

Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten?

Eine ökonomisch-statistische Überprüfung von BGE 126 II 217

Inhaltsübersicht

I.	EINLEITUNG	2
II.	MARKT UND DISKRIMINIERUNG	4
1.	<i>Zum Begriff des Marktes</i>	4
2.	<i>Zum Begriff der Lohndiskriminierung</i>	4
3.	<i>Zum Verhältnis von Markt und Lohndiskriminierung</i>	5
III.	BEDINGUNGEN FÜR DIE BERÜCKSICHTIGUNG DES MARKTES	7
1.	<i>Zulassung nur bei existenzgefährdenden Ausnahmesituationen</i>	7
2.	<i>Checkliste für zu erbringende Nachweise</i>	8
IV.	DIE ARGUMENTE FÜR DIE BERÜCKSICHTIGUNG DES MARKTES.....	10
1.	<i>Die Argumentation des Kantonsgerichts St. Gallen</i>	10
2.	<i>Die Kurzgutachten zur Marktsituation</i>	13
3.	<i>Die Argumentation des Bundesgerichts</i>	15
V.	SYSTEMATISCHE WÜRDIGUNG DER ÖKONOMISCH-STATISTISCHEN SITUATION	16
1.	<i>Lohnsituation auf den Konkurrenzmärkten?</i>	16
2.	<i>Abwanderung von Arbeitskräften?</i>	20
3.	<i>Existenzielle Probleme durch Abwanderung von Arbeitskräften?</i>	22
4.	<i>Existenzielle Probleme bei Nachziehen des Lohngefüges?</i>	23
5.	<i>Nachweise nicht erbracht</i>	24
VI.	FOLGERUNGEN	26

Angaben zu den AutorInnen

Dr. ès sc. éc. Tobias Bauer, Büro BASS, Bern

lic. rer. pol. Silvia Strub, Büro BASS, Bern

I. Einleitung

„Der Markt kann eine Lohndifferenz rechtfertigen“ stellte das Kantonsgericht St. Gallen in einem Entscheid vom 27. September 1999 fest (Urteil 3ZK.1994.27, S. 49). Das Gericht befand, dass eine Differenz von rund 10 Prozent des Lohnes der klagenden Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege im Vergleich zu den gewerblichen Berufsschullehrern alleine durch unterschiedliche Marktverhältnisse begründet werden könne.¹ Dieses Urteil wurde durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 15. Mai 2000 geschützt (BGE 126 II 217). Das Bundesgericht hält fest, dass die Berücksichtigung von Marktmechanismen bei der Ausgestaltung eines Entlöhnungssystems nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei. Die Begründung des Kantonsgerichts, wonach „der Kanton den Berufsschullehrern Bedingungen anbieten muss, die attraktiv genug sind, damit diese auf Karrierechancen mit der entsprechenden Entlohnung in der Privatwirtschaft verzichten“, sei gerechtfertigt (BGE 126 II 217, S. 226).

Kann der Markt wirklich eine Lohndifferenz rechtfertigen? Dieser Frage gehen wir im vorliegenden Aufsatz aus ökonomischer Sicht nach. Dazu klären wir in einem ersten Schritt (Abschnitt II) die Begriffe des Marktes und der Lohndiskriminierung und zeigen, dass die realen Arbeitsmärkte untrennbar mit Lohndiskriminierung verbunden sind. In der Folge ist eine Rechtfertigung von Lohnungleichheit durch den Markt grundsätzlich abzulehnen, da sonst das Lohngleichheitsgebot ausgehebelt wird, indem Lohnungleichheit durch Lohnungleichheit erklärt wird. Mithin kann eine unterschiedliche Entlohnung gleichwertiger Arbeit infolge von unterschiedlichen Marktverhältnissen nur unter ganz besonderen Umständen vorübergehend zulässig sein. Diesen notwendigen Bedingungen gehen wir in Abschnitt III eingehender nach. Zu den grundlegenden (und noch keineswegs hinreichenden) Bedingungen gehört dabei auch, dass die unterschiedlichen Marktverhältnisse statistisch klar belegt werden müssen. In Abschnitt IV legen wir die vom Kantonsgericht St. Gallen und dem Bundesgericht vertretenen Argumente für die Berücksichtigung des Marktes dar. Schliesslich würdigen wir die ökonomischen

¹ Für die unterste Einstufung nach Absolvierung der Ausbildung machte die gesamte Lohndifferenz zwischen den vorwiegend männlichen Lehrkräften an Berufsschulen und den vorwiegend weiblichen Lehrkräften für (psychiatrische) Krankenpflege im Jahr 1990 acht Lohnklassen aus (Klasse 16 bzw. 24). Das Kantonsgericht rechtfertigte diese Differenz mit drei Faktoren. Eine Differenz von rund 3 Lohnklassen sei auf einen unterschiedlichen Arbeitswert zurückzuführen. Die Differenz von weiteren 2.5 Lohnklassen sei durch die Unterschiede im Zusammenhang mit den Ausbildungskosten und –lehrgängen zu rechtfertigen. Die verbleibende Differenz von 2.5 Lohnklassen schliesslich wird durch unterschiedliche Marktverhältnisse begründet. Die 2.5 Lohnklassen entsprechen einem jährlichen Betrag von 5000 bis 6700 Franken. Dies macht bezogen auf den Jahreslohn der Klägerin von 61'760.40 Franken zwischen 8 und 10.8 Prozent aus (Urteil 3ZK.1994.27, S. 53).

misch-statistische Situation in Abschnitt V gemäss den in Abschnitt III entwickelten Bedingungen. Dabei zeigen wir auf, dass keinerlei statistische Untermauerung von besonderen Marktverhältnissen erfolgte. Die Entscheide des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts werden durch die Fakten nicht gestützt. Im abschliessenden Abschnitt VI fassen wir die wichtigsten Folgerungen zusammen.

Wir beschränken uns in unseren Beitrag bewusst auf das Marktargument, lassen alle anderen Aspekte von BGE 126 II 217 unberücksichtigt und verweisen in diesem Zusammenhang auf den Beitrag von Gabriella Matefi in diesem Heft.

II. Markt und Diskriminierung

1. Zum Begriff des Marktes

Unter einem Markt ist grundsätzlich das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage bei freier Preisbildung zu verstehen. Im vorliegenden Fall interessiert der Arbeitsmarkt, das heisst der Markt für das Gut „Arbeit“. Die vorherrschende neoklassische ökonomische Theorie geht davon aus, dass der Lohn (d.h. der Preis des Gutes „Arbeit“) bei einem freien Spiel der Marktkräfte gleich dem Wert des Grenzprodukts der Arbeit ist. Gleich produktive Arbeit wird in der Folge gleich entlohnt. Weil gleichwertige Arbeit üblicherweise auch gleich produktive Arbeit bedeutet, wird die Lohngleichheit zwangsläufig eingehalten.

In der Modellwelt der ökonomischen Theorie gelten allerdings stark vereinfachende Annahmen. Alle Teilnehmenden sind vollständig über die Marktverhältnisse informiert (Transparenz), das gehandelte Gut ist beliebig austauschbar (homogen) und es bestehen keine Machtassymetrien (Marktmacht). Gerade der Arbeitsmarkt erfüllt die Bedingungen für das lehrbuchmässige Funktionieren aber in keiner Art und Weise. Die Arbeit ist keineswegs ein homogenes Gut, der Arbeitsmarkt ist mannigfach segmentiert, und die Transparenz über Löhne und Arbeitsbedingungen ist gering. Es bestehen vielfältige Regulierungen, was insbesondere auch damit zusammenhängt, dass Arbeitsverträge meistens langfristige Verträge sind und das Lohn Einkommen für den grössten Teil der Bevölkerung das Haupteinkommen darstellt. Alle diese Faktoren tragen dazu bei, dass vielfältige gesellschaftliche Wertungen in die Lohnbildung mit einfließen.²

2. Zum Begriff der Lohndiskriminierung

Lohndiskriminierung im engeren Sinn liegt vor, wenn für gleichwertige Arbeit ungleicher Lohn bezahlt wird.³ Die Gleichwertigkeit kann an unterschiedlichen Grössen gemessen wer-

² Generell ist festzustellen, dass das Angebot von und die Nachfrage nach Arbeit unter anderem durch die Präferenzen der Anbietenden und Nachfragenden bestimmt werden. In diesen Präferenzen manifestieren sich gesellschaftliche Wertungen, die zur Diskriminierung von Frauen führen können. Von besonderer Bedeutung sind gesellschaftliche Rollenbilder bei der Aufteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit zwischen den Geschlechtern. Beispielsweise finden 60 Prozent der Männer und 48 Prozent der Frauen in der Schweiz, ein vorschulpflichtiges Kind leide, wenn die Mutter erwerbstätig ist (BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Mikrozensus Familie in der Schweiz 1994/95, Bern 1998, S. 148f.). Solche Vorurteile reproduzieren sich natürlich auch bei betrieblichen Entscheiden über Anstellung, Entlohnung und Beförderung.

