

# **BVGer A-6754/2016 vom 10. September 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6754\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6754_2016)

FR: TAF A-6754/2016 du 10 septembre 2018

IT: TAF A-6754/2016 del 10 settembre 2018

## **Regeste**

Bundespersonal

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen verfügt hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im genannten Sinn, welche von einer zuständigen Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist (vgl. Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das GlG (vgl. Art. 13 GlG) nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Einreichung der Beschwerde legitimiert ist.

### **E. 1.3**

Im Folgenden stellt sich die Frage nach dem Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

#### **E. 1.3.1**

Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung unter anderem geltend, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren bisher nie eine konkrete Forderung auf eine bestimmte oder bestimmbare Summe oder Lohnhöhe gestellt habe. Die Begehren auf Beseitigung der angeblichen Lohndiskriminierung und auf Zahlung des mindestens gleichen Lohnes wie desjenigen des Nachfolgers der Beschwerdeführerin lägen daher ausserhalb des Streitgegenstandes, weshalb auf sie nicht einzutreten sei.

#### **E. 1.3.2**

Im streitigen Verwaltungsverfahren umfasst der Streitgegenstand das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Er wird einerseits bestimmt durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsgegenstand), andererseits durch die Parteibegehren. Das Anfechtungsobjekt bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erste Instanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die zweite Instanz grundsätzlich nicht beurteilen. Der Streitgegenstand wird gemäss der Dispositionsmaxime durch die Parteibegehren definiert. Er darf sich im Laufe des Rechtsmittelzuges nicht erweitern und qualitativ nicht verändern (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 686 ff.). Ausnahmsweise werden Antragsänderungen und -erweiterungen, die im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen, aus prozessökonomischen Gründen zugelassen. Voraussetzung dafür ist, dass einerseits ein (sehr) enger Bezug zum bisherigen Streitgegenstand besteht und andererseits die Verwaltung im Laufe des Verfahrens Gelegenheit hatte, sich zu dieser neuen Streitfrage zu äussern (Moser/Beusch/Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.210, m.H.)

### **E. 1.3.3**

Die Beschwerdeführerin ersuchte die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Juni 2016 um eine sachliche Begründung zur vorhandenen Ungleichbehandlung und Lohnungleichheit in der Form einer eingehend begründeten anfechtbaren Verfügung. Daraufhin stellte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 30. September 2016 fest, dass bei der Einstellung der Beschwerdeführerin keine Diskriminierung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c GlG und keine Ungleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 (recte: Satz 3) BV betreffend den Lohn bestehe. Die Bezahlung des mindestens gleichen Lohnes wie desjenigen des Nachfolgers war dabei weder Gegenstand der Rechtsbegehren noch der Verfügung. Wie die Beschwerdeführerin richtig vorbringt, besteht vorliegend jedoch ein enger Sachzusammenhang zwischen der Feststellung von Nichtdiskriminierung und Lohnungleichheit und dem Antrag um Bezahlung der Lohndifferenz. So ist die Zahlung des geschuldeten Lohnes an sich bereits aufgrund des als subjektives Individualrecht ausgestalteten Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 5 Abs. 1 Bst. b GlG selbstverständlich. Eine Lohndiskriminierung ist denn auch erst beseitigt, wenn der einer Person zustehende, diskriminierungsfreie Lohn - soweit er nicht verjährt ist - nachbezahlt und auch weiterhin während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bezahlt wird (vgl. Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Uberschlag, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann [Hrsg.], *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. Auflage, Basel 2009, Art. 5 N. 19). Im Weiteren hatte die Vorinstanz im Laufe des Verfahrens ausreichend Gelegenheit, sich zum Antrag der Beschwerdeführerin um Bezahlung der Lohndifferenz zu äussern. Daher wäre es auch aus prozessökonomischen Überlegungen nicht sinnvoll, die Beschwerdeführerin zwecks Erlass einer neuen anfechtbaren Verfügung an die Vorinstanz zu verweisen. Aufgrund dessen ist - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - auf sämtliche Begehren der im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass in der angefochtenen Verfügung offen bleibe, aufgrund welcher Umstände ein höherer Anfangslohn des Nachfolgers der Beschwerdeführerin gerechtfertigt sein soll. Einziger diesbezüglicher Hinweis in der gesamten Verfügung sei die Erklärung, dass für die Einstellung seit dem 1. Januar 2015 die neuen Richtlinien des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) gelten würden, welche die Anfangslöhne im Vergleich zu 2012 insbesondere bei den höheren Ausbildungen bei allen Eintrittsaltern ein wenig erhöhen würden. Weitere Erklärungen, weshalb ihr Nachfolger einen höheren Anfangslohn erhalten habe, würden in der Verfügung gänzlich fehlen.

