

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

16.04.2015

**Geschäftszahl**

W106 2012123-1

**Spruch**

W106 2012123-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Irene BICHLER über die Beschwerde des XXXX, XXXX, gegen den Bescheid des Präsidenten des Rechnungshofes vom 18.06.2014, GZ 502.115/123-1A2/14, betreffend Ansprüche nach dem B-GIBG

A)

1. beschlossen: Der Beschwerde wird im Umfang des im Antrag des Beschwerdeführers vom 20. April 2012 bezeichneten 2. Vorfalls (betr. Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg) Folge gegeben und der angefochtene Bescheid in diesem Umfang gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufgehoben und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverwiesen.

2. zu Recht erkannt: Soweit der angefochtene Bescheid einen Anspruch des Beschwerdeführers aufgrund des im Antrag vom 20. April 2012 bezeichneten 1. Vorfalles abweist, wird die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

B)

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

(16.04.2015)

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

I.1. Der Beschwerdeführer (BF) stand bis 30.11.2012 als Beamter des Rechnungshofes in einem aktiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er hat durch Erklärung gemäß § 15 Abs. 1 und 2 iVm § 236c BDG 1979 mit Ablauf des 30.11.2012 seine Versetzung in den Ruhestand bewirkt.

Mit Eingabe vom 14. Juni 2011 beantragte er die Erstellung eines Gutachtens der Bundes-Gleichbehandlungskommission gemäß § 23a des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. Nr. 100/1993 (im Folgenden: B-GIBG).

In diesem Zusammenhang erachtete er sich auf Grund von 15 in diesem Antrag näher genannter Verhaltensweisen seines Dienstgebers nach dem verpönten Kriterium des Alters diskriminiert. Dabei ist hervorzuheben, dass unter Punkt 2. eine Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg geltend gemacht wurde,

weil der BF mit seiner Bewerbung für die Funktion der Prüfungsleitung/Abteilungsleitung-Stellvertretung der Abteilung 2A2, zuständig für Justiz und Inneres, nicht zum Zug gekommen war.

Der Präsident des Rechnungshofes erstattete zu diesem Antrag eine Stellungnahme, worauf der BF mit einem Schriftsatz vom 22. Jänner 2012 (betreffend die Vorfälle 1.-3.) replizierte.

Die Bundes-Gleichbehandlungskommission gelangte in ihrem Gutachten vom 18. April 2012 zum Ergebnis, dass die vom BF in seinem Antrag vom 14. Juni 2011 geltend gemachten Vorfälle keine Diskriminierungen auf Grund des Alters darstellten. Zusammengefasst begründete sie ihr Gutachten damit, dass es dem Rechnungshof zwar nicht gelungen sei, sie von der Sachlichkeit, insbesondere der unter 2. angeführten Personalentscheidung bzw. des ihr zu Grunde liegenden Gutachtens zu überzeugen, freilich gehe die Bundes-Gleichbehandlungskommission davon aus, dass die - unsachliche - Personalentscheidung bzw. Reihung nicht durch das Alter des BF motiviert gewesen sei, sondern durch persönliche Animositäten zwischen ihm und Sektionschefin X, welche auch als Vorsitzende der Begutachtungskommission tätig geworden sei. Dies gelte auch für die übrigen vom BF als Diskriminierung geltend gemachten Umstände.

Mit seinem an den Präsidenten des Rechnungshofes gerichteten Antrag vom 20.04.2012 beehrte der BF auf Grund der in seinem Antrag an die Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 14.06.2011 geltend gemachten Umstände sowie unter Erstattung ergänzenden Vorbringens wegen Diskriminierungen auf Grund seines Alters eine Entschädigung von EUR 10.000,-, wobei er diesen Schadenersatzanspruch sowohl auf persönliche Beeinträchtigungen als auch auf den Vermögensschaden wegen der behaupteten Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg stützte.

In der Begründung dieses Antrages erstattete der BF weiteres Vorbringen zu den Vorfällen 1. bis 3., sowie zur Lage älterer Mitarbeiter im Rechnungshof im Allgemeinen. Dieses Vorbringen sollte - neben dem ins Treffen geführten Umstand, wonach Diskriminierungen gegen den BF erst nach seinem 60. Lebensjahr eingesetzt hätten - der Widerlegung der Annahme der Bundes-Gleichbehandlungskommission dienen, wonach - trotz unsachlicher Vorgangsweise des Dienstgebers im Zusammenhang mit dem 2. Vorfall - eine Diskriminierung auf Grund des Alters nicht Platz gegriffen habe.

Mit Schreiben vom 14.09.2012 brachte die belangte Behörde dem BF sodann die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Kenntnis und räumte ihm hiezu Parteiangehör ein.

Der BF erstattete am 28.09.2012 eine ausführliche Stellungnahme, in welcher er ergänzendes Vorbringen zur allgemeinen Situation älterer Beamter im Rechnungshof erstattete und sein Vorbringen zu einigen der als Diskriminierung ins Treffen geführten Verhaltensweisen des Dienstgebers (Vorfälle 1.-6.) ergänzte.

Mit Bescheid des Präsidenten des Rechnungshofes vom 19.10.2012 wurde der Antrag des BF vom 20. April 2012 gemäß §§ 13, 14, 16, 17b, 17c, 18a, 18b, 19a und 20 B-GlBG abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob der BF Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof.

I.2. Mit Erkenntnis vom 11.12.2013, 2012/12/0165, hob der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid vom 19.10.2012, soweit dieser Ansprüche des BF auf Grund der in seinem Antrag vom 20.04.2012 mit

1. und 2. bezeichneten Vorfälle abwies, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Zum 1. Tatbestand machte der BF "Diskriminierung durch Unterlassung von Erledigungen ohne unnötigen Aufschub" und zum 2. Tatbestand "Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg durch unsachliche Bewertung seiner Bewerbung" geltend.

Die Entscheidung zum 1. Tatbestand erachtete der VwGH schon deshalb als mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet, weil die Bescheidbegründung auf die Vorwürfe einer Verzögerung des Verfahrens betreffend die Funktionszulage des BF überhaupt nicht einging.

Was den Antrag auf Bewilligung eines Sonderurlaubes angeht, hielt der VwGH zunächst fest, dass der BF eine verzögerte Erledigung dieses Antrages im Zeitraum bis zum 18. Dezember 2008 bereits unter dem Titel einer Mehrfachdiskriminierung mit seinem dem Erkenntnis des VwGH vom 10.10.2012, 2010/12/0198, zu Grunde gelegenen Antrag (unter Punkt 10.) geltend gemacht hatte (wobei er zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, dass dieser Antrag mit Erlassung eines Bescheides vom 18.12.2008 erledigt wurde). Durch Aufhebung des Bescheides der belangten Behörde vom 04.08.2010 war dieses Verfahren wegen Mehrfachdiskriminierung vor

der belangten Behörde wiederum anhängig. Eine neuerliche Geltendmachung in einem Verfahren nach dem B-GIBG wäre in Ansehung dieser Verzögerung ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nicht für eine allfällige weitere Verzögerung infolge einer durch einen Zustellmangel bedingten Nichterlassung eines Bescheides.

In diesem Zusammenhang wird die belangte Behörde im fortzusetzenden Verfahren zu klären haben, ob im Antragsverfahren betreffend diesen Sonderurlaub überhaupt die Bekanntgabe eines Bevollmächtigten durch den BF erfolgt ist (zur Beschränkung der Wirksamkeit einer Vollmachtsanzeige auf die jeweilige "Sache" vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 17. 08.2000, 96/12/0230). Verneinendenfalls wäre die nach der Aktenlage vorgenommene Zustellung der Erledigung an den BF ohnedies rechtswirksam und hätte die Bescheiderlassung bewirkt. Bejahendenfalls wäre die belangte Behörde freilich verhalten gewesen zu erheben, ob und auf Grund welcher Umstände das Dokument im Verständnis des § 9 Abs. 3 zweiter Satz des Zustellgesetzes, BGBl. Nr. 200/1982 idF BGBl. I Nr. 5/2008, dem ihr bekannt gegebenen Zustellbevollmächtigten "tatsächlich zugekommen" ist. Allein aus dem Umstand, dass sich der BF (oder sein Vertreter) in folgenden Eingaben auf diese Erledigung bezogen hätten, wäre ein - der Kenntnisnahme vom Inhalt nicht gleichzuhaltendes - "tatsächliches Zukommen" an den Vertreter noch nicht bewiesen.

Aus diesen Erwägungen war der angefochtene Bescheid, soweit er einen Schadenersatzanspruch aus den genannten Vorfällen ablehnte, mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften behaftet und aus diesem Grunde aufzuheben.

In den Erwägungen zum 2. Tatbestand führte der VwGH unter Hinweis auf sein Erkenntnis vom 14.04.2004, 2001/12/0163 zur Vorläuferbestimmung des § 18a B-GIBG sowie sein Erkenntnis vom 28.04.2008, 2007/12/0064 und vom 15.05.2013, 2012/12/0013 aus, dass es zunächst Aufgabe der belangten Behörde gewesen wäre, nachvollziehbar darzustellen, dass die Betrauung des Mag. L mit dem Arbeitsplatz, um welchen sich auch der BF beworben hatte, deshalb sachlich gewesen sei, weil es sich bei Mag. L um den insgesamt besser geeigneten Bewerber gehandelt habe.