³ Neben der Lohndiskriminierung im engeren Sinn führt auch die Beschäftigungsdiskriminierung (ungleiche Stelle bei gleichwertiger Qualifikation) zu Lohnungleichheiten.

den. In vielen Gerichtsfällen (und auch in BGE 126 II 217) wird insbesondere auf die mit Arbeitsplatzbewertungen ermittelte Gleichwertigkeit der Anforderungen abgestellt. Ökonomische Analysen wählen einen anderen Ansatz, der aber im Allgemeinen zu vergleichbaren Ergebnissen führt. Zur Ermittlung der Lohndiskriminierung berechnen sie, wie stark die Löhne zwischen Männern und Frauen bei gleichwertigen Qualifikationen (Ausstattung mit „Humankapital“) differieren. Dahinter steht die empirisch fundierte Erkenntnis, dass die Produktivität im Durchschnitt durch das Humankapital gut angenähert wird.⁴ Als Indikatoren für das Humankapital dienen im allgemeinen die Dauer der Ausbildung, die Dauer der Erwerbstätigkeit und die Dauer der Betriebszugehörigkeit.

Im Durchschnitt verdienen die Frauen in der Schweiz bei gleicher Arbeitszeit immer noch rund 22 Prozent weniger als die Männer.⁵ Verschiedene ökonomisch-statistische Analysen⁶ belegen, dass diese Lohndifferenz nur zum kleineren Teil durch die unterschiedliche Ausstattung mit Humankapital erklärt werden kann und zum grösseren Teil auf diskriminierende Faktoren zurückgeht. Eine Auswertung der repräsentativen Lohnerhebungen, welche das Bundesamt für Statistik 1994 und 1996 durchführte, ergibt beispielsweise einen diskriminierungsbedingten Anteil an der Lohndifferenz von rund 60 Prozent.⁷

3. Zum Verhältnis von Markt und Lohndiskriminierung

Die erwähnte Auswertung zeigt auch, dass die Diskriminierung im öffentlichen Sektor geringer ist als in der Privatwirtschaft. In der Privatwirtschaft wurde eine Lohndifferenz von 26 Prozent festgestellt, wovon 58 Prozent diskriminierungsbedingt sind. Im öffentlichen Sektor macht die Lohndifferenz 15 Prozent aus, wovon 27 Prozent auf Diskriminierung zurückge-

⁴ In vergleichbarer Weise wird bei der durch Arbeitsplatzbewertungen ermittelten Gleichwertigkeit der Anforderungen die Produktivität vergleichbar ausfallen.

⁵ BUNDESAMT FÜR STATISTIK: Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 1998, Neuchâtel 2000, S. 18.

⁶ YVES FLÜCKIGER / ZEBBA AHMAD / JACQUES SILBER, Analyse économique des causes des inégalités salariales entre hommes et femmes en Suisse, rapport scientifique final PNR35 (mimeo), Genève 1996; DOROTHÉ BONJOUR, Lohndiskriminierung in der Schweiz, Bern 1997; FRED HENNEBERGER / ALFONSO SOUSA-POZA, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in der Schweiz, FAA Diskussionspapier Nr. 52, St. Gallen 1998; TOBIAS BAUER, Die Familienfalle, Chur/Zürich 2000; YVES FLÜCKIGER, JOSÉ RAMIREZ, Analyse comparative des salaires entre les hommes et les femmes sur la base de la LSE 1994 et 1996, Genève 2000; vgl. auch Überblick bei TOBIAS BAUER, Die Auswirkungen des Gleichstellungsgesetzes auf die Durchsetzung der Lohngleichheit, Referat an der Tagung des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse vom 17.1.1999 in Luzern.

⁷ EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN EBG / BUNDESAMT FÜR STATISTIK BFS (HRSG.): Auf dem Weg zur Lohngleichheit? Bern/Neuenburg 2000, S. 20 (es handelt sich um eine Kurzfassung der Studie von FLÜCKIGER / RAMIREZ, FN 6).

führt werden.⁸ Eine noch viel deutlichere Differenz zwischen öffentlichem und privatem Sektor ergab sich in einer US-Studie für eine Berufsgruppe, welche im vorliegenden Zusammenhang von einigem Interesse ist. Demgemäss erhalten Schulleiterinnen an öffentlichen Schulen im Durchschnitt 6 Prozent weniger Lohn als ihre männlichen Kollegen, während die Differenz an privaten Schulen 33 Prozent beträgt.⁹ Der öffentliche Sektor ist also keineswegs vor Diskriminierung gefeit. Das Ausmass der Diskriminierung ist in der privaten Wirtschaft im Allgemeinen aber deutlich höher.

Weil es auf dem Arbeitsmarkt Diskriminierung gibt und weil der freie Markt vor Diskriminierung nicht schützt, wurde mit dem Gleichstellungsartikel der Bundesverfassung und dem Gleichstellungsgesetz der Anspruch auf gleichen Lohn bei gleichwertiger Arbeit festgeschrieben. Wenn der Arbeitsmarkt nun als Rechtfertigung für Lohnungleichheit zugelassen wird, kann die Lohnungleichheit innerhalb eines Unternehmens mit der Lohndiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt begründet werden. Es resultiert ein Zirkelschluss: Frauen verdienen zu Recht weniger, weil sie weniger verdienen. Damit wird das Postulat der Lohngleichheit ausgehebelt und die Absicht des Gesetzgebers unterlaufen.

⁸ EBG / BFS (FN 7), S. 20.

⁹ LOIS JOY, Do Markets Discriminate? Comparing the Male-Female Wage Gap of US Public and Private School Principals, in: SIV S. GUSTAFSSON / DANIELE E. MEULDERS (eds.), Gender and the Labour Market, London 2000.

III. Bedingungen für die Berücksichtigung des Marktes

Wie die Diskussion in Abschnitt II zeigte, ist eine Rechtfertigung von Lohnungleichheit durch den Markt grundsätzlich abzulehnen, wenn das Postulat der Lohngleichheit ernst genommen wird. Im folgenden versuchen wir, die besonderen Situationen, in denen von diesem Grundsatz allfällig abgewichen werden kann, eingehender zu erfassen. Insbesondere fragen wir dabei nach den Begründungen, die zum Nachweis einer solchen Situation zu erbringen sind.

1. Zulassung nur bei existenzgefährdenden Ausnahmesituationen

Nur in ganz eng umschriebenen Ausnahmefällen darf von der gleichen Entlohnung gleichwertiger Arbeit in einer Unternehmung (oder auch öffentlichen Verwaltung) abgewichen werden. Diese Einschätzung über den absoluten Ausnahmecharakter von marktbedingten Lohnkorrekturen steht im übrigen in Einklang mit dem Zusatzgutachten, welches das Kantonsgericht St. Gallen zum Thema Markt einholte (vgl. die Ausführungen unter Abschnitt IV.1.)

Eine pauschale Begründung, wonach der Markt eine Anhebung des Lohnes für eine einzelne Beschäftigtengruppe erfordere, kann somit keineswegs genügen. Die Unternehmung oder Verwaltung muss zuerst den Ausnahmecharakter belegen. Sie muss sodann nachweisen, dass sie ohne das Anheben der Löhne die entsprechenden Stellen nicht besetzen könnte und in der Folge in existenzielle Schwierigkeiten geraten würde. Schliesslich muss sie ebenfalls belegen, dass sie bei einem entsprechenden Nachziehen ihres gesamten Lohngefüges wiederum in existenzielle Schwierigkeiten käme.

Solche Ausnahmesituationen dürften in der Realität äusserst selten vorkommen. Denkbar ist beispielsweise, dass eine öffentliche Verwaltung existenziell auf eine kleine Gruppe von Informatikfachkräften angewiesen ist. Diese kann sie nur mit deutlich höheren Löhnen gewinnen, als sie dem auf Arbeitsplatzbewertung beruhenden Lohngefüge entsprechen würden. Ein Nachziehen des gesamten Lohngefüges würde die gesamten Lohnkosten der Körperschaft so stark erhöhen, dass die Steuerzahler/innen in unzumutbarer Weise mehr belastet würden.

In einem solchen Fall ist der besonderen Marktsituation mit einem speziellen Lohnzuschlag Rechnung zu tragen. Dieser ist unbedingt getrennt vom Grundlohn auszuweisen, um einerseits die Transparenz zu gewährleisten und andererseits eine rasche Korrektur zu ermöglichen, wenn sich die Situation geändert hat. Ob die einen solchen Lohnzuschlag begründenden Ausnahmebedingungen nach wie vor zutreffen, muss mindestens jährlich überprüft werden. Dabei dürfte sich im Allgemeinen zeigen, dass die Ausnahmesituation von kurzer zeitlicher

Dauer ist, insbesondere wenn es sich um konjunkturell geprägte Phänomene handelt. Bei einer Integration des Marktzuschlags in den Grundlohn ist kaum zu vermeiden, dass der Zuschlag nicht mehr als solcher erkannt wird und auch bestehen bleibt, nachdem sich die Verhältnisse wieder geändert haben. In der Folge bleibt er als langfristige Diskriminierung bestehen.

2. Checkliste für zu erbringende Nachweise

Welche Anforderungen sind nun an eine Unternehmung oder öffentliche Verwaltung zu stellen, wenn sie aus Gründen der Marktkonstellation vom Prinzip des gleichen Lohnes für gleichwertige Arbeit abweichen will? Aus ökonomischer Sicht sind vier Nachweise kumulativ zu erbringen, damit für eine bestimmte Beschäftigtengruppe ein vorübergehender Marktzuschlag gerechtfertigt werden kann.

