

# **BVGer A-1782/2006 vom 24. Mai 2007**

Bundesverwaltungsgericht, 2007-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1782\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1782_2006)

FR: TAF A-1782/2006 du 24 mai 2007

IT: TAF A-1782/2006 del 24 maggio 2007

## **Regeste**

Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse Bund (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Im vorliegend zur Beurteilung stehenden Bereich des Bundespersonalrechts bzw. des Gleichstellungsgesetzes besteht keine derartige Ausnahme. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der Beschwerde, die sich gegen einen Beschwerdeentscheid einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG richtet, liegt daher vor (vgl. auch Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG; SR 172.220.1]). Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt bei gegebener Zuständigkeit die beim Inkrafttreten des VGG am 1. Januar 2007 bei der PRK hängigen Rechtsmittel, wobei die Beurteilung nach neuem Verfahrensrecht erfolgt (Art. 53 Abs. 2 VGG).

#### **E. 1.1**

Als vom angefochtenen Entscheid direkt Betroffene ist die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.2**

Dem in der Beschwerdeschrift gestellten Begehren auf Verpflichtung der SBB zur künftigen Einhaltung des Gleichstellungsgesetzes kann, soweit eine solche Verpflichtung sich nicht ohnehin aus Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag ergibt, nicht entsprochen werden, da ein solches abstraktes Begehren ausserhalb des mit Beschwerde anfechtbaren Streitgegenstandes liegt. Im Übrigen war die PRK und ist auch das Bundesverwaltungsgericht gegenüber den SBB nicht Aufsichtsbehörde.

#### **E. 1.3**

Auf die weiteren Anträge ihrer frist- und formgerecht eingereichten Beschwerde ist dagegen einzutreten.

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. An die Begründung der Begehren ist das Bundesverwaltungsgericht nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Dies bedeutet, dass das Gericht eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen

gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution). Als urteilende Instanz darf und soll das Bundesverwaltungsgericht dabei ohne weiteres auch Rechtsstandpunkte beiziehen, die bislang von keinem der Beteiligten erwähnt worden sind (vgl. André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 1.8 mit Hinweisen).

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei von ihrem Vorgesetzten Z.\_\_\_\_\_ gemobbt und sexuell belästigt worden. Für die im Sommer 2005 intern ausgeschriebene Stelle, um die sie sich beworben habe, sei sie einzig deshalb nicht berücksichtigt worden, weil sie den Avancen ihres Vorgesetzten Z.\_\_\_\_\_ nicht nachgekommen sei. Sie macht eine Verletzung des Gleichstellungsgebots geltend und verlangt in erster Linie eine Entschädigung bzw. Genugtuung.

### **E. 2.1**

Auf Rechte, die das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1) einräumt, kann nicht gültig verzichtet werden. Eine Parteiabrede, die das Gleichstellungsgesetz verletzt, ist entsprechend ungültig (vgl. Elisabeth Freivogel bzw. Sabine Steiger-Sackmann, in Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel und Frankfurt am Main, N 19 zu Art. 2 GlG, S. 46 bzw. N 28 zu Art. 11 GlG, S. 242). Wenn in Ziff. 6 der Austrittsvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den SBB vom 25. April 2006 festgehalten wird, dass sich die Parteien mit dem Vollzug der Vereinbarung per Saldo aller Ansprüche vollständig auseinandergesetzt haben, dürfen demnach Ansprüche, die sich auf das Gleichstellungsgesetz stützen, nicht in diese Erklärung einbezogen werden. Die SBB haben sich im vorliegenden Verfahren denn auch nie auf Ziff. 6 der Austrittsvereinbarung berufen.

### **E. 2.2**

Nach Art. 6 GlG wird bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Mit andern Worten genügt es, wenn der Richter hinreichende objektive Anhaltspunkte hat, dass die geltend gemachten Umstände mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zutreffen (vgl. Florence Aubry Girardin, Egalité salariale et décisions judiciaires, AJP/PJA 2005, S. 1067). Diese Beweislasteasenerleichterung ist im vorliegenden Fall entgegen der Meinung der SBB insoweit zu beachten, als die Nichtberücksichtigung für eine intern ausgeschriebene Stelle in Frage steht. Denn es ging im Falle der Beschwerdeführerin nicht um die erstmalige Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern um die Nichtberücksichtigung einer bereits angestellten Person für eine andere Stelle (vgl. André Moser, Der Rechtsschutz im Bund, in Peter Helbling/Tomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 547, Fn. 64 mit Hinweisen). Bezüglich des Vorwurfs der Diskriminierung durch sexuelle Belästigung käme - für sich allein genommen - die besondere Beweislastregel dagegen nicht zum Tragen; diesbezüglich gälte die allgemeine Beweislastverteilung von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210; vgl. Steiger-Sackmann, a.a.O., N 39 zu Art. 6 GlG, S. 171).

