

TE Bvwg Erkenntnis 2020/1/21 W257 2203044-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.01.2020

Entscheidungsdatum

21.01.2020

Norm

B-GIBG §13

B-GIBG §13a

B-GIBG §18a

B-GIBG §20

B-VG Art133 Abs4

Spruch

W257 2203044-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Herbert MANTLER, MBA, über die Beschwerde von XXXX geboren am XXXX vertreten durch XXXX , Rechtsanwalt in XXXX , gegen den Bescheid des Landespolizeidirektors für XXXX vom 02.07.2018, Gz. XXXX , betreffend die Zuerkennung und Auszahlung der Bezugsdifferenz für sechs mal zwölf Monate von der Funktionszulage E2a/2 auf die Funktionszulage E2a/4 in der Funktionsstufe 3 gemäß § 18a B-GIBG im Ausmaß von Euro 159,70 pro Monat, sohin gesamt 11.498,40 Euro zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz in Verbindung mit § 18a Bundesgleichbehandlungsgesetzes abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

1. Verfahrensgang:

1.1. Der Beschwerdeführer (in der Folge kurz: "BF" genannt) steht als XXXX (in der Folge kurz: " XXXX ") in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist der XXXX , Verwaltungsbezirk XXXX , zur Dienstleistung zugewiesen.

1.2. Mit Schreiben der Personalabteilung der LPD XXXX vom 27.03.2017, wurde eine Interessenten/innensuche für

insgesamt 47 "E2a-Planstellen" im Bundesland verlautbart. Unter der fortlaufenden Nr. 20 dieser Interessenten/innensuche war für das Bezirkspolizeikommando des Verwaltungsbezirkes XXXX der/die Stellvertreter/in der Polizeiinspektion XXXX ausgeschrieben. Aufgrund dieser Interessenten/innensuche meldeten sich für die Planstelle insgesamt 5 Bewerber/innen, darunter XXXX geboren am XXXX und XXXX, geboren am XXXX.

XXXX wurde mit Dienstauftrag vom XXXX per XXXX als Stellvertreter des Kommandanten der XXXX versetzt und eingeteilt.

1.3. Mit Eingabe vom XXXX wendeten sich der BF an das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen und beanstandete die Planstellenbesetzung. Er monierte, dass ein um 8 Jahre jüngerer Kollege die vom BF angestrebte Planstelle erhalten habe, obgleich der BF für diese Planstelle nach seiner Ansicht nach besser qualifiziert gewesen wäre. Damit wäre er aufgrund seines Alters diskriminiert worden. Die Bundes-Gleichbehandlungskommission folgte dieser Ansicht und stellte mit dem Gutachten vom XXXX folgendes fest: "Ihre Nichtberücksichtigung um die Planstelle des/der Stellvertreters/Stellvertreterin des Kommandanten der PI XXXX beim BPK XXXX stellt eine Diskriminierung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Zif. 1 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) dar."

1.4. Mit Schreiben vom XXXX stellte der BF einen Antrag auf Entschädigung gem. § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG in der Höhe von gesamt XXXX Euro. Am XXXX wurde der Bezirkspolizeikommandant von der Dienstbehörde als Zeugen einvernommen. Mit Schreiben vom XXXX wurde der Antrag vom XXXX insofern korrigiert, als dass die Summe von gesamt XXXX Euro gefordert werden, dies dem Verdienstentgang des BF bis zur voraussichtlichen Pensionierung entsprechen würde. Das Ermittlungsergebnis wurde dem BF mit Schreiben vom XXXX mitgeteilt. Mit Schreiben vom XXXX langte bei der Behörde eine Stellungnahme des BF ein.

1.5. Mit dem im Spruch erwähnten Bescheid wurde der Antrag abgewiesen. Begründend führt die Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges aus:

"Für die Landespolizeidirektion XXXX als zur Entscheidung über Ihren Antrag zuständige Behörde waren nachstehend dargestellte rechtliche Erwägungen maßgeblich:

1) Widersprüchlichkeit des Gutachtens der Gleichbehandlungskommission

Ihr Antrag auf finanzielle Entschädigung wegen Altersdiskriminierung gemäß § 18a B-GIBG stützt sich ausschließlich auf das Gutachten der Bundesgleichbehandlungskommission vom 07.03.2018, in dem eine Diskriminierung auf Grund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG festgestellt worden ist.

Das genannte Gutachten enthält zwar eingangs den Beschluss, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von XXXX um die Planstelle "des/der Stellvertreters/Stellvertreterin des Kommandanten der PI XXXX beim BPK XXXX eine Diskriminierung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG darstellen würde. Bei den Erwägungsgründen des Gutachtens (S. 11 ff) ist jedoch von einer Gewissheit des Vorliegens einer Altersdiskriminierung keine Rede mehr, vielmehr heißt es darin unter anderem, dass es lediglich nicht ausgeschlossen werden könne, dass auch sachfremde, vom Antragsteller vorgebrachte Motiv des Alters für die Personalentscheidung eine Rolle spielte (S. 15).

