

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.09.2013

Geschäftszahl

2013/12/0060

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des P F in W, vertreten durch Dr. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Wickenburggasse 26/5, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie vom 27. März 2013, Zl. BMVIT-2.840/0005-I/PR1/2013, betreffend Versagung eines Ersatzanspruches nach § 18a Abs. 1 B-GlBG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.336,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als (derzeit gemäß § 75 Abs. 1 BDG 1979 karenzierter) Beamter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

Am 29. April 2011 wurde im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (der belangten Behörde) die Leitung der neu eingerichteten Sektion IV "Verkehr" (voraussichtlich A 1/9 bzw. v 1/7) wie folgt ausgeschrieben.

"Der Aufgabenbereich der Sektion umfasst insbesondere:

Legistik betreffend Schienenbahnen; rechtliche, technische und administrative Angelegenheiten sowie Vollziehung im Bereich des Fahrweges von Schienenbahnen, Seilbahnen und Schleppliften;

Betriebsmittel Schienenbahnen, Rohrleitungen, Eisenbahnsicherheitsbehörde; Rechtliche und administrative Angelegenheiten der Bundesstraßen und Straßensondergesellschaften;

Angelegenheiten der Straßenplanung; Rechtsbereich Kraftfahrzeugwesen und Fahrzeugtechnik; Rechtsbereich Straßenverkehr, Güterverkehr, Personenverkehr, Gefahrguttransporte; Rechtliche Angelegenheiten der Binnen- und Seeschifffahrt; technische und nautische Angelegenheiten;

Schifffahrtsaufsicht; Angelegenheiten der Bundeswasserstraßen;

Luftfahrtrecht und Flugsicherung; Luftfahrtsbeziehungen;

Flugbetrieb, Technik, Luftverkehrswirtschaft und Security;

Flughäfen, Flugsicherungsanlagen, Bodenabfertigung und Luftfahrthindernisse; Wahrnehmung des gesetzlichen Schutzes von ArbeitnehmerInnen der Schienenbahnen und Seilbahnen, der österreichischen Post AG, der Telekom Austria AG, der Luftverkehrsunternehmen, der Unternehmen der Flugsicherung sowie der Unternehmen der gewerbsmäßigen Schifffahrt.

Die Betrauung mit dieser Leitungsfunktion setzt neben der Erfüllung der allgemeinen Ernennungserfordernisse im Sinne des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333, bzw. der Aufnahmekriterien gemäß § 3 des Vertragsbedienstetengesetzes 1948, BGBl. Nr. 86, voraus:

1. Österreichische Staatsbürgerschaft
2. Das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1 oder das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufnahme in ein solches öffentliches Dienstverhältnis

3. Den Abschluss eines einschlägigen Hochschul- bzw. Universitätsstudiums bzw. des Aufsteigskurses.

Folgende besondere Kenntnisse und Fähigkeiten werden erwartet:

4. Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion (40%)
5. Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben (25%)
6. Organisationsvermögen sowie besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (25%)
7. Sehr gute Kenntnisse der englischen Sprache (10%).

Die Gewichtung der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten wird bei der Beurteilung der Eignung berücksichtigt werden.

Die Betrauung mit dieser Funktion erfolgt befristet auf die Dauer von fünf Jahren. Weitere befristete Betrauungen sind zulässig.

Das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie ist bemüht, den Anteil von Frauen zu erhöhen und lädt daher ausdrücklich Frauen zur Bewerbung ein. Nach § 11b des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes werden Frauen, die gleich geeignet wie männliche Bewerber sind, bei der Besetzung der Planstelle bevorzugt, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.

Erfahrungen aus qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika im Gesamtausmaß von mindestens sechs Monaten außerhalb des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie sind erwünscht. Als qualifizierte Tätigkeiten oder Praktika kommen auch solche bei einer Einrichtung der Europäischen Gemeinschaften oder bei einer sonstigen zwischenstaatlichen Einrichtung in Betracht. ..."

Am 1. Juni 2011 bewarb sich für die ausgeschriebene Stelle Frau Mag. Z., die auf ihre derzeitige Funktion als Geschäftsführerin der Schienen Control GmbH, "frühere Tätigkeiten im ÖBB-Konzern", geleistete "internationale Arbeit" sowie auf umfangreiche Sprachkenntnisse verwies und ihre in diesem Zusammenhang erbrachten Leistungen sowie ihre künftigen Ziele näher darstellte.

Am 6. Juni 2011 bewarb sich der Beschwerdeführer, der auf seine abgeschlossene Rechtsanwaltsausbildung, eine Vortätigkeit im Kabinett des Bundesministers für Justiz und umfangreiche bisherige Verwendungen in den verschiedensten Abteilungen der belangten Behörde (zuletzt als Sektionschef auf einer Planstelle der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 9) sowie in der Bundesanstalt für Verkehr (BAV) verwies und dabei ebenfalls im Einzelnen seine Leistungen, Vortätigkeiten und dabei - auch international - erworbene Erfahrungen darstellte. Er erfülle daher die Voraussetzungen für die Leitung der Sektion IV "Verkehr" in höchstem Maße.

