

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes**

**Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (A= Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbungen um die Planstellen/Funktionen Leitung der Gruppe ... sowie Leitung der Abteilung ... in dieser Gruppe der Sektion ... des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

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

*beschlossen:*

*Die Nichtberücksichtigung der Bewerbungen von A um die Funktion „Leiter/in der ...“ sowie um die Funktion „Leiter/in der Abteilung ...“ im BMVIT stellt keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes des Antragstellers gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.*

**B e g r ü n d u n g**

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

A führte aus, die Frau Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie habe mit Wirkung vom ... die Leitung der Gruppe ... und die Leitung der Abteilung ... in dieser Gruppe vergeben und mit beiden Funktionen eine Frau betraut.

Dieser Vergabe seien eine Ausschreibung sowie zwei Hearings vorausgegangen. Es habe zahlreiche Bewerbungen gegeben.

Er sei seit ... Leiter der Abteilung ... dieser Gruppe und habe sich für beide Funktionen beworben.

Der Inhalt des Gutachtens der Begutachtungskommission sei ihm nur andeutungsweise bekannt. Es habe dem Vernehmen nach vier Bewerber/innen gegeben, die von der Kommission als im höchsten Ausmaß geeignet für die Ausübung der ausgeschriebenen Funktionen bezeichnet worden seien.

Wiederum dem Vernehmen nach sei er, gemessen an der prozentuellen Wertung der Begutachtungskommission, der Erstgereichte gewesen. Jene Frau, die letztlich mit der Leitung betraut worden sei, sei die Viertgereichte gewesen, wobei deren Bewertung numerisch erheblich hinter ihm gelegen sein soll. Der Zentralausschuss der Personalvertretung habe zweimal die Frau Bundesministerin gemäß § 15 Abs. 2 Ausschreibungsgesetz aufgefordert, die maßgeblichen Gründe für die Betrauung einer Bewerberin darzulegen, die nach dem Gutachten der Kommission eine geringere Eignung aufgewiesen habe als ein Mitbewerber (A). Zusammengefasst sei die Antwort die gewesen, dass alle Personen, die von der Kommission als in höchstem Ausmaß geeignet bezeichnet werden, als Personen mit gleicher Qualifikation anzusehen seien und daher der Frau der Vorzug zu geben gewesen sei.

Die Rechtsansicht der Frau Bundesministerin sei falsch.

Das Ausschreibungsgesetz lege klar, dass bereits in der Ausschreibung für eine Leitungsfunktion anzuführen sei, mit welcher Gewichtung die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Beurteilung der Eignung jeweils berücksichtigt werden würden. Der Gesetzgeber gehe daher davon aus, dass das Ergebnis der Bewertung durch ein numerisches Ergebnis auszudrücken sei, an welchem sich die Begutachtungskommission zu orientieren habe. Dies werde auch durch § 10 Abs. 2 AusG klargestellt. Der Gesetzgeber ordne zwar an, dass die Bewerber/innen in verschiedene Kategorien einzuordnen seien, wobei die höchste Kategorie jene Bewerber umfasse, die in höchstem Ausmaß für die Funktion geeignet seien, der Gesetzgeber lege jedoch nicht fest, bei welchen mindestens zu erreichenden Prozentsätzen diese Bandbreite beginnen soll.

Es würden für die Festlegung der unteren Grenze dieser Kategorie keinerlei Kriterien bestehen, die aber für die verfassungskonforme Einräumung eines Ermessens gemäß Art 130 Abs. 2 B-VG („Sinn des Gesetzes“) erforderlich wären (vgl. etwa VfGH G20/11 vom 6.10.2011 zum unbestimmten Gesetzesbegriff und G199/87 vom 27.06.1988 zum Ermessen). Das Gesetz müsse daher verfassungskonform ausge-

