Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat I

hat in der Sitzung am … über den Antrag von A (=Antragstellering), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GlBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.F. 96/2007, festzustellen, dass sie durch die Ausschreibung der Funktion „Leitung der Abteilung …“ im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) vom …, durch die Feststellung der Begutachtungskommission, sie sei für diese Funktion (nur) „in hohem Maß“ geeignet und durch die Reihung an die 3. Stelle des Besetzungsvorschlages aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GlBG diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen*:*

A ist durch die Ausschreibung der Funktion „Leitung der Abteilung …“ im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) vom … , durch die Feststellung der Begutachtungskommission, sie sei für diese Funktion (nur) „in hohem Maß“ geeignet und durch die Reihung an die 3. Stelle des Besetzungsvorschlages aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GlBG diskriminiert.

B e g r ü n d u n g

Mit Schreiben vom … brachte die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMVIT den Antrag für A (und eine weitere Bewerberin) bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.
Im Antrag ist ausgeführt, die Ausschreibung der Funktion „Leitung der Abteilung …“ sei mit … erfolgt. Betreffend die Abwicklung des Ausschreibungsverfahrens bestünden erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des B-GlBG. Die Ausschreibung sei auf den männlichen Kandidaten „zugeschnitten“ gewesen, der Ausschreibungstext sei „nachträglich zugunsten des Kandidaten B“ geän-

dert worden. B hätte aus formalrechtlichen Gründen, wegen Nicht-Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen, ausgeschieden werden müssen. Es sei gegen § 10 Ausschreibungsgesetz sowie gegen § 25 Abs. 2 iVm § 11c B-GlBG verstoßen worden. Für die Leitung der Abteilung … sei bisher stets der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen oder eines diesem vergleichbaren Hochschulstudiums Voraussetzung gewesen. Dies sei sachlich gerechtfertigt. Der ursprüngliche Ausschreibungstext, der der Vorsitzenden Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen am … zur Kenntnis gebracht worden sei, habe diese Voraussetzungen enthalten. Der Text sei – offensichtlich aufgrund von Interventionen – nach dem … geändert und die Änderung der Vorsitzenden nicht mehr vorgeschrieben worden. Die Änderung bestehe darin, dass die Wortfolge: „… Aufstiegskurs oder vergleichbarer Wissensstand“ eingefügt worden sei. Dies sei ausschließlich zugunsten von B erfolgt, der der einzige Bewerber ohne Universitätsabschluss gewesen sei. Die – laut Ausschreibung erwünschten - Zusatzqualifikationen von A seien „gänzlich unberücksichtigt“ geblieben. B verfüge über keinerlei Zusatzqualifikationen.

Mit … habe die Begutachtungskommission „mündlich das Kalkül“ festgelegt, nämlich dass B in höchstem und A (und die zweite Bewerberin) in hohem Maß geeignet seien. Die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen habe dagegen noch in der Sitzung am … wegen Verletzung des Gleichbehandlungs- und des Frauenförderungsgebotes Einspruch erhoben. Am … habe sie schriftlich ein „Votum separatum“ erstattet. Die Ausfertigung des Gutachtens der Begutachtungskommission sei am … erfolgt.

Im „Votum separatum“ habe die Gleichbehandlungsbeauftragte festgehalten: „Am … hat die Kommission … folgende Bewertung … der KandidatInnen vorgenommen:

B: „in höchstem Maß geeignet“

Mag.[a] …: „in hohem Maß geeignet“

A: „in hohem Maß geeignet“

Die Gleichbehandlungsbeauftragte hält hiermit fest, dass sie sich dieser Reihung bzw. diesem Kalkül …, sowohl aufgrund der schriftlichen Bewerbungsunterlagen wie auch aufgrund des Hearings vom …, **nicht** anschließt. … Die Gleichbehandlungsbeauftragte ist … der Auffassung, dass dieses Kalkül „in höchstem Maße“ grundsätzlich auch auf beide weiblichen Kandidatinnen zugetroffen hätte … . Auffällig ist bereits der Umstand, dass der nunmehr Erstgereihte der Einzige (…) ist, der kein vollwertiges abgeschlossenes Hochschulstudium aufweisen kann. Dies ist insofern bemerkenswert, als diese Abteilung bisher immer von Voll-

