

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.Nr. 100/1993 i.d.F. 97/2008, festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Funktion „Vorständin/Vorstand des Finanzamtes X“ aufgrund der Weltanschauung diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Funktion „Vorständin/Vorstand des Finanzamtes X“ stellt eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung des Antragsstellers gemäß § 13 Abs. 1 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, dass er seit 1985 in der Finanzverwaltung tätig sei, derzeit sei er – seit 12 Jahren – Gruppenleiter in der Großbetriebsprüfung. Schon viele Jahre sei er führender FSG-Personalvertreter. Im Dezember 200x sei die Funktion „Vorständin/Vorstand des Finanzamt (FA) X“ frei geworden. Er habe daraufhin offen bekannt, dass er sich um die Stelle bewerben werde. Die Stelle sei jedoch vorerst nicht ausgeschrieben worden, sondern habe der Dienstgeber zunächst in Erwägung gezogen, den bisherigen Fachvorstand mit der provisorischen Leitung des Amtes und B, seinen späteren Mitbewerber um die Vorstandsfunktion, mit den Aufgaben des Fachvorstandes zu betrauen. B habe bis dahin keinerlei Führungserfahrung gehabt, er sei der Wunsch kandidat der FCG-Personalvertreter gewesen. Weil er (A) gegen die offensichtlich beabsichtigte Vorgangsweise im Zentralausschuss (ZA) protestiert habe, sei der Plan zunächst nicht umgesetzt worden, eine Ausschreibung sei jedoch auch nicht erfolgt. Anlässlich eines persönlichen Gespräches am ... im Bundesministerium für Finanzen (BMF) habe ihm der für die Ausschreibung zuständige Leiter der Abteilung ... im BMF versichert, dass „die Ausschreibung fertig“ sei, dass „nur noch auf

den Knopf gedrückt“ werden müsse. Tatsächlich veröffentlicht sei die Ausschreibung am ... worden, die Bewerbungsfrist habe mit ... geendet. Zwischenzeitig, nämlich im ... , sei der bisherige Fachvorstand mit der provisorischen Leitung des Amtes und B provisorisch mit den Aufgaben des Fachvorstandes betraut worden. Der ZA sei erst im ... von dieser Maßnahme in Kenntnis gesetzt worden. In weiterer Folge sei das Auswahlverfahren sehr schleppend durchgeführt worden. Am ... habe vor der Begutachtungskommission ein Hearing stattgefunden. Die Kommission sei mit zwei Dienstgebervetretern und zwei Dienstnehmervetretern besetzt gewesen, wobei beide Dienstnehmervetreter der FCG angehört haben. Es sei nicht – wie sonst üblich – der Vorsitzende des Zentralausschusses (ZAUS), der schon einmal öffentlich für ihn Sympathie erkennen habe lassen, und ein weiteres Mitglied entsendet worden, sondern der Vorsitzende des Fachausschusses (FAUS) und eine weitere Kollegin des FAUS-Süd. Somit seien in der Begutachtungskommission „direkte personalvertretungsmäßige Gegenspieler“ von ihm „gesessen“. Im November sei das Gutachten erstellt worden. Er sei aufgrund des Dirimierungsrechtes der Vorsitzenden der Kommission und gegen die Stimmen der Personalvertreter an die 1. Stelle gereiht worden. Die gesetzlich vorgesehene „umgehende“ Veröffentlichung des Gutachtens im Internet sei nicht erfolgt.

In den Tagen zwischen ... habe ihm ein Vertreter des BMF telefonisch mitgeteilt, dass es „eine zweite Runde bei einem externen Institut“ geben werde. „Aus dem Umfeld des BMF“ habe er gehört, dass es Interventionen im Büro des Herrn Bundesministers gegeben haben soll. Wieder seien Wochen vergangen. Am ... habe er einen Anruf von der Firma ... erhalten, und man habe ihm gesagt, dass er am Mittwoch oder Donnerstag zu einem strukturierten Interview nach Wien kommen müsse. Sein Einwand, dass er an diesen Tagen unaufschiebbare Termine habe, sei vom Tisch gewischt worden. So sei er am Abend des ... zum Interview gefahren, ohne Zeit für eine entsprechende Vorbereitung gehabt zu haben. Danach seien wieder „Wochen des Schweigens“ gefolgt. Am ... habe er dann das Schreiben erhalten, dass seine Bewerbung leider nicht berücksichtigt werden habe können.

„Die durch eine Intervention initiierte schleppende Abwicklung des Verfahrens“ habe einzig dazu gedient, seinem Mitbewerber eine bessere Ausgangsposition zu verschaffen. Dieser Eindruck sei dadurch erhärtet worden, dass der Vorgesetzte von B in einer zweiten Stellungnahme eine „Nachbesserung“ seiner ursprünglichen Beurteilung vorgenommen habe, und zwar aufgrund der zwischenzeitig erlangten Füh-

nungserfahrung als Fachvorstand. Aus dem Akt mit dem Besetzungsvorschlag an den Minister gehe hervor, dass er aufgrund seiner Weltanschauung nicht ins Konzept der FCG–Personalvertreter gepasst habe. Der Umstand, dass einem externen Gutachten, das nach einem zweistündigen Interview von ihm bis dahin völlig unbekannt Menschen erstellt worden sei, mehr Bedeutung beigemessen worden sei als dem Urteil der Begutachtungskommission, deren Mitglieder ihn und seine Arbeitsweise schon seit Jahren bestens kennen würden, hätte den Verdacht, dass es Interventionen gegeben habe, erhärtet. Auch die Äußerung des Leiters der Abteilung ..., er sei „'nur ein weisungsgebundener Beamter'“, würde genau ins Bild passen. Weiters sei noch anzumerken, dass aus dem „Dunstkreis“ der FCG-Personalvertreter immer wieder Formulierungen zu hören gewesen seien wie „'der A wird's nicht werden'“, „'der A“ habe es „'nicht einmal nötig, mit uns zu reden'“.

Dem Antrag war die Bewerbung von A angeschlossen. Darin war ausgeführt, dass er seit 199x Gruppenleiter in der Großbetriebsprüfung (GBP) und seit 200x auch Controller der GBP ... sei. Seit vielen Jahren sei er Mitglied des Dienststellenausschusses (DA) und des FAUS und stellvertretendes Mitglied im ZA. Seit 199x sei er Mitglied der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt. Seit den 90-er Jahren sei er Mitglied des Gemeindevorstandes und Finanzreferent der Marktgemeinde ... und seit 200x Vizebürgermeister von Er sei weiters Vortragender für Steuerrecht und Arbeitsrecht am ..., Prüfungskommissär des Prüfungsausschusses für Steuerberater der ... und stellvertretender Vorsitzender und Prüfungskommissär des Prüfungsausschusses für ...

