

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

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. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Leitung der Abteilung X im ... im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung (BMLV) aufgrund des Geschlechtes und des Alters beim beruflichen Aufstieg gemäß §§ 4 Z 5 und 13 (1) Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

Gutachten

beschlossen:

Die Bestellung von B zur Leiterin der Abteilung X im ... stellt keine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechtes und/oder des Alters beim beruflichen Aufstieg gemäß §§ 4 Z 5 und 13 (1) Z 5 B-GIBG dar.

Begründung

Der Antrag von A langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Der Antragsteller führte Folgendes aus:

Er sei ...leiter an der ... in ... Aufgrund der Ausschreibung des Arbeitsplatzes „Abteilungsleiter der Abteilung X im ...A im Bereich des BMLV“ habe er sich im ... um die Funktion (MBO2/...) beworben. Es handle sich um einen Arbeitsplatz der ...höchsten Funktionsgruppe im Bereich MBO2 in ... Neben ihm habe sich nur noch B beworben. Die um ... Jahre jüngere Bewerberin sei ihm vorgezogen worden. Er sei im Bewerbungsjahr ... Jahre alt gewesen, seine um ... Jahre längere spezifische Berufserfahrung sei überhaupt nicht berücksichtigt worden. Es sei ihm nicht bekannt, dass jemals ein derart junger Bediensteter/eine derart junge Bedienstete auf einen Arbeitsplatz der Funktionsgruppe (FGr ...) eingeteilt worden wäre, denn die Abteilungsleitung verlange „eine ausgesprochen hohe, lange und breitgestreute Berufserfahrung“.

Das gegenständliche Ausschreibungsverfahren erwecke, wie bereits das vorherige Verfahren zur Besetzung der stellvertretenden Abteilungsleitung, den Eindruck, dass „die Verhinderung

meiner Person“ und die Besetzung der Stelle mit der viel jüngeren Bewerberin schon länger geplant gewesen sei, denn beide Ausschreibungen seien „dementsprechend“ formuliert gewesen. Bei beiden Verfahren sei im Vorfeld bekannt gewesen, dass er sich bewerben werde, da er dies vor der ersten Bewerbung dem ... des ... (...) mitgeteilt habe. Dieser sei bei dem Gespräch schon „unangenehm abweisend“ gewesen, es sei „durchgedrungen“, dass der ...leiter ihn unbedingt „verhindern“ wolle, weil er nur mehr ... Jahre bis zum möglichen Pensionsantritt und ... Jahre bis zum Regelpensionsalter habe. Im Laufe beider Verfahren hätten sich die Gerüchte verdichtet, dass der ...leiter die viel jüngere Frau „in diese Position hieven“ wolle, schon die Ausschreibung für die stellvertretende Abteilungsleitung sei auf diese Bewerberin zugeschnitten gewesen. So sei der Masterstudienlehrgang „militärische Führung“ als MUSS-Kriterium verlangt worden, gleichwertige Lehrgänge seien nicht akzeptiert worden. Die Voraussetzung für höhere Funktionen bei Berufsoffizieren (MBO2) sei „früher“ der „Truppenkommandantenkurs“ und in weiterer Folge der „Führungslehrgang 2“ gewesen, erst viel später sei der Masterstudienlehrgang dazugekommen, wobei alle Lehrgänge als gleichwertig angesehen worden seien. Dies sei auch bei allen anderen Ausschreibungen für die FGr. ... oder höher, beispielsweise für den stv. Militärkommandanten, so gewesen. B habe aufgrund ihres Alters den Masterstudienlehrgang absolviert, er (der Antragsteller) habe den Führungslehrgang 2 bereits im Jahr ... - als B die Militärakademie begonnen habe – abgeschlossen. Interessanter Weise seien bereits in der Ausschreibung für die stv. Abteilungsleitung (im Jahr ...) dieselben MUSS-Kriterien gefordert worden wie später (...) für die Abteilungsleitung, nämlich eine Verwendung als „Kommandant eines kleinen Verbandes“ (Kdt klVbd) in der Dauer von mindestens drei Jahren oder eine Verwendung von „fünf Jahren im Bereich der X“. Es sei also eine ausgeübte Tätigkeit in derselben FGr. wie der ausgeschriebenen verlangt worden. Er habe eine solche als stv. ...kommandant vorweisen können, B nicht. Beim Verfahren zum stv. Abteilungsleiter im Jahr ... habe ihm der ...leiter mitgeteilt, dass er sehr gut geeignet wäre, es jedoch eine jüngere Bewerberin gebe, die zumindest gleich gut bewertet sei und daher den Vorzug bekommen werde. Er habe alle Voraussetzungen erfüllt, da er bereits im Jahr ... der bestgeeignete von mehreren Bewerbern gewesen sei, und seines Wissens habe sich das Tätigkeitsfeld nicht wesentlich geändert. Wäre B nicht stv. Abteilungsleiterin geworden, wäre die spätere Bevorzugung bei der Abteilungsleitung wahrscheinlich nicht möglich gewesen, da B seines Wissens bis dahin nur eine niedrige FGr und lediglich die Leitung eines ... aufweisen habe können. Rückblickend ergebe sich das Bild, dass schon die Ausschreibung für die Stellvertretungsfunktion im Hinblick auf die Ausschreibung für die Abteilungsleitung erfolgt sei, die absehbar gewesen sei, da der Abteilungsleiter im Jahr ... das Regelpensionsalter erreicht habe.

