

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes**

**Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A 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 Referatsleitung in der Abteilung X des Bundesministeriums für Landesverteidigung (BMLV) aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG und aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

***Gutachten***

*beschlossen:*

*Die Bestellung von B zur Referatsleiterin in der Abteilung X des BMLV stellt keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder des Alters von A beim beruflichen Aufstieg gemäß § 4 Z 5 B-GIBG bzw. § 13 Abs.1 Z 5 B-GIBG dar.*

**Begründung**

Der Antrag von A langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. Der Antragsteller führte darin im Wesentlichen aus, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung vom ... um die Referatsleitung in der Abteilung X des BMLV aufgrund des Geschlechts und aufgrund des Alters diskriminiert worden sei, weil trotz seiner nachweislich besseren fachlichen Qualifikationen und Erfahrungen B zum Zug gekommen sei. Da ihm nicht die Möglichkeit gegeben worden sei, Einsicht in die Bewertungsmatrix zu nehmen, bleibe ihm für die Darstellung der Qualifikationen der erfolgreichen Bewerberin und den Vergleich dieser mit seinen Qualifikationen lediglich die Herleitung aufgrund der in offenen Quellen verfügbaren Daten und den Schlussfolgerungen daraus.

Im Folgenden nahm der Antragsteller folgende Gegenüberstellung vor:

B sei ... geboren worden, er sei Jahrgang ...

Er sei bereits seit ... Bediensteter des BMLV und seit ... Beamter, B sei seinem Wissen nach seit ... im Kabinett des Bundesministers tätig gewesen und danach in der Abteilung ...

Der Arbeitsplatz umfasse laut Ausschreibung die Leitung des Referats ..., ... und ..., die die Steuerung und Koordinierung der Angelegenheiten des ...-, ...- und ..., des ... und die Steuerung und Koordinierung von Angelegenheiten des ...- und ... beinhaltet. Dazu gehöre auch die Koordinierung mit den ..., anderen Referaten, ... und der Abteilung ... und anderen Dienststellen ... Aus den Vorverwendungen von B ließen sich keine relevanten Erfahrungen für diese Aufgaben ableiten.

Die Erfordernisse eines bestehenden Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe (VwGr) A1 oder Entlohnungsgruppe v1 sowie eines abgeschlossenen Studiums der Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften erfülle B.

Über „Besondere Kenntnisse und Erfahrungen ... sowie ... Kenntnisse“, „Besonderes Organisationsvermögen sowie besondere Kenntnisse und Fähigkeiten in ...“ sowie „Besondere Kenntnisse und Erfahrung im Bereich ...“ verfüge B nicht. Es könnten lediglich Kenntnisse der „... Abläufe im Rahmen der allgemeinen Verwaltung“ vorausgesetzt werden. Die Erfordernisse „Besondere Kenntnisse und Erfahrung im Hinblick auf Anforderungen an und Entwicklung und Verfahren der ...“ und „Erfahrung in der Zusammenarbeit mit ... sowie ...“ erfülle B ebenfalls nicht. Die Anforderung „Erfahrung im Dienstbetrieb der ... und der ..., sowie im ...“ könne B zumindest nicht vollständig erfüllen, ebenso wenig - aufgrund der Dauer ihrer Vorverwendungen - das Erfordernis „Besondere Fähigkeiten und Erfahrung in der Führung vor allem leitender Mitarbeiter sowie in der Verhandlungsführung ...“. Inwieweit sie „Moderne Planungstechniken und -werkzeuge einschließlich relevanter Informationssysteme und Bürotechnik“ beherrsche, könne der Antragsteller nicht beurteilen. Dasselbe gelte für die geforderten Fremdsprachenkenntnisse, die geforderte „Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit ...“ sowie die „Persönlichen Merkmale“ der Bewerberin.

Die ...monatige Dienstzuteilung von B zur Abteilung X - ab ... - könne wohl nicht in die Beurteilung der Qualifikation mit einbezogen werden. B sei auch nicht im ausgeschriebenen Referat eingeteilt gewesen.

Zur Erstellung der Reihung führte der Antragsteller aus, dass, da der Zeitpunkt der Erstellung der Matrix nicht geregelt sei, diese auch erst nach dem Einlangen und der Auswertung der Bewerbungen erfolgen könne. Aufgrund des Umstandes, dass „Die Bandbreite der Punktwerte für die einzelnen Cluster (...) durch den Beurteilenden zu wählen“ sei, sei es möglich, die Kalküle der Bewerber und Bewerberinnen - „in höchstem Ausmaß“ oder doch nur „in hohem Ausmaß“ - nahezu beliebig festzustellen. Es sei zu hinterfragen, ob diese Vorgangsweise eine objektive Beurteilung ermögliche.

