

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

Senat II

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (=Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Funktion „Hauptberufliches Mitglieds des Unabhängigen Finanzsenates“ aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A bei der Besetzung der Planstelle „Hauptberufliches Mitglieds des Unabhängigen Finanzsenates“ stellt eine Diskriminierung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG dar.

B e g r ü n d u n g

Mit Schreiben vom ... (eingelangt bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) am ...) brachte A einen Antrag ein und führte darin Folgendes aus: Er habe sich im ... um die Funktion eines hauptberuflichen Mitglieds des Unabhängigen Finanzsenates (UFS) beworben. Es seien insgesamt drei Stellen ausgeschrieben worden und zwar zwei Stellen in ... und eine Stelle in X. Im ... habe in X ein Hearing im Rahmen eines angekündigten Auswahlverfahrens stattgefunden. Im ... sei er inoffiziell von einem Kollegen informiert worden, dass B, C und D mit Wirksamkeit vom ... zu sonstigen hauptberuflichen Mitgliedern des UFS ernannt worden seien. Er habe um ein Feedbackgespräch ersucht, er habe aber keinen Grund dafür erfahren, warum er weniger geeignet sein solle als die drei ausgewählten MitbewerberInnen. Er habe die Gründe, warum er nach objektiven Kriterien bestgeeignet bewertet hätte werden sollen wie folgt zusammengefasst: Er sei seit mehr als 37 Jahren (Eintritt ...) in der Finanzverwaltung tätig. ... sei er zum Betriebsprüfer (BP) bestellt worden. ... habe er das Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen. Er habe die Dienstprüfung A im Jahr ... mit vier Auszeichnungen abgeschlossen. ... sei er zum Konzernprüfer, ... zum ...leiter der Großbetriebsprüfung und ... sei er zum Fachexperten Umsatzsteuer (USt) im prüfbegleitenden Fachbereich Großbetriebsprüfung (GBP) bestellt worden. Er sei Fachbuchautor (...) und er habe unzählige Fachartikel in diversen Fachzeitschriften geschrieben. Er hielte Vorträge auf allerhöchstem Niveau (Finanzakademie, Akademie der Wirtschaftstreuhand, Fachhochschule Wien, Großveranstaltungen bundesweit uvm.). Er zähle zu den „Top Ten“ der ...vortragenden in Weiters sei er Prüfungskommissionsmitglied der ... und bei der Steuerberaterprüfung. Zusätzlich sei er seit vielen Jahren Trainer bei den Vorbereitungskursen für die mündliche Steuerberaterprüfung (Umsatzsteuer, Einkommenssteuer, Verfahrensrecht). Seine 37-jährige Praxiserfahrung erstrecke sich auf alle Bereiche des Steuerrechts. Er nehme an laufenden Jour-Fixes und fächerübergreifendem Erfahrungsaustausch mit den übrigen Mitgliedern des Fachbereichs der GBP teil (Topexperten Körperschaftssteuer [KÖSt] und Internationales Steuerrecht). Er habe berufsbegleitende laufende Fortbildung in hohem Ausmaß und auf höchstem Niveau absolviert. Seit über drei Jahren habe er die Zusatzqualifikation als Fachexperte für die Umsatzsteuer, die bundesweite Zuständigkeit und laufenden Kontakt mit dem Bundesministerium für Finanzen (BMF) in heiklen und in den schwierigsten Fällen. Er habe insgesamt an ca. 500 bis 1.000 Schlussbesprechungen (als Prüfer,

Teamleiter oder Fachexperte) teilgenommen, einen großen Teil davon habe er in verfahrensleitender Funktion abgehandelt. Seit über zehn Jahren sei er ...leiter der GBP, davor Stellvertreter des ...leiters in der Amts-BP beim Finanzamt X.

Seine Präsentation beim Hearing habe exakt die vorgegebenen zehn Minuten gedauert und sei inhaltlich nach seinem Dafürhalten ausgezeichnet gewesen. Auf seine ausdrückliche Nachfrage bei einem Kommissionsmitglied soll er auch keine erinnerlichen Fehler gemacht haben und ihm seien selbst keine bewusst gewesen. Da er davon ausgehe, dass seine Qualifikationen und Erfahrungen wohl kaum zu übertreffen seien bzw. andere Bewerber diese auch nicht annähernd erreichen können, könne er nicht nachvollziehen, dass er übergangen worden sei. Er gehe davon aus, dass sein Alter (... Jahre) der entscheidende Hinderungsgrund gewesen sei.

