

TE Bvg Erkenntnis 2020/3/23 W221 2142584-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.03.2020

Entscheidungsdatum

23.03.2020

Norm

AVG §73 Abs1

B-GIBG §13 Abs1 Z1

B-GIBG §13 Abs1 Z5

B-GIBG §13a

B-GIBG §18

B-GIBG §18a

B-GIBG §19b

B-VG Art130 Abs1 Z3

B-VG Art133 Abs4

Spruch

W221 2142584-1/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Daniela URBAN, LL.M. als Einzelrichterin über die Beschwerde des XXXX wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch den Bundesminister für Finanzen über den Antrag vom 01.10.2015 auf Schadenersatz nach dem B-GIBG, nach Durchführung mündlicher Verhandlungen am 22.05.2019, 26.06.2019 und 28.11.2019 zu Recht:

A)

Der Antrag vom 01.10.2015 auf Ersatz des Vermögensschadens, Feststellung und Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 18a B-GIBG wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer beantragte mit Schriftsatz vom 01.10.2015 bei der belangten Behörde die Zuerkennung seines

Verdienstentganges für die Monate Oktober, November und Dezember 2013, die Feststellung, dass der Bund für alle Vermögensschäden haftet und Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 18a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG). Begründend führt er darin aus, dass er sich am 18.06.2009 um die ausgeschriebene Planstelle eines Senatsvorsitzenden des Unabhängigen Finanzsenates (UFS) mit Arbeitsschwerpunkt Finanzstrafrecht beworben habe. Im September 2009 habe ein Hearing vor der Begutachtungskommission stattgefunden und die Kommission habe ihn einstimmig mit 98,70 Punkten als "im höchsten Ausmaß" geeignet befunden, während seine Mitbewerberin lediglich mehrstimmig als "im hohen Ausmaß" geeignet befunden worden sei. Am 23.10.2013 habe er jedoch erfahren, dass auf die Stelle seine Mitbewerberin ernannt worden sei. Der Beschwerdeführer habe sich daraufhin an die Bundes-Gleichbehandlungskommission gewandt, welche in ihrem Gutachten festgestellt habe, dass der Beschwerdeführer bei der gegenständlichen Stellenbesetzung aufgrund seiner Weltanschauung diskriminiert worden sei. Der Beschwerdeführer gehöre nämlich zur FSG und nicht zu einer ÖVP-nahen Organisation. Im Zuge der Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen sei versucht worden, die Entscheidung für die Mitbewerberin mit fadenscheinigen Argumenten zu rechtfertigen, die bei näherer Betrachtung einen weiteren Beleg für die erfolgte Diskriminierung des Beschwerdeführers darstelle. Der Beschwerdeführer beantrage daher ? 661,15 als tatsächlichen Verdienstentgang für die Monate Oktober, November und Dezember 2013 sowie die Feststellung, dass der Bund für alle Vermögensschäden in formale Bezugsdifferenzen hafte, sowie einen Ersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung in der Höhe von ? 5.000,-.

Mit Schriftsatz vom 06.09.2016 er hob der Beschwerdeführer eine Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht (Säumnisbeschwerde) gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG.

Die gegenständliche Säumnisbeschwerde und die Bezug habenden Verwaltungsakten wurden von der belangten Behörde vorgelegt und sind am 19.12.2016 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt.

Das Bundesverwaltungsgericht führte sowohl am 22.05.2019 als auch am 26.06.2019 und am 28.11.2019 in Anwesenheit des Beschwerdeführers und seines Rechtsvertreters sowie der belangten Behörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in welchen der Beschwerdeführer und Zeugen ausführlich befragt wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer steht als Richter des Bundesfinanzgerichts in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er bekleidete ab XXXX die Funktion des stellvertretenden Leiters der Außenstelle XXXX und die eines Senatsvorsitzenden und ist seit XXXX Leiter der Außenstelle XXXX .

1.2. Der Beschwerdeführer trat am 01.03.1987 in den Bundesdienst ein und war von Mai XXXX bis Dezember XXXX Bereichsleiter in der Finanzlandesdirektion für XXXX und dabei ab 1995 auch mit Finanzstrafrecht (Rechtsmittel gegen Einleitungsbeschlüsse - Verjährungsfragen) befasst, wobei er keine Approbationsbefugnis für Enderledigungen hatte. Ab Jänner 2003 war er sonstiges hauptberufliches Mitglied des UFS, wobei er das Finanzstrafrecht nicht judizierte. Der Beschwerdeführer kann zahlreiche Publikationen, insbesondere im Abgabenrecht vorweisen.

Der Beschwerdeführer kandidierte sowohl im Jahr XXXX als auch im Jahr XXXX als unabhängiger Kandidat für die Liste "Unabhängige und Fraktion sozialistischer Gewerkschafter" und war von XXXX bis XXXX Mitglied des Dienststelleausschusses des UFS.

1.3. Am 11.05.2009 wurde im Amtsblatt der Wiener Zeitung die Stelle eines/einer Vorsitzenden eines Berufungssenates im Unabhängigen Finanzsenates ausgeschrieben. Angeführt wurde in der Ausschreibung darüber hinaus, dass der Arbeitsschwerpunkt voraussichtlich im Geschäftsbereich Finanzstrafrecht liegen wird.

Als Aufgaben eines Senatsvorsitzenden wurde in der Ausschreibung Folgendes angeführt:

"Die/Der Senatsvorsitzende hat insbesondere die Aufgabe

- der Aktenzuteilung an die Senatsmitglieder,
- der Vorsitzführung in den mündlichen und nicht mündlichen Senatsverfahren,
- der Eredigung von eigenen Rechtsmitteln namens des Senats einschließlich mündlicher Verhandlungen,

- der Erledigung von Rechtsmitteln, die gem § 62 Abs 3, 4 und 5 FinStrG in die Zuständigkeit der/des Vorsitzenden des Berufungsgerichts fallen, sowie
- der Wahrnehmung aller damit zusammenhängenden Tätigkeiten bis hin zur Vertretung der Senatsentscheidungen und der aufgrund § 62 Abs 3, 4 und 5 FinStrG getroffenen Entscheidungen vor den Höchstgerichten und dem EuGH.
- Ferner können der/dem Senatsvorsitzenden die Wahrnehmung bestimmter Leitungsaufgaben durch die Präsidentin des Unabhängigen Finanzsenates übertragen werden."

In der Ausschreibung wurden folgende Kenntnisse und Fähigkeiten genannt, die von den Bewerbern erwartet werden:

"Allgemeine Voraussetzungen sind das Bestehen der österreichischen Staatsbürgerschaft sowie die Erfüllung der allgemeinen Ernennungserfordernisse im Sinne des BDG 1979 und des nachfolgenden Anforderungsprofils. Die erwarteten Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sind abgestuft nach notwendigen, wichtigen und vorteilhaften Voraussetzungen, sowie einer Gewichtung gem § 5 Abs 2 AusG, mit der besondere Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Beurteilung der Eignung jeweils berücksichtigt werden.

I. Fachliche Kompetenzen

Notwendige Voraussetzungen sind

1. ein abgeschlossenes rechts-, staats- oder wirtschaftswissenschaftliches Universitätsstudium,
2. eine mindestens 5-jährige Berufserfahrung in der Verwaltung, Rechtsprechung, Wissenschaft oder Parteienvertretung im Bereich des Abgaben- oder Finanzstrafrechts und davon mindestens 3 Jahre in der Führung zweitinstanzlicher oder höchstgerichtlicher Abgaben- oder Finanzstrafverfahren und
3. hervorragende juristische Kenntnisse und Fähigkeiten:

Anerkannter Fachexperte im Abgaben- oder Finanzstrafrecht, ein weites juristisches Wissen, vor allem in den angrenzenden Rechtsgebieten (z.B. im privaten Wirtschaftsrecht, EU-Gemeinschaftsrecht, im Verfahren vor dem VfGH, VwGH und EuGH) und ein ausgezeichnetes allgemein juristisches Verständnis und geschultes Rechtsdenken.

Wichtig sind ferner

1. Erfahrungen und ausgezeichnete Fertigkeiten in der Verhandlungsführung (einschließlich Vernehmungstechnik)
2. Kenntnisse des Rechnungswesens und gute allgemeine Wirtschaftskenntnisse,
3. gute Anwenderkenntnisse in dem für den unabhängigen Finanzsenat maßgeblichen IT-Bereich (z.B. Datenbanken der Finanz- und Zollverwaltung, Rechtsinformationssystem, MS-Office);

vorteilhafte Zusatzqualifikationen sind

1. Kenntnisse im Dienst- und Besoldungsrecht,
2. Kenntnisse im Verwaltungsmanagement und der Organisationsentwicklung

sowie

3. verhandlungssichere Kenntnisse einer anderen Amtssprache der EU, insbesondere im Wirtschafts- und Rechtsbereich.

