigte Private müssen ihre Ansprüche auf dem üblichen zivilgerichtlichen Weg einklagen. Das Modell ist aufgrund seiner flächendeckenden Kontrolle der betroffenen Firmen effektiv, aufgrund des engen Geltungsbereichs (21 Firmen) aber nur

beschränkt übertragbar auf andere Bereiche. Zudem verursacht es einen hohen Aufwand.

Im Modell *flankierende Massnahmen* zur Personenfreizügigkeit werden die Vorgaben zu Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die kantonalen Ämter und die Sozialpartnerschaften vollzogen. Dabei geht es um die Einhaltung der in der Schweiz geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen. Für den Vollzug verwendet werden die üblichen Strukturen, die zur Kontrolle der Arbeitsverhältnisse auf kantonaler Ebene vorgesehen sind (vgl. Art. 7 EntsG). Hier kommt es zu einer Zweiteilung: Für die Branchen ohne ave-GAV sind die Tripartiten Kommissionen der Kantone zuständig. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Die Durchführung der Kontrollen wird teilweise an Arbeitsmarktkontrollvereine mittels Leistungsvereinbarungen ausgelagert (z.B. im Kanton Basel Stadt der Verein Baustellenkontrolle Basel). Im Rahmen der Personenfreizügigkeit unterliegen die betroffenen Unternehmen einer Meldepflicht ihrer entsandten Arbeitnehmenden. Die Kontrollen erfolgen aufgrund dieser Meldungen. Kontrolliert wird anhand von Lohnabrechnungen, Verträgen und Lohnüberweisungsunterlagen sowie Inspektionen. Das SECO legt dabei jedes Jahr für jeden Kanton eine bestimmte Anzahl durchzuführender Kontrollen fest. Teilweise finden wir einen Dualismus von zivilrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Verfahren: In Branchen mit ave-GAV können einzelne Angestellte die Einhaltung der Mindestlöhne vor Zivilgerichten erstreiten. Die SozialpartnerInnen haben überdies nach Artikel 11 EntsG ein Klagerecht auf Feststellung der Verletzung des Entsendegesetzes.

Im Modell *Geldwäschereibekämpfung* obliegen der FINMA die zentralen Aufgaben zum Vollzug der Bundesgesetzgebung. Dabei wird ein kleiner Teil der knapp 7'000 Finanzintermediäre direkt von der FINMA beaufsichtigt (z.B. Banken), der grosse Rest durch eine der zwölf von der FINMA anerkannten beziehungsweise genehmigten Selbstregulierungsorganisationen (SRO) (z.B. für Treuhänder, Anlageberater, Notare). Es handelt sich folglich um ein System gesetzlich und behördlich gelenkter Selbstregulierung. Die SRO konkretisieren in Reglementen die Pflichten ihrer Mitglieder, kontrollieren in der Regel jährlich die Einhaltung und sorgen für die Weiterbildung ihrer Mitglieder. Sowohl die mit einer Kontrolle beauftragten Personen wie die Revisionsstellen müssen die erforderlichen Fachkenntnisse aufweisen und von den zu prüfenden Finanzintermediären unabhängig sein. Die Finanzintermediäre unterliegen einer Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften. Die SRO können Sanktionsverfahren eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Zu den Sanktionen zählen Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss des Finanzintermediärs; bei Streitigkeiten entscheidet in der Regel ein Schiedsgericht. Die SRO werden ihrerseits von der FINMA beaufsichtigt. FINMA und SRO erstatten der Meldestelle Geldwäscherei Mitteilung, wenn begründeter Verdacht auf einen Verstoß gegen die Geldwäschereistrafgesetzgebung vorliegt. Das System der Selbstregulierung zur Kontrolle der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung ist bei den Finanzintermediären gut akzeptiert, unter anderem deshalb, weil die SRO auf branchenspezifische Besonderheiten eingestellt sind. Diese Lösung hat den Vorteil der Branchennähe; zudem sind die Kosten für die primäre Kontrolle externalisiert.

Die ausländischen Modelle im Überblick

In allen drei untersuchten ausländischen Fallstudien gilt der Grundsatz der Lohngleichheit für private wie für öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen. In Österreich findet sich die Regulierung in verschiedenen Erlassen auf Bundes- und Länderebene. In Schweden und Ontario unterliegen die privaten Arbeitsverhältnisse und der öffentliche Sektor der gleichen gesetzlichen Grundlage. Im Fall von Österreich kontrollieren die Behörden nach Gleichbehandlungsgesetz nur den privaten Sektor. Die Bundesländer besitzen eigene Kommissionen zur Überwachung der Lohngleichheit in der Verwaltung und der Bund als Arbeitgeber untersteht dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz. Der Pay Equity Act in Ontario hingegen betrifft den privaten wie den öffentlichen Sektor gleichermaßen. Zum öffentlichen Sektor gehören die Provinz- und Gemeindeverwaltungen sowie unter anderem die öffentlichen Spitäler, Schulen und Universitäten. Auch in Schweden gilt das entsprechende Gesetz für private wie für öffentliche ArbeitgeberInnen. Hier müssen auch die öffentlichen ArbeitgeberInnen, namentlich auch die Gemeinden, die gesetzlich verlangten Lohnanalysen erstellen. Die Behörden in Ontario und in Schweden können sowohl private wie öffentliche ArbeitgeberInnen einer Kontrolle unterziehen.

Das *Modell in Ontario* kombiniert ein System von Self Compliance mit starken Durchsetzungsinstrumenten. Es enthält die Pflicht aller öffentlich-rechtlichen und privaten ArbeitgeberInnen zur Erstellung von Lohngleichheitsanalysen (ab 10 Mitarbeitenden) und von einmaligen Lohngleichheitsplänen (ab 100 Mitarbeitende), welche den Mitarbeitenden beziehungsweise den MitarbeiterInnenvertretungen vorzulegen sind. Die Behörden stellen Vorlagen und Tools zur Verfügung. Untersuchungen werden durch so genannte Review Officers des Pay Equity Office (PEO) aufgrund von Beschwerden oder von Amtes wegen eingeleitet und erfolgen anhand von Fragebogen und den Lohngleichheitsplänen; die Behörde kann in alle relevanten Dokumente Einsicht nehmen und die Angestellten und Arbeitgebenden befragen. Sofern keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, können die Review Officers die Firmen zur Durchführung von Lohnanalysen, zur Erstellung von Lohngleichheitsplänen, zur künftigen Anpassung von Löhnen und zur retroaktiven Zahlung verpflichten. Anordnungen der Review Officers können an eine spezialisierte übergeordnete Behörde (Pay Equity Hearings Tribunal [PEHT]) weitergezogen werden. Die meisten Fälle werden einvernehmlich gelöst. Eine präventive Wirkung des Modells wird auf die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse, die „Drohung eine Stichprobenkontrolle“ und die Gefahr hoher Nachzahlungen zurückgeführt. Historisch bedingt, aber nicht sachgerecht ist die Trennung in den Vollzug von Pay Equity und Pay Equality durch verschiedene Behörden.

Im *Modell in Österreich* sind die behördlichen Kompetenzen vergleichsweise schwach ausgestaltet und die Durchsetzung erfolgt im Wesentlichen über die Zivilgerichte. Auf Bundesebene sind die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) und die Gleichbehandlungskommission (GBK, Senat I) für den Bereich von Pay Equity und Pay Equality zuständig, wobei die BetriebsrätInnen beziehungsweise Gewerkschaften massgeblich in die Kontrolle einbezogen sind. Betriebe mit mehr als 150 Angestellten sind verpflichtet, alle zwei Jahre Einkommensberichte auf der Grundlage von Tools zu erstellen, die von Verwaltung und Gewerkschaften zur Verfügung gestellt werden. Da in Österreich 90 Prozent der Beschäftigten Tarifverträgen unterstehen, kann in den meisten Fällen für den Vergleich auf die in den Tarifverträgen definierten „Verwendungsgruppen“ zu-

rückgegriffen werden. Lohnunterschiede müssen analysiert werden. Die Einkommensberichte werden von den BetriebsrätInnen/MitarbeiterInnenvertretungen geprüft; in Betrieben ohne Vertretung werden die Berichte allgemein zugänglich gemacht. Bestehen diskriminierende Lohndifferenzen und kann keine betriebliche Einigung erzielt werden, können die Arbeitnehmenden die GAW anrufen, welche eine Untersuchung einleitet. Die GAW kann alle notwendigen Unterlagen einfordern, Inspektionen vor Ort durchführen und Personen befragen sowie bei den Sozialversicherungen die Einkommensdaten von Vergleichspersonen/-gruppen verlangen. Angestellte, BetriebsrätInnen und GAW können bei der GBK das Kommissionsverfahren einleiten, in welchem Einzelfallprüfungen erfolgen. Grundsätzlich könnte die Kommission von Amtes wegen Untersuchungen führen, dies wird aber in der Regel nur dann gemacht, wenn Fälle ohnehin von der Kommission aufgrund anderer Diskriminierungsgründe verhandelt werden (z.B. wegen sexueller Belästigung). Bei festgestellter Verletzung der Lohngleichheit fordert die Kommission die Firma auf, innert zwei Monaten den rechtmässigen Zustand herzustellen. Geschieht dies nicht, können die Interessensvertretungen der Geschädigten (nicht aber die GAW und auch nicht die Geschädigten selbst) vor Zivilgericht klagen. Das Modell kombiniert somit die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse mit einer Vermittlungslösung und der Beurteilung durch ein Sachverständigengremium (Kommission). Die eigentliche Durchsetzung von materiellen Ansprüchen erfolgt aber durch die Gewerkschaften vor Zivilgericht.

In Schweden finden wir ebenfalls einen hohen Grad an Kollektivarbeitsverträgen und einen weitreichenden gewerkschaftlichen Organisationsgrad. Das *Modell in Schweden* kombiniert die Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse, behördliche Kontroll- und Vermittlungsaufgaben sowie den Klageweg vor Zivilgerichten. Die behördliche Kontrolle erfolgt durch eine allgemeine Diskriminierungsombudsstelle und einen Ausschuss, die sich mit Geschlechtergleichstellung als einem unter verschiedenen Diskriminierungsaspekten befassen. Unabhängig von der Anzahl der Angestellten müssen alle ArbeitgeberInnen unter Einbezug der MitarbeiterInnenvertretungen alle drei Jahre die Löhne erfassen und analysieren. Betriebe mit mehr als 25 Angestellten müssen überdies alle drei Jahre einen Lohngleichheitsplan erstellen, welcher die möglichen Anpassungsmassnahmen enthält. Diskriminierende Lohndifferenzen müssen so rasch als möglich, spätestens aber innerhalb von drei Jahren, behoben werden. Betroffene können mit Beschwerde/Mitteilung an die Ombudsstelle gelangen; überdies kann die Behörde von sich aus Stichprobenkontrollen durchführen. Die Ombudsstelle hat weitreichende Untersuchungsbefugnis; sie kann Einsicht in die relevanten Unterlagen der Firmen nehmen und bei einer Verletzung der Deklarations- und Mitwirkungspflichten beim Ausschuss gegen Diskriminierung eine Busse beantragen. Besteht der Verdacht auf Lohngleichheitsverletzung, kann die Ombudsstelle die ArbeitgeberInnen zu Verhandlungen über eine gütliche Einigung aufbieten und Massnahmen für Lohnanpassungen vorschlagen. Kommt es zu keiner Einigung, kann die Ombudsstelle mit Einwilligung der betroffenen Person eine Zivilklage anhängig machen. Auch die Gewerkschaften können Geschädigte im Zivilverfahren vertreten. Die Namen fehlbarer ArbeitgeberInnen können von der Ombudsstelle öffentlich gemacht werden.

5.2 KOSTEN UND NUTZEN DER UNTERSUCHTEN MODELLE

Im Rahmen der vorliegenden Studie ist es nicht möglich, exakte Aussagen zu den Kosten und dem Nutzen der einzelnen Modelle zu machen. Die für eine solche Berechnung notwendigen Daten liegen entweder nicht vor (wurden also von den zuständigen Behörden entweder gar nicht oder nicht hinreichend spezifisch erhoben) oder sind nur mit sehr grossem Aufwand zu eruieren:

Die Angaben zu den *Kosten* umfassen häufig weitere Aufgabenbereiche der entsprechenden Behörde und geben daher nicht Auskunft über den Aufwand für die spezifischen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente. Wie eingangs unter Abschnitt 2.2 erwähnt, liegen in den untersuchten Fallstudien kaum konkrete Angaben zur Wirksamkeit, das heisst zum Nutzen, der untersuchten Instrumente vor (Angaben zur Anzahl und Art der Anpassungen, z.B. Anhebung der Löhne, rückwirkende Zahlungen, welche die Unternehmen infolge der Kontrollmassnahmen ergriffen haben). Die vorliegende Analyse muss sich daher grösstenteils auf Schätzungen seitens der befragten Behördenvertreterinnen und Behördenvertreter stützen.

