

TE Bvwg Erkenntnis 2018/7/13 W221 2160281-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.07.2018

Entscheidungsdatum

13.07.2018

Norm

B-GIBG §18 Abs2 Z1

B-GIBG §19b

B-GIBG §4 Z5

B-VG Art.133 Abs4

Führen von Dienstgraden im Exekutivdienst §1 Abs1 litb

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W221 2160281-1/22E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daniela URBAN, LL.M. als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX gegen den Bescheid des Landespolizeidirektors für XXXX vom 20.03.2017, Zl. 77167/4/2015, nach Durchführung zweier mündlicher Verhandlungen am 25.04.2018 sowie am 23.05.2018 zu Recht erkannt:

A)

1. Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides stattgegeben und der Beschwerdeführerin wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) gemäß § 18a Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 1 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) ab 01.04.2015 ein Ersatz des Vermögensschadens in Höhe der Bezugsdifferenz zwischen dem Monatsbezug, den sie bei diskriminierungsfreier Betrauung mit der Funktion der Leiterin des Referates Verkehrsdienst (Verwendungsgruppe E 2a/Funktionsgruppe 7) erhalten hätte, und ihrem tatsächlichen Monatsbezug (Verwendungsgruppe E 2a/Funktionsgruppe 4) zuerkannt.

2. Gemäß § 18a Abs. 1 B-GIBG wird eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zuerkannt und diese gemäß § 19b leg.cit. mit € 7.500,- bemessen.

3. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schriftsatz vom 03.10.2016 einen Ersatz gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 19b B-GIBG. Begründend führt sie darin aus, dass sie sich mit Ansuchen vom 19.01.2015 um die Verleihung der Planstelle der Leiterin des Referates Verkehrsdienst des Bezirkspolizeikommandos XXXX beworben habe. Der damalige Bezirkspolizeikommandant habe eine Stellungnahme zur Bewerbung abgegeben und die Beschwerdeführerin an die zweite Stelle von zwei Bewerbern gereiht. Am 26.02.2015 habe das Bundesministerium für Inneres (gemeint: die Vorsitzende der Arbeitsgruppe Gleichbehandlung) eine schriftliche Stellungnahme abgegeben, worin festgehalten werde, dass die Beschwerdeführerin den Mitbewerber in Bezug auf sämtliche Anforderungen der Funktion sowohl in fachlicher also in persönlicher Hinsicht überrage. Die Beschwerdeführerin sei daher aus Sicht der Gleichbehandlung für die Funktion als am besten geeignet angesehen worden. Am 09.03.2015 sei die Beschwerdeführerin darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die von ihr angestrebte Planstelle dem anderen Bewerber verliehen worden sei. Mit Schreiben vom 20.07.2015 habe die Beschwerdeführerin an die Bundes-Gleichbehandlungskommission einen Antrag auf Prüfung des Bewertungsverfahrens und des Auswahlverfahrens wegen Verletzung von Diskriminierungstatbeständen des B-GIBG übermittelt. Die Bundes-Gleichbehandlungskommission sei in ihrem Gutachten vom 02.09.2016 zum Ergebnis gekommen, dass die Besetzung der Funktion mit dem Mitbewerber eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Beschwerdeführerin gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstelle. Darüber hinaus sei nicht auszuschließen, dass die Tätigkeit als stellvertretende Gleichbehandlungsbeauftragte bei der Personalentscheidung eine nachteilige Rolle für die Beschwerdeführerin gespielt habe. Aufgrund dieser erwiesenen Diskriminierung stelle die Beschwerdeführerin die oben wiedergegebenen Anträge. Der Tatbestand des § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG sei erfüllt, da die Beschwerdeführerin unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Ausschreibung berücksichtigt hätte werden müssen. Bei rechtmäßiger Vorgehensweise wäre die Beschwerdeführerin mit 01.04.2015 als Leiterin des Verkehrsreferates einzuteilen gewesen und wäre der Verwendungsgruppe E2a/Funktionsgruppe 7 zu unterstellen gewesen. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin durch die Diskriminierung auch eine persönliche Beeinträchtigung im Sinne des § 19b B-Gleichbehandlungsgesetz erlitten und es liege sogar eine Mehrfachdiskriminierung vor. Die persönliche, vor allem psychische Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin bestehe darin, dass sie aufgrund der unsachlichen Diskriminierung eine schwere Demütigung, einhergehend mit einer psychischen Beeinträchtigung, erlitten habe. Die Beschwerdeführerin müsse täglich an einer dem Bezirkspolizeikommando XXXX unterstellten Polizeiinspektion Dienst versehen. Ihr Hauptgebiet seien nach wie vor Verkehrsangelegenheiten, wodurch es permanent im Rahmen des täglichen Dienstbetriebes zu direkten oder indirekten dienstlichen Kontakten mit dem vorgezogenen Mitbewerber komme. Hinzu komme auch ein Verlust des Ansehens sowohl in dienstlicher als auch im privaten Bereich. Die rechtswidrige Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin habe zur Folge, dass sowohl im privaten als auch im dienstlichen Umfeld Spekulationen über die Gründe für die Nichtberücksichtigung angestellt werden. Aus diesem Grund beantrage sie eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung iHv € 7500,-. Zuletzt beantragt die Beschwerdeführerin noch die Erteilung der Berechtigung zur Führung des Dienstgrades Chefinspektor.

Mit dem im Spruch genannten Bescheid der belangten Behörde vom 20.03.2017 wurden der Antrag auf Ersatz gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG und auf Zuerkennung einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung der Höhe von € 7500 gemäß § 19b B-GIBG als unbegründet abgewiesen. Auch der Antrag auf Führung des Dienstgrades Chefinspektor wurde als unbegründet abgewiesen. Begründend wird darin ausgeführt, dass aus dem Gutachten der Gleichbehandlungskommission kein unmittelbarer Entschädigungsanspruch abgeleitet werden könne und diesem Gutachten keine bindende Wirkung zukomme. Die Beschwerdeführerin sei nach Absolvierung des Grundausbildungslehrganges als Sachbearbeiterin tätig gewesen. Seit XXXX sei sie Kommandantin der Polizeidienststelle XXXX. Von 2002-2008 habe sie als ausgebildete Vortragender in Verkehrsangelegenheiten Verkehrssicherheitsberatungen in Berufsschulen und AHS durchgeführt. Sie werde es fleißig, zielstrebig und pflichtbewusst beschrieben und bestehe mit Genauigkeit, Pünktlichkeit und Verlässlichkeit. Durch ihren Einsatz und ihrer Mitarbeiterführung erbringe sie die höchsten Ergebnisse im Bereich des Verkehrsdienstes innerhalb des Bezirkes. Ihre Managementfähigkeiten seien sehr gut und wiederholt bei größeren sicherheits- und verkehrsdienstlichen Einsätzen unter Beweis gestellt worden. Ihr Mitbewerber habe die Ausbildung zum Zollwachebeamten und sei nach Abschluss des Grundausbildungslehrganges als Einsatzgruppenleiter und ab 01.09.1988 als stellvertretender