#### **E. 3.1.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgt die Begründungspflicht aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV und ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (BGE 138 I 232 E. 5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BGer 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 10.2). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 140 II 262 E. 6.2 und 136 I 229 E. 5.2).

#### **E. 3.1.2**

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich dazu, dass im Beschwerdeverfahren der formell mangelhafte Entscheid der Vorinstanz aufgehoben wird. Das Bundesgericht lässt es jedoch zu, Verfahrensfehler wie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren zu heilen bzw. die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs nachzuholen. Dies setzt voraus, dass die Verletzung nicht besonders schwer wiegt und der Betroffene die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen berechtigt ist. Des Weiteren dürfen dem Betroffenen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil des BGer 2C\_856/2013 vom 10. Februar 2014 E. 3.2; Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 114 ff.).

#### **E. 3.1.3**

Der nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs zugänglich sind insbesondere Verstösse gegen die Begründungspflicht. Hierzu ist das Versäumte im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, indem entweder die Vorinstanz eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in ihrer Vernehmlassung, oder aber die Rechtsmittelinstanz der beschwerdeführenden Partei vor Erlass ihres Entscheids Gelegenheit einräumt, zu der in

Aussicht genommenen Begründung Stellung zu nehmen (BGE 125 I 209 E. 9a; Urteil des BGer 2C\_762/2011 vom 15. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2012/24 E. 3.4; vgl. auch René Wiederkehr, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl], 2010, S. 502).

### **E. 3.2.1**

Vorliegend geht zwar aus der angefochtenen Verfügung hervor, welche Kriterien für die Festlegung des Anfangslohnes der Beschwerdeführerin herangezogen wurden. Hingegen lässt sich der Verfügung nicht entnehmen, aus welchen Gründen der Nachfolger im Vergleich zur Beschwerdeführerin - abgesehen von der Anwendung neuer Richtlinien des VBS - einen höheren Anfangslohn erhalten hat. Entsprechend fehlt in der Verfügung der konkrete Vergleich, der für die Beurteilung einer allfälligen Benachteiligung im Sinne einer geschlechterspezifischen Diskriminierung erforderlich ist. In der Verfügung wird lediglich festgehalten, dass der Anfangslohn des Nachfolgers mässig über demjenigen der Beschwerdeführerin liege und die für die Lohndifferenz vom Bundesgericht verlangte Richtgrösse von 15 bis 25 Prozent nicht erreiche, weshalb die Beschwerdeführerin eine Diskriminierung nicht habe glaubhaft machen können. Insofern ist nicht mit der notwendigen Deutlichkeit ersichtlich, ob und allenfalls in welchem Ausmass die gegebene Lohndifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Nachfolger gerechtfertigt ist. Die Begründung der angefochtenen Verfügung vermag diesbezüglich den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV nicht zu genügen, auch wenn die Verletzung der Begründungspflicht als nicht besonders schwer zu qualifizieren ist.

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz hat das Versäumte in ihrer Vernehmlassung sowie ihrer Duplik nachgeholt und darin dargelegt, aus welchen Gründen der Anfangslohn des Nachfolgers höher festgelegt wurde als derjenige der Beschwerdeführerin (vgl. nachfolgend E. 6.3). Der Beschwerdeführerin waren somit die Gründe für die Lohndifferenz zwischen ihr und ihrem Nachfolger spätestens aufgrund der Vernehmlassung und der Duplik der Vorinstanz im Einzelnen bekannt und sie konnte hierzu in ihrer Replik sowie den Schlussbemerkungen Stellung nehmen.