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

Der gegenständliche Ausschreibungstext beruhe auf der grundsätzlich gültigen, aber hinsichtlich des Anforderungsprofils noch auf eine Mischverwendung ausgerichteten Arbeitsplatzbeschreibung (APIB). Diese sei im Jahr ... durch eine Fußnote zwar unbefristet, aber ad personam auf den neu eingeteilten Arbeitsplatzinhaber ... beschränkt gewesen. Mit dessen Antritt des Ruhestandes mit ... sei die Fußnote nicht mehr anwendbar und die Mischverwendung nicht mehr zulässig geworden, die APIB hätte geändert werden müssen bzw. hätte nicht nur die wieder aufgelebte ausschließliche Zuordnung des Arbeitsplatzes zur VwGr A1 (Allgemeiner Verwaltungsdienst) im Bekanntmachungstext abgebildet sein müssen, sondern hätten auch die (in der APIB enthaltenen) rein militärischen Aspekte nicht im Anforderungsprofil der Ausschreibung angeführt werden dürfen, denn zweifelsfrei handle es sich um einen rein zivilen Arbeitsplatz. Dementsprechend seien in weiterer Folge bei der Beurteilung der Bewerbungen die rein militärischen Aspekte entweder gar nicht zu berücksichtigen oder zumindest sehr großzügig auszulegen gewesen.

Zum Ablauf des Nachbesetzungsverfahrens wurde ausgeführt, dass die ... Bewerbungen samt Unterlagen und Mustermatrix der Abteilung X als Bedarfsträger zur Durchführung des Beurteilungsverfahrens übermittelt worden seien. Die Abteilung X habe die befüllte Matrix einschließlich Verbalbeurteilung dem BMLV vorgelegt und um dienstrechtliche Einteilung von B ersucht. Das BMLV habe geprüft, ob die zur Einteilung vorgeschlagene Bewerberin sämtliche Muss-Kriterien, insbesondere die Ernennungserfordernisse für den gegenständlichen Arbeitsplatz, erfülle. Der Dienststellenausschuss und das Bundesministerium für Kunst, Kultur, öffentlicher Dienst und Sport (BMKÖS) hätten dem Vorschlag, B auf den API einzuteilen, zugestimmt.

Zu den Anforderungskriterien wurde Folgendes ausgeführt: Entsprechend der APIB seien zwei Muss-Kriterien im Bekanntmachungstext festgelegt worden, die jeweils mittelbar bzw. unmittelbar auf die Ernennungserfordernisse der Hochschulbildung für die VwGr A1 bzw. die Aufnahmeerfordernisse für die Entlohnungsgruppe v1 abstellen. Bei den Muss-Kriterien handle es sich um das Bestehen eines Dienstverhältnisses in der VwGr A1 oder in der Entlohnungsgruppe v1 bzw. die Erfüllung der Voraussetzungen für die Übernahme in ein solches. Beides sei nur bei einer abgeschlossenen Hochschulbildung im Sinne der Z 1.12 oder Z 1.12a der Anlage 1 zum BDG 1979 möglich. Erfülle eine Bewerberin bzw. ein Bewerber ein Muss-Kriterium nicht, so habe eine weitere Beurteilung zu unterbleiben, da es sich dabei um absolute Ausschlusskriterien handle, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt seien, eine teilweise Erfüllung sei nicht möglich. Bei Nichterfüllung eines absoluten Ausschlusskriteriums sei auch die für die Besetzung der Planstelle zwingend erforderliche Zustimmung des BMKÖS von vornherein ausgeschlossen.

Muss-Kriterien seien entsprechend der verbindlich anzuwendenden Muster-Matrix jeweils mit maximal ... Punkten zu beurteilen. Bei bloßem Vorliegen der Voraussetzungen für die

Übernahme in ein solches Dienstverhältnis (bzw. für die Überstellung in die entsprechende Verwendungs- oder Entlohnungsgruppe) sei es sachlich gerechtfertigt, lediglich ... Punkte zuzuordnen. Dies deshalb, weil das BMKÖS die Zustimmung für die Besetzung der Planstelle verweigert, wenn ein fachlich geeigneter Bediensteter vorhanden sei, der einerseits bereits in dem entsprechenden Dienstverhältnis stehe, aber auf keinem systemisierten Arbeitsplatz eingeteilt sei. Die sachliche Rechtfertigung für den (geringfügigen) Abzug vom Punktemaximum ergebe sich aus der Ungewissheit der Zustimmung des BMKÖS.