Außenstellenleiter tätig gewesen. Nach dem Überstellungslehrgang zur Bundesgendarmerie sei der Mitbewerber 1996 als zweiter Stellvertreter und Sachbereichsleiter und anschließend bis 31.08.2002 als erster Stellvertreter des Kommandanten und Sachbereichsleiter eingesetzt gewesen. Danach sei er bis 31.07.2006 dienstführender Beamter gewesen und habe danach bis 30.06.2011 die Leitung des Einsatzreferates übernommen. Aufgrund einer Neusystemisierung sei er von diesem Arbeitsplatz abberufen und als Exekutivbeamter ohne Arbeitsplatz weiter verwendet worden. Der Mitbewerber habe ein äußerst korrektes und vorbildliches dienstliches Auftreten. Er werde als engagiert, überaus genau, ausdauernd, umsichtig und zielstrebig beschrieben. Er übernehme gerne Führungsverantwortung und hebe sich in seinen gesamten fachlichen und menschlichen Fähigkeiten prägnant vom guten Durchschnitt ab. Aufgrund seiner langjährigen Verwendung als Führungskraft besitzt er besondere Fähigkeiten in der Leitung komplexer Einsätze und in der Lösung schwieriger Aufgaben. Er habe wiederholt im Rahmen der berufsbegleitenden Fortbildung unterrichtet. Er habe hohe soziale Kompetenz und Freude beim Organisieren und Managen. Aufgrund seiner insbesondere im Einsatzreferat ausgeübten Tätigkeit erbringe er in Bezug auf Managementfähigkeiten und Mitarbeiterführung Wissen und Erfahrung als Voraussetzung für die gegenständliche Funktion, die kein anderer Bewerber vorweisen könne. Aus den Aufgabenzuweisungen der Richtlinie für die Organisation und Geschäftsordnung der Bezirks- und Stadtpolizeikommanden ergebe sich die Tatsache, dass der Leiter des Verkehrsreferates in erster Linie organisatorische Aufgaben zu erledigen habe. Die Funktion bedinge daher vorrangig Managementfähigkeiten und Führungsqualitäten. Diese Fähigkeiten und Qualitäten habe sich der Mitbewerber bereits innerhalb der fünf Jahre, die er als Referatsleiter tätig gewesen sei, aneignen und zur vollsten Zufriedenheit seines Vorgesetzten einsetzen können. Des Weiteren sei auch die Dauer der dienstführenden Tätigkeit und der Umstand, dass der Mitbewerber nach einer Neusystemisierung ohne Arbeitsplatz verwendet worden sei, berücksichtigt worden. Die Gesamtbetrachtung führe schließlich zu Entscheidung, den Mitbewerber als am besten geeignet zu bewerten, weshalb die Behörde im Gegensatz zum Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission zur Überzeugung gelange, dass eine Diskriminierung nicht vorliege. Zum Antrag auf Führen des Dienstgrades Chefinspektor werde festgestellt, dass gemäß § 143 BDG 1979 die Arbeitsplätze der Beamten des Exekutivdienstes auf Antrag des zuständigen Ministers vom Bundeskanzler zu bewerten und einer Verwendungsgruppe und innerhalb dieser der Grundlaufbahn oder einer Funktionsgruppe zuzuordnen seien. Die Dienstgrade als Verwendungsbezeichnungen seien in § 145a Abs. 2 Z 2 BDG 1979 geregelt. Nähere Bestimmungen seien in der Verordnung der Bundesministerin für Inneres über das Führen von Dienstgraden im Exekutivdienst geregelt. Der Arbeitsplatz der Beschwerdeführerin sei der Verwendungsgruppe E2a und der Funktionsgruppe 4 zugeordnet, woraus sich ergebe, dass sie zur Führung des Dienstgrades Abteilungsinspektor berechtigt sei. Das Tragen eines Dienstgrades stehe in engem Zusammenhang mit der Bewertung des Arbeitsplatzes und der Zuordnung zu einer Verwendungsgruppe und Funktionsgruppe. Aus diesem Grund werde der Antrag auf Führen des Dienstgrades Chefinspektor abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht Beschwerde erhoben und ausgeführt, dass der vorliegende Fall der Beschwerdeführerin an Eindeutigkeit und Klarheit hinsichtlich der geschlechtsspezifischen Diskriminierung nicht zu überbieten sei. Unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes hätte die Beschwerdeführerin bei der Ausschreibung der Leitung des Referates Verkehrsdienst berücksichtigt werden müssen. In dieser Funktion wäre sie der Verwendungsgruppe E2a/Funktionsgruppe 7 zu unterstellen gewesen und wäre berechtigt gewesen, den Dienstgrad Chefinspektor zu führen. Da die Beschwerdeführerin durch die diskriminierende Planstellenbesetzung einen Nachteil in ihre Verwendungsbezeichnung erfahren habe, sei sie so zu stellen, wie sie bei diskriminierungsfreier Bewerberauswahl gestellt worden wäre. Zur Bescheidbegründung wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin mit der erstmaligen Möglichkeit für Frauen in den Exekutivdienst bei der Gendarmerie einzutreten (1991) in diesen eingetreten sei. Die von der Behörde angeführte Einteilung des Mitbewerbers als Dienststellenleiter im Jahr 1995 habe nur einen Zeitraum von fünf Monaten umfasst und die Zollwache nicht die Polizei betroffen. Bei der Leitung des Einsatzreferates durch den Mitbewerber vom 01.08.2006 bis zum 30.06.2011 handle sich um keine selbstständige Leitung, sondern der Mitbewerber sei sowohl dem Bezirkskommandanten als auch dem Bezirkskommandanten-Stellvertreter unterstellt gewesen. Die im Bescheid angeführten organisatorischen Aufgaben und erforderlichen Managementfähigkeiten seien in der Interessentensuche nicht als Kriterium genannt worden und alle zitierten Punkte nehmen ausdrücklich auf "Verkehr" Bezug und es gebe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Mitbewerber der Beschwerdeführerin in Organisations- und Führungsaufgaben voraus gewesen wäre. Zur Tätigkeit als dienstführender Beamter des Mitbewerbers seit 1987 und der Beschwerdeführerin seit 1998 wird ausgeführt, dass zwischen den

jeweiligen Zeitpunkten des Eintrittes und des Beginnes der Tätigkeit als dienstführende Beamter bei beiden Bewerbern sieben Jahre liegen und daher ein Unterschied in Wahrheit nicht vorliege, der den Vorzug des Mitbewerbers rechtfertigen könnte. Auch das Gutachten der Gleichbehandlungskommission komme zum Ergebnis, dass der Vorsprung der Beschwerdeführerin gegenüber dem Mitbewerber sowohl im Fachbereich Verkehrsdienst als auch in den Bereichen Management und Führung so eindeutig sei, dass auf zusätzliche Faktoren wie Weiterbildung und Vortragstätigkeiten nicht mehr eingegangen werden müsse. Zuletzt ergehe die Anregung, dass das Bundesverwaltungsgericht beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung der Verordnung über das Führen von Dienstgraden im Exekutivdienst wegen Gesetzwidrigkeit beantrage.