Von den vier, neben den allgemeinen Ernennungserfordernissen, genannten Erfordernissen (1. öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis in der VwGr H2/MBO2; 2. FH-Masterstudiengang

„Militärische Führung“ oder Lehrgang Militärische Führung oder Führungslehrgang 2 oder Truppenkommandantenkurs; 3. Mindestens dreijährige Vorverwendung als Kdt kIVbd oder eine Vorverwendung im Bereich der X in der Dauer von mindestens fünf Jahren; 4. Vorliegen einer Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit) habe er die Anforderungen 1, 2 und 4 erfüllt, das Erfordernis 3 habe er nur zum Teil erfüllt, worauf er noch eingehen werde. Die weiters erwünschten Kenntnisse und Fähigkeiten habe er zu 100% erfüllt, und zwar aufgrund seiner bisherigen Funktionen im In- und Ausland. Auf die Erfüllung der Anforderungen sei er in seiner Bewerbung ausführlich eingegangen.

Zum MUSS-Kriterium der Vorverwendung im Bereich der X in der Dauer von mindestens fünf Jahren führte A aus, dass in der Ausschreibung nicht eine Tätigkeit in der Abteilung X des ... verlangt gewesen sei. Die Nichtberücksichtigung seiner Person stütze man offenbar darauf, dass er nicht fünf, sondern etwa ... Jahre in der Abteilung X tätig gewesen sei.

Die Abteilung X sei erst mit ... gegründet worden, und sei anfänglich nur für ... zuständig gewesen. Bis zu diesem Zeitpunkt seien die jeweiligen Truppenkörper für X zuständig gewesen, und somit sei er de facto seit seiner Ausmusterung im Jahre ... ständig mit X beschäftigt gewesen, in seiner Zeit beim ...bataillon ..., bis ..., habe er eine erhebliche Anzahl an ... gewinnen können. Anschließend sei er selbst stv. Leiter der Abteilung X und in weiterer Folge ...leiter in der ... gewesen. An der ... habe er z. B. ... geworben.

Die X an sich werde nur zum Teil vom ... durchgeführt, sie erfolge nach wie vor zu einem guten Anteil bei der Truppe oder auch an der In seiner Funktion als ...leiter habe er von ... bis ... das Projekt „...“, eine ...maßnahme des BMLV, ... Monate geleitet. Bei genauer Prüfung seiner Bewerbung hätte er allein mit seiner Tätigkeit als stv. ...leiter über ... Jahre in der X nachgewiesen. In den letzten ... Jahren sei er für die Ausbildung der wesentlichen Zielgruppe des ..., der ..., verantwortlich. Diese Erfahrung im Zusammenhang mit ... sei nicht gewürdigt worden. Die Tätigkeit des Abteilungsleiters, die er als stv. Abteilungsleiter kennengelernt habe, umfasse in der X weit mehr als die diesbezüglichen Erfahrungen B als ...beraterin. Wenn ... Jahre Tätigkeit in der X, einerlei in welcher Funktion, ohne Bewertung der Qualifikation für die Leitungsfunktion in der FG. ... ausreiche, stelle sich für ihn die „Wertigkeit dieses MUSS-Kriteriums“ in Frage.

Zur Anforderung dreijährige Vorverwendung als Kdt kIVbd weise er darauf hin, dass er die volle Ausbildung zum ...kommandanten absolviert habe. In seiner Zeit als stv. ...kommandant habe er mehrmals und auch mehr als ... Monate durchgehend den ...kommandanten vertreten. Dafür und auch für die stv. Leitung der Abteilung X und für die ...leitung würden die gleichen Qualifikationen wie für einen ...kommandanten gefordert. Aus seiner Sicht wäre daher die Funktion eines ...leiters der eines ...kommandanten gleichzuhalten. Die Dienstbehörde habe aber festgestellt, dass „beide Bewerber“ die Einteilung als ...kommandant nicht nachweisen haben können. Bei genauerer Beurteilung seiner Bewerbung wären nicht nur ... Jahre, sondern zumindest ... Jahre als ...kommandant zu werten gewesen.

Zusammenfassend führte A im Wesentlichen aus:

Insgesamt sei die Forderung der dreijährigen Tätigkeit als ...kommandant fraglich, da die Funktion der Abteilungsleitung nicht auf der Tätigkeit des ...kommandanten aufgebaut sei. In der „Oderverwendung müsste ... stringenter Weise in der X auch eine einem ...kommandanten adäquate Verwendung notwendig sein“.

B sei seines Wissens bei der Truppe maximal ...kommandantin und dann jahrelang ...beraterin beim ..., in unteren Verwendungsgruppen, gewesen. Sie weise insgesamt bei weitem nicht die Erfahrungen bei der Truppe, in oberen Kommanden oder auch in Bildungseinrichtungen des ÖBH auf, über die er verfüge.

Es habe im gesamten Verfahren keinerlei Information über den Stand gegeben. Es sei auch kein Hearing durchgeführt worden. Insgesamt sei dieses Ausschreibungsverfahren „total Intransparent“ gewesen und habe „einer Konspiration“ geglichen. Das Ergebnis der Begutachtungskommission sei nur im Internet veröffentlicht worden, und daraus sei hervorgegangen, dass er offensichtlich gar nicht geeignet sei, da nur eine weibliche Bewerberin aufgeschienen sei. Von Bs Bestellung zur Abteilungsleiterin habe er erst durch die Veröffentlichung im Verlautbarungsblatt am ... erfahren.