Mit anderen Worten ist es auch unter Zugrundelegung des Gutachtens der Gleichbehandlungskommission keinesfalls erwiesen, dass durch das Ergebnis des gegenständlichen Besetzungsverfahrens eine Altersdiskriminierung des Antragstellers vorliegt. Hierfür müsste schlüssig und nachvollziehbar dargelegt worden sein, welche Entscheidungsgründe im Konkreten auf eine Diskriminierung aufgrund des Alters schließen lassen. Stattdessen wird begründend (auszugsweise) lediglich ausgeführt, dass "für den Senat nicht der Eindruck entstanden sei, dass die von Obstk XXXX im November vorgebrachte mangelnde Qualifikation des Antragstellers der ausschlaggebende Grund für die Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern lag. Vielmehr würde es wirken, als habe man den Antragsteller aus einem anderen Motiv von vornherein ausgeschlossen, ohne sich näher mit seiner Qualifikation befasst zu haben und erst im Nachhinein aus Anlass des Verfahrens vor dem Senat Gründe dafür vorzubringen versucht" (S. 13).

2) Keine Akzessorietät des Gutachtens zu den schadenersatzrechtlichen Ansprüchen gemäß § 18a B-GIBG

Abgesehen von der unter 1) ausgeführten Unschlüssigkeit des Gutachtens der Gleichbehandlungskommission normiert das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz für das Schadenersatzverfahren keine gesetzliche Bindung an das Gutachten der Gleichbehandlungskommission des Bundes. Der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig vom Gutachten dieser Kommission. Diesem kommt aber die Bedeutung eines Beweismittels zu. Gegenstand des von der Behörde durchzuführenden Verwaltungsverfahrens ist es zu klären, ob die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch

gegeben sind oder nicht. Zweck des Ermittlungsverfahrens ist es nach § 37 AVG, den für die Erledigung der Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Im Rahmen der so gegebenen Ermittlungspflicht der Behörde und der Mitwirkungspflicht der Beamtin ist auf die Schwierigkeiten der Beamtin bei der Darlegung der Motive für die Entscheidungsfindung, die sich im Allgemeinen nicht in einer nach Außen in Erscheinung tretenden Weise dokumentieren, Bedacht zu nehmen. In diesem Sinn trifft die Parteien des Verfahrens die Verpflichtung, die jeweils nur ihnen zugänglichen, für die Entscheidung wesentlichen Überlegungen nachvollziehbar darzulegen. Macht der Beamte einen Ersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 Z. 1 B-GBG (Anmerkung: heute § 18a par cit) geltend, kann die Behörde den Vorwurf der Diskriminierung dadurch entkräften, dass sie nachweist, der Beamte sei (im Ergebnis) zu Recht nicht ernannt worden (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 14. Mai 2004, Zl. 2001/12/0163 = Slg. 16.359/A).

Daher war die erkennende Behörde dazu angehalten, in einem Ermittlungsverfahren festzustellen, ob und inwieweit der Antragsteller für die ausgeschriebene Planstelle tatsächlich nicht geeignet war bzw. ob die schadenersatzrechtlichen Ansprüche wegen der behaupteten Diskriminierung aufgrund des Alters zu Recht bestehen oder nicht.

3) Tatsächlich mangelnde Eignung des Bewerbers für die ausgeschriebene Planstelle und daher KEIN altersdiskriminierendes Vorgehen bei der gegenständlichen Planstellenbesetzung

Für das oben angeführte Ermittlungsverfahren gilt es zunächst festzustellen, welche fachlichen und persönlichen Eigenschaften für die gegenständliche Planstelle der/des Stellvertreters/in des Kommandanten der PI XXXX bestehen.

In der gegenständlichen E 2a-Interessent/innensuche vom XXXX, GZ: P4/31280/2017-PA wird auf Seite 4 unter Punkt c) im Hinblick auf fachspezifische Anforderungen auf die jeweilige Organisations- und Geschäftsordnung und die dort enthaltenen grundsätzlichen Aufgabenstellungen hingewiesen. Punkt d) der genannten E 2a-Interessent/innensuche bezieht sich auf die persönlichen Anforderungen und hält fest, dass entsprechende Fähigkeiten vorausgesetzt werden.

Die Richtlinie für die Organisation und Geschäftsordnung der Polizeiinspektionen/Fachinspektionen (RL OGO PI/FI) GZ.: BMI-OA1000/0096-II/1/b/2014 lautet auszugsweise:

"...§ 8 Vertretung

Zur Vertretung des PI-/FI-Kdt. bestellt der Landespolizeidirektor entsprechend des jeweils systemisierten Standes einen oder mehrere Stellvertreter.

Die Vertretungsfunktion ist in der Arbeitsplatzbeschreibung festzuhalten.

(3) Allenfalls darüberhinausgehende Vertretungserfordernisse sind vom Polizeiinspektionskommandanten im Einzelfall festzulegen.

§ 9 Arbeitsplatzbeschreibung

(1) Für jeden Arbeitsplatz ist eine Arbeitsplatzbeschreibung zu erstellen.

(2) Die äußere Form und inhaltliche Gestaltung der Arbeitsplatzbeschreibungen sind in einer eigenen Vorschrift festgelegt.

§ 10 Allgemeine Aufgaben der Vorgesetzten

(1) Die Vorgesetzten haben ihre Mitarbeiter nach den modernen Erkenntnissen der Führungslehre zu führen, sodass diese bereit und fähig sind, initiativ an der Zielerreichung mitzuwirken.