Die gegenständliche Beschwerde und die Bezug habenden Verwaltungsakten wurden von der belangten Behörde vorgelegt und sind am 02.06.2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt.

Das Bundesverwaltungsgericht führte sowohl am 25.04.2018 als auch am 23.05.2018 in Anwesenheit der Beschwerdeführerin und ihres Rechtsvertreters eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in welcher die Beschwerdeführerin und Zeugen ausführlich befragt wurden. Die belangte Behörde ist entschuldigt nicht erschienen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin steht als Kommandantin der Polizeiinspektion XXXX in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Ihr Arbeitsplatz ist der Verwendungsgruppe E2a und der Funktionsgruppe 4 zugeordnet und sie ist zur Führung des Dienstgrades Abteilungsinspektor berechtigt.

Mit Planstellenausschreibung vom 23.12.2014 wurde die Funktion des Leiters des Referates Verkehrsdienst des Bezirkspolizeikommandos XXXX ausgeschrieben.

Um diese Stelle bewarben sich fristgerecht zwei Bewerber: die Beschwerdeführerin und ein Mitbewerber. Beide Bewerber wurden vom Bezirkspolizeikommandanten für XXXX beurteilt, obwohl diesem aufgrund einer aus den Jahren 2000-2005 resultierenden Diskriminierung der Beschwerdeführerin mit Weisung untersagt wurde, die Beschwerdeführerin bei Bewerbungen zu beurteilen.

Die Beschwerdeführerin ist für diese Funktion besser geeignet als ihr Mitbewerber.

Die Beschwerdeführerin hat die Funktion aufgrund ihres Geschlechts nicht erhalten.

2. Beweiswürdigung:

Die Ausführungen zur Beschwerdeführerin und der Ausschreibung ergeben sich aus dem Akt.

Die Beurteilung durch den Bezirkspolizeikommandanten ergibt sich aus dem Akt. Dass dem Bezirkspolizeikommandanten aufgrund einer länger zurückliegenden Diskriminierung mit Weisung untersagt wurde, die Beschwerdeführerin bei Bewerbungen zu beurteilen, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Vorweg ist festzuhalten, dass die schriftlich ergangene Weisung im Akt nicht enthalten ist und auch sonst bei der belangten Behörde nicht auffindbar ist. Die belangte Behörde hat mit E-Mail vom 18.05.2018 letztlich bestritten, dass es eine solche Weisung gegeben hat.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bereits in ihrem Antrag an die Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 13.06.2015 auf diese Weisung hinwies. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die belangte Behörde in ihrer Stellungnahme vom 04.09.2015 an die Bundes-Gleichbehandlungskommission die Erteilung einer solchen Weisung nicht bestritt, sondern im Gegenteil ausführte, dass nicht davon ausgegangen wird, dass diese Weisung 13 Jahre später für die Bewerbung um eine andere Funktion noch immer Relevanz habe. Diese Stellungnahme wurde vom Landespolizeidirektor eigenhändig unterschrieben.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht führte die Beschwerdeführerin glaubhaft aus, dass sie die schriftliche Weisung gesehen hat, weil diese ihr im Zuge des Diskriminierungsfalls ca. 2004 zur Kenntnis gebracht wurde. Ein weiteres Indiz für das Vorhandensein der Weisung ist die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Bewerbung im Jahr XXXX vom damaligen Stellvertreter des Bezirksgendarmeriekommandanten beurteilt wurde. Dies wird von der belangten Behörde im E-Mail vom 18.05.2018 auch nicht bestritten, sondern dazu lediglich ausgeführt, dass der Grund dafür nicht nachvollzogen werden könne (zb routinemäßiges Tätigwerden des

Stellvertreters infolge Abwesenheit des Bezirkskommandanten). Auch der stellvertretende Leiter der Personalabteilung antwortete als Zeuge in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 25.04.2018 auf die Frage, ob die Weisung aufgrund der "Situation" entstanden sei, mit: "Ja, schließlich war es die einzige ‚problematische Situation‘." In weiterer Folge gab er an, die Weisung nie gelesen, sondern nur von ihr gehört zu haben. Die Beurteilung der Beschwerdeführerin sei dem Bezirkspolizeikommandanten untersagt worden, weil es offenbar Misstrauen an seiner objektiven Wahrnehmung gegeben habe. Der Zeuge gab an, dass dies ein Rückschluss seinerseits aufgrund der Umstände sei. Besonderem Gewicht kommt des Weiteren der Zeugenaussage der ehemaligen Gleichbehandlungsbeauftragten im BMI in der mündlichen Verhandlung am 23.05.2018 zu. Die Zeugin schilderte ausführlich, dass die Beschwerdeführerin als erste Frau in einer dienstführenden Position an der Polizeiinspektion unerwünscht und zahlreichen Diskriminierungen ausgesetzt war. Aufgrund der Einschaltung der Zeugin wurde im BMI eine Sonderkommission eingerichtet, die letztlich dazu führte, dass der damalige Polizeiinspektionskommandant XXXX versetzt wurde und dem Bezirkspolizeikommandanten die Weisung erteilt wurde, dass er die Beschwerdeführerin nicht mehr beurteilen darf, weil er nicht objektiv ist. Die Zeugin konnte sich sehr gut an den Fall erinnern, weil es für sie in den letzten Jahren nichts Vergleichbares gegeben hat. Sie konnte zahlreiche Beispiele und Details nennen und wusste auch genau, von welchen Personen die Weisung erteilt wurde.

Aufgrund dieser schlüssigen und glaubhaften Zeugenaussagen, der glaubhaften Angaben der Beschwerdeführerin und der Beurteilung der Beschwerdeführerin im Jahr XXXX durch den Stellvertreter, nimmt es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen an, dass es eine schriftliche Weisung an den Bezirkspolizeikommandanten gab, mit welchem diesem untersagt wurde, die Beschwerdeführerin zu beurteilen, weil er ihr gegenüber nicht objektiv ist.