### **E. 3.2.3**

Da das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden mit voller Kognition überprüft (vgl. vorstehend E. 2), ist der ursprüngliche Mangel in der Begründung sowie eine allfällige, darüber hinausgehende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt anzusehen, zumal auch nicht ersichtlich ist, inwiefern der Beschwerdeführerin dadurch ein unzumutbarer Nachteil entstehen könnte. Immerhin ist der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren bei der Regelung der Entschädigungsfolgen angemessen Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BVer A-7166/2016 E. 3.4 vom 7. November 2017 und A-2415/2016 vom 16. Oktober 2017 E. 8.3.4 je m.w.H.).

## **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht eine geschlechterspezifische Diskriminierung im Zusammenhang mit ihrer Entlohnung betreffend die Arbeitsstelle als (...) vom (...) 2014 bis (...) 2015 geltend.

### **E. 4.1**

Das GIG bezweckt im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Bereich des Erwerbslebens in privaten wie auch öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen (Art. 1 f. GIG), indem es Frauen und Männern erleichtert, sich gegen Diskriminierung im Erwerbsleben zur Wehr zu setzen und das verfassungsrechtlich verankerte Lohnleichheitsgebot geltend machen zu können. Das GIG konkretisiert somit den Gleichstellungsartikel der Bundesverfassung (Art. 8 BV) für das Erwerbsleben. Im Bereich der Lohnleichheit stellt Art. 3 GIG materiellrechtlich eine Wiederholung des bereits verfassungsmässig geltenden Rechts dar. So gewähren Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. d GIG Männern und Frauen einen unmittelbar anwendbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Eine Lohndiskriminierung liegt vor, wenn eine Person verglichen mit Angehörigen des anderen Geschlechts für gleichwertige Tätigkeit weniger Lohn erhält. Dabei genügt grundsätzlich ein Vergleichsfall, denn das Diskriminierungsverbot ist in seinem Schutzbereich betroffen, sobald das Gleichbehandlungsgebot in einem einzigen Vergleichsfall missachtet wurde (vgl. Sabine Steiger-Sackmann, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Art. 6 N. 34 und 36).

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 6 GIG wird u.a. bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Gegebenenfalls trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die unterschiedliche Entlohnung sachlich gerechtfertigt ist (BGE 144 II 65 E. 4.2.1). Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Beweislast erleichterung, die als Spezialbestimmung der Beweislastregel von Art. 8 ZGB vorgeht. Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber im Beweisverfahren mitwirkt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Unterlagen über die Ausgestaltung einer Lohnpolitik regelmässig im Besitz des Arbeitgebers befinden und diesem daher besser als dem Arbeitnehmer zugemutet werden kann, den Beweis zu erbringen (Urteil des BGer 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 4b, BGE 130 III 145 E. 4.2). Die Untersuchungsmaxime entfaltet nämlich keinerlei Wirkung, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, Beweismittel beizubringen, von deren Vorhandensein weder der Richter noch der Arbeitnehmer etwas wissen konnten. Im Gegensatz dazu wird der Arbeitgeber, der die Beweislast trägt und daher das Risiko, den Prozess zu verlieren, falls er das Nichtvorhandensein einer Diskriminierung nicht beweisen kann, ein Interesse daran haben, den Richter umfassend zu informieren und ihm sämtliche sachdienlichen Unterlagen einzureichen (BGE 130 III 145 E. 4.2 und 5.2).

#### **E. 5**

Aufgrund des Gesagten ist mit Blick auf die in Art. 6 GIG vorgesehene Beweislast erleichterung zunächst zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin das Vorhandensein einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung glaubhaft machen konnte (vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 GIG).

