

Entscheidende Kommission

Gleichbehandlungskommission

Senat

I

Entscheidungsart

Einzelfallprüfungsergebnis

Geschäftszahl

GBK I/749/17-M

Entscheidungsdatum

12.06.2018

Diskriminierungsgrund

Mehrfachdiskriminierung

Diskriminierungstatbestand

Beruflicher Aufstieg (Geschlecht, Alter)

Text

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz
 (BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 12. Juni 2018 über den am 27. Februar 2017 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft Regionalbüro ... (R-GAW) für **Frau A, MSc (Antragstellerin)** betreffend die Überprüfung einer Diskriminierung aufgrund **des Geschlechtes und des Alters beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen gemäß §§ 3 Z 5 und 17 Abs. 1 Z 5 GIBG** (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 40/2017; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) durch **X (Antragsgegnerin)** nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz iVm § 11 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/749/17-M, zu folgendem

Prüfungsergebnis:

1. **Frau A, MSc ist auf Grund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen gemäß § 3 Z 5 GIBG durch X diskriminiert worden.**
2. **Frau A, MSc ist auf Grund des Alters beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen gemäß § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG durch X diskriminiert worden.**

Dies ist eine gutachterliche Feststellung. Es handelt sich hierbei im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofesⁱ nicht um einen Bescheid.

Prüfungsgrundlagen

Der Senat I der GBK stützt seine Erkenntnis auf das schriftliche Vorbringen der Antragstellerin, der Antragsgegnerin sowie die mündliche Befragung der Antragstellerin vom 12. Juni 2018. Von der Antragsgegnerin wurde auf die Befragung eines/einer informierten Vertreter/in verzichtet. Als weitere Auskunftsperson wurde Frau B am 12. Juni 2018 befragt. Des Weiteren bezieht sich der Senat I der GBK in seiner Entscheidungsfindung auf die Stellenausschreibung für die Leitung Y vom ... 2016, Bewerbungsunterlagen der Antragstellerin vom 29. Juni 2016, die Verständigung vom 8. August 2016, die Einladung zum Hearing vom 7. September 2016, das Ablehnungsschreiben vom 25. Oktober 2016, die Dienstbeschreibung der Antragstellerin für den Zeitraum 1. September 2015 bis 31. August 2016, eine Übersicht der Ausbildungen der Antragstellerin und von Herrn C, die Interventionsschreiben der R-GAW an die Antragsgegnerin vom 17. Oktober und 7. Dezember 2016 und die schriftliche Stellungnahme von Frau D an den Senat I der GBK vom 6. Juni 2018.

Vorbringen

Im Antrag wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Im gegenständlichen Fall gehe es um die Entscheidung über die Nachbesetzung des Postens für die Leitung des Bereiches Y Hinsichtlich des Ausgangssachverhaltes erlaube sich die R-GAW zur Vermeidung von Wiederholungen auf das von ihr verfasste, detaillierte Interventionsschreiben vom 17. Oktober 2016 an die Antragsgegnerin zu verweisen. Dieses Schreiben sei von der GAW vor der endgültigen Entscheidung über die Nachbesetzung der Position „Leitung des Bereiches Y“ ... an den Herrn ...-Generaldirektor Dr. D und den Direktor ..., Herrn Dir. Dipl.-Ing. Dr. E gerichtet worden. Die Antragstellerin habe zu diesem Zeitpunkt bereits die dringende Vermutung gehabt, dass im Zuge der endgültigen Entscheidung die Bestimmungen des GIBG nicht eingehalten werden würden. Da das Besetzungsverfahren, wie von der Antragstellerin befürchtet, hinsichtlich ihrer Bewerbung tatsächlich negativ ausgefallen sei, sei am 7. Dezember 2016 ein weiteres Schreiben der R-GAW an die Antragsgegnerin, Herrn ...-Generaldirektor Dr. D, verbunden mit dem Ersuchen um Abgabe einer Stellungnahme zum geschilderten Sachverhalt ergangen. Auf beide Schreiben erhielt die R-GAW bis dato keine Antwort. Auch mit der Antragstellerin sei bezüglich des Vorwurfs der Diskriminierung bisher von niemandem das Gespräch gesucht worden.

Im Interventionsschreiben der R-GAW an die Antragsgegnerin vom 17. Oktober 2016 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin seit 1989 Mitarbeiterin der Antragsgegnerin sei und seit Februar 2003 die Funktion der stellvertretenden Leitung des Bereiches Y bekleide. Entsprechend Ausschreibung der Organisation vom ... 2016, Zl. ..., sei ... der Posten für die Leitung Y zu besetzen gewesen. Die Antragstellerin habe sich binnen offener Frist mittels Schreiben vom 29. Juni 2016 unter ausführlicher Berufung auf ihre Qualifikation für diesen Posten beworben.

Am 8. August 2016 habe sie von der ... Leitung, Herrn ... Dr. F, ein kurzes Schreiben erhalten, in dem ihr mitgeteilt worden sei, dass sie aufgrund ihres Profils in die engere Auswahl genommen worden sei.

Mit Schreiben vom 7. September 2016 sei sie zum Hearing am 3. Oktober 2016 eingeladen worden, wobei sie zur Vorbereitung einer Darstellung zu vier Themenbereichen aufgefordert worden sei.

Einer der vier Themenbereiche habe sich auf eine Darstellung der Vorstellungen hinsichtlich der fachlichen und persönlichen Weiterentwicklung des Bereiches bezogen.

Die Antragstellerin habe dieser Einladung Folge geleistet und ihre zukünftigen Vorstellungen bezüglich des ausgeschriebenen Postens mit Hilfe einer Power Point Präsentation, in der sie im Wesentlichen auf die vier zuvor angekündigten Themenbereiche Bezug genommen habe, präsentiert. Der maßgebliche Eindruck, den die Antragstellerin im Laufe des Hearings gewonnen habe, sei jener, dass dieses in seiner Gesamtheit darauf ausgerichtet gewesen sei, dass sich im Bereich Y „etwas ändern müsse“. Veränderung und Modernisierung seien die

Hauptthemenbereiche gewesen, um die sich diese Anhörung gedreht habe.