Dem Antrag ebenfalls angeschlossen war die Ausschreibung für die gegenständliche Funktion.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMF mit Schreiben vom ... folgende Stellungnahme zum Antrag:

„Die stellvertretende Leitung eines Finanzamtes obliegt ... stets der Fachvorständin bzw. dem Fachvorstand. In aller Regel wird deshalb auch der bzw. die Inhaber/in dieser Funktion bis zur Neubestellung der Amtsleitung mit der Führung der Amtsgeschäfte betraut. Die Frage der Wahrnehmung der Aufgaben der Amtsleitung in Personalunion mit den Aufgaben eines Fachvorstandes oder die vorübergehende Betrauung des Fachexperten A1/3 des Amtsfachbereiches mit den Agenden der Fachvorstandsfunktion ist nicht eigens geregelt und folgt daher ganz allgemein Kriterien wie der Größe des Amtes, dem Ausbildungs- und Erfahrungsstand der betroffenen Amtsträger oder weiteren behördenspezifischen Gegebenheiten.

Das gegenständliche Nachbesetzungsverfahren ist im Zusammenhang mit dem zum damaligen Zeitpunkt unmittelbar bevorstehenden Start der Reform der Großbetriebsprüfungen (GBP) zu sehen. Es war ein zentrales und aus ho. Sicht den Intentionen des Ausschreibungsgesetzes nicht widersprechendes Ziel, den potentiellen Bewerber/innenkreis durch die unmittelbar anstehende Ankündigung des Reformstarts betreffend die GBP und die dadurch jedenfalls zu erwartende erhöhte Mobilitätsbereitschaft zu erweitern. Das diesbezügliche Abkommen zwischen dem damaligen Bundesminister für Finanzen und der Personalvertretung wurde am ... unterzeichnet und auch unmittelbar anschließend bundesweit kommuniziert.

Es ist deshalb auch nicht unlogisch, dass Ende ..., also nach dem offiziellen Start der Reform mit Zustimmung der Regionalmanagerin der Region Süd - und somit auch nicht „klammheimlich“ - dem seit längerer Zeit aufrechten Ansinnen seitens der Amtsleitung nachgegeben und B auch provisorisch die Agenden der Fachvorstandsfunktion übertragen wurden. Eine Information an den Zentralausschuss ist nicht vorgesehen und auch nicht Praxis.

Möglich, wenn auch dem Gefertigten dieser Stellungnahme nicht mehr erinnerlich, ist auch, dass irgendeine Äußerung zum beabsichtigten Ausschreibungszeitpunkt getätigt wurde; dies wohl am Rande der Unterfertigung des Abkommens. Dass die erforderlichen Schritte bis zur Publikation des Ausschreibungstextes noch rund drei Wochen (zwischen Übermittlung und Publikation liegen in aller Regel etwa 10-14 Tage) in Anspruch nahmen, weist zwar nicht auf eine prioritäre Behandlung der Sache hin, eine hier offensichtlich anzusprechen beabsichtigte bewusste Verzögerung entspricht aber jedenfalls nicht den Tatsachen und wäre auch nicht in einen inhaltlichen Zusammenhang zu bringen. Interventionen, auch hinsichtlich der vorübergehenden Betrauung auf Fachvorstandsebene, sind ho. nicht bekannt.

Wie den beigelegten Unterlagen zu entnehmen ist, hat die Erstellung des Gutachtens durch die nach dem Ausschreibungsgesetz berufene Kommission mehrere Sitzungen erfordert. Die Erstellung des Gutachtens, insbesondere aber die Anberaumung der Sitzungen kann von dienstbehördlicher Seite nur sehr eingeschränkt beeinflusst werden. Es kommt nicht selten vor, dass aufgrund der vielfältigen Aufgabenstellungen der Kommissionsmitglieder die Anberaumung nur eines Termins die Dauer eines Monats übersteigt.

Zum Vorbringen betreffend die Entsendung der dienstnehmerseitigen Mitglieder wäre A auf die gesetzlichen Bestimmungen und die damit verbundene fehlende Beeinflussbarkeit seitens des BMF zu verweisen.

Die angesprochene fernmündliche Kontaktaufnahme mit den beiden Bewerbern A und B folgte allein den gebotenen und allgemein praktizierten Gepflogenheiten moderner Mitarbeiterkommunikation.

Was die terminliche Vereinbarung des Interviews bei der Firma ... betrifft, ist klarzustellen, dass einerseits die angesprochene Woche für eine zeitnahe und möglichst parallele Interviewführung mit beiden Kandidaten fokussiert, aber von keiner Seite als nicht verschiebbar dargestellt war, andererseits der Anruf seitens der Firma ... für keine Überraschung hätte sorgen dürfen, da dieser direkt durch eine Mitarbeiterin des BMF per Mail am ... angekündigt worden war. Den vorliegenden Aussagen zufolge hat A im Zuge des Interview-Avisos auch keine Äußerung bezüglich eines Zeitdrucks oder bevorstehenden Urlaubs getätigt.

Über die dargestellten Gründe hinaus ist bezüglich der Verfahrensdauer letztendlich auch auf die aus rechtlicher Sicht unverzichtbare Ergänzung der Entscheidungsgrundlagen über das Gutachten der Kommission durch Einholung weiterer Beurteilungen und Expertise hinzuweisen.

Das Gutachten der ... Kommission in Verbindung mit dem seitens der Dienstnehmervertreter erstatteten Minderheitengutachten machte schon in Berücksichtigung der elementaren verfahrensrechtlichen Grundsätze die Einholung weiterer Befund- bzw. Gutachtensfeststellungen unabdingbar. Eine fehlende Deckung, wie sie der Antragsteller vermeint für eine aus ho. Sicht verfahrensrechtlich gebotene Vorgangsweise kann absolut nicht nachvollzogen werden. Die gewählte Vorgangsweise war nach eingehendem Studium aller Unterlagen vielmehr die einzige Alternative rechtskonformen Vorgehens. Die nochmalige Befassung der Kommission nach dem Ausschreibungsgesetz hat, wie später von Mitgliedern der Kommission auch bestätigt wurde, keine weiteren Feststellungen erwarten lassen.

Aus der Tatsache, dass, wie A ausführt, das Interview von „völlig unbekanntem Menschen“ geführt wurde, kann verfahrensgegenständlich kein inhaltlicher Wert abgeleitet werden.