Nach der bereits für den stv. Abteilungsleiter „besonders gearteten“ Ausschreibung bezüglich der MUSS-Kriterien liege die Vermutung nahe, dass dieses „speziell für B entworfen“ worden sei, um ihn als älteren Dienstnehmer zu verhindern und sie als jüngere Bedienstete, mit deutlich geringerer spezifischer Berufserfahrung, in diese sehr hohe Funktionsgruppe zu ernennen. Wenn die um ... Jahre längere Erfahrung aufgrund der vielfältigen höchsten Funktionen in der Ausbildung, Verwaltung und X, im In- und Ausland nicht ausreichend gewesen sei, müsse das Alter oder das Geschlecht den Ausschlag für die Bevorzugung von B gegeben haben. Zur Frage einer objektiven Diskriminierung nach dem Alter habe der VwGH schon ausgeführt, dass eine unvertretbare Mindergewichtung von (spezifischer) Berufserfahrung per se eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters darstelle, da im Regelfall (dienst-)ältere Personen über höhere Berufserfahrung verfügen.

Dem Antrag von A waren die Ausschreibung, seine Bewerbung und die Ausschreibung für die stv. Abteilungsleitung im Jahr X angeschlossen.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BMLV mit ... eine Stellungnahme zu As Antrag, in der im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

Zur Ausschreibung bzw. Bekanntmachung von Arbeitsplätzen generell:

Die Basis für den Bekanntmachungs- bzw. Ausschreibungstext sei die aktuelle, vom BMKÖS genehmigte, Arbeitsplatzbeschreibung (APIB), inkl. allfälliger, ebenfalls vom BMKÖS genehmigter, Fußnoten. Es müsse dem Dienstgeber unbenommen bleiben, aus sachlichen Gründen neben den in einer APIB und allfälligen Fußnoten enthaltenen Mindestanforderungen

zusätzliche Anforderungen festzulegen und dabei auch die Kriterien als Muss-Kriterien, Erwartungskriterien oder als Wunschkriterien einzustufen. Dies sei insbesondere bei Arbeitsplatzbeschreibungen wie den gegenständlichen erforderlich, da sie nur die Mindestanforderungen enthalten und den Erfordernissen der §§ 5 Abs. 2 und 22 Abs. 2 AusG sowie den ressortspezifischen, sachlichen Vorgaben sonst nicht Rechnung getragen werden könnte.

Das Verfahren zur Erstellung und Veröffentlichung des Bekanntmachungs- bzw. Ausschreibungstextes werde von der Dienstbehörde geführt. Diese erstelle einen Entwurf und danach erfolge (bei militärischen Arbeitsplätzen) die fachliche Beurteilung durch den Generalstab. In weiterer Folge werde das Kabinett der Frau Bundesminister (KBM) eingebunden und letztlich auch die Personalvertretung sowie die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen. Danach werde der Bekanntmachungs- bzw. Ausschreibungstext veröffentlicht. Dadurch sei eine größtmögliche Objektivität und Transparenz gewährleistet, da in dieser Phase die Bewerberinnen und Bewerber nicht vorhersehbar seien. Der Bedarfsträger (z. B. ...) werde nicht eingebunden, daher könne dieser (etwa der Leiter ...) keinen Einfluss auf die Textierung nehmen.

Die Vorschreibung sämtlicher Muss-, Erwartungs- und Wunschkriterien bei der Besetzung des Arbeitsplatzes „stvAbtLtr X“ im Jahr ... lasse sich aus der APIB samt Fußnote 5 (neben der bereits in der APIB festgelegten zwingenden Vorverwendung als Kdt kIVbd in mindestens drei Jahren sei die alternative Vorverwendung im Bereich der X in der Dauer von fünf Jahren zu berücksichtigen gewesen) aus einer aus rein sachlichen Gründen bestehenden Verwaltungsusance im ho. Ressort ableiten. Dem Antragsteller sei zuzustimmen, dass in der Bekanntmachung als Muss-Kriterium nicht nur der FH-Master-studiengang „Militärische Führung“ festgelegt werden hätte dürfen, sondern hätten auch die Ausbildungsgänge Führungslehrgang 2 oder Truppenkommandantenkurs angeführt werden müssen. Allerdings sei dem Antragsteller dadurch kein Nachteil entstanden [Anmerkung: Wurde näher erläutert].

Zum Bewertungsverfahren:

