

# TE Vwgh Erkenntnis 2020/6/16 Ro 2019/12/0009

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.06.2020

## Index

E000 EU- Recht allgemein

E3L E05200500

E3L E05200520

E6j

001 Verwaltungsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

63/08 Sonstiges allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht

68/01 Behinderteneinstellung

68/02 Sonstiges Sozialrecht

## Norm

AusG 1989 §5 Abs2 idF 2012/I/120

AVG §37

AVG §39 Abs2

BBGStG 2005 §9 Abs4 idF 2017/I/155

BEinstG §7j idF 2013/I/107

B-GIBG 1993 §18a Abs1 idF 2004/I/065

B-GIBG 1993 §18a Abs2 idF 2004/I/065

B-GIBG 1993 §18a Abs2 Z1 idF 2004/I/065

B-GIBG 1993 §18a idF 2004/I/065

B-GIBG 1993 §19b idF 2012/I/120

B-GIBG 1993 §20 Abs3 idF 2018/I/060

B-GIBG 1993 §20a idF 2013/I/210

EURallg

VwGVG 2014 §17

VwRallg

31976L0207 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Berufsbildung Art6

32006L0054 Gleichbehandlungs-RL Arbeits- Beschäftigungsfragen Art18

32006L0054 Gleichbehandlungs-RL Arbeits- Beschäftigungsfragen Art25

32006L0054 Gleichbehandlungs-RL Arbeits- Beschäftigungsfragen Art27 Abs1

61995CJ0180 Draehmpaehl VORAB

62014CJ0407 Arjona Camacho VORAB

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zens, Hofrätin Maga Nussbaumer-Hinterauer, Hofrat Mag. Feiel, Hofrätin MMag. Ginhör sowie Hofrat Mag. Cede als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über die Revision des Bundesministers für Inneres, vertreten durch die Finanzprokuratur, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. September 2019, W128 2123673-1/11E, betreffend Entschädigung nach dem B-GIBG (mitbeteiligte Partei: S G in W, vertreten durch die Stögerer Preisinger Rechtsanwälte OG in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 76/2/23), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

1 Die Mitbeteiligte steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist als Ministerialrätin im Planstellenbereich des Bundesministeriums für Inneres im Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) tätig. Sie beantragte mit Schreiben vom 14. Jänner 2016 im Zusammenhang mit der Nichtzulassung ihrer Bewerbung für die Leitung der Abteilung II/BVT/2 die Abgeltung schadenersatzrechtlicher Ansprüche gemäß § 18a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. Nr. 100/1993. Sie verwies dazu auf ein Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 3. August 2015.

2 In dem ihrem Antrag beigeschlossenen Gutachten vom 3. August 2015 wurde festgehalten, dass die Nichtzulassung der Bewerbung der Mitbeteiligten für die in Rede stehende Funktion eine Diskriminierung darstelle, wobei nicht ausgeschlossen werden könne, dass dies aus Gründen des Geschlechts, des Alters und/oder der Weltanschauung im Sinn von §§ 4 Z 5 und 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG erfolgt sei.

3 In dem zuletzt genannten Gutachten wurde begründend auszugweise wie folgt ausgeführt:

„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 Aufstiegsurses 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 [der Mitbeteiligten] auseinandersetzen wollte, weil sie aufgrund ihrer Qualifikationen eine Konkurrentin für den zum Zug gekommenen Mag. X gewesen wäre. [Die Mitbeteiligte] erfüllte die formalen Erfordernisse der Ausschreibung, ihre Bewerbung hätte daher zumindest zugelassen werden müssen.“

4 Mit Bescheid vom 15. Februar 2016 wies die Bundesministerin für Inneres den Antrag der Mitbeteiligten vom 14. Jänner 2016 gemäß § 18a B-GIBG ab.

5 Das Bundesministerium für Inneres habe - so die Begründung des Bescheides vom 15. Februar 2016 - am 9. Juli 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 erfüllen müssen: „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 staatschutzrelevanten 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.“

6 In der Folge hätten sich die Mitbeteiligte und vier weitere Bedienstete des BVT um die in Rede stehende Planstelle beworben. Die Mitbeteiligte habe ihrer Bewerbung ein Motivationsschreiben sowie ihren Lebenslauf beigelegt. Der Lebenslauf der Mitbeteiligten gestalte sich wie folgt: Sie sei von Februar 1975 bis Februar 1979 bei der Bundespolizeidirektion Wien als Vertragsbedienstete beschäftigt gewesen. Mit 1. März 1979 sei sie als Vertragsbedienstete in den Dienst des Bundesministeriums für Inneres aufgenommen worden. Ihre Definitivstellung sei am 1. Jänner 1983 erfolgt. 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 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 der Anlage 1 Z 1.13 BDG 1979/Rechtswissenschaften erfolgreich abgeschlossen. Seit Oktober 2006 leite sie das Referat Extremismus in der Abteilung II/BVT/2 des BVT.