legt werden, was in der Tat möglich sei, wenn man sich innerhalb der einzelnen Kategorien daran orientiere, wie nach der Gewichtung der einzelnen Qualifikationen das Gesamtergebnis laute. Nur bei einem numerisch gleichen Ergebnis könne daher von tatsächlich gleicher Qualifikation im Sinne des § 11c B-GIBG gesprochen werden. Würde der Gesetzgeber nämlich der Bewertungskommission tatsächlich eine unbeschränkte Beurteilungsmöglichkeit für die genannte Bandbreite einräumen und wäre dies der tatsächliche Anknüpfungspunkt zur Feststellung, dass alle in diese Kategorie fallenden Bewerber tatsächlich gleich qualifiziert wären, so hätte die Bewertungskommission im Endeffekt die Möglichkeit, nach Willkür zu entscheiden und einzelne Bewerber ab einem nicht feststehenden Prozentsatz „einfach so“ als in höchstem Ausmaß geeignet zu bewerten, was automatisch die Rechtsfolgen nach § 11 c B-GIBG nach sich ziehen würde. Wenn somit die Frau Bundesministerin der Auffassung sei, dass alle Bewerber/innen, die in die, von der Bandbreite unbestimmte Kategorie „in höchstem Ausmaß geeignet“ fallen würden, auch tatsächlich gleich qualifiziert im Sinne des § 11c B-GIBG seien, unterstelle sie dem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt. Dies hätte auch zur Folge, dass die Bewertungskommission die untere Grenze für die Qualifizierung in höchstem Ausmaß lediglich bei jenem Prozentsatz anzusetzen hätte, den jene Frau erfülle, die mit der Leitung betraut werden soll. Alle vorgereichten Männer könnten damit von vornherein ausgeschlossen werden, unabhängig davon, wie groß der Unterschied bei der numerischen Bewertung sei. Das könnte im Extremfall bedeuten, dass eine Frau, die 70% oder weniger Qualifikation aufweise, einem Mann, der 95% oder mehr Qualifikation habe, vorzuziehen wäre. Das würde de facto ein Aushebeln der Gleichbehandlung bedeuten, da dann völlig legal, aber für die Bewerber unvorhersehbar ausschließlich Frauen mit Führungspositionen betraut werden müssten und Männer im Ergebnis damit generell ausgeschlossen werden könnten. Man müsse nur die Grenze für die Bewertung „in höchstem Ausmaß geeignet“ dem gewünschten Ergebnis entsprechend anpassen. Es wäre daher in einem solchen Fall gar nicht mehr notwendig, durch eine besondere Gestaltung der Ausschreibung, durch spezielle Fragen beim Hearing oder durch Terminsetzungen einzelne Personen zu begünstigen. Mit dieser Auslegung wäre die Zielsetzung des AusG unterlaufen und dies würde im Ergebnis dazu führen, dass eine Ausschreibung zur Scheinausschreibung werde. Um daher dem Gesetz keinen verfassungswidrigen Inhalt zu unterstellen, müsse zusätzlich zur Einstufung in die Kategorie „in höchstem Ausmaß geeignet“ die Reihung innerhalb dieser Kategorie

herangezogen werden. Nur dann, wenn ein Mann und eine Frau tatsächlich die gleiche Qualifikation aufweisen, also bei der Gesamtbewertung die gleiche numerische Bewertung haben, sei der Frau der Vorzug zu geben. Diese Bedachtnahme auf die tatsächliche Qualifikation habe die Frau Bundesministerin im gegenständlichen Fall unterlassen. Sie habe die Fakten ignoriert und fälschlich so entschieden, als würde es sich durch die Einordnung der vier Personen der höchsten Qualifikationen unabhängig von der numerischen Bewertung um tatsächlich gleichwertig qualifizierte Personen im Sinne des § 11c B-GIBG handeln.

Dadurch, dass die Frau Bundesministerin ihn als Erstgereihten übergangen und die viertgereichte Frau, deren Bewertung deutlich hinter ihm liege, mit der Leitung betraut habe, habe ihn die Frau Bundesministerin auf Grund des Geschlechts diskriminiert. Dem Antrag waren die Ausschreibungen für die beiden Funktionen angeschlossen. Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMVIT am ... eine Stellungnahme. In dieser Stellungnahme führte das BMVIT die Aufgabenbereiche der beiden Funktionen sowie die Ausschreibungskriterien in Bezug auf die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten für die jeweilige Funktion unter Angabe der Gewichtung an. Weiters wurde ausgeführt, dass die Begutachtungskommission nach den am ... und am ... durchgeführten Sitzungen und den Hearings in Anwesenheit der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen ... am ... die Gutachten erstellt habe. Die Kommission habe einstimmig beschlossen, dass alle Bewerber/innen als geeignet anzusehen gewesen seien. Des Weiteren sei die Kommission übereingekommen, dass Kandidaten/innen mit einer Prozentzahl von 81 - 100 in höchstem Ausmaß, von 61 - 80 in hohem Ausmaß und von 0 - 60 in geringem Ausmaß geeignet seien. Mit dieser Festlegung sei der gesetzlichen Vorgabe, in welchem Ausmaß ein/e Kandidat/in geeignet sei, entsprochen worden. Nach Beurteilung der Kommission haben sich für die Funktion der Gruppenleitung vier Erstgereichte ergeben, die der gesetzlichen Qualifizierung entsprechend in höchstem Ausmaß geeignet gewesen seien. Für die Funktion der Abteilungsleitung haben sich fünf Erstgereichte ergeben, die der gesetzlichen Qualifizierung entsprechend in höchstem Ausmaß geeignet gewesen seien.