Die von A mehrfach angesprochenen „Interventionen“ können schon mangels jeglicher Konkretisierung nicht beleuchtet werden. Es ist möglich, dass der Antragsteller in der zweiten Stellungnahme des unmittelbar Vorgesetzten eine motivierte „Nachbesserung“ zu erkennen vermeint; auf diesen Vorwurf gegenüber dem Vorgesetzten soll hier schon wegen der fehlenden Unterlegung, aber auch wegen dem dem Beststellungsakt zu entnehmenden geringen Ausagewert der Stellungnahme nicht näher eingegangen werden. Der Gefertigte möchte aufgrund der zurückgelegten Zeitspanne die Frage, ob er sich dem Antragsteller gegenüber irgendwann als „weisungsgebundener Beamter“ dargestellt habe, nicht beantworten. Die rechtlich unbestrittene Tatsache der Weisungsgebundenheit allein ist aber jedenfalls zu trennen vom Verwaltungsgeschehen; und dazu ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Handlungen des Gefertigten keine Weisungen erteilt wurden.“

Der Stellungnahme war das „Votum“ des Bestellungsaktes angeschlossen. Darin führte D (=Dienstgebervertreter) aus, dass sich der Sachverhalt aus seiner Sicht wie folgt dargestellt habe: Beide Bewerber seien von der Begutachtungskommission als im höchsten Ausmaß geeignet eingestuft worden. B sei mit ... Punkten um 3,4 Punkte vor A, der ... Punkte erzielt habe, gelegen. Die Begutachtungskommission sei nach Abhaltung von insgesamt drei Sitzungen – was auf eine nicht einstimmige Entscheidungsfindung hingedeutet habe – zu keinem einheitlichen Reihungsvorschlag gekommen. Letztlich sei A von den Dienstgebervertretern und unter Ausübung des Dirimierungsrechtes der Vorsitzenden an die 1. Stelle gereiht worden. Zu diesem Gutachten hätten sich folgende Fragen bzw. Anhaltspunkte ergeben, die als „unbedingtes Erfordernis für weitere Sachverhaltsermittlungen (Gutachtensergänzung) gesehen“ worden seien: Die Dienstnehmervertreter haben ein Gegengutachten erstattet, „mit einigen Detailansätzen für offene Punkte“, die dem Gutachten der Firma ... zugrunde gelegt worden seien; der mit Dirimierung erstgereimte Bewerber A weise eine geringere Punkteanzahl auf als der zweitgereimte Bewerber B; die Feststellungen im Gutachten würden auf Punkte verweisen, die entweder auf das auf eine Momentaufnahme abstellende Hearing verweisen, oder auf Punkte, die bereits Gegenstand der Beurteilungsbögen gewesen seien; der von der Begutachtungskommission als Auskunftsperson herangezogene ... habe die zahlreichen Fähigkeiten von B unterstrichen, ohne offenbar auf allfällige Schwächen hin befragt worden zu sein; bezüglich A sei offenbar keine Auskunftsperson herangezogen worden, was sich als „Ungleichgewichtsfaktor in den Ermittlungen“ darstelle.

Die ergänzenden Ermittlungen hätten darin bestanden, dass ... und ... zu ergänzenden Stellungnahmen aufgefordert worden seien. ... habe seine ursprüngliche Stellungnahme „leicht nachgebessert“, er würde heute, aufgrund der seit der letzten Befragung gewonnenen Erfahrungen, B besser einstufen. ... habe im Wesentlichen die seinerzeitige Beurteilung von A unterstrichen. Das Ergebnis der Ermittlungen sei, dass sich kein signifikanter Unterschied zwischen den Bewerbern ableiten lasse; in Würdigung aller in der Beurteilung der (ehemals) unmittelbar Vorgesetzten enthaltenen Punkte könne letztlich eher von einem leichten Vorsprung des B ausgegangen werden.

Zu den divergierenden bzw. noch unzureichend geklärten Themenbereichen „persönliche Anforderungen“ und „Lösungs- und Umsetzungskompetenz“ sei ein ergänzendes Gutachten eines externen Unternehmens, nämlich der Firma ..., eingeholt

worden. Die Beurteilung aus den Potenzialanalysegesprächen mit den Bewerbern ergebe in vier Punkten „signifikante Unterschiede“ zugunsten des B. (Anmerkung: die „Assessmentberichte“ der Firma ... wurden dem Senat II der B-GBK vorgelegt).

Zusammengefasst habe Folgendes festgestellt werden können: A sei von den Gutachtern der Firma ... in keinem Punkt besser beurteilt worden als B. B sei in zwei – „bezüglich der Arbeitsplatzanforderungen stark erheblichen Punkten“ - mit der Benotung „vier“ gegenüber der Benotung „zwei“ bevorzugt beurteilt worden und in zwei weiteren Punkten mit der Benotung „drei“ gegenüber der Benotung „zwei“. Die Beurteilungen der Vorgesetzten würden keinen signifikanten Unterschied ergeben, die Ergänzungen würden eher auf eine „leichte Erstreihung“ des B hindeuten. Das Gutachten der Begutachtungskommission habe kein eindeutiges Ergebnis ergeben, die aufgrund der Dirimierung vorgenommene Erstreihung von A sei mit folgenden Kriterien begründet worden: 12-jährige Führungserfahrung; dynamischere Führungspersönlichkeit; höhere Ziel- und Ergebnisorientierung; höhere Konfliktfähigkeit und Überzeugungskraft.

Die Abteilung ... könne sich diesen Argumenten aufgrund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse nicht anschließen. In Ansehung der zentralen Kriterien „eigenverantwortliche Leitung der Behörde nach außen“, „Steuerung des Amtes nach den Grundsätzen des NPM“ oder auch „Führungsverantwortung“ könne ein signifikanter Unterschied in der Beurteilung der beiden Kandidaten nur zugunsten des B erkannt werden. Dem Herrn Bundesminister werde deshalb für die Besetzung der Funktion B vorgeschlagen.

Der Stellungnahme des BMF waren weiters folgende Unterlagen angeschlossen: die Bewerbung von B, das Gutachten der Begutachtungskommission inkl. Minderheitengutachten, die Beurteilungsbögen der Mitglieder und der Vorgesetzten von A und B, die ergänzenden Berichte der Vorgesetzten und die „Assessmentberichte“ der Firma

Laut Bewerbung war B zum Zeitpunkt der Bewerbung Leiter der Strafsachenabteilung des FA X, Fachexperte, Betrugsbekämpfungskoordinator und KIAB-Fachexperte sowie vorläufig betrauter Fachvorstand des FA X.

