

BVGer A-7443/2015 vom 18. Juli 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7443_2015

FR: TAF A-7443/2015 du 18 juillet 2016

IT: TAF A-7443/2015 del 18 luglio 2016

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). Es beurteilt ausserdem Beschwerden, mit denen geltend gemacht wird, eine entsprechende anfechtbare Verfügung sei unrechtmässig verweigert oder verzögert worden (vgl. Art. 46a VwVG). Die Zulässigkeit dieser Sonderform der Beschwerde setzt voraus, dass keine anfechtbare Verfügung als Anfechtungsobjekt vorliegt (vgl. Uhlmann/Wälle-Bär, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 46a N. 6 ff.) und der Beschwerdeführer vor der Beschwerdeerhebung bei der zuständigen Behörde ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt bzw., bei Verzögerung, dieses wiederholt hat. Zudem muss er glaubhaft machen, dass er einen Anspruch auf den Erlass der beantragten Verfügung hat, mithin, dass die Behörde nach dem anwendbaren Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und ihm im entsprechenden Verfahren nach Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung zukommt (vgl. zum Ganzen etwa Urteile des BVGer A-2923/2015 vom 27. Juli 2015 E. 1.3.1 und A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 5.18 ff.). Ob die zuständige Behörde tatsächlich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verweigert oder verzögert hat, bildet hingegen nicht Gegenstand der Eintretensprüfung; diese Frage ist vielmehr im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu klären (vgl. Urteil des BVGer A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 2.3.2).

E. 1.2

Ob die vorstehend genannten Eintretensvoraussetzungen für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde vorliegend erfüllt sind, hängt namentlich davon ab, wie die E-Mail der Vorinstanz vom 13. Juli 2015, der Beschwerdeführer könne nicht für die erste Prüfungsrunde des Concours berücksichtigt werden (vgl. Bst. A), zu qualifizieren ist; ausserdem davon, ob es sich beim Ersuchen des Beschwerdeführers vom 23. September 2013 (vgl. Bst. C) um ein rechtsgenügendes Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung handelt. Die Beantwortung dieser Fragen hängt wiederum von der Bedeutung von Art. 34 Abs. 3 BPG und Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG sowie deren Verhältnis ab. Nachfolgend ist daher zunächst auf letztere (vgl. E. 2), anschliessend auf erstere (vgl. E. 3) Fragen einzugehen.

E. 2.1

Gemäss dem am 1. Juli 2013 in Kraft getretenen Art. 34 Abs. 3 BPG haben abgewiesene Stellenbewerberinnen und -bewerber keinen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Bestimmung gelangte mit der Teilrevision des BPG vom 14. Dezember 2012 (AS 2013 1502) ins Gesetz, allerdings erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung; in der bundesrätlichen Revisionsvorlage war sie noch nicht enthalten (vgl. Botschaft vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6723, und Änderungsentwurf, BBl 2011 6740). Aus den Materialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Bestimmung die Folgen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-2757/2009 vom 12. Oktober 2010 (teilweise publiziert in BVGE 2010/53) rückgängig machen wollte, mit dem dieses erkannt hatte, erfolglose Stellenbewerberinnen und -bewerber müssten die Möglichkeit haben, die Beachtung der rechtsstaatlichen Garantien durch die Anstellungsbehörden gerichtlich durchzusetzen, und hätten daher einen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Nichtanstellungsverfügung. Die Bestimmung bezweckt demnach, den Rechtsschutz gegen Nichtanstellungsentscheide auszuschliessen und dadurch die Wahlfreiheit der Anstellungsbehörden - hinsichtlich welcher befürchtet wurde, sie werde durch die (beschränkte) gerichtliche Überprüfbarkeit dieser Entscheide eingeschränkt - zu gewährleisten; zudem soll sie administrativen Aufwand vermeiden (vgl. zum Ganzen Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2012 N 1444 ff.; AB 2012 S 205 f. und 1036; Urteil des BVGer A-1715/2016 vom 14. Juni 2016 S. 3; Moser/Beusch/ Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.81). Aus der Bestimmung folgt somit nicht nur, dass kein Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Nichtanstellungsverfügung besteht; vielmehr geht daraus auch hervor, dass Nichtanstellungsentscheide ungeachtet ihrer Rechtsnatur bundespersonalrechtlich nicht als anfechtbare Verfügungen zu betrachten sind (vgl. auch Urteil des BVGer A-1751/2016 vom 14. Juni 2016 S. 4 oben). Sie müssen entsprechend auch nicht den für Verfügungen geltenden Formerfordernissen genügen. Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme der allgemeinen bundespersonalrechtlichen Bestimmung von Art. 34 Abs. 3 BPG auch den im GIG für den spezifischen Fall einer Nichtanstellung wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorgesehenen Rechtsschutz ausser Kraft setzen wollte, finden sich in den Materialien nicht. Diese legen jedoch nahe, dass dieser Rechtsschutz auf eine Weise zu erfolgen hat, die mit Sinn und Zweck von Art. 34 Abs. 3 BPG vereinbar ist (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2.2 f.). Es ist entsprechend davon auszugehen, die spezifische Regelung des GIG gehe der allgemeinen Regelung von Art. 34 Abs. 3 BPG nur, aber immerhin in diesem Umfang vor, obschon diese jünger ist (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Fn. 299 zu Rz. 2.81; BGE 125 III 425 E. 3b/aa und 123 II 534 E. 2d; BVGE 2009/37 E. 7.2 f.).