Die in diesem Zusammenhang unglaubwürdige Zeugenaussage des (mittlerweile im Ruhestand befindlichen) Bezirkspolizeikommandanten, dass er von dieser Weisung nichts wisse und die plötzliche Wendung der belangten Behörde von dem Standpunkt, dass die Weisung nach so langer Zeit keine Relevanz mehr habe hin zu einem Abstreiten der Existenz der Weisung, können als nichts anders als eine reine Schutzbehauptungen gewertet werden, um das Hervorkommen der früheren Diskriminierung der Beschwerdeführerin und der Voreingenommenheit des Bezirkspolizeikommandanten zu verhindern.

Der Vollständigkeit halber sei zum zuerst angeführten Argument der belangten Behörde, dass die Weisung keine Relevanz mehr habe, festzuhalten, dass gerade das vollkommen unglaubwürdige Abstreiten der Existenz der Weisung zeigt, dass von einer Objektivität gegenüber der Beschwerdeführerin noch immer nicht ausgegangen werden kann.

Die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin für die ausgeschriebene Funktion besser geeignet ist als ihr Mitbewerber und sie die Funktion aufgrund ihres Geschlechts nicht erhalten hat, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Vorab ist auf das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission hinzuweisen, das im Wesentlichen zu folgendem Ergebnis kommt:

"Die LPD XXXX behauptete in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antrag, dass der Leiter/die Leiterin des Verkehrsreferates hauptsächlich organisatorische Aufgaben wahrzunehmen habe und daher in erster Linie Managementfähigkeiten und Führungsqualitäten erforderlich seien. Besondere verkehrsdienstliche Kenntnisse seien nicht erforderlich, Basiswissen an verkehrsrechtlich relevanten Vorschriften und Gesetzen, das ‚eigentlich von jedem Polizisten ... im exekutiven Außendienst‘ erwartet werde, würde durchaus ausreichen. Auf die Erfüllung der fachspezifischen, also der verkehrsdienst(recht)lichen Anforderungen durch die Bewerberin und den Bewerber ging die Dienstbehörde daher (aus ihrer Sicht folgerichtig) im Weiteren auch überhaupt nicht mehr ein, sondern hielt fest, dass die Qualifikationen in den Bereichen Management und Führung von Mitarbeiter/innen ‚kein/keine anderer/e Bewerber (als [den Mitbewerber]) vorweisen‘ könne. Diese Feststellung wurde lapidar damit begründet, dass [der Mitbewerber] ‚seit(!) 1988 stellvertretender Leiter und ‚seit(!) 1995 ‚Leiter einer Dienststelle‘ und in den Jahren 2006 bis 2011 Leiter des Einsatzreferates beim BPK XXXX gewesen sei. Es ist der Antragstellerin zuzustimmen, dass die Verwendung des Wortes ‚seit‘ den Eindruck erweckt, [der Mitbewerber] hätte durchgehend von 1988 oder zumindest von 1995 bis zum Jahr 2011 eine Leitungsfunktion ausgeübt. Tatsächlich leitete [der Mitbewerber] im Jahr 1995 für einen Zeitraum von fünf Monaten eine Zollwacheabteilung, also eine Dienststelle die nicht zum Bereich des BMI gehörte und die auch keinen Bezug zu Verkehrsangelegenheiten hatte. Mit Jänner 1996 wurde [der Mitbewerber] in die Bundesgendarmerie aufgenommen und von diesem Zeitpunkt bis September 2002 war er 2. und dann 1.

Stellvertreter des Kommandanten des Grenzüberwachungsposten XXXX . Er war in diesen Jahren also ‚nur‘ als Stellvertreter in einer Leitungsfunktion, wobei auch zu bemerken ist, dass die Ausübung dieser ‚Leitungsfunktion‘ zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits 12 Jahre zurücklag. Im Zeitraum September 2002 bis August 2006 hatte [der Mitbewerber] jedenfalls keine Leitungsfunktion inne. Mit August 2006 wurde er zum BPK XXXX versetzt und - laut seiner Bewerbung - ‚mit der Planstelle des Referenten für das Einsatzwesen betraut‘. Inwieweit es sich dabei um eine Leitungsfunktion handelte, also um eine mit Dienst- und/oder Fachaufsicht verbundene Funktion, wurde nicht dargelegt. Im Laufbahndatenblatt ist zwar verzeichnet:

‚01.08.06 - 30. 06.11 BPK XXXX , Leiter des Einsatzreferates‘, jedoch ging der Bewerber selbst darauf nicht weiter ein, und auch Oberst XXXX und Oberst XXXX argumentierten nicht mit dieser ‚Leitungsfunktion‘. In der InteressentInnensuche für die gegenständliche Funktion hieß es u.a., dass ‚infolge Mitführung des Einsatzreferates‘ gute Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der Sicherheitspolizei und des Ordnungsdienstes verlangt seien. Eine Leitungsfunktion der Einsatzreferentin/des Einsatzreferenten besteht also derzeit nicht, sondern untersteht der Einsatzreferent/die Einsatzreferentin dem Verkehrsreferenten/der Verkehrsreferentin. Aus den diversen Ausführungen der Dienstgebervertreter ist auch nicht zu schließen, dass der Einsatzreferent/die Einsatzreferentin in der Zeit zwischen 2006 und 2011 eine Leitungsfunktion im dienst- und besoldungsrechtlichen Sinn zugekommen wäre. Festzuhalten ist schließlich, dass [der Mitbewerber] auch in den letzten 3 1/2 Jahren vor der Bewerbung um die gegenständliche Funktion keine Leitungsfunktion ausgeübt hat (die Antragstellerin übte 12 Jahre durchgehend eine solche aus). Oberst XXXX antwortete auf die Frage, wie viele Bedienstete [der Mitbewerber] zum Zeitpunkt der Bewerbung geleitet habe, er habe ‚in Teilbereichen auf konkreten Auftrag des BP-Kommandanten Bedienstete geleitet‘, Funktion habe er keine gehabt und Brigadier XXXX ergänzte, dass [der Mitbewerber] ‚im Bereich des BPK XXXX keine unmittelbare Leitung‘ gehabt habe.