B habe im Jahr ... an der ... das Diplomstudium der Rechtswissenschaften abgeschlossen, und sie stehe seit ... in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum BMLV. Die Zuordnung des Maximums von ... Punkten sei daher nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt.

A habe im Jahr ... den FH-Diplomstudiengang „...“ abgeschlossen; mit dieser Hochschulbildung sei jedoch das Ernennungserfordernis der Hochschulbildung für die VwGr A1 gemäß Z 1.12 der Anlage 1 des BDG nicht erfüllt, weil zum Zeitpunkt der Verleihung des akademischen Grades der Abschluss des FH-Studienganges „...“ gemäß Z 13.13 Abs. 1 lit d der Anlage 1 des BDG ausschließlich als Ernennungserfordernis für die VwGr MBO2 gesetzlich normiert gewesen sei.

Seit ... stehe der Antragsteller in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis der VwGr MB O2.

Im Jahr ... habe er an der Universität ... das Bachelorstudium der ... abgeschlossen. Dadurch erfülle er das Ernennungserfordernis der Hochschulbildung gemäß Z 1.12a der Anlage 1 des BDG und die Voraussetzung für eine Überstellung in die VwGr A1. Entsprechend dem oben dargelegten Beurteilungsmaßstab sei die Zuordnung von ... Punkten nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt. In der durch den Bedarfsträger Abteilung X erstellten Beurteilungsmatrix sei kein Punkteabzug erfolgt, weil einem Bedarfsträger außerhalb der Dienstbehörde in aller Regel nicht bewusst sei, dass sich die Übernahme in ein entsprechendes Dienstverhältnis schwieriger gestalten als die Einteilung einer/eines Bediensteten mit aufrechtem Dienstverhältnis.

Auf die vom Antragsteller in seiner Bewerbung erwähnte Verleihung des akademischen Grades „...“ am ... durch die ... in ... sei nicht näher einzugehen, da die damit verbundene Hochschulbildung nicht durch die Verleihung eines akademischen Grades gemäß § 87 Abs. 1 UG oder gemäß § 6 Abs. 2 FHG nachgewiesen werde. Es liege auch keine Nostrifizierung gemäß § 90 UG vor, und die Anerkennung dieses Ausbildungsnachweises wäre ausweislich § 204 BDG 1979 selbst bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages ausgeschlossen, weil es sich beim gegenständlichen Arbeitsplatz um keine Planstelle für Lehrer und beim Antragsteller um keine Lehrperson handle. Ob ein in ... erworbener Ausbildungsnachweis überhaupt durch den Leiter bzw. die Leiterin einer Zentralstelle anerkennungsfähig wäre, könne somit dahingestellt bleiben. Ebenso seien die vom Antragsteller in seiner Bewerbung ins Treffen geführten Ausbildungsgänge an der ... sowie an der ... unbeachtlich, weil es sich in beiden Fällen

um keine abgeschlossene Hochschulbildung im Sinne der Z 1.12 der Anlage 1 des BDG handle.

Das BMKÖS habe für den gegenständlichen Arbeitsplatz festgelegt, dass eine abgeschlossene Hochschulbildung nur dann einschlägig sei, wenn die damit verbundene Studienrichtung entweder dem Wissenschaftsbereich der Rechtswissenschaften gemäß § 54 Abs. 1 Z 6 UG oder dem Wissenschaftsbereich der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften gemäß § 54 Abs. 1 Z 7 UG zugeordnet werden könne. Eine andere Hochschulbildung könne daher nicht als Erfüllung des Muss-Kriteriums gewertet werden und könnten daher keine Punkte zugeordnet werden und sei die Bewerbung nicht weiter zu beurteilen.

B habe das Diplomstudium der Rechtswissenschaften abgeschlossen, wodurch das Muss-Kriterium erfüllt sei und die Zuordnung des Maximums von ... Punkten logisch nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt sei.

Der Antragsteller erfülle mit dem abgeschlossenen Bachelorstudium der ... das Ernennungserfordernis der Hochschulbildung, die Studienrichtung ... sei jedoch gemäß § 54 Abs. 1 Z 1 UG den Geistes- und Kulturwissenschaften zuzuordnen, weshalb der Antragsteller von einer weiteren Beurteilung auszuschließen gewesen sei. Was den FH-Diplomstudiengang „...“ betreffe sei zu bemerken, dass, selbst wenn dieser als Erfüllung des Ernennungserfordernisses der Hochschulbildung für die VwGr A1 gewertet werden könnte, nichts gewonnen wäre, weil dieser Studiengang nicht den Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften zugeordnet werden könne.

