

*Gesine Fuchs*

## Recht als feministische Strategie?

### Überlegungen anhand von Lohngleichheitskämpfen in der Schweiz

#### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Hoffnungen auf gesellschaftspolitische Veränderungen durch Rechtsmobilisierung werden politisch und wissenschaftlich kontrovers diskutiert. Für eine Einschätzung sind empirische, möglichst vergleichende Studien nötig. Ziel des Beitrags ist es, am Beispiel empirischer Daten zu Lohngleichheitskämpfen in der Schweiz die Hindernisse, das Potenzial und die Restriktionen einer Rechtsmobilisierung vor Gericht zu diskutieren sowie die theoretischen Pro- und Contra-Argumente strategischer Prozessführung einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Dies geschieht anhand zweier Fallstudien erfolgreicher Prozessführung – im Fall der Basler Kindergärtnerinnen 1987/1998 sowie des Zürcher Pflegepersonals 1998/2001 – und bezieht Interviews, u. a. mit Gewerkschafterinnen, Anwältinnen und Klägerinnen, sowie Medienanalysen und Urteile, ein.

Ausgehend von grundlegender feministischer Kritik am vermeintlichen Universalismus der Menschen- und Bürgerrechte und dem tatsächlichen rechtlichen Patriarchalismus<sup>2</sup> wird gegen strategische Rechtsmobilisierung eingewandt, mit Recht seien keine der wesentlichen strukturellen Rahmenbedingungen und Ausbeutungsverhältnisse zu verändern.<sup>3</sup> Eine zweite Gruppe von Argumenten kritisiert hohe Zugangshürden politischer, informationeller, finanzieller und kultureller Art, so dass Gerichte für Frauen nicht der bevorzugt Ort sind, für die Umsetzung von Rechten zu arbeiten.<sup>4</sup> Schließlich befürchten viele eine „Justialisierung der Politik“, wo die politische Schwäche von AkteurInnen dazu führt, dass sie sich an die Gerichte wenden. Die KlägerInnen riskieren damit aber, dass in ihrem Sinne ungünstige Urteile politische Handlungsmöglichkeiten auf viele Jahre lang verschließen können.<sup>5</sup> Andererseits sind unter den Bedingungen von demokratischer Rechtsstaatlichkeit

rechtliche Normen gut legitimiert. Der Rechtsweg bei einer unabhängigen Judikative ist ein Weg, abstrakte Rechtsnormen zum Leben zu erwecken, welche ihrerseits durch gesellschaftliche Auseinandersetzungen und Kräfteverhältnisse geprägt wurden.<sup>6</sup> Schließlich können breitere Zugänge zu supranationalen Gerichten, wie Vorabentscheidungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) und durch die Individualklagemöglichkeiten beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als zusätzlicher Partizipationskanal für unterprivilegierte soziale Gruppen gesehen werden,<sup>7</sup> bzw. für Gruppen, deren Anliegen weder massenmobilisierungsfähig sind, noch deren Angehörige „lobbyfähig“ sind.<sup>8</sup>

Kritische wie positive Argumente sind einleuchtend. Für eine empirische Überprüfung von Rechtsmobilisierung sollte besonders auf bestehende Zugangshürden, auf die Eignung der verhandelten Rechtsmaterie für die Anliegen der KlägerInnen und darauf geachtet werden, ob die Gerichtsprozesse in andere, u. U. komplementäre politische Strategien der KlägerInnen eingebunden sind. Dazu wird im Folgenden der schweizerische Kontext knapp umrissen und das geltende Gleichstellungsgesetz vorgestellt. Danach werden Lohngleichheitsprozesse in der Schweiz analysiert, sowie positive Faktoren und bestehende systematische Hindernisse herausgearbeitet.

#### 2. Der schweizerische Kontext: Modernisiertes Ernährermodell und Gleichstellungsgesetz

##### 2.1 Zur Entwicklung der Geschlechterverhältnisse

Die Geschlechterverhältnisse in der Schweiz sind seit den 1970er Jahren stark in Bewegung geraten, vor allem im Bereich Politik und Erwerbsarbeit. So liegt

1 Für wichtige Anregungen danke ich Sabine Berghahn.

2 Schmidt, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2011, S. 74; Pateman, in: Keane (Hrsg.), *Civil Society and the State*, 1988, S. 101.

3 Etwa in Anlehnung an Audre Lorde's „The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House“.

4 Z. B. Gerhard, *Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht*, 1990., MacKinnon, in: MacKinnon (Hrsg.), *Are Women Human? And other International Dialogues*, 2006, S. 71; Gerhard, in: Opfermann (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen*, 2007, S. 11.

5 Wilde, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), *Recht und Politik*, 2006, S. 184

6 Freivogel, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich*, 2005., Baer, in: Meuser/Neusüß (Hrsg.), *Gender Mainstreaming. Konzepte - Handlungsfelder - Instrumente*, 2004, S. 71

7 Cichowski, *Comparative Political Studies* 38 (2006), 50.

8 Erfahrungen mit dem deutschen Transsexuellengesetz, das in sieben Beschlüssen des BVerfG wesentlich verändert wurde, zeigen, dass es für kleine Gruppen leichter als für größere sein kann, rechtliches als politisches Gehör zu erreichen. Fuchs, in: Neve/Olteanu (Hrsg.), *Politische Partizipation jenseits der Konventionen*, 2012, S. 62-65 m. w. N.

die politische Repräsentation von Frauen heute etwa im europäischen Durchschnitt (30% Frauen im Nationalrat, 3 Frauen und 4 Männer in der Regierung). 1981 wurde aufgrund einer Volksinitiative die Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern in der Verfassung verankert und in der neuen Bundesverfassung von 1999 (Art. 8, Abs. 3) präzisiert: „Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.“

Ist schon der aktive Gleichstellungsauftrag des Staates in der Verfassung in den Ländern der Europäischen Union selten,<sup>9</sup> so gibt es den Anspruch auf Lohngleichheit meines Wissens nur noch in in abgeschwächter Form im finnischen Grundgesetz. Dieser Verfassungsanspruch bewirkt im öffentlichen Diskurs, dass Lohngleichheit als Ziel eine sehr hohe Legitimität genießt.

Folgende Entwicklungen sind für die weibliche Erwerbsarbeit in der Schweiz charakteristisch: Die Frauenerwerbsquote stieg zwischen 1970 und 2012 von 40% auf gut 79%.<sup>10</sup> Dies lässt sich auch auf einen sehr hohen Anteil von weiblicher Teilzeitarbeit zurückführen (2012: 58%, davon 44% mit weniger als der Hälfte der normalen Arbeitszeit).<sup>11</sup> Es ist ein „neoklassisches Modell“ entstanden: der Vater arbeitet Vollzeit, Mutter Teilzeit und verrichtet Haus- und Betreuungsarbeit. Die Vereinbarkeit stellt viele Familien vor große Herausforderungen, denn es fehlen Betreuungsplätze für Kinder. Es gibt erst seit 2005 einen obligatorischen bezahlten Mutterschaftsurlaub – gesetzliche Elternzeitregelungen fehlen. Schließlich ist die Bildungsexpansion der letzten Jahrzehnte, besonders bei der Schulbildung, Frauen und Mädchen zugute gekommen. Die berufliche Segregation ist jedoch unverändert hoch, was auch an der geschlechtsspezifischen Berufswahl liegt. Die Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern weisen eine leicht sinkende Tendenz auf; betrugen sie 1998 21,9% waren es 2010 noch 18,4%. Nur gut 60% der Unterschiede lassen sich durch das Anforderungsprofil, Dienstalter oder Ausbildung erklären, der Rest gilt als diskriminierend.<sup>12</sup>

