

TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/24 W128 2123673-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.09.2019

Entscheidungsdatum

24.09.2019

Norm

BDG 1979 §137 Abs1

BDG 1979 §284 Abs85

B-GIBG §11c

B-GIBG §13 Abs1 Z5

B-GIBG §18a Abs1

B-GIBG §18a Abs2 Z1

B-GIBG §19a

B-GIBG §19b

B-GIBG §4 Z5

B-VG Art. 133 Abs4

Richtlinie 2000/78/EG Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf Art. 17

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W128 2123673-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Michael FUCHS-ROBETIN über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch STÖGERER PREISINGER Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 76/2/23, 1070 Wien, gegen den Bescheid des Bundesministers für Inneres, vom 15.02.2016, Zl. 202.968/52-I/1/16, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

1. XXXX wird in Stattgebung der Beschwerde wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters) gem. § 18a Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 1 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. Nr. 100/1993 idF, BGBl. I Nr. 65/2004 ab 01.10.2013 ein Ersatz des Vermögensschadens in Höhe der Bezugsdifferenz zwischen dem Monatsbezug, den sie bei diskriminierungsfreier Betrauung mit der Funktion der Leitung der Abteilung II/BVT/2 (A1/6) des Bundesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) des Bundesministeriums für Inneres (BMI) erhalten hätte, und dem tatsächlichen Monatsbezug (A1/4), zuerkannt.

2. Gemäß § 18a Abs. 1 B-GIBG wird eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zuerkannt und diese gemäß § 19b iVm § 19a leg.cit. mit EUR 8.900 bemessen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die Beschwerdeführerin stellte am 14.01.2016 einen Antrag auf Abgeltung der schadensersatzrechtlichen Ansprüche gemäß § 18a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) aufgrund erfolgter Diskriminierung bei der Nichtzulassung zum Auswahlverfahren um die Leitung der Abteilung II/BVT/2 des Bundesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) des Bundesministeriums für Inneres (belangte Behörde).

Ihren Antrag stützte sie auf ein Gutachten der Gleichbehandlungskommission vom 03.08.2015, in dem festgestellt wurde, dass die Nichtzulassung der Bewerbung der Beschwerdeführerin um die Funktion "Leiter/in der Abteilung II/BVT/2" im BMI eine Diskriminierung darstelle, wobei nicht ausgeschlossen werden könne, dass diese aus den Gründen Geschlecht, Alter und/oder Weltanschauung i. S.d. §§ 4 Z 5, 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG erfolgt sei.

Die Begründung des Gutachtens der Gleichbehandlungskommission lautete im Wesentlichen folgendermaßen:

"Zum Argument des Dienstgebers, dass zwischen Ernennungs- und Anforderungserfordernissen unterschieden werden müsse und der Aufstiegskurs nur das Ernennungserfordernis, nicht aber die laut Arbeitsplatzbeschreibung zusätzlich erforderliche Vorbildung ersetze, ist zu sagen, dass diese Unterscheidung aus dem Ausschreibungstext keinesfalls hervorgeht. Aus der Ausschreibung geht hervor, dass ein ‚abgeschlossenes Hochschulstudium, bevorzugt Rechtswissenschaften‘, erforderlich war. In der Arbeitsplatzbeschreibung war als Anforderung des Arbeitsplatzes u.a. angeführt: ‚Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A1, abgeschlossenes Hochschulstudium, bevorzugt Rechtswissenschaften‘. Somit war kein mit der Verwendung verbundenes, spezifisches Hochschulstudium erforderlich. Im Entwurf der Ausschreibung war ein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften als Erfordernis genannt.

Anlage 1 Z 1.13 BDG ordnet unmissverständlich an, dass das Ernennungserfordernis des Abschlusses eines Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften durch die erfolgreiche Absolvierung eines vom BKA veranstalteten Aufstiegskurses ersetzt wird. Demnach erlaubt es der von der Antragstellerin absolvierte Aufstiegskurs Beamtinnen/Beamten, das Ernennungserfordernis eines (Fach-)Hochschulabschlusses zu erfüllen, spezifisch jenes der Rechtswissenschaften. Es wäre paradox, wenn der Aufstiegskurs nur dann als Ernennungserfordernis gilt, wenn ausdrücklich der Abschluss des rechtswissenschaftlichen Studiums erforderlich ist, beim Abschluss irgendeines Hochschulstudiums, ‚bevorzugt Rechtswissenschaften‘, aber nicht.

Es ist bekannt, dass die Aufstiegsurse als interne Fortbildungsmaßnahmen von den ‚reiferen‘ Dienstnehmer/innen gemacht wurden, um überhaupt die Möglichkeit zum beruflichen Aufstieg im Bundesdienst zu haben, denn nicht alle Geburtsjahrgänge, vor allem Frauen, haben die Chance gehabt zu studieren.