Der Bedarfsträger (Abteilung X) habe den Umstand der Nichterfüllung dieses Muss-Kriteriums offensichtlich nicht erkannt und den Antragsteller weiter beurteilt. Im Zuge der Stellungnahme an die B-GBK sei - ungeachtet dessen, dass A von einer weiteren Beurteilung auszuschließen gewesen wäre – die Beurteilung des Bedarfsträgers (Abteilung X) einer „Grobprüfung“ unterzogen worden, und diese habe ergeben, dass die Beurteilung insofern plausibel sei als der Bedarfsträger - bewusst oder unbewusst – berücksichtigt habe, dass es sich beim gegenständlichen Arbeitsplatz um einen reinen zivilen Arbeitsplatz handle und deshalb die rein militärischen Aspekte laut der Bekanntmachung nicht beurteilt habe. In der „Gesamtschau der Erwartungs- und Wunschkriterien“ sei die Beurteilung durch den Bedarfsträger durchaus nachvollziehbar, zumal der Antragsteller insbesondere wegen seiner bisherigen Ausbildung und Erfahrung im Fachbereich und B insbesondere wegen ihrer bisherigen Verwendungen im Managementbereich sowie aufgrund der Verwendung exakt auf dem vakanten Arbeitsplatz als in höchstem Ausmaß geeignet beurteilt worden seien. Die zu diesem Ergebnis führende Clusterung stelle eine absolut übliche Standardverteilung dar und lasse keinerlei Raum für irgendwelche Spekulationen im Hinblick auf die Bevorzugung oder Benachteiligung von Bewerberinnen und Bewerbern.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung seien im Wirkungsbereich der „ho. Dienstbehörde“ ... männliche und ... weibliche Bedienstete auf einem Arbeitsplatz der VwGr A1, FGr ... eingeteilt gewesen. In der Ausschreibung sei daher explizit auf die Bestimmungen des § 11c B-GIBG verwiesen worden, wonach Bewerberinnen, die für die angestrebte Verwendung (Funktion) gleich geeignet seien wie der bestgeeignete Mitbewerber vorrangig einzuteilen seien, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.

Der Stellungnahme waren (u.a.) die Arbeitsplatzbeschreibung, der Bekanntmachungstext, die Fußnoten; die Bewerbung von B und die Bewertungsmatrix angeschlossen.

In der Sitzung des Senats I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) vom ... führte der Antragsteller aus, dass ihm zwar die Beurteilungsmatrix nicht zur Verfügung stehe, aber dennoch gesagt werden könne, dass für den Arbeitsplatz wesentliche Fähigkeiten nicht berücksichtigt worden seien und B keinesfalls die fachliche Qualifikation besitze, um den Anforderungen dieses Arbeitsplatzes gerecht zu werden.

Der Vertreter des BMLV ... führte auf Ersuchen der Senatsvorsitzenden, den Sachverhalt aus der Sicht der Dienstbehörde darzulegen, aus, dass der Arbeitsplatz zum Zeitpunkt der Ausschreibung, und auch derzeit, ein ziviler Arbeitsplatz (gewesen) sei, er sei mit A1/... bewertet (die näheren Ausführungen sind der schriftlichen Stellungnahme des BMLV zu entnehmen). Der Antragsteller warf ein, dass der frühere Abteilungsleiter der Meinung gewesen sei, dass Aufgaben wie z. B. ..., ... und ... von einem Offizier besser bewältigt werden könnten, und habe deshalb einen Berufsoffizier gewollt, obwohl es sich um einen Arbeitsplatz der VwGr A1 gehandelt habe. In der Arbeitsplatzbeschreibung seien auch keine Änderungen vorgenommen worden.

Der Dienstgebervertreter replizierte, dass er den Verlauf des Besetzungsverfahrens, das im Jahr ... im Zuge einer Organisationsänderung durchgeführt worden sei, nicht mehr genau rekonstruieren habe können, jedenfalls sei mit Wirksamkeit ... eine Mischverwendung genehmigt worden, aber ad personam ... Ab seiner Ruhestandsversetzung mit ... sei die Mischverwendung nicht mehr zulässig.

Der Antragsteller führte daraufhin aus, dass der vorherige Arbeitsplatzinhaber auch Berufsoffizier gewesen sei und in die VwGr A1 wechseln habe müssen. Im Übrigen habe die Mischverwendung nicht bis zur Ruhestandsversetzung des ... gegolten, sondern sei das Ende mit ... festgelegt gewesen und die Ausschreibung sei mit ... oder ... genehmigt worden. Bei Veröffentlichung der Ausschreibung habe es sich offiziell um keine Mischverwendung mehr gehandelt.