7 Der von der Mitbeteiligten absolvierte Aufstiegskurs, der als eine interne Fortbildung zu werten sei, die ausschließlich im Bundesdienst von Relevanz sei, vermöge zwar den für die Ernennung in die Verwendungsgruppe A1 grundsätzlich erforderlichen Hochschulstudienabschluss zu 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 gemäß 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 ersetzt werde. So habe das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 4. September 2014, W213 2001505, bereits klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei einem Hoch- bzw. Fachhochschulstudium einerseits und dem Aufstiegskurs an der Verwaltungsakademie andererseits nicht um gleichwertige Bildungsabschlüsse handle. Während Studienabschlüsse an Hoch- bzw. Fachhochschulen „außenwirksam“ seien, stelle der von der Mitbeteiligten 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 in § 112k Abs. 1 GehG (aufgehoben durch BGBl. I Nr. 32/2015) die Möglichkeit der Verbesserung der besoldungsrechtlichen Stellung auf die unter Z 1.12 lit. b der Anlage 1 zum BDG 1979 fallenden Beamten beschränkt. Absolventen eines Aufstiegslehrganges nach der Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 zählten nicht zu dieser Gruppe (Hinweis: VwGH 10.9.2004, 2001/12/0056). Daraus erschließe sich, dass die Bewerbung der Mitbeteiligten nicht berücksichtigt worden sei, weil sie das zwingend vorausgesetzte Kriterium des abgeschlossenen Hochschulstudiums nicht erfülle. Eine Diskriminierung sei sohin nicht vorgelegen.

8 Gegen diesen Bescheid erhob die Mitbeteiligte Beschwerde.

9 Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung erkannte das Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis unter Spruchpunkt A 1.) der Mitbeteiligten in Stattgebung ihrer Beschwerde wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters) gemäß § 18a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Z 1 B-GIBG ab 1. Oktober 2013 einen 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 BVT erhalten hätte, und dem tatsächlichen Monatsbezug (A1/4) zu. Ferner erkannte das Verwaltungsgericht unter Spruchpunkt A 2.) der Mitbeteiligten gemäß § 18a Abs. 1 B-GIBG eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu und bemaß diese gemäß § 19a in Verbindung mit § 19b B-GIBG mit € 8.900,--.

10 Das Gericht stellte fest, die Mitbeteiligte sei im Februar 1979 in den Bundesdienst bei der Bundespolizeidirektion Wien eingetreten. Seit 1. März 1979 sei sie im Bundesministerium für Inneres tätig. Von 1990 bis einschließlich 2001 sei sie als Sachbearbeiterin im „ND-Bereich“ sowie im Bereich Profileration, Internationaler Waffenhandel, Nuklearkriminalität und organisierte Kriminalität tätig gewesen. Von 2002 bis 2006 sei sie (Haupt)Referentin in der Abteilung II/BVT/2 des Bundesministeriums für Inneres gewesen. Im Jahr 2006 habe sie den Aufstiegskurs gemäß Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 erfolgreich abgeschlossen. Seit 1. August 2006 leite sie das Referat Extremismus in der Abteilung II/BVT/2 des Bundesministeriums für Inneres. Die Mitbeteiligte sei auf Grund ihrer langjährigen Tätigkeit in der Abteilung II/BVT/2 mit den Vorgängen in der Abteilung bestens vertraut und verfüge über eine Vielzahl von einschlägigen Fortbildungen. Sie habe den Fachhochschullehrgang „Wirtschaftskriminalität und Cyber Crime“ an der Fachhochschule Wiener Neustadt besucht und habe diesen mit dem akademischen Grad „Master of Science in Business & Cyber Crime Control“ abgeschlossen. Sie sei darüber hinaus langjährig mit der Stellvertretung der ausgeschriebenen Planstelle betraut gewesen. Von 1995 bis 2013 sei die Mitbeteiligte Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen gewesen.

11 Der am 1. Oktober 2013 mit der ausgeschriebenen Funktion betraute Ministerialrat Mag. X verfüge über ein abgeschlossenes Diplomstudium der Rechtswissenschaften sowie über ein Masterstudium „Strategisches Sicherheitsmanagement“. Er sei im Jahr 1982 als Sicherheitswachebeamter bei der Bundespolizeidirektion Schwechat in den Dienst eingetreten und sei von 1986 bis 1989 beim Verkehrsunfallkommando tätig gewesen. Anschließend habe er die Grundausbildung für den Kriminaldienst absolviert und sei kurze Zeit bei der Kriminaldienstgruppe Schwechat verwendet sowie im November 1992 dem Bundesministerium für Inneres zugeteilt worden, wo er der damaligen Abteilung II/C/7 (allgemeine staatspolizeiliche Aufgaben) und der Einsatzgruppe zur Bekämpfung des Terrorismus zur Dienstleistung zugewiesen gewesen sei. Von Jänner 2003 bis Juni 2004 sei Ministerialrat Mag. X in der Abteilung II/BVT/3 (Personen- und Objektschutz) verwendet worden. Anschließend sei eine ca. zweijährige Berufserfahrung an der Außenstelle des Bundesministeriums für Inneres bei der „Ständigen Vertretung“ in Brüssel gefolgt, wo der Bewerber vorwiegend Interessen des BVT habe vertreten müssen. Nach seiner Rückkehr im September 2006 sei er wieder bei der Abteilung II/BVT/3 tätig gewesen. Mit 1. Jänner 2009 sei er der neu eingerichteten Abteilung II/BVT/4 zugewiesen worden, wo er das interne Referat „Strategische Analyse und OSINT“ geleitet habe und den Direktor des BVT bei der vorübergehenden Leitung dieser Abteilung unterstützt habe. Seit April 2011 habe Ministerialrat Mag. X die Abteilung II/BVT/4 geleitet.