## 2.2 Das Gleichstellungsgesetz

Das Gleichstellungsgesetz ist ein eigenes zivilrechtliches Gesetz (SGS 151.1), dessen Verfahren einige Besonderheiten aufweisen, die positiv für den Schutz vor Diskriminierungen sind. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz und es gibt eine Beweislast erleichterung. Zudem gibt es ein eingeschränktes Verbandsklagerecht und besondere Schlichtungsstellen, bevor ein Fall vor Gericht geht. Bei der Entstehung des Gesetzes wurden im Sinne der „Europafähigkeit der schweizerischen Rechtsordnung“ die rechtliche Situation in der EU (Richtlinien, Richtlinienentwürfe, teilweise Rechtsprechung des EuGH) aufgenommen.<sup>13</sup> Aufgrund des Widerstands der Arbeitgeberseite wurde nach dem obligatorischen Konsultationsverfahren in Politik und Gesellschaft (sog. Vernehmlassung) die Idee einer Behörde mit Untersuchungskompetenzen fallengelassen. Nach langem Vorlauf und engagierten Debatten wurde das Gesetz 1995 verabschiedet und trat am 1.7.1996 in Kraft. Eine Printmedienanalyse zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes hat gezeigt, dass die Lohngleichheit zentraler Anstoß und Referenzpunkt sowie wichtigstes Argument für ein Antidiskriminierungsgesetz im Erwerbsleben gewesen ist.<sup>14</sup>

Das Gleichstellungsgesetz (GlG) gilt für unselbstständige Erwerbsarbeitsverhältnisse. Es verbietet direkte und indirekte Diskriminierung eines Geschlechts, etwa bei Anstellung, Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Angemessene Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar (Art. 3 Abs. 2). Vor den Schlichtungsstellen und vor Gericht muss die Diskriminierung nur glaubhaft gemacht werden, womit dann die beklagte Seite Nicht-Diskriminierung beweisen muss. Diese Beweislast erleichterung (Art. 6) gilt allerdings nicht für das Bewerbungsverfahren und sexuelle Belästigung, hier muss Diskriminierung bewiesen werden. Es hat den Anschein, als sei – bei richtiger Anwendung durch das Gericht – in der Schweiz die Beweislastumkehr viel leichter zu erreichen als in Deutschland nach § 22 AGG.<sup>15</sup>

Beschäftigte können auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung einer Diskriminierung kla-

9 Eine entsprechende Klausel findet sich in den Verfassungen in Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Malta, Österreich und Portugal. In Belgien und Slowenien gilt dies für Wahlämter. Vgl. [www.verfassungen.eu](http://www.verfassungen.eu), 16. Juli 2011.

10 Bühler/Heye, Eidgenössische Volkszählung 2000: Fortschritt und Stagnation in der Gleichstellung der Geschlechter 1970-2000, 2005, S. 24. und unter Suchwort „Erwerbstätigenquoten nach Nationalität und Altersgruppe“ 1991-2012 unter: [www.bfs.de](http://www.bfs.de)

11 Tabelle je-d-03.02.01.16, verfügbar beim Bundesamt für Statistik, wie Fn. 10 <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/data/03.html>

12 Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2010, 2012, S. 13.

13 Kaufmann, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2009, S. 1 (44-48).

14 Fuchs, Discursive Opportunity Structures and Legal Mobilization for Gender Equality in Four Countries 1996-2006, [ssrn.com/abstract=1954028](http://ssrn.com/abstract=1954028). (Stand: 3. Februar 2012).

15 So hat das BAG im sog. GEMA-Urteil (8 AZR 1012/08) festgestellt, dass es nicht als Indiz einer Diskriminierung bei der Beförderung einer Frau ausreicht, wenn in einem Unternehmen alle Führungspositionen mit Männern besetzt sind. Vielmehr forderte das BAG eine „Gesamtschau“ aller Indizien. Um eine Diskri-

gen, auf die Zahlung des geschuldeten Lohnes oder auf Schadenersatz und Genugtuung (Art. 5). Das Gesetz enthält auch eine Schutzfrist vor Rachekündigungen (Art. 9 und 10), d. h. bis 6 Monate nach Abschluss eines auch informellen oder internen Verfahrens darf nicht gekündigt werden. Diese Regelung wird selten angewandt. Erschwerend kommt hinzu, dass der Kündigungsschutz in der Schweiz schwach ist und es ein Recht auf Weiterbeschäftigung – außer teilweise bei öffentlichen Arbeitgebern – nicht gibt. Die Klagefristen im schweizerischen Recht sind eher lang: generell betragen sie zehn Jahre, Lohnansprüche verjähren bereits nach fünf Jahren. Bei Kündigungen muss innerhalb der Kündigungsfrist Einsprache beim Arbeitgeber erhoben werden und 180 Tage nach Ende des Arbeitsverhältnisses muss eine Klage erfolgen (Art. 9, Art. 10 Abs. 3 GIG). Bei diskriminierender Nichtanstellung muss innerhalb von drei Monaten nach Ablehnung Klage erhoben werden (Art. 8 Abs. 2 GIG).

Für Fälle nach dem Gleichstellungsgesetz gilt die Untersuchungsmaxime. Wie bei anderen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten auch «stellt der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen» (Art. 343 Abs. 3 Obligationenrecht). Nicht die Klagenden müssen also alle wesentlichen Fakten beibringen, sondern das Gericht muss bei Bedarf von sich aus Beweise erheben, z.B. Zeugen befragen. In den ersten zehn Jahren des Gesetzes hatten viele Gerichte diese Maxime noch übersehen. In Prozessen, wo der Untersuchungsgrundsatz allerdings angewendet wurde, wurde öfter eine Diskriminierung festgestellt.<sup>16</sup> So wurden bei 44% der Klagen wegen Lohnungleichheit vom Gericht angeordnete Gutachten eingeholt. Obgleich sich Standards für solche Arbeitsbewertungsgutachten etabliert haben, greifen Gerichte in ihrer freien Wahl der Gutachtenden nicht immer auf einschlägig qualifizierte zurück. In den meisten Fällen sind die Gerichte spätestens in der zweiten Instanz dem Gutachten im Wesentlichen gefolgt.<sup>17</sup>

In einem der ersten Lohnungleichheitsprozesse, dem unten näher beschriebenen Fall der Basler Kindergartenärterinnen, hatte das Bundesgericht im Juni 1991 entschieden, dass es das rechtliche Gehör verletzt, wenn im Rahmen einer Lohnklage ein Antrag auf ein Arbeitsbewertungsgutachten abgewiesen wird (BGE 125 I 14, vgl. auch [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), Basel-Stadt Fall 1). Dies kontrastiert mit der deutschen Praxis, wo der Beibringungsgrundsatz

gilt und meines Wissens kein Gericht in einem Lohnverfahren je ein Gutachten angeordnet hätte. Ich halte die Bedeutung der Untersuchungsmaxime daher für sehr hoch.

Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, können im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine größere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird (Art. 7, Abs. 1). Wurde die Diskriminierung festgestellt, so müssen Entschädigungen oder Nachzahlungen dann von einzelnen Beschäftigten in einem neuen Prozess eingeklagt werden.

Das Gesetz führte kantonale Schlichtungsverfahren ein. Die Schlichtungsstellen «beraten die Parteien und versuchen, eine Einigung herbeizuführen» (Art. 11 Abs. 1). Diese Stellen sind niedrigschwellig und das Verfahren ist kostenlos. Die institutionellen Regelungen der Schlichtungsstellen variierten sehr stark,<sup>18</sup> ebenso die Einigungsquoten und die Qualität der Schlichtungen.<sup>19</sup> Seit 2011 sind die Verfahren für pri-

minierung zu vermuten, muss nach „allgemeiner Lebenserfahrung“ für die Benachteiligung eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ bestehen (8 AZR 1012/08, Rz. 65).

