

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes**

**Senat II**

hat in der Sitzung am 24. Oktober 2005 über den Antrag von Herrn A (=Antragsteller) in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.F. 65/2004, festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um eine Planstelle in der Abteilung X des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) als Reaktion auf seine Beschwerde bei der Dienstbehörde bzw auf die Einleitung eines Verfahrens beim Verfassungsgerichtshof zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes erfolgt sei und somit eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 20b Bundes-Gleichbehandlungsgesetz darstelle, folgendes

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

beschlossen:

Das Auswahlverfahren weist erhebliche Defizite hinsichtlich der Einhaltung des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes auf und stellt eine Diskriminierung von A (möglicherweise auch anderer „vorzeitig ausgeschiedener“ Bewerber/innen) dar. Im Verfahren vor der B-GBK konnte jedoch nicht erwiesen werden, dass die Vorgangsweise der Behörde und die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A als Reaktion auf seine Beschwerde und auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes erfolgt ist.

**B e g r ü n d u n g**

Mit Schreiben vom ... brachte A den Antrag ein, die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Planstelle eines/einer Referent/in für ....Angelegenheiten in der Abteilung X des BMVIT im Hinblick auf eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 20b B-GIBG zu prüfen und ein Gutachten zu erstellen.

**Abteilung II/3**

A führt aus, er habe sich aufgrund einer Interessentensuche der Job-Börse ... um die Planstelle beworben. In seinem Bewerbungsschreiben habe er seine Ausbildung, seine Fähigkeiten und Kenntnisse dargelegt und dem Schreiben seinen Lebenslauf beigelegt. Obwohl er alle Anforderungen der Stellenbeschreibung erfüllt habe, sei er weder zu einem Bewerbungsgespräch noch zu einem sonstigen Auswahlverfahren eingeladen worden. Mit Schreiben vom ... sei ihm mitgeteilt worden, dass die Planstelle anderweitig vergeben worden sei. Diese Absage sei nicht die erste gewesen, insgesamt habe er sich für fünf vom BMVIT ausgeschriebene A1-Planstellen beworben, und es sei keine dieser Bewerbungen in irgendeiner Weise berücksichtigt worden. Der Grund für die Nichtberücksichtigung liege seines Erachtens nicht darin, dass er minderqualifiziert wäre oder etwaige Bewerbungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe, sondern darin, dass er vor seiner Bewerbung bei der ausschreibenden Behörde, unter Berufung auf die umzusetzende Europäische Richtlinie 2000/78/EG, die dienst- und besoldungsrechtliche Gleichbehandlung mit seinen älteren Kollegen eingefordert habe. Darüber hinaus habe er die Nachzahlung der Gehaltsdifferenz zwischen seinem Gehalt und dem Gehalt seiner Kollegen während der drei-jährigen gesetzlichen Verjährungsfrist gefordert. Das BMVIT habe sowohl die Gleichstellung mit seinen Kollegen als auch die Auszahlung der Gehaltsdifferenz abgelehnt und habe diese mit dem höheren Alter seiner Kollegen begründet. Er nehme an, dass der Behörde die von ihm eingebrachten Anträge „nicht gerade angenehm waren“ und die Behörde ihn als „lästig und querulierend“ empfunden habe, weil er das Senioritätsprinzip im öffentlichen Dienst in Frage gestellt hat. Der Vollständigkeit halber erwähne er, dass er gegen beide abweisende Bescheide Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bzw. an den Verwaltungsgerichtshof erhoben habe.

In seiner Bewerbung führt A aus, er stehe in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Bund und werde als Referent in der Verwendungsgruppe PF2 verwendet. Er sei im ... Büro für ... tätig gewesen, seine dienstlichen Hauptaufgaben seine folgende gewesen: Durchführung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstrafverfahren, Evaluierung von Gutachten akkreditierter in- und ausländischer Prüfungsinstitute, Mitarbeit in internationalen Gremien und Arbeitsgruppen, nationale und internationale Koordination der Marktüberwachung von .... Er habe das Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen und verfüge über umfassende EDV-Kenntnisse und über Erfahrung im Bereich der Rechtsinformatik sowie über sehr gute Englisch-Kenntnisse. Er fühle sich wegen der mit der Planstelle ver-

bundenen Aufgaben „besonders angesprochen“, weil er „aufgrund zahlreicher Lehrveranstaltungen gerade im Bereich des Öffentliches Dienstrechts über Spezialkenntnisse verfüge“. Durch die wissenschaftliche Arbeit für seine Dissertation, die er „zu einem Thema aus diesem Rechtsgebiet schreibe“, habe er sich bereits „intensiv mit dem Dienstrecht auseinandergesetzt“.