(2) Die Vorgesetzten haben im Rahmen ihrer Möglichkeiten den Mitarbeitern ein Höchstmaß an Selbständigkeit, persönlicher Freiheit und Entfaltungsmöglichkeiten zu gewähren.

§ 11 Besondere Aufgaben der Vorgesetzten

Die Vorgesetzten haben insbesondere folgende Aufgaben:

1. den Mitarbeitern Ziele zu setzen, die Schwerpunkte für ihre Arbeit prägnant zu bestimmen und ihnen für diese die erforderlichen Richtlinien zu geben;

2. die Mitarbeiter richtig einzuführen, insbesondere sie anzuleiten, wie sie ihre Aufgaben bestmöglich erfüllen können und sie ausreichend zu informieren, damit sie in ihrem Bereich sachgerecht handeln können; sich mit den Vorschlägen ihrer Mitarbeiter auseinandersetzen;
3. die Mitarbeiter zu fördern und ihnen eine Weiterbildung zu ermöglichen;
4. die Aufsicht und Dienstkontrolle auszuüben sowie Anerkennung und Kritik auszusprechen;
5. Bewilligung des Verbrauches von Erholungsurlauben der Mitarbeiter gemäß § 68 BDG 1979 bzw. § 27e VBG 1948, ausgenommen Vorgriffe auf künftige Urlaubsansprüche, durch den PI-/FI-Kdt. bzw. dessen Stellvertreter.

Die Anforderungen einer/eines Stellvertreterin/Stellvertreters eines des Kommandanten einer PI lauten laut Arbeitsplatzbeschreibungsevidenz wie folgt:

Fachspezifische Anforderungen:

- ? Kenntnisse über die Organisation des Wachkörpers Bundespolizei, der Sicherheitsbehörden sowie der Aufgaben der verschiedenen Organisationseinheiten
 - ? Kenntnisse über die Arbeitsabläufe in der Organisationseinheit und der davon umfassten Arbeitsplätze
 - ? Kenntnis der die Organisationseinheit betreffenden Dienstanweisungen und der die Sicherheitsexekutive und Sicherheitsbehörden betreffenden Gesetze, Verordnungen und Erlässe, insbesondere hinsichtlich der den Arbeitsplatz tangierenden Vorschriften und anderer maßgeblicher Normen; Vorschriften zur selbstständigen Anwendung im zugewiesenen komplexen Verantwortungsbereich samt Anordnung zur Zielerreichung
 - ? Kenntnisse und Fähigkeiten die mit der Verrichtung des Exekutivdienstes verbunden sind
 - ? Erfahrung im exekutiven Einsatz, insbesondere im PI-Dienst und im inneren Dienst als Sachbearbeiter
 - ? übergreifendes Fachwissen
 - ? erweiterte EDV-Anwenderkenntnisse und Kenntnis der internen Applikationen des Arbeitsplatzes
- Persönliche Anforderungen:
- ? Sicheres und freundliches Auftreten
 - ? Genauigkeit und Verlässlichkeit
 - ? Engagement und Gewissenhaftigkeit
 - ? Eigeninitiative, selbstständiges Agieren und hohe Belastbarkeit
 - ? Fähigkeit zu organisiertem Denken und zielorientiertem Handeln
 - ? Verständnis im Umgang mit Menschen
 - ? Kompetenz in der Mitarbeiterführung
 - ? sozialkommunikative Kompetenz
 - ? Koordinierungsvermögen und Teamfähigkeit
 - ? Entschluss- und Entscheidungskompetenz
 - ? Vorbildwirkung

Im durchgeführten Ermittlungsverfahren wurde jedoch festgestellt, dass Sie die fett hervorgehobenen persönlichen Voraussetzungen eines stellvertretenden Dienststellenleiters laut OGO der Polizeinspektionen/Fachinspektionen bzw. laut Arbeitsplatzbeschreibungsevidenz ohne Zweifel nicht erfüllen:

So gab der Bezirkspolizeikommandant des Bezirkes XXXX am 04.06.2018 als Zeuge auszugsweise an, dass

