

Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

Senat I

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. 53/2007, festzustellen, dass er durch die Besetzung der Funktion Leitung der Abteilung ... im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMeiA) mit B (= bestellte Mitbewerberin) aufgrund des Geschlechtes und aufgrund des Alters gemäß § 4 und § 13 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass sowohl A als auch B in höchstem Maß für die Ausübung der Funktion geeignet sind. Da der Anteil von Funktionsträgerinnen im Bereich des BMeiA unter 40% liegt, war entsprechend dem Frauenförderungsgebot B mit der Leitung der Abteilung zu betrauen. Ihre Bestellung stellt daher keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes oder des Alters von A 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, er sei bei der Besetzung der Funktion Leitung der Abteilung ... im BMeiA übergangen, die Stelle sei mit B besetzt worden. Seiner „Replik an den Personalchef des BMeiA“ seien „eigentlich schon alle wesentlichen Argumente, die meine Übergehung und die Ernennung der jungen Kollegin B als nicht korrekt erscheinen lassen“ zu entnehmen, es gebe „im ganzen Außenministerium keinen A-Beamten, der über längere und reichere Erfahrung im ... verfügt als ich, was auch in dem für die Zusammenarbeit mit dem ... wichtigsten anderen Ressort, dem BM f. Inneres, bekannt ist und so gesehen wird. Bis zum Beweis des Gegenteils sehe ich daher eine deutliche und sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung einer weiblichen Kollegin durch meine weibliche Bundesministerin.“ In seiner „Replik“ an den Leiter der Personalabteilung führte A aus, seine um Jahre jüngere Kollegin könne nicht annähernd seine einschlägige Erfahrung nachweisen, es handle sich bei der Bestellung von B um eine „Gender-Diskriminierung“ zu Ungunsten eines wesentlich höher qualifizierten Mannes, wobei auch klar erkennbar sei, dass man ihn vorzeitig in die Pension drängen wolle.

Dem Antrag sind die Ausschreibung für die gegenständliche Funktion, die Bewerbung von A inklusive Lebenslauf und das ablehnende Schreiben des BMeiA angeschlossen.

Die Ausschreibung lautet:

„Öffentliche Ausschreibung

gemäß §§ 1 und 2 des Ausschreibungsgesetzes 1989, ..., der Funktion der Leitung der Abteilung ... im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten

Voraussetzung für die Bewerbung sind neben der Erfüllung der allgemeinen Ernennungserfordernisse gem. § 4 BDG, BGBl. Nr. 333/1979 in der geltenden Fassung,

- eine abgeschlossene Hochschulbildung gemäß Ziffer 1.16 der Anlage 1 zum BDG 1979 sowie der Nachweis der persönlichen und fachlichen Eignung für die Verwendung im höheren Dienst gemäß § 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Aufgaben und Organisation des auswärtigen Dienstes – Statut, BGBl. I Nr. 129/1999;
- umfassende Kenntnisse ..., sowie der einschlägigen österreichischen Rechtsvorschriften;

- eingehende praktische Erfahrung in Fragen ... auf Grund einschlägiger beruflicher Tätigkeit im In- und Ausland;
- ausgeprägte organisatorische Fähigkeiten, besonderes Verhandlungsgeschick und langjährige Praxis im Umgang mit österreichischen Behörden sowie mit Vertretern fremder Staaten und internationaler Organisationen;
- nachweisliche Eignung zur Menschenführung;
- vollkommene Beherrschung der englischen und französischen Sprache.

Der Aufgabenbereich der Abteilung ... umfasst

Das Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten ist bemüht, den Anteil von Frauen in Leitungsfunktionen zu erhöhen und lädt daher nachdrücklich Frauen zur Bewerbung ein. Nach § 11c B-GlBG werden Frauen, die gleich geeignet wie männliche Bewerber sind, bei der Betrauung mit der Funktion bevorzugt.

