

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes  
Senat I**

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 Reihung an die zweite Stelle des Vorschlages der Begutachtungskommission zur Besetzung der Funktion der stellvertretenden Leitung der Abteilung X beim ..., Landesstelle Z, und in der Folge durch die definitive Stellenbesetzung mit B aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden sei und dass auch das Frauenförderungsgebot gemäß § 11c B-GIBG verletzt worden sei, folgendes

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

*beschlossen:*

*Die Bestellung von B zum stellvertretenden Leiter der Abteilung X stellt eine Diskriminierung von A auf Grund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.*

## B e g r ü n d u n g

Der Antrag von A langte am ... (per Mail) bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. A führte aus, sie habe sich aufgrund der Ausschreibung der Funktion der stellvertretenden Leitung der Abteilung X beim ... (BSA), Landesstelle Z, im ... beworben. Die Landesstelle Z habe ...Abteilungen. Nur eine Abteilung werde von einer Frau geleitet, und es gebe nur eine stellvertretende Abteilungsleiterin. Die gegenständliche Funktion sei bisher von einer Frau ausgeübt worden.

Laut Ausschreibung seien folgende Aufgaben mit dem Arbeitsplatz verbunden: Planung, Organisation und Überwachung des Dienstbetriebes im Geschäftsbereich der Abteilung in Vertretung (bei Abwesenheit bzw. über Delegation) des Leiters/der Leiterin. Zum Geschäftsbereich der Abteilung X gehöre die ..... Der Arbeitsplatz sei mit v1/1 bzw. A1/1 bewertet. Voraussetzung für die Betrauung mit der Funktion sei die Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A1, oder im Fall einer besonderen Eignung die Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A2 gewesen.

Von den Bewerbern/Bewerberinnen seien besondere Kenntnisse in den (Rechts-) Materien, die im Geschäftsbereich Anwendung finden, Organisationstalent, strategisches Denken, Zielorientiertheit und Entscheidungsfähigkeit, sowie die Eignung zur Menschenführung, Teamfähigkeit und soziale Kompetenz erwartet worden. Kenntnisse in allen Vollzugsbereichen des BSA, Kenntnisse der dienstrechtlichen Bestimmungen, besuchte Seminare zum Erwerb bzw. zur Erweiterung von Managementkompetenzen und Erfahrungen aus einschlägigen qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika im Gesamtausmaß von mindestens 6 Monaten in einem Tätigkeitsbereich außerhalb der Dienststelle seien erwünscht gewesen. Die Bewerber/innen seien aufgefordert worden, die Gründe für die Eignung schriftlich darzulegen, darüber hinaus sollte zu Fragen der Frauenförderung und Gleichbehandlung Stellung genommen werden. Frauen seien nachdrücklich zur Bewerbung eingeladen worden, auf die Anwendung des Frauenförderungsgebotes gemäß § 11c B-GIBG sei ausdrücklich hingewiesen worden.

A führte aus, es hätten sich insgesamt sechs Personen beworben und zwar fünf Frauen und ein Mann. Vier Bewerberinnen sowie der erstgereichte Bewerber B seien Bedienstete der Landesstelle Z gewesen, wobei zwei Bewerberinnen bereits in der

Abteilung X tätig gewesen seien. Sie gehöre nicht dem Personalstand des BSA an, sie sei stellvertretende .... Diese sei organisatorisch dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAK) zugeordnet, der Sitz sei in Wien. Aus privaten Gründen habe sie ihren Lebensmittelpunkt nach Z verlegen wollen. Die Antragstellerin führte weiter aus, sie sei seit ... Jahren im Ressort tätig und habe einschlägige Erfahrungen im gesamten Fachbereich. Sie habe das Studium der Rechtswissenschaften inklusive Zusatzausbildungen abgeschlossen und die „...“ absolviert. Sie verfüge über eine zweijährige Erfahrung in leitender Funktion (Fach- und Dienstaufsicht). Bezüglich ihrer Führungskompetenzen verweise sie auf die angeschlossenen Referenzen. Sie habe besondere Kenntnisse des Dienstrechtes, und zur Weiterentwicklung ihrer sozialen Kompetenzen habe sie zahlreiche Aus- und Weiterbildungen absolviert (Mediations- und Trainerausbildung). Sie habe auch den Führungskräftelehrgang und Seminare zum Erwerb von Managementkompetenzen absolviert. Nach einigen Jahren als Frauenbeauftragte sei sie seit ... stellvertretende Gleichbehandlungsbeauftragte. Sie habe Erfahrungen aus einschlägigen qualifizierten Tätigkeiten in einem Tätigkeitsbereich außerhalb der Dienststelle, nämlich aus ihrer Arbeit in der ...des BMAK, in der ... und aufgrund ihrer Vortragstätigkeit. Ihr derzeitiger Arbeitsplatz sei mit A1/2 höher bewertet als die ausgeschriebene Funktion. Zu ihren Qualifikationen im Detail verweise sie auf die Bewerbungsunterlagen (der B-GBK vorgelegt).

Ihr Mitbewerber B sei in der Fachabteilung ... des BSA, Landesstelle Z, tätig. Er habe zwar aufgrund seiner Approbationsbefugnis die Fachaufsicht gegenüber anderen Referenten/Referentinnen, aber keine leitende Funktion. Er sei viele Jahre als Personalvertreter tätig gewesen. Bezüglich der Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe v/A2 sei auf die in der Ausschreibung genannten Voraussetzungen der besonderen Eignung hinzuweisen.

Zum Auswahlverfahren führte A aus, dass am ... eine Anhörung stattgefunden habe. Einige der gestellten Fragen hätten sich auf Interna der Landesstelle bzw. der Abteilung bezogen, wodurch sie, da sie nicht der Organisationseinheit angehöre, benachteiligt worden sei. Dennoch habe sie sämtliche Fragen korrekt beantwortet. Diese Fragen habe auch ein Mitglied der Begutachtungskommission kritisiert. Die Fragen hätten den Zweck gehabt, B an die erste Stelle reihen zu können. Zu bemerken sei, dass sie bei der Beantwortung mancher Fragen ihr Wissen nicht in vollem Umfang

präsentieren habe dürfen, sondern unterbrochen worden sei. Im Folgenden listete die Antragstellerin die gestellten Fragen auf.

A führte weiters aus, dass nach Anhörung der letzten Bewerberin die Sitzung der Begutachtungskommission unterbrochen worden sei. Nach der Mittagspause sei die Abstimmung erfolgt.( ...). Die vier stimmberechtigten Mitglieder hätten für jede Bewerberin und den Bewerber eine gewisse Punkteanzahl (ohne Begründung) auf einem Zettel notiert. Von jedem Kommissionsmitglied seien bis zu 72 Punkten pro Bewerber/Bewerberin zu vergeben gewesen und zwar jeweils 24 Punkte für jede der drei gleich zu gewichtenden Kategorien von Kenntnissen und Fähigkeiten. Der Schriftführer habe die Gesamtpunkteanzahl der Bewerberinnen und des Bewerbers ermittelt und bekannt gegeben. Dann sei die Zuordnung entsprechend der jeweiligen Gesamtpunkteanzahl zu den Kategorien in höchstem, in hohem und in geringerem Ausmaß geeignet, erfolgt. Sie habe erfahren, dass keine Beratung in der Kommission stattgefunden habe.

Aufgrund der Anhörung habe sich A beim ... C beschwert. Weiters habe sie sich mit der stellvertretenden Gleichbehandlungsbeauftragten und mit der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMASK, D in Verbindung gesetzt. Beide hätten erhebliche Bedenken betreffend die Rechtmäßigkeit der Abwicklung des Auswahlverfahrens geäußert. D habe auch eine Stellungnahme zum Gutachten der Begutachtungskommission verfasst (ist dem Antrag angeschlossen). Die Begutachtungskommission habe Ende ... ein Gutachten erstellt und B als stellvertretende Abteilungsleiter vorgeschlagen. Das Ergebnis des Auswahlverfahrens sei im Intranet veröffentlicht worden. Demnach sei der Bewerber als in höchstem Ausmaß geeignet erachtet worden, drei Bewerberinnen als in hohem Ausmaß und zwei Bewerberinnen als in geringem Ausmaß geeignet. Es sei bemerkenswert, dass B als einziger das Kalkül in höchstem Ausmaß geeignet erhalten habe. Damit sei die Anwendung des Frauenförderungsgebotes von vorneherein ausgeschlossen gewesen.

