

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes  
Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (=Antragstellerin), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass sie durch die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung um die Leitung der X beim Österreichischen Bundesheer auf Grund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

***Gutachten***

*beschlossen: Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Leitung der X beim Österreichischen Bundesheer stellt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes der Antragstellerin gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.*

**Begründung**

Der Antrag von A langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungs-kommission (B-GBK) ein. Die Antragstellerin führte Folgendes aus:

Nach der Pensionierung ihres Vorgesetzten habe sie sich um die Leitung der X (...) beworben. Ebenfalls beworben habe sich B. Da sie beide fachlich als gleichwertig anzusehen seien und auf Grund ihrer Vordienstzeiten beim Heer sowie der Tatsache, dass weibliche Bewerber nach § 11c des B-GIBG zu bevorzugen seien, habe sie zunächst nicht daran gezweifelt, die Funktion zu erhalten.

Ein wenig später habe jedoch ihr Kommandant ein Disziplinarverfahren mit haltlosen Anschuldigungen gegen sie in die Wege geleitet und sie am ... Dienst freigestellt.

Diese Dienstfreistellung sei im ... vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) aufgehoben worden. Dennoch werde das Disziplinarverfahren mit leicht geändertem Wortlaut weitergeführt. Ihre Nebentätigkeiten, welche sie lediglich zum Erhalt ihrer Fähigkeiten und nicht aus pekuniären Gründen in ihrer Freizeit ausübe, seien ihr untersagt worden. Mit ... sei B zum Leiter der X ernannt worden.

Sie sehe das Disziplinarverfahren nicht nur als persönlichen Angriff auf ihre Person, ihren guten Ruf und in Gemeinschaft mit einigen anderen Vorkommnissen (fehlender bzw. absichtlich veränderter Informationsfluss, Nichtberücksichtigung bei Ausbildungen usw.) als Mobbing, son-

dem im Zusammenhang mit ihrer Bewerbung auch als Grund, sie „verhindern“ zu dürfen/können.

Nach Erhalt der Information, dass ihrem Kollegen der Vorzug gegeben worden sei, habe sie mit ... (Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im damaligen Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport (BMLVS)) Kontakt aufgenommen.

Dem Antrag war die Ausschreibung der gegenständlichen Funktion angeschlossen, sie enthielt folgende Angaben: Die Planstelle sei beim „X“ in ... angesiedelt und habe die Wertigkeit M BO 1 Funktionsgruppe 1 oder MA 3. Das (damalige) BMLVS sei bestrebt, den Anteil von Frauen in allen Verwendungen zu erhöhen und lade daher nachdrücklich Frauen zur Bewerbung ein.

Folgende Aufgaben seien mit der Funktion verbunden:

Führung der X; Qualitätssicherung; Schaffung und Aufrechterhaltung der Rahmenbedingungen zur Zielerreichung; Planung und Steuerung des Personal- und Ressourceneinsatzes; Planung und Koordinierung der Mitarbeiterentwicklung; Sicherstellung des Personalmeldesystems und des Versorgungsmeldesystems; Durchführung der ... Versorgung; Mitwirkung bei der ... Versorgung; Sicherstellung der Dokumentation; Lehr- und Ausbildungstätigkeit; ...

Die Betrauung einer Bewerberin/eines Bewerbers setze (neben der Erfüllung der Ernennungserfordernisse im Sinne des BDG) das abgeschlossene ...studium mit der Berufsberechtigung als „...“ voraus. Weiters würden besondere Kenntnisse bzw. Fähigkeiten vor allem in folgenden Bereichen erwartet:

Beherrschung der englischen Sprache, zumindest NATO-(BILC)Level 3; Körperliche Leistungsfähigkeit entsprechend den Richtlinien für Körperausbildung; Vorliegen einer Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit entsprechend den Bestimmungen des Erlasses vom ...; Abgeschlossener Grundausbildungslehrgang für Offiziere des höheren militärmedizinischen Dienstes oder die Bereitschaft diesen zu absolvieren; ...diplom ...; Militär... Basisausbildung bzw. Bereitschaft diese zu absolvieren; Berufsberechtigung als

...

Darüber hinaus seien erwünscht:

Führungsfähigkeit, Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz; Internationale Erfahrung; Vorverwendung ... im Bereich „... (...) (... Jahre)“.

Nach § 11c des B-GIBG würden Bewerberinnen, die für die angestrebte Verwendung (Funktion) gleich geeignet seien wie der bestgeeignete Mitbewerber, vorrangig eingeteilt, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMLVS folgende Stellungnahme zu A's Beschwerde: Von der Personalabteilung ... des BMLVS seien die Bewerbungsunterlagen von A und B mit Schreiben vom ... zur Durchführung eines Bewertungsverfahrens an die nachgeordnete Dienstbehörde „Kommando ...“ (nunmehr Kommando X) und von dieser an das X übermittelt worden. Mit Schreiben vom ... habe das Kommando X - unter Anschluss einer Bewertungsmatrix und der

Zustimmung des Dienststellenausschusses (DA) des X - die Vorgehen zur Einteilung von B beantragt. Die Vorlage des Bewertungsergebnisses an die Dienstbehörde sei deshalb so spät erfolgt, weil das Kommando X zunächst beabsichtigt habe, den Ausgang des gegen A anhängigen Disziplinarverfahren abzuwarten. Nachdem jedoch ein Abschluss des Verfahrens in absehbarer Zeit nicht zu erwarten gewesen sei, sei letztendlich das Bewertungsverfahren durchgeführt worden.