Der Erlasslage entsprechend seien die Bewerbungen an das ... als Bedarfsträger zur Durchführung eines Bewertungsverfahrens übermittelt worden. Für die Beurteilung der Bewerber sei eine Mustermatrix zu verwenden, bei der die Muss-, Erwartungs- und Wunschkriterien nicht Ausschlusskriterien, sondern alle drei Kategorien von Kriterien nach Punkten zu beurteilen seien. Auch bei Nichterfüllung oder nur teilweiser Erfüllung eines Kriteriums könnten theoretisch Bewerber/innen als bestgeeignet aus dem Bewertungsverfahren hervorgehen. Der Antragsteller habe das Muss-Kriterium der „Vorverwendung“ nicht zur Gänze erfüllt, weil er diese zwar inhaltlich, aber nicht im Hinblick auf die erforderliche Dauer sowohl als Kdt kIVbd als auch im Bereich der X erfüllt habe. Die Mitbewerberin habe eine mehr als fünfjährige Verwendung in der X vorweisen können. Der entsprechende Punkteabzug für dieses Kriterium sei gerechtfertigt gewesen. Hinzu komme, dass im Jahr ... [Anmerkung: Einteilung

der Mitbewerberin] im Wirkungsbereich der ho. Dienstbehörde das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG zur Anwendung gekommen sei, da ... männliche, aber keine einzige weibliche Bedienstete auf einem Arbeitsplatz der VwGr MB02, FGr ..., eingeteilt gewesen sei. Im Ergebnis lasse sich in diesem Bewertungsverfahren keine Benachteiligung des Antragstellers erkennen, zumal auch er als in höchstem Ausmaß geeignet beurteilt worden sei.

Zur Nachbesetzung der (gegenständlichen) Leitung der Abteilung X im Jahr ... wurde Folgendes ausgeführt:

Auch in diesem Ausschreibungsverfahren lasse sich die Vorschreibung der Muss-, Erwartungs- und Wunschkriterien aus der Arbeitsplatzbeschreibung samt Fußnote 10 (wie Fußnote 5) aus einer aus rein sachlichen Gründen bestehenden Verwaltungsusance und den gesetzlichen Verpflichtungen ableiten. Der Ausschreibungstext habe sich in den wesentlichen Bereichen auch an den Bekanntmachungstext aus dem Jahr ... anlehnt, wodurch die Behauptungen des Antragstellers, die Ausschreibung sei auf eine Mitbewerberin zugeschnitten gewesen bzw. solle ihn als Funktionsinhaber verhindern, entkräftet sei.

In dem „*Exkurs alternative Vorverwendung*“ führte das BMLV aus, dass die Abteilung X – wie vom Antragsteller ausgeführt - erst mit der Möglichkeit des Wehrdienstes für Frauen implementiert worden sei. Ursprünglich sei die Abteilung auch nur für ... gedacht gewesen, während die X im Bereich der Truppenkörper angesiedelt gewesen sei. Es stehe außer Zweifel, dass der Antragsteller im Zuge seiner bisherigen Verwendungen sehr engagiert ... habe. Die X sei allerdings im Laufe der Zeit enorm professionalisiert worden, sie sei nicht mehr nur auf ... spezialisiert, sondern umfasse sämtliche Aspekte der X und ...beratung einschließlich Marktanalysen, Marketingkonzepte und die Implementierung eigener IT-Systeme. Die bisher im Bereich der Truppenkörper angesiedelte X – auch wenn sie noch so engagiert durchgeführt worden sei – stelle demgegenüber nur einen Teilaspekt dar. Es sei nicht unsachlich, wenn der Dienstgeber auf diese Änderungen reagiere und neben erfahrenen Truppenoffizieren mit mehrjähriger Vorverwendung als Kdt kIVbd auch Offizieren mit mehrjähriger fachspezifischer Vorverwendung im Bereich der X - und der ausbildungsmäßigen Voraussetzung für eine Verwendung als Kdt kIVbd – Leitungsfunktionen im Bereich der X eröffne. Dies gelte umso mehr, als die Chance auf eine Verwendung als Kdt kIVbd, noch dazu für mindestens drei Jahre, auf Grund der überschaubaren Anzahl an kleinen Verbänden und der großen Anzahl an potenziellen Kandidaten nicht sehr hoch sei. Diesen geänderten Umständen Rechnung tragend sei daher mit ... u. a. für die Arbeitsplätze „stvAbtLtr X“ und „AbtLtr X“ eine Vorverwendung im Bereich der X als alternative Vorverwendung zum Kdt kIVbd in Form einer Fußnote zur APIB festgelegt worden. Der Antrag auf Festlegung einer Fußnote müsse spätestens im ... gestellt worden sein, damit die Fußnote mit ... im Personalsystem erfasst

werden habe können. Es könne daher kein Zusammenhang mit der Mitbewerberin bestehen, die Bekanntmachung des Arbeitsplatzes „stvAbtLtr X“ sei erst ... Monate nach Festlegung der Fußnote erfolgt (im ...).

Im Ergebnis könne im gesamten Ausschreibungsverfahren kein Vorgehen erkannt werden, das geeignet wäre, die Mitbewerberin zu bevorzugen oder den Antragsteller zu benachteiligen. Wenn der Antragsteller anführt, dass seine Bewerbungsabsicht im Vorfeld bekannt gewesen sei, weil er dies dem Leiter ... mitgeteilt habe, so möge das allenfalls auf den Leiter ... zutreffen. Dieser habe jedoch - wie dargelegt - keinerlei Einfluss auf den Inhalt des Ausschreibungstextes, da er im Verfahrensablauf nicht eingebunden sei, und auch außerhalb des Dienstweges habe es keinerlei Intervention des Leiters ... gegeben. Der Dienstbehörde respektive dem für die Erstellung des Ausschreibungstextes zuständigen Referat sei nicht bekannt, wer sich um den auszuschreibenden Arbeitsplatz bewerben werde. Selbst für den fiktiven gegenteiligen Fall hätte dies in keiner Weise einen Einfluss auf den Inhalt des Ausschreibungstextes gehabt.