Insbesondere der *Nutzen* der Verpflichtung der Unternehmen, ihre Löhne hinsichtlich Lohndiskriminierung zu analysieren und darüber intern Bericht zu erstatten, kann zahlenmässig nicht belegt werden. Dies liegt daran, dass die Analysen in der Regel ein innerbetriebliches Instrument bleiben und nur bei Kontrollen an die Behörden ausgehändigt werden müssen. Die zuständigen Behördenvertreter und Behördenvertreterinnen sind sich jedoch einig, dass die proaktiven Massnahmen bei den Arbeitgebenden wie auch bei den Arbeitnehmenden klar zu einem besseren Bewusstsein und mehr Transparenz hinsichtlich des Themas Lohngleichheit beitragen. Auch würden allgemeine Kriterien zur Lohnfestsetzung zunehmend stringenter angewendet. Als zentraler Erfolgsfaktor wird dabei die Kombination aus Information und Beratung auf der einen Seite und der behördlichen Stichprobenkontrolle auf der anderen Seite betrachtet.

Was die Kontrollen der Behörden betrifft, so zeigt die Fallstudie Schweden auf, dass damit in etwas weniger als der Hälfte der in regelmässigen Abständen kontrollierten Unternehmen eine Lohndiskriminierung festgestellt werden kann. Die Unternehmen verhalten sich in der Regel kooperativ und sind zu Massnahmen infolge der Kontrolle bereit. Wie eine Untersuchung der Kontrollen für die Jahre 2006 bis 2008 zeigt, belief sich die Summe der Gehaltsanpassungen in 570 grossen Unternehmen auf rund 72 Millionen Schwedische Kronen (etwa 10,3 Mio. CHF) pro Jahr. Die Anpassungen betrafen mindestens 5'800 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 90 Prozent davon Frauen. Hinzu kommen weitere von den Unternehmen getroffene Massnahmen, wie berufliche Entwicklungsprogramme, Trainings für Vorgesetzte hinsichtlich der Lohnfestsetzung, Erhöhung des Anteils von Frauen in gehobenen Positionen sowie das Einfrieren von Lohnerhöhungen für Männer. In Ontario sind es rund 15 Prozent der kontrollierten Unternehmen, welche zu Lohnanpassungen und teilweise auch rückwirkend zu Lohnzahlungen verpflichtet wurden. In Österreich werden nur Kontrollen in Einzelfällen durchgeführt, welche nach Aussage der zuständigen Behörde durchaus zu Lohnanpassungen führen. Ein Blick in die Schweiz zeigt, dass bei den bereits eingeführten Kontrollen der Lohngleichheit im öffentlichen Beschaffungswesen in 15 Prozent der

Fälle eine *signifikante* Lohndiskriminierung über 5 Prozent und nur etwa in 25 Prozent der Fälle keine Lohndiskriminierung festgestellt wurde. Die Anzahl der bisher abgeschlossenen Kontrollen ist jedoch gering. Zwischen 2006 und September 2013 wurden 28 Kontrollen durchgeführt und 20 abgeschlossen.¹¹⁷

5.3 VARIANTEN DER KONZEPTIONELLEN AUSRICHTUNG

Entlang der einzelnen möglichen Etappen auf dem Weg der staatlichen Kontrolle und Durchsetzung eines gesetzlichen Anspruchs werden in diesem Abschnitt, basierend auf der Analyse der Fallbeispiele im In- und Ausland, verschiedene Elemente beschrieben und beurteilt. Wir unterscheiden folgende Elemente: Vorgelagert zur eigentlichen staatlichen Kontrolle und Durchsetzung definieren wir den Aspekt der innerbetrieblichen Analyse (A), bei welcher die Unternehmen proaktive Massnahmen zu ergreifen haben. Als zweiten Aspekt betrachten wir die behördlichen Kontrollmassnahmen (B). Im Anschluss an die Kontrolle folgt der Aspekt der behördlichen Vermittlungsverhandlung und Empfehlung (C) und schliesslich der Aspekt der Durchsetzung (D).

Die Ausführungen basieren auf einer Synthese der untersuchten in- und ausländischen Modelle. Dabei gilt es bezüglich den ausländischen Fallstudien generell festzuhalten, dass alle drei untersuchten Länder nach wie vor mit dem Problem der Nichteinhaltung der Lohngleichheit zu kämpfen haben. Ein „Idealmodell“ zur Verwirklichung der Lohngleichheit lässt sich so nicht präsentieren. Jedoch liefern alle drei Modelle (bewährte) Aspekte, welche einen Beitrag dazu leisten könnten, Lohndiskriminierung auch in der Schweiz vorzubeugen, zu identifizieren und zu beseitigen. Interessante Aspekte zeigen auch die inländischen Fallstudien auf. Hier zeigt sich aber die Schwierigkeit, dass diese nur ansatzweise mit Modellen zur Durchsetzung der Lohngleichheit vergleichbar respektive auf solche übertragbar sind, da es mit Ausnahme der FlaM im ave-GAV-Bereich nicht um die Durchsetzung von Ansprüchen von geschädigten Privaten geht.

5.3.1 INNERBETRIEBLICHE ANALYSE UND PRÜFBERICHTE

Die untersuchten ausländischen Fallstudien, aber auch Studien¹¹⁸ zu weiteren ausländischen Modellen zeigen auf, dass in zahlreichen Ländern in den letzten Jahren eine gesetzliche Verpflichtung für Unternehmen eingeführt wurde, ihre Löhne in formalisierter Weise auf geschlechtsspezifische Lohndifferenzen hin zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten. Teilweise beschränkt sich diese Pflicht auf Betriebe ab einer bestimmten Grösse. Die Schweiz kennt in verschiedenen, insbesondere technischen Bereichen wie beispielsweise der Lebensmittelkontrolle eine Selbstdeklarationspflicht von Unterneh-

¹¹⁷ Vgl. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (2013): Kennzahlen. Kontrollen der Lohngleichheit im öffentlichen Beschaffungswesen (Bund), Bern. (unveröffentlicht)

¹¹⁸ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung SIR (2013): Avis sur les mesures étatiques en matière de discrimination salariale hommes-femmes, Lausanne (noch nicht veröffentlicht); Schär Moser, M. und Strub, S. (2011): Massnahmen und Instrumente zur Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung. Die Schweiz im Spiegel des europäischen Auslands. SGB Dossier Nr. 79, Bern: Schweizerischer Gewerkschaftsbund; Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern.

men. Aber auch im Finanz- und Bankensektor ist dieses Instrument verbreitet. Zu erwähnen ist zudem, dass AnbieterInnen im öffentlichen Beschaffungswesen seitens der Beschaffungskonferenz des Bundes empfohlen wird, eine Selbstdeklaration auszufüllen, welche bestätigt, dass sie die Arbeitsbedingungen, die Arbeitsschutzbestimmungen sowie die Lohngleichheit von Frau und Mann einhalten.¹¹⁹ In diesem Bereich sind teilweise auch die Kantone aktiv und haben je eigene Massnahmen ergriffen.¹²⁰

Es können grob folgende zwei Varianten unterschieden werden, wobei sich diese jeweils nach weiteren Kriterien differenzieren lassen:

| | | |
|----|--|---|
| A1 | Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse durch Unternehmen (Variation nach inhaltlicher Ausprägung und Verwendung von Tools, Reichweite, Periodizität, Erstellung und Kontrolle ohne/mit Einbezug der ArbeitnehmerInnenvertretungen) | - Österreich - Schweden - Ontario |
| A2 | Pflicht zur von Dritten (Revisionsstelle/Prüfgesellschaft) geprüften innerbetrieblichen Analyse (und Berichterstattungspflicht gegenüber Kontrollorgan) | - ESBK - FINMA |

Variante A1: Innerbetriebliche Analyse durch Unternehmen

Die Variante A1 arbeitet mit der Verpflichtung von Unternehmen zur Erstellung von Analysen und Berichten. In allen drei untersuchten ausländischen Modellen nimmt diese Verpflichtung zur innerbetrieblichen Analyse einen prominenten Stellenwert ein. Konzeptionell kann zwischen Analysen einerseits und Lohngleichheitsplänen andererseits unterschieden werden. Die Analyse dient der Erhebung von diskriminierenden Lohnunterschieden. Zusätzlich zur Lohnanalyse existieren in zwei der untersuchten Ländern Lohngleichheitspläne. Diese legen die lohnpolitischen Massnahmen für die Zukunft fest. In Schweden etwa wird unterschieden zwischen den allgemeinen Lohnanalysen (die alle Unternehmen alle drei Jahre erstellen müssen) sowie den Lohngleichheitsplänen, die nur Unternehmen mit mehr als 25 Personen ebenfalls alle drei Jahre verfassen müssen. In Ontario sind alle Unternehmen mit mehr als zehn Mitarbeitenden verpflichtet, ihre Löhne hinsichtlich Pay Equity einmalig zu analysieren und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen, für Arbeitgebende mit mehr als 100 Mitarbeitenden gilt zudem die einmalige Pflicht zur Erstellung von schriftlichen Pay Equity Plänen. In Österreich müssen (nach einer gestaffelten Einführung seit 2011) ab 2014 alle ArbeitgeberInnen mit mehr als 150 Mitarbeitenden alle zwei Jahre Einkommensberichte (Lohnanalysen) erstellen. In allen drei untersuchten Ländern betrifft die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse sowohl öffentliche als auch private Unternehmen.

Wie die Analyse zeigt, kommt den Arbeitnehmenden in Staaten mit hohem Organisationsgrad der Arbeitnehmerschaft und fast flächendeckender Gesamtarbeitsvertragsituation (wie Schweden) sowie mit allgemeinen innerbetrieblichen ArbeitnehmerInnenvertretungen (Österreich) eine bedeutende Rolle hinsichtlich der Kontrolle, teilweise auch bezüglich der Erarbeitung von Lohnanalysen und von Plänen zu. In keinem der drei

¹¹⁹ Vgl. <<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02628/index.html?lang=de>>, Zugriff 10.7.13.

¹²⁰ Vgl. z.B. Kanton Bern: <http://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen/lohngleichheit_fuermaennerundfrauen.html>, Zugriff 22.7.13.

untersuchten ausländischen Fallbeispiele werden die Ergebnisse automatisch an eine staatliche Behörde übergeben. Erst im Rahmen einer allfälligen Kontrolle werden die Ergebnisse der innerbetrieblichen Analyse an die zuständige Behörde übergeben. Die Ergebnisse müssen jedoch betriebsintern den Arbeitnehmenden respektive deren Vertretungen bekannt gegeben werden. Überlegung hinter diesem Ansatz ist, dass die Betriebe möglichst selber für Abhilfe sorgen sollen. Dabei soll sowohl Arbeitgebenden als auch Arbeitnehmenden ein Instrument gegeben werden, um Lohndiskriminierung zu erkennen. Die Sensibilisierung von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hinsichtlich möglicher Lohnunterschiede, die diesbezügliche Schaffung von Transparenz sowie die gemeinsame Suche nach einvernehmlichen Lösungen sind denn auch die zentralen Stärken der innerbetrieblichen Analyse. Zudem rückt mit diesem Instrument der Fokus auf die allgemeinen Lohnstrukturen eines Unternehmens und es wird nicht nur die Situation einzelner Fälle beleuchtet. Diese Wirkungsweise wird seitens der befragten Personen verschiedentlich beobachtet. Es liegen jedoch keine Daten vor, welche eine Quantifizierung dieser Wirkung erlauben würden.

Als generelle Schwäche der untersuchten Fallbeispiele muss genannt werden, dass das Vollzugsdefizit hinsichtlich der Erfüllung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gross ist. Bis zu 70 Prozent der Unternehmen kommen ihrer Pflicht – wohl auch aufgrund des Aufwands – nicht nach. Dies dürfte aber auch darauf zurückzuführen sein, dass die Kontrolle und die Sanktionierung bei Missachtung der Deklarationspflicht in den untersuchten ausländischen Fallbeispielen zu wenig griffig ausgestaltet sind und die Unternehmen kaum mit negativen Konsequenzen rechnen müssen (Berichte können nachgereicht werden, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen). Die Durchsetzung lastet in den untersuchten ausländischen Modellen in der Tendenz stark auf den Arbeitnehmenden, welchen die Sachkenntnisse zur Erfüllung dieser Aufgabe oft fehlen dürften.