Auf Aufforderung der B-GBK übermittelte das BMVIT eine Stellungnahme zum Antrag sowie die „Bundesinterne Interessentensuche“ ... für die gegenständliche Planstelle. Von den Bewerber/innen wurde erwartet: „aufrechtes Dienstverhältnis zum Bund, erfolgreich abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften, umfassende Kenntnisse bzw. Praxis .... auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechtes, Fähigkeit zu selbständigem ... Arbeiten, ausgezeichnete Kommunikations- und Teamfähigkeit, Bereitschaft zur laufenden Weiterbildung im Fachbereich“. In ihrer Stellungnahme führt die Behörde aus, innerhalb der Bewerbungsfrist seien sechs Bewerbungen eingelangt, darunter jene von A. Weiters sei die in Evidenz gehaltene Bewerbung von B (= betraute Person) ..., zu diesem Zeitpunkt im Bundesministerium X tätig, mitberücksichtigt worden. Die Planstelle sei letztendlich mit B besetzt worden, da sie bereits an ihrer vorherigen Dienststelle juristisch tätig gewesen sei. Sie sei in einer „Legistikabteilung für rechtliche Angelegenheiten der ...berufe samt Ausbildung und Umsetzung ausbildungsrelevanter internationaler Entwicklungen sowie für die Koordination der Fremdlegistik zuständig“ gewesen, und legistische Erfahrungen seien in der Abteilung X besonders von Vorteil, da bei Änderungen von dienst- und besoldungsrechtlichen Vorschriften dem Bundeskanzleramt Formulierungsvorschläge zu unterbreiten seien. B habe außerdem Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit ... durchgeführt und sei mit Verwaltungsgerichtshofverfahren, welche auch in der Abteilung X anfallen, befasst gewesen. Überdies habe sie das Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften mit der Gesamtnote „mit Auszeichnung“ bestanden und habe die für die ausgeschriebene Planstelle wesentlichen Hauptfächer, nämlich Arbeitsrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, mit den Noten „Sehr gut bzw. Gut“ absolviert. Darüber hinaus habe sie bei einer Eignungsprüfung im Zusammenhang mit der Ausschreibung für eine Planstelle P die höchste Punkteanzahl (...) erreicht. A habe aufgrund seiner Tätigkeit als PT2/2b-Sachbearbeiter nicht annähernd die juristischen Erfahrungen von B vorweisen können.

In der Sitzung der B-GBK am 24. Oktober 2005 wiederholt A im Wesentlichen das Vorbringen des Antrages und ergänzt, er habe sich deshalb als geeignet für die Planstelle erachtet, da Kenntnisse des Dienstrechtes verlangt gewesen seien und er sich während des Studiums auf Öffentliches Dienst- und Besoldungsrecht konzentriert habe und er zu diesem Thema auch an einer Dissertation arbeite. Das Thema sei ein interdisziplinäres, nämlich Europarecht und Verfassungsrecht, Spezialgebiet Altersgleichbehandlung im Öffentlichen Dienst.

Auf die Frage, weshalb er glaube, aufgrund seiner Beschwerden wegen Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes nicht berücksichtigt worden zu sein, antwortet A, weil die Dienstbehörde seine Ablehnung nicht begründet habe, es sei ihm nicht mitgeteilt worden, dass er die Anforderungen nicht erfülle. Er könne sich, da Beschwerden beim VfGH Auswirkungen auf das Ressort haben, nur vorstellen, dass man „keinen unbequemen Bewerber in die Zentralleitung aufnehmen wollte“.