II. Sozial- persönliche Kompetenzen:

Notwendige Voraussetzungen sind

1. Starke Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität,
2. die erkennbare Eignung zur Mitarbeitermotivation, Kommunikations- und Teamfähigkeit, Konflikt- und Integrationsfähigkeit,
3. Durchsetzungsvermögen (Verhandlungsgeschick, überzeugendes persönliches und fachliches Auftreten),
4. hohes analytisches Denkvermögen, rasche Auffassungsgabe und geistige Beweglichkeit, insbesondere die ausgeprägte Fähigkeit, komplexe wirtschaftliche Vorgänge und Zusammenhänge im Hinblick auf ihre abgaben- und finanzstrafrechtlichen Auswirkungen rasch zu erfassen, sowie

5. Entscheidungsfreudigkeit und Verantwortungsbereitschaft.

Wichtige Voraussetzungen sind/ist

1. das Beherrschung einer raschen, effizienten und effektiven juristischen Arbeitsmethode
2. ein sehr gutes verbales und schriftliches Ausdrucksvermögen,
3. eine überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit,
4. Bereitschaft zur Wahrnehmung der Tätigkeit an mehreren Außenstellen bzw. zur Reisetätigkeit,
5. wirtschaftliches Denken und Handeln,
6. die ständige Bereitschaft zur fachlichen Fortbildung und persönlichen Weiterbildung.

III. Gewichtung der fachlichen und der sozialpersönlichen Kompetenzen:

I. Gewichtung der fachlichen Kompetenzen:

Gesamt I. 50 %

1. Notwendige Voraussetzungen 25 %
2. Wichtige Voraussetzungen 20 %
3. Vorteilhafte Zusatzqualifikationen 5 %.

II. Gewichtung der sozial-persönlichen Kompetenzen:

Gesamt: 50 %

1. Notwendige Voraussetzungen 25 %
2. Wichtige Voraussetzungen 25 %.

Der unabhängige Finanzsenat ist bemüht, den Anteil von Frauen zu erhöhen und lädt daher ausdrücklich Frauen zur Bewerbung ein. Nach § 11c des Bundesgleichbehandlungsgesetzes werden unter den dort angeführten Voraussetzungen Bewerberinnen, die nicht geringer geeignet sind als der bestgeeignete Mitbewerber, bei der Betrauung mit der Funktion bevorzugt."

1.4. Innerhalb der Ausschreibungsfrist bis 20.06.2009 langten sieben Bewerbungen für die ausgeschriebene Funktion ein, von denen eine zurückgezogen wurde und drei die Voraussetzungen (mindestens dreijährige Berufserfahrung in der Führung zweitinstanzlicher Abgaben- oder Finanzstrafverfahren) nicht erbracht haben.

1.5. Die Begutachtungskommission setzte sich zusammen aus der Präsidentin des UFS XXXX (im Folgenden: M.) als Vorsitzende, dem Mitglied XXXX (im Folgenden: K.) als Dienstgebervertreter und den Mitgliedern XXXX (im Folgenden: P.) und MMag. XXXX (im Folgenden: B.) als Dienstnehmervertreter.

1.6. Die Begutachtungskommission hielt am 28.09.2009 mit den übrigen drei Bewerbern [der dritte Bewerber ist im Weiteren nicht mehr relevant] ein Hearing ab und erstellte am 25.11.2009 ein Gutachten, in welchem der Beschwerdeführer einstimmig als im höchsten Ausmaß geeignet und die Mitbewerberin Dr. XXXX (im Folgenden: St.) mehrstimmig als im hohen Ausmaß geeignet befunden wurden.

Zum Beschwerdeführer wird in diesem Gutachten Folgendes ausgeführt:

"Der Bewerber stellte seine herausragenden fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowohl im Bereich der Rechtsprechung als auch im Bereich seiner Tätigkeit im Bereich der Selbstverwaltung von Beginn des UFS im Jahr 2003 an unter Beweis. Er ist ein weit über die Grenzen des UFS hinaus bekannter Experte des Abgabenrechts und Abgabenverfahrensrechts. Sein ausgezeichnetes Organisationstalent und seine ausgezeichneten Anwenderkenntnisse im IT-Bereich stellte er als aktiver Teilnehmer an diversen Projekten des UFS und im Rahmen seiner Ausschusstätigkeit überzeugend unter Beweis. Durch sein Engagement im Bereich der Selbstverwaltung hat er maßgeblich am organisatorischen Aufbau des UFS mitgewirkt und seine Kompetenz im Verwaltungsmanagement und in organisatorischen Belangen dargelegt. Als Mitglied des Dienststellenausschusses ist er auch laufend mit dienst- und besoldungsrechtlichen Fragen konfrontiert. Trotz des aufgezeigten Engagements in Bereichen außerhalb der Rechtsprechung weist der Bewerber hervorragende Erfledigungszahlen auf. Entscheidungsfreudigkeit und

Verantwortungsbereitschaft kommen nicht nur in den Berufungsentscheidungen zum Ausdruck, sondern auch in diversen fachlichen Workshops, in denen komplexe Rechtsfragen erörtert werden. Sowohl im Rahmen solcher Veranstaltungen als auch im Rahmen der Sitzungen des Geschäftsordnungsausschusses versteht es der Bewerber, durch ausgezeichnete fachliche Argumentationsweise andere zu überzeugen. Sein bisher gezeigtes Durchsetzungsvermögen und sein Verhandlungsgeschick prädestinieren ihn insbesondere zur Vorsitzführung im Geschäftsbereich Finanzstrafrecht. Auch seine starke Persönlichkeit, seine Integrität und Rechtsverbundenheit sowie seine bodenständige Art machen ihn dafür, insbesondere in schwierigen Verhandlungssituationen, besonders geeignet."

Zur Mitbewerberin S. führt das Gutachten Folgendes aus:

"Die Bewerberin weist die erforderlichen fachlichen Qualifikationen durchaus auf. Allerdings ist zu bemerken, dass sie in den letzten Jahren nahezu ausschließlich in dienst- und besoldungsrechtlichem Bereich tätig war und die abgaben- bzw. finanzstrafrechtlichen Agenden in den Hintergrund getreten sind. In der Referenz des Vorgesetzten der Bewerberin wird nicht zu der Bewerbung als Vorsitzende Stellung genommen, sondern auf die Bewerbung als sonstiges hauptberufliches Mitglied abgestellt. Im Rahmen des Hearings erwies sich die Bewerberin als hochintelligent und erweckte den Eindruck starker Rechtsverbundenheit, von Objektivität und Integrität. Ihre Präsentation war sprachlich ausgezeichnet und präzise im Ausdruck. Aber erst auf intensive Befragung hin hat sie ihre Vorstellungen, in welcher Weise sie die Rolle der Vorsitzenden aus dem Blickwinkel der sozialen Kompetenz ausüben würde, dargelegt. Die Bewerberin hat bisher ausschließlich in den rein hierarchischen und weisungsabhängigen Institutionen der Finanzverwaltung gearbeitet. Im weisungsungebundenen UFS sind allerdings - vor allem für die Funktion des Vorsitzenden - psychologische Fähigkeiten, wie Überzeugungskraft und Motivationspotential, gefragt. Aufgrund ihrer eher dogmatischen Art scheint ein Wechsel in diese neue Welt problematisch zu sein. Die Kommission kommt daher mehrstimmig zur Ansicht, dass die Bewerberin in hohem Ausmaß geeignet ist."

