

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragstellerin), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.g.F., festzustellen, dass sie durch die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung um die Leitung des ... bei der Bundespolizeidirektion (BPD) X aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A stellt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Antragstellerin gemäß 4 Z 5 B-GIBG und eine Verletzung des Frauenförderungsgebotes gemäß § 11c B-GIBG dar.

B e g r ü n d u n g

A's Antrag (übermittelt von der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMI, G,) langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Die Antragstellerin führte aus, dass sie seit ... Jahren stellvertretende Leiterin des ...es sei, und davon ... Jahre das ... tatsächlich geleitet habe.

Aufgrund des Vorschlages des Polizeidirektors B sei C zum Leiter des ... bestellt worden. Sie könne nicht nachvollziehen, wie die Behörde zu dem Ergebnis gekommen sei, dass er besser geeignet sei. Im Laufe ihrer ...jährigen Tätigkeit sei ihr nie von einem Vorgesetzten mitgeteilt worden, dass man in irgendeiner Art und Weise mit ihrer Arbeit nicht zufrieden sei. Es sei auch nie ein Mitarbeitergespräch mit ihr geführt worden. Die Beurteilung ihrer Person sei in herabwürdigender Weise erfolgt.

G gab eine Stellungnahme zur geplanten Planstellenbesetzung ab. Sie führte darin aus, dass sie den Vorschlag nicht nachvollziehen könne, da A die Stellvertreterin des ...leiters und C der zweite Stellvertreter gewesen sei. A könne auch eine längere Dienstzeit auf einem A1-wertigen Arbeitsplatz vorweisen. Der Umstand, dass C die längere Bundesdienstzeit habe, da er ...bediensteter gewesen sei und die ... abgelegt habe, sei ihrer Meinung nach irrelevant, da laut Arbeitsplatzbeschreibung die Tätigkeit als ...bediensteter bzw. die Kenntnisse eines ... keine Voraussetzungen für die Leitung des ...es seien.

G monierte weiters, dass in der Zusammenfassung der Laufbahndaten die jeweiligen Sorgepflichten angeführt seien, und bei A der aktuelle Mutterschaftskarenzurlaub bis ... angeführt sei. Unabhängig davon, dass Sorgepflichten im Zusammenhang mit der Eignung für den Dienstgeber kein Kriterium sein könnten, könnte man meinen, dass der aktuelle Mutterschaftskarenzurlaub der Grund für die schlechtere Eignungsbeurteilung von A gewesen sei. Dies würde eindeutig eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes nach dem B-GIBG darstellen, da aus einem Mutterschaftskarenzurlaub kein beruflicher Nachteil erwachsen dürfe.

Mit Schreiben vom ... teilte das BMI G mit, dass es beabsichtige, dem Vorschlag des Polizeidirektors der BPD X zuzustimmen und diese Zustimmung wie folgt begründe: Im Gegensatz zu A sei es C aufgrund seiner persönlichen und fachlichen Kompetenz besser gelungen – und zwar nicht nur in der Zeit als Stellvertreter des ...leiters - die

Mitarbeiter/innen zu motivieren. Er werde wegen seiner Fach- und Konfliktlösungskompetenz sowie Konsequenz und Geradlinigkeit auch von den Mitarbeiter/innen mehr geschätzt. Er sei weiters in der Lage, Problemstellungen klarer, ruhiger und ohne Befassung von Vorgesetztenstellen oder Gremien selbständig und mustergültig zu lösen. Bei der konzeptionellen Aufbereitung und Aktenerledigung sei C aufgrund seiner profunderen Gesetzeskenntnisse belastbarer und rascher. Auch wenn er ein „fordernder“ Vorgesetzter sei, vermittele er seinen Mitarbeiter/innen das Gefühl der Verlässlichkeit und des Vertrauens. Bei aller Strenge in der Führung der Mitarbeiter/innen verstehe es C, diese aber auch selbständig arbeiten zu lassen. Zu den Aufgaben des Leiters/der Leiterin des ...es gehören ua neben der Vertretung des Abteilungsleiters auch die Erstellung von Rechtsgutachten für bestimmte Gesetze, Stellungnahmen zu Gesetzesnovellen sowie Medienarbeit. Diese Aufgaben seien von C aufgrund seiner persönlichen und fachlichen Kompetenz – ...– zur vollsten Zufriedenheit der Behörde erledigt worden. Das BMI schließe sich daher der Meinung des Polizeidirektors an.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMI mit Schreiben vom ... die Stellungnahme von B. B führte aus, dass A seit ... im ... der BPD X als Referentin und als Stellvertreterin des ...leiters Dienst versehe. C sei mit ... der BPD X dienstzugehört und mit ... zu dieser Behörde versetzt worden. Er sei ebenfalls Referent und bei Abwesenheit von A Stellvertreter des ...leiters. Beim ... handle es sich um das mitarbeiterstärkste Referat der BPD X.

