jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2014/4/30 2010/12/0065

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.04.2014

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
63/08 Sonstiges allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht;

Norm

B-GlBG 1993 §13 Abs1 Z5;
VwGG §42 Abs2 Z1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens und Dr. Thoma sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kupec, über die Beschwerde der Dr. A S in Wien, vertreten durch Dr. Heinrich Vana, Rechtsanwalt in 1020 Wien, Taborstraße 10/Stg. 2, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung vom 12. Februar 2010, Zl. BMWF-3.826/0001-Pers/ap./2010, betreffend Ersatzanspruch nach § 15 des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes (B-GBG), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Hinsichtlich des bisherigen Verfahrensganges und der anzuwendenden Rechtslage wird auf das Vorerkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Dezember 2008, Zl. 2004/12/0199, verwiesen.

Am 18. Oktober 2002 schrieb die belangte Behörde die Funktion der stellvertretenden Leitung der Sektion VI im Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur aus. Es bewarben sich die Beschwerdeführerin, Mag. P. sowie zwei weitere Bewerber.

Auf Grundlage der Bewertungsunterlagen und nach Durchführung eines Hearings am 25. November 2002 erstattete die Begutachtungskommission ein Gutachten vom selben Tag, in dem die Bewerbung einer Mitbewerberin mangels Erfüllung der Formalerfordernisse gemäß § 15b Ausschreibungsgesetz nicht berücksichtigt wurde, der letztlich ernannte Mag. P. als in höchstem Ausmaß geeignet und die Beschwerdeführerin sowie eine weitere Bewerberin als in hohem Ausmaß geeignet beurteilt wurden.

Am 27. November 2002 wurde die Beschwerdeführerin davon in Kenntnis gesetzt, dass für die ausgeschriebene Funktion Mag. P. ausgewählt worden sei.

Über Antrag der Beschwerdeführerin vom 20. Dezember 2002 erstattete die Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) das Gutachten vom 17. Dezember 2003, wonach die Besetzung der Planstelle des stellvertretenden Leiters der Sektion VI mit Mag. P. eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin aufgrund des Geschlechtes gemäß § 3 Z. 5 B-GBG darstelle. Die Auswahlentscheidung verstoße überdies gegen das Frauenförderungsgebot gemäß § 43 B-GBG. In diesem Gutachten wird unter anderem ausgeführt:

"Ausgehend von den in den Bewerbungen dargestellten Berufslaufbahnen ist absolut nicht nachvollziehbar, inwiefern der bevorzugte Bewerber an die Qualifikationen der Antragstellerin herankommen und sie sogar übertreffen können soll.

Die Beschwerdeführerin ist bereits elfeinhalb Jahre im BMBWK (bzw. BMWF) tätig, und zwar immer im Bereich 'Internationale Forschungskooperation', seit November 1994 als Leiterin eben dieser Abteilung. In der Bewerbung stellt die Beschwerdeführerin ihre (Mit)Arbeit an nationalen, internationalen und EU-Forschungsprojekten ausführlich dar (Seite 8, 9).

Es ist äußerst fragwürdig, wie die Begutachtungskommission Mag. P. eingehende Kenntnisse der Universitäts- und Forschungsorganisation attestieren konnte, spricht doch dieser selbst nur davon, dass er sich 'Universitätsrecht und -administration' am Institut für Mikrobiologie angeeignet habe, und dies im Rahmen von Aufgaben wie Personalverwaltung, Statistik des Institutes, Konferenzen, Broschüren, nicht näher bezeichneten Evaluierungsmaßnahmen usw. Was die Forschungsprogramme und Evaluierungsmaßnahmen betrifft, sagt die Begutachtungskommission selbst, hier bestehe das Plus von Mag. P. nur im Bereich Biomedizin usw. Die Formulierung, die Beschwerdeführerin habe 'den weitgehenderen aber auch allgemeineren Überblick während Mag. P. zwar bessere Erfahrungen bei der Planung usw. ..... von Forschungsprogrammen hat - dies allerdings in seinem bisherigen engeren Zuständigkeitsbereich' ist (bewusst?) kryptisch. - Ohne Kenntnis des Ergebnisses der Begutachtung - Mag. P. in höchstem, die Beschwerdeführerin in hohem Ausmaß geeignet - würde man allein aus der zitierten Formulierung nicht erkennen, wen die Kommission nun tatsächlich für höher qualifiziert erachtet. Die Ausdrucksweise erweckt den Eindruck, die Kommission hat in Anbetracht der unleugbaren Qualifikationen der Antragstellerin doch Bedenken gehabt, das Ergebnis der Begutachtung auch verbal unmissverständlich auszudrücken.

Betreffend die Darlegung der Vorstellungen der in den eigenen Verantwortungsbereich der/des stellvertretenden Sektionsleiterin/Sektionsleiters fallenden Aufgaben (die drei Koordinierungsbereiche gemäß der Ausschreibung), stellt die Begutachtungskommission fest, der Bewerber habe ein schlüssiges Konzept vorgelegt, er habe nämlich 'inhaltlich strukturierte und klar formulierte Aussagen zu den Aufgaben gemacht, die in den Verantwortungsbereich des SL-Stellvertreters fallen .....'. Dieses Konzept (vgl. Seite 14, 15, 16) umfasst knapp zweieinhalb Seiten. Auf der ersten Seite werden im Umfang einer halben Seite die Aufgaben der Sektion und die diese wahrnehmenden Fachabteilungen aufgezählt. Danach folgen Ausführungen, die großteils allgemein gehalten sind und teilweise aus bloßen Tatsachenfeststellungen, Hinweisen auf gesetzliche Grundlagen und bereits existierenden Maßnahmen im Ressort bestehen. Zu den von der Beschwerdeführerin präsentierten Vorstellungen (Seite 6, 7) stellt die Begutachtungskommission lapidar fest, diese seien 'konzeptiv' dargelegt worden.

Die B-GBK geht davon aus, dass mit 'Konzept über den Aufgabenbereich ...' nicht die Aufzählung der Aufgaben gemeint ist, sondern dass darzulegen gewesen wäre, auf welche Weise, mit welchen konkreten Mitteln und Maßnahmen, sie erfüllt werden könnten. Vergleicht man das Konzept der Antragstellerin mit jenem von Mag. P. so ist für die B-GBK nicht erkennbar, inwiefern dessen Ausführungen inhaltlich konkreter und klarer sein sollten als jene der Beschwerdeführerin, und ergibt sich eine diesbezügliche Klarstellung auch nicht aus dem Gutachten.

Zum Hearing: Laut Gutachten (Seite 10, 11) hat Mag. P., zusammengefasst ausgedrückt, 'schlüssige Lösungsansätze' aufgezeigt, die Beschwerdeführerin (Seite 11) hat 'wenig konkretere Zukunftsperspektiven' vorgelegt.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass, mangels Aufzeichnungen bzw. eines Protokolls und auch mangels einer Auskunft des Dienstgebervertreters in der Sitzung der B-GBK am 18. November 2003, diese Aussagen nur als bloße Behauptungen gewertet werden können. In ihrem Antrag führt die Beschwerdeführerin jedenfalls aus (Seite 4), es seien keine Fragen über Sachinhalte gestellt worden, sondern Fragen zur Person, zur Motivation für die Bewerbung, zum Arbeitsplan für die Sektion und zur Evaluierung von Universitäten, wobei zur letzten Frage zu bemerken sei, dass

die Evaluierung von Universitäten Aufgabe der Hochschulsektion sei (Diese Darstellung des Hearings deckt sich im Übrigen mit jener einer weiteren Antragstellerin betreffend die gegenständliche Planstelle).