Es wird erwartet, dass der Bewerber/die Bewerberin, der/die mit der Funktion, die gem. § 137 BDG 1979 der Funktionsgruppe A 1/6 zugeordnet ist, betraut wird, von sich aus für die Dauer von etwa vier Jahren keine andere Verwendung anstreben wird. ...“

Die Bewerbung lautet:

„... Ich bewerbe mich innerhalb offener Frist für die Leitung der Abt. ... im BMfeiA. Beigefügt sind mein Lebenslauf und eine Würdigung meiner Tätigkeit aus einer Diplomatenzeitschrift des Jahres ...

Zu der gegenständlichen Bewerbung gibt es kaum noch etwas hinzuzufügen. Alle in der Ausschreibung angeführten Erfordernisse habe ich in insgesamt 11-jähriger Tätigkeit erfolgreich unter Beweis gestellt.

...

Der Lebenslauf von A stellt sich wie folgt dar:

...

Mit Schreiben vom ... wurde A mitgeteilt, dass „aufgrund des Vorschlages der Begutachtungskommission die Frau Bundesministerin einen anderen Bewerber/eine andere Bewerberin mit der Leitungsfunktion betraut hat.“ Mit Dienstzettel und Runderlass, ebenfalls vom ..., wurde mitgeteilt, dass B mit der Leitung der Abteilung betraut worden sei.

In seinem den Antrag ergänzenden Schreiben vom ... an die B-GBK verwies A auf seine „einschlägigen Leistungen“ und führte Bezug nehmend auf seine Tätigkeit als

stellvertretender ... in Wien von ... bis ... aus, ... sei eine echte Leitungsfunktion, weil ihm drei ..leiter zur Seite stehen.

...

Für Nachwuchs-Beamte habe er Vorträge über ... gehalten. 2001 sei er wieder in der ... tätig gewesen, er sei C als ... nachgefolgt.

...

Abschließend bemerkte A, dass es „in unserem Haus niemanden mit intensiverer und reicherer Erfahrung in diesem Bereich gibt“.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMeiA mit ... die Stellungnahme zur Beschwerde von A. Darin wurde ausgeführt, es seien fünf Bewerbungen eingelangt, und die gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 des Ausschreibungsgesetzes eingerichtete Kommission unter dem Vorsitz von C habe die Bewerbungsgesuche, insbesondere die darin von den Bewerbern und Bewerberinnen angeführten Gründe, geprüft. Alle Bewerber/innen hätten die formalen Bewerbungsvoraussetzungen erfüllt. Die Begutachtungskommission habe der Ressortleitung einen einstimmigen Vorschlag unterbreitet, B sei als einzige als in höchstem Maße geeignet qualifiziert gewesen. Die Ressortleitung sei dem Vorschlag der Kommission gefolgt. Die Frage der Gleichbehandlung bzw. der Bevorzugung einer weiblichen Bewerberin stelle sich im vorliegenden Fall nicht. Die von der Kommission – als einzige und einstimmig - bestgereichte Bewerberin sei mit der ausgeschriebenen Funktion betraut worden. Dem Vorwurf von A, die Bestellung von B sei aufgrund einer „Quotenregelung“ erfolgt, könne nicht gefolgt werden, da B als einzige Bewerberin als in höchstem Maße geeignet qualifiziert worden sei. A verfüge über einschlägige Erfahrungen in der Abteilung ..., B verfüge über „wesentlich rezentere Erfahrungen“ in der organisatorischen und inhaltlichen Vorbereitung von internationalen Großereignissen. Sie verfüge über langjährige Erfahrungen im ... und sei auch dort in die Vorbereitung eingebunden gewesen. Im Laufe ihrer Karriere sei sie der Abteilung zugeteilt gewesen, und sie habe in verschiedenen anderen Abteilungen entsprechende Erfahrungen mit Angelegenheiten der Abteilung, gesammelt.“