Auf die Frage, inwiefern die Qualifikation von B jene von A übertreffe, antwortet die in der Sitzung anwesende D (=Dienstgebervertreterin), man habe sich für B entschieden, weil diese schon praktische juristische, vor allem legistische Erfahrung gehabt habe. Letztere seien wichtig, da die Abteilung mit Stellungnahmen an das Bundeskanzleramt und mit der Änderung dienst- und besoldungsrechtlicher Gesetze befasst sei. B habe bereits Verwaltungsverfahren durchgeführt und auch Verwaltungsgerichtshofbeschwerden bearbeitet, A habe zum damaligen Zeitpunkt nicht juristisch gearbeitet, er sei in B-wertiger Verwendung gewesen. A führt dazu aus, er habe im ... Büro für ... sehr wohl Verwaltungsstrafverfahren durchgeführt. Als er noch Student gewesen sei, seien die Bediensteten dieser Büros vom Leiter des ...büros, einem Juristen, unterstützt worden, nach Beendigung seines Studiums sei dies aber nicht mehr notwendig gewesen. Er habe den dritten Studienabschnitt, Öffentliches Recht, in weniger als sechs Monaten absolvieren können, weil er sich eben schon mit der Materie befasst gehabt habe, er habe bereits Kenntnisse des Verwaltungs- und auch des Europarechts gehabt. D führt aus, ein Kriterium sei auch gewesen, dass B das Studium mit sehr guten Noten absolviert hatte, auch in den Fächern Öffentliches Recht und Verfassungsrecht. Ausschlaggebend sei weiters der Eignungstest gewesen, den B als Beste absolviert hatte.

Auf die Frage, um welche Art von Test es sich dabei gehandelt habe, antwortet D, er habe sich auf das ...büro bezogen, sie könne zum Inhalt im Detail nichts

sagen, es habe sich jedoch nicht um eine fachliche Prüfung gehandelt, seitens des Ministeriums werden nur psychologische Prüfungen durchgeführt.

Auf die Frage, wie man B auswählen habe können, obwohl sie sich für die Planstelle nicht beworben hatte, antwortet D, es sei schon eine „Initiativbewerbung“ vorgelegen, und nach ihrer Bewerbung für die Stelle im ...büro sei man an sie herangetreten, die Behörde habe sie also in das Besetzungsverfahren für die gegenständliche Planstelle miteinbezogen.

Die Frage, ob B die einzige von den sechs Bewerber/innen gewesen sei, mit der man ein Gespräch geführt hat, beantwortet D mit Ja, und sie erklärt, die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A habe nichts mit seinen Beschwerden beim VfGH zu tun, denn die Dienstbehörde sehe diese nicht als gegen sie gerichtete Beschwerden, sondern es gehe einfach nur darum, ob das Biennalsprungsystem „gekippt“ werden könne oder nicht. ... . Abschließend führt D aus, die Vorgangsweise bei Auswahlverfahren sei, die Bewerbungen in die jeweiligen Abteilungen zur Begutachtung zu schicken. Die Personalabteilung prüfe vorab nur, ob die formalen Voraussetzungen erfüllt sind. Es obliege den Abteilungsleitern, mit den Bewerber/innen Gespräche zu führen und dann Vorschläge an die Personalabteilung zu machen.

Die B-GBK hat erwogen:

Gemäß § 20b B-GIBG dürfen Dienstnehmerinnen oder Dienstnehmer durch die Vertreterin oder den Vertreter des Dienstgebers als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Gemäß § 25 Abs.2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes als von der Antragstellerin oder vom Antragsteller glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung des BMVIT für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

