



Urteil vom 7. August 2018

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
Bruno Habegger, Habegger Biedermann Rechtsanwälte,
Wiesenstrasse 1, Postfach 1538, 4901 Langenthal,
Beschwerdeführer,

gegen

Gruppe Verteidigung,
Stéphanie Handschin,
Armeestab, Personalrecht Gruppe Verteidigung,
Bolligenstrasse 56, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichtanstellungsverfügung.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geboren am (...), schloss am (...) mit der Gruppe Verteidigung/Luftwaffe einen Arbeitsvertrag über ein auf ein Jahr befristetes Arbeitsverhältnis als (...) ab (Zeitmilitärstelle). Vertragsgemässer Beginn des Arbeitsverhältnisses war der (...), vertragsgemässes Ende (...); effektiv trat A._____ die Stelle am (...) an.

B.

Am (...) bewarb sich A._____ erneut für die gleiche, wieder ausgeschriebene Zeitmilitärstelle. Mit Schreiben vom (...) teilte ihm der Kommandant der (...) mit, eine Verlängerung der Anstellung sei leider nicht möglich, da die (...) nur bis Ende (...) über die Stelle verfüge.

C.

Nach Korrespondenz in der Sache kam es am (...) zu einer Besprechung zwischen A._____ und dem Personaldienst (...). Dieser machte Ausführungen zu den Kriterien, die bei der Besetzung von Zeitmilitärstellen zu berücksichtigen seien. Mit Schreiben vom (...) erklärte A._____, er habe den Eindruck, er sei wegen seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) nicht angestellt worden. Gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7443/2015 vom 18. Juli 2016 ersuche er um den Erlass einer anfechtbaren Nichtanstellungsverfügung, damit geklärt werden könne, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (GIG, SR 151.1) vorliege.

D.

Mit Schreiben vom (...) stellte die Gruppe Verteidigung (Luftwaffe) A._____ den Erlass einer Feststellungsverfügung in Aussicht, wonach das erwähnte befristete Arbeitsverhältnis am (...) geendet habe und nicht verlängert worden sei. Zudem gab sie ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Am (...) machte A._____ von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch.

E.

Mit Verfügung vom (...) stellte die Gruppe Verteidigung/Luftwaffe fest, das erwähnte befristete Arbeitsverhältnis habe infolge Ablaufs der Vertragsdauer per (...) geendet und sei nicht verlängert worden. In der Begründung brachte sie unter anderem vor, es liege keine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und damit auch kein Verstoß gegen das GIG vor. Die erwähnte Zeitmilitärstelle erscheine nicht mehr im Organigramm bzw.

sei nicht mehr vorhanden. A. _____ könne zudem wegen seines Alters die Bedingungen für eine Anstellung als angehender Berufsoffizier nicht mehr erfüllen.

F.

Gegen diese Verfügung der Gruppe Verteidigung/Luftwaffe (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am (...) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, es sei die Verfügung aufzuheben und ihm eine gerichtlich zu bestimmende Entschädigung wegen diskriminierender Nichtbeförderung, eventualiter eine Entschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen wegen diskriminierender Nichtanstellung zuzusprechen. Ausserdem sei ihm eine Genugtuung im Umfang von mindestens Fr. 20'000.– zuzusprechen. In prozessualer Hinsicht ersucht er um Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis das von ihm bei der Schlichtungsbehörde gemäss GIG für das Personal der Bundesverwaltung eingeleitete Schlichtungsverfahren rechtskräftig erledigt worden sei.