E. 2.2

Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG verweist für den Fall, dass eine Person durch die Abweisung ihrer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses diskriminiert wird, auf Art. 5 Abs. 2 GIG. Danach hat eine entsprechend betroffene Person (grundsätzlich) lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Sie kann somit insbesondere ihre Anstellung nicht erzwingen (vgl. Kathrin Arioli, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, Art. 13 N. 50 und 51; auch Jean-Philippe Dunand, *L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité* [LEg], in: *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, 2016, p. 65 ; Gabriel Aubert, in: *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, art. 5 N 37). Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG kann diese Entschädigung direkt mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung verlangt werden.

E. 2.2.1

Wie letztere Bestimmung zu verstehen ist, erscheint nicht ohne Weiteres klar. Gemäss der Literatur zum GIG wird damit für den Bereich der Geschlechtergleichstellung die Abweisung einer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses einer Verfügung gleichgestellt bzw. klargemacht, dass es sich dabei um eine Verfügung handelt, und zwar selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und nicht durch eine Verfügung begründet wird. Daraus wird gefolgert, die erwähnte Entschädigung könne bzw. müsse direkt mit einer Beschwerde gegen die Abweisung der Bewerbung geltend gemacht werden (vgl. zum Ganzen etwa Dunand, loc. cit., p. 60; Christian Bruchez, in: Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, art. 13 N 43; Arioli, a.a.O., Art. 13 N. 46 und 55; Peter Hänni, Personalrecht des Bundes, 2. Aufl. 2004, Rz. 55; vgl. auch BVGE 2010/53 E. 6.3.3 m.w.H.). Zudem wird geltend gemacht, die Abweisung der Bewerbung müsse in der für Verfügungen vorgeschriebenen Form erfolgen, mithin schriftlich und begründet sowie mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein (vgl. Arioli, a.a.O., Art. 13 N. 47 ff.; Dunand, loc. cit., p. 60).

E. 2.2.2

Diese Stellungnahmen stammen freilich aus der Zeit vor dem Inkrafttreten von Art. 34 Abs. 3 BPG oder gehen, wo dies nicht der Fall ist (Dunand, loc. cit., p. 60), auf diese Bestimmung nicht ein. Sie sind denn auch mit deren Sinn und Zweck nicht vereinbar, wollte der Gesetzgeber, wie erwähnt (vgl. E. 2.1), mit Art. 34 Abs. 3 BPG den Rechtsschutz gegen Nichtanstellungsentscheide von dem BPG unterstehenden Anstellungsbehörden und die Qualifikation dieser Entscheide als anfechtbare Verfügungen doch gerade ausschliessen. Statt der vorstehend dargelegten Interpretation ist hinsichtlich dieser Entscheide deshalb eine Auslegung von Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG erforderlich, die sowohl den mit dieser Bestimmung angestrebten Rechtsschutz gewährleistet als auch Sinn und Zweck von Art. 34 Abs. 3 BPG Rechnung trägt.