16 Freivogel 2005, a. a. O., 38f.

17 Freivogel, AJP 2006, 1343 (1349).

18 Stutz/Schär Moser/Freivogel, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht. Im Auftrag des Bundesamts für Justiz, 2005, S. 14f.

19 Schär Moser, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Mündliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbän-

vatrechtliche Arbeitsverhältnisse einheitlich in der ersten eidgenössischen ZPO geregelt. Das Schlichtungsverfahren bei privatrechtlichen Anstellungen ist für die klagende Seite freiwillig. Beklagte müssen sich hingegen auf ein Verfahren einlassen (Art. 199 Abs. 2 lit c ZPO). Im öffentlich-rechtlichen Bereich können die Kantone die Schlichtung für freiwillig oder obligatorisch erklären. Schlichtungsstellen müssen doppelt paritätisch besetzt sein (beide Geschlechter, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite) und es sind nur einheitliche Beweismittel zugelassen.<sup>20</sup>

Im Vergleich zum AGG, aber auch zu anderen Antidiskriminierungsgesetzen in der EU ist das schweizerische Gleichstellungsgesetz in Bezug auf Geschlecht ein starkes Gesetz, vor allem wegen der Untersuchungsmaxime, der Verbandsklage und der faktischen Stellung, die Lohngutachten im Verfahren haben. Allerdings übernimmt der Staat – außer durch die Gerichte – kaum Umsetzungsverantwortung: „Das GLG ist darauf angelegt, Missständen abzuhefen, indem es Einzelpersonen (oder ihren Verbänden) erleichtert, gegen Diskriminierung vorzugehen. Damit wird trotz aller Hilfestellung die Verantwortung für die Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung praktisch ausschließlich den von Diskriminierung Betroffenen selber übertragen. Die Diskriminierenden dagegen laufen kaum ein Risiko: Die Sanktionen sind nicht so hoch, dass sie abschreckend wirken.“<sup>21</sup>

Natalie Imboden und Christine Michel zeigen überzeugend, dass das GLG ein Vollzugs Sonderfall in der Schweiz ist, wo sonst die korporatistische Zusammenarbeit der Sozialpartner stark ist und gemeinsam auch Vollzugsaufgaben – z. B. bei der Arbeitsmarktkontrolle – übernommen werden.<sup>22</sup>

Die breit angelegte Gesetzesevaluation von 2005 ortete Handlungsbedarf beim Wissen über und beim Erkennen von Diskriminierung sowie bei betrieblichen Gleichstellungsmaßnahmen. Sie stellte die zum Teil ungenügende Nutzung des Potenzials der Schlichtungsstellen fest (auf Grundlage der unterschiedlichen Nutzung und der unterschiedlichen Einigungsquoten) und unterstrich, dass das GLG kaum Möglichkeiten biete, effizient gegen strukturelle Diskriminierungen vorzugehen. Der Impact des Gesetzes sei bisher beschränkt geblieben, „... weil mit den im GLG vorgesehenen Durchsetzungsmechanismen (Verhinderung von Geschlechterdiskriminierung ausschließlich mittels Gegenwehr von selbst betroffe-

nen Individuen und privaten Organisationen) die kollektive und strukturelle Ebene von Diskriminierung nicht effizient bekämpft werden kann. Dazu wäre die Übernahme von Durchsetzungsverantwortung auch von Seiten des Staates selbst respektive die Schaffung von staatlichen Gleichstellungsinstitutionen mit Untersuchungs-, Durchsetzungs- und Monitoringkompetenzen nötig.“<sup>23</sup>

Der Bericht schlug neben adressatenspezifischer Information, Schulung und Sensibilisierung die Einrichtung einer Behörde mit Untersuchungs- und Klagerecht vor, den Ausbau der Kompetenzen der Schlichtungsstellen, die Verbesserung von Informationsrechten und der Beschaffung von Datengrundlagen, die Ausdehnung der Beweislast erleichterung, vermehrte Kontrollen und höhere Sanktionsbeträge zur Abschreckung, sowie eine positive sanktionsbewehrte Pflicht der Unternehmen zur Gleichstellungsförderung.<sup>24</sup>

Verbindliche Verbesserungen oder Verschärfungen waren politisch bislang jedoch nicht mehrheitsfähig, weder im Bundesrat noch im Parlament: der Bundesrat negierte bisher dringenden Revisionsbedarf und lehnte Verschärfungen ab, da sie nicht zur schweizerischen Rechtsordnung passen würden.<sup>25</sup> Gesetzliche Verschärfungen (Ausweitung der Beweislast erleichterung, verbesserter Kündigungsschutz, Leistungsklagen von Organisationen) und staatliche Handlungspflichten (z.B. LohngleichheitsinspektorInnen) fanden keine Mehrheiten. Chancenlos blieben auch Bestrebungen, die Antidiskriminierungsgesetzgebung auf andere Merkmale auszubauen und so wieder an die Europäische Entwicklung anzuschließen. Immerhin hat der Bundesrat für 2013 einen Forschungsauftrag über internationale Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente zur Verwirklichung der Lohngleichheit ausgeschrieben.

### 2.3 Potenziale für strategische Prozessführung

Eignet sich die rechtliche Lage in der Schweiz gut für eine Bekämpfung von Lohnungleichheiten? Grundsätzlich genoss und genießt Lohngleichheit durch den Verfassungsartikel in der politischen wie umfassenderen öffentlichen Debatte eine sehr hohe Legitimität und es besteht ein allgemeiner Konsens, dass Lohngleichheit ein wichtiges Ziel ist. Somit liegt die Nutzung des Gleichstellungsgesetzes für das Ziel der Lohngleichheit nahe. Prozessrechtliche Vorkehrun-

den, Frauenorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros sowie Anwälten/innen, 2005, S. IV.

20 Vgl. [http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html\\_de/109.html](http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/109.html), 23. August 2011.

21 Stutz/Schär Moser/Freivogel, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht. Im Auftrag des Bundesamts für Justiz, 2005, S. V.

22 Imboden/Michel, in: Fuchs/Berghahn (Hrsg.), Recht als feministische Politikstrategie, 2012.

23 Stutz/Schär Moser/Freivogel, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht. Im Auftrag des Bundesamts für Justiz, 2005, S. 123.

24 Stutz/Schär Moser/Freivogel, a. a. O., S. 124–129.

25 Vgl. [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20070031](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20070031), 12. Dezember 2012



gen wie Untersuchungsmaxime, Beweislasterteilung und Verbandsklage sowie die ausdrückliche Erhöhung der Lohngleichheit im Gesetz sind ebenfalls unterstützende Faktoren.

Bei der Frage, ob strategische Prozessführung auch auf der individuellen Ebene möglich und akzeptabel ist, muss differenziert werden. Der Zugang zum Recht ist grundsätzlich gewährleistet – es gibt bedarfsgeprüfte staatliche Rechtshilfe, und Gewerkschaften wie Berufsorganisationen unterstützen Mitglieder mit Rechtsberatung und -vertretung. Die Verbandsklage ist immer nur eine Feststellungsklage. Darum müssen sich Betroffene auch bei solchen Fällen in einer späteren Leistungsklage persönlich immer exponieren. Eine Anwältin sagte im Interview, dass sie nie Verbandsklagen mache, sondern Sammelklagen von Einzelpersonen mit gewerkschaftlicher Unterstützung, um durchsetzbare Urteile für Individuen zu bekommen (Interview CH 3, 43).