■ *Höhere Löhne auf dem Konkurrenzmarkt.* Für die entsprechende Beschäftigtengruppe werden auf dem Markt im Durchschnitt höhere Löhne bezahlt. Um dies zu überprüfen, sind zum einen umfassende Lohnangaben aus der fraglichen Unternehmung oder Verwaltung für diese Beschäftigtengruppe nötig. Zum anderen muss der Konkurrenzmarkt definiert werden und es müssen repräsentative Lohnangaben aus diesem Konkurrenzmarkt beschafft werden. Fehlen solche Angaben, kann die Existenz eines potenziellen Konkurrenzmarktes nicht belegt werden - die Unternehmung oder Verwaltung stützt ihre Lohnpolitik in diesem Fall nur auf unstatthafte Vermutungen und Behauptungen.

■ *Tatsächliche Abwanderung.* Die Lohnverhältnisse führen effektiv zu einer Abwanderung von Arbeitskräften. Dazu müssen insbesondere die Fluktuationen der letzten Jahre (Bestand, Zugänge und Abgänge) umfassend dokumentiert werden. Es ist sehr gut möglich, dass es trotz höheren Löhnen ausserhalb der Verwaltung keineswegs zu einer Abwanderung kommt. Dies kann insbesondere durch weitere Arbeitsbedingungen erklärt werden. Beispielsweise kann möglicherweise ein tieferer Lohn durch höhere Arbeitsplatzsicherheit, geringeren Stress oder höheren sozialen Status kompensiert werden.

■ *Existenzielle Schwierigkeiten durch Abwanderung.* Die Unternehmung oder Verwaltung gerät durch die Abwanderung der Arbeitskräfte in existenzielle Schwierigkeiten. Dabei sind nicht nur die Folgen einer Unterbesetzung darzulegen, sondern es ist auch nachzuweisen, dass alle alternativen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden (wie beispielsweise eine Besetzung der entsprechenden Stellen durch interne Weiterbildung).

■ *Existenzielle Schwierigkeiten durch allgemeine Lohnanhebung.* Bei einem entsprechenden Anheben des gesamten Lohngefüges würde die Unternehmung oder Verwaltung in existenzielle Schwierigkeiten geraten. Um dies nachzuweisen, sind die finanziellen Konsequenzen eines solchen Schrittes klar darzulegen.

Die Thematik einer solchen Überprüfung von Lohn- und Marktverhältnissen ist für die Schweiz relativ neu. In diesem Zusammenhang zeigen BGE 126 II 217 sowie andere einzelne Beispiele, dass die Gerichte in der Schweiz eher zurückhaltend sind, wenn es darum geht, von beklagten Unternehmen statistische Belege für ihre Argumentationen zu verlangen.¹⁰ Zudem wird die statistische Situation kaum systematisch erfasst und auf das Einholen entsprechender Gutachten wird im Allgemeinen verzichtet. Am vorliegenden Beispiel von BGE 126 II 217 lässt sich aber belegen, dass durchaus verschiedene statistische Quellen für eine empirische Überprüfung der Faktenlage nutzbar gemacht werden können.

¹⁰ Vgl. beispielsweise SABINE STEIGER-SACKMANN, Lohngleichheitsklage im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 1/97, S. 1432-1437. Im dargelegten Fall duldet es das Gericht beispielsweise, dass wesentliche Dossiers der Beklagten als nicht mehr auffindbar bezeichnet und grundlegende Angaben nur lückenhaft beigebracht wurden.

IV. Die Argumente für die Berücksichtigung des Marktes

Im folgenden stellen wir dar, welche Argumente von Seiten des Kantonsgerichts St. Gallen und des Bundesgerichts in BGE 126 II 217 für die Berücksichtigung des Marktes angeführt werden.

1. Die Argumentation des Kantonsgerichts St. Gallen

Nachdem sich das Bezirksgericht St. Gallen bei seinem Urteil auf ein Gutachten zur Arbeitsbewertung von Prof. Christoph Baitsch gestützt hatte, holte das Kantonsgericht St. Gallen als Berufungsinstanz bei Unternehmensberater Dr. Fritz Schaeren ein zweites Gutachten zur Arbeitsbewertung ein.¹¹ Der Gutachter stellt abschliessend (in wenigen Sätzen) fest, dass das „Gut Lehrer“ im Gesundheitswesen und im gewerblich-industriellen Bereich unterschiedlich knapp sei. Das Kernproblem des Vergleichs der Gleichwertigkeit liege darin, dass „die Gewinnung von Lehrkräften für Berufsschulen (insbesondere im gewerblich-industriellen Bereich), wegen der geforderten Qualifikationen vor allem Kaderleute ansprechen muss, die Karriere-/Verdienstalternativen zum Lehrberuf haben. Mit anderen Worten: Für Lehrkräfte im gewerblich-industriellen Bereich müssen Gehälter bezahlt werden, die angehende Karrierechancen zumindest teilweise kompensieren.“ (Urteil 3ZK.1994.27, S. 40f.). Eine solche „Karierekompensation“ sei bei den Lehrkräften für Krankenpflege¹² nicht – oder zumindest weit weniger – gegeben.

Das Kantonsgericht stellt in seinem Urteil fest, dass eine genaue Erfassung und Quantifizierung des Markteinflusses eine eigentliche, breit angelegte volkswirtschaftliche Untersuchung erfordern würde. Ohne jede weitere Begründung behauptet es, dass solches „den Rahmen jedes Verfahrens sprengen“ würde (Urteil 3ZK.1994.27, S. 50). Diese Aussage hält einer kritischen Überprüfung nicht stand. Zum einen müsste der beklagte Kanton St. Gallen die entsprechenden Angaben weitestgehend beibringen können (sofern er ein einigermaßen systematisches Personalwesen unterhält), zum anderen wäre es für ökonomisch-statistische Fach-

¹¹ FRITZ SCHAEREN, Gutachten zuhanden der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom 10.10.1997.

¹² Bei den gerichtlichen Erwägungen wurde jeweils nicht zwischen Lehrkräften für Krankenpflege generell und für psychiatrische Krankenpflege im besonderen unterschieden (beispielsweise wurde das Kurzgutachten zur Marktsituation vom Kantonsgericht St. Gallen explizit für die Lehrkräfte für Gesundheitsberufe generell verlangt). Wir sprechen deshalb im folgenden generell von Lehrkräften für Krankenpflege.

leute in jedem Fall möglich, in begrenztem zeitlichem und finanziellem Rahmen die entsprechenden Marktgegebenheiten zu erfassen und zu quantifizieren.

Das Kantonsgericht holte in einem ersten Schritt bei Gutachter Schaeren ein Zusatzgutachten zum Thema Markt ein.¹³ Zur Situation 1991 stellt das Zusatzgutachten fest, dass die Konjunktur zu jenem Zeitpunkt auf dem höchsten Stand war, sich die nachfolgende negative Wirtschaftsentwicklung in Umrissen aber bereits abzeichnete. Im Bereich der Berufsschul-Lehrkräfte „dürfte es daher relativ schwierig gewesen sein, offene Stellen mit fachlich guten Kräften zu besetzen – umsomehr, als geeignete Bewerbende sich nicht nur über Kompetenzen im jeweiligen Fach sowie entsprechende Erfahrungen ausweisen mussten, sondern auch über das Vorliegen didaktisch-methodischer und kommunikativer Fähigkeiten.“¹⁴ Für die Krankenpflege-Lehrkräfte hätten zwar „ähnliche Charakteristika bezüglich des Anforderungsprofils“ gegolten. Unter dem Aspekt Markt sei jedoch von Bedeutung, dass der Praxisbezug bei den Lehrkräften der Krankenpflege wegen der Integration in den Bereich der Pflege an einem Spital gut gewährleistet gewesen sei. Bei den Berufsschul-Lehrkräften hätten „eindeutig schwierigere Verhältnisse“ geherrscht, was sich auch auf die Beschaffungssituation entsprechend auswirken konnte.

Die eher unklaren Ausführungen halten einer genaueren ökonomischen Analyse nicht Stand. Falls die Rekrutierung von Berufsschul-Lehrkräften deshalb schwieriger ist, weil praktische und didaktische Fähigkeiten bei der Ausbildung schlechter geschult werden als bei den Krankenpflege-Lehrkräften, so mag dies ein Grund sein, die Ausbildung und Weiterbildung der Berufsschul-Lehrkräfte entsprechend zu verbessern. Dass die offensichtlich besser ausgebildeten Lehrkräfte in der Krankenpflege deshalb schlechter bezahlt werden sollten, ist aber geradezu widersinnig.¹⁵ Im übrigen spricht sich das Zusatzgutachten für eine restriktive Anwendung des Marktargumentes auf Ausnahmefälle aus: „Mangelberufe bzw. –qualifikationen erhalten u.U. ‚Zuschläge‘ auf die ihnen gemäss Arbeitsbewertung und Leistungsbeurteilung zustehenden Gehälter. Stets sollte es sich aber um eine kontrollierte und bewusste Behand-

¹³ FRITZ SCHAEREN, Einige Bemerkungen zum Thema „Markt“, Zusatzgutachten zuhanden des Kantonsgerichts St. Gallen, Moenchaltorf, Juni 1998.

¹⁴ SCHAEREN (FN 13), S. 6.