Auf Ersuchen des Senates übermittelte das BMF (das die Personalentscheidung traf) mit ... eine Stellungnahme zum Antrag. Darin wurde ausgeführt, dass das BMF keine Diskriminierung auf Grund des Alters, noch einen anderen Diskriminierungstatbestand erkennen könne. Fünf Bewerber seien von der Begutachtungskommission als in höchstem Ausmaß geeignet befunden worden, drei Bewerber (B, C und D) hätten den maximal möglichen Prozentsatz von 100% erreicht und seien somit die drei erstgereihten Bewerber gewesen. Auf Grund dieses Ergebnisses habe die Begutachtungskommission vorgeschlagen die Bewerber B und C für die ausgeschriebene Funktion „sonstiges hauptberufliches Mitglied voraussichtlich Außenstelle ...“ und D für die ausgeschriebene Funktion „sonstiges hauptberufliches Mitglied, voraussichtlich Außenstellen X“, zu bestellen. A sei an **die achte Stelle gereiht** und von der Kommission als im hohen Ausmaß geeignet bewertet worden (**erreichter Prozentsatz: 96,13 %**). In weiterer Folge seien B, C und D mit Wirksamkeit ... zu sonstigen hauptberuflichen Mitglieder des UFS ernannt worden.

Die Mutmaßung des A, er sei auf Grund seines Alters diskriminiert worden, würde sich als völlig haltlos und verfehlt erweisen. Dies zeige sich schon daran, dass eine der drei letztlich zum Zuge gekommenen Bewerber, nämlich B im gleichen Jahr - nämlich ...- wie A geboren worden sei. Auch C (Jahrgang ...) sei nur einige Jahre jünger als A. D sei ... geboren.

E, der mit A bis zum Jahr ... beruflich zu tun gehabt habe, habe ausgeführt, dass A aus fachlicher Sicht absolut toll agiere, ...weit als Experte gelte und vor der Reform der Finanzverwaltung als ...leiter absolut einwandfrei agiert und sein ... gut geführt habe. Es werde festgehalten, dass E die Tätigkeit von A als ...leiter "auf einer Skala

von 0 bis 4" mit „3" bewertet habe. Ebenso habe E die Verhandlungsführung von A auf dieser Skala mit „3" und Rechnungswesen und die Anwenderkenntnisse im IT-Bereich mit „4" bewertet. Das analytische Denkvermögen sei auf der Skala auch mit „4" bewertet worden und E habe die Vernehmungstechnik von A mit „3" bewertet worden. E habe auf den Fall "..." verwiesen, der in den Unterlagen beider Bewerber (bei A und beim dem aufgrund dieser Ausschreibung bestellen D) aufgeschienen sei. A sei bei dem genannten Fall zuständiger ...leiter und D einer der beiden Prüfer gewesen. E habe ausgeführt, dass der Fall einigermaßen befriedigend abgeschlossen werden habe können, dies sei der Umsicht und Verhandlungsführung von D zu verdanken, denn A sei eher nicht so impulsiv. E meine, dass sich A gerade in diesem Fall etwas zu vornehm im Hintergrund gehalten habe und dass man dabei in Richtung "konfliktscheu" gehen könne. Die Entscheidungsfreudigkeit von A sei von E mit „3", das Durchsetzungsvermögen mit „3"; Integration- und Konfliktfähigkeit, die Team- und Kommunikationsfähigkeit mit „3" und der andere Bereich mit „4" bewertet worden. Weitere Eigenschaften wie verbales Ausdrucksvermögen, ständige Bereitschaft, Leistungsbereitschaft, Flexibilität, psychologisches Einfühlungsvermögen seien von E mit „4" klassifiziert worden. Diese Einschätzungen seitens E (mündliche Befragung im Zuge des Hearings) hätten Eingang in das Gutachten der Begutachtungskommission gefunden (auszugsweise Zitierung: „..., dass durch sein zu Harmonie neigendes Wesen seine Verhandlungsführung und Entscheidungsfreudigkeit ebenso wie sein Durchsetzungsvermögen nicht in vollem Umfang stark ausgeprägt sind...").