Die Gesetzesevaluation und meine Interviews weisen auf zahlreiche Klagehindernisse hin, die sich aus dieser Individualisierung ergeben: aus Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes wird manchmal die Lohndiskriminierung im Betrieb nicht thematisiert, manchmal bewusst von einer Klage abgesehen;<sup>26</sup> hinderliche herrschende Rollenzuschreibungen und internalisierte geschlechtsspezifische Verhaltenserwartungen – eine Frau verlangt nicht mehr für sich selbst – wurden besonders in den Interviews angeführt (Interviews CH4: 125-130, CH 12: 10, 38, CH 11: 206-213, CH1: 9, CH2: 40). Tatsächlich besteht bei Beendigung eines Gerichtsprozesses kaum ein Arbeitsverhältnis mehr, besonders selten ist dies in der Privatwirtschaft. Rachekündigungen kommen häufig vor. Ein kürzlich publizierter Fall ist für diese Situation typisch: nach einer internen Beschwerde wegen 1500 Franken Lohnunterschied bei gleicher Arbeit und Ausbildung sowie einer gescheiterten Schlichtungsverhandlung kam es zu einer Klage vor dem Arbeitsgericht, auf die der Arbeitgeber mit Schikanen und Kündigung reagierte. Diese Kündigung war zwar rechtswidrig und wurde zurückgezogen, eine erneute Kündigung wurde jedoch mit Restrukturierungsmaßnahmen begründet. Die Arbeitnehmerin stimmte zermürbt zu und bekam eine Abfindung sowie eine Lohnnachzahlung im Gegenzug zur Rücknahme der Klage; die Lohndiskriminierung wurde auf diese Weise nicht materiell geprüft.<sup>27</sup>

Bei der Frage der Einbettung in das Strategie- und Mobilisierungs-Repertoire einer Organisation oder Bewegung, ist festzustellen, dass dies in der Schweiz bei den gewerkschaftlichen Verbandsklagen grundsätzlich immer vorhanden ist, wenn auch in unterschiedlicher Intensität. Eine Justizialisierung der Politik oder eine Entpolitisierung der Lohngleichheitsfragen sind jedenfalls durch Verbandsklagen nicht zu konstatieren.

### 3. Lohngleichheitsprozesse in der Schweiz: Mobilisierung und unterstützende Faktoren

In der Schweiz hat es zwischen 1996 (dem Inkrafttreten des GIG) und 2010 mindestens 118 Fälle zu Lohngleichheit vor Gericht gegeben. Dazu kommen gut hundert Verfahren, die vor den Schlichtungsstellen erledigt wurden. Von den bisher 30 abgeschlossenen Verbandsklagen wurden 25 um Lohn geführt.<sup>28</sup>

Zwischen 1996 und Ende 2003 wurde jedes zweite erstinstanzliche Urteil nach Gleichstellungsgesetz (zu allen Themen) in die zweite und in weitere Instanzen gezogen und fast 20% der Entscheide stammen vom Bundesgericht. Der juristische Klärungsbedarf<sup>29</sup> scheint groß, und die Strategie, durch Prozesse zur Auslegung beizutragen, darum sinnvoll. Hinzu kommt, dass die Lektüre der Evaluationsberichte eine schlechte Qualität vieler, besonders erstinstanzlicher Urteile, nahelegt. Doch: «Den langen Atem, über mehrere Instanzen für sein Recht zu kämpfen vorausgesetzt, kamen sicherlich die Mehrheit der Klagenden zu einem zumindest teilweise für sie positiven Urteil.»<sup>30</sup>

Anhand zweier größerer Prozesse vor und nach dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes möchte ich näher auf die Entwicklung von Mobilisierung und Unterstützung eingehen und zeigen, dass eine politische Mobilisierung auch bei voraussetzungsvoller Rechtslage zustandekommen kann.

#### 3.1 Die Beispiel-Fälle

##### *Basler Kindergärtnerinnen*

Die Lohnklage der Basler Kindergärtnerinnen, die in den späten 1980er Jahren erhoben wurde, war der erste große Lohngleichheitsprozess mit öffentlicher Aufmerksamkeit, sozusagen die Mutter aller anderen

26 Schär Moser, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Mündliche Befragung von Gewerkschaften, Berufsverbänden, Frauenorganisationen, spezialisierten Beratungsstellen, Gleichstellungsbüros sowie Anwälten/innen, 2005, S. 13.

27 VPOD-Magazin 11/2012, S. 21.

28 Nähere Angaben unter [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch), speziell für die Deutschschweiz unter [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) und für die Romanie unter [www.leg.ch](http://www.leg.ch).

29 Freivogel, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich, 2005.

30 Stutz, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile, 2005, S. 27.

Lohngleichheitsklagen. 1987 verlangten 19 Kindergärtnerinnen, Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrerinnen von der Regierung die Einstufung in eine höhere Lohnklasse.

Sie argumentierten mit der Gleichwertigkeit ihrer Arbeit im Vergleich zu Primarlehrern und führten den Verfassungsartikel an. Die Regierung verweigerte die Höherstufung und so gingen die Frauen vor das Verwaltungsgericht, wo sie ein Arbeitsbewertungsgutachten verlangten. Das Gericht stellte fest, dass bei einigen Anforderungen die Tätigkeiten der Frauen schlechter bewertet worden waren als bei Primarlehrern. Eine Expertise wurde aber ebenso abgelehnt wie eine Behebung der Lohnungleichheit, weil dadurch Ungerechtigkeit im gesamten Lohngefüge entstehen könnte.

Die Klägerinnen reichten staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht ein, das im Mai 1991 entschied, die Verweigerung einer Expertise habe das rechtliche Gehör verletzt (BGE 125 I 14). Nur mit einem Gutachten lasse sich feststellen, ob feminisierte Berufstätigkeiten beim Lohn diskriminiert seien. 1993 stellte das Verwaltungsgericht auf der Basis eines solchen Gutachtens Lohndiskriminierung fest und urteilte, die Klägerinnen seien zwei Lohnklassen höherzustufen und ihnen sei der entgangene Lohn fünf Jahre rückwirkend auszus zahlen (Lohnansprüche verjähren in der Schweiz nach fünf Jahren). Eine Beschwerde der Kantonsregierung ließ das Bundesgericht 1994 nicht zu.

Daraufhin klagten 581 KindergärtnerInnen, Hauswirtschafts- und Handarbeitslehrkräfte auf die gleiche Höherstufung und Lohnnachzahlungen seit November 1993, als das Verwaltungsgericht Lohndiskriminierung festgestellt hatte. Dies waren damals 95% aller dieser Lehrkräfte in Basel. Gegen die Weigerungen von Regierung und gegen das Verwaltungsgericht entschied das Bundesgericht Ende 1998 auf eine staatsrechtliche Beschwerde der Klägerinnen hin, dass die Verjährungsfrist für Lohn immer fünf Jahre sei und die Klägerinnen somit Anspruch auf Lohnnachzahlung hätten. Der Kanton Basel-Stadt musste schließlich 23 Mio. Franken nachzahlen und die Berufe höherstufen<sup>31</sup>.

Dieser Fall hatte sich juristisch über 12 Jahre hingezogen, die interne professionspolitische Vorarbeit nicht eingerechnet. Das Bundesgericht wurde drei Mal angerufen:

„[E]s war aber als Juristin hochinteressant, weil diese Frage zum ersten Mal den Basler Gerichten vorgelegt wurde. Auch der Prozessweg war alles andere als klar. Für mich war von Anfang an klar, und das

habe ich auch immer gesagt: Das macht nur einen Sinn, wenn wir von Anfang an bereit sind, bis vors Bundesgericht zu gehen, denn da landen wir auf jeden Fall. (Lachen)“ (Interview CH3: 4).

