

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

14.09.2017

Geschäftszahl

W213 2009768-1

Spruch

W213 2009768-1/29E

IM NAMEN DER REPUBLIK !

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG über die Beschwerde desXXXX, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Johannes Öhlböck, 1080 Wien, Wickenburggasse 26, gegen den Bescheid des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie vom 15.04.2014, GZ. BMVIT-2.840/0003-I/PR1/2014, betreffend Entschädigung wegen Diskriminierung bei der Besetzung der Leitung der Sektion IV "Verkehr" im BMVIT gemäß § 18a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz zu Recht erkannt:

A)

1. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert, dass dem Beschwerdeführer gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG

1. a. für den Zeitraum vom 01.09.2011 bis 31.12.2015 ein Ersatzanspruch in Höhe von 312.075,28 EUR sowie

1. b. für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.08.2016 der Ersatzanspruch in der Höhe des Differenzbetrages zwischen 89.989,20 EUR und den tatsächlichen Einkünften für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.08.2016 laut Einkommenssteuerbescheid 2016 zuerkannt wird.

2. Die Beschwerde wird hinsichtlich des Ersatzes des Vermögensschadens für den Zeitraum vom 01.09.2016 bis 31.08.2021 abgewiesen.

3. Gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 iVm § 19b B-GIBG wird dem Beschwerdeführer eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung in Höhe von 5.292,30 EUR zuerkannt.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Text**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:****I. Verfahrensgang:**

1. Mit Kundmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 05.05.2011 erfolgte die Ausschreibung der Funktion der Leitung der Sektion IV "Verkehr" im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (in Folge: BMVIT). Der Beschwerdeführer brachte innerhalb offener Frist eine Bewerbung für diese ausgeschriebene Funktion ein. Nach Durchführung eines internen Hearing vor einer Begutachtungskommission im BMVIT wurde die Mitbewerberin XXXX (in Folge: Mitbewerberin) als "gleich geeignet wie der bestgeeignete Mitbewerber" zur Leiterin der Sektion IV bestellt.

2. Noch vor Bestellung der Sektionschefin stellte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 03.08.2011 einen Antrag an die Gleichbehandlungskommission des Bundes (in Folge: B-GBK), ein Gutachten über die Rechtmäßigkeit des Bewerbungsverfahrens zu erstatten.

Nach Durchführung einer Sitzung der B-GBK stellte diese in ihrem Gutachten vom 31.07.2012 fest, "[d]ie Übergehung von XXXX bei der Besetzung der Leitung der Sektion IV ‚Verkehr‘ im BMVIT stellt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar".

Begründend stellte die B-GBK im Wesentlichen folgende Erwägungen an:

Das BMVIT habe seine Personalentscheidung auf das Gutachten der Begutachtungskommission des BMVIT gestützt. Zu diesem Gutachten sei Folgendes auszuführen: Dem Umstand, dass der Vorsitzende der Begutachtungskommission im BMVIT den Beschwerdeführer zum Erfordernis der "Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion" (Punkt 4 der Ausschreibung) mit nur 30% von 40% bewertet habe, fehle eine sachliche Grundlage. Dieses Kriterium sei nach der Führungs- und Leitungsspanne zu beurteilen, nicht aber eine qualitative Beurteilung der Erfahrung in der leitenden Funktion vorzunehmen gewesen. Vergleiche man die Führungs- und Leitungsspanne des Beschwerdeführers und der Mitbewerberin, sei die Bewertung der Begutachtungskommission nicht nachvollziehbar. Selbst wenn im Vordergrund der Beurteilung die Qualität der Leitungserfahrung gestanden habe, sei die Begründung des Kommissionsvorsitzenden für seine Beurteilung der Qualität nicht ausreichend schlüssig hinsichtlich der Anforderungen an ein Gutachten, weil nicht erkennbar sei, auf welche Grundlagen sich das Ergebnis stütze.

Zur Beurteilung des Kriteriums "Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben" (Punkt 5 der Ausschreibung) sei das Gutachten ebenso wenig nachvollziehbar wie zum Kriterium der Leitungserfahrung und betreffend den Beschwerdeführer darüber hinaus inhaltlich gleich begründet wie die Beurteilung der Leitungserfahrung. Aus dem Gutachten ergebe sich auch nicht, inwiefern die Feststellung der besseren Eignung der Mitbewerberin im Punkt "Fähigkeit zu strategischem Denken und zur Lösung von komplexen Koordinationsaufgaben" sachlich gerechtfertigt wäre. Dasselbe gelte für den Punkt "Organisationsvermögen sowie besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern" (Punkt 6 der Ausschreibung).

Aus diesen Gründen sei die Feststellung, die Mitbewerberin sei für die Leitung der Sektion IV im gleichen Ausmaß geeignet wie der Beschwerdeführer, sachlich nicht nachvollziehbar.

3. Mit einem am 01.10.2012 bei der belangten Behörde eingelangten Antrag vom 28.09.2012 begehrte der Beschwerdeführer gemäß § 18a iVm § 20 B-GIBG den Ersatz des Vermögensschadens und die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung infolge der von ihm behaupteten und im Rahmen des Gutachtens der B-GBK festgestellten Diskriminierung wie folgt:

"Gemäß § 18a B-GIBG stelle ich daher wegen Übergehung bei der Besetzung der Leitung der Sektion IV ‚Verkehr‘ im BMVIT infolge meiner Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG den Antrag auf Entschädigung in Höhe von € 375 753, 30,-
brutto."

4. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 28.03.2013 wurde dieser Antrag abgewiesen. Begründend führte die belangte Behörde aus, das Gutachten der B-GBK habe für das Verfahren über die Entschädigung gemäß dem B-GIBG keine Bindungswirkung, sondern komme diesem nur die Bedeutung eines Beweismittels zu. Das Ausschreibungsverfahren sowie die Tätigkeit der Begutachtungskommission samt Gutachtenerstellung seien gesetzeskonform, nachvollziehbar und sorgfältig durchgeführt worden. Im Ergebnis seien drei Personen als "im höchsten Ausmaß geeignet" bewertet worden, sodass unter Beachtung des Frauenförderungsgebotes der Bewerberin der Vorzug zu geben gewesen sei.

5. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sowie Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Die Behandlung der Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 17.09.2013 angelehnt. Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seiner Entscheidung vom 16.09.2013, 2013/12/0060-8 über die Beschwerde ab und hob den Bescheid vom 28.03.2013 aufgrund von Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

6. Daraufhin räumte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Stellungnahme zu den vorläufigen Ermittlungsergebnissen ein. Der Beschwerdeführer führte in seiner am 12.02.2014 bei der belangten Behörde eingelangten Stellungnahme zusammengefasst Folgendes aus:

Dem Gutachten der B-GBK komme Beweiswert zu, weshalb von diesem Gutachten abweichende Beweisergebnisse zu begründen seien.

Das Ausschreibungskriterium "4. Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion" sei von den Mitgliedern der Begutachtungskommission unterschiedlich interpretiert worden. Dementsprechend sei eine willkürliche prozentuelle Punktevergabe erfolgt. Bei rechtlich korrekter Bewertung wäre die nun bestellte Mitbewerberin nicht in das Kalkül "im höchsten Ausmaß geeignet" gefallen.

Zum Argument, dem Beschwerdeführer wären als Sektionschef unmittelbar nur vier Personen unterstanden, verwies dieser auf die Aussage des VwGH in seiner Aufhebung des ursprünglichen Bescheides, wonach die Argumentation der belangten Behörde, der Beschwerdeführer hätte als Sektionschef in erster Linie die Leiter der beiden Gruppe Straße und Luft und der BAV sowie seine Sekretärin unmittelbar geführt, sonst hätte es Zwischenvorgesetzte gegeben, nicht nachvollziehbar sei. Tatsächlich habe der Beschwerdeführer über sieben Jahre hinweg bis zu 150 Mitarbeiter geführt. Darüber hinaus unterliege ein Sektionsleiter ausschließlich den Weisungen des/der Bundesminister/in. Auch die Alleingeschäftsführerin der XXXX sei an die Weisungen der Generalversammlung gebunden, die aus dem 100%-Gesellschafter Bund – vertreten durch den/die Bundesminister/in – bestehe. Auch die Außenvertretungsbefugnis des Ressorts wäre eine wichtige Aufgabe des Beschwerdeführers gewesen.

Zu den Ermittlungsergebnissen, wonach die bestellte Mitbewerberin in ihrer bisherigen Funktion erfolgreich unter Beweis gestellt habe, dass sie Leitungsfunktionen umfassend wahrgenommen habe, wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass diese Feststellung durch keine näheren inhaltlichen Ausführungen belegt worden sei.

Zur Behauptung mangelnder Organisations- und Umsetzungserfolge sowie personeller Probleme und mangelnder Wahrnehmung der Entwicklung strategischer Ziele bzw. Aufgaben seinerseits führte der Beschwerdeführer aus, dass diesbezüglich weder interne noch externe Kritik dokumentiert sei, auch im Hearing sei er mit dieser dienstlichen Qualifizierung nicht konfrontiert worden. Sie entbehre daher jeglicher sachlichen Grundlage. Zur wiederholten Aussage, der Beschwerdeführer habe die Neustrukturierung des Bereiches Luftfahrt unterlassen, verwies der Beschwerdeführer auf seine Bewerbung, die ein fertiges Konzept über die Reorganisation der Gruppe Luft beinhaltet habe. Entsprechende Überlegungen habe es bereits in den vergangenen Jahren gegeben, die Umsetzung eines Gesamtkonzeptes sei aber am politischen Auftrag der Ressortleitung gescheitert.

Zur Qualifizierung seiner Mitbewerberin führte der Beschwerdeführer aus, dass bestimmte Begutachtungskommissionsmitglieder der Mitbewerberin in einzelnen oder sämtlichen Ausschreibungspunkten die maximale Punktezahlerkannt hätten, dies aber nicht substantiiert begründet oder mit einem Protokoll oder Befund belegt hätten. Die prozentuelle Punktevergabe sei in willkürlicher Weise erfolgt.

Auch könne die Leitungserfahrung des Beschwerdeführers nicht mit jener seiner Mitbewerberin (fünf Jahre geschätzte sechs Mitarbeiter/innen und 1,5 Jahre 13 Mitarbeiter/innen) gleichgesetzt werden. Selbst wenn die Qualität der Leitungserfahrung im Vordergrund stehe, könne die vorliegende (nicht nachvollziehbare) Begründung nicht schlüssig hinsichtlich der zu treffenden Personalentscheidung sein.

7. Die belangte Behörde erließ am 15.04.2016 den nunmehr bekämpften Bescheid, GZ. BMVIT-2.840/0003-I/PR1/2014, und wies den Antrag vom 28.9.2012 erneut ab.

In der Begründung führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges im Wesentlichen folgende Erwägungen an:

Alle Bewerber/innen der Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" iSd § 10 Abs 1 Z 2 AusG seien gleich geeignet iSd § 11c B-GIBG. Im vorliegenden Fall gehöre neben mehreren Bewerbern nur eine Bewerberin dieser Kategorie an, sodass die gesetzlich normierte Pflicht zur Vorreihung der Mitbewerberin gemäß § 11c B-GBG bestehe.