Wörtlich wird dazu weiter ausgeführt:

"Die Argumentation der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, wonach dies deshalb der Fall gewesen sei, weil Mag. L seitens einer weisungsfreien Begutachtungskommission im Wege einer selbst nicht näher begründeten Punktevergabe mehr Punkte erhalten habe als der Beschwerdeführer, erweist sich als ungeeignet, eine Reihungs- oder Ernennungsentscheidung nachvollziehbar zu begründen (vgl. hiezu neuerlich das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013). Nichts anderes gilt für den von der belangten Behörde (auch) in diesem Zusammenhang ins Treffen geführten Umstand, wonach der Beschwerdeführer und Mag. L eine annähernd gleich lange Verwendungsdauer in der Verwendungsgruppe A1 im Bundesdienst aufgewiesen hätten. Entsprechendes gilt für die übrigen - sehr pauschal gehaltenen und im Wesentlichen bloß Ergebnisse wiedergebenden - Ausführungen zu dieser Frage im angefochtenen Bescheid.

Darüber hinaus hat sich der Beschwerdeführer aber nicht nur durch die Betrauungsentscheidung, sondern - im Sinne der eingangs erfolgten Darlegungen - auch durch Reihung durch die Begutachtungskommission und insbesondere durch die Punktevergabe in Ansehung der beiden ersten Kriterien als diskriminiert erachtet.

Soweit der Beschwerdeführer vor dem Verwaltungsgerichtshof rügt, dass die belangte Behörde nicht in analoger Anwendung des § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Z. 2 AusG eine ständige Begutachtungskommission herangezogen habe, zeigt er allein mit diesem Vorbringen keine Diskriminierung auf. Der bei der Zentralstelle eingerichtete Arbeitsplatz, um den sich der Beschwerdeführer beworben hat, fiel nach dem Wortlaut unstrittig nicht unter § 4 Abs. 1 AusG. Er unterfiel auch nicht der Ausschreibungspflicht nach § 2 Abs. 1 leg. cit., wohl aber der Verpflichtung zur Bekanntmachung und Ausschreibung von Arbeitsplätzen nach § 20 AusG.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest vertretbar, wenn die belangte Behörde auf Grund der größeren Sachnähe eine analoge Anwendung der Regeln betreffend Begutachtungskommissionen für Leitungsfunktionen in Zentralstellen gemäß § 7 Abs. 1 Z. 1 und § 2 Abs. 1 AusG vorgenommen hat. Für sich allein kann in diesem Umstand keine Diskriminierung erkannt werden.

In Ansehung der Geltendmachung einer Befangenheit, insbesondere der Vorsitzenden der Begutachtungskommission Sektionschefin X hat die belangte Behörde offenkundig die Argumentation des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der ihm erteilten Ermahnung missverstanden. Der Beschwerdeführer hat sich nämlich nicht dadurch als diskriminiert erachtet, weil ihm diese erteilte Ermahnung bei seiner Bewerbung angelastet worden wäre; vielmehr hat er diese Ermahnung selbst als diskriminierend angesehen und (u.a.) aus dem Umstand, dass Sektionschefin X für diese Ermahnung verantwortlich sei, auf deren Befangenheit geschlossen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis

vom 10. Oktober 2012, Zl. 2010/12/0198, jedenfalls von der Möglichkeit ausgegangen ist, dass die in Rede stehende Ermahnung selbst eine Diskriminierung auf Grund des Alters dargestellt hat. Der Beschwerdeführer hat sich darüber hinaus zur Stützung seiner Behauptung einer Befangenheit der Vorsitzenden der Begutachtungskommission auf eine Äußerung derselben ihm gegenüber in einem Gespräch vom 4. März 2008 und auf eine rechtliche Auseinandersetzung zwischen ihm und Sektionschefin X berufen.

Eine eingehendere Auseinandersetzung mit diesen Umständen bzw. mit der Frage, ob sie eine Befangenheit der Vorsitzenden der Begutachtungskommission begründeten, erfolgt im angefochtenen Bescheid nicht. Vor einer Klärung der entsprechenden tatsächlichen Umstände kann eine endgültige Beurteilung der Frage, ob Sektionschefin X befangen war oder nicht, noch nicht erfolgen.

Jedenfalls ist eine schlüssige Begründung für die von der Begutachtungskommission vorgenommene Punktevergabe, insbesondere betreffend die Kriterien 1. und 2. dem angefochtenen Bescheid nicht zu entnehmen.

Vor diesem Hintergrund ist der Beschwerdeführer im Recht, wenn er die Auffassung vertritt, die belangte Behörde hätte - etwa durch niederschriftliche Einvernahme - die Mitglieder der Begutachtungskommission zu den Gründen zu befragen gehabt, welche sie zur wiedergegebenen Punktevergabe veranlasst haben.

Selbst vor dem Hintergrund der vor der belangten Behörde ins Treffen geführten Berufs- und Prüferfahrung erschiene - jedenfalls in Ermangelung weiterer Darlegungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides - auch eine krasse Bevorzugung des Bewerbers Mag. L durch die vorgenommene Punktevergabe zu den Kriterien 1. und 2. nicht auszuschließen; allerdings kann derzeit ebenso wenig ausgeschlossen werden, dass diese Punktevergabe - bei Berücksichtigung weiterer unter 1. und 2. zu berücksichtigender Kriterien - überhaupt nicht zu beanstanden wäre. Jedenfalls setzt die Frage, ob der Beschwerdeführer hiedurch diskriminiert wurde oder nicht, eine nähere Begründung dieser Punktevergabe durch die Mitglieder der Begutachtungskommission voraus.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Mitglieder einer solchen Kommission, mag diese auch bloß in analoger Anwendung der entsprechenden Vorschriften des AusG eingerichtet worden sein, insbesondere dann, wenn sich die Dienstbehörde - wie vorliegend - zentral am Ergebnis dieser Begutachtungskommission orientiert, ungeachtet ihrer Unabhängigkeit im Verständnis des § 2 Abs. 4 B-GIBG als Vertreter des Dienstgebers aufzufassen sind, weil sie auf dessen Seite maßgeblich Einfluss auf Personalangelegenheiten des Antragstellers als Bewerber um den freien Arbeitsplatz haben.

Diskriminierungshandlungen seitens der Begutachtungskommission oder ihrer Mitglieder im Zusammenhang mit dem Begutachtungsverfahren wären daher dem Dienstgeber zuzurechnen.

Zusammengefasst hätte die belangte Behörde daher zur Entkräftung einer Diskriminierung des Beschwerdeführers durch seine Nichtbetrauung mit dem Arbeitsplatz, um den er sich beworben hatte, jene sachlichen Gründe darzulegen gehabt, die den letztlich betrauten Mag. L als besser geeignet erscheinen ließen.

Darüber hinaus wäre seitens der belangten Behörde der Vorwurf der Befangenheit von Mitgliedern der Begutachtungskommission ebenso nachvollziehbar zu entkräften gewesen, wie der vom Beschwerdeführer der Sache nach erhobene Vorwurf einer grob unrichtigen Punktevergabe, insbesondere in den unter 1. und 2. genannten Kriterien. Zu diesem Zweck wäre es erforderlich gewesen, die Mitglieder der Begutachtungskommission zu befragen, weshalb sie in Ansehung dieser Kriterien Mag. L als um ein Vielfaches geeigneter einschätzten als den Beschwerdeführer.

Gelingen der Behörde die entsprechenden Nachweise, so läge eine Diskriminierung des Beschwerdeführers aus den abgehandelten Umständen im Zuge seines Bewerbungsverfahrens nicht vor. Die Frage nach dem Motiv einer Diskriminierung stellte sich diesfalls nicht.

Gelingt es der belangten Behörde demgegenüber nicht darzulegen, dass die Entscheidung über die Vergabe des Arbeitsplatzes aus sachlichen Gründen erfolgt ist bzw. dass die von der Begutachtungskommission vergebenen Punktezahlen auf einer vertretbaren Einschätzung der Bewerber beruhen, so wäre zunächst von einer Diskriminierung des Beschwerdeführers auszugehen und sodann von Amts wegen zu ermitteln, ob diese Diskriminierung objektiv oder nach den subjektiven Intentionen der Diskriminierenden durch sein Alter motiviert gewesen ist.

Auch in dieser Frage hat die belangte Behörde den Sachverhalt amtswegig zu ermitteln (vgl. auch in diesem Zusammenhang das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2013).

In diesem Zusammenhang ist zunächst zur Frage einer objektiven Diskriminierung nach dem Alter festzuhalten, dass eine unvertretbare Minderwertung von (spezifischer) Berufserfahrung per se eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters darstellt, da im Regelfall (dienst-)ältere Personen über erhöhte solche Berufserfahrung verfügen.