Variante A2: Pflicht zur von Dritten (Revisionsstelle/Prüfgesellschaft) geprüften innerbetrieblichen Analyse (und Berichterstattungspflicht gegenüber Kontrollorgan)

In der Variante A2 wird die innerbetriebliche Analyse durch einen *obligatorischen, durch Externe erstellten Prüfbericht (Revisionsbericht)* ergänzt. Anders als im Modell A1 besteht in diesem Modell zudem eine generelle Pflicht, die Berichte an das jeweilige Kontrollorgan weiterzuleiten. So müssen etwa die 21 Unternehmen nach der Spielbankengesetzgebung über verschiedene Aspekte ihrer Tätigkeit zuhanden der ESBK Bericht erstatten. Die so genannten Erläuterungsberichte sind von einer spezialisierten, wirtschaftlich und rechtlich unabhängigen Revisionsstelle zu erstellen und müssen von den Spielbanken finanziert werden. Auch im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung sind Prüfberichte durch externe Expertinnen/Experten zuhanden der Selbstregulierungsorganisationen zu erstellen. Die Finanzintermediäre unterliegen hinsichtlich der Einhaltung der Geldwäschereigesetzgebung einer Pflicht zur Prüfung durch zugelassene externe Prüfgesellschaften. Diese Modelle sind zweifellos wirksam und externalisieren die Kosten an Private: In der Praxis betreffen sie bestimmte Branchen, mithin eine begrenzte Anzahl von Firmen. Wie die Fallanalyse zeigt, schafft der Einbezug externer Revisions- respektive Prüfungsstellen eine hohe Verbindlichkeit. Vollzugsdefizite sind in diesen Fällen kaum festzustellen.

5.3.2 KONTROLLE

Unabhängig von der proaktiven innerbetrieblichen Analyse existieren in den untersuchten Fallbeispielen Massnahmen, mit welchen der Staat die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben in Betrieben kontrolliert. Zu den klassischen Kontrollkompetenzen zählt die Befugnis, Informationen und Unterlagen einzufordern respektive vor Ort eine Untersuchung vorzunehmen. In allen untersuchten Fällen unterstehen die Unternehmen einer Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht. Generell lässt sich aufgrund der Fallbeispiele festhalten, dass in jenen Fällen, in welchen der Staat Unternehmen kontrolliert, die Kontrollen in der Regel auch wirksam sind. Das heisst, die Unternehmen verhalten sich häufig kooperativ und sind für die Verhandlung einvernehmlicher Lösungen grundsätzlich offen (vgl. Abschnitt 5.3.3).

Bezüglich der Ausrichtung der Kontrolle unterscheiden wir auf Basis der Analyse der Fallstudien drei Varianten. Die staatliche Interventionsstärke ist dabei von Variante zu Variante zunehmend.

| | | |
|----|--|--|
| B1 | Delegation der Kontrolle an Branche (Selbstregulierungsorganisationen, Paritätische Kommissionen) – Behörde mit Aufsichtsfunktion gegenüber den SRO | <ul style="list-style-type: none"> - FINMA - FlaM (bei Unternehmen mit ave-GAV) |
| B2 | Behördliche Kontrolle in Einzelfällen (auf Mitteilung, auf formalisierte Beschwerde hin oder von Amtes wegen) | <ul style="list-style-type: none"> - Österreich |
| B3 | Behördliche Kontrolle bei einer Stichprobe (entweder zusätzlich zur Kontrolle auf Mitteilung oder formalisierte Beschwerde hin oder aber Kontrolle ausschliesslich in Stichprobenfällen) | <ul style="list-style-type: none"> - Schweden - Ontario - Preisüberwacher - FlaM (bei Unternehmen ohne ave-GAV) - ESBK (Vollerhebung) |

Variante B1: Delegation der Kontrolle an Branche

In der Variante B1 übt die staatliche Behörde lediglich eine Aufsichtsfunktion aus, im Regelfall ohne selber zu kontrollieren. Das Modell der *Selbstregulierungsorganisationen* im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung setzt auf Kontrolle durch die Branchen selber, wobei die SRO wiederum behördlicher Genehmigung und Kontrolle durch den Bund unterliegen. Im Rahmen der FlaM im Kanton Basel-Stadt sind für die Kontrollen bei Branchen mit einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave-GAV) Paritätische (Berufs-)Kommissionen zuständig. Diese setzen sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Im Fall von Basel-Stadt lassen die Paritätischen Kommissionen die Kontrollen durch den Verein Baustellenkontrolle Basel durchführen. Der Vorteil dieser Delegation liegt sicherlich in der Unabhängigkeit des Vereins. Da die Paritätischen Kommissionen sehr heterogen sind und unterschiedlich stark mit Ressourcen ausgestattet sind, kann so ausserdem gewährleistet werden, dass die Kontrollen immer nach dem gleichen Muster und professionell durchgeführt werden. In anderen Kantonen finden die Kontrollen durch die Paritätischen Kommissionen – das heisst durch die Branchen selbst – statt. In diesen Fällen wie auch im Fall der Selbstregulierung im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung ist nachteilig zu erwähnen, dass die Unabhängigkeit der Kontrollen eingeschränkt ist.

Variante B2: Behördliche Kontrolle in Einzelfällen

In der Variante B2 erfolgt die *behördliche Kontrolle lediglich im Einzelfall* – auf Mitteilung beziehungsweise formalisierte Beschwerde hin oder von Amtes wegen. In unseren Fallbeispielen entspricht Österreich diesem Modell. Wie in Abschnitt 5.3.1 erwähnt, kommt in Österreich der innerbetrieblichen Prüfung der Lohngleichheit durch die BetriebsrätInnen eine wichtige Rolle zu. Staatliche Stellen hingegen kontrollieren die Betriebe nur im Einzelfall auf Beschwerde der Arbeitnehmenden hin oder in seltenen Fällen von Amtes wegen. Während die Kontrollen im Einzelfall durchaus zu lohnwirksamen Ergebnissen führen, ist der Nachteil dieser Einzelverfahren, dass sie kaum zu einer präventiven Anpassung gesamter Lohnsysteme beitragen. In diesen Einzelfallkontrollen durch Verwaltungsbehörden können zudem Abgrenzungsschwierigkeiten zum zivilrechtlichen Klageweg entstehen.

Variante B3: Behördliche Kontrolle bei einer Stichprobe

Die Variante B3 sieht eine *Stichprobenkontrolle* vor. Diese kann mit der Kontrolle im Einzelfall (auf Beschwerde hin) kombiniert sein. In diesem Modell werden bei einer Auswahl von Unternehmen Kontrollen durchgeführt. Diese beziehen sich nicht nur auf die Löhne einzelner Betroffener (wie in den Einzelfallkontrollen, dazu vorstehend), sondern auf sämtliche Löhne in der jeweiligen Unternehmung. In fünf der sieben untersuchten Fälle kommt dieses Modell zum Einsatz, wobei der Umfang kontrollierter Unternehmen von Fall zu Fall stark variiert. In den ausländischen Modellen werden in Schweden jährlich rund 100 (vorwiegend grosse) Betriebe kontrolliert, während es in Ontario gegen 1'000 sind. In der Schweiz untersucht der Preisüberwacher jährlich zirka 30 Unternehmen. Im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurden im Kanton Basel-Stadt letztes Jahr gegen 530 Kontrollen bei Unternehmen ohne ave-GAV durchgeführt und im Fallbeispiel der ESBK finden in den 21 Spielbanken jährlich (in Zusammenarbeit mit den Kantonen) gegen 170 Kontrollen statt. Die Stichprobenkontrollen können sich in einem Untersuchungszyklus zum Beispiel auf bestimmte Branchen oder bestimmte Betriebsgrössen konzentrieren.

Stichprobenkontrollen von Amtes wegen haben den Vorteil, dass sie den Fokus über Einzelfälle hinaus auf die allgemeine Compliance hin ausdehnen. Die Stichprobenkontrollen in Schweden und Ontario führten in den betreffenden Fällen zu einvernehmlich vorgenommenen Lohnanpassungen und können daher als wirksam bezeichnet werden. Die „Kontrolldrohung“ dürfte zudem einen präventiven Effekt entfalten. Dieser wird verstärkt, wenn die Lohnnachzahlungen bei festgestellter Lohndiskriminierung sehr weit zurückreichen (Ontario) und/oder wenn die Behörde bei festgestellter Lohndiskriminierung über weiterführende Durchsetzungsinstrumente verfügt. Nachteilig kann festgehalten werden, dass breitere Kontrollen im Rahmen von Stichprobenkontrollen mit einem grösseren Aufwand verbunden sind als Einzelfalluntersuchungen. So haben die Behörden in den ausländischen Fallbeispielen Schweden und Ontario die Anzahl Kontrollen in den letzten Jahren aufgrund von Sparmassnahmen tendenziell senken müssen.

5.3.3 VERMITTLUNGSVERHANDLUNG UND EMPFEHLUNG

In allen drei ausländischen Fallbeispielen führt die behördliche Feststellung von diskriminierenden Lohnunterschieden zur Aufnahme von Vermittlungsverhandlungen, in

welchen nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht wird. Dieses Vorgehen findet sich auch beim Preisüberwacher.

| | | |
|----|-------------------------|---|
| C1 | Vermittlungsverhandlung | <ul style="list-style-type: none"> - Ontario - Schweden - Österreich - Preisüberwacher: bei privaten Unternehmen |
| C2 | Empfehlung | <ul style="list-style-type: none"> - Österreich: für künftige Lohnanpassung (bzw. ab Zeitpunkt der Beschwerde) - Ontario: für künftige Lohnanpassung und rückwirkende Nachzahlung - Schweden - Preisüberwacher: bei politischen Behörden (ohne weitere Befugnisse) - FlaM: bei nicht ave-GAV |

Variante C1: Vermittlungsverhandlung

In den drei untersuchten ausländischen Fallbeispielen im Bereich Lohngleichheit besteht der erste Schritt immer in einem Versuch der *Vermittlung* und der Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung. Wie insbesondere das Fallbeispiel Schweden zeigt, sind bei festgestellten Verstößen gegen die Lohngleichheit die Vermittlung in Kombination mit einvernehmlichen Lösungen, erarbeitet von Behörde und ArbeitgeberInnen sowie allenfalls betroffenen Personen und Gewerkschaften, im Ergebnis effizienter und wirksamer als Streitschlichtung und Gerichtsweg. Entsprechend dem schwedischen Beispiel empfiehlt es sich, die Teilnahme an Verhandlungen zur Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung im Rahmen der Mitwirkungspflicht obligatorisch zu erklären. Auch beim Preisüberwacher wird im Bereich der privaten Unternehmen eine einvernehmliche Regelung angestrebt, um eine Preissenkung, eine reduzierte Preiserhöhung oder eine zeitliche Verschiebung der Preiserhöhung zu erreichen. Erst wenn keine einvernehmliche Regelung zustande kommt, kann der Preisüberwacher als „ultima ratio“ per Verfügung die Preissenkung durchsetzen.

Die Vermittlungsverhandlung kann entweder unmittelbar auf die Beseitigung der Lohndiskriminierung zielen (Lohnnachzahlung und Festlegung der aktuellen Löhne) oder aber auf eher „weiche Massnahmen“, zum Beispiel auf die Festlegung von Lohngleichheitsplänen. Mit den Unternehmen vereinbarte Lohngleichheitspläne können zum Beispiel eine gestufte Anpassung der Löhne und weitere gleichstellungsrelevante Massnahmen im Betrieb vorsehen.

Variante C2: Empfehlung

Die Befugnis zur Formulierung von *Empfehlungen* ist vor allem zugeschnitten auf Modelle, in welchen die Behörde selber nicht verbindlich über Lohnfestsetzungen oder Nachzahlungen entscheiden kann. Im untersuchten Fallbeispiel Österreich wird der/die ArbeitgeberIn nach gescheiterter Vermittlung schriftlich aufgefordert, innert zwei Monaten die Lohndiskriminierung zu beenden. Die mit dieser Aufforderung verbundene Feststellung einer Lohndiskriminierung kann aber von der Behörde selber nicht durch-

gesetzt werden; faktisch handelt es sich daher um Empfehlungen im Sinne einer Sachverständigeneinschätzung. Diese kann der betroffenen Person helfen, zu entscheiden, ob sich der Klageweg an das Arbeitsgericht lohnt (Lohndifferenz einklagbar ab Beschwerdeeinreichung). Allerdings zeigt sich, dass vor allem bei bestehendem Arbeitsverhältnis die Betroffenen nur selten bereit sind, ein Kommissionsverfahren einzuleiten oder gegen ihren/ihre ArbeitgeberIn den Gerichtsweg zu beschreiten.