Da der Antragssteller ohnedies der Kategorie der "im höchsten Ausmaß geeignet" zugeordnet worden wäre, würden sich – mangels Relevanz – Ausführungen zu der vom ihm behaupteten unrichtigen Bewertung oder einer allfälligen höheren Bewertung seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten (etwa zu den von ihm beanstandeten Erwägungen und dienstliche "Qualifizierung") erübrigen. Die vom Vorsitzenden der

Begutachtungskommission geäußerte Kritik bilde Erfahrungen aus der vergangenen Zusammenarbeit und sei iSd § 9 Abs 4 AusG ("aufgrund der bisher erbrachten Leistungen festzustellen") auch zulässig.

Gegenständlich sei daher relevant, ob die Zuordnung der Mitbewerberin zur höchsten Kategorie schlüssig und nachvollziehbar begründet sei. Dies sei aus folgenden Gründen der Fall:

Beim Kriterium 4 "Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion" stehe im Vordergrund die Qualität der "Erfahrung" in einer Leitungsfunktion – also inwieweit eine Leitungsfunktion erfolgreich wahrgenommen wurde. Die Erfahrung in mehreren Sachgebieten iSv "Fachkenntnissen" sei nicht Voraussetzung. Der vom Antragssteller ins Treffen geführte Begriff der "Führungs- und Leitungsspanne" sei nicht mit dem Begriff der "Leitungserfahrung" iSd Kriteriums 4 der Ausschreibung ident.

Der Sektionschef sei dem obersten Organ – der BundesministerIn – weisungsgebunden und nur in deren Namen und Verantwortung handlungsbefugt, daher auch nicht nach außen hin selbständig vertretungs- und handlungsbefugt. Ein GmbH-Geschäftsführer sei dagegen nicht bloß fachlich verantwortlich, sondern nehme auch Managementaufgaben (wirtschaftliche und personelle Agenden) eigenverantwortlich wahr, repräsentiere das Unternehmen nach außen und sei haftungsrechtlich verantwortlich. Dieser höhere Grad an Verantwortung und Selbständigkeit des Geschäftsführers gegenüber einem Beamten sei bei der Bewertung der Leitungserfahrung zu berücksichtigen.

In der Funktion als GmbH-Geschäftsführerin habe die Mitbewerberin erfolgreich bewiesen, dass sie Leitungsfunktionen umfassend und erfolgreich wahrgenommen habe, etwa durch die erfolgreiche Neuausrichtung der XXXX. Zuvor habe die Mitbewerberin den Stab Unternehmensentwicklung der XXXX geleitet und sei für sämtliche eisenbahnrechtliche Genehmigungen der Gesellschaft und für die Haftpflichtangelegenheiten verantwortlich gewesen. Sie sei daher bereits seit April 2005 einschlägig leitend tätig gewesen.

Die vom Antragsteller ins Treffen geführte "Kostensteigerungen um rund 10% pro Jahr" während der von der Mitbewerberin zu verantwortenden Jahren sei auf Aufwendungen für Abfertigungen und Sozialabgaben bzw. insbesondere auf die Abfertigung des vormaligen Geschäftsführers der XXXX zurückzuführen. Ungeachtet dessen habe die XXXX in den von der Mitbewerberin zu verantwortenden Jahren durchgehend Jahresüberschüsse erwirtschaftet.

An der Bewertung der Leitungserfahrung der Mitbewerberin ergebe sich sohin keine Zweifel, sie sei schlüssig und nachvollziehbar. Nur das Votum Separatum erscheine als nicht nachvollziehbar, weil dieses lediglich rein formell und ohne nähere Begründung anmerke, dass die "Führung einer Sektion des Bundesministeriums höher zu bewerten" sei als eine GmbH-Geschäftsführung. Da die kommissionelle Begutachtung schlüssig und das zugrunde liegende Verfahren mängelfrei sei, seien keine Anhaltspunkte für die vom Antragsteller behauptete Diskriminierung oder willkürliches Verhalten ersichtlich.

Dem Antragssteller sei es nicht gelungen, nachvollziehbar darzulegen, aus welchem Grund die Ermessensentscheidung der Begutachtungskommission dermaßen willkürlich sei, dass die Mitbewerberin in die Kategorie "im hohen Ausmaß" herabzustufen ist.

8. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und brachte vor, er erachte sich in seinem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung und Ersatz wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verletzt.

Nach der Rechtsprechung des VwGH hätten die für den Ernennungsvorgang maßgeblichen Organwalter die Motive der von ihnen (mit)bestimmten Personalmaßnahme darzustellen. Im vorliegenden Fall sei eine schlüssige Begründung für die von der Begutachtungskommission vorgenommene Punktevergabe aber weder in der Niederschrift noch im angefochtenen Bescheid zu finden. Auch eine mündliche Befragung der Begutachtungsmitglieder zu deren Motiven sowie des Beschwerdeführers habe es nicht gegeben, weshalb hier ein wesentlicher Verfahrensmangel vorliege.

Die vom Vorsitzenden der Begutachtungskommission in seiner Niederschrift vorgenommene "dienstliche Qualifizierung" (strategische Lösungen zu verschiedenen Anforderungen und Aufgabenstellungen im Bereich der vom Beschwerdeführer geführten Sektion seien nicht erfolgt; mit seiner Aussage, er sehe die Sektion eher als administrative denn als strategische Einheit, habe der Beschwerdeführer den Eindruck des mangelnden Leitungspotentials bestätigt) sei inhaltlich falsch und eine rein subjektive, bloß willkürliche Behauptung.

Soweit die belangte Behörde behauptete, beim Kriterium "Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem Sachgebiet der Sektion" stehe die Qualität der Erfahrung im Vordergrund, hätte die Behörde auch einen qualitativen Vergleich der Erfahrung anstellen müssen. Dies habe sie aber unterlassen. Ein qualitativer Vergleich hätte ergeben, dass der Beschwerdeführer und die ernannte Mitbewerberin nicht "gleich geeignet" im Sinne des § 11c B-GIBG seien. Auf diese mangelnden Ermittlungen zur jeweiligen Qualität der Leitungserfahrung weise auch das Gutachten der B-GBK hin. Unter dem Hinweis, der Beschwerdeführer und die Mitbewerberin seien ohnehin beide in die Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" einzuordnen gewesen, sei ein Wertungsvergleich auch im angefochtenen Bescheid unterblieben. Diese Argumentation sei aber ungeeignet, eine detaillierte Prüfung der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Beschwerdeführers zu unterlassen, insbesondere, da bezüglich der Mitbewerberin unter Heranziehung einer detaillierten Aufzählung vermeintlicher Erfolge die Zuordnung in die Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" begründet worden sei. Derartige Begründungen würden nicht den Anforderungen an ein Gutachten über die Eignung von Bewerber/innen für die Übernahme einer Funktion entsprechen.

Auch sei es ein offenes Geheimnis, dass zumeist schon vor dem Objektivierungsverfahren feststehe, wer die ausgeschriebene Funktion erhalten solle, was im gegenständlichen Fall durch einen Artikel der Zeitschrift Format, der drei Wochen vor dem Hearing erschienen sei, bestätigt worden sei.

Ebenso könne die 1,5-jährige Tätigkeit der Mitbewerberin als Geschäftsführerin nicht wertungsmäßig über der fünf- bzw. siebenjährigen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Sektionschef bzw. Gruppenleiter stehen. Die unternehmerische Verantwortung der Geschäftsführerin der XXXX sei praktisch auf das Vermeiden von Gesetzesverstößen beschränkt, wobei auch das Überschreiten des Budgets möglich sei. Entsprechend verhalte sich auch die Verantwortlichkeit eines Sektionschefs, der allerdings das zugeteilte Budget nicht überschreiten dürfe.

Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum für die Auswahl des Sektionschefs Verantwortlichkeiten, die ein Sektionschef gar nicht trage, die aber einer Geschäftsführertätigkeit immanent seien (höherer Grad an Verantwortlichkeit und Selbstständigkeit), wesentlich seien.

Weiters wies der Beschwerdeführer betreffend drei von der ernannten Mitbewerberin seit Übernahme der Geschäftsführertätigkeit der XXXX laut Bescheid vom 15.04.2014 "erfolgreich wahrgenommener" Erfahrungen darauf hin, dass diese Projekte bereits vor ihrer Tätigkeit eingerichtet, initiiert oder geplant worden seien.

Da die belangte Behörde die Diskriminierung des Beschwerdeführers verneint habe, habe sie die Rechtslage verkannt und ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Der Beschwerdeführer stellte daher die Anträge,

- * gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchzuführen und
- * gemäß Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden und in eventu
- * den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VwGVG mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.

9. Am 12.02.2015 langte beim Bundesverwaltungsgericht ein auftragener Schriftsatz des Beschwerdeführers betreffend die Berechnung der von ihm geforderten Entschädigung nach dem B-GIBG ein. Danach betrage der ihm zustehende Ersatzanspruch entsprechend einer Pauschalberechnung unter Heranziehung der Bezugsdifferenz im September 2011 für die Dauer der fünfjährig befristeten Bestellung der Sektionschefin in Summe 370.461,00 EUR brutto. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Entschädigung unter Einbeziehung sämtlicher vom Beschwerdeführer ins Verdienen gebrachter Beträge berechnen, erweitere er seinen Antrag auf Zuerkennung gesetzlicher Zinsen von 4% ab 01.09.2011.

10. Mit Schriftsatz vom 26.04.2016 dehnte der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Ersatz des Vermögensschadens und Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung aufgrund der Weiterbestellung der ernannten Mitbewerberin für weitere fünf Jahre um ebendiesen Zeitraum auf insgesamt zehn Jahre aus. Begründend führte er aus, dass die ernannte Mitbewerberin nach Ablauf der fünfjährigen Befristung (31.08.2016) ohne neuerliche Ausschreibung für weitere fünf Jahre (bis 31.08.2021) in ihrer Funktion als Sektionschefin weiterbestellt wurde. Diese Weiterbestellung verlängere den Zeitraum der zunächst begangenen Diskriminierung und sei daher rechtswidrig.

11. Am 04.05.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht unter Teilnahme des Beschwerdeführers, dessen Rechtsvertretung, einer Vertretung der belangten Behörde sowie mehrere Zeugen eine öffentliche mündliche Verhandlung statt und am 08.06.2016 wurde diese fortgesetzt. Die Zeugenaussage des XXXX erfolgte am 04.05.2016, die Aussagen der Zeugen XXXX, Herr XXXX erfolgten am 08.06.2016.

XXXX, Vorsitzender der Begutachtungskommission (im folgenden Protokoll "Z(1)"), führte auf die Frage des verfahrensleitenden Richters, warum er dem Beschwerdeführer in der Kategorie Leitungserfahrung nicht die vollen 40% zugebilligt habe, aus: "Aus meiner Erfahrung der gemeinsamen Zusammenarbeit bin ich zum Schluss gekommen, dass das volle Führungspotential nicht gegeben war. Einige Punkte in der Umsetzung der Herausforderung der Sektion nicht umgesetzt wurden, wie ich es für notwendig gehalten habe." Grundlage für seine Bewertung der Mitbewerberin sei neben den Bewerbungsunterlagen, der Präsentation der Kandidatin im Hearing sowie seiner bisherigen Zusammenarbeit mit der Bewerberin in Rahmen der Beteiligungsverwaltung die Information des ehemaligen Vorgesetzten der Mitbewerberin, des Geschäftsführers der XXXX, gewesen:

"BFV: Haben Sie auch hinsichtlich anderer Bewerber mit den Vorgesetzten gesprochen?"