Zum Begutachtungsverfahren wurde ausgeführt:

Die Bewerbungen seien der Frau Bundesminister und den Mitgliedern der Begutachtungskommission übermittelt worden. In der Sitzung vom ... habe die Begutachtungskommission einstimmig beschlossen, dass der Antragsteller das Muss-Kriterium der mindestens dreijährigen Verwendung als Kdt kIVbd oder der mindestens fünfjährigen Verwendung im Bereich in der X nicht erfülle und somit von der weiteren Beurteilung auszuschließen sei.

a) Ad mindestens dreijährige Vorverwendung als Kdt kIVbd:

Gemäß Militärlexikon werde ein kIVbd wie folgt definiert: „*Kleiner Verband ist eine Truppe, in der Regel Bataillon oder Regiment, die zur Durchführung des Gefechtes jeweils eine Einsatzart unter Unterstützung durch die übergeordnete Führungsebene zur Anwendung bringt.*“ Dementsprechend sei eine Verwendung als Kdt eines Bataillons oder Regiments oder eines gleichwertigen Truppenverbandes erforderlich. Der Antragsteller habe angegeben, während seiner Verwendung als stvKdt des ... mehrmals und auch mehr als ... Monate durchgehend den Kdt ... vertreten zu haben. Dem Personalinformationssystem (PERSIS) sei zu entnehmen, dass A zu keiner Zeit dienstrechtlich als Kdt ... eingeteilt gewesen sei. Vertretungsweise habe er diese Funktion im Zeitraum von ... bis ... wahrgenommen. Als stvKdt ... sei er im Zeitraum von ... bis ... dienstrechtlich eingeteilt gewesen und habe diese stellvertretende Funktion in den Zeiträumen von ... bis ..., ... bis ... und von ... bis ... innegehabt. Ziehe man nur die vertretungsweise Verwendung als Kdt ... heran, ergäbe sich lediglich eine knapp ...monatige Vorverwendung. Die dienstrechtliche Einteilung und die vertretungsweise Verwendung als stvKdt ... im Gesamtausmaß von rund ... Monaten seien nicht einschlägig im Sinne des Ausschreibungstextes, weil es sich dabei nicht um die Funktion Kdt, sondern nur um den stvKdt handle. Berücksichtige man, dass der stvKdt zumindest tageweise vertrete

und veranschlage man diese tageweise Vertretung sehr großzügig mit insgesamt ... Monaten, so ergäben sich aber selbst bei dieser Betrachtungsweise insgesamt lediglich rund ... Monate einschlägige Vorverwendung. Es könne dahingestellt bleiben, ob die nicht im PERSIS dokumentierte tageweise Vertretung überhaupt und wenn ja, in welchem fiktiven Ausmaß berücksichtigt werden könne, denn der Antragsteller selbst gehe davon aus, das Erfordernis einer mindestens dreijährigen Vorverwendung als Kdt kIVbd nicht zu erfüllen.

Es sei auch nichts damit gewonnen, wenn der Antragsteller seine ...jährige Verwendung als ...leiter an der ... (...) ersatzweise als einschlägige Vorverwendung als Kdt kIVbd heranziehe. Bei der ... handle es sich nämlich um keinen Truppenverband, sondern um ein Organisationselement der ... des BMLV. Entgegen der Ansicht des Antragstellers komme es nicht auf die Wertigkeit einer Funktion an, sondern auf die Einschlägigkeit einer Vorverwendung im Hinblick auf die Parameter Kdt und kIVbd. Daraus resultierend seien weder Verwendungen als stvKdt oder als ...Ltr, noch Verwendungen bei Organisationseinheiten, die kein Truppenverband seien, als einschlägig zu betrachten. Ungeachtet dessen, dass auch die Mitbewerberin diese Alternative der Vorverwendung nicht erfülle, sei es keine unsachliche Vorgehensweise der Begutachtungskommission, wenn sie die dargestellten Verwendungen des Antragstellers nicht als Erfüllung der Vorverwendung als Kdt kIVbd in der Dauer von mindestens drei Jahren sehe.

b) ad mindestens fünfjährige Vorverwendung im Bereich X:

„Sachlogisch“ könne der Begriff „X“ nur im Sinne der im Exkurs (oben) behandelten professionellen X, die in dieser umfassenden Form nur im Bereich des ... durchgeführt werde, verstanden werden. Jede andere Interpretation würde sowohl die Fußnote zur APIB als auch den entsprechenden Passus im Ausschreibungstext ad absurdum führen, zumal eine gewisse Art der X durch nahezu jeden Kdt oder Ltr erfolge.

Vorweg sei festzuhalten, dass die Mitbewerberin durchgehend seit ..., sohin bis zum Ende der Bewerbungsfrist am ... rund ... Jahre und ... Monate dienstrechtlich auf einschlägigen Arbeitsplätzen im Bereich der professionellen X eingeteilt sei und somit die alternative Vorverwendung zweifelsfrei erfülle.