Nach Zustimmung des Zentralausschusses (ZA) und des BKA sei am ... die Genehmigung zur Einteilung von B erteilt worden, die dienstrechtliche Einteilung durch das Kommando X sei mit Wirksamkeit vom ... erfolgt.

Auf Grund des Ersuchens der B-GBK um Stellungnahme zu As Antrag sei ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden, um die Beurteilungsmatrix nochmals detailliert zu prüfen (jede der Dienstbehörde vorgelegte Beurteilungsmatrix würde vor weiteren Nachbesetzungsschritten (Einbindung der PV, Einholung der Zustimmung des BKA udgl) einer Grobprüfung unterzogen, auf Grund der sehr großen Anzahl an Nachbesetzungsverfahren könne aber nicht in jedem Fall eine detaillierte Prüfung erfolgen). Es habe sich ergeben, dass sämtliche im Bekanntmachungstext angeführten Voraussetzungen in der Beurteilungsmatrix als Muss-, Erwartungs- oder Wunschkriterien angeführt und richtig zugeordnet worden seien. Weiters habe die Matrix eine nachvollziehbare Clusterung der Eignungskalküle enthalten.

Zu den „Musskriterien“ (bestehendes Dienstverhältnis und Studium) wurde in der Stellungnahme bemerkt, dass sowohl die Bewerberin als auch der Bewerber diese erfüllen.

Zu den „Erwartungskriterien“ wurde ausgeführt:

- Zu den Englischkenntnissen: Weder die Bewerberin noch der Bewerber würden einen gültigen Nachweis der Beherrschung der englischen Sprache mit einem Mindestniveau NATO-(BILC)Level 3 aufweisen, weshalb die Zuordnung von jeweils 0 Punkten nachvollziehbar sei.
- Zur körperlichen Leistungsfähigkeit: Sowohl die Bewerberin als auch der Bewerber würden den entsprechenden Nachweis erbringen, weshalb jeweils die Zuordnung des Maximums von 60 Punkten nachvollziehbar sei.
- Zur gültigen Prüfbescheinigung: Der Bewerberin sei die Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit mit Wirksamkeit vom ... entzogen worden. Diese Entziehung sei durch das Abwehramt im Einklang mit den fachdienstlichen Vorschriften auf Grund eines Sicherheitsberichtes zur vorläufigen Dienstenthebung der Bewerberin vom ... sowie der gegen sie diesbezüglich am ... erstatteten Disziplinaranzeige erfolgt. Mangels einer gültigen Prüfbescheinigung sei die Zuordnung von 0 Punkten gerechtfertigt. Der Bewerber weise eine bis ... gültige Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit auf, wodurch die Zuordnung des Maximums von 60 Punkten gerechtfertigt sei.
- Zu den Kriterien Grundausbildung, ...diplom ..., Militär...Basisausbildung und Berufsbeurteilung ... wurde festgehalten, dass sowohl die Bewerberin als auch der Bewerber diese Anforderungen erfüllen, womit jeweils die Zuordnung des Maximums von 60 Punkten gerechtfertigt sei.

Zu den „Wunschkriterien“ wurde ausgeführt:

- Zu „Führungs- und Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz“: Diese „Fähigkeiten-Trias“ bilde die sogenannten soft-skills ab. Für jedes Subkriterium würden - da es sich um ein Wunschkriterium handle - maximal 10 Punkte (also maximal 30 Punkte) zugeordnet. Unter Führungsfähigkeit sei die Fähigkeit zu verstehen, die vorhandenen personellen und materiellen Ressourcen so einzusetzen, dass die vorgegebenen Ziele bestmöglich und unter möglicher Ressourcenschonung erreicht würden. Unter Entscheidungsfähigkeit sei die Fähigkeit zu verstehen, aus mehreren Handlungsalternativen - auch unter Zeitdruck - jene zu wählen, die den vorgegebenen Zielen bestmöglich entspreche. Stressresistenz könne durch Stressavoidanz (Vermeidung von Stress) und/oder durch Stresstoleranz erreicht werden. A habe für diese Fähigkeiten-Trias 0 Punkte bekommen. Sie sei durch diverse Nebenbeschäftigungen in der Zeit der vorübergehenden Wahrnehmungen der Aufgaben des „...“ vom Dienst abwesend gewesen bzw. sei sie das noch immer regelmäßig zu Wochenbeginn (Montag) und am Ende der Arbeitswoche (Freitag). Zwei Nebenbeschäftigungen (... im Ausmaß von 2 x 24 h pro Monat und ... „‘ ab und zu - etwa eine ... in zwei Monaten“) seien genehmigt gewesen. Die weiteren Nebenbeschäftigungen (...vertretung, Vertretung der allgemeinen ... des ... als leitende ... sowie ... Tätigkeit an der ... (...)) seien nicht gemeldet und nicht genehmigt und Gegenstand eines laufenden Disziplinarverfahrens). Vor allem an diesen Wochentagen würden „regelmäßig und erwartbar sehr viele zu steuernde Aufträge“ in der X einlangen bzw. müssten fachlich (...-Plan, ...einteilung udgl) und administrativ (Personalabstellungen, Meldetätigkeiten, Materialanforderungen, etc.) die Weichenstellungen für die laufende bzw. kommende Arbeitswoche erfolgen. Diese Leitungstätigkeiten würden zweifelsfrei die Anwesenheit der bzw. des „...“ erfordern und sie seien auch eine wesentliche Grundlage für die Beurteilbarkeit der Führungs- und Entscheidungsfähigkeit, aber in Teilbereichen auch der Stressresistenz. Letzteres deshalb, weil die Leitungstätigkeiten zusätzlich zu den „normalen“ dienstlichen Tätigkeiten auszuführen seien. Zu den Abwesenheiten komme hinzu, dass sich A laufend nicht an die Vorschriften betreffend die Abteilungsverwaltung (Zeitkarten, ...-, Personal- und Zeitmanagement) halte, was Gegenstand eines Disziplinarverfahrens sei. Dadurch lasse sie die für die Führungsfähigkeit erforderliche Vorbildwirkung vermissen und entspreche ihr Verhalten auch nicht den o.a. Definitionen von Führungs- und Entscheidungsfähigkeit. Die Zuordnung von jeweils 0 Punkten für die Führungs- und Entscheidungsfähigkeit stelle zwar einen strengen Maßstab dar, sei aber unter Berücksichtigung der Organisationsziele nachvollziehbar. Die Zuordnung von 0 Punkten für die Stressresistenz sei nur bei äußerst strenger Auslegung nachvollziehbar, zumal die Tätigkeit als ... per se eine gewisse Grundresistenz gegenüber Stress erfordere und diese der Bewerberin nicht ohne weiteres abgesprochen werden könne. Unter Berücksichtigung eines Abzuges für die regelmäßige Abwesenheit an den neuralgischen Tagen zu Wochenbeginn und zum Ende der Arbeitswoche erscheine die Zuordnung von 5 Punkten gerechtfertigt.