Am 4. Oktober 2016 habe die Antragstellerin völlig unerwartet einen Telefonanruf von Herrn ... Dr. F erhalten, in dem er ihr mitgeteilt habe, dass sie den Posten jedenfalls nicht bekommen werde. Eine Reihung der insgesamt fünf BewerberInnen sei ihr nicht mitgeteilt worden, sondern lediglich die Tatsache, dass ein anderer Bewerber, Herr C, bei weitem reformfreudiger und veränderungsbereiter aufgetreten wäre und dieser den Posten erhalten würde. Während dieses Telefonates habe der ärztliche Leiter mehrmals das Anliegen geäußert, die Antragstellerin solle Herrn C zur Seite stehen, da er keine Führungserfahrung mitbringe und keinerlei Einblick in die Abläufe und Prozesse des Hauses hätte. Ein persönliches Gespräch sei ihr für die Kalenderwoche 41 in Aussicht gestellt worden, bei dem sie noch genauere Erklärungen erhalten würde. Durch dieses Telefonat sei die Antragstellerin gerade noch rechtzeitig informiert worden, um nicht von der „kleinen Antrittsrede“ von Herrn C, welche dieser am 10. Oktober 2016 vor dem gesamten Team des Bereiches Y gehalten habe, vollends vor den Kopf gestoßen zu sein.

In dem persönlichen Gespräch am 11. Oktober 2016 sei von Herrn ... Dr. F erneut der Wunsch geäußert worden, die Antragstellerin möge dem neuen Leiter unter die Arme greifen, da nur sie die nötige organisatorische Kompetenz dafür hätte. Die Entscheidung sei zwischen ihr und Herrn C zu treffen gewesen. Trotz des bekannten Risikos hätte man sich für Herrn C entschieden, um den Wünschen der MitarbeiterInnen des Bereiches Y nachzukommen, welche eine intensive Parteinahme zugunsten Herrn Cs gezeigt hätten. Intensive Unterstützung und Ausbildungsmöglichkeiten wären diesem bereits zugesagt worden.

Obwohl die zweite ...sitzung ..., bei der die Letztentscheidung für die Neubesetzung des Postens fallen werde, am 25. Oktober 2016 stattfinde und somit noch keine endgültige offizielle Absage an Antragstellerin erfolgt sei, sei die Antragstellerin aufgrund der bisherigen Entwicklung zutiefst irritiert. Die geschilderte Vorgangsweise der Organisation sei für sie aus unterschiedlichen Gründen weder nachvollziehbar noch akzeptabel.

Detaillierte Informationen zur Qualifikation der Antragstellerin seien sowohl dem Bewerbungsschreiben als auch der Dienstbeschreibung für den Zeitraum 1. September 2015 bis 31. August 2016 zu entnehmen. Hier würden nur einige Punkte exemplarisch erwähnt, welche für die ausgezeichnete Eignung der Antragstellerin für den zu besetzenden Posten sprechen würden. Sie verantworte seit über 13 Jahren die stellvertretende Leitung des Bereiches. Der Inhalt der Tätigkeit sei ihr, wie auch in der genannten Dienstbeschreibung attestiert, schon alleine aus diesem Grund bestens vertraut. Weiter würden ihr großes Fachwissen, sehr gute Behandlungsergebnisse sowie eine gefestigte Position im Team und gute Beziehungen zu den anderen Berufsgruppen im Haus bescheinigt.

Die Fort- und Weiterbildungsaktivitäten der Antragstellerin seien in ihrer Gesamtheit an einer potentiellen Übernahme von weiter als bisher reichenden Leitungsaufgaben orientiert gewesen. So habe die Antragstellerin ein berufsbegleitendes Studium absolviert und einen Masterabschluss für ... erworben. Weiter habe sie an vielen hausinternen Schulungen, unter

anderem in den Bereichen Kommunikation, Mitarbeiterinnenführung, Qualitätsmanagement und Konfliktmanagement, natürlich aber auch an fachspezifischen Ausbildungen im Bereich Y teilgenommen. Dies sei auch seit Jahren ... unterstützt worden und sei offenbar auch in deren Interesse gelegen.

Herr C sei seit 2008 Mitarbeiter ... im Bereich Y und der Antragstellerin unterstellt. Seine fachliche Qualifikation ... stehe für diese außer Frage, ebenso sein Beliebtheitsgrad im Team. Dass Herr C jedoch keinerlei Führungserfahrung aufweise, werde von ihm selbst betont, indem er bei der Antrittsrede ausdrücklich erwähnt habe, dass er hoffen würde, die Antragstellerin würde ihm zukünftig zur Seite stehen, da er ja keine Ausbildung und Erfahrung in diesem Bereich habe. So habe er auch erwähnt, dass ihm von Seiten der Ärztlichen Leitung und der Personalentwicklerin zugesichert worden sei, dass er jedenfalls Coachingleistungen und Ausbildungen im Bereich Führung und Management angeboten bekommen würde, da er ja noch keine Erfahrung hätte. Tatsächlich lasse etwa die von Herrn C noch vor der endgültigen Personalentscheidung abgehaltene „vorgezogene“ Antrittsrede bereits massive Zweifel an seiner Leitungsqualifikation aufkommen.

In diesem Zusammenhang sei zu betonen, dass auch die Information über die Besetzung des Postens an die Antragstellerin durch ein informelles Telefonat von Herrn ... Dr. F vor der endgültigen Entscheidung des dafür vorgesehenen Gremiums in der Organisation fragwürdig erscheine. Jedenfalls sei eine gleiche, geschweige denn bessere, Qualifikation von Herrn C mit den der R-GAW derzeit zur Verfügung stehenden Informationen nicht erkennbar.