Bei Diskriminierungen, die nicht per se auf das Motiv des Alters hindeuten, wäre sodann durch Befragung der hierfür verantwortlichen Personen zu erforschen, welche anderen - unsachlichen - Motive ihrer Vorgangsweise zugrunde lagen. In diesem Zusammenhang geht der Verwaltungsgerichtshof derzeit davon aus, dass die belangte Behörde, obzwar sie das Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission auszugsweise zitiert hat, selbst nicht von der Annahme ausging, dass der Beschwerdeführer zwar diskriminiert worden sei, diese Diskriminierung aber auf Grund persönlicher Animositäten zwischen ihm und der Sektionschefin X erfolgten. Eine solche Feststellung könnte auch ohne Einvernahme dieser Vorgesetzten nicht nachvollziehbar getroffen werden. Vielmehr ging die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid von der - nach dem Vorgesagten freilich nicht hinreichend begründeten - Auffassung aus, der Beschwerdeführer sei durch die zutreffenden Entscheidungen der Begutachtungskommission und der Dienstbehörde über die Betrauung überhaupt nicht diskriminiert worden.

Die divergenten Standpunkte der Streitparteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betreffend die allgemeine Situation älterer Dienstnehmer am Rechnungshof könnte vor dem Hintergrund obiger Ausführungen ausschließlich für die Beweiswürdigung betreffend die subjektive Motivation von Vertretern des Dienstgebers für konkrete als diskriminierend erkannte Handlungen bedeutsam sein. In eine solche Beweiswürdigung ist die belangte Behörde aber vorliegendenfalls nicht eingetreten, sodass sich hier - und auch im Folgenden - diese Frage jedenfalls derzeit noch nicht stellt.

Aus diesen Erwägungen war der angefochtene Bescheid, soweit er einen Schadenersatzanspruch aus den genannten Vorfällen ablehnte, mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften behaftet und aus diesem Grunde aufzuheben."

Die belangte Behörde führte in der Folge ein ergänzendes Ermittlungsverfahren durch und gewährte dem BF zum Ergebnis dieses Ermittlungsverfahrens mit Schreiben vom 27.05.2014 eine Frist zur Stellungnahme binnen zwei Wochen.

In seiner dazu eingebrachten Stellungnahme vom 12.06.2014 rügte der BF die seines Erachtens nicht ausreichende Ermittlung des Sachverhaltes und die zu knappe Bemessung einer Stellungnahmefrist.

I.3. Mit (Ersatz)Bescheid vom 18.06.2014 wurde der Antrag des BF vom 20.04.2012 auf eine Entschädigung auf Grund der Bestimmungen des B-GIBG sowie auf Ersatz des Vermögensschadens wegen behaupteter Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg in Bezug auf die offenen - mit 1. und 2. bezeichneten - Vorfälle mangels Vorliegens einer Diskriminierung abgewiesen.

Zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt wird von der Behörde ausgeführt:

"Die Dienstbehörde hat dem Grundsatz der materiellen Wahrheit entsprechend ein umfassendes Ermittlungs- und Beweisverfahren gemäß § 56 AVG zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes durchgeführt; sie ist dabei auf sämtliche für die Sachentscheidung relevanten Punkte des Anbringens eingegangen und hat diese im Sinne der Durchführung eines zielgerichteten Verwaltungsverfahrens eingehend behandelt. Entsprechend dem Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben, hat die Dienstbehörde dem Antragsteller seine Erwägungen mitgeteilt und ihm Gelegenheit gegeben sich dazu zu äußern. Der Einwand des Antragstellers in seiner Stellungnahme vom 28. September 2012 oder sinngemäß in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2014, dass auf sein Vorbringen nicht ausreichend eingegangen worden sei, ist daher nicht gerechtfertigt.

Zu den einzelnen Punkten des Vorbringens des Antragstellers vom 20. April 2012 wird auf Grundlage des Ermittlungsverfahrens sowie der Eingaben des Antragstellers (Antrag an die Bundes-Gleichbehandlungskommission, sein vorbereiteter Schriftsatz an die Bundes-Gleichbehandlungskommission vom 22. Jänner 2012 sowie seine Stellungnahme vom 28. September 2012 zum eingeräumten Parteihör vom 14. September 2012 - diesbezüglich wird auch auf die Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen - Folgendes ausgeführt:

ad Punkt 1.) Diskriminierung durch Unterlassung von Erledigungen ohne unnötigen Aufschub:

1.1. Zu diesem Punkt wird auf die umfangreichen Ausführungen des dem Antragsteller eingeräumten Parteiengehörs vom 27. Mai 2014 ad Punkt

1.) verwiesen, welche unverändert zum Sachverhalt und zur Grundlage dieser Entscheidung erhoben werden.

Die Einwände des Antragstellers in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2014 konnten diese Feststellungen nicht in Zweifel ziehen.

Wie sich aus diesen Feststellungen ergibt, war der zuständige Sachbearbeiter XXXX nicht nur mit dem gegenständlichen Anbringen sondern auch mit den sonstigen angestregten Verwaltungsverfahren bzw. Anbringen des Antragstellers betraut und wurde deshalb auf die Rückkehr des zuständigen Sachbearbeiters aus der Vätekarenz (vom 1. Jänner 2011 bis 31. März 2011) zwecks Fortführung des Verfahrens betreffend "Funktionszulage A1/5" zugewartet.

Zu den weiteren von ihm betreuten Verwaltungsakten zählten beispielsweise:

GZ 210.012/036-S5-2/09 - Schreiben GÖD betreffend Sonderurlaub vom 9. bis 10. Juni 2009;

GZ 210.012/034-S5-2/2009 - GÖD - Antrag auf Sonderurlaub vom 2. bis 6. März 2009

GZ 502.115/069-S5-2/08 - Kuraufenthalt 7. - 28. September 2008 - Antrag

GZ 502.115/070-S5-2/08 - Antrag auf Sonderurlaub vom 29.5 - 30.5.2008, Schreiben GÖD

GZ 502.115/072-S5-2/08 - Erholungsurlaub

GZ 502.115/073-S5-2/08 - Sonderurlaub - Bescheid

GZ 502.115/074-S5-2/08 - Antrag auf bescheidmäßige Feststellung über die Anmeldung zu Seminaren

GZ 502.115/075-S5-2/08 - Sonderurlaub - Bescheid

GZ 502.115/078-S5-2/09 - Antrag auf Nachzahlung der Funktionszulage der Vgr. A1, FGr. 5; Parteiengehör

GZ 502.115/079-S5-2/09 - Antrag auf Nachzahlung der Funktionszulage der Vgr. A1, FGr. 5; Bescheid

GZ 502.115/080-S5-2/09 - Einladung zum Schlichtungsgespräch - Frau XXXX, Schreiben an Bundessozialamt

GZ 502.115/081-S5-2/09 - Antrag auf Nachzahlung der Funktionszulage 5 der Vgr. A1, Beschwerde vor dem VwGH, Gegenschrift RH

GZ 502.115/085-1A2/10 - Schlichtungsverfahren vor dem Bundessozialamt, Einladung an Sch. XXXX

Eine Vertretung während dieser verhältnismäßig kurzen Zeit war aufgrund beschränkter Personalressourcen nicht möglich und schien ob der erforderlichen Einarbeitung in den "Personalakt" des Antragstellers auch nicht zielführend zu sein; insbesondere macht es sich der Antragsteller regelmäßig, wie auch im gegenständlichen Verfahren, zu eigen, Behauptungen und Eingaben zu erheben, die mit dem jeweils gegenständlichen Verfahren in keiner Weise in Verbindung stehen. Dabei versucht der Antragsteller immer wieder, die Sachverhaltselemente durch Vermischung und andere Darstellung so zu verändern, dass eine einheitliche und klare Darstellung erschwert wird.

Laut Befragung von XXXX am 2. Mai 2014 ist dieser nach seiner Rückkehr aus der Vätekarenz ohne unnötigen Aufschub in die Bearbeitung des Verwaltungsverfahrens eingetreten und hat am 1. Juni 2011 den Akt betreffend Einräumung des Parteiengehörs zur Genehmigung vorgelegt.

Zu diesem Parteiengehör hat der Antragsteller mit Schreiben vom 24. Juni 2011 eine Stellungnahme abgegeben, woraufhin der Bescheid am letzten Tag der Sechs-Monatsfrist gemäß § 73 Abs. 1 AVG abgefertigt und einen Tag später, am 19. Juli 2011 der rechtsfreundlichen Vertretung des Antragstellers zugestellt worden ist. Dadurch wurde die Sechs-Monatsfrist gemäß § 73 Abs. 1 AVG geringfügig überschritten.

Die vom Antragsteller erhobene Beschwerde gegen den in der Sache ergangenen Bescheid (betreffend Funktionszulage) wurde vom VwGH als unbegründet abgewiesen.