AkademikerInnen geleitet wurde bzw. werden musste. … Besonders augenscheinlich wird aber dieses verfehlte Kalkül …. aufgrund der Tatsache, dass … (die) … Zusatzqualifikationen (Anmerkung der B-GBK: der Bewerberinnen) in keinster Weise … berücksichtigt wurden. Auch A verfügt über mehrwöchige Auslandspraktika. Beide Kandidatinnen verfügen zudem auch über ausgezeichnete Französischkenntnisse. Beide Fakten sind beim erstgereihten männlichen Kandidaten nicht gegeben.
Diese Sachlage und die Tatsache, dass gerade derartige Zusatzqualifikationen im Ausschreibungstext ausdrücklich gefordert bzw. erwünscht waren, lassen das von der Kommission vorgenommene Kalkül umso diskriminierender sein. …
Abschließend weist die Gleichbehandlungsbeauftragte auch darauf hin, dass diese Funktion bisher von einer Frau ausgeübt wurde. Gleichzeitig ergeht das Ersuchen der Gleichbehandlungsbeauftragten, das Kalkül der Kommission aufgrund vorstehender Ausführungen im Sinne einer … Nicht-Diskriminierung wie auch des Frauenförderungsgebotes der Bundesregierung nochmals zu bedenken."
Im Antrag ist weiter ausgeführt, die Begutachtungskommission habe gemäß § 10 Ausschreibungsgesetz ein begründetes Gutachten zu erstatten. Dieses habe in sachlich nachvollziehbarer Weise die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen – für und gegen die Kandidatinnen und den zum Zug gekommenen Mitbewerber sprechenden – Kriterien einander gegenüber zu stellen und zu gewichten und schlüssig zu begründen, warum welchem der Argumente das größere Gewicht gegeben worden sei. Die Verpflichtung zu einer objektiven Prüfung der Qualifikationen und zu einem entsprechenden Wertungsvergleich anhand einheitlicher Auswahlkriterien ergebe sich auch aus dem B-GlBG (§ 25 Abs. 2 iVm § 43 und § 11c). Dem Gutachten der Begutachtungskommission fehle einerseits eine derartige Begründung, andererseits erschöpfe sich die Begründung in lapidaren Behauptungen. Der Vergleich zwischen A und B, nämlich „Im Vergleich zum höchstgereihten Bewerber mangelt es der Bewerberin doch an aktuellen Kenntnissen und Vorstellungen zur künftigen Entwicklung …", sei unzulässig, denn es dürfe niemand ein besonderer Vorteil aus der provisorischen oder stellvertretenden Leitung der ausgeschriebenen Abteilung erwachsen, denn in diesem Fall sei immer ein Wissens- und Erfahrungsvorsprung gegeben. Zusammenfassend lasse sich feststellen, dass es die Begutachtungskommission verabsäumt habe, nachvollziehbar darzutun, welche sachlichen Gründe zu dem letztendlich getroffenen Kalkül und zur Reihung geführt haben. Der Eindruck, dass

von Anbeginn an B für die Funktion vorgesehen gewesen sei, werde durch die nachträgliche Änderung des Ausschreibungstextes verfestigt.

Aufgrund der spezifischen Abteilungsagenden können weite Teile des Gutachtens nicht zweckmäßig anonymisiert werden und es werden daher nur die allgemeinen Feststellungen wiedergegeben.

Dem Antrag sind die Bewerbungen von A und B angeschlossen.
Der Bewerbung von A ist zu entnehmen, dass sie das rechtswissenschaftliche Studium an der Universität Wien abgeschlossen hat. Durch ihre mehrjährige Tätigkeit bei … verfüge sie über eine fundierte und umfangreiche juristische Ausbildung, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit weiter ausgebaut und insbesondere internationalisiert habe. Seit … arbeite sie im BMVIT. Von … – … sei sie „eigenständige und eigenverantwortliche Expertin bzw Sachbearbeiterin“ in der ausgeschriebenen Abteilung gewesen. Zu ihren Aufgabengebieten haben insbesondere alle Angelegenheiten der multilateralen und bilateralen … gezählt. Darüber hinaus habe sie zahlreiche … im Rahmen der EU und insbesondere auch im Zuge der ersten österreichischen EU-Präsidentschaft im Jahr 1998 inhaltlich betreut sowie mitverhandelt. Im Bereich der … habe sie sich für die Anliegen von Personen mit reduzierter Mobilität eingesetzt und hierüber auch im …Newsletter publiziert. In der Abteilung „…“ sei sie Sachbearbeiterin für die …gewesen und habe im Rahmen dieser Tätigkeit profunde Kenntnisse im … Bereich erworben. Von Mai … bis Februar … sei sie provisorisch mit der Leitung dieser Abteilung beauftragt gewesen, derzeit sei sie stellvertretende Leiterin dieser Abteilung und Vorsitzende der Arbeitsgruppe „…“, zusätzlich sei sie nationale Expertin für das EU-Förderprogramm „…“. Im Rahmen ihrer Leitungstätigkeit habe sie ihre Eignung zur Menschenführung unter Beweis stellen können, trotz knapper Personalressourcen sei es möglich gewesen, die gesetzten Ziele zu erfüllen. Abschließend führt die Bewerberin aus, sie verfüge auch über ausgezeichnete Englisch- sowie über gute Französischkenntnisse, und sie verweist darauf, dass sie vor ihrer Tätigkeit im BMVIT in der Privatwirtschaft gearbeitet habe.

Der Bewerbung von B ist zu entnehmen, dass er seit … stellvertretender Leiter der Abteilung … ist. Mit … ist er mit der interimistischen Leitung betraut worden.

Zum Erfordernis „Abschluss des rechtswissenschaftlichen oder eines vergleichbaren Hochschulstudiums bzw. des Aufstiegskurses oder vergleichbarer Wissensstand“ führt der Bewerber aus, er könne aufgrund seiner nunmehr fast …jährigen Zugehörigkeit zur Abteilung „…“ und konsequenter Verwendung auf einem Arbeitsplatz des höheren Dienstes einen mit dem Abschluss eines rechtswissenschaftlichen oder vergleichbaren Hochschulstudiums bzw. des Aufstiegskurses vergleichbaren Wissensstand unter Beweis stellen. Er habe an der …Universität das postgraduale internationale Hochschulstudium … absolviert und den akademischen Grad … erworben. Das Studium vermittle Führungskräften im Bereich … nicht nur spezielle Kenntnisse, sondern vermittle auch Leitungskompetenz. Die branchenspezifische Ausbildung umfasse Themenkomplexe wie … sowie Rahmenbedingungen für den diesen Bereich. Seine Kenntnisse decken den Aufgabenbereich der Abteilung ab, der zu 85 % aus dem bilateralen bzw. dem EU-Bereich bestehe. Er habe sich seit Eintritt in die Abteilung … sukzessive in sämtliche Aufgabenbereiche der Abteilung eingearbeitet. Die Zielvorgaben würden im Rahmen bilateraler Verträge bzw. Vereinbarungen mit ausländischen Behörden erreicht, seit … gehöre er dem österreichischen Verhandlungsteam an, … habe er die Vertretung des Ressorts übernommen, ihm sei die Leitung des Referates … übertragen worden. Seit dem Beitritt Österreichs zur EU sei er mit allen europäischen Projekten federführend befasst, die der Verantwortung der Abteilung … obliegen. Er vertrete, meist in der Funktion des Delegationsleiters, die Position Österreichs, etwa in Arbeitsgruppen des Rates und/oder der EU-Kommission. Auf nationaler Ebene befasse er sich ebenfalls mit einer Reihe von Arbeiten, die in Verbindung mit den europäischen und internationalen Entwicklungen stünden. Zu den Erfordernissen Eignung zur Menschenführung, Organisationstalent, Erfahrungen in der Verhandlungsführung und mit Koordinationsaufgaben gibt B an, dass er diese als stellvertretender und nun als interimistischer Abteilungsleiter unter Beweis gestellt habe. Zu den in der Ausschreibung erwünschten Erfahrungen aus qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika führt B aus, dass er keine Tätigkeit außerhalb des BMVIT vorweisen könne. Er habe sich um eine solche beworben, der Dienstgeber sei aber „im Interesse der geringsten Beeinträchtigung im Dienstbetrieb der Abteilung …“ seiner Bewerbung nicht näher getreten.

Auf Aufforderung der B-GBK übermittelte das BMVIT mit Schreiben vom nachstehende Stellungnahme:

„… ad 1):

Soweit in die Vergangenheit nachvollziehbar ist es richtig, dass bei Ausschreibungen der Leitung der Abteilung … in der Textierung der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen oder vergleichbaren Hochschulstudiums enthalten war. Über Vorgabe der seinerzeitigen Ressortleitung wurde seit … bei Funktionsausschreibungen im bmvit das Anforderungsprofil in der Weise formuliert, dass die Wortfolge „oder vergleichbarer Wissensstand“ enthalten ist. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 65 Abs. 7 Vertragsbedienstetengesetz 1948, wonach ein Vertragsbediensteter des Verwaltungsdienstes, der mit einer Leitungsfunktion gemäß § 9 des Bundesministeriengesetzes betraut wird, in der Regel die für die Ernennung von Beamten auf die betreffende Planstelle im Zusammenhang mit der Vor- und Ausbildung vorgeschriebenen gesetzlichen Ernennungserfordernisse zu erfüllen hat, war es das ho. Bestreben, von dieser Praxis wieder abzugehen. Aus Gründen der Fairness wurde über Wunsch der zuständigen Fachsektion und des Dienststellenausschusses der Passus im gegenständlichen Fall wieder aufgenommen.

Zu den Ausführungen der ho. Vorsitzenden der AGR für Gleichbehandlungsfragen, wonach ihr der geänderte Ausschreibungstext nicht mehr vorgeschrieben worden sei, darf darauf hingewiesen werden, dass eine Befassung der Gleichbehandlungsbeauftragten nach den einschlägigen Vorschriften nicht vorgesehen ist, das bmvit jedoch – ohne gesetzliche Vorgabe – bei öffentlichen Ausschreibungen (sowohl von Planstellen, als auch von Funktionen) der Gleichbehandlungsbeauftragten den Ausschreibungstext vor Abfertigung immer zur Kenntnis bringt. Der von der Gleichbehandlungsbeauftragten geltend gemachten Forderung war daher mangels gesetzlicher Vorschrift nicht verpflichtend nachzukommen.

ad 2):

Zu diesem Vorbringen darf ausgeführt werden, dass, wäre B Vertragsbediensteter, nach dem Wortlaut der Ausschreibung eine Bestellung sehr wohl möglich gewesen wäre. Ein Ausscheiden von B allein aufgrund des Umstandes, dass er Beamter ist, wäre inhaltlich nicht erklärbar, da Punkt 2 der Ausschreibung auch den einem Hochschulstudium „vergleichbaren Wissensstand“ zulässt, über den der Genannte eindeutig verfügt.

ad 3):

Hinsichtlich der Sprachkenntnisse wurde in der Ausschreibung „Englisch in Wort und Schrift“ vorausgesetzt, welches B aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit in der Abteilung jedenfalls beherrscht. Erwünschte zusätzliche Sprachkenntnisse waren nicht gefordert. Die

