

# **BVGer A-1276/2017 vom 7. August 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1276\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1276_2017)

FR: TAF A-1276/2017 du 7 août 2018

IT: TAF A-1276/2017 del 7 agosto 2018

## **Regeste**

Bundespersonal

## **Erwägungen**

### **E. 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).

#### **E. 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.

#### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 1.3**

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

### **E. 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).

### **E. 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 weitergehend 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](http://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 GlG 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 GlG], 2009, S. 20 Rz. 53., S. 20 Rz. 53).

### **E. 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).

### **E. 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 GlG 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 GlG fallen und gegebenenfalls einen auf Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GlG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GlG gestützten Entschädigungsanspruch wegen diskriminierender Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses zu begründen vermögen.

### **E. 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 GlG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GlG 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 GlG. 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 GlG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GlG eine derartige Diskriminierung voraussetzt, kann dem Beschwerdeführer folglich keine derartige Entschädigung zugesprochen werden. Seine Beschwerde erweist sich entsprechend als unbegründet und ist daher abzuweisen.

#### **E. 4.1**

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

#### **E. 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.