Es sei aber für die ausgeschriebene Tätigkeit zweifellos nicht nur ein breites tiefes fachliches Wissen erforderlich, sondern auch eine klare und positionsbeziehende Verhandlungsführung gepaart mit Verhandlungsgeschick sowie Entscheidungsfreudigkeit und Durchsetzungsvermögen. Anders als beim Beschwerdeführer ergab sich bei den drei bestgereihten BewerberInnen (B, D, C) im Zuge des durchgeführten Verfahrens (auch unter Mitberücksichtigung von Vorgesetztenbefragungen), dass bei diesen drei zum Zuge gekommenen BewerberInnen sowohl alle fachlichen als auch alle sozial-persönlichen Kompetenzen im höchsten Ausmaß gegeben seien. Nachvollziehbar und schlüssig gelangte somit die Begutachtungskommission einstimmig zu dem Ergebnis, dass bei den drei zum Zuge gekommenen BewerberInnen alle fachlichen und sozial-persönlichen Kompetenzen im höchsten Ausmaß gegeben seien, während beim Beschwerdeführer die sozial-persönlichen Kompetenzen im hohen

Ausmaß gegeben seien. Insgesamt ergab sich nach ebenfalls einstimmiger Ansicht der Begutachtungskommission, dass der Beschwerdeführer im hohen Ausmaß geeignet sei.

Betreffend das Feedbackgespräch haben sich die Kommissionsmitglieder sich nicht dafür ausgesprochen, da dieses gesetzlich nicht vorgesehen sei und zum damaligen Zeitpunkt die neuerliche Ausschreibung dieser drei Funktionen „sonstiges hauptberufliches Mitglied“ für das Bundesfinanzgericht als "RichterInnenplanstellen" absehbar gewesen sei. Die Ausschreibung der „RichterInnenplanstellen“ sei vom ... bis ... erfolgt und das Begutachungsverfahren habe zu dieser Zeit stattgefunden.

Zum Telefonat von A mit einem Kommissionsmitglied, in welchem er nicht erfahren habe, warum er weniger geeignet sein solle als seine drei Mitbewerber, sei zu sagen, dass der Inhalt und die Auswertung der Bewerbungsgesuche sowie das Bewerbungsgespräch vertraulich zu behandeln seien und über sie gegen jedermann, dem gegenüber keine Verpflichtung zu einer amtlichen Mitteilung bestehe, Stillschweigen zu bewahren sei. Nicht untersagt sei jedoch die Bekanntgabe der Namen und einer Reihung der BewerberInnen.

Zur Aufzählung der fachlichen Qualifikationen, der Selbsteinschätzung zur Eignung zur Verhandlungsführung sowie zur Führungs- und Lösungskompetenz, die A angeführt habe, werde das Ergebnis des Gutachtens der Begutachtungskommission und die Bewertung herangezogen. Zum Vergleich seien die Beurteilungen durch die Begutachtungskommission der drei ernannten hauptberuflichen Mitglieder auch angeführt

Da sich die behauptete Diskriminierung auf Grund des Alters nur auf den unmittelbaren Konkurrenten D bezieht, werden im Folgenden nur die Beurteilungen von A und D wiedergegeben:

A (96,13 %): „Der Bewerber A kann auf eine über 36jährige Berufserfahrung in verschiedenen Bereichen der Finanzverwaltung, zuletzt als ...leiter in der Großbetriebsprüfung verweisen. Er hat sich sowohl durch die praktische Erfahrung, als auch durch Literaturstudium hervorragende und umfassende Kenntnisse des formellen und materiellen Abgabenrechts ebenso angeeignet wie juristisches Wissen in angrenzenden Rechtsgebieten. Sehr gutes allgemein juristisches Verständnis und geschultes Rechtsdenken sind unabdingbare Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit des Bewerbers, was auch durch seine einschlägige und allgemein anerkannte Vortrags- und Autorentätigkeit (zB ...) dokumentiert ist. In Bezug auf die wichtigen Voraussetzungen (Fach- und Managementwissen, ausgezeichnete IT-Kenntnisse, Fertig-

keiten in der Verhandlungsführung, Kenntnisse des Rechnungswesens, rasche und effektive juristische Arbeitsmethode) wird dem Bewerber von allen befragten Vorgesetzten in nahezu allen Kriterien eine Eignung in vollem Umfang bescheinigt. Diese Auskünfte werden sowohl durch den beruflichen Werdegang (zB ...leiter der Systemprüfer, Entwicklung von Spezialsoftware für USt-Problemfälle), als auch durch den Eindruck beim Hearing bestätigt. Allerdings wurde seitens der befragten Vorgesetzten aber auch angeführt, dass durch sein zu Harmonie neigendes Wesen seine Verhandlungsführung und Entscheidungsfreudigkeit ebenso wie sein Durchsetzungsvermögen nicht in vollem Umfang stark ausgeprägt sind. Einstimmig ist die Kommission zur Ansicht gelangt, dass beim Bewerber die fachlichen Kompetenzen im höchsten Ausmaß und die sozial-persönlichen Kompetenzen im hohen Ausmaß gegeben sind. Insgesamt ist der Bewerber im hohen Ausmaß geeignet.“