### **E. 2.3**

Bei der vorliegend in Frage stehenden Nichtberücksichtigung einer bereits angestellten Person für eine andere Stelle ist das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 3 Abs. 2 GlG zu beachten. Eine direkte Diskriminierung liegt dabei namentlich vor, wenn eine Frau für die Stelle(n) nicht berücksichtigt wird, obwohl sie besser qualifiziert ist als berücksichtigte Kollegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2004 vom 12. Oktober 2004, E. 6.1).

#### **E. 2.4**

Zur Begründung der Beschwerde wird geltend gemacht, wenn im fraglichen Bereich zwei Frauen (Y. \_\_\_\_\_ und die Beschwerdeführerin) beschäftigt werden, die sich beide über sexuelle Belästigung und Mobbing durch Z. \_\_\_\_\_ beklagen, und diese beide nicht wiedergewählt werden, sei die geschlechterbedingte Diskriminierung offensichtlich.

##### **E. 2.4.1**

Mit dem Begriff Mobbing wird allgemein ein Abstossungsverhalten bezeichnet, das von einigen oder allen Arbeitskollegen ausgeht und das die Betroffene nicht verursacht hat. Man versteht darunter negative kommunikative Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind und die sehr oft und über einen längeren Zeitraum hinaus vorkommen und damit die Beziehung zwischen Täter und Opfer kennzeichnen (vgl. Entscheid der PRK vom 28. Juni 2000, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.14, E. 5b; Manfred Rehbinder / Alexander Krausz, Psychoterror am Arbeitsplatz - Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, in Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR] 1996, S. 18 f. mit Hinweisen; Jean-Bernard Waeber; Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?, Aktuelle Juristische Praxis [AJP], 1998, S. 792; Dominique Quinton, Le concept du mobbing - cas cliniques, in Harcèlement au travail, Arbeitsrecht in der Praxis, Band 22, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 66 ff.) Allein aufgrund des Umstandes, dass berufliche Beziehungen Konflikt belastet sind oder eine schlechte Stimmung am Arbeitsplatz herrscht oder ein Vorgesetzter nicht vollständig und immer seinen Pflichten gegenüber seinen Mitarbeitenden nachgekommen ist, darf freilich nicht auf Mobbing geschlossen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.404/2005 vom 10. März 2006, E. 3.2 mit Hinweisen; Urteil der Rekurskommission des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2005, veröffentlicht in VPB 70.4, E. 4.4.1).

##### **E. 2.4.2**

Sexistische Sprüche sowie anzügliche und peinliche Bemerkungen fallen ihrerseits unter den Begriff der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 4 GlG (BGE 126 III 397 E. 7/bb; Urteile des Bundesgerichts 2A.404/2006 vom 9. Februar 2007, E. 6.1, 4C.289/2006 vom 5. Februar 2007, E. 3.1 und 4C.276/2004 vom 12. Oktober 2004, E. 3).

##### **E. 2.4.3**

Aus den Akten des vorliegenden Verfahrens ergibt sich einerseits, dass der Vorwurf der sexuellen bzw. sexistischen Belästigung durch Z. \_\_\_\_\_ an sich teilweise begründet ist. Anzügliche Bemerkungen und Andeutungen sowie unerwünschte Einladungen in den Ausgang werden selbst seitens der SBB nicht bestritten. Allfällige Ansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber den SBB gestützt auf Art. 5 Abs. 3 GlG oder gegenüber Z. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 41 ff. OR stehen hier indes nicht zur Beurteilung. Ansprüche aus sexueller Belästigung sind nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheides, der nur die Nichtwahl der Beschwerdeführerin betrifft; es wird auch nicht geltend gemacht, der Entscheid habe sich zu Unrecht nicht mit dieser Frage auseinandergesetzt. Die Entschädigungsansprüche gemäss Art. 5 Abs. 3 GlG würden damit ausserhalb des