Von den untersuchten schweizerischen Fallstudien besitzt der Preisüberwacher die Möglichkeit, Empfehlungen an politische Behörden zu richten. Zu Empfehlungen kommt es auch bei den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Rahmen der Verständigungsverfahren im nicht ave-GAV-Bereich. Weder der Preisüberwacher noch die Paritätischen Kommissionen können in diesen Fällen Bussen oder andere Sanktionen aussprechen.

Der Anreiz zu einvernehmlichen Lösungen beziehungsweise zur Befolgung von Empfehlungen wird deutlich erhöht, wenn die Behörde weiterführende Befugnisse besitzt, zum Beispiel die Verfügungskompetenz hinsichtlich des materiellen Rechtsverhältnisses und Publizität (wie der Preisüberwacher oder die Behörde in Ontario nach gescheiterter Verhandlung) beziehungsweise ein Behördenklagerecht, wie die Ombudsstelle in Schweden bei nicht befolgter Empfehlung (vgl. Abschnitt 5.3.4). In Ontario wirkt überdies die Verpflichtung zur Nachzahlung von Löhnen über einen längeren Zeitraum hinweg als Anreiz für Vermittlungslösungen und zur Befolgung von Empfehlungen.

5.3.4 DURCHSETZUNG

Dieser Abschnitt widmet sich den Durchsetzungsmassnahmen. Hier zeigt sich, dass die untersuchten schweizerischen Durchsetzungsmodelle nur teilweise auf den Lohngleichheitsbereich übertragbar sind. Vorauszuschicken ist, dass in den untersuchten ausländischen Fallbeispielen oft eine einvernehmliche Lösung gefunden wird und eigentliche Durchsetzungsmassnahmen und Verwaltungszwang selten zur Anwendung kommen. Nachfolgend werden verschiedene Varianten unterschieden, wobei die staatliche Interventionsstärke von Variante zu Variante zunimmt.

| | | |
|----|---|--|
| D1 | Behördliche Durchsetzung beim Selbstregulierungsmodell | - FINMA |
| D2 | Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten (ohne weitergehende Durchsetzungsbefugnisse) | - Österreich - FlaM (bei Unternehmen ohne ave-GAV) |
| D3 | Behördliches Klagerecht an ein Zivilgericht (zusätzlich zur Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten) - nur in Beschwerdefällen - nur in Stichprobenfällen - in beiden Konstellationen | - Schweden |
| D4 | Weiterreichende Durchsetzungskompetenzen der Behörde: Verwaltungssanktionen bei Nichteinhalten der Lohngleichheit | - Preisüberwacher: Verfügung hinsichtlich von Preissenkungen - FlaM: Durchsetzung bei Unternehmen mit ave-GAV hinsichtlich der Einhaltung des GAV (Sanktionenregime) - ESBK: Durchsetzung hinsichtlich der materiellen Vorgaben der Spielbankengesetzgebung; Verwaltungssanktionen |
| D5 | Maximale behördliche Durchsetzungskompetenzen: Verfügung über materielle Ansprüche von Geschädigten (Lohnnachzahlung und Lohnfestsetzung) | - Ontario: Verfügung hinsichtlich der Beseitigung von Lohndiskriminierung und der Leistung von Lohnnachzahlungen |

Variante D1: Behördliche Durchsetzung beim Selbstregulierungsmodell
In der Variante D1 beschränkt sich die Behörde darauf, die *Selbstregulierungssysteme* zu überwachen, an welche die Kontrolle und Durchsetzung delegiert ist (Selbstregulierungsorganisationen, SRO). Dies geschieht zum Beispiel im Fallbeispiel FINMA auf einer ersten Stufe durch die behördliche Genehmigung der Organisation und der Reglemente der SRO. Zudem unterliegen die SRO einer Meldepflicht an die FINMA, wenn sie ein Sanktionsverfahren auf Verweis, Geldstrafe oder Ausschluss gegen ein Mitglied eröffnen und Untersuchungsbeauftragte einsetzen. Die FINMA kann einer SRO die Anerkennung entziehen und die Aufsicht über Branchenmitglieder selber übernehmen. Diese Variante ist aus der Sicht der Behörde kostengünstig, weil die eigentliche Durchsetzung durch die Branchen selber erfolgt. Nachteilig gilt es aber anzumerken, dass die Sanktionsmöglichkeiten eines Branchenverbandes relativ beschränkt sind. (Zu den weiteren Vor- und Nachteilen der Selbstregulierung vgl. Abschnitt 5.3.2 und 5.4.3).

Variante D2: Durchsetzung der innerbetrieblichen Analyse-, Herausgabe- und Mitwirkungspflichten

In der Variante D2 kann die Behörde die *Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse, sowie die Herausgabe- und Mitwirkungspflichten im Rahmen der Kontrolle und der Vermittlungsverhandlungen der Behörde* mit Verfügung und allenfalls Verwaltungsanktionen durchsetzen. Befugnisse dieser Natur dienen zum Beispiel dazu, die korrekte Erstellung von Lohnanalysen sowie die Herausgabe von Unterlagen und die Teilnahme an Vermittlungsverhandlungen durchzusetzen (exemplarisch Ontario und Schweden). Kompetenzen zur Durchsetzung von Mitwirkungs- und Herausgabepflichten besitzen die Behörden in allen Fallbeispielen.

Die Durchsetzungskompetenzen sind in dieser Variante D2 auf den oben genannten Bereich beschränkt. Die Behörde kann also weder Verwaltungsanktionen wegen Verletzung des Lohngleichheitsgrundsatzes erlassen, noch haben ihre Entscheide eine Auswirkung auf Ansprüche geschädigter Privater. Über die Durchsetzung des Lohngleichheitsanspruchs, das heisst die Lohnanpassung für die Zukunft sowie Ansprüche auf Entschädigung/Nachzahlung, entscheidet in dieser Variante weiterhin ein Gericht. Das Verwaltungsverfahren mit Kontrolle der Deklarationspflicht, Untersuchung, Vermittlung und Empfehlung ist dem zivilrechtlichen Klageweg, welcher von der geschädigten Person (respektive deren Vertretung oder von den Gewerkschaften) beschritten werden muss, vorgelagert. So müssen im Fallbeispiel Österreich die Gewerkschaften klagen, wenn der/die ArbeitgeberIn die Aufforderung der Behörde zur Beseitigung der Lohndiskriminierung nicht befolgt. In diesem Sinne ebenfalls beschränkt auf die Durchsetzung von Mitwirkungspflichten und auf Untersuchungshandlungen sind im schweizerischen Fallbeispiel der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit die Kompetenzen der kantonalen Behörden im nicht ave-GAV-Bereich. Sie können Untersuchungen bei den Branchen zur Erhebung der Löhne durchführen und Unterlagen einfordern, besitzen aber keine weiterführenden Durchsetzungskompetenzen. Der Nachteil einer solchen Variante ohne weitere Befugnisse der Behörde besteht darin, dass die Durchsetzung der Ansprüche letztlich auf den Diskriminierungsbetroffenen lastet und in der Regel einzelfallbezogen bleibt.

Variante D3: Behördliches Klagerecht an ein Zivilgericht

In der Variante D3 kann die *Behörde selber vor den Zivilgerichten klagen*, wenn keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte. Diese Variante finden wir im Fallbeispiel Schweden (Klagebefugnis in den Einzel-/Beschwerdefällen mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden). Die Entscheidung über die Höhe von Entschädigungen beziehungsweise Nachzahlungen wird zwar nicht durch die Verwaltungsbehörde, sondern durch die Zivilgerichte getroffen, doch müssen die Unternehmen die „Drohung“ einer Behördenklage gewärtigen. Ein Klagerecht kann allerdings nicht nur in den klassischen Einzel-/Beschwerdefällen eingeräumt werden; besondere Bedeutung besitzt es in der Folge von Stichprobenkontrollen, welche die Lohnstruktur eines ganzen Unternehmens untersuchen.

Diese Variante hat zwei Vorteile: Erstens erhöht das Behördenklagerecht in Stichprobenfällen bei den Unternehmen die Motivation für die vorgängige Suche nach einer einvernehmlichen Lösung. Zweitens verstärkt es die Durchsetzung auf breiterer Ebene und ergänzt so in idealer Weise die einzelfallbezogenen Klagen von Geschädigten.

Das Behördenklagerecht vor Zivilgerichten ist im schweizerischen Rechtssystem selten, kommt aber vor. So enthält Artikel 10 Absatz 3 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹²¹ ein Klagerecht des Bundes gegen unlauteren Wettbewerb, zum Beispiel wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche betroffen sind.¹²² Die Erweiterung des Klagerechts des Bundes trat 2012 in Kraft. In der Botschaft von 2009 begründete der Bundesrat die Ausdehnung damit, dass die Kollektivinteressen, das heisst die Interessen bestimmter Personengruppen, bestimmter Branchen und der Allgemeinheit, besser wahrgenommen werden müssten. Zudem gehe es auch um den „Schutz der Institution des lautereren Wettbewerbs, dem mit einem blossen Abstellen auf Individualklagen zu wenig Rechnung getragen wird“.¹²³ Ein Behördenklagerecht für den Lohngleichheitsbereich wurde auch in parlamentarischen Eingaben gefordert.¹²⁴ Ähnlich wie im Zusammenhang mit dem unlauteren Wettbewerb lässt sich bei der Lohngleichheit argumentieren, dass angesichts der bestehenden Defizite ein erhebliches öffentliches Interesse daran besteht, die Durchsetzung der Ansprüche auf Lohngleichheit durch ein Klageinstrument in Stichprobenfällen zu verstärken.

Variante D4: Weiterreichende Durchsetzungskompetenzen der Behörde
In dieser Variante kann die Behörde bei festgestellten Verletzungen des Lohngleichheitsgebots oder anderer gesetzlicher Vorschriften – je nach Fallbeispiel – *Verwaltungsanktionen* aussprechen oder anderweitige Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verfügen. Materielle Ansprüche von Geschädigten müssen hingegen vor Zivilgericht eingefordert werden. Keines der ausländischen Fallbeispiele zur Lohngleichheit folgt dieser Variante.

Weit gehen etwa die Durchsetzungskompetenzen der ESBK: So sind sichernde Massnahmen, Beschlagnahmungen, sachspezifische Verfügungen (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, Änderung des Spielangebots), die Auferlegung von Bussen und der Entzug der Konzession möglich. Das Spielbankengesetz als typischer Erlass des öffentlichen Rechts regelt die Aufsicht über die Spielbanken in einem weiten Sinne. Der wesentliche Unterschied zum Lohngleichheitsbereich besteht auch hier darin, dass im Spielbankengesetz keine materiellen Entschädigungsansprüche von Privaten gegen die Spielbanken verankert sind, auch wenn das Gesetz natürlich auch den Interessen der Spielerinnen und Spieler dient.¹²⁵ Auch der Preisüberwacher besitzt weitreichende Durchsetzungskompetenzen. Er verfügt nach gescheiterter Verhandlungslösung die Preissenkung, die dann auch zwischen den Privaten, das heisst zwischen dem konkreten Anbieter und der Gruppe der KonsumentInnen, wirkt; Zuwiderhandlungen gegen eine

¹²¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986, SR 241 (Behördenklage in dieser Fassung in Kraft seit 1.4.2012).

¹²² Art. 1 Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12.10.2011, SR 241.3. Gemäss Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des UWG wird der Bund durch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO vertreten.

¹²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2.9.2009, BBl 2009 6151, S. 6162 f. sowie 6180 ff.

¹²⁴ Pl Carlo Sommaruga 11.445 vom 9.6.2011.

¹²⁵ Für die Durchsetzung von Ansprüchen sind private Geschädigte auf die zivilrechtliche Anspruchsdurchsetzung verwiesen (bzw. adhäsionsweise im Strafverfahren).

Preissenkungsverfügung werden mit Busse bestraft. Das Fallbeispiel unterscheidet sich allerdings wesentlich vom Modell der Lohngleichheitsdurchsetzung in Ontario, weil die Entscheidungen des Preisüberwachers keine Auswirkungen auf finanzielle Ansprüche allfällig geschädigter Einzelpersonen haben. Sein Handeln dient dem öffentlichen Interesse an einem Schutz vor missbräuchlichen Preisen. Er entscheidet nicht über unmittelbare finanzielle Streitigkeiten (z.B. Rückforderungsansprüche von einzelnen KonsumentInnen).

