

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes**  
**Senat I**

in der Sitzung am ... über den Antrag von A (=Antragstellerin, in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) i.d.g.F., festzustellen, dass die Durchführung einer (weiteren) Potentialanalyse im Auswahlverfahren zur Besetzung der Leitung der Höheren Bundeslehranstalt (HBLA) für ... in Z eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes und auf Grund der Weltanschauung gemäß dem B-GIBG darstellt, folgendes

***G u t a c h t e n***

*beschlossen:*

Die Durchführung einer Potentialanalyse im Jahr 2010 stellt eine weitere Diskriminierung von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.

## B e g r ü n d u n g

Der Antrag von A (eingebracht von der rechtsfreundlichen Vertretung) langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Die Antragstellerin legte einleitend die „Vorgeschichte“ dar, die sich wie folgt zusammenfassend darstellen lässt (dem Senat I der B-GBK ist der Sachverhalt im Zusammenhang mit der Besetzung der Leitung der HBLA im ... bekannt, da er ihn aus gleichbehandlungsrechtlicher Sicht zu beurteilen hatte):

B wurde mit ... zum Direktor der HBLA Z bestellt. Auf Grund der Beschwerde von A hob der VfGH im ... den ihre Bewerbung abweisenden Bescheid mit der Begründung auf, die Behörde habe es unterlassen, in einem für die zu treffende Auswahl entscheidenden Punkt Gründe und Gegengründe gegenüber zu stellen und gegeneinander abzuwägen. Die Behörde habe somit „objektive Willkür“ geübt. Im ... hob der VfGH den Ernennungsbescheid von B mit der gleichen Begründung auf.

Auf Grund des Antrages von A stellte die B-GBK im Gutachten vom ... fest, dass sowohl die Reihung im Dreivorschlag des Landesschulrates (LSR) für ... als auch die Entscheidung des (damaligen) BMBWK zu Gunsten von B eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstellt. Eine Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung gemäß § 13 Z 5 B-GIBG konnte nicht ausgeschlossen werden.

Nach einem weiteren Verfahren vor der B-GBK stellte diese im Gutachten vom ... fest, dass der Umstand, dass A für die Verleihung des Titels Oberstudienrätin nicht vorgesehen gewesen ist, einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverfahren gemäß § 20b B-GIBG darstellt. (Erst danach wurde der Titel verliehen.)

Im gegenständlichen Antrag führte die Antragstellerin aus, die nun zu beurteilende Diskriminierung liege darin, dass das BMUKK sie, B und den drittgereichten Bewerber C für ... zu einer „Potentialanalyse“ eingeladen habe. A habe an diesem Verfahren nicht teilgenommen, weil 1.) bereits ein Auswahlverfahren durchgeführt worden ist und 2.) ein „massives Ungleichgewicht“ zwischen ihr und den Mitbewerbern bestanden habe. Es haben nämlich sowohl B als auch C „einschlägige Erfahrungen“ als Direktoren sammeln können. Der Sinn der nochmaligen Potentialanalyse sei, einen der Bewerber bevorzugen zu können.

Die Antragstellerin erachtete sich weiters auf Grund ihrer Weltanschauung diskriminiert. Dies deshalb, weil „die HBLA Z hauptsächlich mit (im Landtag vertretene politi-

sche Partei)-angehörigen bzw. –orientierten Mitarbeiter/innen besetzt“ sei, die (polit. Partei) im Kollegium des LSR für ... dominiere und sowohl B als auch C der (politische Partei) zuzuordnen seien. A stehe der (andere politische Partei) nahe, sie sei auch von der (andere politische Partei) ins Kollegium des LSR für ... entsendet worden.

Auf Ersuchen des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz: Senat) übermittelte das BMUKK am ... eine Stellungnahme zum Antrag. Darin wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der VfGH nicht über die Qualifikationen der Bewerberin und der Bewerber abgesprochen, sondern ein „Begründungsdefizit“ der Bescheide festgestellt habe. Aus den Erkenntnissen könne daher nicht abgeleitet werden, dass A zu bestellen sei, sondern könnte die Personalentscheidung mit einer „verbesserten Begründung“ wiederholt werden. Die Judikatur des VfGH verpflichte die Auswahlbehörde, den für die Entscheidung aus einem Dreivorschlag notwendigen Sachverhalt, also die Qualifikationen der Bewerberinnen und Bewerber, zu ermitteln und die Vor- und Nachteile der Bewerberinnen und Bewerber in einer abwägenden Beurteilung gegenüberzustellen. Mit dem „zusätzlichen Assessment“ habe das BMUKK einen notwendigen Verfahrensschritt gesetzt. Die Potentialanalyse sei keine „Neuerfindung“, sondern diene der Ermittlung der fachlich und persönlich bestgeeigneten Person. Die gewählte Vorgangsweise stelle keine Diskriminierung von A dar.