Streitgegenstandes liegen und sind im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Die Eingaben der Beschwerdeführerin lassen andererseits nicht erkennen, dass Verhaltensweisen gegeben sind, die als Mobbing zu bezeichnen wären. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Indizien sind entweder sehr pauschal gehalten und nicht weiter belegt (Vorwurf vieler kleiner Schikanen) oder stellen von ihrer Tragweite her kein systematisches Vorgehen seitens des Vorgesetzten dar (Vorwurf der Aufnahme in die Ablöserliste), so dass der Tatbestand des Mobbings als nicht erfüllt zu erachten ist. Zu prüfen ist mithin, ob die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin für die im Sommer 2005 ausgeschriebene Stelle darauf zurückzuführen ist, dass sie von ihrem Vorgesetzten Z.\_\_\_\_\_ sexuell belästigt worden bzw. seinen Avancen nicht nachgekommen ist.

#### **E. 2.4.4**

Wie den von den SBB am 13. Februar 2007 nachgereichten Unterlagen zu entnehmen ist, wurden im Rahmen dieses Wahlverfahrens die Kriterien (Krankheits)Absenzen, (Personal-)Beurteilung, Einsatz, Zusammenarbeit, Fachwissen und Allgemeines detailliert zusammengetragen und ausgewertet. Mit der Vorinstanz ist dabei festzustellen, dass die besondere Erwähnung einzelner Elemente aus der Personalbeurteilung (Einsatz, Zusammenarbeit, Fachwissen und Allgemeines) als zusätzliche bzw. separate Kriterien wohl wenig sinnvoll ist, ohne dass daraus freilich abzuleiten wäre, die Wahl sei nicht auf der Basis objektiver Kriterien erfolgt, zumal diese bei allen Personen gleich angewandt wurden. Anhand dieser Auswertung ergab sich die Reihen- bzw. Rangfolge der Mitarbeitenden, wovon die letzten sieben nicht berücksichtigt werden konnten, darunter die Beschwerdeführerin, die sich auf dem zweitletzten Platz befand.

#### **E. 2.4.5**

Grundlage für den Wahlentscheid bildeten vorliegend somit die Personalbeurteilungen bzw. deren einzelne Elemente. Nach dem geltenden Bundespersonalrecht werden Mitarbeiterbeurteilungen gegebenenfalls mit einer Differenzbereinigung bzw. einem Zweitgespräch und nicht mit einer beschwerdefähigen Verfügung abgeschlossen. Sie sind deshalb auch nicht mit Beschwerde bei der PRK bzw. beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Mit Beschwerde anfechtbar sind grundsätzlich erst allfällige gestützt auf die Personalbeurteilung getroffene Verfügungen zum Arbeitsverhältnis, sofern diese Verfügungen nicht ihrerseits von der Anfechtung bei der PRK bzw. beim Bundesverwaltungsgericht ausgenommen sind. Ist eine solche Verfügung - wie vorliegend - mit Beschwerde anfechtbar und liegen ihr Mitarbeiterbeurteilungen zu Grunde, so können die in den Qualifikationen enthaltenen Feststellungen und Wertungen als Elemente des rechtserheblichen Sachverhalts überprüft werden. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich indes auch und insbesondere bei solchen förmlichen Personalbeurteilungen eine gewisse Zurückhaltung und entfernt sich im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle sein eigenes Ermessen (vgl. Entscheid der PRK vom 10. November 2006 [PRK 2006-021], E. 4b).

#### **E. 2.4.6**

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Stellungnahme vom 22. März 2007 zwar fest, dass ihre Bewertung bestritten werde und offensichtlich auf ihr Geschlecht und ihre Schwierigkeiten mit Z.\_\_\_\_\_ zurückzuführen sei. Den Akten sind jedoch keine verlässlichen Anhaltspunkte zu entnehmen, die den Schluss zuliessen, die Beschwerdeführerin sei von Z.\_\_\_\_\_ in den Personalbeurteilungen 2002 bis 2004