Zur Anforderung 'Kenntnis der Verwaltungsstrukturen der EU und praktische Erfahrung mit der Umsetzung von EU-Programmen und EU-Koordination': In diesem Punkt liegt die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer langjährigen einschlägigen und praktischen Erfahrung eindeutig vor Mag. P.

Zur Beurteilung der Kommunikationsfähigkeit der Bewerberin und des Bewerbers ist festzuhalten: Anhand der der B-GBK vorliegenden Unterlagen kann die Mag. P. betreffende Feststellung, er habe seine Kommunikationsfähigkeit bereits unter Beweis gestellt, weder verifiziert noch falsifiziert werden, mangels eines entsprechenden Hinweises besteht aber für die B-GBK kein Anlass, die positive Bewertung der Kommunikationsfähigkeit des Bewerbers in Zweifel zu ziehen. Anders gelagert ist der Fall, wenn einer Bewerberin/einem Bewerber eine Fähigkeit ohne Begründung abgesprochen wird, wie dies bei der Beschwerdeführerin geschehen ist. Stellt eine Kommission im Rahmen eines Auswahlverfahrens lapidar, ohne jede Erklärung aufgrund welcher Umstände oder Tatsachen man zu dieser Einschätzung gekommen ist, fest, 'die Fähigkeit, divergierenden Ansichten konstruktiv zu begegnen und die Eignung zur Menschenführung seien weniger ausgeprägt' (Seite 11), so kann eine derartige Beurteilung nur als vollkommen unsachlich (überdies auch als ausgesprochen unfair) bezeichnet und deshalb als irrelevant angesehen werden. Im Übrigen gab Herr MR E. B. (provisorischer Leiter der Personalsektion und langjähriger Leiter der Präsidialabteilung) in der Sitzung der B-GBK an, ihm seien keine Vorkommnisse bekannt, die auf mangelnde Kommunikationsfähigkeit der Beschwerdeführerin oder auf Defizite bei der Führung ihrer Mitarbeiter/innen schließen ließen.

Über Inhalte des Auswahlverfahrens und die Eignung der Bewerberin und des Bewerbers konnte MR B. keine Auskunft geben, da er lediglich formal, also für die Abwicklung der Ausschreibung und nach Beendigung des Auswahlverfahrens für die aktenmäßige Weiterleitung des Gutachtens an die Frau Bundesministerin zuständig gewesen ist.

Die B-GBK kommt also nach eingehender Prüfung der vorgelegten Unterlagen zu dem Ergebnis, dass das Gutachten der Begutachtungskommission nicht nachvollziehbar ist. - Es ist evident, dass ein Vergleich der Qualifikationen der Bewerberin und des Bewerbers, d.h. eine Prüfung dahingehend, wer welche Anforderungen für die zu besetzende Stelle in welchem Ausmaß erfüllt, nicht durchgeführt worden ist. Mangels einer sachlich fundierten Begründung für die Feststellung, Mag. P. sei in höchstem, die Antragstellerin nur in hohem 'Ausmaß' geeignet, stellt die B-GBK fest, dass die Beschwerdeführerin durch die Entscheidung zu Gunsten von Mag. P. gemäß § 3 Z 5 B-GBG aufgrund des Geschlechtes diskriminiert worden sei.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Antrag auch darauf hingewiesen, dass im BMBWK keine einzige Sektionsleiterstellvertretung mit einer Frau besetzt ist, es war von der B-GBK also auch eine allfällige Verletzung des Frauenförderungsgebotes beim beruflichen Aufstieg nach § 43 B-GBG zu prüfen. Eine solche liegt vor, wenn eine Bewerberin, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet ist wie der bestgeeignete Mitbewerber und auch nicht in der Person des Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, trotz der Vorgaben des Frauenförderungsplanes nicht bevorzugt bestellt wurde. Diese Bestimmung beinhaltet die Verpflichtung des Dienstgebers, die persönliche und fachliche Eignung jeder Bewerberin und jedes Bewerbers für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) nach einheitlichen Auswahlkriterien zu prüfen und nach Vornahme eines Wertungsvergleiches zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern das Maß der Eignung festzustellen. - Dass dies nicht geschehen ist, wurde bereits oben festgestellt. Darüber hinaus ist laut der Niederschrift über den Verlauf der Sitzung der Begutachtungskommission (Seite 12) festgehalten, dass,

'Anhand eines Rasters der Eignungserfordernisse .... die

Bewerbungen analysiert und im Detail diskutiert' worden sind. Danach sind, in einer ersten Bewertungsrunde, Mag. P. und die Beschwerdeführerin als in höchstem Ausmaß geeignet eingestuft worden. Aus welchen Gründen sich die Begutachtungskommission dennoch zur Durchführung eines Hearings entschlossen hat, (auf die Verständigung der Antragstellerin 4 Tage vorher soll hier nicht näher eingegangen werden, für eine faire Abwicklung des Verfahrens spricht die Vorgangsweise jedenfalls nicht), konnte der B-GBK nicht dargelegt werden. Die Auskunft von MR B., es sei nicht üblich, für die Funktion von

Sektionsleiterstellvertretern/Sektionsleiterstellvertreterinnen Hearings abzuhalten, er vermute, die Begutachtungskommission sei 'aus den bisherigen Aussagen der Beiden nicht recht klug geworden' vermag in Anbetracht des oben erwähnten Ergebnisses der ersten Bewertungsrunde nicht zu überzeugen.

Mangels einer Begründung für die Durchführung des Hearings, welches im Übrigen nicht einmal geeignet ist, eine sachlich nachvollziehbare Begründung für die Bevorzugung von Mag. P. zu bieten, kommt die B-GBK zu dem Ergebnis, dass dieses durchgeführt worden ist, um das Frauenförderungsgebot des § 43 B-GBG umgehen zu können.

Die Entscheidung, die Beschwerdeführerin nicht mit der Funktion der stellvertretenden Sektionsleiterin zu betrauen, stellt einen Verstoß gegen § 43 B-GBG dar.

Empfehlungen:

Das BMBWK darf dringend ersucht werden, die Auswahlverfahren transparent und nachvollziehbar, vor allem im Hinblick auf die Qualifikationsvergleiche der Bewerbungen, zu gestalten. Weiters ist auf die Einhaltung des Frauenförderungsplanes zu achten."

Mit Antrag vom 14. Jänner 2004 forderte die Beschwerdeführerin Schadenersatz gemäß § 15 B-GBG unter Bezugnahme auf das Gutachten der B-GBK und ersuchte um Überweisung des ihr zustehenden Betrages auf das Konto des Projektes "Frauen für Frauen - Förderung von Friedensarbeit in Krisengebieten". Darauf teilte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin mit, an einer unpräjudiziellen Erledigung des anhängigen Verfahrens interessiert zu sein und bot eine Zahlung von EUR 2.992,20 an.

Die Beschwerdeführerin ersuchte am 22. März 2004 um bescheidmäßige Erledigung ihres Antrages.

Nach Vernehmung der Mitglieder der Begutachtungskommission sowie der beiden dem Hearing beigezogenen Experten als Zeugen, erließ die belangte Behörde den im hg. Verfahren Zl. 2004/12/0199 angefochtenen Bescheid vom 12. Oktober 2004, mit dem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Schadenersatz abgewiesen wurde.