12 Die Nichtzulassung der Bewerbung der Mitbeteiligten im Auswahlverfahren betreffend die Funktion „Leiter/in der Abteilung 2“ des BVT stelle - so das Bundesverwaltungsgericht in seinen den Sachverhaltsfeststellungen gewidmeten Passagen weiter - eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und des Alters im Sinn der §§ 4 Z 5, 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG dar. Bei der Besetzung der gegenständlichen Planstelle sei kein Hearing durchgeführt worden. Am 27. August 2013 habe die gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 Ausschreibungsgesetz 1989 eingerichtete Begutachtungskommission der Bundesministerin für Inneres ein Gutachten vorgelegt und angeregt, Ministerialrat Mag. X mit der Leitung der Abteilung II/BVT/2 dauernd zu betrauen. Bei einer diskriminierungsfreien Auswahl hätte die Mitbeteiligte aufgrund der zumindest gleichen Eignung wie der zum Zug gekommene Konkurrent mit der ausgeschriebenen Planstelle betraut werden müssen.

13 Beweiswürdigend führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, dass es den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Gutachtens der Bundesgleichbehandlungskommission vom 3. August 2015 folge. Die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde sei zur mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht nicht

erschienen und sei somit weder den Ausführungen der Mitbeteiligten entgegengetreten, noch habe sie von ihrem Fragerecht gegenüber den geladenen Zeugen Gebrauch gemacht. In ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2019 habe die Behörde im Großen und Ganzen ihr bisheriges Vorbringen wiederholt. Dabei habe sie eingeräumt, dass die Mitbeteiligte im Rahmen der Ausschreibung vom 22. März 2018 zum Hearing zugelassen worden sei, jedoch aufgrund des ihr fehlenden Studiums „ebenfalls“ nicht mit der Funktion betraut worden sei. Damit räume die Behörde indirekt ein, Willkür geübt zu haben, weil nicht ersichtlich sei, warum die Mitbeteiligte einmal zum Hearing zugelassen worden sei und einmal nicht, obwohl ihre Qualifikation bei beiden Ausschreibungen dieselbe gewesen sei. Der als Zeuge geladene Leiter der Begutachtungskommission habe sich im Wesentlichen wenig überzeugend auf die Position der Behörde zurückgezogen und habe nach seiner Aussage, wonach zwei der übrigen Bewerber bereits Abteilungsleiter gewesen seien, die Beschwerdeführerin jedoch „nur“ ein Referat geleitet habe, nicht angeben können, wie groß diese Abteilungen seien, und er habe diese Abteilungen auch nicht in Relation zu den 34 von der Mitbeteiligten geleiteten Mitarbeitern setzen können. Der Zeuge habe nicht plausibel erklären können, weshalb die Mitbeteiligte im Jahr 2018 bei ihrer Bewerbung um dieselbe Planstelle zum Bewerbungsverfahren zugelassen worden sei, obwohl sie weiterhin kein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften habe aufweisen können. Der ebenfalls als Zeuge geladene stellvertretende Gleichbehandlungsbeauftragte, der beratend „bei der Begutachtungskommission teilgenommen“ habe, habe ausgesagt, dass die Bewerbung der Mitbeteiligten aus formalen Gründen ausgeschieden worden sei. Als Nichtjurist habe er die Aussagen des rechtskundigen Sektionschefs nicht in Frage gestellt. Über die Beweggründe könne er nur Mutmaßungen anstellen.

