

Kathrin Arioli/Felicitas Furrer Iseli

Die Anwendung des
Gleichstellungsgesetzes "cwh"
"Anwendung des Gleichstellungsgesetzes"



Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
Bureau federal de l'egalit  entre femmes et hommes
Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo
Uffizi federal per l'equalit  tranter dunna ed um



Helbing & Lichtenhahn
Basen • Genf • M nchen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII

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

Teil 1: Grundlagen	5
-------------------------------------	----------

1. Kapitel: Geltungsbereich des Gleichstellungsgesetzes: Anwendbarkeit auf privatrechtliche und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse	7
§ 1 <i>Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Sektor</i>	8
I. Charakteristika des privatrechtlichen Arbeits- verhältnisses	8
II. Zulässigkeit von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen bei öffentlichrechtlichen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern	8
III. Anwendungsfälle	11
A. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei Bund, Kantonen und Gemeinden	11
B. Personal von selbständigen öffentlichen Anstalten	12
C. Personal von staatlich subventionierten Institutionen	12
§ 2 <i>Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse</i>	13
I. Charakteristika des öffentlichrechtlichen Arbeits- verhältnisses	13
II. Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse im engeren und im weiteren Sinne	13
A. Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse im engeren Sinne	13
B. Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse im weiteren Sinne	14
1. Magistratspersonen	14
2. Mitglieder von ausserparlamentarischen Kommissionen	15

Inhaltsverzeichnis

III. Arten von öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen	16
A. Unterscheidung nach der Art der Begründung des Arbeitsverhältnisses	16
1. Begründung durch Verfügung oder durch Vertrag	16
2. Begründung durch Volks-oder Behörden wähl	19
B. Unterscheidung nach der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	20
2. Kapitel: Die wichtigsten Formen staatlichen Handelns im Bereich der öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse	23
<i>§ 1 Die Verfügung</i>	<i>24</i>
I. Wesen und Begriff der Verfügung	24
II. Kasuistik	25
III. Form und Inhalt der Verfügung	27
IV. Verfügungsarten	28
A. Rechtsgestaltende Verfügung	28
B. Feststellende Verfügung	28
C. Mitwirkungsbedürftige Verfügung	30
D. Negative Verfügung	30
E. Verweigernde Verfügung und Anspruch auf Erlass einer Verfügung	31
V. Begründung von Verfügungen und Rechtsmittel- belehrung	32
A. Begründung	32
1. Anforderungen an die Begründung	32
2. Fehlende oder fehlerhafte Begründung	34
B. Rechtsmittelbelehrung	35
1. Anforderungen an die Rechtsmittelbelehrung	35
2. Fehlende oder fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung	35
VI. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verfügungen	37
A. Nichtigkeit	37
B. Anfechtbarkeit	38
<i>§ 2 Öffentlichrechtlicher Vertrag, innerdienstliche Anordnung und Rechtssatz</i>	<i>39</i>
I. Der öffentlichrechtliche Vertrag	39
A. Wesen und Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrags	39
B. Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrags	40
C. Rechtsschutz beim öffentlichrechtlichen Vertrag	42

1. Allgemeines	42
2. Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht	43
II. Die innerdienstliche Anordnung	44
A. Wesen und Begriff der innerdienstlichen Anordnung	44
B. Kasuistik	44
C. Rechtsschutz bei der innerdienstlich Anordnung	45
1. Allgemeines.	45
2. Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht	46
III. Rechtssatz (Erlass)	47
Teil 2: Materielles Recht	49
3. Kapitel: Die Rechtsansprüche gemäss Art. 5 GIG bei verschiedenen Diskriminierungstatbeständen	51
§ 1 Die einzelnen Ansprüche gemäss Art. 5 GIG.	51
I. Die Ansprüche gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG.	51
A. Der Unterlassungsanspruch gemäss lit. a	51
B. Der Beseitigungsanspmch gemäss lit. b.	52
C. Der Feststellungsanspruch gemäss lit. c.	53
D. Der Anspruch auf Lohnzahlung gemäss lit. d.	54
II. Ablehnung einer Anstellung	54
A. Erstmalige Begründung eines Arbeitsverhältnisses	54
1. Bewerbung	55
2. Wahl- bzw. Anstellungskriterien	57
a) Einschränkungen für Wahl auf Amtsdauer und Zulassungsbeschränkungen für Doppel- verdienende.	58
b) Vorrangige Berücksichtigung des einen Geschlechts bei gleichwertiger Qualifikation	59
3. Eröffnung der Ablehnungsverfügung	62
B. Ansprüche	64
1. Ansprüche der abgewiesenen Bewerberinnen und Bewerber allgemein	64
2. Entschädigungsanspruch gemäss Gleichstellungs- gesetz	65
C. Rechtsschutz	66
1. Die Anfechtung der Abweisung einer Bewerbung	66
2. Beweislast	67

