

Gbk 2023/9/26 B-GBK II/227/2023

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.2023

Norm

§13 Abs1 Z5 B-GIBG

1. B-GIBG § 13 heute
2. B-GIBG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2018
3. B-GIBG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2004
4. B-GIBG § 13 gültig von 13.02.1993 bis 30.06.2004

Diskriminierungsgrund

Mehrfachdiskriminierung

Diskriminierungstatbestand

Beruflicher Aufstieg

Text

Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

Senat II Senat römisch zwei

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragsteller), 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 Leitungsfunktion der X im Bundesministerium für Landesverteidigung (BMLV) aufgrund des Alters und der Weltanschauung gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG beim beruflichen Aufstieg diskriminiert worden sei, folgendeshat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragsteller), in einem Gutachten nach Paragraph 23 a, Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2004, i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Leitungsfunktion der römisch zehn im Bundesministerium für Landesverteidigung (BMLV) aufgrund des Alters und der Weltanschauung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, Ziffer 5, B-GIBG beim beruflichen Aufstieg diskriminiert worden sei, folgendes

Gutachten

beschlossen:

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Leitungsfunktion der X im BMLV stellt eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG beim beruflichen Aufstieg dar. Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Leitungsfunktion der römisch zehn im BMLV stellt eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, Ziffer 5, B-GIBG beim beruflichen Aufstieg dar.

Begründung

Der Antrag von A, eingebracht von seiner rechtsfreundlichen Vertretung ..., langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (BGBK) ein. In diesem Antrag wird im Wesentlichen das Folgende vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am ... um die Leitungsfunktion der X im BMLV beworben. Am ... habe er über die Nichtaufnahme in den durch die Bewertungskommission zu beurteilenden Personenkreis erfahren. Der Antragsteller habe sich am ... um die Leitungsfunktion der römisch zehn im BMLV beworben. Am ... habe er über die Nichtaufnahme in den durch die Bewertungskommission zu beurteilenden Personenkreis erfahren.

Eine definitive Arbeitsplatzbeschreibung habe zum Zeitpunkt der Bewerbung noch nicht vorgelegen. In der Ausschreibung sei das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/V1 als Ernennungserfordernis genannt worden. Entgegen den bisherigen Gepflogenheiten und Vorgangsweisen sei nicht alternativ die Bereitschaft zur Überstellung von Militärpersonen in den allgemeinen Verwaltungsdienst als Ernennungserfordernis enthalten gewesen. Dies sei insofern mehr als bedenklich, als bei diesem Erfordernis automatisch und von vornherein Offiziere, die nicht dem Verwaltungsdienst angehören, von einer Bewerbung de facto ausgeschlossen seien, da für sie nicht einmal die Möglichkeit bestehe, sich entsprechend überstellen zu lassen.

Als Militärperson sei der Antragsteller in der Verwendungsgruppe M1 und somit von der Bewerbung ausgeschlossen gewesen. Die X sei ein wesentlicher Bereich des BMLV. Die Landesverteidigung beinhalte gerade in höchsten Führungspositionen Aufgaben, die zweifelslos auch von Offizieren, insbesondere mit über den militärischen Bereich hinausgehenden Fähigkeiten, wahrgenommen werden können. Diese hätten die Ausbildung, Praxis und Erfahrung, im gegenständlichen Bereich tätig zu werden. Der Antragsteller erfülle außerdem das Kriterium der Absolvierung eines Hochschulstudiums (...), was ihn für den Arbeitsplatz geeignet mache. Als Militärperson sei der Antragsteller in der Verwendungsgruppe M1 und somit von der Bewerbung ausgeschlossen gewesen. Die römisch zehn sei ein wesentlicher Bereich des BMLV. Die Landesverteidigung beinhalte gerade in höchsten Führungspositionen Aufgaben, die zweifelslos auch von Offizieren, insbesondere mit über den militärischen Bereich hinausgehenden Fähigkeiten, wahrgenommen werden können. Diese hätten die Ausbildung, Praxis und Erfahrung, im gegenständlichen Bereich tätig zu werden. Der Antragsteller erfülle außerdem das Kriterium der Absolvierung eines Hochschulstudiums (...), was ihn für den Arbeitsplatz geeignet mache.

Es seien von ... Bewerbern nur ... einer weiteren Bewertung unterzogen worden. Der Antragsteller und ein anderer Bewerber seien gar nicht berücksichtigt worden, mit der Begründung, dass sie Militärpersonen und nicht Personen der allgemeinen Verwaltung seien. Ressortexterne Akademiker seien berücksichtigt worden, „hauseigene“ Offiziere mit zivilem Studium hingegen nicht.

Dem Lebenslauf des zum Zug gekommenen Bewerbers, B, sei zu entnehmen, dass dieser im Wesentlichen auf wissenschaftlichem Gebiet tätig gewesen sei, jedoch keinerlei Erfahrung als Militärperson habe. Daran ändere nichts, dass er ... des ... bzw. der ... (gewesen) sei. Die Aufgaben eines ... hätten nichts mit militärischen Führungsaufgaben per se zu tun. Ebenso wenig könne aus der Tätigkeit als ... eine bessere Eignung abgeleitet werden. Der militärische Hintergrund sei marginal.

A sei ... als Offizier an der ... ausgemustert worden und seither als Berufsoffizier tätig. Er sei Kompaniekommandant gewesen, habe den Generalstabskurs absolviert, sei ... im Militärkommando ... (zuständig für ...), Referent und ...leiter ... im BMLV und Chef des ... (Einsätze im Ausland habe er neben einer halbjährigen Auslandsausbildung am ... auch in ..., im ... und in ... absolviert) gewesen. Anschließend sei er Leiter der ... im BMLV, ...kommandant ..., ...chef des ..., ...leiter der ... - ... und ... des ... gewesen. Derartige Erfahrungen könne B nicht vorweisen.