Deutliche Fortschritte in der Rechtsprechung gegenüber diesem Pionierfall lassen sich beim zweiten Beispiel feststellen.

### *Zürcher Krankenschwestern*

Seit Mitte der 1990er Jahre bereiteten Gewerkschaften, Berufsverbände und die AGGP – Aktion Gsundi Gsundheitspolitik – die erste Verbandsklage unter dem neuen GIG sorgfältig vor. Sie konnten sich dabei auf Erfahrungen einer früheren Klage aus dem Jahr 1983 von Krankenschwestern in Zürich stützen<sup>32</sup>. Gewerkschaften, Verbände und Einzelpersonen reichten am ersten Geltungstag des GIG, am 1. Juli 1996, vier Klagen ein, in denen sie bemängelten, dass Krankenpflegekräfte, deren BerufsschullehrerInnen und Physio- wie Ergo-TherapeutInnen bei der Strukturellen Besoldungsrevision, die 1991 lohnwirksam wurde, diskriminierend beurteilt und eingestuft worden seien.

Die neue Lohnskala basierte auf der „vereinfachten Funktionsanalyse“, bei der Gesundheitsfachkräfte ursprünglich höher klassiert waren, aber aus finanziellen Gründen heruntergestuft wurden („politischer Minusklassenentscheid“). Die Krankenschwestern beispielsweise verglichen ihren Beruf mit dem von Polizisten. Das Gericht ordnete 1998 für alle vier Fälle Arbeitsbewertungsgutachten an. 2001 entschied es auf deren Grundlage, dass das Verfahren der „vereinfachten Funktionsanalyse“ nicht diskriminierend sei, korrigierte aber die Gewichtung der Kriterien Ausbildung und Erfahrung. Daraus resultierte eine Höherstufung der Krankenschwestern um ein bis zwei Lohnklassen, also um 500 – 1000 Franken monatlich. Diese Neueinstufung zog jährliche Mehrkosten von etwa 70 Mio. Franken und eine Nachzahlung von 280 Mio. Franken nach sich. In der Folge kam es zu mindestens neun Folgefällen, die Nachzahlungen, Neueinstufungen und die Übertragung auf kommunales Gesundheitspersonal zum Gegenstand hatten<sup>33</sup>. Die regionale Mobilisierung rund um diesen Fall war hoch und in andere Aktionen und Proteste im Gesundheitsbereich eingebettet, der um die Jahrtausendwende an akutem Personalmangel litt. Besonders 1999/2000 gab es Demonstrationen und Proteste gegen Privatisierung und Verschlechterung von Arbeitsbedingungen, die direkt mit der Forderung nach „gleichem Lohn für gleiche Arbeit“ verbunden wurden.<sup>34</sup>

31 Vgl. [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), Suche: Basel-Stadt, Fall 1.

32 [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), Suche: Zürich Fall 1.

33 a.a.O., Zürich Fall 7

34 Fuchs, Discursive Opportunity Structures and Legal Mobilization, a. a. O. (FN).

Obwohl es im Zürcher Fall um sehr viel Geld ging, also politischer Widerstand der Regierung plausibel war, war ein Gang vor das Bundesgericht nicht mehr nötig und auch die Arbeitsbewertungsgutachten wurden ohne weiteres angeordnet. Hinzu kam, dass die damalige grüne Gesundheitsdirektorin Verena Diener dem Anliegen positiv gegenüberstand.

### 3.2 Wichtige Kontextfaktoren

Im internationalen Vergleich ist die Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit in der Schweiz beachtlich. Dies lässt sich teilweise aus den dargelegten guten rechtlichen Gelegenheitsstrukturen herleiten, bestehend aus Zugang zum Recht, starker Stellung der Lohngleichheit im materiellen Recht und prozessrechtlichen Vorkehrungen. Dies reicht aber zur Erklärung nicht aus, sondern stellt eher den generellen Rahmen dar, in dem andere soziale, politische und organisationale Kontextfaktoren Bedeutung entwickeln. Dabei sind Aspekte der Identität der Organisationen und des Bezugsrahmens für deren Aktionen besonders relevant.<sup>35</sup> Diese werden im Weiteren näher untersucht. Ich gehe hier auf politisches Rechtsbewusstsein, die interne gewerkschaftliche Thematisierung, auf Kerngruppen und engagierte AnwältInnen sowie Netzwerke und Traditionsbildung ein.

#### *“Naming, Blaming, Claiming”: politisches Rechtsbewusstsein*

Das Recht zu mobilisieren, also für eigene Anliegen vor Gericht zu gehen, ist ein komplexer Prozess, der sich in mehreren Stufen, auf individueller und kollektiver Ebene, abspielt und voraussetzungsreich ist. Zuerst muss ein Problem überhaupt als ein Rechtsthema oder Rechtsproblem erkannt und definiert werden. Es können individuelle und informelle Lösungsversuche folgen und darauffolgend eine rechtliche Lösung gesucht werden, etwa durch eine Klage, möglicherweise unterstützt durch eine Interessenorganisation. Schließlich ist es möglich, einen Konflikt durch Interessensorganisationen oder soziale Bewegungen zu politisieren, also erfolgreich zu argumentieren, dass es sich nicht um ein Einzel- sondern ein strukturelles Problem handelt, das viele betrifft und (auch) politisch gelöst werden muss.<sup>36</sup> Dabei sind Definition des Rechtsproblems und „Externalisierung“ des Problems, also die Zuschreibung der Verantwortung zu anderen Personen oder Gruppen, zentrale Voraussetzungen für eine Klage.<sup>37</sup>

Für geschlechtsspezifische Diskriminierungserfahrungen von Frauen gibt es weitere Hürden, selbst

und mit anderen erfahrenes Unrecht als Verletzung der eigenen Person und Würde zur Sprache zu bringen.<sup>38</sup> Diskriminierung als Frau zur Sprache zu bringen, ist deshalb schwierig, weil dies die Aufkündigung eines typischen, arbeitsteiligen, hierarchischen Geschlechterarrangements bedeutet, das Frauen eben nicht als Gleiche anerkennt – Frauen müssen aus der Rolle fallen. Ute Gerhard hat in ihren Forschungsarbeiten gezeigt, dass das Aussprechen von Unrechtserfahrungen und das Sich-Wehren durch Lebenskrisen ausgelöst werden kann, aber „der Akt der Selbstbehauptung oder die Weigerung, Bevormundung, Gewalt oder Unterdrückung weiter zu dulden, sich auch allmählich einschleichen [kann].“<sup>39</sup>

Die Schweizer Klägerinnen in den beschriebenen Fällen wollten von Beginn an einen politisch sensiblen Prozess für das Ziel der Gleichstellung führen. Als Feministinnen und Gewerkschaftsmitglieder hatten die von mir interviewten Frauen vor der Klage ein Konzept von Geschlechterdiskriminierung. Sie hatten über Geschlechterrollen nachgedacht und sich mit der systematischen Unterbewertung ihres feminisierten Berufes auseinandergesetzt. Sie hatten versucht, dieses Unrechtsbewusstsein in die Organi-

35 Fuchs, Canadian Journal of Law and Society (im Druck)

36 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts: eine Einführung in die Rechtssoziologie, 1995, S. 29f.

37 Felstiner/Abel/Sarat, Law & Society Review 15 (1981), 631.

38 Gerhard, in: Opfermann (Hrsg.), a. a. O. S. 17-21 (FN)

39 Gerhard, in: Opfermann (Hrsg.), a. a. O. S. 19 (FN).

sationen hineinzutragen und sowohl Mitglieder wie Funktionäre davon zu überzeugen, dass ein Gerichtsprozess die richtige Strategie ist. In den Schilderungen der Rechtsmobilisierungsprozesse spielen auch biographische Bezüge eine Rolle – und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen wird die eigene Sozialisation als Frau bzw. die etwas abweichende Sozialisation erwähnt, zum anderen die typische Frauenbiographie mit Erwerbsunterbrechungen und Teilzeitarbeit als Grund für die Klage um mehr Geld angeführt.