- Sie schon bei einer anderen Interessentensuche im Jahr 2016 nach Abwägung aller relevanten Umstände der am wenigsten geeignete Bewerber aus dem Bezirk XXXX gewesen seien.
- Er mit Ihnen daraufhin in seinem Büro ein Gespräch geführt hätte, in dem die gegenständliche Interessentensuche thematisiert worden sei. Ihnen sei dabei die Planstelle des stellvertretenden Kommandanten der PI XXXX unter den Prämissen in Aussicht gestellt worden, dass Sie einerseits mehr Leistung und Engagement an den Tag legen müssten und sich andererseits bemühen müssten, mit dem BPK XXXX als vorgesetzte Dienststelle eine bessere Zusammenarbeit, die von gegenseitigem Vertrauen getragen wird, zu bilden.
- Durch die daraufhin verstärkte Ausübung der Dienstaufsicht über Sie seien aber weder eine Verbesserung Ihrer Arbeitshaltung noch Bemühungen in Richtung Vertrauensbildung mit dem BPK feststellbar gewesen.
- Unbeschadet dessen würden Sie als stellvertretender Dienststellenleiter nicht geeignet erscheinen. Ihre unveränderte Haltung seit dem angeführten Gespräch mit ObStlt XXXX würde dessen Einschätzung bestätigen.
- Die Position eines stellvertretenden PI-Kommandanten würde hohe persönliche und fachliche Eigenschaften voraussetzen, die Sie nicht erfüllen würden. Auch wenn Sie mit Abstand der dienstälteste Bewerber gewesen seien, hieße das nicht, dass Sie dadurch automatisch zum Zug kommen hätten müssen.
- In einer E-Mail an die Personalabteilung sei unter anderem mitgeteilt worden, dass Sie kein Engagement aufweisen würden, welches über das übliche Maß der Aufgaben und Verpflichtungen hinausgeht. Eine Wahrnehmung von Führungsverantwortung und Vorbildwirkung im Zuge der Leitung von Bezirkseinsätzen sei bei Ihnen auch nicht offenkundig. Weiter sei ObStlt. XXXX durch einen Mitarbeiter der PI XXXX im Zuge eines Gesprächstermins dahingehend informiert worden, dass Sie bei der Belegschaft der PI XXXX keine Akzeptanz besitzen würden und Ihre Führungsqualitäten im Umgang mit Mitarbeitern mehr als in Zweifel zu stellen seien.
- Sie würden ein absolut mangelndes teamorientiertes Verhalten an den Tag legen.
- Als die Dienstaufsicht über Sie ausübender Vorgesetzter sei für ObStlt. XXXX von Anfang an klar gewesen, dass er als stellvertretender PI-Kommandant der PI XXXX nicht in Frage kommen würde.

Durch diese Beschreibung Ihrer persönlichen Eigenschaften liegt es auf der Hand, dass Sie als stellvertretender Dienststellenleiter zumindest nicht die fett hervorgehobenen in der oben angeführten Arbeitsplatzbeschreibung aufgezählten Eigenschaften erfüllen und damit für die ausgeschriebene Planstelle ungeeignet sind.

Daran vermag auch die Dienstbeschreibung (Durchlaufermeldung) des ObStlt XXXX vom 12.04.2017 nichts zu ändern, weil daraus im Vergleich mit der Dienstbeschreibung (Durchlaufermeldung) des Mitbewerbers XXXX des ObStlt XXXX (BPK XXXX) vom 10.04.2017 keine bessere Qualifikation des XXXX hervorgeht.

Ein Vergleich der Dienstbeschreibungen der beiden genannten Kandidaten ergibt vielmehr, dass in einer Gesamtschau BezInsp XXXX als sehr gut geeignet und BezInsp XXXX als bestens geeignet beschrieben werden. Insofern ist bei der Wahl des "bestens geeigneten" Bewerbers bei objektiver ex-post Betrachtung keine diskriminierende Vorgangsweise zum Nachteil des "sehr gut geeigneten" Bewerbers feststellbar.

Die sachliche Richtigkeit, dass BezInsp XXXX auf die Planstelle des stellvertretenden Kommandanten der PI XXXX nicht ernannt wurden, bestätigt sich zweifellos durch das ergänzende Beweismittel der Niederschrift mit ObStlt XXXX vom XXXX .

Nicht nachvollziehbar ist weiter die Behauptung in Ihrer Eingabe vom 18.06.2018, dass mit XXXX kein Gespräch über die tatsächlichen Defizite betreffend die persönlichen und fachlichen Eigenschaften geführt worden sei. Wie am 04.06.2018 zeugenschaftlich zu Protokoll gegeben, fand zwischen XXXX und ObStlt XXXX sehr wohl ein Gespräch statt, in dem die Interessentensuche für den stellvertretenden Dienststellenleiter der PI XXXX thematisiert wurde. Dabei wurde XXXX XXXX jedoch nicht - wie von Ihnen behauptet - mitgeteilt, dass er quasi bedingungslos in der Funktion des Stellvertreters der PI XXXX gesehen würde, vielmehr wurde ihm diese Planstelle unter den Bedingungen in Aussicht

gestellt, dass einerseits mehr Leistung und Engagement an den Tag gelegt werden müssten und andererseits Bemühungen stattfinden müssten, mit dem BPK XXXX eine bessere, von gegenseitigem Vertrauen getragene, Zusammenarbeit zu pflegen.

Im Rahmen der ausgeübten Dienstaufsicht wurden jedoch nach diesem Gespräch mit XXXX keinerlei Bemühungen oder Tendenzen in diese Richtung festgestellt.

Aus den genannten Gründen war der gegenständliche Planstellenbesetzungsvorgang in keiner Weise zum Nachteil des XXXX (alters-)diskriminierend und daher spruchgemäß zu entscheiden."

1.6. Mit Eingabe vom 02.08.2018 wurde seitens des rechtsfreundlich vertretenen BF eine Beschwerde eingebracht. Im Grunde wurde die unrichtige Sachverhaltsermittlung und die daraus falsche rechtliche Beurteilung gerügt, indem das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission als nicht widersprüchlich dargestellt wurde und daraus klar ersichtlich sei, dass eine Diskriminierung aufgrund des Alters gegenüber dem jüngeren Mitbewerber, welcher die in Aussicht gestellte Planstelle letztlich bekam, moniert wurde. Weiters wird angeführt: "Als weiteres Motiv für die Auswahlentscheidung wurde seitens der belangten Behörde eine mangelnde Mobilität des BF genannt. Wie die Gleichbehandlungskommission zutreffend ausführte, findet sich unter den in den Interessenten/innensuche geforderten Qualifikationen kein Hinweis auf eine geforderte "Mobilität" der Bewerber als Auswahlkriterium. Weiters verwies der Gleichbehandlungssenat darauf, dass es nicht den Grundsätzen der Objektivität und der Transparenz dem Auswahlverfahren entspricht, wenn Kriterien herangezogen werden, welche in der Ausschreibung nicht genannten wurden."

