

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

Senat I

hat

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (=Antragstellerin) in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. Nr. 100/1993 i.d.g.F., festzustellen, dass sie durch die Nichtausschreibung der Funktion einer .../eines ... des X durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technik (BMVIT) aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Nichtausschreibung der Funktion einer .../eines ... des X, sondern die Weiterbestellung des ... B in dieser Funktion, stellt keine Diskriminierung der Antragstellerin aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.

B e g r ü n d u n g

Der Antrag von A wurde am ... von der Vorsitzenden der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMVIT ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) eingebracht.

Dem Antrag war eine Sachverhaltsdarstellung angeschlossen. Darin war ausgeführt, dass die ursprüngliche Ausschreibung der Funktion einer/eines .../... des X am ... durch Kundmachung in der Wiener Zeitung erfolgt sei. Nach der Durchführung eines die Antragstellerin diskriminierenden Bestellungsverfahrens sei die Betrauung von B mit dieser „befristeten“ Funktion per ... erfolgt. Hierauf habe die Antragstellerin einen Antrag an die B-GBK gestellt. Die B-GBK habe mit Gutachten vom ... festgestellt, dass die Antragstellerin durch die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung um die genannte Funktion aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert worden sei.

Am ... habe die Gleichbehandlungsbeauftragte die zur Veranlassung der Ausschreibung bzw. Weiterbestellung berufene Dienststelle rechtzeitig schriftlich darauf hingewiesen, dass eine Ausschreibung der genannten Funktion zu erfolgen habe. Dem Vernehmen nach sei inzwischen B per ... weiterbestellt worden, eine Ausschreibung sei nicht erfolgt. Der Umstand der Nichtausschreibung stelle eine weitere Diskriminierung von A dar. Die B-GBK möge daher feststellen, dass die Antragstellerin auf Grund dieses Umstandes erneut aufgrund des Geschlechtes diskriminiert worden sei, dass ihr Schadenersatz zustehe, wobei im Hinblick auf die wiederholte Diskriminierung auch die Bestimmungen der §§ 19a und 19b B-GIBG (Bemessung der Entschädigung bei Mehrfachdiskriminierung und bei erlittener persönlicher Beeinträchtigung) Berücksichtigung zu finden haben und dass hinkünftig in gleichgelagerten Fällen eine Ausschreibung zu erfolgen habe.

Zur näheren Begründung verwies die Antragstellerin auf nachstehendes – von der Gleichbehandlungsbeauftragten generell für derartige Fälle eingeholtes – Rechtsgutachten von Univ.-Prof. ... vom ...:

„Sie teilen mir mit, dass die Bundesgleichbehandlungskommission in einem Gutachten nach dem BundesgleichbehandlungG festgestellt hat, dass eine Frau in einem Bewerbungsverfahren für eine befristete Funktion diskriminiert wurde. Diese Frau erhielt einen entsprechenden Schadenersatz zugesprochen. Sie werfen in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob der Dienstgeber in einem solchen Fall eine Weiterbestellung ohne Ausschreibung gemäß den §§ 16ff AusschreibungsG vornehmen darf. ...

Wurde eine Beamtin oder ein Beamter wegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht mit einer Verwendung (Funktion) betraut, so ist der Bund gem. § 18a BundesgleichbehandlungG zum Ersatz des Vermögensschadens und zur Leistung einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Die Höhe des Ersatzanspruches ist genauer im § 18a Abs 2 BundesgleichbehandlungG geregelt. Aus dieser Bestimmung ist abzuleiten, dass sich die Diskriminierung bei der Vergabe einer befristeten Verwendung auf den Zeitraum erstreckt, für den diese Verwendung (Funktion) vergeben wurde. Die Funktion wurde auch für diesen Zeitraum ausgeschrieben. Daraus folgt aber, dass eine Weiterbestellung des Funktionsinhabers eine neuerliche Diskriminierung darstellt, weil sie den Zeitraum zunächst begangener Diskriminierung verlängert. ...

Das Gesetz verpflichtet nicht, eine zunächst befristet bestellte Person ohne neuerliche Ausschreibung weiter zu bestellen; § 16 Abs 1 AusschreibungsG macht deutlich, dass der Leiter der zuständigen Zentralstelle diesbezüglich ein Ermessen hat. Vom Ermessen ist nach Art 130 Abs 2 B-VG stets im Sinne des Gesetzes Gebrauch zu machen. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass eine in diskriminierender Weise erfolgte Funktionsbetrauung nicht verlängert werden darf, weil eine solche Verlängerung gleichzeitig auch die zunächst gesetzte Diskriminierung verlängern würde; die Weiterbestellung wäre daher schon per se ein rechtswidriger Akt. Daraus folgt, dass der Leiter der zuständigen Zentralstelle in einem solchen Fall jedenfalls von der ihm gem. § 19 Abs 2 AusschreibungsG eingeräumten Ermächtigung ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen, Gebrauch zu machen hat; dies auch dann, wenn die Weiterbestellungskommission ein Gutachten erstattet hat mit dem eine Weiterbestellung befürwortet wird. ... Wird jemand, der zunächst bei der Vergabe einer befristeten Verwendung diskriminiert wurde, durch eine Weiterbestellung des Inhabers dieser Verwendung neuerlich diskriminiert, ist der Tatbestand des § 4 Z 5 iVm § 13 Abs 1 Z 5 BundesgleichbehandlungsG erfüllt. ...

