

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

19.02.2018

**Geschäftszahl**

Ro 2017/12/0016

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zens, Hofrätin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Hofrat Mag. Feiel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über die Revision des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie, vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Kohlmarkt 11/5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. September 2017, W213 2009768-1/29E, betreffend Entschädigung gemäß § 18a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (mitbeteiligte Partei: Mag. Dr. P F in W, vertreten durch Dr. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Wickenburggasse 26/5), den **Beschluss** gefasst:

**Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Bund hat dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

1 Die Bewerbung des Mitbeteiligten für die am 29. April 2011 ausgeschriebene Leitung der damals im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie neu eingerichteten Sektion IV "Verkehr" fand keine Berücksichtigung, weil auf diese Stelle unter Heranziehung von § 11c Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. Nr. 100/1993 (im Folgenden: B-GIBG) eine Mitbewerberin ernannt wurde.

2 Am 28. September 2012 stellte der Mitbeteiligte im Hinblick darauf einen Antrag auf Entschädigung nach § 4 Z 5 in Verbindung mit §§ 18a und 20 B-GIBG.

3 Der diesen Antrag abweisende Bescheid vom 27. März 2013 der im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde und nun revisionswerbenden Partei wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. September 2013, 2013/12/0060, - auf das für den näheren Sachverhalt verwiesen wird - wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

4 Mit Bescheid vom 15. April 2014 wies der revisionswerbende Bundesminister den Antrag des Mitbeteiligten neuerlich ab.

5 Der dagegen erhobenen Beschwerde des Mitbeteiligten gab das Bundesverwaltungsgericht mit dem hier angefochtenen Erkenntnis vom 14. September 2017 teilweise Folge. Es erkannte dem Mitbeteiligten für den Zeitraum von 1. September 2011 bis 31. August 2016 einen Ersatzanspruch nach § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG sowie einen Entschädigungsbetrag nach § 18a Abs. 2 Z 1 in Verbindung mit § 19b B-GIBG zu und wies einen Ersatzanspruch für den Zeitraum von 1. September 2016 bis 31. August 2021 ab.

6 In seiner Begründung schloss sich das Bundesverwaltungsgericht den Feststellungen der Bundes-Gleichbehandlungskommission an, wonach - zusammengefasst - die von der revisionswerbenden Partei auf Basis des Gutachtens der bei ihr eingerichteten Begutachtungskommission getroffene Feststellung, die (ernannte) Mitbewerberin sei für die Leitung der Sektion IV im gleichen Ausmaß geeignet wie der Mitbeteiligte, sachlich nicht nachvollziehbar sei. Die Mitbewerberin sei nicht gleich geeignet wie der Mitbeteiligte gewesen und diesem unter rechtswidriger Anwendung des § 11c B-GIBG vorgezogen worden.

7 Des Weiteren begründete das Verwaltungsgericht die Bemessung der Höhe der zugesprochenen Entschädigungsbeträge näher.

8 Die Revision erklärte das Bundesverwaltungsgericht für zulässig. Der Rechtsfrage, wie der Ersatz des Vermögensschadens im Sinn des § 18b B-GIBG zu ermitteln sei, wenn der diskriminierte Beamte während

seiner anschließenden Karenzierung Bezüge aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit außerhalb des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses erwirtschaftete, komme grundsätzliche Bedeutung zu. Eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dazu fehle bislang.

9 Dagegen richtet sich die Revision der im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise sie als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

10 Gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts ist die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

11 Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist der Verwaltungsgerichtshof an den Ausspruch des Verwaltungsgerichts nach § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden (§ 34 Abs. 1a VwGG).

12 Auch in der vom Verwaltungsgericht für zulässig erklärten Revision hat der Revisionswerber von sich aus die unter dem erwähnten Gesichtspunkt maßgeblichen Gründe zur Zulässigkeit der Revision gesondert darzulegen, sofern er der Ansicht ist, dass die Begründung des Verwaltungsgerichts für die Zulässigkeit der Revision nicht ausreicht oder er andere Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung für relevant erachtet. Ihre Grundsätzlichkeit vorausgesetzt können solche ergänzend ins Treffen geführten Rechtsfragen die Zulässigkeit der Revision auch dann begründen, wenn der vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführte Zulässigkeitsgrund nicht gegeben ist (vgl. VwGH 11.11.2016, Ro 2016/12/0010, u.a.).

