

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 „Richter/in des Bundesfinanzgerichtes“ 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 „Richter/in des Bundesfinanzgerichtes“ 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: Das Bundesministerium für Finanzen (BMF) habe vier Planstellen eines Richters/einer Richterin beim Bundesfinanzgericht (BFG) ausgeschrieben. Er habe sich für eine Planstelle eines Richters am ... beworben. Am ... wurde ihm seitens des BFG mitgeteilt, dass die Planstellen mit anderen BewerberInnen besetzt worden sei. Eine Begründung seiner Nichtberücksichtigung sei nicht erfolgt.

Er sei ... geboren und im Zeitpunkt seiner Bewerbung sei er im Lebensjahr gewesen. 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 zahlreiche Fachartikel für diverse Fachzeitschriften geschrieben. Er übe Vortragstätigkeit auf allerhöchstem Niveau an der ...akademie, Akademie der ..., Fachhochschule ... sowie bundesweit bei Großveranstaltungen aus. 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, Einkommensteuer, 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 laufendem 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. Er weise auch entsprechende Führungsqualitäten auf. Dies sei durch seine über zehnjährige Tätigkeit als ...leiter, darüber hinaus als Stellvertreter des ...leiters in der Amtsbetriebsprüfung

beim Finanzamt X und der (wegen krankheitsbedingter Abwesenheit notwendiger) Stellvertretung der Fachvorständin der Großbetriebsprüfung unter Beweis gestellt. Er habe daher die Anforderungen für die ausgeschriebene Planstelle im BFG im höchsten Ausmaß erfüllt. Demgegenüber stehe beispielsweise die Qualifikation des Mitbewerbers B. Dieser sei ... geboren und ... in die Finanzverwaltung eingetreten. B weise im Gegensatz zu ihm nur 24 Dienstjahre (13 Jahre weniger) auf und Veröffentlichungen in der Literatur seien ihm keine bekannt. Ebenso wenig sei ihm eine Vortragstätigkeit seinerseits bekannt bzw. wenn sei diese nur unbedeutend. In Führungsfunktionen sei dieser Mitbewerber - soweit ersichtlich - nicht aufgetreten bzw. aufgefallen.

Ein Hearing habe im Gegensatz zu früheren Ausschreibungen für den unabhängigen Finanzsenat nicht stattgefunden. Auffallend sei, dass im Unterschied zur kurz vor gegenständlicher Ausschreibung erfolgten Ausschreibungen für Bewerbungen zum unabhängigen Finanzsenat (UFS) nunmehr eine Erfahrung in einer Rechtsmittelbehörde zweiter Instanz gefordert wurde. Ein Unterschied zwischen dem BFG und dem UFS ist in der Aufgabenstellung und Aufgabenerfüllung jedoch nicht ersichtlich. Es sei daher davon auszugehen, dass dieser Parameter eingeführt wurde, um kurz vorher bestellte Mitglieder des UFS ohne Probleme zum BFG ernennen zu können.

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. Aus der Begründung zum übermittelten Besetzungsvorschlag gehe ausführlich hervor, welche Gründe für die vom Personalsenat vorgenommene Reihung der BewerberInnen ausschlaggebend gewesen seien. Betreffend B sei unter anderem hervorgehoben, dass ihm seitens seiner früheren unmittelbaren Vorgesetzten bescheinigt werde, zu allen relevanten Sachthemen des Abgabenrechts, sogar ohne Vorbereitung, detaillierte Fachdiskussionen führen zu können. Seine Erledigungen würden von einem sehr hohen juristischen Verständnis und einem ausgezeichnet geschulten Rechtsdenken zeugen, wobei er nach Aussage seines ehemaligen Vorgesetzten insbesondere mit Prüfungsfällen betraut worden sei, die bereits aufgrund der Aktenlage oder sonstiger Umstände erkennen lassen würden, dass bei der Sachverhaltsermittlung oder der rechtlichen Würdigung mit außerordentlichen Schwierigkeiten zu rechnen sei. Die abschließenden Erwägungen des Personalsenates stellen sich wie folgt dar: „*Aufgrund seiner exzellenten und effi-*

zienten juristischen Arbeitsweise und seines außerordentlichen Verhandlungsgeschickes 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. B konnte den Anforderungen der Ausschreibung und insbesondere auch dem Erfordernis der "Praktischen Erfahrungen auf dem Gebiet des zweitinstanzlichen oder höchstgerichtlichen Abgaben- oder Finanzstrafverfahren" ausgezeichnet entsprechen.“