Mit dem bereits zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Dezember 2008, Zl. 2004/12/0199, wurde dieser Bescheid über Beschwerde der Beschwerdeführerin wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. In der Begründung dieses Erkenntnisses wurde unter anderem ausgeführt:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits im Erkenntnis vom 28. April 2008, Zl. 2007/12/0064, auf das gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass die auf einen Ersatzanspruch nach dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz anzuwendende Rechtslage sich danach richtet, wann die behauptete schädigende Handlung gesetzt wurde. Da die Novelle BGBl. I Nr. 65/2004 am 1. Juli 2004 in Kraft getreten ist, und die behauptete schädigende Handlung unbestritten vor diesem Zeitpunkt lag, gelangt die genannte Novelle im Beschwerdefall nicht zur Anwendung.

Abgesehen davon, dass § 20a B-GlBG i.d.F. BGBl. I Nr. 65/2004 im Beschwerdefall im Sinne obiger Ausführungen keine Anwendung findet, gilt er schon seinem Wortlaut nach nur für ein Verfahren vor einem Gericht. Im Dienstrechtsverfahren gilt hingegen gemäß § 1 Abs. 1 DVG i.V.m. § 39 Abs. 2 AVG der Grundsatz der Amtswegigkeit (Offizialmaxime), weshalb dieses Verfahren unter die Ausnahmebestimmung des Art. 4 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fällt (vgl. auch dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 28. April 2008).

Im Beschwerdefall ist davon auszugehen, dass das Erreichen der Funktion der stellvertretenden Leiterin der Sektion VI des BMBWK für die Beschwerdeführerin einen beruflichen Aufstieg im Sinne des § 3 Z. 5 B-GBG dargestellt hätte. Gemäß der genannten Bestimmung durfte die Beschwerdeführerin daher in diesem Zusammenhang nicht auf Grund des Geschlechts diskriminiert werden.

Zu klären, ob diese Voraussetzungen gegeben sind oder nicht, ist demnach Aufgabe des von der Behörde durchzuführenden Verwaltungsverfahrens. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang bereits ausgesprochen, dass es Zweck des Ermittlungsverfahrens nach § 37 AVG ist, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Im Rahmen der so gegebenen Ermittlungspflicht der Behörde und der Mitwirkungspflicht der Beamtin ist auf die Schwierigkeiten der Beamtin für die Darlegung der Gründe für die Entscheidungsfindung, die sich im Allgemeinen nicht in einer nach Außen in Erscheinung tretenden Weise

dokumentieren, Bedacht zu nehmen. In diesem Sinne trifft beide Parteien des Verfahrens die Verpflichtung, die jeweils (nur) ihnen zugänglichen, für die Entscheidung wesentlichen Überlegungen nachvollziehbar darzulegen. Die Beamtin hat die für ihre Annahme sprechenden Überlegungen einer geschlechtspezifisch bedingten Benachteiligung offen zu legen, wobei sich dies möglicherweise dann, wenn für die Personalentscheidung kein entsprechendes Anforderungsprofil festgelegt wurde und keine Kenntnisse der Beamten über die konkrete Qualifikation der anderen Bewerber gegeben sind, nur auf die Behauptung beschränken wird. Die für die Entscheidung maßgeblichen Organwalter trifft dann die Verpflichtung, die Gründe der von ihnen inhaltlich (mit-)bestimmten Personalmaßnahme darzustellen. Die Entscheidung der Dienstbehörde hat - unter besonderer Beachtung einer möglichen Befangenheit von Organwaltern und der gegebenen Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitsforschung - nach ausreichenden Erörterungen in der Sache selbst zu ergehen (vgl. z.B. hg. Erkenntnis vom 13. September 2006, Zl. 2004/12/0026, oder vom 19. Dezember 2005, Zl. 2004/12/0027).

Der Vorwurf der Diskriminierung kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von der belangten Behörde z. B. dadurch entkräftet werden, dass sie nachweist, die Beamtin sei (im Ergebnis) zu Recht nicht ernannt worden (siehe z.B. die hg. Erkenntnisse vom 14. Mai 2004, Zl. 2001/12/0163 = Slg 16.395/A, vom 19. Dezember 2005, Zl. 2004/12/0027 oder vom 21. Oktober 2005, Zl. 2005/12/0020 = Slg 16.742/A), weil der letztlich Ernannte ohnehin besser geeignet ist.

Der von der belangten Behörde eingeschlagene Weg, nachzuweisen, dass eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes keinen Einfluss auf die Entscheidung hatte, indem festgestellt wurde, dass derartiges von den Mitgliedern der Begutachtungskommission nicht besprochen wurde, ist nicht zielführend. Es hat sich nämlich gezeigt, dass selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern; dies hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeit der Frau im Erwerbsleben und z.B. mit der Befürchtung zusammen, dass Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, dass sie ihre Arbeitszeit auf Grund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder dass sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen. Diese Umstände rechtfertigen - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - sogar die positive Diskriminierung von Frauen (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 11. November 1997, Rs C-409/95, Marschall, Slg. 1997, I-06363 insbes. Rz 29f). Eine Diskriminierung kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass vom Arbeitgeber nachgewiesen wird, dass eine unterschiedliche Behandlung auf Grund des Geschlechts von seinen Vertretern nicht erörtert worden oder intendiert gewesen sei. Vielmehr hätte dargetan werden müssen, welche anderen - also nicht geschlechtsspezifischen - Gründe maßgebend für die Auswahl waren.

Im Beschwerdefall hat die Beschwerdeführerin ihren Schadenersatzanspruch ausdrücklich auf das Gutachten der B-GBK gestützt. Es trifft zwar zu, dass das B-GBG für das Schadenersatzverfahren keine Bindungswirkung an das Gutachten der B-GBK normiert (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 13. September 2006, Zl. 2004/12/0026, mwN), der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig vom Gutachten dieser Kommission. Diesem kommt aber die Bedeutung eines Beweismittels zu (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2004, Zl. 2001/12/0163 = Slg 16.395/A).

Im hier vorliegenden Gutachten wird ausführlich dargelegt, weshalb die B-GBK davon ausging, dass die Beschwerdeführerin besser geeignet gewesen sei als der Mitbewerber Mag. P. So wurde im Einzelnen dargelegt (vgl. oben), weshalb die B-GBK zu dem Ergebnis gelangte, die Beschwerdeführerin sei auf Grund ihrer Laufbahn und Erfahrungen besser qualifiziert, das Konzept über den Aufgabenbereich der Beschwerdeführerin sei inhaltlich nicht weniger konkret als jenes des Mitbewerbers Mag. P., die Ausführungen zum Hearing könnten mangels Protokolls und mangels Auskunft des Dienstgebervertreters nur als bloße Behauptungen gewertet werden, die Beschwerdeführerin liege hinsichtlich der Anforderung 'Kenntnis der Verwaltungsstrukturen und der EU und praktische Erfahrung mit der Umsetzung von EU-Programmen und EU-Koordination' auf Grund ihrer langjährigen einschlägigen und praktischen Erfahrung eindeutig vor Mag. P., das Gutachten der Begutachtungskommission sei nicht nachvollziehbar, etc..