Der Vergleich des Lebensalters zeige einen deutlichen Altersunterschied (Geburtsjahr ... zu ...) und vor allem einen erfahrungs- und kompetenzmäßigen Vorsprung des Antragstellers im höchsten Ausmaß.

Der Antragsteller sei Mitglied der sozialdemokratischen Partei und mehrere Jahre Vorsitzender des ... gewesen. Es sei daher nicht verwunderlich, dass er ... eines ... (...) gewesen sei, der ebenfalls der Sozialdemokratie zuzuordnen sei. Daraus ergebe sich eine besondere Konnotation seiner politischen Ausrichtung.

Die politische Ausrichtung bzw. Konnotation von B zur Partei der derzeitigen Verteidigungsministerin – ... – ergebe sich klar und eindeutig aus seiner Vita. Es sei bereits ... ein offenes Geheimnis gewesen, dass die Umstrukturierung des BMLV und insbesondere die Ausschreibung der gegenständlichen Stelle dazu gedient habe, B mit dieser Position zu

betrauen.

Auffällig sei, dass die nachfolgende Ausschreibung für die Position des Leiters ... im BMLV wieder, wie es auch vorher im Sinne einer breiten Bewerbungsmöglichkeit üblich gewesen sei, den Passus „bzw. Bereitschaft zur Überstellung in A1“ enthalten habe, der es auch Militärpersonen ermögliche, sich zu bewerben.

Aus all diesen Umständen lasse sich ableiten, dass die Ausschreibung für die gegenständliche Position auf eine bestimmte Person zugeschnitten worden sei und Militärpersonen a priori von einer Bewerbungsmöglichkeit abgeschnitten und nur Zivilpersonen zugelassen worden seien. Dass der einem politischen Mitbewerber zuzurechnende B in Umsetzung der ursprünglichen Pläne betraut worden sei, könne nur darauf zurückzuführen sein, dass die Bewerbung des Antragstellers aus weltanschaulichen Gründen verhindert werden sollte.

Dem Antrag waren die Ausschreibung „Leitungsfunktion der X“, die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers sowie die Arbeitsplatzbeschreibung angeschlossen.

Die Ausschreibung listet die folgenden Aufgaben und Tätigkeiten:

...

Neben den allgemeinen Ernennungserfordernissen des BDG werden die folgende Erfordernisse genannt:

-

Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1

-

Erfolgreicher Abschluss eines Hochschulstudiums ...

-

Vorliegen einer Prüfbescheinigung der festgestellten Verlässlichkeit

Diese besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten werden in der Ausschreibung gefordert:

...

Darüber hinaus seien erwünscht:

...

Der Lebenslauf des Antragstellers enthält die folgenden Informationen:

...

Int. Ausbildung: ...

Einsätze/Übungen: ...

Studium: ...

Publikationen: ...

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das Verteidigungsministerium mit Schreiben vom ... eine Stellungnahme zum Antrag, in der zusammengefasst das Folgende ausgeführt wird:

Die Ausschreibung des Arbeitsplatzes sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Arbeitsplatzbeschreibung noch nicht final vom BMKÖS bestätigt gewesen sei, jedoch seien die wesentlichen Punkte bereits festgestanden. Innerhalb offener Bewerbungsfrist sei die Arbeitsplatzbeschreibung vom BMKÖS bestätigt worden und es habe keine Änderung in der Bezeichnung, im Aufgabenbereich oder der Wertigkeit des Arbeitsplatzes (A 1/...) gegeben.

Der Arbeitsplatz sei durch das BMKÖS bewertet und der Besoldungsgruppe Allgemeiner Verwaltungsdienst, Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe ... (A 1/...) zugeordnet worden. Es habe sich daher um einen zivilen und keinesfalls um einen militärischen Arbeitsplatz gehandelt. Es dürfe daher weder das Anforderungsprofil noch der Ausschreibungstext nach militärischen Erfordernissen ausgerichtet sein. Das Muss-Kriterium Z1 der Ausschreibung habe daher gelautet: „Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1.“

Damit sei die Bewerbung nicht auch Personen ermöglicht worden, die zwar einer anderen

Verwendungs- bzw. Entlohnungsgruppe angehören, aber das in Z 2 des Ausschreibungstextes festgelegte Muss-Kriterium der Hochschulbildung erfüllen. Unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung und der geübten Verwaltungspraxis könne in dieser Einschränkung allerdings keinerlei Rechtswidrigkeit erkannt werden, zumal der gegenständliche Arbeitsplatz im Zuge der Bewertung durch das BMKÖS der Besoldungsgruppe Allgemeiner Verwaltungsdienst, Verwendungsgruppe A 1 zugeordnet worden sei. So habe etwa das OLG Graz (5 R 164/20g) in einem vergleichbaren Fall die Festlegung des Bestehens eines Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A 1 als Muss-Kriterium für den mit A 1/7 bewerteten Arbeitsplatz eines Gruppenleiters als rechtskonform beurteilt. Verwendungs- bzw. Entlohnungsgruppe angehören, aber das in Ziffer 2, des Ausschreibungstextes festgelegte Muss-Kriterium der Hochschulbildung erfüllen. Unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung und der geübten Verwaltungspraxis könne in dieser Einschränkung allerdings keinerlei Rechtswidrigkeit erkannt werden, zumal der gegenständliche Arbeitsplatz im Zuge der Bewertung durch das BMKÖS der Besoldungsgruppe Allgemeiner Verwaltungsdienst, Verwendungsgruppe A 1 zugeordnet worden sei. So habe etwa das OLG Graz (5 R 164/20g) in einem vergleichbaren Fall die Festlegung des Bestehens eines Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A 1 als Muss-Kriterium für den mit A 1/7 bewerteten Arbeitsplatz eines Gruppenleiters als rechtskonform beurteilt.