Die Reihung der Bewerber/innen sei damit nach der im AusG getroffenen Maßgabe der Einstufung nach dem Grad des Eignungsausmaßes erfolgt und habe demnach zu vier bzw. fünf erstgereihten Bewerbern/innen geführt. Auf die ermittelte Punktzahl komme es nach Festlegung der gesetzlich vorzunehmenden Abstufung des

Ausmaßes der Eignung und nach der vorgenommenen Einreihung in die drei Kategorien von höchstem, hohem und geringem Ausmaß nicht mehr entscheidend an. Sie diene nur der Abstufungsbildung, welche im Sinne einer objektiven Nachvollziehbarkeit zu Beginn der Tätigkeit festzulegen sei und welche nach Beurteilung und Bewertung der einzelnen Bewerber/innen als Bewertungsraster für den Grad der Ausmaß-eignung herangezogen werde. Dies sei hier nachvollziehbar geschehen. Da somit für die Funktion der Gruppenleitung drei Bewerber und eine Bewerberin und für die Funktion der Abteilungsleitung vier Bewerber und eine Bewerberin als in höchstem Ausmaß geeignet ermittelt worden seien, sei nach dem Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG, wonach einer Bewerberin bei gleicher Eignung der Vorrang zukomme, vorzugehen gewesen. Auf die Bevorzugung von Frauen, die gleich geeignet wie männliche Bewerber seien, sei bei der Ausschreibung explizit hingewiesen worden. In Bezug auf die Ausführungen von A, nämlich dass die Begutachtungskommission die Bestimmungen des AusG in verfassungswidriger Weise ausgelegt hätte, sei Folgendes zu bemerken. Da in § 10 Z 2 leg cit die Abstufungen der drei Eignungskategorien nicht ziffernmäßig bestimmt seien, sei für die vom Gesetz geforderte objektive Zuordnung der einzelnen Bewerber/innen, eine angemessene und selbstverständlich verfassungskonforme Festlegung der jeweiligen Bandbreite zwingend erforderlich. Die Annahme, dass die untere Grenze für die Qualifizierung „in höchstem Ausmaß geeignet“ von der Begutachtungskommission willkürlich und einzelfallbezogen festgelegt werden könne, sei nicht zutreffend. Die gegenständlichen Bandbreitengrenzen (Prozentzahl von 81 - 100 in höchstem Ausmaß, von 61 - 80 in hohem Ausmaß und von 0 - 60 in geringem Ausmaß geeignet) seien im Rahmen des Ermessensspielraums festgelegt und bisher bei jedem Begutachtungsverfahren gleichermaßen angewandt worden.

Der Ausführung A's, es sei nur bei numerisch gleichem Ergebnis von einer tatsächlich gleichen Qualifikation iSd § 11c B-GIBG auszugehen, sei zu entgegnen, dass damit § 10 Z 2 Ausschreibungsgesetz 1989 ein maßgeblicher Anwendungsbereich entzogen werden würde und dann die Abstufung in die drei gesetzlichen Kategorien hierfür unterbleiben könnte. Dieser Schluss könne in einer Gesamtschau der maßgeblichen Regelungen nicht getroffen werden. Demnach müsse die Formulierung des § 11c B-GIBG „gleich geeignet“ im Einklang mit dem AusG als „gleichfalls in höchstem Ausmaß geeignet“ und nicht als „numerisch gleich“ verstanden werden. Darüber hinaus sei die Kommission gemäß den Bestimmungen des AusG eingerich-