B habe insbesondere in den Zeiten der Abwesenheit von A die erwähnten Leitungstätigkeiten ohne Beanstandungen wahrgenommen und sei auch hinsichtlich der Einhaltung der Verwaltungsvorschriften korrekt, wodurch die Vorbildwirkung als Führungskraft gegeben sei. Ebenso habe er als leitender ... im Rahmen von mehreren Auslandseinsätzen Führungs- und Entscheidungsfähigkeit sowie Stressresistenz bewiesen. In Summe gesehen sei die Zuordnung des Maximums von 30 Punkten nachvollziehbar und gerechtfertigt.

Zu den Kriterien „Internationale Erfahrung“ und „Vorverwendung ...“ wurde ausgeführt, dass sowohl die Bewerberin als auch der Bewerber diese Kriterien durch ihre vielfachen Auslandseinsätze erfüllen und die jeweilige Zuordnung des Maximums von 30 Punkten nachvollziehbar sei.

Zusammenfassend hielt das BMLVS fest, dass A selbst sich und B als fachlich gleich geeignet bezeichnet habe. Diese Ansicht werde von der Dienstbehörde geteilt und bilde sich auch in der Beurteilung der Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen ab. Im Hinblick auf die Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit werde angemerkt, dass diese A am ... entzogen worden sei und eine neuerliche Überprüfung durch das Abwehramt erst frühestens mit ... erfolgen könne. Aufgrund des Dienstverhältnisses als Militär... mit Auslandseinsatzverpflichtung sei es notwendig, den Zugang zu klassifizierter Information zu bekommen, da sonst die Führungsfähigkeit und Beratungsfähigkeit als Bataillons- oder Kontingent... nicht gegeben sei. Ebenso sei der Zugang zu Fernmeldeführungsmitteln (zB ...) für nicht verlässliche Personen verboten und daher eine Evakuierung gemäß den SOP (Regelung der internationalen und nationalen Zusammenarbeit) nicht möglich. Auf Grund der Auslandseinsatzverpflichtung sei auch die Prüfbescheinigung bei der Arbeitsplatzbeschreibung für den Arbeitsplatz PosNr ... ..“ als Erwartungskriterium festgelegt und mit 60 Punkten zu bewerten. Da dieses Kriterium im vorliegenden Fall nur erfüllt oder eben nicht erfüllt werden könne, sei eine Zuordnung von Zwischenpunkten nicht möglich (eine Zuordnung von Zwischenpunkten wäre allenfalls zulässig, wenn eine Bewerberin/ein Bewerber bereits eine Verlässlichkeitserklärung abgegeben hätte und das Prüfungsverfahren bereits eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen wäre. Bei A sei eine neuerliche Überprüfung derzeit jedoch nicht möglich).

Abschließend wurde festgehalten, dass sowohl die Bewerberin als auch der Bewerber zum Zeitpunkt ihrer Bewerbung auf einem mit M BO 1/1 bzw. MA 3 bewerteten Arbeitsplatz im X eingeteilt gewesen seien. Da der prüfungsgegenständliche Arbeitsplatz keine höhere besoldungsmäßige Wertigkeit habe, sei selbst im Falle der Feststellung einer diskriminierenden Vorgehensweise kein Ersatzanspruch geltend zu machen.

Der Stellungnahme angeschlossen waren u.a. die Bewerbungsunterlagen von A und B, die Beurteilungsmatrix, Zeitkarten von a für die Monate ..., ... und ... .., Ermahnungen von A aus den Jahren ... und ... (wegen nicht korrekt ausgefüllter Zeitkarten bzw. nicht rechtzeitig eingeholter Genehmigung der Abwesenheit in der Blockzeit) und das Disziplinarerkenntnis vom ... (wegen

der genannten Unkorrektheiten), mit welchem A zur Zahlung einer Geldbuße von ... € verpflichtet wurde und der Bescheid vom ..., mit dem die vorläufige Suspendierung verfügt wurde.