D (100 %): „In seiner ca. 25jährigen Tätigkeit hat der Bewerber D eine umfangreiche fachliche Erfahrung als Prüfer im Außendienst sowie als für die Besteuerung von Körperschaften zuständiger Fachbereichsleiter auf dem Gebiet des Ertragsteuerrechts Spezialwissen erworben. Darüber hinaus konnte er sich als Betriebsprüfer und ...leiter-Stellvertreter der Betriebsprüfungsabteilung ein im höchsten Ausmaß gegebenes Fachwissen im Bereich des Umsatzsteuerrechtes, der Lohnabgaben und des Verfahrensrechtes aneignen. Er war auch als Referent in der Einbringungsabteilung tätig, sodass sein Einsatzbereich und seine Erfahrung als überdurchschnittlich weitreichend anzusehen ist. Derzeit fungiert er als Fachexperte speziell für Ertragsteuerrecht in der Großbetriebsprüfung X. Alle Referenzpersonen bescheinigen ihm in allen Kriterien der Ausschreibung eine im höchsten Ausmaß vorhandene Eignung. Dies im Zusammenhang mit den fachlichen Kompetenzen nicht nur hinsichtlich der notwendigen (Berufserfahrung), sondern auch in Bezug auf die wichtigen Voraussetzungen (Fach- und Managementwissen, ausgezeichnete IT-Kenntnisse, Fertigkeiten in der Verhandlungsführung, Kenntnisse des Rechnungswesens, rasche, effiziente und effektive juristische Arbeitsmethode) sowie die vorteilhaften Zusatzqualifikationen (zB Kenntnisse der Vernehmungstechnik). So wird ihm seitens seines unmittelbaren Vorgesetzten bescheinigt, zu allen relevanten Sachthemen des Abgabenrechts, sogar ohne Vorbereitung, detaillierte Fachdiskussionen führen zu können. Seine Erledigungen zeugen von einem sehr hohen juristischen Verständnis und einem ausgezeichnet geschulten Rechtsdenken, wobei er nach Aussage seines Vorgesetzten insbesondere mit Prüfungsfällen betraut wird, die bereits aufgrund der Aktenlage oder sonstiger Umstände erkennen lassen, dass bei der Sachverhaltsermittlung oder der rechtlichen Würdigung mit außerordentlichen Schwierigkeiten zu rechnen ist. Aufgrund seiner exzellenten und effizienten juristischen Arbeitsweise und seines außerordentlichen Verhandlungsge-

schickes hat er sich eine Sonderstellung unter den Prüfern der Großbetriebsprüfung geschaffen. Von seinem Vorgesetzten wird hervorgehoben, dass er besonders in exponierten und schwierigen Fällen (versuchte politische Intervention) eine im höchsten Ausmaß vorhandene Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität unter Beweis gestellt hat. In schwierigen Verhandlungssituationen hat er stets Übersicht, Durchsetzungsvermögen, Entscheidungsfreudigkeit bzw. Verantwortungsbewusstsein gezeigt. Seine überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft und Belastungsfähigkeit zeigt sich auch darin, dass die Arbeitszeit bei Bearbeitung schwieriger Prüfungsfälle dem beruflichen Erfordernis angepasst wird. Diese Feststellungen bestätigen auch den im Rahmen des Hearings gewonnenen Eindruck. Einstimmig ist die Kommission zur Ansicht gelangt, dass alle fachlichen und sozialpersönlichen Kompetenzen im höchsten Ausmaß gegeben sind.“

Der Stellungnahme des BMF angeschlossen waren unter anderem der „Ausschreibungstext“, die Bewerbung von A, B, C und D, drei Referenzschreiben betreffend A, Protokolle zum Hearing, Bewertungen der Kommission und das Gutachten der Begutachtungskommission.