[Die Antragstellerin] legte ihrer Leitungskompetenz und ihre Eignung im Hinblick auf die zu erfüllenden organisatorischen Aufgaben nachvollziehbar dar. Sie bekam bereits als dienstführenden Wachebeamte im Jahr 1999 das Fachgebiet Verkehrsangelegenheiten zugewiesen und seit 2006 ist sie für diesen Bereich als PI-Kommandantin zuständig, daneben ist sie seit zwei Jahrzehnten Schulverkehrserzieherin. Als PI-Kommandantin von XXXX hat sie sieben Bedienstete zu führen. Auf diese Qualifikationen in den Bereichen Management und Führung von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen gegen die Dienstbehörde nicht ein, sie erwähnte lediglich, neben den dienst- und besoldungsrechtlichen Tatsachen des Eintritts in den Exekutivdienst und der Überstellung in die Verwendungsgruppe E2a, dass [die Antragstellerin] seit dem Jahr 2004 in einer Leitungsfunktion tätig sei. Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass die LPD Steiermark in ihrer Stellungnahme zum Antrag -ihre Behauptung folgend, es komme hauptsächlich auf Managementfähigkeiten und Führungskompetenz an - auf die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen im Verkehrsdienst nicht einging, dass sie aber auch in keiner Weise darauf einging, welche von [dem Mitbewerber] wahrgenommenen Management- und/oder Führungsaufgaben die Feststellung rechtfertigen könnten, er könne mehr Wissen und mehr Erfahrung im Managementbereich und in der Führung von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen vorweisen als die langjährige PI-Leiterin [die Antragstellerin].

Grundlage der Personalentscheidung der LPD war die Reihung des BP-Kommandanten von XXXX Oberst XXXX [...]. Zu Beginn seiner Beurteilung des Bewerbers hielt Oberst XXXX fest, dass [des Mitbewerbers] dienstliches Auftreten korrekt sei, was auf dessen militärische Ausbildung zurückzuführen sei und in der Folge beschrieb er [den Mitbewerber] als einen fleißigen und überaus genauen und zielstrebigem Bediensteten, der gerne Führungsverantwortung übernehme und der sich in seinem ‚gesamten fachlichen und menschlichen Fähigkeiten prägnant vom guten Durchschnitt‘ abhebe. Von den Führungskräften der PI XXXX sei er in nahezu alle Aufgaben der PI eingebunden worden. Auf fachspezifisches Wissen im Bereich des Verkehrsdienstes (laut InteressentInnensuche verlangt) ging Oberst XXXX nicht ein, die Begriffe Verkehr oder Verkehrsdienst oder verkehrsrechtliche Kenntnisse kommen in der Beurteilung nicht vor. Bemerkenswert ist die Äußerung, dass [der Mitbewerber] schon ‚während seiner Verwendung als Einsatz- und Fremdenreferent die Agenden des Einsatz- und Fremdenwesens beim BPK XXXX übertragen‘ worden sein, ‚insbesondere‘ sei dies aber der Fall gewesen, nachdem [der Mitbewerber] seinen Arbeitsplatz verloren habe. (Nachdem also der Arbeitsplatz des Einsatz- und Fremdenreferenten weggefallen war, wurde [der Mitbewerber] noch mehr mit diesen Aufgaben befasst als er es als Einsatz- und Fremdenreferent gewesen war?). Dies sei deshalb erfolgt - so der BP-Kommandant weiter- , weil [der Mitbewerber] auf Grund seiner langjährigen Verwendung als Führungskraft besondere Fähigkeiten in der Leitung komplexer Einsätze und in der Lösung

schwieriger Angaben aufgeboden habe. An welche langjährige Verwendung als Führungskraft und an welche komplexen Einsätze unter der Führung von [dem Mitbewerber] Oberst XXXX bei diesen Ausführungen dachte, ist sein Reihungsvorschlag nicht zu entnehmen. Im Laufbahndatenblatt des Bewerbers findet sich unter der Überschrift ‚Mitwirkung an Projekten bzw. Großeinsätzen‘ jedenfalls keine einzige Angabe (im Laufbahndatenblatt der Antragstellerin hingegen schon) und auch in seiner Bewerbung nannte [der Mitbewerber] kein konkretes Einsatzbeispiel. Die Fragwürdigkeit der Leitungsfunktion des Einsatz- und Fremdenreferenten wurde bereits im Zusammenhang mit der Stellungnahme der LPD thematisiert [...], ergänzend wird festgehalten, dass bemerkenswert ist, dass keiner der Dienstgebervertreter auf die Anzahl der in dieser Funktion zu führenden Bediensteten einging.

[...]

Mangels jegliche Bezugnahme des beurteilenden BP-Kommandanten auf die Aufgaben des Verkehrsreferenten/der Verkehrsreferentin wie sie in der Geschäftseinteilung und in der InteressentInnenuche beschrieben sind und angesichts der bloß diffusen Hinweise auf wahrgenommene Führungsaufgaben, die nicht konkretisiert wurden, obwohl sie zu konkretisieren gewesen wären, da sie eben nicht dem Laufbahndatenblatt zu entnehmen sind (wie dies bei der Bewerberin der Fall ist), kam der Senat zu dem Ergebnis, dass sich der BP-Kommandant bei der Beurteilung der Qualifikationen von [dem Mitbewerber] nicht von sachlichen Erwägungen leiten ließ.

[...]

Zusammengefasst stellt der Senat zur Eignungsbeurteilung von Oberst XXXX fest, dass die Reihung [der Antragstellerin] hinter [den Mitbewerber] insofern nicht nachvollziehbar ist, als sie nicht auf einem substantiierten und strukturierten Vergleich der jeweiligen Kenntnisse und Fähigkeiten für die konkret zu besetzende Funktion beruht.

Zur Außerachtlassung der fachlichen Komponente der Führungsfunktion - Oberst XXXX ging nicht darauf ein und die LPD hielt dezidiert fest, dass Basiswissen über Verkehrsvorschriften ausreichend sei, im Vordergrund würden Management- und Führungsaufgaben stehen - hält der Senat Folgendes fest: 1.) ist der Aufgabenbeschreibung für das Verkehrsreferat (in der Geschäftseinteilung) nicht zu entnehmen, dass Basiswissen genügt und 2.) geht aus der InteressentInnenuche eindeutig hervor, dass ‚Wissen, über das jeder Polizist/jede Polizistin im exekutiven Außendienst verfügt‘ für die Ausübung der Funktion nicht ausreicht. Die Anforderungen sind nämlich unter der Überschrift ‚1. Wissen‘ beschrieben mit: ‚Fundiertes fachspezifisches Wissen in Kombination mit einem möglichst breiten Erfahrungshorizont, der sich durch Einsatzerfahrung im Bereich des Verkehrsdienstes über einen längeren Zeitraum entwickelt hat. Zum Fachwissen zählen insbesondere sehr gute Kenntnisse der Gesetzesmaterien StVO, KFG, incl. Durchführungsverordnungen, Internationales Kraftfahrrecht, Güterbeförderungsgesetz incl. ADR; Gelegenheitsverkehrsordnung ...‘. Auch ist auch auf Grund der Bewertung der Funktion mit immerhin E2a/7 und des Umstandes, dass der/die Funktionsinhaber/in die Bezirksverkehrsgruppe, die laut Oberst XXXX aus 10 bis 15 Bediensteten der Polizeiinspektionen besteht, zu führen, also (an)zuleiten hat, nicht plausibel, dass lediglich verkehrsdienstrechtliches Basiswissen erforderlich ist. Plausibel ist vielmehr das Vorbringen [der Antragstellerin], nämlich dass im Fall von Fachfragen der/die Verkehrsreferent/in für die Bediensteten der Bezirksverkehrsgruppe der/die erste Ansprechpartner/in ist, schließlich ist er/sie in der Hierarchie (im Bereich Verkehrsdienst) unmittelbar übergeordnet. Mit der Interpretation der LPD, fundiertes Wissen und besondere Erfahrungen im Verkehrsbereich seien nicht erforderlich, wesentlicher seien Managementkenntnisse und Führungserfahrungen, deutete die Behörde die Anforderungen ihrer eigenen InteressentInnenuche im Nachhinein um. Es muss nicht näher darauf eingegangen werden, dass [die Antragstellerin] die Anforderung des ‚fundierten fachspezifischen Wissens kombiniert mit einem breiten Erfahrungshorizont der sich durch Einsatzerfahrung im Bereich des Verkehrsdienstes über einen längeren Zeitraum entwickelt hat‘ in weitaus höherem Maß erfüllt als [der Mitbewerber], zumal diese Tatsache ja von der Dienstbehörde auch nicht bestritten wurde (nicht bestritten werden konnte).