Die R-GAW erlaube sich darauf hinzuweisen, dass die ihr im Zusammenhang mit diesem Besetzungsverfahren bekannt gewordene bisherige Vorgangsweise der Organisation ein großes Ausmaß an Diskriminierungspotenzial beinhalte und bei tatsächlicher Besetzung des Postens mit Herrn C vor allem die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und des Alters im Raum stehe.

So lasse die Besetzung eines Postens mit einem dienstjüngeren, männlichen Kollegen, der hinsichtlich seiner Qualifikation sowohl im fachlichen Bereich als auch im Bereich Leitung und Führung offenbar weit hinter der Antragstellerin zurückstehe, den dringenden Verdacht entstehen, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes vorliege. Große Spannungen zwischen der bisherigen Leitung des Bereiches Y, welche Frau D innegehabt habe, und Herrn ... Dr. F mögen unter Umständen zu der gegenständlichen Entscheidung, den Posten diesmal mit einem Mann zu besetzen, beigetragen haben. Die Anmerkung von Herrn ... Dr. F sowohl im Telefonat als auch im persönlichen Gespräch mit der Antragstellerin, sie habe in ihrer Präsentation im Hearing nicht deutlich genug auf Veränderungen im Führungsstil hingewiesen, lasse einen solchen Schluss jedenfalls zu.

Ebenso sei die Absicht von Herrn ... Dr. F, „sich ein junges Team bilden zu wollen“, innerhalb der Organisation allseits bekannt. Immer wieder habe er in der Vergangenheit betont, dass er junge, berufserfahrene MitarbeiterInnen fördern und ganz allgemein „Bewegung“ in seinen Verantwortungsbereich bringen möchte. Die Entwicklung der Personalstruktur der letzten

Jahre stelle unter Beweis, dass junge MitarbeiterInnen in großem Ausmaß eingestellt worden seien. Auch seine Meinung, dass „junge Menschen mehr soziale Fähigkeiten hätten“, sei bekannt. Da die Antragstellerin Jahrgang 1964 und Herr C Jahrgang 1989 (sic!) sei, liege auch das Lebensalter als wesentlich mitentscheidender Faktor für die Besetzung des Postens sehr nahe.

In der auf Ersuchen des Senates I der GBK der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsgegnerin übermittelten Stellungnahme vom 22. Mai 2017 bestritt diese die im Antrag vorgebrachten Vorwürfe, soweit die Richtigkeit nicht außer Streit gestellt wurde, und trat ihnen im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Außer Streit stehe, dass im Z, deren Rechtsträgerin die Antragsgegnerin sei, mit Stellenausschreibung vom 20. Juni 2016 die Stelle der Leitung Y ausgeschrieben worden sei und dass sich auch die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. Juni 2016 für diese ausgeschriebene Stelle beworben habe, in weiterer Folge mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 7. September 2016 zum Hearing vom 3. Oktober 2016 eingeladen und mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 25. Oktober 2016 verständigt worden sei, dass einem anderen Bewerber um diese ausgeschriebene Stelle der Vorzug gegeben worden sei.

Die Leitung Y in Z habe vormals Frau D obliegen, die im Jahr 2016 die Freizeitphase im Rahmen der Vereinbarung einer Altersteilzeit angetreten habe, weshalb die Nachbesetzung der Leitung Y erforderlich und diese Stelle mit Stellenausschreibung vom 20. Juni 2016 ausgeschrieben worden sei.

Die Planung des Auswahlverfahrens nach erfolgter Stellenausschreibung sei in enger Abstimmung zwischen dem Herrn ... Leiter des Z, ... Dr. F, als dem für den Bereich Y ... Verantwortlichen, Frau Mag.^a G, MA, als der für die Personalentwicklung ... der Antragsgegnerin Verantwortlichen, der Direktion der Landesstelle ... der Antragsgegnerin und dem Bereich der Personalentwicklung der Hauptstelle der Antragsgegnerin und der Personalstelle der Landesstelle ... der Antragsgegnerin erfolgt.

Auf Grundlage der definierten Ziele der qualitativ hochwertigen und sozialen Führung des Teams Y sowie der fachlichen Weiterentwicklung ... sei die Konzeption eines objektiven Auswahlverfahrens erarbeitet worden, um jene Bewerberin oder jenen Bewerber zu finden, die oder der die verfolgten Ziele bestmöglich verwirklichen wird können.

Es sei ein Interviewleitfaden erstellt worden, und zwar mit den Schwerpunkten Organisation, Personalführung und Personalentwicklung, und es seien fachliche, soziale und persönliche sowie Führungskompetenzen abgeleitet worden. Der konzipierte Interviewleitfaden habe einerseits der Objektivierung und andererseits der Sicherstellung einer einheitlichen, fairen Überprüfung der Fähigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber gedient; erarbeitet worden seien Fragen zur Überprüfung der Kompetenzen der Bewerberinnen und der Bewerber.

Entwickelt worden seien ein Bewertungsbogen für die Bewertung der einzelnen Kompetenzen der Bewerberinnen und Bewerber sowie der Ablauf des Hearings.

Die Hearing-Kommission sei mit dem Herrn ... Leiter des Z als dem Verantwortlichen für den Bereich Y ..., mit dem Stellvertreter des ... Leiters des Z, mit ..., mit dem Vorsitzenden des Angestelltenbetriebsrates ... und mit der Personalentwicklerin in der Direktion der Landesstelle ... der Antragsgegnerin besetzt worden; die Kommissionsmitglieder seien sämtlich stimmberechtigt gewesen.