Das Gutachten enthält zur Mitbewerberin gemäß § 12 Abs. 5 AusG auch die Meinung des Kommissionsmitgliedes B., das bei der Abstimmung in der Minderheit geblieben ist:

"Die Bewerberin hat in einer sehr beeindruckenden Präsentation ihre umfassenden Kenntnisse des Verfahrens und der Organisation des UFS unter Beweis gestellt. Sie ist als juristisch exzellent einzustufen, hat ein sehr breites juristisches Wissen, vor allem auch in angrenzenden Rechtsgebieten, verfügt über ein herausragendes allgemein juristisches Verständnis und geschultes Rechtsdenken und im Rahmen ihrer vielfältigen Tätigkeiten in der Finanzverwaltung hat sie sich Erfahrungen und ausgezeichnete Fertigkeiten in der Verhandlungsführung aneignen können. Neben einem hohen analytischen Denkvermögen und einer raschen Auffassungsgabe zeichnet sie auch Entscheidungsfreudigkeit und Verantwortungsbereitschaft aus. Ihre überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit konnte sie in jahrzehntelanger Tätigkeit unter Beweis stellen. Die ständige Bereitschaft zur fachlicher Fortbildung und persönlicher Weiterentwicklung kann aus der Bereitschaft ersehen werden, ständig - auch neben den hauptberuflichen Tätigkeiten - weitere Aufgaben zu übernehmen. Darüber hinaus verfügt sie über mehr als 20 Jahre Kenntnisse im Finanzstrafrecht, davon jahrelang als Vorständin in einer Fachabteilung der FLD. Als ehemalige Geschäftsabteilungsvorständin weist sie auch die in der Ausschreibung angeführten vorteilhaften Zusatzqualifikationen, wie Kenntnisse im Dienst- und Besoldungsrecht, Verwaltungsmanagement und Organisationsentwicklung auf. In dieser Funktion hat sie auch ihre Eignung zur Mitarbeiterführung unter Beweis stellen müssen. Sie erfüllt daher in höchstem Ausmaß alle erforderlichen fachlichen und sozial-persönlichen Kompetenzen."

1.7. Der zu diesem Zeitpunkt zuständige Abteilungsleiter im Bundesministerium für Finanzen MMag. XXXX (im Folgenden: T.) richtete am 06.02.2010 an die Vorsitzende der Begutachtungskommission folgendes Mail:

"Erlauben Sie mir, mich an Sie in Ihrer Funktion als Vorsitzende der Begutachtungskommission für die jüngst ausgeschriebenen Funktionen (zwei Vorsitzende/Mitglied) zu wenden. Bevor die gegenständlichen Ausschreibungsverfahren zur Finalisierung an den Herrn Bundesminister weitergeleitet werden können, sehen wir, insbesondere um gleichbehandlungsrechtlichen Verfahrensschritten der letztlich dann nicht mit den ausgeschriebenen Funktionen betraut werdenden Bewerberinnen inhaltlich und verfahrensrechtlich entsprechend zu begegnen, das Erfordernis der Klärung einiger Fragen zu den Gutachten bzw. einer Gutachtensergänzung. Ich möchte Ihnen deshalb vorschlagen, dass wir beide uns (zunächst) zusammensetzen und die offenen Fragen in einem Gespräch erörtern."

Am 15.02.2010 schrieb die Abteilungsleiterstellvertreterin an die Vorsitzende der Begutachtungskommission Folgendes:

"Wie bereits zwischen Ihnen und meinem Abteilungsleiter kurz besprochen, müssen wir Sie in Berücksichtigung ausschreibungs- und insbesondere gleichbehandlungsrechtlicher Bestimmungen ersuchen, eine Ergänzung der im Zusammenhang mit der Besetzung ausgeschriebenen Funktion des UFS erstatteten Gutachtens vorzunehmen und dürfen dazu anregen, die nach dem Ausschreibungsgesetz eingerichtete Kommission neuerlich einzuberufen. Die zitierten rechtlichen Materien und die zur gutachterlichen Beurteilung von Vorbringen berufene Gleichbehandlungskommission stellen, verstärkt seit der Einführung des Systems gewichteter Kriterien im Zuge einer der jüngsten Dienstrechtssnovellen, sehr stark auf die Übereinstimmung der Ausschreibungskriterien und der dazu erfolgenden Feststellungen im Gutachten der nach dem AusG eingerichteten Kommission, sowie auf die sachlich differenzierte Reihung der BewerberInnen gemäß dem Ausschreibungsprofil und der damit verbundenen, sachlich nachvollziehbaren Zuweisung eines Kalküls nach dem AusG ab. Wir möchten Sie deshalb ersuchen, im Rahmen einer weiteren Kommissionstätigkeit, die vorliegenden Gutachten bzw. Feststellungen zu den BewerberInnen zu ergänzen und dürfen dazu unter anderem folgende gedanklichen Hinweise bzw. Anregungen anbringen:

- Berücksichtigung der gewichteten Kriterien für die Feststellungen zu den einzelnen BewerberInnen (derzeit in keinem Fall ablesbar);
- Wurde ein personaladministratives Instrument (z.B. Beurteilungsbogen) zur Bepunktung verwendet?
- Warum, mit welchen Unterschieden exakt, kommt eine BewerberInn letztlich auf das eine oder andere Kalkül?
- Es fehlen aus ha Sicht bei einzelnen BewerberInnen (insbesondere bei der Funktion eines hauptberuflichen Mitglieds des UFS) überhaupt die Schlussfolgerungen; in aller Regel wird von den Feststellungen ohne begründeten Schluss auf ein Kalkül verwiesen;
- Nicht ausreichend klar herausgearbeitet scheinen die Schlussfolgerungen auf Kalküle bei BewerberInnen, die sich für mehrere der ausgeschriebenen Funktionen beworben haben;
- Es darf insgesamt empfohlen werden, Feststellungen im Detaillierungsgrad der Ausschreibungskriterien vorzunehmen, damit die Unterschiede in der Beurteilung der einzelnen BewerberInnen und damit die Zuordnung der Kalküle nach dem AusG klar zum Ausdruck kommen;
- Der Minderheitenfeststellung seitens der DN-Vertreterin zu einzelnen KandidatInnen könnte damit inhaltlich leichter begegnet werden;
- Die Feststellungen enthalten an manchen Stellen Hinweise auf fehlende Aussagen bzw. Ermittlungspunkte - warum wurden diese nicht nachgeholt?

Selbstverständlich unterstützen wir Sie gerne durch eine Expertin oder einen Experten aus dem Personalbereich; die diesbezügliche Begleitung der Kommission unter Anweisung durch den Vorsitzenden darf mittlerweile in der gesamten Finanzverwaltung als bewährt bezeichnet werden."

1.8. Daraufhin erstellte die Begutachtungskommission am 21.09.2010 ein neuerliches Gutachten, bei dem das Bewertungstool des Bundesministeriums für Finanzen, angepasst an die Erfordernisse des UFS, herangezogen wurde, sodass folgende Grenzen durch die Kommission festgelegt wurden: Geeignet in höchstem Ausmaß 95 bis 100 Punkte, geeignet in hohem Ausmaß 75 bis 94,99 Punkte, geeignet in geringerem Ausmaß 50 bis 74,99 Punkte und nicht geeignet unter 50 Punkte.

Die gutachterliche Bewertung selbst entspricht jener im Gutachten vom 25.11.2009, bei der verbalen Beurteilung wurden im Detail Ergänzungen vorgenommen:

"[Der Beschwerdeführer] einstimmig in höchstem Ausmaß geeignet. [Die Mitbewerberin] mehrstimmig in hohem Ausmaß geeignet.

[Der Beschwerdeführer] (98,70 Punkte)

Fachliche Kompetenzen:

Der Bewerber stellte seine weit über dem Durchschnitt liegenden herausragenden fachlichen Kenntnisse und juristischen Fähigkeiten sowohl im Rahmen der Rechtsprechung als auch im Rahmen seiner Tätigkeit im Bereich der

Selbstverwaltung von Beginn des UFS im Jahr 2003 an unter Beweis. Er ist durch zahlreiche Publikationen ein weit über die Grenzen des UFS hinaus bekannter Experte des Abgabenrechts und Abgabenverfahrensrechts und weist insgesamt ein im höchsten Ausmaß vorhandenes juristisches Wissen und Verständnis sowie geschultes Rechtsdenken auf.

Als Findoc-Bereichsredakteur ist er ein gesuchter Ansprechpartner bei juristischen Zweifelsfragen, die er mit außerordentlichem juristischen Scharfsinn löst. Sein ausgezeichnetes Organisationstalent sowie seine weit über dem Durchschnitt liegenden Anwenderkenntnisse im IT-Bereich stellt er als aktiver Teilnehmer an diversen Projekten des UFS, wie z.B. im derzeit gemeinsam mit dem BMF und der BRZ gestalteten Projekt ?IT Unterstützung des UFS' und im Rahmen seiner Ausschusstätigkeit (Geschäftsordnungsausschuss, Unvereinbarkeitsausschuss) hervorragend und überzeugend unter Beweis. Im höchsten Ausmaß vorhandene Entscheidungsfreudigkeit, Verantwortungsbereitschaft sowie Fähigkeit zur Verhandlungsführung kommen nicht nur im Rahmen der rechtsprechenden Tätigkeit, sondern auch in fachlichen Workshops und Sitzungen der diversen Ausschüsse der Vollversammlung zum Ausdruck. Durch sein Engagement im Bereich der Selbstverwaltung hat er maßgeblich am organisatorischen Aufbau des UFS mitgewirkt und seine Kompetenz im Verwaltungsmanagement und in organisatorischen Belangen in weit über dem Durchschnitt liegenden Ausmaß dargelegt. Als Mitglied des Dienststellausschusses bis zum Jahr 2009 ist er auch laufend mit dienst- und besoldungsrechtlichen Fragen konfrontiert gewesen und weist daher auch in diesem Zusammenhang hervorragende Kenntnisse auf.