Ausführungen der ho. Vorsitzenden der AGR für Gleichbehandlungsfragen, wonach zusätzliche Sprachkenntnisse in der Ausschreibung ausdrücklich als erwünscht angeführt gewesen seien, sind daher nicht verständlich.
Als Zusatzqualifikationen waren „Erfahrungen aus qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika im Gesamtausmaß von mindestens sechs Monaten außerhalb des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie“ erwünscht. Hier ist hervorzuheben, dass B in den Jahren …bis …die Ausbildung zum … absolvierte und daher qualifizierte Tätigkeit bzw. eine Zusatzausbildung aufweisen konnte, die als jedenfalls gleichwertig mit Auslandspraktika zu sehen ist.
ad 4):
…
Bezüglich der Ausführungen zu A ist folgendes anzumerken: B ist seit … ununterbrochen in der Abteilung „…“ beschäftigt. Seit … übt er die stellvertretende Leitung der Abteilung … aus und seit … obliegt ihm die provisorische Leitung. Demgegenüber war A nur von … bis … in der Abteilung als Sachbearbeiterin tätig. Bereits daraus ist ersichtlich, dass B unvergleichlich länger in der Abteilung mit den do. Aufgaben befasst ist und daher wesentlich mehr Erfahrungen sammeln konnte.
Zusammenfassend darf festgehalten werden, dass seitens des bmvit eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht gesehen wird. Die weiblichen Kandidatinnen wurden weder aufgrund von Verfahrensfehlern noch dadurch diskriminiert, dass das Gutachten der Begutachtungskommission nicht ausreichend glaubhaft und nachvollziehbar ausgeführt wurde. …“

In der Beilage zur Stellungnahme wurde die Niederschrift vom … über die am ... und am … stattgefundenen Sitzungen der Begutachtungskommission übermittelt, ebenso das Gutachten dieser Kommission.
Aus der Niederschrift ist ersichtlich, dass sich drei männliche und zwei weibliche Bedienstete um die Stelle beworben haben. Am … hat ein Hearing stattgefunden. Es seien allen Teilnehmer/innen die vereinbarten Fragen zu den gleichen Themenkomplexen gestellt worden. Die Anhörung der Bewerber/innen sei getrennt erfolgt und habe jeweils ca. eine halbe Stunde gedauert. Im Anschluss an die Hearings sei die Auswertung der Gespräche erfolgt. Bewertet worden sei aufgrund der Bewerbungsunterlagen, des Auftretens, der Führungserfahrungen, der Ausbildungen, der internationalen Erfahrungen und aufgrund der Beantwortung der Fragen. Daraus hätten sich folgende Eindrücke ergeben:

„… Herr B ist seit …in der Abteilung „…“ tätig. Der Bewerber kann aus seiner Tätigkeit als stellvertretender und interimistischer Leiter auf die geforderte Führungserfahrung verweisen. Er kennt die internationalen Fragen der … sehr genau und ist anerkannter Experte auf diesem Gebiet. Er vertritt das Ressort in vielen internationalen Gremien und hat große Verhandlungserfahrung. Seine Präsentation im Hearing ist sicher und souverän, er kann die ihm gestellten Fragen sehr gut beantworten und kennt die Herausforderungen, die sich im Tätigkeitsfeld der ausgeschriebenen Abteilung ergeben und ergeben werden. Auch im zweiten Aufgabengebiet, dem Schutz der Konsumenten, kann Herr B auf seine Erfahrung verweisen. …
A war von … bis … in der …behörde als Referentin tätig. In de letzten Jahren war sie stellvertretende und interimistische Leiterin der Abteilung … im bmvit. Sie hat Organisations- , Koordinations- und Führungserfahrung, die konkreten Aufgabenstellungen der ausgeschriebenen Abteilung sind ihr aber aktuell weniger bekannt. Im Gespräch kann sie ihre Motivation und Begeisterungsfähigkeit gut präsentieren, konkrete Fragen zur ausgeschriebenen Abteilung werden allerdings eher allgemein beantwortet.

Im Gutachten der Begutachtungskommission ist festgehalten:
„A hat Erfahrungen im Aufgabenbereich der ausgeschriebenen Abteilung, allerdings liegen diese lange zurück. Insbesondere hat sich das Umfeld durch den EU-Beitritt Österreichs seitdem grundlegend gewandelt. Ihre derzeitige Tätigkeit hat wenig Bezug zur ausgeschriebenen Abteilung. Auch in ihrer Präsentation konnte sie letztlich dieses Manko nicht zur Gänze wettmachen. Die Kommission kommt zu dem Ergebnis, A als in hohem Maße für die ausgeschriebene Funktion anzusehen. Im Vergleich zum höchstgereihten Bewerber mangelt es der Bewerberin doch an aktuellen Kenntnissen und Vorstellungen zur künftigen Entwicklung der Abteilung „…“. …

„Herr B bringt das breiteste Fachwissen für die Funktion der Leitung der Abteilung „…“ mit. Da er mit allen Themenstellungen der Abteilung bestens vertraut ist, als …experte ausgewiesen ist, hohe Managementfähigkeiten aufweist und die kommenden Reformen im Bereich der Abteilung am besten darlegen konnte, kann von ihm am meisten erwartet werden, die Führungsfunktion in der geforderten Qualität auszufüllen. Herr B wird daher von der Kommission als der bestgeeignete Bewerber und als in höchstem Maße geeignet festgestellt.“