Der Antragsteller sei von ... bis ... dienstrechtlich als stvAbtLtr X eingeteilt gewesen und weise somit eine einschlägige Vorverwendung im Bereich X in der Dauer von ... Jahren und ... auf. Die vom Antragsteller ins Treffen geführten sonstigen ...maßnahmen seien zweifelsfrei von Engagement geprägt und vermutlich auch von Erfolg gekrönt gewesen, allerdings seien sie nicht unter X im Sinne des obigen Exkurses subsumierbar. Wenngleich die einschlägige Vorverwendung als stvAbtLtr X einen relativ hohen Erfüllungsgrad in zeitlicher Hinsicht aufweise, so sei die Entscheidung der Begutachtungskommission, diese Vorverwendung nicht als besonderen Umstand des Einzelfalles zu werten und das Muss-Kriterium somit nicht als erfüllt anzusehen, objektiv nachzuvollziehen. Dies vor allem deshalb, weil diese Verwendung

zum Zeitpunkt des Endes der Bewerbungsfrist bereits rund ... Jahre zurückliege und sich zwischenzeitlich sehr viele Änderungen im Bereich der professionellen X ergeben hätten. Festzuhalten sei, dass die Muss-Kriterien bei Ausschreibungen gemäß den §§ 2 bis 4 AusG ex lege als Ausschlusskriterien definiert seien. Ein Bewerber müsse daher alle Muss-Kriterien erfüllen, um als grundsätzlich geeignet iSd § 10 Abs. 1 Z 1 AusG eingestuft und einer weiteren Beurteilung unterzogen zu werden. Dies deshalb, weil § 10 Abs. 1 Z 2 AusG explizit normiere, dass nur die iSd Z 1 leg. cit. geeigneten Bewerber im Hinblick auf das Ausmaß ihrer Eignung (in höchstem, in hohem oder in geringerem Ausmaß geeignet) durch die Kommission zu beurteilen seien.

Auf Grund des dargestellten rechtskonformen und objektiv nachvollziehbaren Ausschlusses von B von der weiteren Beurteilung, erübrige sich auch eine Auseinandersetzung mit seinen Ausführungen hinsichtlich der Erfüllung der im Ausschreibungstext festgelegten Erwartungs- und Wunschkriterien. Doch selbst bei fiktiver Beurteilung dieser Kriterien und einer ebensolchen Einstufung als in höchstem Ausmaß geeignet wäre für den Antragsteller nichts gewonnen, denn zum Zeitpunkt der Entscheidung seien im Wirkungsbereich der ho. Dienstbehörde insgesamt ... männliche, aber keine einzige weibliche Bedienstete auf einem Arbeitsplatz der VwGr. M BO 2, FGr ... eingeteilt gewesen. Im Ausschreibungstext sei explizit auf § 11c B-GIBG (Frauenförderungsgebot) verwiesen worden.

Der Stellungnahme des BMLV waren die entsprechenden Unterlagen angeschlossen.

In der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... führte A aus, dass er B berufsspezifische Erfahrungen im Ausmaß von mehr als ... Jahren voraus habe, und auch von den Funktionen her habe er einen „Vorsprung“. Er sei stellvertretender Leiter der gegenständlichen Abteilung gewesen, B habe erst die Grundausbildung absolviert gehabt. Auch im Hinblick auf die gewünschten Erfahrungen außerhalb der Dienststelle sei er weit vor seiner Mitbewerberin. Da all das nicht berücksichtigt worden sei, erachte er sich aufgrund des Geschlechtes und des Alters diskriminiert.

Auf die Frage, was er über das Argument der Dienstbehörde denke, er habe das Muss-Kriterium der dreijährigen Vorverwendung als Kdt kIVbd und alternativ die Vorverwendung im Bereich der X in der Dauer von fünf Jahren nicht erfüllt, antwortete der Antragsteller, es sei richtig, dass er die verlangten drei Jahre als Kdt kIVbd nicht „zusammenbringe“, er sei allerdings Stellvertreter beim ... gewesen, und als der Kommandant im Ausland gewesen sei, habe er durchgehend ... Monate seine Funktion ausgeübt. Das lasse sich gebührenrechtlich nachvollziehen. Er sei weiters der Meinung, dass seine Funktion als ...leiter ... die er ... Jahre innegehabt habe, mitberücksichtigt hätte werden müssen. Diese ...leitung sei auch von der

Anzahl der unterstellten Personen vergleichbar mit dem Kdt kIVbd. Zum Begriff der X sei zu sagen, dass er nicht nachvollziehen könne, dass fünf Jahre in der X, unabhängig von der inhaltlichen Tätigkeit, einem ...kommandanten gleichgestellt werden. Die Abteilung X gebe es erst seit ..., vorher sei die X in der Truppe gewesen, und er sei ... Jahre in einer Kommandantenfunktion gestanden. Im Übrigen werde ... nach wie vor ..., das ... mache nur die ... Insgesamt sei zu sagen, dass er aus rein formalen Gründen aus dem Verfahren ausgeschieden worden sei, und es sei nicht geprüft worden, welche Erfahrungen er aus der bisherigen beruflichen Verwendung habe, wie es im AusG gefordert sei. Nicht berücksichtigt worden sei, dass er ... Jahre und ... Monate stellvertretender Leiter der ausgeschriebenen Abteilung gewesen sei.

Auf die Frage - bezugnehmend auf das Vorbringen im Antrag, dass die Abteilung für seine Mitbewerberin zugeschnitten worden sei -, inwiefern dieser „Zuschnitt“ einen Zusammenhang zum Merkmal Geschlecht habe, antwortete A, es sei zu hören gewesen, dass es die Absicht des Abteilungsleiters sei, eine Frau als Abteilungsleiterin „zu installieren“. Eine Rolle habe auch gespielt, dass er in ... bis ... Jahren in Pension gehen werde bzw. gehen müsse.