### *Interne Thematisierung von Lohnungleichheit*

Die vorherrschende Meinung in Gewerkschaften ist, dass das Recht und Gerichtsprozesse ein Weg sind, individuelle Mitglieder zu schützen, aber nicht strukturelle Probleme zu lösen. Der Fokus liegt daher auf kollektiven Aktionen, etwa Tarifverhandlungen, Protesten oder Streiks. Strategische Prozessführung braucht ein Bewusstsein, dass dieser Weg vielversprechend und gangbar ist und dass er gut mit anderen Strategien verzahnt werden kann. Dabei muss Geschlechterdiskriminierung als schwerwiegendes Rechtsproblem benannt werden, das individuelle Grundrechte verletzt und daher bekämpft werden muss. Eine solche Entwicklung ist wahrscheinlicher, wenn Gleichstellungsstrukturen in einer Gewerkschaft stark sind. Doch selbst dann kann das Problem einer Mehrheit unbekannt oder gleichgültig bleiben.

Alle Mitgliedsgewerkschaften des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes ([www.sgb.ch](http://www.sgb.ch)) haben heute ausgebaute Gleichstellungsabteilungen und Geschlechterquoten. Weibliche Gewerkschaftsmitglieder haben lange Jahre für diese Institutionalisierung gekämpft. Ihr Anteil an den Mitgliedern des SGB steigt nur langsam und macht 2011 27% aus. Auch in der Schweiz waren die Gewerkschaften patriarchale Organisationen, die das männliche ErnährermodeLL verteidigten. Der Schweizer Frauenstreik vom 14. Juni 1991 – der zehnte Jahrestag der Abstimmung über den Gleichstellungsartikel in der Verfassung – war für die Frauenanliegen ein Meilenstein. Von wenigen Gewerkschafterinnen erdacht und innerhalb weniger Monate organisiert, streikten, demonstrierten oder „pausierten“ am 14. Juni 1991 etwa eine halbe Million Frauen und gingen auf die Straße.<sup>40</sup> Der Streik dient auch heute noch als wichtiges Referenzereignis und verdeutlicht, wie Gewerkschaften auf kollektive Aktionen setzen.

Klägerinnen der oben erläuterten Fälle berichteten, es habe jahrelange und wiederholte Bemühungen gebraucht, um die Gewerkschaften und die noch viel weniger konfrontativen Berufsverbände von der

Nützlichkeit und Machbarkeit strategischer Prozessführung zu überzeugen und um männlichen Widerstand zurückzudrängen (Interviews CH 10, 16-19; CH 12, 6-19). Im Basler Fall waren die Initiatorinnen der Klage auch aktive Mitglieder der Neuen Frauenbewegung gewesen, die das Recht eher als Weg zu Gleichstellung ansahen als die deutsche Frauenbewegung (Interviews CH 3, 16). Seit Ende der 1990er Jahre wanderte das Thema Lohnungleichheit von Mann und Frau auf der Agenda der Tarifverhandlungen nach oben, bis der SGB 2006 zum „Jahr der Lohnungleichheit“ ausrief und Lohnungleichheit zur Haupt-Kampagne der Gewerkschaften wurde. Die Gewerkschaften organisierten auch den 20. Jahrestag des Frauenstreiks am 14. Juni 2011. Strategische Prozessführung tritt in der Schweiz also oft in Zusammenhang mit Protesten oder Kampagnen auf. Diese Aktionsformen scheinen sich gut zu ergänzen.

### *„Kerngruppen“ und AnwältInnen*

Verbands- oder Sammelklagen in der Schweiz wurden meist mit Kerngruppen durchgeführt: Mehrere erfahrene Gewerkschafterinnen aus dem selben Spital, Schuldistrikt o. ä., mit starken Persönlichkeiten und einer Portion Sendungsbewusstsein, bildeten die erste Gruppe von Klägerinnen, die auch fähig waren, das „politische Begleitgeheul“ zu machen, wie etwa die Medienarbeit (Interviews CH7: 165-173; CH6: 161). Mental, kulturell und als Gruppenmitglied in eine politische Bewegung eingebunden zu sein, stellte sich als eine sehr wichtige und starke Ressource der Klägerinnen heraus, die großes Durchhaltevermögen für die lange dauernden Gerichtsverfahren brauchten. Netzwerke machten politischen Erfolg möglich.

„Es ist dann manchmal auch eine Rolle, die man bekommt, und man weiß, wenn ich heute nicht weiter mache, dann geht es nicht weiter und man hat jetzt schon so viel gemacht, und es wäre schade, wenn man einfach mittendrin aufhören würde. Wir haben uns aber auch untereinander immer wieder gegenseitig entlastet und moralisch unterstützt. Überhaupt, wir hatten wirklich Freundschaften und ein Vertrauen untereinander.“ (Interview CH 10, 26; ähnlich CH 12: 83f.)

Es gibt eine überschaubare Anzahl spezialisierter AnwältInnen in der Schweiz, die im Auftragsverhältnis für die Gewerkschaften bzw. Berufsorganisationen gearbeitet haben und die über genug Erfahrung verfügten, um sich nicht einschüchtern zu lassen, zum günstigen Zeitpunkt zu verhandeln und ggf. die Gruppe der Klägerinnen von zu viel Medienarbeit

40 Schöpf, Frauenstreik, 1992., Wicki (Hrsg.), Wenn Frauen wollen, kommt alles ins Rollen : der Frauenstreiktag vom 14. Juni 1991, 1991.



abzuhalten. Dieses Wissen wurde auch formell weitergegeben, etwa in Kommentaren zum Gleichstellungsgesetz.<sup>41</sup>

### *Netzwerke und Traditionsbildung*

Schließlich existiert in der Schweiz ein kleines, aber enges Netzwerk, das ExpertInnen und Aktivistinnen zusammenbringt. Öffentliche Gleichstellungsstellen, Universitäten, Gewerkschaften und unabhängige private Forschungsbüros sind Teil davon. Beispielsweise wurde das mittlerweile auch in Deutschland bekannte Instrument „Logib“ von einem Universitätsprofessor entwickelt und später von einem Forschungsbüro verfeinert und seine Verbreitung und Anwendung vom Eidgenössischen Gleichstellungsbüro finanziert.

Logib basiert auf einer Regressionsanalyse und errechnet bei Belegschaften ab etwa fünfzig Personen, ob unerklärte Lohnunterschiede nach Geschlecht bestehen.<sup>42</sup> Dabei werden bereits erhobene Daten über die Lohnstruktur des Betriebes genutzt. Der Einsatz von „Logib“ wird von Gewerkschaften mittlerweile bei Tarifverhandlungen gefordert, in der Bundesverwaltung wurden die Löhne 2011/12 flächendeckend mit Logib überprüft und im Kanton Bern müssen Firmen, die sich um öffentliche Aufträge bemühen, Logib einsetzen. Alles zusammengenommen, generiert dies empirische Glaubwürdigkeit und zeigt auf, dass Abhilfe machbar ist.