¹⁵ In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass gerade der vermehrte Praxisbezug den Lehrkräften in der Krankenpflege bei der von Gutachter Schaeren angewendeten Vereinfachten Funktionsanalyse zum Nachteil gereicht, weil der theoretische Unterricht höher bewertet wird als der klinische Unterricht.

lung von Ausnahmefällen handeln, die dann nach Wegfall der erschwerenden Rahmenbedingungen wieder zum Normalfall gemacht werden sollen.“¹⁶

Gemäss der Empfehlung von Gutachter Schaeren holte das Kantonsgericht St. Gallen in der Folge bei zwei Fachleuten aus den entsprechenden Bereichen Kurzgutachten dazu ein, welche Marktsituation im Zeitraum von 1.1.1990 bis 30.6.1992 geherrscht hatte.¹⁷ Dabei wurde auf Personen in anderen Kantonen zurückgegriffen, um Interessenkollisionen zu vermeiden. Wiederum ohne jeden empirischen Beleg konstatiert das Gericht in seinem Urteil, dass die Problemstellung „in allen Kantonen die gleiche“ sei (Urteil 3ZK.1994.27, S. 50).

Die Kurzgutachten zeigen nach Einschätzung des Kantonsgerichts, dass „im Gesundheitswesen praktisch kein Markt besteht. Branchenextern bestünden kaum Möglichkeiten, branchenintern sei es eigentlich nur der Wechsel in einen andern Kanton. Die Mobilität sei aber gering. Bei den Berufen im gewerblich-industriellen Bereich bestand dagegen im fraglichen Zeitraum vor allem ein Sog aus der Privatwirtschaft bei den Berufsleuten mit HTL-Abschlüssen. Während somit im einen Bereich wegen der fehlenden Konkurrenzsituation kein Druck bestand, Löhne nach oben anzupassen, erschien es andererseits notwendig, mit dem Lohnniveau in der Marktwirtschaft zu konkurrieren.“ (Urteil 3ZK.1994.27, S. 51). Mit keinem Wort geht das Kantonsgericht auf den Umstand ein, dass die beiden Kurzgutachten mehr oder weniger auf Behauptungen beruhen und keine statistische Evidenz beibringen. Obwohl verschiedene der gestellten Fragen in den Kurzgutachten nicht beantwortet werden konnten (und in Einzelfällen falsch verstanden wurden, vgl. FN 20), verzichtete das Kantonsgericht auf klärende Rückfragen oder das Einholen umfassenderer Gutachten. Ebenfalls übergeht das Kantonsgericht die einschränkenden oder auf alternative Massnahmen verweisenden Aussagen der Kurzgutachten weitestgehend. Beispielweise führt das Gutachten zu den Berufsschulen an, welche Massnahmen zur Rekrutierung von Lehrkräften in Zürich ergriffen wurden.¹⁸ Dem beklagten Kanton St. Gallen wurde die Frage nicht gestellt, wieweit er zu solchen Massnahmen gegriffen habe.

¹⁶ SCHAEREN (FN 13), S. 6.

¹⁷ EMIL WETTSTEIN, Brief an das Kantonsgericht St. Gallen vom 18. September 1998 (Kurzgutachten zu den Marktverhältnissen für Berufsschul-Lehrkräfte im gewerblich-industriellen Bereich), WALTER BURRI, Brief an das Kantonsgericht St. Gallen vom 26. Oktober 1998 (Kurzgutachten zu den Marktverhältnissen für Krankenpflege-Lehrkräfte).

¹⁸ WETTSTEIN (FN 17).

2. Die Kurzgutachten zur Marktsituation

Das Kurzgutachten zum gewerblich-industriellen Bereich wurde beim freischaffenden Berufsbildungsexperten Dr. Emil Wettstein in Zürich eingeholt.¹⁹ Dessen Gutachten vom 18.9.1998 macht - inklusive Briefkopf, Adresse und Grussformel - knapp zwei Seiten aus. Wettstein stellt fest, dass eine „Konkurrenzsituation vor allem im Bereich Elektrotechnik, Elektronik, Informatik und in abgeschwächter Form bei anderen Ingenieurberufen“ bestand. Es sei damals „sehr schwierig gewesen, genügend Interessenten für eine Lehrtätigkeit zu finden“. Es seien in diesem Zusammenhang zwei Massnahmen ergriffen worden. Einerseits sei der Ermessensspielraum bei der Berücksichtigung von Ausbildung und Erfahrung im Zusammenhang mit der Einstufung innerhalb der Lohnskala ausgeschöpft worden. Andererseits seien Erleichterungen bei der Vorbereitung auf die Lehrtätigkeit geschaffen worden (spezieller berufsbegleitender Kurs). Welche Löhne im fraglichen Zeitpunkt in Konkurrenzbereichen bezahlt wurden, kann der Gutachter nicht sagen.²⁰ Auf die Frage, „inwiefern die Abgeltung von Karriere und Verdienstchancen in diesen Konkurrenzbereichen (künftige Entwicklung)“ eine Rolle spielte, stellt Wettstein fest, er können sich nicht daran erinnern, „dass diesbezügliche Diskussionen geführt wurden“. Schliesslich weist er darauf hin, dass die Löhne der Berufsschullehrer im Vergleich zu den im Gewerbe üblichen Löhnen, beispielsweise bei Coiffeuren, Bäckern und Automechanikern „immer noch denjenigen von Betriebsinhabern in sehr guter Situation“ entsprechen. Zu dieser Einschätzung ist anzumerken, dass solche Betriebsinhaber zudem ein unternehmerisches Risiko tragen, welches bei den Lehrkräften wegfällt. Unter Berücksichtigung dieses Aspekts sind die Löhne der entsprechenden Lehrkräfte also als deutlich über den Marktlöhnen liegend einzustufen.

Das Kurzgutachten zur Situation von Lehrerinnen in der Krankenpflege vom 26.10.1998 wurde von Walter Burri, Direktor des Kantonsspitals Luzern, erstellt.²¹ Es umfasst zweieinhalb Seiten. Mehrfach weist Burri darauf hin, dass sich die Aussagen auf den Kanton Luzern beziehen, der „vergleichsweise gute Löhne“ bezahle. Dass die Löhne des Kantons Luzern deutlich über den Löhnen im Kanton St. Gallen liegen, zeigt auch der Vergleich mit dem

¹⁹ WETTSTEIN (FN 17).

²⁰ Auf die Frage nach den Löhnen in den Konkurrenzbereichen stellt der Gutachter fest, er wisse die damaligen Eintrittsgehälter nicht auswendig und könne sie „auch nicht mit kleinem Aufwand feststellen“. Sie könnten jedoch „beim Mittelschul- und Berufsbildungsamt, Abt. Berufsschulen, 8090 Zürich“ erfragt werden. Offensichtlich hat der Gutachter die Frage missverstanden und gemeint, es werde nach den Einstiegslohnen der Berufsschul-Lehrkräfte gefragt.

²¹ BURRI (FN 17).

Lohn der Klägerin. Mit mehreren Jahren Berufserfahrung verdiente sie in ihrer Zusatzfunktion als Programmleiterin jährlich 61'760.40 Franken, was unter dem Einstiegslohn einer Lehrerin für Krankenpflege ohne Berufserfahrung im Kanton Luzern von 62'096 Franken liegt. Das Gutachten stellt fest, dass der Stellenmarkt „sehr eng“ sei. Zusätzliche finanzielle Anreize würden aber an dieser Situation kaum etwas ändern. Dies zum einen, weil der Kanton Luzern schon vergleichsweise gute Löhne zahle, zum andern sei das Motiv der wenigen stellensuchenden Lehrerinnen selten finanzieller Art als vielmehr in einem Wohnortwechsel des Partners, einer fachlich interessanteren Stelle, einer Unzufriedenheit mit der jetzigen Stelle oder persönlichen Beziehungen zu einer anderen Schule bedingt. Da sich Lehrerinnen in der Regel erst nach einigen Jahren Berufserfahrung in einem Pflegeberuf und einigen Jahren Erfahrung als Unterrichtsassistentin zur Lehrerin ausbilden können, würden sie ein vergleichsweise hohes Durchschnittsalter (im Kantonsspital Luzern rund 44 Jahre gegenüber rund 34 Jahren in der Krankenpflege) aufweisen und seien deshalb oft aus familiären oder gesellschaftlichen Gründen an ihren Arbeitsort gebunden. Krankenpflegelehrerinnen könnten in den angestammten Gesundheitsberuf zurückkehren oder in den Bereich von allgemeiner oder sozialer Erwachsenenbildung oder in eine staatliche Organisation (z.B. Sozialdienst) wechseln. Dies komme „vereinzelt“ vor, das Stellenangebot sei aber gering.

Zusammenfassend ist zu den beiden Kurzgutachten folgendes festzustellen:

- Beide Gutachten beruhen letztlich auf behauptenden Aussagen ohne jede statistische Evidenz. Weder gibt es Zahlen zu den Löhnen in den Vergleichsmärkten, noch Angaben zu Fluktuationsraten bei den betroffenen Lehrberufen.
- In beiden Gutachten können verschiedene der gestellten Fragen nicht beantwortet werden.
- Die Aussagen beruhen auf sehr allgemeinen Überlegungen, welche nur einzelne Bereiche betreffen und keinen systematischen Vergleich zwischen den beiden Lehrbereichen zulassen. Beispielsweise gibt das Gutachten Burri das Durchschnittsalter bei den Krankenpflegelehrerinnen an, im Gutachten Wettstein fehlt eine vergleichbare Angabe.
- Die Gutachten beziehen sich auf die Situation in den Kantonen der Gutachter, zum Teil wird explizit darauf verwiesen, dass die Situation nicht repräsentativ für andere Kantone sei (beispielsweise sind die Löhne für die Krankenpflege-Lehrkräfte im Kanton Luzern überdurchschnittlich hoch).