Zur Qualifikation des BF wurde ausgeführt: "Verwunderlich ist..., dass die belangte Behörde völlig unerwähnt gelassen hat, dass sich der BF für die belangte Behörde bereit erklärt hat, Sonderfunktionen und Sonderdienste zu leisten. So hat er 1997/1998 die Stelle als erster Stellvertreter der XXXX übernommen. Er hatte hierbei einen Personalstand zwischen 28 - 35 Kollegen. XXXX hatte er durch seine Zuteilung zum Erstaufnahmezentrum für Asylwerber Erfahrungen mit Erstbefragungen etc. sammeln können. Im Jahre 2008 wirkte er als XXXX mit. Zusätzlich hat er im XXXX mitgewirkt und das Sprachenabzeichen in Englisch absolviert. Er besuchte zudem die Seminare "Vernehmung" und "Dienstplanung". Zudem war er mehrmaliger Bezirksmeister in XXXX tätig." Auch hätte der Zeuge eine nicht namentlich genannte Person angeführt und hätte sich die Behörde auf diese Meinung gestützt, ohne diese Person namentlich zu kennen. Damit hätte die Behörde die materielle Wahrheitspflicht verletzt, weil sie Ihre Ansicht auf die Meinungen unbekannter Dritter gestützt hätte. Als Zeuge werde die Einvernahme des Herrn XXXX beantragt.

Der BF stellte folgende Anträge:

1. Der angefochtene Bescheid der LPD XXXX möge dahingehend abgeändert werden, dass dem Antrag des BF, ihm aufgrund der Diskriminierung des Alters gem § 13 Abs. 1 Z 5 iVm § 18a B-GIBG wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Planstelle des Vertreters des Kommandanten der PI XXXX beim BPK XXXX die Bezugsdifferenz in der Höhe von Euro XXXX zu ersetzen sei;
2. in eventu, möge der angefochtenen Bescheid behoben werden und zur neuerlichen Erlassung eines Bescheides an die LPD XXXX zurückzuweisen sei,
3. jedenfalls möge eine mündliche Verhandlung anberaumt werden.

1.7. Der Verwaltungsakt langte am 09.08.2018 beim Verwaltungsgericht ein und wurde entsprechend der Geschäftsverteilung der Gerichtsabteilung W257 zugewiesen.

Das Gericht führte am 07.01.2020 eine mündliche Verhandlung durch bei dem der BF, dessen Rechtsvertreter, der seitens des BF beantragte Zeuge, die Dienstbehörde und der Bezirkspolizeikommandant geladen wurden. Im Grund wiederholten die Parteien Ihre Darstellungen.

1.8. Zusammengefasst können die Standpunkte zusammengefasst werden wie folgt:

Der BF bringt vor besser qualifiziert zu sein als der Mitbewerber XXXX . Nachdem jedoch sein jüngerer Mitbewerber die ausgeschriebene Planstelle bekommen habe und nicht er wurde er wegen seines Alters - er ist älter wie sein Mitbewerber - diskriminiert. Dies hätte auch die Bundes-Gleichbehandlungskommission festgestellt.

Die belangte Behörde führt dagegen aus, dass der Mitbewerber aus objektiven Gründen der als für die Planstelle besser geeignete Person darstellt und der BF nicht diskriminiert wurde.

Der Zeuge Herr XXXX brachte zusammengefasst vor, dass er bei einem vorherigen Besetzungsverfahren den BF mitteilte, dass er für die in Aussicht genommene Planstelle in Frage kommen würde, dies allerdings nur dann, wenn er sein Engagement und seine Zusammenarbeit mit den Vorgesetzten verbessern würde. Dies sei nicht geschehen, weswegen er XXXX dem BF vorzog.

Der Behördenvertreter brachte vor, dass XXXX als die für die in Aussicht genommene Planstelle als die besser geeignete Person ausgewählt worden sei.

Der Zeuge Herr XXXX, ein Kollege des BF, brachte vor, dass er den BF als für die in Aussicht genommene Planstelle als geeignete Person ansehen würde.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

2. Feststellungen:

2.1. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt steht fest. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

2.2. Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist als XXXX der Landespolizeidirektion XXXX zur Dienstverrichtung zugewiesen.

2.3. Er bewarb sich auf die freie Planstelle des/der Stellvertreter/in der Polizeiinspektion XXXX, Verwaltungsbezirk XXXX, Oberösterreich. Der BF trat XXXX zur Österreichischen Bundesgendarmerie ein und war nach Absolvierung des Fachkurses für dienstführende Beamte seit XXXX E2a. Er versah seit XXXX bis zur Schließung auf der PI XXXX Dienst. In den Sektorstreifen übernahm er auch die örtliche Zuständigkeit der PI XXXX. Seit XXXX ist er Sachbearbeiter an der PI XXXX mit einer dreijährigen Ausgleichszahlung wegen der Abwertung der Funktionszulage aufgrund der Zusammenlegung. XXXX ist XXXX geboren, und war zuletzt Sachbearbeiter an der PI XXXX.