Der Dienstgebervertreter führte aus, dass als Fußnote „...“ eingetragen gewesen sei, was auf eine unbefristete Mischverwendung hindeute, aber gleichzeitig sei auch festgelegt gewesen, dass die Mischverwendung ausschließlich für ... gelte, somit existiere sie nicht mehr, sobald

dieser den Arbeitsplatz nicht mehr bekleide. Man habe den Arbeitsplatz als A1-Stelle ausgeschrieben, weil man gewusst habe, dass ... mit ... in den Ruhestand treten werde. Das Problem sei, dass die damaligen Ausschreibungen im Zuge der Organisationsänderung auf einen gewünschten Arbeitsplatzinhaber ausgerichtet gewesen seien.

Die Vorsitzende hielt - an den Antragsteller gerichtet - fest, dass der gegenständliche Arbeitsplatz für die VwGr A1 ausgeschrieben und konkret die Hochschulstudien Rechts-, Sozial- oder Wirtschaftswissenschaften gefordert worden seien, und er sich dennoch beworben habe. Der Antragsteller sagte dazu, es sei ihm klar gewesen, dass er im Fall seiner Bestellung keinen militärischen Arbeitsplatz mehr haben werde, sondern einen zivilen.

Auf den Hinweis, dass er aber die Erfordernisse nicht erfüllt habe, sagte der Antragsteller, er habe diese sehr wohl erfüllt. Einem Schreiben des Bundesministeriums für Bildung Wissenschaft und Forschung (BMBWF), der gemäß dem Bundesministerien-Gesetz zuständigen Stelle für die Anerkennung von Hochschulstudien, sei zu entnehmen, dass sein Studium sehr wohl ein Masterstudium gemäß Universitätsgesetz sei, welches den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften zuzuordnen sei.

Auf die Frage, wie die Prüfung der Erfüllung der Erfordernisse ablaufe, antwortete der Dienstgebervertreter die Bewerbungen würden an den Bedarfsträger zur Beurteilung weitergeleitet, dieser vergebe die Punkte für die diversen Kriterien. Wenn ein Muss-Kriterium nicht erfüllt sei, dürfe die Bewerberin oder der Bewerber gar nicht mehr weiter beurteilt werden, da es sich eben um ein unbedingt zu erfüllendes Kriterium handle. Das sei im vorliegenden Fall übersehen worden. Im Allgemeinen hätten die Bedarfsträger im Bereich der Studien eher wenig „Backgroundwissen“. Wenn dann die Matrix in die Personalabteilung komme, erfolge eine Grobprüfung der Arbeit des Bedarfsträgers, bezüglich der oder des zur Besetzung Vorgeschlagenen erfolge eine „Feinprüfung“ im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Matrix, z. B. ob alle Muss-Kriterien, z. B. Studien oder Dienstverhältnisse, erfüllt seien. Das Bachelorstudium der ... gehöre nicht zu den Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, der Master ... einer ... Universität sei nicht relevant, weil der akademische Grad nicht nach § 87 Abs. 1 UG bzw. § 6 Abs. 2 Fachhochschulgesetz verliehen worden sei. Mit dem Fachhochschulstudium an der ... werde „nur“ das Ernennungserfordernis für die VwGr MB O2 erfüllt.

Auf die Frage, ob die Personalabteilung genau geprüft habe, ob die vom Bedarfsträger festgestellten Qualifikationen von B tatsächlich gegeben seien, immerhin habe sie den Großteil ihrer Zeit im BMLV im Kabinett des Ministers verbracht, antwortete der Dienstgebervertreter, das sei richtig, aber die Bewerberin habe auch schon eine gewisse Zeit auf dem ausgeschriebenem Arbeitsplatz verbracht bzw. sei „mit dieser Aufgabenstellung“ schon befasst gewesen. Rein auf das Fachliche im Aufgabenbereich der Abteilung bezogen, sei A „klar vor

ihre“, die Referatsleitung beinhalte aber auch eine Managementfunktion, weshalb die Verwendung im Kabinett und die lange Verwendung als stv. ...leiterin des ... sehr hoch bewertet worden sei. Diese Qualifikationen prüfe man aber erst, wenn die Muss-Kriterien erfüllt seien. Wenn die Muss-Kriterien nicht erfüllt seien, stimme das BMKÖS der Arbeitsplatzbesetzung nicht zu.