Inhaltsverzeichnis

Exkurs: Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf die diskriminierende Nichtwahl durch die Stimmberechtigten oder das Parlament	69
III. Nichtbeförderung	93
A. Voraussetzungen für die Beförderung	71
1. Allgemein	71
2. Vorrangige Berücksichtigung des einen Geschlechts	72
B. Abgrenzung zu anderen Diskriminierungstatbeständen	72
1. Begründung eines Dienstverhältnisses	72
2. Aufgabenzuteilung	73
3. Lohngleichheit	73
C. Ansprüche bei ungerechtfertigter Nichtbeförderung allgemein	74
D. Ansprüche bei diskriminierender Nichtbeförderung	75
IV. Entschädigungsanspruch bei sexueller Belästigung	76
V. Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses	77
A. Materielle und formelle Voraussetzungen für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses	79
1. Nichtwiederwahl	79
2. Entlassung	81
3. Kündigung	82
B. Ansprüche bei ungerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses allgemein	83
C. Ansprüche bei diskriminierender Auflösung des Arbeitsverhältnisses	85
1. Allgemein	85
2. Bei Rache Kündigung	88
VI. Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung	89
A. Allgemeines	89
B. Voraussetzungen der Staatshaftung	90
1. Gesetzliche Grundlage	91
2. Schaden	91
3. Geschädigte Person	91
4. Personen, für deren Verhalten der Staat haftbar werden kann	92
5. Schädigende Tätigkeit	92
a) Handlung oder Unterlassung	92
b) Ausübung einer amtlichen Tätigkeit	93

Inhaltsverzeichnis

6. Widerrechtlichkeit	94
7. Adäquater Kausalzusammenhang	94
8. Verschulden.	94
9. Schadenersatz und Genugtuung	95
a) Ersatz von materiellem Schaden.	95
b) Genugtuung	95
C. Weitergehende Ansprüche.	96
§ 2 <i>Verjährung und Verwirkung.</i>	97
I. Problemstellung	97
II. Allgemeines zur Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht	98
A. Verjährung	98
1. Verjährung als allgemeiner Rechtsgrundsatz.	98
2. Fristenlauf	99
3. Wirkung der Verjährung	99
B. Verwirkung	100
III. Verjährung vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz	100
A. Allgemeines.	100
B. Lohngleichheitsanspruch.	101
1. Verjährung	101
2. Verwirkung?	102
3. Weitergehende Beschränkung der Durchsetzbarkeit des Lohngleichheitsanspruchs.	103
C. Entschädigungsansprüche	104
1. Entschädigungsanspruch bei Ablehnung einer Anstellung	104
2. Entschädigungsanspruch bei sexueller Belästigung	105
D. Weitere vermögensrechtliche Ansprüche.	106
E. Schadenersatz und Genugtuung	106
IV. Verjährung nichtvermögensrechtlicher Ansprüche.	107
Teil 3: Formelles Recht.	109
4. Kapitel: Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen.	111.
§ 1 <i>Allgemeines.</i>	111
I. Einwirkungen des Bundesrechts auf das kantonale Verwaltungsverfahrenrecht	111