Der Antrag von A wurde am … in der Sitzung des Senates I der B-GBK (zusammen mit dem Antrag der zweiten Bewerberin um die gegenständliche Funktion) behandelt. Da A an der Teilnahme verhindert war, übermittelte sie am … eine „Stellungnahme

für die Sitzung am …“. Sie verweist darauf, dass sie nicht nur die allgemeinen, sondern auch alle „speziellen“ Ernennungserfordernisse erfülle, und dass sie auch Zusatzqualifikationen vorweisen könne. Im Folgenden legt sie ihre berufliche Laufbahn, im Wesentlichen entsprechend ihrer Bewerbung, dar. Weiters führt sie aus – replizierend auf die Stellungnahme des BMVIT zu ihrem Antrag -, dass der Umstand, dass sie „nur“ … Jahre in der Abteilung Y tätig gewesen sei, nichts an ihren „eingehenden Kenntnissen und Erfahrungen in allen Bereichen der …“ ändere, „zumal ich auf Grund meiner Tätigkeiten seit … sogar zumindest gleichwertige Tätigkeiten ausübe. Mich daher deshalb ausschließlich als nicht im höchsten Ausmaß als qualifiziert zu bewerten, weil ich zeitlich nicht so lange wie G in der Luftfahrt gearbeitet habe, erachte ich für eine unsachliche und mich diskriminierende Behauptung, zumal damit ausschließlich Mitarbeiter der Abteilung … in Frage kommen können. …“
In der Folge geht A auf die in der Ausschreibung genannten Erfordernisse ein, die B ihrer Ansicht nach nicht erfüllt („vergleichbarer Wissensstand“, „Zusatzqualifikationen“). Da sich das diesbezügliche Vorbringen mit jenem von der Gleichbehandlungsbeauftragten in der Sitzung der B-GBK (und auch bereits im Antrag) deckt, wird es hier nicht wiedergegeben.
Zum Vorbringen des BMVIT in seiner Stellungnahme, die Wortfolge „vergleichbarer Wissensstand“ sei aus Gründen der Fairness (wieder) in die Ausschreibung aufgenommen worden, führt A aus, Gleichbehandlung könne wohl nicht so verstanden werden, „dass jemand der die gesetzlich vorgeschriebene Qualifikation NICHT erfüllt auch gleich behandelt (aus Fairness?) wird. Ungleiches kann selbst unter „Fairness“ nicht gleich behandelt werden.“

An der Sitzung der B-GBK am … nehmen die Gleichbehandlungsbeauftragte und ein Vertreter des Dienstgebers, Herr SC D, (sowie die zweite Beschwerdeführerin) teil. Auf die Frage, aus welchem Grund man die ursprünglich vorgesehenen Anforderungen in der Ausschreibung „erweitert“ habe, führte SC D nach Verweis auf die schriftliche Stellungnahme aus, dass seit 2003 sowohl der Aufstiegskurs als auch der „vergleichbare Wissensstand“ als Bewerbungsvoraussetzungen genannt seien. Man habe den Passus „vergleichbarer Wissensstand“ wieder streichen wollen, auf Wunsch der Fachsektion und des Dienststellenausschusses sei es aber im gegenständlichen Fall nicht dazu gekommen.

Auf den Hinweis, dass das Büro der zuständigen Staatssekretärin den Abschluss eines Hochschulstudiums als Bewerbungsvoraussetzung gewünscht habe, antwortete SC D, die Frau Staatsekretärin habe keine Weisungsbefugnis in Personalfragen.
Auf die Frage, was ein „einem Studium vergleichbarer Wissensstand“ sei, antwortete SC D, ein aufgrund der Tätigkeit im Dienst oder in früheren Dienstverhältnissen erworbener Wissensstand, der einem Studium gleichkomme.
Auf den Einwand, dass B vermutlich vor allem im Bereich … Kenntnisse und Erfahrungen erworben habe, dieses Wissen aber nicht mit jenem vergleichbar sei, das man im Rahmen eines Studiums erwerbe, antwortete SC D, der Dienstgeber sei der Ansicht, dass ein mit einem Hochschulstudium vergleichbarer Wissensstand durch eine Tätigkeit erreicht werden könne. Es gehe um den Wissensstand, der für die Leitung der Abteilung notwendig sei, nicht um die Vorbildung. Der Dienstgeber wolle ein „durchlässiges“ System, sodass mehr Bedienstete die Chance bekommen, eine Leitungsfunktion zu übernehmen.
Auf den Hinweis, dass sich aber dem Ausschreibungstext nach der „vergleichbare Wissensstand“ nicht auf das Wissen für die Leitung der Abteilung beziehe, sondern auf jenes Wissen, das man im Rahmen eines rechtswissenschaftlichen oder eines diesem vergleichbaren Hochschulstudiums oder im Rahmen des Aufstiegskurses erwerbe, antwortete SC D, für den Wissensstand sei nicht nur die Tätigkeit in der Abteilung relevant, sondern die ganze „Vita“.
Die Gleichbehandlungsbeauftragte führte aus, für die Leitung der Abteilung sei immer der Abschluss eines Hochschulstudiums verlangt geworden, das gehe auch aus der Arbeitsplatzbeschreibung hervor. Die Anforderungen nachträglich derart zu „verbreitern“ deute darauf hin, dass man von Anfang an eine Präferenz für Herrn B gehabt habe. Die Rechtfertigung des Dienstgebers, man habe aus Fairnessgründen nicht unbedingt ein Hochschulstudium verlangt, müsse zurückgewiesen werden, denn der Dienstgeber hätte wenigstens, nachdem Herr B weder ein rechtswissenschaftliches noch ein vergleichbares Hochschulstudium noch den Aufstiegskurs vorweisen könne, prüfen müssen, inwiefern ein „vergleichbarer Wissensstand“ gegeben sei. Wenn schon ein „vergleichbarer Wissensstand“ als ausreichend erachtet werde, sollten zumindest Kriterien festgelegt werden, anhand der dieser Wissensstand überprüfbar sei.
Auf die Anmerkung des Senates, dass der Ausschreibungstext in der Fassung ab 2003 offensichtlich nicht den Anforderungen an die Leitung einer Abteilung entspro-

chen habe, denn andernfalls hätte man die Anforderungen nicht wieder auf das rechtswissenschaftliche oder ein vergleichbares Hochschulstudium beschränken wollen, und auf die Frage, weshalb die Fachsektion diesem Vorschlag nicht gefolgt sei, antwortete SC D, das wisse er nicht, ihm gegenüber habe die Fachsektion keine Begründung abgegeben.
Auf die Anmerkung des Senates, dass aus der Einsichtbemerkung von SL Dr. C, konkret aus der Formulierung, der Aufgabenbereich der Abteilung sei keineswegs eine rein(!) juristische Tätigkeit, zu schließen sei, dass die juristische Tätigkeit jedenfalls wesentlich sei, bemerkte SC D, in der Abteilung sei juristisches Personal vorhanden.

Zu den in der Ausschreibung verlangten Zusatzqualifikationen aus „qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika“ führt die Gleichbehandlungsbeauftragte aus, es sei auffällig, dass der einzige Bewerber, der nicht über Zusatzqualifikationen im Sinne der Ausschreibung verfüge, zum Zug kommen solle. Es sei unzulässig, dass der Dienstgeber das Vorliegen ausdrücklich erwünschter zusätzlicher Tätigkeiten oder Praktika außer acht lasse. Es sei nicht korrekt, die zusätzliche Ausbildung des männlichen Bewerbers als zusätzliche qualifizierte Tätigkeit zu bezeichnen oder einem Praktikum gleichzustellen.

Auf die Frage, was B seinen Mitbewerberinnen im Bereich „Management und Führung von Mitarbeiter/innen“ voraus habe, antwortete SC D, er sei länger in einer Führungsfunktion gewesen, nämlich als stellvertretender und derzeit als interimistischer Abteilungsleiter.

Auf die Frage, welches Plus B in den Bereichen „Organisation, Verhandlungsführung und Erfüllung von Koordinationsaufgaben“ habe, antwortet SC D, Frage 3 im Hearing habe gelautet, welche spezielle Befähigung er/sie für die Leitung der Abteilung mitbringe, und die „Konzepte“ von B seien die schlüssigsten gewesen.
Das Vorbringen von der Gleichbehandlungsbeauftragten, B hätte aus formalen Gründen ausgeschieden werden müssen, weil er die Anforderung „Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1 oder das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufnahme in ein solches öffentliches Dienst-

verhältnis“ nicht erfülle, bestritt SC D. B habe derzeit einen A2-wertigen Arbeitsplatz und beziehe eine Ergänzungszulage. Wenn er mit der Leitung der Abteilung betraut werden würde, könnte er das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis auflösen und als Vertragsbediensteter die Abteilung „übernehmen“, vermutlich werde er das aber nicht tun, sondern „in A2 bleiben“ und die Ergänzungszulage beziehen .

Zu dem Umstand, dass ihr die Änderung des Ausschreibungstextes nicht zur Kenntnis gebracht worden sei und zum Vorbringen der Dienstgeberseite, es bestehe keine gesetzliche Verpflichtung zur Vorlage, verwies die Gleichbehandlungsbeauftragte auf § 8 des Frauenförderungsplanes. § 8 bestimme, dass der Ausschreibungstext der Gleichbehandlungsbeauftragten rechtzeitig vor der Veröffentlichung zur Kenntnis zu bringen sei. Es sei ja absurd, einen Ausschreibungstext vorzulegen und dessen nachträgliche Änderung nicht mehr. Ein Detail sei, dass die Zahlen betreffend die Abteilungsleitungen von Frauen und Männern nicht stimmen (Anmerkung: In der Stellungnahme heißt es, dass 12 Abteilungen von Frauen und 31 Abteilungen von Männern geleitet werden), es werden nur 9 Abteilungen von Frauen geleitet, der Frauenanteil liege bei 27,8 %.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GlBG 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 § 11c B-GlBG („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 Ver-

pflichtung 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 BMVIT für die „erweiterte“ Ausschreibung sowie für die Reihung der Bewerberin und des Bewerbers im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Mit dem Ausschreibungstext in seiner ursprünglichen Fassung hat die Behörde von der seit 2003 verwendeten Version, nach der auch ein einem Hochschulstudium bzw dem Aufstiegskurs vergleichbarer Wissensstand für die Leitung einer Abteilung ausreichend gewesen ist, wieder Abstand nehmen wollen. Es ist davon auszugehen, dass man nicht grundlos wieder höhere Anforderungen an Leitungsfunktionen stellen wollte. Der Abschluss des rechtswissenschaftlichen oder eines diesem vergleichbaren Studiums ist bisher Voraussetzung für die Leitung der gegenständlichen Abteilung gewesen, was nach dem Dafürhalten des Leiters des Büros der zuständigen Staatssekretärin auch sachlich gerechtfertigt wäre. Der Leiter der zuständigen Sektion … bestätigt mit seiner Argumentation, der absolvierte Aufstiegskurs oder auch ein „vergleichbarer Wissensstand“ sei eine ausreichende Qualifikation, da es sich bei den Aufgaben der Abteilung … „keineswegs um eine rein(!) juristische Tätigkeit“ handle, indirekt, dass die Aufgaben der Abteilung zu einem nicht unmaßgeblichen Teil juristischer Natur sind.
Das Vorbringen von SC D, mit der Ausschreibung in der „erweiterten Fassung“ habe die Behörde Fairness üben und für „Durchlässigkeit“ sorgen wollen (es sollen mehr Bedienstete die Chance auf eine Leitungsfunktion bekommen), ist für die B-GBK nicht überzeugend, denn wären diese Gesichtspunkte maßgebend gewesen, hätte die Behörde schlicht in der seit 2003 üblichen Fassung ausgeschrieben, es hätte nicht des Einwandes von SL Dr. C bedurft. Der Umstand, dass vom ursprünglichen Vorhaben und vom Vorschlag der zuständigen Staatssekretärin, das abgeschlossene Hochschulstudium wieder als unbedingtes Erfordernis vorauszusetzen, gerade bei