In der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... wurde beschlossen das Verfahren bis zum Abschluss des Disziplinarverfahrens ruhend zu stellen, da (etwaige) gravierende disziplinarische Verfehlungen für die Entscheidung über die Besetzung einer Leitungsfunktion nicht unmaßgeblich sind.

Nachdem seitens des BMLVS am ... mitgeteilt wurde, dass das Disziplinarverfahren mit Erkenntnis vom ... beendet wurde (A wurde letztlich zur Zahlung einer Geldbuße von ... € verpflichtet), wurde das Verfahren vor der B-GBK fortgeführt, indem am ... eine Sitzung des Senates stattfand, an der die Antragstellerin, ... als Dienstgebervertreter und die Gleichbehandlungsbeauftragte (GGB) ... teilnahmen.

*(In der folgenden Wiedergabe der Ausführungen im Verlauf der Sitzung werden akademische Titel, Berufs- und/oder Amtstitel nicht genannt).*

Die Vorsitzende des Senates wies eingangs darauf hin, dass es nicht die Aufgabe des Senates sei ein weiteres Disziplinarverfahren durchzuführen, sondern dass ausschließlich zu prüfen sei, ob eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes der Antragstellerin bei der gegenständlichen Stellenbesetzung vorliege.

Auf die Frage, weshalb sie glaube, dass ihr Geschlecht bei der Auswahlentscheidung eine Rolle gespielt habe führte A aus, dass es schon vor ihrer Bewerbung, schon im Jahr ..., Hinweise auf eine Diskriminierung gegeben habe. Die Situation im Bereich der ... sei gewesen, dass der Chef gearbeitet habe und „wir haben dabeistehen ... dürfen“. Er habe gesagt, sie sollten sich „draußen etwas suchen“. Das habe sie getan und die Möglichkeit bekommen, im ... von ... zu arbeiten. Sie habe dafür monatlich um eine Genehmigung ersuchen müssen. Es sei sehr schwierig mit der Dienstplanung gewesen, weil sie die Erlaubnis immer erst nach Monatsbeginn bekommen habe. Sie habe noch eine 2. Schiene, nämlich den ...dienst, das sei seit ... Jahren ihr Hobby, wobei diese Tätigkeit auch zum Nutzen für das Bundesheer sei. B habe sich auch draußen umgesehen und habe einen Tag vorher mitgeteilt, dass er morgen nicht anwesend sein werde. Es sei im Übrigen nicht richtig, dass er ... Jahre als ... tätig sei, es seien maximal ... Jahre gewesen. Zu bemerken sei, dass sie 2 bis 3 Jahre vor B zum Bundesheer gekommen sei.

Auf die Frage, ob sie, nachdem ihr Vorgesetzter Ende ... in Pension gegangen sei, die interimistische Leiterin der ... geworden sei, antwortete A mit ja und führte aus, sie habe selbst nachgefragt, ob sie jetzt die interimistische Leiterin sei oder nicht, und die Antwort sei ein widerwilliges Ja gewesen. Ende des Jahres seien dann die disziplinarrechtlichen Vorwürfe erhoben worden. Sie habe Zeitausgleich nehmen müssen, weil sie ihren Urlaub schon verbraucht gehabt habe und ein Vorwurf sei gewesen, dass sie die Abwesenheit nicht genau bezeichnet habe. Sie habe 5 „Zettel“ abgegeben und sei der Meinung gewesen, es sei alles korrekt, habe dann aber einen Anruf bekommen und es habe geheißen, der Zettel sei nicht da. Sie sei am nächsten Tag, einem

Samstag, in die Dienststelle gefahren und habe einen neuen Zettel ausgefüllt, es sei aber gesagt worden: „Nein, das geht nicht mehr.“

Auf die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt die Stelle schon ausgeschrieben gewesen sei, antwortete die Antragstellerin, nein. Sie habe sich beworben, und dann sei es noch einmal vorgekommen, dass der „Zettel“ nicht auffindbar gewesen sei, sie habe aber nachweisen können, dass sie ihn abgegeben habe.

Auf die Frage, ob anzunehmen sei, dass es an Bs Eintragungen in der Zeitkarte nichts zu beanstanden gegeben habe, antwortete A, sie glaube, bei ihm sei nicht so genau kontrolliert worden. Sie habe Einsicht in die Zeitkarten und sehe daher, „wie wer was schreibt“. A wies darauf hin, dass der VwGH ihre Dienstfreistellung als nicht adäquate Maßnahmen qualifiziert habe.

Auf die Frage, ob sie den Verdacht habe, dass sie nicht Leiterin der ... werden sollte, weil sie eine Frau sei, antwortete A, der Chef habe eine eigenartige Art, mit ihr zu kommunizieren. -Vor den anderen sei er immer sehr freundlich, aber wenig später zitiere er sie zu sich und dann bekomme sie „die harte Keule“. Bei anderen mache er das etwas öffentlicher. B sei eher der phlegmatische Typ, er wolle nicht anecken, keine Entscheidungen treffen und keine Probleme machen.

Auf die Frage, ob sie sich im Zusammenhang mit ihrer Bewerbung an die Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen gewandt habe, antwortete A mit ja und führte weiter aus, dass sie sich mittlerweile noch einmal beworben habe, aber nicht glaube, die Stelle zu bekommen. Sie dürfe ins Ausland gehen usw., da habe man zu ihr sehr wohl Vertrauen, aber im Ressort sei das anders.