Die R-GAW stütze sich in ihrer Argumentation in Vertretung der Interessen der Antragstellerin zentral auf das Argument, die Antragstellerin habe bereits seit dem Jahr 2003 die Funktion der Stellvertreterin der Leitung des Bereiches Y ... zur vollen Zufriedenheit der Antragsgegnerin bekleidet, woraus zwingend ihre entsprechende Leitungseignung abzuleiten wäre, die jener des zum Zug gekommenen Mitbewerbers überlegen wäre; hierzu berufe sich die R-GAW auf die von ihr vorgelegte, auf die Gesamtbeurteilung „sehr gut“ lautende Dienstbeschreibung für die Antragstellerin für die Zeit vom 1. September 2015 bis zum 31. August 2016.

Zur Leitungseignung und zur Dienstbeschreibung der Antragstellerin sei freilich festzustellen, dass die im Jahr 2016 scheidende Leiterin des Bereiches Y ... in diesem Bereich einen veritablen Scherbenhaufen hinterlassen gehabt habe. Der Bereich Y sei seit Jahren Anlass für Maßnahmen der Personalentwicklung in Form von regelmäßigen Supervisionen und Coaching in Abstimmung mit der Belegschaftsvertretung sowie unter Einbindung des ... und ... Dienstes der Landesstelle und des Z gewesen:

- ☐ Der Supervisionsprozess im Bereich Y ... sei von einer grundlegenden Führungsschwäche sowohl der Leiterin als auch der Stellvertreterin der Leiterin, also der Antragstellerin, geprägt gewesen.
- ☐ Die Fronten zwischen der Leiterin und ihrer Stellvertreterin, also der Antragstellerin, und der in diesem Bereich tätigen Belegschaft seien überdeutlich spürbar gewesen, ohne dass der Wille der Leiterin und ihrer Stellvertreterin, also der Antragstellerin, vorgelegen sei, diesen Graben aufzulösen.
- ☐ Die Leiterin und ihre Stellvertreterin, also die Antragstellerin, hätten einen überkommenen Führungsstil gepflegt, der durch das mehr oder weniger bewusste Herbeiführen von Krisen und Provokationen geprägt gewesen sei.
- ☐ Die im Bereich Y tätige Belegschaft sei täglich mit unangenehmen Gefühlen zur Arbeit gegangen, sei persönlichen Angriffen durch und Konfrontationen mit der Leiterin und ihrer Stellvertreterin, also der Antragstellerin, ausgesetzt und mit Intransparenz sowie mit Machtausübung von Seiten der Leiterin und ihrer Stellvertreterin, also der Antragstellerin, konfrontiert gewesen.
- ☐ Der Leiterin und ihre Stellvertreterin, also die Antragstellerin, habe es am grundlegenden Verständnis von Führung gemangelt, sie hätten nach dem Prinzip „belohnen und bestrafen“ agiert, wobei freilich das Belohnen nur sehr selten erlebt worden sei.

- ☐ Konstruktive Kritik von Seiten der im Bereich Y tätigen Belegschaft sei von der Leitung als Ungehorsam betrachtet und bestraft worden, etwa mit der Streichung von Fortbildungen oder von Weiterbildungen in Verbindung mit unrichtigen Behauptungen zum Thema des Dienstrechts.
- ☐ Verletzende Worte, Ignoranz, unterschwellige Andeutungen, Benachteiligungen auf der einen und Bevorzugungen auf der anderen Seite seien auf Seiten der Leitung an der Tagesordnung gewesen.

Auch der ... Leiter des Z sei bestrebt gewesen, die auch ihm nicht verborgen gebliebenen Spannungen und Probleme im Bereich Y aufzulösen; dies vor allem auch in Bezug auf die seitens der Leitung dieses Bereiches nur gänzlich intransparente Gestaltung und Genehmigung von Maßnahmen der Fort- und Weiterbildung aber auch in Bezug auf die anstehende Nachbesetzung offener Stellen in diesem Bereich. Der ... Leiter habe auch wiederholt Gespräche sowohl mit der Leiterin als auch mit ihrer Stellvertreterin des Bereiches Y, also auch mit der Antragstellerin, geführt, um ihnen darzulegen, wie sehr ihm an einem transparenten, nachvollziehbaren, gerechten und sozial kompetenten sowie partizipativen Führungsstil gelegen sei. Leider hätten die Bemühungen des ... Leiters, ebenso wie die Bemühungen im Rahmen der Supervision, nicht zum gewünschten Erfolg geführt.

Vor dem Hintergrund dieser Zustände im Bereich Y ... sei auch die von der R-GAW vorgelegte Dienstbeschreibung der Leiterin für die Antragstellerin als ihre Stellvertreterin zu sehen; außerdem sei zu dieser Dienstbeschreibung festzustellen, dass in dieser bezeichnenderweise von der Leiterin die Führungskompetenz der Antragstellerin als ihrer Stellvertreterin nicht beurteilt worden sei und somit diese Dienstbeschreibung auch deshalb keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Leitungseignung und Führungskompetenz der Antragstellerin zulasse.

Auf der Grundlage des entwickelten Konzeptes für ein objektives Auswahlverfahren seien die Bewerberinnen und Bewerber um die ausgeschriebene Stelle zum Hearing eingeladen worden. Um einen stringenten Gesprächsablauf sicherzustellen, hätten die Mitglieder der Hearing-Kommission vereinbart, dass der ... Leiter die Führung des Gespräches nach Vorgabe und Ablauf des entwickelten Interviewleitfadens übernehmen sollte, wobei es sämtlichen Mitgliedern der Hearing-Kommission selbstverständlich gestattet und solcher Art möglich gewesen sei, auch eigene Fragen an die Bewerberinnen und Bewerber zu stellen.