A sei, den Prinzipien der Mobilität und Rotation entsprechend, vom Leiter der Personalabteilung früh informiert worden, dass nach einer 5-jährigen (üblich seien 4 Jahre) Verwendung als ...auch mit einer Einberufung in die Zentrale zu rechnen sei. Leitungsfunktionen im In- und Ausland würden gemäß dem Ausschreibungsgesetz aus-

geschrieben. Die Behauptung, dass A in den Ruhestand „gedrängt“ werden sollte, entbehre jeglicher Grundlage. Gemäß § 15 des BG über Aufgaben und Organisation des auswärtigen Dienstes– Statut, BGBl. I Nr. 129/1999 - habe die regelmäßige Versetzung oder Dienstzuteilung der Bediensteten des auswärtigen Dienstes zu einer anderen Dienststelle im In- oder Ausland (Mobilitätsprinzip) nach den dienstlichen Erfordernissen und unter Bedachtnahme auf ihre nach Art, Dauer und Belastung unterschiedlichen Einsätze in insgesamt möglichst ausgewogener Weise zu erfolgen (Rotationsprinzip). Die Dienstbehörde habe weder die Möglichkeit noch die Absicht, A vorzeitig in den Ruhestand zu versetzen. Es werde angemerkt, dass Bedienstete des BMeiA der Natur des Dienstes entsprechend keinen Versetzungsschutz genießen, und dass im Bundesdienst generell kein Anspruch auf Betrauung mit einer ganz bestimmten Funktion bestehe.

Der Stellungnahme des BMeiA ist die Bewerbung von B angeschlossen. Sie begründet ihre Eignung für die Funktion wie folgt:

Durch ihre Funktionen als Erstzugeteilte an den österreichischen Botschaften ... sei sie mit ... Fragen bestens vertraut. Sie habe bereits bei Eintritt in den höheren auswärtigen Dienst durch ... Monate in der Abteilung Erfahrungen in den von dieser Abteilung zu betreuenden Bereichen erwerben können, und später auch während eines Jahres im Darüber hinaus sei sie ... für kurze Zeit der Abteilung ... zugeteilt worden, um die ...verhandlungen mit der ... zu betreuen. Hinsichtlich der Menschenführung verweise sie auf ihre Erfahrungen insbesondere als Erstzugeteilte an einer der größten bilateralen Botschaften, nämlich die österreichische Botschaft ..., sowie auf ihre aktuelle Funktion. In dieser sei die größte Herausforderung bisher die inhaltliche Vorbereitung des ...Gipfels im ... gewesen, für die es gegolten habe, ein kleines Team durch entsprechende Motivation zu Höchstleistungen anzuspornen und effizient zu führen. Zu den Sprachkenntnissen ist ausgeführt, dass sie 3 Sprachen „exzellent“ in Wort und Schrift beherrsche und sehr gute Kenntnisse in 2 anderen Sprachen sowie Grundkenntnisse in ... habe. Zuletzt verweist die Bewerberin auf ihre jahrelange Tätigkeit im Kabinett des Bundesministers ...

Der Lebenslauf von B stellt sich wie folgt dar:

...

Im Gutachten der Begutachtungskommission ist einleitend ausgeführt, dass der Bewerber und die Bewerberin aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeiten im BMeiA über einschlägige berufliche Erfahrungen verfügen und sie für die Wahrnehmung der ausgeschriebenen Funktion als geeignet anzusehen seien. Es sei nun eine Abwägung vorzunehmen. Bezüglich A ist festgehalten: „A ist seit dem ... Missionschef der ÖB ... Zuvor war er vom ... bis ... in der Abteilung ... tätig; im Jahr ... war er zugleich interimistischer AL ... und stellvertretender Bisherige Auslandsverwendungen: ...

Bezüglich B ist festgehalten: B ist seit dem ... Abteilungsleiterin. Zuvor war sie an der ÖB ... tätig.