Zur Begründung bringt er in materieller Hinsicht zusammengefasst vor, aus den Umständen des vorliegenden Falls ergebe sich zweifelsfrei eine Diskriminierung aufgrund seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) und damit eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG. Obschon die Parteien bis anhin von einer Nichtanstellung gesprochen hätten, stelle sich weiter die Frage, ob es sich allenfalls um eine Nichtbeförderung handle, sei es doch im hier interessierenden Bereich üblich, dass das befristete Arbeitsverhältnis weitergeführt werde. Da eine Diskriminierung im erwähnten Sinn vorliege, stehe ihm nach dem GIG eine –im Falle einer diskriminierenden Nichtanstellung lediglich auf drei Monate begrenzte (vgl. Art. 5 Abs. 4 GIG) – Entschädigung zu. Da Diskriminierungen grundsätzlich eine Verletzung der Persönlichkeit darstellten, habe er nach Art. 5 Abs. 5 GIG zudem Anspruch auf eine Genugtuung. Bei deren Festsetzung sei zu berücksichtigen, dass er nicht bloss im Zusammenhang mit der Nichtanstellung/Nichtbeförderung Diskriminierung erfahren habe, sondern die systematische Diskriminierung über Jahre hinweg erfolgt sei.

G.

Am (...) äussert sich die Vorinstanz zum Sistierungsgesuch des Beschwerdeführers und beantragt dessen Abweisung. Am (...) informiert die Schlichtungsbehörde das Bundesverwaltungsgericht über das vom Beschwerdeführer eingeleitete Schlichtungsverfahren. Zudem ersucht sie um einen

Entscheid über das Sistierungsgesuch, damit sie das Schlichtungsverfahren organisieren könne. Mit Zwischenverfügung vom (...) heisst der Instruktionsrichter das Sistierungsgesuch gut und sistiert das Beschwerdeverfahren bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens.

H.

Am (...) stellt die Schlichtungsbehörde dem Bundesverwaltungsgericht ein Doppel des Protokolls der Schlichtungsverhandlung vom (...) zu und ersucht um Fortführung des Beschwerdeverfahrens. Dem zugestellten Protokoll ist zu entnehmen, dass an der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte und das Schlichtungsverfahren geschlossen wurde.

I.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom (...) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung bringt sie namentlich vor, die Zeitmilitärstelle, für die sich der Beschwerdeführer beworben habe, existiere nicht mehr, obwohl sie irrtümlich noch für eine gewisse Dauer ausgeschrieben worden sei. Ein Teil der Aufgaben, die der Beschwerdeführer während seiner befristeten Anstellung wahrgenommen habe, sei auf einen Berufsoffizier übertragen worden. Die genannten Umstände seien auf die veränderten Bedingungen im Rahmen der Weiterentwicklung der Armee (WEA) ab Januar 2018 zurückzuführen und stünden in keinem Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer bzw. dessen sexueller Orientierung. Einen Zusammenhang zwischen der Nichtanstellung und der sexuellen Ausrichtung habe dieser nicht glaubhaft machen können. Eine diskriminierende Nichtanstellung gemäss Art. 3 GIG liege somit nicht vor.

J.

Der Beschwerdeführer hält in seinen Bemerkungen vom (...) an seinen Rechtsbegehren fest, äussert sich zu gewissen Vorbringen der Vorinstanz und macht einige ergänzende Ausführungen. Mit Schreiben vom (...) erkundigt er sich weiter, wie sich das weitere Beschwerdeverfahren gestalte. Mit Verfügung vom (...) erklärt der Instruktionsrichter, die Angelegenheit werde als spruchreif betrachtet; weitere Instruktionsmassnahmen blieben vorbehalten.

K.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern diese von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt (vgl. Art. 31 VGG).

1.1.1 Gemäss Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG hat eine Person, die durch die Abweisung ihrer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert wird, (lediglich) Anspruch auf eine Entschädigung. Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG kann sie diese direkt mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung verlangen. Zwar muss sie – wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-7443/2015 vom 18. Juli 2016 festhielt – wegen Art. 34 Abs. 3 BPG zunächst eine entsprechende Verfügung verlangen, wobei sie auf die Diskriminierung hinzuweisen und ihr Vorbringen zumindest ansatzweise zu konkretisieren hat. Der darauf von der Behörde in Verfügungsform erlassene Nichtanstellungsentscheid – und wegen Art. 34 Abs. 3 BPG nur dieser und nicht bereits der ursprüngliche Nichtanstellungsentscheid (vgl. das zitierte Urteil des BVGer) – ist dann aber von Gesetzes wegen als anfechtbare Verfügung zu qualifizieren. Stammt er von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der dagegen gerichteten Beschwerde zuständig, richtet sich der Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 13 Abs. 1 Satz 1 GIG doch, soweit hier von Interesse, nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