14 Die Behörde stütze sich auf eine Rechtsmeinung, die schon allein aufgrund des klaren Gesetzestextes nicht haltbar sei und „konstruiert“ wirke. Es sei seitens der Behörde gänzlich unberücksichtigt geblieben, dass die Mitbeteiligte nicht nur die Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A1 erfülle, sondern auch langjährig auf entsprechenden Arbeitsplätzen verwendet worden sei. Dazu komme, dass die Mitbeteiligte als Referatsleiterin mit 34 Mitarbeitern über Führungserfahrung verfüge, auch langjährig die Stellvertretung der ausgeschriebenen Funktion innegehabt habe und durch ihre Vorfunktion in sämtlichen von der Abteilung zu betreuenden Agenden habe Erfahrung sammeln können. Die von der Bundes-Gleichbehandlungskommission und der Mitbeteiligten geäußerte Vermutung, dass die Mitbeteiligte aus formalen Gründen ausgesondert werden sollen, weil aufgrund ihrer Vorbildung und ihrer beruflichen einschlägigen Erfahrung eine schlechtere Reihung gegenüber ihren Mitbewerbern nur schwer zu argumentieren gewesen wäre, erscheine schlüssig. Aus der Vorgehensweise der Begutachtungskommission ergebe sich ebenso implizit, dass dies auch den handelnden Akteuren habe bewusst gewesen sein müssen. Anderenfalls hätte sich das „konstruierte“ Ausscheiden aus formalen Gründen im Vorfeld erübrigt.

15 Dass für die ausgeschriebene Planstelle ausschließlich das Ernennungserfordernis gemäß Z 1.19 der Anlage 1 zum BDG 1979 erforderlich gewesen wäre, wurde von der belangten Behörde weder vorgebracht noch sei dies aus den aufgenommenen Beweisen hervorgekommen. Es sei im Gegenteil zu berücksichtigen gewesen, dass der Vertreter der Behörde vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission vorgebracht habe, dass theoretisch auch eine Archäologin die Mitbeteiligte „aus dem Rennen“ hätte werfen können; dies wohl in Verkennung der Rechtslage, weil in Z 1.12 der Anlage 1 zum BDG 1979 unmissverständlich auf eine der Verwendung auf dem Arbeitsplatz entsprechende abgeschlossene Hochschulbildung abgestellt werde. Der von der Mitbeteiligten absolvierte Aufstiegskurs, der ein Hochschulstudium der Rechtswissenschaften ersetze, erfülle diese Voraussetzung jedenfalls ebenso wie das von Ministerialrat Mag. X absolvierte Diplomstudium der Rechtswissenschaften.

16 Es sei auffällig, dass neben der Mitbeteiligten vier männliche Bewerber zur Auswahl gestanden seien und der schließlich zum Zuge gekommene Mitbewerber erheblich jünger sei als die zum damaligen Zeitpunkt 59-jährige Mitbeteiligte. Im Zusammenhalt mit der sachlich nicht gerechtfertigten „Aussonderung“ der Mitbeteiligten lasse dies den Schluss zu, dass sie aufgrund der zuletzt genannten Eigenschaften nicht habe zum Zuge kommen sollen. Ein anderer plausibler Grund sei im Beweisverfahren nicht zu Tage getreten. Vor diesem Hintergrund gehe das Bundesverwaltungsgericht von der Richtigkeit der Angaben der Mitbeteiligten aus. In Verbindung mit den weiteren Beweismitteln und Aktenbestandteilen bestehe kein Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens der Bundes-Gleichbehandlungskommission im Hinblick auf das Bestehen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und des Alters der Mitbeteiligten.

17 Eine Diskriminierung der Mitbeteiligten aufgrund ihrer Weltanschauung habe hingegen anhand der

Zeugenaussagen nicht eindeutig festgestellt werden können. Die Begutachtungskommission sei nicht „einseitig fraktionell“ besetzt gewesen. Eine solche Diskriminierung könne jedoch dahin gestellt bleiben, weil infolge der Diskriminierung aufgrund des Alters und des Geschlechts ohnehin bereits eine Mehrfachdiskriminierung vorliege.