Laut Ausschreibungstext“ wurden für die Ausübung der gegenständlichen Funktion neben den unbedingt zu erbringenden Erfordernissen nach § 4 Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG), auch fachliche, sowie sozial-persönliche Kompetenzen gefordert. Dabei wurde eine Gewichtung dieser Kompetenzen vorgenommen. So wurden die fachlichen Kompetenzen in notwendige Voraussetzungen (sehr gute Kompetenzen im Abgabenrecht, juristisches Wissen in den angrenzenden Rechtsgebieten, ein sehr gutes allgemein juristisches Verständnis und geschultes Rechtsdenken,...) und vorteilhafte Zusatzqualifikationen (Kenntnisse in der Vernehmungstechnik und verhandlungssichere Amtssprache in einer anderen Amtssprache der EU) gegliedert. Auch die sozial-persönlichen Kompetenzen wurden in notwendige Voraussetzungen (starke Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität, analytisches Denkvermögen,...) und wichtige Voraussetzungen (ständige Bereitschaft zur fachlichen und persönlichen Weiterentwicklung, eine überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit,...) und vorteilhafte Zusatzqualifikationen (psychologisches Einfühlungsvermögen und Integrations- und Konfliktfähigkeit, Team und Kommunikationsfähigkeit) eingeteilt.

Nach Durchsicht der Verwendungsdaten lässt sich folgender beruflicher Werdegang von D feststellen: ... sei er in die Finanzverwaltung eingetreten und nach der Grundausbildung für den gehobenen Finanzdienst und dem Grundkurs und der Dienstprüfung für den gehobenen Finanzdienst sei er Referent in der Einbringungsabteilung gewesen. Von ... bis ... sei er Betriebsprüfer in A2/2 gewesen. Danach habe er den Grundkurs und die Dienstprüfung für den höheren Finanzdienst absolviert. Im Jahr ... habe er das Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen. Von ... bis ... sei er als Fachbereichsleiter zuständig für Lohnsteuer Arbeitgeber und Arbeitnehmerveranlagung (LSt AG/ANV) und Körperschaftssteuerrecht (KöSt) gewesen. Von ... bis ... sei er Fachbereichsexperte in der GBP gewesen. Auf Grund seiner langjährigen Tätigkeit als Prüfer im Außendienst sowie als für KöSt zuständiger Fachbereichsleiter habe er sich besonders auf dem Gebiet der Ertragsteuern ein fundiertes Spezialwissen erwerben können. Darüber hinaus verfüge er Wissen im USt, LSt und Verfahrensrecht, welches er sich aufgrund seiner Tätigkeit in der Finanzverwaltung (Prüfer, Fachbereichsleiter, teamübergreifender Ansprechpartner am Standort X) und für die Privatwirtschaft (Vortragstätigkeit) aneignen habe können. Er sei Vortragender an der ... (ehem. Spezialseminar ...) und Vortragender für die Privatwirtschaft (... u.a.)

Die Daten zum beruflichen Werdegang von A sind dem Antrag (vgl. Seite 2 zu entnehmen).

In der Sitzung des Senates II (im Folgenden kurz Senat) am ... führte A Folgendes aus: Er sei derzeit einer von ... Großbetriebsprüfer im Raum X und seine derzeitige Vorgesetzte sei ... und davor sei es ... gewesen, dies seit E sei Regionalverantwortlicher bis ... gewesen. Sein Vorgesetzter sei er in diesen Jahren nicht gewesen. E und er hätten ein eigenes Team geführt und sie hätten grundsätzlich völlig getrennte Fälle gehabt. E als Regionalverantwortlicher sei regelmäßig über die Fälle informiert worden, da es bei politisch brisanten Fällen so üblich sei. Es habe Dienstbesprechungen gegeben, die E geführt habe, aber dabei sei es um organisatorische Dinge gegangen. In der Zeit bevor E Regionalverantwortlicher gewesen sei, sei er ...leiter gewesen, das seien ca. vier bis fünf Jahre gewesen und in dieser Zeit habe er sich ein Bild von ihm machen können. In den letzten zehn Jahren habe er ihn aber nicht beurteilen können.

Auf Frage eines Mitglied des Senates, ob E genug Möglichkeiten gehabt hätte, dass er ihn bei seiner Arbeit beurteilen hätte können, antwortete A, dass E nur bei größeren

Fällen dabei gewesen sei. Er habe als ...leiter und E als ...leiter fungiert. Die Entscheidung dieser Fälle läge beim ...leiter. Seit ... sei er Fachexperte in der GBP und werde nur beigezogen, wenn es sich um einen ganz schwierigen Fall handle. Bei diesen Fällen sei es so, dass auch internationalen Experten, nämlich Anwälte, Europarechtler etc. an diesen teilnehmen würden. Er hätte keine zwei Fälle überlebt, wenn er konfliktscheu sei.