Der RH ist generell darauf bedacht, die Verfahren entsprechend den gesetzlichen Vorgaben umfassend und objektiv durchzuführen. Dies erfordert eine umfassende Auseinandersetzung mit der Materie - umso mehr als es sich um ein fortgesetztes Verfahren nach einem Erkenntnis des VwGH handelte; dies ist für eine Dienststelle mit beschränkten Ressourcen nicht immer in den gesetzlich vorgesehenen Fristen bewältigbar. In dieser Vorgangsweise kann grundsätzlich kein Fehlverhalten des RH, jedenfalls aber keine Diskriminierung erkannt werden.

1.2. Auf die umfangreichen Ausführungen des dem Antragsteller eingeräumten Parteiengehörs vom 27. Mai 2014 zu diesem Punkt wird verwiesen, welche unverändert zum Sachverhalt und zur Grundlage dieser Entscheidung erhoben werden.

Die Einwände des Antragstellers in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2014 konnten diese Feststellungen nicht in Zweifel ziehen; die Feststellungen wurden vom Antragsteller auch nicht bestritten.

Wie aus dem unter 1.2. ausführlich geschilderten Verfahrensgang ersichtlich ist dem Antragsteller vorab die Ablehnung in der Sache mitgeteilt worden, sodass auch dem eminenten Interesse, rechtzeitig vor dem Seminartermin über die Entscheidung informiert zu werden, Rechnung getragen worden ist.

Auch diesfalls gilt, dass der RH generell darauf bedacht ist, die Verfahren entsprechend den gesetzlichen Vorgaben umfassend und objektiv durchzuführen. Dies erfordert eine umfassende Auseinandersetzung mit der Materie, was gegenständlich ohne unnötigen Aufschub nach der Erledigung des unter 1.1. beschriebenen Verwaltungsverfahrens und innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen erfolgt ist. In dieser Vorgangsweise kann grundsätzlich kein Fehlverhalten des RH, jedenfalls aber keine Diskriminierung erkannt werden.

Darüber hinaus lassen die laufenden Eingaben des Antragstellers, wie unter 1.2. des Parteiengehörschreibens vom 27. Mai 2014 dargestellt, nach Ansicht des RH erkennen, dass diese zumindest auch durch die Lust an der Behelligung der Dienstbehörde motiviert sind.

1.3. Auf die umfangreichen Ausführungen des dem Antragsteller eingeräumten Parteiengehörs vom 27. Mai 2014 zu diesem Punkt wird verwiesen, welche unverändert zum Sachverhalt und zur Grundlage dieser Entscheidung erhoben werden.

Gemäß § 10 AVG können sich die Beteiligten und ihre gesetzlichen Vertreter, sofern nicht ihr persönliches Erscheinen ausdrücklich gefordert wird, durch eigenberechtigte natürliche Personen, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten lassen. Bevollmächtigte haben sich durch eine schriftliche, auf Namen oder Firma lautende Vollmacht auszuweisen. Vor der Behörde kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden; zu ihrer Beurkundung genügt ein Aktenvermerk. Schreitet eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person ein, so ersetzt die Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis.

Wie im Parteiengehör dargestellt, wird das Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses demgemäß erst dann nach außen wirksam, wenn es in der im § 10 AVG festgelegten Form zum Ausdruck gebracht wird. Im betreffenden Verfahren wurde weder eine schriftliche Vollmacht ausgewiesen, noch wurde vor der Dienstbehörde eine Vollmacht mündlich erteilt, noch hat sich eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person auf eine ihm allfällig erteilte Vollmacht berufen.

Aufgrund der Aktenlage ist daher keine Bekanntgabe eines Bevollmächtigten in der gemäß § 10 AVG festgelegten Form erfolgt, weshalb die vorgenommene Zustellung des Bescheides rechtswirksam an den Antragsteller erfolgt ist und die Bescheiderlassung bewirkt hat.

Die nur geringfügige Verzögerung bei der bescheidmäßigen Erledigung - die Zustellung erfolgte am 19. Dezember 2008 - in diesem Fall war mit der Fülle des zu sichtenden und auszuwertenden Aktenmaterials sowie mit den vielseitigen Anträgen zu begründen. Der RH ist bedacht darauf, die Verfahren entsprechend den gesetzlichen Vorgaben umfassend und objektiv durchzuführen. Dies erfordert eine umfassende Auseinandersetzung mit der Materie. In dieser Vorgangsweise kann kein Fehlverhalten des RH und keine Diskriminierung erkannt werden.

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers in der Stellungnahme vom 12. Juni 2014, er hätte seine Stellungnahme gleich wie im Fall

1. persönlich übergeben, wurde diesfalls die Stellungnahme durch einen bevollmächtigten Stellvertreter gemäß § 10 Abs. 4 AVG eingebracht, woraufhin der Bescheid dessen rechtsfreundlicher Vertretung (XXXX, GÖD) zugestellt worden ist.

1.4. Auf die umfangreichen Ausführungen des dem Antragsteller eingeräumten Parteiengehörs vom 27. Mai 2014 zu diesem Punkt wird unverändert verwiesen. Diese werden zum Sachverhalt und zur Grundlage dieser Entscheidung erhoben. Der Vorwurf, dass auch das gegenständliche Verfahren nicht ohne unnötigen Aufschub erledigt worden ist, wird aus den bereits dargestellten Gründen zurückgewiesen; in der beschriebenen Vorgangsweise kann kein Fehlverhalten des RH und keine Diskriminierung erkannt werden.

Eine behauptete Diskriminierung in diesem Punkt (1.) kann somit insgesamt nicht erkannt werden.

Behauptete Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg:

Auf die umfangreichen Ausführungen des dem Antragsteller eingeräumten Parteiengehörs vom 27. Mai 2014 zu diesem Punkt wird verwiesen, welche unverändert zum Sachverhalt und zur Grundlage dieser Entscheidung erhoben werden.

Die Einwände des Antragstellers in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2014 konnten diese Feststellungen nicht in Zweifel ziehen.

Zur Verweigerung der Akteneinsicht:

Der RH gewährt keine Akteneinsicht in die Niederschriften mit den Mitgliedern der Begutachtungskommission und wird diese Aktenteile auch bei einer etwaigen Aktenvorlage an das Verwaltungsgericht oder an den Verwaltungsgerichtshof von einer Einsicht ausnehmen. Der RH verweist auf die Bestimmung des § 21 VwGVG, wonach die Behörden bei der Vorlage von Akten an das Verwaltungsgericht verlangen können, dass bestimmte Akten oder Aktenbestandteile im öffentlichen Interesse von der Akteneinsicht ausgenommen werden. In Aktenbestandteile, die im Verwaltungsverfahren von der Akteneinsicht ausgenommen waren, darf Akteneinsicht nicht gewährt werden. Die Behörde hat die in Betracht kommenden Aktenbestandteile bei Vorlage der Akten zu bezeichnen.

Wird im (gegenständlichen) Verwaltungsverfahren die Akteneinsicht verweigert, so ist in der Begründung des das Verfahren abschließenden Bescheides nachvollziehbar darzulegen, welche Aktenteile davon betroffen sind und welche öffentlichen oder privaten Interessen dies im konkreten Fall rechtfertigen.

Ein öffentliches Interesse am Ausschluss von der Akteneinsicht kann insbesondere hinsichtlich der Beratungs- und Abstimmungsprotokolle von Kollegialbehörden bestehen (vgl. VwGH 6.7.2010, 2009/09/0078). Umso mehr muss dies auf die Befragung von Mitgliedern eines Kollegialorgans nach den Erwägungsgründen wie diesfalls der Begutachtungskommission zutreffen. Auch Entwürfe von Erkenntnissen und Beschlüssen des Verwaltungsgerichtshofes und Niederschriften über seine Beratungen und Abstimmungen sind von der Akteneinsicht ausgenommen (vgl. § 25 VwGG).

Ferner besitzt der Bewerber im Auswahlverfahren keine Parteistellung und § 17 AVG über die Akteneinsicht ist im Auswahlverfahren nicht anzuwenden. Schließlich steht auch die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht nach § 14 AusG einer Auskunft über die Tätigkeit der Begutachtungskommission grundsätzlich entgegen (VwGH, Zl. 93/12/0278).

Dem Ansinnen des Antragstellers auf Einsicht in die Niederschriften der einzelnen Mitglieder der Begutachtungskommission, die getrennt voneinander und ohne Kenntnis der jeweils anderen Niederschriften befragt worden sind, kann daher nicht entsprochen werden.

(Auf die Wiedergabe der in der Sache zu diesem Punkt dargelegten rechtlichen Erwägungen im angefochtenen Bescheid kann hier wegen des unten näher festgestellten Verfahrensmangels im Umfang dieses Punktes verzichtet werden)

I.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich nun die vorliegende, rechtzeitig erhobene Beschwerde.



Vorweg wird vom BF gerügt, dass ihm Akteneinsicht in bestimmte Aktenteile zu Unrecht verweigert worden sei und er daher wesentliche Tatsachen nicht in Erfahrung bringen habe können. Wenn ihm die Behörde entgegenhalte, dass er im Auswahlverfahren keine Parteistellung habe und § 17 AVG im Auswahlverfahren anzuwenden sei, sei dem entgegenzuhalten, dass er auf Grund des B-GIBG sehr wohl Parteistellung habe. Es sei daher unter Berücksichtigung des B-GIBG unrichtig, wenn die Behörde behauptet, dass gemäß § 14 AusG gegen jedermann, dem gegenüber keine Verpflichtung zu einer amtlichen Mitteilung bestehe, Stillschweigen zu bewahren sei.