18 In rechtlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 4 Z 5 und § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG aus, es folge aus den in der Beweiswürdigung dargelegten Erwägungen, dass die Mitbeteiligte aus formellen Gründen aus dem Kreis der Bewerber ausgeschieden worden sei, obwohl sie mit hoher Wahrscheinlichkeit für die ausgeschriebene Funktion bestens geeignet gewesen sei. Es sei daher davon auszugehen, dass sie zumindest gleich geeignet gewesen sei wie ihre (durchwegs männlichen) Mitbewerber und dass sie daher auch im Sinne des Frauenförderungsplans gemäß § 11c B-GIBG vorrangig zu bestellen gewesen wäre. Der Behörde sei es nicht gelungen, darzulegen, dass die Mitbeteiligte im Ergebnis zu Recht nicht ernannt worden sei. Vielmehr habe sich die Behörde auf eine rechtliche Auslegung der Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 zurückgezogen, die eindeutig dem Wortlaut der zuletzt genannten Bestimmung widerspreche. Weiters habe die Behörde auf Vorgaben des für den öffentlichen Dienst zuständigen Bundesministers verwiesen. Laut Ausschreibung sei ein abgeschlossenes Hochschulstudium, bevorzugt Rechtswissenschaften gefordert gewesen. In Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 werde unmissverständlich angeordnet, dass die erfolgreiche Absolvierung des Aufstiegsurses den Abschluss eines Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften ersetze. Insofern habe die Mitbeteiligte dieses Formalkriterium eindeutig erfüllt, und es wären allenfalls bei einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit ihren Mitbewerbern inhaltliche Aspekte von Studium und Aufstiegskurs zu würdigen gewesen. Der Versuch, die Verantwortung auf den für den öffentlichen Dienst zuständigen Bundesminister abzuwälzen, gehe schon allein deshalb ins Leere, weil gemäß § 137 Abs. 1 letzter Satz BDG 1979 bei der Zuordnung zu einer Verwendungsgruppe - ebenso unmissverständlich - auch auf die in der Anlage 1 für diese Verwendungsgruppe vorgeschriebenen Ausbildungserfordernisse, somit auch auf die Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979, Bedacht zu nehmen sei. Nachdem die Mitbeteiligte in der konkreten Abteilung schon viele Jahre ihren Dienst versehen, dort als Referatsleiterin auch Führungsaufgaben sowie darüber hinaus auch einige Jahre eine stellvertretende Funktion für die ausgeschriebene Funktion habe wahrnehmen müssen, sei sie eine ernstzunehmende Konkurrentin im Bewerberkreis gewesen. Durch ihre ungerechtfertigte Entfernung aus diesem habe man sie einer realen Chance, die ausgeschriebene Stelle auch zu erhalten, beraubt. Im Ergebnis sei daher, wie bereits im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission festgestellt worden sei, von einer Diskriminierung der Mitbeteiligten nach § 4 Z 5 und § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG auszugehen. Der Ersatzanspruch sei somit nach der Bestimmung des § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG zu bemessen gewesen.

19 Die Mitbeteiligte habe 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 § 19a in Verbindung mit § 19b B-GIBG gefordert. Es sei grundsätzlich festzuhalten, dass das B-GIBG in der Fassung BGBl. I Nr. 65/2004 wie auch das Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004, die „EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien“ umsetzen. Die nationalen Gerichte seien daher zu einer europarechtskonformen Auslegung verpflichtet. Hinsichtlich der Sanktionen für Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot ergebe sich u.a. aus Art. 17 der Richtlinie 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 müssten. Bereits aufgrund der „richtlinienkonformen Auslegungsverpflichtung“ sei eine Entschädigung an diesen Kriterien zu messen. So habe auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass § 18b B-GIBG jedenfalls hinreichend abschreckende Sanktionen vorsehe (Hinweis: VwGH 12.5.2010, 2009/12/0151). Um den sich aus der Richtlinie ergebenden Sanktionscharakter zu betonen, sei durch die Novelle, BGBl. I Nr. 120/2012, § 19b B-GIBG eingefügt worden.

20 Betreffend den Ersatz des Vermögensschadens gemäß § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Ersatzanspruch nach dem klaren Gesetzeswortlaut voraussetze, dass der Beamte bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre. Konsequenterweise könne die über einen solchen Anspruch absprechende Dienstbehörde letzteren dadurch entkräften, dass sie - sei es auch erst auf Grund von im Schadenersatzverfahren gewonnenen Beweisergebnissen - darlege, dass der Anspruchswerber im Ergebnis zu Recht nicht ernannt worden sei.

21 Die Formulierung des § 18a Abs. 2 Z 1 B-GIBG „Bezugsdifferenz für mindestens drei Monate“ zeige, dass der Gesetzgeber damit der Behörde einen Ermessensspielraum einräume, einen angemessenen Schadenersatz festzulegen.

22 Die Mitbeteiligte habe zum maßgeblichen Zeitpunkt der Ernennung des Mitbewerbers am 1. September 2013 das Gehalt der Funktionsgruppe A1/4 bezogen. Die ausgeschriebene Stelle sei mit A1/6 bewertet. Bei einer diskriminierungsfreien Besetzung wäre die Mitbeteiligte mit dieser Funktion betraut worden. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Behörde habe die Mitbeteiligte beginnend mit 1. Oktober 2013, dem Tag der Ernennung des zum Zug gekommenen Konkurrenten, einen Vermögensschaden in der Höhe der Bezugsdifferenz des Gehalts der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 4, und des Gehalts der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 6, erlitten, der bis zu ihrer Versetzung in den Ruhestand bzw. bis zu einer allfälligen Betrauung mit einer höherwertigen Funktion fortduere. Im Hinblick auf die dem Gesetz innewohnende Intention, dass Ersatzleistungen aufgrund von Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollten, sei die Zuerkennung des „tatsächlichen Verdienstentganges“ der mittlerweile 63-jährigen Mitbeteiligten bis zu ihrer Versetzung in den Ruhestand bzw. bis zu einer allfälligen Betrauung mit einer höherwertigen Funktion als gerechtfertigt zu beurteilen.