3. Die Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stützt sich in seinem Urteil durchgehend auf die Interpretation der Gutachten durch das Kantonsgericht St. Gallen. Auf das völlige Ungenügen der ökonomisch-statistischen Grundlagen geht es nicht ein.

Von besonderem Interesse ist die Einschätzung des Bundesgerichts, dass die teilweise Ausrichtung auf den Markt als (notwendige) Ausnahme im Entlöhnungsraster zu betrachten sei. Dieses Argument wird aber nicht eingesetzt, um einen entsprechenden Lohnzuschlag personell und zeitlich klar zu beschränken. Vielmehr dient es lediglich als Begründung, dass der Kanton keine Pflicht habe, „mit der Entlöhnung von Berufsgruppen, die nicht in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft stehen“ (womit die Lehrkräfte in der Krankenpflege gemeint sind) nachzuziehen (BGE 126 II 217, S. 226). Diesem Argument wird das Bundesgericht aber einige Zeilen weiter unten wieder untreu, indem es kein Problem darin sieht, dass für die Lehrkräfte in gewerblichen Berufen (Coiffeure, Bäcker, Automechaniker) die Löhne ebenfalls angehoben wurden, obwohl deren Löhne gemäss dem Kurzgutachten Wettstein klar über den Löhnen in der Privatwirtschaft liegen. Das Bundesgericht stellt fest, dass den Kantonen „eine gewisse Pauschalisierung im Sinne einer Gleichbehandlung aller Fachkundelehrer nicht verwehrt“ sei (BGE 126 II 217, S. 227). Warum diese „gewisse Pauschalisierung“ nicht auch auf die Fachkunde-Lehrkräfte im Gesundheitswesen anzuwenden sei, wird nicht weiter begründet, obwohl die Gruppe der Lehrkräfte in der Krankenpflege kleiner ist als die Gruppe der Lehrkräfte in den gewerblichen Berufen (vgl. Abschnitt V.2.).

V. Systematische Würdigung der ökonomisch-statistischen Situation

Im folgenden würdigen wir die ökonomisch-statistische Situation entsprechend den vier Schritten, welche wir in Abschnitt II.2. dargelegt haben. Wir stützen uns zum einen auf die Angaben, die den Gerichten vorlagen (insbesondere die zwei Kurzgutachten zur Marktsituation). Zum anderen ziehen wir weitere statistische Quellen bei. Im Rahmen unserer Aufarbeitung war es nicht möglich, diese Quellen umfassend auszuwerten. Verschiedentlich verweisen wir deshalb auf die Quellen, welche bei einer umfassenden Aufarbeitung einbezogen werden könnten. Schliesslich ziehen wir Aussagen und Informationen von Fachleuten bei.²²

1. Lohnsituation auf den Konkurrenzmärkten?

Wie wir bereits erläutert haben, wird in den Unterlagen, welche den Gerichten vorlagen, die Situation auf den Konkurrenzmärkten in keiner Art und Weise statistisch ausgewiesen. Es fehlt schon eine einigermaßen operationalisierbare Abgrenzung der Konkurrenzmärkte.

Um die Analyse durchführen zu können, wäre es in einem ersten Schritt nötig, dass der beklagte Kanton St. Gallen die entsprechenden Konkurrenzmärkte bezeichnet und bezüglich Ausbildung, Branchen, geografischem und zeitlichem Geltungsbereich abgegrenzt hätte. Wie ebenfalls schon angemerkt, wäre vom Beklagten auch zu verlangen gewesen, dass er entsprechende repräsentative Lohnangaben aus den Konkurrenzmärkten beibringt. Über solche Angaben müsste eine kantonale Verwaltung von der Grösse des Kantons St. Gallen für die Abstützung ihrer Lohnpolitik verfügen.

Für eine systematische Aufarbeitung der Lohnsituation auf den Konkurrenzmärkten könnten zudem die Regelungen in den Gesamtarbeitsverträgen der entsprechenden Branchen beigezogen werden. Schliesslich stehen Daten des Bundesamtes für Statistik für eingehendere Analysen zur Verfügung.

■ Dabei handelt es sich zum einen um die *Lohnstrukturhebung (LSE)*. Diese repräsentative Erhebung wird bei rund 8000 Unternehmen durchgeführt und enthält individuelle Lohnangaben für rund 560'000 Beschäftigte. Dabei lassen sich die Branchen der Unternehmen und das Ausbildungsniveau der Beschäftigten differenziert auswerten. Die Lohnstrukturhebung wird

²² In diesem Zusammenhang danken wir insbesondere Frau Brigitte Reiss vom Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen (Fachbereich Ausbildung) und Herrn Urs Gubler, Direktor-Stellvertreter der gewerblichen Berufsschule St. Gallen, für entsprechende Auskünfte.

allerdings erst seit 1994 (alle zwei Jahre) durchgeführt. Die frühere Oktoberloohnerhebung des damaligen Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit ist für entsprechende Auswertungen zu wenig differenziert. Als das Kantonsgericht 1999 sein Urteil fällte, wären die Angaben der Lohnstrukturerhebung 1994 aber verfügbar gewesen.

■ Seit 1991 liegen zudem die Ergebnisse der jährlich durchgeführten *Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE)* vor. Aus dieser Befragung von jeweils rund 17'000 Haushalten können ebenfalls Löhne, Branchen und Ausbildungsniveaus der befragten erwerbstätigen Personen differenziert ersehen werden.

Im Rahmen der vorliegenden Analyse haben wir uns auf eine explorative Auswertung der SAKE des Jahres 1991 beschränkt. Dabei zeigt sich, dass die Quelle für diese Fragestellung nicht ideal ist. Für die fraglichen Konkurrenzmärkte liegen nur wenige Beobachtungen vor, so dass wir den Konkurrenzmarkt geografisch nicht abgrenzen können und die Beobachtungen für die gesamte Schweiz verwenden müssen. Durch dieses Vorgehen werden die Löhne auf den Konkurrenzmärkten in der Ostschweiz eher überschätzt, liegt doch das Lohnniveau in der Ostschweiz generell um rund 5 Prozent tiefer als in der gesamten Schweiz.²³ Wir haben eine Auswertung der auf 42 Wochenstunden standardisierten Bruttolöhne für die Beschäftigten mit Meisterdiplom oder HTL-Abschluss in den technisch-industriellen Branchen (Elektrotechnik, Elektronik, EDV, Informatik) einerseits sowie den gewerblichen Branchen (Bäckereigewerbe, Autoreparatur, Coiffeurgewerbe) andererseits vorgenommen.²⁴ Wie *Abbildung 1* zeigt, liegt der typische Lohn (der „Median“²⁵) in den gewerblichen Branchen bei 58'000 Franken und in den technischen Branchen bei 93'000 Franken.

Der Kanton St. Gallen musste die Lohnsituation der Lehrkräfte an der Berufsschule vor Gericht leider nicht statistisch dokumentieren. Somit muss sich der Vergleich auf die Angaben der Besoldungsordnung für unterschiedliche Dienstjahre stützen.²⁶ Im zehnten Dienstjahr beträgt der Jahreslohn 108'000 Franken. Dies ist 86 Prozent mehr als der typische Lohn in den gewerblichen Branchen und 16 Prozent mehr als der typische Lohn in den technischen Bran-

²³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK (FN 5), S. 40.

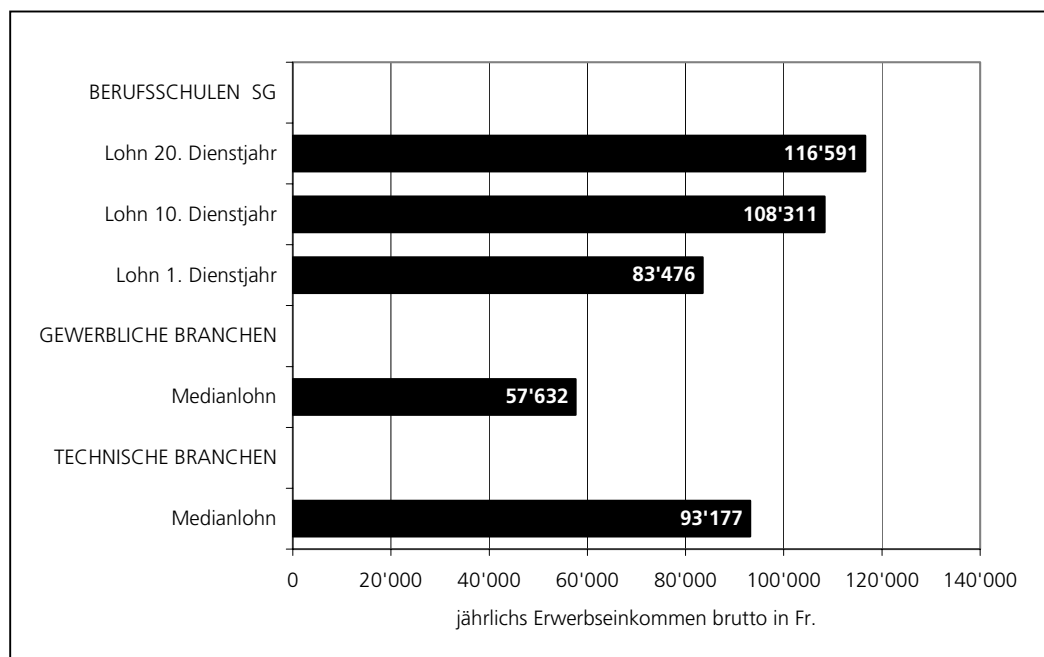
²⁴ Für die technisch-industriellen Branchen stehen 26 Beobachtungen und für die gewerblichen Branchen 11 Beobachtungen zur Verfügung. Da die Medianwerte sehr robuste Masszahlen darstellen, können sie trotz der geringen Fallzahlen als statistisch verlässlich betrachtet werden.