Sozial-persönliche Kompetenzen:

Trotz des aufgezeigten Engagements im Bereich außerhalb der Rechtsprechung, das eine im höchsten Ausmaß vorhandene Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit sowie Verantwortungsbereitschaft erkennen lässt, weist der Bewerber herausragende Erledigungszahlen auf, was eine weit über dem Durchschnitt liegende effiziente und effektive Arbeitsmethode beweist. Aus dem Inhalt seiner Entscheidungen sowie aus seinem im gesamten in Erscheinung Treten innerhalb und außerhalb des UFS ist eine starke in höchstem Ausmaß vorhandene Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität überzeugend erkennbar. Durch sein analytisches Denkvermögen und seinen bereits angesprochenen juristischen Scharfsinn kann er komplexe juristische Sachverhalte blitzschnell erfassen und die abgabenrechtlichen und finanzstrafrechtlichen Auswirkungen ebenso schnell erkennen. Rasche Auffassungsgabe und geistige Beweglichkeit stellt er als Vortragender bei Fortbildungsveranstaltungen und bei Workshops durch seine Fähigkeit, die an ihn gestellten Fragen sofort kompetent beantworten zu können, laufend unter Beweis. Nicht nur im Rahmen der Rechtsprechung, sondern auch im Rahmen der Sitzungen der von der Vollversammlung eingerichteten Ausschüsse stellt der Bewerber eine weit über dem Durchschnitt gelegene Motivations-, Kommunikations- bzw. Integrationsfähigkeit sowie Konfliktfähigkeit unter Beweis. Sein bisher gezeigtes, im höchsten Ausmaß überzeugendes Durchsetzungsvermögen und Verhandlungsgeschick prädestinieren ihn insbesondere zur Vorsitzführung im Geschäftsbereich Finanzstrafrecht.

Seine starke Persönlichkeit, sowie seine bereits angeführte und weit über den Durchschnitt liegende Integrität und Rechtsverbundenheit sowie seine bodenständige Art machen ihn dafür, insbesondere in schwierigen Verhandlungssituationen, besonders geeignet. Diese in seiner nunmehr nahezu 8-jährigen Tätigkeit laufend unter Beweis gestellten Qualifikationen für die ausgeschriebene Funktion wurden auch im Rahmen des Hearings überzeugend dargelegt.

Die Kommission kommt daher einstimmig zur Ansicht, dass der Bewerber im höchsten Ausmaß geeignet ist.

[Die Mitbewerberin] (88,10 Punkte)

Fachliche Kompetenzen:

Die Bewerberin ist seit 2004 der Abteilung 1/1 (Grundsatz Personal) im Bundesministerium für Finanzen fachzugehörig und im Rahmen dieser Tätigkeit mit Erledigungen im dienst- und besoldungsrechtlichen Bereich tätig. Welters ist sie Mitglied des Kompetenzzentrums Disziplinarrecht und Leiterin des Kompetenzzentrums Dienst- und Naturalwohnungen. Zuvor war sie von 1994 bis 2004 als Vorständin der Fach- und Rechtsmittelabteilung für Finanzstrafsachen und der Abteilung für Wirtschaftsangelegenheiten in der Finanzlandesdirektion für XXXX tätig.

Der Bewerberin werden von ihrem unmittelbaren Vorgesetzten hervorragende juristische Fähigkeiten und ein außerordentlicher und effizienter Arbeitseinsatz bescheinigt, wobei er in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass sie nach Auflösung der Finanzlandesdirektion für XXXX innerhalb kürzester Zeit die personalrechtliche Materie

antizipiert und in einer hohen Rechtsqualität umgesetzt habe. Im Zusammenhang mit den in der Ausschreibung geforderten sehr guten Kenntnissen im Abgaben- oder Finanzstrafrecht wird die Bewerberin nach Einschätzung ihres unmittelbaren Vorgesetzten jedenfalls als für das Finanzstrafrecht in sehr hohem Ausmaß geeignet bezeichnet. In Teilbereichen, der im Rahmen einer fachlichen Kompetenzen erforderlichen Voraussetzungen, wie z.B. im Bereich Dienst- und Besoldungsrecht, weist die Bewerberin daher weit über dem Durchschnitt gelegene Kenntnisse auf, wobei aufgrund der Referenz ihres unmittelbaren Vorgesetzten von sehr guten juristischen Fähigkeiten auszugeben ist. Was ihre Kenntnisse und Fähigkeiten im Abgaben- oder Finanzstrafrecht angeht, so ist jedoch zu bedenken, dass die Tätigkeit der Bewerberin auf dem Gebiet des Finanzstrafrechts einige Zeit und im Bereich des Abgabenverfahrensrechts noch erheblich länger zurückliegt. Dies gilt auch hinsichtlich der Erfahrungen und Fertigkeiten in der Verhandlungsführung in abgaben- und finanzstrafrechtlichen Verfahren, die ebenso schon geraume Zeit zurückliegen. Die Bewerberin, die im Gegensatz zu ihrem in höchstem Ausmaß geeigneten Mitbewerber auch nie z.B. durch Publikationen in Fachzeitschriften in demselben Ausmaß nach außen hin als anerkannte Fachexpertin im Abgaben- oder Finanzstrafrecht in Erscheinung getreten ist, müsste daher diesbezügliches Wissen erst nachholen. Der hohe Arbeitsanfall im UFS bzw. der jährlich steigende Zugang von komplexen Rechtsmitteln erfordert jedoch eine rasche Einsatzmöglichkeit ohne längere Einarbeitungsphase, vor allem bei schwierigen Rechtsmitteln, wobei für eine überzeugende Verhandlungsführung als Vorsitzende ein ?sattelfestes' Fachwissen unumgänglich ist.

Sozial-persönliche Kompetenzen:

Der unmittelbare Vorgesetzte der Bewerberin führte zu deren geforderten sozial-persönlichen Kompetenzen an, dass auch in sehr kritischer Betrachtung, somit ohne jeglichen Ansatz an überdurchschnittlicher Beurteilung, festzustellen sei, dass die Erfordernisse der Ausschreibung in diesem Bereich in sehr hohem Ausmaß gegeben seien. Ihm seien die Stimmen in der Finanzverwaltung nicht verborgen geblieben, die der Bewerberin kein ausreichend psychologisches Einfühlungsvermögen attestieren, insbesondere in der Führung von Mitarbeitern. Sie würde jedoch die notwendigen sozial-persönlichen Voraussetzungen im überdurchschnittlichen Ausmaß erfüllen, eine Einschätzung, die die Kommission, was die notwendigen sozial-persönlichen Kompetenzen anbelangt, hinsichtlich bestimmter Kriterien durchaus teilt. So erweckte die Bewerberin im Rahmen des Hearings durchaus den Eindruck starker Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität, sowie sehr hoher Verantwortung von Leistungsbereitschaft, Eigenschaften, die auch aus der Referenz des unmittelbaren Vorgesetzten hervorgehen, der ihr auch eine effiziente juristische Arbeitsmethode bescheinigt. Ihre Präsentation war sprachlich präzise im Ausdruck und ließ auf sehr gute intellektuelle Fähigkeiten, wie analytisches Denkvermögen schließen. Ihre Ausführungen bezogen sich jedoch nahezu ausschließlich auf die rechtlichen Aspekte der Funktion eines sonstigen hauptberuflichen Mitgliedes und kaum auf die ausgeschriebene Funktion des/der Vorsitzenden. Im Rahmen des Gesprächs mit der Kommission bzw. im Zuge der situativen Fragestellung erweckte die Bewerberin einen dogmatischen Eindruck und legte erst nach intensiver Befragung dar, in welcher Weise sie die Rolle der Vorsitzenden ausüben würde. Hierbei führte sie wiederum vor allem die aufgrund des Gesetzes vorhandenen Kompetenzen, wie das Dirimierungsrecht und die Aktenzuteilung und weniger ihre Vorstellungen, wie sie die Rolle aus dem Blickwinkel der sozial-persönlichen Kompetenz als primus inter pares ausüben würde, an. Die Bewerberin hat bisher ausschließlich in den rein hierarchischen und weisungsabhängigen Instituten der Finanzverwaltung gearbeitet. Im weisungsungebundenen UFS sind allerdings vor allem für die Funktion des Vorsitzenden ausgeprägte psychologische Fähigkeiten, Überzeugungskraft und Fähigkeit zur Motivations- sowie Konflikt- und Integrationsfähigkeit erforderlich, die bei dem Hearing nicht im erforderlichen Ausmaß zum Ausdruck kamen. Im Hinblick auf die Beschreibung durch die Referenzperson sowie den im Bewerbungsgespräch gewonnenen Eindruck kommt die Kommission in einer Gesamtbetrachtung zur Ansicht, dass die Bewerberin die erforderlichen Kompetenzen in einem überdurchschnittlichen Ausmaß erfüllt.

