

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 die Planstelle eines/einer Referent/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 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 in der Abteilung X des BMVIT im Hinblick auf eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes gemäß § 20b B-GIBG zu prüfen und ein Gutachten zu erstellen.

A führt aus, er habe sich aufgrund der Ausschreibung vom ... um die Planstelle beworben. In seinem Bewerbungsschreiben habe er seine Ausbildung und seine Fähigkeiten und Kenntnisse dargelegt und dem Schreiben seinen Lebenslauf beigelegt. Aus folgenden Gründen habe er sich für die Planstelle geeignet gehalten: Er werde im BMVIT als Referent in der Verwendungsgruppe PF2 verwendet, davor sei er im ...büro ... verwendet worden. Seine Hauptaufgaben seien: Durchführung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstrafverfahren, technische und juristische 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, über Erfahrung im Bereich der Rechtsinformatik sowie über sehr gute Englisch-Kenntnisse. Von der Behörde sei ihm während des Auswahlverfahrens auf Anfrage keine Information über den „stattfindenden Rekrutierungsprozess“ gegeben worden, er sei 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. Der Grund für die Nichtberücksichtigung liege seines Erachtens nicht darin, dass er minderqualifiziert wäre oder etwaige Bewerbungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe, sondern darin, dass er etwa gleichzeitig mit 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 dreijährigen 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.

Auf Aufforderung der B-GBK übermittelte das BMVIT eine Stellungnahme zum Antrag sowie die „Bundesinterne Interessentensuche“ vom ... und die „Öffentliche Ausschreibung“ vom ..., wonach folgende Agenden mit dem Arbeitsplatz verbunden sind: „Legistische, rechtliche und internationale Angelegenheiten des ...wesens, einschließlich der Angelegenheiten im Zusammenhang mit der ...richtlinie der Europäischen Kommission; Ausarbeitung von Gesetzen, Verordnungen, grundsätzlichen Richtlinien und Erlässen; Abwicklung von umfassenden und komplexen Konzessionsverfahren; Leitung von ...genehmigungs- und ...bewilligungsverfahren ...; Erlassung von Bescheiden, Rechtsmittelverfahren; Angelegenheiten der Typisierung, rechtliche Angelegenheiten im Zusammenhang mit Normung sowie Akkreditierungs- und Zertifizierungsverfahren.“ Von den Bewerber/innen wurde erwartet: „österreichische Staatsbürgerschaft, Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Studiums, Englisch ...; eingehende Kenntnisse und Erfahrung im Umgang mit EDV; Erfahrung im Bereich der Legistik und des Vorschriftenwesens; Kenntnisse des EU-Rechts, Erfahrung im Umgang mit Institutionen der Europäischen Union sind von Vorteil; praktische Erfahrungen im Verwaltungsverfahren und bei der Leitung von umfassenden Verhandlungen sowie Kenntnisse im Bereich des Fachgebietes sind von Vorteil; technisches Einfühlungsvermögen; rasche Auffassungsgabe, sach- und zielorientierte Verhandlungsfähigkeit; Team- und Kommunikationsfähigkeit; Bereitschaft zu Dienstreisen ... .“ Vermerkt ist, dass sich die Bewerber/innen einer Eignungsprüfung zu unterziehen haben.

In ihrer Stellungnahme an die B-GBK führt die Behörde zunächst aus, dass sich A nicht innerhalb der Bewerbungsfrist aufgrund der „Bundesinternen Interessentensuche“ beworben hatte, sondern erst nach der Öffentlichen Ausschreibung (aus welchem Grund diese durchgeführt worden ist, ist für den gegenständlichen Fall irrelevant), dennoch sei seine Bewerbung mitberücksichtigt worden. Die 32 Bewerbungen seien dem Leiter der Abteilung X übermittelt worden, und „nach dessen Befassung wurden die Bediensteten, bei denen ... davon ausgegangen werden konnte, dass sie das Anforderungsprofil erfüllen, zu einer Eignungsprüfung ... gemäß § 38 Ausschreibungsgesetz 1989 eingeladen“. In dem der Stellungnahme beigelegten Schreiben vom ... an die Abteilung Y des BMVIT führt AL (= Abteilungsleiter der Abteilung X) aus: „Nach ... Durchsicht sämtliche Bewerbungsunterlagen ... wird festgestellt, dass das ... Anforderungsprofil lediglich von einer Bewerberin, und zwar in überzeugendem Maß, erbracht wird. Alle übrigen ... verfü-