Anhand der von der LPD Steiermark übermittelten Unterlagen ergab sich kein Hinweis darauf, dass die Behörde die Beurteilung der Bewerberin und des Bewerbers durch Oberst XXXX auf ihre Sachlichkeit und Objektivität hin überprüft hätte. Ebenso wenig konnte der Dienstgebervertreter Oberst XXXX in der Sitzung des Senates darlegen, dass die Personalauswahl nach Maßgabe der tatsächlichen Anforderungen an den/die Funktionsinhaber/in erfolgt wäre. Oberst XXXX sprach zuerst davon [...], dass sich die Dienstbehörde auf Grund des ‚Naheverhältnisses in der dienstlichen Tätigkeit‘ in der Regel der Beurteilung des BP-Kommandanten anschließe, nämlich wenn keine Umstände vorliegen, die seine Beurteilung relativieren. Auch die Personalvertretung sei für [den Mitbewerber] eingetreten, weil er ohne

Verschulden seinen Arbeitsplatz verloren habe. Dazu ist festzuhalten, dass Oberst XXXX mittlerweile in den Ruhestand getreten ist und zur Zeit des Bewerbungsverfahrens klar war, dass er nur mehr kurze Zeit mit dem/der neuen Leiter/in des Verkehrsreferates zusammenarbeiten werde. Eine allfällige Sorge der LPD um eine gedeihliche Zusammenarbeit des BP-Kommandanten Oberst XXXX mit dem Leiter/der Leiterin des Verkehrsreferates (die im Allgemeinen bis zu einem gewissen Grad verständlich ist) kann also als Motiv für die gegenständliche Planstellenbesetzung ausgeschlossen werden. Diverse (z. B. soziale) Überlegungen der Organe der Personalvertretung dürfen jedenfalls nicht dazu führen, dass besser qualifizierte Bedienstete und/oder gleich qualifizierte weibliche Bedienstete das Nachsehen haben.

[...]

Der ‚Vorsprung‘ [der Antragstellerin] gegenüber ihrem Mitbewerber sowohl im Fachbereich Verkehrsdienst als auch in den Bereichen Management und Führung ist so eindeutig, dass auf zusätzliche Faktoren wie Weiterbildung und Vortragstätigkeiten nicht mehr eingegangen werden muss. Es erübrigt sich auch zu hinterfragen, ob Oberst XXXX - wie im Antrag ausgeführt - einer weiblichen Führungskraft negativ gegenüberstand, seine absolut unsachliche Beurteilung der Eignung [der Antragstellerin] spricht für sich. Zu erwähnen ist aber - weil doch sehr wesentlich für die Erfüllung von mit einem Arbeitsplatz/einer Funktion verbundenen Aufgaben -, dass die Ausbildung [der Antragstellerin] im Gendarmerie- bzw. Polizeibereich insgesamt 34 Monate und jene [des Mitbewerbers] nicht einmal ein Jahr dauerte.

Auf Grund des Umstandes, dass die Vertreter der LPD nicht im Geringsten davon überzeugen konnten, dass [der Mitbewerber] der bessere qualifizierte Bewerber gewesen sei, kam der Senat zu dem Ergebnis, dass das von [der Antragstellerin] glaubhaft gemachte geschlechtsspezifische Motiv ausschlaggebend für die Personalauswahl war."

Die Bundes-Gleichbehandlungskommission hat im Rahmen ihres Entscheidungsfindungsprozesses umfassende Ermittlungen getätigt. Sie hat den Ausschreibungstext, die Bewerbungsunterlagen der Beschwerdeführerin sowie des Mitbewerbers herangezogen, Stellungnahmen eingeholt und im Rahmen einer Sitzung sowohl die Beschwerdeführerin als auch einen Dienstgebervertreter und den stellvertretenden 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 wurde ausführlich dargelegt, weshalb die Bundes-Gleichbehandlungskommission davon ausgeht, dass die Beschwerdeführerin besser geeignet gewesen ist als der ernannte Mitbewerber.

Das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission 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 belangten Behörde in ihrer Stellungnahme auseinandersetzt.

Dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission 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 21.02.2013, 2012/02/2013).

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts bestehen keine Anhaltspunkte dafür, das festgestellte Ergebnis der Bundes-Gleichbehandlungskommission in Zweifel zu ziehen. Aus der bereits angeführten Begründung des Gutachtens ergibt sich nachvollziehbar und schlüssig, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Beschwerdeführerin um die verfahrensgegenständliche Funktion eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellte.

Dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission gegenüber vermag die Begründung der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid nicht zu überzeugen. Wie auch vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission argumentiert die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid damit, dass für die Funktion der Leitung des Referates Verkehrsdienst Erfahrungswerte und Kenntnisse auf dem Gebiet der Organisation, des Managements und der Menschenführung essentiell seien und diese Erfahrungen vom Mitbewerber insbesondere als Leiter des

Einsatzreferates gesammelt werden konnten. Darüber hinaus sei der Mitbewerber seit 1987 dienstführender Beamter und die Beschwerdeführerin seit 1998. Des Weiteren sei berücksichtigt worden, dass der Mitbewerber ohne Arbeitsplatz verwendet wurde.