Z(1): Nein, bei internen Bewerbungen war das nicht nötig. Es hat sich schon im Vorfeld aufgrund der beruflichen Praxis ergeben.

BFV: Waren alle anderen Bewerber, interne Bewerber?

Z(1): Ich glaube nicht. Ich müsste nachschauen.

BFV: Sie haben nur bei XXXX mit dem Vorgesetzten gesprochen?

Z(1): Das hat sich schon vor der Bewerbung ergeben.

BFV: Warum haben Sie bei dem BF nicht mit dem Vorgesetzten gesprochen?

Z(1): Ich habe bei keinem der Kandidaten das Gespräch mit dem Vorgesetzten gesucht."

Vom Vertreter des Beschwerdeführers befragt, warum er eine Geschäftsführerin einer 10-Personen-GmbH über einen Mitbewerber stellte, der sieben Jahre Leitungserfahrung habe, davon fünf als Sektionschef im BMVIT, antwortete der Vorsitzende der Begutachtungskommission: "Es ist nicht angebracht, die Leitungserfahrung von XXXX auf die Geschäftsführung bei der XXXX zu reduzieren, sondern man muss auch die Funktion bei der XXXX berücksichtigen. Unabhängig davon, hatte ich mich streng an die Ausschreibungsvorlagen zu halten. Es ist erfolgreiche Leitungserfahrung gefordert gewesen, unabhängig davon, wo diese Führungs- und Leitungserfahrungen gemacht worden sind. Es war nicht zwischen GmbH und Verwaltung abzuwägen."

Auf das weitere Vorbringen, der Beschwerdeführer hätte als Sektionschef mehrmals Konzepte über die Neuorganisation und Verbesserung der Strukturen im BMVIT eingebracht, antwortete der Vorsitzende der Begutachtungskommission, dies sei ihm nicht bekannt oder er könne dies nicht bestätigen.

Weiters ist dem Protokoll zur Aussage des Vorsitzenden der Begutachtungskommission folgende Passage zu entnehmen.

"BFV: Ist Ihnen bekannt, dass unter der Leitung des BF im Sommer 2007 10 Enteignungsverfahren parallel geführt wurden und dadurch für die ASFINAG Vertragsstrafen in Millionenhöhe vermieden wurden?"

Z(1): Das ist mir nicht mehr erinnerlich.

BFV: Ist Ihnen bekannt, dass seit 2004 UVP-Verfahren, die die Trassenverordnungen abgelöst haben und an deren Ende ein begründeter Bescheid zu stehen hat, was für die Behörde einen Mehraufwand darstellt?"

Z(1): Ich habe dies schon ausgeführt. Es haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert, sie wurden komplizierter. Es gab auch Ressourcenengpass, der in der Folge behoben wurde. Es geht mir darum, was kann man im eigenen Wirkungsbereich tun, um einem Ressourcenengpass entgegen zu steuern und Prozesse und Abläufe zu optimieren. Da hätte es Möglichkeiten gegeben.

BFV: Ist Ihnen bekannt, dass der Effizienzsteigerungsbericht der ASFING 2010 den BF lobend hervorhebt, für eine Kosteneinsparung von

2.39 Millionen, je km verbauter Straße von insgesamt mehr als 180 km. Dies entspricht einer Steigerung von über 10%?

Z(1): Mir ist dieser Effizienzsteigerungsbericht aus dem Jahr 2010 nicht erinnerlich.

BFV: Ist Ihnen bekannt, dass der BF bis Ende 2010 18 UVP-Verfahren erfolgreich geführt hat bzw. für die erfolgreiche Führung verantwortlich war?

Z(1): Ist mir nicht in Erinnerung.

BFV: Ist Ihnen bekannt, dass von den Trassenbescheiden nur ein einziger vom VfGH aufgehoben wurde?

Z(1): Weiß ich nicht.

BFV: Der BF hat vorgebracht, dass er 36 Verfahren geführt hat, es konnten 34 Verfahren erfolgreich geführt werden. Haben Sie dazu eine Wahrnehmung?

Z(1) Diese Leistungsschau war beim Hearing. An die Einzelheiten kann ich mich nicht mehr erinnern.

BFV: Welche Dinge werfen Sie dem BF konkret vor?

Z(1): Wie kann die Zusammenarbeit mit der ASFING optimiert werden.

BFV: Wo im Haus war er zu langsam?

Z(1): Der Abstimmungsprozess, welche Unterlagen wann und in welcher Qualität geliefert werden, wie der interaktive Prozess zwischen Projektwerber und Behörde unter Einbindung der Gutachter verbessert werden kann.

VR: Wo hat es konkret Defizite gegeben?

Z(1): Es ist nie etwas liegen geblieben, es geht um Organisations- und Prozessverantwortung.

VR: Können Sie ein Verfahren nennen, dass durch einen Organisationsmangel konkret verzögert wurde?

Z(1): Das gilt für alle Verfahren. Die Frage kann man so nicht beantworten.

VR: Welcher konkrete Organisations- oder Prozessmangel liegt vor?

Z(1): In einem Rechnungshofbericht zum Projekt A26 wurde festgestellt, dass die Abstimmungsprozesse zwischen Behörde, Gutachter und Projektwerber verbessert werden müsste.

BFV: Wer ist für die Einreichung der Unterlagen verantwortlich?

Z(1): Der Projektwerber.

BFV: Was hat es zur Folge, wenn der Projektwerber trotz Aufforderung durch die Behörde mangelhafte Unterlagen vorlegt?

Z(1): Das Verfahren dauert länger.

BFV: Ist dafür der Sektionschef verantwortlich?

Z(1): Die Feststellung bzw. Abstimmung der Qualität von Unterlagen liegt in der Verantwortung des Sektionsleiters."

XXXX, Leiter der Präsidialsektion im BMVIT (im folgenden Protokoll "Z1"), gab auf die Frage, ob es im Personalakt des Beschwerdeführers negative Einträge gäbe, zur Antwort, dass dies nicht der Fall sei. Auch außerhalb des Personalaktes sei ihm ein negatives Feedback zum Beschwerdeführer nicht bekannt.

Zum Vorhalt der Aussage des Vorsitzenden der Begutachtungskommission ("Weil notwendige Organisationsmaßnahmen, wie ich sie schon heute in der Einvernahme genannt habe, unterblieben sind. Darüber hinaus gab es vor allem im Bereich Luftfahrt sowohl Organisationsprobleme als auch personellen Probleme.") führte der Sektionsleiter des Präsidiums aus: "Zu seiner Aussage kann ich nichts Genaues sagen, weil ich nicht weiß, was er gemeint hat. Ich kann nur sagen, dass es im Luftfahrtbereich, Personalprobleme gegeben hat, nämlich in der Weise, dass die ICAO festgestellt hat, dass die österreichische Luftfahrtbehörde, personell unterbesetzt und ausbildungsmäßig, nicht am letzten Stand war. Wir haben dann versucht, diese Probleme zu beheben, ausbildungsmäßig durch ein Ausbildungsprogramm. Die personelle Unterbesetzung, kann im öffentlichen Dienst nur das Bundeskanzleramt gelöst werden. Wenn ich mich recht erinnere, dann haben wir Planstellen bekommen vom Bundeskanzleramt, dass müsste der BF wissen.

VR: Können Sie diese Vorgänge zeitlich einordnen?

Z1: In der Zeit, als XXXXSektionsleiter war, war das.

BFV an Z1: Hat der BF Vorschläge zur Lösung dieser Probleme gemacht?

Z1: Es gab aus der "Luftfahrt" genaue Personalanforderungen und einen Ausbildungsplan, umgesetzt wurde dann dieser mit der Ausbildungsstelle des Präsidiums.

BFV an Z1: Kam der Plan von XXXX oder über ihn?

Z1: Ich glaube er kam von XXXX und über XXXX.

BFV an Z1: Kann man sagen, dass XXXX für diese Probleme verantwortlich war, da diese da waren? Liegt es in seiner Verantwortung, dass diese Probleme entstanden sind?

Z1: Nein."

Auch Herr XXXX, Mitglied der Begutachtungskommission als Vertreter des Zentralausschusses im BMVIT, führte in der Verhandlung aus, dass es über die Führungstätigkeit des Beschwerdeführers nur positive Rückmeldungen von Mitarbeitern und Kollegen gab. Auch FrauXXXX, Mitglied der Begutachtungskommission und XXXX, bestätigte, dass der Beschwerdeführer als Sektionsleiter bei den Mitarbeitern sehr beliebt gewesen sei.

XXXX (im Protokoll "Z5"), Teilnehmerin mit beratender Stimme der Begutachtungskommission als XXXX XXXX, hat unter anderem folgende Aussagen getätigt:

"Z5: Ja, eigentlich schon, außerdem möchte ich ergänzend sagen, ich sitze in viele Begutachtungskommissionen und meinen bisherigen Erfahrungen entsprechend, ging es, wenn es um die Frage "Führungserfahrung" ging, immer darum, wie viele Jahre hat jemand, wie viele Personen geführt/geleitet.

VR an Z5: Wenn man Ihre Auslegung zu Eigen macht, hätte das im Ergebnis bei diesem Kriterium für den BF bzw. fürXXXX einen Unterschied gemacht?

Z5: Ja, einen gravierenden, weil jetzt im Hinblick auf die Gewichtung man die Frage der Frau XXXX nie die Höchstpunktezahl geben dürfen. Wenn man vergleicht die Tatsache, dass der XXXX eine Sektion geleitet hat mit zwei Gruppen, de facto, sieben oder neun Abteilung, die es damals waren und insgesamt ca. 130 Mitarbeiter gehabt hat und das gegenüberstellt, den Führungs- und Leitungsspanne von XXXXals Geschäftsführerin, dann muss man sehen, dass XXXX damals, zum damaligen Zeitpunkt, de facto nur neun Personen geführt hat. Das ist aus dem Geschäftsbericht der XXXX zu entnehmen, dem zufolge 14 Mitarbeiter waren, davon eine Teilzeit, zwei geringfügig Angestellte, zwei Karenzierte und der Rest waren offensichtlich Vollzeitbeschäftigte. In meinem Verständnis einer Gewichtung ist es für mich weder sachlich nachvollziehbar, noch logisch hier diese beiden Führungskräfte als gleichgewichtig anzusehen. Dann wäre die Punktezahl – nach meinen Verständnis – dass haben wir auch im Verfahren bei der Bundesgleichbehandlungskommission vorgebracht, hätte man eine sachliche Gewichtung vorgenommen, wäre XXXXnie in das Kalkül "im höchsten Maße geeignet" gefallen. Das war das Hauptargument, dass XXXXdeshalb diskriminiert wurde, weil man in einer diskriminierenden Art und

Weise, XXXX in dieses Kalkül "gehoben" hat, um die Bestimmung des § 11c Bundesgleichbehandlungsgesetz zur Anwendung bringen zu können.

[]

BFV an Z5: Wie oft sind Sie in einer Begutachtungskommission gesessen?

Z5: Dutzende Male sicher.

BFV an Z5: Ist der Kandidat, der zu besetzen war, Ihrer Wahrnehmung nach, schon vorher festgestanden?

Z5: Meiner subjektiven Wahrnehmung nach, würde ich das so zu sagen, bejahen.

BFV an Z5: Dieser Kandidat, der festgestanden ist, war XXXX?