A führte zum Fall „...“ Folgendes aus: Bei diesem Fall habe es Berührungspunkte mit E gegeben. Es habe keine anderen Fälle ähnlich diesem Fall gegeben. Dieser Fall sei ein sehr brisanter und schwieriger Fall gewesen und es habe politische Interventionen gegeben. D habe sich bei diesem Fall profiliert. Der Fall sei bis heute noch offen und deshalb sei er seiner Meinung nach nicht befriedigend abgeschlossen. Sie hätten als Team an einem Strang gezogen. Er wisse nicht, wie man darauf komme, dass er bei der Vernehmungstechnik mit „3“ bewertet worden sei. Es sei Aufgabe des Prüfers die Vernehmung durchzuführen. Der ...leiter säße dabei und stelle keine Fragen. Er habe, wenn es für ihn gepasst habe, ergänzende Fragen gestellt. Er könne sich daran erinnern, dass D zu ihm gesagt habe, dass es gut gewesen sei, dass er so wenig gefragt habe, da so der Eindruck nach außen „gewichtiger und stärker“ sei. Grundsätzlich sei bei keiner einzigen Vernehmung E dabei gewesen.

Die Vorsitzende stellte fest, dass sich in diesem Bewerbungsverfahren einige höchstqualifizierte Personen beworben hätten, dass drei die „100 Prozent“ (Gewichtung der fachlichen und der sozial-persönlichen Kompetenzen) und er „96,13 Prozent“ erreicht hätten und dass er (A) beim Hearing an achter Stelle gereiht worden sei.

A sagte, dass er nicht wisse, wie man auf die 96,13 Prozent gekommen sei und dass er es nicht in Ordnung fände, wenn diese Angabe aufgrund der Unterstellung, dass er konfliktscheu und harmoniebedürftig sei, zustande gekommen sei.

A führte dazu Folgendes aus: Er schließe nicht aus, dass er gegenüber dem unmittelbaren Konkurrenten D benachteiligt worden sei, da der Altersunterschied zu diesem Bewerber elf Jahre sei. Er verstehe es nicht, wenn der Dienstgeber in seiner Stellungnahme schreibe, dass der Fall „...“ einigermaßen befriedigend abgeschlossen werden konnte und dies jedoch der Umsicht und Verhandlungsführung von D zu verdanken sei. Bei der Schlussbesprechung habe E mit dem Unternehmer geschrien und dies sei minutenlang so gegangen und er (A) habe ersucht, eine kurze Pause einzulegen, damit sich alle Beteiligten wieder beruhigen. Laut Stellungnahme sei die

Eigenschaft *impulsiv* gut und die Eigenschaft *harmoniebedürftig* im Sinne von *sozial kompetent* nicht. Das verstehe er nicht. Im Gutachten werde immer von der Bewertungsskala von E gesprochen, aber in das Gutachten sind keine Beurteilungen von seinen Vorgesetzten ... und ... eingeflossen.

Der rechtskundige Vertreter von A ... beantragte ... und ... noch zu hören. A erklärte, dass ... vor der Kommission auf jeden Fall erklären könne, dass er seine Standpunkte gut vertreten könne.

A sagte, dass er noch weitere Referenzpersonen angegeben habe, die bestätigen könnten, dass er und sie eine wunderbare Zusammenarbeit hätten.

A möchte wissen, ob von den ... Referenzpersonen, die er aufgelistet habe, jemand befragt worden sei.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A erklärte, dass schon eine selektive Wahrnehmung auf Dienstgeberseite gegeben sei und fügte hinzu, dass man sich nur diejenigen Referenzpersonen geholt habe, die die Wünsche des Dienstgebers unterstützen.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A betonte, dass man für ein transparentes Auswahlverfahren auch die zeitnahen unmittelbaren Vorgesetzten befragen hätte müssen. Er beantragte, diese noch im Kommissionsverfahren zu hören. Er möchte für das Protokoll festhalten, dass keine einzige Referenzperson seines Mandanten gehört worden sei und fügt hinzu, dass der Dienstgeber gemeint hätte, dass dies ein Zeitproblem sei - was eine reine Schutzbehauptung sei.