#### **E. 5.1**

Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen,

selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 144 II 65 E. 4.2.2 und 142 II 49 E. 6.2 m.H.). Dabei darf nicht verlangt werden, dass die Geschlechterdiskriminierung wahrscheinlicher ist als die Nichtdiskriminierung. Eine derart hohe Festsetzung des Beweismasses würde zu einer Aushöhlung des Institutes der Beweislastumkehr führen und die Ahndung von Geschlechterdiskriminierungen entgegen der gesetzgeberischen Absicht zu stark erschweren (Sabine Steiger-Sackmann, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Art. 6 N. 126 und 132).

### **E. 5.2**

Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung ist in der Regel glaubhaft gemacht, wenn Angehörige des einen Geschlechts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit einen signifikant tieferen Lohn erhalten als jene des anderen Geschlechts (z.B. als Vorgänger oder Nachfolger auf der gleichen Stelle). Das Bundesgericht erachtete eine Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Lohndifferenzen zwischen 15 bis 25 % als glaubhaft gemacht (BGE 125 III 368 E. 4.). Dabei handelt es sich um Richtgrössen, die - allenfalls zusammen mit weiteren Kriterien - eine Glaubhaftmachung erfolgreich begründen können (BGE 142 II 49 E. 6.2 m.H.). In einem Fall liess das Bundesgericht bereits eine Differenz von 11 % genügen, wobei die Klägerin ihre Tätigkeit gut drei Jahre länger ausgeübt hatte als der zum Vergleich beigezogene Arbeitskollege (Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 5).

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin nimmt insbesondere einen Vergleich mit ihrem Nachfolger betreffend ihre Arbeitsstelle als (...) vor. In diesem Zusammenhang hält sie fest, dass der Nachfolger exakt die gleiche Stelle angetreten habe wie sie, gemäss seinen eigenen Aussagen jedoch rund Fr. 134'000.- und somit mehr als sie verdient habe. Dies müsse für eine Beweislastumkehr genügen, zumal der Nachfolger neun Jahre jünger sei, über weniger allgemeine Arbeitserfahrung verfüge und erst noch eine geringere Ausbildung habe. Sie habe im Gegensatz zu ihrem Nachfolger zudem einen militärischen Rang, ihre Ausbildung sei höher und die berufliche Qualifikation sei in beiden Fällen gleichwertig. Somit sei es zumindest wahrscheinlich, dass diese Ungleichbehandlung eine in Art. 3 GIG verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.

### **E. 5.4**

Gestützt auf die unbestritten gebliebenen Lohnangaben war der Anfangslohn der Beschwerdeführerin um Fr. 16'278.- und somit rund 12,5 % tiefer als derjenige des Nachfolgers, obwohl dieser dieselbe Stelle angetreten hat und um neun Jahre jünger ist als die Beschwerdeführerin. Des Weiteren geht aus den Akten und den Rechtsschriften hervor, dass die Beschwerdeführerin über ein wesentlich höheres Dienstalter verfügt als ihr Nachfolger. Aufgrund dieser objektiven Anhaltspunkte erscheint unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Lohndiskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG als glaubhaft gemacht, so dass die Beweislastumkehr gemäss Art. 6 GIG zugunsten der Beschwerdeführerin zum Tragen kommt, zumal es - wie die Beschwerdeführerin richtig festhält - ihr nicht zum Nachteil gereichen kann, dass sie nicht Einsicht in sämtliche Daten des Nachfolgers erhalten hat.

### **E. 6**

Die Vorinstanz hat somit den vollen Beweis des Gegenteils zu erbringen, nämlich dass die unterschiedliche Entlohnung für dieselbe Stelle sachlich gerechtfertigt ist und somit keine

verbotene Diskriminierung im Sinne der erläuterten bundesrechtlichen Bestimmungen (vgl. E. 4.1) vorliegt. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, hat sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vgl. Sabine Steiger-Sackmann, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Art. 6 N. 46).