Die Kommission kommt daher mehrstimmig zur Ansicht, dass die Bewerberin im hohen Ausmaß geeignet ist."

Das Gutachten enthält abermals gemäß § 12 Abs. 5 AusG die wortidende Meinung des Kommissionsmitgliedes B., das bei der Abstimmung zur Mitbewerberin in der Minderheit geblieben ist.

1.9. Mit der ausgeschriebenen Funktion wurde letztlich mit Wirksamkeit XXXX die Mitbewerberin St. betraut.

Die Mitbewerberin St. trat am 01.08.1984 in den Bundesdienst ein, war vom 01.01.1987 bis 31.12.1988 in der Fach- und Rechtsmittelabteilung für direkte Steuern, Gebühren- und Verkehrssteuern, vom 01.01.1989 bis 30.11.1992 beim Finanzamt XXXX als Leiterin der Strafsachenstelle und Fachbereichsleiterin für Einkommens- Steuer, Handels- und

Gesellschaftsrecht und vom 01.12.1992 bis 15.05.1994 bei der Finanzlandesdirektion für XXXX in der Fach- und Rechtsmittelabteilung für Finanzstrafsachen, Steuer- und Zollstrafsachen und Abteilung für Wirtschaftsangelegenheiten tätig. Vom 16.05.1994 bis 30.04.2004 war sie Vorständin der Fach- und Rechtsmittelabteilung Finanzstrafsachen (Steuer- und Zollstrafsachen) und Abteilung für Wirtschaftsangelegenheiten. Ab 01.05.2004 war sie in der Abteilung I/20 im Bundesministerium für Finanzen mit der Erledigung von Rechtsmitteln auf dem Gebiet des Dienst- und Besoldungsrechts befasst und war Leiterin des Kompetenzzentrums Dienst- und Naturalwohnungen.

1.10. Festgestellt wird, dass es sich bei dem Beschwerdeführer um den insgesamt besser geeigneten Bewerber gehandelt hat.

1.11. Mit der gegenständlichen Bewerbungsangelegenheit war bis zu seiner Karenzierung im September 2012 T. verantwortlich befasst. Von ihm wurde auch die Gutachtensergänzung veranlasst. Dem Ersuchen nach einer Gutachtensergänzung lag zugrunde, dass T. das Gutachten der Begutachtungskommission nicht ausreichend schlüssig fand. Weiters wurde T. von der Präsidentin des UFS als Vorsitzende der Begutachtungskommission um eine fachliche Stellungnahme zur Mitbewerberin St. ersucht, weil er ihr unmittelbarer Vorgesetzter war. Diesem Ersuchen kam T. per E-Mail am 10.11.2009 nach.

Im April 2011 kam es zu einem Wechsel in der Funktion des Bundesministers für Finanzen von Josef PRÖLL auf Dr. Maria FEKTER. Bis zu diesem Wechsel war mit dem Besetzungsverfahren nur T. befasst, der Informationen an das Kabinett übermittelte. Nach dem Ministerwechsel gab es in dieser Angelegenheit keine Kommunikation mehr von T. mit dem Kabinett oder der Ministerin direkt. Im Herbst 2011 erfuhr T., dass er in seiner Funktion nicht verlängert werden wird, sodass er sich nicht mehr mit dem Besetzungsverfahren befasste.

Im Herbst 2012 wurde in weiterer Folge Mag. XXXX (im Folgenden: S.) Leiter der Abteilung I/1 und somit auch mit dem Bestellvorgang befasst. 2012 und 2013 hatte er als Projekte auch die neue Planstellenbesetzungs-VO und die dienstrechtliche Begleitung der Gründung des Bundesfinanzgerichts über, die Priorität hatten.

Auf die ausgeschriebene Stelle wurde letztlich am XXXX die Mitbewerberin St. ernannt. Die Besetzung erfolgte zu diesem Zeitpunkt, um vor der Schaffung des Bundesfinanzgerichts noch offene Verfahren abzuschließen.

S. kannte die politische Gesinnung des Beschwerdeführers nicht. Er hat über den hier gegenständlichen Bestellvorgang keine Gespräche mit dem Kabinett der Ministerin oder mit der Ministerin persönlich geführt. Der Vorschlag, die von der Begutachtungskommission zweitgereihte Mitbewerberin St. zu bestellen, entstand daraus, dass der Beschwerdeführer bereits mit Ministerratsbeschluss vom 26.02.2013 mit Wirksamkeit 01.01.2014 zum sonstigen Mitglied des Bundesfinanzgerichts ernannt wurde.

Bei der Besetzung der Stelle hat die Weltanschauung des Beschwerdeführers keine Rolle gespielt, sodass der Beschwerdeführer nicht aufgrund seiner Weltanschauung diskriminiert wurde.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zu 1.1. bis 1.9. ergeben sich aus den im Akt befindlichen Unterlagen (Ausschreibung, Bewerbungsunterlagen, Gutachten der Kommission) sowie den Angaben der Parteien und sind unstrittig.

Die Feststellung zu 1.10., dass der Beschwerdeführer der besser geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Funktion war, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei beiden Bewerbern um sehr gute Juristen handelt, die für die ausgeschriebene Funktion grundsätzlich überaus qualifiziert sind. Es kann also keinesfalls davon die Rede sein, dass eine unqualifizierte Person mit der Funktion betraut wurde.

Trotzdem folgt das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht der Begutachtungskommission, dass der Beschwerdeführer besser qualifiziert gewesen wäre als seine Mitbewerberin. Das in den Feststellungen wiedergegebene Gutachten der Begutachtungskommission vom 21.09.2010 ist schlüssig und stützt sich auf die Lebensläufe und ein Hearing, bei dem nach den Ausführungen im Gutachten der Beschwerdeführer mehr überzeugen konnte als seine Mitbewerberin. Die von den Mitgliedern der Begutachtungskommission aufgrund eines Qualifikationsvergleichs gezogenen Schlüsse und Abwägungen sind vor dem Hintergrund der Ausschreibung nachvollziehbar und überzeugend.

Soweit die belangte Behörde darauf verweist, dass die Mitbewerberin mehr Erfahrung im Finanzstrafrecht aufweist

und die Stelle für diesen Aufgabenbereich gedacht gewesen wäre, ist zunächst der belangten Behörde zuzustimmen, dass die Mitbewerberin fachlich gesehen einen Qualifikationsvorsprung im Finanzstrafrecht gegenüber dem Beschwerdeführer aufweist, ebenso wie im Dienst- und Besoldungsrecht, das jedoch nach der Ausschreibung lediglich eine vorteilhafte Zusatzqualifikation darstellt. Dieser Qualifikationsvorsprung ergibt sich daraus, dass der Beschwerdeführer lediglich von 1995 bis 2002 teilweise mit Finanzstrafrecht befasst war, er in dieser Zeit keine Approbationsbefugnis hatte und er in seiner Zeit als Mitglied des UFS kein Finanzstrafrecht judizierte. Demgegenüber war die Mitbewerberin von 1994 bis 2004 Vorständin der Fach- und Rechtsmittelabteilung Finanzstrafsachen. Auch der Zeuge K. gab in seiner Einvernahme vor dem Landesgericht für Zivilsachen am 08.05.2017, die er in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 22.05.2019 aufrecht hielt, auf konkrete Frage an, dass die Mitbewerberin in diesem Zeitraum mehr Erfahrung im Finanzstrafrecht habe sammeln können als der Beschwerdeführer. Der Einwand des Beschwerdeführers, dass das Abgabenrecht auch Vorfrage des Finanzstrafrechts sein kann, kann die spezialisierte rechtsprechende Tätigkeit im Finanzstrafrecht der Mitbewerberin nicht wettmachen. Vor allem ist zu berücksichtigen, dass dies dann auch für die Mitbewerberin gelten muss, dass somit auch sie das Abgabenrecht, so es Vorfrage im Finanzstrafrecht ist, für die Bearbeitung ihrer Fälle zu beherrschen hatte. Dies bestätigt auch der Zeuge K. in seiner Einvernahme vom 22.05.2019 (Verhandlungsprotokoll Seite 19). Im Dienst- und Besoldungsrecht ergibt sich der Qualifikationsvorsprung aus der Tätigkeit der Mitbewerberin ab 01.05.2004 (Erledigung von Rechtsmitteln auf dem Gebiet des Dienst- und Besoldungsrechts), während der Beschwerdeführer hinsichtlich seiner Erfahrung auf dem Gebiet im Dienst- und Besoldungsrecht in der mündlichen Verhandlung am 22.05.2019 lediglich auf die allgemeine Ausbildung in der Finanzverwaltung, seine Tätigkeit als Mitglied des Dienststellenausschusses und eine spezielle Aufgabenstellung im Jahr 2006 zum Thema Justizverwaltung im UFS verweist.