Im Gutachten der Begutachtungskommission vom ... war ausgeführt, dass die Erstreihung von A erfolgt sei, weil er seit 12 Jahren Gruppenleiter der GBP ... sei und in dieser Funktion umfassende Führungskompetenz erworben habe. Im Auswahlverfah-

ren habe er ein hohes Ausmaß an Leadershipkompetenzen erkennen lassen, er besitze die Fähigkeit andere zu überzeugen und deren Eigenverantwortung zu stärken, Prioritäten zu setzen und diese zielorientiert zu verfolgen. Insbesondere aufgrund seiner Führungserfahrung sei er ausgezeichnet in der Lage, in Widerspruch stehende Ziele wie Kundenzufriedenheit und ergebnisorientiertes Handeln in Einklang zu bringen. Mit den Anforderungen an die Managementkompetenzen der Teamleiter sei er bestens vertraut. Bezüglich Dr. B war festgehalten, dass er in den letzten 10 Jahren als Fachbereichsleiter, Fach- und Strafsachenexperte und Betrugskoordinator mit einem entsprechenden Spektrum an abgabenrechtlichen Aufgaben befasst gewesen sei. Führungsaufgaben habe er bis ... nur in untergeordnetem Ausmaß wahrgenommen, erst mit ... sei er als vorläufig betrauter Fachvorstand des FA X mit einer Leitungsfunktion ausgestattet worden. Durch die Vielzahl seiner Agenden habe er nicht nur seine ausgezeichneten fachlichen Fähigkeiten, sondern auch seine Koordinierungs- und Organisationsfähigkeiten unter Beweis gestellt. Seine Führungsfähigkeiten würden sich aufgrund der bisherigen Laufbahn nicht eindeutig beurteilen lassen und seien auch im Hearing nicht sichtbar geworden. B sei von seinem früheren Vorgesetzten ... sehr positiv beurteilt worden. Die Vorreihung von A vor B sei vor allem unter folgenden Aspekten erfolgt: „12jährige Führungserfahrung; dynamischere Führungspersönlichkeit; höhere Ziel- und Ergebnisorientierung; höhere Konfliktfähigkeit und Überzeugungskraft“.

Die Dienstnehmervertreter, die B an die 1. Stelle reihten, erstellten ein „Minderheitengutachten“. In diesem wurde darauf hingewiesen, dass die Reihung von A vor B nicht den im Bewertungsverfahren erzielten Punkten entspreche. Bei den Kriterien „Ausbildung/Berufserfahrung“, „Fach- und Managementwissen“ und „Lösungs- und Umsetzungskompetenz“ habe sich jeweils „eine Differenzierung zugunsten von B ergeben“. Für den Bereich „Konzeptive Kompetenz“ habe keiner der Gutachter/innen die Bestbewertung für A vergeben, betreffend B hätten drei der vier Gutachter dieses Kriteriums als in höchstem Ausmaß erfüllt angesehen. Im Folgenden führten die Dienstnehmervertreter auch detailliert an, in welchen „Unterkriterien“ jeweils Höchstbewertungen vergeben wurden. Die „Schlussfolgerungen“ aus diesen Bewertungen seien: Die nur mit Ausübung des Dirimierungsrechtes der Kommissionsvorsitzenden zustande gekommene Reihung von A an die 1. Stelle werde abgelehnt, da auch die Befragung von ... keine Argumente zu Gunsten von A erbracht habe; die Ausführun-

gen von ..., nämlich B habe sich im Organisationsbereich eines Finanzamtes durch seine bisherigen einschlägigen Tätigkeiten bestens bewährt, würden für B sprechen.

Die Beurteilungen der Mitglieder der Begutachtungskommission und der Vorgesetzten erfolgte in Form von Punktevergaben von 0 bis 4, wobei mit 4 Punkten das jeweilige Anforderungskriterium in einem weit überdurchschnittlichen bzw in sehr gutem Ausmaß erfüllt war.

Von der Begutachtungskommission erhielt A ... Punkte und B ... Punkte, wobei die Differenz bei keiner der 4 „Anforderungsdimensionen“, nämlich „Ausbildung, Berufserfahrung“; „Fach- und Managementwissen“; „Lösungs- und Umsetzungskompetenz“ und „Persönliche Anforderungen“, mehr als 1 Punkt ergab. Der Vorgesetzte von A ... vergab für 15 von insgesamt 18 Kriterien die Höchstpunktzahl 4, die Englischkenntnisse, die „Kunden- und Serviceorientierung“ und die „Teamfähigkeit/Konfliktfähigkeit“ wurden mit 3 Punkten beurteilt. ... beurteilte B ebenfalls in 15 Kriterien mit 4 Punkten, 3 Punkte wurden für die Kriterien „Organisations- und Managementwissen“, Englischkenntnisse und für „Arbeitsorganisation/Projektmanagement“ vergeben.

In der ergänzenden Stellungnahme vom ... bestätigte ... seine Beurteilung. ... führte in seiner Stellungnahme vom ... aus, dass B nunmehr über 1 Jahr als Stellvertreter des Vorstandes Gelegenheit gehabt habe, die Organisation aus der Sicht des Vorstandes kennenzulernen und diverse Vorstandstätigkeiten auch selbst auszuüben, und darüber hinaus habe er auch Agenden des Fachvorstandes ausgeübt. Er verfüge über fundierte Kenntnisse der organisationsinternen Prozesse, die Beurteilung des „Organisations- und Managementwissens“ werde daher von 3 auf 4 Punkte angehoben. Aufgrund der Mitarbeit von B an diversen Projekten könne auch die Bewertung für „Arbeitsorganisation/Projektmanagement“ auf 4 angehoben werden.

Die Firma ... hatte laut „Assessmentbericht“ vom ... die Anforderungen „Lösungs- und Umsetzungskompetenz“, „persönliche Anforderungen“, Englischkenntnisse und „Organisations- und Managementwissen“ zu prüfen. Die Beurteilung der einzelnen Komponenten jeder Anforderung erfolgte nach Punkten und in Form von „verbalen Beschreibungen“, und es wurde auch eine Zusammenfassung erstellt. Insgesamt vergaben die Gutachterinnen für A 36 und für B 42 Punkte.

In der Sitzung des Senates II der B-GKB (im Folgenden kurz Senat) am ... 2009 führte A auf die Frage, weshalb er glaube, die gegenständliche Funktion aufgrund seiner Weltanschauung nicht bekommen zu haben, Folgendes aus: B und er hätten sich schon einmal, nämlich im Jahr 200x, um diese Funktion beworben. Es sei damals schon geredet worden, dass die Personalvertretung, dh der FA-Vorsitzende ..., B für die Zukunft für „höhere Weihen“ vorgesehen habe. Nachdem er (A) offen gesagt habe, dass er sich für die Funktion bewerben werde, seien Dinge passiert, die normalerweise nicht passieren dürften. B sei mit Fachvorstandsagenden betraut worden, obwohl er bis dahin keinerlei Führungserfahrung gehabt habe. Hätte man ..., als die Stelle frei geworden sei, ausgeschrieben, hätte B aufgrund seiner mangelnden Führungserfahrung ihm gegenüber, der seit 12 Jahren Gruppenleiter in der GBP sei und auch die Führungskräfte-seminare absolviert habe, einen „Startnachteil“ gehabt. Nicht nur er, auch viele seiner Kolleginnen und Kollegen hätten das Gefühl gehabt, dass versucht werde, „ihn auszubremsen“. Er gehöre seit 15 Jahren dem FA an, und es sei ihm zugetragen worden, dass sich der FA darüber beklagt habe, dass er vor der Ausschreibung nicht einmal ein Gespräch mit dem FA gesucht habe.