1.1.2 Vorliegend erhielt der Beschwerdeführer auf seine Bewerbung für die erwähnte Zeitmilitärstelle insofern einen abschlägigen Bescheid, als ihm die Vorinstanz mit Schreiben vom (...) mitteilte, diese Stelle bestehe lediglich bis Ende (...), weshalb eine Verlängerung seiner bis zu diesem Zeitpunkt laufenden, befristeten Anstellung gemäss dem Arbeitsvertrag vom

(...) nicht möglich sei. In der Folge ersuchte er um Erlass einer anfechtbaren Nichtanstellungsverfügung, damit geklärt werden könne, ob anstelle des von der Vorinstanz genannten Grundes nicht vielmehr die von ihm vermutete Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Grund für seine Nichtanstellung sei. Die Vorinstanz erliess darauf den angefochtenen Entscheid, mit dem sie den Diskriminierungsvorwurf des Beschwerdeführers zurückweist und an ihrer Darstellung festhält, die fragliche Stelle gäbe es nicht mehr.

Zwar handelt es sich bei diesem Entscheid nicht in dem Sinn um einen Nichtanstellungsentscheid, als die Vorinstanz es ablehnen würde, den Beschwerdeführer für die fragliche Stelle zu berücksichtigen, besteht diese gemäss ihrer Darstellung doch gerade nicht mehr. Mit dem Entscheid wird dem Beschwerdeführer jedoch ebenfalls die von ihm gewünschte Anstellung – hingegen nicht, wie er nahelegen versucht, die Beförderung – versagt. Damit liegt mit Blick auf den Schutzzweck von Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor. Der Entscheid stammt ausserdem von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG, eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt zudem nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer nahm am Verfahren, das zum angefochtenen Entscheid führte, teil. Er kann mit seiner Beschwerde zwar nicht dessen Aufhebung oder Abänderung, jedoch die Ausrichtung einer Entschädigung verlangen (vgl. E. 1.1.1) und hat entsprechend ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung. Ob sein mehr als bloss ansatzweise konkretisierter Vorwurf, er sei wegen seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) nicht angestellt und damit aufgrund seines Geschlechts diskriminiert worden, zutrifft, ist dabei nicht im Rahmen der Eintretensprüfung, sondern im Rahmen der materiellen Prüfung zu beurteilen. Seine Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen.

1.3 Die Beschwerde wurde ausserdem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), weshalb darauf einzutreten ist.

2.

2.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, eine Schwangerschaft. Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (vgl. Art. 3 Abs. 2 GIG).

2.2 Nach der Botschaft zum GIG hat die Aufzählung der drei Kriterien in Abs. 1 von Art. 3 GIG – wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt – keinen abschliessenden Charakter. Als weiteres Beispiel könne etwa die sexuelle Orientierung erwähnt werden, soweit diese geeignet sei, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts zu benachteiligen (BBJ 1993 1297). In der Literatur und der Praxis zum GIG wird – soweit ersichtlich – teilweise weiter gehend davon ausgegangen, Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, insbesondere wegen Homosexualität, seien stets als Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG zu qualifizieren (vgl. ELISABETH FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2009, Art. 3 N. 17; www.gleichstellungsgesetz.ch, ZH Fall 71). Die generelle Qualifikation von Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, insbesondere wegen Homosexualität, als Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG, ohne dass diese Diskriminierungen geeignet wären, ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts zu benachteiligen, ist mit der ratio legis des GIG indes nicht vereinbar, zumal sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein können und es entsprechend an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehlt (vgl. JAKOB UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis [Art. 3 Abs. 2 GIG], 2009, S. 20 Rz. 53., S. 20 Rz. 53).