### **E. 6.1**

Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist. Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen können, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken und Pflichtenheft (BGE 130 III 145 E. 5.2). Bei der Ausgestaltung des Besoldungssystems im öffentlichen Dienst steht den zuständigen Behörden ein erheblicher Freiraum zu. Sie können aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auswählen, die für die Besoldung massgebend sein sollen. Das Lohnleichheitsgebot schränkt diesen grossen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich ein. Doch obliegt dem Arbeitgeber gegebenenfalls der Nachweis, dass er diesen Spielraum auf eine nicht diskriminierende Weise handhabt (BGE 142 II 49 E. 6.3 m.H.).

### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz insbesondere vor, dass davon auszugehen sei, dass bei ihr einfach die sogenannte 15 % Regel angewendet worden sei, wonach der Anfangslohn nicht höher als 15 % unter dem Höchstbetrag der vertraglichen Lohnklasse festgesetzt werden soll. Bereits dies stehe jedoch im Widerspruch zum Anfangslohn des Nachfolgers, bei dem offenbar die 15 % Regel missachtet worden sei, ohne dass dafür sachliche Gründe gegeben seien. Im Weiteren fänden sich in sämtlichen Akten sowie in allen Ausführungen der Vorinstanz keinerlei sachliche Gründe, welche die Lohnungleichheit erklären bzw. rechtfertigen würden. So schweige sich die Vorinstanz darüber aus, weshalb der Nachfolger über erheblich längere funktionsrelevante Arbeitserfahrung, funktionsrelevante Führungserfahrung und allgemeine Führungserfahrung verfügen sollte. Es sei deshalb in keiner Art und Weise nachvollziehbar, weshalb der Nachfolger, ein wesentlich jüngerer Mann mit fehlendem Abschluss in der Betriebswirtschaft, keinen Kenntnissen des Militärrechts, sehr geringen Kenntnissen des Verwaltungsrechts und keinen Kenntnissen der Rechtsetzung, ein höheres Gehalt erhalten soll.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Anfangslohn des Vorgängers - mit dem sich die Beschwerdeführerin in ihre Beschwerde ebenfalls vergleicht - erheblich unter demjenigen der Beschwerdeführerin gelegen sei. Demgegenüber liege der Anfangslohn des Nachfolgers mässig über demjenigen der Beschwerdeführerin und erreiche die für die Lohndifferenz vom Bundesgericht festgelegte Richtgrösse von 15 bis 25 % nicht. Die Differenz des Anfangslohnes begründet sie im Wesentlichen damit, dass der Nachfolger über erheblich längere funktionsrelevante Arbeitserfahrung, funktionsrelevante Führungserfahrung und allgemeine Führungserfahrung verfüge als die Beschwerdeführerin. So sei der Nachfolger in den funktionsrelevanten Bereichen Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsberatung tätig gewesen und habe während neun Jahren für ein Unternehmen als Leiter Ticketing und