Der Personalsenat habe dazu in seinem Beschluss festgehalten: *"... Als sonstiges hauptberufliches Mitglied des UFS hat er sich schnell in die neuen Aufgabengebiete eingearbeitet und die neuen Arbeitsmethoden (insbesondere Rechtsmittelakt) angeeignet. Diese Lernbereitschaft und dieses Engagement haben ihren Niederschlag auch in einer überdurchschnittlichen Anzahl von Berufungserledigungen gefunden..."*

In Erwägung gezogen sei dabei in erster Linie der Umstand, dass im BFG ein Aktenrückstand von nicht unerheblichem Ausmaß gegeben sei, der einen sofortigen Arbeitseinsatz ohne längere Einarbeitungszeit erforderlich mache.

Im Zuge der abschließenden Erwägungen habe der Personalsenat ausgeführt, dass B sich als sonstiges hauptberufliches Mitglied des UFS schnell in die neuen Aufgabengebiete eingearbeitet und die neuen Arbeitsmethoden angeeignet habe. Diese Lernbereitschaft und dieses Engagement hätten ihren Niederschlag auch in einer Reihe von Berufungserledigungen gefunden. Während seiner Dienstzuteilung zum BFG habe der Bewerber bereits Akten aufbereitet und eigenständig Urteile entworfen. B habe sich dabei insbesondere bei der Bearbeitung auch älterer und komplexerer Fälle, die ihm zugeteilt wurden, bestens bewährt. Zudem weise der Bewerber bereits auf Grund seiner früheren Tätigkeit langjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des zweitinstanzlichen Abgabenverfahrens durch seine langjährige Tätigkeit als Prüfer von Fällen mit hoher Berufungsneigung und damit durch das Verfassen von Stellungnahmen zu Berufungen auf. Wie aus der Begründung zum übermittelten Besetzungsvorschlag hervorgehe, ergebe sich die im Vergleich zu B geringere (sehr gute) Eignung von A in erster Linie durch das Fehlen der Praxis in der eigenständigen Führung von zweitinstanzlichen Abgabenverfahren. In Erwägung gezogen sei

dabei in erster Linie der Umstand, dass im BFG ein Aktenrückstand von nicht unerheblichem Ausmaß gegeben sei, der einen sofortigen Arbeitseinsatz ohne längere Einarbeitungszeit, erforderlich mache. Zwar verfüge A über die längste Erfahrung aller BewerberInnen in der Finanzverwaltung, seine geringere (sehr gute) Eignung resultiere aber auch aus der, wie in der Begründung zum Besetzungsvorschlag ausgeführt, weniger stark ausgeprägten Entscheidungsfreudigkeit.

So sei von den befragten Vorgesetzten angeführt, dass "durch sein zu Harmonie neigendes Wesen seine Verhandlungsführung und Entscheidungsfreudigkeit ebenso wie sein Durchsetzungsvermögen nicht in vollem Umfang stark ausgeprägt seien, was Verfahren nicht beschleunige und zu Effizienzeinbußen führe."

Die Behauptung einer Diskriminierung aufgrund des Alters könne allein schon wegen der Altersstruktur der gleichzeitig bestellten RichterInnen (... 5... Jahre, ... 5... Jahre, ... 5... Jahre und ... 4... Jahre) nicht vorliegen, da diese im gleichen Jahr bzw. ein Jahr nach dem Antragsteller A geboren worden seien.

Der Stellungnahme des BMF angeschlossen waren unter anderem die Bewerbung von B und der Beschluss des Personalsenates des BFG.