tet und jede/r einzelne Bewerber/in nach den ausgeschriebenen Kriterien beurteilt worden. Bei der Beurteilung von Bewerbern/innen seien die Einschätzungen der Kommission in objektiver Weise in das Gesamtergebnis für jede/n einzelne/n Bewerber/in eingeflossen. Beide Ausschreibungen sowie die Kommissionstätigkeit samt Gutachtenerstellung seien entsprechend konform den Bestimmungen des AusG und in nachvollziehbarer Weise unter Berücksichtigung des B-GIBG vollzogen worden und hätten schlussendlich zum Ergebnis geführt, dass (u.a.) A und eine Bewerberin als in höchstem Ausmaß geeignet bewertet worden seien, wobei unter Beachtung des Frauenförderungsgebotes der Bewerberin jeweils der Vorzug zu geben gewesen sei.

Der Stellungnahme waren die Bewerbungen von A und B (Mitbewerberin), die Niederschriften zu den Sitzungen der Begutachtungskommission am ... und ..., das „Votum Separatum“ des Personalvertreters zu den Bewerbungen und die Unterlage „Bewertungsraster – Summenblatt“ angeschlossen. Aus den Niederschriften geht hervor, dass die Bewerber/innen zu einem ca. 30- minütigen Hearing eingeladen wurden. Die Kommission beschloss einstimmig, dass alle Bewerber/innen alle formalen Voraussetzungen erfüllen und zu einem Hearing eingeladen werden. Der Vorschlag des Vorsitzenden für die Bewertungsraster sei einstimmig angenommen worden. Weiters sei die Kommission übereingekommen, dass Kandidaten/innen mit einer Prozentzahl von 81-100 im höchsten Ausmaß, von 61 - 80 in hohem Ausmaß und von 0- 60 in geringem Ausmaß geeignet sind.

Nach dem Hearing wurde A für die Gruppenleitung mit x% als in höchstem Ausmaß geeignet angesehen. B wurde mit y% als in höchstem Ausmaß geeignet beurteilt. Der Personalvertreter hielt in seinem Votum separatum fest, dass er A zu 100% und B zu 70% für die Gruppenleitung für geeignet erachte.

Für die Abteilungsleitung wurde A nach dem Hearing mit x% und B mit y% als in höchstem Ausmaß geeignet angesehen. Das Ergebnis des Personalvertreters lautete für A 100% und für B 75 %.

Da die Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen ... nicht an der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... teilnehmen konnte, übermittelte sie dem Senat ihre Stellungnahme per mail. Sie

teilte mit, dass sie sich der Stellungnahme des BMVIT anschließe. A's Rechtsauffassung werde aus folgenden Gründen bestritten: Eine verfassungswidrige Rechtsanwendung liege nur dann vor, wenn einer Norm ein gänzlich anderer (z.B. dem Wortlaut widersprechender) Inhalt oder Sachverhalt subsumiert werde, oder wenn der vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessensspielraum willkürlich ausgeübt werde. Beides sei aber im vorliegenden Fall nicht geschehen.

§ 10 Abs.1 Z 2 AusG normiere ausdrücklich, dass das Gutachten der Begutachtungskommission hinsichtlich der Eignung der Kandidaten/innen nur eine Unterscheidung in die Kategorien - im höchstem, in hohem und in geringerem Ausmaß - vorzunehmen habe. Allerdings habe diese Kategorisierung anhand der in der Ausschreibung festgelegten gewichteten besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu erfolgen. Diese verpflichtende Gewichtung sei mit der Novelle 2007 zum AusG eingeführt worden, und zwar mit der Zielsetzung bei derartigen Ausschreibungsverfahren ein Mindestmaß an Objektivierung zu gewährleisten. Als logische Konsequenz hieraus ergebe sich nämlich eine automatische (prozentuelle) Reihenfolge der Kandidat/innen. Es sei auch ein Faktum, dass der Gesetzgeber weder die Methode noch die prozentuelle Bandbreite für diese jeweiligen drei Kategorien determiniert habe. Hier habe der Normgeber bewusst der Begutachtungskommission einen Ermessensspielraum eingeräumt. Die Begutachtungskommission habe im gegenständlichen Fall ein prozentuelles Bewertungsraster vor Beginn der Hearings festgelegt und habe dieses auch nicht im Laufe des Bewertungsverfahrens verändert. Die Bandbreiten würden in allen anderen Bewerbungsverfahren im BMVIT gleichermaßen den Bewertungen zugrunde gelegt und hinsichtlich ihrer Spreizung allgemein anerkannten Bewertungs- bzw. Benotungssystemen entsprechen. Die Begutachtungskommission habe daher von ihrem Ermessen in gesetzeskonformer Weise Gebrauch gemacht. Das Ergebnis dieser Vorgangsweise sei gewesen, dass letztendlich drei Kandidaten sowie eine Kandidatin (im Fall der Gruppenleitung) bzw. vier Kandidaten sowie eine Kandidatin (im Fall der Abteilungsleitung) in die Kategorie „im höchsten Ausmaß geeignet“ zu reihen gewesen seien.