Wie sich jedoch aus der Ausschreibung ergibt, war die Stelle einer Vorsitzenden eines Berufungssenates im UFS ausgeschrieben mit dem Beisatz "voraussichtlich mit dem Arbeitsschwerpunkt im Geschäftsbereich Finanzstrafrecht". Bei den Ausschreibungskriterien selbst unter "Fachliche Kompetenz - notwendige Voraussetzungen" ist der anerkannte Fachexperte im Abgabenrecht oder Finanzstrafrecht angeführt.

Wie die Präsidentin des UFS, nunmehr Bundesfinanzgericht, als Zeugin in der mündlichen Verhandlung am 22.05.2019 schlüssig darlegte, kann die Ausschreibung nur einen Bedarf aufzeigen, die Entscheidung über die Einteilung für einen bestimmten Geschäftsbereich traf jedoch letztendlich die Vollversammlung bei der Beschlussfassung über die Geschäftsverteilung, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass bei der Ausschreibung nur der Fachbereich Finanzstrafrecht im Vordergrund stand. Nur am Rande sei angemerkt, dass sich diese Aussage letztlich auch dadurch bestätigt hat, dass die Mitbewerberin nach ihrer Ernennung letztendlich gar nicht mit Finanzstrafrecht betraut wurde.

Im Einklang mit dem Gutachten der Begutachtungskommission kommt somit auch das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer, der ein anerkannter Fachexperte im Abgabenrecht ist, gegenüber der Mitbewerberin, die eine anerkannte Fachexpertin im Finanzstrafrecht ist, einen fachlichen Vorsprung hat, weil er zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits seit sechs Jahren am UFS als Mitglied im rechtsprechenden Bereich tätig war, während die Tätigkeit der Mitbewerberin im Finanzstrafrecht fünf Jahre zurücklag. Auch vor dem Hintergrund der Aufgaben eines Senatsvorsitzenden (Aktenzuteilung an die Senatsmitglieder, Vorsitzführung in den mündlichen und nicht mündlichen Senatsverfahren, Vertretung der Senatsentscheidungen vor den Höchstgerichten und dem EuGH, Wahrnehmung bestimmter übertragener Leitungsaufgaben durch die Präsidentin des UFS) ergibt sich ein Qualifikationsvorsprung des Beschwerdeführers aufgrund seiner Tätigkeit als Mitglied des UFS, weil er dadurch mit den Strukturen und Abläufen am UFS bestens vertraut war.

Auch die Abwägungen zu den sozial-persönlichen Kompetenzen der Bewerber im Gutachten der Begutachtungskommission sind schlüssig und nachvollziehbar. Drei der vier Mitglieder kamen nach der Durchführung des Hearings zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer in diesem einen besseren Eindruck hinterließ als die Mitbewerberin, die in ihren Ausführungen nahezu ausschließlich auf die rechtlichen Aspekte der Funktion eines sonstigen hauptberuflichen Mitgliedes und kaum auf die ausgeschriebene Funktion des Vorsitzenden Bezug nahm. Die Begutachtungskommission bezog auch nachvollziehbar mit ein, dass der Vorgesetzte der Mitbewerberin (T.) angab, dass es in der Finanzverwaltung kritische Stimmen hinsichtlich der Führungsqualität der Mitbewerberin gegeben hat. Solche Informationen lagen hinsichtlich des Beschwerdeführers nicht vor.

Die Feststellungen zu 1.11. - insbesondere, dass die Weltanschauung des Beschwerdeführers bei der Besetzung der

Stelle keine Rolle gespielt hat - ergeben sich aus folgenden Erwägungen:

Der Beschwerdeführer kann als ein Beweismittel für das Vorliegen einer Diskriminierung auf das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission verweisen, das im Wesentlichen zu folgendem Ergebnis kommt:

"Zum ?Gutachten' der Begutachtungskommission [...] hält der Senat fest, dass die Feststellungen der Begutachtungskommission einen nachvollziehbaren Qualifikationsvergleich auf Basis der Ausschreibungskriterien darstellen. Eine Beschreibung der Mitbewerber/innen und Auflistung ihrer ?Defizite' kommen im Gutachten vor. Anhand der Beschreibung von [dem Beschwerdeführer] ist nachvollziehbar, warum [die Mitbewerberin] ?in hohem Ausmaß' und nicht ?in höchsten Ausmaß' qualifiziert sei. So wurde auch im Gutachten der Begutachtungskommission festgehalten, dass der entscheidungsrelevante Qualifikationsunterschied der ist, dass [die Mitbewerberin] bisher ausschließlich in den rein hierarchischen und weisungsabhängigen Institutionen der Finanzverwaltung gearbeitet habe und ?aufgrund ihrer eher dogmatischen Art ein Wechsel in diese ?neue Welt' problematisch' erscheine. Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass es sich um die Funktion eines/einer Vorsitzenden handelt, die weisungsfrei ausgeübt wird und unter anderem Entscheidungsfähigkeit und Überzeugungskraft erfordert. Aufgrund seiner weisungsfreien Tätigkeit als hauptberufliches Mitglied des UFS weist [der Beschwerdeführer] im Vergleich zu [der Mitbewerberin] in diesem Punkt einen Vorsprung auf.

Zu der vom BMF übermittelten Stellungnahme hält der Senat fest, dass die Erfahrungen und Kenntnisse von [der Mitbewerberin] besonders hervorgestrichen wurden. Es ist für den Senat sehr auffällig, dass die fachliche Kompetenz von [dem Beschwerdeführer] im Vergleich zu [der Mitbewerberin] eindeutig unterbewertet wurde. Nach Durchsicht der Verwendungsdaten kann jedoch festgestellt werden, dass [der Beschwerdeführer] einen sehr intensiven beruflichen Werdegang hatte. [Der Beschwerdeführer] ist seit 1987 im Bundesdienst. Er hat von 1989 bis 2002 als Bereichsleiter in der FLD für XXXX und seit 2003 als sonstiges hauptberufliches Mitglied des UFS Berufspraxis als Rechtsmittelberater in verschiedenen Fachgebieten erworben. Von 2004 bis 2009 war er Mitglied des Dienststellenausschusses. Er ist Prüfungskommissär für Steuerberater bei der Kammer der Wirtschaftstreuhändler, übt schriftstellerische Tätigkeiten für diverse Fachzeitschriften aus, ist Mitautor bei Fachbüchern und Fachvortragender.

Auf seine zahlreichen Zusatzfunktionen und beruflichen Erfolge wird hier nicht einzeln eingegangen. Im Sinne einer objektiven Stellungnahme, hätte das BMF auf die fachlichen Kompetenzen beider Bewerber/innen eingehen und daraus einen Vergleich ziehen sollen.

Bemerkenswert ist es auch, dass das BMF in seiner Stellungnahme vorwiegend auf das Erfordernis ?Expertenwissen in Finanzstrafrecht' abgestellt hat. Es ist zwar dem BMF zuzustimmen[, dass] dies eines der gewichtigeren Voraussetzungen in der Ausschreibung war, aber nicht die einzige. Den Fokus lediglich auf diese zu richten ist nicht im Sinne einer sachlichen Auswahlentscheidung. Vielmehr hätten alle notwendigen Voraussetzungen in die Gesamtbeurteilung einfließen sollen.