2.3 An dieser Beurteilung ändert nichts, dass – soweit ersichtlich – auch in der Literatur zu Art. 8 Abs. 2 BV teilweise in allgemeiner Weise davon ausgegangen wird, Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung fielen unter das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl. 2014, Art. 8 N. 70). WALDMANN führt in diesem Zusammenhang grundsätzlich überzeugend aus, die sexuelle Orientierung als „innere sexuelle Präferenz“ etwa für das eigene Geschlecht lasse sich keinem der in Art. 8 Abs. 2 BV

genannten Merkmale zuordnen, sondern sei ein eigenständiges Persönlichkeitsmerkmal. Da dieses Merkmal gleichwohl von Art. 8 Abs. 2 BV erfasst werde, sei es zudem nicht (mehr) nötig, Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung wegen der Schutzwirkung unter die Tatbestandsgruppe der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu subsumieren (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, 2015, Art. 8 N. 71 und 85; DERS., Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 609, wo er eine entsprechende Subsumtion pointiert als „Auslegungsakrobatik“ bezeichnet).

2.4 Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, insbesondere wegen Homosexualität, kommen nach dem Gesagten somit nur dann als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG in Frage, wenn sie geeignet sind, ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts zu benachteiligen. Solches ist etwa der Fall, wenn die Arbeitgeberschaft zwar gewillt ist, homosexuelle Frauen anzustellen, nicht aber homosexuelle Männer, oder umgekehrt (vgl. JAKOB UEBERSCHLAG, a.a.O., S. 20 Rz. 53). Damit ist zugleich gesagt, dass nur derartige Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung (grundsätzlich) in den Anwendungsbereich des GIG fallen und gegebenenfalls einen auf Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG gestützten Entschädigungsanspruch wegen diskriminierender Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses zu begründen vermögen.

3.

Aus dem vorstehend Gesagten folgt, dass der Beschwerdeführer nur dann allenfalls einen Anspruch auf die von ihm geltend gemachte Entschädigung nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG hätte – die Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildende Frage mithin allenfalls in seinem Sinn zu entscheiden wäre – wenn er im vorstehend dargelegten Sinn aufgrund seiner sexuellen Orientierung diskriminiert worden wäre. Solches macht er indes nicht geltend. Sein Vorbringen beschränkt sich vielmehr auf den Vorwurf, die Vorinstanz habe ihn wegen seiner Homosexualität nicht (mehr) angestellt. Dass die Vorinstanz Bewerbungen homosexueller Männer für Zeitmilitärstellen oder für andere verfügbare Stellen generell nicht berücksichtige, solche homosexueller Frauen dagegen schon, bringt er hingegen nicht vor. Ebenso wenig macht er geltend, sie berücksichtige generell keine Bewerbungen homosexueller Interessenten und Interessentinnen, doch wirke sich dies überwiegend zu Ungunsten Ersterer aus. Eine diskriminierende Praxis dergestalt, dass die Vorinstanz Bewerbungen von Personen mit homosexueller Orientierung

generell nicht berücksichtigen und sich dies ausschliesslich oder überwiegend zum Nachteil homosexueller Männer auswirken würde, ergibt sich im Weiteren auch nicht aus den Akten. Ebenso wenig bestehen sonst Anzeichen für eine derartige Praxis.

Damit mangelt es ungeachtet der Frage, ob die fragliche Zeitmilitärstelle überhaupt weiterbestand und, falls ja, aus welchen Gründen die Vorinstanz den Beschwerdeführer nicht für diese Stelle berücksichtigte, an einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne des GIG. Dies selbst dann, wenn der Beschwerdeführer in der Tat, wie er vorbringt, aufgrund seiner Homosexualität nicht angestellt worden sein sollte. Da der Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG eine derartige Diskriminierung voraussetzt, kann dem Beschwerdeführer folglich keine derartige Entschädigung zugesprochen werden. Seine Beschwerde erweist sich entsprechend als unbegründet und ist daher abzuweisen.

4.

4.1 Das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht im Bereich der Geschlechtergleichstellung ist grundsätzlich kostenlos (vgl. Art. 13 Abs. 5 GIG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die obsiegende Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat des VBS (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Steiger

Andreas Kunz

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: