

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

27.02.2014

**Geschäftszahl**

2013/12/0218

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma und Dr. Pfiel als Richter und Hofrätin Mag. Rehak als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kupec, über die Beschwerde des Mag. W K in S, vertreten durch Pallauf Meißnitzer Staindl & Partner, Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Petersbrunnstraße 13, gegen den Bescheid der Salzburger Landesregierung vom 4. Oktober 2013, Zl. 21402-5/6602661/139-2013, betreffend Versagung von Schadenersatzansprüchen nach dem Salzburger Gleichbehandlungsgesetz, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Salzburg hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Salzburg und war seit 1. Jänner 1996 stellvertretender Leiter der Fachabteilung Landes-Europabüro. Im Jahr 2010 wurde die Leitung dieser Fachabteilung vakant. Mit Erledigung vom 19. April 2010 erklärte der Landesamtsdirektor u. a., dass, solange der Fachabteilungsleiter seinen Gebührenurlaub und Zeitausgleich konsumiere, die Dienststellenleitung durch seinen Stellvertreter (den Beschwerdeführer) wahrgenommen werde. Für die Dauer der mit 8. Juli 2010 beginnenden Karenzierung werde die Fachabteilungsleitung zunächst durch den Landesamtsdirektor und nach der Rückkehr von Mag. M P-M aus der Mutterschaftskarenz provisorisch durch diese erfolgen.

Zur Darstellung des weiteren Verfahrens über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach dem Salzburger Gleichbehandlungsgesetz - S.GBG wird in sinngemäßer Anwendung des § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das in dieser Sache ergangene Erkenntnis vom 14. November 2012, Zl. 2011/12/0097, verwiesen, mit dem der damals angefochtene Bescheid der belangten Behörde vom 11. Mai 2011, mit dem diese die Schadenersatzansprüche versagt hatte, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde.

Auf Ersuchen des Leiters der Personalabteilung des Amtes der Salzburger Landesregierung teilte der Landesamtsdirektor mit Erledigung vom 22. Juli 2013 mit,

"die ... zitierte Anordnung vom 19.4.2013 erfolgte in

Umsetzung einer schriftlichen Weisung von Landeshauptfrau Mag. G B vom 4.4.2010. Im Hinblick auf die Zuständigkeit der Landeshauptfrau als Vorstand des Amtes für derartige vorübergehende Personalverfügungen, und als strafrechtliche Bestimmungen offensichtlich nicht entgegen standen, war diese Weisung zu befolgen.

... Aus dem Schriftstück ist die eindeutige Willensäußerung der damaligen Landeshauptfrau ersichtlich, dass Frau Mag. M P-M - und nicht (der Beschwerdeführer) oder andere Bedienstete - die Dienststellenleitung der Fachabteilung 0/3 während der Karenzierung des Dienststellenleiters ... zu übernehmen haben. Ein

allfälliger Auftrag zur Durchführung einer Stellenausschreibung dieser interimistischen Leitungsstelle ist aus dieser Weisung nicht ableitbar.

Der eindeutige Wille der Landeshauptfrau, (den Beschwerdeführer) oder andere nicht einmal kurzfristig für die Leitungsvertretung in Betracht zu ziehen, erweist sich auch aus dem Umstand, dass sie für den Urlaubszeitraum von Frau Mag. P-M mich um die Wahrnehmung der Dienststellenleitung ersucht hat ...

Der Auftrag der Landeshauptfrau zur Benachrichtigung aller Dienststellenangehöriger war dann auch der unmittelbare Anlass für meine Anordnung vom 19.4.2010.

Ergänzend rufe ich in Erinnerung, dass die damalige Landeshauptfrau auch in einem Schreiben an den damaligen

Landespersonalreferenten ... ihren Willen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat; ..."

Mit Erledigung vom 8. August 2013 räumte hierauf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer Gehör zu ihren Ermittlungsergebnissen ein, zu denen dieser in seiner Eingabe vom 4. September 2013 Stellung nahm.

Mit dem angefochtenen (Ersatz-)Bescheid stellte die belangte Behörde im ersten Spruchpunkt fest, dass durch die nicht erfolgte Betrauung der Funktion des provisorischen Leiters der Fachabteilung Landes-Europabüro eine Diskriminierung des Beschwerdeführers nach § 1 Z. 1 und § 4 Z. 5 S.GBG nicht vorliege und wies im zweiten Spruchpunkt das Begehren auf Leistung eines Schadenersatzes in Höhe von EUR 123.139,20 wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 20 Abs. 2 iVm § 1 Z. 1, § 4 Z. 5, §§ 16 und 19a S.GBG somit als unbegründet ab. Begründend führte sie nach Wiedergabe der anspruchsbegründenden Behauptungen des Beschwerdeführers und Darstellung des Verfahrensganges, insbesondere der von ihr eingeholten Ermittlungsergebnisse einschließlich des E-Mailverkehrs des Beschwerdeführers mit einer Mitarbeiterin der Fachabteilung und Wiedergabe der Stellungnahme sowie Zitierung der von ihr angewendeten Bestimmungen des S.GBG erwägend aus:

**"Zu den einzelnen geltend gemachten Diskriminierungstatbeständen:**

**1. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** Zielsetzung des S.GBG ist es nach dessen § 1 Z 2 S.GBG 'durch

besondere Frauenförderungsmaßnahmen im Landes-, Magistrats- und Gemeindedienst die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu erreichen'. Um diese Zielsetzung zu erreichen, steht in den §§ 21ff S.GBG ein Bündel an besonderen Förderungsmaßnahmen für Frauen zur Verfügung. Nach § 6 Abs 2 S.GBG gelten 'Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung, mit denen Benachteiligungen wegen einem der im § 1 genannten Gründe verhindert oder ausgeglichen werden, (...) nicht als Diskriminierung im Sinn dieses Gesetzes'. Im Sinne des Frauen-Förderungsprogrammes werden in den Ausschreibungen des öffentlichen Sektors Frauen stets besonders zur Bewerbung ermutigt, dies gilt insbesondere auch für Führungspositionen. Aus dem Umstand allein, dass bei der Betrauung

mit der Dienststellenleitung einer Frau der Verzug gegeben wurde, lässt sich somit keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ableiten.

**Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegt auch insbesondere aufgrund der zumindest gleichwertigen fachlichen Qualifizierung** von Mag. M P-M **nicht vor**, zumal sie insgesamt als geeigneter für die Betrauung mit der Funktion der provisorischen Fachabteilungsleitung erschien.

**1.1. Eignung**

Die Verfügung über die Verwendung der Bediensteten des Amtes obliegt nach § 3 Abs 4 GO-Amt dem Landesamtsdirektor. Bei der Verwendung eines Bediensteten, ist auf dessen 'Eignung' Bedacht zu nehmen. Die Eignung eines Bediensteten ist einerseits an seiner Qualifikation zu messen. Aber auch das bisherige im Zusammenhang mit der Dienstverrichtung stehende Verhalten des Bediensteten - so auch die Vorkommnisse betreffend eine Mitarbeiterin der Dienststelle - kann Rückschlüsse auf die Eignung zulassen.

Nach § 9 Abs 5 L-BG zählt es zu den allgemeinen Dienstpflichten von Beamten als Vorgesetzten 'ihren Mitarbeitern und als Mitarbeiter ihren Vorgesetzten sowie einander mit Achtung zu begegnen und zu einem guten Funktionieren der dienstlichen Zusammenarbeit beizutragen. Sie haben im Umgang mit ihren Vorgesetzten, Kollegen sowie Mitarbeitern Verhaltensweisen oder das Schaffen von Arbeitsbedingungen zu unterlassen, die deren menschliche Würde verletzen oder dies bezwecken oder sonst diskriminierend sind.' Auch wenn, wie der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 hinweist, § 9 Abs 5 L-BG erst am 01.01.2013 (LGBl Nr 99/2012) in Kraft getreten ist, so hat eine Pflicht zum achtungsvollen Umgang der Mitarbeiter untereinander wohl schon im Rahmen der allgemeinen Dienstpflichten des Beamten bestanden und ist ein solcher Umgang im Übrigen selbstverständlich. Wie den Erläuterungen zu § 9 Abs 5 L-BG zu entnehmen ist, enthielt schon § 26 der Dienstpragmatik 1914 eine Verpflichtung der Bediensteten zum achtungsvollen Umgang mit ihren Vorgesetzten, Kolleginnen und Kollegen (RV 585, 14. GP, 4. Session, Erl zu Art I Z 1). Die sich in der Fachabteilung gehäuft ereigneten Vorkommnisse zwischen dem Antragsteller und der Mitarbeiterin Mag. G T, haben sich auf die Begegnung der Mitarbeiter untereinander und das Funktionieren der dienstlichen Zusammenarbeit ausgewirkt. Es war daher zu befürchten, dass der Antragsteller den Dienstpflichten eines Dienststellenleiters nach § 9b L-BG nicht in vollem Umfang hätte nachkommen können, was seine Eignung für die Verwendung als provisorischer Leiter der Fachabteilung stark in Beeinträchtigung gezogen hat. Die

Erfüllung der nach § 9b L-BG bestehenden Pflichten bedingt, dass der Dienststellenleiter den Mitarbeitern mit Achtung begegnet und einen sachlichen Umgang mit ihnen pflegt, dies schon deshalb, da dem Dienststellenleiter eine gewisse Fürsorgepflicht für seine Mitarbeiter zukommt. Die Wahrnehmung der Fürsorgepflicht setzt ein hohes Maß an Objektivität voraus.

Die Prüfung, inwiefern die Anschuldigungen die der Antragsteller gegen Mag. G T erhoben hat, berechtigt sind, war nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Eine Auseinandersetzung mit jedem behaupteten Vorfall im Detail ist daher verzichtbar und erfolgt lediglich exemplarisch, soweit daraus Schlüsse auf das gegenständliche Verfahren gezogen werden können. Der Umgang mit der unbestritten vorhanden gewesen bzw. noch immer vorhandenen Konfliktsituation ist aber jedenfalls unter dem Aspekt der Eignung zur Ausübung der Leitungsfunktion wesentlich. Wenn der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, dass 'einer Praxis von Seiten einzelner Untergebener Tür und Tor geöffnet wird, Konflikte gegen ungewollte Leitungskandidaten anzuzetteln' ist dazu somit auszuführen, dass sich nicht das Bestehen eines Konfliktes per se, sondern vielmehr das zur Konfliktbereinigung gesetzte Verhalten der Führungskraft bei Prüfung der Eignung zur Dienststellenleitung auswirkt, wobei auch die Bezeichnung der Mitarbeiter der Dienststelle als 'Untergebene' im Rahmen der freien Beweiswürdigung eine entsprechende Wertung zulässt. Aus dem E-Mail vom 24.11.2009 geht hervor, dass Mag. G T die in einem emotionalen Ausnahmezustand gewählte Wortwahl bedauere und die aufgestellten Behauptungen zurücknehme. Soweit der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, dass die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen zurückgezogen worden seien und auch nicht gegen ihn verwendet werden dürften, ist festzustellen, dass die betreffende E-Mail am -unbestrittenen - Bestand der Konfliktsituation an sich bzw. an den erwähnten Vorkommnissen nichts ändert und der Beurteilung der freien Beweiswürdigung durch die Behörde unterliegt.

Wesentliche Probleme hätten dem vorliegenden E-Mailverkehr und Stellungnahmen nach darin bestanden, dass die betreffende Mitarbeiterin die Außentüren ihres Bürofensters nicht geschlossen bzw. den PC nach Dienstende nicht abgeschaltet und die mobile Kochplatte unsorgsam verwendet, Privatgespräche am Arbeitsplatz geführt sowie die Dienstzeiterfassung nicht korrekt gehandhabt hätte. Es wird an dieser Stelle keineswegs verkannt, dass einem solchen Verhalten, wenn es (kontinuierlich) gesetzt wird, in Ausübung der Leitungsverantwortung vom Dienstvorgesetzten grundsätzlich Einhalt zu gebieten ist. Das vom Antragsteller behauptete Fehlverhalten der Mitarbeiterin wurde von ihm nach eigenen Angaben hinreichend dokumentiert. Beigebracht wurden E-Mails (E-Mails vom 24.07.2007 sowie vom 19.04.2010), in denen der Antragsteller die Mitarbeiterin ersucht hat, das behauptete Fehlverhalten einzustellen, wobei sich die E-Mail vom 24.07.2007 betreffend der Schließung der Außenfenster an alle Mitarbeiter der Dienststelle gerichtet hat. Nicht ersichtlich ist, warum zur Bereinigung der Problematik nicht der Weg des direkten Gesprächs gewählt wurde. Dies kann nur dahin gedeutet werden, dass ein entsprechendes Gesprächsklima nicht (mehr) vorlag. Diese Annahme wird auch dadurch bestätigt, dass die betroffene Mitarbeiterin den Wunsch geäußert hat in Fällen der Abwesenheit nicht mehr den stellv. Fachabteilungsleiter informieren zu müssen (E-Mail vom 13.10.2009). Ein Grund, das Offenlassen eines Außenfensters oder das Nichtabschalten eines PC dem Fachabteilungsleiter, der sich zu diesem Zeitpunkt dem Mail-Verkehr entnehmbar in Brüssel befand, zu melden (E-Mails vom 06. und 07.10.2009) ist nicht ersichtlich. Wenn der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, dass er den Dienststellenleiter befassen musste, da ihm keine anderen Möglichkeiten zur Verfügung stünden, ist dazu festzustellen, dass dem stellvertretenden Fachabteilungsleiter gemäß § 8 Abs 8 GO-Amt während der Dauer der Vertretung die gleichen Rechte und die gleiche Verantwortung wie dem Fachabteilungsleiter zukommen. Auch unter diesem Aspekt ist somit nicht klar, warum der Fachabteilungsleiter verständigt wurde. Die vom Antragsteller gesetzten Kontrollmaßnahmen, wie bspw. das Kontrollieren des Büros von Mag. G T (E-Mail vom 13.10.2009), erscheinen zudem als nicht verhältnismäßig. Teil der Dienstverantwortung ist es insbesondere auch, Art und Intensität von Kontrollmaßnahmen angemessen festzulegen (Erlass 6.09 vom 12.04.2011). Das Schließen eines nach Dienstschluss offen stehenden Fensters bei zufälligem Bemerkern, stellt hingegen naturgemäß keine unangemessene Kontrollmaßnahme dar. Die Kontrolle der ordnungsgemäßen Verwahrung der mobilen Kochplatte im Verpackungskarton (E-Mail vom 19.04.2010, Stellungnahme vom 04.09.2013), aber auch die der Stellungnahme vom 04.09.2013 entnehmbare exakte Dokumentation (minutengenau) sämtlicher Vorfälle lassen hingegen an der Angemessenheit der gesetzten Maßnahmen zweifeln. Ebenfalls anzuführen ist in diesem Zusammenhang, dass das Eintreten in ein Büro natürlich mit vorangehendem Klopfen zu verbinden ist. Den darauf ergehenden Hinweis titulierte der Antragsteller aber bezeichnender Weise als 'Abmahnung' (Stellungnahme vom 04.09.2013). Wie der Antragsteller ausführt, hätte sich die Mitarbeiterin ihm gegenüber bewusst provokant verhalten, da sie seine Führungsposition nicht akzeptiert hätte. Diese Behauptung ist für das vom Antragsteller gesetzte Führungsverhalten ohne Relevanz. Selbst wenn das behauptete Fehlverhalten überwiegend während der Abwesenheit des Abteilungsleiters erfolgt wäre, kann nicht nachvollzogen werden, inwiefern bspw. das Nichtschließen eines Außenfensters bzw. das Nichtabschalten des PCs eine Provokation bewirken sollte. Feststeht jedoch, dass sich die Situation in der Dienststelle durch die vom Antragsteller ergriffenen Maßnahmen nicht entspannt sondern vielmehr weiter verschärft hat. Eine - zumindest vorläufige - Klärung der Konfliktsituation konnte erst durch Beiziehung des Abteilungsleiters HR Dr. A K bzw. nach Befassung der Personalabteilung erzielt werden.

Teil der Leitungsverantwortung ist der vernünftige Einsatz von Ressourcen, der naturgemäß auch das Vertrauen auf die Leistung der einzelnen Mitarbeiter und eine dementsprechende Disposition und Erledigung

von Aufgaben in Eigenverantwortung der Mitarbeiter voraussetzt. Aufgrund der vom Antragsteller beschriebenen Kontrollmaßnahmen, die sich im Übrigen nicht nur auf das Büro von Mag. G T beschränkten bzw. beschränken (Stellungnahme vom 04.09.2013), ist, wie dies der Antragstellerin seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 selbst ausführt, ein Vertrauen seinerseits in die Eigenverantwortung der betroffenen Mitarbeiterin nicht vorhanden. Eine bedachte Ausübung der Leitungsfunktion erschien auch unter diesem Aspekt zumindest fraglich.

An der Funktion des Antragstellers als Stellvertreter der (provisorisch betrauten) Fachabteilungsleiterin entsprechend §§ 9 Abs 2 iVm 8 Abs 8 GO-Amt hat sich durch die verfahrensgegenständliche Verfügung des Landesamtsdirektors nichts geändert.

## 1.2. Fachliche Qualifikation

Die vom Antragsteller angeführten Schriftstücke liegen der Dienstbehörde vor. Die Behauptungen entsprechen insoweit den Tatsachen.

### 1.2.1. Zur beruflichen Erfahrung

Soweit der Antragsteller die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zitiert, der für die Nachbesetzung von Leitungsfunktionen in der Stellvertretungsfunktion aufgrund der durch sie erworbenen einschlägigen Erfahrungen ein besonderes Eignungskriterium sieht ..., ist dem grundsätzlich nichts entgegenzuhalten. Doch kommt es nicht allein auf dieses Kriterium, sondern stets auf die Beurteilung aller Kriterien im konkreten Sachverhalt an. Im Übrigen sei bemerkt, dass die prinzipielle berufliche Qualifikation des Antragstellers - auch in weiterer Folge - nicht in Zweifel gezogen wird.

Wenn der Antragsteller auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union hinweist (RS.109/88- 'Danfoss', Rz. 24 und Rs. C-17/05 - 'Cadman', Rz. 40), wonach Berufserfahrung einen Arbeitnehmer befähige, seine Arbeit besser zu verrichten, ist dem grundsätzlich ebenso beizupflichten, wobei der Gerichtshof dazu festhält, dass dies 'im Allgemeinen' so ist. Auch hier ist auszuführen, dass es auf die Länge der Berufserfahrung (worauf wohl hingewiesen werden sollte, wobei zu bemerken ist, dass es in beiden angeführten Urteilszitaten um das Kriterium des Dienstalters als entgeltbestimmenden Faktor geht) alleine nicht ankommt, sondern eine Beurteilung nach einer Gesamtschau aller Kriterien im Einzelfall vorgenommen werden muss.

Wie der VwGH in seiner Entscheidung vom 02.07.1997, 93/12/0122, ausführt, gehören zu den dienstlichen Aufgaben iSd § 14 Abs 3 BDG nicht bloß die nach der Arbeitsbeschreibung mit dem Arbeitsplatz jeweils verbundenen konkreten zur Erfüllung zugewiesenen Aufgaben, sondern auch das mit jedem Arbeitsplatz notwendigerweise verbundene Bemühen, mit Kollegen und Vorgesetzten eine korrekte und nach Möglichkeit unbelastete zwischenmenschliche Beziehung anzustreben und aufrechtzuerhalten, um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu sichern. IdS kann festgehalten werden, dass sich die Eignung nicht bloß über die Berufserfahrung und die bisherige Erfüllung von mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben bestimmter Art - wie sie in der Stellenbeschreibung festgelegt sind - bestimmt, sondern darüber hinaus von weiteren (auch sozialen) Kriterien abhängig ist.

### 1.2.2. Zu den absolvierten Fortbildungsmaßnahmen

Es ist richtig, dass der Antragsteller zahlreiche Fortbildungsmaßnahmen im Bereich Verwaltungsmanagement besucht hat. Wenn der Antragsteller jedoch im Vergleich anführt, Mag. M P-M habe - soweit ihm bekannt - bloß eine entsprechende Fortbildung absolviert, dann ist dazu auszuführen, dass es sich dabei um den erfolgreichen Abschluss eines M.B.A mit Schwerpunkt Public Management an der SMBS handelt. Es ist dies ein zweijähriger Universitätslehrgang der mit einer Abschlussprüfung abgeschlossen wird und in dem auch eine Master-Thesis zu verfassen ist. Der Aufwand für diese Fortbildungsmaßnahme ist - zudem sie berufsbegleitend erfolgte - ein beträchtlicher.