Die Kommission kommt nach entsprechender Diskussion überein, dass die obgenannten Bewerber und Bewerberinnen für die Funktion geeignet sind und die Bewerberin A aufgrund seiner/ihrer bisher erbrachten Leistungen und der nachgewiesenen Fähigkeit zur Leitung der Abteilung ... als in höchstem Maße geeignet angesehen ist. Die Kommission kommt deshalb einstimmig überein, der Frau Bundesministerin A zur Betrauung mit der ausgeschriebenen Funktion vorzuschlagen.“

In der Sitzung der B-GBK am ... führte A aus er sei mehr als .. Jahre damit befasst gewesen. Er habe sich, im Alter von ...Jahren und nachdem ca ... Bewerbungen für Auslandsposten abgelehnt worden seien, damit abgefunden, nach Wien zurückzukehren und habe sich um die Funktion des ... beworben. Die Feststellung in der Stellungnahme des BMeiA an die B-GBK, B sei die bestqualifizierte Bewerberin gewesen, könne nur eine maßlose Übertreibung sein, sie sei geradezu ein Hohn angesichts der Tatsache, dass er sich in seiner ...jährigen Tätigkeit im Bereich ...bewährt habe. Auf die Bemerkung in der Stellungnahme, B verfüge über „wesentlich rezente-re Erfahrungen“, wolle er gar nicht eingehen, denn deren Tätigkeit im Rahmen des ...Gipfels sei nur ein „Punkterl“ im Bereich Er habe als Botschafter in ... eine wichtige Funktion wahrgenommen, denn immerhin sei Österreich in ... erster Investor, und der Botschafter sei aufgrund der wirtschaftlichen Zusammenarbeit ein wichtiger Gesprächspartner. Den Erfahrungen von B im Kabinett ... und in der Vorbereitung politischer Großereignisse sowie ihrer Tätigkeit in den Abteilungen ... stehe seine ...jährige Tätigkeit in der ...abteilung gegenüber. Er habe ...usw, er habe also im Bereich ... wirklich alles gemacht. Er sei über die Entscheidung des Dienstgebers

sehr betroffen gewesen, mit ... sei er in Pension gegangen. Das Verfahren vor der B-GBK sei ihm „moralisch“ sehr wichtig.

Der Vertreter des BMeiA führte aus, die Frau Bundesministerin habe die Entscheidung auf Basis des Gutachtens der Begutachtungskommission getroffen. Die Kommission habe aus zwei weiblichen und zwei männlichen Mitgliedern bestanden, Vorsitzender sei der ..., er habe dieser Kommission nicht angehört. Die Kommission habe einen einstimmigen Vorschlag unterbreitet, und diesem sei die Frau Bundesministerin gefolgt. B sei aus dem Bewerbungsverfahren als die in höchstem Ausmaß geeignete Bewerberin hervorgegangen, die übrigen Bewerber/innen seien als in hohem Ausmaß geeignet beurteilt worden. A sei also die Eignung zur Leitung der Abteilung ... nicht abgesprochen worden. Eine Diskriminierung aufgrund des Alters von A liege nicht vor. Laut Statistik habe das Pensionsantrittsalter im BMeiA im Jahr 2006 63,8 Jahre betragen, 2007 sei das Durchschnittsalter nur geringfügig niedriger. Es gehöre nicht zur Tradition des Hauses, Menschen in die Pension „zu drängen“, was A implizit behauptete. Der Nachfolger von A in der Botschaft ... z.B. sei mit 62 Jahren mit der Funktion betraut worden. Die Kritik des Rechnungshofes wegen hoher Umzugskosten nehme man bewusst in Kauf. Für die Leitung der Abteilung ... haben sich sowohl ältere als auch jüngere Bedienstete als B beworben. Die Frage des Alters spiele auch aufgrund des Rotationsprinzips und der kurzen Verweildauer in einer Funktion ohnehin eine viel geringere Rolle als in anderen Ressorts. Im Übrigen werde im BMeiA das „Generalistenprinzip“ gelebt, das Thema Spezialisierung spiele nur eine sehr, sehr geringe Rolle. Das ... sei eine zentrale Funktion des Hauses, es handle sich aber nicht um einen Bereich, der nur von einer bestimmten Gruppe von Bediensteten wahrgenommen werden könnte. Die überwiegende Anzahl der Abteilungen sei für alle Bediensteten „erreichbar“, es bestehe eine sehr hohe Fluktuation zwischen den Sektionen, die durchschnittliche Karriere verlaufe über zwei bis vier Sektionen.