2.4. Mit XXXX wurde nach Befassung des Gleichbehandlungsbeauftragten der Landespolizeidirektion Oberösterreich und des Fachausschusses nach nicht der BF, sondern XXXX, welcher der Dienstbehörde als besser geeignet erschien, seitens der belangten Behörde, der Landespolizeidirektion Oberösterreich, mit der Planstelle betraut.

2.5. Im XXXX macht der Beschwerdeführer eine Verfahren vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission anhängig. Die Bundes-Gleichbehandlungskommission befand, dass es nicht ausgeschlossen werden könne, dass sachfremde Entscheidungen für die Auswahl herangezogen worden seien und befand, dass der BF aufgrund seines Alters beim beruflichen Aufstieg (Grundlage § 13 Abs. 1 Ziffer 5 B-GIBG) diskriminiert worden ist.

2.6. Mit Schreiben vom XXXX, berichtigt mit Schreiben vom XXXX, beantragte der Beschwerdeführer die Auszahlung des Differenzbetrages, verglichen mit seinem derzeitigen Gehalt und dem Gehalt welches er bei einer nichtdiskriminierten Anwendung bekommen hätte und zwar seit dem Zeitpunkt der behaupteten Diskriminierung bis zum voraussichtlichen Pensionseintrittsalters des BF.

2.7. Mit Bescheid vom XXXX wies die Dienstbehörde diese Anträge ab. Dagegen erhob er Beschwerde und machte geltend, dass er wegen seines Alters unsachlich bei der Planstellenbesetzung diskriminiert worden sei.

2.8. Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich den Feststellungen der Bundes-Gleichbehandlungskommission in ihrem Gutachten nicht an.

2.9. Der Beschwerdeführer wurde wegen seines Alters weder mittelbar noch unmittelbar diskriminiert.

3. Beweiswürdigung

3.1. Diese Feststellungen konnten einerseits aufgrund der Aktenlage getroffen werden.

3.2. Hinsichtlich der Feststellung, dass der Beschwerdeführer nicht diskriminiert wurde ist festzuhalten:

Der Beschwerdeführer stützte seine Diskriminierung im Wesentlichen darauf, dass er XXXX geboren wurde und sein zum Zuge gekommene Mitbewerber erst XXXX. Nachdem er älter sei und durch das Alter alleine dienstereifere sei, halte er sich für besser geeignet als der Mitbewerber (sh die Aussage in der gerichtlichen Niederschrift, Seite xx).

Die Bundes-Gleichbehandlungskommission führte an: "Die LPD XXXX konnte weder mit der schriftlichen Stellungnahme noch im Rahmen der Sitzung des Senates objektiv nachvollziehbar darlegen, woraus sich die bessere Eignung des XXXX für die Planstelle des Stellvertreters des Kommandanten der XXXX ergeben soll. Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass das sachfremde, vom Antragsteller vorgebrachte Motiv

des Alters für die Personalentscheidung eine Rolle spielte. Der Senat stellt daher fest, dass XXXX durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Ziffer 5 B-GIBG diskriminiert worden ist. "

Beweiswürdigend wird an dieser Stelle festgehalten, dass der Senat im ersten Absatz der Seite 15 ausführt, "nicht ausschließen könne" dass der BF diskriminiert worden sei. Im zweiten Absatz kommt er allerdings zur positiv formulierten Feststellung, dass eine Diskriminierung vorgelegen wäre. Der Senat lässt eine Erklärung wie er von der Möglichkeitsform des Absatz 1 zur Feststellung des Absatz 2 kommt vermissen und ist daher für das Gericht nicht nachvollziehbar. Den wenn etwas "nicht ausgeschlossen werden kann", bedeutet es den logischen Denkgesetzen folgend noch nicht zwingend, dass genau jener Sachverhalt, der nicht ausgeschlossen werden kann, auch tatsächlich zutrifft. Die Annahme, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der BF diskriminiert wurde bedeutet nicht, dass er tatsächlich diskriminiert wurde. Das Gutachten ist in diesem Punkt unlogisch. Weiters könne die Kommission nicht ausschließen, dass sachfremde Entscheidungen in die Bestellung miteingeflossen seien, erwähnt jedoch nicht, welche sachfremde Entscheidungen es gewesen wären. Auch hier fehlt eine Erklärung und ist auch in diesem Punkt das Gutachten für den erkennenden Richter nicht nachvollziehbar.

Zu dem Feststellungspunkt 0: Vor dem Hintergrund des unlogischen Gutachtens kommt das Gericht zu dem Ergebnis dass XXXX im Vergleich zum BF für die Funktion als besser geeignet anzusehen ist.