E. 2.2.3

Diese Auslegung von Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG besteht darin, dass Nichtanstellungsentscheide von dem BPG unterstehenden Anstellungsbehörden nur dann in Verfügungsform ergehen müssen, wenn die abgewiesenen Stellenbewerberinnen oder -bewerber ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung stellen. Ausserdem sind nur die von diesen Behörden auf ein solches Begehren hin - oder mit Blick auf eine mögliche Anfechtung nach GIG von sich aus - in Verfügungsform erlassenen Nichtanstellungsentscheide als Verfügungen zu qualifizieren. Wegen der nach Art. 34 Abs. 3 BPG grundsätzlich nicht bestehenden Pflicht dieser Behörden, eine anfechtbare Nichtanstellungsverfügung zu erlassen, genügt es dabei allerdings nicht, bei diesen lediglich den Erlass einer derartigen Verfügung zu verlangen. Vielmehr ist im Begehren auf die angebliche, vermutete oder befürchtete Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinzuweisen und das entsprechende Vorbringen zumindest ansatzweise zu konkretisieren. Weitergehende Ausführungen sind hingegen nicht erforderlich, ist doch die Frage, ob es bei der Nichtanstellung tatsächlich zu einer entsprechenden Diskriminierung kam, im Rahmen einer allfälligen Beschwerde gegen die auf das Begehren hin erlassene Nichtanstellungsverfügung zu klären. Da diese den für Verfügungen geltenden Formerfordernissen genügen muss, hat sie namentlich eine Begründung zu enthalten, in der im gebotenen Umfang auch auf die Vorbringen betreffend die angebliche, vermutete oder

befürchtete Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einzugehen ist. Gegen die Verfügung ist - wie gegen andere Verfügungen auch - innert der Rechtsmittelfrist Beschwerde zu erheben. Ein weiter gehender Rechtsschutz, als ihn das GIG vorsieht, kann mit der Beschwerde allerdings nicht verlangt werden. Es kann somit namentlich nicht die von der Anstellungsbehörde abgelehnte Anstellung beantragt werden (vgl. E. 2.2).

