

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 44

Jakob Ueberschlag

**Die Anstellungsdiskriminierung
aufgrund des Geschlechts im
privatrechtlichen Arbeitsverhältnis
(Art. 3 Abs. 2 GIG)**

**Unter besonderer Berücksichtigung
des europäischen Rechts**

Schulthess § 2009

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLVII
Abkürzungsverzeichnis	XLIX

Einleitung	1
-------------------------	----------

Teil 1: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GlG.....	7
--	----------

1. Kapitel: Vorbemerkungen zum Anstellungs- und Diskriminierungsbegriff	7
I. Anstellung	7
1. Grundsatz	7
2. Abgrenzung zur Beförderung	7
II. Diskriminierung	8
1. Etymologische Ursprünge.....	8
2. Allgemeiner Sprachgebrauch.....	9
A) Nichtjuristischer.....	9
B) Juristischer	9
3. Fazit.....	10
2. Kapitel: Tatbestand der direkten Geschlechterdiskriminierung	11
I. Definition	11
II. Tatbestandselemente	12
1. Ungleichbehandlung	12
A) Grundsatz	12
B) Notwendigkeit einer konkreten Vergleichsperson?.....	13
2. Kausalität: «Aufgrund des Geschlechts».....	15
A) Ausdrücklicher Bezug auf die Geschlechtszugehörigkeit .	15
a) Grundsatz.....	15
b) Hermaphroditen, Transsexuelle	15
c) Soziales Geschlecht	17
d) Berufung auf Zivilstand und familiäre Situation.....	18
B) Abstützen auf ein nur von einem Geschlecht erfüllbares Kriterium.....	21
a) Grundsatz.....	21
b) Abstellen auf «religiös motivierte Kopfbedeckungen» als (direkte) Geschlechterdiskriminierung?	22

C)	Unterbrechung der Kausalität durch hinzukommende zulässige Ursachen?	23
3.	Verschulden/Diskriminierungsabsicht?	25
4.	Schaden?	26
5.	Fehlende sachliche Rechtfertigung	26
A)	Vorbemerkungen.....	26
B)	Anforderung an die Rechtfertigungsmöglichkeit	28
C)	Kategorisierung der Unabdingbarkeit des Geschlechts	33
a)	<i>Unabdingbarkeit des Geschlechts i.e.S.</i>	33
aa)	<i>Biologische bzw. physische Notwendigkeit</i>	34
bb)	<i>Authentizitätswahrung</i>	34
cc)	<i>Gesetzliche Beschäftigungsverbote</i>	36
b)	<i>Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S.</i>	37
aa)	<i>Berücksichtigung des gegengeschlechtlichen Schamgefühls</i>	38
bb)	<i>Legitime öffentliche Interessen bzw. zwingender Drittschutz</i>	39
cc)	<i>Rücksicht auf Vorurteile bzw. subjektive Erwartungen Dritter</i>	40
dd)	<i>Tendenzschutz</i>	43
c)	<i>Keine Unabdingbarkeit des Geschlechts: Fälle «statistischer Diskriminierung»</i>	46
3.	Kapitel: Tatbestand der indirekten Geschlechterdiskriminierung..	49
I.	Definition	49
II.	Tatbestandselemente	51
1.	Geschlechtsneutrale Ausgestaltung einer Regelung	51
2.	Stärkere nachteilige Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts	52
A)	Vorbemerkungen.....	52
B)	Bestimmung der Vergleichsgruppen	52
C)	Ermittlung der zahlenmässigen Verhältnisse.....	55
D)	Gesamt- oder Individualbetrachtung?.....	61
E)	Jüngere Entwicklungen	62
3.	Benachteiligung aufgrund des Geschlechts	65
4.	Schaden?	66
5.	Rechtswidrigkeit/Rechtfertigung	66
A)	Vorbemerkungen.....	66
B)	Anforderungen an die Rechtfertigungsmöglichkeit.....	67
a)	<i>Legitimität der Zielsetzung</i>	70
b)	<i>Verhältnismässigkeitsprüfung</i>	71