Ein Mittel um Netzwerke aufrechtzuerhalten ist die Bildung von Traditionen. Gewerkschaften und Frauenbewegung sind dabei recht erfolgreich. Beispielsweise publizierte der SGB 2006 eine Broschüre mit dem Titel „Nichts ändert sich von selbst“, die fünf Frauen porträtiert, die auf Lohnungleichheit geklagt hatten: „Es braucht Courage, sich für seine Rechte einzusetzen. Mut machen sollen die hier vorgestellten fünf Portraits von Lohnkämpferinnen aus unterschiedlichen Berufen. Sie stehen stellvertretend für viele andere Frauen, die im Erwerbsleben für ihre Rechte kämpfen“<sup>43</sup>

Vergangene Lohnungleichheitsprozesse werden also benutzt, um Rechtsbewusstsein zu schaffen und andere Beschäftigte zu ermutigen. Ein weiteres Mittel zur Traditionsbildung sind Jahrestage. Der Interna-

tionale Frauentag oder der 14. Juni sind Gelegenheiten zu protestieren, zu feiern oder um eine neue Kampagne zu lancieren. Hier können neue Gelegenheiten genutzt werden, Lohngleichheit auf die öffentliche Agenda zu setzen.

### *Hindernisse in Mobilisierung und Umsetzung*

Daneben gibt es auch eine Reihe persönlicher, gesellschaftlich-kultureller und struktureller Hindernisse, die sich international zu ähneln scheinen. In den Interviews und auch in der GIG-Evaluation von 2004/05 werden erwähnt: Angst vor Repressalien (Kündigung, Erwerbslosigkeit) und einem Karriereknick, prozedurale Hürden, insbesondere individualisierte Verfahren, die lange Verfahrensdauer, hohe Kosten und schlechte Auskunftsrechte. Aktivistinnen erklärten individuelle Gründe zur Nicht-Mobilisierung mit Mentalitäten und herrschenden Geschlechterstereotypen, etwa der auch bei potentiellen Klägerinnen verbreiteten Akzeptanz, dass Frauen eben weniger als Männer verdienen (z.B. Interview CH12, 10 für die Situation Ende der 1980er Jahre). Auch heute machen Richter ziemlich einschüchternde Bemerkungen:

„Und während des Prozesses sagt der Richter dann so etwas wie ‘Ich verstehe das nicht. Sie verdienen 8000. Worüber beschweren Sie sich eigentlich?’ Als ob es irgendwo ein Gesetz gäbe, dass Frauen 5000 und Männer 10.000 verdienen und wenn sie 8000 verdient, soll sie nicht klagen.“ (Interview CH 1, 9)

Gesellschaftliche Vorstellungen davon, was Frauen mit Fug und Recht zustehe, lassen sich auch im Nachgang, bei der Umsetzung der Urteile, als negative Faktoren ausmachen. Zwar hat sich das Lohngefüge bei den Kantonen zugunsten von „Frauenberufen“ verändern. Auch wurden folgende Lohnrevisionen im Lichte der Urteile bewusst als Aufholrunden für Frauenberufe gesehen. Doch bleibt es eine Frage des politischen Willens, die bestehenden Unterschiede tatsächlich auszugleichen. Anwältinnen berichteten über Verzögerungstaktiken von öffentlichen Arbeitgebern, wenn die konkrete Umsetzung in Lohnklassifizierungen, die entsprechende Anrechnung von Berufserfahrung, die Berechnungsgrundlagen für Nachzahlungen verhandelt werden sollte. Sie bekamen den Eindruck, dass einige Arbeitgeber – also Po-

41 Lempen/Aubert, *Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes*, 2011; Kaufmann/Steiger-Sackmann, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2009.

42 Dazu wird ermittelt, welcher Teil der Lohndifferenz durch persönliche Qualifikationsmerkmale (Ausbildung, Dienstalter, potenzielle Berufserfahrung, sog. Humankapitalfaktoren) zu erklären ist (Basisregression) und später, welcher durch arbeitsplatzbezogene Faktoren (wie berufliche Stellung und Anforderungsniveau) erklärt werden kann (Erweiterte Regression) und welcher Anteil unerklärt bleibt, also vermutlich auf das Geschlecht zurückzuführen ist (vgl. Strub, *Methodisches Vorgehen zur Überprüfung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann*

im Beschaffungswesen des Bundes, 2005. Ob Arbeitsplätze bzw. verschiedene Tätigkeiten, die im LSE das gleiche Anforderungsniveau haben, tatsächlich gleichwertig sind, wird nicht überprüft und somit können Lohndiskriminierungen bei gleichwertiger Arbeit kaum erfasst werden (vgl. auch die Kritik von Tondorf, *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes* 2009, 130. an Logib-D). Mehr Informationen unter [www.logib.ch](http://www.logib.ch).

43 Schweizerischer Gewerkschaftsbund, *Nichts ändert sich von selbst: Jahr der Lohngleichheit 2006: Frauenlöhne rauf – Lohngleichheit jetzt*, 2006, S. 3.

litiker aus der staatlichen Exekutive – voller Ressentiments waren, weil Frauen mehr Geld bekommen sollten: „Dann habe ich schon den Eindruck, dass die Stimmung herrscht, ja, also jetzt sollen sie zufrieden sein, oder? Also jetzt ist ein Schritt gemacht und das genügt jetzt mal. Es ist immer mehr ein gewisser Überdruß da. (Man soll) dankbar sein für das, was man da bekommen hat, aber nicht noch mehr fordern, und das denke ich hat mit dem Geschlechterverhältnis zu tun, dass man bei Frauen Forderungen als unverschämte empfindet, und bei Männern ist das ein Zeichen von Stärke und Durchsetzungskraft und bei Frauen ist es eine Frechheit. (Lacht)“ (Interview CH 2, 40-48).

In der konkreten Verhandlungssituation zeigten sich Regierungsmitglieder teilweise persönlich beleidigt und angegriffen und damit wenig zugänglich für die Sachargumente: Gleichstellung scheint, auch auf dieser Ebene, immer persönlich zu sein.

#### 4. Ergebnisse

Wie lässt sich die Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit in der Schweiz vor dem Hintergrund der eingangs vorgestellten Pro- und Contra-Argumente beurteilen?

Obwohl auch das schweizerische GlG individualistisch strukturiert ist, war es mit den Arbeitsbewertungsgutachten in den Prozessen möglich, das strukturelle Problem der Minderbewertung von Frauenarbeit teilweise anzugreifen, wenn auch nur im öffentlichen Sektor. Hier liegt die größte Wirkung der Verbandsklagen beim Lohngefüge der Kantone. Die geschlechtsspezifische Segmentation des privatwirtschaftlichen Arbeitsmarkts blieb davon aber unberührt.

Klägerinnen und Anwältinnen zeigten bei der Frage nach den Ergebnissen eine eher nüchterne Einschätzung, und sie waren weit entfernt davon, die juristischen Erfolge zu überhöhen. Besonders die Erfahrungen mit mühsamen und langwierigen Verhandlungen zur Umsetzung der Urteile ließen die Siegesgefühle verblassen. Für die Umsetzung von Urteilen braucht es also tatsächlich weitere Mobilisierung, Hartnäckigkeit und im Zweifelsfall eine neue Klage.

Im Schweizer Beispiel lässt sich nicht von einer Justizialisierung der (Tarif)-Politik sprechen, welche die Handlungsfähigkeit eingeschränkt hätte. Tatsächlich waren die Prozesse sehr gut in andere Strategien eingebettet, die von Sensibilisierungs- und Informationsarbeit, Tarifverhandlungen bis zum Einsatz von Logib reichen. Die Gewerkschaften nutzten

die ganze Bandbreite, je nach Ort und Zeit aber unterschiedlich.