Abschließend führte A aus, ... C habe ihr mitgeteilt, dass das Auswahlverfahren überprüft worden sei, und zwar seien Stellungnahmen der Mitglieder der Begutachtungskommission eingeholt worden. Die Gleichbehandlungsbeauftragte sei nicht befragt worden, da sie dem Ergebnis der Begutachtungskommission zugestimmt habe. Mit Schreiben vom ... habe sich die Gleichbehandlungsbeauftragte gegenüber ... C ausdrücklich vom Verfahrensmodus und der Reihung des Kandidaten und der Kandidatinnen distanziert.

Das Auswahlverfahren sei derzeit noch nicht abgeschlossen.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BSA mit Schreiben vom ... das „Gutachten“ der Begutachtungskommission vom ..., die „Niederschrift“, die Gesamtbewertung der Bewerberinnen und des Bewerbers nach Punkten, den Ausschreibungstext sowie die Bewerbung von B inklusive Lebenslauf. Das „Gutachten“ lautete: „... für die Besetzung der Funktion des/der stellvertretenden Leiters/Leiterin der Abteilung X sind Frau ..., Frau ..., Frau ..., Herr B, Frau ..., Frau ... geeignet, wobei B in höchstem Ausmaß, Frau ..., A und Frau ... in hohem Ausmaß und Frau ... in geringerem Ausmaß geeignet sind. Begründung: ... Alle Bewerber/innen erfüllen die Ausschreibungserfordernisse. Dieses Gutachten stützt sich auf die Erkenntnisse, die aus den Bewerbungs- und Personalunterlagen, den im Sinne des § 9 Abs. 1 Z 1 Ausschreibungsgesetz durchgeführten Bewerbungsgesprächen und der Beratung in der Begutachtungskommission gezogen wurden. ... B ist aufgrund seiner bisherigen erfolgreichen dienstlichen Verwendung und der daraus gewonnenen Erfahrungen und Kenntnisse für die vorgesehene Funktion im höchsten Ausmaß geeignet, er weißt neben umfassender fachlicher Kompetenz die erforderlichen Fähigkeiten in der Menschenführung und Arbeitsorganisation auf. ...“

In der Niederschrift wurde festgehalten (neben den Namen der Mitglieder der Begutachtungskommission und der Bewerberinnen und des Bewerbers), dass allen Mitgliedern die Ausschreibungs- und Bewerbungsunterlagen „zur Einsichtnahme vorgelegt“ worden seien, dass mit allen Bewerberinnen und mit dem Bewerber Bewerbungsgespräche geführt worden seien, dass die Bewerbungs- und Personalunterlagen „eingehend studiert und diskutiert“ worden seien. Bezüglich der Gewichtung wurde auf die Beilage verwiesen. Die dem Senat übermittelte „Beilage“ besteht aus einem nicht ausgefüllten „Bewertungsbogen“ der die zu beurteilenden Kriterien mit den jeweils maximal zu vergebenden Punkten und die Namen der Bewerberinnen und des Bewerbers enthält. Aus der „Gesamtbewertung“ ist ersichtlich, dass B ...Punkte erzielte und A ... Punkte.

Mit Schreiben vom ... wurde der B-GBK von C mitgeteilt, dass die Dienstbehörde das Verfahren bereits vor Einbindung der B-GBK aufgrund von Eingaben von A und der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen des Ressorts „eingehend auf behauptete Diskriminierungen geprüft“ habe. Nachdem „unserer Beurteilung zufolge eine Diskriminierung nicht erfolgt (ist)“, sei der Betrauungsvorgang auf

Basis des Gutachtens der Begutachtungskommission fortgeführt und der Geschäftsfall dem BMASK vorgelegt worden. Er (C) sei vom BMASK erlassmäßig dazu ermächtigt worden, B mit der ausgeschriebenen Funktion zu betrauen, und er habe dies unter „Abwägung der Gesamtsituation“ getan.

Per Mail vom ... übermittelte D ihre an ... C übermittelte Stellungnahme zum gegenständlichen Auswahlverfahren. Sie monierte, das Verfahren sei mangelhaft gewesen und habe in einem „unbegründeten Gutachten“ gemündet. Für die jeweils vergebenen Punkte liege keine Begründung vor. „Besonders entlarvend“ seien einige Fragen (von den Bewerberinnen zur Verfügung gestellt), und zwar deshalb, weil sie durch die Detailgenauigkeit die Kandidatinnen von außerhalb des Hauses benachteiligt hätten und die „technische Komponente“ (Fragen nach dem „...“) keinen Zusammenhang mit der Funktion erkennen lasse. D ersuchte (u.a.), darauf hinzuwirken, dass jede/jeder Stimmberechtigte die Vergabe der Punkte bzw. des Kalküls nachvollziehbar mache.

In der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz: Senat) am ... wiederholte A im Wesentlichen ihre schriftlichen Ausführungen.

Auf Ersuchen des Senates, zu erklären, inwiefern das BSA ... aufgrund des Gutachtens der Begutachtungskommission nachvollziehen habe können, dass B der bestgeeignete Bewerber sei, antwortete der Vertreter des BSA ... Folgendes: Gemäß der Weisung des Ressorts sei dem Ausschreibungsgesetz entsprechend vorgegangen worden, obwohl im gegenständlichen Fall keine Ausschreibungspflicht bestanden habe. Es sei „normal“, dass man sich den Gutachten der Begutachtungskommission anschließe, sofern nicht erhebliche Zweifel hinsichtlich des Verfahrens bestünden. Das BSA ... prüfe nur, ob Verfahrensmängel vorliegen, z.B. ob die Gleichbehandlungsbeauftragte hinzugezogen worden sei, ob alle die gleichen Fragen gestellt bekommen haben usw. Im vorliegenden Fall sei vor Einholung der Ermächtigung des Ministeriums zur Stellenbesetzung ein „Zwischenschritt“ gesetzt worden. Auf Grund des Antrages und auf Grund einer Eingabe der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen sei eine Prüfung erfolgt, und zwar habe er (der Vertreter BSA) vom ... den Auftrag bekommen, zu prüfen, ob es diskriminierende Vorgänge gegeben habe. Daher seien der Vorsitzende und ein Mitglied der Begutachtungskommission um eine ergänzende Stellungnahme ersucht worden.

Die Vorsitzende des Senates hielt an dieser Stelle fest, dass dem Senat diese Stellungnahmen nicht vorgelegt wurden.

Auf die Frage, ob also mit der Feststellung der Begutachtungskommission, nämlich „B ist aufgrund seiner bisherigen erfolgreichen dienstlichen Verwendung ... in höchstem Ausmaß geeignet, er weist neben umfassender fachlicher Kompetenz die erforderlichen Fähigkeiten in der Menschenführung und Arbeitsorganisation auf“, seine bessere Eignung hinlänglich dargelegt worden sei, antwortete der Vertreter des BSA, das sei die übliche Vorgehensweise.

Auf den Hinweis des Senates, dass die Frage die sei, woraus sich die festgestellte bessere Eignung einer Bewerberin/eines Bewerbers ableiten lasse, sagte er, das stehe ohnehin im Gutachten, diese Ausführungen würden ausreichen.

Auf Ersuchen des Senates, das Prozedere beim Hearing darzulegen, führte die Gleichbehandlungsbeauftragte aus, dass alle Kandidat/innen dieselben Fragen bekommen hätten, dass die Sitzung nach der letzten Befragung für eine Mittagspause unterbrochen worden und nach der Pause die „Abstimmung“ erfolgt sei. Es sei weder B's hohe Punkteanzahl begründet worden, noch habe – jedenfalls in ihrer Anwesenheit - eine Beratung stattgefunden. Die Abstimmung sei so verlaufen, dass gefragt worden sei: „Dafür?, dafür?, dafür?“ „Blöderweise“ habe sie bei der Abstimmung die Hand gehoben. Sie sei das erste Mal in so einer Kommission gesessen und derart überrascht über die hohe Punkteanzahl von B gewesen, dass sie nicht gefragt habe, wie diese zustande gekommen sei und leider die Hand gehoben habe. Die Punkteanzahl des Bewerbers sei so hoch gewesen, dass die Kandidatinnen gar keine Chance mehr gehabt haben. Jedes Kommissionsmitglied habe in seinem Fragebogen (ein nicht ausgefüllter Bewertungsbogen liegt dem Senat vor) Punkte eingetragen, aber nur die Gesamtpunkteanzahl sei auf einem Flip-Chart „veröffentlicht“ worden.

Auf die Frage über den Ablauf von Auswahlverfahren im Allgemeinen antwortete der Vertreter des BSA, dass das Ausschreibungsgesetz eine Gewichtung der Kriterien vorsehe, und dementsprechend gehe man vor. Die Kriterien seien: Fachliche Kompetenzen, Managementkompetenzen und Führungskompetenzen. Diese Kriterien würden gleich gewichtet, für jedes Kriterium seien 24 Punkte zu vergeben, was eine Gesamtpunkteanzahl von 72 ergebe. Das Gutachten der Begutachtungskommission sei aber nicht die „1:1-Umsetzung“ der Punkteanzahl, sondern die Punkte seien die Basis für eine Diskussion über die Eignung. Die Frage, ob es nicht erforderlich bzw.

üblich sei, die Punktevergaben verbal zu begründen, verneinte der Vertreter des BSA.

Die Vorsitzende führte aus, dass ein Gutachten schlüssig sein müsse. Ihre Frage sei daher, inwiefern im vorliegenden Gutachten die Eignung der Bewerberinnen und des Bewerbers plausibel dargelegt sei, sodass der Dienstgeber dem Vorschlag zustimmen habe können. – Seien der Bewerber und die Bewerberinnen bekannt gewesen? Habe man über ihre beruflichen Lebensläufe und ihre verschiedenen Tätigkeiten Bescheid gewusst? Sei ein Quervergleich angestellt worden? Wie habe sich der Umstand, dass B Personalvertreter und jahrelang dienstfreigestellt gewesen sei, auf seine Beurteilung ausgewirkt?

Der Vertreter des BSA antwortete auf diese Fragen: „Wenn das Gutachten schlüssig erscheint, was braucht man dann noch mehr prüfen?“

Auf die Frage, woraus sich denn schlüssig ergeben habe, dass A geringer geeignet sei als B, wiederholte der Vertreter des BSA, dass es nichts mehr weiter zu prüfen gebe, wenn es „keine Indizien“ gebe. Weshalb sollte der Dienstgeber daran zweifeln, dass B besser geeignet sei, wenn es kein Indiz für das Gegenteil gebe. Die Dienststelle führe nicht noch einmal ein Eignungsverfahren durch, sonst bräuchte man die Begutachtungskommission nicht.

Auf die Frage, ob es die Regel sei, dass Gutachten aus einem Satz bestünden, antwortet der Vertreter des BSA mit Ja.

Auf die Frage, weshalb C nicht – wie ersucht – auf das Gutachten des Senates der B-GBK gewartet habe, ob eine besondere Dringlichkeit bestanden habe, die Stelle rasch zu besetzen, antwortete der Vertreter des BSA, dass geprüft worden sei, ob es Diskriminierungsindizien gebe. Man sei zu dem Ergebnis gekommen, dass keine solchen Indizien vorliegen, und dementsprechend sei das Verfahren fortgeführt worden.

Am Ende der Befragung sagte er zu, die Unterlagen zur Prüfung des Verfahrens durch das BSA ... zu übermitteln und langten diese am ... ein. Der Vorsitzende der Begutachtungskommission hielt in seiner Stellungnahme im Wesentlichen fest, dass jedes Kommissionsmitglied anhand eines „Beurteilungsrasters“ Bewertungen vorgenommen habe. Eine „mathematische Punktwertung“ erscheine bei gleicher Gewichtung mehrerer Kriterien besonders geeignet, um die „Beurteilung der Teilbereiche zu einer Gesamtbeurteilung zusammenzuführen“. Die Punktebewertung habe aber trotzdem nur die Diskussionsgrundlage für die Einordnung in die Kalküle gebildet. Als

Vorsitzender der Begutachtungskommission habe er „nach Diskussion“ den Vorschlag unterbreitet, die Eignung von B als im höchsten Ausmaß gegeben und die Eignung der Bewerberinnen als in hohem Ausmaß bzw. als in geringerem Ausmaß gegeben festzustellen. Drei Mitglieder der Begutachtungskommission und die „eigentlich nicht stimmberechtigte Gleichbehandlungsbeauftragte“ hätten die Hand gehoben. Daraufhin habe auch er die Hand gehoben, womit Einstimmigkeit gegeben gewesen sei. Im Anschluss daran sei das Gutachten vom Schriftführer erstellt und von allen Anwesenden unterschrieben worden. Der Vorsitzende der Begutachtungskommission hielt weiters fest, dass das erstellte Gutachten alle im Ausschreibungsgesetz vorgeschriebenen Inhalte aufweise, der Vorwurf (Anmerkung: D monierte den „fehlenden Charakter eines Gutachtens“) könne nicht nachvollzogen werden. Zu den Fragen über „Interna“ führte der Kommissionsvorsitzende aus, dass er die Frage nach den „Größten Brocken“ im Bereich der Ausgaben gestellt habe, was bei einer Bewerbung um eine Budget- und Wirtschaftsabteilung wohl keinen Bewerber/keine Bewerberin überraschen dürfte. Weiters seien „allgemeine“ Fragen wie z.B. Haushaltsrechtsreform gestellt worden, wodurch externe Bewerber/innen nicht benachteiligt würden.

Ein Mitglied der Begutachtungskommission führte in ihrer Stellungnahme aus, dass sie grundsätzlich den Ablauf der Entscheidungsfindung wie vom Kommissionsvorsitzenden festgehalten bestätige, gleichzeitig sei sie aber vom Umstand, dass ihr die Fragen der anderen Kommissionsmitglieder vor dem Hearing nicht bekannt gewesen seien, irritiert gewesen. Dies deshalb, weil dadurch eine Abstimmung der Fragen untereinander mit dem Ziel, sich das in § 9 Abs 1 AusG beschriebene Gesamtbild der Eignung der Bewerber/innen zu machen, nicht erfolgt sei. Weiters habe das „Fragenprogramm“ teilweise Spezialfragen die Fachbereiche betreffend enthalten und sei kaum auf die Anforderungen für die konkrete Tätigkeit abgestimmt gewesen. Fragen, die für die Erfüllung der mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben wesentlich seien, seien nur in geringem Ausmaß gestellt worden. Eine Beurteilung der jeweiligen Eignung sei deshalb für sie nur in eher eingeschränktem Ausmaß möglich gewesen. Der Entscheidungsfindungsprozess sei aber grundsätzlich in formaler Hinsicht korrekt abgelaufen.

Von der Organisationseinheit ... wurde abschließend in einem Aktenvermerk festgehalten, dass die Anwendung des Frauenförderungsgebotes geprüft worden sei,

dass es anzuwenden gewesen sei, dass die Ausschreibung keine diskriminierenden Textpassagen enthalten habe, dass der Ausschreibungstext vorher der Gleichbehandlungsbeauftragten übermittelt worden sei, dass die Zusammensetzung der Kommission geschlechtsneutral gewesen sei und dass die Gleichbehandlungsbeauftragte an der Sitzung der Begutachtungskommission teilgenommen habe. In einer „Gesamtbeurteilung“ wurde festgehalten, dass es keine Indizien für eine Diskriminierung von A gegeben habe. Die Begutachtungskommission habe ihr Vorgehen gut dokumentiert, die Stellungnahme des Kommissionsvorsitzenden sei schlüssig und nachvollziehbar. Das Gutachten der Begutachtungskommission sei „ordnungsgemäß zustande gekommen“, das Frauenförderungsgebot sei mangels „gleichhöchster Eignung von Mitbewerberinnen nicht anzuwenden“ gewesen.

Die B-GBK hat erwogen:

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

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes von ihr oder ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung des BSA 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 ei-

nes Wertungsvergleiches zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern das Maß der Eignung festzustellen.

Die Aufgabe von Begutachtungskommissionen ist es, die jeweiligen Kenntnisse und Fähigkeiten zu ermitteln, und zwar indem die für und gegen die Bewerberinnen und Bewerber sprechenden Kriterien gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. Das Ergebnis der Eignungsprüfung ist in einem Gutachten festzuhalten. Gutachten im Allgemeinen sind fachlich fundierte Aussagen bezüglich einer konkreten Sachfrage – hier: die Eignung der Bewerberin und des Bewerbers -, die eine ausreichende Grundlage für die zu treffende Entscheidung – hier: die Personalauswahl - schaffen sollen. Entsprechend den im Allgemeinen geltenden Anforderungen an Gutachten, nämlich dass sie durch Argumente und Fakten gestützt sein müssen und nicht auf Behauptungen oder Meinungen aufbauen dürfen, sind die Schlussfolgerungen zu begründen, es reicht nicht, bloß Feststellungen zu treffen, ohne darzulegen, aus welchen Gründen man zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist.