Am besten entspricht dem Modell von verwaltungsverfahrensrechtlicher Sanktionierung parallel zu zivilrechtlicher Durchsetzung der individuellen Ansprüche das Fallbeispiel der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, soweit es um die Durchsetzung der Mindestlöhne in Branchen mit ave-GAV oder kantonalen beziehungsweise bundesrechtlichen Normalarbeitsverträgen geht. Hier kann die zuständige Behörde bei Verletzung der Mindestlohnbestimmungen Verwaltungssanktionen aussprechen. Zudem kann sie Bussen verhängen, sofern systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Mindestlohnbestimmungen in Normalarbeitsverträgen (NAV) verstossen wird. Die Behörde kann hingegen nicht selber Lohnnachzahlungen verfügen, sondern diese müssen vor Zivilgericht beziehungsweise entsprechend den gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Mechanismen erstritten werden. Geleistete Nachzahlungen werden aber von der Busse abgezogen. Ein Unterschied zwischen der Durchsetzung von Mindestlöhnen im Bereich von Normalarbeitsverträgen/ave-GAV und jener von Lohngleichheit besteht in der Transparenz der Ansprüche für die Verpflichteten und Berechtigten, die sich im Fall der GAV/NAV gestützt auf die vertraglichen Grundlagen hinreichend klar und einfach bestimmen lassen.

Ausserhalb der von uns untersuchten Fallbeispiele finden wir diese Komplementarität zwischen zivilrechtlicher Anspruchsdurchsetzung und verwaltungsrechtlichen Durchsetzungshandlungen in besonders ausgeprägter Form im schweizerischen Kartellrecht. So enthält das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sowohl das Instrument der zivilrechtlichen Klage der Geschädigten als auch behördliche Durchsetzungsmassnahmen durch die Wettbewerbskommission, die über Untersuchungs- und Kontrollbefugnisse hinausreichen. Die Wettbewerbsbehörden untersuchen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder Anzeige von Dritten Wettbewerbsbeschränkungen. Sie können den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung vorschlagen. Erstinstanzlich endet das Verfahren entweder mit der Genehmigung der einvernehmlichen Lösung durch die Wettbewerbskommission oder durch Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 KG); der Rechtsmittelweg führt an das Bundesverwaltungsgericht. Beteiligte (z.B. mutmassliche Geschädigte) können sich als Dritte an der Untersuchung beteiligen (Art. 43 KG). Parallel können Geschädigte bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im zivilrechtlichen Verfahren auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz und Herausgabe entgangenen Gewinns klagen (Art. 12 KG). Die zivilrechtlichen Verfahren sind allerdings selten.¹²⁶ Bindeglied zu den behördlichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumen-

¹²⁶ Im Kartellrechtsbereich gilt die Dispositions- und Eventualmaxime, wodurch sich das Risiko bei den Klagenden akzentuiert. Beweisprobleme sowie das Gerichts- und Parteikostenrisiko führen zum Primat des öffentlich-rechtlichen Verfahrenswegs. Vgl. dazu EVD (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Zivilrechtliche Kartellverfahren – Statistik. Projektbericht P7, S. 9 f.; EVD (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, S. 83.

ten ist Artikel 15 KG: Ist im zivilrechtlichen Verfahren die *Zulässigkeit* einer Wettbewerbsbeschränkung umstritten, so wird bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten eingeholt. Vorlagepflicht besteht namentlich, wenn sich aus der Praxis der Wettbewerbsbehörden keine Klärung der Frage ergibt. Das Kartellgesetz durchläuft zurzeit eine Revision, unter anderem, weil die Bussenkompetenz bereits erstinstanzlich bei einem unabhängigen Gericht liegen soll. Der Parallelismus von Zivil- und Verwaltungsverfahren soll aber erhalten bleiben.¹²⁷

Die Logik im Fall des Kartellgesetzes und der flankierenden Massnahmen (bei ave-GAV) liegt darin, dass über das Interesse der einzelnen klagenden Geschädigten hinaus ein „öffentliches“ Interesse an wirksamem Wettbewerb beziehungsweise an der Einhaltung der Mindestlöhne besteht. Ähnlich liesse sich auch im Fall der Lohngleichheit mit einem öffentlichen Interesse an wirksamem Diskriminierungsschutz argumentieren.

Variante D5: Maximale behördliche Durchsetzungskompetenzen

In einer Variante mit maximalen Durchsetzungskompetenzen verfügt die Verwaltungsbehörde oder Verwaltungskommission die Lohnanpassung und entscheidet über Lohnnachzahlungen. Materielle Forderungen von Geschädigten müssen nicht zivilgerichtlich durchgesetzt werden. So erlässt die Behörde in Ontario nach gescheiterter Vermittlung eine Verfügung über die Anpassung der Löhne (für die Zukunft) und über die Höhe der Nachzahlung. Der Rechtsmittelweg führt von der verfügenden Behörde (PEO) an die übergeordnete Spezialbehörde (PEHT) und dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an den Ontario Sup. Court. Parallel können Geschädigte auch den Zivilweg beschreiten, was nach Aussage der Interviewperson in Ontario (theoretisch) zu komplexen Parallelsituationen führen könnte. In der Praxis wählen Betroffene den Weg an die Verwaltungsbehörde beziehungsweise das Tribunal, sofern es in einer Streitigkeit nur um Lohngleichheit geht.

Der Rechtsanspruch auf Lohn(nach)zahlung beziehungsweise Entschädigung ist nach schweizerischem Verständnis ein typisch zivilrechtlicher Anspruch zwischen zwei privaten Parteien, der durch Zivilgerichte (Arbeitsgerichte) entschieden wird. Daher stellt eine solche Variante zumindest in der Schweiz für die Durchsetzung individueller Lohnforderungen eine Systemwidrigkeit dar. Dies gilt besonders für die Variante Ontario, in welcher die Behörde nicht nur eine Feststellungsverfügung über das Bestehen einer Lohndiskriminierung und allenfalls eine Bussenverfügung erlässt, sondern mit Verfügung über rückwirkende Ansprüche beziehungsweise Lohnnachzahlungen entscheidet. Problematisch erscheinen an dieser Variante überdies die Zerteilung der Streitsache und die Abgrenzung zum Zivilverfahren, wenn es in einer Streitigkeit nicht nur um Lohndiskriminierung, sondern auch um andere arbeitsrechtliche oder gleichstellungsrechtliche Aspekte geht (wie sexuelle Belästigung oder diskriminierende Kündigung).

¹²⁷ Mit dieser wird unter anderem beabsichtigt, die zivilrechtliche Klagelegitimation zu erweitern, die Wettbewerbskommission in ein behördliches Fachgremium umzugliessen („Wettbewerbsbehörde“) und die erstinstanzlichen Entscheide einer neuen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts zu übertragen (auf Antrag der Kommission). Als Grund für Letzteres wird angegeben, dass Entscheide über die in der Regel hohen Zahlungen bzw. Sanktionen bereits erstinstanzlich durch ein unabhängiges Gericht zu fällen seien. Schweizerischer Bundesrat (2012): Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22.2.2012, BBl 2012, S. 3906 f.

5.4 ORGANISATIONSMODELLE

Neben der unterschiedlichen konzeptionellen Ausgestaltung der untersuchten Fallbeispiele lassen sich auch unterschiedliche Organisationsformen feststellen. Wir unterscheiden grob drei Organisationsmodelle: Die Einsetzung einer Verwaltungsbehörde mit oder ohne Kommission sowie das Modell der Selbstregulierung.

5.4.1 VERWALTUNGSBEHÖRDE MIT KOMMISSION

In fünf der sieben in- und ausländischen Fallbeispielen ist die Kontrolle und Durchsetzung im Rahmen eines Kommissionsmodells organisiert. Es handelt sich dabei um eine Kommission, welche als Entscheidungsgremium fungiert. Zur Seite steht der Kommission in der Regel ein ständiges Sekretariat, welches die Kontrollfunktion ausübt und die Entscheide der Kommission vollzieht. Ein solches Modell findet sich sowohl auf Bundes- wie auch auf Kantonsebene. Von den untersuchten Fallbeispielen entsprechen Österreich, Ontario, Schweden, die ESBK sowie die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit im Kanton Basel-Stadt diesem Modell:

- Die Gleichbehandlungskommission in Österreich ist beim Bundeskanzleramt eingerichtet. Ihre zentrale Aufgabe ist die Überprüfung von Fragen von Diskriminierung aufgrund des GIBG. Sie hat drei Senate, wobei Senat I für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zuständig ist. Der Senat I setzt sich aus der Vorsitzenden und elf weiteren Mitgliedern zusammen. Diese üben ihre Arbeit ehrenamtlich aus und werden von den Sozialpartnern (Bundeskammer für Arbeit und Angestellte, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Wirtschaftskammer Österreichs, Vereinigung der österreichischen Industrie) sowie vom Bundeskanzleramt und zwei Ministerien entsendet. Ein Sekretariat unterstützt die Arbeit der Kommission. Ebenfalls beim Bundeskanzleramt ist die GAW eingerichtet. Hauptaufgabe der Anwältinnen ist es, Personen zu beraten und zu unterstützen, welche sich diskriminiert fühlen. Die GAW ist in der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei, selbstständig und unabhängig. Die Beratung erfolgt für die betroffenen Privatpersonen kostenlos.
- Die Pay Equity Commission (PEC) in Ontario setzt sich aus zwei Spezialbehörden zusammen: dem Pay Equity Office (PEO) und dem Pay Equity Hearings Tribunal (PEHT). Der PEC steht eine Kommissarin vor, die vom Lieutenant Governor der Provinz ernannt wird und das PEO leitet. Das PEO ist für die Kontrolle der Unternehmen sowie für die Beratung und Öffentlichkeitsarbeit zuständig. Das PEHT ist dafür verantwortlich, über rechtliche Fragen hinsichtlich des Pay Equity Acts zu entscheiden. Zu einem Hearing kommt es insbesondere dann, wenn Parteien mit Entscheidungen des PEO nicht einverstanden sind. Das Tribunal wird tripartit (aus ExpertInnen, VertreterInnen von ArbeitgeberInnen, VertreterInnen von Arbeitnehmenden) mit neun Mitgliedern besetzt, die ebenfalls vom Lieutenant Governor ernannt werden.
- In Schweden wurde eine Diskriminierungsombudsstelle geschaffen, deren Leiterin oder Leiter von der Regierung ernannt wird. Die zentrale Aufgabe der Ombudsstelle ist es, die Umsetzung des Diskriminierungsgesetzes zu überwachen und zu unterstützen. Dabei fällt die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung, sexueller Orientierung und Alter in den

Aufgabenbereich der Stelle. Anders als in den beiden übrigen untersuchten Fallbeispielen ist folglich im schwedischen Modell die betreffende Behörde in eine breiter angelegte Diskriminierungsstelle integriert. Neben der Ombudsstelle gibt es den Ausschuss gegen Diskriminierung (Nämnden mot diskriminering). Dieser ist eine selbstständige Verwaltungsbehörde, umfasst 13 Personen und setzt sich paritätisch zusammen. Der Ausschuss hat unter anderem die Aufgabe, finanzielle Sanktionen der Ombudsstelle zu prüfen und gegebenenfalls zu verfügen.

- Bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK handelt es sich um eine Milizkommission, deren Mitglieder (unabhängige Sachverständige) vom Bundesrat gewählt werden. Der Kommission steht ein ständiges Sekretariat zur Seite. Es übt die unmittelbare Aufsicht über die Spielbanken aus, instruiert die Straffälle und erlässt Verfügungen und Entscheide, soweit diese Kompetenz von der Kommission an das Sekretariat delegiert wurde. Ausserdem bereitet es die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht deren Entscheide. Die Kantone stellen der ESBK Personen aus der jeweiligen Kantonsverwaltung zur Unterstützung der Aufsichtstätigkeit zur Verfügung.
- Im Kanton Basel-Stadt ist im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit für die Branchen ohne ave-GAV eine Tripartite Kommission (TPK) zuständig. Diese besteht aus neun Mitgliedern, die sich aus je drei Vertreterinnen und Vertretern der Organisationen der Arbeitnehmenden und der Arbeitgebenden sowie des Kantons zusammensetzen. Sie werden vom Regierungsrat gewählt. Das Sekretariat der Kommission wird vom AWA geführt. Nach der vom AWA durchgeführten Kontrolle entscheidet die TPK aufgrund des gelieferten Berichts, ob die Löhne orts- und branchenüblich sind oder nicht. Für Branchen mit ave-GAV hingegen sind die Paritätischen Kommissionen zuständig. Eine Paritätische (Berufs-)Kommission (PK) setzt sich zusammen aus VertreterInnen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Die Kontrolltätigkeit wird von den PK per Leistungsauftrag an Dritte delegiert. Festgestellte Verstösse werden an das AWA gemeldet, welches die Befugnis hat, Verwaltungssanktionen auszusprechen.

Die Aufgabenteilung zwischen der Kommission und dem Sekretariat bringt verschiedene Vorteile mit sich. Gerade in Bereichen, wo über materielles Recht verfügt wird und es unter Umständen um hohe Geldbeträge geht, wird die Legitimität der Entscheide durch eine Kommission (respektive Ausschuss), welche sich aus Fachpersonen aus unterschiedlichen Bereichen respektive paritätisch zusammensetzt, begünstigt. Ausser bei der ESBK, bei welcher es sich um eine Sachverständigenkommission handelt, sind in allen übrigen Kommissionsmodellen die SozialpartnerInnen vertreten.