Zum Vorbringen des Antragstellers, es sei in vergleichbaren Fällen Gepflogenheit gewesen, das Kriterium Z1 um die „Bereitschaft zur Überstellung in ein entsprechendes Dienstverhältnis“ zu erweitern, sei zu prüfen, ob eine solche Erweiterung im Bewerbungszeitpunkt Verwaltungspraxis gewesen sei. Zwischen 2010 und 2021 sei bei 13 von 50 (26%) zivilen Arbeitsplätzen eine Erweiterung erfolgt. Beim Großteil sei eine solche folglich aber nicht erfolgt, weswegen keinesfalls von Gepflogenheit oder Verwaltungspraxis gesprochen werden könne.

Die Erweiterungen seien in den 13 Fällen aus unterschiedlichen Gründen erfolgt. Im Großteil der Fälle sei die Erweiterung nicht im Hinblick auf eine generelle Öffnung für Militärpersonen, sondern aus einer dienstlichen Notwendigkeit heraus erfolgt. Es sei die erkennbare Absicht des Dienstgebers, zivile Arbeitsplätze nur dann für Bewerbende ohne Dienstverhältnis oder mit einem Dienstverhältnis abweichend von der für die Bewertung relevanten Verwendungsgruppe und somit nicht nur, sondern auch für Militärpersonen zu öffnen, wenn diesbezüglich im Einzelfall eine dienstliche Notwendigkeit gegeben war.

Die Behauptung des Antragstellers, die die Ausschreibung der gegenständlichen Funktion sei auf eine bestimmte Person zugeschnitten gewesen, werde entschieden in Abrede gestellt.

Die Ausschreibung habe sich im Bereich der Muss- und Erwartungskriterien streng an die vom BMKÖS genehmigte Arbeitsplatzbeschreibung gehalten. Bei den nur zu einem sehr geringen Ausmaß für die Beurteilung der Bewerbenden maßgeblichen Wunschkriterien sei über die in der Arbeitsplatzbeschreibung angeführten Kriterien zusätzlich noch die Publikations- und Lehrtätigkeit im Fachbereich festgelegt worden.

Im Ergebnis sei im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren im engeren Sinne keinerlei Diskriminierung oder ein in sonstiger Weise rechtswidriges Verhalten erkennbar. Die Ausschreibung sei rechtskonform und ausschließlich sachlich orientiert erfolgt. Die Vorbereitung der Ausschreibung sowie letztendlich die Verlautbarung würden zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem noch überhaupt nicht abgeschätzt werden könne, wer sich tatsächlich bewerben werde.

Im Begutachtungsverfahren habe die Begutachtungskommission in ihrer Sitzung am ... einstimmig beschlossen, dass der Antragsteller (und ein weiterer Bewerber) das Muss-Kriterium Z1 nicht erfülle und daher als nicht geeignet einzustufen sei. Die Kommission habe festgestellt, dass die Formulierung im Ausschreibungstext verbindlich und das Muss-Kriterium Z1 daher nur bei Bestehen eines im Ausschreibungstext festgelegten Dienstverhältnisses erfüllt sei. Überdies sei auf die bisherige Verwaltungspraxis verwiesen, wonach in vergleichbaren Fällen immer die Nichterfüllung des diesbezüglichen Muss-Kriteriums festgestellt worden sei. Bei vergangenen Kommissionsentscheidungen (von 2015 - 2021) sei in keinem einzigen Fall von der Festlegung des Muss-Kriteriums in der Ausschreibung abgewichen worden.

Es stehe außer Streit, dass der Antragsteller die Muss-Kriterien Z2 und Z3 erfülle. Der Ausschluss von der weitergehenden Beurteilung sei ausschließlich auf Grund der Nichterfüllung des Muss-Kriteriums Z1 erfolgt. Der Antragsteller stehe in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis in der Verwendungsgruppe M BO 1 und dieses weiche von der in der Ausschreibung geforderten ab. Selbiges gelte sinngemäß auch für den ebenfalls ausgeschlossenen Mitbewerber. Die Entscheidung des Ausschlusses des Antragstellers orientiere sich nachvollziehbar an einer langjährigen Verwaltungspraxis und lasse keine Diskriminierung erkennen. Der ebenfalls ausgeschlossene Mitbewerber sei im Gegensatz zum Antragsteller keiner politischen Gesinnung zuzuordnen, was bedeute, dass auch

keine „versteckte“ Diskriminierung auf Grund der Weltanschauung erkennbar sei, zumal die Entscheidung unzweifelhaft der geübten Verwaltungspraxis entspreche und den Antragsteller sowie den Mitbewerber in gleicher Weise betreffe wie alle davor betroffenen Bewerbenden in vergleichbaren Situationen. Selbiges gelte sinngemäß auch hinsichtlich einer behaupteten Diskriminierung auf Grund des Alters, zumal der Entscheidung der Kommission weder direkte, noch indirekte Anhaltspunkte entnommen werden könnten, die einen Bezug zum Lebens- oder Dienstalter aufweisen würden.

Es sei außerdem sachlich begründet, zivile Leitungsfunktionen in aller Regel Zivilbediensteten vorzubehalten, zumal militärische Kommandanten- und Leitungsfunktionen bzw. militärische Arbeitsplätze generell für Zivilbedienstete mangels militärischer Ausbildung sachlogisch nicht durchlässig seien.

Das in einer späteren Ausschreibung (...) eine Erweiterung des Kriteriums stattgefunden habe, ändere an der Beurteilung des gegenständlichen Falles nichts, da die jahrelang geübte Verwaltungspraxis zum Ausschreibungszeitpunkt relevant sei.