c) <i>Rechtfertigungsprüfung ausgewählter Anstellungskriterien</i>	74
aa) <i>Körperliche Anforderungen</i>	74
bb) <i>Örtliche und zeitliche Flexibilität</i>	76
cc) <i>Ausbildung/Qualifikation</i>	77
dd) <i>Berufserfahrung im Besonderen</i>	78
ee) <i>Arbeitspensum</i>	80
ff) <i>Versorgungslage/Familienlasten</i>	82
4. Kapitel: «Umgekehrte Diskriminierung»	85
I. Begriff und Zielsetzung.....	85
II. Arten von Förderungsmassnahmen.....	86
III. Problematik fördernder Massnahmen	88
IV. Zulässigkeit nach Gleichstellungsgesetz.....	90
1. Gesetzliche Grundlage	90
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen im Besonderen.....	91
A) Arbeitsmarktliche Schlechterstellung	91
B) Verhältnismässigkeit.....	92
a) <i>Praxis des Europäischen Gerichtshofs</i>	93
aa) <i>Vorbemerkungen</i>	93
bb) <i>Rechtssache «Kalanke»</i>	95
cc) <i>Rechtssache «Marschall»</i>	96
dd) <i>Rechtssache «Badeck»</i>	98
ee) <i>Rechtssache «Abrahamsson»</i>	101
b) <i>Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Quoten</i>	103
aa) <i>Solothurner Quoteninitiative</i>	103
bb) <i>Urner Wahlchanceninitiative</i>	104
cc) <i>Entscheid Balmelli</i>	107
dd) <i>Medizinische Fakultät der Universität Genf</i>	109
c) <i>Fazit</i>	111

Teil 2: Spezialfragen im Kontext von Anstellungsdiskriminierungen.. 117

1. Kapitel: Diskriminierung durch Stellenausschreibungen	117
I. Bedeutung und rechtliche Einordnung von Stellenausschreibungen	117
II. Einfluss geschlechtsspezifisch textierter Ausschreibungen auf das Bewerbungs- und Einstellungsverhalten	118
III. Gesetzliche Rahmenbedingungen für Stellenausschreibungen	119
1. Gleichstellungsgesetz.....	119

A)	Ausschluss vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots i.S.v. Art. 3 Abs. 2 GlG.....	119
B)	Konsequenzen.....	120
2.	Übriges Bundesrecht.....	120
A)	Arbeitsprivatrecht sowie Zivilgesetzbuch.....	120
B)	Culpa in contrahendo.....	121
C)	Arbeitsvermittlungsgesetz.....	121
D)	Bundespersonalrecht.....	121
3.	Kantonales Personalrecht.....	122
IV.	Empirische Untersuchung von Stellenausschreibungen.....	123
1.	Ausgangspunkt und Fragestellung.....	123
2.	Durchführung der Untersuchung.....	124
A)	Auswahl der untersuchten Medien.....	124
B)	Erfasste Daten.....	124
C)	Geschlechtsspezifische Einordnung der Ausschreibungen.....	124
a)	<i>Geschlechtsspezifisch identifizierte Ausschreibungen.....</i>	<i>125</i>
b)	<i>Geschlechtsneutrale Ausschreibungen.....</i>	<i>126</i>
c)	<i>Inkonsequent formulierte Ausschreibungen.....</i>	<i>126</i>
d)	<i>Kategorisierung nach Berufsgruppen.....</i>	<i>127</i>
e)	<i>Kategorisierung nach beruflicher Stellung.....</i>	<i>129</i>
f)	<i>Kategorisierung nach Ausbildungsstufen.....</i>	<i>129</i>
g)	<i>Kategorisierung nach Beschäftigungsgrad.....</i>	<i>129</i>
3.	Ergebnisse.....	130
A)	Überblick.....	130
B)	Verhältnis Eigen-/Fremdinserierung.....	131
C)	Ausschreibungspraxis öffentlich- und privatrechtlicher Arbeitgeberschaften.....	133
D)	Berufsgruppenspezifische Unterschiede der Ausschreibungspraxis.....	136
E)	Ausschreibungspraxis nach beruflicher Stellung.....	142
F)	Ausschreibungspraxis nach Ausbildungsstufe.....	147
G)	Ausschreibungen nach Beschäftigungsgrad.....	149
H)	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	167
V.	Gesetzliche Regelung de lege ferenda.....	171
1.	Rechtliche Rahmenbedingungen im Ausland.....	172
A)	Europäisches Gemeinschaftsrecht.....	172
B)	Deutsches Recht.....	173
C)	Österreichisches Recht.....	175
2.	Konsequenzen für das schweizerische Recht.....	177