Im Jahr 200x habe er mit D darüber gesprochen, wann nun endlich ausgeschrieben werde, und D habe geantwortet, dass, wenn es nach ihm ginge, die Position längst ausgeschrieben worden wäre. Die Ausschreibung sei auch schon „fertig“ gewesen, sie sei wieder „zurückgezogen“ worden. Es sei ihm auch zugetragen worden, dass es Gespräche zwischen dem FA-Vorsitzenden und dem Büro von Staatssekretär ... gegeben habe. Die Funktion sei schließlich ausgeschrieben und im Oktober sei ein Hearing veranstaltet worden. Die Begutachtungskommission habe ein Gutachten erstellt, und er habe nicht verstanden, weshalb das Gutachten nicht veröffentlicht und dem Minister vorgelegt worden sei. Der Minister hätte sich ja für einen von ihnen entscheiden können, und er hätte das nicht einmal begründen müssen. Es sei aber noch ein externes Gutachten eingeholt worden, und es sei ihm zugetragen worden, dass es einen klaren Auftrag gegeben habe, in welche Richtung das Gutachten zu erstellen sei. Er habe die Gutachterinnen des Unternehmens ... gefragt, ob sie auch eine Reihung vornehmen würden, was diese verneint haben, sie würden bloß ein Gutachten erstellen, die Gewichtung der Kriterien werde vom Dienstgeber vorgenommen. Die Kollegenschaft habe die „ganze Aktion als Feigenblattaktion gesehen“, es sei in der ... Finanzverwaltung klar gewesen, dass er die Position nicht bekommen dürfe, weil er FSG-Personalvertreter sei. Es sei auch eigenartig gewesen, dass der

FA-Vorsitzende und ein weiteres Mitglied des FA Mitglieder der Begutachtungskommission gewesen seien. Normalerweise sei nämlich gerade bei Vorstandsbestellungen der ZAUS-Vorsitzende in der Begutachtungskommission. Das wäre im gegenständlichen Fall Herr ... gewesen, der sich ihm gegenüber positiv zu seiner Bewerbung geäußert habe. Zu den Ausführungen in der Stellungnahme von D, es seien ihm im gegenständlichen Zusammenhang keine Intervention bekannt, sei zu sagen, dass das noch nicht bedeute, dass es auch keine gegeben habe. Er sei jedenfalls fest davon überzeugt, dass es einen Kontakt zwischen dem Büro des Staatssekretärs und der Personalabteilung gegeben habe und dass gesagt worden sei, in welche Richtung das Gutachten des Unternehmens ... zu gehen habe, denn die Personen, die im das mitgeteilt haben, hätten es ihm nicht mitteilen müssen.

D führte aus, die Personalentscheidung sei aufgrund des Gutachtens der Begutachtungskommission, des Minderheitengutachtens, das laut Ausschreibungsgesetz auch ein Gutachten sei, und des ergänzenden Gutachtens der Firma ... getroffen worden. Er müsse die Gutachten „aufarbeiten und rechtlich würdigen“, bevor er sie dem Minister vorlege. Er habe sich „nicht getraut“, aufgrund der „Gutachtenslage“ dem Minister einen Vorschlag zu unterbreiten. Die Vorreihung von A vor B aus den genannten Gründen, nämlich 12-jährigen Führungserfahrung, dynamischere Führungspersönlichkeit, höhere Ziel- und Ergebnisorientierung und höhere Konfliktfähigkeit und Überzeugungskraft, sei für ihn nicht nachvollziehbar gewesen, da diese Feststellungen „nicht unbedingt die Folge der vorherigen Feststellungen zu A und zu B gewesen seien. Er habe versucht nachzuvollziehen, wie die Vorsitzende zur Dirimierung gekommen sei, es habe aber die Begründung gefehlt. Die Begründung sei die übliche Schwäche aller Gutachten. Wegen der fehlenden Begründung hätte er die Kommission noch einmal befassen können, aber er habe gewusst, dass das – zumal ohnehin bereits drei oder vier Sitzung stattgefunden hätten - nichts bringen werde, und er habe auch nicht geglaubt, dass die Personalvertreter von ihrem Minderheitengutachten abgehen. Er habe noch die unmittelbaren Vorgesetzten befragt, doch auch deren Ergänzungen hätten keine Vergleichsmöglichkeit geboten. Schließlich habe er geprüft, wer in welchen Bereichen nach Punkten besser abgeschnitten habe, in welchen Bereichen es einen Gleichstand gebe und in welchem Bereich eine Begründung fehle. „Diese Punkte“ habe er „der Firma ... in Auftrag gegeben“, wobei er ... die Bewerbungen, die Bepunktungen, und das Gutachten gegeben habe. Die Firma habe ein Assessment nach einem standardisierten Verfahren durchgeführt. Aus den Feststellun-

gen von ... hätten sich auch Unterscheidungen ergeben. Aufgrund der gesamten Unterlagen sei er zu einer Entscheidung gekommen und habe diese dem Minister vorgelegt.

Auf die Frage, ob die Schwerpunkte, die die Firma ... abfragen sollte, schriftlich festgelegt worden seien, antwortete D, er habe die Angelegenheiten den Mitarbeiterinnen der Firma erläutert.

Zu den von A erwähnten Weisungen und Wünschen führte D aus, dass er in gegenständlichem Zusammenhang keine Weisungen erhalten habe. Die Dauer des Verfahrens sei auch damit begründet, dass es nicht einfach sei, alle Kommissionsmitglieder an einen Tisch zu bringen, und dass überdies die Begutachtungskommission drei- oder viermal getagt habe.

Die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMF, .Dr.ⁱⁿ ... führte aus, dass Mag.^a ... als Gleichbehandlungsbeauftragte an den Sitzungen der Begutachtungskommission teilgenommen habe. Sie habe ihr berichtet, dass der Punkteunterschied zwischen den beiden Bewerbern relativ gering gewesen sei und sich die Vorsitzende Mag.^a ... für A ausgesprochen, dh ihr Dirimierungsrecht ausgeübt habe. Mag.^a ... sei Regionalmanagerin der Region ... und damit zuständig für die Führung der Finanzämter. Sie sei für die Umsetzung der Ziele verantwortlich, sie müsse mit den Finanzamtsvorständen zusammenarbeiten, offensichtlich habe sie eher A die Vorstandsfunktion zugetraut. Nach Meinung von Dr.ⁱⁿ . beschreibe das Gutachten der Begutachtungskommission die beiden Bewerber sehr wohl. Im Minderheitengutachten werde bloß die Bepunktung wiedergegeben, aber nicht dargelegt, wie es zur Bepunktung gekommen sei. Ihre Frage an D sei, ob es das erste Mal gewesen sei, dass er ein Unternehmen mit einer Gutachtenserstellung beauftragt habe, denn der übliche Weg sei, der Begutachtungskommission aufzutragen, einen zusätzlichen Schritt zur Eignungsermittlung zu setzen, etwa eine Personalberatungsfirma mit der Eignungsprüfung zu beauftragen. In diesem Falle setze sich die Kommission noch einmal mit dem Gutachten der Personalvertretungsfirma auseinander. Das sei im gegenständlichen Fall nicht so gewesen.