Die bei der belangten Behörde eingerichtete Begutachtungskommission für die Bestellung der genannten Sektionsleitung nahm - nach formalem Ausschluss eines (als Dr. med. nicht einschlägig qualifizierten) Mitbewerbers - am 14. Juli 2011 die Anhörung der fünf verbliebenen Mitbewerber vor und äußerte sich gutachtlich dahin, dass der Beschwerdeführer mit 90,25 %, Mag. Z. mit 90 % und (ein weiterer Mitbewerber) Dr. G. mit 83 % in höchstem Ausmaß für diese Verwendung geeignet seien. Ein Kommissionsmitglied (der Gewerkschaftsvertreter) erstattete ein "votum separatum", wonach Dr. G. (98 %) und der Beschwerdeführer (97 %) in höchstem Ausmaß, Mag. Z. (63 %) jedoch nur in hohem Ausmaß geeignet erscheine.

Am 18. August 2011 bestellte die Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie Mag. Z. mit Wirksamkeit vom 1. September 2011, befristet für einen Zeitraum von 5 Jahren, zur Leiterin der Sektion IV "Verkehr" der belangten Behörde.

Bereits am 3. August 2011 hatte der Beschwerdeführer die Bundes-Gleichbehandlungskommission mit dem Antrag auf Erstattung eines Gutachtens wegen potentieller Diskriminierung auf Grund des Geschlechts angerufen. Mag. Z. sei seitens der Begutachtungskommission nach ihm gereiht worden und verfüge nicht mit den seinigen vergleichbare oder zumindest gleichwertige Berufserfahrungen und Fachkenntnisse (wird näher ausgeführt). Insbesondere verfüge er über eine abgeschlossene Rechtsanwaltsausbildung und habe in seinen verschiedenen Leitungsfunktionen bei der belangten Behörde wesentliche Erfolge (namentlich in den Bereichen Straße und Luft) vorzuweisen (solche werden im Einzelnen dargestellt). Weitere Beispiele für seine fachliche Qualifikation sowie nähere Ausführungen behalte er sich - nach Kenntnis des Gutachtens der Gleichbehandlungskommission - ausdrücklich vor.

DDr. E.F. gab dazu gegenüber der Bundes-Gleichbehandlungskommission namens der belangten Behörde am 23. September 2011 eine Stellungnahme ab. Darin vertrat sie die Ansicht, die (bereits dargestellte) Begründung und Beurteilung der Kommission habe drei (in höchstem Ausmaß geeignete) Erstgereichte ergeben. Nach dem Frauenförderungsgebot des § 11 B-GIBG komme somit der Bewerberin Mag. Z. bei gleicher Eignung der Vorrang zu. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer bei diesem Kriterium die höchste Punktzahl habe erreichen können, bewirke seine Erfahrung in mehreren oder in gar allen Sachbereichen der Sektion keine höhere Qualifikation als die im entsprechenden Ausschreibungspunkt geforderte, weil Erfahrung in einem Sachgebiet zwar notwendig sei, es sich bei der ausgeschriebenen

Funktion jedoch um eine primäre Leitungs- und Führungsfunktion handle. Auch habe die Kommission nicht die fachliche Qualifikation einzelner Bewerber in Frage gestellt.

Nach Einholung weiterer Äußerungen und Gegenäußerungen sowie Erörterung in einer Sitzung am 28. März 2012 erstattete die Bundes-Gleichbehandlungskommission am 31. Juli 2012 das Gutachten, die Übergehung des Beschwerdeführers bei der Besetzung der Leitung der Sektion IV "Verkehr" der belangten Behörde stelle eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.

Die Begründung dafür lautet auszugsweise:

"Das BMVIT stützte seine Personalentscheidung auf das Gutachten der Begutachtungskommission. Gutachten im Allgemeinen sind fachlich fundierte Aussagen bezüglich einer konkreten Sachfrage - in Personalauswahlverfahren bezüglich der Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern -, die eine ausreichende Grundlage für die zu treffende (Personal)Entscheidung schaffen sollen. Entsprechend den im Allgemeinen geltenden Anforderungen an Gutachten, nämlich dass sie durch Argumente und Fakten gestützt sein müssen und nicht auf Behauptungen oder Meinungen aufbauen dürfen, sind die Schlussfolgerungen zu begründen; es reicht nicht, bloß Feststellungen zu treffen, ohne darzulegen, aus welchen Gründen man zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist. Die für bzw. gegen die Bewerberinnen und Bewerber sprechenden Gründe/Argumente sind gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen.

Zum Gutachten der Begutachtungskommission:

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer beim Erfordernis '4. Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion (40%)' 'nur' 36,75% von 40% erreichte, ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass der Vorsitzende der Kommission dieses Kriterium nicht nur als ein formales, sondern auch als ein qualitatives ansah und daher eine Beurteilung der bisherigen Leistungen des Beschwerdeführers als Sektionsleiter vornahm und nur 30% vergab, weil er der Ansicht war, es mangle dem Bewerber an der notwendigen Umsetzungsfähigkeit. Abgesehen davon, dass die Kommissionsmitglieder unterschiedlicher Auffassung darüber waren, worauf es bei diesem Kriterium ankommt - nur auf das Vorliegen einer bereits ausgeübten Leitungsfunktion in einem Sachgebiet der Sektion, oder auch auf den Erfolg, oder (auch) auf Leitungserfahrungen in einem weiteren Sachgebiet der Sektion -, ist eine sachliche Grundlage für die Beurteilung von ... Leistungen bzw. Erfolgen (des Beschwerdeführers) als Leiter einer Sektion nicht erkennbar, worauf noch eingegangen wird.