Auf die Frage, ob ein Hearing veranstaltet worden sei, antwortete der Vertreter des BMeiA nein, im Allgemeinen werde aus Gründen der Chancengleichheit davon abgesehen, denn es sei aus Kostengründen nicht möglich, auch Kolleginnen und Kollegen aus dem Ausland einzuladen. Überdies werde jeder Arbeitsplatz im Schnitt alle drei Jahre ausgeschrieben, es seien also pro Jahr zwischen 40 und 70 Bewerbungs-

verfahren durchzuführen, für jeden zu besetzenden Posten ein Hearing zu veranstalten, wäre ausgesprochen zeitaufwendig.

Die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen führt aus, sie habe die Arbeit von A in höchstem Maße geschätzt, die Besetzung der Position mit B sei aber eine ausgezeichnete Wahl. Das Problem sei grundsätzlich die Anwendung des Ausschreibungsgesetzes. -Die Bediensteten würden aufgefordert ihre Qualifikationen darzulegen, was den Eindruck erwecke, dass es bei der Auswahl allein darauf ankomme, wie lange jemand etwas gemacht habe. Ein moderner Verwaltungsbetrieb habe aber auch andere Erfordernisse, ein modernes Management sei mitunter mit Hierarchie nicht vereinbar. Für sie selbst sei es vollkommen klar, dass man jüngeren Kollegen und Kolleginnen eine Chance geben müsse.

Zur Frage, wie viele Bedienstete ... zu führen habe und wie die Kenntnisse und Fähigkeiten - im Sinne des Ausschreibungsgesetzes - gewichtet gewesen seien, führte der Vertreter des BMeiA aus, es seien - ohne Support-Personal - ca ... Personen zu führen. Die zweite Frage könne er nicht beantworten, da er nicht Mitglied der Begutachtungskommission gewesen sei, ihm sei auch nur das Gutachten übermittelt worden, nicht das Sitzungs.... Das Ausschreibungsgesetz bzw. dessen Novelle sei für den gegenständlichen Fall noch nicht anwendbar gewesen. Im Übrigen sehe das Gesetz vor, dass es nicht nur auf die fachliche und persönliche Eignung ankomme, sondern dass auch die Prinzipien der Mobilität und der Rotation zu berücksichtigen seien.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A führte aus, es sei nicht nachvollziehbar, dass sich der Vertreter des BMeiA darauf berufe, nicht Mitglied der Begutachtungskommission gewesen zu sein, denn diese Kommission sei der Frau Bundesministerin zuzurechnen. Sie habe darauf zu achten, dass bei Bestellungen weder durch sie, noch durch eine von ihr eingesetzte Kommission diskriminiert werde. Sie hätte also die von der Kommission vorgenommene Reihung zu überprüfen gehabt. Der Rechtsanwalt von A stellte die Frage, ob der Frau Bundesministerin das Gutachten oder nur die Reihung vorgelegt worden sei, und ob sie die Besprechungs- bzw. Beratungs...e erhalten habe, oder ob ihr zumindest deren Inhalt vorgetragen worden sei. Er würde gerne Einsicht in dieses Gutachten nehmen, andernfalls wäre der Grundsatz eines

fairen Verfahrens nicht eingehalten. Für den Fall, dass keine Einsicht gewährt werde, ersuche er um die Befragung des Vorsitzenden der Kommission.

Der Vertreter des BMeiA replizierte, dem Ausschreibungsgesetz sei nicht zu entnehmen, dass die inhaltlichen Erwägungen der Begutachtungskommission mitzuteilen seien. Die ...e seien – jedermann gegenüber – vertraulich, auch die Ressortchefin/der Ressortchef bekomme die Beratungs...e nicht.