Das Mitglied des Senates möchte vom Dienstgebervertreter wissen, wie man sich auf das Gutachten stützen könne. Der Dienstgebervertreter ... erklärte, dass er vom BMF gebeten worden sei an der Verhandlung teilzunehmen, aber er könne nicht als Vertreter des BMF sprechen, sondern nur als Vertreter der Bestellungskommission, bei dieser er Mitglied gewesen sei. Bei diesem Fall habe er nur Aktenkenntnis. Der Dienstgebervertreter sagte, dass die Referenzpersonen unterschiedlich von der Anzahl gewesen seien. Das Mitglied des Senates betonte nochmals, dass bei D geschrieben stehe, dass alle Referenzpersonen gehört worden seien. Ein Mitglied des Senates möchte wissen, wie es dazu käme, wenn auf Seite 9 der Stellungnahme stehe, „von allen befragten Vorgesetzten“, wenn nur ein Vorgesetzter (E) befragt worden sei. Der Dienstgebervertreter merkte an, dass er es nicht erklären könne, dass es sich aber auch um einen Rechtschreibfehler handeln könne. Das Mitglied des Senates betont, dass dies auf ein intransparentes Auswahlverfahren hinweisen würde.

Ein weiteres Mitglied des Senates meint, dass dies meist ein wichtiger Hinweis auf dahinterstehende Diskriminierungen sei.

Die Vorsitzende betonte, dass E der Vorgesetzte von D gewesen sei und dies natürlich mit sich bringe, dass er D sehr gut kenne und ihn dadurch besser beschreiben könne als A.

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 für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Die Eignung von BewerberInnen ist an den Aufgaben des Arbeitsplatzes und an den diesen entsprechenden Anforderungen zu messen. Im Auswahlverfahren ist zu prüfen, in welchem Ausmaß die Bewerber/innen die einzelnen Anforderungen erfüllen, sodass nach einem Wertungsvergleich zwischen BewerberInnen festgestellt werden kann, wer über die bessere Eignung verfügt. Die Eignungsprüfung hat auf der Grundlage der bisher erfüllten Aufgaben zu erfolgen und selbstverständlich sind nur jene Kenntnisse und Fähigkeiten für die Beurteilung heranzuziehen, die auch für den zu besetzenden Arbeitsplatz relevant sind.

Die Beurteilung der Qualifikationen oblag der Begutachtungskommission, die auf der Grundlage des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere des durchgeführten Hearings und der Beratung der Kommission unter Berücksichtigung der angeforderten und der Kommission vorliegenden Berichte, sowie der mündlichen Berichte der jeweiligen Vorgesetzten und Referenzpersonen ein Gutachten erstellte. Gutachten im Allgemeinen sind fachlich fundierte Aussagen bezüglich einer konkre-

ten Sachfrage - in Personalauswahlverfahren bezüglich der Eignung von BewerberInnen-, die eine ausreichende Grundlage für die zu treffende Personalentscheidung schaffen sollen. Entsprechend den im Allgemeinen geltenden Anforderungen an Gutachten, nämlich dass sie durch Argumente und Fakten gestützt sein müssen und nicht auf Behauptungen oder Meinungen aufbauen dürfen, sind die Schlussfolgerungen zu begründen, es reicht nicht, bloß Feststellungen zu treffen, ohne darzulegen, aus welchen Gründen man zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist. Auch gemäß § 10 Abs. 1 Ausschreibungsgesetz haben Begutachtungskommissionen „ein begründetes Gutachten“ zu erstatten. Um dem Erfordernis der Nachvollziehbarkeit zu entsprechen, sind in Gutachten von Begutachtungskommissionen die jeweiligen konkreten Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen für die in Rede stehende Funktion und das Ergebnis der Eignungsprüfung klar und sachlich nachvollziehbar darzustellen.

Zum „Gutachten“ der Begutachtungskommission hält der Senat fest, dass die Feststellungen der Begutachtungskommission einen nachvollziehbaren Qualifikationsvergleich auf Basis der Ausschreibungskriterien darstellen.