der Ausschreibung einer Funktion abgegangen wurde, für die die Bewerbung eines Bediensteten erwartet worden ist, der diese Voraussetzung nicht erfüllt, lässt eindeutig darauf schließen, dass die Voraussetzung im Hinblick auf die Vergabe der Funktion an B um den „vergleichbaren Wissensstand“ erweitert worden ist. Der Umstand, dass gerade für die Leitung der am besten bewerteten Abteilung in der Gruppe kein entsprechendes Hochschulstudium vorausgesetzt wurde, während alle anderen Abteilungen in der Sektion von Akademikern/Akademikerinnen geleitet werden, macht dieses Motiv noch wahrscheinlicher.

Zur Frage der Reihung der Bewerberin und des Bewerbers stellt die B-GBK fest: Grundlage für die Bewertung der Qualifikationen sind die Anforderungen gemäß der Ausschreibung. Es ist also zu hinterfragen, ob 1.) der Wissenstand von B dem eines rechtswissenschaftlichen oder vergleichbaren Hochschulstudiums bzw des Aufstiegskurses entspricht. Die B-GBK stellt nicht in Abrede, dass B über ausgezeichnete Kenntnisse auf dem Gebiet „…“, einschließlich der rechtlichen Rahmenbedingungen, verfügt. Das Wissen, das im Rahmen des rechtswissenschaftlichen oder eines vergleichbaren Studiums, oder auch im Rahmen des Aufstiegskurses an der Verwaltungsakademie erworben wird, ist aber anderer Art und jedenfalls breiter gefächert, als das Wissen, das im Laufe der Tätigkeit in einem Fachbereich und durch eine „branchenspezifische Ausbildung“ (hier das Hochschulstudium „…“) erworben wird. Auf die Erfüllung dieses Ausschreibungserfordernisses ist die Begutachtungskommission nicht eingegangen. Sie hat lediglich festgestellt, B verfüge über Führungs- und Verhandlungserfahrung, er sei Experte im Bereich … und habe das breiteste Fachwissen. Die Begutachtungskommission hat damit außer Acht gelassen, dass es sich laut Ausschreibung bei den Erfordernissen „vergleichbarer Wissenstand“ und „eingehende Kenntnisse und Erfahrungen in zumindest einem Sachgebiet der Abteilung und entsprechende Kenntnisse in den anderen Aufgabenbereichen“ um zwei verschiedene Anforderungen handelt. Dieser Umstand und das Vorbringen von SC D, es gehe um den Wissensstand, der für die Leitung der Abteilung notwendig sei und nicht um Vorbildung, erhärtet den Verdacht, dass die Behörde den Bewerber B von Anfang an präferiert hat.
Den Punkt „vergleichbarer Wissensstand“ abschließend stellt die B-GBK fest, dass B dieses Erfordernis nicht im Sinne der Ausschreibung erfüllt.

Die Beurteilung der Erfüllung der abteilungsspezifischen Anforderungen von B stützt die Begutachtungskommission darauf, dass B auf Grund seiner langjährigen und aktuellen Tätigkeit in der ausgeschriebenen Abteilung mit deren „Themenstellungen“ sehr gut vertraut sei, die Erfahrungen von A im Aufgabenbereich der Abteilung würden hingegen schon lange zurückliegen. Im Vergleich zu B mangle es A an aktuellen Kenntnissen und Vorstellungen zur künftigen Entwicklung dieser Abteilung. Das BMVIT wiederholt in seiner Stellungnahme an die B-GBK diese Begründung für die Beurteilungen.

Wie bereits gesagt sind die Dienstgebervertreter verpflichtet, die Eignung jeder Bewerberin und jedes Bewerbers zu prüfen und einen Qualifikationsvergleich zwischen allen Bewerberinnen und Bewerbern vorzunehmen, und sie haben danach das Maß der Eignung festzustellen. Dies gilt selbstverständlich auch im Falle von Bewerbungen Bediensteter der ausgeschriebenen Abteilung, denn andernfalls haben alle anderen Kandidatinnen und Kandidaten von vorneherein einen Nachteil. Ein solcher Vergleich ist offensichtlich nicht vorgenommen worden. Weder dem Gutachten der Begutachtungskommission noch der Stellungnahme des BMVIT an die B-GBK ist zu entnehmen, dass die Begutachtungskommission die fachlichen Kenntnissen und Erfahrungen von A aus ihrer Tätigkeit in der Abteilung … und als mehrjährige (provisorische) Leiterin und derzeit stellvertretende Leiterin der Abteilung „…“ im Hinblick auf die Anforderungen für die Leitung der Abteilung … näher geprüft und diese den Kenntnissen und Erfahrungen von B gegenübergestellt hätte. Auf die Verhandlungserfahrungen von A ist die Begutachtungskommission ebenfalls nicht eingegangen. Betreffend die Führungserfahrungen hat die Begutachtungskommission ausgeführt, B könne diese aus seiner Tätigkeit als stellvertretender und interimistischer Abteilungsleiter vorweisen, A habe ebenfalls Organisations-, Koordinations- und Führungserfahrung. Die B-GBK hält dazu fest, dass A die Abteilung „…“ während des Karenzurlaubes der Abteilungsleiterin fünf Jahre lang geleitet hat. Ihre Leitungserfahrung ist daher im Vergleich zu B, der zum Bewerbungszeitpunkt die Abteilung Y zwei Jahre geleitet hatte, höher zu bewerten.