Z5: Gefühlsmäßig ist so ein Eindruck bei mir beim Hearing da gewesen. Schon der Ausschreibungstext, der für die Führung einer so umfangreichen Sektion nur Erfahrung in mindestens einem Sachgebiet erfordert, war für mich ein gewisses Indiz, das sage ich auf Grund meiner bisheriger Erfahrung mit Ausschreibungstexten, dass man da eine bestimmte Person im Auge hatte. Den eigentlich müsste man davon ausgehen, dass so eine Sektion, mit einer derartigen Dimension in den Aufgabengebieten, dass man eine höhere Qualifikation oder Voraussetzungen fordert."

12. Mit Schriftsätzen vom 28. und 29.06.2016 legte der Beschwerdeführer die Berechnung seiner Ersatzforderung vor und führe aus, dass die Gesamtdifferenz 421.437,53 EUR betrage, und legte Einnahmen- und Ausgabenrechnungen sowie Einkommensteuerbescheide und eine Berechnung der XXXX vor.

13. Mit Schreiben vom 04.08.2016 brachte die belangte Behörde eine schriftliche Äußerung beim Bundesverwaltungsgericht ein und schloss diesem ein Gutachten der B-GBK in einem anderen Fall an, welches darlegen sollte, dass für die Auslegung des § 11c B-GIBG die Zugehörigkeit zur Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" und nicht die genaue Punktzahl ausschlaggebend sei. Weiters äußerte sie sich zu den Berechnungen des Beschwerdeführers unter anderem dahingehend, dass das Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit nach 2014 stark gesunken sei und führte dies darauf zurück, dass der Beschwerdeführer mit seiner "jungen" Kanzlei noch nicht in der Lage gewesen sei, in diesem Zeitraum erbrachte Leistungen abzurechnen. Scheinbar habe eine Zusammenarbeitsvereinbarung verzögernde Auswirkungen auf die Einnahmen.

14. In seiner Stellungnahme vom 10.08.2016 äußerte sich der Beschwerdeführer dahingehend, dass das von der Behörde vorgelegte Gutachten der B-GBK in keinem Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verfahren stehe.

Darüber hinaus habe die Behörde den Begriff "gleich geeignet" des § 11c B-GIBG unrichtig ausgelegt. Die Auffassung der Behörde, der "Wertungsvergleich" sei durch die Einordnung in eine der drei (groben) Kategorien des Ausschreibungsgesetzes abgeschlossen, sei aus dem B-GIBG und seinen Materialien nicht ableitbar. Vielmehr erfordere dies eine feingliedrigere Abstufung, da keine Frau einem besser qualifizierten Mann vorgezogen werden dürfe. Die Behörde habe das Gesetz daher rechtswidrig angewandt und den Beschwerdeführer bei der Besetzung der Führungsposition diskriminiert.

Weiters hielt der Beschwerdeführer fest, weder bestehe eine Zusammenarbeitsvereinbarung noch eine gesellschaftliche Partnerschaft, die sich auf seine Einnahmen auswirken könne, und legte diesbezügliche eidesstattliche Erklärungen der betroffenen Rechtsanwältin bei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht seit 01.05.2011 als Beamter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er war im Kabinett des Bundesministers für Justiz (unter anderem als Leiter) tätig, ab 02.12.2004 im BMVIT als Gruppenleiter "Straße", von 18.05.2006 (befristet) bis 31.05.2011 als Sektionschef der Sektion II "Straße und Luft" und danach als provisorischer Leiter der Gruppe "Luft". Er befindet sich seit 15.12.2011 bis einschließlich 14.12.2018 in Karenzurlaub gemäß § 75 Abs. 1 BDG 1979.

Die Mitbewerberin, die die gegenständliche Position schließlich erhalten hat, war von 01.02.2010 bis 31.08.2011 Geschäftsführerin der XXXX. Zuvor leitete sie von 01.04.2005 bis 31.12.2010 den Stab Unternehmensentwicklung der XXXX.

Nach einer Umstrukturierung im BMVIT erfolgte im Mai 2011 die Ausschreibung der Funktion der Leitung der Sektion IV "Verkehr" im BMVIT.

Neben den allgemeinen Voraussetzungen wurden für die ausgeschriebene Funktion insbesondere folgende besondere Kenntnisse und Fähigkeiten 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 eine besondere Eignung zur Menschenführung und zur Motivation von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (25%)
7. Sehr gute Kenntnisse der englischen Sprache (10%)

Um diese Funktion bewarben sich neben anderen Personen die beiden oben Angeführten. Nach einem Hearing bei der internen Begutachtungskommission des BMVIT wurden im Gutachten dieser Kommission vom 28.07.2011 der Beschwerdeführer mit 90,25% vor der Mitbewerberin (90,00%) gereiht und diese beiden gemeinsam mit einem dritten Bewerber mit dem Kalkül "im höchsten Ausmaß geeignet" bewertet.

Die Mitbewerberin wurde mit 01.09.2011 befristet für fünf Jahre zur Leiterin der Sektion IV "Verkehr" bestellt. Nach Ablauf dieser fünf Jahre wurde die Mitbewerberin ohne Ausschreibung für weitere fünf Jahre (bis 31.08.2021) weiterbestellt.

Wegen Verletzung des B-GIBG machte der Beschwerdeführer im August 2011 ein Verfahren vor der B-GBK anhängig. Diese stellte mit Gutachten vom 31.07.2012 fest, dass die Übergehung des Beschwerdeführers bei der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstelle.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich den Feststellungen der B-GBK in ihrem Gutachten an.

Zu den Einkünften des Beschwerdeführers wurde Folgendes festgestellt:

In den Monaten September bis Dezember 2011 hat der Beschwerdeführer an Einkünften 13.742,13 EUR aus seinem Dienstverhältnis zum Bund und 2.942,45 EUR aus seiner unselbstständigen Tätigkeit erzielt, in Summe daher 16.684,58 EUR.

In den Jahren 2012 – 2015 weist der Beschwerdeführer jeweils folgende Gesamtbeträge an Einkünften auf:

- * 2012: 58.657,52 EUR
- * 2013: 73.130,08 EUR
- * 2014: 86.463,79 EUR
- * 2015: 13.890,00 EUR

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zum Ausschreibungs- und Bewerbungsverfahren ergeben sich aus den vorgelegten Akten, dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Beschwerdeführers sowie der mündlichen Verhandlung.

Die Auswahlentscheidung der Ministerin stützt sich auf das Gutachten der Begutachtungskommission des BMVIT. Wie von der B-GBK ausführend dargelegt, ist das Gutachten weder schlüssig noch nachvollziehbar.

Die B-GBK hat im Rahmen ihres Entscheidungsfindungsprozesses umfassende Ermittlungen getätigt. Sie hat den Ausschreibungstext, die Bewerbungsunterlagen des Beschwerdeführers und der Mitbewerberin sowie das Gutachten der Begutachtungskommission samt Niederschrift herangezogen und Stellungnahmen des BMVIT, des Beschwerdeführers sowie der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen eingeholt. Die von der Dienstbehörde eingeholte Stellungnahme wurde in die Begründung des Gutachtens miteinbezogen. Im Rahmen der Sitzung der B-GBK am 28.03.2012 wurden sowohl der Beschwerdeführer als auch eine Dienstgebervertreterin und die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen gehört. Im Gutachten wurden die jeweils wesentlichen Passagen der Sitzung wiedergegeben, sodass ersichtlich wird, auf welche Quellen sich die daran anschließenden Erwägungen und Schlussfolgerungen der Kommission stützen.

Im Gutachten der B-GBK wurde ausführlich dargelegt, weshalb die B-GBK davon ausging, dass der Beschwerdeführer besser geeignet gewesen sei als die ernannte Mitbewerberin. So sei zusammengefasst eine sachliche Grundlage für die Beurteilung der Leistungen bzw. Erfolge des Beschwerdeführers als Leiter der Sektion nicht erkennbar. Die Bewertung zu Punkt 4 der Erfordernisse in der Ausschreibung ("Erfahrung in einer leitenden Funktion zumindest in einem der Sachgebiete der Sektion") sei nicht einheitlich bzw. nach falschen Gesichtspunkten vorgenommen worden. So habe die Begutachtungskommission die Bewertung der Erfüllung dieses Kriteriums nach inhaltlichen Gesichtspunkten vorgenommen, eine glaubwürdige Erklärung für diese Interpretation habe seitens des Dienstgebers nicht abgegeben werden können. Richtigerweise wäre das Kriterium aber nach der Leitung- und Führungsspanne zu beurteilen gewesen; das nur geringe Plus des Beschwerdeführers gegenüber der Mitbewerberin in dieser Kategorie sei sachlich daher nicht nachvollziehbar. Selbst wenn man aber der Interpretation der belangen Behörde folge und die Qualität der Erfahrung in einer Leitungsfunktion beurteile, sei die vorgenommene Bewertung nicht schlüssig für die zu treffende Personalentscheidung, weil sie nur aus Feststellungen bestehe und nicht erkennbar sei, auf welchen Grundlagen das Ergebnis beruhe. Die Beurteilung zum fünften Ausschreibungskriterium sei lapidar und inhaltlich gleich wie jene zum vierten Punkt begründet worden. Beweise für die Aussage des Gutachtes der Begutachtungskommission, die Mitbewerberin habe bewiesen, dass sie Lösungen entwickeln und umsetzen könne und ihre Präsentation sei überzeugend gewesen, würden gänzlich fehlen.

Ein Sachverständigengutachten muss grundsätzlich einen Befund und das eigentliche Gutachten im engeren Sinn enthalten. Der Befund ist die vom Sachverständigen vorgenommene Tatsachenfeststellung. Die Schlussfolgerungen des Sachverständigen aus dem Befund, zu deren Gewinnung er seine besonderen Fachkenntnisse und Erfahrungen benötigt, bilden das Gutachten im engeren Sinn (VwGH vom 27.02.2015, 2012/06/0063). Ein schlüssiges Gutachten kann grundsätzlich nur durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen widerlegt werden (VwGH vom 30.01.1990, 89/05/0154). Weiter führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.6.2014, 2013/09/0172, aus, dass dem Gutachten eines Sachverständigen auch ohne Gegengutachten in der Weise entgegengetreten werden kann, als die Parteien Unschlüssigkeiten oder Unvollständigkeiten des Gutachtens aufzeigen; auch hat die Behörde - hier das Bundesverwaltungsgericht - ein Gutachten auf seine Vollständigkeit (also, ob es Befund und Gutachten im engeren Sinn enthält) und Schlüssigkeit zu überprüfen. Ob die Behörde - hier das Bundesverwaltungsgericht - einen weiteren Sachverständigen für notwendig hält, ist von ihr selbst zu beurteilen (ebenso VwGH vom 18.6.2014, 2013/09/0172).

Das Gutachten der B-GBK ist vollständig - es besteht aus Befund und Gutachten im engeren Sinn -, nachvollziehbar - das heißt der Lebenserfahrung und den logischen Denkgesetzen nicht widersprechend - und schlüssig. Zur Schlüssigkeit ist auszuführen, dass sich das Gutachten im engeren Sinne auf den Befund stützt und sich auch mit den Argumenten der belangen Behörde in ihrer Stellungnahme auseinandersetzt.

Dem Gutachten der B-GBK kommt Beweiswert zu, sodass die Behörde in einem Verfahren über den Ersatzanspruch nach § 18a Abs. 2 B-GIBG in Ansehung eines ihr bekannten Gutachtens im Rahmen der ihr nach § 45 Abs. 2 AVG obliegenden Beweiswürdigung gehalten ist, nachvollziehbar zu begründen, wenn sie zu teils abweichenden Schlussfolgerungen aus den da wie dort zugrundeliegenden Beweisergebnissen gelangt (VwGH vom 21.02.2013, 2012/02/2013).