In der dem Senat vorgelegten an die Antragstellerin gerichteten „Zusammenfassung des Sachverhaltes“ des BMUKK vom ... wurde u.a. Folgendes festgehalten: „Im Hinblick auf die ... Rechtsmittel bzw. Entscheidungen wurde zur Ermittlung des/der aktuell im Zeitpunkt der Ernennung/Bestellung bestgeeigneten Bewerbers/Bewerberin im Dreivorschlag vom BMUKK eine weitere aktuelle externe Begutachtung in Auftrag gegeben. Diese wurde von der X- G.m.b.H. als Potentialanalyse in Bezug auf die wesentlichen fachunabhängigen Managementfähigkeiten ... durchgeführt ...“. Die Analyse habe sich auf folgende Anforderungsparameter bezogen:

Kommunikative Kompetenz; Soziale Kompetenz; Moderation, Besprechungsleitung/Konfliktmanagement; Mitarbeiterführung und Beratungskompetenz; Strategische Planung/Delegationsfähigkeit; Planung und Organisation/Administration; Antrieb/ Initiative zum Beruf/Kreativität. B sei für die Position „bedingt“ und C „sehr“ empfohlen worden.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen) unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes von ihr oder ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung des BMUKK für die neuerliche Durchführung einer Potentialanalyse im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Im Jahre 2003 (!) wurde als Teil des Auswahlverfahrens von einer Personalberatungsfirma ein Beobachtergespräch mit den Bewerberinnen und Bewerbern durchgeführt, das „vor allem die fachunabhängigen Management- und Sozialfähigkeiten zum Gegenstand“ hatte. Geprüft wurden die kommunikative Kompetenz, die soziale Kompetenz, Moderation/Besprechungsleitung/Konfliktmanagement, Führungs- und Beratungskompetenz, strategische Planung/Delegationsfähigkeit, Organisation/Administration sowie Antrieb und Initiative zum Beruf/Kreativität. Das Ergebnis dieser Potentialanalyse wurde (neben den ermittelten Fachkenntnissen) der Entscheidung zu Gunsten von B zu Grunde gelegt. Der VfGH hob aber die Ernennung von B wegen „objektiver Willkür“ der Behörde auf. In der Folge entschied das BMUKK, eine weitere Potentialanalyse durchzuführen. Diese Vorgehensweise ist für den Senat aus folgendem Grund absolut unsachlich: Auswahlentscheidungen sind selbstverständlich auf der Grundlage jener (fachlichen und persönlichen) Qualifikationen zu treffen, die bis zum Bewerbungszeitpunkt oder jedenfalls noch in einer Phase erworben wurden, die in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Bewerbung steht (so werden etwa sinnvoller Weise kurze Zeit nach Ablauf der Bewerbungsfrist abgeschlossene Ausbildungen usw. noch mit zu berücksichtigen sein). Die Ermittlung von „Managementfähigkeiten“ Jahre nach Beginn des Auswahlverfahrens, in denen die Bewerber auf Grund ihrer (provisorischen) Funktionen im Gegensatz zur Bewerberin die Möglichkeit hatten, gerade diese Fähigkeiten auszubauen, stellt aber eindeutig einen die Bewerberin von Vorneherein benachteiligenden Verfahrensschritt

dar. Der VfGH hat die Personalentscheidung des Jahres ... aufgehoben, weil im Auswahlverfahren die für bzw gegen A und B sprechenden Gründe/Argumente nicht gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen worden sind. (Die B-GBK hat im Gutachten vom ... das Fehlen eines sachlich begründeten Qualifikationsvergleichs festgestellt). Nach Ansicht des Senates wäre daher eine sachliche Beurteilung der Qualifikationen basierend auf den Grundlagen im Jahr 2003 vorzunehmen gewesen. Sollte sich das gesamte Verfahren zur Ermittlung der Qualifikationen als mangelhaft erwiesen haben, wäre eine neuerliche Ausschreibung vorzunehmen gewesen. Die vom BMUKK gewählte Vorgehensweise, nämlich die „Erfindung“ einer „neuen“ Grundlage für die zu treffende Personalentscheidung, erweckt den Anschein, dass die damalige Auswahl (B) sachlich nicht begründbar war und deshalb eine neue Personalentscheidung (wieder gegen die Antragstellerin als damals Zweitgereichte) zu Gunsten des ursprünglich drittgereichten Bewerbers getroffen werden musste. Der Senat kam daher zu dem Ergebnis, dass A durch die Durchführung einer weiteren Potentialanalyse ein weiteres Mal auf Grund des Geschlechtes im Sinne des § 4 B-GIBG diskriminiert wurde.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche gemäß § 18a B-GIBG wird verwiesen.

Zu A's Vorbringen bezüglich der Diskriminierung auf Grund ihrer Weltanschauung verweist der Senat auf seine Feststellung im Gutachten vom ....

Wien, im Februar 2011