23 Zur Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 19a in Verbindung mit § 19b B-GIBG führte das Gericht aus, dass nach § 19b B-GIBG die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung so zu bemessen sei, dass dadurch diese Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen werde und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung angemessen sei und solche Diskriminierungen verhindert werden würden. Dem Gesetzgeber sei es erforderlich erschienen, eine Rechtsgrundlage für die Bemessung wirksamer Sanktionen im Falle einer Diskriminierung zu schaffen. Der Sanktion wohne ein general- sowie ein spezialpräventives Element inne. Für die Bemessung des immateriellen Schadens (die erlittene persönliche Beeinträchtigung) seien weiters die Dauer, Art und Intensität der Beeinträchtigung sowie eine Gesamtbetrachtung der Umstände (Globalbemessung) relevant.

24 Auch der Oberste Gerichtshof habe in einer Entscheidung zum 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 (Hinweis: OGH 5.6.2008, 9 ObA 18/08z).

25 Wenngleich das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl. I Nr. 82/2005, im gegenständlichen Fall keine Anwendung finde, so sei zwecks Auslegung des § 19b B-GIBG auch die wortgleiche Bestimmung des § 9 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz zu betrachten, welche zusätzlich konkretisiere, dass insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und auf Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen sei. In der Literatur werde schließlich als Kriterium für die europarechtlich geforderte abschreckende Wirkung der Sanktion die „Unwirtschaftlichkeit der Diskriminierung“ angeführt. Demnach sei eine Sanktion nur dann wirklich abschreckend, wenn sie über einen tatsächlich erlittenen Schaden hinausgehe. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes könne im Übrigen die Festlegung des Entschädigungsbetrags stets nur nach den Umständen des Einzelfalls erfolgen (Hinweis: OGH 27.8.2015, 9 ObA 87/15g).

26 Die Mitbeteiligte habe glaubhaft dargelegt, dass die unsachliche Vorgangsweise der Behörde eine Kränkung ihrer Person und eine Demütigung gegenüber Kollegen dargestellt habe; dies insbesondere deshalb, weil der ihr vorgezogene Kollege in der Folge ihr Vorgesetzter gewesen sei, was die Situation zusätzlich belastet habe.

27 Das Bundesverwaltungsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass eine Entschädigung in der Höhe von € 8.900,- aufgrund der Mehrfachdiskriminierung, des „anhaltenden Elements“ und des dadurch im beruflichen Umfeld bewirkten Ansehensverlustes sowie der dadurch erlittenen persönlichen Beeinträchtigung angemessen sei und auch einen wirksamen Ausgleich darstelle. Darüber hinaus sei die Entschädigung hinreichend abschreckend und präventiv, sodass damit ähnlich gelagerte Fälle zukünftig verhindert würden und den europarechtlichen Vorgaben Genüge getan werde. Es habe unter diesen Vorgaben mit einem geringeren Betrag nicht das Auslangen gefunden werden können und es sei die Entschädigung im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes anhand dem für die Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 6, höchstmöglich zu erreichenden Bruttomonatsbezug zu bemessen gewesen.

28 Die Zulassung der Revision begründete das Bundesverwaltungsgericht dahin, dass sich der Verwaltungsgerichtshof bisher noch nicht mit Fragen zur Bemessung einer „wirksamen“ Entschädigung gemäß § 19b B-GIBG befasst habe.

29 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Amtsrevision, in der inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften verbunden mit dem Antrag geltend gemacht werden, das angefochtene Erkenntnis aus diesen Gründen aufzuheben.

30 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung der Revision sowie Kostenersatz beantragte.

31 Zur Begründung ihrer Zulässigkeit beruft sich die Revision zunächst auf die im angefochtenen Erkenntnis für die Zulassung der Revision angeführten Gründe.

32 Darüber hinaus führt die Revision zur Zulässigkeit aus, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage fehle, ob die Gleichstellung des Abschlusses eines Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften oder der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften mit der erfolgreichen Absolvierung eines vom Bundeskanzleramt veranstalteten Aufstiegsurses gemäß Z 1.13 der Anlage 1 zum BDG 1979 in der bis zum 31. Dezember 2014 geltenden Fassung „im Rahmen der Ernennungserfordernisse“ für eine Verwendung in der Verwendungsgruppe A1 auf die gesonderte Vorschreibung des Abschlusses eines Hochschulstudiums als besonderes Anforderungserfordernis bei einer ausgeschriebenen Planstelle „durchschlage“. Vorliegend sei entsprechend der Ausschreibung und der Arbeitsplatzbeschreibung gänzlich unabhängig von der Erfüllung der Ernennungsvoraussetzungen für die Verwendungsgruppe A1 der Abschluss eines Hochschulstudiums, vorzugsweise der Rechtswissenschaften zwingend Voraussetzung für die Ernennung gewesen. Die Voraussetzungen für die Ernennung in die Verwendungsgruppe A1 dürften nicht mit den auf dem spezifischen Arbeitsplatz zu erbringenden Voraussetzungen gleichgesetzt werden. Das Bundesverwaltungsgericht sei in diesem Zusammenhang auch von dem hg. Erkenntnis vom 10. September 2004, 2001/12/0056, abgewichen.