gen über keinerlei oder auch nur annähernde Erfahrungen bzw waren diese in völlig artfremden Bereichen tätig (...), ... ." Die konkret A betreffende Begründung für die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung (...) lautet: „ ... darf mitgeteilt werden, dass aufgrund der ... Unterlagen der Bewerber das ... Anforderungsprofil nicht in einer Weise erfüllt, die eine Verwendung für die ... Planstelle rechtfertigen würde. Der Schwerpunkt der Ausbildung und Tätigkeit liegt im Bereich ..., die ... ausgeübte ...tätigkeit ... steht mit den in der Ausschreibung gewünschten Anforderungen in keinem Zusammenhang“. AL schlägt 13 Bewerber/innen zur Teilnahme an einem Eignungstest vor, „um trotzdem einen – offenbar dem Gesetz nach notwendigen- Eignungstest mit mehreren Kandidaten durchführen zu können“, und zwar „im Hinblick auf eine (wenn auch untergeordnete) Affinität zu verwaltungsrechtlichen Problemstellungen“.

Tatsächlich haben nur 6 Bewerber/innen den Test absolviert. Jene 3 Bewerber/innen, die mehr als xxx Punkte erreicht haben (...), seien zu einem Informationsgespräch eingeladen worden. B1 (=die erstgereichte Bewerberin) sei nicht erschienen und B2 (=der zweitgereichte Bewerber) habe abgesagt. Es sei mit B (=bevorzugte Person) ein Informationsgespräch geführt worden, und laut Gutachten der Aufnahmekommission sei sie „mit ihrem Auftreten sehr gut geeignet, die Behörde bei öffentlichen Veranstaltungen zu vertreten usw, „aufgrund ihrer Aufgeschlossenheit“ könne man erwarten, dass „sie rasch im ...wesen Fuß fasst“. Sie „konnte das Anforderungsprofil größtenteils erfüllen (...).

A sei deshalb nicht zur Eignungsprüfung eingeladen worden bzw nicht zum Zug gekommen, „da er keinerlei Erfahrung im Bereich der Legistik und des Vorschriftenwesens bzw praktische Erfahrungen bei der Leitung von umfassenden Verhandlungen oder Kenntnisse im Bereich des Fachgebietes () aufweisen konnte“. (Die Bewerbungsunterlagen der drei Erstgereichten sind der Stellungnahme beigelegt, die Qualifikation der erstgereichten Bewerberin steht außer Zweifel).

B 2 hat nach Abschluss des Studiums Praktika in Rechtsanwaltskanzleien sowie in einer Bank absolviert, weiter berufliche Erfahrungen sind dem Lebenslauf nicht zu entnehmen. B war ... an der Universität X .... und hat Praktika im Generalsekretariat der Europäischen Kommission und in der Abteilung X der Landesregierung X absolviert.

In der Sitzung der B-GBK am 24. Oktober 2005 führt A aus, es bestehe bei dieser Planstelle ein Konnex zwischen Technik und Recht, und da seine erste Ausbildung technischer Natur sei, habe er sich beworben.

Die in der Sitzung anwesende D (=Dienstgebervertreterin) ... betont, dass die Bewerbung von A, obwohl formal nicht richtig eingebracht, in das Verfahren aufgrund der Öffentlichen Ausschreibung miteinbezogen worden ist.

Auf die Frage, aufgrund welcher Kriterien A von der Teilnahme am Eignungstest ausgeschlossen worden sei, führt D aus, es obliege dem jeweils zuständigen Abteilungsleiter, der Personalabteilung Vorschläge zu erstatten, und AL habe die Personen ausgeschieden, die seiner Meinung nach die Anforderungen nicht erfüllt haben, ... . Abschließend führt D aus, dass die Abteilungsleiter des BMVIT nicht über die Beschwerden zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes von A informiert gewesen seien, weshalb sein Vorbringen, seine Bewerbungen seien aufgrund dieser Beschwerden nicht berücksichtigt worden, ins Leere gehe.