Leiter Rechtsdienst mit Schwerpunkten Vertragsrecht, Arbeitsrecht, Veranstaltungsrecht und Verwaltungsrecht gearbeitet und dabei juristische Praxiserfahrung sowie Führungserfahrung gesammelt. Anschliessend sei er für ein Jahr als Jurist innerhalb der Bundesverwaltung tätig gewesen und habe Verfügungen, Vernehmlassungen und juristische Gutachten verfasst. Diese funktionsrelevante Arbeits- und Führungserfahrung würde im ausgewiesenen Erfahrungsschatz der Beschwerdeführerin weitgehend fehlen. Die einzige, diesbezügliche juristische Arbeitserfahrung der Beschwerdeführerin bestehe als Mitarbeiterin einer Gemeinde- und Kantonsverwaltung, in deren Funktion sie im juristischen Bereich überwiegend Erfahrungen in der Rechtsanwendung gesammelt habe. Des Weiteren sei sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei ihrem Nachfolger vom Maximum der auf die Stelle anwendbaren Lohnklasse 23 des entsprechenden Anstellungsjahres je 15 % abgezogen worden. Dieser Betrag habe als Ausgangspunkt für die weitere Berechnung gedient. Die zehnjährige Praxiserfahrung des Nachfolgers als Jurist in einer Führungsposition sei mit einem Ansatz von 1 % pro Erfahrungsjahr des Maximums der Lohnklasse 23 aufgerechnet und dem Ausgangslohn zugefügt worden. Weil die Beschwerdeführerin keine (oder höchstens minimale) funktionsrelevante juristische Arbeitserfahrung vorgewiesen habe, sei für sie keine entsprechende Erhöhung erfolgt. Ausserdem seien gemäss den Richtlinien des VBS betreffend die Anfangslöhne bei der Festsetzung des Anfangslohnes auch Faktoren wie der bisherige Lohn, das interne Lohngefüge, besondere Ausbildungen oder Lebenserfahrungen, der bisherige Leistungsausweis, das Potential oder die Arbeitsmarktlage angemessen berücksichtigt. Im Weiteren hätten Neueintretende gestützt auf die Weisungen zur Handhabung der Lohnentwicklung und der Leistungsprämie der Gruppe Verteidigung nur Anspruch auf Leistungslohn, wenn der Eintritt gemäss Arbeitsvertrag bis und mit 1. August des Kalenderjahres erfolge. Für danach Eintretende sei der Anteil Leistungslohn in der Anfangsbesoldung angemessen zu berücksichtigen. Im Fall des Nachfolgers, der per (der Eintritt erfolgte nach dem 1. August) 2015 in den Führungsstab der Armee eingetreten sei, sei deshalb eine Aufrechnung des Jahreslohnes von 2 % des Maximums der Lohnklasse 23 vorgenommen worden. Eine solche Aufrechnung habe bei der Beschwerdeführerin nicht vorgenommen werden können, weil sie per (der Eintritt erfolgte vor dem 2. August) 2014 eingetreten sei. Bei ihr sei aufgrund ihrer Personalbeurteilung mit der Beurteilungsstufe 2 ("Ziele teilweise erreicht") eine Lohnerhöhung von 2 % des Maximums der Lohnklasse 23 per 1. Januar 2015 erfolgt. Schliesslich seien für Einstellungen seit dem 1. Januar 2015 neue Richtlinien des VBS betreffend die Anfangslöhne anwendbar, weshalb für den Nachfolger auch ein etwas anderer Lohnrahmen gelten würde als für die Beschwerdeführerin.

#### **E. 6.4**

Die bei Stellenantritt (...)-jährige Beschwerdeführerin wurde wie ihr damals (...)-jähriger Nachfolger in die Lohnklasse 23 eingereiht. Der Anfangslohn wurde bei der Beschwerdeführerin auf Fr. 117'722.-, bei ihrem Nachfolger auf Fr. 134'615.- festgesetzt. Gemäss Vorinstanz rechtfertigt sich diese Lohnungleichheit hauptsächlich aufgrund der unterschiedlichen Qualifikation und Erfahrung. Sowohl die ausgewiesene Berufserfahrung des Nachfolgers im juristischen Bereich als auch seine funktionsrelevante und allgemeine Führungserfahrung können für die konkrete Tätigkeit als relevante Kriterien herangezogen werden. Überdies wird mit der Berücksichtigung dieser Kriterien nicht auf geschlechtsspezifische Merkmale abgestellt. Zwar kann sich gemäss Bundesgericht das formal geschlechtsneutrale Kriterium der Arbeitserfahrung unter gewissen Umständen auch als indirekte Diskriminierung auswirken, weil Frauen im Durchschnitt eher ihre Karriere