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts bestehen keine Anhaltspunkte dafür, das festgestellte Ergebnis der B-GBK in Zweifel zu ziehen. Aus der bereits angeführten Begründung des Gutachtens ergibt sich nachvollziehbar und schlüssig, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Beschwerdeführers um die verfahrensgegenständliche Planstelle eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellte.

Dem Gutachten der B-GBK gegenüber vermag die Begründung der Dienstbehörde im angefochtenen Bescheid nicht zu überzeugen. Wiedergegeben wurden insbesondere Tätigkeiten, die im Rahmen der Geschäftsführung der Mitbewerberin durchgeführt wurden oder in deren Verantwortung lagen. Die bessere Eignung der Mitbewerberin ist daraus aber nicht ableitbar, weil sie sich lediglich auf ihre ausgeübten Funktionen stützt, ein abwiegender Vergleich mit dem Beschwerdeführer, Dauer, Inhalt und Erfolg seiner Tätigkeit aber nicht

vorgenommen wurde. Für das erkennende Gericht ist nicht schlüssig, inwiefern die vierjährige Stabsleitung und 1,5-jährige Geschäftsführertätigkeit der Mitbewerberin hinsichtlich der ausgeschriebenen Funktion einer Sektionsleitung die fünfjährige Erfahrung als Sektionsleiter und dreijährige Erfahrung als Gruppenleiter relativieren kann, wo doch die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Sektionsleiter hinsichtlich der ausgeschriebenen Stelle aufgrund der identen Funktion in einem besonderen Maß als einschlägig zu beurteilen ist.

Dem Gutachten der B-GBK gegenüber vermögen auch die Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu überzeugen. Alleine der Vorsitzende der Begutachtungskommission hat Defizite in der Führungstätigkeit des Beschwerdeführers behauptet. Diese konnten aber weder durch schriftliche Aufzeichnungen oder die Aussagen der anderen Zeugen nachgewiesen werden. Von den übrigen Zeugen wurden nur positive Rückmeldungen über den Beschwerdeführer angeführt.

In der Verhandlung ist es auch nicht gelungen, das Bundesverwaltungsgericht davon zu überzeugen, der Beschwerdeführer habe seine Aufgaben als damaliger Sektionschef mangelhaft erfüllt (beispielsweise hohe Kosten im Bereich des Luftfahrtwesens nicht verhindert oder lange Verfahrensdauern im Straßenverkehrsbereich verursacht), weil die konkreten Verantwortlichkeiten für vorgeworfene Defizite des Beschwerdeführers nicht dargelegt werden konnte. Zu den hohen Kosten im Luftfahrtbereich etwa hat der Vorsitzende der Begutachtungskommission auf die Frage, ob es seitens der Ressortleitung Aufträge an den Beschwerdeführer gegeben hätte, diese abzustellen, geantwortet, "[e]s hat keinen konkreten Auftrag gegeben. Der BF hätte das von sich auch in die Wege leiten müssen."

Weiters konnte sich der Vorsitzende der Begutachtungskommission an keinen der vom Beschwerdeführer während dessen Funktion als Sektionschef eingebrachten (und im Akt dokumentierten) Organisations- und Verbesserungsvorschläge erinnern oder konkrete Defizite oder negative Rückmeldungen betreffend den Beschwerdeführer nennen. Andere Zeugen konnten durchaus vom Beschwerdeführer vorgelegte und durchgeführte Organisations- und Änderungsmaßnahmen bestätigen (zB. führteXXXX aus, es habe sicher mehrere Geschäftseinteilungsänderungen gegeben, sie könne sich konkret an eine Zusammenlegung erinnern, die der Beschwerdeführer organisiert habe; siehe auch die oben zitierte Aussage des XXXX bzgl. Ausbildungsplan "Luftfahrt" und die Verantwortlichkeit für personelle Probleme). Positive Leistungen des Beschwerdeführers wurden seitens des Vorsitzenden der Begutachtungskommission nicht erwähnt oder den Leistungen der ernannten Mitbewerberin gegenübergestellt. Als der Vorsitzende auf positive Leistungen des Beschwerdeführers angesprochen wurde (zB Effizienzsteigerungsbericht der ASFING 2010 oder erfolgreich durchgeführte UVP-Verfahren), konnte er sich an diese nicht erinnern.

Unter diesem Gesichtspunkt überzeugt auch die vom Vorsitzenden der Begutachtungskommission vorgenommene "dienstliche Qualifizierung" des Beschwerdeführers nicht, weil der Vorsitzende sich an zahlreiche positive Leitungen und erzielte Erfolge des Beschwerdeführers nicht erinnern konnte oder diese nicht kannte und daher in seine Qualifizierung nicht einbeziehen konnte. In diesem Lichte erscheint die "dienstliche Qualifizierung" als einseitig und subjektiv.

Vielmehr bestätigt sich das Gutachten der B-GBK mehrfach durch die Aussagen in der mündlichen Verhandlung. So hat die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMVIT ausgeführt, sie sitze in vielen Begutachtungskommissionen und bisher sei das Kriterium der Leitungserfahrung immer im Sinne von Dauer und Anzahl der zu führenden Personen beurteilt worden, während diese Kriterien im gegenständlichen Begutachtungsverfahren nicht berücksichtigt worden seien und somit die Mitbewerberin einen gravierenden Vorteil gehabt habe. Wenig sachlich stellt sich auch die Vorgehensweise des Vorsitzenden der Begutachtungskommission dar, nur hinsichtlich einer Bewerberin (und zwar bereits vor Einbringung deren Bewerbung) sich mit deren ehemaligem Vorgesetzten in Verbindung zu setzen, während bei den anderen Bewerber/innen entsprechende Informationen nicht eingeholt wurden.

Sowohl aufgrund der vorgelegten Akten sowie der ergänzenden Ermittlungen des BVwG, insbesondere der mündlichen Verhandlung, ist der Anschein gegeben, dass bereits vor Einlangen der Bewerbungen bzw. vor Durchführung des Hearings eine Tendenz hinsichtlich des auszuwählenden Kandidaten bestanden hat. Es ist ein gewisses Muster erkennbar, dass die ernannte Mitbewerberin von Beginn an den anderen Bewerbern gegenüber bevorzugt wurde. So wurde auch beispielsweise bereits vor Erlassung des Bescheides über die Auswahlentscheidung in den Medien (unter namentlicher Nennung der Mitbewerberin) berichtet, dass die neue Sektionschefin bereits feststehe (siehe der Standard, 28.07.2011, Supersektionschefin fürs Verkehrsministerium); dem Ersuchen der B-GBK an das BMVIT, mit der definitiven Stellenbesetzung bis zur Erstellung des Gutachtens der B-GBK zuzuwarten, wurde nicht nachgekommen; der Vorsitzende der Begutachtungskommission nahm bereits vor dem Bewerbungsverfahren mit dem ehemaligen Vorgesetzten der Mitbewerberin Kontakt auf, während er sich bei Vorgesetzten der anderen Bewerber nicht informierte; schließlich auch die Aussagen der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen, wonach die

Entscheidung so schnell wie nie zuvor gefallen sei und wonach ihrer Wahrnehmung nach die auszuwählende Kandidatin bereits vor dem Hearing festgestanden sei.

Die vom Beschwerdeführer in seiner bei der belangten Behörde am 12.02.2014 eingelangten Stellungnahme sowie in der Beschwerde beantragte Zeugenvernahme der zur Zeit der Auswahlentscheidung amtierenden Bundesministerin des BMVIT konnte aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes unterbleiben, da die Rolle der Ministerin in der Entscheidungsfindung keine eigenständige Relevanz aufwies, sondern die Ministerin dem Gutachten der Begutachtungskommission ohne zusätzliche Begründung Folge leistete und sich bereits aus den vorliegenden Ermittlungsergebnissen ergibt, dass diese Entscheidung unsachlich gefällt wurde.

Die Feststellungen zu den Einkünften des Beschwerdeführers ergeben sich aus den vorgelegten Einkommenssteuerbescheiden sowie aus den von der Behörde vorgelegten Monatsabrechnungen.

Der Beschwerdeführer legte eine Einnahmen-Ausgabenrechnung für den Zeitraum 02.02.2016 bis 30.04.2016, erstellt durch die XXXX, vor. Aufgrund der gegenüber dem Jahr 2014 deutlich gestiegenen Ausgaben sind hinsichtlich der Tätigkeit des Beschwerdeführers als selbstständiger Rechtsanwalt – seit 2015 nicht mehr im Rahmen einer bestehenden Großkanzlei – die Berechnungen des Einkünfte für das Jahr 2015 glaubwürdig. Die von der belangten Behörde erfolgte Behauptung einer Zusammenarbeitsvereinbarung mit Kanzleipartnern konnten in keiner Weise nachgewiesen werden und entbehrt einer sachlichen Grundlage. Vielmehr hat der Beschwerdeführer durch die eidesstattlichen Erklärungen der betroffenen Rechtsanwälte dargelegt, dass eine solche Zusammenarbeitsvereinbarung nicht erfolgt ist.

2. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Mangels derartiger gesetzlicher Bestimmungen ist im gegenständlichen Fall Einzelrichterzuständigkeit gegeben.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Zu A)

Der Beschwerdeführer wurde am 01.05.2011 auf Grundlage des § 136b BDG iVm. § 9 Abs.2 Bundesministerienengesetz 1986 (BMG), BGBl. Nr. 76/1986, als Beamter in ein öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund aufgenommen. Gemäß § 136b Abs. 4 BDG sind auf ihn anstelle der für die Bundesbeamten geltenden besoldungs- und pensionsrechtlichen Vorschriften die für tätigkeitsmäßig vergleichbare Vertragsbedienstete des Bundes maßgebenden besoldungs- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften anzuwenden.

Das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz lautet auszugsweise wie folgt:

"Gleichbehandlungsgebote im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis

§ 4. Auf Grund des Geschlechtes - insbesondere unter Bedachtnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat - darf im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

1. []

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen),

[]

Vorrang beim beruflichen Aufstieg

§ 11c. Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sind, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten

1. in der betreffenden Funktionsgruppe (einschließlich Grundlaufbahn), Gehaltsgruppe oder Bewertungsgruppe oder

2. in den sonstigen hervorgehobenen Verwendungen (Funktionen), welche auf die betreffende, nicht unterteilte Kategorie nach § 11 Abs. 2 Z 1 entfallen,

im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde 50% beträgt. § 11 Abs. 2 zweiter und dritter Satz und § 11b Abs. 2 sind anzuwenden. Verwendungen (Funktionen) gemäß § 1 Abs. 2 sind dabei nicht zu berücksichtigen.

[]

Beruflicher Aufstieg von Beamtinnen und Beamten

§ 18a. (1) Ist eine Beamtin oder ein Beamter wegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 oder § 13 Abs. 1 Z 5 nicht mit einer Verwendung (Funktion) betraut worden, so ist der Bund zum Ersatz des Vermögensschadens und einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet.