Im gegenständlichen Fall lautete das Gutachten: „... für die Besetzung der Funktion sind ... geeignet, wobei Herr B in höchstem Ausmaß, ... (und) Frau A ... in hohem Ausmaß ... geeignet sind. Begründung: ... Alle Bewerber/innen erfüllen die Ausschreibungserfordernisse. Dieses Gutachten stützt sich auf die Erkenntnisse, die aus den Bewerbungs- und Personalunterlagen, den im Sinne des § 9 Abs. 1 Z 1 Ausschreibungsgesetz durchgeführten Bewerbungsgesprächen und der Beratung in der Begutachtungskommission gezogen wurden. ... Herr B ist aufgrund seiner bisherigen erfolgreichen dienstlichen Verwendung und der daraus gewonnenen Erfahrungen und Kenntnisse für die vorgesehene Funktion im höchsten Ausmaß geeignet, er weist neben umfassender fachlicher Kompetenz die erforderlichen Fähigkeiten in der Menschenführung und Arbeitsorganisation auf. ...“

Diesem „Gutachten“ ist nicht zu entnehmen, welche aus den „Bewerbungs- und Personalunterlagen“ ersichtlichen und/oder im Rahmen des Bewerbungsgesprächs zu Tage getretenen „Erfahrungen und Kenntnisse für die vorgesehene Funktion“ zu der „Erkenntnis“ geführt haben, dass B besser für die gegenständliche Funktion geeignet sei als A. (Für den Senat ist im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, woraus sich die „besondere Eignung“ von B ergab, sodass von der Erfüllung der Ernennungserfordernisse für die Verwendungsgruppe A/A1 abgesehen werden kann). In Sinne des § 11c B-GIBG und entsprechend den Anforderungen an ein Gutachten wäre aber von der Begutachtungskommission darzulegen gewesen, aus welchen konkreten Tätig-

keiten und (Zusatz)Ausbildungen sich die jeweiligen Fachkenntnisse und die Management- und sozialen Kompetenzen in welchem Umfang ableiten lassen und von welchen Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen die Bewerberin und der Bewerber im Rahmen der Bewerbungsgespräche überzeugen konnten. Es ist bemerkenswert, dass laut der Niederschrift (die übrigens – obwohl auf die Erfüllung von formalen Kriterien großer Wert gelegt wird – weder Datum, noch Beginn und Ende der Sitzung aufweist) die „Bewerbungs- und Personalunterlagen ... eingehend studiert und diskutiert wurden“, aber nicht einmal die für den Vorschlag wesentlichsten Eignungskriterien und Erwägungen der Kommission in das Gutachten Eingang fanden. Welchen Stellenwert die Bewerbungsgespräche im Rahmen der Beurteilung(en) gehabt haben, ist vollkommen unklar (welches Gewicht hatte die Fragenbeantwortung im Vergleich zu den bisher ausgeübten Tätigkeiten?). Das Gutachten gibt auch keinerlei Auskunft darüber, wer welche Fragen sehr gut, gut usw. beantwortete. Der Senat hat keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Anhörungen dokumentiert worden wären, was bei Hearings zumindest in zusammenfassender Form allgemein üblich ist.

Zusammengefasst kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass das vorliegende „Gutachten“ keine sachlich nachvollziehbare Begründung für die im Vergleich zu A festgestellte bessere Eignung des B für die Stellvertretende Leitung der Abteilung X enthält. Die Dienstgeberseite konnte daher den Senat nicht davon überzeugen, dass ein anderes als das von der Antragstellerin glaubhaft gemachte Motiv für den Besetzungsvorschlag und die folgende Personalentscheidung maßgebend war.

**Der Senat stellt daher fest, dass die Entscheidung zu Gunsten von B eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A im Sinne des B-GIBG darstellt.**

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

Der Senat empfiehlt dem BSA seine Landesstellen dahingehend anzuleiten, die Bewerbungsgespräche (Hearings) zu dokumentieren und die Feststellungen über die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber in den Gutachten sachlich zu begründen.

Der Senat empfiehlt dem BMASK künftighin den Ersuchen der B-GBK nachzukommen, mit der endgültigen Personalentscheidung bis zum Abschluss des Verfahrens

vor der B-GBK zuzuwarten, um bei der Personalentscheidung auf ein weiteres Gutachten zurückgreifen zu können.

Wien, im April 2011