zum Zwecke der Kinderbetreuung unterbrechen und daher weniger berufliche Erfahrung sammeln können (BGE 124 II 409 E. 9d). Einen solchen Fall macht die Beschwerdeführerin vorliegend jedoch nicht geltend, zumal sie über eine längere allgemeine Arbeitserfahrung verfügt als ihr Nachfolger. Die Tatsache, dass die Vorinstanz der militärischen Karriere der Beschwerdeführerin kein grosses Gewicht für die Festlegung des Anfangslohnes gab, liegt im Bereich ihres Ermessens und ist nicht weiter zu beanstanden. Im Weiteren begründet sich eine Lohndifferenz von 2 % dadurch, dass aufgrund des Eintrittsdatums des Nachfolgers der Anteil Leistungslohn im Gegensatz zur Beschwerdeführerin in der Anfangsbesoldung in angemessener Weise berücksichtigt wurde (vgl. Weisungen des Chefs der Armee vom 21. Januar 2009 zur Handhabung der Lohnentwicklung und der Leistungsprämie der Gruppe Verteidigung). Eine solche Differenz des Anfangslohnes betrifft Frauen und Männer gleichermassen. Folglich ergibt die Anknüpfung an die erwähnten Kriterien unter Berücksichtigung des der Vorinstanz zustehenden, erheblichen Ermessensspielraums bei der Ausgestaltung des Besoldungssystems keine nachteiligen Auswirkungen auf ein Geschlecht, weshalb keine Ungleichbehandlung vorliegt (vgl. Elisabeth Freivogel, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Art. 3 N. 130 und 131). Auch der bedeutend tiefere Anfangslohn des Vorgängers der Beschwerdeführerin, der nebst eines geringeren Lohnmaximums insbesondere auf fehlende funktionsrelevante Arbeits- und Führungserfahrung zurückzuführen ist, zeigt auf, dass die von der Vorinstanz erwähnten Kriterien unabhängig vom Geschlecht gleich umgesetzt und angewandt wurden.

#### **E. 6.5**

Soweit die Vorinstanz jedoch geltend macht, dass die Beschwerdeführerin mit der Vertragsunterzeichnung in den Anfangslohn eingewilligt habe bzw. mit der Bewerbung für eine andere Stelle auch bereit gewesen wäre, zu einem Jahreslohn von Fr. 116'848.- zu arbeiten, gilt es festzuhalten, dass das verfassungsrechtliche Lohnleichheitsgebot absolut zwingenden Charakter hat. Weder die Vertragsfreiheit noch die Zuständigkeit eines Gesetzgebers oder einer Behörde für den Erlass von Lohnregelungen können ihm entgegen gehalten werden. So kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Einwilligung in den Lohn nicht einen gültigen Verzicht auf Geltendmachung des Anspruchs auf Lohnleichheit darstellen (vgl. Elisabeth Freivogel, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Art. 3 N. 78 und 82, BGE 124 II 436 E. 10). Schliesslich macht die Vorinstanz weitere, in ihren rechtlichen Auswirkungen fragwürdige Ausführungen zur Festlegung des Anfangslohnes der Beschwerdeführerin. So hätten Arbeitszeugnisse von früheren Arbeitgebern Zweifel bezüglich der Eignung der Beschwerdeführerin für die fragliche Stelle hinterlassen, was lohnsenkend berücksichtigt worden sei. Auch habe das wenig überzeugende Verhalten der Beschwerdeführerin anlässlich des Vorstellungsgespräches nicht für eine Erhöhung des Anfangslohnes gewertet werden können. Diese zweifelhaften Faktoren ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass aufgrund der obengenannten Gründe und unter Berücksichtigung des erheblichen Ermessensspielraums der Vorinstanz für die Festlegung des Anfangslohnes keine geschlechterbedingte Benachteiligung der Beschwerdeführerin zu erblicken ist und sich die Lohndifferenz rechtfertigt.

#### **E. 6.6**

Zusammenfassend ist es der Vorinstanz somit gelungen, mit dem geführten Argumentarium den Beweis für eine nicht geschlechtsspezifisch begründete Schlechterstellung der Entlohnung zu erbringen. Die Vorinstanz vermochte die lohnmassige Schlechterstellung -

der Anfangslohn der Beschwerdeführerin war um 12,5 % tiefer als derjenige des Nachfolgers - durch objektive Gründe zu rechtfertigen. Folglich besteht vorliegend keine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 GlG.