Zur Interpretation, das gegenständliche Kriterium sei auch ein qualitatives, hält der Senat fest, dass Dr. P. (Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen und Kommissionsmitglied) nachvollziehbar - gestützt auch auf ihre Erfahrungen als Mitglied in anderen Begutachtungskommissionen - darlegte, dass nach der 'Führungs- und Leitungsspanne' zu beurteilen gewesen wäre.

Dem ist aus folgenden Gründen zuzustimmen: Entspräche die Interpretation des Vorsitzenden der Begutachtungskommission der üblichen Beurteilungspraxis und wäre es also so 'eindeutig', dass 'im Vordergrund der Beurteilung die Qualität der Erfahrung in der Leitungsfunktion' steht, wie das BMVIT in seiner Stellungnahme zum Antrag ausführte, hätten sich auch die übrigen Kommissionsmitglieder an die Vorgabe des Dienstgebers halten müssen und es hätte keine unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe geben dürfen. Weiters hätte die Dienstgebervertreterin in der Sitzung des Senates eindeutig bestätigt, dass eine inhaltliche Prüfung bzw. Beurteilung der Ausübung der Führungsfunktion vorzunehmen war. DDr. E.F. sagte aber - eher ausweichend -, das Kriterium stelle darauf ab, ob jemand 'grundsätzlich Führungs- und Managementfähigkeiten' habe, es 'sollte schon' eine Leitungsfunktion 'jedenfalls' in einem der Fachgebiete wahrgenommen worden sein, und diese 'sollte natürlich auch erfolgreich' gewesen sein. Wenn aber mit Punkt 4.) der Ausschreibung 'grundsätzlich Führungs- und Managementqualifikationen' gemeint gewesen sein sollen, stellt sich die Frage, wozu der Anforderung 'Erfahrung in einer leitenden Funktion ...' die Wendung 'in einem der Sachgebiete der Sektion' beigefügt wurde und welche Fähigkeit mit Punkt '6.) Organisationsvermögen sowie besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (25%)' gemeint war. Weiters stellt sich die Frage nach dem Sinn der Anforderung '5. Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben (25%)', wenn bereits im Rahmen der Anforderung '4. Erfahrung in einer leitenden Funktion ...'

bisherige Leistungen und Erfolge zu beurteilen gewesen sein sollten. Zusammenfassend hält der Senat fest, dass aus der Ausschreibung insgesamt und der konkreten Formulierung des Punktes

'4. Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete' in keiner Weise ableitbar ist, dass die Bewertung der Erfüllung dieses Kriteriums nach inhaltlichen Gesichtspunkten vorzunehmen war, und seitens des Dienstgebers konnte für diese Interpretation keine glaubwürdige Erklärung abgegeben werden. Es kann daher nur davon ausgegangen werden, dass die Erfüllung dieses Kriteriums nicht danach zu beurteilen gewesen wäre, welche Erfolge der Bewerber und die Bewerberin als Führungskräfte nach Meinung der Mitglieder, oder eines Mitgliedes der Begutachtungskommission erzielten, sondern - wie Dr. P. ausführte - nach der Leitungsspanne und der Führungsspanne und auch nach der Anzahl der Sachgebiete, auf die sich die Leitungsfunktion erstreckte. Es ist nämlich sachlich absolut nicht nachvollziehbar, dass diese Faktoren bei der Besetzung einer derart hochrangigen Funktion wie der einer Sektionsleitung unmaßgeblich sein sollen.

Vergleicht man die Leitungs- und Führungsspannen des Beschwerdeführers und Mag. Z., ist die Bewertung der Begutachtungskommission - ein Plus von lediglich 4% des Beschwerdeführers gegenüber Mag. Z. - sachlich nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer leitete als Sektionsleiter und Gruppenleiter über sieben Jahre hinweg bis zu 150 Mitarbeiter/innen, und zwar in den Bereichen Straße und Luft und in der BAV. Mag. Z. verfügte über eine knapp 1 1/2-jährige Leitungserfahrung über 14 Mitarbeiter/innen der Schienen-Control-GmbH (deren Zuständigkeitsbereich laut Dr. P. nicht einmal den Bereich 'Schiene' zu Gänze umfasst).