Die Begutachtungskommission habe besondere Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es liege aber einzig und allein an der selbständigen und unabhängigen Kommission, einen Sachverhalt als besonderen Umstand festzulegen. Das bloße Bestehen eines Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe M BO 1 lege keinen besonderen Umstand nahe. Fraglich sei, ob der Karriereverlauf des Antragstellers Anhaltspunkte für das Vorliegen besonderer Umstände gebe. A sei seit ... durchgehend mit Arbeitsplätzen betraut gewesen, die aus rein struktureller Sicht und unabhängig von der Zuordnung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe zweifelsfrei idealtypische Vorverwendungen für die Leitungsfunktion einer X darstellen würden. Dieser besondere Umstand hätte eine alternative Erfüllung des Muss-Kriteriums Z1 ergeben und der Antragsteller daher als grundsätzlich geeignet eingestuft werden können. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Frage der grundsätzlichen Eignung auf der Ebene der Muss-Kriterien zu beantworten sei und ein Rückgriff auf die Vorverwendungen selbst bei rein struktureller Betrachtung mitunter bereits einen unzulässigen Vorgriff auf die erst nach festgestellter grundsätzlicher Eignung zu beurteilenden Erwartungs- und Wunschkriterien darstellen könnte. Dies betreffe vor allem Anforderungen im Bereich der Führungsfähigkeiten und -erfahrungen sowie im Bereich der materiell-inhaltlich beurteilungsrelevanten Vorverwendungen. Weiters sei zu beachten, dass die hier fingierte Entscheidung der Kommission eine höchstrangige Funktion betreffe und konsequenterweise auch bei allen anderen Ausschreibungen mit vergleichbarem Sachverhalt eine solche Entscheidung zu fingieren wäre. Dies widerspreche jedoch der klar erkennbaren und sachlich gerechtfertigten Absicht des Dienstgebers, zivile Leitungsfunktionen in aller Regel Zivilbediensteten vorzubehalten sowie der darauf ausgerichteten langjährig geübten

Die Begutachtungskommission habe besondere Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es liege aber einzig und allein an der selbständigen und unabhängigen Kommission, einen Sachverhalt als besonderen Umstand festzulegen. Das bloße Bestehen eines Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe M BO 1 lege keinen besonderen Umstand nahe. Fraglich sei, ob der Karriereverlauf des Antragstellers Anhaltspunkte für das Vorliegen besonderer Umstände gebe. A sei seit ... durchgehend mit Arbeitsplätzen betraut gewesen, die aus rein struktureller Sicht und unabhängig von der Zuordnung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe zweifelsfrei idealtypische Vorverwendungen für die Leitungsfunktion einer römisch zehn darstellen würden. Dieser besondere Umstand hätte eine alternative Erfüllung des Muss-Kriteriums Z1 ergeben und der Antragsteller daher als grundsätzlich geeignet eingestuft werden können. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Frage der grundsätzlichen Eignung auf der Ebene der Muss-Kriterien zu beantworten sei und ein Rückgriff auf die Vorverwendungen selbst bei rein struktureller Betrachtung mitunter bereits einen unzulässigen Vorgriff auf die erst nach festgestellter grundsätzlicher Eignung zu beurteilenden Erwartungs- und Wunschkriterien darstellen könnte. Dies betreffe vor allem Anforderungen im Bereich der Führungsfähigkeiten und -erfahrungen sowie im Bereich der materiell-inhaltlich beurteilungsrelevanten Vorverwendungen. Weiters sei zu beachten, dass die hier fingierte Entscheidung der Kommission eine höchstrangige Funktion betreffe und konsequenterweise auch bei allen anderen Ausschreibungen mit vergleichbarem Sachverhalt eine solche Entscheidung zu fingieren wäre. Dies widerspreche jedoch der klar erkennbaren und sachlich gerechtfertigten Absicht des Dienstgebers, zivile Leitungsfunktionen in aller Regel Zivilbediensteten vorzubehalten sowie der darauf ausgerichteten langjährig geübten

Verwaltungspraxis der Kommissionen. Aus diesem Blickwinkel sei die tatsächlich getroffene Entscheidung der Kommission über den Ausschluss des Antragstellers nachvollziehbar und

sachlich gerechtfertigt.

Würde man fingieren, dass der Antragsteller grundsätzlich als geeignet einzustufen gewesen wäre, sei zunächst immer noch festzuhalten, dass es sich bei der gegenständlichen Funktion um einen rein zivilen Arbeitsplatz handle und es daher entgegen der Ansicht des Antragstellers gerade nicht auf die militärische Ausbildung und Erfahrung ankommen dürfe, weil derartige Anforderungskriterien nur in diskriminierender Weise auf den ureigenen Bewerberkreis, namentlich auf Zivilbedienstete, insbesondere aber auf Frauen oder auf für den Wehrdienstuntaugliche Männer, angewendet werden könnten.

Hinsichtlich der materiell-inhaltlichen Beurteilung des zum Zug gekommenen Bewerbers werde auf das Kommissionsgutachten verwiesen, welches die Eignung in höchstem Ausmaß nachvollziehbar darlege.

Ungeachtet einiger fehlenden Informationen und Vergleichsmöglichkeiten und der daraus entspringenden bloß groben Beurteilungsmöglichkeit werde der Antragsteller bei fiktiver grundsätzlicher Eignung auf Grund einer Zusammenschau über die Gesamtpersönlichkeit, die Fähigkeiten, die Motivationen, die Kenntnisse, die Fertigkeiten, die Ausbildung und die Erfahrungen im Hinblick auf das Ausmaß seiner Eignung ebenfalls als in höchstem Ausmaß geeignet zu beurteilen sein.