§ 11c B-GIBG sei zwingend anzuwenden gewesen, denn indem die Bewerberin ebenfalls in der Kategorie „in höchstem Maße geeignet“ gereiht worden sei, sei sie „gleich geeignet“ wie der „bestgeeignete (männliche) Mitbewerber“ gewesen. Indem A §11c B-GIBG dahingehend interpretiert, dass „gleiche“ Qualifikation nur bei einem gleichen (identen) numerischen Wert (Bewertung) des Kandidaten und der

Kandidatin gegeben sei, verkenne dieser aber die Rechtslage. Der Gesetzgeber unterscheide in § 11c B-GIBG nämlich bewusst zwischen „Bewerberinnen, die „gleich geeignet“ wie der „bestgeeignete“ Mitbewerber seien. Alleine aus dieser differenzierten Wortwahl folge zwingend, dass der Normgeber gerade nicht von einer numerischen Identität ausgehe, weil er eben im Sinne der Zielsetzung des Frauenförderungsgebotes den potentiellen Kreis der in Frage kommenden Personen bewusst weiter fassen wollte. Und die gleiche Eignung ermittle sich eben genau durch die, sich durch die Gewichtung ergebende prozentuelle Reihung innerhalb der jeweiligen Kategorie. Auch wäre es den Zielsetzungen des Gesetzes (nämlich Frauenförderung) gänzlich widersprechend, wenn man einer Norm einen derart engen Anwendungsbereich zuerkennen wollte wie dies A tue, weil durch eine solche Auslegung die Anwendung der Bestimmung §11c B-GIBG beinahe nie zur Anwendung (die Wahrscheinlichkeit, dass 2 Kandidat/innen völlig idente numerische Bewertungsergebnisse aufweisen würden, sei äußerst unwahrscheinlich) kommen würde und dadurch Frauenförderung geradezu inhibiert werden würde. Eine derartige Interpretation wäre nach ständiger Rechtsprechung unzulässig bzw. gesetzwidrig.

In der Sitzung des Senates am ... wiederholte A im Wesentlichen sein Vorbringen im Antrag. Ergänzend führte er aus, dass die Rechtsansicht des BMVIT in der Praxis dazu führen könne, dass alle Männer automatisch chancenlos seien, denn die Begutachtungskommission könne die Kategoriegrenzen selbst festlegen und sie könne sie daher so festlegen, dass bestimmte Bewerber/innen darunter oder darüber liegen. Jede ernstzunehmende Bewerberin habe selbstverständlich 81 Prozent (im gegenständlichen Verfahren) bekommen müssen, sei also in der höchsten Kategorie und damit - nach Ansicht des BMVIT – zu bevorzugen. Dies könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, man könne bei 81 und 100 Prozent nicht von gleicher Eignung reden.

Der Dienstgebervertreter des BMVIT, erklärte auf die Frage des Senates, ob die Begutachtungskommission eine bestimmte Person vorschlage, oder ob sie bloß den Dreivorschlag erstatte, dass die Vorgehensweisen der Kommission nicht immer gleich seien. Im gegenständlichen Fall habe das Präsidium auf Grund des Gutachtens per Votum der Frau Bundesministerin vorgeschlagen, in Anwendung des Frauenfördergebotes die Bewerberin zu ernennen. Aus der Sicht des Präsidiums habe die Frau Bundesministerin keine Auswahlmöglichkeit gehabt, da eine Frau in

der Kategorie der Bestgeeigneten gewesen sei. Anders sei es im Fall, dass mehrere männliche Bewerber im höchsten Ausmaß geeignet seien. Der Dienstgebervertreter wiederholte die Ausführungen der schriftlichen Stellungnahme, nämlich dass nicht nach Prozentpunkten abzustufen sei, sondern dass innerhalb des Kalküls „in höchstem Ausmaß geeignet“ alle Bewerber/innen gleich geeignet seien, denn andernfalls würde das Frauenfördergebot nie greifen, denn es könnten so gut wie nie die gleichen Prozentpunkte herauskommen.