5.4.2 VERWALTUNGSBEHÖRDE OHNE KOMMISSION

Bei diesem Organisationsmodell wird eine neue oder bereits bestehende Verwaltungsstelle mit alleinigen Kontroll- und Durchsetzungskompetenzen ausgestattet. Der Verwaltungsstelle steht keine Kommission zur Seite. In den von uns untersuchten Fallbeispielen liegt dieses Modell lediglich beim Preisüberwacher vor.

Die Preisüberwachung ist eine Verwaltungsstelle des WBF. Administrativ ist sie dem Generalsekretariat des WBF angegliedert. In allen inhaltlichen Belangen ist sie komplett unabhängig vom Departement, da sie eigenständig kontrollieren und verfügen kann.

Dem Preisüberwacher wird des Weiteren eine wichtige Funktion als Ombudsmann für die Konsumentinnen und Konsumenten zugeschrieben, indem mit der Meldestelle ein niederschwelliges Angebot zur Verfügung steht. Die Ombudsmannfunktion kann besonders gut wahrgenommen werden durch eine Einzelperson (der personifizierte Preisüberwacher), die über einen gewissen Bekanntheitsgrad verfügt. Dies wäre bei einer Kommission weniger gut möglich. Die Preisüberwachung ist von der Organisation her vergleichbar mit jener im Bereich des Datenschutzes. Auch die oder der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte ist ein unabhängiges, staatliches Organ, das die Einhaltung des Datenschutzgesetzes überwacht und von sich aus oder auf Meldung Dritter hin Sachverhalte abklärt. Im Weiteren kann es Empfehlungen abgeben und bei Nichtbefolgung Beschwerde erheben.¹²⁸

5.4.3 SELBSTREGULIERUNGSMODELLE

Wie bereits verschiedentlich erwähnt, wird im Rahmen von Selbstregulierungsmodellen die Kontrolle und Durchsetzung öffentlicher Aufgaben seitens des Staats an Dritte ausgelagert. Der Staat übernimmt lediglich eine Aufsichtsfunktion. In unseren Fallbeispielen findet sich dieses Modell im Bereich der FINMA. Das Geldwäschereigesetz sieht für alle Finanzintermediäre entweder eine direkte Aufsicht durch die FINMA oder aber eine Kontrolle durch Selbstregulierungsorganisationen (SRO) vor. Innerhalb der FINMA übernimmt die Abteilung Geldwäscherei und Analyse Märkte die Aufsicht der SRO. Es obliegt dieser Abteilung, die SRO anzuerkennen oder ihnen die Anerkennung zu entziehen, die von ihnen erlassenen Reglemente zu genehmigen und dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen.

Selbstregulierende Kontroll- und Durchsetzungsmodelle bieten sich insbesondere branchenspezifisch an. Die Selbstregulierung beruht auf dem Gedanken, dass die Branchenteilnehmenden am besten in der Lage sind, die sich stellenden Probleme zu lösen.¹²⁹ Dies ist vor allem im hoch spezialisierten Finanz- und Bankensektor oder in stark technikbezogenen Wirtschaftsbereichen der Fall. Zu den Stärken der Selbstregulierung zählt dann auch, dass sie Fachwissen mobilisiert, weil die betroffenen Branchenteilnehmenden ihr Wissen direkt in die Regulierung einfließen lassen können. Dies erhöht auch die Akzeptanz der betroffenen Unternehmen. Ein besonderes Problem jeder Selbstregulierung betrifft den Aspekt der Sanktionierung, weil es an staatlich gewährleisteten Durchsetzungsmöglichkeiten fehlt, das heisst die Sanktionsmöglichkeiten eines Branchenverbandes sind relativ beschränkt (Konventionalstrafen und andere verbandsrechtliche Massnahmen).¹³⁰

¹²⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern, S. 12.

¹²⁹ Vgl. Weber, R. H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts. Zürich, S. 129.

¹³⁰ Vgl. Weber, R. H. et al. (2006): Integrierte Finanzmarktaufsicht. Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts. Zürich, S. 131.

5.5 VORSCHLÄGE ZUR STAATLICHEN KONTROLLE UND DURCHSETZUNG DER LOHNGLEICHHEIT IN DER SCHWEIZ

In diesem abschliessenden Abschnitt legen wir die heute in der Schweiz geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie das Vollzugssystem im Bereich der Lohngleichheit dar (Abschnitt 5.5.1). Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen sowie den Ergebnissen zu den untersuchten Fallbeispielen formulieren wir schliesslich Empfehlungen für die Ausgestaltung eines Schweizer Modells zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit (Abschnitt 5.5.2).

5.5.1 AUSGANGSLAGE

Lohnleichheitsgrundsatz

Der Grundsatz der Lohngleichheit nach Artikel 8 Absatz 3 BV sowie Artikel 3 GlG gilt zwingend und ohne Einschränkung für alle unselbstständigen Arbeitsverhältnisse. In die Pflicht genommen sind sämtliche ArbeitgeberInnen des öffentlichen und des privaten Rechts. Der individualrechtliche Anspruch entsteht mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses und umfasst gleichen Lohn für inhaltlich gleiche Arbeit sowie gleichen Lohn für inhaltlich verschiedene, aber gleichwertige Arbeit.

In beiden Fällen sind sowohl direkte wie indirekte Lohndiskriminierungen untersagt. Eine Lohndiskriminierung liegt vereinfacht gesagt vor, wenn ein Unterschied in der Bemessung vorliegt, welcher sich nicht sachbezogen mit der Arbeit selber beziehungsweise der Qualifikation begründen lässt.¹³¹ Vergleiche beziehen sich immer auf Verhältnisse innerhalb einer Firma beziehungsweise innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (Einreihung des Personals innerhalb einer Gemeinde, Einreihung des Personals innerhalb eines Kantons). Die bundesgerichtliche Praxis anerkennt zwei Analysemethoden zur Feststellung von diskriminierenden Lohndifferenzen, die analytische Arbeitsbewertung sowie die statistische Lohnanalyse beziehungsweise Regressionsanalyse.¹³² Sowohl die Erhärtung der Vergleichbarkeit zweier Tätigkeiten beziehungsweise Berufsgruppen und damit zusammenhängend die Arbeitsbewertung und die diesbezüglichen Analysemethoden als auch die rechtliche Feststellung einer direkten und insbesondere jene einer indirekten Diskriminierung sind komplex; in aller Regel sind gerichtliche Expertisen notwendig.¹³³ Ansprüche müssen von den Arbeitnehmerinnen gerichtlich durchgesetzt werden (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG). Durchsetzbar sind Lohnforderungen rückwirkend für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses, während welchem ein diskriminierender Lohn bezahlt wurde, soweit nicht eine Verjährungseinrede von der Beklagten vorgebracht wird und die Forderungen tatsächlich verjährt sind.¹³⁴

¹³¹ Vgl. dazu Freivogel, E. (2009): Art. 3, in: Kaufmann, C.; Steiger-Sackmann S. (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (GSG), Basel, Rz. 95 ff.; Aubry Girardin, F. (2011): Discrimination Salariale: Art. 3 Leg, dans: Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, S. 67–96, S. 77 ff.

¹³² Freivogel, a.a.O., Rz. 119 ff.; Schmid, S. R. (2011): Méthodes d'évaluation: Art. 3 Leg, dans: Aubert, G.; Lempen K. (Hrsg.): Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève, S. 91–96, S. 93 ff.

¹³³ Aubry Girardin, a.a.O., S. 79; Schmid, a.a.O., S. 96 ff.

¹³⁴ Freivogel, a.a.O., Rz. 78 ff.; Aubry Girardin, a.a.O., S. 74.

Heutiges Vollzugssystem

Das heutige Gleichstellungsgesetz enthält keine behördlichen Untersuchungs-, Durchsetzungs- oder Klagerechte. Auch tripartite Elemente, die die Arbeitgeberseite einbinden würden (wie etwa in der Arbeitsmarktkontrolle), sind nicht gesetzlich vorgesehen.

Pflicht zur wirksamen Umsetzung des Verfassungsauftrags

Artikel 8 Absatz 3 BV verankert einerseits den justiziablen Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann. Dieser wirkt unmittelbar auch in privaten Arbeitsverhältnissen. Andererseits enthält Artikel 8 Absatz 3 BV die Aufforderung an den Gesetzgeber, für rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen, namentlich in den Bereichen Familie, Ausbildung und Arbeit. Dieser Gesetzgebungsauftrag bezieht sich auch auf die Verwirklichung der Lohngleichheit und konkretisiert die allgemeinere Regel in Artikel 35 Absatz 3 BV. Dieser verpflichtet den Staat, dafür zu sorgen, dass Grundrechte auch zwischen Privaten wirksam sind, sofern sie dazu geeignet sind.

Heute hängt die Durchsetzung der Lohngleichheit von der Bereitschaft der Geschädigten beziehungsweise der Verbände ab, den Prozessweg zu beschreiten. Zwar haben sich einige „Pilotprozesse“ positiv ausgewirkt, doch wurden diese überwiegend gegen öffentlich-rechtliche ArbeitgeberInnen geführt. Auch zeigen sich beträchtliche Unterschiede zwischen den Kantonen, sowohl was die Klagehäufigkeit als auch was die Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens anbelangt. Das heutige System wird trotz Kündigungsschutz, Beweislast erleichterung und Untersuchungsmaxime insbesondere im Bereich Lohndiskriminierung durch private ArbeitgeberInnen als nicht ausreichend bezeichnet.¹³⁵ Der Präventiveffekt auf die Privatwirtschaft ist gering; die Unternehmen haben zu wenig Anreiz, ihre Lohnstruktur diskriminierungsfrei auszugestalten. Die Statistik zeigt, dass sich die diskriminierungsbedingten Lohnunterschiede auch in den letzten Jahren nur wenig verringert haben. Zudem lastet die Durchsetzung auf den Schultern der Geschädigten, die oftmals von einer Klage absehen. Dies gilt besonders für ArbeitnehmerInnen während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses; der Gang vor Gericht birgt die Gefahr, dass das Vertrauen im Arbeitsverhältnis bleibend geschädigt wird.

Die Durchsetzung von Gesetzesvorschriften den betroffenen Personen und dem Klageweg zu überlassen, macht in jenen Bereichen Sinn, in welchen grundsätzlich Compliance vorliegt und der Gerichtsweg dazu dient, punktuelles Fehlverhalten von Privatpersonen in Einzelfällen zu korrigieren und zu entschädigen. Als nicht hinreichend kann sich ein solches System hingegen erweisen, wenn weitverbreitet und über eine längere Zeitdauer hinweg Non-compliance festgestellt werden muss. Dies kann auf systemische Mängel hindeuten, zum Beispiel dass die Gesetzgebung die Pflichten nicht hinreichend umschreibt, sich die AdressatInnen ihres Fehlverhaltens nicht (ohne weiteres) bewusst sind oder dass Anreize zur Einhaltung fehlen beziehungsweise zu wenig stark wirken oder die Kontroll- und Sanktionssysteme mangelhaft sind.

Aus der zu wenig wirksamen heutigen Regelung lässt sich ein öffentliches Interesse an einer verstärkten, auf behördliches Handeln fokussierten Vollzugskontrolle herleiten.

¹³⁵ Vgl. z.B. Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern.

Es besteht namentlich ein Interesse die allgemeine Compliance im Sinne einer Breitenwirkung zu verbessern. Auch der Synthesebericht zur Evaluation des GlG kommt zum Schluss, dass die fehlenden Kompetenzen staatlicher Behörden die effiziente Durchsetzung auf breiter Ebene behinderten.¹³⁶ Modelle für eine behördliche Stärkung des Diskriminierungsschutzes erwähnt ferner der Bericht des Bundesamtes für Justiz von 2008.¹³⁷

Ausgehend von den bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie den Erkenntnissen aus den untersuchten Fallstudien, formulieren wir im nachfolgenden Abschnitt Empfehlungen zur staatlichen Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit in der Schweiz.