Die als positiv zu wertende Bereitschaft des Antragstellers, Fortbildungsmaßnahmen zu besuchen, ist zwar hervorzuheben, dies vermochte aber nicht die Qualifizierung von Mag. M P-M zu schmälern. Auch der Hinweis darauf, dass es sich bei der Abschlussprüfung um ein Gespräch über die Master-Thesis handeln würde und nicht um eine Abschlussprüfung über den zweijährigen Lehrgang (Stellungnahme vom 04.09.2013) vermag an der Qualifizierung von Mag. M P-M nichts zu ändern, zumal die angesprochene Master-Thesis ('Die Rolle der Regionen zur Verbesserung der Informations- und Kommunikationspolitik der Europäischen Union am Beispiel des Landes Salzburg) Kenntnisse erwarten ließ, die für die zu betrauende Leitungsfunktion von essentieller Bedeutung sind. Wenn der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, dass die Master-Thesis keinerlei Befassung mit Führungsthemen aufweisen kann, so ist dem somit insofern zu widersprechen, als die behandelte Thematik inhaltlich sehr wohl ein Führungsthema darstellt.

### 1.2.3. Zum Erfordernis eines rechtswissenschaftlichen Studiums

Allein aus der Tatsache, dass im Ausschreibungstext aus dem Jahr 1995 für die Abteilungsleitung der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Studiums Voraussetzung war, lässt sich nicht ableiten, dass diese Position auf Dauer mit einer Juristin bzw. einem Juristen zu besetzen ist. Generell ist auszuführen, dass der Ausschreibungstext aus dem Jahr 1995 lediglich als Orientierungshilfe herangezogen werden kann und keinesfalls Wirkung pro futuro für die Besetzung der Funktion entfaltet. Die Eignung zur Verwendung bestimmt

sich nach mehreren Kriterien und ist nicht auf den Abschluss eines konkreten Studiums beschränkt. Zudem ist auszuführen, dass gerade für die Leitungsposition des Europabüros juristische Kenntnisse alleine nicht ausreichen und es vielmehr auch politischer und wirtschaftlicher Kenntnisse bedarf. Diese brachte Mag. M P-M unzweifelhaft mit. Sie hat Politik und Sprachen studiert und zudem berufsbegleitend einen M.B.A. mit Schwerpunkt Public Management abgeschlossen, der sich speziell an (Nachwuchs-)Führungskräfte im öffentlichen Sektor richtet.

Die weiteren Voraussetzungen laut dem damaligen Ausschreibungstext - gute Sprachkenntnisse in Englisch und Französisch, EU-Erfahrung und Bewährung in einer Leitungsfunktion -

wurden von Mag. M P-M jedenfalls zumindest in gleichem Ausmaß wie vom Antragsteller erfüllt. Sie lebt seit vielen Jahren in Brüssel und leitet dort seit März 2004 die Verbindungsstelle des Landes-Europabüros. Wenn der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, dass Mag. M P-M im Gegensatz zu ihm keine praktische Führungserfahrung mitgebracht hätte, kann dem schon deshalb nicht gefolgt werden. Bereits zuvor war sie dort von Oktober 2001 bis März 2003 als Sachbearbeiterin tätig. Ihr langjähriger Aufenthalt in Brüssel und die leitende Tätigkeit in der dortigen Verbindungsstelle des Europabüros, war neben der Perfektionierung ihrer Sprachkenntnisse, mit reichlich Praxiserfahrung in den Tätigkeitsbereichen der Europäischen Union verbunden. Ein Umstand, der sie als (provisorische) Abteilungsleiterin des Europabüros besonders qualifizierte.

## **2. Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung bzw. der politischen Anschauung**

Der Dienstbehörde liegt die zitierte Weisung der damaligen Landeshauptfrau Mag. G B vor, Mag. M P-M mit der provisorischen Leitung der Fachabteilung zu betrauen, deren Befolgungspflicht vom Antragsteller nicht bestritten wurde.

Die Behauptung der Verletzung aufgrund der Weltanschauung bzw. der politischen Anschauung, die der Antragsteller daraus ableitet, dass er in keinem Naheverhältnis zur SPÖ steht, beruht auf reinen Mutmaßungen. Soweit der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, eine Ungleichbehandlung läge schon allein im ungleichen Zugang begründet, sich erklären zu können (gemeint bei der damaligen Landeshauptfrau Mag. G B), mag das allenfalls ein faktisches, aber jedenfalls kein rechtliches Problem darstellen, zumal von einer Unausgewogenheit der Entscheidung, wie die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ergeben haben, nicht die Rede sein kann. Angesprochen sind damit die bereits zuvor erwähnten Vorkommnisse zwischen dem stellvertretenden Fachabteilungsleiter und einer Mitarbeiterin der Fachabteilung Mag. G T. Inwiefern die Vorkommnisse auf den Machtwechsel in Salzburg 2004 zurückzuführen wären, wie der Antragsteller dies in seiner Stellungnahme vom 04.09.2013 ausführt, ist nicht ersichtlich. Wenn der Antragsteller auf den zeitlichen Zusammenhang der Vorkommnisse mit dem erfolgten politischen 'Machtwechsel' verweist (Stellungnahme vom 04.09.2013) ist dazu festzustellen, dass sich die Dokumentation der diversen Vorkommnisse vorwiegend auf die Jahre 2009/2010 beschränkt, somit fünf Jahre nach dem genannten Zeitpunkt. Das offenbar problematische Verhältnis zwischen dem Antragsteller und der angesprochenen Mitarbeiterin, die Beziehungen zur Landeshauptfrau Mag. G B bzw. ihrem Büro habe, ist kein ausreichender Indikator dafür, dass die Nicht-Bestellung des Antragstellers zum Dienststellenleiter politisch motiviert war, vielmehr wirkt sich dieser Umstand auf die Eignung des Antragstellers zur Verwendung in dieser Funktion aus, weshalb schon aus diesem Grund Mag. M P-M der Vorzug bei der Betrauung mit der Dienststellenleitung zu geben war.