Zur Vermeidung von Beurteilungsfehlern sei die Beurteilung der Bewerberinnen und Bewerber sofort nach Abschluss des jeweiligen Bewerbungsgespräches mittels Punktevergabe durch jedes Kommissionsmitglied einzeln und ohne Diskussion erfolgt. Nach Abschluss der Bewerbungsgespräche seien eine Diskussion und ein Austausch zum Auftreten der einzelnen Bewerberinnen und Bewerber unter Bedachtnahme der persönlichen Reflexionsfähigkeit erfolgt.

Die Entscheidung sei innerhalb der Hearing-Kommission letztlich einstimmig getroffen worden. Der letztlich zum Zug gekommene Bewerber, Herr C, sei einstimmig an die erste Stelle gereiht worden. Diese Reihung sei der Direktion der Landesstelle ... zur Kenntnis gebracht worden und

die Personalentwicklung sei mit der Erstellung eines Konzeptes zur Implementierung der neuen Leitung im Bereich Y betraut worden.

Weder Alter noch Geschlecht der Bewerberinnen und Bewerber seien für die Reihung der Hearing-Kommission maßgeblich gewesen; dies gelte auch für die nachfolgende Beschlussfassung ..., welche sich weder durch das Geschlecht noch durch das Alter der Bewerberinnen und Bewerber leiten habe lassen, sondern der einstimmigen Reihung der Hearing-Kommission gefolgt sei.

Zur Performance der Antragstellerin im Rahmen ihres Hearings sei anzumerken, dass sie im Rahmen des Hearings auch auf die seit geraumer Zeit im Bereich Y ... herrschende und belastende Konfliktlage angesprochen worden sei, allerdings diese unbestreitbare Konfliktlage als nicht relevant und als lediglich die nicht maßgebliche Meinung einzelner dargestellt habe und jegliche Selbstreflexion vermissen habe lassen sowie bekräftigt habe, an ihrem bisherigen Führungsstil jedenfalls festzuhalten und an diesem Stil nichts verändern zu wollen.

Der Antragstellerin sei es im Rahmen ihres Hearings nicht gelungen, ihren Willen zur Nachvollziehbarkeit, Fairness und Transparenz in der Führung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter Beachtung der in der Antragsgegnerin maßgeblichen Führungsgrundsätze schlüssig und überzeugend darzustellen. Sie sei allerdings nicht nur in den Bereichen der sozialen und persönlichen sowie der Führungskompetenz, sondern auch im Bereich der fachlichen Qualifikation nicht an die erste Stelle gereiht worden.

Der Bewerber C habe in der seit geraumer Zeit vorherrschenden und belastenden Konfliktlage im Bereich Y ... nachdrücklich bewiesen, dass er in der Lage sei, das Team zusammenzuhalten und konstruktiv lösungsorientiert Problemstellungen zu bearbeiten. Er habe eine im hohen Ausmaß entwickelte soziale Kompetenz und seine persönliche Befähigung zur Führung eines Teams bewiesen.

Er habe auch im Hearing schlüssig und überzeugend darlegen können, dass er sich den in der Antragsgegnerin maßgeblichen Führungsprinzipien verschrieben habe, wie etwa Transparenz, Weiterentwicklung, Wertschätzung, Personalführung und Selbstreflexion. Er sei in der Lage gewesen, ansprechende und zeitgemäße Führungskonzepte darzulegen und Entwicklungsmöglichkeiten für das Team Y ... aufzuzeigen.

Auch habe er als Leiter ..., aber auch durch seine Tätigkeiten mit ... über eine nachgewiesene Leitungseignung verfügt. Die von der R-GAW vorgelegte Liste bezogen auf seine Fort- und Weiterbildung sei bedauerlicher Weise unvollständig; tatsächlich sei er nämlich in der Lage auf zahlreiche Maßnahmen der Fort- und Weiterbildung zu verweisen, welchen er sich seit Jahren erfolgreich unterzogen gehabt habe; dies nach Absolvierung der Akademie für ... vom 1. Jänner 2003 bis zum 31. Dezember 2006. Im Übrigen sei der zum Zug gekommene Mitbewerber nicht Geburtsjahrgang 1989, wie von der R-GAW behauptet, sondern Geburtsjahrgang 1980.

Auch ex post betrachtet habe er die in ihn gesetzten Erwartungen mehr als nur erfüllt und bereits in den ersten Monaten seiner neuen Funktion eindrucksvoll seine Leitungseignung unter

Beweis gestellt. Es sei ihm in der Zeit seit seiner Bestellung zum Leiter des Bereiches Y ... gelungen, das Team zu vereinen, vormals bestandene Probleme und Konflikte zu lösen sowie auch kritische Entscheidungen kompetent gegenüber dem Team zu kommunizieren.

Die gegen den ärztlichen Leiter erhobenen Vorwürfe würden jeder Grundlage entbehren. Dies gelte auch für den Vorwurf, er würde jüngere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Lasten älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bevorzugen.

Zu den Abläufen und Gesprächen nach dem Hearing vom 3. Oktober 2016 sei festzustellen, dass es der ... Leiter über Wunsch der Direktion ... der Antragsgegnerin übernommen habe, die Antragstellerin vom Ergebnis des Hearings telefonisch vorzuinformieren; telefonisch deshalb, weil er bereits am Tag nach dem Hearing im Rahmen einer ...konferenz in ... gebunden gewesen sei. Der ... Leiter habe der Antragstellerin die einstimmige Meinung der Hearing-Kommission mitgeteilt, dass sie nicht an die erste Stelle gereiht worden sei. Es sei ein weiteres diesbezügliches Gespräch nach seiner Rückkehr ... mit der Antragstellerin angekündigt worden.