Nach der Befragung beschloss der Senat, die legistisch für das AusG zuständige Abteilung III/4 des Bundeskanzleramtes mit der Frage zu befassen, ob alle Bewerber/innen innerhalb des Kalküls „im höchsten Ausmaß geeignet“ als im Sinne des § 11 c B-GIBG gleich geeignet wie der „bestgeeignete“ Mitbewerber anzusehen seien, oder ob nach den ausgewiesenen Prozentpunkten innerhalb dieses Kalküls zu differenzieren sei.

Die Abt. III/4 nahm wie folgt Stellung:

„Schon im Ausschreibungsgesetz 1989, BGBl.Nr. 85/1993, war in § 10 normiert, dass die Begutachtungskommission in dem zu erstattenden Gutachten anzugeben hat, welche der Bewerber als nicht geeignet und welche Bewerber als geeignet anzusehen sind. Weiters hat sie anzugeben, welche von den geeigneten Bewerbern in höchstem, welche in hohem und welche in geringerem Ausmaß geeignet sind. Dieses Kategorisierungserfordernis („im höchsten Maß geeignet“, „im hohen Maß geeignet“ und „im geringeren Maß geeignet“) findet sich in Bezug auf das Gutachten bis heute im Ausschreibungsgesetz 1989.

Mit der Dienstrechts-Novelle 2007, BGBl. I, Nr. 53/2007, erfolgte eine inhaltliche Modifizierung, indem in § 5 Abs. 2 AusG und in § 10 Abs.1 AusG 1989 normiert wurde, dass in der Ausschreibung und im Gutachten anzuführen ist, mit welcher Gewichtung die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Beurteilung der Eignung jeweils berücksichtigt werden bzw. wurden. Während somit die Bewerberin/der Bewerber die in der Ausschreibung festgelegten allgemeinen Voraussetzungen (wie beispielsweise „Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufnahme in ein öffentliches Dienstverhältnis“ oder Abschluss eines „einschlägigen Universitätsstudiums“) und das allenfalls relevante Kriterium „Inländerin/Inländer“ jedenfalls erfüllen muss („Knockout-Kriterien“), werden die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, die von der Bewerberin/dem Bewerber erwartet werden (z.B. Kenntnisse in einem bestimmten Arbeitsbereich, Fähigkeit zur Menschenführung), einer differenzierenden Bewertung durch die Begutachtungskommission unterzogen und münden in die Erstellung des Gutachtens über

das Vorliegen (Nichtvorliegen) der Eignung sowie des Ausmaßes der Eignung (§ 10 AusG). Durch die Einführung einer Gewichtung wurde die Pflicht zur Offenlegung der Relevanz einzelner Kriterien durch Angabe der Gewichtung der verlangten besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten für die Auswahlentscheidung eingeführt. Damit soll mehr Transparenz und mehr Objektivität erzielt werden und die Bewerberinnen und Bewerber sollen besser einschätzen können, ob im Falle der Entscheidung über ihre Bewerbung sachlich vorgegangen wurde oder eine allfällige Diskriminierung vorlag. Diese Gewichtungs-Neuregelung trat vorerst befristet für den Zeitraum vom 1. Jänner 2008 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2009 in Kraft. Nach Durchführung einer Evaluierung wurde mit der 2. Dienstrechts-Novelle 2009, BGBl. I, Nr. 153/2009, die unbefristete Geltung beschlossen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Fokus dieser Gewichtungsregelung auf der Transparenz und Nachvollziehbarkeit des „Entscheidungspfades“ der Begutachtungskommission liegt. Sofern die Kommission daher mehrere Bewerber einem der drei Kalküle zugeordnet hat, sind alle ein und demselben Kalkül zugeordneten Bewerber als gleich geeignet einzustufen.“

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 BMVIT 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 Frauenförderungspla-

nes 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% 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.