D replizierte, dass man davon abgegangen sei, externe Gutachter zu beauftragen, weil das Ausschreibungsgesetz Begutachtungskommissionen vorsehe und auch weil externe Gutachten sehr viel kosten. Die Beauftragung „eines Externen“ sei eher der Ausnahmefall, nämlich wenn eine Kommission „nicht weiterkommt“. Er selbst habe diese Vorgangsweise bisher noch nicht gewählt, aber die Sektion ..., der bis vor kur-

zem die Gutachten der Begutachtungskommissionen als erster zu übermitteln waren, habe mitunter externe Gutachter eingebunden. Vor Kurzem habe eine Begutachtungskommission selbst einen externen Gutachter eingeladen, bevor sie ihr Gutachten dem Minister vorgelegt habe. Die Feststellungen des Gutachters seien in das Gutachten der Begutachtungskommission eingearbeitet worden.

Auf die Frage, inwiefern B die Anforderung „mehrjährige erfolgreiche Tätigkeit in leitender Funktion mit Führungsverantwortung“ in gleichem Ausmaß erfülle wie A, führte D aus, dass A in diesem Punkt einen leichten Vorsprung habe, B sei aber nicht gänzlich ohne Führungserfahrung. Keiner der beiden Bewerber habe aber diese Anforderung „so richtig mitgebracht“, denn die Gruppenleitung in der GBP sei in der Vergangenheit hauptsächlich als Fachaufgabe und als Fachkoordinierungsaufgabe gesehen worden. Keiner der beiden Bewerber habe ein größeres Team geleitet, etwa 15 – 20 Leute, wobei man in diesem Fall nicht darum herum komme, abseits der fachlichen Leitung auch die organisatorische Leitung wahrzunehmen.

A replizierte, dass die Fachbereichsleitung überhaupt keine Leitungsfunktion sei, Fachbereichsleiter hätten ausschließlich fachliche Kompetenzen. Seine Tätigkeit bestehe in erster Linie in der Leitung seiner Mitarbeiter/innen, das seien mittlerweile 10 Bedienstete.

Auf die Frage, ob er die Gutachten der Mitglieder der Begutachtungskommission als gleichwertig angesehen und deshalb einen externen Gutachter beauftragt habe, führte D aus, dass das Minderheitengutachten „weit schlüssiger“ gewesen sei als das „Dirimierungsgutachten“, und zwar von der Bepunktung und von den Argumenten her.

Auf die Anmerkung des Senates, dass nicht klar sei, inwiefern das Gutachten der Firma ... wesentlich schlüssiger sei als die Gutachten der Mitglieder der Begutachtungskommission, denn das Vokabular der Branche sei nicht unbedingt sehr aufschlussreich, und auf die Frage, ob ... um Erläuterungen ersucht worden sei, antwortete D, das wisse er nicht mehr, er müsse sich diesbezüglich bei seiner Stellvertreterin erkündigen. (Die entsprechende Nachfrage ergab, dass die Gutachterinnen der Firma ... nicht um Erläuterungen ersucht wurden).

A führte aus, er könne nicht nachvollziehen, inwiefern es ausschreibungskonform sei, dass nicht das Gutachten der eingesetzten, weisungsfreien Begutachtungskommission für die Entscheidung herangezogen werde, sondern ein externes Gutachten.

Nachvollziehbar sei, dass die Begutachungskommission selbst sich einer Unternehmensberatungsfirma bediene, aber auch in diesem Fall habe sie unter Berücksichtigung der Feststellungen des Unternehmens das Gutachten abzugeben. Weiters sei zu bemerken, dass laut Ausschreibungsgesetz das Gutachten der Begutachungskommission unverzüglich im Internet zu veröffentlichen sei, und im gegenständlichen Fall sei das Gutachten vom ... 2008 im ... 2009 veröffentlicht worden. Diese Umstände ließen auch darauf schließen, dass eine Einflussnahme „von oben“ im gegenständlichen Auswahlverfahren erfolgt sei, womit er nicht D meine.

D replizierte, dass es - über das Ausschreibungsgesetz hinaus - verfahrensrechtliche Grundsätze gebe, und er sehe schon die Notwendigkeit, andere „Quellen der materiellen Wahrheitserforschung anzuwenden“, wenn eine Entscheidung aufgrund des vorhandenen Gutachtens nicht möglich sei. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Gutachtens sehe er so, dass ein Gutachten zu veröffentlichen sei, wenn auf seiner Grundlage eine Entscheidung möglich sei, dies sei aber im gegenständlichen Fall nicht der Fall gewesen.

Zum Vorwurf der Benachteiligung aus weltanschaulichen Gründen führte D aus, dass er B zum ersten Mal bei der Dekretverleihung gesehen habe, A habe er aus wenigen PV-Kontakten gekannt. Auf die Entsendung von Personalvertreter/innen in Begutachungskommissionen habe er keinen Einfluss. Unter dem Blickwinkel, dass zwei Vertreter der FCG in der Begutachungskommission gesessen seien, sei es noch notwendiger gewesen, ein externes Gutachten erstellen zu lassen.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis – ua - aufgrund der Weltanschauung beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen) unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Nach den Erläuterungen zur Novelle des B-GIBG, BGBl. Nr. 65/2004, ist „Weltanschauung“ die „Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen, uä Leitfassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverhältnis“. Weiters ist ausgeführt: „Weltanschauungen sind keine wissenschaft-

lichen Systeme, sondern Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen. Sofern Weltanschauungen Vollständigkeit anstreben, gehören dazu Menschen- und Weltbilder, Wert-, Lebens- und Moralanschauungen (vgl. Brockhaus...)"

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

D begründete seine Entscheidung, ein weiteres, externes, Gutachten einzuholen, im Wesentlichen damit, dass B nach Punkten vorne gelegen sei, ihm das Gutachten der Begutachtungskommission nicht schlüssig schien und die Dienstnehmervertreter ein Minderheitengutachten erstattet hatten. Ein Auftrag an die Begutachtungskommission zur näheren Begründung der Reihung hätte nichts gebracht, es hätten ohnehin schon 3 oder 4 Sitzungen stattgefunden, und er habe auch nicht geglaubt, dass die Dienstnehmervertreter von ihrem Minderheitengutachten abgehen würden.