Die Argumentation des BMF, dass eine Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung schon deswegen nicht vorliegen würde, weil sich in der Vergangenheit der LH Dr. Pühringer und der NR-Abg Schuster als prononcierte ÖVP-Mitglieder für [den Beschwerdeführer] eingesetzt hätten, ist für den Senat nicht nachvollziehbar. Mit einem Beispiel aus der Vergangenheit die Behauptung der Diskriminierung zu durchbrechen ist jedenfalls nicht effektiv genug und kann nur als Versuch gesehen werden, eine sachlich nicht nachvollziehbare Personalentscheidung zu rechtfertigen.

Das BMF brachte weitere vor, dass es nach Prüfung der Bewerbungsunterlagen, der Hearingsergebnisse und der Ergebnisse der Kommissionsmitglieder in den Gutachten anhand des Ausschreibungstextes zur Ansicht gelangt sei, dass [die Mitbewerberin] für den Arbeitsplatz ?Vorsitzende/r eines Berufungssenates mit Arbeitsschwerpunkt Finanzstrafrecht' in höchstem Ausmaß geeignet sei. Der Senat hält dazu fest, dass ein solches Vorbringen insofern widersprüchlich ist, als das BMF behauptet sich bei der Entscheidung auf die Gutachten der Begutachtungskommission gestützt zu haben, andererseits sich klar über zwei gleichlautende Gutachten der Begutachtungskommission hinwegsetzt hat. Es ist für den Senat absolut nicht nachvollziehbar, dass das BMF aus Eigenem die Qualifikation der Bewerber/innen beurteilte, obwohl diese bereits im Gutachten von der Begutachtungskommission, nach einem intensiven Verfahren festgestellt wurde. Es stellt sich für den Senat die Frage, wozu Begutachtungskommissionen eingesetzt werden, wenn ihre Feststellungsergebnisse gar keine Berücksichtigung im Entscheidungsprozess finden.

Für den Senat ist es höchst fragwürdig, dass es erst nach drei Jahren nach der Ausschreibung der Planstelle zu einer

Besetzungsentscheidung gekommen ist. Eine neuerliche Befassung der Begutachtungskommission wurde mit der Begründung, dass von Seiten der Begutachtungskommission keine weiteren Feststellungen zu erwarten seien, unterlassen. Der Senat hält dazu fest, dass die Beurteilung der Fähigkeiten zum Bewerbungszeitpunkt vorzunehmen ist. Es entspricht keinesfalls einem objektiven Auswahlverfahren, wenn Bewerber/innen aus einer (aus welchen Gründen auch immer) verzögerten Auswahlentscheidung ein Vor- bzw. Nachteil erwächst.

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes als das vom Antragsteller glaubhaft gemachte Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Aus der Stellungnahme und der Vorgehensweise geht hervor, dass das BMF darauf konzentriert war, die Planstelle mit [der Mitbewerberin] zu besetzen. Diese Annahme wird auch durch das Vorbringen von Dr. XXXX in der Sitzung der B-GBK bekräftigt. So brachte diese vor, dass [die Mitbewerberin] vom BMF empfohlen wurde und dieses sich für sie eingesetzt habe. Aus den genannten Gründen kam der Senat zudem Ergebnis, dass die Vorgehensweise des Dienstgebers im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Besetzungsverfahren jedenfalls nicht auf sachlichen Erwägungen beruht.

Die sachlich nicht nachvollziehbaren Begründungen in der Stellungnahme des BMF sind nicht geeignet, den Senat davon zu überzeugen, dass andere als die vom Antragsteller glaubhaft gemachten parteipolitischen Erwägungen im Verfahren zur Besetzung der Funktion ?Vorsitzende/r eines Berufungssenates im UFS mit Arbeitsschwerpunkt Finanzstrafrecht' maßgeblich waren.

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von [dem Beschwerdeführer] um die Funktion ?Vorsitzende/r eines Berufungssenates im UFS mit Arbeitsschwerpunkt Finanzstrafrecht' stellt daher eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung gemäß §13Abs.1Z5B-GIBG dar."

Die Bundes-Gleichbehandlungskommission hat im Rahmen ihres Entscheidungsfindungsprozesses den Ausschreibungstext sowie die Bewerbungsunterlagen der Bewerber herangezogen, Stellungnahmen eingeholt und im Rahmen einer Sitzung sowohl den Beschwerdeführer als auch die Vorsitzende der Begutachtungskommission gehört. Im Gutachten wurden die jeweils wesentlichen Passagen der Sitzung wiedergegeben, sodass ersichtlich wird, auf welche Quellen sich die daran anschließenden Erwägungen und Schlussfolgerungen der Kommission stützen.

Im Gutachten wurde ausführlich dargelegt, weshalb die Bundes-Gleichbehandlungskommission davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer besser geeignet gewesen ist als die ernannte Mitbewerberin. Wie bereits in der Beweiswürdigung zu 1.10. dargelegt, folgt das Bundesverwaltungsgericht dieser Auffassung.

Dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission kommt Beweiswert zu, sodass die Behörde oder das Verwaltungsgericht in einem Verfahren über den Ersatzanspruch nach § 18a Abs. 2 B-GIBG in Ansehung eines ihr bekannten Gutachtens im Rahmen der ihr nach § 45 Abs. 2 AVG obliegenden Beweiswürdigung gehalten ist, nachvollziehbar zu begründen, wenn sie zu teils abweichenden Schlussfolgerungen aus den da wie dort zugrundeliegenden Beweisergebnissen gelangt (vgl. VwGH 21.02.2013, 2012/02/2013).

Aus folgenden Erwägungen weicht das Bundesverwaltungsgericht jedoch von den Schlussfolgerungen der Bundes-Gleichbehandlungskommission, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Beschwerdeführers eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung darstellt, ab:

Im Gegensatz zur Bundes-Gleichbehandlungskommission hat das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seiner amtswegen Ermittlungspflicht in drei mündlichen Verhandlungen sowohl den Behördenvertreter als auch alle Mitglieder der Begutachtungskommission sowie die beiden mit der Stellenausschreibung befassten Abteilungsleiter angehört.

Der Beschwerdeführer bringt drei Themen vor, die aus seiner Sicht für eine unsachliche und damit diskriminierende Entscheidung sprechen würden: Das Abgehen vom nachvollziehbar begründeten Gutachten der Begutachtungskommission, die lange Dauer des Besetzungsverfahrens und die Nähe des mit der Entscheidung betrauten T. zur Mitbewerberin als deren Vorgesetzter. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der Befangenheitsvorwurf hinsichtlich des Mitglieds der Begutachtungskommission B. nach ihrer mündlichen Zeugeneinvernahme am 26.06.2019 vom Beschwerdeführer zurückgezogen wurde, weil sich dieser Vorwurf tatsächlich auch nicht bewahrheitet hat.

T. hat als Zeuge in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar dargelegt, dass er

andere Schlüsse aus den Biografien gezogen hat, als die Kommission. Er konnte glaubhaft machen, dass er keine Präferenz für die Mitbewerberin gehabt hat, sondern es ihm um die Schlüssigkeit des Gutachtens ging, die seiner Meinung nach nicht gegeben war. Aus seiner Sicht sei auch die Mitbewerberin im höchsten Ausmaß für die Stelle geeignet gewesen und er sah sich in seiner Ansicht durch das Minderheitengutachten des Kommissionsmitglieds B. gestützt.

Auch die Zeugin M. gab in ihrer Einvernahme am 22.05.2019 an, dass Thema in den Diskussionen mit T. immer nur die Qualifikation und der unterschiedliche Zugang zur Ausschreibung gewesen sei. Das BMF in Person von T. habe sich dabei stark an der Ausschreibung und dem Aufgabenbereich Finanzstrafrecht orientiert, während für die Begutachtungskommission die Sichtweise des Gerichts und die Aufgaben eines Senatsvorsitzenden im Vordergrund standen. Die Weltanschauung des Beschwerdeführers sei nie Thema gewesen. Die Zeugin betonte auch, dass man T. keine unsachliche Vorgehensweise vorwerfen könne, weil er die Erfordernisse an den Arbeitsplatz offensichtlich anders gesehen habe. Diese "andere" Sichtweise wurde auch vom Kommissionsmitglied B. in der mündlichen Verhandlung am 26.06.2019 bestätigt, die das Hauptkriterium in der Ausschreibung auch im Finanzstrafrecht gesehen hätte und damit die gleiche Qualifikation der Bewerber begründet hat.