Der Vertreter des BMLV, ..., wiederholte im Wesentlichen die Ausführungen der Stellungnahme.- Schon im Jahr ... sei zusätzlich zur Anforderung „drei Jahre Kdt kIVbd die fünfjährige Verwendung in der X „als Fußnote“ hinzugekommen. Eine Fußnote sei - wie die vom BMKÖS generell genehmigte Arbeitsplatzbeschreibung - ein Anhang zur Arbeitsplatzbeschreibung und somit für das Ministerium bindend. Zur X sei zu sagen, dass sie mittlerweile durch Offiziere mit Vorwendung im Bereich der X erfolgen solle. Das Ziel sei, ... Die Ausbildungsvoraussetzungen seien gleich jenen der Bataillonskommandanten, was bedeute, dass der Führungslehrgang 2 oder der Truppenkommandantenkurs oder der FH-Master Lehrgang Militärische Führung absolviert werden müsse. Ohne diese Ausbildungen habe man keine Chance. Der festgelegte Zeitraum von fünf Jahren in der X sei durchaus gängig und nicht im Hinblick auf A oder B festgelegt worden. Es wäre nicht fair, ausgebildete Bedienstete nicht in Leitungsfunktionen kommen zu lassen, daher sei die Fußnote hineingekommen. Bei der Ausschreibung müsse man sich an die Arbeitsplatzbeschreibung des BMKÖS und an die Fußnote halten, weil man das BMKÖS auch um Zustimmung zur Besetzung der Planstelle ersuchen müsse. Wenn man ein Kriterium des BMKÖS außer Acht lasse, stimme das BMKÖS der Besetzung nicht zu. Gegenständliche Fußnote sei übrigens schon 12 Monate vor der Ausschreibung beantragt worden.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte (GBB) ... führte aus, dass weder sie noch die GBB ... mit der Beschwerde von A befasst gewesen sei. Sie sei Mitglied der Begutachtungskommission gewesen, und Fakt sei, dass A ein Muss-Kriterium nicht erfüllt habe, daher sei er auszuschneiden gewesen. Die Kommission gehe immer so restriktiv vor, um keine Diskussionen aufkommen zu lassen. Wenn man alle Eignungskriterien gegenüberstelle – was eben aufgrund der

Nichterfüllung des Muss-Kriteriums nicht passiert sei – müsse man sagen, dass die Bewerberin aufgrund ihrer umfangreichen Erfahrungen in der X vorzuzureihen gewesen wäre.

Auf die Frage, wer die Dienstzeiten im Einzelnen prüfe, antwortete die GBB in der Personalabteilung würden die Zeiten aufgelistet, aber die Kommission prüfe noch extra. Wenn es Unklarheiten in der Kommission gebe, werde die Personalabteilung um Erstellung eines Gutachtens ersucht. Die Kommission lege in der ersten Sitzung fest, welche Bewerber/innen zum weiteren Verfahren zuzulassen seien, und erst dann werde der Termin für die zweite Sitzung festgelegt. Vor der zweiten Sitzung werde das psychologische Gutachten erstellt, und es erfolge die Einladung zum Hearing. Die erste Sitzung diene nur der Sichtung der Unterlagen.

A wies darauf hin, dass im AusG stehe, die Eignung sei insbesondere aufgrund der bisherigen Berufserfahrungen und einschlägigen Verwendungen festzustellen. Er verstehe daher nicht, dass einem Formal-Kriterium eine derart große Bedeutung beigemessen werde und es nicht auf die Inhalte ankomme.

Der Dienstgebervertreter verwies auf § 10 AusG, der bestimme, dass zuerst festzustellen sei, wer von den Bewerbern und Bewerberinnen geeignet und wer nicht geeignet sei. Erst wenn die Geeigneten im Sinne des § 10 leg. cit. feststehen, werde die Eignung im Sinne des § 9 (4) AusG geprüft. Es bestehe überhaupt kein Zweifel daran, dass A „fachlich topp“ sei, aber bei zeitlichen Anforderungen müsse einfach eine Grenze gezogen werden, denn sonst könnte man sich immer fragen, ob man bei einem Minus von drei Monaten noch Nachsicht walten lassen könne, oder vielleicht auch noch bei einem Minus von sechs Monaten usw.

Zu den Ausführungen in der Stellungnahme, nämlich, dass die Anforderung „fünf Jahre Erfahrung in der X“ bereits seit dem Jahr ..., nachdem im Jahr ... die Fußnote hinzugekommen sei, ein Kriterium gewesen sei, führte A aus, dass im Jahr ... die Fußnote „gemacht“ worden sei, im Wissen, dass die Funktion aufgrund der Ruhestandsversetzung des Funktionsinhabers auszuschreiben sein werde. Und schon damals sei B seine Mitbewerberin gewesen. Hätte man sie damals nicht auf die „...er-Planstelle gebracht“, hätte man sie jetzt nicht auf die „...er-Planstelle setzen“ können. Nachdem er damals schon die Funktion innegehabt habe, habe er nicht als nicht geeignet beurteilt werden können.