Die Ausführungen von B über die Qualifikationen der Bewerberin und des Bewerbers sind in der (oben angeführten) Stellungnahme des BMI an G enthalten und müssen daher nicht wiedergegeben werden.

Das BMI übermittelte der B-GBK auch die InteressentInnensuche für die gegenständliche Funktion sowie die Bewerbungen von C und A.

In der InteressentInnensuche war der Tätigkeitsbereich wie folgt beschrieben:

Leitung des,.....,.....

Besondere Erfordernisse für die Ausübung der Funktion waren nicht genannt. Unter dem Titel „persönliche Anforderungen“ waren die üblichen Anforderungen genannt wie Genauigkeit, Engagement, Eigeninitiative, Fähigkeit zum analytischen Denken, Kompetenz zur Mitarbeiterführung, Teamfähigkeit, Organisationsvermögen ...

In der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... verwies B einleitend auf seine Stellungnahme und betonte, dass für ihn fachliche und sachliche Gründe für die Personalentscheidung ausschlaggebend gewesen seien. Aufgrund seiner Erfahrungen mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern könne er sagen, dass C für die Leitungsfunktion besser geeignet sei. Er habe die Aufgabe im ... seit 2007 hervorragend erfüllt, er habe vor allem bewiesen, dass er Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen kompetent führen könne.

Auf die Frage nach den konkreten Führungsaufgaben von C antwortete B, C habe die Mitarbeiter/innen während der Abwesenheit von A und des ...leiters D geleitet. A sei Stellvertreterin geworden, weil sie zum gegebenen Zeitpunkt neben D die einzige A1-Beamtin gewesen sei. Sie habe die Stellvertretung nur bei Abwesenheit von D auszuüben gehabt, bei Urlauben und Krankenständen, und D sei nicht oft abwesend gewesen. Im ... seien ..A2-Bediensteter, ...A3-Bedienstete und ... A4-Bedienstete tätig. Abgesehen von C arbeite also nur ein männlicher Bediensteter im ..., die übrigen Bediensteten seien Frauen. Er habe mit vielen Bediensteten Gespräche über seinen Besetzungsvorschlag geführt und große Zustimmung erhalten. Seine eigenen Erfahrungen der letzten Jahre und die Rückmeldungen der Mitarbeiter/innen hätten sich gedeckt. Man traue C die Führung eher zu als A. Er habe seinen Vorschlag dem Dienststellenausschuss vorgelegt, der aus 4 Frauen bestehe, sie hätten seinem Vorschlag einstimmig zugestimmt. Danach sei seine Entscheidung dem BMI zur endgültigen Entscheidung vorgelegt worden.

Auf den Einwand, dass C die Stellvertretungsfunktion nur in Abwesenheit von D und A gehabt habe, antwortete B, das sei richtig. In der Zeit des Karenzurlaubs von A sei C der Ansprechpartner für die Mitarbeiter/innen gewesen. Er sei ein „fordernder“ Vorgesetzter. Er lasse die Mitarbeiter/innen selbständig arbeiten, aber er fordere, dass sie etwas leisten. Das tue A auch, aber bei seinen Nachfragen habe er den Eindruck gehabt, dass Kollege C mehr fordere. Er werde auch von den Mitarbeiter/innen öfter um „Rat und Tat“ gefragt, und das nicht nur während der Abwesenheit von A. Die Ausbildung ... sei zwar kein Kriterium für die Funktion, aber eine zusätzliche Qualifikation.

Auf die Frage, wie er zu dem Ergebnis gekommen sei, dass C profundere Gesetzeskenntnisse habe, belastbarer sei usw. antwortete B, dass er als Vorgesetzter die Akten kontrollieren müsse.