Wenn ein Hochschulstudium kein Ernennungserfordernis, sondern ein spezifisches ‚Anforderungserfordernis‘ gewesen sein soll, hätte dies in der Ausschreibung präzise formuliert werden müssen. Außerdem geht weder aus der Beschreibung der Aufgaben in der Ausschreibung, noch aus der Arbeitsplatzbeschreibung hervor, dass wissenschaftliches Arbeiten mit der gegenständlichen Funktion verbunden wäre. Eine nachvollziehbare Begründung für das Erfordernis wissenschaftlicher Kenntnisse wurde auch nicht vom Dienstgebervertreter in der Sitzung des Senates dargelegt. Vielmehr erscheint wahrscheinlicher, dass sich die Begutachtungskommission inhaltlich nicht mit der Bewerbung von MRätin XXXX auseinandersetzen wollte, weil sie aufgrund ihrer Qualifikationen eine Konkurrentin für den zum Zug gekommenen Mag. XXXX gewesen wäre. MRätin XXXX erfüllte die formalen Erfordernisse der Ausschreibung, ihre Bewerbung hätte daher zumindest zugelassen werden müssen."

2. Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 15.02.2016, Zl. 202.968/52-I/1/16, wurde der Antrag auf Ersatzanspruch vom 14.01.2016 gemäß § 18a B-GIBG abgewiesen.

Begründend wurde zusammengefasst Folgendes ausgeführt: Das BMI habe am 09.07.2013 zu Zl. BMI-OA1211/0031-1/1/b/2013 die Funktion der Leitung der Abteilung II/BVT/2 (Informationsgewinnung, Ermittlung, operative Analyse und Auswertung) mit der Arbeitsplatzwertigkeit A1/6 bzw. V1/4 im BVT ausgeschrieben.

Laut Ausschreibungstext hätten die Bewerber folgende Erfordernisse zu erfüllen:

"Die österreichische Staatsbürgerschaft; volle Handlungsfähigkeit; persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind; abgeschlossenes Hochschulstudium bevorzugt Rechtswissenschaften."

Darüber hinaus seien als erforderliche Fähigkeiten und besondere Kenntnisse angeführt worden:

"Sehr gute Gesetzeskenntnisse in Fragen des SPG, des StGB und seiner Nebengesetze, des DSG, des Telekommunikationsgesetzes sowie des Polizeikooperationsgesetzes; eingehende Kenntnisse über den Stand der Staatsschutzarbeit und der spezifischen Bedrohungslagen in den einzelnen staatsschutzrelevanten Tätigkeitsfeldern; umfassende Kenntnisse und Erfahrungen in der operativen Fallbearbeitung;

eingehende Kenntnisse der modernen Methoden des Verwaltungsmanagements, praktische Erfahrung in der Leitung und Abwicklung von Projekten, Führungserfahrung; Eigeninitiative;

Entscheidungsfreudigkeit sowie besonderes Koordinierungs- und Organisationsvermögen."

In der Folge hätten sich die Beschwerdeführerin und vier weitere Bedienstete des BVT beworben. Die Beschwerdeführerin habe ihrer Bewerbung ein Motivationsschreiben sowie ihren Lebenslauf beigelegt.

Der Lebenslauf der Beschwerdeführer gestalte sich wie folgt:

Die Beschwerdeführerin sei von Februar 1975 bis Februar 1979 bei der Bundespolizeidirektion Wien als Vertragsbedienstete beschäftigt gewesen. Mit 01.03.1979 sei sie als Vertragsbedienstete in den Dienst des BMI aufgenommen worden (Definitivstellung mit 01.01.1983). Von 1990 bis einschließlich 2001 sei sie als Sachbearbeiterin im Bereich Proliferation, internationaler Waffenhandel, Nuklearkriminalität, organisierte Kriminalität etc. tätig gewesen. Von 2002 bis 2006 habe sie ihren Dienst als (Haupt)Referentin in der Abteilung II/BVT/2 des BVT ihren Dienst versehen. Im Jahr 1995 habe sie den Vorsitz der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen übernommen und diese Funktion bis 2013 innegehabt. Im Jahr 2006 habe sie den Aufstiegskurs gemäß Anlage I Z. 1, 13. BDG 1979/Rechtsskurs, erfolgreich abgeschlossen und seit Oktober 2006 leite sie das Referat Extremismus in der Abteilung II/BVT/2 des BVT.

Der von der Beschwerdeführerin absolvierte Aufstiegskurs, der als eine interne Fortbildung zu werten sei, die ausschließlich im Bundesdienst von Relevanz sei, möge zwar den für die Ernennung in die Verwendungsgruppe A1 grundsätzlich erforderlichen Hochschulstudienabschluss ersetzen, keinesfalls aber das zwingende, spezifische und konkrete für die ausgeschriebene Funktion bestehende Anforderungserfordernis des abgeschlossenen Hochschulstudiums, bevorzugt jenem der Rechtswissenschaften. Die beiden Erfordernisse - Ernennungserfordernisse und Anforderungserfordernisse - seien jedenfalls getrennt voneinander zu beurteilen.