13 Ausführungen zu der vom Verwaltungsgericht aufgeworfenen Zulässigkeitsfrage finden sich in der Revision nicht. Auf diese Rechtsfrage - und damit auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs - ist hier daher nicht weiter einzugehen.

14 Die revisionswerbende Partei wendet sich mit ihrer Revision im Rahmen gesondert ausgeführter Zulässigkeitsgründe - zusammengefasst - dagegen, dass es nach dem angefochtenen Erkenntnis gegen § 11c B-GIBG verstoße, wenn alle als "im höchsten Ausmaß geeignet" im Sinn des § 10 Ausschreibungsgesetz 1989 (AusG) beurteilten Personen im Rahmen eines sowohl § 10 AusG als auch § 11c B-GIBG unterliegenden Bewerbungsverfahrens auch als "gleich geeignet" im Sinn des § 11c B-GIBG angesehen würden. Zu dieser Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichts liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor. Nach Ansicht der revisionswerbenden Partei sei für die Anwendung des Wertungsvergleichs des Frauenfördergebots des § 11c B-GIBG die Zugehörigkeit zur Kategorie "im höchsten Ausmaß geeignet" ausschlaggebend, nicht die genaue Punktezahl. Die Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichts hätte zur Folge, dass § 11c B-GIBG nur dann zur Anwendung käme, wenn ein Bewerber und eine Bewerberin erstgereiht wären und diese überdies exakt dieselbe prozentuale Eignung aufwiesen - "dies in Prozenten bis auf die zweite Stelle des Kommabereiches". Der praktische Anwendungsbereich des § 11c B-GIBG wäre in diesem Fall nahezu nicht vorhanden. Die revisionswerbende Partei führt sodann mit weiterer argumentativer Begründung aus, weshalb aus ihrer Sicht all jene Bewerber als im Sinn des § 11c B-GIBG gleich geeignet anzusehen wären, welche für die zu besetzende Stelle "im höchsten Ausmaß geeignet" seien.

Diesem Vorbringen ist zu entgegnen:

15 Die von der revisionswerbenden Partei aufgeworfene Frage einer gleichen Eignung im Hinblick auf eine im Gutachten der Begutachtungskommission erreichte (exakt gleiche) prozentuelle Bewertung stellt sich im vorliegenden Fall tatsächlich gar nicht. So hat das Verwaltungsgericht mit ausführlicher Begründung dargelegt, weshalb gerade nicht von einer gleichen Eignung der Bewerber auszugehen ist. Dabei hat es sich auch nicht, wie in der Revision darzustellen versucht wird, auf die Prozentangaben im Gutachten nach dem Ausschreibungsgesetz bezogen, sondern vielmehr dieses Gutachten überprüft und als un schlüssig qualifiziert.

16 Die Frage einer gleichen Eignung stellt sich im Ernennungsverfahren aber nur dann, wenn eine solche gleiche Eignung - beispielsweise auf Grundlage eines schlüssigen und mängelfreien Gutachtens - feststeht. Nur ein vollständiges und schlüssiges Gutachten ist vom Ernennenden bei der von ihm vorzunehmenden Beurteilung einer vorliegenden gleichen Eignung (oder einer besseren Eignung) heranzuziehen (vgl. zur fehlenden Bindung des ernennenden Organs an das Gutachten und die in diesem vorgenommene Reihung etwa nur § 15 Abs. 2 AusG; siehe ferner zur Bedeutung eines Gutachtens - dort der Gleichbehandlungskommission -

lediglich als ein Beweismittel VwGH 22.6.2005, 2004/12/0171; 13.9.2006, 2004/12/0026). So obliegt es der Ernennungsbehörde den für die Ernennungsentscheidung maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln und die Auswahlentscheidung entsprechend zu begründen (VwGH 21.2.2017, Ro 2016/12/0004, u.a.). Da im vorliegenden Fall eine gleiche Eignung nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht vorlag, gehen die von der revisionswerbenden Partei formulierten grundsätzlichen Rechtsfragen nicht vom festgestellten

Sachverhalt aus, sodass sich diese allenfalls theoretisch stellen können, von ihrer Beantwortung jedoch nicht die Entscheidung über die vorliegende Revision abhängt.

17 Die Revision eignet sich somit wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung, sodass sie gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen war.

18 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere auf § 47 Abs. 3 und § 51 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 19. Februar 2018