Aber selbst wenn 'im Vordergrund der Beurteilung die Qualität der Erfahrung in der Leitungsfunktion' stehen sollte, wie das BMVIT in seiner schriftlichen Stellungnahme zum Antrag ausführte, stellt sich die Frage, inwiefern die 'Begründung' des Kommissionsvorsitzenden für seine Beurteilung der Qualität der jeweiligen Leitungserfahrung ... ausreichend schlüssig für die zu treffende Personalentscheidung war. Derartige Beurteilungen von Qualifikationen entsprechen nämlich nicht den Anforderungen an ein Gutachten über die Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern für die Übernahme einer Funktion, da sie nur aus Feststellungen bestehen und nicht im Geringsten erkennbar ist, auf welchen Grundlagen das Ergebnis beruht. Die beispielhaft aufgezählten (angeblichen) Versäumnisse des Beschwerdeführers, bezüglich der der Antragsteller glaubhaft versicherte, es sei bislang keine Kritik an ihn herangetragen worden, wurden nicht im Geringsten konkretisiert und für die 'bewiesene' erfolgreiche Leitungstätigkeit von Mag. Z. wurde nicht einmal ein Beispiel genannt. Auf die im Hearing gestellten Fragen, Antworten und/oder sonstigen Ausführungen der Bewerberin und des Bewerbers ging die Begutachtungskommission in ihrem Gutachten mit keinem Wort ein (obwohl pro Bewerber/in immerhin 45 Minuten veranschlagt waren), abgesehen von dem einen Satz, der Beschwerdeführer würde die Sektion eher als administrative denn als strategische Einheit sehen (womit er den Eindruck des mangelnden Leitungspotentials bestätigt habe). Der von DDr. E.F. in der Sitzung des Senates erwähnte 'Beurteilungsraster' wurde dem Senat nicht vorgelegt. Mangels einer fundierten Ermittlung der jeweiligen 'Qualität' der bisherigen Leitungserfahrung konnte selbstverständlich auch kein Wertungsvergleich zwischen der Bewerberin und dem Bewerber vorgenommen werden.

Zur Beurteilung der Anforderung '5. Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben (25%)' hält der Senat fest, dass die Feststellungen im Gutachten der Begutachtungskommission ... ebenso wenig nachvollziehbar sind wie jene zu Punkt 4 der Ausschreibung.

Den Beschwerdeführer betreffend vergaben der Vorsitzende und ein weiteres Kommissionsmitglied lediglich 17% und 20%, und zwar mit der inhaltlich gleichen und ebenso lapidaren 'Begründung' wie jener zur Bewertung des vorigen Ausschreibungskriteriums, nämlich der Bewerber habe die Entwicklung von strategischen Zielen bzw. Aufgaben nicht in dem zu erwartendem Umfang wahrgenommen und es habe an Umsetzungserfolgen gemangelt. Bemerkenswerter Weise wurde also für die Bewertung von zwei Anforderungen der Ausschreibung ein und dieselbe - und wie bereits gesagt - sachlich nicht nachvollziehbare Grundlage herangezogen. In diesem Zusammenhang verweist der Senat noch einmal auf die nicht nachvollziehbare Interpretation, es handle sich bei der Anforderung 4 um eine qualitative.

Mag. Z. betreffend war im Gutachten festgehalten, sie habe bereits in verschiedenen Funktionen bewiesen, dass sie Lösungen entwickeln und umsetzen könne (z.B. Fahrgastrecht) und ihre Präsentation sei von der Systematik her sehr überzeugend gewesen.

Der Senat kann anhand dieser Feststellungen der Begutachtungskommission - mangels irgendeiner Äußerung zum 'Beweis' für die herbeigeführten Lösungen und mangels irgendeiner Erläuterung der von der Systematik her überzeugenden Präsentation - nicht erkennen, inwiefern die höhere Bewertung von Mag. Zs. Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben (23% gegenüber 21 % für den Beschwerdeführer) sachlich gerechtfertigt wäre. Dies gilt auch für die unterschiedliche Bewertung der Anforderung '6.

Organisationsvermögen sowie besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (25%)'.

Aus den genannten Gründen kam der Senat zu dem Ergebnis, dass die Feststellung, Mag. Z. sei für die Leitung der Sektion IV 'Verkehr' im BMVIT in gleichem Ausmaß geeignet wie der Beschwerdeführer, sachlich nicht nachvollziehbar ist. Es ist dem BMVIT somit nicht gelungen darzulegen, dass ein anderes als das vom Antragsteller glaubhaft gemachte Motiv für die gegenständliche Personalentscheidung ausschlaggebend war. Der Senat stellt daher fest, dass die Anwendung des Frauenförderungsgebotes des § 11c B-GIBG eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes des Beschwerdeführers darstellt.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des § 18a B-GIBG wird verwiesen."

Am 28. September 2012 stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Entschädigung gemäß § 4 Z 5 iVm § 18a und § 20 B-GIBG. Begründend verwies er auf das - eben dargestellte - Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 31. Juli 2012 und vertrat die Ansicht, bei diskriminierungsfreier Auswahl hätte er als bestgeeigneter (und zudem im Gutachten der Begutachtungskommission der belangten Behörde vom 28. Juli 2011 punktemäßig erstgereihter) Bewerber die ausgeschriebene Funktion der Sektionsleitung IV "Verkehr" erhalten.

Ohne weiteren Verfahrensschritt wies die belangte Behörde (genehmigende Beamtin: DDr. E.F.) diesen Antrag mit dem angefochtenen Bescheid vom 27. März 2013 gemäß § 18a B-GLBG ab.

Begründend verwies sie - nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und der Rechtslage - darauf, dass das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission keine Bindungswirkung für die Dienstbehörde entfalte, vielmehr komme diesem nur die Bedeutung eines Beweismittels zu. Zu den einzelnen Punkten des genannten Gutachtens argumentierte sie wie folgt:

"Zum Kriterium 'besondere Kenntnisse und Fähigkeiten die Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion (40 %)':

Eingangs ist festzuhalten, dass diese Formulierung des Punktes des Anforderungsprofils vom bmvit in mehreren Ausschreibungen für leitende Funktionen gebraucht wurde und wird. Ziel und Zweck und auch angewandte Interpretation der Formulierung ist, dass das Erfordernis primär in der Erfahrung in einer leitenden Funktion liegt und dies zumindest in einem Sachgebiet der Sektion vorliegen muss. 'Zumindest' ist dabei eindeutig so zu interpretieren, dass die Erfahrungen in einem Sachgebiet der Sektion vorliegen müssen und das formale Vorliegen von Führungsaufgaben in mehreren Aufgabengebieten nicht zu einer höheren Bewertung führt. Im Vordergrund der Beurteilung steht die Qualität der Erfahrung in der Leitungsfunktion, da es um die Bestellung einer Führungsfunktion geht und nicht um eine Fachexpertenfunktion.