Eigentümlich mutet in diesem Zusammenhang die konsequente Verwendung von in der Salzburger Landesverwaltung völlig unüblichen Kurzbezeichnungen wie 'FLH' (gemeint wohl Landeshauptfrau (LHF) oder 'HLAD' (gemeint wohl Landesamtsdirektor (LAD) an. Fraglich erscheint daher eine vollständige Akzeptanz der bestehenden (parteilichen) Führungshierarchie in der Landesverwaltung durch den Antragsteller.

Zum vom Antragsteller zitierten Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union, Rs. C-407/98 (Abrahamsson) ist auszuführen, dass der Europäische Gerichtshof die schwedische Regelung nur dann als nicht richtlinienkonform (76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen) beurteilt hat, 'wenn die Auswahl eines Bewerbers unter den Personen mit hinreichenden Qualifikationen letztlich allein auf seiner Zugehörigkeit zum unterrepräsentierten Geschlecht beruht; dies gilt auch dann, wenn die Qualifikationen des ausgewählten Bewerbers geringer sind als die eines Bewerbers des anderen Geschlechts.' Einer nationalen Bestimmung, 'nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind', steht die Richtlinie hingegen nicht entgegen, sofern die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird (vgl. Rs. C-407/98 (Abrahamsson) Rz 62).

Wie bereits dargelegt wurde, ist Mag. M P-M zur Leitung der Fachabteilung Europabüro keinesfalls weniger qualifiziert als der Antragsteller, weshalb die vom Antragsteller zitierte Stelle im Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union Rs. C-407/98 (Abrahamsson) auf den konkreten Sachverhalt nicht heranzuziehen ist.

Aufgrund alledem erschien Mag. M P-M mit der (provisorischen) Fachabteilungsleitung betraut zu werden. Die Qualifikation des Antragstellers soll dadurch keinesfalls in Abrede gestellt werden. Seine Eignung zur

(provisorischen) Leitung der Abteilung war aber, wie die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens gezeigt haben, zumindest fraglich. Im Gegensatz dazu haben die Ergebnisse des Verfahrens nicht vermocht, die Eignung von Mag. M P-M in Zweifel zu ziehen. Mag. M P-M hat nicht nur die nötige Qualifikation; sondern auch darüber hinaus Kenntnisse und Erfahrung mitgebracht, die für die (provisorische) Leitung der Fachabteilung Europabüro eine vielversprechende Bereicherung erwarten haben lassen.

Nach §16 S.GBG stehen einer Bediensteten oder einem Bediensteten ein Anspruch auf angemessenen Schadenersatz zu, wenn sie oder er wegen einer von der Dienstgeberin oder dem Dienstgeber zu vertretenden Verletzung des Diskriminierungsverbotes nach § 4 Z 5 nicht beruflich aufgestiegen oder nicht mit einer Verwendung (Funktion) betraut worden ist. Wesentlich für das Eintreten eines Schadenersatzanspruches ist somit, eine vom Dienstgeber zu vertretende Verletzung des Diskriminierungsverbotes. Eine solche Verletzung konnte nicht festgestellt werden.

Die Rechtzeitigkeit der geltend gemachten Schadenersatzansprüche nach § 20 Abs 2 S.GBG wurde nicht in Zweifel gezogen. Nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens, bestehen diese aber nicht zu Recht, weshalb Ermittlungen über die Höhe der Ansprüche unterbleiben konnten. Ein entsprechender Spruchpunkt konnte somit entfallen. Auch die beantragte Feststellung einer Haftung des Landes Salzburg für zukünftige noch entstehende Schäden aus der behaupteten Diskriminierung war schon mangels erfüllten Diskriminierungstatbestandes nicht in den Spruch aufzunehmen.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist in das Ermessen der Behörde gestellt. Aufgrund des ausführlichen schriftlichen Beweisvorbringens konnte auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 39 Abs 2 AVG verzichtet werden."

In der gegen den (Ersatz-)Bescheid erhobenen Beschwerde erachtet sich der Beschwerdeführer in seinem Recht auf Entschädigung nach dem Salzburger Gleichbehandlungsgesetz verletzt. Er beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 122/2013 sind auf das mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf dieses Tages geltenden Bestimmungen des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 weiter anzuwenden.