Aus diesem Grund könne die Tatsache, dass der Aufstiegskurs gem. Anlage 1 Z 1.13 BDG 1979 ein (Fach-)Hochschulstudium ersetze, nicht dahingehend ausgelegt werden, dass damit auch die für eine konkrete Verwendung erforderliche spezielle Vorbildung substituiert werde. So habe das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 04.09.2014, W213 2001505, bereits klar zum Ausdruck gebracht, dass es bei einem Hoch- bzw. Fachhochschulstudiums einerseits und dem Aufstiegskurs an der Verwaltungsakademie andererseits um gleichwertige Bildungsabschlüsse handle. Während Studienabschlüsse an Hoch- bzw. Fachhochschulen außenwirksam seien, stelle der von der Beschwerdeführerin absolvierte Aufstiegslehrgang nur eine im Bundesdienst relevante interne Fortbildung dar, die es einzelnen Beamten erlaube, dadurch das Ernennungserfordernis eines Hochschulabschlusses zu substituieren. Konsequenterweise habe der Gesetzgeber auch im ehemaligen § 112k Abs. 1 GehG (aufgehoben durch BGBl. I. Nr. 32/2015) die Möglichkeit der Verbesserung der besoldungsrechtlichen Stellung nur auf die unter Z. 1. 12.b der Anlage 1 zum BDG 1979 fallenden Beamten beschränkt. Absolventen eines Aufstiegslehrganges nach der ehemaligen Z. 1.13 der Anlage 1 zum BDG seien nicht zu dieser Gruppe zu zählen (vgl. VwGH vom 10.09.2004, 2001/12/0056). Daraus erschließe sich, dass die Bewerbung der Beschwerdeführerin deshalb nicht berücksichtigt worden sei, weil sie das zwingend vorausgesetzte Kriterium des abgeschlossenen Hochschulstudiums nicht erfülle. Eine Diskriminierung sei sohin nicht vorgelegen.

3. In der Folge erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht die vorliegende Beschwerde, in der sie zusammengefasst vorbringt:

Die Bestimmung der Anlage 1 Z 1.13 BDG 1979 sei im gegenständlichen Fall zweifelsfrei anzuwenden. Dies sei auch im BMI für den Bereich "rechtskundiger Dienst" gängige Praxis gewesen und habe weder für ihre eigene Bewerbung für die Funktion "Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit" im Jahr 2008, noch für den aktuellen Leiter der Sektion IV oder für einen ehemaligen Leiter der die Abteilung II/BVT/2 ein Hindernis bzw. Ausschlusskriterium dargestellt.

Trotz dieser Bestimmung sei es unbestritten, dass es auch im öffentlichen Dienst A1 Arbeitsplätze gebe, die aufgrund spezieller Anforderungen ein tatsächliches Hochschulstudium voraussetzten. Darunter fielen beispielsweise Arbeitsplätze in der Legistikabteilung sowie Arbeitsplätze als Legal Adviser.

Einer Fehlinterpretation unterliege das BMI auch zu den Ausführungen im Zusammenhang mit der Dienstrechtsnovelle 2011, da Anlage 1.12 mit 1.12a nur Möglichkeiten i.S.d. Bologna-Prozesses determinierten. Im Zusammenhang mit dem Aufstiegskurs hätten sich die Erläuterungen in der Regierungsvorlage nur auf die inhaltliche Gestaltung des Aufstiegsurses bezogen und sei die Durchführung des Aufstiegsurses mit der Novelle 2011 sogar - wenn auch befristet bis 2012 - wiedereingeführt worden. Mit der Dienstrechtsnovelle 2015 sei der Aufstiegskurs und die Bestimmung Z 1.13. zwar endgültig gestrichen worden, wobei aber die ehemalige Bestimmung Z 1.13 für Absolventen des Aufstiegsurses - trotz Streichung - weiterhin seine Gültigkeit habe.

Darüber hinaus sei von Seiten des BMI am 21.02.2013 ein Erlass zum Thema "Sicherheitsbehörde-Neustrukturierungs-Gesetz - SNG" mit folgender Sonderregelung betreffend den Aufstiegskurs für die Verwendungsgruppe A1 ergangen:

"Der Aufstiegskurs für die Verwendungsgruppe A1 wird zwar in der Z 1.19. der Anlage I zum BDG nicht aufgezählt, jedoch werden im Lichte der Wiederinkraftsetzung der Verordnung des Bundeskanzlers vom 29. Februar 1980, BGBl. 106/1980, entsprechend der bisherigen Praxis, alle Absolventen, die ausschließlich auf Grundlage des Aufstiegsurses für die Verwendungsgruppe A1 in die Verwendungsgruppe A1 überstellt worden sind bzw. künftig noch überstellt werden, weiterhin als rechtskundig qualifiziert."

Sohin habe das BMI auch nach Inkrafttreten der bezugnehmenden Dienstrechts-Novelle 2011 zu Recht anerkannt, neben rechtswissenschaftlichen Hochschulabsolventen auch Absolventen des Aufstiegsurses weiterhin als "rechtskundig qualifiziert" zu befinden.

Nicht nur aus den gegenständlichen und objektiv nachvollziehbaren Dienstgeberunterlagen (Geschäftseinteilung, Arbeitsplatzbeschreibung) sondern auch aus diversen Verhaltensweisen und Aussagen maßgeblicher Entscheidungsträger des BMI, die zum Teil bereits im Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission dargelegt worden seien, sei daher nicht ersichtlich, dass ein Formalauschluss aus dem Bewerberkreis wegen Nichterfüllung des angeblich zwingend vorausgesetzten Kriterium des abgeschlossenen Hochschulstudiums bei dieser angestrebten Funktion des Abteilungsleiters II/BVT/2 absehbar gewesen sei.