Die Behörde bestreitet gar nicht, dass die Beschwerdeführerin hinsichtlich des Fachwissens besser qualifiziert ist als der Mitbewerber, dies ergibt sich auch eindeutig aus den Unterlagen der Bewerber, die zeigen, dass der Beschwerdeführerin bereits 1999 das Hauptsachgebiet Verkehrsangelegenheiten zugewiesen wurde, sie Vorträge zur Verkehrssicherheit hält und als Inspektionskommandantin etliche verkehrspolizeiliche (Groß-)Einsätze plant und leitet, während der Mitbewerber kaum Berührungspunkte mit dem Verkehrswesen aufweist.

Während die belangte Behörde im Bescheid ausführt, dass das Managementwissen bei dieser Funktion gegenüber dem Fachwissen im Vordergrund steht, kann diesem Argument aufgrund der in der Ausschreibung genannten Aufgaben des Arbeitsplatzes nicht beigetreten werden. Alle Aufgaben auf dem Gebiet der Organisation, Leitung und Koordination stehen im Zusammenhang mit verkehrsrechtlichen Angelegenheiten, sodass nicht gesagt werden kann, dass diese Aufgaben von einer guten Führungskraft auch ohne Fachwissen erfüllt werden können. Zur Führungsqualität der Bewerber ist abermals auf das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission zu verweisen. Die Beschwerdeführerin war von August 2004 bis Dezember 2005 stellvertretende Kommandantin einer Polizeiinspektion und ist seit Jänner 2006 Inspektionskommandantin. Der Mitbewerber war von Oktober 1986 bis August 1988 Einsatzgruppenleiter einer mobilen Einsatzgruppe beim Zollamt. Er leitete im Jahr 1995 für einen Zeitraum von fünf Monaten eine Zollwacheabteilung, also eine Dienststelle die nicht zum Bereich des BMI gehörte und die auch keinen Bezug zu Verkehrsangelegenheiten hatte. Mit Jänner 1996 wurde er in die Bundesgendarmerie aufgenommen und von diesem Zeitpunkt bis September 2002 war er 2. und dann 1. Stellvertreter des Kommandanten eines Grenzüberwachungspostens. Im Zeitraum September 2002 bis August 2006 hatte er keine Leitungsfunktion inne. Von August 2006 bis Juni 2011 war er mit der Leitung des Einsatzreferates betraut. Ein so hohes Überwiegen der Managementenerfahrung des Mitbewerbers gegenüber jenem der Beschwerdeführerin dahingehend, dass es ihr Fachwissen in Verkehrsangelegenheiten aussticht, kann nicht erkannt werden. Soweit die belangte Behörde in ihrer Stellungnahme vom 18.05.2018 noch darauf verweist, dass die Beschwerdeführerin eine relativ kleine Dienststelle leitet (laut Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung am 25.04.2018 sechs Mitarbeiter), ist dazu auszuführen, dass der Mitbewerber in der mündlichen Verhandlung am 23.05.2018 angab, dass er als Gruppenleiter der mobilen Einsatzgruppe fünf Personen unter sich hatte und als Dienststellenleiter (eine Funktion, die er nur fünf Monate inne hatte) 10 bis 12 Personen.

Darüber hinaus bestätigt sich das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission durch die Aussagen in den mündlichen Verhandlungen. Besonderes Gewicht kommt dabei der Zeugenaussage des stellvertretenden Gleichbehandlungsbeauftragten zu, der als außenstehender Dritter und ehemaliger Leiter eines Verkehrsreferates die Qualifikationen der Bewerber sehr gut beurteilen kann. Er begründete die bessere Qualifikation der Beschwerdeführerin einerseits mit der augenscheinlich besseren fachlichen Eignung aufgrund ihrer jahrelangen Tätigkeit im Verkehrsdienst, als auch mit ihrer jahrelangen Führung einer Dienststelle. Das entspricht auch der schriftlichen Stellungnahme der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe Gleichbehandlung vom 26.02.2015, die begründet und nachvollziehbar ausführt, dass die Beschwerdeführerin für die ausgeschriebene Stelle als am besten geeignet anzusehen ist.

Festzuhalten ist daher, dass auch in den mündlichen Verhandlungen kein sachliches und objektives Qualitätskriterium hervorgekommen ist, aufgrund dessen die Beschwerdeführerin bei der Besetzung der Planstelle nicht zum Zug gekommen ist. Der (mittlerweile im Ruhestand befindliche) Landespolizeidirektor gab als Zeuge in der mündlichen Verhandlung am 25.04.2018 an, dass für ihn insbesondere drei Kriterien für die Besetzung der Stelle relevant gewesen seien:

Das Dienstalster, der höhere Rang des Mitbewerbers und die Tatsache, dass der Mitbewerber ohne sein Verschulden seinen Arbeitsplatz verloren hat. Keines dieser Kriterien steht jedoch in einem direkten Zusammenhang mit der Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle. Vor allem das Kriterium des unverschuldeten Verlusts des Arbeitsplatzes scheint ein sehr willkürlich herangezogenes Argument zu sein, hat sich doch der Mitbewerber vor dieser Ausschreibung bereits auf eine andere Stelle beworben und wurde dieses Kriterium gegenüber dem in diesen Fall zum Zug gekommenen Mann nicht als ausschlaggebend herangezogen, sondern erst um eine Frau "auszustechen".

Darüber hinaus war dem Landespolizeidirektor wichtig, wen der Vorgesetzte an erster Stelle reiht und ob dieser Vorschlag schlüssig und nachvollziehbar ist. Ganz abgesehen davon, dass auch die Stellungnahmen des Bezirkspolizeikommandanten nur sehr wenig auf die fachliche Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle abstellen, hat sich der Landespolizeidirektor damit bei seiner Entscheidung die Meinung einer Person zu eigen gemacht, von der der belangten Behörde bekannt war, dass ihr mit Weisung untersagt wurde, die Beschwerdeführerin zu beurteilen, weil sie ihr gegenüber nicht objektiv ist. Zusätzlich ist zu diesem Punkt auch dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission beizupflichten, dass sich das Argument der guten Zusammenarbeit zwischen dem Vorgesetzten und dem Leiter des Verkehrsreferates dadurch relativiert, dass der Bezirkspolizeikommandant Ende XXXX in den Ruhestand getreten ist und somit nur mehr neun Monate mit dem Leiter des Verkehrsdienstes zusammengearbeitet hat.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Eine derartige Regelung wird in den einschlägigen Materiengesetzen (GehG, BDG, B-GIBG) nicht getroffen und es liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Zu A)

Zu Spruchpunkt I.:

1. Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des B-GIBG, BGBl. 100/1993 idFBGBl. I 32/2018, lauten wie folgt:

"Gleichbehandlungsgebote im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis

§ 4. (1) 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. bis 4. [...]

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

6. bis 7. [...]