33 Weiters gelte im Dienstrechtsverfahren der Grundsatz der Amtswegigkeit. § 20a B-GIBG sei schon infolge seines Wortlauts nur im gerichtlichen Verfahren anzuwenden. Es treffe im gegenständlichen Verfahren weder die Behörde noch die mitbeteiligte Partei eine Beweislast. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt sei durch das Bundesverwaltungsgericht von amtswegen zu ermitteln gewesen.

34 Das Bundesverwaltungsgericht habe angeführt, dass es der Behörde nicht gelungen sei, darzulegen, dass die Mitbeteiligte im Ergebnis zu Recht nicht ernannt worden sei. Das Gericht habe somit zu Unrecht die Beweislast der revisionswerbenden Behörde überbunden und es habe den maßgeblichen Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt. Der Umstand, dass die behördliche Argumentation nach Ansicht des Gerichts „konstruiert“ wirke, bedeute keineswegs, dass für die Entscheidung sachfremde Motive ausschlaggebend gewesen seien. Selbst wenn die diesbezügliche Rechtsansicht der Behörde rechtlich unzutreffend gewesen sei, sei sie dennoch als vertretbar zu beurteilen.

35 Das Gericht habe sich zudem nicht damit auseinandergesetzt, ob die Mitbeteiligte die spezifischen Erfordernisse laut Ausschreibung erfülle bzw. ob sie diesen im selben Ausmaß wie die anderen Mitbewerber gerecht werde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

36 Die Revision erweist sich aus den in der Zulassungsbegründung des Gerichts angeführten Gründen als zulässig. Sie ist aber nicht berechtigt.

37 § 5 Abs. 2 Ausschreibungsgesetz 1989, BGBl. Nr. 85 in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2012, lautete:

„Die Ausschreibung hat neben den allgemeinen Voraussetzungen jene besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu enthalten, die für die Erfüllung der mit der ausgeschriebenen Funktion oder dem Arbeitsplatz verbundenen Anforderungen von den Bewerberinnen und Bewerbern erwartet werden. Diese besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten sind in Übereinstimmung mit den in der Geschäftseinteilung vorgesehenen Aufgaben der jeweiligen Organisationseinheit festzulegen. In der Ausschreibung ist anzuführen, mit welcher Gewichtung die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Beurteilung der Eignung jeweils berücksichtigt werden; dabei kann eine systematische Zusammenfassung von einzelnen Kompetenzen zu Kompetenzbereichen erfolgen. Im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten ist zusätzlich anzuführen, dass bei Beurteilung der Eignung (§ 10) neben den besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten die in § 15 des Bundesgesetzes



über Aufgaben und Organisation des auswärtigen Dienstes (Statut), BGBl. I Nr. 129/1999, normierten Prinzipien der Mobilität und der Rotation zu berücksichtigen sind. Die Ausschreibung hat darüber hinaus über die Aufgaben der Inhaberin oder des Inhabers der ausgeschriebenen Funktion oder des Arbeitsplatzes Aufschluss zu geben. Handelt es sich bei der Funktion oder dem Arbeitsplatz um eine gemäß § 1 Abs. 3 Inländerinnen und Inländern vorbehaltene Verwendung, ist in der Ausschreibung darauf hinzuweisen.“

38 Die Richtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) lautet auszugsweise:

„Artikel 18

Schadenersatz oder Entschädigung

Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts entstandene Schaden - je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten - tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss. Dabei darf ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem Bewerber durch die Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner Bewerbung verweigert wurde.

...

Artikel 19

Beweislast

(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

(2) Absatz 1 lässt das Recht der Mitgliedstaaten, eine für die klagende Partei günstigere Beweislastregelung vorzusehen, unberührt.

(3) Die Mitgliedstaaten können davon absehen, Absatz 1 auf Verfahren anzuwenden, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle obliegt.

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 finden ebenfalls Anwendung auf

a) die Situationen, die von Artikel 141 des Vertrags und - sofern die Frage einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesprochen ist - von den Richtlinien 92/85/EWG und 96/34/EG erfasst werden;

b) zivil- und verwaltungsrechtliche Verfahren sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor, die Rechtsbehelfe nach innerstaatlichem Recht bei der Anwendung der Vorschriften gemäß Buchstabe a vorsehen, mit Ausnahme der freiwilligen oder in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen außergerichtlichen Verfahren.

(5) Soweit von den Mitgliedstaaten nicht anders geregelt, gilt dieser Artikel nicht für Strafverfahren.

...

Artikel 25

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen die Regeln für die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Anwendung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen

können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Vorschriften der Kommission spätestens bis zum 5. Oktober 2005 mit und unterrichten sie unverzüglich über alle späteren Änderungen dieser Vorschriften.

...