Auf die Frage, ob A mit ihrer Arbeit im Verzug gewesen sei, antwortete B, wenn das so gewesen wäre, hätte er als Vorgesetzter eingreifen müssen. Man könne nicht sagen, dass irgendjemand etwas falsch gemacht habe, denn man bespreche die Akten, spreche darüber, wie jemand die Rechtslage sehe, es komme daher kaum vor, dass Fehler passieren, es könne höchstens Auffassungsunterschiede mit dem UVS geben.

Auf die Frage, welche Elemente der Objektivierung er für seine Beurteilung herangezogen habe, ob es Zahlen über die diversen Aufgabenerledigungen gebe, etwa wie viele Bescheide aufgehoben worden seien usw., antwortete B, er habe nicht definitiv erhoben, wie viele Bescheide jeweils aufgehoben worden seien. Seine Einschätzung beruhe in erster Linie auf den Ergebnissen der geführten Gespräche, und diese hätten mit seiner Einschätzung der Bewerberin und des Bewerbers übereingestimmt.

Die Vertreterin des BMI, E, führte zum Verfahren im BMI aus, dass man sich im BMI den Besetzungsvorschlag anschauen, auch bezüglich einer Zustimmung des Dienststellenausschusses (DA), dann gehe der Vorschlag an die Gleichbehandlungsbeauftragte und bei Bewerbungen von außerhalb des LPK auch an den Zentralausschuss. Man sei bei den nachgeordneten Dienststellen auf die Einschätzung der Vorgesetzten angewiesen. Unter Umständen werde bei der Behörde nachgefragt, was im gegenständlichen Fall auch passiert sei.

Auf die Frage, in wie vielen Fällen das BMI nicht dem Besetzungsvorschlag der nachgeordneten Behörde folge, antwortete E, das könne sie nicht sagen, sie sei mit diesen Angelegenheiten nicht befasst.

A führte aus, die objektiven Kriterien würden eindeutig für sie sprechen. Sie sei schon vor ihrer Tätigkeit bei der BPD X im ... mit einer Leitungsfunktion betraut gewesen. Es habe nie Probleme gegeben, niemals habe sie gehört, dass es an ihrer fachlichen oder persönlichen Kompetenz Zweifel gebe. Sie sei im Jahr ... nach X gekommen, man habe sie zur Stellvertreterin gemacht und ihr sogar für mehr als ein Jahr, als D eine andere Abteilung geleitet habe, die Leitungsfunktion übertragen. In dieser Zeit habe sie viele Agenden des ...leiters übernommen, sie habe alle ...delikte bearbeitet, Agenden, die in der Arbeitsplatzbeschreibung des Leiters stehen. Da man ein gutes Einvernehmen gehabt habe, habe sie diese Angelegenheiten (nach der Rückkehr von D in das ...) weiterhin erledigt. Im Übrigen sei keine einzige ihrer Entscheidungen vom UVS aufgehoben worden. Als B gesagt habe, dass er C als ...leiter haben wolle, sei sie ziemlich konsterniert gewesen. Auf ihre Frage nach