Eine Personalauswahl der Frau Bundesminister zu Gunsten des Mitbewerbers sei aber selbst bei angenommener gleicher Beurteilung wie der Mitbewerber objektiv nachvollziehbar gewesen. Dies einerseits deshalb, weil auch im Falle einer absolut identen Detailbeurteilung der beiden Bewerber nur einer davon zum Zuge kommen könne. Andererseits und vor allem aber deshalb, weil der Antragsteller zwar eine sehr beachtliche militärische Laufbahn vorweisen könne, diese aber mit Ausnahme einer rund ...jährigen Verwendung als ...leiters in ... bis ... nicht mit einer Spezialisierung im Bereich der ...- und ... einhergehe. Der zum Zug gekommene Bewerber dagegen könne eine langjährige, hochspezialisierte Ausbildung vorweisen und sei ebenso langjährig im Bereich der ...- und ... bei unterschiedlichen Institutionen außerhalb des Ressorts, im ... sowie innerhalb des Ressorts facheinschlägig – und das langjährig in Spitzenfunktionen – verwendet worden.

Der Stellungnahme waren die Arbeitsplatzbeschreibung, der Ausschreibungstext, die Ausschreibungen der in der Stellungnahme genannten Beispiele, die Genehmigung der Arbeitsplatzbeschreibung durch das BMKÖS, die Ausschreibungen von 2010-2021 in denen der Bewerberkreis weit gefasst war, die Ausschreibungen von 2010-2021 in denen der Bewerberkreis eng gefasst war, die Dokumente zur Einrichtung der Begutachungskommission, die Niederschrift der ersten Sitzung der Begutachungskommission, die Aufstellung der ausgeschlossenen Bewerber seit 2015, die Ausschreibung der Leitungsfunktion der ... (...), die Bewerbungsunterlagen des zum Zug gekommenen Bewerbers B sowie das Gutachten der Begutachungskommission betreffend B angeschlossen.

Den Bewerbungsunterlagen von B (geb. ...) ist zu entnehmen, dass er das Doktoratsstudium ..., das Masterstudium „...“ sowie das Diplomstudium ... absolviert habe. Er sei Berater ... im Bundesministerium für Landesverteidigung, Leiter der ... und ...verantwortlicher der ... gewesen. Er könne Lehrtätigkeit sowie Forschungs- und Publikationstätigkeit vorweisen.

An der Sitzung des Senates II der B-GBK am ... nahmen der Antragsteller mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung ..., als Dienstgebervertreter ... und Dienstgebervertreterin ... sowie die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMLV ... teil. An der Sitzung des Senates römisch zwei der B-GBK am ... nahmen der Antragsteller mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung ..., als Dienstgebervertreter ... und Dienstgebervertreterin ... sowie die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMLV ... teil.

Auf Ersuchen der Vorsitzenden darzulegen, weshalb er glaube, durch seinen Ausschluss von der Beurteilung durch die Begutachungskommission im Zuge der Besetzung der Funktion „X“ im BMLV aufgrund des Alters und der Weltanschauung diskriminiert worden zu sein, führte der Antragsteller Folgendes aus: Er sei Leiter ... gewesen und habe im Jahr ... die neue Ressortleitung kennengelernt. Die Arbeit sei gut gelaufen, aber als bemerkt worden sei, dass er SPÖ Mitglied sei und mehrere Jahre Vorsitzender ... sowie ... beim ... gewesen sei, sei das Verhältnis merklich abgekühlt. Im Jahr ... sei eine Reorganisation des BMLV vorgenommen worden und ihm sei unverblümt mitgeteilt worden, dass er von seinen Aufgaben als ...leiter entbunden werde. Da er einen ...jahresvertrag gehabt habe, habe er bis auf weiteres auf dem Arbeitsplatz bleiben können und habe eine Projektaufgabe erhalten. Anfang ... habe er sich um die Leitung der X beworben. Er sei davon überzeugt, dass er alle geforderten Voraussetzungen für diesen Arbeitsplatz aufweise. Darüber hinaus habe er, neben seiner militärischen Karriere, ein Doktoratsstudium absolviert.