Daraus erklärt sich auch, dass dieses Kriterium mit 40% mit Abstand am höchsten bewertet wurde, weil es eben nicht nur formal sondern auch qualitativ auf die Leitungserfahrungen der KandidatInnen abstellt. Für BewerberInnen aus dem Bereich des öffentlichen Diensts bestimmt § 9 Abs 4 AusG sogar explizit 'Die Eignung ist insbesondere (...) - wenn der Bewerber bereits in einem öffentlichen Dienstverhältnis steht - auf Grund der bisher erbrachten Leistungen festzustellen.'

Die Ausführung der B-GBK zu vermeintlich unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben der Kommissionsmitglieder ist nicht zutreffend. Einerseits legten offenbar drei von vier Mitgliedern denselben Bewertungsmaßstab an, wie sich im Ergebnis bei Mag. Z eindeutig zeigt. Dass die Dienstgebervertreterin und der Vertreter des Zentralausschusses beim Beschwerdeführer und bei Mag. Z. jeweils die volle Punktzahl gaben, liegt nicht daran, dass sie einen anderen (rein formalen) Bewertungsmaßstab als der Vorsitzende anwandten, sondern daran, dass sie an der Qualität der Leitungserfahrung beider BewerberInnen keinen Zweifel hatten. Lediglich der Gewerkschaftsvertreter vertrat einen anderen Inhalt bei diesem Bewertungskriterium. Obwohl dieser das Gutachten der Begutachtungskommission ebenfalls vorbehaltlos unterzeichnete, legte er erst später in einem votum separatum seinen von der Mehrheit und der Auffassung der Dienstbehörde abweichenden Bewertungsmaßstab dar.

Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer bei diesem Kriterium ohnehin die höchste Prozentpunktzahl aller Bewerber bzw. Bewerberinnen erreichen konnte, ist darauf hinzuweisen, dass eine Erfahrung in mehreren oder in gar allen Sachgebieten der Sektion als die in der Ausschreibung geforderte Anzahl hinsichtlich dieses Ausschreibungspunktes keine höhere Qualifikation bewirkt, da wie bereits erörtert, Erfahrung in einem Sachgebiet zwar notwendig ist, aber es sich bei der ausgeschriebenen Funktion um eine primäre Leitungs- und Führungsfunktion handelt.

Zum Argument der 'Führungs- und Leitungsspanne' ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer als Sektionschef der Sektion 11 in erster Linie die Leiter der beiden Gruppen Straße und Luft und der Bundesanstalt für Verkehr sowie seine Sekretärin unmittelbar führte. Die 7 Abteilungsleiter der Gruppe Straße und die 4 Abteilungsleiter der Gruppe Luft führt der Sektionschef nicht unmittelbar. Diese werden durch die zwischengeschaltete Organisationseinheit 'Gruppe' und deren Leitung geführt. Gleichermaßen obliegt die Führung der Mitarbeiterinnen der einzelnen Abteilungen in erster Linie den jeweiligen AbteilungsleiterInnen und nicht den übergeordneten Organisationseinheiten. Daher wäre es unsachgemäß, bei der Bewertung der Führungs- und Leitungsspanne nicht zwischen mittelbarer und unmittelbarer Führung zu differenzieren.

Mag. Z. hingegen führte sämtliche MitarbeiterInnen der Schienen Control GmbH unmittelbar und selbstständig: Davon ist auch die Mehrzahl als besonders qualifiziert zu bezeichnen, weil ihre MitarbeiterInnen für 8 thematisch unterschiedliche Abteilungen des Unternehmens zuständig (Finanzen, Kommunikation, Markt, Netz, Recht, Schlichtungsstelle, Verkehrsökonomie und Verkehrstechnik, IT & Informationssysteme) und überwiegend AkademikerInnen waren.

Von wesentlicher Bedeutung für die Erfahrung in einer leitenden Funktion ist, dass Mag. Z. Alleingeschäftsführerin der Schienen Control GmbH war und daher nach außen allein vertretungsbefugtes und haftendes Organ für sämtliche wirtschaftliche und funktionelle Agenden der Behörde war. Alle Managementaufgaben standen in ihrer Verantwortung. Diese reichten von der Festlegung der Unternehmensziele und -strategie, der Organisation und Öffentlichkeitsarbeit bis zur Verantwortung für die Finanz- und Personalangelegenheiten der Gesellschaft. Hier ist der Beschwerdeführer jedenfalls geringer zu bewerten, war er doch dem Generalsekretär des bmvit sowie der Bundesministerin als oberstes Organ klar untergeordnet und nur in ihrem Namen und ihrer Verantwortung handlungsbefugt.