Zu der von der R-GAW angesprochenen „Antrittsrede“ des zum Zug gekommenen Mitbewerbers sei festzustellen, dass dieser lediglich versucht habe, sowohl das Team Y ... als auch die Antragstellerin auf das gemeinsame Ziel einzuschwören ... Richtig sei, dass er die Antragstellerin um eine gute Zusammenarbeit und um ihre Unterstützung gebeten habe, und zwar im Besonderen bezogen auf organisatorische und Verwaltungsaufgaben. Ihm sei es ein Anliegen gewesen, auch der Antragstellerin die Hand zur guten Zusammenarbeit zu reichen.

Aus all dem folge rechtlich, dass entgegen der Argumentation der R-GAW keine Rede davon sein könne, dass die Antragstellerin in Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes beim beruflichen Aufstieg wegen des Geschlechtes oder des Alters diskriminiert worden wäre.

Die Antragsgegnerin lasse sich im Rahmen sowohl der Ausschreibung der Stelle der Leitung Y ... als auch des Auswahlverfahrens und des Bestellvorganges im Einklang mit der einschlägigen Rechtslage von den Kriterien der höheren Befähigung, der besseren Verwendbarkeit und der Leitungseignung bezogen auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle anhand einer sachbezogenen Konkretisierung leiten. Als Ergebnis eines strukturierten Verfahrens zur Personalfindung sei transparent, durch Fakten untermauert und sachlich nachvollziehbar dem Bewerber C der Vorzug gegeben worden.

Die Antragstellerin sei weder aus unsachlichen Überlegungen oder aus Willkür benachteiligt worden, noch auf Grund ihres Geschlechtes oder ihres Alters diskriminiert. Bei Abwägung aller Umstände sei es evident, dass für die Personalentscheidung der Antragsgegnerin ausschließlich sachlich gerechtfertigte und aus der Sicht einer Arbeitgeberin auch zulässige Motive und Überlegungen ausschlaggebend gewesen seien.

Grundsätzlich sei zum Thema Personalentscheidung festzustellen, dass jede Personalentscheidung naturgemäß auch eine Ermessensentscheidung sei. Der Gleichbehandlungsgrundsatz solle diesen Ermessensspielraum des Arbeitgebers nicht einschränken und ihm auch nicht die Möglichkeit entziehen, eine Ermessensentscheidung zu

treffen. Der Gleichheitsgrundsatz werde im Besonderen nicht mit einer Ermessensentscheidung verletzt, die innerhalb eines gesteckten Rahmens durchaus auch anders getroffen hätte werden können. Die Prüfung der wichtigen Gründe, die für die Auswahl eines Bewerbers ausschlaggebend sein können, könne sich dabei außerdem nicht auf die ausdrücklich in der Ausschreibung genannten Kriterien beschränken.

Der Antragsgegnerin sei es abschließend ein Anliegen zu betonen, dass die Ausschreibung von Dienstposten, das Bewerbungs- und Auswahlverfahren sowie letztlich der Bestellvorgang in der Antragsgegnerin jeweils transparent, unter Vermeidung von Diskriminierungen sowie unter Beachtung der einschlägigen Rechtslage und Judikatur erfolgen würden. Dies im Sinn des ständigen und aufrichtigen Bemühens der Antragsgegnerin, Dienstposten mit den bestqualifizierten Bewerberinnen und Bewerbern zu besetzen. Die Antragsgegnerin bekenne sich zur umfassenden Politik der Gleichbehandlung beider Geschlechter, zur gezielten Förderung weiblicher Beschäftigter, besonders auch in traditionell männlichen Bereichen, sowie zur Schaffung von diskriminierungsfreien und karrierefördernden Bedingungen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf allen hierarchischen Ebenen und in allen Funktionen.

Rechtliche Überlegungen

Gemäß § 3 Z5 GIBG darf aufgrund des Geschlechtes im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen.

Insoweit sich die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des §§ 3, 4, 6 oder 7 GIBG bzw. des §§ 17, 18, oder 21 GIBG beruft, hat er/sie diesen gemäß § 12 Abs. 12 GIBG glaubhaft zu machen. Dem/Der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 bzw. §§ 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 bzw. der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt.

Der Senat I der GBK führte zwecks Überprüfung der Vorwürfe der Antragstellerin, sie habe trotz besserer Qualifikation als der männliche Mitbewerber die Leitung der Abteilung Y nicht erhalten, ein Ermittlungsverfahren im Sinne des GBK/GAW-Gesetzes durch.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin seit Jänner 1989 bei der Antragsgegnerin beschäftigt ist. Seit Februar 2003 ist sie stellvertretende Leiterin der Abteilung Y ...

Am 20. Juni 2016 wurde die Stelle der Leitung Y ausgeschrieben.

Das Anforderungsprofil der Stellenausschreibung lautete wie folgt: abgeschlossene Ausbildung zur ... bzw. zum ...; Berufserfahrung in ...; soziale und persönliche Kompetenzen zur Ausübung

einer Leiterfunktion; Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Arbeiten und zu strukturiertem, zielgerichtetem Handeln; Reflexionsbereitschaft und Fähigkeit zur Teamarbeit; Organisationsfähigkeit, Kreativität; belastbar, flexibel, konfliktfähig; hohes Maß an Selbstständigkeit; Offenheit für neue Strukturen, Prozessoptimierung und Qualitätsmanagement; Interesse an Fort- und Weiterbildung; EDV Kenntnisse.

Neben der Antragstellerin bewarb sich u.a. Herr C. Herr C ist seit 2008 bei der Antragsgegnerin beschäftigt, in der Abteilung Y.

Am 3. Oktober 2016 wurde ein Hearing mit den BewerberInnen geführt. Bei diesem Hearing waren der ... Leiter ... Dr. F, der stellvertretende ... Leiter Dr. H, ... Dr. I, der Betriebsrat J und die Personalentwicklerin Mag.^a G anwesend.

Nach Beschlussfassung ... der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 25. Oktober 2016 mitgeteilt, dass einem anderen Bewerber der Vorzug gegeben wurde.