Insgesamt wäre es notwendig gewesen, die für die Beurteilung der Frage der besseren Eignung notwendigen Tatsachenfeststellungen (Berufslaufbahn, Fähigkeiten, etc.) hinsichtlich der zu vergleichenden Bewerber im angefochtenen Bescheid zu treffen und im Folgenden nachvollziehbar und schlüssig darzustellen, weshalb daraus die bessere Eignung eines der Bewerber abzuleiten ist. Dabei wäre auf die Erwägungen im Gutachten der B-GBK, weshalb von einer besseren Eignung der Beschwerdeführerin auszugehen sei, im Einzelnen einzugehen gewesen. Wenn z.B. im angefochtenen Bescheid ausgeführt wird, eine Sichtung der Bewerbungsunterlagen habe aus Dienstgebersicht kein Missverhältnis zu den Beurteilungen im Gutachten ergeben (vgl. Seite 5, zweiter Absatz), so stellt dies eine durch nichts

belegte Behauptung dar. Diese von der belangten Behörde gewählte Argumentation führt u.a. dazu, dass nicht nachvollziehbare Beurteilungen durch die Begutachtungskommission 'zugedeckt' werden. So ist z.B. weder dem angefochtenen Bescheid noch dem Gutachten der Begutachtungskommission zu entnehmen, woraus im genannten Gutachten geschlossen wurde, dass die Fähigkeit der Beschwerdeführerin, divergierenden Ansichten konstruktiv zu begegnen sowie ihre Eignung zur Menschenführung weniger ausgeprägt seien. Gerade im vorliegenden Fall, in dem selbst die Begutachtungskommission in einer ersten Bewertungsrunde zum Ergebnis gelangte, die Beschwerdeführerin und Mag. P. seien beide als in höchstem Ausmaß geeignet anzusehen, hätte die getroffene Entscheidung besonders genau begründet werden müssen. Der angefochtene Bescheid ist daher in diesem Zusammenhang mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG belastet.

Die bessere Eignung des Mag. P. wurde von der belangten Behörde insbesondere auch auf die Ergebnisse des durchgeführten Hearings gestützt.

Im angefochtenen Bescheid finden sich weder Feststellungen zu den im Rahmen dieses Hearings den Bewerbern gestellten Fragen, noch wurden Feststellungen zu den von den Bewerbern gegebenen Antworten getroffen. Auch ist im Verwaltungsakt kein Protokoll des durchgeführten Hearings auffindbar. Die aus dem Hearing abgeleiteten Schlüsse sind daher in keiner Weise nachvollziehbar. Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid in diesem Zusammenhang mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG belastet.

Insgesamt kann daher aufgrund der bislang im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen die Beurteilung des Mag. P. als Bestgeeigneter nicht nachvollzogen werden.

Zutreffend wird in der Beschwerde auch darauf hingewiesen, dass die Betrauung des Mag. P. mit bestimmten Aufgaben in einer neuen Geschäftseinteilung gleichzeitig mit der Ausschreibung der Funktion der stellvertretenden Leitung nicht zu einer Beurteilung des Mag. P. als besser geeignet führen kann, da im Umfang der erstmaligen Wahrnehmung von Aufgaben keine praktische Berufserfahrung vorliegt.

Richtig wurde in der Beschwerde weiters angemerkt, dass ein Verschulden eines Organwalters der belangten Behörde nicht Voraussetzung für einen Ersatzanspruch ist (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 1990, Rs 177/88, Dekker, Slg. 1990, I-03941 und Draehmpaehl vom 22. April 1997, Rs C-180/95, Slg. 1997, I-02195, und hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2004, Zl. 2001/12/0163 = Slg 16.359/A)."

Mit Schreiben vom 10. März 2009 konkretisierte die Beschwerdeführerin ihren Schadenersatzanspruch mit dem Differenzbetrag des von ihr bezogenen und des ihr ihrer Ansicht nach zustehenden Gehaltes für fünf Jahre in der Höhe von EUR 120.855,-- sowie eines Beitrages zu den Anwaltskosten in Höhe von EUR 2.428,80.

Nach Durchführung eines Säumnisbeschwerdeverfahrens zur hg. Zl. 2009/12/0139 und Durchführung mehrerer Vernehmungen erließ die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid, mit dem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Schadenersatz gemäß § 15 B-GBG neuerlich abgewiesen wurde.

In der Begründung ging die belangte Behörde davon aus, dass aufgrund der schriftlichen Bewerbung von der Begutachtungskommission keine Entscheidung getroffen werden konnte, weil "beide BewerberInnen sehr knapp beieinander" gelegen seien. Ein Protokoll zum durchgeführten Hearing wurde nicht wiedergegeben. Der Inhalt der beim Hearing gestellten Fragen wurde wie folgt dargestellt:

"1. Ein 5-Minuten Statement über die eigene Person, Beweggründe für die Bewerbung;

2. Vorstellungen hinsichtlich des Programms der nächsten fünf Jahre, persönliche Präferenzen und Schwerpunkt bezogen auf die Tätigkeiten, insbesondere des selbstständigen Wirkungsbereichs;

3. Vorstellungen über die nationale und internationale Evaluierung der Forschung der selbstständigen Universitäten;

An alle drei BewerberInnen wurde zusätzlich von K. L. eine Frage zum Thema Menschenführung gestellt, nämlich dahingehend, wie die BewerberInnen mit einer selbstbewussten Abteilungsleiterin umgehen würden."

Die Antworten der Beschwerdeführerin und des Mag. P. wurden nicht zur Darstellung gebracht. Weiters wurden im angefochtenen Bescheid Zeugenaussagen von zwei Mitgliedern der Begutachtungskommission und von beiden beigezogenen Experten zum durchgeführten Hearing auszugsweise wiedergegeben. Konkrete Angaben zu den von der

Beschwerdeführerin und dem Mitbewerber Mag. P. gegebenen Antworten wurden dabei nicht dargestellt.

Im Übrigen wurde im Wesentlichen wie im durch das Vorerkenntnis bereits aufgehobenen Bescheid vom 12. Oktober 2004 nach teilweiser Darstellung des Ablaufes des Ausschreibungs-, Bewerbungs- und Besetzungsverfahrens Folgendes ausgeführt:

"Wie aus diesen beiden Gegenüberstellungen ersichtlich ist, waren die Anspruchswerberin und Mag. P. in EU und anderen internationalen Gremien vertreten.

Aufgrund des höheren Dienstalters und der längeren Berufserfahrung der Anspruchswerberin wies diese zwar mehr Delegiertenpositionen auf als ihr Mitbewerber, daraus folgt jedoch nicht die bessere Eignung für die ausgeschriebene Stelle. Im Hearing präsentierte sich nach Aussage aller ZeugInnen Mag. P. besser.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass beide BewerberInnen im Hinblick auf ihre fachlichen Qualifikationen und Eignung aufgrund der schriftlichen Bewerbungen für die ausgeschriebene Funktion von den Mitgliedern der Begutachtungskommission laut Niederschrift, Seite 2, gleichermaßen als in höchstem Ausmaß geeignet eingestuft wurden.

Im Hinblick auf die im Ausschreibungstext in den Punkten 6 und 7 geforderten 'soft skills' übertraf der Bewerber Mag. P. die Anspruchswerberin sowie die Mitbewerberin Dr. K. jedoch eindeutig. Folglich wurde laut Niederschrift vom 25. November 2002 von der Vorsitzenden der Begutachtungskommission der Antrag gestellt, Mag. P. als einzigen Bewerber als in höchstem Ausmaß geeignet einzustufen.

Dieser Antrag wurde von den Kommissionsmitgliedern einstimmig angenommen.