5.5.2 EMPFEHLUNGEN

Mit einer verstärkten behördlichen Kontrolle oder Durchsetzung würde der Bereich Lohngleichheit aus dem üblichen Mechanismus des Gleichstellungsgesetzes (Schlichtungsstelle → Gerichtsweg in Einzelfällen) herausgelöst. Rechtfertigen lässt sich ein Sonderregime damit, dass die Verfassung die Lohngleichheit als besonders wichtiges Element der Geschlechtergleichstellung gesondert die aufführt und die Lohndiskriminierung oft verdeckt (unerkannt) bleibt. Gleichzeitig muss aus Praktikabilitätsgründen darauf geachtet werden, dass sich ein neuer Mechanismus möglichst in das bestehende System einfügen lässt. Grundsätzlich erachten wir es daher als sinnvoll, die Befugnisse der Verwaltungsbehörde bezüglich Kontrolle, Vermittlung und Durchsetzung auf *Stichprobenfälle* zu beschränken und nicht auf die Behandlung von Beschwerden von Einzelpersonen zu erstrecken. Auf diese Weise kann eine Überschneidung mit dem zivilrechtlichen Klageweg, welchen die Geschädigten beschreiten, und dem vorgelagerten Schlichtungsverfahren vermieden werden. Der Stichproben-Ansatz erlaubt es zudem, über den diskriminierten Einzelfall hinaus zur Aufdeckung und Behebung struktureller Probleme beizutragen.

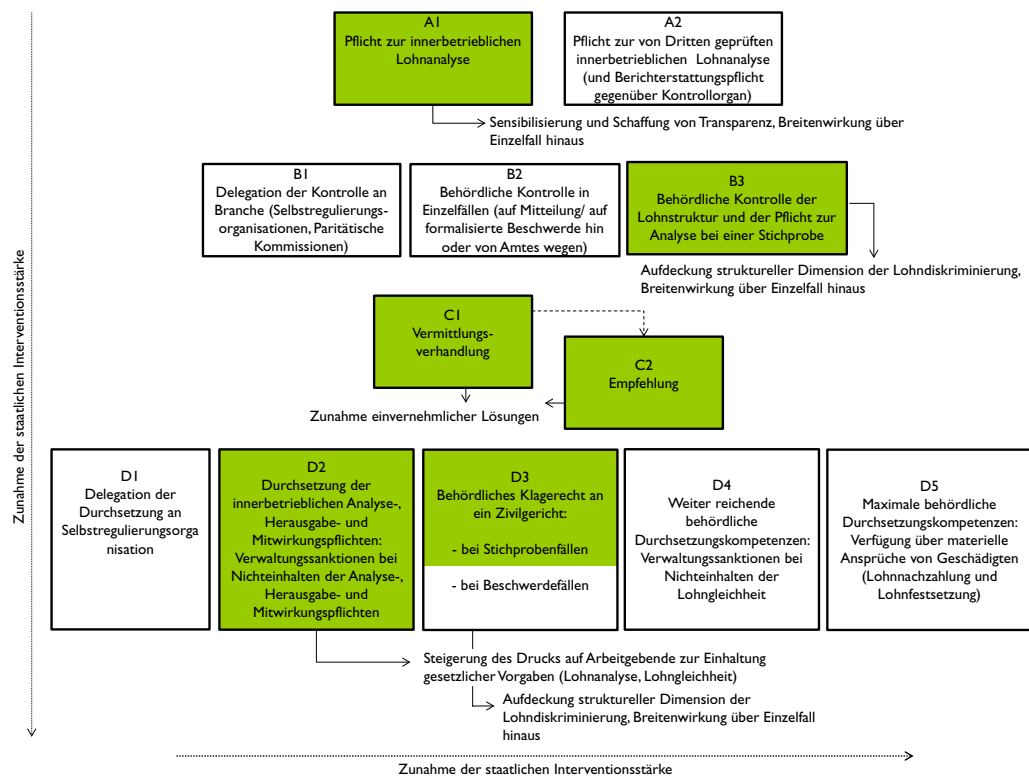
In der Darstellung 5.1 sind die im Abschnitt 5.3 diskutierten konzeptionellen Varianten als Übersicht aufgeführt. Grün markiert sind – entlang der einzelnen Elemente – jene Varianten, welche wir für ein Schweizer Modell zur Kontrolle und Durchsetzung der Lohngleichheit empfehlen. Die Pfeile verweisen auf die erwartete Wirkungsweise. Die einzelnen Empfehlungen bauen aufeinander auf. Zu empfehlen sind aufgrund der Analyse Massnahmen, welche das Problem der Lohndiskriminierung überhaupt erst bewusst und transparent machen (=> Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse) und Lohndiskriminierung über den Einzelfall hinaus als strukturelles Problem angehen (=> Stichprobenkontrolle). In einem nächsten Schritt sollen mit den kontrollierten Unternehmen, in welchen Lohndiskriminierung vorliegt, einvernehmliche Lösungen gesucht werden (=> Vermittlungsverhandlung und Empfehlung). Um die eigentliche Durchsetzung des zivilrechtlichen Lohnanspruchs zu verbessern – und die Last der Durchsetzung nicht allein den Arbeitnehmenden zu überlassen – sollte der Behörde ein Klage-

¹³⁶ Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern, S. 124 f.; zusammengefasst im Bericht des Bundesrates vom 15.02.2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142 (überwiesen als Postulat), BBl 2006 3161, S. 3181 ff.

¹³⁷ Bundesamt für Justiz (2008): Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern, S. 4.

recht in den Stichprobenfällen eingeräumt werden (=> behördliches Klagerecht). Grundsätzlich wäre es aber auch möglich, einzelne empfohlene Varianten wegzulassen. Entsprechend würde die erwartete Wirkungsweise geschmälert. Die Empfehlungen werden nachfolgend einzeln erläutert.

Darstellung 5.1: Konzeptionelle Varianten im Überblick



Grün: empfohlene Varianten, Pfeile: erwartete Wirkungsweise

Empfehlung 1: Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (A1)

Die Zahlen zum durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frau und Mann legen nahe, dass sich sowohl ArbeitnehmerInnen wie ArbeitgeberInnen oftmals nicht bewusst sein dürften, dass eine Lohndiskriminierung vorliegt. Unter diesem Blickwinkel scheint die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Lohnanalyse (in Ergänzung zu griffigen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumenten) eine wichtige Voraussetzung für die Sensibilisierung der Betriebe und die Schaffung von Transparenz. Die Unternehmen müssten verpflichtet werden, basierend auf klaren gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Empfehlung 6) ihre Löhne in regelmässigen Abständen zu überprüfen, darüber intern Bericht zu erstatten und falls nötig entsprechende Massnahmen zur Gewährleistung der Lohngleichheit zu ergreifen.

Bisher wurden die ArbeitgeberInnen im Bereich der Lohngleichheit nur auf freiwilliger Basis einbezogen. Wie bereits unter Abschnitt 5.3.1 erwähnt, existiert im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Selbstdeklaration durch die AnbieterInnen. 2009 wurde zudem seitens des Bundes ein Lohngleichheitsdialog initiiert,

mit dem Ziel, innerhalb von fünf Jahren 100 Unternehmen auf freiwilliger Basis zu überzeugen, ihre Löhne mit einem anerkannten Analysetool auf Lohngleichheit hin zu überprüfen.¹³⁸ Die bisherige freiwillige Beteiligung der Unternehmen ist gering. Bis Oktober 2013 haben lediglich 16 Unternehmen den Dialog abgeschlossen, bei 24 läuft er. Die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse würde daher der Empfehlung für einen stärkeren Einbezug der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, wie dies beispielsweise bereits in der Evaluation des Gleichstellungsgesetzes formuliert wurde, Rechnung tragen.¹³⁹

Bei der Ausgestaltung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gilt es, bestimmte Aspekte zu beachten:

- Die Beschränkung auf Firmen mit einer gewissen Grösse erscheint sachgerecht. Zum einen, weil nur bei diesen eine angemessene Vergleichszahl zur Lohnanalyse gleicher respektive gleichwertiger Arbeit vorliegt, zum anderen, weil sie über eigentliche Personalabteilungen verfügen. Wir empfehlen, die Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse bei Unternehmen ab 50 Mitarbeitenden (und einem angemessenen Anteil des unterrepräsentierten Geschlechts) einzuführen.¹⁴⁰ Dadurch wären schweizweit rund 7'400 Unternehmen (zirka 53% der Beschäftigten) betroffen.¹⁴¹ Sinnvoll wäre auch, die Einführung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse gestaffelt zu vollziehen, wie dies im Modell Österreich der Fall ist.
- Die innerbetriebliche Analyse müsste nicht jährlich erfolgen, sollte aber in gewissen Zeitabständen aktualisiert werden müssen (z.B. alle 3 Jahre).
- Die Analyse von Lohndiskriminierung ist komplex, erfordert Know-how und ist entsprechend auch mit einem Aufwand für die Unternehmen (insbesondere bei der erstmaligen Analyse) verbunden. So weit wie möglich müssen rechtlich verlässliche und praktikable Analysetools zur Verfügung stehen. Möglich ist ein System behördlich vorgegebener, standardisierter Tools oder eine Auswahl von behördlich zertifizierten Tools, die von Privaten (z.B. Gewerkschaften) bereitgestellt werden. In der Schweiz wurden entsprechende Analysetools bereits entwickelt.¹⁴² Ob sich diese Instrumente bei einer verbindlichen Einführung der Pflicht zur innerbetrieblichen

¹³⁸ Vgl. <<http://www.lohngleichheitsdialog.ch>>, Zugriff 23.09.2013.

¹³⁹ Stutz H. et al. (2005): Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesericht, im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern.

¹⁴⁰ Ab dieser Grösse lassen sich auch Lohnanalysen mit dem Instrument Logib durchführen.

¹⁴¹ Vgl. Bundesamt für Statistik (2008): Betriebszählung 2008. Marktwirtschaftliche Unternehmen und Beschäftigte nach Grössenklassen, Neuenburg.

¹⁴² Mit der Software Logib wird den Arbeitgebenden mit mehr als 50 Mitarbeitenden seitens des EBG ein Instrument zur Verfügung gestellt, das ihnen erlaubt, eine einfache Standortbestimmung vorzunehmen und zu überprüfen, ob die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau in ihrem Unternehmen eingehalten wird. Vgl. <<http://www.logib.ch>> oder <<http://www.logib-schritt-für-schritt.ch>>, Zugriff 15.07.13. Mit Hilfe der arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung lässt sich zudem der Arbeitswert einer Funktion erfassen und so die Frage der Gleichwertigkeit der Arbeit klären. Vgl. z.B. das hierfür entwickelte Instrument Abakaba: <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00077/index.html>>, Zugriff 15.07.13. Eine umfassende Darstellung von Instrumenten zur Analyse von Lohnunterschieden liefert: Schär Moser M. und Baillod, J. (2006): Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung. Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern. Das Bundesgericht hat die Verlässlichkeit dieser Instrumente verschiedentlich in seinen Entscheiden bestätigt.

chen Analyse eignen würden oder ob es allenfalls angepasster Instrumente bedürfte, kann im Rahmen dieser Studie nicht beantwortet werden.

- Den Unternehmen sollte die Wahl gelassen werden, ob sie die innerbetriebliche Analyse eigenständig vornehmen oder ob sie sich extern deklarieren respektive prüfen lassen. Möglich wäre auch ein Modell, in welchem Unternehmen, die sich extern von einer vom Bund anerkannten Stelle haben deklarieren lassen, von der behördlichen Kontrolle befreit sind.¹⁴³
- Unerlässlich ist auch ein hinreichendes Angebot an Beratung, Information und allenfalls Schulung.

Das Vollzugsdefizit in den untersuchten Modellen hinsichtlich der Umsetzung der innerbetrieblichen Analyse zeigt, dass eine wirksame Kontrolle und die Sanktionierung bei Missachtung der Deklarationspflicht unerlässlich sind. Der Organisationsgrad der Arbeitnehmenden in der Schweiz ist im Vergleich mit dem europäischen Ausland deutlich geringer. In der Schweiz besteht oft keine ArbeitnehmerInnenvertretung in den Betrieben, auch wenn das Mitwirkungsgesetz¹⁴⁴ diese Möglichkeit grundsätzlich enthält.¹⁴⁵ Daher erscheint eine weitgehende Übertragung der Kontrolle der innerbetrieblichen Analyse an die MitarbeiterInnenvertretungen wie beispielsweise im Fall von Österreich wenig praktikabel. Zudem würde dadurch die Last der Durchsetzung, wie weiter oben bereits erwähnt, weiterhin zu stark bei den Arbeitnehmenden liegen. Stattdessen müsste die Kontrolle der Einhaltung der innerbetrieblichen Analyse behördlich mittels Stichprobenkontrollen erfolgen (vgl. Empfehlung 2). Die Verantwortung für die Erstellung der Analysen und für die allfällige Anpassung der Löhne entsprechend den Ergebnissen der Analyse soll primär bei den Betrieben selber liegen. Zu diskutieren wäre in diesem Zusammenhang eine Berichterstattungspflicht gegenüber der kontrollierenden Behörde. Diese würde wohl ein Vollzugsdefizit bei den Unternehmen weiter verringern, erscheint angesichts der hohen Zahl von Betrieben aber wenig praktikabel.