Wie von der Gleichbehandlungskommission festgestellt worden sei, stelle die Nichtzulassung ihrer Bewerbung um die Funktion "Leiter der Abteilung II/BVT/2" eine Diskriminierung i.S.d. B-GIBG dar. Da sie ohne diese Diskriminierung aufgrund ihrer Qualifikation mit dieser Funktion betraut hätte werden können, habe sie Anspruch auf Ersatz der Bezugsdifferenz für zumindest drei Monate.

4. Einlangend mit 23.03.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit einer Beschwerdevorentscheidung Gebrauch zu machen.

Im beigelegten Schreiben führte die belangte Behörde zusammenfassend aus, dass den Ausführungen der Beschwerdeführerin, insbesondere jenen zur Geltung der nunmehr aufgehobenen Anlage 1 Z 1.13 BDG 1979 entgegenzuhalten sei, dass diese Bestimmung ausschließlich im Zusammenhang mit der Ernennung von Beamten in die Verwendungsgruppe A1 von Relevanz sei. Grundsätzlich sei für eine solche Ernennung der Abschluss eines bestimmten Hochschulstudiums Voraussetzung.

Die betreffende Bestimmung sehe diesbezüglich jedoch eine Ausnahme dahingehend vor, dass auch Personen, die den Aufstiegskurs absolviert hätten, in die Verwendungsgruppe A1 ernannt werden könnten. Für die Funktion der Leitung der Abteilung II/BVT/2 des BMI sei hingehen neben und damit völlig unabhängig von der Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A1 zusätzlich ein abgeschlossenes Hochschulstudium, bevorzugt Rechtswissenschaften, zwingende Voraussetzung. Dies gehe auch aus der Ausschreibung bzw. der

Arbeitsplatzbeschreibung hervor. Weiters liege den mit dieser Funktion verbundenen Aufgabenbereichen komplexe juristische Problemstellungen zu Grunde, für deren Lösung ein abgeschlossenes Studium erforderlich sei. So könne bereits aus dem Ausschreibungstext und der Arbeitsplatzbeschreibung entnommen werden, dass sehr gute Gesetzeskenntnisse in Fragen des SPG, des StGB und seiner Nebengesetze, des DSG, des Telekommunikationsgesetzes sowie des Polizeikooperationsgesetzes vorausgesetzt würden. Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass dem Leiter der Abteilung II/BVT/2 zahlreiche Mitarbeiter unterständen, die selbst ein Hochschulstudium abgeschlossen hätten, wäre es überdies sinnwidrig, für die Leitungsfunktion selbst kein abgeschlossenes Hochschulstudium vorauszusetzen.

Der von der Beschwerdeführerin zitierte Erlass des BMI vom 21.02.2013 regle besoldungsrechtliche Ansprüche und sei bereits deshalb für die gegenständlich dienstrechtliche Frage nicht relevant, weshalb auch die diesbezüglichen Darlegungen ins Leere gingen.

Zu den Ausführungen betreffend die Bewertung des Arbeitsplatzes durch das Bundeskanzleramt sei festzuhalten, dass im Bescheid nicht von einer Neubewertung im Zuge der betreffenden Ausschreibung die Rede gewesen sei, sondern dargelegt worden sei, dass die Arbeitsplatzbeschreibung vom Bundeskanzleramt genehmigt werden müsse. Ein einseitiges Abgehen von den darin enthaltenen Anforderungen des Arbeitsplatzes durch die Dienstbehörde sei aus diesem Grund nicht möglich.

Weiters wurde der Ausschreibungstext im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 09.07.2013, der Ausschreibungstext der Jobbörse der Republik Österreich sowie die Arbeitsplatzbeschreibung II/BVT/2 dem Vorlageschreiben beigelegt.

5. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 24.04.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in welcher den Parteien die Gelegenheit gegeben wurde, Stellung zu nehmen und Zeugen gehört wurden. Die belangte Behörde blieb dieser Verhandlung ohne Nachricht fern.

6. Mit Schriftsatz vom 06.05.2019 übermittelte die Beschwerdeführerin insgesamt 7 Arbeitsplatzbeschreibungen einer Referatsleiterin in einem Fachreferat (bzw. Referatsleiterin Ermittlungen) im Zeitraum 2006 bis 12/2018.

7. Mit Schreiben vom 06.05.2019 nahm die belangte Behörde Stellung zur Niederschrift der mündlichen Verhandlung und wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

8. Die Beschwerdeführerin replizierte in ihrer Stellungnahme vom 26.08.2019 und führte insbesondere aus, dass die belangte Behörde ausdrücklich einräumt, die Beschwerdeführerin in einem weiteren Hearing zugelassen zu haben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin bewarb sich am 6.08.2013 fristgerecht um die Leitung der Abteilung II/BVT/2 (A1/6) des Bundesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) des Bundesministeriums für Inneres (BMI).

Der am 09.07.2013 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung erschienene Ausschreibungstext lautete (auszugweise):

"Leitung der Abteilung II/BVT/2

[...]

Bewerberinnen/Bewerber für diese Funktion haben folgende Erfordernisse zu erfüllen:

a) die österreichische Staatsbürgerschaft;

b) die volle Handlungsfähigkeit;

c) die persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind;

d) abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften; [...]"