Inhaltsverzeichnis

II. Allgemeine Grundsätze der Verwaltungsrechtspflege'112
A. Verfahrensmaximen113
1. Official-und Dispositionsmaxime113
2. Untersuchungsmaxime113
3. Rechtsanwendung von Amtes wegen114
4. Rechtliches Gehör.114
5. Form des Verfahrens.115
B. Beweislastregeln.116
C. Kosten.und Parteientschädigung117
D. Unentgeltliche Rechtspflege.118
E. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.120
1. Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf dienst- bzw. gleichstellungsrechtliche Streitigkeiten121
a) Von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfasste dienstrechtliche "Streitigkeiten"121
b) Von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht erfasste dienst- rechtliche Streitigkeiten.123
c) Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf gleichstellungsrechtliche Streitigkeiten.124
2. Auswirkungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf das Verfahren in Diskriminierungsstreitigkeiten, ins- besondere das Öffentlichkeitsprinzip.126
§2 <i>Das streitige Verwaltungsverfahren.</i>128
I. Auf kantonaler Ebene.129
A. Beschwerdeobjekt129
B. Beschwerde- oder Rekursinstanz430
C. Beschwerdelegitimation133
D. Beschwerdegründe und Kognition.134
E. Beschwerdeformalien134
1. Beschwerdefrist134
2. Beschwerdeschrift136
F. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen138
1. Aufschiebende Wirkung138
2. Andere vorsorgliche Massnahmen.140
G. Beschwerdeentscheid141
1. Sachentscheid141
2. Reformatio in melius vel in peius.141
H. Kosten und Parteientschädigung142

Inhaltsverzeichnis

II. Auf Bundesebene	143
A. Beschwerdeobjekt	144
B. Vorinstanz	145
C. Beschwerdeinstanz	145
D. Beschwerdelegitimation	146
1. Individuen	146
2. Organisationen	147
3. Mehrere Beschwerdeführende	148
E. Beschwerdegründe und Kognition	149
1. Rechtskontrolle	149
2. Sachverhaltskontrolle	151
3. Angemessenheitskontrolle	152
F. Beschwerdeformalen	152
1. Beschwerdefrist	152
2. Beschwerdeschrift	152
G. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	153
H. Beschwerdeentscheid	155
1. Sachentscheid	155
2. Reformatio in melius vel in peius	155
I. Kosten	156
1. Kostenentscheid	156
2. Verfahrenskosten	156
3. Parteientschädigung	156
4. Unentgeltliche Rechtspflege	157
§3 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit	157
I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf kantonaler Ebene	157
A. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts	157
B. Vorinstanz und Beschwerdeobjekt	158
C. Beschwerdelegitimation	159
D. Beschwerdegründe und Kognition	159
E. Beschwerdeformalen	159
1. Beschwerdefrist	160
2. Beschwerdeschrift	160
F. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	161
1. Aufschiebende Wirkung	161
2. Andere vorsorgliche Massnahmen	162

Inhaltsverzeichnis

G. Beschwerdeentscheid	163
1. Sachentscheid	163
2. Reformatio in melius vel in peius	163
H. Kosten	164
II. Die verwaltungsrechtliche Klage auf kantonaler Ebene	164
1. Anwendungsbereich der verwaltungsrechtlichen Klage	164
2. Würdigung aus gleichstellungsrechtlicher Sicht	166
III. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf Bundesebene	168
A. Beschwerdeobjekt	168
1. Verfügung	168
2. Erlasse als Beschwerdeobjekt?	169
B. Vorinstanz	170
C. Beschwerdeinstanz und Rechtsmittelkonkurrenz	170
1. Beschwerdeinstanz	170
2. Rechtsmittelkonkurrenz	170
D. Beschwerdelegitimation	174
1. Individuen	174
2. Organisationen	174
3. Behörden	174
E. Beschwerdegründe und Kognition	175
1. Rechtskontrolle	175
2. Sachverhaltskontrolle	176
3. Angemessenheitskontrolle	176
F. Beschwerdeformalien	176
1. Beschwerdefrist	176
2. Beschwerdeschrift	177
a) Form und Inhalt	177
b) Novehrecht	177
G. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	178
1. Aufschiebende Wirkung	178
2. Andere vorsorgliche Massnahmen	178
H. Beschwerdeentscheid	178
1. Sachentscheid	178
2. Reformatio in melius vel in peius	179
I. Kosten	179
1. Kostenentscheid	179
2. Gerichtskosten	179