2. Kapitel: Schranken der Informationsbeschaffung im Bewerbungsverfahren	181
I. Informationsbeschaffung bezüglich Schwangerschaft	181
1. Widerstreitende Interessenlage	181
A) Interessen der Arbeitgeberschaft	181
B) Interessen der Stellenbewerberin	185
C) Fazit	186
2. Rechtlicher Rahmen der Informationsbeschaffung in der Vertragsverhandlungsphase im Allgemeinen	186
A) Grundsatz	186
B) Anwendungsbereich von Art. 328b OR	187
a) <i>Persönlicher</i>	187
b) <i>Sachlicher</i>	187
c) <i>Zeitlicher</i>	187
C) Zulässigkeit der Bearbeitung von Personendaten zur Eignungsabklärung	188
D) Auskunft-, Mitteilungs- und Wahrheitspflicht aufgrund des Vertragsverhandlungsverhältnisses	189
a) <i>Grundsatz</i>	189
aa) <i>Auskunftspflicht</i>	189
bb) <i>Mitteilungspflicht</i>	189
cc) <i>Wahrheitspflicht</i>	190
b) <i>Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung</i>	190
3. Zulässigkeit der Schwangerschaftsfrage im Besonderen	192
A) Unzulässigkeit der Schwangerschaftsfrage als Regel	192
B) Zulässigkeit der Schwangerschaftsfrage in Ausnahmefällen	194
a) <i>Zulässigkeit bei Gefährdung der Gesundheit der werdenden Mutter oder des Kindes?</i>	194
b) <i>Zulässigkeit im Rahmen von befristeten Arbeitsverhältnissen?</i>	195
c) <i>Zulässigkeit für den Fall, dass die schwangere Bewerberin für die Besetzung der freien Stelle «ungeeignet» ist?</i>	197
d) <i>Zulässigkeit im rein weiblichen Bewerberfeld?</i>	199
e) <i>Exkurs: Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit der Schwangerschaftsfrage</i>	200
f) <i>Fazit</i>	201
4. «Notwehrrecht der Lüge» als Reaktionsmöglichkeit auf unzulässige Fragen	203
A) Problemstellung	203

B)	Rechtsdogmatischer Rahmen.....	204
C)	Verhältnismässigkeitsgebot	205
a)	<i>Grundsatz</i>	205
b)	<i>Rechtsfolgen bei Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots</i>	206
D)	Konsequenzen des rechtmässig ausgeübten Notwehrrechts der Lüge.....	206
E)	Einwände gegen das Notwehrrecht der Lüge und deren Berechtigung	208
F)	Fazit.....	210
5.	Mitteilungspflicht einer Schwangerschaft	211
A)	Grundsatz	211
B)	Erweiterung der Mitteilungspflicht aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots?	212
6.	Freiwillige bzw. unaufgeforderte Äusserungen.....	213
II.	Analoge Anwendung der aufgestellten Grundsätze auf die Frage nach der Dienstpflicht bei Männern?.....	214
1.	Aufriss der Problematik	214
2.	Umfang der Wehrpflicht in zeitlicher und persönlicher Hinsicht	215
3.	Zur Vergleichbarkeit mit der Schwangerschaftsfrage	217
A)	Vorbemerkungen.....	217
B)	Beschränkung der Vergleichbarkeit auf die Dienstpflicht.....	217
C)	Berücksichtigung der Einflussmöglichkeiten auf die zeitliche Ausgestaltung der Dienstpflicht.....	218
D)	Beschränkung der Vergleichbarkeit auf längere Dienstleistungen.....	220
E)	Fazit.....	220
4.	Sonderprobleme im Zusammenhang mit der Frage nach der Dienstpflicht.....	223
A)	Recht zur Manipulation des Lebenslaufs?	223
B)	Recht, die Art der Dienstleistung zu verschweigen?	223

Teil 3: Rechtsansprüche und deren Durchsetzung..... 225

1.	Kapitel: Überblick über die Sanktionsfolgen gemäss Art. 5 GIG... 225	
I.	Klagemöglichkeiten gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG..... 225	
1.	Vorbemerkungen..... 225	
2.	Unterlassungsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a GIG..... 225	
3.	Beseitigungsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG	226