3.3. Die belangte Behörde führt im Kern aus, dass das Alter kein Automatismus in dem Sinn ist, als dass alleine das Alter der entscheidende Faktor ist, welcher für die Planstellenvergabe herangezogen wird. Das lässt sich auch durch die RL OGO PI/FI ausreichend dokumentieren. Die dort genannten Kriterien werden als Grundlage herangezogen. Im Bescheid ist angeführt, dass einige Punkte der dort genannten persönlichen Voraussetzungen auf den BF nicht zutreffen würden. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht führte die Behörde - wie schon auch im Bescheid dargelegt aus - aus, weswegen dies nicht der Fall sei. In erster Linie hätte die Beschreibung des Bezirkspolizeikommandanten (BPK Kdt.) eine persönliche Nichteignung ergeben. Er wäre bei einem vorherigen Besetzungsverfahren aufgefordert worden, sein Engagement die Zusammenarbeit mit den Vorgesetzten zu verbessern. Dies sei nicht passiert, weswegen XXXX als besser geeignet anzusehen gewesen war.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht es als erwiesen an, dass der BF in Hinblick auf die Informations- und Meldepflichten gegenüber seinen Vorgesetzten kein großes Augenmerk legt. Dies wird nicht nur dadurch deutlich, dass ihm dies durch den BPK Kdt. in einem vorherigen Besetzungsverfahren, nämlich bei der Besetzung einer Planstelle als dienstführender Wachebeamter bei der PI Andorf, mitgeteilt wurde und ihm geraten wurde, dieses Verhältnis zu verbessern, dies er letztlich nicht vornahm, sondern auch dadurch, dass er seinen Vorgesetzten in einem meldepflichtigen Fall nicht sofort informierte (sh Seite 4 der gerichtlichen Verhandlungsschrift). Zudem brachte er selbst vor, dass er "die Probleme lieber beim Beamten löst und nicht gleich zum Kommandanten geht um ihn dort anzuschwärzen". Das bedeutet, dass er eher nicht geneigt ist aktiv den Weg zu den Vorgesetzten zu suchen. Er meinte dazu auch: "Das ist nicht meine Art. Ich erledige die Sachen auf der Dienststelle und gehe nicht jeden zweiten Tag zum BPK." Damit ist allerdings evident, dass er genau jener Punkt, um den ihn der BPK Kdt. im Jahr 2017, bei der Besetzung einer Planstelle an der PI Andorf ersuchte, nicht veränderte. Dass diese innere Haltung nach wie vor gegeben ist, ergibt sich durch seine Aussagen am 07.01.2020.

Der BPK Kdt. beschreibt in einem E-Mail vom 23.10.2017 an den Leiter der Personalabteilung der Behörde, dass der BF als "absolut schwieriger Charakter" gilt und er "weder mit jemanden in der Mannschaft der PI noch mit jemanden beim Bezirkspolizeikommando kann". Der BF meint dagegen, dass er an der PI XXXX mit keinen ein Problem hätte. Ausschlaggebend ist für das Gericht in diesem Aspekt weniger die Selbsteinschätzung oder die Einschätzung seiner ehemaligen Kollegen wie Kollege XXXX, welcher ihn als geeignet ansah, sondern vielmehr die persönliche Einschätzung des BPK Kdt. als Vorgesetzter. Diese beschrieb den BF als "schwierigen Charakter" und er würde die Leute als "von oben herab" behandeln. Dieser Einschätzung wird auch noch durch ein E-Mail des BPK Kdt. an die Personalabteilung vom 06.11.2017 gestützt, indem beschrieben ist, dass der BF gegenüber Mitarbeitern der PI XXXX keine Akzeptanz besitzen würde. Daran vermag auch die Durchlaufermeldung seines Vorgesetzten zum Zeitpunkt der Bewerbung zur ausgeschriebenen Planstelle nichts ändern, welcher ihm eine Loyalität, eine Engagement und eine genaue Arbeit unterstellt (sh Beilage 4 der gerichtlichen Niederschrift). Das Gericht erkennt ebenso, dass das Schreiben vom 04.04.2017 durch ein unmittelbares dienstliches Naheverhältnis zwischen dem BF und den unmittelbaren Vorgesetzten, Herrn XXXX geprägt war. Der Verfasser als Vorgesetzter und der BF befanden sich dazumals an der XXXX,

einer Dienststelle mit 7 PolizistInnen. Dass der unmittelbare Vorgesetzte vorzugsweise lobende Worte findet, weil dieser auch künftig mit ihm in einem sehr engen Verhältnis zusammenarbeiten muss, ist logisch nachvollziehbar.

Wesentlich für das Gericht ist die Einschätzung des BPK Kdt., welcher ihn schon ca seit 1983 kennt. Dieser beschreibt ihn in Summe als nicht geeignet. Er vermeinte auch, dass er von Kollegen gehört hätte, dass er sich die Bestellung des BF an die ausgeschriebene Planstelle "sehr gut überlegen solle". Der BPK Kdt. beschrieb weiters Vorfälle, bei dem er vermeinte, dass er an dem BF nicht jene Führungsfähigkeiten erkennen würde, welcher er von einem PI Kdt.- Stv verlangen würde (Frage nach der Pauseneinteilung in der Flüchtlingskrise, längere Fahrt zum Dienstort wegen PI-Schließung und daraus schließend das mangelnde Engagement).

Die Behörde erklärte vor dem Gericht den Entscheidungsfindungsprozess und legte dar, dass die zweite Entscheidungsfindungsstufe (nach der Reihung durch den Leiter der Personalstelle nach Sichtung der Bewerbungen und Durchlaufermeldungen) der Fachausschuss ist. Bei dieser Entscheidung befand sich der Beschwerdeführer nicht mehr in der engeren Auswahl, dh selbst ein kollegiales Gremium kam zu keinem anderen Ergebnis als nicht schon vorher der BPK Kdt.