Wie den Zeugenaussagen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens 2009 entnommen werden kann, schilderten alle vier Mitglieder dieser Begutachtungskommission übereinstimmend, dass der Bewerber Mag. P. aufgrund seiner persönlichen Präsentation beim Hearing gegenüber seinen beiden Mitbewerberinnen überzeugt hatte.

Für die Mitglieder der Begutachtungskommission war vor allem das persönliche Auftreten und die klare Darstellung bzw. Darlegung seiner Zukunftsperspektiven im Rahmen des mündlichen Bewerbungsgespräches ausschlaggebend, ihn im Gutachten und in der Niederschrift als bestgeeigneten Bewerber zu reihen.

Mag. P. überzeugte alle vier Mitglieder der Begutachtungskommission sowie die beiden unabhängigen (Fach-)Experten durch seine Persönlichkeit und durch sein Auftreten sowie die überzeugende Art, mit der er Fachinhalte und Lösungsvorschläge präsentierte. Ein Großteil der Mitglieder der Begutachtungskommission sowie die beiden unabhängigen Experten betonten sogar mehrmals überzeugend im Rahmen der Zeugenaussagen, dass der Bewerber sie regelrecht in ihren 'Bann gezogen hatte'. Sowohl für die Mitglieder der Begutachtungskommission als auch für die beiden unabhängigen (Fach-)Experten erweckte der Bewerber Mag. P. im direkten Vergleich mit der Anspruchswerberin und der Mitbewerberin Dr. K. den Eindruck, am besten für die Position des stellvertretenden Leiters der Sektion VI geeignet zu sein.

Mehrmals wurde sowohl von allen Mitgliedern der Begutachtungskommission als auch von den beiden unabhängigen (Fach-)Experten betont und bekräftigt, dass das Geschlecht der BewerberInnen als Kriterium für ihre Eignung absolut keine Rolle gespielt hatte.

Trotz der langen Zeitspanne der Ereignisse von knapp sieben Jahren konnte sich ein Großteil der Zeugen noch sehr detailliert an die Geschehnisse und den Ablauf des Auswahlverfahrens erinnern. Ihre Zeugenaussagen waren daher nachvollziehbar und glaubwürdig.

Die Darstellungen der Anspruchswerberin waren zwar ebenfalls glaubhaft und nachvollziehbar. Die Anspruchswerberin konnte jedoch die Feststellungen nicht anhand von Tatsachenfeststellungen und in Form objektiver Argumentation entkräften, ebenso waren ihre Ausführungen nicht geeignet, Zweifel hinsichtlich der Personen des Hearing-Komitees aufzubringen oder berechtigte Zweifel am Inhalt des Gutachtens, Ablauf des Verfahrens zu erwecken. Auch konnte die Anspruchswerberin die Möglichkeit nicht nutzen, derartige Vorteile ihrer schriftlichen Bewerbung darzustellen, die die eindeutigen Vorteile von Mag. P., die dieser im Rahmen des Hearings gewann, aufzuheben."

...

"Gemäß § 3 Z.5 Bundes- Gleichbehandlungsgesetz (B-GBG) in der FassungBGBl. I Nr. 87/2001 darf auf Grund des

Geschlechtes im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen).

Nach § 4 Z.2 B-GBG dürfen bei der Auswahlentscheidung zwischen Bewerberinnen und Bewerbern insbesondere folgende Kriterien nicht diskriminierend herangezogen werden: Lebensalter und Familienstand.

Gemäß § 15 B-GBG ist der Bund zu Schadenersatz verpflichtet, wenn eine Beamtin oder ein Beamter wegen einer vom Bund zu vertretenden Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 3 Z. 5 nicht mit einer Verwendung (Funktion) betraut worden ist. Nach § 15 Abs. 2 B-GBG beträgt der Ersatzanspruch, wenn die Beamtin oder der Beamte nach Ziffer 1 bei diskriminierungsfreier Auswahl auf Grund der besseren Eignung beruflich aufgestiegen wäre, die Bezugsdifferenz für mindestens drei Monate, oder nach Ziffer 2 im Verfahren für den beruflichen Aufstieg diskriminiert worden ist, aber die zu besetzende Planstelle wegen der besseren Eignung 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.

Die Formulierung des § 15 B-GBG 'Bezugsdifferenz für mindestens drei Monate' zeigt, dass vom Gesetzgeber keinesfalls die Verpflichtung zum Ersatz des tatsächlichen, mit der Nichtbesetzung einer Stelle in Verbindung stehenden Verdienstentganges bezweckt wurde, sondern lediglich mindestens drei Monate Bezugsdifferenz. Der Gesetzgeber wollte damit der Behörde einen Ermessensspielraum einräumen, einen angemessenen Schadenersatz festzulegen.

Es wird von Seiten des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung nicht nur der Anspruch dem Grunde nach abgelehnt, es wird darüber hinaus die beantragte Höhe ausdrücklich, wie eben dargelegt, als nicht gesetzeskonform erachtet.

In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass die Anspruchswerberin selbst ursprünglich von einem wesentlich geringeren Betrag ausging. Wie bereits ausgeführt, einigte sie sich zunächst mit der belangten Behörde auf einen Betrag von 2.992,20 EUR. Einige Monate später (am 9.Juni 2004) begehrte sie Schadenersatz in Höhe der Bezugsdifferenz von 1. Dezember 2002 bis Juni 2004. Erst nach Erlass des ersten, vom VwGH aufgehobenen Bescheides, begehrte sie mit Scheiben des Rechtvertreters vom 10. März 2009 die Bezugsdifferenz für fünf Jahre.

Nach § 19 Abs. 2 B-GBG sind Ansprüche von Beamtinnen oder Beamten nach § 15 und nach § 18 gegenüber dem Bund binnen sechs Monaten mit Antrag bei der für sie zuständigen Dienstbehörde geltend zu machen. Die Frist für die Geltendmachung des Anspruches nach § 15 beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Beamtin oder der Beamte Kenntnis von der Ablehnung der Bewerbung oder Beförderung erlangt hat.

Gemäß § 19 Abs. 5 B-GBG bewirkt die Einbringung des Antrages auf Prüfung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Gleichbehandlungskommission die Hemmung der Fristen nach Abs. 1 bis 3.

Die Anspruchswerberin forderte mit Antrag vom 14. Jänner 2004 unter Bezugnahme auf das übermittelte Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission gemäß § 15 Bundes -Gleichbehandlungsgesetz (B-GBG) Schadenersatz für die ihr gemäß § 3 Z.5 B-GBG zugefügte Diskriminierung.

Nach § 2 Abs. 6 B-GBG wird unter Diskriminierung jede benachteiligende Differenzierung verstanden, die ohne sachliche Rechtfertigung vorgenommen wird.

Das Frauenförderungsgebot des § 43 B-GBG in der Fassung BGBl. Nr.119/2002 normiert, dass Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen sind, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten in der betreffenden Funktionsgruppe (einschließlich Grundlaufbahn), Gehaltsgruppe oder Bewertungsgruppe oder in den sonstigen hervorgehobenen Verwendungen (Funktionen), welche auf die betreffende, nicht unterteilte Kategorie nach § 40 Abs. 2 Z 1 entfallen im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde mindestens 40% beträgt.

Die im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 17. Dezember 2003 geäußerte Kritik, 'die

Entscheidung des BMBWK, die Planstelle der stellvertretenden Leiterin/des stellvertretenden Leiters der Sektion VI mit Herrn Mag. P. zu besetzen, stellt eine Diskrimierung der Beschwerdeführerin auf Grund des Geschlechtes gemäß § 3 Z. 5 B- GBG dar und die Auswahlentscheidung verstößt überdies gegen das Frauenförderungsgebot gemäß § 43 B-GBG' wird seitens des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung als haltlos zurückgewiesen.