Die Vorsitzende des Senates erläuterte, dass das Gutachten der Begutachtungskommission aus Datenschutzgründen nicht zur Verfügung gestellt werde, sie könne aber mündlich mitteilen, dass es nur den Ausschreibungstext, die Besetzung der Begutachtungskommission, die Aufzählung der Bewerber/innen und eine kurze Zusammenfassung der bisher ausgeübten Tätigkeiten bzw. Funktionen der Bewerber/innen sowie die Feststellung, dass B die geeignetste Bewerberin sei, enthalte. Zum Vorbringen vom Vertreter des BMeiA, das durchschnittliche Pensionsantrittsalter sei im BMeiA relativ hoch, bemerkte rechtsfreundliche Vertreter von A, dass dieser Umstand eine Altersdiskriminierung im Einzelfall nicht ausschließe. Die Qualifikation von A für die gegenständliche Funktion sei jedenfalls nach sachlichen Maßstäben höher als jene der Mitbewerberin, weswegen das Gutachten der Begutachtungskommission zu hinterfragen sei. A verwies diesbezüglich auf sein Schreiben an die B-GBK vom ..., in dem er in 12 Punkten seine Leistungen und Erfahrungen dargestellt habe.

Auf die Frage nach der Anzahl der Abteilungsleiter und Abteilungsleiterinnen antwortet der Vertreter des BMeiA, er habe die Daten nicht parat, die 40 %-Quote für Frauen sei jedenfalls nicht erfüllt.

Die Vorsitzende des Senates führte aus, dass es die Aufgabe der Kommission sei, zu prüfen, ob und inwiefern die Feststellungen über die jeweilige Eignung nachvollziehbar seien. Der Kommission würden zwar die Bewerbungsunterlagen von B vorliegen, doch ergebe sich daraus nicht, inwiefern sie im Vergleich zu A in höchstem Maß geeignet sei. Sie ersuche daher, den Unterschied in der Eignung von B und A für die gegenständliche Stelle darzulegen.

Der Vertreter des BMeiA führte aus, man habe versucht, in der Stellungnahme an die B-GBK die Gründe für die bessere Eignung von B darzulegen. Die Ausführungen seien nicht „authentisch“, weil es ein Schriftsatz des Dienstgebers und nicht ein Schriftsatz der Begutachtungskommission sei. Es handle sich um einen „Nachvollzug

von Erwägungsgründen, in Wirklichkeit von einer Stelle, die nicht berufen ist, so etwas nachzuvollziehen.“ Aus seiner Erfahrung in verschiedenen Begutachtungskommissionen könne er sagen, dass man davon absehe, gleiche Qualifikation festzustellen, weil damit eine Abqualifizierung von Frauen verbunden sei, nämlich dadurch, dass ressortintern von der „Quotenfrau“ geredet werde. B verfüge über einen „Strauß an Qualifikationen, der sie prädestiniert zur Leitung der Abteilung“, auch habe sie bereits eine Organisationseinheit im Inland geleitet, A habe die ... vor Jahren interimistisch geleitet.

Der Rechtsanwalt von A bemerkte dazu, es bestehe in faktischer Hinsicht kein Unterschied zwischen interimistischer und definitiver Leitung. Überdies handle es sich bei der Leitung einer Botschaft um die Leitung einer größeren Organisationseinheit. Abschließend wiederholte er sein Ersuchen, C zu befragen.

Die B-GBK fasste den Beschluss, C in seiner Funktion als Vorsitzender der Begutachtungskommission zur Befragung einzuladen.

In der Sitzung am ... führte C auf die Frage, wie die Begutachtungskommission anhand der Lebensläufe von B und A die bessere Eignung von B festgestellt habe, aus, die Kommissionsmitglieder seien einstimmig zu dem Ergebnis gekommen, die Bewerberin der Frau Bundesministerin als bestgeeignete zur Besetzung der Planstelle vorzuschlagen. Mit dieser Beurteilung komme nicht zum Ausdruck, dass A für die Leitung der gegenständlichen Abteilung nicht geeignet wäre. Er kenne A, er sei sein Nachfolger als ... gewesen, er habe die Funktion vom ... bis ... interimistisch ausgeübt. Daraus könne man aber nicht ableiten, dass die Aufgabe noch einmal übertragen werden müsse. A sei zuletzt Botschafter in ... gewesen, was eine ausgezeichnete Position sei. Zum Zeitpunkt der Beurteilung sei man aber der Meinung gewesen, dass B für die Leitung der ...abteilung am besten geeignet sei.