Er habe sein Interesse an diesem Arbeitsplatz zeitgerecht bekannt gegeben, doch seine Bewerbung sei nicht möglich gewesen, da in der Ausschreibung das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in A1 bzw. ein privatrechtliches Dienstverhältnis in v1 verlangt worden seien und der Ausschreibungstext nicht auch die Möglichkeit der Überstellung von Militärpersonen in den allgemeinen Verwaltungsdienst beinhaltet habe. Er habe das nicht wichtig genommen, da er die Voraussetzung für eine Überstellung von der Verwendungsgruppe M1 in die Verwendungsgruppe A1 habe und auch alle Voraussetzungen für den Arbeitsplatz erfülle. Ein Mitglied der damaligen Begutachtungskommission habe ihm bestätigt, dass er zwar alle Voraussetzungen perfekt erfülle, jedoch nicht den Ausschreibungstext und deswegen nicht bewertet worden sei. Von diesem Umstand habe er erst im ... erfahren. Er habe nicht verstanden, dass sich ressortexterne Personen hätten bewerben können, hauseigene Offiziere aber nicht. Das sei extrem unfair gewesen. Er sehe hier einen Zusammenhang mit seiner ehemaligen Funktion als ... eines sozialdemokratischen ... und seiner ehemaligen Funktion als Vorsitzender des ... Entsprechenden Aussagen im BMLV würden untermauern, dass das Ministerium so aufgestellt werde, dass die „Familia“ ihre Posten erhalte. Es sei ein offenes Geheimnis gewesen, dass ... Personen im Ressort positioniert werden sollten. Einer davon sei B der nunmehrige Leiter der X, gewesen. Alle, die nicht zur „Familia“ gehört hätten, seien isoliert, diskriminiert, abgeschossen und gedemütigt worden. Das habe nicht nur ihn, sondern auch einen in der Partei aktiven sozialdemokratischen ...leiter betroffen. Auch dieser sei von seinen Aufgaben entbunden worden, obwohl die Arbeitsplatzkontinuität gegeben gewesen sei. Der Antragsteller sei definitiv nicht Angehöriger der „Familia“, sondern deklariertes Sozialdemokrat und die Sozialisten und die Blauen könnten im BMLV nichts werden. Auf Ersuchen der Vorsitzenden darzulegen, weshalb er glaube, durch seinen Ausschluss von der Beurteilung durch die Begutachtungskommission im Zuge der Besetzung der Funktion „X“ im BMLV aufgrund des Alters und der Weltanschauung diskriminiert worden zu sein, führte der Antragsteller Folgendes aus: Er sei Leiter ... gewesen und habe im Jahr ... die neue Ressortleitung kennengelernt. Die Arbeit sei gut gelaufen, aber als bemerkt worden sei, dass er SPÖ Mitglied sei und mehrere Jahre Vorsitzender ... sowie ... beim ... gewesen sei, sei das Verhältnis merklich abgekühlt. Im Jahr ... sei eine Reorganisation des BMLV vorgenommen worden und ihm sei unverblümt mitgeteilt worden, dass er von seinen Aufgaben als ...leiter entbunden werde. Da er einen ...jahresvertrag gehabt habe, habe er bis auf weiteres auf dem Arbeitsplatz bleiben können und habe eine Projektaufgabe erhalten. Anfang ... habe er sich um die Leitung der römisch zehn beworben. Er sei davon überzeugt, dass er alle geforderten Voraussetzungen für diesen Arbeitsplatz aufweise. Darüber hinaus habe er, neben seiner militärischen Karriere, ein Doktoratsstudium absolviert. Er habe sein Interesse an diesem Arbeitsplatz zeitgerecht bekannt gegeben, doch seine Bewerbung sei nicht möglich gewesen, da in der Ausschreibung das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in A1 bzw. ein privatrechtliches Dienstverhältnis in v1 verlangt worden seien und der Ausschreibungstext nicht auch die Möglichkeit der Überstellung von Militärpersonen in den allgemeinen Verwaltungsdienst beinhaltet habe. Er habe das nicht wichtig genommen, da er die Voraussetzung für eine Überstellung von der Verwendungsgruppe M1 in die Verwendungsgruppe A1 habe und auch alle Voraussetzungen für den Arbeitsplatz erfülle. Ein Mitglied der damaligen Begutachtungskommission habe ihm bestätigt, dass er zwar alle Voraussetzungen perfekt erfülle, jedoch nicht den Ausschreibungstext und deswegen nicht bewertet worden sei. Von diesem Umstand habe er erst im ... erfahren. Er habe nicht verstanden, dass sich ressortexterne Personen hätten bewerben können, hauseigene Offiziere aber nicht. Das sei extrem unfair gewesen. Er sehe hier einen Zusammenhang mit seiner ehemaligen Funktion als ... eines sozialdemokratischen ... und seiner ehemaligen Funktion als Vorsitzender des ... Entsprechenden Aussagen im BMLV würden untermauern, dass das Ministerium so aufgestellt werde, dass die „Familia“ ihre Posten erhalte. Es sei ein offenes Geheimnis gewesen, dass ... Personen im Ressort positioniert werden sollten. Einer davon sei B der nunmehrige Leiter der römisch zehn, gewesen. Alle, die nicht zur „Familia“ gehört hätten, seien isoliert, diskriminiert, abgeschossen und gedemütigt worden. Das habe nicht nur ihn, sondern auch einen in der Partei aktiven sozialdemokratischen ...leiter betroffen. Auch dieser sei von seinen Aufgaben entbunden worden, obwohl die Arbeitsplatzkontinuität gegeben gewesen sei. Der Antragsteller sei definitiv nicht Angehöriger der „Familia“, sondern deklariertes Sozialdemokrat und die Sozialisten und die Blauen könnten im BMLV nichts werden.

Die Vorsitzende resümierte, dass er sich durch die Nichtbewertung durch die Begutachtungskommission diskriminiert fühle und fragte, ob er sich als besser geeignet erachte als der zum Zug gekommene Bewerber. Der Antragsteller antwortete, dass B ein guter ... sei, ihm jedoch der gesamte militärische Hintergrund fehle. Der gegenständliche

Arbeitsplatz umfasse die Dienst- und Fachaufsicht über ... Es sei ein Unikum in ..., dass die einen Vorgesetzten hätten, der kein Soldat sei. Aufgrund seines Studiums, seiner Vorverwendungen, seiner Auslandsausbildung und seiner Auslandseinsätze erachte er sich natürlich als besser geeignet.

Auf die Frage, warum er sich aufgrund des Alters diskriminiert fühle, antwortete der Antragsteller, dass er ... Jahre alt sei und die Funktion als Leiter der X seine letzte Aufgabe in seiner aktiven Dienstzeit bedeutet hätte. B sei deutlich jünger als er und deutlich kürzer im BMLV tätig. Auf die Frage, ob es Indizien dafür gegeben habe, dass er die Funktion aufgrund seines Alters nicht erhalten habe, antwortete der Antragsteller, durchaus, sonst hätte er keinen Antrag eingebracht. Auf die Frage, warum er sich aufgrund des Alters diskriminiert fühle, antwortete der Antragsteller, dass er ... Jahre alt sei und die Funktion als Leiter der römisch zehn seine letzte Aufgabe in seiner aktiven Dienstzeit bedeutet hätte. B sei deutlich jünger als er und deutlich kürzer im BMLV tätig. Auf die Frage, ob es Indizien dafür gegeben habe, dass er die Funktion aufgrund seines Alters nicht erhalten habe, antwortete der Antragsteller, durchaus, sonst hätte er keinen Antrag eingebracht.

Auf die Frage nach dem Gehaltsunterschied zwischen der Funktion als ...leiter und jener als Leiter der X, antwortete der Antragsteller, dass er als Leiter der X mehr verdient hätte, denn der ...leiter ... sei in A1/... und der Leiter der X in A1/... eingestuft. Auf die Frage nach dem Gehaltsunterschied zwischen der Funktion als ...leiter und jener als Leiter der römisch zehn, antwortete der Antragsteller, dass er als Leiter der römisch zehn mehr verdient hätte, denn der ...leiter ... sei in A1/... und der Leiter der römisch zehn in A1/... eingestuft.