Die Begutachtungskommission hatte festgestellt, dass alle Bewerber/innen „grundsätzlich“ die in der Ausschreibung gestellten Anforderungen erfüllen und beschlossen, ein Hearing durchzuführen. Im Anschluss daran sei die Auswertung der Gespräche erfolgt. A habe ihre Motivation und Begeisterungsfähigkeit gut präsentiert können, konkrete Fragen zur ausgeschriebenen Abteilung habe sie allerdings eher

allgemein beantwortet. „Das Manko“, das darin bestehe, dass ihre Erfahrungen im Aufgabenbereich der Abteilung schon lange zurückliegen und ihre derzeitige Tätigkeit wenig Bezug zur ausgeschriebenen Abteilung habe, habe sie auch in ihrer Präsentation „letztlich nicht zu Gänze wettmachen“ können. B betreffend ist festgehalten, er sei sicher und souverän aufgetreten und habe die „kommenden Reformen im Bereich der Abteilung am besten darlegen“ können. Welche Fragen gestellt worden sind, ist den Unterlagen nicht zu entnehmen (laut Auskunft der in der Sitzung der B-GBK anwesenden (zweiten) Antragstellerin hat eine Frage gelautet: „Wie sehen Sie die Entwicklungsmöglichkeiten und Chancen der ausgeschriebenen Abteilung, insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Zuständigkeit der Gemeinschaft in Fragen der …?“), der Inhalt der Präsentation von A ist nicht einmal zusammenfassend dargestellt, ebenso wenig die Reformvorschläge oder Konzepte des Bewerbers. Ein Protokoll zum Hearing dürfte nicht verfasst worden sein, jedenfalls wurde der B-GBK keines vorgelegt. Die Feststellungen zu den Präsentationen sind also in keiner Weise nachvollziehbar.

In der Ausschreibung sind „Erfahrungen aus qualifizierten Tätigkeiten oder Praktika im Gesamtausmaß von mindestens sechs Monaten außerhalb des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie“ als erwünscht angeführt. A kann, anders als B (eine Ausbildung ist keine qualifizierte Tätigkeit und kein Praktikum), diese „Zusatzqualifikationen“ vorweisen, sie war vor Beginn ihres Dienstverhältnisses zum BMVIT Sachbearbeiterin bei … und bei einer Versicherung, sie hat im Rahmen des Austauschprogramms … bei der behörde gearbeitet. Weshalb diese Tätigkeiten nicht in die Bewertung mit eingeflossen sind, ist nicht nachvollziehbar.

Auf das Vorbringen von der Gleichbehandlungsbeauftragten, B hätte aus formalen Gründen ausgeschieden werden müssen, weil er die Anforderung „Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1 oder das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufnahme in ein solches öffentliches Dienstverhältnis“ nicht erfülle, war nicht einzugehen, da in diesem Zusammenhang ein Verdacht auf einen Verstoß gegen das B-GlBG nicht gegeben erscheint.

Nach einem Vergleich aller Kenntnisse und Erfahrungen von A und B entsprechend den Anforderungen in der Ausschreibung, ist für die B-GBK die Feststellung der Begutachtungskommission, B sei der bestgeeignete Bewerber, A sei (nur) „in hohem Maß“ geeignet, nicht nachvollziehbar. Aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer bisherigen Tätigkeiten ist A jedenfalls „in höchstem Maß“ für die Leitung der Abteilung geeignet. Nach dem Dafürhalten der B-GBK verfügt sie im Vergleich zu B über die höhere Qualifikation, weshalb dessen Betrauung mit Leitung der Abteilung … eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 4 Z 5 B-GlBG darstellen würde. Aber auch wenn man sowohl B als auch A als „in höchstem Maß“ geeignet erachtet, wäre mit der Betrauung von B das B-GlBG verletzt, nämlich das Frauenförderungsgebot des § 11c, welches, da Frauen in Führungsfunktionen unterrepräsentiert sind, bei der Besetzung der gegenständlichen Planstelle zur Anwendung kommt.

Empfehlungen:

1.) Im Hinblick auf zukünftige Auswahlverfahren wird darauf hingewiesen, dass der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen Ausschreibungen in jener Fassung zur Kenntnis zu bringen sind, die letztendlich veröffentlicht wird.

2.) Generell wird dem BMVIT empfohlen, frauenfördernde Maßnahmen zu setzen, um den Anteil von weiblichen Führungskräften deutlich zu erhöhen.

Wien, im November 2008