(2) Der Ersatzanspruch beträgt, wenn die Beamtin oder der Beamte

1. bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, die Bezugsdifferenz für mindestens drei Monate, oder

2. im Verfahren für den beruflichen Aufstieg diskriminiert worden ist, aber die zu besetzende Planstelle wegen der besseren Eignung der oder des beruflich aufgestiegenen Bediensteten auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte, die Bezugsdifferenz bis zu drei Monate

zwischen dem Monatsbezug, den die Beamtin oder der Beamte bei erfolgter Betrauung mit der Verwendung (Funktion) erhalten hätte, und dem tatsächlichen Monatsbezug.

Erlittene persönliche Beeinträchtigung

§ 19b. Die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist so zu bemessen, dass dadurch die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung angemessen ist sowie solche Diskriminierungen verhindert.

Geltendmachung von Ansprüchen

Fristen

§ 20. []

(1a) Ansprüche von vertraglichen Dienstnehmerinnen oder Dienstnehmern nach § 17a bis § 17c und § 18b sind gerichtlich, Ansprüche von Beamtinnen und Beamten nach § 17b, § 17c und § 18b mit Antrag bei der für sie zuständigen Dienstbehörde geltend zu machen. Für diese Ansprüche gilt die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 1486 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS Nr. 946/1811."

Das Ausschreibungsgesetz lautet auszugsweise wie folgt:

"Gutachten

§ 10. (1) Die Begutachtungskommission hat nach den erforderlichen Erhebungen und unter Berücksichtigung ihrer Ergebnisse der ausschreibenden Stelle ein begründetes Gutachten zu erstatten. Das Gutachten hat zu enthalten:

1. die Angabe, welche der Bewerberinnen und Bewerber als nicht geeignet und welche Bewerberinnen und Bewerber als geeignet anzusehen sind und
2. welche von den geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern bezogen auf die in der Ausschreibung gewichteten besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten und die gemäß § 5 Abs. 2 bei Ausschreibungen des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten weiters zu berücksichtigenden Prinzipien der Mobilität und Rotation in höchstem, welche in hohem und welche in geringerem Ausmaß geeignet sind.

(2) Die Begutachtungskommission hat auf der Internethomepage der Zentralstelle, in deren (Ressort)Bereich sie eingerichtet ist, zu veröffentlichen:

1. geschlechterweise aufgeschlüsselt die Anzahl der in ihrem Gutachten für die Ausübung der ausgeschriebenen Funktion oder die Erfüllung der Aufgaben des ausgeschriebenen Arbeitsplatzes als geeignet angesehenen Bewerberinnen und Bewerber gliedert nach dem Ausmaß ihrer Eignung nach Abs. 1 Z 2,
2. die Namen der Mitglieder der Begutachtungskommission.

Diese Veröffentlichungen haben unverzüglich nach Erstattung des Gutachtens an die ausschreibende Stelle zu erfolgen."

I. Zum Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne des § 4 Z 5 B-GIBG

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich für die mit Kundmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 05.05.2011 ausgeschriebene Stelle der Leitung der Sektion IV im BMVIT sowohl der Beschwerdeführer als auch die bestellte Mitbewerberin (und weitere Bewerber/innen) fristgerecht beworben haben und die Mitbewerberin mit 01.09.2011 zur Leiterin der Sektion IV "Verkehr" im BMVIT bestellt wurde.

Zum Begriff des "beruflichen Aufstieges" im § 3 Z 5 B-GIBG in der Stammfassung vor dem Hintergrund des § 15 leg. cit. idF BGBl. I Nr. 132/1999 hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.11.2007, 2004/12/0164, Folgendes ausgeführt:

"Beschwerdefallbezogen kann der Begriff des 'beruflichen Aufstieges' im § 3 Z 5 B-GIBG von seinem Wortlaut her im Zusammenhang mit der Bemessungsvorschrift des § 15 Abs. 2 B-GIBG nur jene Fälle erfassen, die zu einer Bezugsdifferenz führen."

Der Beschwerdeführer war bis 31.05.2011 Sektionsleiter im BMVIT. Danach war er als provisorischer Gruppenleiter tätig und war in v 1/3 eingestuft. Die Funktion der ausgeschriebenen Stelle ist mit A 1/9 bzw. v 1/7 bewertet und weist damit eine (positive) Bezugsdifferenz gegenüber der Gruppenleitertätigkeit des Beschwerdeführers auf. Die Ernennung des Beschwerdeführers auf die ausgeschriebene Stelle hätte daher einen "beruflichen Aufstieg" dargestellt.

Die B-GIBG hat in einem Gutachten im Sinne des § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. Nr. 100/1993 (B-GIBG), beschlossen, dass die Übergehung des Beschwerdeführers bei der Besetzung der Leitung der Sektion IV "Verkehr" im BMVIT eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.

Aus den bereits in der Beweiswürdigung dargelegten Erwägungen kann auf Grund der im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen die Beurteilung der Mitbewerberin als gleich geeignet wie der Beschwerdeführer und damit ihre Bestellung zur Sektionsleiterin nicht nachvollzogen werden.

Wenn die belangte Behörde ausführt, die Einordnung der Mitbewerberin in die Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" aufgrund des vorliegenden Gutachtens der Begutachtungskommission sei schlüssig und sachlich nachvollziehbar und dem Antragsteller sei es nicht gelungen, nachvollziehbar darzulegen, aus welchem Grund

die Begutachtung dermaßen willkürlich sei, dass die Mitbewerberin in eine andere Kategorie herabzustufen sei, ist ihr insbesondere entgegenzuhalten, dass das Gutachten der B-GBK – wie die Behörde selbst ausführt – ein Beweismittel darstellt, auf welches im Bescheid einzugehen ist (vgl. VwGH 21.02.2013, 2012/002/2013). In diesem Gutachten wurde die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts des Bewerbers befunden. Die im Bescheid vorgenommenen Wiederholungen aus dem Protokoll der Begutachtungskommission können diesem Gutachten der B-GBK nicht substantiiert entgegenreten. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesem Gutachten der B-GBK, die das Vorliegen rein sachlicher Motive darlegen könnte, ist seitens der belangten Behörde in ihrem Bescheid nicht erfolgt. Insbesondere wäre im Bescheid auf die einzelnen Erwägungen des Gutachtens der B-GBK, weshalb von einer besseren Eignung des Beschwerdeführers auszugehen sei, einzugehen gewesen (vgl. VwGH 30.04.2014, 2010/12/0065).

Die Auswahlentscheidung im Bescheid wird im Wesentlichen auf die bisher erbrachten Leistungen sowie den höheren Grad an Verantwortung und Selbstständigkeit der Geschäftsführerfunktion der Mitbewerberin gestützt. Ein Vergleich zu den bisherigen Leistungen des Beschwerdeführers oder dessen Verantwortlichkeit und Selbstständigkeit wird nicht angestellt.

Zur Aussage des Vorsitzenden der Begutachtungskommission in der Verhandlung vor dem BVwG, er habe sich streng an die Ausschreibungsvorlagen zu halten und daher ausschließlich zu beurteilen, ob eine erfolgreiche Leitungserfahrung vorliege – unabhängig davon, wo diese gemacht worden wäre – ist ergänzend auszuführen, dass der Vorsitzende wie auch die Behörde in ihrem Bescheid dabei übersehen, dass bei der Besetzung einer Planstelle im Bundesdienst auch das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333/1979 (BDG 1979), heranzuziehen ist. In seinem § 4 Abs. 1 Z 3 normiert das BDG 1979, dass die "persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind", ein allgemeines Ernennungserfordernis darstellt. Dahingehend ist auch die Aussage im Votum Separatum zum Gutachten der Begutachtungskommission zu verstehen, in dem ausgeführt wird, dass die vom Beschwerdeführer ausgeübte Funktion der Sektionsleitung höher zu bewerten ist als die Geschäftsführung einer GmbH mit 13 Angestellten. Die Wertigkeit ist immer mit Bezug auf § 4 Abs. 1 Z 3 BDG und daher mit Bezug auf die mit der vorgesehenen Verwendung verbundenen Aufgaben (im vorliegenden Fall: Leitung einer Sektion) zu sehen. Relevant sind daher insbesondere Kenntnisse und Fähigkeiten, die in mit der ausgeschriebenen Stelle vergleichbaren Funktionen gemacht wurden. Da der Beschwerdeführer bereits fünf Jahre lang als Sektionschef tätig war, ist die dort gesammelte facheinschlägige Führungserfahrung – auch wenn sie sich nur auf wenige unmittelbar geführte Personen bezieht – entsprechend höher zu bewerten als eine Führungserfahrung in einer GmbH, die andere Anforderungen mit sich brachte.

Abgesehen davon, dass die Behörde zwar in Bezug auf die Mitbewerberin sehr umfangreich ausführt, auf welche Tätigkeiten und Projekte sich ihre Erfahrung stütze, betreffend den Beschwerdeführer hingegen auf keinerlei inhaltliche Tätigkeit (weder im positiven noch im negativen Sinne) eingeht, bleibt auch offen, inwiefern die Erfahrung der Mitbewerberin hinsichtlich der auszuübenden Funktion besonders relevant sein kann, wenn denn die ausgeschriebene Stelle diese in der Geschäftsführerfunktion erlangten Qualifikationen weder verlangt noch vermittelt – denn anderenfalls würde der Beschwerdeführer, der fünf Jahre lang eine der Ausschreibung hinsichtlich der Anforderungen idente Funktion ausgeübt hat (und diesbezüglich keine negativen Beurteilungen seiner Tätigkeit aktenkundig sind), ebendiese Erfahrungen und Kenntnisse mitbringen. So bleibt etwa unklar, warum für die ausgeschriebene Funktion ausschließlich unmittelbare Führungstätigkeit vorausgesetzt wird, wenn doch in Ausübung dieser Funktion wiederum nur ein sehr kleiner Teil der Mitarbeiter unmittelbar geführt wird, ein sehr großer Teil aber mittelbar zu führen ist. In diesem Zusammenhang wird auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 16.09.2013 verwiesen, in welchem die Argumentation der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe als Sektionschef nur die Gruppenleiter sowie seine Sekretärin unmittelbar geführt, als nicht nachvollziehbar bezeichnet wird.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass die ernannte Mitbewerberin aufgrund ihrer Erfahrung in der Geschäftsführertätigkeit (nach außen alleine vertretungsbefugt und haftend, für sämtliche wirtschaftliche und funktionelle Agenden sowie für Finanz- und personelle Leitungsaufgaben verantwortlich, verantwortlich für das betriebswirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft) als für die ausgeschriebene Funktion gleich geeignet wie der Beschwerdeführer beurteilt wurde, wenn die Behörde in ihrem Bescheid vom 15.04.2014 selbst umfangreich ausführt, dass ein Sektionschef keine personelle und betriebswirtschaftliche Verantwortung trägt und auch nicht nach außen hin selbstständig vertretungs- und handlungsbefugt sowie verantwortlich ist.

Es ist daher dem Beschwerdevorbringen zu folgen, wenn ausgeführt wird, dass es nicht nachvollziehbar ist, warum gerade Verantwortlichkeiten, die ein Sektionschef vermeintlich gar nicht trägt (zB. Managementaufgaben eigenständig wahrnehmen oder haftungsrechtliche Verantwortung für das Unternehmen), die aber einer Geschäftsführertätigkeit immanent sind, im vorliegenden Fall als mitentscheidendes Kriterium herangezogen wurden.