den Gründen und ob es etwas an ihrer Arbeit auszusetzen gebe, habe er immer mit Nein geantwortet. Sie habe öfter nachgefragt, aber B habe immer nur gesagt, es sei mehr ein „Bauchgefühl“. Sie habe gesagt, das lasse sie so nicht auf sich beruhen, woraufhin B erwidert habe, sie habe kein Rechtsmittel, sie könne ja zur Gleichbehandlungsbeauftragten gehen. Sie habe daraufhin gesagt, man werde wohl die Gleichbehandlungskommission nicht brauchen. Zu diesem Zeitpunkt, im ..., habe sie nicht gewusst, dass die Angelegenheit schon ans BMI weitergeleitet worden sei. Von der Frauenbeauftragten, die auch im DA sei, habe sie erfahren, dass die Sache schon seit einer Woche im BMI sei. Auf ihre Frage, weshalb der DA die Zustimmung gegeben habe, habe sie die Antwort bekommen, dass sie die erste auf der Liste gewesen sei, aber B erklärt habe, sie sei nicht seine erste Wahl, er wolle C. Er habe weiters gesagt, er wünsche einen „einheitlichen“ Vorschlag, denn wenn der Vorschlag nicht einheitlich sei, könne es passieren, dass das BMI eine dritte Person auswähle, möglicherweise eine Kollegin, die schon lange darauf warte, in X in den A1-Dienst aufgenommen zu werden. Darauf habe der DA ihren Namen vom Vorschlag gestrichen. Das sei alles während ihrer Karenz passiert. Sie sei dann vom zuständigen Abteilungsleiter im BMI, F, angerufen worden. Er habe ihr gesagt, er sehe zwar, dass hier einiges nicht in Ordnung sei, doch er werde sich über die Entscheidung des Behördenleiters nicht hinwegsetzen. B sei übrigens erbost darüber gewesen sei, dass sie Kontakt zu G aufgenommen habe. Er habe gesagt, dass sie ihm doch versprochen habe, nicht zur Gleichbehandlungsbeauftragten zu gehen. Offensichtlich habe er aus ihrem Satz, dass man wohl die Gleichbehandlungskommission nicht brauchen werde, geschlossen, dass sie sich nicht an die Gleichbehandlungsbeauftragte wenden werde. Zur Frage des Senates an B nach ihren Defiziten sei zu sagen, dass er gesagt habe, er müsse eine Prognose für die Zukunft abgeben. Sie sei erstaunt darüber, dass ihre Zukunftsprognose ...Jahre lang positiv gewesen sei und es jetzt nicht mehr sei. Vielleicht sei der Unterschied der, dass sie Mutter von .. Kindern und C Vater von ... Kindern sei (Anmerkung: A legte ein Gedächtnisprotokoll über das Telefongespräch mit B vom ... über seinen Besetzungsvorschlag vor). Auf die Frage ob es richtig sei, dass nie ein Mitarbeitergespräch mit ihr geführt worden sei, antwortete A mit ja.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen) unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes von ihr oder ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung der BPD X und des BMI für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Gemäß § 11c B-GIBG („Vorrang beim beruflichen Aufstieg“) sind Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des 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 45% 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.

B führte in der Begründung für seinen Besetzungsvorschlag im Wesentlichen aus, dass es C aufgrund seiner persönlichen und fachlichen Kompetenz besser gelungen sei, die Mitarbeiter/innen zu motivieren, er werde von ihnen mehr geschätzt, er sei in der Lage, Problemstellungen klarer, ruhiger sowie ohne Befassung von Vorgesetztenstellen oder Gremien selbständig zu lösen, aufgrund seiner profunderen Gesetzeskenntnisse sei er belastbarer und arbeite rascher, er habe bei der Erstellung von Rechtsgutachten und bei Stellungnahmen zu Gesetzesnovellen zur vollsten Zufriedenheit der Behörde gearbeitet, wozu die ...prüfung sowie die Arbeit in einer ... wesentlich beigetragen hätten. Den Ausführungen ist nicht zu entnehmen, worin das Plus von C gegenüber A im fachlichen Bereich besteht und im Rahmen welcher Tätigkeiten festgestellt werden konnte, dass seine Gesetzeskenntnisse profunder seien,

sodass er rascher arbeiten habe können. In der Sitzung des Senates verneinte B jedenfalls die Frage, ob A mit ihrer Arbeit im Verzug gewesen sei. Zu B's Antwort auf die Frage nach ihren Gesetzeskenntnissen und allfälligen juristischen Fehlern, nämlich dass kaum Fehler passieren, da die Akten und die Rechtslage besprochen würden, hält der Senat fest, dass es im juristischen Alltag immer wieder vorkommt, dass sich neue Rechtsfragen stellen, und es ist üblich, diese mit Vorgesetzten und Kolleginnen und Kollegen zu diskutieren. Im Allgemeinen arbeitet jeder/jede Bedienstete in seinem/ihrer Aufgabenbereich selbständig und davon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. A war von ... bis ... die einzige Juristin neben dem ...leiter (ab ... kam C dazu) und man überließ ihr für zwei Jahre (während D eine anderer Abteilung leitete) die Leitung des ...es. A übte die Stellvertretungsfunktion also nicht nur – wie B bemerkte - während Ds Urlaube und Krankenständen aus. Die von ihr in dieser Zeit übernommenen Agenden des ...leiters.....delikte überließ ihr D sogar auch nach seiner Rückkehr. Angesichts dieser Umstände und vor allem auch mangels eines konkreten Vorbringens über allfällige Mängel bei As Arbeit ist es nicht glaubhaft, dass sie über weniger profunde – für die Tätigkeit und die Leitung des ...es maßgebliche - Gesetzeskenntnisse verfügen sollte als C. Wenn C auf Grund seiner Ausbildung zum ... über breitere juristische Kenntnisse verfügt, ist das für die Beurteilung der Qualifikation für die Leitung des ...es irrelevant.