Der Bewerber Mag. P. wurde seitens der Begutachtungskommission aus sachlichen Gesichtspunkten und nach objektiven Kriterien, welche in der Niederschrift und im Gutachten und nunmehr im vorliegenden Bescheid ausführlich dargelegt wurden als in höchstem Ausmaß geeignet eingestuft.

Die von der Begutachtungskommission vorgenommene Differenzierung zwischen den BewerberInnen geschah somit nicht willkürlich oder ohne sachliche Rechtfertigung sondern nach rein sachlichen Erwägungen unter Anwendung und Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.

Der Tatbestand der Diskriminierung der Anspruchswerberin im Auswahl- und Besetzungsverfahren ist daher nicht erfüllt.

Die Anspruchswerberin hatte zum Zeitpunkt der Bewerbung im November 2002 unbestritten die längere Führungserfahrung als Ihr wesentlich jüngerer Mitbewerber Mag. P.

Trotz dieser langen Führungserfahrung als Abteilungsleiterin seit November 1994 erfüllte der Mitbewerber Mag. P. die im Ausschreibungstext geforderten fachlichen Anforderungen an den zukünftigen stellvertretenden Leiter der Sektion VI in gleichem Maße wie die Anspruchswerberin.

Seine, aufgrund seines wesentlich jüngeren Lebensalters, kürzere Führungserfahrung als Referent bzw. später als Abteilungsleiter des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur wurde kompensiert durch seine umfassenderen und weitreichenden Erfahrungen in der Entwicklung und Umsetzung von Forschungsprogrammen und Evaluierungsmaßnahmen sowie vor allem sein sicheres und überzeugendes Auftreten.

Die fachliche Qualifikation und die Eignung von Mag. P. für die ausgeschriebene Funktion, die die Mitglieder der Begutachtungskommission überzeugten, zeigen, dass die im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 17. Dezember 2003 geäußerte Kritik etwa: 'Es sei absolut nicht nachvollziehbar inwiefern der bevorzugte Bewerber an die Qualifikation der Antragstellerin herankommen soll' unbegründet war.

Für die Bekleidung der gegenständlichen Spitzenfunktion war eben nicht nur die fachliche Qualifikation der BewerberInnen entscheidend, vielmehr erachtete es die Begutachtungskommission als erforderlich und absolut notwendig, die BewerberInnen ebenfalls anhand ihres persönlichen Auftretens und ihrer Managementfähigkeit zu beurteilen. Mit dieser Vorgangsweise entsprach die Begutachtskommission den gesetzlichenVorgaben:

Spricht doch § 9 Abs. 1 des Ausschreibungsgesetzes 1989 (AusG) in der FassungBGBl I Nr. 87/2002 davon, dass die Begutachtungskommission die eingelangenden Bewerbungsgesuche zu prüfen und sich - soweit erforderlich - auch in Form eines Bewerbunggespräches einen Eindruck über die Gesamtpersönlichkeit, die Fähigkeiten, die Motivationen, die Kenntnisse, die Fertigkeiten, die Ausbildung und die Erfahrungen der Bewerber zu verschaffen hat. Das Bewerbungsgespräch kann dabei entweder mit jedem einzelnen Bewerber gesondert oder auf Beschluss der Begutachtungskommission in einer Form geführt werden, die einer anderen allgemein anerkannten Methode der Personalauswahl entspricht.

Das AusG räumt hierfür neben der Möglichkeit, in alle Personalunterlagen über den Bewerber Einsicht zu nehmen, sofern der Bewerber in einem Dienstverhältnis zum Bund steht (§ 9 Abs. 2 AusG) auch in § 9 Abs. 3 leg.cit. der Begutachtungskommission das Recht ein, zur sachgerechten Begutachtung der Bewerber notwendige sachverständige Zeugen wie etwa Vorgesetze und Mitarbeiter zu befragen.

Gemäß § 9 Abs. 4 leg.cit. ist die Eignung insbesondere auf Grund der bisherigen Berufserfahrung und der einschlägigen Verwendung der Bewerber, ihrer Fähigkeit zur Menschenführung, ihrer organisatorischen Fähigkeiten und - wenn der Bewerber bereits in einem öffentlich Dienstverhältnis steht - auf Grund der bisher erbrachten Leistungen festzustellen.

Wie dem Gutachten der Begutachtungskommission, Seite eins und zwei, entnommen werden kann, 'umfassen die Aufgaben der ausgeschriebenen Funktion nicht nur die eines Stellvertreters, sondern auch einen bedeutenden eigenverantwortlichen Bereich. Die Bewerbungen wurden daher einer zusätzlichen Beurteilung unterzogen, inwiefern

die Voraussetzungen für die Erfüllung dieser eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben gegeben sind. Zur leichteren Entscheidungsfindung wurde am 25. November 2002 zusätzlich ein Hearing mit allen drei Kandidaten/Kandidatinnen unter Beiziehung von Experten durchgeführt'.

Es war somit gemäß § 9 Abs. 1 AusG die gesetzliche Pflicht der Mitglieder der Begutachtungskommission, die eingelangten Bewerbungsgesuche der BewerberInnen nicht nur anhand ihrer fachlichen Qualifikation für die ausgeschriebene Funktion zu bewerten sondern sie auch nach ihren sozialen Kompetenzen, den sogenannten 'soft skills' zu beurteilen, um sich so ein Bild über die Gesamtpersönlichkeit der BewerberInnen machen zu können.

Die Erforderlichkeit ein Hearing durchzuführen ergab sich aus der Tatsache, dass die Anspruchswerberin und der Mitbewerber Mag. P. in einer ersten Bewerbungsrunde, in der die Bewerbungen der KandidatInnen im Hinblick auf die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Funktion gesichtet, analysiert und im Detail diskutiert wurden, beide gleichermaßen in höchsten Ausmaß geeignet eingestuft wurden.

Sektionschef Dr. R. K. ging auf diese gesetzliche Pflicht auch explizit im Rahmen seiner Zeugenbefragung am 17. August 2009 ein.

Abgesehen von dieser gesetzlichen Pflicht zur Durchführung eines mündlichen Bewerbungsgespräches kann auch dem Text der Ausschreibung entnommen werden, dass neben den fachlichen Qualifikationen auch ein Schwerpunkt auf die soziale Kompetenz der BewerberInnen gelegt wurde, nennen doch die Punkte sechs und sieben als Voraussetzung für die Bewerbung um diese Spitzenfunktion Kommunikationsfähigkeit und Überzeugungskraft, Fähigkeit zu vernetztem Denken sowie Bereitschaft zu hoher zeitlicher Flexibilität. Punkt sieben verlangte darüber hinaus Organisationstalent, Kommunikationsfähigkeit, Verhandlungsgeschick sowie Eignung zur Menschen- und Teamführung. Ein Großteil dieser geforderten Kompetenzen konnte von den Mitgliedern der Begutachtungskommission nur im Rahmen eines persönlichen Kennenlernens, also im Rahmen eines Hearings erkannt werden.