Von Seiten des Senates wird kritisch angemerkt, dass nur die mündliche Befragung im Zuge des Hearings (Bewertungen/Skala 0-4) von E Teil des Gutachtens der Begutachtungskommission geworden ist, aber es sind keine Beurteilungen von seinen Vorgesetzten ... und ... in das Gutachten eingeflossen, obwohl ... seit ca. sechs Jahren die Vorgesetzte von A ist und es davor ... war. E hat im Rahmen der mündlichen Befragung selbst zu Protokoll gegeben, das er nur bis ... mit A zu tun gehabt habe. In dieser Zeit war E Regionalverantwortlicher, aber nicht Vorgesetzter von A. Für den Senat ist nicht nachvollziehbar, dass im Gegensatz zu E bei A die Referenzpersonen nicht gehört worden sind. E, als Vorgesetzter von D konnte diesen natürlich besser beschreiben und bewerten. Die Gesamtbeurteilung von A stützt sich nur auf die Bewertung von E. Diese Vorgehensweise lässt auf ein intransparentes Auswahlverfahren schließen. Dies ist ein Hinweis auf die dahinterstehende Diskriminierung.

Auffallend ist, dass der Fall „...“ der einzige Fall ist, den der Dienstgeber exemplarisch herangezogen hat, um A zu bewerten. Es wurde seitens des Dienstgebers kein weiterer Fall, keine bestimmte Handlung oder Eigenschaft genannt, die erkennen lassen würden, dass A weniger geeignet ist, als seine MitbewerberInnen. E gab in seiner mündlichen Befragung zusammengefasst an, dass A nicht so impulsiv bzw. konfliktscheu ist. Es sieht so aus, als ob man diesen Fall bewusst herangezogen ha-

be, um A zu degradieren. Wäre A konfliktscheu, so hätte er nach Meinung des Senates nicht einen ...leiter bei der Staatsanwaltschaft angezeigt. Für den Senat ist auf Grund des bei der Befragung gewonnenen Eindrucks nicht nachvollziehbar, dass A „harmoniebedürftig“ sein soll. Diese Charaktereigenschaft, die ihm im Bewerbungsverfahren zum Nachteil gereicht hat, wurde seitens des Dienstgebers intransparent erhoben - intransparente Auswahlverfahren sind allerdings gewichtige Indizien für eine Diskriminierung.

Zu den vom BMF übermittelten Beurteilungen durch die Begutachtungskommission hält der Senat fest, dass die Qualifikationen von D im Vergleich zu denen von A besonders hervorgehoben wurden. Nach Durchsicht der Verwendungsdaten kann jedoch festgestellt werden, dass A einen sehr intensiven beruflichen Werdegang hatte. In der Beurteilung von A durch die Begutachtungskommission wurde angegeben, dass „seitens der befragten Vorgesetzten aber auch angeführt wurde, dass durch sein zu Harmonie neigendes Wesen seine Verhandlungsführung und Entscheidungsfreudigkeit ebenso wie sein Durchsetzungsvermögen nicht in vollem Umfang stark ausgeprägt sind“, obwohl dies einzig und allein die Meinung von E war. Diese Formulierung wurde verwendet, um den Eindruck zu erzeugen, dass sich das Gutachten auf die Meinungen mehrerer Vorgesetzten stütze. Der Dienstgebervertreter konnte diesen Eindruck auch nicht entkräften. In der Beurteilung stützte man sich betreffend der sozialpersönlichen Komponente allein auf die Aussagen und Bewertungen von E, der ihn nicht hinreichend transparent bewerten konnte, da er nicht sein aktueller Vorgesetzter ist. Evident für den Senat ist, dass betreffend die Beurteilungen nicht mit gleichem Maß gemessen wurde, da bei D der aktuelle Vorgesetzte herangezogen worden ist und bei A nicht. Der Senat stellt fest, dass eine derartige Vorgehensweise als unsachlich zu qualifizieren ist

Aus den genannten Gründen kam der Senat zu dem Ergebnis, dass die Vorgehensweise des Dienstgebers im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Besetzungsverfahren jedenfalls nicht auf für den Senat sachlich hinreichenden Erwägungen beruht.

Die sachlich nicht nachvollziehbaren Begründungen in der Stellungnahme des BMF sind nicht geeignet, den Senat davon zu überzeugen, dass andere Gründe als das vom Antragsteller im Sinne der Beweismaßregeln dem Senat glaubhaft gemachte Motiv des „Alters“ im Verfahren zur Besetzung der Funktion „Hauptberufliches Mitglieds des Unabhängigen Finanzsenates“ maßgeblich waren.

A wurde ... und D ... geboren - es ergibt sich also ein Altersunterschied von 11 Jahren.

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Funktion „Hauptberufliches Mitglieds des Unabhängigen Finanzsenates“ stellt daher eine Diskriminierung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG dar.

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

Wien, am ... Juli 2016