## Artikel 27

### Mindestanforderung

(1) Die Mitgliedstaaten können Vorschriften erlassen oder beibehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind.“

39 In den Erwägungen zu der zuletzt genannten Richtlinie wird Folgendes ausgeführt:

„(30) Der Erlass von Bestimmungen zur Beweislast ist wesentlich, um sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung wirksam durchgesetzt werden kann. Wie der Gerichtshof entschieden hat, sollten daher Bestimmungen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass die Beweislast - außer im Zusammenhang mit Verfahren, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder der zuständigen nationalen Stelle obliegt - auf die beklagte Partei verlagert wird, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht. Es ist jedoch klarzustellen, dass die Bewertung der Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, weiterhin der einschlägigen einzelstaatlichen Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten obliegt. Außerdem bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, auf jeder Stufe des Verfahrens eine für die klagende Partei günstigere Beweislastregelung vorzusehen.

...

(33) Der Gerichtshof hat eindeutig festgestellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann als tatsächlich verwirklicht angesehen werden kann, wenn bei allen Verstößen eine dem erlittenen Schaden angemessene Entschädigung zuerkannt wird. Es ist daher angebracht, die Vorabfestlegung irgendeiner Höchstgrenze für eine solche Entschädigung auszuschließen, außer in den Fällen, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem Bewerber infolge einer Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner Bewerbung verweigert wurde.“

40 Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf lautet auszugsweise:

### „Artikel 17

#### Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Bestimmungen der Kommission spätestens am 2. Dezember 2003 mit und melden alle sie betreffenden späteren Änderungen unverzüglich.“

41 Das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. Nr. 100/1993 (§§ 4 und 19b in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2012; § 11c in der Fassung BGBl. I Nr. 140/2011; §§ 13 und 20 in der Fassung BGBl. I Nr. 60/2018; § 18a in der Fassung BGBl. I Nr. 65/2004; § 19a in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2008; § 20a in der Fassung BGBl. I Nr. 210/2013), lautet auszugsweise:

### „I. Teil

#### Gleichbehandlung

...

#### 1. Hauptstück

#### Gleichstellung und Gleichbehandlung von Frauen und Männern

...

## 1. Abschnitt

### Gleichbehandlungsgebot

#### 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),

...

## 2. Abschnitt

### Besondere Fördermaßnahmen für Frauen

...

#### Vorrang beim beruflichen Aufstieg

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

1. in der betreffenden Funktionsgruppe (einschließlich Grundlaufbahn), Gehaltsgruppe oder Bewertungsgruppe oder
2. in den sonstigen hervorgehobenen Verwendungen (Funktionen), welche auf die betreffende, nicht unterteilte Kategorie nach § 11 Abs. 2 Z 1 entfallen,

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

...

## 2. Hauptstück

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),

...

## 3. Hauptstück

### Gemeinsame Bestimmungen für das 1. und 2. Hauptstück

#### 1. Abschnitt

#### Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes

...

#### 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.

2. Abschnitt

Geltendmachung von Ansprüchen

Fristen

§ 20. ...

(3) Ansprüche von Beamtinnen oder Beamten gegenüber dem Bund nach § 18a sind binnen sechs Monaten mit Antrag bei der Dienstbehörde geltend zu machen, die die Bewerbung oder Beförderung abgelehnt hat. Die Frist für die Geltendmachung des Anspruches nach § 18a beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Beamtin oder der Beamte Kenntnis von der Ablehnung der Bewerbung oder Beförderung erlangt hat.

...

Beweislast

§ 20a. Insoweit sich eine betroffene Person vor Gericht auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne dieses Bundesgesetzes beruft, hat sie Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Der oder dem Beklagten obliegt es zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat."

42 § 9 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl. I Nr. 82/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 155/2017, lautet:

„Rechtsfolgen bei Verletzung des Diskriminierungsverbots

§ 9. (1) Bei Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäß § 4 Abs. 1 hat die betroffene Person jedenfalls Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(2) Bei einer Belästigung gemäß § 5 Abs. 4 hat die betroffene Person gegenüber der Belästigerin oder dem Belästiger jedenfalls Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens und auf Unterlassung der Belästigung. Darüber hinaus hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen Schadenersatz, mindestens jedoch auf 1 000 Euro.

...

(4) 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 Diskriminierungen verhindert. Dabei ist insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere des Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und auf Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen.

...“

43 § 7j Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2013, lautet:

„Höhe des Schadenersatzes

§ 7j. 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 Diskriminierungen verhindert. Dabei ist insbesondere auf die Dauer der Diskriminierung, die Schwere eines allfälligen Verschuldens, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und auf Mehrfachdiskriminierungen Bedacht zu nehmen.“

44 § 4 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333 in der Fassung BGBl. I Nr. 140/2011, lautete:

„Ernennungserfordernisse

§ 4. (1) Allgemeine Ernennungserfordernisse sind

1. a) bei Verwendungen gemäß § 42a die österreichische Staatsbürgerschaft,
- b) bei sonstigen Verwendungen die

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)