Das Rechtsgutachten kommt zu folgenden Ergebnissen: Wurde eine Dienstnehmerin oder ein Dienstnehmer bei einer befristeten Funktionsübertragung diskriminiert, so führt eine Weiterbestellung nach Fristablauf ohne neuerliche Ausschreibung zu einer neuerlichen Diskriminierung; der Dienstgeber hat von seinem Ermessen, eine Weiterbestellung vorzunehmen oder eine Ausschreibung durchzuführen, in dem Sinne des Gesetzes Gebrauch zu machen und ist zu rechtmäßiger Vorgangsweise verpflichtet. Er hat daher eine Weiterbestellung zu unterlassen, weil eine solche die zunächst begangene Diskriminierung zeitlich verlängern würde und daher rechtswidrig ist. Der Dienstgeber hat daher in einem solchen Fall eine Ausschreibung vorzunehmen. Die ursprünglich diskriminierte Dienstnehmerin kann eine solche Neuausschreibung nicht unmittelbar erzwingen; wohl aber besteht die Möglichkeit sich neuerlich an die Bundesgleichbehandlungskommission zu wenden. Es liegt nämlich insofern ein neuer Sachverhalt vor, als die erste Feststellung der Bundesgleichbehandlungskommission nur auf die befristete Funktion bezogen war und daher den Tatbestand der Verlängerung der Diskriminierung durch die Weiterbestellung nicht erfassen konnte.“

Auf Nachfrage teilte das BMVIT der B-GBK mit Schreiben von ... mit, dass B mit Wirksamkeit vom ... als ... des X für den ... Bereich wiederbestellt worden sei. Dies

sei nach eingehender rechtlicher Beurteilung und unter Befassung der Finanzprokurator erfolgt.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen), unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Mit Gutachten von ... 2009 stellte der Senat I der B-GBK fest, dass A durch die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung um die Funktion der ... des X aufgrund des Geschlechts diskriminiert wurde. Weiters sprach der Senat die Empfehlungen aus, für den Bereich des X dringend Frauenförderungsmaßnahmen zu setzen und die Gutachten der Begutachtungskommissionen so zu erstellen, dass sie einerseits den rechtlichen Vorgaben entsprechen und andererseits für die nachprüfenden Stellen transparent und nachvollziehbar sind.

Die Antragstellerin machte in weiterer Folge Schadenersatzansprüche bei der Dienstbehörde geltend. Das BMVIT als Dienstbehörde vermochte entgegen der Ansicht des Senates I der B-GBK jedoch das Vorliegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes im Fall von A nicht zu erkennen und lehnte den von ihr beantragten Schadenersatz als unbegründet ab. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des VwGH das B-GIBG für das Schadenersatzverfahren keine gesetzliche Bindung an Gutachten der B-GBK normiert. Der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig vom Gutachten der B-GBK, diesem kommt aber die Bedeutung eines Beweismittels zu. Gegenstand des von der Behörde durchzuführenden Verwaltungsverfahrens ist es, zu klären, ob die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch gegeben sind oder nicht (vgl. u.a. VwGH 12. Dezember 2008, 2004/12/0199).

(Der nach Abschluss des Schadenersatzverfahrens vor der Dienstbehörde von der Antragstellerin angerufene VwGH wies ihre Beschwerde als verspätet zurück.)

Gemäß § 19 Ausschreibungsgesetz ist im Falle einer befristeten Funktionsbetrauung ein Ausschreibungsverfahren nach Ablauf der Frist nur dann vorgesehen, wenn die Funktionsinhaberin/der Funktionsinhaber nicht neuerlich betraut werden soll. Im Falle der Weiterbestellung bedarf es also keines neuerlichen Ausschreibungsverfahrens.

Univ.-Prof. ... hält in seinem Gutachten fest, dass es eine fortgesetzte Diskriminierung darstelle, wenn die Funktion, die eine Person aus diskriminierenden Gründen nicht bekommen hat, nach Ende der Befristung nicht erneut ausgeschrieben werde. Er geht dabei allerdings davon aus, dass die/der diskriminierte Bewerberin/Bewerber Schadenersatz zugesprochen wurde, also sich die Dienstbehörde der Ansicht der B-GBK anschloss. Im Fall von A war das aber gerade nicht der Fall.

Im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des VwGH (keine Bindung der Dienstbehörde an die Gutachten der B-GBK im Zusammenhang mit Schadenersatzforderungen) gelangte der Senat zur Schlussfolgerung, dass der Dienstgeber auch im Fall der weiteren Besetzung einer befristeten Funktion und der Frage der Ausschreibung nicht an das Gutachten der B-GBK gebunden ist. Denn eine Bindungswirkung des Gutachtens würde im Widerspruch zur Rechtsnatur und zur gutachterlichen Funktion der B-GBK stehen. Das B-GIBG stellt keine lex specialis zu den Regelungen des AusG dar, daher können die Rechtsfolgen des AusG auch nicht durch das B-GIBG „ausgehebelt“ werden. Eine neuerliche Diskriminierung der Antragstellerin aufgrund ihres Geschlechts durch die Nichtdurchführung einer Ausschreibung liegt somit nicht vor.

Zu den Ausführungen im Antrag, nämlich die B-GBK möge feststellen, dass A Schadenersatz zustehe, verweist der Senat darauf, dass gemäß § 18a Abs. 1 B-GIBG die Dienstbehörden zur Entscheidung über Schadenersatzansprüche von Beamtinnen und Beamten berufen sind.

Es ist verständlich, dass für die Antragstellerin der Anschein entstand, dass sie aufgrund der unterlassenen Ausschreibung neuerlich aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert wurde. Zur Konfliktvermeidung empfiehlt der Senat daher dem BMVIT:

- a) bereits bei der Betrauung mit einer befristeten Funktion ein objektives und transparentes Ausschreibungs- und Auswahlverfahren durchzuführen;
- b) im Falle der Feststellung einer Diskriminierung durch die B-GBK im Besetzungsverfahren vor einer beabsichtigten Weiterbestellung jedenfalls die Gleichstellungsbeauftragte zu befassen.

Wien, November 2014