Auch die Behauptung im Gutachten der B-GBK, Mag. Z. verfüge nur über 1,5 jährige Leitungserfahrung, ist unrichtig. Vor ihrer Tätigkeit als Alleingeschäftsführerin der Schienen Control GmbH leitete Mag. Z. die Organisation der Gesellschaft, Unternehmensstrategie und -prozesse, zwischen 1. April 2005 und 31. Dezember 2010.

Weiters ist klarzustellen, dass sich die kritisierte Formulierung des Vorsitzenden der Begutachtungskommission '... weil

Z. in ihrer bisherigen Funktion erfolgreich bewiesen hat, dass sie Leitungsfunktionen in umfassender Weise wahrgenommen hat bzw. wahrnehmen kann', auf die vorliegenden Bewerbungsunterlagen bezog, welche offensichtlich für den Vorsitzenden und zwei weitere Mitgliedern inhaltlich sowie der eigenen Erfahrung nach schlüssig waren. Demnach konnte Mag. Z. nach Übernahme der Geschäftsführung der Schienen Control GmbH folgende Neuausrichtung der Gesellschaft umsetzen:

- Festlegung der Unternehmensstrategie und -ziele
- Verlegung des Firmensitzes
- Neuorganisation der Abteilungen und Verantwortungen (personell und funktionell)
- Neuausrichtung der Budget- und Finanzplanung und - administration
- Aufbau einer internen und externen Öffentlichkeitsarbeit und Neugestaltung des Corporate Designs der Behörde
- Organisation einer effizienten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrensvorbereitung als Geschäftsstelle der Schienen - Control Kommission
- Weiterentwicklung der Schlichtungsstelle als kompetente Konsumentenschutzorganisation im Bereich des Schienenverkehrs (Verdreifachung der Anzahl der Beschwerden an die Schlichtungsstelle und Verfünfachung der erzielten Entschädigungsleistungen für Kunden)
- Ausrichtung der Schienen-Control als nationale Durchsetzungsstelle für Fahrgastrechte
- Ausweitung der europäischen Aktivitäten (Gründungsmitglied des Netzwerkes der unabhängigen europäischen Regulierungsstellen im Schienenverkehr - IRG-rail, Schnittstelle zur Europäischen Kommission)
- Mitwirkung an der Konzeption und Umsetzung von europäischen und nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen

Mag. Z. kann demnach auf Erfahrungen als Aufsichtsbehörde als auch auf Unternehmensseite zurückgreifen. Weil Führungs- und Managementkompetenzen unabhängig vom Sachgebiet einsetzbar sind und für alle Sachgebiete der Sektion IV 'Verkehr' europäische Rahmenbedingungen umzusetzen sind, die stark von einem verkehrsträgerübergreifenden Ansatz ausgehen, war ein Fachbereich ausreichend, um dieses Kriterium dahingehend vollständig zu erfüllen.

Aus all diesen Erwägungen ergibt sich zweifelsfrei, dass die Bewertung Mag. Z. mit 32,5 % von 40 % bei diesem Kriterium jedenfalls objektiv nachvollziehbar und sachgerecht erfolgte. Wenngleich die stark abweichende Beurteilung durch den Gewerkschaftsvertreter (10 von 40 %) inhaltlich nicht nachvollzogen werden kann, ist der Bewertungsdurchschnitt im Ergebnis angemessen.

In Bezug auf die Ausführungen des Beschwerdeführers, dass seine fachliche Qualifikation in Zweifel gezogen worden sein könnte, ist zu bemerken, dass gemäß den Bestimmungen des Ausschreibungsgesetzes eine Kommission eingerichtet wurde, die jeden einzelnen Bewerber und jede einzelne Bewerberin nach den ausgeschriebenen Kriterien beurteilte. Es kann dabei keine Rede sein, dass die Qualifikation einzelner Bewerber oder Bewerberinnen in Frage gestellt worden ist. Bei der Beurteilung von Bewerbern und Bewerberinnen flossen die Einschätzungen der Kommission in objektiver Weise in das Gesamtergebnis für jeden einzelnen Bewerber und jede einzelne Bewerberin ein. Die vom Vorsitzenden geäußerte Kritik bildet offenbar Erfahrungen aus der vergangenen gemeinsamen Zusammenarbeit ab und ist iSd § 9 AusG ('auf Grund der bisher erbrachten Leistungen festzustellen') auch grundsätzlich zulässig.

Da den Kommissionsmitgliedern unter Berücksichtigung der im Gesetz umschriebenen Kriterien ein gewisser Ermessensspielraum offen steht und sich die etwas niedrigere Bewertung durch den Vorsitzenden (30 von 40 %) im Ergebnis nicht wesentlich auswirkte - trotzdem Höchstpunktezahl - ist nach Auffassung der Dienstbehörde der vom Beschwerdeführer erzielte Punktwert von 36,75 von 40 % seiner Erfahrung formell und qualitativ angemessen. Es konnte eine nähere Prüfung der Sachlichkeit der vorgebrachten Kritik unterbleiben. Auch eine Befangenheit des Vorsitzenden scheint aus diesem Aspekt nicht indiziert, liegen die abgegebenen 30 Prozentpunkte jedenfalls in der zu erwartenden Schwankungsbreite der Einzelbewertungen und weichen nicht auffällig davon ab.