Laut Ausschreibungstext“ waren für die Ausübung der gegenständlichen Funktion neben den unbedingt zu erbringenden Erfordernissen nach § 4 Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG), eine zumindestens fünfjährige einschlägige Berufserfahrung und praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des zweitinstanzlichen oder höchstgerichtlichen Abgaben- oder Finanzstrafverfahren erforderlich. Weiters wurden betreffend Ausbildung und Berufserfahrung (30 % Gewichtung) sehr gute Kenntnisse im Abgabenrecht, juristisches Wissen in den angrenzenden Rechtsgebieten, sehr gutes allgemein juristisches Verständnis und geschultes Rechtsverständnis und Berufserfahrung in der Finanzverwaltung, in sonstigen Bereichen der Verwaltung oder in der Privatwirtschaft gefordert. Im Bereich Fach-Managementwissen (30 % Gewichtung) war das Beherrschen einer raschen effizienten und effektiven, juristischen Arbeitsmethode, Fertigkeiten in der Verhandlungsführung, Kenntnisse des Rechnungswesens, gute allgemeine Wirtschaftskennntnisse,...erforderlich. Der Bereich Lösungs- und Umsetzungskompetenz wurde mit 20% gewichtet und beinhaltete neben einer starken Rechtsverbundenheit, Objektivität und Integrität, analytisches Denkvermögen, rasche Auffassungsgabe, geistige Beweglichkeit, insbesondere die Fähigkeit komplexe wirtschaftliche Vorgänge und Zusammenhänge im Hinblick auf ihre

abgaben- und finanzstrafrechtlichen Auswirkungen rasch zu erfassen,... . Die persönlichen Anforderungen waren mit 20 % gewichtet und umfassten die ständige Bereitschaft zur fachlichen Fortbildung und persönlichen Weiterentwicklung, eine überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit, Flexibilität, psychologisches Einfühlungsvermögen und Integrations- und Konfliktfähigkeit, Team- und Kommunikationsfähigkeit.

Nach Durchsicht der Verwendungsdaten lässt sich folgender beruflicher Werdegang von B 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 ...leiter 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 ...leiter 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, F...leiter, teamübergreifender Ansprechpartner am Standort X) und für die Privatwirtschaft (Vortragstätigkeit) aneignen habe können. Er sei Vortragender an der ...akademie (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 17 Großbetriebsprüfer im Raum X und seine derzeitige Vorgesetzte sei ... und davor sei es ... gewesen, dies seit C sei Regionalverantwortlicher bis ... gewesen. Sein Vorgesetzter sei er in diesen Jahren nicht gewesen. C und er hätten ein eigenes Team geführt und sie hätten grundsätzlich völlig getrennte Fälle gehabt. C als Regionalverantwortlicher sei regelmäßig über die Fälle informiert worden, da es bei politisch brisanten Fällen so üblich sei. Es habe Dienst-

besprechungen gegeben, die C geführt habe, aber dabei sei es um organisatorische Dinge gegangen. In der Zeit bevor C 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 C genug Möglichkeiten gehabt hätte, dass er ihn bei seiner Arbeit beurteilen hätte können, antwortete A, das C nur bei größeren Fällen dabei gewesen sei. Er habe als ...leiter und C 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 wäre.

A führte zum Fall „...“ Folgendes aus: Bei diesem Fall habe es Berührungspunkte mit C 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. B 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 B 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 C 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 zum unmittelbaren Konkurrenten, nämlich B dennoch 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 der Umsicht und Verhandlungsführung von B zu verdanken sei. Bei der Schlussbesprechung habe C 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 C gesprochen, aber in das Gutachten seien keine Beurteilungen von seinen Vorgesetzten ... und ... eingeflossen, obwohl ... seit ca. sechs Jahren seine Vorgesetzte sei.

A sagte, dass er noch weitere Referenzpersonen angegeben habe und er möchte wissen, ob von den zwölf 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 dass man sich nur diejenigen Referenzpersonen geholt habe, die die Wünsche des Dienstgebers unterstützt hätten.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A betonte, dass man für ein transparentes Auswahlverfahren auch die zeitnahen unmittelbaren Vorgesetzten befragen hätte müssen. Er möchte für das Protokoll festhalten, dass keine einzige Referenzperson seines Mandanten gehört worden sei. Er fügt hinzu, dass der Dienstgeber gemeint hätte, dass dies ein Zeitproblem sei und das sei eine reine Schutzbehauptung. Der rechtsfreundliche Vertreter von A betonte, dass es wichtig gewesen wäre, diese Personen zu hören und erst danach zu beurteilen, was diese Personen sagen, die mit ihm laufend zusammenarbeiten.

Der Dienstgebervertreter ... erklärte, dass er vom BMF gebeten worden sei an der Verhandlung teilzunehmen, er könne aber nicht als Vertreter des BMF sprechen, sondern nur als Vertreter der Bestellungskommission, bei der er Mitglied gewesen sei.

Die Vorsitzende wiederholte und sagte, dass der Dienstgebervertreter beim Hearing nicht dabei gewesen sei.