Auf die Frage, welches Kriterium oder welche Kriterien den Ausschlag für die Beurteilung gegeben haben, antwortete C, die Kommissionsmitglieder seien zu der Ansicht gelangt, dass B auf Grund ihrer Ausbildung, ihrer bisherigen Verwendung, ihrer Persönlichkeit und auch vom Alter her für die Funktion am besten geeignet sei.

Auf die Frage, ob man die ...abteilung als eine besondere Abteilung des Ministeriums bezeichnen könne, antwortete C, ja, es handle sich mit ... Mitarbeiter/innen um eine große Abteilung, und die Tätigkeit sei mit vielen Reisen und mit Arbeitstagen von 12 bis 14 Stunden, also mit einer hohen körperlichen Belastung, verbunden. Der

...sei daher und auch weil die Funktionsausübung 4 bis 5 Jahre dauern sollte, immer ca 50 Jahre alt gewesen. A sei zum Entscheidungszeitpunkt ...(*wesentlich älter*) Jahre alt gewesen.

Auf die Frage, ob B „eingehende praktische Erfahrung in Fragen der ...“ habe, antwortete C, ja, „absolut“, sie habe im ... viel damit zu tun gehabt, sie sei Abteilungsleiterin im Außenministerium und in einer Reihe von Verwendungen im Ausland gewesen, „sie kann das“.

Auf die Frage, ob A signalisiert worden sei, dass auch das Alter eine Rolle spiele, antwortete C, nein, denn wer sich im Bereich des BMeiA um eine derartige Funktion bewerbe, wisse, dass die Funktionsausübung für 4 bis 5 Jahre geplant sei. Es werde auch in vielen Ernennungsbescheiden auf die Dauer der Funktionsinhabung Bezug genommen. Er selbst sei ca 6 Jahre in der Funktion gewesen, sein Vorgänger ebenfalls. Die Tätigkeit bedürfe auch einer gewissen Einarbeitungszeit.

Auf die Frage, inwiefern B den Nachweis für die Eignung zur Menschenführung erbracht habe, antwortete C, sie habe eine sehr wichtige Abteilung geleitet. Während der EU Präsidentschaft habe er mit B zusammengearbeitet. Sie sei für den ... Dialog zuständig gewesen. ... Dass mit B zum ersten Mal eine Frau zur ... ernannt worden sei, sehe er auch als positives Zeichen. Er betone aber noch einmal, dass die Dienstbehörde mit den Leistungen von A „außerordentlich zufrieden“ sei, er wäre auch für eine andere Position im Ministerium oder auch für eine weitere Verwendung im Ausland in Frage gekommen, er habe sich aber entschlossen, in Pension zu gehen. Es sei zwar keine Regel, aber der Normalfall, dass man die letzten 8 Jahre vor der Pension zwei Missionschefposten im Ausland bekleide und eben nicht die Leitung einer Abteilung in der Zentralstelle übernehme. Der Umstand, dass A die angestrebte Funktion nicht übertragen bekommen habe sei, wie gesagt, keine „Abqualifizierung“, es sei einfach so, dass man sich bei mehreren qualifizierten Personen für eine entscheiden müsse.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes

unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 13 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis –ua- aufgrund des Alters unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Gemäß § 11c B-GIBG („Vorrang beim beruflichen Aufstieg“) sind Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten in der betreffenden Funktionsgruppe ... im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde 40% 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.

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 BMeiA für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen. Dabei kommt dem Gutachten der Begutachtungskommission und den Ausführungen der Dienstgebervertreter gegenüber der B-GBK besondere Bedeutung zu.