B ging auch in keiner Weise auf die Qualität von As Rechtsgutachten und auf ihre Stellungnahmen zu Gesetzesnovellen ein (die sie wohl ebenso wie C zu erstellen hatte). B legte auch nicht dar (nicht einmal beispielhaft), bei welchen „Problemstellungen“ sich gezeigt habe, dass C sie „klarer“ gelöst habe bzw. in welchen Zusammenhängen erkennbar geworden sei, dass A weniger selbständig vorgegangen sei und (unnötigerweise?) „Vorgesetztenstellen“ oder Gremien (welche?) befasst habe. Auch die Beurteilung der persönlichen Eignung beruht nicht auf einem nachvollziehbaren Vergleich zwischen C und A. C wurde als konsequent und geradlinig, streng und fordernd und doch die Mitarbeiter/innen selbständig arbeiten lassend, das Gefühl der Verlässlichkeit und des Vertrauens vermittelnd beschrieben. Eine Beschreibung von A gibt es nicht, darauf, wie sie ihre Führungsfunktion in immerhin acht Jahren wahrnahm (C hatte seit ... die Stellvertretung für den Fall der Abwesenheit von D und A, und etwa ein Jahr war er auf Grund der Karenz von A der stellvertretende Leiter) wurde überhaupt nicht eingegangen. Der Umstand, dass A vor ihrer Tätigkeit in

der BPD X bereits ... Jahre stellvertretende Abteilungsleiterin im ... war, wurde überhaupt nicht mitberücksichtigt.

Schließlich ist zu bemerken, dass Bs Vorbringen in der Sitzung des Senates, nämlich er habe mit vielen Bediensteten Gespräche geführt und große Zustimmung zu seinem Besetzungsvorschlag erhalten, man traue C die Führung eher zu, und seine eigenen Erfahrungen und die Rückmeldungen der Mitarbeiter/innen hätten sich gedeckt, für Irritation sorgte. Es ist ein allgemeines Phänomen, dass Mitarbeiter/innen ihre (potentiellen) Vorgesetzten nicht unbedingt und ausschließlich nach objektiven Kriterien beurteilen. Die Beurteilung der Qualifikationen – insbesondere selbstverständlich der fachlichen – obliegt ausschließlich den Dienstgebervorteiler/innen. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang weiters, dass A ausführte, sie habe die Information bekommen, dass sie ursprünglich die Erste auf der Liste des DA gewesen sei.

Am Rande sei bemerkt, dass nicht nachvollziehbar ist, dass B als Polizeidirektor einer langjährigen Mitarbeiterin keine Auskunft darüber gibt, aus welchen Gründen er sie trotz ihrer langjährigen Stellvertretungsfunktion und trotz nie beanstandeter Arbeit für weniger geeignet erachtet als den vergleichsweise kurze Zeit im Amt tätigen Mitbewerber.

Zusammenfassend hält der Senat fest, dass der Besetzungsvorschlag nicht auf einem Vergleich der für die Leitung des ... erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen der Bewerberin und des Bewerbers beruht. Die Begründung besteht in bloßen Feststellungen, für die es keine objektive, sachlich nachvollziehbare Grundlage gibt. Die Ausführungen sind in keiner Weise geeignet, davon zu überzeugen, dass andere als die im Antrag behaupteten geschlechtsspezifischen Motive ausschlaggebend waren.

Der Senat kommt daher zu dem Ergebnis, dass A durch die Bestellung von C zum ...leiter aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 B-GIBG diskriminiert wurde.

Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass C über die gleiche Eignung wie A verfügt, hätte A auf Grund der Anwendbarkeit des Frauenförderungsgebotes die Funktion übertragen werden müssen. Die Entscheidung zu Gunsten von C stellt daher auch eine Verletzung des Frauenförderungsgebotes gemäß § 11c B-GIBG dar.

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

Empfehlungen:

- Den Vorgesetzten an der BPD X wird empfohlen, gemäß den Bestimmungen des BDG Gespräche mit den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen zu führen.
- Dem BMI wird empfohlen, dafür Sorge zu tragen, dass diese Gespräche bundesweit geführt werden.

Wien, im März 2012