Der Dienstgebervertreter ergänzte, dass es im Jahr ... keine Ausschreibung, sondern eine Bekanntmachung gegeben habe. Bei einer Ausschreibung erfülle man ein Muss-Kriterium oder man erfülle es eben nicht. Bei einer Bekanntmachung sei der Grundsatzterlass anzuwenden, und der sehe eine Punktematrix vor, diese sei bei Ausschreibungen nicht zulässig. Wenn bei einer Bekanntmachung jemand ein Muss-Kriterium nicht zur Gänze erfülle, könne man ihm/ihr etwas weniger Punkte geben, und er/sie könne im Endeffekt noch immer der oder die Bestgeeignete sein.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach §§ 4 Z 5 und 13 (1) Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes bzw. des Alters 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 dafürspricht, 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 BMLV 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 50 Prozent 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.

Der Antragsteller argumentierte zusammengefasst seine Behauptung der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und des Alters damit, dass schon die Ausschreibung für die stellvertretende Leitung der Abteilung X im Jahr ... auf die deutlich jüngere B zugeschnitten gewesen sei. Hätte man sie damals nicht auf die „...er-Planstelle gebracht“, hätte man sie im Jahr ... nicht auf die „...er-Planstelle setzen“ können. Man habe das MUSS-Kriterium der Vorverwendung im Bereich der X in der Dauer von mindestens fünf Jahren als Tätigkeit in der Abteilung X interpretiert, und eines solche habe er nur für die Dauer von drei Jahren vorweisen können. De facto sei er aber seit ... mit X beschäftigt gewesen, nämlich beim ..., als stv. Leiter der Abteilung X und als ...leiter in der ... Nachdem er als ...leiter an der ... eine Tätigkeit ausgeübt habe, die die Ausbildung zum ...kommandanten erfordere, wäre diese Funktion der eines ...kommandanten gleichzuhalten gewesen, und man hätte ihm nicht nur ..., sondern ... Jahre als ...kommandant anrechnen müssen. Die Forderung der Verwendung als Kdt KlVbd sei ohnehin fraglich, da die Abteilungsleitung nicht auf der Tätigkeit des ...kommandanten aufgebaut sei. B weise insgesamt bei weitem nicht die Erfahrungen bei der

Truppe, in oberen Kommanden oder auch in Bildungseinrichtungen des ÖBH auf, über die er verfüge.

Das BMLV argumentierte in Bezug auf das Erfordernis der fünfjährigen Tätigkeit in der X, dass diese im Laufe der Zeit insofern professionalisiert worden sei, als sie mittlerweile nicht mehr „nur“ ... fokussiert sei (Näheres siehe Seite 8), sodass die X im Bereich der Truppenkörper – wie sie A wahrnahm - nur einen Teilaspekt darstelle.

Der Senat stimmt der Dienstbehörde zu, dass es nicht unsachlich ist, die Anforderungen an Arbeitsplatzinhaber/innen an de facto in Tätigkeitsbereichen erfolgte Änderungen anzupassen. Im vorliegenden Fall wurde den geänderten Umständen bereits mit der Fußnote vom ... Rechnung getragen, also ... Monate vor der Bekanntmachung der Besetzung des Arbeitsplatzes stvAbtLtr X. Der im Zusammenhang mit dem Besetzungsverfahren für die Leitung der Abteilung X im Jahr ... bei A entstandene (oder sich erhärtende) Verdacht, dass diese Fußnote schon im Jahr ... im Hinblick auf zukünftige Bevorzugungen von B beantragt wurde, ist vom Senat aufgrund des Antrages vom ... nicht mehr zu prüfen (da gemäß § 23a (5) B-GBG Anträge an die B-GBK innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis der behaupteten Diskriminierung einzubringen sind). Es ist ein Fact, dass As Verwendung in der X im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung lediglich im Ausmaß von ... Jahren und ... gegeben war.

Die Dienstbehörde legte auch nachvollziehbar dar, weshalb A auch das Erfordernis der mindestens dreijährigen Vorverwendung als Kdt kIVbd nicht erfüllte (siehe Seite 8/9) und auch die ...jährige Verwendung als ...leiter an der ... nicht ersatzweise als einschlägige Vorverwendung heranzuziehen war, nämlich weil es nicht auf die Wertigkeit einer Funktion ankommt, sondern auf die Einschlägigkeit einer Vorverwendung im Hinblick auf die Parameter Kdt und kIVbd und die ... kein Truppenverband ist, sondern ein Organisationselement der ... des BMLV (vgl. Seite 9).

Zum Vorbringen des Antragstellers, seine Bewerbungsabsicht sei im Vorfeld bekannt gewesen, er habe sie dem Leiter des ... mitgeteilt, ist festzuhalten, dass sich im Verfahren vor der B-GBK kein Anhaltspunkt dafür ergab, dass diese Absicht über den Leiter des ... hinaus bekannt geworden wäre bzw. dass dieser Einfluss auf den Inhalt des Ausschreibungstextes genommen hätte.

Schließlich ist dem BMLV auch darin zuzustimmen, dass Muss-Kriterien Ausschlusskriterien sind und nur Bewerber und Bewerberinnen, die alle Muss-Kriterien erfüllen, geeignete Bewerber/innen iSd § 10 Abs 1 Z 1 AusG sind, die am weiteren Beurteilungsverfahren - zur Beurteilung der Eignung in höchstem, in hohem oder in geringerem Ausmaß – teilnehmen können.

Der Senat stellt daher fest, dass keine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechtes oder des Alters im Verfahren zur Besetzung der Leitung der Abteilung X erfolgte.

Wien, April 2022