Wie oben angeführt, verzichtete die Antragsgegnerin auf die Befragung eines/einer informierten Arbeitgebervertreters/Arbeitgebervertreterin. Die rechtsfreundliche Vertretung, Herr Rechtsanwalt Dr. K, wiederholte in der mündlichen Befragung das schriftliche Vorbringen, bezüglich der Beschwerden der MitarbeiterInnen. Es habe eine Supervision gegeben, allerdings seien sowohl Abteilungsleitung als auch Stellvertretung nicht einsichtig gewesen, was eine allfällige Änderung der Abläufe und der Strukturen und Organisationen betreffe. Dies sei auch eindeutig im Hearing zu sehen gewesen. Nach der Präsentation sei die Antragstellerin gefragt worden, ob sie etwas ändern möchte. Dazu habe sie scheinbar keinen Anlass gesehen. Herr C habe eine weitaus bessere Teamakzeptanz als die Antragstellerin aufgewiesen. Auch in fachlicher Natur sei Herr C besser qualifiziert gewesen. Er sei nebenbei in ... tätig gewesen. Dies habe ihn auch für die Führungsaufgaben qualifiziert. Das Team sei auch mittlerweile befriedet. Er wisse schon, dass es auf den ersten Blick sehr überraschend wirke, dass Herr C besser qualifiziert sein könnte als die langjährige Mitarbeiterin. Aber beim genaueren Hinsehen werde man erkennen, dass sehr gute Gründe objektiver Natur für die Bestellung von Herrn C gesprochen hätten.

Die Antragstellerin relativierte in der mündlichen Befragung den Vorwurf, dass ein Coaching notwendig gewesen sei, dahingehend, dass es ein Coaching im Rahmen eines Teambuilding gegeben habe, da fünf neue KollegInnen ins Team integriert werden sollten. Weiters präzisierte sie, dass die Struktur laufe und es gut aufgesetzt sei, weshalb sie auch keine Notwendigkeit gesehen habe, hier sofort etwas zu ändern. Im Gegensatz zu Frau D hätte sie sich mehr mit den KollegInnen zusammengesetzt und gefragt, was die KollegInnenschaft benötige. Da hätte sie sich angeschaut, was man an Strukturen und Abläufen ändern könne. Die Struktur habe sich unter der neuen Leitung nicht geändert.

Zur Frage, ob ein objektives, transparentes und nachvollziehbares Bewerbungsverfahren stattgefunden hat, das keinen Zweifel darüber offen lässt, dass ein objektiver Vergleich vorgenommen wurde und nicht auch geschlechtsspezifische Dimensionen in die Bewertung der

BewerberInnen eingeflossen sind, folgt der Senat der Argumentation der R-GAW, wonach der *außerordentliche* Veränderungs- und Reformwille weder in der Ausschreibung als Kriterium genannt worden sei – hier ist lediglich „Offenheit für neue Strukturen, Prozessoptimierung und Qualitätsmanagement“ angeführt – noch als dezidierter Auftrag für die Vorbereitung des Hearings aufscheine („Vorstellungen der fachlichen und personellen Weiterentwicklung“) und dessen Heranziehung als wesentliches Entscheidungskriterium für die Besetzung des Postens daher als nicht sachlich und auch nicht überzeugend erscheine. Ebenso wenig zu überzeugen vermöge ein allfälliger Hinweis auf die Erfüllung von MitarbeiterInnenwünschen hinsichtlich der Besetzung einer Leitungsposition bei geringerer Eignung gegenüber besser geeigneten MitbewerberInnen. Die Beurteilung einer Benachteiligung erfolge primär nach den von der ArbeitgeberInnenseite selbst vorgegebenen Kriterien, wobei die Stellenausschreibung, die konkrete Entscheidungsbegründung wie auch das Vorgehen in vergleichbaren Situationen herangezogen würden. Jedenfalls habe ein Bewerbungsverfahren für Dritte in transparenter und nachvollziehbarer Weise zu erfolgen, um dem Anspruch eines diskriminierungsfreien Bewerbungsverfahrens zu genügen.

Es wurde von der Antragsgegnerin keinerlei schriftlicher Nachweis über die Qualifikation und (Führungs-)Vorerfahrung von Herrn C erbracht (Bewerbungsunterlagen, Auszug aus dem Personalakt über absolvierte Ausbildungen, Dienstbeschreibung, Dienstzeugnisse früherer einschlägiger Tätigkeiten, etc.) um die Aussage der Antragstellerin zu entkräften, sie sei gebeten worden, Herrn C zu unterstützen, da er sowohl Wissen als auch Erfahrung erst erwerben müsse. Vor diesem Hintergrund erscheint dem Senat das Vorbringen der Antragstellerin glaubwürdig.

Frau D führte in ihrer schriftlichen Stellungnahme zudem aus, dass Herr C bei den laufenden Teambesprechungen in Y keinerlei Interesse gezeigt habe, sich mit Vorschlägen einzubringen.

Zur (Besser-)Qualifikation der Antragstellerin ist der Stellungnahme von Frau D im Wesentlichen zu entnehmen, dass aus ihrer Sicht die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Stellenausschreibung für die Leitung Y die eindeutig besser qualifizierte Person gewesen sei. Sie könne eine jahrelange Mitarbeit und Zusammenarbeit in der Leitungstätigkeit, bzw. Führung der Abteilung während der Abwesenheit von Frau D (längerer Krankenstand), vorweisen. Mit den hausinternen Arbeitsabläufen und den Dienstwegen innerhalb X sei sie bestens vertraut. Außerdem zeichne sie sich durch ausgesprochen gute rhetorische Fähigkeiten aus, die für die Vertretung der Interessen der Abteilung äußerst wichtig seien. Sie könne Aufgaben und Ziele klar definieren und formulieren und weise sehr gute organisatorische Fähigkeiten auf. Die Antragstellerin sei zu den MitarbeiterInnen und den Führungspersonen aus anderen Berufsgruppen sehr gut vernetzt.