Der Dienstgebervertreter führte dazu Folgendes aus: Beim UFS hätten sich ca. 26 BewerberInnen beworben. Hätte man alle Referenzpersonen befragt, dann hätte sich das Verfahren in die Länge gezogen.

Die Frage eines Mitglieds des Senates, ob für beide Bewerbungsverfahren dieselbe Aussage derselben Referenzpersonen zugrunde gelegt worden sei, bejahte der Dienstgebervertreter. Die Frage des Mitglieds des Senates, ob der Personalsenat dann noch weitere Anhörungen gemacht habe, verneinte der Dienstgebervertreter. Die Vorsitzende stellte fest, dass man ca. vier Monate, bevor es das BFG gegeben habe, den UFS besetzt und ein Hearing gemacht habe. Dann habe man eben nicht alles neu aufgerollt, sondern ohne Hearing die Personen weiter bestellt.

Der Dienstgebervertreter betonte, dass eine Überleitung in diesem Fall nicht möglich gewesen sei, weil die Frist ein Jahr Mitglied beim UFS gewesen wäre. Die vier Monate Rechtsmittelerfahrung seien als Kriterium für die Bewerbung des BFG herangezogen worden.

Die Vorsitzende stellte fest, dass somit ein neuer Bewerber keine Chance gehabt hätte. Der Dienstgebervertreter führte dazu Folgendes aus: Es habe Hearings gegeben und alle seien bestens geeignet gewesen. Nur drei BewerberInnen seien genommen worden. Man habe aussieben müssen. Die Differenzen zwischen den BewerberInnen seien nicht sehr groß gewesen.

A betonte, dass - wenn er die Chance gehabt hätte -, er genauso fleißig gearbeitet hätte wie B und es seien auch nicht vier Monate, sondern nur ca. sechs Wochen gewesen, in denen B beim UFS tätig gewesen sei. A verstehe nicht, wie man damit argumentieren könne, dass die einen jetzt ein Plus an sechswöchiger Erfahrung hätten und er dadurch keine Chance mehr bekommen habe.

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

Ein Mitglied des Senates stellte fest, dass es ein reines Aktenverfahren gewesen sei. Der Dienstgebervertreter führte dazu Folgendes aus: Wenn jemand meine, dass diese sechs Wochen in diesem Bereich zu wenig Zeit gewesen seien um zu beurteilen, ob jemand expeditiv sei, dann hätte man schon die Gelegenheit seitens des Dienstgebers gehabt diese Person auszuschneiden. Dies sei keineswegs der Fall gewesen. Der UFS sei aufgelöst worden. Die Behörde habe nicht mehr existiert und die BewerberInnen seien dann behördenlos dagestanden. Die Personen seien dann zu ei-

nem normalen Mitglied des UFS bestellt worden. Es habe das Bewusstsein nicht gegeben, dass die Behörde in drei Monaten nicht mehr existent sei, da die Situation bei der Ausschreibung völlig unklar gewesen sei. Die Auflösung des UFS sei nicht absehbar gewesen.

Ein Mitglied des Senates möchte wissen, ob die Aussage „A sei harmoniebedürftig“ alleine von C stammen würde. A antwortet, dass er dies nicht wisse. Der rechtsfreundliche Vertreter von A meinte, dass er sonst diesbezüglich nichts gefunden hätte.

Ein Mitglied des Senates stellte fest, dass bei A die unmittelbaren Vorgesetzten nicht gehört, aber bei B die Referenzpersonen gehört worden seien und deshalb sei das Auswahlverfahren nicht nachvollziehbar sei.

Ein Mitglied des Senates möchte vom Dienstgebervertreter wissen, wie man sich auf das Gutachten stützen könne.

Der Dienstgebervertreter sagte, dass die Referenzpersonen unterschiedlich von der Anzahl gewesen seien.

Ein Mitglied des Senates betonte nochmals, dass bei B geschrieben stehe, dass alle Referenzpersonen gehört worden seien.

Ein Mitglied des Senates möchte wissen, wie es dazu käme, wenn auf Seite neun der Stellungnahme stehe, „von allen befragten Vorgesetzten“, wenn nur ein Vorgesetzter (C) 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 betonte, dass dies auf ein intransparentes Auswahlverfahren hinweisen würde.

Ein weiteres Mitglied des Senates meinte, dass dies meist ein wichtiger Hinweis auf eine dahinterstehende Diskriminierung gewesen sei.