Die Beschwerde sieht die Rechtswidrigkeit des angefochtenen (Ersatz-) Bescheides zusammengefasst darin, die belangte Behörde habe im Ermittlungsverfahren nicht etwa die Frage geprüft, aus welchem Grund die Entscheidungsträgerin, nämlich Landeshauptfrau Mag. B, die Weisung erteilt habe, den Beschwerdeführer oder andere für die Leitungsververtretung nicht einmal in Betracht zu ziehen und Mag. P-M mit der provisorischen Leitung zu betrauen, sondern im Nachhinein eine Begründung zu konstruieren versucht, weshalb der Beschwerdeführer im Gegensatz zu Mag. M P-M weniger geeignet wäre bzw. diese gleichwertig qualifiziert sei. Der Beschwerdeführer weise im Gegensatz zu Mag. P-M die juristische Qualifikation aus, die in der einstigen Ausschreibung der Leitung der Fachabteilung 0/4 gefordert worden sei, sowie langjährige Leitungserfahrung. Sachliche Grundlage könnte einzig mangelnde persönliche Eignung des Beschwerdeführers sein. Hier sei bemerkenswert, dass man trotz seiner jahrelangen Tätigkeit offenbar nichts anderes gefunden habe, was man ihm anlasten könnte, als einen im Rahmen seiner Dienstaufsichtspflicht notwendigen E-Mailverkehr mit einer Mitarbeiterin. Vielmehr habe der Beschwerdeführer einzig und allein seine Verantwortung als Dienstaufsicht wahrgenommen, was bei dieser Mitarbeiterin für Unmut gesorgt und letztlich dazu geführt habe, dass diese bei ihrer Parteifreundin, Landeshauptfrau Mag. B, gegen den Beschwerdeführer interveniert habe. Keinesfalls handle es sich bei diesem Geschehen um einen sachlichen Grund, der es nahelegen würde, dem Beschwerdeführer die Eignung zur Leitung des Europabüros abzusprechen. Auffallend sei in diesem Zusammenhang auch die schwankende Argumentationslinie der belangten Behörde, die in ihrem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens die Führungseignung des Beschwerdeführers aufgrund der bloßen Verwicklung in einen Konflikt in Frage gestellt habe, im Bescheid dann aber in Anbetracht der Stellungnahme des Beschwerdeführers ein zu bemängelndes Verhalten im Zuge der Konfliktbereinigung gesehen haben will, ohne dies jedoch zu begründen. Die Unsicherheit der belangten Behörde in ihrer Argumentation und der dargestellten nachträglichen Konstruktion erhellt, dass es keinen sachlichen Grund gebe, warum der Beschwerdeführer nicht mit der Leitung des Europabüros betraut worden sei.

Zur Darstellung der im Beschwerdefall maßgebenden Rechtslage wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das in dieser Sache ergangene, bereits eingangs zitierte Erkenntnis vom 14. November 2012 verwiesen.

Das Salzburger Gleichbehandlungsgesetz - S.GBG derogierte dem (Salzburger) Landes-Gleichbehandlungsgesetz, LGBl. Nr. 30/1996. Die Bestimmungen der §§ 12 bis 19 des Salzburger Gleichbehandlungsgesetzes entsprechen den §§ 11 bis 19 des Landes-Gleichbehandlungsgesetzes über die Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes. Dagegen wurden die Bestimmungen über

die Höhe des Schadenersatzes an die geänderten "gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben" angepasst (vgl. die Vorlage der Landesregierung zu einem Salzburger Gleichbehandlungsgesetz, 250 BlgLT XIII. GP 55).

Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit dieser Bestimmungen mit dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz kann auf die zu diesem ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Anspruchsvoraussetzungen zurückgegriffen werden.

Hiezu führte der Verwaltungsgerichtshof etwa in seinem Erkenntnis vom 14. Mai 2004, Zl. 2001/12/0163 = Slg. 16.359/A, aus:

"Das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz normiert für das Schadenersatzverfahren keine gesetzliche Bindung an das Gutachten der Gleichbehandlungskommission des Bundes. Der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig vom Gutachten dieser Kommission. Diesem kommt aber die Bedeutung eines Beweismittels zu. Gegenstand des von der Behörde durchzuführenden Verwaltungsverfahrens ist es zu klären, ob die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch nach § 15 B-GBG gegeben sind oder nicht. Zweck des Ermittlungsverfahrens ist es nach § 37 AVG, den für die Erledigung der Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Im Rahmen der so gegebenen Ermittlungspflicht der Behörde und der Mitwirkungspflicht der Beamtin ist auf die Schwierigkeiten der Beamtin bei der Darlegung der Motive für die Entscheidungsfindung, die sich im Allgemeinen nicht in einer nach Außen in Erscheinung tretenden Weise dokumentieren, Bedacht zu nehmen. In diesem Sinn trifft die Parteien des Verfahrens die Verpflichtung, die jeweils nur ihnen zugänglichen, für die Entscheidung wesentlichen Überlegungen nachvollziehbar darzulegen. Die Beamtin hat die für ihre Annahme sprechenden Überlegungen einer geschlechtsspezifisch bedingten Benachteiligung offen zu legen, wobei sich dies möglicherweise dann, wenn für die Personalentscheidung kein entsprechendes Anforderungsprofil festgelegt wurde und keine Kenntnisse der Beamtin über die konkrete Qualifikation der anderen Bewerber gegeben sind, nur auf die Behauptung beschränken wird. Die für die Entscheidung maßgeblichen Organwalter trifft dann die Verpflichtung, die Motive der von ihnen inhaltlich (mit-)bestimmen Personalmaßnahme darzustellen. Die Entscheidung der Dienstbehörde hat - unter besonderer Beachtung einer möglichen Befangenheit von Organwaltern und der gegebenen Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitserforschung - nach ausreichenden Erörterungen in der Sache selbst zu ergehen ...

Macht die Beamtin einen Ersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 Z. 1 B-GBG geltend, kann die Behörde den Vorwurf der Diskriminierung dadurch entkräften, dass sie nachweist, die Beamtin sei (im Ergebnis) zu Recht nicht ernannt worden.