deswegen schlecht bewertet worden, weil sie seinen Avancen nicht nachgekommen ist. So fällt zwar eine im Vergleich zu den beiden Vorjahren insgesamt deutlich schlechtere Qualifikation auf, ohne dass freilich verlässliche Anzeichen auszumachen wären, die auf sachfremde Motive hindeuten würden. Festzuhalten ist einerseits auch, dass die Beurteilungen in den Jahren 2000 durch U.\_\_\_\_\_ bzw. 2001 durch V.\_\_\_\_\_ neben Stärken auch gewisse Schwächen beinhalten und andererseits die Beurteilungen durch Z.\_\_\_\_\_ ungeachtet aller Kritik auch positive Elemente enthalten, was dazu führte, dass einzelne Kriterien trotzdem als "gut" bzw. "erfüllt" eingestuft werden konnten. Wenn sich die Beschwerdeführerin bei der Personalbeurteilung 2003 offenbar zunächst auch geweigert hat, diese zu unterschreiben, da sie weder mit dem Ergebnis noch mit dem Vorgehen einverstanden gewesen sei, so steht doch fest, dass sie auf sämtlichen Personalbeurteilungen unten auf der ersten Seite jeweils unterschriftlich bestätigt hat, dass sie mit der Beurteilung einverstanden ist. Es konnte ihr dabei auch nicht entgangen sein, dass unmittelbar anschliessend an die Unterschriften auf dem Beurteilungsbogen ein fett gedruckter Hinweis angebracht ist, wonach die Beurteilung gültig ist, wenn die Mitarbeiterin nicht innerhalb von zehn Tagen ein weiteres Gespräch beim Vorgesetzten des Beurteilenden verlangt. Hinzu kommt, dass das entsprechende Verhalten von Z.\_\_\_\_\_ gegenüber der Beschwerdeführerin im Zeitraum 1995 bis 2000 liegt, diese indes die sexuelle Belästigung erstmals im Zusammenhang mit ihrer Nichtwahl im Jahre 2005 zur Sprache gebracht hat. Dass und weshalb die Beschwerdeführerin wegen des rauen Tons im Eisenbahn-Aussendienst nicht in der Lage gewesen sein soll, sich früher und auf dem dafür vorgesehenen Weg (Differenzbereinigung bzw. Zweitgespräch oder Kontaktnahme mit dem Personaldienst bzw. dem Gleichstellungsbeauftragten) gegen die ihrer Ansicht nach auf das sexistische Verhalten von Z.\_\_\_\_\_ zurückzuführenden ungenügenden Qualifikationen zur Wehr zu setzen, wird nicht dargetan und ist nicht ersichtlich.

#### **E. 2.4.7**

Erweisen sich die Einwände gegen die Qualifikationen durch Z.\_\_\_\_\_ demnach als nicht stichhaltig, so steht einer Berücksichtigung der Personalbeurteilungen im Rahmen des hier zur Beurteilung stehenden Wahlverfahrens nichts im Wege und bleibt es bei der von den SBB erstellten Reihen- bzw. Rangfolge der Mitarbeitenden. Bei diesem Stand der Dinge vermag die Beschwerdeführerin eine diskriminierende Nichtberücksichtigung für die in Frage stehenden Stellen nicht im Sinne von Art. 6 GIG glaubhaft zu machen. Insbesondere kann nicht gesagt werden, sie sei nicht berücksichtigt worden, obwohl sie an sich besser qualifiziert gewesen sei als berücksichtigte Kollegen. Die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin als Wagenkontrolleurin im Rangierbahnhof Basel ist vielmehr aufgrund objektiver Anforderungskriterien erfolgt, so dass eine geschlechterbedingte Diskriminierung zu verneinen ist.

#### **E. 2.4.8**

An diesem Ergebnis vermögen weder der Fax von Y.\_\_\_\_\_ an den scheidenden Generaldirektor Weibel vom 9. Oktober 2006 noch deren Einvernahme als Zeugin etwas zu ändern. Der in der Beschwerde gestellte Antrag auf Befragung von Y.\_\_\_\_\_ ist daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. BGE 130 II 428 E. 2.1; 127 V 494 E. 1b).

#### **E. 3**

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde vom 1. November 2006, soweit darauf eingetreten werden kann, und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

#### **E. 4**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in Angelegenheiten, die das Bundespersonal betreffen bzw. die sich auf das Gleichstellungsgesetz stützen, grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG; Art. 13 Abs. 5 GlG). Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang des Verfahrens keine geschuldet.

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