Empfehlung 2: Einführung einer behördlichen Stichprobenkontrolle (B3)
Wie aufgezeigt wurde, existieren in der Schweiz in verschiedenen Bereichen Modelle zur Kontrolle unternehmerischer Tätigkeiten. Bezüglich Lohngleichheit überprüft das EBG im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens mittels Stichprobenkontrollen die Einhaltung des Lohngleichheitsgrundsatzes und unterstützt Arbeitgebende bei der Umsetzung der Lohngleichheit.¹⁴⁶ Dabei arbeitet das EBG eng mit der Beschaffungskommission des Bundes zusammen und vermittelt Fachleute. Weiterführende behördliche Kontrollinstrumente sind in der Schweiz im Bereich der Lohngleichheit nicht vorhanden. In den letzten Jahren wurden Vorstösse, welche stärkere gesetzliche Regelungen im GIG oder die verbindliche Überprüfung der Lohngleichheit forderten, so etwa die Einführung einer „Behörde mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen“ oder die Einführung von LohngleichheitsinspektorInnen in Zusammenarbeit mit paritäti-

¹⁴³ Z.B. Zertifizierung equal-salary: <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00381/index.html?lang=de>>, Zugriff 15.07.13.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz vom 17.12.1993, SR 822.14.

¹⁴⁵ Das Mitwirkungsgesetz sieht die Information/Konsultation hinsichtlich von Arbeitssicherheit, Arbeitnehmerschutz, Übergang von Betrieben und bei Massenentlassungen vor.

¹⁴⁶ Art. 8 Abs. 1 lit. c BöB (Bundesebene), teilweise auch auf kantonaler Ebene, vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. f ÖBV Kt. BE.

schen Organen der Tarifparteien, abgelehnt oder sistiert.¹⁴⁷ Gemäss Artikel 8 Absatz 3 BV muss die Lohnleichheit zwischen Frau und Mann von allen Unternehmen in der Schweiz befolgt werden – die Gesetzgebung betrifft folglich nicht nur eine (kleine) Auswahl an Firmen oder bestimmte Branchen. Aus dieser Perspektive erscheint eine behördliche Stichprobenkontrolle sachgerecht, bei welcher die gesamte Lohnstruktur der untersuchten Unternehmung einer Kontrolle unterworfen wird. Wie einleitend dargestellt, empfehlen wir, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Kontrolle von Unternehmen auf diese Stichproben zu beschränken und sie nicht auf Untersuchungen in Einzelfällen/„Beschwerdefällen“ auszudehnen. Die Fallstudien haben aufgezeigt, dass die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen bei behördlichen Kontrollen – insbesondere wenn weiterführende Durchsetzungsinstrumente bestehen – hoch ist und dazu führt, dass die Betriebe in der Folge häufig selber Massnahmen ergreifen, um den gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Mit dem Stichproben-Ansatz wird zudem der Fokus weg vom diskriminierten Einzelfall hin zur Aufdeckung struktureller Probleme, welche eine Diskriminierung zur Folge haben, verschoben. Analog der Preisüberwachung könnte sich die entsprechende mit der Kontrolle betraute staatliche Stelle jährlich bestimmte Branchen vornehmen, deren Lohnstruktur sie näher untersuchen will.

Die Stichprobenkontrolle sollte sich auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der innerbetrieblichen Lohnanalysen und die Einhaltung der Lohnleichheit beziehen. Die entsprechenden Herausgabe- und Mitwirkungspflichten der Unternehmen und die Untersuchungsbefugnisse der Behörde müssen gesetzlich verankert werden (vgl. Empfehlung 6). Der Behörde sollte die Befugnis eingeräumt werden, die Nichteinhaltung der Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse zu sanktionieren.

Empfehlung 3: Fokus auf Beratung/Vermittlung (CI)

Entsprechend dem schwedischen Beispiel sollte die Behörde die Aufgabe/Befugnis haben, Firmen und Angestellte zu beraten und in den Stichprobenfällen bei festgestellter Lohndiskriminierung eine einvernehmliche Lösung zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu suchen. Noch weiterführend wäre ein Mandat der Behörde, in den Stichprobenfällen Verhandlungen auch hinsichtlich von *Lohnnachzahlungen* zu führen; auf diese Weise wäre das Verhandlungsmandat der Behörde mit dem zivilrechtlichen Anspruch auf Lohnleichheit, welcher bis zu fünf Jahre zurück durchgesetzt werden kann, kongruent.. Die Teilnahme an diesen Vermittlungsverhandlungen sollte obligatorisch erklärt werden.

Die Variante, wonach eine Vermittlung zu einer Erarbeitung von Lohnleichheitsplänen in den Unternehmen führen könnte, ist hingegen nicht zu empfehlen. Hier würden sich gegenüber den Ansprüchen einzelner Geschädigter Abgrenzungsprobleme ergeben, weil die Arbeitnehmenden bei festgestellter Lohndiskriminierung grundsätzlich einen unmittelbaren Anspruch auf Beseitigung und Entschädigung haben. Die Möglichkeit einer gestuften Anpassung der Löhne dürfte mit diesem Anspruch nicht vereinbar sein.

¹⁴⁷ Vgl. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20063033> und <http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2006/d_bericht_n_k10_0_20060451_0_20070904.htm>, Zugriff 22.7.13.

Empfehlung 4: Behördliche Empfehlung (C2) und Behördenklagerecht (D3), in Ergänzung zur Durchsetzung der Analyse- und Mitwirkungspflicht (D2)

Für den Fall, dass keine im Rahmen der Vermittlungsverhandlung einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann der Behörde in einem ersten Schritt die Befugnis eingeräumt werden, eine Empfehlung an die Unternehmen zur Beseitigung der Lohndiskriminierung zu richten. Analog zum vorstehend erwähnten Vorschlag betreffend Beratung/Vermittlung könnte sich diese Empfehlung auch auf die Lohnnachzahlung für einen Zeitraum von max. fünf Jahren erstrecken. Damit würde Gegenstand der Empfehlung, was Geschädigte auch zivilgerichtlich maximal fordern können. Besteht in einer Firma eine ArbeitnehmerInnenvertretung gemäss Mitwirkungsgesetz, ist die Empfehlung in den Stichprobenfällen auch dieser Vertretung zur Kenntnis zu bringen.

Um die eigentliche Durchsetzung des Lohnanspruchs auf struktureller Ebene zu verbessern, sollte die Behörde weitere Befugnisse erhalten, wenn ihre Empfehlungen nicht befolgt werden: Wir empfehlen für die Stichprobenfälle ein Behördenklagerecht wie im Fallbeispiel Schweden und ähnlich der Konzeption im schweizerischen Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Wie die untersuchten Fallbeispiele zeigen, erhöht die Möglichkeit einer Behördenklage in den Stichprobenfällen den Anreiz für einvernehmliche Lösungen und verbessert die Motivation zur Befolgung der Empfehlungen. Folglich regen wir an, in den Stichprobenfällen ein Behördenklagerecht zu verankern. Dieses Behördenklagerecht würde die heute bereits bestehenden Klagebefugnisse von Geschädigten und Organisationen/Gewerkschaften nicht ersetzen, sondern *ergänzen*: Weiterhin stünde den Geschädigten von Lohndiskriminierung die Klage nach Art. 5 GlG offen. Ferner könnten auch die Organisationen/Gewerkschaften weiterhin im eigenen Namen gerichtlich feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird (vgl. Art. 7 GlG).

Noch weiterführend wäre ein Modell, nach welchem die Behörde bei Verletzung des Lohngleichheitsgrundsatzes gegen fehlbare Unternehmen finanzielle Sanktionen in angemessener Höhe aussprechen kann. In einem Modell mit Parallelismus zwischen Verwaltungsverfahren (Sanktionierung von Lohndiskriminierung) und Zivilverfahren (Entschädigungsforderung) müssten die Kompetenzen ähnlich wie im Kartellrecht abgegrenzt werden. Dies wäre zweifellos das Modell mit den stärksten Durchsetzungsstrukturen. Für den Bereich der Lohngleichheit zeigen sich jedoch gewisse Schwächen. Da die Untersuchung und Sanktionierung im Bereich Lohngleichheit ausserhalb eines Bewilligungs- oder Konzessionsregimes stattfindet, kommt einzig eine finanzielle Sanktion in Frage. Damit diese präventiv wirken könnte, müsste sie eine angemessene Höhe aufweisen. Ein Modell, in welchem eine Administrativbehörde entsprechende finanzielle Sanktionen gegen Unternehmen ausspricht, ist allerdings umstritten (vgl. die laufende Kartellgesetzrevision). Ein Sanktionssystem müsste wohl ähnlich der Regelung im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit bei ave-GAV voraussetzen, dass die Lohndiskriminierung klar belegt ist (z.B. anhand der Lohnanalysen oder weiterer Untersuchungsergebnisse) und im Fall einer verwaltungsstrafrechtlichen Busse qualifizierende Merkmale wie Mutwilligkeit oder Gewinnabsicht vorliegen. Im Vergleich ist ein Modell mit Behördenklagerecht vorzuziehen.

Von vornherein nicht für eine Übertragung auf schweizerische Verhältnisse geeignet ist die Durchsetzung der Lohnansprüche von Geschädigten durch Verfügung (wie im Modell Ontario). Da es sich bei Lohnforderungen und Lohnnachzahlungen grundsätzlich um zivilrechtliche Ansprüche zwischen privaten Parteien handelt, ist die Verfügung allfälliger Lohnnachzahlungen durch eine Verwaltungsbehörde im schweizerischen Recht systemwidrig und daher nicht zu empfehlen.

Empfehlung 5: Verankerung eines Kommissionsmodells auf Bundesebene
Da gerade grössere Firmen in der Schweiz über die Kantongrenzen hinaus Geschäftsniederlassungen besitzen, empfehlen wir für eine Stichprobenkontrolle die Einrichtung einer Behörde auf Bundesebene. Für eine Bündelung der Kompetenzen beim Bund spricht auch die Einheitlichkeit des Vollzugs im Rahmen dieser Stichprobenverfahren. Eine praktikable und pragmatische Lösung könnte darin liegen, das Sekretariat in eine bestehende Behörde, zum Beispiel das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, einzugliedern und dieser Behörde eine Kommission zur Seite zu stellen. Hier sind grundsätzlich zwei Modelle denkbar: So ist eine Vertretung der SozialpartnerInnen in der Kommission möglich. Das Modell mit Sozialpartnerkommission finden wir in allen drei von uns untersuchten ausländischen Fallstudien sowie bei kantonalen Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz. Allerdings muss beachtet werden, dass bei der individuellen Lohndiskriminierung sachliche Aspekte im Vordergrund stehen und es weniger um einen politisch verhandelbaren Gegenstand geht. Dies würde wiederum eher für die Etablierung einer Kommission sprechen, welche sich aus nicht sozialpartnerschaftlich gebundenen Expertinnen und Experten (Sachverständigen) zusammensetzt.

Empfehlung 6: Ergänzung der gesetzlichen Grundlage
Sowohl die Einführung einer Pflicht zur innerbetrieblichen Analyse als auch die erweiterten Behördenbefugnisse bedürfen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Zu empfehlen sind entsprechende Ergänzungen der gesetzlichen Grundlagen, namentlich des Gleichstellungsgesetzes:

- die Regelung der Organisation der Behörde;
- die Verpflichtung der Unternehmen (ab einer bestimmten festzulegenden Grösse) zur periodischen Erstellung von standardisierten Lohngleichheitsanalysen;
- die Pflicht der Unternehmen, die Löhne (innerhalb einer gesetzlich festzulegenden Frist) anhand der Ergebnisse der innerbetrieblichen Lohnanalyse anzupassen und Lohnnachzahlungen zu leisten;
- die Befugnis der Behörde, Kontrollen im Rahmen einer Stichprobenkontrolle vorzunehmen, die sich sowohl auf die Einhaltung der Pflicht zur Erstellung der Lohnanalysen wie die Einhaltung der Lohngleichheit beziehen;
- die Regelung des Verfahrens auf einvernehmliche Lösung unter Mitwirkungspflicht der Unternehmen sowie die Modalitäten der behördlichen Empfehlung;
- die Mitwirkungspflichten der Unternehmen im Rahmen dieser Verfahren;
- die Regelung der Behördenklage vor Zivilgerichten in den Stichprobenfällen.

IMPRESSUM

WEITERE INFORMATIONEN

INTERFACE

Politikstudien Forschung Beratung

Seidenhofstr. 12

CH-6003 Luzern

Tel +41 (0)41 226 04 26

www.interface-politikstudien.ch

PROJEKTREFERENZ

Luzern, 24. Oktober 2013

Projektnummer: P13-13