Das schweizerische Antidiskriminierungsrecht ist individualistisch und reaktiv strukturiert. Hier zeigt sich ein Paradox: Schwacher Kündigungsschutz und hohe Kosten bewirken, dass es für prekär Beschäftigte und verletzbare Individuen schlecht zugänglich ist. So hat sich das Recht nicht als Partizipationskanal für bisher unterprivilegierte Gruppen erwiesen. Mit der Verbandsklage scheint der kollektive Rechtsschutz vor Diskriminierung für gewerkschaftlich gut organisierte Gruppen von qualifizierten weiblichen Beschäftigten daher stärker als für Einzelpersonen. Gründe hierfür sind auch die höhere Arbeitsplatzsicherheit im öffentlich-rechtlichen Bereich, ein besserer Organisationsgrad typischer Frauenberufe als in der Privatwirtschaft und die Tatsache, dass sich auch mit einzelnen Verfahren die Arbeits- und Lohnsituation einer großen Gruppe von Personen verändern lässt.<sup>44</sup>

Resümierend kann man festhalten, dass die meisten Argumente gegen eine strategische Rechtsmobilisierung im Schweizer Fall nicht oder nur eingeschränkt stichhaltig sind. Die Prozesse minderten die politische Handlungsfähigkeit nicht, sondern unterstützten sie. Prozessrechtliche Hemmnisse, also die Individualisierung der Verfahren, sind immer wieder Gegenstand parlamentarischer Vorstöße, also einem politischen Agenda-Setting.

#### Schlussfolgerungen

Die schweizerischen Erfahrungen zeigen deutlich, dass für eine sinnvolle Rechtsmobilisierung ein gesellschaftliches und politisches Agenda Setting in den relevanten Fragen nötig ist. Besonders erfolgversprechend ist es, wenn eine soziale Bewegung auch in der Lage ist, andere politische Aktionen und Mobilisierungen zu organisieren.

Unter welchen Bedingungen könnte ein stärkerer strategischer Einsatz des Gerichtsweges bei der Gleichstellung im Berufsleben in Deutschland sinnvoll sein? Hier ist ein Blick auf die Unterschiede zwischen den zwei Ländern sinnvoll: Beide Länder haben Geschlechterordnungen und –kulturen, also Leitbilder und Wohlfahrtssysteme, die sich in Bezug auf das ursprüngliche männliche Ernährermodell und eine starke Mutterideologie ähneln. In der Schweiz haben sich aber liberale Antidiskriminierungs-Logiken bei der beruflichen Gleichstellung viel stärker durchgesetzt als in Deutschland, wo der Schutz von Frauen und ihre spezielle Förderung lange Zeit im Vordergrund standen.<sup>45</sup>

44 Stutz, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Befragung der zuständigen Gerichte und statistische Grobauswertung der Gerichtsurteile, 2005, S. 27f.

45 v. Wahl, Gleichstellungsregime, 1999.

Im Ergebnis hat Deutschland im AGG viel schwächer ausgestaltete Ansprüche und Regelungen: es gibt keine explizite Lohnleichheitsregelung, es gibt keine Verbandsklage und keine Untersuchungsmaxime. Die Anforderungen an eine Glaubhaftmachung von Diskriminierung, die dann erst die Beweislast umkehrt, scheinen in Deutschland im Vergleich sehr hoch.

In der Schweiz sind öffentliche Arbeitsverhältnisse gesetzlich geregelt (wenn auch mit den Tarifpartnern verhandelt) und Gesamtarbeitsverträge haben deutlich weniger Vorschriften als deutsche Tarifverträge, u. a. geben sie keine betrieblichen Lohneinstufungen vor. In Deutschland sind Tarifverträge das wesentliche Instrument zur Regelung von Arbeitsbeziehungen und damit auch der Lohnstruktur. Somit liegt es auf der Hand, das Problem der Lohndiskriminierung über Tarifverträge zu lösen. Tarifverträge sind unmittelbar geltendes Recht zwischen den Vertragsparteien, und obwohl die Verträge gesetzeskonform sein müssen, waren Rechtsprechung und Lehrmeinung bisher allerdings sehr zurückhaltend, einzelne Regelungen als verfassungs- oder gesetzeswidrig zu bezeichnen. Gewerkschaften zögern, Verträge vor Gericht anzugreifen, die sie selbst mit ausgehandelt haben. Zwar gibt es Erfahrungen mit dem Gender Mainstreaming von Tarifverträgen mittels einer Neueinstufung von Arbeitsplätzen durch eine diskriminierungsfreie analytische Arbeitsplatzbewertung.<sup>46</sup> Doch die Umsetzung verlief ernüchternd, nicht nur wegen der Verzögerungen seitens der Arbeitgeber, sondern weil es auf Gewerkschaftsseite starke Interessen für die Besitzstandswahrung und damit für die höhere Einstufung männlicher Arbeitnehmer gab. Dies zeigt, dass die Sozialpartner mit ihren widerstreitenden Interessen systematisch mit der Aufgabe der Lohnleichheit zwischen den Geschlechtern überfordert sind. Lohnleichheit herzustellen ist eine genuin politische Aufgabe und der Staat kann die Durchsetzung von Grundrechten nicht an Sozialpartner delegieren, bei denen zu viele sich widersprechende materielle Interessen im Spiel sind. Tarifverhandlungen können Rechtsmobilisierung und Gesetzgebung nur ergänzen, nicht aber ersetzen.<sup>47</sup>

Es gibt durchaus Traditionen strategischer Prozessführung in Deutschland, etwa die vielen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in den 1980er und frühen 1990er Jahren, die mehrmals zur Verschärfung der gesetzlichen Bestimmungen bei Diskriminierung führten.<sup>48</sup> Bestimmte AnwältInnen

(durchaus im Sinne der *cause lawyers*, vgl. Interview D1) haben die Vorlagen der Gerichte aktiv in ihren Klageschriften gefordert. An diese Traditionen könnte angeknüpft werden. Gewerkschaften sind die wichtigsten Akteure, um Lohnleichheitsfälle vor Gericht zu bringen, doch werten sie diese Erfolge politisch kaum aus.

In der Vergangenheit dürfte das Potential von Prozessführung in Deutschland eher unterschätzt worden sein. Dies liegt auch an Informationsdefiziten zu interessanten Fällen innerhalb der Organisation, in deren Folge Gewerkschaften mögliche politische Implikationen von Gerichtsfällen übersehen können. Die Informationsdefizite ließen sich technisch beseitigen, notwendig wäre aber eine innerorganisationelle Thematisierung von Lohnleichheit zwischen den Geschlechtern bzw. der beruflichen Gleichstellung allgemein. Diese ist voraussetzungs- und langwierig und wird auch schwieriger zu bewerkstelligen sein als im wesentlich übersichtlicheren schweizerischen Kontext. Die Erosion der Tarifgebundenheit bei den Beschäftigungsverhältnissen könnte allerdings den Rechtsweg attraktiver machen. Schließlich bleiben politische Initiativen für eine bessere Rechtslage nötig. Die Mobilisierung eines Diskurses von Recht und Gesetz bleibt wesentlich für jede Errungenschaft in diesem Bereich, denn Gerechtigkeit und Rechtgleichheit bleiben die stärksten Begründungen für Lohnleichheit.

<sup>46</sup> Etwa in Anlehnung an Katz/Baitsch, Arbeit bewerten - Personal beurteilen, 2006. bei der Erarbeitung des TVÖD (Krell/Carl/Krehnke, Aufwertung von Frauentätigkeiten. Diskriminierungsfreie Bewertung von (Dienstleistungs-)Arbeit, 2001.

<sup>47</sup> Fuchs, *femina politica* 19 (2010), 102., Fuchs, Promising paths to pay equity: A comparison of the potentials of strategic litigati-

on, collective bargaining and anti-discrimination authorities in Switzerland, Germany and France., <http://ssrn.com/abstract=1664468> (Stand: 8. Februar 2011).

<sup>48</sup> Schiek, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, 149.