Die Beschwerdeführerin trat im Februar 1979 in den Bundesdienst bei der Bundespolizeidirektion Wien ein. Seit 01.03.1979 ist sie im BMI tätig. Von 1990 bis einschließlich 2001 war sie als Sachbearbeiterin im ND-Bereich sowie im Bereich Profileration, Internationaler Waffenhandel, Nuklearkriminalität, organisierte Kriminalität tätig. Von 2002 bis 2006 war sie (Haupt)Referentin in der Abteilung II/BVT/2 des BMI. 2006 schloss sie den Aufstiegskurs gemäß Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 erfolgreich ab. Seit 01.08.2006 leitet die Beschwerdeführerin das Referat Extremismus in der Abteilung II/BVT/2 des BMI.

Die Beschwerdeführerin ist auf Grund ihrer langjährigen Tätigkeit in der Abteilung II/BVT/2 des BMI mit den Vorgängen in der Abteilung bestens vertraut und verfügt über eine Vielzahl von einschlägigen Fortbildungen. Sie besuchte den Fachhochschul-Lehrgang "Wirtschaftskriminalität und Cyber Crime" an der FH Wr. Neustadt und schloss diesen mit dem akademischen Grad "Master of Science in Business & Cyber Crime Control" ab. Sie war darüber hinaus langjährig mit der Stellvertretung der ausgeschriebenen Planstelle betraut.

Von 1995 bis 2013 war die Beschwerdeführerin Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen.

Der am 01.10.2013 auf die ausgeschriebene Funktion ernannte MR XXXX verfügt über ein abgeschlossenes Diplomstudium der Rechtswissenschaften sowie über ein Masterstudium "Strategisches Sicherheitsmanagement". Er trat 1982 als Sicherheitswachebeamter bei der BPD Schwechat ein und war von 1986 bis 1989 beim Verkehrsunfallkommando tätig. Anschließend absolvierte er die Grundausbildung für den Kriminaldienst, wurde kurze Zeit bei der Kriminaldienstgruppe Schwechat verwendet und im November 1992 dem BMI zugeteilt, wo er der damaligen Abteilung II/C/7 (allgemeine staatspolizeiliche Aufgaben) und der Einsatzgruppe zur Bekämpfung des Terrorismus zur Dienstleistung zugewiesen war. Von Jänner 2003 bis Juni 2004 wurde MR XXXX in der Abteilung II/BVT/3 (Personen- und Objektschutz) verwendet. Anschließend folgte eine ca. 2jährige Berufserfahrung an der Außenstelle des BMI bei der Ständigen Vertretung in Brüssel, wo der Bewerber vorwiegend Interessen des BVT zu vertreten hatte. Nach seiner Rückkehr im September 2006 war er wieder bei der Abteilung II/BVT/3 tätig. Mit 1.1.2009 wurde er der neu eingerichteten Abteilung II/BVT/4 zugewiesen, wo er das interne Referat "Strategische Analyse und OSINT" leitete und den Direktor des BVT bei der vorübergehenden Leitung dieser Abteilung unterstützte. Seit April 2011 leitet MR XXXX die Abteilung II/BVT/4.

Die Nichtzulassung der Bewerbung der Beschwerdeführerin um die Funktion "Leiter/in der Abteilung 2" des BVT im BMI stellt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters iSd §§ 4 Z 5, 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG dar.

Bei der Besetzung der Gegenständlichen Planstelle wurde kein Hearing durchgeführt.

Am 27.08.2013 legte die gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 Ausschreibungsgesetz 1989 eingerichtete Begutachtungskommission der Bundesministerin für Inneres ein Gutachten vor und regte an, MR XXXX mit der Leitung der Abteilung II/BVT/2 dauernd zu betrauen.

Bei einer diskriminierungsfreien Auswahl hätte die Beschwerdeführerin, auf Grund der zumindest gleichen Eignung, wie der zum Zug gekommene Konkurrent, mit der ausgeschriebenen Planstelle betraut werden müssen.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Verwaltungsakt, die Abhaltung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 24.04.2019 sowie Einschau in die bei der Verhandlung und in den Schriftsätzen zur Untermauerung des Vorbringens vorgelegten Urkunden. Von der Bundes-Gleichbehandlungskommission wurde ein Gutachten vom 03.08.2015 erstellt.

Das Bundesverwaltungsgericht folgt im Wesentlichen den - oben unter Z 1 dargestellten -schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen im Gutachten der Bundesgleichbehandlungskommission vom 03.08.2015.

Die belangte Behörde ist bei der Verhandlung nicht erschienen und ist somit weder den Ausführungen der Beschwerdeführerin entgegengetreten noch hat sie von ihrem Fragerecht gegenüber den geladenen Zeugen Gebrauch gemacht. In ihrer Stellungnahme vom 06.05.2019 wiederholte sie im Großen und Ganzen ihr bisheriges Vorbringen, räumt dabei aber ein, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Ausschreibung vom 22.03.2018 zum Hearing zwar zugelassen wurde, jedoch aufgrund ihres fehlenden Studiums "ebenfalls" nicht mit der Funktion betraut wurde. Damit räumt die Behörde aber nunmehr indirekt ein, Willkür geübt zu haben, da nicht ersichtlich ist, warum die Beschwerdeführerin einmal zum Hearing zugelassen wurde und einmal nicht, obwohl ihre Qualifikation bei beiden Ausschreibungen dieselbe war.