4.	Feststellungsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c GIG	227
5.	Anspruch auf Bekanntmachung des Urteils i.S.v. Art. 28a Abs. 2 ZGB?	228
6.	Lohnzahlungsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG	229
7.	Ausschluss der Klagemöglichkeiten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GIG im Rahmen einer Anstellungsdiskriminierung	230
	A) Grundsatz	230
	B) Ausschluss der Feststellungsklage?	231
	a) <i>Aufriss der Problematik</i>	231
	b) <i>Ermittlung der Tragweite von Art. 5 Abs. 2 GIG durch Auslegung</i>	231
	c) <i>Fazit</i>	233
II.	Entschädigungsanspruch gemäss Art. 5 Abs. 2–4 GIG	233
	1. Vorbemerkungen	233
	2. Charakter und Funktion der Entschädigung	234
III.	Vorbehalt weiterer Ansprüche gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG	236
2.	Kapitel: Überblick über das Verfahren zur Durchsetzung der Rechtsansprüche	239
I.	Vorbemerkungen	239
II.	Bundesrechtliche Verfahrensvorgaben im Gleichstellungs- prozess	239
	1. Grundsatz	239
	2. Gerichtsstand	240
	3. Verfahrensgrundsätze i.S.v. Art. 343 OR	241
	A) Einfaches und rasches Verfahren	241
	a) <i>Grundsatz</i>	241
	b) <i>Schranken der autonomen Ausgestaltung des einfachen und raschen Verfahrens durch das Gleichstellungsgesetz</i>	243
	B) Kostenlosigkeit des Verfahrens	243
	C) Unentgeltliche Rechtspflege	246
	D) Untersuchungsmaxime	248
	E) Freie Beweiswürdigung	249
III.	Beweis im Gleichstellungsprozess	250
	1. Vorbemerkungen	250
	2. Beweismass	251
	3. Beweislast	253
	A) Sinn und Zweck von Beweislastregelungen	253
	B) Regelbeweislastverteilung nach Art. 8 ZGB	254
	4. Beweislastregelung im Gleichstellungsgesetz	254
	A) Ratio legis	254

B)	Glaubhaftmachung und Gegenbeweis (1. Stufe)	255
C)	Beweislastumkehr und Beweis des Gegenteils (2. Stufe).....	257
D)	Geltungsbereich von Art. 6 GlG	258
a)	<i>Von Art. 6 GlG erfasste Tatbestände</i>	258
b)	<i>Entstehungsgeschichte</i>	258
c)	<i>Rechtfertigung des Ausschlusses vorvertraglichen Diskriminierungen?</i>	259
d)	<i>Anwendbarkeit von Art. 6 GlG im Kontext von Art. 5 Abs. 5 GlG</i>	260
5.	Exkurs: Europarechtliche Grundlagen und Konformität der schweizerischen Lösung	261
IV.	Schlichtungsverfahren.....	263
1.	Allgemeines	263
2.	Ausgestaltung und Zusammensetzung der Schlichtungsbehörden	264
3.	Fakultative oder obligatorische Schlichtung.....	264
4.	Umfang der sachlichen Zuständigkeit	265
5.	Anforderungen an das Schlichtungsbegehren.....	266
6.	Anrufungsfrist	266
7.	Beweismittel und einfacher Schriftenwechsel	267
8.	Anwesenheit und Verbeiständung	267
9.	Kostenlosigkeit des Verfahrens	268
10.	Einigung und Entscheidbefugnis	268
11.	Ausschluss der staatlichen Schlichtungsstellen	269
12.	Bedeutung und Charakteristik des Schlichtungsverfahrens in der Praxis	269
13.	Ausblick auf die Schweizerische Zivilprozessordnung.....	270
V.	Verbandsklagerecht.....	274
1.	Sinn und Zweck	274
2.	Entstehungsgeschichte	275
3.	Aktiv- und Passivlegitimation.....	276
A)	Aktivlegitimation	276
a)	<i>Grundsatz</i>	276
b)	<i>Zeitliche Anforderung</i>	277
c)	<i>Verteidigung eines kollektiven Interesses</i>	277
d)	<i>Abhängigkeit von der Zustimmung bzw. Beteiligung der betroffenen Person?</i>	278
e)	<i>Abhängigkeit von der Verbandsmitgliedschaft der betroffenen Person?</i>	279
f)	<i>Beschränkung auf Feststellungsklagen</i>	279
B)	Passivlegitimation	281