Auf die Frage, ob es nicht die Möglichkeit der Beantragung einer Mischverwendung gegeben hätte, antwortete der Dienstgebervertreter, dass im konkreten Fall das Problem bestehe, dass dann die Erfordernisse für die VwGr MB O1 erfüllt sein müssten und sich die Frage stelle, ob das beim Antragsteller der Fall sei. MB O1 erfordere nämlich ein Diplom-, Master- oder Doktoraststudium und kein Bachelorstudium. Das Masterstudium in ... sei akademisch nicht relevant. Der akademische Grad Mag. (FH) sei ausschließliches Ernennungserfordernis für die VwGr MB O2. Bei Beantragung einer Mischverwendung wäre für den Antragsteller nichts gewonnen gewesen.

Der Antragsteller zitierte aus einem Schreiben der zuständigen Abteilung des BMBWF, welches die Anerkennung seines Studiums darlegen soll, worauf der Dienstgebervertreter fragte, ob es sich bei diesem Schreiben um einen Anerkennungsbescheid oder ein Auskunftsschreiben handle und ob der Personalabteilung dieses Schreiben zur Verfügung gestellt worden sei.

Der Antragsteller antwortete, es wäre die Aufgabe der Personalabteilung gewesen, die entsprechende Auskunft des BMBWF einzuholen. Der Dienstgebervertreter widersprach, es sei Sache des Bewerbers bzw. der Bewerberin, die Anerkennung eines Studiums darzulegen. Der Antragsteller führte aus, dass eine Nostrifizierung nicht möglich sei, es handle sich bereits um ein in Österreich anerkanntes Studium, und zwar 1.) aufgrund eines Agreements zwischen ... und ..., welches akademische Ausbildungen und Grade gegenseitig anerkenne und 2.) nach den ...-Übergangsbestimmungen.

Bezugnehmend auf die Behauptung der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes stellte die Vorsitzende dem Antragsteller die Frage, inwiefern das Vorgehen des BMLV im gegenständlichen Auswahlverfahren damit zu tun habe, dass er ein Mann und B eine Frau sei. Der Antragsteller antwortete, er gehe davon aus, dass es das Ziel gewesen sei, „diese bestimmte Frau“ zur Referatsleiterin zu machen.

Die rechtsfreundliche Vertreterin des Antragstellers ergänzte, dass es vor allem auch um eine Diskriminierung aufgrund des Alters gehe, A habe deutlich mehr Dienstjahre und auch ein höheres biologisches Alter als B.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte ... gab an, die Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen sei vom Antragsteller nicht kontaktiert worden, sie habe erst durch die B-GBK vom An-

trag erfahren. Das Wesentlichste sei, dass die Fragen betreffend die Zuordnung des Arbeitsplatzes als zivil oder militärisch und die Frage der Anerkennung eines Studiums keine Gleichbehandlungsthemen seien. Die Ausschreibung sei vielleicht nicht optimal gelaufen, man hätte die militärischen Aspekte aus der Arbeitsplatzbeschreibung herausnehmen müssen, denn für einen zivilen Arbeitsplatz dürfe man keine militärischen Erfahrungen verlangen, das sei von vorne herein diskriminierend. Problematisch sei, dass es früher öfter Mischverwendungen gegeben habe. Wahrscheinlich habe man den Ausschreibungstext aus Gründen der Einfachheit nicht verändert. Jedenfalls sei - zum Beurteilungszeitpunkt – das Muss-Kriterium des Studiums der Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften nicht erfüllt gewesen. Das nun vorgelegte Schreiben des BMBWF sei der Personalabteilung damals nicht vorgelegen. Aber selbst wenn dieses Studium anzuerkennen wäre, wäre auch B „im höchsten Ausmaß“ geeignet gewesen und das Frauenförderungsgebot hätte zur Anwendung kommen müssen. Auf die Frage, ob der Bedarfsträger gewusst habe, dass es sich um einen zivilen Arbeitsplatz handle und man die militärischen Kriterien „herausfiltern“ müsse, antwortete der Dienstgebervertreter, vermutlich habe „man“ schon gesagt, dass es sich um einen zivilen Arbeitsplatz handle und man bei der Beurteilung der militärischen Kenntnisse nicht so streng sein dürfe. Die Gleichbehandlungsbeauftragte wies darauf hin, dass die Kenntnisse des Antragstellers beim Kriterium „Besondere Kenntnisse und Erfahrung im Bereich der Militärstrategie und der Logistik sowie der Abläufe im Rahmen der allgemeinen Verwaltung“ ohnehin höher bewertet worden seien, er habe ... Punkte und B nur ... Punkte bekommen.

Beim Kriterium „Erfahrung in der Zusammenarbeit mit fremden Streitkräften“ sei er auch besser bewertet worden, er habe im Gegensatz zur Bewerberin die volle Punkteanzahl bekommen, letztendlich sei sie aber dennoch als „im höchsten Ausmaß geeignet“ beurteilt worden.