Der als Zeuge geladene Leiter der Begutachtungskommission zog sich im Großen und Ganzen wenig überzeugend auf die Position der belangten Behörde zurück, konnte aber nach seiner Aussage, wonach zwei der übrigen Bewerber bereits Abteilungsleiter gewesen seien, die Beschwerdeführerin jedoch "nur" ein Referat geleitet habe, nicht angeben, wie groß diese Abteilungen seien und diese in Relation zu den 34 von der Beschwerdeführerin geleiteten Mitarbeitern setzen. Der Zeuge konnte auch nicht plausibel erklären, warum die Beschwerdeführerin 2018 bei ihrer Bewerbung um dieselbe Planstelle zum Bewerbungsverfahren zugelassen wurde, obwohl sie weiterhin kein abgeschlossenes Studium

der Rechtswissenschaften besaß.

Der ebenfalls als Zeuge geladene stv. Gleichbehandlungsbeauftragte, der beratend bei der Begutachtungskommission teilnahm, sagte aus, dass die Bewerbung der Beschwerdeführerin "aus formalen Gründen ausgeschieden" wurde. Als Nichtjurist habe er die Aussagen des rechtskundigen Sektionschefs nicht in Frage gestellt. Über die Beweggründe könne er nur Mutmaßungen anstellen.

Wie unter Punkt 3.1. näher ausgeführt wird, stützt sich die belangte Behörde auf eine Rechtsmeinung, die schon alleine auf Grund des klaren Gesetzestextes nicht haltbar ist und konstruiert wirkt. Völlig unberücksichtigt blieb seitens der belangten Behörde, dass die Beschwerdeführerin nicht nur über die Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A1 erfüllt, sondern auch langjährig auf entsprechenden Arbeitsplätzen verwendet wurde. Dazu kommt, dass die Beschwerdeführerin als Referatsleiterin mit 34 Mitarbeitern über Führungserfahrung verfügt, auch langjährig die Stellvertretung der ausgeschriebenen Funktion innehatte und durch ihre Vorfunktion in sämtlichen von der Abteilung zu bereuenden Agenden Erfahrung sammeln konnte.

Die von der Bundes-Gleichbehandlungskommission und der Beschwerdeführerin geäußerte Vermutung, dass die Beschwerdeführerin aus formalen Gründen ausgesondert werden sollte, da auf Grund ihrer Vorbildung und ihrer beruflichen einschlägigen Erfahrung eine schlechtere Reihung gegenüber ihren Mitbewerbern nur schwer zu argumentieren gewesen wäre, erscheint für das Bundesverwaltungsgericht schlüssig. Aus der Vorgehensweise der Begutachtungskommission ergibt sich ebenso implizit, dass dies auch den handelnden Akteuren bewusst gewesen sein muss. Ansonsten hätte sich das konstruierte "Ausscheiden aus formalen Gründen" im Vorfeld erübrigt.

Dass für die ausgeschriebene Planstelle ausschließlich das Ernennungserfordernis gemäß Z1.19 der Anlage 1 zum BDG 1979 erforderlich wäre, wurde von der belangten Behörde weder vorgebracht, noch ist dies sonst aus den aufgenommenen Beweisen hervorgekommen. Im Gegenteil war hier zu berücksichtigen, dass der Vertreter der belangten Behörde vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission vorgebracht hat, dass theoretisch auch eine Archäologin die Beschwerdeführerin "aus dem Rennen werfen" hätte können. Dies wohl in Verkennung der Rechtslage, da der Gesetzgeber in Z 1.12 der Anlage 1 zum BDG 1979 unmissverständlich auf eine der Verwendung auf dem Arbeitsplatz entsprechende abgeschlossene Hochschulbildung abzielt. Der von der Beschwerdeführerin absolvierte Aufstiegskurs, der ja, wie weiter unten ausgeführt wird, ein Hochschulstudium der Rechtswissenschaften ersetzt, fällt jedenfalls genauso darunter, wie das von MR XXXX absolvierte Diplomstudium der Rechtswissenschaften.

Auffällig ist, dass neben der Beschwerdeführerin vier männliche Bewerber zur Auswahl standen und der schließlich zum Zuge gekommene Mitbewerber erheblich jünger ist, als die zum damaligen Zeitpunkt 59-jährige Beschwerdeführerin. Zusammen mit der sachlich nicht gerechtfertigten Aussonderung der Beschwerdeführerin lässt dies den Schluss zu, dass sie auf Grund dieser Eigenschaften nicht zum Zug kommen sollte. Ein anderer plausibler erscheinender Grund ist im Beweisverfahren nicht zu Tage getreten.

Insofern geht das Bundesverwaltungsgericht von der Richtigkeit der Angaben der Beschwerdeführerin aus, die zusammen mit weiteren Beweismitteln und Aktenbestandteilen, keinen Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens der Bundes-Gleichbehandlungskommission im Hinblick auf eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters der Beschwerdeführerin aufkommen ließen.