²⁵ Der Median stellt den Wert dar, unter und über welchem genau je 50 Prozent der Löhne liegen.

²⁶ Konkret stützen wir uns auf eine Zusammenstellung des kantonalen Lehrervereins St. Gallen vom 5.4.1991, welche uns vom Amt für Berufsbildung des Kantons St. Gallen zur Verfügung gestellt wurde. Um die Vergleichbarkeit mit den Daten der SAKE zu erreichen, schlagen wir zur ausgewiesenen Jahres-Grundbesoldung den 13. Monatslohn hinzu.

chen. Das zehnte Dienstjahr drängt sich als Vergleichsbasis auf, da sich aus den SAKE-Daten auch ersehen lässt, dass die durchschnittliche Dauer der Betriebszugehörigkeit in den technischen Branchen gerade knapp zehn Jahren entspricht.

Abbildung 1: Löhne an den Berufsschulen SG im Vergleich zu den Konkurrenzmärkten (1991)



Berufsschulen SG: Gemäss Zusammenstellung des kantonalen Lehrervereins St. Gallen vom 5.4.1991
 Gewerbliche Branchen: Bäckereigewerbe, Autoreparatur, Coiffeurgewerbe (SAKE: 11 Beobachtungen)
 Technische Branchen: Elektrotechnik, Elektronik, EDV, Informatik (SAKE: 26 Beobachtungen)
 Bei den SAKE-Auswertungen werden die auf 42 Wochenstunden standardisierten Jahreslöhne ausgewiesen
 Quelle: Schweizerische Arbeitskräfteerhebung SAKE 1991, eigene Auswertung

Die Einkommensmöglichkeiten sind in den gewerblichen Branchen somit viel schlechter als an den Berufsschulen. Weniger klar ist die Situation für die technischen Branchen, in denen die Einkommensmöglichkeiten leicht unter den Löhnen der Berufsschulen liegen. Hier ist es durchaus möglich, dass sich in verschiedenen Fällen auf dem Konkurrenzmarkt ein höherer Lohn als der Medianlohn realisieren lässt. Obwohl eine Lehrkraft an der Berufsschule im Allgemeinen mehr verdient als in der Privatwirtschaft, ist es nicht auszuschliessen, dass es in Einzelfällen zu einer Sogwirkung durch den Konkurrenzmarkt der technischen Branchen kommen kann. Wenn weitere Arbeitsbedingungen einbezogen werden, erhöht sich die Attraktivität der Berufsschulen gegenüber den Konkurrenzmärkten allerdings weiter (Stichworte: Arbeitsplatzsicherheit, Ferien und unterrichtsfreie Zeit, Sozialleistungen).²⁷ Gesamthaft ergibt

²⁷ In diesem Zusammenhang wäre es von Interesse, welche Löhne der Kanton St. Gallen vergleichbar qualifizierten Angestellten im Informatikbereich bezahlt (deren Arbeitsplätze vergleichbar sicher wie jene der

sich durch die statistische Analyse der Lohnsituation auf den Konkurrenzmärkten somit keine Untermauerung der Behauptung, dass der Markt ein Nachziehen der Löhne an den Berufsschulen erfordert habe.

Die Konkurrenzmärkte für Krankenpflege-Lehrkräfte sind statistisch erheblich schwieriger zu erfassen. Solche Lehrkräfte können in sehr unterschiedliche Branchen und Berufsbereiche abwandern. Gemäss Aussagen von Fachleuten können sie innerhalb des Gesundheits- und Sozialwesens beispielsweise in die Leitung von Pflegediensten, Heimen oder Sozialdiensten wechseln, in anderen Branchen Beratungsfunktionen (z.B. bei Versicherungen und Krankenkassen) oder zunehmend Funktionen im Bereich der Schulung von Führungskräften in grossen Unternehmen verschiedenster Branchen übernehmen.²⁸ Die SAKE-Daten sind zuwenig detailliert, um die in diesen Konkurrenzbereichen üblichen Löhne zu erfassen. Zu diesem Zweck wäre eine gezielte Befragung in den entsprechenden Bereichen nötig.

Die Frage der Abgrenzung der Konkurrenzmärkte weist auf einen weiteren Schwachpunkt der Argumentation des Kantonsgerichts St. Gallen hin. Aus dem Zusatzgutachten Schaeren wird nämlich deutlich, dass sich die Situation in den Branchen von Elektrotechnik, Elektronik und Informatik nach 1991 mit dem Einbruch der wirtschaftlichen Krise änderte und die behaupteten Rekrutierungsschwierigkeiten in den nachfolgenden Jahren wegfielen. Das Kantonsgericht stellt in diesem Zusammenhang aber lediglich fest, dass die ausserordentliche Situation im Jahre 1987 bestanden habe, als die Besoldungsregelung für die Berufsschul-Lehrkräfte erlassen wurde. Dass damit eine vorübergehende konjunkturelle Situation für die völlig andere Situation der 1990er Jahre festgeschrieben wurde, wird nicht problematisiert, sondern mit dem Verweis auf die natürliche Trägheit von Besoldungsstrukturen entschuldigt. Gerade dieser Umstand belegt aber mit aller Schärfe die Notwendigkeit, allfällige marktbedingte Lohn erhöhungen als separate Marktzuschläge einzuführen, deren Notwendigkeit jährlich zu überprüfen wäre.

Zusammenfassend: Die Behauptung, wonach in der Privatwirtschaft für Fachleute mit Meisterprüfung in den Bereichen Elektrotechnik, Elektronik und Informatik höhere Löhne als bei den Berufsschul-Lehrkräften bezahlt werden, kann für das Jahr 1991 statistisch nicht gestützt werden. Die Löhne bewegen sich in ähnlicher Grössenordnung, unter Berücksichtigung ande-

Lehrkräfte an den Berufsschulen sind). Diese Abklärung war im Rahmen der vorliegenden Analyse nicht möglich.

²⁸ Telefonische Auskunft von Frau Reiss (FN 22).

rer Arbeitsplatz-Aspekte (wie Arbeitsplatz-Sicherheit) boten die Berufsschulen attraktivere Arbeitsbedingungen an.

2. Abwanderung von Arbeitskräften?

Selbst wenn die Löhne in der Privatwirtschaft für die Berufsschul-Lehrkräfte höher gewesen wären, würde daraus für den Kanton St. Gallen nur ein Problem entstehen, wenn diese Situation zu einer Abwanderung von Arbeitskräften führen würde. Dies müsste sich in der Personalfluktuation äussern, sei es, dass vermehrt gelernte Berufsschul-Lehrkräfte aus dem Schuldienst aussteigen und in die Privatwirtschaft wechseln würden, sei es, dass weniger Fachkräfte mit Meisterprüfung oder HTL-Abschluss zu einem Eintritt in den Schuldienst bereit wären.

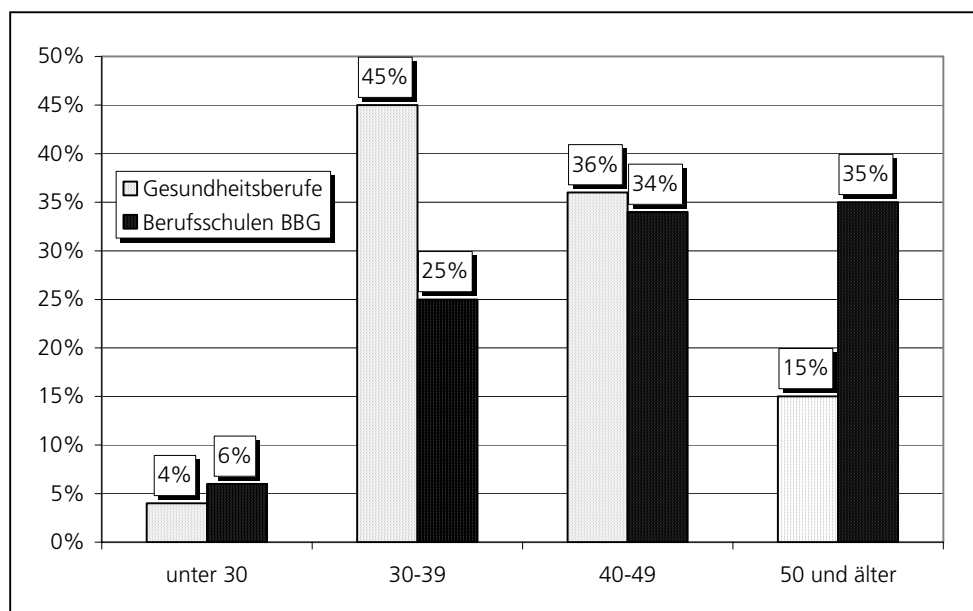
Wie schon angeführt, musste der Kanton St. Gallen keinerlei Angaben zu den Fluktuationen liefern. Die anderweitig zu beschaffenden Angaben erlauben nur eine Analyse der Frage, ob Lehrkräfte aus dem Schuldienst in die Privatwirtschaft wechseln. Von besonderem Interesse ist dabei eine Statistik, welche das Bundesamt für Statistik in Zusammenarbeit mit den regionalen Berufsverbänden der Lehrkräfte im Gesundheitsbereich, ARTES und LEVE, erstellte.²⁹ Diese beruht auf einer Befragung im Jahr 1998 und ist für die Situation Anfang der 1990er Jahre nicht voll repräsentativ. Die Ergebnisse widersprechen den von den Gerichten unterstellten Zusammenhängen aber derart diametral, dass sie auch dann als aussagekräftig erscheinen, wenn sich die Verhältnisse im Lauf der 1990er Jahre modifiziert haben sollten.