Die Bewerbungsunterlagen lieferten einen hervorragenden Überblick über die fachlichen Qualifikationen der BewerberInnen für die ausgeschriebene Funktion, erst im Rahmen des Hearings war es den Mitgliedern der Begutachtungskommission jedoch möglich, die soziale Handlungsfähigkeit, das Kommunikationsvermögen, die Teamfähigkeit, das Führungsverhalten sowie das Ausdrucks- und Präsentationsverhalten der BewerberInnen einzuschätzen. Wäre ein mündliches Bewerbungsgespräch nicht durchgeführt worden, hätte dies neben einem Verstoß gegen § 9 Abs.1 AusG auch ein Abgehen der Begutachtungskommission von den in der Ausschreibung genannten Voraussetzungen für die ausgeschriebene Funktion bedeutet.

Da es sich bei der Funktion der stellvertretenden Leitung der Sektion VI um eine Position des höheren Managements handelt, musste die Eignung der BewerberInnen konsequenterweise sowohl an fachlichen als auch an sozialen Komponenten gemessen werden.

Die im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission geäußerte Kritik, das Hearing sei nur durchgeführt worden, um das Frauenförderungsgebot des § 43 B-GBG umgehen zu können, ist daher unbegründet.

Der im Zeitpunkt des Auswahlverfahrens für die ausgeschriebene Funktion im November 2002 in Kraft stehende Frauenförderungsplan des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur (BGBl. II Nr. 94/2001) normiert in § 3 Abs. 2 das Frauenförderungsgebot insofern, als dass BewerberInnen, die für die angestrebte Planstelle nicht geringer geeignet sind als der bestgeeignete Mitbewerber, so lange vorrangig aufzunehmen sind, bis der Anteil der Frauen nach Ziffer 1 in der betreffenden Besoldungsgruppe, im betreffenden Entlohnungsschema oder in der betreffenden Verwendungs- oder Entlohnungsgruppe oder nach Ziffer 2 in der betreffenden Funktionsgruppe in der Bewertungsgruppe, wenn eine solche Unterteilung besteht, im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde oder Personalstelle mindestens 40 % der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten beträgt. Steht einer Verwendungsgruppe eine entsprechende Entlohnungsgruppe gegenüber, ist diese in den Vergleich miteinzubeziehen.

Nach § 3 Abs. 3 sind Bewerberinnen, die für die angestrebte höherwertige Verwendung (Funktion) nicht geringer geeignet als der bestgeeignete Mitbewerber, so lange vorrangig zu bestellen, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde der Dienststelle nach Ziffer 1 auf die betreffenden Funktionsgruppe oder Bewertungsgruppe entfallenden Verwendungen (Funktionen) mindestens 40 % beträgt.

Durch die Ernennung Mag. P. zum stellvertretenden Leiter der Sektion VI durch Frau Bundesministerin a.D. G. mit

26. November 2002 wurde das Frauenförderungsgebot des § 43 B-GBG in der Fassung BGBl. I Nr. 87/2001 nicht verletzt, da Mag. P. nach Sichtung der schriftlichen Unterlagen in Verbindung mit dem Hearing aus sachlichen Gesichtspunkten als Einziger als im höchsten Ausmaß geeignet eingestuft wurde. Dadurch kam das Frauenförderungsgebot in diesem Falle nicht zum Tragen, denn § 43 B-GBG in der Fassung BGBl. Nr.119/2002 normiert, dass BewerberInnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person einer Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen sind, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigen in der betreffenden Funktionsgruppe (einschließlich Grundlaufbahn), Gehaltsgruppe oder Bewertungsgruppe im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde mindestens 40 % beträgt.

Das im Frauenförderungsplan des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur (BGBl. Nr. II. 94/2001) in § 3 Abs. 2 und 3 normierte Frauenförderungsgebot spricht ebenfalls davon, dass nur bei gleicher Eignung der BewerberInnen die weibliche Bewerberin vorrangig zu bestellen sei.

Eine gleiche Eignung der Anspruchswerberin und des Mitbewerber Mag. P. konnte von der Begutachtungskommission unter der Vorsitzenden Sektionschefin Dr. B. jedoch nicht festgestellt werden.

In einer ersten Bewertungsrunde, wo die Bewerbungsunterlagen der KandidatInnen analysiert und im Detail diskutiert wurden, stellte die Begutachtungskommission lediglich eine gleiche Eignung hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der Anspruchswerberin und des Bewerbers Mag. P. fest.

In der zweiten Bewerbungsrunde konnte sich hingegen der Bewerber Mag. P. klar und eindeutig aufgrund seiner gelungen Präsentation und seines überzeugenden Auftretens gegenüber der Anspruchswerberin durchsetzen, wohingegen es der Anspruchswerberin nicht oder nur unzureichend gelang, ihre Stärken in Präsentation und Rhetorik im Rahmen des Hearings zu zeigen.

Dies zeigt, dass die Nichtbestellung der Anspruchswerberin für die ausgeschriebene Funktion keine Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechtes gemäß§ 3 Z.5 AusG darstellte, da die Mitglieder der Begutachtungskommission eindeutig und übereinstimmend aufgrund der zweiten Bewertungsrunde zu dem Ergebnis kamen, dass Mag. P. aufgrund seines Auftretens im Rahmen des mündlichen Bewerbungsgespräches besser für die ausgeschriebene Funktion geeignet war als die Anspruchswerberin.

Die bessere Eignung des Bewerbers ergab sich nicht aufgrund seines Geschlechts sondern aufgrund der Tatsache, dass sich der Genannte im mündlichen Bewerbungsgespräch eindeutig gegenüber seinen beiden Mitbewerberinnen behaupten konnte. Alle drei BewerberInnen hatten im Rahmen des mündlichen Bewerbungsgespräches gleichermaßen die Chance und Möglichkeit, den Mitgliedern der Begutachtungskommission als objektiven Beobachtern, ein Bild von ihrer Gesamtpersönlichkeit und ihren Fähigkeiten zu vermitteln.

Die im Rahmen eines Hearings geforderten Schlüsselkompetenzen wie authentisches Auftreten, Überzeugungskraft, Kommunikationsfähigkeit oder gute Präsentationstechnik müssen, unabhängig vom Geschlecht, sowohl von weiblichen als auch von männlichen BewerberInnen in einer Weise bewiesen werden, dass die vorhandenen 'soft skills' der KandidatInnen von den Mitgliedern der Begutachtungskommission erfasst und ihre Eignung für die ausgeschriebene Funktion erkannt werden können.

Die Erlangung einer Spitzenfunktion hängt von vielen Facetten ab und eine sehr wichtige ist dabei die Eignung der Kandidatin oder des Kandidaten für das Höhere Management.

Für die Bekleidung einer Führungsposition ist es unumgänglich, sich im Rahmen eines Hearings gut zu präsentieren und besser zu sein als die übrigen BewerberInnen. Gerade beim mündlichen Bewerbungsgespräch, wo der erste Eindruck von grundsätzlicher und entscheidender Bedeutung ist, gelang es Mag. P. die Mitglieder der Begutachtungskommission zu überzeugen."