Eine allfällige Diskriminierung der Beschwerdeführerin auf Grund ihrer Weltanschauung konnte an Hand der Zeugenaussagen nicht eindeutig festgestellt werden. Unwidersprochen war die Begutachtungskommission nicht einseitig fraktionell besetzt. Eine solche Diskriminierung kann jedoch dahin gestellt bleiben, da auf Grund der Diskriminierung auf Grund des Alters und des Geschlechts bereits eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu A)

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes (B-GlBG), BGBl. Nr. 100/1993 idGF lauten wie folgt:

"Gleichbehandlungsgebote im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis

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

[...]

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

[...]

Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung)

Gleichbehandlungsgebote im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis

§ 13. (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung - 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

[...]

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

[...]

(2) Abs. 1 gilt nicht für unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen ergibt.

[...]

Beruflicher Aufstieg von Beamtinnen und Beamten

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

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

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

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

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

[...]

Mehrfachdiskriminierung

§ 19a. Liegt eine Mehrfachdiskriminierung aus in § 4 oder § 13 Abs. 1 genannten Gründen vor, so ist darauf bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen.

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."

Gemäß Z 1.12 der Anlage 1 zum BDG 1979, ist eine der Verwendung auf dem Arbeitsplatz entsprechende abgeschlossene Hochschulbildung Ernennungserfordernis für die Verwendungsgruppe A 1.

Gemäß Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 in der bis zum 31.12.2014 gültigen Fassung wird das Ernennungserfordernis des Abschlusses eines Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften oder der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften durch die erfolgreiche Absolvierung eines vom Bundeskanzleramt veranstalteten Aufstiegsurses ersetzt.

Gemäß § 284 Abs. 85 BDG 1979 idFBGBl. I Nr. 65/2015, letzter Satz, ist auf Personen, die den Aufstiegskurs an der Verwaltungsakademie des Bundes erfolgreich absolviert haben, Anlage 1 Z 1.13 in der bis zum 31. Dezember 2014 gültigen Fassung weiterhin anwendbar.

Gemäß § 137 Abs. 1 BDG 1979 sind die Arbeitsplätze der Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes auf Antrag des zuständigen Bundesministers von der Bundesministerin oder vom Bundesminister für öffentlichen Dienst und Sport zu bewerten und unter Bedachtnahme auf die in der Anlage 1 genannten Richtverwendungen einer Verwendungsgruppe und innerhalb dieser der Grundlaufbahn oder einer Funktionsgruppe zuzuordnen. Bei der Zuordnung zu einer Verwendungsgruppe ist auch auf die in der Anlage 1 für diese Verwendungsgruppe vorgeschriebenen Ausbildungserfordernisse Bedacht zu nehmen.

3.1.1. Zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 4 Z 5 und § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG

Aus den bereits in der Beweiswürdigung dargelegten Erwägungen folgt, dass die Beschwerdeführerin aus formellen Gründen aus dem Kreis der Bewerber ausgeschieden wurde, obwohl sie mit hoher Wahrscheinlichkeit für die ausgeschriebene Funktion bestens geeignet gewesen wäre. Es ist daher davon auszugehen, dass sie zumindest gleich geeignet war, wie ihre (durchwegs männlichen) Mitbewerber und sie daher auch im Sinne des Frauenförderungsplans gemäß § 11c B-GIBG vorrangig zu bestellen gewesen wäre. Der belangten Behörde ist es nicht gelungen darzulegen, dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht nicht ernannt wurde. Vielmehr hat sich die Behörde auf eine rechtliche Auslegung der Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 zurückgezogen, die eindeutig deren Wortlaut widerspricht und sich weiters auf Vorgaben, des für den öffentlichen Dienst zuständigen Bundesministers verwiesen.

Wie oben festgestellt, war laut Ausschreibung ein "abgeschlossenes Hochschulstudium bevorzugt Rechtswissenschaften" gefordert. In Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1997 wird unmissverständlich angeordnet, dass die erfolgreiche Absolvierung des Aufstiegsurses den Abschluss eines Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften ersetzt. Insofern hat die Beschwerdeführerin dieses Formalkriterium eindeutig erfüllt und wären allenfalls bei einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit ihren Mitbewerbern inhaltliche Aspekte von Studium und Aufstiegskurs zu würdigen gewesen. Die versuchte Abwälzung der Verantwortung auf den für den öffentlichen Dienst zuständigen Bundesminister geht schon alleine deshalb ins Leere, weil gemäß § 137 Abs. 1 letzter Satz BDG 1979 bei der Zuordnung zu einer Verwendungsgruppe - ebenso unmissverständlich - auch auf die obzitierten in der Anlage 1 für diese Verwendungsgruppe vorgeschriebenen Ausbildungserfordernisse, somit auch auf die Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1997, Bedacht zu nehmen ist.

Nachdem die Beschwerdeführerin in der konkreten Abteilung schon viele Jahre ihren Dienst versieht, dort als Referatsleiterin auch Führungsaufgaben wahrzunehmen hatte und darüber hinaus auch einige Jahre eine stellvertretende Funktion für die ausgeschriebene Funktion wahrzunehmen hatte, war sie eine ernstzunehmende Konkurrentin im Bewerberkreis. Durch ihre ungerechtfertigte Entfernung aus diesem hat man sie einer realen Chance, die ausgeschriebene Stelle auch zu erhalten, beraubt. Im Ergebnis ist daher, wie bereits im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission festgestellt wurde, von einer Diskriminierung der Beschwerdeführerin nach § 4 Z 5 und § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG auszugehen. Der Ersatzanspruch ist somit nach der Bestimmung des § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG zu bemessen.