Den Materialien zu § 11c B-GIBG ist zu entnehmen, dass bei Besetzungsverfahren ein Wertungsvergleich vorzunehmen ist, der die persönliche und fachliche Eignung der Bewerberinnen und Bewerber erfasst. Nur wenn dieser Wertungsvergleich eine gleiche Eignung des bestgeeigneten Bewerbers und einer Bewerberin ergibt, ist der Frau der Vorzug zu geben. Auch wenn diese Bestimmung eine Bevorzugung von Frauen vorsieht, setzt sie nicht das Objektivierungsgebot und bestehende Qualifikationskriterien außer Kraft. Keine Frau soll einem besser qualifizierten Mann vorgezogen werden (vgl. die Materialien zum B-GIBG, BGBl. I Nr. 65/2004, 285 der Beilagen XXII. GP 20).

Weder im Gesetzestext noch in den Materialien findet sich ein Hinweis, dass sich dieser genannte Wertungsvergleich in einer Kategorisierung im Sinne des § 10 AusG erschöpft, insbesondere wo die Definition der Kategorien ("im höchsten Ausmaß geeignet", "in hohem Ausmaß geeignet" und "in geringem Ausmaß geeignet") nicht durch das AusG selbst, sondern durch die Begutachtungskommission vorgenommen wurde. Die Begutachtungskommission hat festgelegt, dass die Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" erreicht wird, wenn mehr als 80 Punkte erreicht werden. Zur Höchstbewertung von 100 Punkten besteht daher ein Spielraum von 20%. Es kann nicht im Sinne des B-GIBG liegen, dass alle Personen, die im Bereich der oberen 20% liegen, als "gleich geeignet" anzusehen sind. Es kann daher nicht alleine die Kategorisierung im Sinne des AusG für die Auslegung des § 11c B-GIBG herangezogen werden. Dies auch deshalb nicht, weil das AusG nicht in allen Fällen heranzuziehen ist, in denen § 11c B-GIBG beachtet werden muss. Um eine einheitliche Auslegung des § 11c B-GIBG sicherzustellen, muss daher eine vom AusG unabhängige Auslegung vorgenommen werden.

Unabhängig davon, ob die ernannte Mitbewerberin im vorliegenden Fall in die Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" einzuordnen gewesen wäre, ist die Mitbewerberin wie bereits dargestellt, nicht gleich geeignet wie der Beschwerdeführer und wurde die Mitbewerberin dem Beschwerdeführer unter rechtswidriger Anwendung des § 11c B-GIBG vorgezogen.

Aus den genannten Gründen sowie aus der Beweiswürdigung ergibt sich, dass bei richtiger Beurteilung die bestellte Mitbewerberin nicht als "gleich geeignet" im Sinne des § 11c B-GIBG wie der Beschwerdeführer zu beurteilen gewesen wäre. Vielmehr wäre bei richtiger Beurteilung der Beschwerdeführer zu ernennen gewesen. Aufgrund der rechtswidrigen Anwendung des § 11c B-GIBG und somit der Bestellung der Mitbewerberin aufgrund ihres Geschlechtes liegt eine Diskriminierung des Beschwerdeführers gemäß § 4 Z 5 B-GIBG vor.

II. Zur Bemessung des Ersatzanspruches nach § 18a Abs. 2 Z. 1 B-GIBG

Der Beschwerdeführer forderte sowohl den Ersatz eines konkreten Vermögensschadens nach § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG in Form des Verdienstentganges für den Zeitraum der befristeten Besetzung der Planstelle des Sektionsleiters von fünf Jahren sowie weiteren fünf Jahren aufgrund der Weiterbestellung der Mitbewerberin bis 31.08.2021 – das ist die Bezugsdifferenz zwischen der Einstufungen in die Bewertungsgruppe v1/7 und seinem tatsächlichen Bezug – als auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nach § 19b B-GIBG.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das B-GIBG idF BGBl. I Nr. 65/2004 wie auch das Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004, die EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien umsetzen (siehe dazu Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2007, 515; siehe auch die Materialien zum B-GIBG, BGBl. I Nr. 65/2004, 285 der Beilagen XXII. GP). Die nationalen Gerichte sind daher zu einer europarechtskonformen Auslegung verpflichtet.

Hinsichtlich der Sanktionen für Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot ergibt sich ua. aus der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, dass Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen (Art. 25 leg.cit.). Bereits aufgrund der richtlinienkonformen Auslegungsverpflichtung ist eine Entschädigung an diesen Kriterien zu messen. Um den Sanktionscharakter zu stärken, wurde durch die Novelle des B-GIBG, BGBl. I Nr. 120/2012, dessen § 19b eingefügt.

Zum Ersatz des Vermögensschadens gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG:

Der Ersatzanspruch setzt nach dem klaren Gesetzeswortlaut voraus, dass der Beamte bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre. Zum Begriff des "beruflichen Aufstieges" im § 3 Z 5 B-GIBG in der Stammfassung vor dem Hintergrund des § 15 leg. cit. idF BGBl. I Nr. 132/1999 hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.11.2007, 2004/12/0164, Folgendes ausgeführt:

"Beschwerdefallbezogen kann der Begriff des 'beruflichen Aufstieges' im § 3 Z 5 B-GIBG von seinem Wortlaut her im Zusammenhang mit der Bemessungsvorschrift des § 15 Abs. 2 B-GIBG nur jene Fälle erfassen, die zu

einer Bezugsdifferenz führen. Der Bezugsbegriff ist dabei unter Zuhilfenahme von § 3 Abs. 2 GehG auszulegen. Demnach umfasst der Begriff des Monatsbezuges nur das Gehalt und allfällige (dort näher aufgezählte) Zulagen (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 24. Februar 2006, Zl. 2002/12/0234, und vom 30. Mai 2006, Zl. 2005/12/0261)."

Diese Judikatur ist auf die identen Nachfolgebestimmungen des § 4 Z 5 und § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG übertragbar (vgl. auch VwGH 12.05.2010, 2009/12/0151).

Die Formulierung des § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG "Bezugsdifferenz für mindestens drei Monate" zeigt, dass der Gesetzgeber damit der Behörde einen Ermessensspielraum einräumt, einen angemessenen Schadenersatz festzulegen (so VwGH 30.04.2014, 2010/12/0065 zur Vorgängerbestimmung des § 15 B-GIBG).

Die Funktion der ausgeschriebenen Stelle ist für BeamtInnen mit A 1/9 und für Vertragsbedienstete mit v1/7 bewertet. Auf das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers sind aufgrund seiner Ernennung in das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis gemäß § 136b BDG iVm. § 9 Abs. 2 BMG die für Vertragsbedienstete maßgebenden besoldungsrechtlichen Vorschriften anzuwenden gewesen. Der Beschwerdeführer war als ehemaliger Sektionschef bereits fünf Jahre gemäß § 74 Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG), BGBl. Nr. 86/1948, in der Bewertungsgruppe v1/7 eingestuft. Der Beschwerdeführer wäre bei rechtmäßiger Betrauung mit der ausgeschriebenen Funktion mit 01.09.2011 erneut in die Bewertungsgruppe v1/7 (§ 74 Abs. 2 Z 3 lit b VBG) vorgerückt und aufgrund der Befristung der ausgeschriebenen Funktion für fünf Jahre in dieser Funktionsgruppe verblieben. Im Zeitraum dieser fünf Jahre hat der Beschwerdeführer durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Behörde beginnend mit 01.09.2011 einen Vermögensschaden in der Höhe der Bezugsdifferenz zwischen seinem tatsächlichen Einkommen und dem Gehalt der Bewertungsgruppe v1/7 (§ 74 Abs. 2 Z 3 lit b VBG) erlitten.

Im Hinblick auf die dem Gesetz innewohnende Intention, dass Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollen, erachtet das erkennende Gericht im Beschwerdefall die Zuerkennung des tatsächlichen Verdienstentganges für die fünf Jahre der Befristung (01.09.2011 bis 31.08.2016) als gerechtfertigt.

§ 18a B-GIBG bezieht sich auf die Bezugsdifferenz. In § 3 GehG (Bezüge) wird Folgendes ausgeführt: "(1) Dem Beamten gebühren Monatsbezüge. (2) Der Monatsbezug besteht aus dem Gehalt und allfälligen Zulagen (Dienstalterszulagen, Dienstzulagen, Funktionszulagen, Verwaltungsdienstzulage, Verwendungszulage, Pflegedienstzulage, Pflegedienst-Chargenzulage, Ergänzungszulagen, Exekutivdienstzulage, Heeresdienstzulage, Omnibuslenkerzulage, Erzieherzulage, Wachdienstzulage, Truppendienstzulage, Teuerungszulagen). (3) Außer den Monatsbezügen gebührt dem Beamten für jedes Kalendervierteljahr eine Sonderzahlung in der Höhe von 50 vH des Monatsbezuges, der ihm für den Monat der Auszahlung zusteht. []" In § 8a VBG findet sich eine sinngemäße Regelung für Vertragsbedienstete.

Die Bezüge des Beamten umfassen die Monatsbezüge inklusive allfälliger Zulagen sowie die vierteljährlich zustehenden Sonderzahlungen (vgl. VwGH 18.09.2015, 2015/12/0017). Von den Bezügen nicht umfasst ist hingegen die für BeamtInnen und Vertragsbedienstete in §§ 15 und 20 GehG geregelte Aufwandsentschädigung, die als Ersatz des Mehraufwandes, der dem Beamten in Ausübung des Dienstes oder aus Anlass der Ausübung des Dienstes notwendigerweise entsteht – und somit als Ersatz für eine tatsächliche Mehrleistung – gebührt. Die ergibt sich auch aus der bereits zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach der Monatsbezüge nur das Gehalt und allfällige (in § 3 Abs. 2 GehG näher aufgezählte) Zulagen umfasst (VwGH 2002/12/0234, 2005/12/0261). Diese Rechtsprechung ist sinngemäß auf die vergleichbaren für Vertragsbedienstete des Bundes maßgebenden Vorschriften anzuwenden.

Der Gesamtbetrag des zu ersetzenden Vermögensschadens für die Jahre 2011 bis 2015 ergibt 312.075,28 EUR und setzt sich wie folgt zusammen:

2011

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 111/2010, in Kraft von 01.01.2011 bis 31.02.2012, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 im Jahr 2011 8.967,40

EUR.

Für den Zeitraum 01.09.2011 bis 31.12.2011 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 35.869,60 EUR und zusätzlich die (anteilig zu gewährenden) Sonderzahlungen in der Höhe von 5.978,27 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 41.847,87 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Unter Zugrundelegung der Monatsabrechnungen des Beschwerdeführers für die Monate September bis Dezember 2011 beträgt der tatsächliche Verdienst im Bundesdienstverhältnis von 01.09.2011 bis zur Karenzierung mit 15.12.2011 13.742,13 EUR.

Aus der Einkommensteuererklärung 2011 ergibt sich für den Zeitraum von 15.12.2011 bis Ende des Jahres 2011 ein tatsächlicher Verdienst des Beschwerdeführers in der Höhe von 2.942,45 EUR.

Der tatsächliche Verdienst für die Monate September bis Dezember 2011 betrug daher 16.684,58 EUR.

2012

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 111/2010, in Kraft von 01.01.2011 bis 31.01.2012, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 im Monat Jänner 2012 8.967,40 EUR.

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 140/2011, in Kraft von 01.02.2012 bis 28.02.2014, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 in den Monaten Februar bis Dezember 2012 9.208,10 EUR.