Zum Kriterium 'Fähigkeit zum strategischen Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben (25 %):

Die von Mag. Z. hierbei erzielten 23 % sind gerechtfertigt, weil sie als zentrale Aufgabe der Regulierungsstelle die Koordination von Interessen und Lösung von Konflikten zwischen den Marktteilnehmern im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht und Schlichtungsstellentätigkeit der Behörde innehatte. Weitere komplexe Themen in der Funktion als Leiterin des Stabes Unternehmensentwicklung der ÖBB-Traktion GmbH waren die Analyse und Neuausrichtung der Unternehmensprozesse im Legal Compliance und Schadensmanagement der Gesellschaft sowie die Verantwortung für sämtliche rechtliche Angelegenheiten innerhalb der Gesellschaft, des Konzerns und mit Externen. In dieser Funktion waren die Fähigkeit zur Koordinierung unternehmensübergreifender Prozesse und Projekte,

Verhandlungs- und Abstimmungsvermögen mit externen Firmen, Konzerngesellschaften und Behörden erforderlich.

Zum Kriterium 'Organisationsvermögen sowie besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von MitarbeiterInnen (25 %)':

Auch hier ist die Bewertung Mag. Z. zutreffend, weil sowohl in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Schienen Control als auch in den früheren Funktionen im ÖBB Konzern ... bei der Umsetzung struktureller Änderungen und dem Neuaufbau von Organisationen die gegenständlichen Kriterien Voraussetzung (waren). Auch die jahrelange Tätigkeit im Personalbereich auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite mit Beratung sowie gerichtlicher Vertretung von MitarbeiterInnen in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten lässt auf eine ausgezeichnete Kommunikationsfähigkeit schließen. Außerdem ist noch die Teilnahme sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite an Verhandlungen im Rahmen des Sozialen Dialogs auf nationaler und internationaler Ebene (Dienstrechts- und Kollektivvertragsverhandlungen, europäische Sozialpartnerabkommen) anzuführen. Bei der Absolvierung der Standardqualifizierung für Führungskräfte im ÖBB-Konzern durch die Firma ITO Individuum Team Organisation Personalmanagement GmbH konnte Mag. Z. in verschiedenen Modulen umfassend Managementinstrumente in der Personalführung (z.B.: Führen von Abteilungen, Führungskraft als Coach, Veränderungs- und Konfliktmanagement) erlernen. Daraus lässt sich eindeutig der Schluss ableiten, dass sie in all ihren Funktionen bisher immer nach Durchführung von Veränderungsprozessen ein Team von kompetenten, motivierten und engagierten MitarbeiterInnen in einem guten Arbeitsklima leiten konnte.

Nach Begründung und Beurteilung der Kommission ergaben sich drei Erstgereichte, die der gesetzlichen Qualifizierung entsprechend in höchstem Ausmaß geeignet waren. Die Reihung der BewerberInnen erfolgte damit nach der im § 10 AusG getroffenen Maßgabe der Einstufung nach dem Grad des Eignungsausmaßes und führte demnach zu drei erstgereichten BewerberInnen. Auf die ermittelte Punkteanzahl kommt es nach Festlegung der gesetzlich vorzunehmenden Abstufung des Ausmaßes der Eignung und nach der vorgenommenen Einreihung in die drei Kategorien von höchstem, hohem und geringem Ausmaß nicht mehr entscheidend an; sie dient nur der Abstufungsbildung, welche im Sinne einer objektiven Nachvollziehbarkeit zu Beginn der Tätigkeit festzulegen ist und welche nach Beurteilung und Bewertung der einzelnen Bewerber und Bewerberinnen als Bewertungsraster für den Grad der Ausmaßeignung herangezogen wird. Dies ist hier nachvollziehbar geschehen. Da somit zwei Bewerber und eine Bewerberin als in höchstem Ausmaß als geeignet ermittelt wurden, war nach dem Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG, wonach einer Bewerberin bei gleicher Eignung (argumentum 'gleich geeignet') solange der Vorrang zukommt, bis in dieser Funktion 50 % Frauenanteil - damals war keine einzige Sektionsleiterin im bmvit tätig - erreicht ist, vorzugehen. Auf die Bevorzugung von Frauen, die gleich geeignet wie männliche Bewerber sind, wurde bei der Ausschreibung explizit hingewiesen.

Durch die Festlegung der Kommission, dass Kandidaten bzw. Kandidatinnen mit einer Prozentzahl von 81 - 100 in höchstem Ausmaß, von 61 - 80 in hohem Ausmaß und von 0 - 60 in geringem Ausmaß geeignet sind, konnte der gesetzlichen Vorgabe, der Einteilung in welchem Ausmaß ein Kandidat bzw. eine Kandidatin geeignet ist, entsprochen werden.

Es bestanden weder seitens der Begutachtungskommission noch seitens der Dienstbehörde Zweifel darüber, dass der Beschwerdeführer zur Gruppe der im höchsten Ausmaß geeigneten Bewerber gem. § 10 Abs 1 Z 2 AusG zu rechnen war. Außerdem konnte er mit einem Gesamtdurchschnitt von 90,25 % den höchsten Punktwert erzielen, daher hätte eine weitere Prüfung seiner Bewertung zu keiner Besserstellung führen können.