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 Nichtzulassung von A zum Eignungstest im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Laut zuständigem Abteilungsleiter hat lediglich eine Bewerberin das Anforderungsprofil erfüllt und offenbar wurden die übrigen 12 Bewerber/innen für den Eignungstest nur deshalb vorgeschlagen, um dem Gesetz Genüge zu tun, wobei es laut AL auch nur mehr darum ging ..., eine „Affinität“ der Teilnehmer/innen „zu verwaltungsrechtlichen Problemstellungen“ festzustellen.

Von der B-GBK war zunächst zu prüfen, ob die Nichtaufnahme von A in den Kreis der trotz Nichterfüllung des Anforderungsprofils zum Eignungstest eingeladenen Personen sachlich gerechtfertigt war. Diese Prüfung erfolgte anhand der Bewerbungen (die Eignung der erstgereihten Bewerberin ist unbestritten).

AL teilte ... D mit, die Verwendung von A wäre nicht gerechtfertigt, da seine Ausbildung und Tätigkeit mit den in der Ausschreibung gewünschten Anforderungen in keinem Zusammenhang stehen. Inwiefern ein Zusammenhang von Ausbildung und Tätigkeit von B und B2 - laut Bewerbungen absolvierte Praktika im Generalsekretariat der Europäischen Kommission und in der Abteilung X in der Landesregierung X bzw in Rechtsanwaltskanzleien und einer Bank – mit den gewünschten Anforderungen, nämlich neben legislativen ... Angelegenheiten des ...wesens, zB die Ausarbeitung von Gesetzen, Verordnungen, die Abwicklung von Konzessionsverfahren, die Leitung von ...genehmigungs- und ...bewilligungsverfahren usw, gegeben sein sollte, wird von AL (jedenfalls nach den der B-GBK vorliegenden Unterlagen) nicht dargelegt. Wenn das BMVIT gegenüber der B-GBK die Nichtzulassung von A zur Eignungsprüfung damit begründet, dass dieser „keinerlei Erfahrung im Bereich der Legistik und des Vorschriftenwesens bzw praktische Erfahrungen bei der Leitung von umfassenden Verhandlungen oder Kenntnisse im Bereich des Fachgebietes (...) aufweisen konnte“, stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage die Behörde derlei Erfahrungen und Kenntnisse bei B2 und B feststellen konnte, die B-GBK jedenfalls vermag anhand der Bewerbungen das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht zu erkennen. Das Ergebnis des Eignungstests und die aufgrund des Informationsgesprächs mit B getroffenen Aussagen und Prognosen der Aufnahmekommission, nämlich sie sei „mit ihrem Auftreten sehr gut geeignet, die Behörde bei öffentlichen Veranstaltungen zu vertreten“ usw und „aufgrund ihrer Aufgeschlossenheit“ könne man erwarten, dass „sie rasch im ...wesen Fuß fasst“, sind als Begründung für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A irrelevant, da er nicht die Möglichkeit hatte, allfällige, in seiner Bewerbung nicht ausgewiesene Kenntnisse und Fähigkeiten zu beweisen bzw die Kommission davon zu überzeugen, dass er (trotz ursprünglich fehlender Affinität zum ...wesen) „im ...wesen rasch Fuß fassen“ werde.

Aus den Unterlagen und der Stellungnahme des BMVIT an die B-GBK ist – abgesehen von ... (der erstgereihten Bewerberin) – nicht ersichtlich, auf welchen Kriterien die Auswahl der 12 Bewerber/innen für den Eignungstest beruht.

Mangels einer sachlich nachvollziehbaren Begründung für die Nichtzulassung von A stellt dessen Ausschluss von der Eignungsprüfung eine Diskriminierung dar (möglicherweise wurden auch die übrigen nicht zum Test zugelassenen Bewerber/innen diskriminiert). Im Verfahren ergab sich jedoch kein Hinweis darauf, dass A aufgrund seiner Beschwerde und der Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes benachteiligt worden wäre. Ein Verstoß der Behörde gegen das Benachteiligungsverbot des § 20b B-GIBG konnte deshalb nicht festgestellt werden.

#### Empfehlungen:

Die B-GBK empfiehlt für zukünftige Auswahlverfahren, nachvollziehbare Qualifikations- und Wertungsvergleiche zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern durchzuführen und diese auch zu dokumentieren.

Wien, Jänner 2006