## **E. 7**

Die Beschwerdeführerin stellt weiter den Eventualantrag - sollte das Bundesverwaltungsgericht ihren Anträgen nicht ohnehin stattgeben - dass ihr Einblick in die Daten des Nachfolgers gegeben werde, denn nur so könne sie sich effektiv mit den Argumenten der Gegenseite auseinandersetzen. So gehöre es zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass man wisse, weshalb und aufgrund welcher Grundlagen ein Entscheid gefällt worden sei. Vorliegend finde sich kein konkreter Hinweis, weshalb es gerechtfertigt sein soll, dass der Nachfolger mehr verdient habe als sie.

### **E. 7.1**

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte und in Art. 29 ff. VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2). Er umfasst namentlich das Recht der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG). Demnach besteht ein Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG) und vor Erlass der Verfügung angehört zu werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Denn die betroffene Partei kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (Urteile des BVer A-3436/2015 vom 30. Dezember 2015 E. 4.4.1 und A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 7.7.1; BGE 132 V 387 E. 3.1; Urteil des BGer 8C\_631/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 4.2.1.1).

### **E. 7.2**

Wie sich anhand der Vorbringen in ihren Eingaben entnehmen lässt, verfügt die Beschwerdeführerin über detaillierte Kenntnisse der Laufbahn ihres Nachfolgers. So bringt sie unter anderem vor, dass ihr Nachfolger neun Jahre jünger sei als sie, über weniger allgemeine Arbeiterfahrung verfüge und erst noch eine geringere Ausbildung habe. Sie habe im Gegensatz zu ihm einen militärischen Rang und ihre Ausbildung sei höher. Die berufliche Qualifikation sei in beiden Fällen gleichwertig. Im Weiteren hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung und der Duplik wie erwähnt die wesentlichen Gründe für die Lohndifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Nachfolger nachgeliefert sowie die Höhe des Anfangslohnes des Nachfolgers offengelegt (vgl. act. 41 der Vorakten). Mit diesen Kenntnissen konnte die Beschwerdeführerin zu allen wesentlichen Punkten Stellung nehmen. Eine weitergehende bzw. vollständige Akteneinsicht - konkret in act. 40 der Vorakten - rechtfertigt sich daher mit Blick auf die hier zu beachtenden privaten Interessen des Nachfolgers gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG nicht. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf vollständige Akteneinsicht ist somit abzulehnen.

## **E. 8**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen erweist sich die Beschwerde daher als unbegründet und ist somit abzuweisen.

### **E. 9.1**

Das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht in den Bereichen des Personalrechts und der Geschlechtergleichstellung ist grundsätzlich kostenlos (vgl. Art. 34 Abs. 2 BPG und Art. 13 Abs. 5 GlG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

### **E. 9.2**

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario). Sie hat jedoch zu Recht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, namentlich eine ungenügende Begründung der angefochtenen Verfügung gerügt, weshalb ihr trotz ihres Unterliegens eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. vorstehend E. 3.2.3). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Anspruch auf Entschädigung der materiell unterliegenden Partei nur soweit besteht, als ihr nennenswerte (zusätzliche) Kosten entstanden sind, die ohne die Gehörsverletzung nicht angefallen wären (vgl. Urteile des BGer 8C\_843/2014 vom 18. März 2015 E. 11, 4A\_263/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4.2.1 und 9C\_68/2012 vom 30. März 2012 E. 3.1, je m.w.H.). Die Aufwendungen im Zusammenhang mit den Ausführungen zur gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs sind als relativ gering zu betrachten. Die Beschwerdeführerin hielt auch nach Kenntnisnahme der von der Vorinstanz in der Vernehmlassung und der Duplik nachgeschobenen Begründung an ihrer Beschwerde fest. Die entsprechenden Aufwendungen wären ihr daher im Wesentlichen auch ohne die Gehörsverletzung entstanden. Ihre anwaltliche Rechtsvertreterin hat mit Schreiben vom 28. Juni 2017 eine Kostennote in der Höhe von Fr. 10'656.05 eingereicht. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen, welche der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen ist. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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