Der Antragsteller warf ein, dass diese besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht aus der Qualifizierung des Arbeitsplatzes als zivil oder militärisch ableitbar seien, sondern aus den mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben. Zu bemerken sei, dass B erst am ... ein privatrechtliches Dienstverhältnis in der Entlohnungsgruppe v1 eingegangen sei, damit habe sie - bis zum Ende der Bewerbungsfrist ... - eine Dienstzeit von ... Jahren und ... Monaten. Sie habe die Grundausbildung nicht absolviert, und in ihren beiden Vorverwendungen könne sich auch nicht ausreichend Erfahrungen für die Referatsleitung gesammelt haben. Zur Verwendung der Bewerberin auf dem ausgeschriebenen Arbeitsplatz sei anzumerken, dass dieser bis ... mit ... besetzt gewesen sei. Eine Dienstzuteilung von ... Monaten, noch dazu über die ...zeit, reiche wohl nicht aus, um die Eignung „im höchsten Maß“ zu begründen. Sie sei auch nicht auf dem konkreten Arbeitsplatz verwendet worden, da nach ... Ruhestandsantritt ein Fachoffizier aus dem Referat bis zur Besetzung des Arbeitsplatzes mit dessen Aufgabe betraut gewesen sei, dieser habe dafür auch die Funktionsabteilung erhalten.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG bzw. § 13 Abs.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.

Der Antragsteller begründete seinen Antrag im Wesentlichen mit seiner längeren und einschlägigeren Verwendung im BMLV, das BMLV argumentierte, dass der Antragsteller schon das Muss-Kriterium des Studiums der Rechtswissenschaften oder der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften nicht erfüllt habe, weshalb er – ohne weitere Beurteilung seiner Qualifikationen - vom Auswahlverfahren auszuschließen gewesen wäre, der Bedarfsträger habe dies übersehen. Der Antragsteller hielt dagegen, dass aus der Ausschreibung, die sich korrekter Weise an der Arbeitsplatzbeschreibung orientiert habe, hervorgehe, dass der Arbeitsplatz kein rein ziviler sei, sondern militärischen Komponenten enthalte, weshalb eine „Mischverwendung“ möglich gewesen wäre.

Dazu ist festzuhalten, dass aus der Ausschreibung eindeutig hervorgeht, dass der zu besetzende Arbeitsplatz als ziviler Arbeitsplatz qualifiziert war, die „Wertigkeit/Einstufung“ des Arbeitsplatzes war angegeben mit „A1/... bzw. v1/...“, er ist somit der Besoldungsgruppe „Allgemeiner Verwaltungsdienst“ und innerhalb dieser der „Verwendungsgruppe A1“ zugeordnet.

Das BMLV legte in der schriftlichen Stellungnahme zu As Antrag dar, dass das damals für Arbeitsplatzbewertungen zuständige BKA (nunmehr BMKÖS) für die Zeit vom ... bis ... eine Mischverwendung (in Form einer Fußnote zur Arbeitsplatzbeschreibung) genehmigt habe, was bedeute, dass ausnahmsweise die Einteilung eines Bediensteten zulässig gewesen sei, der nicht der für den Arbeitsplatz festgelegten Besoldungs- und Verwendungsgruppe (A1) angehört habe. Konkret bedeutete dies, dass ein Bediensteter der Besoldungsgruppe Militärischer Dienst in der VwGr M BO 1 auf dem Arbeitsplatz verwendet wurde. Aufgrund dieser Mischverwendung wurde auch das Anforderungsprofil der APIB um die militärischen Aspekte „erweitert“(!). Vom ... an wurde - bei unveränderter APIB - wiederum eine Mischver-

wendung genehmigt. Für diese Fußnote bestand zwar keine Befristung, sie war aber „ad personam“ auf den mit ... neu eingeteilten Arbeitsplatzinhaber ... beschränkt. Es ist dem BMLV zuzustimmen, dass daraus zu schließen ist, dass mit der Ruhestandsversetzung von ... - von der bekannt war, dass sie mit ... erfolgen werde - der Arbeitsplatz wieder als ein ziviler anzusehen ist. Dass die dem militärischen Bereich zuzuordnenden Komponenten (...) nicht (wieder) aus der APIB entfernt und die Ausschreibung dementsprechend adaptiert wurde, ist ein Fehler der Dienstbehörde, aus welchem aber nicht abgeleitet werden kann, dass der Arbeitsplatz auch für Bedienstete in militärischer Verwendung in der VwGr M BO 1 offen sein oder offen bleiben hätte müssen. Letztlich kann aufgrund der in der Ausschreibung angegebenen „Wertigkeit/Einstufung“ (A1/v1) und aus dem Umstand, dass der weit überwiegende Teil der geforderten Kenntnisse und Erfahrungen nicht dem militärischen Bereich zuzurechnen ist, geschlossen werden, dass de facto ein ziviler Arbeitsplatz zu besetzen war.