Entscheidungserheblich ist im gegenständlichen Verfahren, ob Mag. Z. gleichfalls gerechtfertigt in die Gruppe der im höchsten Ausmaß geeigneten BewerberInnen einzustufen war.

Die oben erfolgte Prüfung der Ergebnisse der Begutachtungskommission als wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Bestellung Mag. Z. als Sektionsleiterin ergab zweifelsfrei, dass die Bewerberin mit einem zutreffenden Gesamtdurchschnitt von 90 % jedenfalls in die Gruppe der im höchsten Ausmaß geeigneten Kandidaten einzuordnen war.

Um den maßgeblichen Anwendungsbereich des § 10 Z 2 AusG zu gewährleisten, ist in einer Gesamtschau der einschlägigen Bestimmungen die Formulierung des § 11c B-GIBG 'gleich geeignet' im Einklang mit dem Ausschreibungsgesetz als 'gleichfalls in höchstem Ausmaß geeignet' und nicht etwa als 'numerisch gleich' zu verstehen. Darüber hinaus war auch die rein numerische Eignung nahezu identisch (90 zu 90,25%)."

Daraus leitete die belangte Behörde zusammenfassend ab, dass das Ausschreibungsverfahren gesetzeskonform, frei von Diskriminierung und Willkür durchgeführt und der Beschwerdeführer daher zu Recht nicht bestellt worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, ihn aus diesen Gründen im Sinn einer Stattgebung seines Begehrens abzuändern oder ihn aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und einer Gegenschrift erstattet, in der sie beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Der Beschwerdeführer und die belangte Behörde haben weitere Stellungnahmen abgegeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Zur Darstellung der im Beschwerdefall maßgebenden Rechtslage kann gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das hg. Erkenntnis vom 14. November 2012, Zl. 2010/12/0215, verwiesen werden.

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm vor Erlassung des angefochtenen Bescheides keine Verfahrensergebnisse bekannt gegeben und kein Parteiengehör eingeräumt worden sei. Er verweist (zusammengefasst) auf verschiedene Uneinigkeiten der Mitglieder der Bewertungskommission, die nicht nur in Teilbereichen unterschiedliche Maßstäbe angelegt hätten. Im Fall seiner Anhörung hätte er dies entsprechend aufklären sowie unrichtige Annahmen über seine jeweiligen Tätigkeitsbereiche, Befugnisse und Arbeitserfolge im Vergleich zu denen von Mag. Z. (solche werden jeweils beispielhaft angeführt) aufzeigen und dadurch die Schlüssigkeit des oben dargestellten Gutachtens der Bundes-Gleichbehandlungskommission, dem die belangte Behörde nicht gefolgt sei, erweisen können. Auch Versäumnisse oder Unzulänglichkeiten während seiner früheren Tätigkeiten seien, was seine Anhörung sowie entsprechende Ermittlungen klar an den Tag gebracht hätten, nicht vorgelegen. Insgesamt hätte sich ergeben, dass er für die Leitung der ausgeschriebenen Sektion IV "Verkehr" im Planstellenbereich der belangten Behörde nicht gleich sondern besser als seine Mitbewerberinnen und Mitbewerber geeignet gewesen wäre.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens auf:

Die belangte Behörde hätte ihm entsprechend den nach § 1 Abs. 1 DVG maßgeblichen § 45 Abs. 2 und 3 AVG Gelegenheit geben müssen, jene Beweisergebnisse zur Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, die sie im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens über den Ersatzanspruch nach § 18a B-BLBG zu verwerten gedenkt (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2013, Zl. 2012/12/0016). Auch kann dem eben wiedergegebenen Vorbringen der Beschwerde zu den Beweisergebnissen - und damit der Verletzung des Parteiengehörs - Relevanz nicht abgesprochen werden.

Infolge der Verabsäumung der belangten Behörde, Parteiengehör einzuräumen, stellt in der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof insoweit nachgetragenes Vorbringen - entgegen der von der belangten Behörde vertretenen Ansicht - keine unbeachtliche Neuerung dar (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. Juni 2005, Zl. 2001/12/0077, und vom 28. Juni 2011, Zl. 2011/01/0142).

Schon deshalb belastete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben war. Ob das konkret eingehaltene Vorgehen der die belangte Behörde bereits im Verfahren vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission vertretenden und danach den angefochtenen Bescheid genehmigenden DDr. E.F. darüber hinaus - wie die Beschwerde meint - eine relevante Befangenheit begründet (vgl. dazu etwa *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 7 Rz 15 mwN aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes), kann bei diesem Ergebnis auf sich beruhen.

Nicht nachvollziehbar ist die Argumentation der belangten Behörde, der Beschwerdeführer hätte als Sektionschef in erster Linie die Leiter der beiden Gruppen Straße und Luft und der BAV sowie seine Sekretärin unmittelbar geführt, sonst hätte es Zwischenvorgesetzte gegeben.

Soweit sich die belangte Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof darauf beruft, der Beschwerdeführer habe den angefochtenen Bescheid auch vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpft, es werde die Unterbrechung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu B 559/2013 beantragt, fehlt dafür eine gesetzliche Grundlage. Eine solche wird auch von der belangten Behörde nicht genannt.

Die Durchführung der in der Beschwerde beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG unterbleiben.

Der Ausspruch über den Aufwändersatz gründet sich - im Rahmen des Begehrens - auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwändersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 16. September 2013