Für den Zeitraum 01.01.2012 bis 31.12.2012 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 110.256,50 EUR zusätzlich der Sonderzahlungen in der Höhe von 18.376,08 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 128.632,58 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Aus dem Einkommensteuerbescheid 2012 des Beschwerdeführers ergibt sich ein Gesamtbetrag der Einkünfte von 58.657,52 EUR.

2013

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 140/2011, in Kraft von 01.02.2012 bis 28.02.2014, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 im Jahr 2013 9.208,10 EUR.

Für den Zeitraum 01.01.2013 bis 31.12.2013 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 110.497,20 EUR zusätzlich der Sonderzahlungen in der Höhe von 18.416,20 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 128.913,40 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Aus dem Einkommensteuerbescheid 2013 des Beschwerdeführers ergibt sich ein Gesamtbetrag der Einkünfte von 73.130,08 EUR.

2014

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 140/2011, in Kraft von 01.02.2012 bis 28.02.2014, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 in den Monaten Jänner und Februar 2014 9.208,10 EUR.

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 8/2014, in Kraft von 01.03.2014 bis 31.12.2015, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 in den Monaten März bis Dezember 2014 9.351,50 EUR.

Für den Zeitraum 01.01.2014 bis 31.12.2014 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 111.931,20 EUR zusätzlich der Sonderzahlungen in der Höhe von 18.655,20 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 130.586,40 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Aus dem Einkommensteuerbescheid 2014 des Beschwerdeführers ergibt sich ein Gesamtbetrag der Einkünfte von 86.463,79 EUR.

2015

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 8/2014, in Kraft von 01.03.2014 bis 31.12.2015, betrug das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 im Jahr 2015 9.351,50 EUR.

Für den Zeitraum 01.01.2015 bis 31.12.2015 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 112.218,00 EUR zusätzlich der Sonderzahlungen in der Höhe von 18.703,00 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 130.921,00 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Aus dem Einkommensteuerbescheid 2015 des Beschwerdeführers ergibt sich ein Gesamtbetrag der Einkünfte von 13.890,00 EUR.

2016

Fiktiver Verdienst

Gemäß § 74 Abs. 2 Z 3 lit. b VBG idF. BGBl. I Nr. 164/2015, in Kraft seit 01.01.2016, beträgt das fixe Monatsentgelt für Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe v1/7 seit Jänner 2016 9.641,70 EUR.

Für den Zeitraum 01.01.2016 bis 31.08.2016 wären dem Beschwerdeführer als Sektionschef daher 77.133,60 EUR zusätzlich der Sonderzahlungen in der Höhe von 12.855,60 EUR zugestanden. In Summe ergibt sich daher ein Betrag von 89.989,20 EUR.

Tatsächlicher Verdienst

Der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2016 liegt zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht vor. Der Gesamtbetrag der Einkünfte ist für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.08.2016 aus dem Einkommensteuerbescheid 2016 abzuleiten, sobald dieser vorliegt.

Zeitraum vom 01.09.2011 bis 31.12.2015

Für den Zeitraum 01.09.2011 bis 31.12.2015 ergibt sich aus dem Gesamtbetrag des fiktiven Verdienstes in der Höhe von 560.901,25 EUR und dem Gesamtbetrag des tatsächlichen Verdienstes in der Höhe von 248.825,97 EUR eine Differenz von 312.075,28 EUR.

Soweit der Beschwerdeführer einen Ersatz auch über diese fünf Jahre hinausgehend geltend machte und vorbrachte, er hätte auch bei einer neuerlichen Ausschreibung der gegenständlichen Funktion nach Ablauf der

fünfjährigen Befristung wieder mit der Funktion betraut werden müssen, wird dieser abgewiesen. Ausgeschrieben war eine auf fünf Jahre befristete Funktion, wobei nach Ablauf dieser fünf Jahre weder ein Rechtsanspruch auf Weiterbestellung noch eine Parteistellung im Ernennungsverfahren bestehen. Des Weiteren bleibt diesbezüglich völlig im Unklaren, wie sich das Auswahlverfahren dargestellt hätte, insbesondere welche Personen sich beworben, welche Qualifikationen diese mitgebracht hätten und somit wer der oder die bestgeeignete Bewerber/in gewesen wäre. Die unbestimmten Aussichten und bloßen Vermutungen stellen keine ausreichende Grundlage für einen Schadenersatzanspruch im Sinne des B-GIBG dar.

Zum Antrag des Beschwerdeführers auf Zuerkennung gesetzlicher Zinsen von 4% ab 01.09.2011 ist auszuführen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Bemessung von Ersatzansprüchen infolge Diskriminierung eine rückwirkende bescheidmäßige Feststellung eines nach dem Gesetz (Behinderteneinstellungsgesetz bzw. B-GIBG) zustehenden (zunächst strittigen) Anspruches ist. In einem solchen Fall tritt aber die Fälligkeit des Ersatzanspruches erst mit der Erlassung eines solchen (aus der Sicht des Beamten günstigen) Feststellungsbescheides ein (vgl. VwGH 04.09.2014, 2013/12/0177; 15.10.2009, Z2008/09/0362). Auch begründen weder die bereicherungsrechtlichen Regelungen des ABGB noch Ansprüche auf Schadenersatz einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, über den die Dienstbehörden abzusprechen hätten (VwGH 26.06.2009, 2009/04/0034; 13.09.2002, 99/12/0200).

Zur Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 19b B-GIBG:

Nach § 19b B-GIBG ist die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung so zu bemessen, dass dadurch die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung angemessen ist sowie solche Diskriminierungen verhindert.

Den Materialien zu dieser Bestimmung (2003 der Beilagen XXIV. GP, S 21) ist zu entnehmen, dass die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie), die Richtlinie 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie) und die Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Diskriminierungen auf Grund der Religion oder einer Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verbietet (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie), die Mitgliedstaaten verpflichten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Schadenersatzregelungen zu treffen. Unabhängig davon, dass diese Kriterien im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung der Gesetze bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes von den Dienstbehörden und Gerichten bereits jetzt berücksichtigt werden müssen, sollte die Bedeutung dieser Kriterien durch die Erwähnung im Gesetzestext unterstrichen werden.

Dem Gesetzgeber erschien es demnach erforderlich, eine Rechtsgrundlage für die Bemessung wirksamer Sanktionen im Falle einer Diskriminierung zu schaffen. Auch wird hervorgehoben, dass der Sanktion damit ein general- wie auch spezialpräventives Element innewohnt.

Für die Bemessung des immateriellen Schadens (die erlittene persönliche Beeinträchtigung) sind weiters die Dauer, Art und Intensität der Beeinträchtigung sowie eine Gesamtbetrachtung der Umstände (Globalbemessung) ebenso wie die Nachwirkungen der Diskriminierung relevant (siehe dazu Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2007, 515). Auch der OGH hat in einer Entscheidung zum grundsätzlich vergleichbaren Gleichbehandlungsgesetz ausgeführt, dass es nahe liege, bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadenersatzes insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung und die Erheblichkeit der Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen (OGH 05.06.2008, 9ObA18/08z; siehe auch Dittrich, Arbeitsrecht § 12 GIBG E 4b).

Wengleich das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl. I Nr. 82/2005, im gegenständlichen Fall keine Anwendung findet, so ist zwecks Auslegung des § 19b B-GIBG auch die wortgleiche Bestimmung des § 9 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz zu betrachten, welche zusätzlich konkretisiert, dass insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und auf Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen ist. In der Literatur wird schließlich als Kriterium für die europarechtlich geforderte abschreckende Wirkung der Sanktion die "Unwirtschaftlichkeit der Diskriminierung" angeführt (Majoros, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2007, 520f). Demnach sei eine Sanktion nur dann wirklich abschreckend, wenn sie über einen tatsächlich erlittenen Schaden hinausgehe.

Nach der Rechtsprechung des OGH kann die Festlegung des Entschädigungsbetrags stets nur nach den Umständen des Einzelfalles erfolgen (vgl. OGH 27.08.2015, 9 ObA87/15g, mwN).

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen ist für den konkreten Fall festzuhalten, dass die festgestellte Diskriminierung zu entschädigen ist und damit eine abschreckende Wirkung aus Präventionsgründen zu erzielen ist. Für den gegenständlichen Fall ist zu berücksichtigen, dass sich für den Beschwerdeführer die Arbeitsatmosphäre in der Sektion wesentlich verändert hat. In der von ihm nach der Bestellung seiner konkurrierenden Mitbewerberin ausgeübten Funktion des Gruppenleiters war die Mitbewerberin seine unmittelbare Vorgesetzte. Auch mit dem Generalsekretär, der dem Beschwerdeführer im Bewerbungsverfahren zahlreiche Verfehlungen und Defizite vorgeworfen hat, war zur Erfüllung der Aufgaben des Gruppenleiters eine enge Zusammenarbeit erforderlich. Es ist daher nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer diese Funktion nicht weiter ausüben wollte und sich karenzieren ließ, um einer Beschäftigung außerhalb des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nachzugehen. Die Diskriminierung zieht daher intensive Nachwirkungen nach sich, die sich auch auf einen langandauernden Zeitraum – zumindest aber auf die Dauer der Befristung der ausgeschriebenen Stelle von fünf Jahren – beziehen. Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Bestellung der Mitbewerberin erfolgt ist, obwohl bereits das Gutachten der B-GBK vorlag, welches eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts attestierte. Die belangte Behörde hat die Mitbewerberin trotz dieses Gutachtens ernannt und damit eine mögliche Verletzung des B-GIBG zumindest in Kauf genommen. Es liegt daher durchaus ein Verschulden der Behörde vor. Die durch die Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg bedingten Nachteile können für den Beschwerdeführer Auswirkungen während der gesamten Berufslaufbahn und mittelbar auch besoldungs- bzw. pensionsrechtliche Nachteile noch im Ruhestand nach sich ziehen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, dass die beantragte Entschädigung in der Höhe von 5.292,30 EUR aufgrund der beim beruflichen Aufstieg erfolgten Diskriminierung zuzusprechen ist, um den durch die Diskriminierung im beruflichen Umfeld bewirkten Ansehensverlust und die deutliche Verschlechterung des Arbeitsumfeldes sowie die dadurch erlittene persönliche Beeinträchtigung angemessen zu entschädigen und einen wirksamen Ausgleich zu bilden. Die Höhe der Entschädigung ist insbesondere auch notwendig, um dem Erfordernis einer hinreichend abschreckenden und präventiven Sanktion sicherzustellen, sodass damit ähnlich gelagerte Fälle zukünftig verhindert werden sollen und den europarechtlichen Vorgaben Genüge getan wird. Die Entschädigung in der Höhe von 5.292,30 EUR entspricht dem Antrag des Beschwerdeführers und erscheint in Anbetracht des Monatsbezuges, den der Beschwerdeführer bei rechtmäßiger Ernennung erhalten hätte, keinesfalls überhöht. Dem Beschwerdeführer ist daher als Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ein Betrag in der Höhe von 5.292,30 EUR zuzuerkennen.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil der Lösung der Rechtsfrage, wie in einer wie im vorliegenden Fall gegebenen Konstellation, in der der Beschwerdeführer nach erfolgter Diskriminierung Bezüge aus selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit außerhalb des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses während einer Karenzierung gemäß § 75 Abs. 1 BDG und damit nur teilweise Bezüge im Sinne des GehG bzw. des VBG aufweist, der Ersatz des Vermögensschadens im Sinne des § 18b B-GIBG zu ermitteln ist, eine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Rechtsfrage fehlt bis dato.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2017:W213.2009768.1.00