Nachdem die Vorsitzende den Dienstgebervertreter um seine Stellungnahme ersucht hatte, bemerkte dieser einleitend, es stehe ihm nicht zu, disziplinarrechtliche Sachverhalte zu beurteilen, es sei aber seine Aufgabe gewesen, zu prüfen, ob das Besetzungsverfahren diskriminierungsfrei abgelaufen sei, also die Kriterien rechtskonform beurteilt worden seien, oder ob die disziplinarrechtlichen Vorwürfe in die Entscheidung mit einbezogen worden seien.

Zu dem Umstand, dass der Vorschlag zur Ernennung von B der Personalabteilung erst nach knapp einem Jahr übermittelt wurde, führte der Dienstgebervertreter aus, dass man den Ausgang des Disziplinarverfahrens abwarten habe wollen, man habe A „nicht vorschnell aus dem Rennen nehmen“ wollen. Man sei dann aber zu dem Schluss gekommen, dass es Zeit sei, die Stelle nach zu besetzen. Er habe die Beurteilungen der einzelnen Kriterien geprüft und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass alle Kriterien dem Ausschreibungstext entsprechend beurteilt worden seien. Was die fachliche Eignung betreffe gebe es zwischen der Bewerberin und dem Bewerber keine Unterschiede, der Punkt sei gewesen, dass für A keine Prüfbescheinigung der Verlässlichkeit vorgelegen sei, weshalb für dieses Kriterium auch keine Punkte vergeben worden seien. Zur Punktevergabe sei zu bemerken, dass man Kriterien entweder erfülle oder nicht erfülle, man könne Kriterien nicht übererfüllen. Wenn z. B. eine 5-jährige Erfahrung als ... gefordert sei, bringe eine 15-jährige Erfahrung nicht die 3-fache Punktzahl. Die Höchstpunktzahl werde vergeben, wenn ein Kriterium erfüllt sei, die halbe Punktzahl, wenn das Kriterium nur zur Hälfte erfüllt werde. Für das Kriterium ... hätten sowohl A als auch B die Höchstpunk-

teanzahl bekommen. Für das Kriterium „Führungs- und Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz“ habe A nicht die volle Punktzahl bekommen, weil sie an den „neuralgischen“ Tagen Montag und Freitag nicht anwesend gewesen sei (Näheres siehe Seite 5 und 6). Für ihn sei nicht nachvollziehbar, dass A gar keine Punkte bekommen habe, aber selbst wenn man einige Punkte vergeben hätte, hätte das am Ergebnis nichts geändert, da die 60 Punkte für die Prüfbescheinigung gefehlt hätten. Letztendlich habe ein deutlicher Punkteunterschied bestanden und das Ergebnis sei gewesen, dass B im höchsten Ausmaß und A im hohen Ausmaß geeignet sei, sie seien also „nicht einmal im selben Cluster“ gewesen. Für ihn habe es also keine Anzeichen für eine Diskriminierung gegeben, schon gar nicht für eine auf Grund des Geschlechtes. Das Disziplinarverfahren habe keinen Einfluss auf die Eignungsbeurteilung gehabt.

Auf den Einwand des Senates, dass aber die Prüfbescheinigung für A auf Grund des Disziplinarverfahrens nicht vorgelegen sei, replizierte der Dienstgebervertreter, dass sich im Disziplinarverfahren drei von sieben Sachverhalten als Dienstpflichtverletzung erwiesen hätten, ein rechtskräftiges Disziplinarerkenntnis müsse man zur Kenntnis nehmen.

In der Folge wurden seitens des Senates folgende Fragen gestellt: Wie lange war A interimistische Leiterin der ...? Wer erstellte die Matrix? War die Gleichbehandlungsbeauftragte in die Entscheidungsfindung eingebunden?

Der Dienstgebervertreter antwortete, dass die gegenständliche Stellenbesetzung nicht dem Ausschreibungsgesetz unterlegen sei, in diesem Fall seien die Regeln für das Auswahlverfahren andere. Es habe der „Bedarfsträger“ darzulegen, warum er zu einem bestimmten Ergebnis gekommen sei, er könne allein beurteilen oder auch im Team.

Auf die Frage, wer konkret die Eignung beurteilt habe, antwortete der Dienstgebervertreter, es sei Y gewesen.

Auf die Frage, wer entschieden habe, dass A die interimistische Leiterin der ... sei, antwortete der Dienstgebervertreter, wahrscheinlich habe Y es beantragt und die zuständige Dienstbehörde - jetzt das Kommando X, vorher das Kommando ... - müsste es genehmigt haben.

Auf die Frage, ob Y auch die Disziplinaranzeige verfasst habe, antwortete der Dienstgebervertreter ja, und er fügte hinzu, er sehe da keine Unvereinbarkeit.

Auf die Frage an A, wie lange sie die ... geleitet habe, antwortet A, es seien ... Monate gewesen. Sie bemerkte an dieser Stelle, es sei nicht richtig, dass kein besoldungsmäßiger Unterschied zwischen den Arbeitsplätzen bestehe, denn der Leiter/die Leiterin der ... bekomme eine Leiterzulage. Zu erwähnen sei auch, dass alle schriftlich zu erledigenden Angelegenheiten, nämlich diverse Anforderungen und Meldungen (z. B. zu Ausbildungen) schon von ihr erledigt worden seien, als ihr Chef noch im Amt gewesen sei, denn er habe sich für die Arbeit am Computer nicht interessiert und sich auch nicht ausgekannt. Sie könne auch belegen, dass sie diese Tätigkeiten übernommen habe.

Auf die Frage, ob sie je einen Konflikt mit Y gehabt habe, antwortete A, sie wisse es nicht, sie nehme sich immer vor, ihn das zu fragen, aber es ergebe sich keine Gelegenheit. Er habe auch

mit anderen Frauen Probleme, die Kolleginnen wollten aber nicht genannt werden, weil sie dann „in die Schusslinie geraten“.

Die GBB führte aus, sie sei nicht nur GBB sondern als Leiterin der ...abteilung ... auch für die Koordinierung des Bewerbungsverfahrens zuständig gewesen. Das Verfahren zur Nachbesetzung eines Arbeitsplatzes sei erlassmäßig geregelt. Grundsätzlich erstelle der Leiter jener Abteilung oder Dienststelle, an der der Arbeitsplatz zu besetzen sei, die vorgegebene Matrix. Bewerbungsgespräche seien nicht zwingend vorgesehen. Y habe sich an die Matrix gehalten, es gebe „kein Anzeichen für Willkür“. Dann sei die Matrix an die Dienstbehörde - im gegenständlichen Fall das Kommando X - weiter zu leiten, und in der Personalabteilung (hier ...) werde die Matrix formal noch einmal geprüft. Bei „Unstimmigkeiten“ werde sie dem Dienststellenleiter zur Überarbeitung zurückgeschickt. Es gebe „brave“ Dienststellen/Abteilungsleiter, die sofort eine Frauenbeauftragte hinzuziehen, und es gebe solche, die darauf vertrauen, dass es „eh passt“. Die Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen sehe nicht jede Matrix, das sei zeitlich nicht machbar, aber grundsätzlich habe man „die Männer soweit im Griff, dass sie das seriös machen.“ Es sei „nicht ganz so“, dass im gegenständlichen Verfahren die Arbeitsgruppe gar nicht eingebunden gewesen wäre. A habe zwar keinen Antrag auf Unterstützung gestellt, sie habe aber eine Mail an die Vorsitzende der AG, .., geschickt, mit den Bewerbungsunterlagen und dem Ersuchen, man solle quasi drüberschau`n, ob alles in Ordnung sei. Sie (die GBB) sei zum damaligen Zeitpunkt die zuständige GBB gewesen. Aufgrund der Mail von A habe sie sich die Unterlagen bei der Dienstbehörde organisiert. Sie habe die Matrix bekommen und diese sei für sie formal und rechtlich nachvollziehbar gewesen, was sie der Vorsitzende der AG mündlich mitgeteilt habe. Ein „ganz wichtiger Grund“ sei gewesen, dass die Verlässlichkeitsbescheinigung für A nicht vorgelegen sei.

Der Dienstgebervertreter ergänzte, dass er, wenn er eine logisch nachvollziehbare Matrix bekomme, es dabei bewenden lasse. Die Personalabteilung habe 2.500 Nachbesetzungen pro Jahr durchzuführen, da könne man nicht auch in jenen Fällen nachfragen, in denen die Beurteilung nachvollziehbar sei.

Auf die Frage der Vorsitzenden an A, wer ihre Abwesenheiten für die Montage und die Freitage genehmigt habe, antwortete A: „Im Endeffekt der Kommandant“.

Die GBB bemerkte, es sei darum gegangen, dass es Unregelmäßigkeiten in den Zeitaufzeichnungen gegeben habe, worauf A einwarf, es sei darum gegangen, dass sie in einem System, das von zwei Kontrolleuren kontrolliert werde eine halbe Stunde zu viel eingetragen habe. Diese halbe Stunde habe ihr keinerlei finanziellen Vorteil gebracht. Sie sei verurteilt worden, weil es darum gegangen sei, ein Exempel zu statuieren. Es sei auch nur „mit Ach und Weh“ gelungen, ihr eine Buße anzuhängen. Die Verurteilung habe erfolgen müssen, weil es sonst für die Behörde peinlich gewesen wäre, da bereits der VwGH zwei Mal „gegen die Dienstbehörde“ entschieden habe. Der VwGH habe nämlich ausgesprochen, dass ihre Dienstfreistellung überschießend

gewesen sei. Die Behörde habe das noch ein zweites Mal gemacht und habe vom VwGH wieder nicht Recht bekommen.

Zum Vorbringen des BMLVS, nämlich es spiele bei der Beurteilung des Kriteriums Führungs- und Entscheidungsfähigkeit eine Rolle, ob jemand an den „neuralgischen“ Tagen Montag und Freitag anwesend sei, ergänzte A, im letzten Befehl, den sie jetzt bekommen hätten, sei angeordnet, dass die ...keiten nur an Freitagen ausgeübt werden dürften. Im Übrigen sei am Freitag für die meisten Bediensteten um 12:00 Uhr Schluss, sie wüsste nicht, welche wichtige Entscheidung an diesem Tag getroffen werden sollte. Am Donnerstag finde eine Besprechung unter den ... statt, am Freitag werde nichts gemacht, und am Montag würden auch keine großen Entscheidungen getroffen. Sie betone, dass sie sich extra Urlaub nehmen habe müssen, um ihre Fähigkeiten für den Dienstgeber zu erhalten, weil sie eben nicht dienstzugeteilt worden sei, obwohl sie das beantragt habe. Sie habe in ein ... gehen müssen, weil man an der Dienststelle eine (1) ... im Monat gemacht habe, und um dafür einen ...plan zu erstellen, müsse man nicht am Montag anwesend sein. Außerdem sei sie nicht an jedem Freitag und jedem Montag abwesend gewesen. Bei Durchsicht der Abwesenheiten von B sehe man, dass es diesbezüglich keinen Unterschied zwischen ihr und ihm gebe. Sie wolle auch noch darauf hinweisen, dass in der Ausschreibung eine 10-jährige Tätigkeit in der ... gefordert gewesen sei, und B maximal acht Jahre beim Bundesheer gewesen sei, dieser Punkt sei überhaupt ignoriert worden.

Die GBB bemerkte, dass es viele Disziplinarverfahren wegen falscher Zeitaufzeichnungen gegeben habe, weil ... des X in der Dienstzeit in ihren ... gewesen seien, das sei ein ganz sensibles Thema.

Nachdem die Vorsitzende darauf zu sprechen kam, dass sich A mittlerweile wieder um eine Stelle beworben habe und wohl wieder nicht erfolgreich sein werde, weil laut den Unterlagen die Verlässlichkeitsbescheinigung erst wieder mit ... vorliegen werde, sagte der Dienstgebervertreter, dass es sich um einen Tippfehler handeln dürfte, laut dem PERSIS sei der neue Zeitpunkt für eine Überprüfung der ... gewesen.

Auf die Frage, ob im Falle eines Disziplinarverfahrens immer die Verlässlichkeit entzogen werde, antwortet der Dienstgebervertreter, es komme auf den Vorwurf an, es gebe keinen Automatismus.

Die GBB führte zum besseren Verständnis aus, dass die Disziplinarkommission die Nachrichtendienste von einem Disziplinarverfahren informiere und diese über den Entzug der Bescheinigung entscheiden. Wenn das Verfahren beendet sei, müsse sich der Dienstnehmer darum kümmern, die Verlässlichkeitsprüfung wieder zu bekommen, sie liege ja in seinem Interesse. Es gebe ein eigenes Formular dafür, sie weise ihre Mitarbeiter/innen gegebenenfalls darauf hin. Auf die Frage, wie das Verfahren zum Entzug der Verlässlichkeitsbescheinigung gestaltet sei, ob z. B. Parteiengehör vorgesehen sei, antwortete der Dienstgebervertreter, es sei kein Verwaltungsverfahren vorgesehen, es werde kein Bescheid erstellt.

Auf die Frage an die GBB, ob ihr bezüglich einer Präferenz von Y für Frauen oder Männer im Laufe der Zeit etwas zu Ohren gekommen sei antwortete die GBB, sie habe aufgrund ihrer Funktion mit ... und ... wiederholt Kontakt und es sei ihr nicht bekannt, dass „explizit Frauen benachteiligt sind.“ Es gebe grundsätzlich Probleme, wobei Männer und Frauen gleichermaßen betroffen seien.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis auf Grund 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 (damaligen) BMLVS für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Gemäß § 11c B-GIBG („Vorrang beim beruflichen Aufstieg“) sind Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten in der betreffenden Funktionsgruppe ... im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde 50 Prozent beträgt. Diese Bestimmung beinhaltet die Verpflichtung des Dienstgebers, die fachliche und persönliche Eignung jeder Bewerberin und jedes Bewerbers nach einheitlichen Kriterien zu prüfen und nach Vornahme eines Wertungsvergleiches zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern das Maß der Eignung festzustellen.

Laut Beurteilungsmatrix war die Maximalpunktzahl mit 510 Punkten festgelegt, B erreichte ..., A ... Punkte. Die Differenz von 90 Punkten ergibt sich daraus, dass für A aktuell keine Verlässlichkeitsbescheinigung vorlag (60 Punkte) und die Bewerberin für das Kriterium Führungs- und Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz keine Punkte erhielt. Die fehlende Verlässlichkeitsbescheinigung, die auf Grund der Einleitung des Disziplinarverfahrens entzogen wurde, war ausschlaggebend für den Punktvorsprung von B, denn selbst wenn A für das Kriterium Führungs- und Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz 30 Punkte (die Höchstpunktzahl) und B keine Punkte bekommen hätte, hätte er einen Vorsprung von 30 Punkten gehabt. Nach Meinung des Senates dürfte allein die auf Grund eines laufenden Disziplinarverfahrens entzogene Verlässlichkeitsbescheinigung nicht für die Auswahl zwischen zwei Bewerber/innen

ausschlaggebend sein, und zwar aus folgenden Gründen: 1.) Wenn - wie der Dienstgebervertreter erläuterte - ein Nachrichtendienst (hier das Abwehramt) von der Einleitung eines Disziplinarverfahrens zu verständigen ist und dieser über Entzug oder Nichtentzug der Bescheinigung entscheidet, kann es sich nur um eine vorläufige Maßnahme handeln, die wohl jedenfalls im Fall der vollkommenen Unschuld des/der Bediensteten rückgängig zu machen ist. Es ist nicht gerechtfertigt, dass sich eine solche Maßnahme auch dann nachteilig auswirkt, wenn sich der Verdacht der Dienstpflichtverletzung(en) nicht bestätigt oder sich – wie im Falle von A – die Dienstpflichtverletzungen als nicht gravierend herausstellen. 2.) Es ist nicht davon auszugehen, dass für die Leitung der ... die aufrechte Verlässlichkeitsbescheinigung eine absolut erforderliche Voraussetzung ist, denn dann wäre sie ein „Muskriterium“, dessen Nichterfüllung zum Ausscheiden des Bewerbers/der Bewerberin führen müsste, die Prüfung der anderen Kriterien hätte sich erübrigt.

Zum Kriterium „Führungs- und Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz“ hält der Senat fest, dass die Punktevergabe jeglicher sachlichen Grundlage entbehrt. Für jede einzelne dieser „Fähigkeiten-Trias“ waren 10 Punkte zu vergeben, demnach wäre für jedes Unterkriterium die Punktevergabe bzw. die Entscheidung, keinen Punkt zu vergeben, zu begründen gewesen. Eine solche Begründung findet sich in den „Verbalen Ergänzungen“ zur tabellarischen Punktevergabe - ob von Y und/oder dem Kommando X verfasst ist der Unterlage nicht zu entnehmen - nicht. Die Stellungnahme des BMLVS an den Senat erweckt den Eindruck, dass man diesen, mit der Einbringung des Antrages von A bei der B-GBK offensichtlich gewordenen Mangel, soweit möglich korrigieren wollte. -In den „Verbalen Ergänzungen“ zu den Punktebeurteilungen kommen die Begriffe Entscheidungsfähigkeit und Stressresistenz überhaupt nicht vor, es wurde lediglich festgehalten, As Führungsfähigkeit sei wegen ihrer Abwesenheiten zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung „erheblich eingeschränkt“ und sie halte sich auch nicht an die Regeln der Abteilungsverwaltung (z. B. Zeitkarte). In der schriftlichen Stellungnahme des BMLVS zum Antrag wurde diese Beurteilung im Wesentlichen bestätigt, es hieß, Montag und Freitag seien „neuralgische“ Tage, eine Abwesenheit an diesen Tagen „beeinträchtigt“ die Führungs- und Entscheidungsfähigkeit, und auf Grund der Nichteinhaltung von Vorschriften sei die Vorbildwirkung nicht gegeben. Für das Kriterium Stressresistenz könne man A 5 Punkte zugestehen, als ...müsse sie über eine gewisse Grundresistenz gegen Stress verfügen.

Zu diesen Ausführungen ist Folgendes festzuhalten: A wurde nach der Versetzung des Leiters der X in den Ruhestand für ca. acht Monate zur interimistischen Leiterin der X bestellt. Laut dem Dienstgebervertreter in der Sitzung des Senates (vgl. Seite 10) wurde dies vom Kommando ... (jetzt X) auf Ys Antrag entschieden. Die Nebenbeschäftigung(en) bzw. die Abwesenheiten an den Montagen und Freitagen waren genehmigt und sie wurden in erster Linie im Interesse des Dienstgebers ausgeübt, nämlich um die ... Fähigkeiten für den Dienst im Bundesheer zu erhalten. Glaubwürdig legte A dar, dass es nicht zutreffend sei, dass die wichtigen Entscheidungen für die kommende Woche an Montagen und/oder Freitagen getroffen würden. Dies sei schon daran erkennbar, dass ...tätigkeiten nur an Freitagen ausgeübt werden dürften, und im Übrigen

sei am Freitag für die meisten Bediensteten um 12:00 Uhr Dienstschluss. Die Besprechung unter den ... würde am Donnerstag stattfinden. Zum Vorbringen, A halte die Regeln der Abteilungsverwaltung (Zeitkarte) nicht ein, wird darauf hingewiesen, dass die Disziplinarkommission feststellte, dass A ein (1) Mal(!) 30 Minuten(!) zu viel eintrug.

Was B betrifft, wurde in den „Verbalen Ergänzungen“ festgehalten, er erbringe alle zwingend erforderlichen und erwünschten Voraussetzungen in vollem Umfang und seine Führungsfähigkeit habe er als leitender ... in ... bewiesen. Dazu bleibt lediglich anzumerken, dass bezweifelt wird, dass die in Krisengebieten erforderlichen Führungsfähigkeiten als ... der Definition der Führungsfähigkeit für eine ... im österreichischen Bundesheer entspricht, nämlich“ die vorhandenen personellen und materiellen Ressourcen so einzusetzen, dass die vorgegebenen Ziele bestmöglich und unter möglicher Ressourcenschonung erreicht werden können.“ (vgl. Seite 5).

Angesichts der bloß kursorischen „Begründung“ des Kommando X für die Feststellung, B sei für die Funktion in höchstem Ausmaß und A in hohem Ausmaß geeignet, kann der Senat die Äußerung der GBB, nämlich es habe „kein Anzeichen für Willkür“ bei Beurteilung gegeben, nicht zustimmen. Daneben deutet vor allem auch der Umstand, dass der Ablauf des Auswahlverfahrens nicht klar dargestellt wurde darauf hin, dass das Verfahren mit einem groben Mangel an Objektivität behaftet ist. Dieser Verdacht ergibt sich daraus, dass die Prüfbescheinigung der Verlässlichkeit A laut der schriftlichen Stellungnahme des BMLVS am ... entzogen wurde, und zwar nach der vorläufigen Dienstenthebung mit ... sowie der Disziplinaranzeige vom .... Die Zustimmung des Dienststellenausschusses „...“ zur Einteilung von B als Leiter der X ist allerdings bereits mit ... datiert. Somit erhebt sich die Frage, welche Beurteilungsmatrix dem DA vorlag? Die dem Senat vorgelegte Matrix, in der festgehalten ist: „Die VLE wurde entzogen, früheste neue Prüfung ist mit ... möglich“, kann es nicht gewesen sein.

Aus den genannten Gründen kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass es dem BMLV(S) nicht gelungen ist darzulegen, dass die Entscheidung, A nicht zur Leiterin der X zu ernennen, sachlich gerechtfertigt ist und eben nicht mit ihrem Geschlecht in Zusammenhang steht. Es liegt daher eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG vor.

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

Wien, Jänner 2019