Verwiesen wird in der Stellungnahme auch auf die Fortbildungen für Personalführung, die abgeschlossene Masterausbildung und die zahlreichen fachspezifischen Kurse, welche von der Antragstellerin absolviert wurden.

Die Dienstbeschreibung der Antragstellerin lautet wie folgt: „Als Stellvertretung ... ist sich Frau A ihrer Mitverantwortung voll bewußt. Anstehende Entscheidungen werden zeitgerecht gemeinsam besprochen und analysiert und das Ergebnis wird von ihr mitgetragen. Sie kennt die hausinternen Abläufe, erfasst die auftretenden Situationen in ihrer Komplexität und kann in ihrer Arbeit Prioritäten setzen. Sie hat ausgezeichnete rhetorische Fähigkeiten und sie kann ihren Standpunkt klar und ruhig vermitteln. Ihre Position im Team ist gefestigt und zu den anderen Berufsgruppen des Hauses hält sie sehr guten Kontakt.“

Nach Auffassung des erkennenden Senates ist kein objektiver, transparenter und nachvollziehbarer Vergleich der Qualifikationen der Antragstellerin und von Herrn C vorgenommen worden.

Abschließend wird kritisch angemerkt, dass den Gleichstellungsbeauftragten laut Frau B lediglich „eine beschränkte Monitoringfunktion mit beschränkter Information“ zukomme. Bei der Hearingkommission seien sie nicht dabei. Da seien sie noch nicht durchgedrungen. Sie würden nach Abschluss des Verfahrens dann die Liste der BewerberInnen und die Ergebnisliste bekommen. Als Gleichbehandlungsbeauftragte sehe Frau B nur die Namen und wer es geworden sei. Das könne man natürlich überhaupt nicht beurteilen.

Im Hinblick auf die Beweislastregeln des § 12 Abs. 12 GIBG gelangte der erkennende Senat zu der Ansicht, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist zu beweisen, dass ausschließlich sachliche Motive für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung der Antragstellerin ausschlaggebend waren.

Denn das Vorliegen anderer, mitausschlaggebender Motive kann eine/n ArbeitgeberIn vom Vorwurf einer diskriminierenden Behandlung nicht entlasten, da den Realitäten der Arbeitswelt folgend davon auszugehen ist, dass unter Umständen auch mehrere Motive („Motivbündel“) – darunter auch sachliche – eine Rolle spielen können.ⁱⁱ

Es liegt somit eine **Diskriminierung** aufgrund **des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß § 3 Z 5 GIBG vor.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 5 GIBG darf aufgrund des Alters im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ein an Lebens- und Dienstaltes jüngerer männlicher Mitbewerber, der ihr als Mitarbeiter unterstellt war, bei der Besetzung der Abteilungsleitung vorgezogen worden sei.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin 1964 geboren wurde, der männliche Mitbewerber, Herr C, 1980. Die Antragstellerin ist seit 1989, Herr C seit 2003 bei der Antragsgegnerin beschäftigt.

Seitens der Antragsgegnerin wurden keine Unterlagen vorgelegt, die das Vorbringen der

Antragstellerin bezüglich der Altersstruktur bei der Personalauswahl entkräftet hätten.

Das Alter einer Person ist zwar per se kein Qualifikationsnachweis, es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass in diesem Fall ein eklatanter Unterschied in der Dienstzugehörigkeit vorliegt und das Vorliegen gewisser Kompetenzen des Mitbewerbers mangels tatsächlicher Ausübung nur auf einer Einschätzung beruhen kann. Arbeitsleistungen, die sich zum Zeitpunkt der Besetzung noch nicht beurteilen lassen, sondern sich erst danach manifestieren können, können keinen tauglichen Grund für eine Auswahl zugunsten des zum Zuge gekommenen Bewerbers bilden.

Es konnte seitens der Antragsgegnerin somit nicht der Zweifel ausgeräumt werden, dass das Lebensalter der Antragstellerin jedenfalls mit ein Grund für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung war, wohingegen das weitaus höhere Dienstalster und die langjährigere facheinschlägige Berufserfahrung der Antragstellerin nicht im gehörigen Maß Eingang in das Besetzungsverfahren gefunden haben.

Es liegt somit eine **Diskriminierung** aufgrund **des Alters beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** gemäß **§ 17 Abs. 1 Z 5 GIBG** vor.

Vorschlag

Gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** hat der Senat, wenn er der Auffassung ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, dem/der ArbeitgeberIn oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen schriftlich einen Vorschlag zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die Diskriminierung zu beenden. Für die Umsetzung des Vorschlags ist eine Frist von zwei Monaten zu setzen. Wird einem Auftrag nach Abs. 3 nicht entsprochen, kann gemäß **§ 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz** jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessensvertretungen beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Da der Senat I der GBK zur Auffassung gelangt ist, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, wird die **Antragsgegnerin, X**, gemäß **§ 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz** aufgefordert, die Diskriminierung zu beenden, und werden folgende **Vorschläge zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebotes** erteilt:

1. **Leistung eines angemessenen Schadenersatzes,**
2. **Aufwertung der Stellung der Gleichbehandlungsbeauftragten in der Antragsgegnerin,**
3. **Es wird angeregt, Positionen im Raum ... und ..., für die die Antragstellerin fachlich und persönlich qualifiziert ist, der Antragstellerin von Seiten der Antragsgegnerin anzubieten.**

Wien, 12. Juni 2018

Dr.ⁱⁿ Eva Matt

Vorsitzende des Senates I der GBK

i Vgl. z.B. VfSlg. 19.321.

ii Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 17 Rz 8.