4.	Vorgängige Information und Anhörung der Arbeitgebenden .	281
5.	Anwendung der Verfahrens- und Beweislast erleichterung	282
6.	Bedeutung in der Praxis	283
7.	Nichtanstellung im Besonderen	283
8.	Ausblick auf die Schweizerische Zivilprozessordnung	285
9.	Europäische Grundlagen	286
3.	Kapitel: Verfahren zur Durchsetzung des Entschädigungs-	
	anspruchs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG im Besonderen.....	289
I.	Sachlegitimation.....	289
1.	Aktivlegitimation	289
A)	Begriff	289
B)	Kreis der Aktivlegitimierten	289
2.	Passivlegitimation	293
A)	Begriff und Abgrenzung	293
B)	Kreis der Passivlegitimierten sowie Regressmöglich-	
	keit.....	293
	a) Grundsatz.....	293
	b) Haftung für Arbeitnehmende	293
	c) Organhaftung.....	295
	d) Passivlegitimation im Konzern.....	295
	e) Passivlegitimation mehrerer Arbeitgebenden.....	296
	f) Passivlegitimation bei Handlungen betriebs-	
	fremder Dritter	297
	aa) Passivlegitimation sowie Regressmöglichkeit	297
	bb) Auskunftsanspruch	298
II.	Klagefrist.....	300
III.	Beweis der Anstellungsdiskriminierung	304
1.	Vorbemerkungen.....	304
2.	Schriftliche Begründung der Nichtanstellung.....	305
A)	Ratio legis	305
B)	Form des Begründungsbegehrens	305
C)	Frist des Begründungsbegehrens	305
D)	Inhalt der Begründung	306
E)	Form der Begründung	307
F)	Frist der Begründung	307
G)	Folgen verweigerter oder unwahrer Begründung	308
H)	Nachschieben von Nichtanstellungsgründen	310
I)	Würdigung	312
3.	Erforderliches Beweismass	313
4.	Fazit.....	315

4. Kapitel: Entschädigung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG	317
I. Höhe der Entschädigung	317
II. Berechnungsgrundlage	317
III. Bemessung	319
1. Grundsatz	319
2. Schwere der Rechtsverletzung	320
3. Wirtschaftliche Lage der Arbeitgeberschaft	322
4. Soziale und wirtschaftliche Lage der nichtangestellten Person?	323
5. Verhalten der Parteien nach der diskriminierenden Nichtanstellung	324
6. Im Falle mehrerer AnsprecherInnen	326
A) Bestimmung des Höchstbetrages	326
B) Bestimmung der individuellen Entschädigung	327
a) <i>Problemstellung und Lösungsansätze</i>	327
b) <i>Eigener Lösungsansatz</i>	329
IV. Würdigung der Entschädigungsregelung vor dem Hintergrund des internationalen und europäischen Rechts	333
1. Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelf des für die Schweiz geltenden internationalen Rechts	333
2. Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelf des Europäischen Rechts	335
3. Fazit	337
V. Suche nach Sanktionsalternativen de lege ferenda	339
1. Aufriss der Problematik	339
2. Anstellungsanspruch	340
A) Allgemeines	340
B) Problematik der Bestimmung der anspruchsligitimierten Person	341
C) Problematik der Bestimmung des Schicksals der im diskriminierenden Selektionsverfahren eingestellten Person	342
D) Frage der Zweckmässigkeit eines Kontrahierungszwanges	342
E) Vereinbarkeit mit der grundrechtlich geschützten Privatautonomie	343
a) <i>Privatautonomie und Vertragsfreiheit</i>	343
b) <i>Beschränkbarkeit der Vertragsfreiheit mittels Kontrahierungszwang</i>	344
F) Fazit	347
3. Differenzierung nach Best- und Minderqualifizierten	348

4. Höhe der Entschädigung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Arbeitgeberschaft.....	351
5. Abstellen auf den Durchschnittslohn als Bemessungsgrundlage.....	354
6. Kombination Straftatbestand/Entschädigung	357
5. Kapitel: Schadenersatz und Genugtuung i.S.v. Art. 5 Abs. 5 GIG. 361	
I. Schadenersatz.....	361
1. Grundsatz	361
2. Verhältnis von Schadenersatz zur Entschädigung	361
3. Schadenersatz aus culpa in contrahendo.....	363
4. Schadenersatz aus unerlaubter Handlung	365
II. Genugtuung	367
1. Grundsatz	367
2. Anspruchsvoraussetzungen.....	367
3. Verhältnis der Entschädigung zur Genugtuung	369
4. Höhe und Art der Genugtuung.....	371
 Zusammenfassende Schlussbetrachtungen.....	 375
 Urteilsverzeichnis	 395
Sachregister	403