Das Gutachten der Begutachtungskommission enthält eine kurze Darstellung der dienstlichen Verwendungen von B und A. Auf Grund dieser seien beide für die Leitung der Abteilung ... geeignet, und es sei „eine Abwägung vorzunehmen“ gewesen. Der Inhalt der „Abwägungen“ geht aus dem Gutachten nicht hervor, es heißt bloß, man sei nach „entsprechender Diskussion“ übereingekommen, dass B „aufgrund ihrer erbrachten Leistungen und der nachgewiesenen Fähigkeit zur Leitung der Abteilung ... als in höchstem Maß geeignet“ anzusehen sei. Worin nun der Unterschied in den Leistungen und der Fähigkeit zur Leitung der Abteilung von B und A besteht, al-

so die Leistungen und Fähigkeiten von B im Vergleich zu jenen von A als „höherwertig“ anzusehen wären, ist dem Gutachten nicht zu entnehmen.

Auch der Dienstgebervertreter konnte bei seiner Befragung durch die B-GBK keine Auskunft über einen Vergleich der Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerberin und des Bewerbers geben, er sei nicht Mitglied der Begutachtungskommission gewesen, ihm sei auch nur das Gutachten übermittelt worden, nicht das Sitzungs....

C begründete die Entscheidung zu Gunsten von B mit ihrer Ausbildung, ihrer bisherigen Verwendung, ihrer Persönlichkeit und auch mit ihrem Alter.

Die B-GBK hält dazu fest:

B war von ... (Eintritt in den auswärtigen Dienst) bis ... in der Abteilung ... tätig, danach im ... und später in der Abteilung ..., Mitarbeiterin im Kabinett des ..., Mitarbeiterin in diversen österreichischen Botschaften. Seit ... leitete sie die Abteilung ...

A war insgesamt rund ... Jahre in der Abteilung ... tätig, davon ...Jahre als stellvertretender ... und ...Jahr (interimistisch) als Er hat über viele Jahre Österreich in verschiedenen Staaten als Botschafter vertreten.

Nach einer Gegenüberstellung der beruflichen Laufbahnen der Bewerberin und des Bewerbers ist für die B-GBK ein „Qualifikationsvorsprung“ von B gegenüber A nicht erkennbar. Die Begründung in der Stellungnahme an die B-GBK, nämlich B verfüge über „wesentlich rezentere Erfahrungen“ in der Vorbereitung von ... - vermag angesichts des Umstandes, dass A als (stellvertretender) ... und als Botschafter kontinuierlich über Jahre hinweg (Groß)Ereignisse organisiert hat, nicht zu überzeugen.

Es ist sachlich nicht nachvollziehbar, dass A nicht auch als in höchstem Maß für die Leitung der Abteilung ... geeignet erachtet wurde. Im Übrigen scheint die Begutachtungskommission und/oder die Dienstbehörde selbst nicht vollkommen von der Feststellung über das Maß der Eignung überzeugt zu sein, denn der Dienstgebervertreter führte zur Frage, worin nun konkret der Eignungsvorsprung von B bestehe, aus, der Dienstgeber vermeide die Feststellung gleicher Eignung einer Bewerberin und eines Bewerbers, um zu verhindern, dass bei der Betrauung von Frauen abfällig von „Quotenfrauen“ geredet werde.

Eine Diskriminierung von A auf Grund des Geschlechtes liegt jedoch nicht vor, da B auf Grund der Anwendbarkeit des Frauenförderungsgebotes (die Anzahl der Abteilungsleiterinnen im BMeiA liegt unter 40%) auch mit der Funktion zu betrauen gewesen wäre, wenn die Berufungskommission A die Eignung in höchstem Maß attestiert hätte.

Zum Vorbringen von A, dass man ihn „in die Pension gedrängt“ habe, also bei der Personalentscheidung auch das Alter eine Rolle gespielt habe, wird festgehalten, dass C aus eigener Erfahrung heraus die speziellen Anforderungen an die physische Verfassung des ...dargelegt hat (in der Regel Arbeitstage von 12-14 Stunden). In Anbetracht der überdurchschnittlich hohen Belastung, die mit der gegenständlichen Funktion verbunden ist, ist es sachlich gerechtfertigt, wenn das Alter als ein Aspekt der Eignung in die Auswahlentscheidung mit einfließt. Eine Diskriminierung auf Grund des Alters im Sinne des § 13 B-GIBG liegt in diesem Fall nicht vor.

Wien, im Dezember 2008