B hat sich für die gegenständliche Planstelle nicht beworben, es ist allerdings eine Initiativbewerbung vorgelegen. Die Behörde ist an B „herangetreten“ (...) und hat sie in das Auswahlverfahren „miteinbezogen“, nachdem sie den anlässlich der Bewerbung um eine Planstelle in einem ...büro absolvierten Eignungstest als Beste bestanden hatte. Aus welchen Gründen die übrigen 6 Bewerber/innen als un-

te bestanden hatte. Aus welchen Gründen die übrigen 6 Bewerber/innen als ungeeignet erachtet wurden und deshalb ein „Herantreten“ an B notwendig erschien, wurde gegenüber der B-GBK nicht dargelegt. –Weder ergibt sich aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen noch aus den Aussagen von D in der Sitzung der B-GBK, dass ein Vergleich der Qualifikationen durchgeführt worden ist. Erst aufgrund des Antrages von A begründet das BMVIT seine Vorgangsweise und Entscheidung mit der bisherigen juristischen Tätigkeit von B, mit deren ausgezeichnetem Studienerfolg sowie mit dem hervorragenden Ergebnis des Eignungstestes. Demgegenüber habe A aufgrund seiner Tätigkeit als PT2/2b-Sachbearbeiter nicht annähernd die juristischen Erfahrungen von B.

Die Eignung von Bewerber/innen ist selbstverständlich an den Anforderungen für den konkreten Arbeitsplatz zu messen. Die fachlichen Anforderungen für die gegenständliche Planstelle sind „ ... Kenntnisse bzw. Praxis auf dem Gebiet des ... Verwaltungsverfahrenrechtes“. B war im Bundesministerium X in der Legistikabteilung für „rechtliche Angelegenheiten der ...berufe ... sowie für die Koordination der Fremdlegistik zuständig, B hat Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit Anträgen auf Berufszulassung in ...berufen durchgeführt und war auch mit Verwaltungsgerichtshofbeschwerden befasst. Seitens der B-GBK wird dazu festgehalten, dass legistische Erfahrungen, die nach dem Vorbringen der Dienstgeberseite für die Tätigkeit in der Abteilung X „besonders von Vorteil“ sind, in der „Interessentensuche“ nicht verlangt sind. Die verlangten ... Kenntnisse bzw Praxis von B beschränken sich auf die „...berufe“, somit auf einen Personenkreis und eine Materie, die nicht vom Wirkungsbereich des BMVIT umfasst sind. Ein Eingehen auf das mit ausgezeichneten Noten abgeschlossene Studium erübrigt sich, da dieser Umstand wohl nur zu einem geringen Teil entscheidungsrelevant gewesen sein kann und im Übrigen auch A den Abschnitt „Öffentliches Recht“, das als wesentlich für die Erfüllung der Aufgaben in der Abteilung X bezeichnet wird, sehr erfolgreich (in weniger als 6 Monaten) absolviert hat. Bemerkenswert ist, dass die Behörde an B herangetreten ist, nachdem sie bei einem Eignungstest-anlässlich der Bewerbung für eine andere Planstelle-ein ausgezeichnetes Ergebnis erzielt hatte, die Dienstgebervertreterin aber keine Auskunft über den Inhalt der Prüfung geben kann.

Nach dem gesamten Vorbringen der Dienstgeberseite gewann die B-GBK den Eindruck, dass unabhängig von den Qualifikationen der übrigen Bewerber/innen eine Präferenz für B bestand. -Es gibt keinen Hinweis darauf, dass alle Bewerbungen sorgfältig und speziell im Hinblick auf die in der Abteilung X zu erfüllenden Aufgaben geprüft wurden. Die Vorgangsweise der Behörde, vor allem der Umstand, dass ausschließlich mit B ein Gespräch geführt wurde, stellt eine positive Diskriminierung von B und eine Benachteiligung von A (möglicherweise auch der übrigen Bewerber/innen) dar. Im Verfahren ergab sich jedoch kein Hinweis darauf, dass die Vorgangsweise der Behörde und die Personalentscheidung in der Beschwerde von A und der Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes begründet sind.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 20b B-GIBG konnte deshalb nicht festgestellt werden.

#### Empfehlungen:

- Die B-GBK empfiehlt, bei zukünftigen Auswahlverfahren nachvollziehbare Qualifikations- und Wertungsvergleiche zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern durchzuführen und zwar bezogen auf die jeweils zu vergebende Planstelle. Diese Vergleiche wären auch entsprechend zu dokumentieren.
- Kriterien/Qualifikationen, die im Ausschreibungstext nicht als Erfordernis genannt sind, sollten auch nicht als Auswahlkriterien herangezogen werden.

Wien, Jänner 2006