Interessant ist vor allem die Altersstruktur der Lehrkräfte im Gesundheitswesen im Vergleich zu den Lehrkräften an den gewerblich-industriellen Berufsschulen (Ausbildungen nach Berufsbildungsgesetz BBG). Wie *Abbildung 2* zeigt, macht bei den Lehrkräften im Gesundheitswesen die Gruppe im Alter von 50 Jahren und mehr weniger als die Hälfte der Gruppe der 40- bis 49-Jährigen und nur einen Drittel der Gruppe der 30- bis 39-Jährigen aus. Die BFS-Studie stellt dazu fest: „Es ist somit sehr wahrscheinlich, dass viele Lehrkräfte im Alter von 50 Jahren oder mehr andere Funktionen im Bereich des Gesundheitswesens übernehmen (dabei ist zu bedenken, dass die Lehrkräfte vor ihrer Lehrtätigkeit Spezialisten in ihren entsprechenden Berufen waren) oder sich für einen vorzeitigen Altersrücktritt entscheiden.“³⁰ Dies bedeutet, dass bei den Lehrkräften des Gesundheitswesens im Jahr 1998 also durchaus ein markanter Sog aus anderen Berufsbereichen festzustellen ist. Gemäss Einschätzung von

²⁹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK (HRSG.): Lehrkräfte im Gesundheitsbereich. Ergebnisse einer Piloterhebung, Neuchâtel 2000.

Fachleuten dürfte dieser im Lauf der 1990er Jahre etwas stärker geworden sein, grundsätzlich aber schon Anfang des Jahrzehnts in ähnlicher Art bestanden haben.

Abbildung 2: Lehrkräfte nach Altersgruppen (1998)



Quelle: BUNDESAMT FÜR STATISTIK (HRSG.): Lehrkräfte im Gesundheitsbereich. Ergebnisse einer Piloterhebung, Neuchâtel 2000, S. 45.

Bei den Lehrkräften im Berufsschulbereich ist hingegen keinerlei ähnliche Abwanderung zu beobachten. Die Gruppe im Alter von 50 Jahren und mehr ist leicht grösser als die Gruppe der 40- bis 49-Jährigen. Die beiden Gruppen sind markant grösser als die Gruppe der 30- bis 39-Jährigen. Dies weist zum einen darauf hin, dass ein bedeutender Teil der Berufsschullehrer erst nach 40 in den Lehrberuf einsteigen, und zum anderen, dass es kaum zu Austritten aus dem einmal gewählten Lehrberuf kommt. Im weiteren ist festzustellen, dass die 1998 ersichtliche Struktur nur dann möglich ist, wenn schon Anfangs der 1990er Jahre eine ausgeprägte Berufstreue bestand. Wäre es damals zu grösseren Abwanderungen gekommen, könnten die zwei obersten Altersgruppen nicht derart stark besetzt sein.

Dieser Umstand wird auch von Fachleuten bestätigt. Urs Gubler, stellvertretender Direktor der gewerblichen Berufsschule St. Gallen, welche rund einen Drittel aller Berufsschullehrkräfte des Kantons St. Gallen umfasst, stellt fest, dass kaum jemand unter 35 Jahren hauptamtliche Lehrkraft an einer Berufsschule wird. Der Schritt werde sehr gut überlegt und

³⁰ Bundesamt für Statistik (FN 29), S. 44f.

kaum mehr rückgängig gemacht. In den rund 20 Jahren, welche er an der Berufsschule St. Gallen sei, habe er keinen Abgang einer hauptamtlichen Berufsschul-Lehrkraft in einen anderen Berufsbereich erlebt.³¹ Was bei den Lehrkräften in der Krankenpflege durchaus Brauch ist, scheint bei den Lehrkräften an der Berufsschule St. Gallen nicht oder nur in unbedeutendem Mass statt zu finden.

Statistisch eingehender überprüft werden könnten die Verhältnisse anhand von Mutationsstatistiken. Auf Anfrage waren dazu nur sehr lückenhafte Angaben verfügbar. Bei der Berufsschule St. Gallen machen die Austritte in den Jahren 1990-1993 durchschnittlich 11.5 Prozent des Bestandes aus.³² Dabei gehen die Austritte fast ausschliesslich auf nebenamtliche Lehrbeauftragte zurück, während die Austritte der hauptamtlichen Lehrkräfte primär in Pensionierungen bestehen. Der Vergleich muss sich richtigerweise nur auf die hauptamtlichen Lehrkräfte beschränken, da das Kantonsgericht St. Gallen einen Vergleich mit den nebenamtlichen Lehrkräften an Berufsschulen explizit nicht zulies. Für die Lehrkräfte des Gesundheitswesens stellte das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen Angaben von drei Schulen zur Verfügung. Lediglich für eine Schule (Schule für Gesundheits- und Krankenpflege Stephanshorn St. Gallen) lässt sich die Austrittsquote berechnen. Für die Jahre 1989 bis 1993 beträgt sie 12.5 Prozent.³³ Diese wenigen Angaben dürfen sicher nicht überinterpretiert werden. Sie deuten aber ebenfalls nicht darauf hin, dass es bei den Berufsschullehrern einen grösseren Sog aus anderen Arbeitsmärkten gegeben hätte als für die Lehrkräfte in der Krankenpflege.

Zusammenfassend: Die von den Gerichten vertretene These, wonach es zu einer Abwanderung von Berufsschul-Lehrkräften in die Privatwirtschaft gekommen sei, lässt sich statistisch nicht bestätigen. Vielmehr scheint dieses Problem bei den Lehrkräften im Gesundheitswesen ausgeprägter zu sein (Abbildung 2). Diese unterschiedlichen Verhältnisse haben sich im Lauf der 1990er Jahre noch verstärkt.

3. Existenzielle Probleme durch Abwanderung von Arbeitskräften?

Aufgrund der im vorigen Abschnitt dargelegten Ergebnisse erübrigt sich eine weitere Diskussion dieser Anforderung. Da kein Problem der Abwanderung von Berufsschul-Lehrkräften

³¹ Telefonische Auskunft von Herrn Gubler Ende August 2001 (FN 22).

³² Berechnet aus telefonischen Angaben von Herrn Gubler Ende August 2001 (FN 22).

³³ Angaben der Schule für Gesundheits- und Krankenpflege Stephanshorn vom 14. August 2001, zur Verfügung gestellt von Frau Reiss (FN 22).

festgestellt wurde, kann der Kanton St. Gallen aufgrund eines nicht existierenden Phänomens auch nicht in existenzielle Schwierigkeiten geraten. Zudem ist anzumerken, dass der Kanton St. Gallen solche existenziellen Folgeprobleme von sich aus gar nicht erwähnt und keine Belege für solche Probleme beigebracht hat.

4. Existenzielle Probleme bei Nachziehen des Lohngefüges?

Unabhängig davon, ob die Begründung für das Anheben der Löhne der Berufsschul-Lehrkräfte stimmig ist oder nicht, bleibt zu diskutieren, ob ein Nachziehen des Lohngefüges für den Kanton St. Gallen existenzielle Probleme aufgeworfen hätte. Weil im Fall des Kantons St. Gallen kein kohärentes, auf Arbeitsplatzbewertung beruhendes Lohnsystem vorhanden ist, können wir diese Frage nicht umfassend angehen. Wir beschränken uns auf die Frage, was ein Nachziehen bei den Löhnen der Krankenpflege-Lehrkräfte gekostet hätte, für welche die Vergleichbarkeit der Arbeitsplätze im Rahmen des Gerichtsverfahrens vorgenommen wurde.

1991 beschäftigte der Kanton St. Gallen gesamthaft rund 125 hauptamtliche Lehrkräfte für technische Berufskunde.³⁴ Wenn wir den durchschnittlichen, durch das Kantonsgericht und Bundesgericht legitimierten marktbedingten Lohnzuschlag auf 6'000 Franken jährlich ansetzen, so ergeben sich für den Kanton somit Zusatzkosten von rund 750'000 Franken. Das nicht durch den Markt gerechtfertigte, aber im Sinn einer „gewissen Pauschalisierung“ (vgl. Abschnitt IV.3.) vorgenommene Nachziehen für die rund 75 Lehrkräfte für gewerbliche Berufskunde verursacht weitere Kosten von 450'000 Franken. Gesamthaft nimmt der Kanton aufgrund des Marktargumentes somit Kosten von rund 1.2 Million Franken jährlich in Kauf. Effektiv dürften die Kosten erheblich höher liegen. Es ist nämlich anzunehmen, dass die Löhne auch für die weiteren rund 120 hauptamtlichen Lehrkräfte (für Allgemeinbildung, Sprachen etc.) nachziehen dürften.³⁵ Die gesamten Kosten sind somit auf gegen 2 Millionen Franken jährlich zu schätzen.