E. 3.1

Wie erwähnt (vgl. Bst. A), handelt es sich beim Concours um einen mehrstufigen Zulassungswettbewerb, mit dem die Vorinstanz Mitarbeitende für die diplomatische Laufbahn rekrutiert, welche anschliessend, auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags (inkl. Salär und Sozialleistungen), während rund zweier Jahre zu Diplomatinnen und Diplomaten ausgebildet werden. Die Bewerbung für den Concours zielt demnach letztlich auf eine entsprechende Anstellung bei der Vorinstanz ab. Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit E-Mail vom 13. Juli 2015 mitteilte, sie könne ihn nicht für die erste Prüfungsrunde des Concours berücksichtigen, wies sie somit zugleich auch seine Bewerbung für die erstmalige Begründung einer solchen Anstellung ab. Dieser Entscheid kann nach dem vorstehend Gesagten (vgl. E. 2) trotz des Vorbringens des Beschwerdeführers ab der Eingabe vom 29. Oktober 2015 beim Bundesgericht, er werde dadurch aufgrund des Geschlechts diskriminiert, nicht als anfechtbare Verfügung qualifiziert werden. Da auch sonst keine anfechtbare Verfügung vorliegt, mangelt es insoweit somit an einem Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Der für die Zulässigkeit der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde erforderliche Mangel an einer anfechtbaren Verfügung (vgl. E. 1.1) ist demnach zu bejahen.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer ersuchte die Vorinstanz mit E-Mail vom 23. September 2015 zwar, wie dargelegt (vgl. Bst. C), um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung hinsichtlich seiner Nichtberücksichtigung zur ersten Prüfungsrunde des Concours. Zur Begründung führte er jedoch lediglich aus, ein abgewiesener Stellenbewerber könne grundsätzlich eine solche Verfügung verlangen, obwohl gemäss Art. 34 Abs. 3 BPG kein entsprechender Anspruch bestehe. Den Vorwurf der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erhob er hingegen nicht. Ebenso wenig tat er dies in seinen beiden E-Mails vom 14. Juli 2015, mit denen er sich namentlich nach den Gründen für seine Nichtberücksichtigung für die erste Prüfungsrunde des Concours erkundigte und um eine schriftliche Begründung sowie eine Rechtsmittelbelehrung ersuchte. Auch im Telefongespräch vom 27. Juli 2015 mit der Vorinstanz thematisierte er die Problematik unbestrittenermassen nicht. Seine beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Klage vom 13. August 2015 gegen die Vorinstanz enthält ebenfalls keine entsprechenden Hinweise. Erst in seiner Eingabe vom 29. Oktober 2015 beim Bundesgericht machte er erstmals eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend. Der Vorinstanz lag somit bis zum 7. Oktober 2015, also dem Tag, an dem sie es unter Verweis auf Art. 34 Abs. 3 BPG und den klaren Willen des Gesetzgebers ablehnte, in der Sache zu verfügen (vgl. Bst. C), kein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung vor, wie es nach Inkrafttreten von Art. 34 Abs. 3 BPG nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG nunmehr erforderlich ist (vgl. E. 2.2.3). Auch danach lag ihr kein solches Begehren vor. Sie hatte entsprechend trotz des erwähnten Ersuchens des Beschwerdeführers vom 23. September 2015 bis zu dessen Eingabe vom 29. Oktober 2015 beim Bundesgericht keinen Anlass zur Annahme, es liege nicht der Normalfall vor, für den Art. 34 Abs. 3 BPG

einen Anspruch auf den Erlass einer Verfügung ausdrücklich ausschliesst, bzw. sie sei zum Erlass einer Verfügung verpflichtet. Unter diesen Umständen kann trotz des Ersuchens vom 23. September 2015 nicht gesagt werden, dass für die Zulässigkeit der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde erforderliche vorgängige Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei der Vorinstanz (vgl. E. 1.1) habe vorgelegen. Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher nicht einzutreten.

E. 3.3

Anders als vor der Vorinstanz begründet der Beschwerdeführer sein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung in seinen Schlussbemerkungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit der mit Eingabe vom 29. Oktober 2015 beim Bundesgericht ansatzweise konkretisiert geltend gemachten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Damit liegt nunmehr dem Gehalt nach ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG im erwähnten Sinn vor, auch wenn der Beschwerdeführer dieses nicht direkt bei der Vorinstanz stellt. Zwar legen die Prozessgeschichte und die Eingabe beim Bundesgericht die Vermutung nahe, dieser mache die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorwiegend in der Hoffnung geltend, er könne auf diese Weise trotz Art. 34 Abs. 3 BPG seine Nichtberücksichtigung für die erste Prüfungsrunde des Concours an sich anfechten. Dies ändert allerdings nichts daran, dass er die geltend gemachte Diskriminierung nicht einfach hinzunehmen braucht, sondern sich im gesetzlichen Rahmen dagegen zur Wehr setzen kann. Sein Begehren erscheint demnach nicht als rechtsmissbräuchlich, zumal das GIG, wie erwähnt (vgl. E. 2.2), die Erzwingung einer Anstellung ohnehin nicht zulässt. Die vorliegende Sache ist entsprechend zuständigkeitshalber zur Behandlung dieses Begehrens der Vorinstanz zu überweisen.

E. 4.1

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 GIG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

E. 4.2

Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gilt die Vorinstanz als obsiegend. Sie hat als Bundesbehörde jedoch keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht ebenfalls keine solche Entschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). (Das Urteilsdispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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