Ein Mitglied des Senates warf dem Dienstgebervertreter vor, dass im Auswahlverfahren niemand angehört worden sei, sondern man sich praktisch auf die Bewertungsunterlagen einer Kommission einer anderen Behörde verlassen habe.

Der Dienstgebervertreter meinte, dass man sich auf Qualifikationen bezogen habe, die man in diesen drei Monaten schon beurteilen habe können.

Ein Mitglied des Senates erklärte, dass es sich nicht um eine „Fülle an Kandidaten“, sondern nur um vier Finalisten gehandelt habe. Das Mitglied des Senates fügte hin-

zu, dass man sich im Auswahlverfahren mit den vier Finalisten besser beschäftigen hätte sollen.

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 der/die VertreterIn 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 BewerberInnen 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 konkreten 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 Schlussfolgerun-

gen 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.

Kritisch angemerkt wird, dass es in dem Bewerbungsverfahren um die Funktion „RichterIn des BFG“ kein neues Ermittlungsverfahren gegeben hat, sondern die Behörde sich auf die Bewertungsunterlagen der Begutachtungskommission im Bewerbungsverfahren „Hauptberufliches Mitglied des UFS“ verlassen und diese als Entscheidungsgrundlage herangezogen hat.

Zum „Gutachten“ der Begutachtungskommission im Bewerbungsverfahren „Hauptberufliches Mitglied des UFS“, das als Grundlage für das Auswahlverfahren des BFG herangezogen wurde, hält der Senat fest, dass die Feststellungen der Begutachtungskommission einen nachvollziehbaren Qualifikationsvergleich auf Basis der Ausschreibungskriterien darstellen sollten.

Von Seiten des Senates wird kritisch angemerkt, dass nur die mündliche Befragung im Zuge des Hearings (Bewertungen/Skala 0-4) von C Teil des Gutachtens der Begutachtungskommission geworden ist, aber es sind keine Beurteilungen von ... und ... in das Gutachten eingeflossen, obwohl ... seit ca. sechs Jahren die Vorgesetzte von A ist und es davor ... war. C hat im Rahmen der mündlichen Befragung selbst zu Protokoll gegeben, das er nur bis ... mit A zu tun gehabt habe. In dieser Zeit war C Regionalverantwortlicher, aber nicht Vorgesetzter von A. Das Hearing im ersten Bewerbungsverfahren (Bewerbungsverfahren: „Hauptberufliches Mitglied des UFS“) war insofern mangelhaft, da keine direkten Vorgesetzten bzw. Referenzpersonen von A befragt wurden. C war direkter Vorgesetzter von B und konnte diesen somit besser beschreiben und bewerten.

Die Gesamtbeurteilung von A stützt sich nur auf die Bewertung von C. Referenzpersonen, die von A in seiner Bewerbung angegeben worden sind, sind nicht befragt bzw. gehört worden. 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. C 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 habe, um A zu degradieren. Wäre A konfliktscheu, so hätte er nach Meinung des Senates nicht einen ...leiter bei der Staatsanwaltschaft angezeigt. Da nicht mehr Fälle als der „...“ angezeigt worden sind, in denen A als konfliktscheu hervorgegangen ist, kann man daraus ableiten, dass dies lediglich ein Einzelfall gewesen ist. A konnte im Verfahren entkräften, dass er konfliktscheu war. 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 B im Vergleich zu denen von A besonders hervorgestrichen 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 C 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 C, 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 B der aktuelle Vorgesetzte herangezogen worden ist und bei A nicht. Der Senat stellt fest, dass eine derartige Vorgehensweise als unsachlich zu qualifizieren ist.

Der Senat stellt weiters fest, dass die Rechtsmittelerfahrung als Kriterium für die Bewerbung des BFG herangezogen worden ist und somit ein neuer Bewerber bzw. eine neue Bewerberin in diesem Bewerbungsverfahren keine Chance gehabt hat. A blieb daher aufgrund des intransparenten Auswahlverfahrens um die Planstelle „Hauptberufliches Mitglied im UFS“ die Chance verwehrt, dass seine Bewerbung um die Funktion „RichterIn des Bundesfinanzgerichtes“ berücksichtigt wird.

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 hinreichend nachvollziehbaren 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 Mitglied des Unabhängigen Finanzsenates“ maßgeblich waren.

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

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Funktion „Hauptberufliches Mitglied 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