Demgegenüber hätte ein Nachziehen der Löhne für die 34 Lehrkräfte für Krankenpflege im gleichen Ausmass Kosten von rund 200'000 Franken verursacht. Diese Kosten machen nur

³⁴ Diese Zahl ist indirekt zu berechnen. Gemäss dem Kantonsgericht waren 1991 gesamthaft 322 Lehrkräfte vollzeitlich an den Berufsschulen tätig (Urteil 3ZK.1994.27, S. 13). Die berufskundlichen Lehrkräfte machen gemäss Auskunft des Amtes für Berufsbildung des Kantons St. Gallen rund 5/8 aller Lehrkräfte aus. Von diesen rund 200 Lehrkräften sind wiederum rund 125 (63%) aus dem technischen Bereich und rund 75 (37%) aus dem gewerblichen Bereich (prozentuale Aufteilung gemäss Urteil 3ZK.1994.27, S. 30).

³⁵ Die gerichtlichen Erwägungen gehen auf diese weiteren (ebenfalls kaum unter Marktdruck stehenden) Lehrbereiche nicht ein, sondern beschränken sich auf die Frage des keinem Konkurrenzdruck ausgesetzten Bereichs der gewerblichen Berufskunde.

einen Zehntel der im Bereich der Berufsschulen entstandenen Kosten aus und stellen mit Sicherheit keine existenzielle Gefährdung dar.

5. Nachweise nicht erbracht

In Anlehnung an die „Checkliste“ von Abschnitt III.2. lassen sich die Ergebnisse der statistischen Überprüfung wie folgt systematisieren:

■ *Höhere Löhne auf dem Konkurrenzmarkt?* Für die Berufsschul-Lehrkräfte wurden im fraglichen Zeitraum auf dem Markt im Durchschnitt keine höheren Löhne bezahlt. Für den Vergleich stützten wir uns einerseits auf die Löhne der Berufsschul-Lehrkräfte mit zehn Dienstjahren (was den durchschnittlichen Dienstjahren der Beschäftigten in den technischen Branchen entspricht). Als Konkurrenzmärkte wurden technisch-industrielle Branchen (Elektrotechnik, Elektronik, EDV, Informatik) einerseits und gewerbliche Branchen (Bäckereigewerbe, Autoreparatur, Coiffeurgewerbe) andererseits abgegrenzt. Aus der SAKE 1991 konnten die Angaben über das Erwerbseinkommen von Beschäftigten mit Meisterdiplom oder HTL-Abschluss ermittelt werden. Der Konkurrenzmarkt konnte räumlich nicht abgegrenzt werden, da gesamtschweizerisch für die betreffenden Branchen/Qualifikations-Kombinationen nur wenige Beobachtungen zur Verfügung stehen. Für die Lehrkräfte in der Krankenpflege konnte die Lohnverhältnisse auf den Konkurrenzmärkten statistisch nicht ermittelt werden, da diese in sehr unterschiedliche, statisch kaum erfassbare Branchen und Berufsbereiche abwandern können.

■ *Tatsächliche Abwanderung?* Es ist keine Abwanderung von Arbeitskräften aus den Berufsschulen in die Konkurrenzmärkte festzustellen. Zwar können die Fluktuationen der letzten Jahre (Bestand, Zugänge und Abgänge) nicht umfassend dokumentiert werden. Aufgrund einer Statistik des Bundesamtes für Statistik lässt sich aber belegen, dass die Berufsschul-Lehrkräfte in den 1990er Jahren äusserst berufstreu waren und kaum je aus dem gewählten Lehrberuf aussteigen. Hingegen ist im Bereich der Lehrkräfte für Krankenpflege durchaus ein Sog aus anderen Berufsbereichen feststellbar, der zu einem erheblichen Problem der Abwanderung führt.

■ *Existenzielle Schwierigkeiten durch Abwanderung?* Da bei den Berufsschul-Lehrkräften kein Problem der Abwanderung besteht, kann der Kanton St. Gallen dadurch auch nicht in existenzielle Schwierigkeiten kommen.

■ *Existenzielle Schwierigkeiten durch allgemeine Lohnanhebung?* Für den Kanton St. Gallen wäre es schliesslich eine geringe Mehrbelastung gewesen, wenn er die Löhne der Lehrkräfte

für Krankenpflege im gleichen Ausmass angehoben hätte wie jene der Lehrkräfte an den Berufsschulen. Aufgrund der Anzahl an betroffenen Lehrkräften können die Kosten für ein Nachziehen bei den Krankenpflege-Lehrkräften auf rund einen Zehntel der Zusatzkosten bei den Berufsschul-Lehrkräften veranschlagt werden.

VI. Folgerungen

Im vorliegenden Beitrag haben wir die Marktargumentation von BGE 126 II 217 einer kritischen Würdigung aus ökonomisch-statistischer Sicht unterzogen. Dabei ergeben sich zwei Hauptresultate:

■ Der Markt darf nicht als allgemeine Begründung von Lohnungleichheit bei gleichwertiger Arbeit beigezogen werden. Die realen Arbeitsmärkte sind nämlich untrennbar mit Lohndiskriminierung verbunden. Wenn der Arbeitsmarkt als Rechtfertigung für Lohnungleichheit zugelassen wird, kann die Lohnungleichheit innerhalb eines Unternehmens mit der Lohnungleichheit auf dem Arbeitsmarkt begründet werden. Es resultiert ein Zirkelschluss, welcher das Postulat der Lohngleichheit aushebelt.

■ Ungleiche Marktverhältnisse können nur in ganz eng begrenzten Situationen eine Begründung für ungleiche Entlohnung gleichwertiger Arbeit innerhalb einer Unternehmung (wie auch einer öffentlichen Verwaltung) bilden. Zum einen muss die Unternehmung/Verwaltung belegen, dass sie ohne das Anheben der Löhne die entsprechenden Stellen nicht besetzen kann und in der Folge in existenzielle Schwierigkeiten gerät. Zum anderen muss sie ebenfalls nachweisen, dass sie bei einem entsprechenden Nachziehen ihres gesamten Lohngefüges wiederum in existenzielle Schwierigkeiten geraten würde.

Im vorliegenden Fall der Löhne der Lehrkräfte für Berufsschulen im Vergleich zu jenen der Lehrkräfte für Krankenpflege sind die Voraussetzungen für eine durch den Markt gerechtfertigte Lohndifferenz nicht gegeben. Das Kantonsgericht St. Gallen und das Bundesgericht argumentieren insbesondere mit dem Sog, den die höheren Löhne in den technisch-industriellen Branchen auf die Lehrkräften für technische Berufskunde ausüben. Selbst wenn dies zutreffen würde, könnte damit noch keine hinreichende Sondersituation belegt werden. Denn dem Kanton St. Gallen wäre durch ein Nachziehen der Löhne für die Krankenpflege-Lehrkräfte nur geringe Mehrkosten entstanden (deutlich geringere als durch das Nachziehen bei den gewerblichen Berufsschul-Lehrkräften, welche nach Einschätzung der Gerichte erheblich mehr als auf dem freien Markt verdienen).

Eine vertiefende Analyse zeigt zudem auf, dass die von den Gerichten unterstellten Marktverhältnisse keineswegs zutreffen. Die Gerichte haben sich bei ihren Entscheiden kaum auf statistische Fakten abgestützt. Die vom beklagten Kanton St. Gallen sowie durch zwei sehr dünne Kurzgutachten vorgebrachten Argumente wurden unkritisch übernommen, obwohl diese durch keine statistischen Daten belegt worden waren. Zudem wurden die vorhandenen

Informationen zum Teil einseitig zuungunsten der Klägerin interpretiert. Dies zeigt sich beispielsweise beim unterschiedlichen Verhalten gegenüber den Lehrkräften für gewerbliche Berufskunde (für welche ein Nachziehen der Löhne trotz fehlendem Marktdruck befürwortet wird) und den Lehrkräften in der Krankenpflege (für welche ein Nachziehen aufgrund des fehlenden Marktdrucks als nicht nötig erachtet wird).³⁶

Die eingehendere Sichtung von statistischen Quellen kann weder belegen, dass bei den Berufsschul-Lehrkräften in Konkurrenzmärkten höhere Löhne bezahlt wurden, noch dass es zu einer Abwanderung von Berufsschul-Lehrkräften in solche Konkurrenzbereiche gekommen wäre. Die statistischen Grundlagen weisen im Gegenteil eher auf ein Problem der Abwanderung von Krankenpflege-Lehrkräften hin, welches sich im Lauf der 1990er Jahre noch verstärkt hat.

Die vorliegende Analyse hat insbesondere gezeigt, dass mit vernünftigem Aufwand durchaus wesentliche statistische Klärungen vorgenommen werden können. Es bleibt zu hoffen, dass in weiteren Fällen die beklagte Partei – sei es eine Verwaltung oder Unternehmung - den Beweis für ihre Behauptung antreten und statistisch untermauern muss. Zudem sollten die Gerichte der systematischen Ausschöpfung von weiteren bestehenden Datenquellen gebührende Beachtung schenken.

³⁶ Dass die Gerichte bei Lohngleichheitsfällen offensichtlich nicht immer gegen gesellschaftliche Wertungen zuungunsten von Frauen gefeit sind, zeigt im übrigen auch eine minutiöse rechtssoziologische Analyse von Lohngleichheitsklagen in den USA: ROBERT L. NELSON / WILLIAM P. BRIDGES, *Legalizing Gender Inequality. Courts, Markets, and Unequal Pay for Women in America*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.