Begriffsbestimmungen

§ 4a. (1) (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes im Sinne des Abs. 1 liegt jedenfalls dann vor, wenn eine Person im Zusammenhang mit

1. ihrer Schwangerschaft oder

2. einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 und 3 sowie § 5 Abs. 1 und 2 des Mutterschutzgesetzes 1979 (MSchG), BGBl. Nr. 221,

eine weniger günstige Behandlung erfährt.

(3) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(4) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

(5) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren Geschlechts diskriminiert wird.

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. (...)

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."

2. Aus den bereits in der Beweiswürdigung dargelegten Erwägungen folgt, dass die Beschwerdeführerin die höhere Qualifikation für die ausgeschriebene Funktion gegenüber ihrem Mitbewerber aufzuweisen hatte, der in der Folge mit dieser Funktion betraut wurde. Ebenso konnte - wie in der Beweiswürdigung begründend dargelegt - festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin die Funktion nicht erhalten hat, weil sie eine Frau ist.

Im Ergebnis ist daher von einer Diskriminierung der Beschwerdeführerin nach § 4 Abs. 1 Z 5 B-GIBG auszugehen.

Da die Beschwerdeführerin Beamtin ist und bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, ist der Ersatzanspruch nach § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG zu bemessen.

Die Beschwerdeführerin fordert sowohl den Ersatz eines konkreten Vermögensschadens nach § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG seit 01.04.2015 als auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nach § 19b B-GIBG iHv € 7.500,-.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das B-GIBG wie auch das Gleichbehandlungsgesetz 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, RV 285 BlgNR

22. 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 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, dass Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen (Art. 17 leg.cit.). Bereits aufgrund der richtlinienkonformen Auslegungsverpflichtung ist eine Entschädigung an diesen Kriterien zu messen. So hat auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass § 18b B-GIBG jedenfalls hinreichend abschreckende Sanktionen vorsieht (VwGH 12.05.2010, 2009/12/0151). Um den sich aus der Richtlinie ergebenden Sanktionscharakter zu unterstreichen, wurde durch die Novelle des B-GIBG, BGBl. I Nr. 120/2012, dessen § 19b eingefügt (vgl. ErläutRV 2003 BlgNR 24. GP 21 sowie auch die Ausführungen unter 2.2.).

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

Der Ersatzanspruch setzt nach dem klaren Gesetzeswortlaut voraus, dass der Beamte bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre. Konsequenterweise kann die über einen solchen Anspruch absprechende Dienstbehörde letzteren dadurch entkräften, dass sie - sei es auch erst aufgrund von im Schadenersatzverfahren gewonnen Beweisergebnissen - darlegt, dass der Anspruchswerber im Ergebnis zu Recht nicht ernannt wurde (vgl. hierzu etwa VwGH 15.05.2013, 2012/12/0013; 18.12.2014, Ro 2014/12/0030).

Zum Begriff des "beruflichen Aufstieges" in § 3 Z 5 B-GIBG in der Stammfassung vor dem Hintergrund des § 15 leg. cit. idF BGBl. I 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-GBG 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."

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 Beschwerdeführerin bezog zum maßgeblichen Zeitpunkt der Ernennung des Mitbewerbers am 01.04.2015 das Gehalt der Verwendungsgruppe E 2a, Funktionsgruppe 4. Die Funktion der ausgeschriebenen Stelle ist mit E 2a, Funktionsgruppe 7, bewertet. Bei einer diskriminierungsfreien Besetzung wäre die Beschwerdeführerin bei rechtmäßiger Betrauung mit der ausgeschriebenen Funktion in die Funktionsgruppe 7 vorgerückt. Die Beschwerdeführerin hat durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Behörde beginnend mit 01.04.2015 einen Vermögensschaden in der Höhe der Bezugsdifferenz des Gehalts von E 2a/4 in der entsprechenden Funktionsstufe auf E2a/7 in der entsprechenden Funktionsstufe 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 bis zu einer allfälligen Betrauung mit einem E2a/7 bewerteten Arbeitsplatz, längstens bis zur Versetzung in den Ruhestand als gerechtfertigt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin nach der diskriminierenden Betrauung ihres Mitbewerbers mit der ausgeschriebenen Funktion in eine besonders belastende Situation geraten ist, weil sie in ihrer Funktion als Inspektionskommandantin weiterhin permanent im Rahmen des täglichen Dienstbetriebes direkten Kontakt mit dem zu Unrecht vorgezogenen Mitbewerber hat. Die Begrenzung mit der Ruhestandsversetzung ergibt sich daraus, dass das B-GIBG - wie bereits ausgeführt - "nur" auf eine Differenz zum tatsächlichen Monatsbezug iSd § 3 Abs. 2 GehG 1956 abstellt und nicht etwa auch auf Pensionsansprüche. Dies scheint auch nicht unbillig oder in europarechtlicher Hinsicht bedenklich, da das B-GIBG mit seinem Verfahrensrecht und eigenen Beweislastregeln einen raschen und effizienten Rechtsschutz bietet und der Beschwerdeführerin daneben die Durchsetzung ihrer sonstigen zivilrechtlichen Ansprüche auch nicht verwehrt ist.

2.2. 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 (ErläutRV 2003 BlgNR 24. GP 21) ist zu entnehmen, dass die Richtlinie 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie), 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) und 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 Mitgliedstaaten verpflichten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Schadenersatzregelungen zu treffen.

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) 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 naheliege, 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).

Wenngleich das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl. I 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, 520 f). 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 Einzelfalls erfolgen (vgl. OGH 27.08.2015, 9 ObA87/15g mwN).

Die Beschwerdeführerin hat glaubhaft dargelegt, dass die unsachliche Vorgehensweise der Behörde eine Kränkung ihrer Person und Demütigung gegenüber Kollegen darstellte. Dies insbesondere auch, weil sie aufgrund ihrer Funktion als Inspektionskommandantin weiterhin permanent im Rahmen des täglichen Dienstbetriebes direkten Kontakt mit dem zu Unrecht vorgezogenen Mitbewerber hat.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt daher zu dem Ergebnis, dass eine Entschädigung in der Höhe von EUR 7.500,- aufgrund des anhaltenden Elements der Diskriminierung und der dadurch erlittenen persönlichen Beeinträchtigung angemessen ist und auch einen wirksamen Ausgleich bildet. Darüber hinaus ist die Entschädigung hinreichend abschreckend und präventiv, sodass damit ähnlich gelagerte Fälle zukünftig verhindert werden sollen und den europarechtlichen Vorgaben Genüge getan wird. Unter diesen Vorgaben konnte mit einem geringeren Betrag nicht das Auslangen gefunden werden.

Zu Spruchpunkt II.:

Die Beschwerdeführerin stellte darüber hinaus noch einen Antrag auf die Berechtigung zur Führung des Dienstgrades

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at