Bei einem Anspruch nach § 15 Abs. 2 Z. 2 B-GBG wäre allein damit der Vorwurf der Diskriminierung noch nicht entkräftet. Liegt - wie hier - eine Zwischenentscheidung bzw. ein Zwischenschritt in Form einer Vorschlagserstellung vor und behauptet die Beamtin, zu Unrecht nicht in diesen Vorschlag aufgenommen worden zu sein, so hat die Behörde entweder

a) die Richtigkeit der Nichtaufnahme der Antragstellerin in diesen Vorschlag

oder

b) die Rückführbarkeit der zu Unrecht erfolgten Nichtaufnahme auf Gründe, die nicht von § 3 Z. 5 B-GBG erfasst sind,

nachzuweisen.

Gelingt dieser Nachweis auch im Falle einer im Ergebnis zutreffenden Zwischenentscheidung, so ist es Sache der Beamtin, allenfalls unsachliche Motive einzelner Organwalter, mögen diese auch nicht den Ernennungs- oder Betrauungsakt gesetzt, sondern im Rahmen des Verfahrens über den beruflichen Aufstieg etwa nur einen (bindenden oder nicht bindenden) Vorschlag erstattet haben, darzulegen, was auch im Falle einer im Ergebnis zutreffenden Zwischenentscheidung im Hinblick auf den Ersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 Z. 2 B-GBG von Bedeutung sein kann."

Überträgt man diese Grundsätze auf den Beschwerdefall, kommt der Beschwerde Berechtigung zu:

Nach dem Gesagten traf zunächst die Parteien des Verfahrens die Verpflichtung, die jeweils nur ihnen zugänglichen, für die (Personal-)Entscheidung wesentlichen Überlegungen nachvollziehbar darzulegen. Dementsprechend hatte der Beschwerdeführer die für seine Annahme sprechenden Gesichtspunkte der von ihm behaupteten Diskriminierung aufgrund seines Geschlechtes und seiner Weltanschauung bzw. der politischen Anschauung darzulegen. Im Hinblick darauf, dass für die gegenständliche Personalentscheidung offenbar kein Anforderungsprofil für den Leiter der in Rede stehenden Fachabteilung festgelegt worden war, genügte der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht dadurch, dass er die ihm bekannten Qualifikationsmerkmale von Mag. P-M seiner Qualifikation gegenüber stellte. Damit traf die belangte Behörde die Verpflichtung, die Motive der von der Landeshauptfrau bestimmten Personalmaßnahme darzustellen (vgl. das zitierte Erkenntnis vom 14. Mai 2004).

Legt man diesen Maßstab an das (fortgesetzte) Verfahren vor der belangten Behörde und den angefochtenen (Ersatz-)Bescheid an, ist einerseits dem Beschwerdeführer die ausreichende Mitwirkung am Verfahren zuzubilligen. Andererseits unterließ es aber die belangte Behörde, ein für die Personalentscheidung maßgebliches Anforderungsprofil offenzulegen und nähere Feststellungen über die Motive der die

Personalentscheidung fassenden Landeshauptfrau zu treffen. Sie bezeichnete vielmehr die Behauptungen des Beschwerdeführers betreffend seine Diskriminierung aufgrund seiner Weltanschauung bzw. seiner politischen Anschauung als reine Mutmaßungen, ohne allerdings die für die Landeshauptfrau maßgeblichen Überlegungen für die Personalentscheidung darzustellen.

Im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Ansprüche aus der Versagung des beruflichen Aufstieges hätte die belangte Behörde den Vorwurf der Diskriminierung schließlich dadurch entkräften können, dass sie nachweist, dass der Beschwerdeführer (im Ergebnis) zu Recht nicht (vorliegend:) mit der Leitung der Fachabteilung betraut wurde.

Dies leitete die belangte Behörde aus dem von ihr erhobenen E-Mailverkehr des Beschwerdeführers mit einer Mitarbeiterin sowie von ihm gebrauchter Kurzbezeichnungen ab: seine Eignung zur (provisorischen) Leitung der Abteilung sei "zumindest fraglich" gewesen, während die Ergebnisse des Verfahrens nicht vermocht hätten, die Eignung von Mag. P-M in Zweifel zu ziehen. Damit brachte die belangte Behörde zum Ausdruck, dass bloße Zweifel an der Qualifikation des Beschwerdeführers gegenüber der Anerkennung der Leistungen der Mitbewerber ausschlaggebend sein sollten. Allerdings brachte die belangte Behörde damit nicht zum Ausdruck, ob bzw. in welchen für die Funktion der (provisorischen) Leitung der Fachabteilung wesentlichen Fähigkeiten der Beschwerdeführer gegenüber Mag. P-M tatsächlich (unzweifelhaft) nachging, womit sie letztlich nicht nachwies, dass der Beschwerdeführer im Ergebnis zu Recht nicht mit der (provisorischen) Leitung der Fachabteilung betraut wurde.

Dadurch entkräftete die belangte Behörde im angefochtenen (Ersatz-) Bescheid den Vorwurf der Diskriminierung nicht, womit sie auch diesen mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastete, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung in Verbindung § 3 Z. 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, angefügt durch die Änderung dieser Verordnung durch die Verordnung BGBl. II Nr. 8/2014, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 27. Februar 2014