Aus dem gemeinsamen Interesse aller Bewerber an einem fairen Verfahren resultiere, dass auch jeder Bewerber das Interesse habe, im Fall einer unvertretbaren Personalentscheidung Schadenersatz zu erhalten. Bei einer ex-ante Betrachtung habe daher jeder Bewerber das Interesse, die Bewerbungsunterlagen seiner Mitbewerber zur Kenntnis zu erhalten.

Zu den mit dem angefochtenen Bescheid abgesprochenen Vorfällen 1. und 2. wird vom BF ausgeführt:

Zu Punkt 1: Diskriminierung durch Unterlassung von Erledigungen ohne unnötigen Aufschub

Hiezu verweist der BF auf seine bisherigen Eingaben an die Bundes-Gleichbehandlungskommission, an die Dienstbehörde, an den Verwaltungsgerichtshof und in seine Stellungnahme vom 12.06.2014 und erklärt diese ausdrücklich zu seinem Vorbringen an das Verwaltungsgericht.

Nach der Rechtsanschauung des VwGH wäre zu ermitteln gewesen, ob im Antragsverfahren zum Sonderurlaub der Zustellmangel behoben wurde. Derartige Ermittlungen seien nicht erfolgt, sondern habe die belangte Behörde eine andere Rechtsanschauung vertreten. Sie behauptet, dass die Zustellung am 19.12.2008 rechtswirksam an den BF persönlich erfolgt sei, obwohl er ausdrücklich die Zustellung an seinen Anwalt beantragt habe. Der BF habe seinen Antrag vom 05.05.2008 am 05.05.2008 eingebracht, am 05.11.2008 sei daher die 6-Monatsfrist abgelaufen. Mit der Zustellung am 19.12.2008 an den BF persönlich sei jedenfalls die Sechs-Monatsfrist überschritten worden. Der BF verzichte auf die weitere Verfolgung des Zustellproblems, weil die Überschreitung der Frist ohnedies feststehe und auch erkennbar sei, dass die Zustellung am 19.12.2008 ihn wieder die Ferienzeit um Weihnachten und Neujahr beeinträchtigt habe. Damit sei seine Diskriminierung durch Unterlassung von Erledigungen ohne unnötigen Aufschub bewiesen.

Auch im ggstl. Verfahren habe die Behörde nach Zustellung des VwGH-Erkenntnisses zu Zl. 2012/12/0165 am 23.12.2013 nicht unverzüglich entschieden, sondern wieder erreicht, dass der BF Fristen in der Urlaubszeit wahrzunehmen habe.

Eine Gesamtbetrachtung liefere den weiteren Beweis der fortgesetzten Diskriminierung durch Unterlassung rechtzeitiger Erledigungen.

Zu Punkt 2: Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg

Auch hiezu verweist der BF auf seine bisherigen Eingaben an die Bundes-Gleichbehandlungskommission, an die Dienstbehörde, an den Verwaltungsgerichtshof und in seine Stellungnahme vom 12.06.2014 und erklärt diese ausdrücklich zu seinem Vorbringen an das Verwaltungsgericht.

Entgegen der Rechtsanschauung des VwGH im aufhebenden Erkenntnis habe die belangte Behörde keine sachlichen Gründe dargelegt, die die bessere Eignung von XXXX beweisen, sondern einfach dessen bessere Eignung und die richtige Punktevergabe behauptet.

Die Einvernahme der Mitglieder der Begutachtungskommission bei Verweigerung der Akteneinsicht habe für den BF zur Folge, dass er die im Bescheid behauptete sachliche Nachvollziehbarkeit nicht überprüfen könne. Es lägen keine sachlichen Gründe für die bessere Eignung von XXXX vor, sodass der BF diskriminiert sei. Nach der vom BF zitierten Judikatur des OGH (8 ObA 8/09y, 1 Ob 189/09i) genüge, wenn bei seiner Bewertung als nicht geeignet ein "Motivbündel" festgestellt werden könne oder auch bei der Befragung der Mitglieder der Kommission bereits festgestellt werden habe können.

Zu "analoger Anwendung des Ausschreibungsgesetzes" wird vom BF ausgeführt, dass die auszuschreibende Stelle im Februar 2010 frei geworden sei und bei analoger Anwendung des AusG daher einen Monat später auszuschreiben gewesen wäre. Zu diesem Zeitpunkt hätte er als einziger der späteren Bewerber die Voraussetzung der mehrjährigen erfolgreichen Verwendung nachweisen können. In diesem Fall sei auf die analoge Anwendung des AusG verzichtet worden.

Die Behörde sei nicht auf das Vorbringen des BF eingegangen, dass im AusG keine Gesetzeslücke zu erkennen sei und die taxative Aufzählung im AusG eine analoge Anwendung nicht zulasse. Wenn dem VwGH die Einrichtung einer Begutachtungskommission vertretbar erscheint, sei dies mit VwGH 2012/12/0117 nicht zweifelsfrei vereinbar und dürfte deshalb keine einheitliche Rechtsprechung vorliegen. Die Vertretbarkeit einer Analogie ohne Vorliegen einer Gesetzeslücke stehe auch im Widerspruch zu in der Rechtswissenschaft vertretenen Rechtsmeinungen und sollte Anlass sein, den Gesetzgeber zur Klarstellung im AusG anzuregen.

Die Einrichtung einer Begutachtungskommission in Analogie zum AusG sei unbestritten nicht notwendig gewesen. Die Bestellung von XXXX zur Vorsitzenden der Kommission sei zumindest wegen berechtigter Zweifel an ihrer Unbefangenheit nicht im Sinne des Gesetzes gewesen.

Zum Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom April 2012 wird vom BF ausgeführt, dass diese Kommission nur einen Teil der vorgebrachten Diskriminierungen geprüft habe, weil sie wegen der Sechs-Monats-Frist bei einigen Diskriminierungen Verjährung angenommen habe. Die Verjährungsfrist für Diskriminierungen betrage jedoch nicht sechs Monate, sondern von einem Jahr bis zu drei Jahren. Das Ergebnis dieses Gutachtens könne daher nicht auf alle weiteren vorliegenden Diskriminierungen ausgedehnt werden. Insbesondere seien die Diskriminierungen beginnend mit 2007 bis November 2012 erfolgt. Der VwGH habe mit Erk. 2010/12/0198 vom 10.10.2012, das im Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom April 2012 noch nicht berücksichtigt werden konnte, bereits eine Altersdiskriminierung festgestellt. Der RH habe ihm deswegen mit Bescheid eine Entschädigung von € 500 zuerkannt. Diesen habe der BF jedoch wegen zu geringer Bemessung der Entschädigung angefochten. Im Verfahren VwGH 2013/12/0177 sei deswegen noch eine weitere Entschädigung wegen erfolgter Diskriminierung offen.

Zur Befragung der Mitglieder der Begutachtungskommission führte der BF aus, dass die Behörde offenkundig gegen ihn eingestellt sei. Er habe mit 48 Dienstjahren ausreichend Berufserfahrung, um zu wissen, dass man mit ausgewählten Fragen sowie Unterlassung wichtiger Fragen ein gewünschtes Ergebnis erreichen könne. Die belangte Behörde und die Mitglieder Kommission - allesamt seine Gegner - hätten monatelang Zeit gehabt, um sich abzusprechen und Niederschriften entsprechend zu gestalten. Ob dies auch geschehen sei, sei für den BF nicht nachprüfbar.

Ad mehrjährige erfolgreiche Verwendung auf dem Gebiet der Kontrolle führt der BF aus, dass die Mitbewerber bereits die formalen Erfordernisse für eine Bewerbung nicht erfüllt hätten, deren Bewerbungen daher zurückzuweisen gewesen wären.

Es sei offenkundig, dass eine mehrjährige Verwendung bei einer Dienstzeit von einem Jahr nicht erreicht werde. Es sei auch klar, dass diese Verwendung auf dem Gebiet der Gebarungskontrolle nachzuweisen und nicht etwa bei anderen Kontrollen wie etwa einer Personenkontrolle nachzuweisen gewesen war. Allein die Tatsache, dass XXXX besser als der BF gereiht worden war, zeige eine Diskriminierung. Auch der Bewerber XXXX habe eine mehrjährige Verwendung auf dem Gebiet der Kontrolle nicht erreicht.

Selbst wenn bei den beiden Bewerbern die formalen Voraussetzungen gegeben gewesen wären, sei die sachliche Bewertung der Bewerbungen in keiner Weise nachvollziehbar begründet. Jedenfalls gehe nicht hervor, weshalb XXXX bei diesem Punkt viel besser geeignet sein sollte als der BF.