A, Leiter der Abteilung ... in der Sektion ... im BMVIT, und B, Leiterin der ..., bewarben sich um die ... im BMVIT sowie um die Leitung der Abteilung ...

Die Begutachtungskommission prüfte die Eignung, wobei auch ein Hearing durchgeführt wurde, und kam zu dem Ergebnis, dass sowohl der Bewerber als auch die Bewerberin „in höchstem Ausmaß“ für die beiden Funktionen qualifiziert seien, wobei A in beiden Fällen von allen Bewerbern/innen die meisten Prozentpunkte erreichte. Der „Abstand“ von B zu A betrug minus 10 bzw. minus 12 Prozentpunkte.

A stellte in seinem Antrag B's Qualifikationen insofern nicht in Abrede, als er nicht behauptete, sie wäre nicht in höchstem Ausmaß für die angestrebten Funktionen geeignet. Er vertrat allerdings die Meinung, dass nur bei einem „numerisch“ gleichen Ergebnis gleiche Qualifikation im Sinne des § 11c BGIBG vorliege und nur in diesem Fall die Anwendung des Frauenförderungsgebotes zwingend sei.

Das BMVIT begründete die Vergabe der beiden Funktionen B damit, dass alle Bewerber/innen, die von der Begutachtungskommission in der „Kategorie“ „in höchstem Ausmaß geeignet“ eingestuft werden, als bestgeeignet anzusehen seien und die „Punkteanzahl“ nicht entscheidend sei, sondern nur mehr der „Abstufungsbildung“ diene. Da B also als gleich geeignet anzusehen sei wie der nach Prozentpunkten vorne liegende Mitbewerber A, sei ihr in Anwendung des § 11c BGIBG der Vorrang zu geben gewesen.

Die vom Senat mit dieser Rechtsfrage befasste legistisch zuständige Abteilung III/4 im BKA bestätigte die Auslegung des BMVIT.

Der Senat schließt sich dieser Rechtsansicht, die im Übrigen bereits von der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMVIT nachvollziehbar dargelegt wurde, an.

Ergänzend zu diesen Ausführungen weist der Senat darauf hin, dass mit dem ge-

setzlich festgeschriebenen Frauenfördergebot eine ausgewogene Verteilung von Frauen und Männern im Bundesdienst, besonders in den höheren Verwendungs- und Funktionsgruppen, erreicht werden soll. Wenn das Frauenförderungsgebot nur bei „numerischer“ Gleichheit der Qualifikationen einer Bewerberin und eines Bewerbers zur Anwendung kommen sollte, wäre damit das Erreichen dieses Ziels (dessen Verwirklichung in absehbarer Zeit nicht bevorsteht, wie die Berichte über den Stand der Verwirklichung der Gleichbehandlung und Frauenförderung der Ressorts zeigen) deutlich erschwert, wenn nicht gar so gut wie unmöglich gemacht.

Zu A's Vorbringen, die Begutachtungskommission könnte die Grenzen für die drei Kalküle „im Extremfall“ so ziehen, dass der/die gewünschte Bewerber/in gerade oberhalb dieser Grenze liege, hält der Senat fest, dass das BMVIT darlegte, dass die gegenständlichen „Bandbreitengrenzen“ bisher in jedem Begutachtungsverfahren angewendet worden seien, was die Vorsitzende der AG für Gleichbehandlungsfragen im BMVIT in ihrer Stellungnahme an den Senat bestätigte. Überdies geht auch aus den Niederschriften hervor, dass die Grenzen für die Kalküle vor den Hearings gezogen wurden. Für ein willkürliches Vorgehen der Begutachtungskommission bei der Festlegung der „Bandbreitengrenzen“ gab es also kein Indiz. Der Vollständigkeit halber darf angemerkt werden, dass es wohl kaum ein Beurteilungssystem oder einen Beurteilungsmodus gibt, mit dem die „Anpassung“ einer Eignungsbeurteilung an das „gewünschte“ Ergebnis tatsächlich verhindert werden kann. Außerdem liegt in der theoretischen Möglichkeit, Eignungsbeurteilungen entsprechend der dienstbehördlichen Präferenzen vorzunehmen, kein geschlechtsspezifisches Element.

Aus den genannten Gründen kam der Senat zu dem Ergebnis, dass die Besetzung der Funktionen Gruppenleiter/in ... und Abteilungsleiter/in für ... mit B keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstellt.

Wien, August 2013