Dass der Entscheidungsträger T. auch Vorgesetzter der Mitbewerberin war, hatte im vorliegenden Fall keine Auswirkungen auf die Entscheidung. T. kannte die Mitbewerberin aufgrund der Zusammenarbeit und konnte daher ihre Qualifikation gut einschätzen. Das trifft ebenso auf drei von vier Mitgliedern der Begutachtungskommission in Bezug auf den Beschwerdeführer zu, die ihn aufgrund der gemeinsamen Tätigkeit am UFS kannten. Wie die Zeugin M. in ihrer Einvernahme nachvollziehbar angab, hat T. die Mitbewerberin auch nicht als besser qualifiziert erachtet, sondern als gleich geeignet qualifiziert, sodass dann die Mitbewerberin als Frau bei gleicher Qualifikation zum Zug kommen hätte müssen. Die Zeugin sagte auch aus, dass sie nicht behaupten könne, dass T. die Mitbewerberin unsachlich bevorzugen habe wollen. Dies ergibt sich auch aus den vorgelegten Mails, in denen T. einerseits am 10.11.2009 nach Aufforderung durch die Vorsitzende der Begutachtungskommission als Vorgesetzter die Mitbewerberin beschreibt und dabei zeigt, dass er sehr wohl zu einer differenzierten und objektiven Beurteilung fähig ist, indem er auch auf die Defizite der Mitbewerberin bei ihrer Führungsqualität hinweist, was letztlich auch ins Gutachten der Begutachtungskommission eingeflossen ist. Andererseits führt er in seinem Mail vom 06.02.2010 aus, dass er - um gleichbehandlungsrechtlichen Verfahrensschritten entsprechend begegnen zu können - um nähere Begründung des Gutachtens ersucht. Dieses Ersuchen scheint vor dem Hintergrund der höheren Qualifikation der Mitbewerberin im Bereich Finanzstrafrecht gerechtfertigt und das zweite Gutachten der Begutachtungskommission ist letztlich tatsächlich auch detaillierter und schlüssiger begründet als das erste. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass T. die Entscheidung für die Ministerin auch gar nicht vorbereitet hat, weil seine Funktion im Herbst 2012 nicht mehr verlängert wurde.

Die lange Dauer des Besetzungsverfahren ergibt sich - wie festgestellt werden konnte - daraus, dass es im Ministerium zuerst zu einem Wechsel des Ministers im April 2011 kam, der dazu führte, dass es keine Kommunikation mehr von T. mit dem Kabinett oder der Ministerin gab und T. sich daraufhin mit dem Verfahren nicht mehr befasste. T. erfuhr bereits im Herbst 2011, dass er nicht mehr verlängert werden würde. Seinen schlüssigen Angaben in seiner Einvernahme am 28.11.2019 folgend, wurde das sowieso schon kühle Verhältnis zum Kabinett dadurch nicht intensiver. In weiterer Folge gab es im Herbst 2012 einen Wechsel in der für das Verfahren zuständigen Abteilung von T. auf S., der daraufhin 2012 und 2013 mit dringenderen Projekten befasst war und das Besetzungsverfahren erst im September 2013 beendete, um die offenen Verfahren vor Schaffung des Bundesfinanzgerichts zum Abschluss zu bringen. Dies ergibt sich aus den glaubhaften Zeugenaussagen von T. und S. in der Verhandlung am 28.11.2019, die sich trotz der langen Zeit bemüht zeigten, sich an den Ablauf des Verfahrens zu erinnern und zur Aufklärung beitragen wollten. Auch zeigte S., der letztlich die Entscheidung für die Ministerin vorbereitet hat, seine grundsätzliche Arbeitsweise im Ministerium auf, die Rückschlüsse auf seine Vorgehensweise bei dem gegenständlichen Verfahren zulassen. Er betonte, dass er immer nur "in der Linie", somit direkt mit seinem Vorgesetzten und nie mit dem Kabinett kommuniziert habe. Er zeigte auf, dass er 100 bis 600 Besetzungen pro Jahr betreute und für die Ministerin vorbereitete, sodass es sich letztlich um ein "Massengeschäft" gehandelt habe.

Aus Sicht der Zeugin M. war die lange Dauer zwar befremdlich, aber nicht nur im Fall des Beschwerdeführers gegeben. Dies sei auch ein anderes Mal vorgekommen. Auch die Zeugen P. und B. bestätigten, dass es untypisch war. Die belangte Behörde steht auf dem Standpunkt, dass im Lichte der geplanten Schaffung des Bundesfinanzgerichts keine

Dringlichkeit zur Erweiterung des Personalstandes gesehen worden sei. Auch dazu gab die Zeugin M. an, dass das für sie insofern schlüssig sei, als das BMF insgesamt eine eher restriktive Personalpolitik bei Nachbesetzungen betrieben habe, auch wenn es aus ihrer Sicht sehr wohl personellen Bedarf gegeben hätte.

Wie sich aus den von der belangten Behörde vorgelegten ELAK-Auszügen (OZ 17), insbesondere dem Votum vom 18.09.2013, Zl. BMF-322506/0035-I/1/2013, ergibt, ist die Mitbewerberin deshalb als Zweitgereihte zur Vorsitzenden eines Berufungssenates im UFS bestellt worden, weil der Beschwerdeführer bereits am 26.02.2013 zum sonstigen Mitglied des Bundesfinanzgerichts ernannt worden ist. Wortwörtlich heißt es in diesem Votum: "Der aufgrund der Hearing-Ergebnisse sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens Erstgereihte [...] übt seit Gründung des UFS mit XXXX die Funktion eines sonstigen hauptberuflichen Mitgliedes des UFS an der Außenstelle XXXX aus. [Der Beschwerdeführer] hat mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 gem. Art. 151 Abs. 51 Z. 4 B-VG um Ernennung zum Richter des Bundesfinanzgerichtes ersucht. Mit Ministerrats-Beschluss vom 26. Februar 2013 erfolgte die Ernennung [des Beschwerdeführers] zum sonstigen Mitglied des Bundesfinanzgerichtes gem. Art. 151 Abs. 51 Z. 4 B-VG it Wirksamkeit vom 1. Jänner 2014. Es wird daher - entsprechend der von der Kommission vorgenommenen Reihung - vorgeschlagen, die an zweiter Stelle gereihte Bewerberin [...] zur Vorsitzenden eines Berufungssenates im UFS zu bestellen." Auch der Zeuge S. gab nach Vorhalt dieses Votums in der mündlichen Verhandlung an, dass es sich um ein "Aufrücken" der Zweitgereihten gehandelt habe, weil der Erstgereihte eine andere Funktion erhalten hat.

Letztendlich konnte somit keines der genannten Aspekte der Weltanschauung des Beschwerdeführers zugeschrieben werden. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass letztlich auch die Weltanschauung des Beschwerdeführers vage blieb. So ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen eindeutig - und dies wird vom Beschwerdeführer so auch angegeben -, dass er als Unabhängiger auf der Liste "Unabhängige und Fraktion sozialistischer Gewerkschafter" kandidiert hat. Die vorgelegte Wahlwerbung zeigt klar, dass beim Namen des Beschwerdeführers in Klammer immer ein "U" für "Unabhängiger" angeführt ist. Auch die Zeugin M. gab in ihrer Einvernahme an, dass der Beschwerdeführer nicht allgemein als Sozialdemokrat bekannt war, allenfalls habe man ihm aufgrund seiner Kandidatur dem sozialdemokratischen Spektrum zugeordnet, aber er sei eigentlich als Unabhängiger aufgetreten. Die Zeugen K. und P. führten aus, dass ihnen eine Nähe des Beschwerdeführers zur Sozialdemokratie bekannt gewesen sei, was sich aber wohl aus ihrer persönlichen Bekanntschaft mit dem Beschwerdeführer ableiten lässt (Zeuge K.: "Man wusste in den Reihen des UFS, dass er zumindest der Sozialdemokratie wohlgesonnen war." Zeuge P.: "Ich habe es gewusst."). Vor diesem Hintergrund ist die Zeugenaussage des S., der letztlich als Abteilungsleiter für die Entscheidung zuständig war, glaubhaft, dass ihm eine politische Einstellung oder Weltanschauung des Beschwerdeführers nicht bekannt war und diese daher für seine Entscheidung auch keine Rolle gespielt hat.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Zur Zulässigkeit der Säumnisbeschwerde:

Der Beschwerdeführer hat am 01.10.2015, eingelangt bei der belangten Behörde am 05.10.2015, den gegenständlichen Antrag auf Ersatz nach § 18 B-GIBG gestellt. Am 06.09.2016 erhob er die gegenständliche Säumnisbeschwerde. Die sechsmonatige Entscheidungsfrist des Bundesministers für Finanzen gemäß § 73 Abs. 1 AVG ist am 05.04.2016 abgelaufen.

Vorweg ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seinen Antrag beim Bundesminister für Finanzen und

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