Weiter macht der BF Befangenheit der Dienstgebervertreter geltend und weist auf das Spannungsverhältnis zwischen SC XXXX und dem BF hin. Die Behörde habe es entgegen seinem Vorbringen auch unterlassen, im Sinne der OGH Entscheidung 15 Os1/13f vom 22.05.2013 anhand eines subjektiven und objektiven Maßstabs die Befangenheit der Dienstgebervertreter in der Kommission zu prüfen und eine entsprechende Würdigung der Beweise vorzunehmen.

Ad Bescheidbegründung wird vom BF zusammengefasst ausgeführt, dass die Behörde es verabsäumt habe, bei der (Auswahl)Entscheidung die für und gegen den BF sprechenden Kriterien einander gegenüberzustellen den größeren Gewicht der Argumente den Ausschlag geben zu lassen und derart sein Übergehen zu begründen. Damit sei der Vorwurf der objektiven Willkür gerechtfertigt und der Bescheid deswegen aufzuheben.

Vom BF werden folgende Anträge gestellt:

Das Verwaltungsgericht möge den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass seinem Antrag vom 20. April 2012 in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Punkte jeweils zuzüglich der gesetzlichen Zinsen vollinhaltlich stattgegeben werde;

ihm zu allfälligen schriftlichen Beweisergänzungen Kenntnis- und Stellungnahme einzuräumen sowie ihn zu allfälligen Einvernahmen zu laden und ihm die Möglichkeit zur Fragestellung an die Einvernommenen zu geben.

I.5. Die Beschwerde einschließlich der Verfahrensakte sind am 19.09.2014 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt. Im Vorlagenschreiben wird von der Dienstbehörde zu den Beschwerdepunkten Stellung bezogen und die Ansicht vertreten, dass der BF in seiner Beschwerde keine neuen Tatsachen oder Beweise vorgebracht habe, die zu einer anderen Beurteilung - sowohl der rechtlichen als auch der Tatsachenlage - führen würden.

I.6. Mit "Beschwerde-Ergänzung" vom 16.12.2014 teilte der BF mit, dass mittlerweile neue Tatsachen vorlägen, die für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung seien und führte dazu das Erkenntnis des VwGH vom 04.09.2013, 2013/12/0177 an, mit welchem einzelne Punkte des Bescheides des Präsidenten des RH vom 19.08.2013 infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bzw. wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben worden seien; weiters wird das beim Arbeits- und Sozialgericht Wien gegen Frau XXXX geführte Verfahren zu Zl. 27 CGA 67/11m genannt, welches am 13.10.2014 mit einem Vergleich beendet worden sei - XXXX habe angeboten die Hälfte der Klagsforderung, nämlich € 720, zu bezahlen.

Weiters werden vom BF zur rechtlichen Beurteilung ergänzende Ausführungen gemacht und hiezu Judikatur des VwGH sowie des OGH zitiert, sowie Anmerkungen zum Vorbringen der Behörde in der Beschwerdevorlage getätigt und die Meinung vertreten, dass die Dienstbehörde nicht alle wesentlichen Unterlagen dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt habe.

I.7. Mit neuerlicher Beschwerdeergänzung vom 30.03.2015 teilte der BF mit, dass mittlerweile neue Tatsachen vorlägen, die für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung seien.

Der BF erstattete darin Ausführungen

1. zum Vergleich vom 17.03.2015, Zl. 24 Cga 62/11d,
2. zur Befangenheit von Entscheidungsträgern, namentlich der SC i.R. XXXX, des AL XXXX sowie der SC XXXX,
3. zur Verweigerung der Akteneinsicht und
4. zu weitere Feststellungen

Der BF verwies auf die Gegenschrift an den VwGH vom 26.03.2013, in welcher der Präsident des RH festgestellt habe (§10), dass der RH keinen sachlichen und rechtlichen Grund sehe, dem Gutachten der Bundes-Gleichbehandlungskommission nicht zu folgen. Die Meinung der Bundes-Gleichbehandlungskommission, dass keine Diskriminierung des BF wegen seines Alters bzw. seiner Behinderung vorliege, habe der VwGH mittlerweile widerlegt. Angemerkt wird neuerlich, dass die Dienstbehörde seines Erachtens nicht alle wesentlichen Unterlagen dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt habe, insbesondere nicht den Akt mit der rechtswidrigen Ermahnung, oder zur Beurteilung der Befangenheit der SC XXXX wesentlich sei, und das Protokoll der Sitzung des Nationalrates vom 09.04.2008 (Beilage 2). Dennoch könne ohne umfangreiche weitere Erhebungen im Sinne seines Antrags entschieden werden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Zu Spruchpunkt A)1. ist der belangten Behörde durch Verweigerung der Akteneinsicht in die Protokolle über die ergänzende Befragung der Mitglieder der Begutachtungskommission ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen. Einer Sanierung dieses Mangels durch das Bundesverwaltungsgericht stand die Bestimmung des § 21 VwGVG entgegen.

Die für die Entscheidung des Beschwerdefalles relevanten Sachverhaltsfeststellungen zu Spruchpunkt A)2. konnten unmittelbar auf Grund der Aktenlage getroffen werden.

2. Rechtliche Beurteilung und Beweiswürdigung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gegenständlich liegt mangels materienspezifischer Sonderregelung eine Einzelrichter-zuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß 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.

Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Zu A)

Die für den Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des B-GIBG lauten:

§ 13 Abs. 1 . 2, 5 und 6 B-GIBG, idF BGBl. I Nr. 65/2004:

"§ 13. (1) Auf Grund ... des Alters ... darf im Zusammenhang

mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

...

2. bei der Festsetzung des Entgelts,

...

5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei

Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen

(Funktionen),

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und

..."

§ 18a B-GIBG idF BGBl. I Nr. 65/2004:

"§ 18a. (1) Ist eine Beamtin oder ein Beamter wegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach ... § 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.

..."

§ 18b B-GIBG idF BGBl. I Nr. 65/2004:

"§ 18b. Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach ... § 13 Abs. 1 Z 6 hat die Dienstnehmerin oder der Dienstnehmer Anspruch auf die Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie eine Dienstnehmerin oder ein Dienstnehmer, bei der oder bei dem eine Diskriminierung wegen eines im § 4 oder § 13 genannten Grundes nicht erfolgt, oder auf Ersatz des Vermögensschadens und jeweils auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung."

Beim gegenständlichen Beschwerdeverfahren handelt es sich um das Folgeverfahren nach dem teilweise aufhebenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11.12.2013, 2012/12/0165.

Mit dem nun wieder angefochtenen (Ersatz)Bescheid der Dienstbehörde vom 18.06.2014 wurde der Antrag des BF vom 20.04.2012 auf eine Entschädigung auf Grund der Bestimmungen des B-GIBG sowie auf Ersatz des Vermögensschadens wegen behaupteter Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg in Bezug auf die offenen - mit 1. und 2. bezeichneten - Vorfälle mangels Vorliegens einer Diskriminierung abgewiesen.

Zum Spruchpunkt A)1. betr. Vorwurf der Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg:

Zu diesem Punkt rügte der VwGH eine eingehende Auseinandersetzung mit der vom BF geltend gemachten Befangenheit der Vorsitzenden der Begutachtungskommission Sektionschefin XXXX Jedenfalls hätte die belangte Behörde - etwa durch niederschriftliche Einvernahme - die Mitglieder der Begutachtungskommission zu den Gründen zu befragen gehabt, welche sie zur wiedergegebenen Punktevergabe veranlasst haben. Selbst vor dem Hintergrund der vor der belangten Behörde ins Treffen geführten Berufs- und Prüferfahrung erschiene - jedenfalls in Ermangelung weiterer Darlegungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides - auch eine krasse Bevorzugung des Bewerbers Mag. L durch die vorgenommene Punktevergabe zu den Kriterien 1. und 2. nicht auszuschließen; die Frage, ob der BF hiedurch diskriminiert wurde oder nicht, hätte eine nähere Begründung dieser Punktevergabe durch die Mitglieder der Begutachtungskommission vorausgesetzt. Zusammengefasst hätte die belangte Behörde daher zur Entkräftung einer Diskriminierung des BF durch seine Nichtbetraung mit dem Arbeitsplatz, um den er sich beworben hatte, jene sachlichen Gründe darzulegen gehabt, die den letztlich betrauten Mag. L als besser geeignet erscheinen ließen.

Wie aus dem Verfahrensgang ersichtlich, hat die belangte Behörde in der Folge eine ergänzende Befragung der Mitglieder der Kommission durchgeführt. Zum Ergebnis dieser Befragung wurde dem BF mit Schreiben vom 27.05.2014 Parteienghör gewährt. Eine Übermittlung der Niederschriften erfolgte nicht.

In seiner Stellungnahme vom 12.06.2014 rügt der BF unter anderem, dass ihm keine Möglichkeit gegeben wurde, zu den Aussagen der einzelnen Mitglieder Stellung zu nehmen, sondern ihm nur eine Zusammenfassung der Befragung bekannt gegeben wurde. Ob die Zusammenfassung der Dienstbehörde insgesamt richtig sei, könne er so nicht überprüfen. Nach der Erfahrung des täglichen Lebens sei auszuschließen, dass die vier Mitglieder eine inhaltlich völlig gleiche Meinung vertreten haben.