Weiters wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin in einem Gutachten im Rahmen des Bewerbungsverfahrens für die Funktion der stellvertretenden Leitung der Sektion II der belangten Behörde als in höchstem Ausmaß geeignet eingestuft worden sei. Aufgrund der gleichen Eignung der Beschwerdeführerin und des männlichen Mitbewerbers für diese ausgeschriebene Funktion sei das in § 11c B-GBG normierte Frauenförderungsgebot zum Tragen gekommen,

sodass die Beschwerdeführerin per 13. Jänner 2009 mit dieser Funktion betraut worden sei. Dies zeige, dass in der belangten Behörde die Chancengleichheit von Männern und Frauen aktiv gelebt und das Frauenförderungsgebot ernst genommen und strikt eingehalten werde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, mit der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte Teile der Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

Unter anderem wird in der vorliegenden Beschwerde zutreffend darauf hingewiesen, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid jene Mangelhaftigkeiten des Verfahrens, die zur Aufhebung des Vorbescheides mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Dezember 2008, Zl. 2004/12/0199, geführt hatten, auch dem angefochtenen Bescheid anhaften.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis ausgeführt, dass es insgesamt notwendig gewesen wäre, die für die Beurteilung der Frage der besseren Eignung notwendigen Tatsachenfeststellungen (Berufslaufbahn, Fähigkeiten, etc.) hinsichtlich der zu vergleichenden Bewerber im angefochtenen Bescheid zu treffen und im Folgenden nachvollziehbar und schlüssig darzustellen, weshalb daraus die bessere Eignung eines der Bewerber abzuleiten sei. Dabei wäre auf die Erwägungen im Gutachten der B-GBK, weshalb von einer besseren Eignung der Beschwerdeführerin auszugehen sei, im Einzelnen einzugehen gewesen. Wenn z.B. im angefochtenen Bescheid ausgeführt werde, eine Sichtung der Bewerbungsunterlagen habe aus Dienstgebersicht kein Missverhältnis zu den Beurteilungen im Gutachten ergeben, so stelle dies eine durch nichts belegte Behauptung dar. Diese von der belangten Behörde gewählte Argumentation führe u.a. dazu, dass nicht nachvollziehbare Beurteilungen durch die Begutachtungskommission "zugedeckt" würden. So sei z.B. weder dem angefochtenen Bescheid noch dem Gutachten der Begutachtungskommission zu entnehmen, woraus im genannten Gutachten geschlossen worden sei, dass die Fähigkeit der Beschwerdeführerin divergierende Ansichten konstruktiv zu begegnen sowie ihre Eignung zur Menschenführung weniger ausgeprägt seien. Gerade im vorliegenden Fall, in dem selbst die Begutachtungskommission in einer ersten Bewertungsrunde zum Ergebnis gelangt sei, die Beschwerdeführerin und Mag. P. seien beide als im höchsten Ausmaß geeignet anzusehen, hätte die getroffene Entscheidung besonders genau begründet werden müssen. Der angefochtene Bescheid sei daher in diesem Zusammenhang mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG belastet.

Die belangte Behörde hat im nunmehr angefochtenen Bescheid lapidar ausgeführt, die im Gutachten der B-GBK vom 17. Dezember 2003 geäußerte Kritik, "die Entscheidung des BM BWK, die Planstelle der stellvertretenden Leiterin/des stellvertretenden Leiters der Sektion VI mit Herrn Mag. P. zu besetzen, stellt eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin aufgrund des Geschlechtes gemäß § 3 Z. 5 B-GBG dar und die Auswahlentscheidung verstößt überdies gegen das Frauenförderungsgebot gemäß § 43 B-GBG" werde seitens des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung als haltlos zurückgewiesen. Eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Gründen, aufgrund derer im Gutachten der B-GBK die Beschwerdeführerin als besser geeignet angesehen wurde, erfolgte im angefochtenen Bescheid wiederum nicht, obwohl die Notwendigkeit hiezu vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12. Dezember 2008 ausdrücklich festgehalten wurde. Der angefochtene Bescheid ist daher schon deshalb mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit behaftet, weil die belangte Behörde unter Verstoß gegen die Bindungswirkung des aufhebenden Vorerkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes zu den Argumenten im Gutachten der B-GBK, weshalb die Beschwerdeführerin besser geeignet sei, nicht Stellung bezogen hat. Auch im Weiteren wurden im angefochtenen Bescheid ganz überwiegend keine nachvollziehbaren, vergleichenden Beurteilungen der Bewerber vorgenommen, sondern lediglich unbegründete Behauptungen aufgestellt.

Im angefochtenen Bescheid geht die belangte Behörde davon aus, dass in einer ersten Bewertungsrunde auf Grund der Bewerbungsunterlagen von einer gleichen fachlichen Eignung der Beschwerdeführerin und des Mag. P.

auszugehen gewesen sei. Dass diese Beurteilung nicht nachvollziehbar ist, wurde bereits oben dargelegt.

Weiters wird im angefochtenen Bescheid ausgeführt, erst in der zweiten Bewertungsrunde im Rahmen des Hearings sei es Mag. P. gelungen, sich gegenüber der Beschwerdeführerin durchzusetzen. Der Schluss der belangten Behörde, aus dem Hearing habe sich die bessere Eignung des Mag. P. ergeben, ist ebenso wenig nachvollziehbar und verstößt ebenfalls gegen die Bindungswirkung des Vorerkenntnisses vom 12. Dezember 2008.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Vorerkenntnis bereits ausgeführt, dass die aus dem Hearing abgeleiteten Schlüsse in keiner Weise nachvollziehbar seien, weil es weder ein Protokoll des durchgeführten Hearings noch Feststellungen zu den Fragen und Antworten der Beschwerdeführer und des Mitbewerbers gegeben habe.

Nunmehr wurden im angefochtenen Bescheid zwar Feststellungen zu den gestellten Fragen, allerdings keine zu den von den beiden maßgeblichen Bewerbern gegebenen Antworten getroffen. Es ist daher absolut unmöglich, nachvollziehbare Schlüsse über die Eignung der beiden Bewerber aus dem durchgeführten Hearing zu ziehen.

Die in der Ausschreibung in den Punkten 6. und 7. genannten "soft skills", über die der Mitbewerber Mag. P. nach Ansicht der belangten Behörde in weit höherem Maße verfügen soll als die Beschwerdeführerin, sind folgende:

"6. Kommunikationsfähigkeit und Überzeugungskraft; Fähigkeit zu vernetztem Denken sowie Bereitschaft zu hoher zeitlicher Flexibilität;

7. Organisationtalent, Kommunikationsfähigkeit, Verhandlungsgeschick, sowie Eignung zur Menschen- und Teamführung."

Lediglich bei Kenntnis der von den Bewerbern im Rahmen des Hearings gegebenen Antworten wäre eine Überprüfung der Beurteilung dieser "soft skills" durch den Verwaltungsgerichtshof - soweit diese darüber überhaupt Aufschluss zu geben vermögen - möglich gewesen. Dadurch, dass die belangte Behörde die bessere Eignung des Mitbewerbers Mag. P. - entgegen der vom Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis vertretenen Rechtsansicht - auf angeblich im Hearing unter Beweis gestellte Fähigkeiten des Mitbewerbers gründete, die einer Überprüfung vollkommen unzugänglich sind, belastete sie den angefochtenen Bescheid ein weiteres Mal mit Rechtwidrigkeit des Inhalts.

Auch die Zeugenaussagen von zwei Mitgliedern der Begutachtungskommission der belangten Behörde sind in keiner Weise geeignet, eine bessere Eignung des Mitbewerbers Mag. P. darzutun, werden doch keinerlei Inhalte von Antworten der beiden Bewerber wiedergegeben, sondern lediglich die Bewertungen und Beurteilungen dargestellt, die der jeweilige Zeuge aufgrund des Hearings vornahm, ohne dass hiefür ein nachvollziehbares Substrat geliefert worden wäre.

Soweit von Zeugen im fortgesetzten Verfahren die Ansicht vertreten wurde, es wäre eine Diskriminierung des Mitbewerbers Mag. P. vorgelegen, wen

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at