Die Vorsitzende fragte nach seiner derzeitigen Einstufung und der Antragsteller antwortete, er sei als A1/... eingestuft. Er sei mit einem Projektarbeitsplatz betraut und nicht ernannt, weswegen die „Fallschirmregelung“ für ihn nicht gegolten habe. Das Ressort habe im Sinne einer „Goodwill-Aktion“ dafür gesorgt, dass er zwar eine Überstundenpauschale erhalte, aber durch die steuerliche Belastung verdiene er nun deutlich weniger. Im Gegensatz zu ihm seien viele andere ...leiter mit der Wahrnehmung ihrer bisherigen Aufgaben betraut worden. Er sei abgeschossen worden, obwohl sein alter Arbeitsplatz noch existiere und der Organisationsplan noch nicht außer Kraft sei.

Die Vorsitzende ersuchte den Dienstgebervertreter um eine Erklärung, warum die Ausschreibung im konkreten Fall textuell so gewählt wurde. Der Dienstgebervertreter führt dazu aus, dass sein Referat unter anderem für die Ausschreibungen der ...jobs im BMLV zuständig sei. Die Ausschreibung des gegenständlichen Arbeitsplatzes habe sich exakt an den Vorgaben der Arbeitsplatzbeschreibung orientiert. Der Arbeitsplatz werde vom BMKÖS zugeordnet und bewertet. Das BMKÖS habe ihn als rein zivilen Arbeitsplatz bewertet. Das bedeute, dass weder in der Ausschreibung, noch in der Begutachtung, militärische Aspekte in den Fokus gezogen werden dürften, denn das wäre gegenüber allen nichtmilitärischen Personen diskriminierend. Das Muss-Kriterium sei das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe A1 oder das Bestehen eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Besoldungsgruppe v1 gewesen. Dies stelle jedoch keinen Einzelfall dar. Innerhalb von elf Jahren seien in 13 Fällen zivile Arbeitsplätze für Personen mit militärischer Ausbildung „geöffnet“ worden, da entweder die Auswahl von zivilen Bewerberinnen und Bewerbern überschaubar gering gewesen sei oder andere individuelle Gründe vorgelegen seien. Die Vorsitzende stellte fest, dass es in diesen 13 Fällen somit im Ermessen des Dienstgebers gelegen sei, und der Dienstgebervertreter stimmte dem zu.

Auf die Frage, ob es eine Verpflichtung gegeben habe, die Leitung der X nur zivil auszuschreiben, antwortete der Dienstgebervertreter, es wäre nicht unzulässig gewesen für Militärpersonen auszuschreiben, aber es sei nicht geübte Verwaltungspraxis gewesen. Davon abgesehen bedürfe dies der Zustimmung des BMKÖS. Auf die Frage, ob es eine Verpflichtung gegeben habe, die Leitung der römisch zehn nur zivil auszuschreiben, antwortete der Dienstgebervertreter, es wäre nicht unzulässig gewesen für Militärpersonen auszuschreiben, aber es sei nicht geübte Verwaltungspraxis gewesen. Davon abgesehen bedürfe dies der Zustimmung des BMKÖS.

Ein Senatsmitglied fragte, warum das Bestehen eines Dienstverhältnisses in A1 oder v1 Voraussetzung sei und der Dienstgebervertreter erklärte, dass das geübte Verwaltungspraxis sei. Es gebe auch Arbeitsplätze die nur Militärpersonen vorbehalten seien. Er habe die politische Entscheidung umzusetzen und das sei nicht illegal. Vor kurzem habe das Oberlandesgericht Graz entschieden, dass es absolut zulässig sei, das Bestehen eines Dienstverhältnisses in einer Ausschreibung festzulegen.

Auf die Frage der Vorsitzenden nach dem Entscheidungsweg hinsichtlich der Ausschreibung erklärte der

Dienstgebervertreter, dass der Entwurf des Ausschreibungstextes nach Erstellung in seinem Referat an das Kabinett und in weiterer Folge an die Personalvertretung übermittelt werde. Die GBB erhalte gleichzeitig mit der Personalvertretung den beabsichtigten Ausschreibungstext. Auf die Frage, ob jeder Ausschreibungsentwurf an das Kabinett übermittelt werde, antwortete der Dienstgebervertreter, bei ausschreibungspflichtigen Arbeitsplätzen schon.

Auf die Frage, warum die Leitung der ... auch für militärische Personen ausgeschrieben worden sei, obwohl sich gerade in dieser Funktion die Aufgaben eher allgemein und weniger militärisch darstellen würden, antwortete der Dienstgebervertreter, dass diese Ausschreibung nicht inhaltlich, sondern zeitlich gesehen werden müsse. Bis zur Ausschreibung der Leitung der X sei es geübte Verwaltungspraxis gewesen, Arbeitsplätze nicht für militärische Personen zu öffnen. Mittlerweile habe offenbar ein politisches Umdenken stattgefunden und vielleicht sei auch der Antragsteller der Auslöser dafür gewesen. Mittlerweile würden sämtliche militärische Arbeitsplätze so ausgeschrieben, dass sich auch Personen „von der Straße“ bewerben könnten. An der Qualität der Bewerbungen sei zu sehen, dass das eventuell nicht der richtige Weg gewesen sei, aber so sei es eben. Die zivilen Arbeitsplätze würden mittlerweile sehr weit ausgeschrieben. Wäre das zum Zeitpunkt der Besetzung der Leitung der X bereits so gewesen, wäre der Antragsteller selbstverständlich in die zweite Runde gekommen. Auf die Frage, warum die Leitung der ... auch für militärische Personen ausgeschrieben worden sei, obwohl sich gerade in dieser Funktion die Aufgaben eher allgemein und weniger militärisch darstellen würden, antwortete der Dienstgebervertreter, dass diese Ausschreibung nicht inhaltlich, sondern zeitlich gesehen werden müsse. Bis zur Ausschreibung der Leitung der römisch zehn sei es geübte Verwaltungspraxis gewesen, Arbeitsplätze nicht für militärische Personen zu öffnen. Mittlerweile habe offenbar ein politisches Umdenken stattgefunden und vielleicht sei auch der Antragsteller der Auslöser dafür gewesen. Mittlerweile würden sämtliche militärische Arbeitsplätze so ausgeschrieben, dass sich auch Personen „von der Straße“ bewerben könnten. An der Qualität der Bewerbungen sei zu sehen, dass das eventuell nicht der richtige Weg gewesen sei, aber so sei es eben. Die zivilen Arbeitsplätze würden mittlerweile sehr weit ausgeschrieben. Wäre das zum Zeitpunkt der Besetzung der Leitung der römisch zehn bereits so gewesen, wäre der Antragsteller selbstverständlich in die zweite Runde gekommen.