3.1.2. Die Beschwerdeführerin forderte sowohl den Ersatz eines konkreten Vermögensschadens nach § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG in Form des Verdienstentganges, als auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nach § 19b i.V.m. § 19a B-GIBG.

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

Hinsichtlich der Sanktionen für Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot ergibt sich ua. aus der RL 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. RV 2003 der Beilagen XXIV. GP S.21 sowie auch die Ausführungen unter 3.1.4.).

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

Der Ersatzanspruch setzt nach dem klaren Gesetzeswortlaut voraus, dass der Beamte bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre. Konsequenterweise kann die über einen solchen Anspruch absprechende Dienstbehörde letzteren dadurch entkräften, dass sie - sei es auch erst auf Grund von im Schadenersatzverfahren gewonnenen 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" im § 3 Z 5 B-GIBG in der Stammfassung vor dem Hintergrund des § 15 leg. cit. id F BGBl. I Nr. 132/1999 hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.11.2007, 2004/12/0164, Folgendes ausgeführt:

"Beschwerdefallbezogen kann der Begriff des 'beruflichen Aufstieges' im § 3 Z 5 B-GIBG von seinem Wortlaut her im Zusammenhang mit der Bemessungsvorschrift des § 15 Abs. 2 B-GIBG nur jene Fälle erfassen, die zu einer Bezugsdifferenz führen. Der Bezugsbegriff ist dabei unter Zuhilfenahme von § 3 Abs. 2 GehG auszulegen. Demnach umfasst der Begriff des Monatsbezuges nur das Gehalt und allfällige (dort näher aufgezählte) Zulagen (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 24. Februar 2006, Zl. 2002/12/0234, und vom 30. Mai 2006, Zl. 2005/12/0261)."

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

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

Die Beschwerdeführerin bezog zum maßgeblichen Zeitpunkt der Ernennung des Mitbewerbers am 01.09.2013 das Gehalt der Funktionsgruppe A1/4. Die ausgeschriebene Stelle ist mit A1/6 bewertet. Bei einer diskriminierungsfreien Besetzung wäre die Beschwerdeführerin mit dieser Funktion betraut worden. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Behörde hat die Beschwerdeführerin beginnend mit 01.10.2013, dem Tag der Ernennung des zum Zug gekommenen Konkurrenten, einen Vermögensschaden in der Höhe der Bezugsdifferenz des Gehalts von der Funktionsgruppe A1/4 auf die Funktionsgruppe A1/6 erlitten, der bis zu ihrer Versetzung in den Ruhestand bzw. einer allfälligen Betrauung mit einer höherwertigen Funktion fort dauert.

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 der mittlerweile 63-jährigen Beschwerdeführerin bis zu ihrer Versetzung in den Ruhestand bzw. einer allfälligen Betrauung mit einer höherwertigen Funktion als gerechtfertigt.

3.1.4. Zur Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 19b iVm § 19a 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 (vgl. RV 2003 der Beilagen XXIV. GP, S 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. Unabhängig davon, dass diese Kriterien im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung der Gesetze bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes von den Dienstbehörden und Gerichten bereits jetzt berücksichtigt werden müssen, sollte die Bedeutung dieser Kriterien durch die Erwähnung im Gesetzestext unterstrichen werden.

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

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

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

Die Beschwerdeführerin hat glaubhaft dargelegt, dass die unsachliche Vorgangsweise der Behörde eine Kränkung seiner Person und Demütigung gegenüber Kollegen darstellte. Dies insbesondere, da der ihr vorgezogene Kollege in der Folge ihr Vorgesetzter war, was die Situation zusätzlich belastete.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt daher zu dem Ergebnis, dass eine Entschädigung in der Höhe von EUR 8.900 aufgrund der Mehrfachdiskriminierung, des anhaltenden Elements und des dadurch im beruflichen Umfeld bewirkten Ansehensverlustes sowie 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 und war die Entschädigung, im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes (vgl. etwa BVwG vom 19.12.2017, W128 2121685-1), an Hand dem für die Verwendungsgruppe A1/6 höchstmöglich zu erreichenden Brutto-Monatsbezug zu bemessen.

3.2. Zu B) Zulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt.

Die getroffenen Auslegungen fußen auf den parlamentarischen Erläuterungen und auf der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich jedoch bisher noch mit Fragen zur Bemessung einer "wirksamen" Entschädigung gemäß § 19b B-GIBG befasst.

Schlagworte

Altersdiskriminierung, Ausschreibung, beruflicher Aufstieg,
Bezugsdifferenz, Entschädigung, Ernennungsverfahren,
geschlechtsspezifische Diskriminierung, Leitungsfunktion,
Mehrfachdiskriminierung, persönliche Beeinträchtigung,
Schadenersatz, Unionsrecht, Verdienstentgang, Vermögensnachteil,
Verwendungsgruppe

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W128.2123673.1.00

Zuletzt aktualisiert am

11.03.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at