3. Parteientschädigung	180
4. Unentgeltliche Rechtspflege	180
IV. Die verwaltungsrechtliche Klage auf Bundesebene	181
§4 Die staatsrechtliche Beschwerde	181
A. Beschwerdeobjekt	181
1. Kantonale Erlasse	181
2. Kantone Rechtsanwendungsakte	182
B. Vorinstanz	182
C. Beschwerdeinstanz und Rechtsmittelkonkurrenz	183
D. Beschwerdebefugnis	184
1. Verletzung von rechtlich geschützten Interessen	184
2. Aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse	185
3. Legitimation von Verbänden	185
E. Beschwerdegründe und Kognition	186
1. Beschwerdegründe	186
2. Kognition	187
F. Beschwerdeformalien	189
1. Beschwerdefrist	189
2. Beschwerdeschrift	189
a) Form und Inhalt	189
b) Novenrecht	189
G. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	190
H. Beschwerdeentscheid	190
1. Abweisung	190
2. Gutheissung	190
I. Kosten	191
5. Kapitel: Schlichtungsverfahren und Fachkommission	
Gleichstellungsgesetz	193
§ 1 Allgemeines	193
§2 Die Fachkommission für das Bundespersonal	193
I. Zuständigkeit	194
II. Aufgabe	195
III. Organisation	195
A. Zusammensetzung	195
B. Wahl	196
IV. Verfahren	196

Inhaltsverzeichnis

§ 3	<i>Schlichtungsverfahren in den Kantonen</i>	197
I.	Allgemeines	197
A.	Gesetzliche Regelung von Art. 11 GIG und Art. 13 Abs. 3 GIG	197
B.	Ausdehnung der Zuständigkeit der Schlichtungsstellen auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse	198
II.	Das Schlichtungsverfahren für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse in den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Genf und Zürich	198
A.	Zuständigkeit	199
B.	Aufgabe	199
C.	Organisation	200
1.	Wahl	200
2.	Zusammensetzung	200
3.	Besetzung	200
D.	Parteien	201
E.	Verfahren	202
1.	Freiwilliges oder obligatorisches Verfahren	202
2.	Einleitung des Verfahrens	202
3.	Abschluss des Verfahrens	204
a)	Nichteinigung	204
b)	Einigung	204
§ 4	<i>Innerbetriebliches Verfahren bei sexueller Belästigung</i>	205
I.	Verfahrensrechtliche Regelungen in den Kantonen Basel-Stadt und Bern	205
A.	Die Änderung des Beamtengesetzes im Kanton Basel-Stadt	205
1.	Informelles Verfahren	206
2.	Formelles Beschwerdeverfahren	206
B.	Das Konzept «Gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz» des Kantons Bern	207
II.	Würdigung	208
III.	Verhältnis zwischen dem formellen internen Beschwerdeverfahren und dem Schlichtungsverfahren	208
Teil 4:	Sonderfragen	211
6. Kapitel:	Das Bearbeiten von Personendaten im Spannungsfeld von Datenschutz und Gleichstellungsgesetz	213
§1	<i>Allgemeines</i>	213

Inhaltsverzeichnis

§ 2 Aufbewahrung von Personendaten bei der Ablehnung einer Anstellung	214
§3 Bekanntgabe von Personendaten	215
I. Datenschutz vor Einleitung eines Verfahrens	216
A. Bei Einwilligung der betroffenen Person	216
B. Ohne Einwilligung der betroffenen Person	216
II. Datenschutz im Verfahren vor der Begutachtenden Fachkommission Gleichstellungsgesetz und im Schlichtungsverfahren	218
A. Im Bund	218
B. In den Kantonen	218
III. Datenschutz im streitigen Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege	220
A. Im Bund . . . 1:	220
B. In den Kantonen	222
Teil 5: Fazit	223
7. Kapitel: Forderungskatalog de lege ferenda	225
§ 1 Ausgestaltung von öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen	225
§2 Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses	225
I. Entschädigung	225
II. Rache Kündigung	226
III. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde	227
§ 3 Verjährung	228
§4 Rechtsschutz	228
I. Rechtsweg: Einheitliches Verfahren	228
II. Beschwerdelegitimation des zuständigen Departements bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde	228
III. Rechtsschutz bei Gesamtarbeitsverträgen	229
IV. Schlichtungsverfahren	230
§ 5 Datenschutz	231
Stichwortregister	233