Im Übrigen konnte seitens des BF auch nicht dargelegt werden, welcher Aspekt ihn nun wegen seines Alters diskriminiert. Die Behörde brachte vor dem Verwaltungsgericht vor, dass es generell aus personalwirtschaftlichen Gründen nicht günstig ist, wenn der Kdt und sein Stv an einer kleinen PI in etwa das gleiche Alter haben, weil es ansonsten zu Engpässen kommen kann, wenn beide zum gleichen Zeitpunkt in Pension gehen. Der BF vermeinte dazu, dass gerade aus diesem Aspekt eine Diskriminierung zu erkennen sei und ein jüngerer Kollege deswegen bestellt wurde. Das Gericht kann dieser Ansicht nicht folgen, denn diese Diskriminierung wäre dann ersichtlich, wenn es zu keinen sonstigen Abreden seiner Führungsfähigkeiten gegeben wären. Gerade dies ist hier nicht der Fall, weswegen ein "Rückzug" auf diese Argumentation letztlich nicht überzeugen kann.

Damit wird kein Zweifel an der qualitativen und quantitativen guten Arbeit als Polizist gezweifelt, sondern eben nur die für die Aufgabe notwendige Führungsfähigkeit in Abrede gestellt.

Eine derartige Auseinandersetzung mit den Interessen der einzelnen Personen findet sich nicht im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission. Es ist daher davon auszugehen, dass dieser Kommission nicht alle relevanten Aspekte vorlagen, um eine klare Entscheidung treffen zu können.

Aus diesem Grund kann eine Diskriminierung nicht erkannt werden und mussten die Feststellungen getroffen werden.

4. Rechtliche Beurteilung

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

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG haben die Verwaltungsgerichte die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Abs. 2 leg.cit. hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden nach Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Der in der Angelegenheit maßgebliche Sachverhalt steht nach den Verhandlungen fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher in der Sache selbst zu entscheiden.

§ 13 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz - B-GIBG), BGBl. Nr. 100/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 58/2019 lautet auszugsweise:

"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 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),

..."

§ 18a B-GIBG regelt Ersatzansprüche von Beamtinnen und Beamten wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes beim beruflichen Aufstieg:

"§ 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."

Nach § 20 Abs. 2 B-GIBG sind Ansprüche von Beamtinnen oder Beamten gegenüber dem Bund nach § 18a binnen Frist bei der für sie zuständigen Dienstbehörde geltend zu machen. Nach Abs. 4 leg. cit. sind das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984, BGBl. Nr. 29, und die dazu ergangenen Verordnungen auf die Zuständigkeit die Dienstbehörden zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Beamtinnen oder Beamte anzuwenden.

§ 20a B-GIBG trifft Regelungen über die Beweislast, insoweit sich eine betroffene Person vor Gericht auf einen Diskriminierungstatbestand beruft. Der oder dem Beklagten obliegt es zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

Gemäß dem nach § 1 Abs. 1 DVG anwendbaren § 37 AVG ist Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

Vor diesem Hintergrund ist im gegenständlichen Fall festgestellt und in der Beweiswürdigung dargelegt worden, dass keine Form der Diskriminierung gegeben ist. Dass kann auch das Gutachten der Gleichbehandlungskommission - welche zum Entscheidungszeitpunkt nicht alle Tatsachen zur Verfügung hatte - nicht abändern.

Gutachten der Gleichbehandlungskommission

Der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig vom Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission. Dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission kommt die Bedeutung eines Beweismittels zu (vgl. VwGH 2004/12/0199, 12.12.2008; 14.05.2004, 2001/12/0163; VwSlg. 16359 A/2004; 27.04.2014, 2013/12/0218). Die belangte Behörde hat sich bei Beurteilung mit den Argumenten des Gutachtens der Bundes-Gleichbehandlungskommission inhaltlich auseinander zu setzen und gegebenenfalls nachvollziehbar darzulegen, weshalb sie den Argumenten der Bundes-Gleichbehandlungskommission nicht folgt (VwGH 2010/12/0212, 04.09.2014). Diesem Erfordernis entspricht der in Beschwerde gezogene Bescheid ausreichend (sh die Seiten 3 und 4 des Bescheides).

zu A) inhaltliche Entscheidung

Wie in der Beweiswürdigung dargestellt, konnte das Bundesverwaltungsgericht der Bundes-Gleichbehandlungskommission nicht folgen und konnte keine Diskriminierung, weder mittelbar noch unmittelbar aufgrund des Alters, feststellen oder nachvollziehen. XXXX war Erstgereihter am Besetzungsvorschlag, wohingegen der

BF in die Reihung nicht einmal aufgenommen wurde. Das Verwaltungsgericht folgt nicht dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission. Es ist durch die Besetzung des Erstgereihten auf die vakante Planstelle gegenüber dem BF kein Tatbestand einer Diskriminierung gem § 13 Abs. 1 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz erfüllt.

Zu B) Unzulässigkeit 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 nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Altersdiskriminierung Besetzungsverfahren Bundes-Gleichbehandlungskommission Differenzbetrag Eignung Führungsfunktion Gutachten Informationspflicht Qualifikation

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W257.2203044.1.00

Im RIS seit

28.07.2020

Zuletzt aktualisiert am

28.07.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at