Bezüglich des geforderten Hochschulstudiums der Rechtswissenschaften oder der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften gab A in seiner Bewerbung an:

„Abgeschlossenes Hochschulstudium Wirtschaftswissenschaften (Masterstudium ...) gem. Z 1.12 der Anlage 1 zum BDG 1979 iVm BGBl. III Nr. 71/1999 (...)

- ✓ Abgeschlossenes Hochschulstudium ... (Bachelorstudium ...)
- ✓ Abgeschlossenes Fachhochschuldiplomstudium ... (...)
- ✓ Laufendes Hochschulstudium ... (...)

Es ist dem BMLV zuzustimmen, dass die von A abgeschlossenen Studien nicht den in der Ausschreibung genannten Wissenschaftsbereichen zuzurechnen sind. Der Umstand, dass dies vom Bedarfsträger übersehen und erst in der Personalabteilung bemerkt wurde, ändert nichts daran. Abgesehen davon, dass der FH-Diplomstudiengang „...“, bei dessen Abschluss der akademische Grad „Magister für ... (FH)“ verliehen wurde, nicht zu den verlangten Wissenschaftsbereichen gehört, kann mit diesem Abschluss schon das Ernennungserfordernis der Hochschulbildung für die VwGr A1 nicht erfüllt werden, weil zum Zeitpunkt der Verleihung dieses akademischen Grades ausschließlich das Ernennungserfordernis für die VwGr M BO 2 - also nicht für eine „zivile Verwendung“ - erfüllt werden konnte. Das Studium der ... fällt in den Bereich der Geisteswissenschaften.

Letztlich argumentierte A, dass das im Jahr ... mit dem akademischen Grad MBA abgeschlossene Studium ... an der Universität ... in ... in den Wissenschaftsbereich der Wirtschaftswissenschaften falle. Er bezog sich dabei auf ein Schreiben der für die Anerkennung zuständigen Abteilung des BMBWF, welches eine Bestätigung über die Anerkennung des Studiums an der ... in Österreich sei. Er habe diese „Bestätigung“ schon vor seiner Bewerbung angefordert, jedoch sei es verspätet ausgestellt worden. Der Senat hält dazu fest, dass die rechtliche Qualität dieses Schreiben vom Senat nicht nachvollziehbar ist, es handelt sich jedenfalls nicht um eine Nostrifizierung, und das Schreiben wurde dem Senat auch nicht vorgelegt, sondern erst

in der Senatssitzung erwähnt und daraus zitiert. As Vorbringen, nämlich für einen derartigen Studienabschluss könne keine Nostrifizierung beantragt werden, denn das Studium sei aufgrund von EU-Bestimmungen (siehe Seite 9) in Österreich anerkannt, ist festzuhalten, dass entscheidend war und ist, dass dem BMLV dieses Schreiben des BMBWF zum Zeitpunkt der Personalentscheidung jedenfalls nicht vorlag. Für die rechtzeitige Vorlage von Unterlagen zum Nachweis behaupteter Umstände oder Rechte haben die Bewerberinnen und Bewerber Sorge zu tragen, schließlich ist es in ihrem Interesse, dass die Erfüllung der (Muss)Kriterien zweifelsfrei feststeht. Da dem BMLV kein Nachweis dafür vorlag, dass As Studium an der Universität ... der in der Ausschreibung des Arbeitsplatzes geforderten Hochschulbildung entsprach, war dieses Erfordernis als nicht erfüllt anzusehen. Aufgrund der Nichterfüllung eines Muss-Kriteriums durch den Antragsteller erübrigt es sich, auf die Erfüllung bzw. das Maß der Erfüllung der übrigen Kriterien durch A und B einzugehen.

Somit beruht die Entscheidung des BMLV, die Leitung des Referates in der Abteilung X nicht mit B zu besetzen, nicht auf einer unsachlichen Grundlage. Im gesamten Verfahren ergab sich kein Hinweis darauf, dass im Auswahlverfahren das Alter und/oder das Geschlecht des Bewerbers bzw. der Bewerberin eine Rolle gespielt habe.

Der Senat stellt daher fest, dass die Bestellung von B zur Referatsleiterin in der Abteilung X des BMLV keine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechts oder des Alters beim beruflichen Aufstieg gemäß § 4 Z 5 B-GIBG bzw. § 13 Abs.1 Z 5 B-GIBG darstellt.

Wien, August 2022