In der Beschwerde wird vom BF hiezu vorgebracht, dass er dadurch wesentliche Tatsachen nicht in Erfahrung bringen habe können. Er tritt der Rechtsmeinung der Behörde (S 71 des angefochtenen Bescheides) entgegen, wonach der Bewerber im Auswahlverfahren keine Parteistellung habe, § 17 AVG im Auswahlverfahren keine Anwendung finde. Es sei daher unrichtig, wenn die Behörde behauptet, dass gemäß § 14 AusG gegen jedermann, dem gegenüber keine Verpflichtung zur einer amtlichen Mitteilung bestehe, Stillschweigen zu bewahren sei. Bei einer ex-ante-Betrachtung habe jeder Bewerber das Interesse, die Bewerbungsunterlagen seiner Mitbewerber zur Kenntnis zu erhalten. Durch Bestehen auf Datenschutz würde jedem Mitbewerber von

vornherein die eigene Chance auf Schadenersatz genommen werden. Weiter rügt der BF die Verweigerung der Akteneinsicht in die Niederschriften der Mitglieder der Kommission, wodurch er die Gründe für die bessere Eignung des Mag. L hinsichtlich Berufserfahrung, umfassende Kenntnisse und praktische Prüferfahrung nicht erfahren konnte. Er hätte jedenfalls das Recht, in der Bescheidbegründung eine Erklärung hinsichtlich dieser Widersprüche zu erhalten.

Zur Verweigerung der Akteneinsicht in die Bewerbungsunterlagen des Mitbewerbers:

Gemäß § 14 AusG sind der Inhalt und die Auswertung der Bewerbungsgesuche sowie das Bewerbungsgespräch vertraulich zu behandeln. Über sie ist gegen jedermann, dem gegenüber keine Verpflichtung zu einer amtlichen Mitteilung besteht, Stillschweigen zu bewahren. Nicht untersagt ist jedoch die Bekanntgabe der Namen und einer Reihung der Bewerber.

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage 481 BlgNR 17. GP soll das Ausschreibungsverfahren im Interesse der Bewerber und des Dienstgebers vertraulich geführt werden. Nicht der Vertraulichkeit unterliegen aus Gründen der Transparenz die Namen der Bewerber und eine allfällige Reihung. Wie der VwGH in seiner Entscheidung vom 13.04.1994, 91/12/0183, VwSlg. 14.029 A, ausgeführt hat, hat das Interesse eines Beamten an der Geheimhaltung seiner persönlichen Daten, die typischerweise in Personalakten enthalten sind - darunter auch Prüfungsergebnisse und Leistungsbeurteilungen - Vorrang vor dem Auskunftsinteresse eines (erfolglosen) Mitbewerbers um diese Funktion. Bewerbungsunterlagen enthalten in der Regel sehr persönliche Daten des Bewerbers wie Prüfungszeugnisse, Leistungsbeurteilungen, Dienstbeschreibungen udgl. Ungeachtet der Frage, wem im Bewerbungsverfahren Parteistellung zukommt, kann allein aus der Eigenschaft als Partei ein unbeschränktes Recht auf Einsicht in die der Geheimhaltung unterliegenden Daten einer weiteren Verfahrenspartei bzw. eines Mitbewerbers nicht abgeleitet und damit das Interesse an der Geheimhaltung unterlaufen werden. Das vom BF ins Treffen geführte Interesse an der Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruches kann das Interesse des Mitbewerbers an der Geheimhaltung seiner Bewerbungsunterlagen nicht überwiegen. Vor diesem Hintergrund war die Verweigerung der Akteneinsicht in die Bewerbungsunterlagen des Mitbewerbers durch die belangte Behörde nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Zu Verweigerung der Akteneinsicht in die Niederschriften betreffend die Befragung der Kommissionsmitglieder:

Der im § 45 Abs. 3 AVG verankerte Grundsatz des Parteiengehörs soll gewährleisten, dass dem Bescheid keine der Partei unbekannteten Tatsachen und Beweismittel zugrunde gelegt werden (= Überraschungsverbot). Dem Parteiengehör unterliegt nicht nur eine von der Behörde getroffene Auswahl jener Ergebnisse des Beweisverfahrens, welche die Behörde zur Untermauerung der von ihr getroffenen Tatsachenfeststellungen für erforderlich hält, sondern der gesamte Inhalt der Ergebnisse der - auch mittelbaren - Beweisaufnahme. Dazu gehören etwa Urkunden und der Inhalt von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten. Gleichermäßen sind der Partei auch der Befund und die sachverhaltsbezogenen Feststellungen (Schlussfolgerungen) eines Kollegialorgans, dem als Mitglieder auch Sachverständige angehören und die Ergebnisse der sonstigen (formlosen) Erhebungen vorzuhalten (vgl. Hengstschläger-Leeb, AVG, zu § 45, RZ 27 und 28 und die dort zit. Rechtsprechung).

Mit dem Einwand, dass dem BF die Niederschriften über die ergänzende Einvernahme der Kommissionsmitglieder zum Parteiengehör vorzuhalten gewesen wären bzw. ihm Akteneinsicht in diese zu gewähren gewesen wäre, ist der BF im Recht.

Die Rechtsansicht der Behörde, diese Niederschriften seien den Beratungs- und Abstimmungsprotokollen von Kollegialbehörden gleichzusetzen, welche von der Akteneinsicht auszuschließen sind, kann seitens des Gerichts nicht geteilt werden. Zum einen ist die Begutachtungskommission keine Kollegialbehörde, welche mit Bescheid zu entscheiden hat, sondern ein nach dem Ausschreibungsgesetz in Funktion tretendes Organ, welches nach den erforderlichen Erhebungen ein begründetes Gutachten zu erstatten hat (§§ 8ff AusG). Zum anderen handelt es sich vorliegend nicht um Beratungs- oder Abstimmungsprotokolle einer Kollegialbehörde, welche zum Schutz der Unabhängigkeit der Mitglieder von der Akteneinsicht auszunehmen sind (vgl. dazu zB VwGH 06.07.2010, 2009/09/0078), sondern vielmehr um Zeugenaussagen von Sachverständigen, welche uneingeschränkt dem Parteiengehör unterliegen.

Durch die Verweigerung der Akteneinsicht in diese Niederschriften ist der belangten Behörde ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen. Einer Sanierung dieses Verfahrensfehlers durch das Bundesverwaltungsgericht steht die von seinem Wortlaut her unzweifelhafte Bestimmung des § 21 Abs. 2 zweiter Satz VwGVG entgegen. Demnach darf das Verwaltungsgericht in Aktenbestandteile, welche bereits von der Behörde von der Akteneinsicht ausgenommen wurden, keine Akteneinsicht gewähren. Der in der gegenständlichen Beschwerdesache ergangene Beschluss vom 02.04.2015, 8Z, stellt daher auch keinen Widerspruch zu der eben

dargelegten Rechtsauffassung dar, dass zur Gewährung der Akteneinsicht in die von der Behörde ausgenommenen Aktenbestandteile ausschließlich die Behörde befugt ist.

Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang des im Antrag des BF vom 20. April 2012 bezeichneten 2. Vorfalls (betr. Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg) gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufzuheben und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigte sich ein Eingehen auf das weitere Vorbringen des BF zu diesem Punkt.

Zum Spruchpunkt A)2. betr. Vorfall 1 (Diskriminierung durch Unterlassung von Erledigungen ohne unnötigen Aufschub):

Zum Vorwurf einer Verzögerung des Verfahrens betreffend die Funktionszulage/Nachzahlung der Differenz zwischen den Funktionsgruppen 4 und 5 ab Juni 2006:

Der VwGH erachtete eine Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften in diesem Punkt, weil die Behörde auf die Vorwürfe einer Verfahrensverzögerung überhaupt nicht einging.

Der vom BF geltend gemachte Vorwurf der Verzögerung in diesem Punkt ging dahin, dass die Behörde nach dem aufhebenden Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2010, 2009/12/0194, erst am 18.07.2011, sohin außerhalb der Frist des § 73 Abs. 1 AVG erlassen habe, und woraus er eine Diskriminierung seiner Person ableitet.

Die belangte Behörde stellte nun zu diesem Vorwurf fest, dass das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2010 am 18.01.2011 im RH eingelangt sei, dass man mit der weiteren Bearbeitung auf die Rückkehr des zuständigen und mit dem Verwaltungsverfahren im 1. Rechtsgang betrauten Sachbearbeiters XXXX zugewartet habe, welcher vom 1. Jänner 2011 bis 31. März 2011 eine Väterkarenz in Anspruch genommen habe. Eine Vertretung während dieser verhältnismäßig kurzen Zeit wäre zudem aufgrund beschränkter Personalressourcen nicht möglich und ob der erforderlichen Einarbeitung in den Personalakt des BF auch nicht zielführend gewesen. Nach Wiederantritt des Dienstes habe XXXX die Bearbeitung der Angelegenheit ehestens fortgesetzt, dem BF mit Schreiben vom 09.06.2011 Parteiengehör gewährt, das Einlangen der Stellungnahme des BF abgewartet und den Bescheid am letzten Tag der sechs-Monatsfrist abgefertigt, sodass die Erledigung am 19.07.2011 der rechtlichen Vertretung zugestellt worden ist. Dadurch sei die Entscheidungsfrist geringfügigst überschritten worden.