Der Senat hält dazu Folgendes fest:

Im Gutachten der Begutachtungskommission ist – verglichen mit den „Assessmentberichten“ der Firma ... – relativ knapp ausgeführt, dass die Dienstgebervertreterinnen A aufgrund seiner Führungserfahrungen und der sich daraus für die Leitung eines Finanzamtes ergebenden Fähigkeiten und Kompetenzen, die A durch sein Auftreten beim Hearing und durch das Rollenspiel bestätigt habe, präferierten. B konnte von seinen „Führungsfähigkeiten“ nicht eindeutig überzeugen. Was jenes Wissen und jene Kompetenzen betrifft, die unabhängig von der Ausübung einer Leitungsfunktion erworben wurden, ist aus dem Gutachten tatsächlich kein „signifikanter“ Unterschied zwischen den Bewerbern (also auch kein eindeutiger „Vorsprung“ von A) herauszulesen, was auch nicht weiter bemerkenswert ist, denn gravierende Unterschiede zwischen den Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen sind bei in höchstem Maß geeigneten Bewerber/innen im Allgemeinen nicht gegeben.

Im Votum zum Bestellungsakt hielt D fest, er könne sich „aufgrund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse“ den Argumenten der Begutachtungskommission nicht anschließen, und in der Sitzung des Senates führte er aus, dass er die Vorreihung von

A aus den genannten Gründen, nämlich 12-jährige Führungserfahrung, dynamischere Führungspersönlichkeit, höhere Ziel- und Ergebnisorientierung und höhere Konfliktfähigkeit und Überzeugungskraft, nicht nachvollziehen habe können, da diese Feststellungen „nicht unbedingt die Folge der vorherigen Feststellungen zu A und zu B“ gewesen seien. Inwiefern die Argumente der Begutachtungskommission den „Ermittlungsergebnissen“ bzw die für A ins Treffen geführten Gründe „vorherigen Feststellungen“ widersprechen, legte D nicht dar. Es ist aber davon auszugehen, dass er mit den „Ermittlungsergebnissen“ und den „vorherigen Feststellungen“ nicht, oder jedenfalls nicht ausschließlich den Unterschied von 3 Punkten zwischen den Bewerbern meinte, denn wenn ein Vorsprung von 3 Punkten zwangsläufig zu einer Erstreichung führen müsste, wäre die Einholung eines externen Gutachtens überflüssig gewesen, B hätte allein aufgrund seines Punktevorsprungs bestellt werden können. Der Unterschied in den Führungserfahrungen und den Führungspersönlichkeiten der Bewerber ist im Gutachten jedenfalls dargelegt und nach Meinung des Senates ist das festgestellte Plus von A aufgrund des Umstandes, dass B erst 1 Monat vor der Ausschreibung mit einer Leitungsfunktion betraut worden ist, auch objektiv nachvollziehbar. Die weiteren Beurteilungen wurden offenbar aufgrund der bisher von den Bewerbern wahrgenommenen Aufgaben und aufgrund ihres Auftretens beim Hearing vorgenommen.

Es ist D zuzustimmen, dass die Begründung für die Feststellungen fundierter hätte sein können. Nicht nachvollziehbar ist aber, dass D es als sinnlos angesehen hat, von der Begutachtungskommission Klarstellungen bzw Ergänzungen einzuholen. Die Begründung für die Sinnlosigkeit einer weiteren Befassung der Begutachtungskommission war, dass bereits 3 oder 4 Sitzungen der Kommission stattgefunden hatten (und dennoch kein einheitlicher Reihungsvorschlag erstattet werden konnte), und dass die Dienstnehmervetreter von ihrem Minderheitengutachten auch nicht abgegangen wären. Dazu ist festzuhalten, dass eine einheitliche Meinung der Mitglieder der Begutachtungskommission weder für die Erstattung eines Reihungsvorschlages, noch für Ergänzungen der Begründung des (Mehrheits)Gutachtens erforderlich ist. Am Rande darf angemerkt werden – weil D in der Sitzung des Senates ausführte, die Begründung sei „die übliche Schwäche der Gutachten“ (dieses Problem ist übrigens beiden Senaten der B-GBK bekannt) -, dass die Lösung dieses Problems nicht darin gesehen werden kann, externe Gutachten einzuholen, sondern sollten die Mitglieder

der Begutachtungskommissionen dazu angehalten werden, ihre Reihungsvorschläge nachvollziehbar zu begründen.

Zum Minderheitengutachten, dass nach Meinung von D schlüssiger ist als das Gutachten der Dienstgebervertreterinnen, ist festzuhalten, dass die Dienstnehmervertreter bloß die Punktevergaben für die einzelnen Anforderungen wiedergaben und ihre Erstreichung von B ausschließlich damit begründeten, dass er mehr Punkte erzielte. Inwiefern ihr Gutachten schlüssiger sein soll als das Gutachten der Dienstgebervertreterinnen ist für den Senat daher nicht nachvollziehbar.

Zum Hinweis der Dienstnehmervertreter, dass die Erstreichung von A „nur“ durch die Ausübung des Dirimierungsrechtes der Kommissionsvorsitzenden zustande gekommen ist, hält der Senat fest, dass das Dirimierungsrecht das vom Gesetzgeber vorgesehene Instrument ist, um bei Stimmgleichheit die für eine (Personal)Entscheidung nötige Mehrheit zu schaffen. Ob die Mitglieder von Begutachtungskommissionen einstimmig oder mehrheitlich zu einem Ergebnis über das Maß der Eignung der Bewerber/innen kommen und ob die Mehrheit mit oder ohne Dirimierung zustande kommt, ist für die rechtliche Bedeutung des Gutachtens irrelevant, dh das Abstimmungsergebnis kann nicht aufgrund des Stimmenverhältnisses relativiert werden.

Zum Vorbringen von D, er habe versucht nachzuvollziehen, wie die Vorsitzende zur Dirimierung gekommen sei, es habe aber die Begründung gefehlt, ist festzuhalten, dass der Senat nicht erkennen kann, inwiefern die Dirimierung zu Gunsten von A noch einer Begründung bedurfte. Die Vorsitzende der Begutachtungskommission erachtete – wie die 2. Dienstgebervertreterin auch – A aus den genannten Gründen für den besser geeigneten Bewerber und in diesem Sinn übte sie ihr Dirimierungsrecht aus.