Der von der Behörde dargelegte Verfahrensablauf konnte seitens des BVwG durch Einsicht in die vorgelegten Verwaltungsakte verifiziert werden.

In der von der Behörde gewählten Vorgangsweise, mit der Weiterführung des fortzusetzenden Verfahrens auf die Rückkehr des mit der Materie vertrauten Sachbearbeiters zuzuwarten, wodurch es bloß zu einer Überschreitung der Entscheidungsfrist von einem Tag gekommen ist, kann seitens des Gerichts keine wie immer geartete persönliche Diskriminierung des BF erkannt werden.

Zum Vorwurf einer Verzögerung des Verfahrens betreffend Bewilligung eines Sonderurlaubes:

Zu diesem Punkt trug der VwGH der belangten Behörde auf, im fortzusetzenden Verfahren zu klären, ob im Antragsverfahren betreffend diesen Sonderurlaub überhaupt die Bekanntgabe eines Bevollmächtigten durch den BF erfolgt ist (zur Beschränkung der Wirksamkeit einer Vollmachtsanzeige auf die jeweilige "Sache" vgl. etwa VwGH 17.08.2000, 96/12/0230). Verneinendenfalls wäre die nach der Aktenlage vorgenommene Zustellung der Erledigung an den BF ohnedies rechtswirksam und hätte die Bescheiderlassung bewirkt. Bejahendenfalls wäre die belangte Behörde verhalten gewesen zu erheben, ob und auf Grund welcher Umstände das Dokument im Verständnis des § 9 Abs. 3 zweiter Satz des Zustellgesetzes, dem ihr bekannt gegebenen Zustellbevollmächtigten "tatsächlich zugekommen" ist. Allein aus dem Umstand, dass sich der BF (oder sein Vertreter) in folgenden Eingaben auf diese Erledigung bezogen hätte, wäre ein - der Kenntnisnahme vom Inhalt nicht gleichzuhaltendes - "tatsächliches Zukommen" an den Vertreter noch nicht bewiesen.

Im angefochtenen Bescheid stellte die Behörde nunmehr zu diesem Punkt fest, dass der BF für den Besuch des verfahrensgegenständlichen Seminars des VOEGB vom 03.06. bis 04.06.2008 mit Ersuchen vom 30.04.2008, eingebracht im Dienstweg am 05.05.2008, bei der Dienstbehörde eingelangt am 02.06.2008, Sonderurlaub beantragt hatte und für den Fall der Ablehnung die bescheidmäßige Erledigung und Zustellung des Bescheides an die Kanzlei seines Rechtsanwalts XXXX beantragt hatte.

Der Sonderurlaub wurde dem BF in weiterer Folge durch seine Vorgesetzten nicht genehmigt. Mit Schreiben der Dienstbehörde vom 28.10.2008 wurde dem BF das vorläufige Ergebnis des Ermittlungsverfahrens zu Händen RA XXXX am 29.10.2008 mit dem Ersuchen zugestellt, binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Stellung zu nehmen. Hierauf brachte der BF mit Schreiben vom 11.11.2008 persönlich im Dienstweg - und nicht über (s)einen Rechtsvertreter - eine Stellungnahme ein. Daraufhin wurde der Bescheid vom 18.12.2008 dem BF persönlich am 19.12.2008 - durch Übergabe an der Dienststelle - zugestellt. Da die "Bekanntgabe eines Bevollmächtigten" gemäß § 10 AVG aufgrund der Aktenlage nicht erfolgt ist, sei nach Auffassung der Behörde die Zustellung des Bescheides an den BF persönlich rechtswirksam erfolgt und habe die Bescheiderlassung bewirkt.

Zu diesem Punkt wird vom BF in seiner Beschwerde kein eigenes Vorbringen mehr erstattet, sondern verweist er lediglich auf seine zahlreichen Eingaben an die Bundes-Gleichbehandlungskommission, an die Dienstbehörde sowie an den VwGH und beschränkt sich auf den Vorwurf an die Behörde, dass diese im Wissen, dass der BF vom 02.07.2010 bis 06.08.2010 und im Juli 2008 auf Urlaub sei, ihm kurz vor Urlaubsantritt Schriftsätze zum Parteiengehör mit einer zwei Wochenfrist zugestellt habe und er dadurch in seinen Urlaubsvorbereitungen ohne Notwendigkeit beeinträchtigt worden sei. Eine Gesamtbetrachtung liefere den weiteren Beweis der fortgesetzten Diskriminierung durch Unterlassung rechtzeitiger Erledigungen.

Im Erkenntnis vom 17.08.2000, 96/12/0230, führte der VwGH aus, dass es grundsätzlich bei der Partei liegt, ob sie gegenüber der Behörde selbst einschreiten oder sich vertreten lassen will. Der entsprechende Willensentschluss, sich vertreten zu lassen, erlangt erst durch Erklärung der Partei gegenüber der Behörde Bedeutung. Diese Erklärung umgrenzt die Ausübung des Rechtes der Partei, sich vertreten zu lassen. Die Behörde ist daher nicht berechtigt, außerhalb der von der Partei geübten Disposition mit Wirksamkeit für die Partei gegenüber einem Machthaber der Partei Verfahrenshandlungen zu setzen, der der Behörde von der Partei nicht für das betreffende Verfahren als Machthaber bezeichnet wurde. Welche Angelegenheiten zu der betreffenden Sache gehören, für die von der Partei gegenüber der Behörde der Gewalthaber genannt wurde, ist der betreffenden Parteierklärung gegenüber der Behörde - nicht in erster Linie einer allfälligen Vollmachtsurkunde - zu entnehmen, die unter Umständen der Auslegung bedarf (vgl. VwGH 10.05.1994, 93/14/0140, mwN).

Gemäß § 10 AVG haben sich Bevollmächtigte durch eine schriftliche, auf Namen oder Firma lautende Vollmacht auszuweisen. Vor der Behörde kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden; zu ihrer Beurkundung genügt ein Aktenvermerk. Schreitet eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person ein, so ersetzt die Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis.

Im Beschwerdefall hat der BF in seinem von ihm persönlich gestellten Antrag vom 30.04.2008 um Zustellung der bescheidmäßigen Erledigung an RA XXXX ersucht, worauf die Behörde das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens zu Händen dieses Rechtsanwalts verfügte. In Beantwortung dieses Parteiengehörschreibens erstattete der BF jedoch wiederum persönlich - und nicht über seinen Rechtsvertreter - die Stellungnahme, welche er im Dienstweg am 12.11.2008 einbrachte.

Ein Schriftsatz des RA XXXX unter Berufung auf § 8 RAO ist in der antragsgegenständlichen Sache "Sonderurlaub" nicht ergangen und lag auch sonst keine Bevollmächtigungsanzeige - weder schriftlich noch durch sonstige Beurkundung - vor.

Vor diesem Hintergrund und da der BF auf das an den Rechtsanwalt zugestellte Parteiengehörschreiben wiederum nur persönlich eine Stellungnahme einbrachte, konnte die Behörde zutreffend von keiner Bevollmächtigung des Rechtsvertreters in der anhängigen Verwaltungssache ausgehen und die Zustellung des Bescheides an den BF rechtskonform an den BF persönlich vornehmen. Mit der Zustellung des Bescheides an den BF am 19.12.2008 wurde die Verwaltungssache daher in diesem Rechtsgang rechtsförmlich abgeschlossen.

Für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass durch die Überschreitung der Entscheidungsfrist um 17 Tage (gerechnet ab dem Einlangen des Antrags bei der Dienstbehörde am 02.06.2008) eine Diskriminierung des BF bezweckt werden sollte bzw. eine solche bewirkt wurde.

Insoweit der BF in seiner Beschwerde zu diesem Punkt auf seine bisherigen Eingaben vor den diversen Behörden und dem VwGH verweist, ist anzumerken, dass der Inhalt einer Beschwerde gemäß § 9 VwGVG nicht durch Verweise auf Eingaben in den diversen Verfahren vor anderen Behörden substituiert werden kann.

Soweit der angefochtene Bescheid einen Anspruch des BF aufgrund des im Antrag vom 20. April 2012 bezeichneten 1. Vorfalls abweist, war die Beschwerde daher gemäß § 28 Abs. 1 und VwGVG als unbegründet abzuweisen.



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; in Bezug auf den zu Spruchpunkt A)1. festgestellten Verfahrensmangel ist aufgrund der Bestimmung des § 21 VwGVG eine Sanierung dieses Mangels dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt. In Bezug auf den Spruchpunkt A)2. konnte aufgrund der unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen und der angegebenen Rechtsprechung des VwGH entschieden werden. Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor.

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2015:W106.2012123.1.00