Auf die Schlüssigkeit des Gutachtens der Firma ... ist im Einzelnen nicht einzugehen, da sich As Beschwerde nicht speziell gegen das Gutachten der Firma ... richtete, sondern er behauptete, durch die Vorgehensweisen des Dienstgebers insgesamt im Zusammenhang mit der Nachbesetzung der Funktion diskriminiert worden zu sein. Der Senat erlaubt sich aber dennoch anzumerken, dass das externe Gutachten zwar ausführlicher (dh umfangreicher) ist, dass es auch schlüssiger wäre als das Gutachten der Begutachtungskommission kann der Senat nicht erkennen. Mit dem Spezialvokabular der Branche werden Fähigkeiten teilweise nur unzureichend konkretisiert

(was versteht man zB unter „geringer Ausprägung von operativen Dimensionen“), und die getroffenen Feststellungen sind eben bloße Feststellungen, worauf sie beruhen, außer selbstverständlich auf der Momentaufnahme eines ca. 2-stündigen Hearings, geht aus dem Gutachten nicht hervor (es wäre etwa interessant zu wissen, womit einer der Bewerber die Gutachterinnen davon überzeugen konnte, dass er „einen effizienten Ressourceneinsatz sicherstellt“, oder dass es ihm „gelingt, ein übergeordnetes Gesamtkonzept zu entwickeln und umzusetzen“ usw).

Zusammenfassend hält der Senat fest, dass sachlich nicht nachvollziehbar ist, dass die Einholung eines externen Gutachtens für die Erstattung eines Reihungsvorschlages an den Herrn Bundesminister erforderlich war. Bemerkenswert ist vor allem, dass das die Punktevergabe wiederholende Gutachten der beiden Personalvertreter der FCG und das auf einer Momentaufnahme basierende externe Gutachten schlüssiger schienen als das Gutachten der Dienstgebervertreterinnen.

Am Rande - da laut D die Beurteilungen der Vorgesetzten ohnehin kaum eine Rolle spielten – sei zu den Ausführungen von D im Votum zum Bestellungsakt, nämlich ... habe seine ursprüngliche Stellungnahme „leicht nachgebessert“, er würde heute, aufgrund der seit der letzten Befragung gewonnenen Erfahrungen, B besser einstufen, angemerkt, dass die „Nachbesserung“ von ... vom ... als unbeachtlich zu betrachten ist. Dies deshalb, weil ... bei seiner ergänzenden Beurteilung offensichtlich auch die Erfahrungen von B als Fachvorstand und somit als Vertreter des Vorstandes berücksichtigte, die dieser nach dem Bewerbungszeitpunkt erwarb. Abgesehen davon, dass nicht nachvollzogen werden kann, dass B, der nach den dem Senat vorliegenden Unterlagen im ... zum Fachvorstand bestellt wurde, im ... „... über ein Jahr (!?) als Stellvertreter des Vorstandes Gelegenheit gehabt“ haben soll, „die Organisation aus der Sicht des Vorstandes kennenzulernen ...“, ist nämlich eine Beurteilung der Fähigkeiten zum Bewerbungszeitpunkt vorzunehmen, und das wären im vorliegenden Fall knapp 2 Monate gewesen. Es entspricht keinesfalls einem objektiven Auswahlverfahren, wenn Bewerber/innen aus einer (aus welchen Gründen immer) verzögerten Auswahlentscheidung ein Vor- bzw Nachteil erwächst.

Ein Indiz dafür, dass seine Bestellung zum Vorstand des FA X verhindert werden sollte, sah A vor allem auch in dem Umstand, dass die gegenständliche Funktion erst 7 Monate nach ihrem Freiwerden ausgeschrieben und B kurz (1 Monat) vor der Aus-

schreibung – um Führungserfahrungen vorweisen zu können - mit den Agenden des Fachvorstandes betraut wurde.

D führte in seiner Stellungnahme an die B-GBK dazu aus, dass das Nachbesetzungsverfahren im Zusammenhang mit dem zum damaligen Zeitpunkt unmittelbar bevorstehenden Start der Reform der GBP zu sehen sei. Es sei „ein zentrales und ... den Intentionen des Ausschreibungsgesetzes nicht widersprechendes Ziel, den potentiellen Bewerber/innenkreis durch die unmittelbar anstehende Ankündigung des Reformstarts betreffend die GBP und die dadurch jedenfalls zu erwartende erhöhte Mobilitätsbereitschaft zu erweitern“. Das Abkommen zwischen dem damaligen Bundesminister für Finanzen und der Personalvertretung sei am ... unterzeichnet und anschließend bundesweit kommuniziert worden.

Der Senat hält dazu Folgendes fest:

§ 5 Abs. 3 des Ausschreibungsgesetzes besagt: „Die Ausschreibung hat möglichst drei Monate vor, spätestens jedoch innerhalb eines Monates nach Freiwerden der Funktion oder des Arbeitsplatzes zu erfolgen. Die Frist von einem Monat verlängert sich auf drei Monate, wenn noch nicht feststeht, ob diese Funktion oder dieser Arbeitsplatz bestehen bleibt oder aufgelassen wird. ...“ Der Senat kann aufgrund dieser eindeutigen Bestimmung nicht erkennen, dass Erwägungen über die Intentionen des Ausschreibungsgesetzes erforderlich wären und dass es eine Grundlage für die Interpretation des BMF geben könnte, diese Frist dürfe im Zusammenhang mit organisatorischen Änderungen verlängert werden.

D führte weiters aus, dass es in beschriebenem Zusammenhang auch nicht unlogisch sei, dass Ende ..., also nach dem offiziellen Start der Reform, B auf Wunsch der Amtsleitung provisorisch die Agenden der Fachvorstandsfunktion übertragen worden seien.

Der Senat hält dazu fest, dass diese Begründung nur als kryptisch bezeichnet werden kann, einen logischen Zusammenhang zwischen der Reform der GBP und der vorläufigen Bestellung von B zum Fachvorstand 5 Monate nach Freiwerden der Funktion und 1 Monat vor der Ausschreibung kann der Senat jedenfalls nicht erkennen.

Aufgrund des gesamten Vorbringens des Dienstgebervers kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass die Vorgehensweisen des Dienstgebers im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auswahlverfahren jedenfalls nicht auf sachlichen Erwägungen

gen beruhen. Die sachlich nicht nachvollziehbaren Begründungen für die kurz vor und im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gesetzten Schritte sind nicht geeignet, den Senat davon zu überzeugen, dass andere als die vom Antragsteller glaubhaft gemachten parteipolitischen Erwägungen im Verfahren zu Besetzung der Funktion „Vorstand/Vorständin des Finanzamtes X“ maßgeblich waren.

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Funktion des Vorstandes des Finanzamtes X stellt daher eine Diskriminierung von A aufgrund der Weltanschauung gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG dar.

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

Empfehlungen:

Der Senat empfiehlt,

- 1.) im Falle von nicht ausreichend begründeten Gutachten den Begutachtungskommissionen Ergänzungen aufzutragen und externe Gutachten erst einzuholen, wenn die Reihung der Bewerber/innen danach noch immer nicht nachvollzogen werden kann;
- 2.) externe Gutachten nur zur Unterstützung der Begutachtungskommissionen, nicht aber unter Ausschaltung derselben heranzuziehen.

Wien, im Februar 2010