Der Antragsteller wollte wissen, welcher Ausschreibungstext an das Kabinett übermittelt worden sei und welcher retour gekommen sei, denn im ursprünglichen Text sei sehr wohl die Bereitschaft für die Überstellung enthalten gewesen. Zu dieser Thematik könne auch der zuständige ...leiter im BMLV befragt werden. Der Dienstgebervertreter erwiderte, dass er nicht mehr im Detail wisse, wie es gewesen sei und auch nicht wisse, woher der Antragsteller diese Information habe. Es sei jedenfalls nicht auszuschließen, dass sein Entwurf der Arbeitsplatzausschreibung, der nicht offiziell im Akt übermittelt werde, vom Kabinett geändert worden sei. Wie ausgeschrieben werden solle, sei eine politische Entscheidung.

Auf die Frage der Vorsitzenden, was dagegengesprochen habe, bei der Besetzung der Leitung der X Militärpersonen zuzulassen, antwortete der Dienstgebervertreter, aus seiner Sicht und rein rechtlich nichts, aber über viele Jahre sei eine Trennung zwischen militärischen und zivilen Arbeitsplätzen erfolgt, um den Zivilbediensteten nicht die Arbeitsplätze wegzunehmen. Die militärischen Bediensteten hätten ohnehin ihren „eigenen Pool“ gehabt. Er sei nicht in der Position, um zu entscheiden, ob weit oder eng ausgeschrieben werde. Auf die Frage der Vorsitzenden, was dagegengesprochen habe, bei der Besetzung der Leitung der römisch zehn Militärpersonen zuzulassen, antwortete der Dienstgebervertreter, aus seiner Sicht und rein rechtlich nichts, aber über viele Jahre sei eine Trennung zwischen militärischen und zivilen Arbeitsplätzen erfolgt, um den Zivilbediensteten nicht die Arbeitsplätze wegzunehmen. Die militärischen Bediensteten hätten ohnehin ihren „eigenen Pool“ gehabt. Er sei nicht in der Position, um zu entscheiden, ob weit oder eng ausgeschrieben werde.

As rechtsfreundlicher Vertreter hielt fest, dass der Antragsteller der Einzige gewesen sei, bei dem die Bereitschaft zur Überstellung in der Ausschreibung gefehlt habe und dem somit die Bewerbung unmöglich gewesen sei. Der Antragsteller bestätigte das und ergänzte, dass er die Voraussetzungen für einen A1 Arbeitsplatz erfülle. Er sei selbstverständlich auch bereit gewesen, seine Uniform im Dienst abzulegen. Seltsamerweise sei nunmehr die Bereitschaft zur Überstellungen in allen Ausschreibungen der ...jobs enthalten. Er sei von vornherein bewusst ausgeschlossen worden.

As rechtsfreundlicher Vertreter fragte den Antragsteller, ob es an seinen Fähigkeiten gelegen sei oder ob es andere Gründe dafür gegeben habe, dass man ihn nicht gewollt habe und der Antragsteller antwortete, dass eindeutig andere Gründe ausschlaggebend gewesen seien. Wie erwähnt seien auch andere bekannte sozialdemokratische

Führungskräfte von ihren Aufgaben entbunden worden. Zwei ... Mitarbeiter mit großer Auslandseinsatzerfahrung hätten nunmehr keine adäquate Folgeverwendung, weil sie der FPÖ naheständen. Es sei unerträglich, wie in diesem Ressort Personalpolitik betrieben werde und wie sich das auf die Unternehmenskultur auswirke. Momentan bewerbe er sich auf seinen ehemaligen Arbeitsplatz, aber die Chancen seien nicht hoch.

Die Vorsitzende fragte, warum der Dienstgebervertreter in der Stellungnahme, obwohl sich die Begutachtungskommission inhaltlich nicht mit den Qualifikationen des Antragstellers auseinandergesetzt habe, ausgeführt habe, dass selbst wenn der Antragsteller fiktiv als in höchstem Ausmaß geeignet beurteilt worden wäre, sich keine Diskriminierung erkennen lasse, da die Ausbildung und Berufslaufbahn von B eine höhere Spezialisierung und eine größere Nähe zum Bereich ... aufweise.

Der Dienstgebervertreter erklärte, dass sich die Begutachtungskommission inhaltlich nicht damit habe beschäftigen dürfen, da der Antragsteller ein Muss-Kriterium nicht erfüllt habe. Daher habe er für die Stellungnahme an die B-GBK eine Entscheidung der Begutachtungskommission fingiert. Aufgrund der bisherigen Karriere des Antragstellers könne davon ausgegangen werden, dass er auch im höchsten Ausmaß geeignet gewesen wäre. Wer schlussendlich besser geeignet sei, müsse die Bundesministerin entscheiden, denn das Gutachten der Begutachtungskommission stelle nur ein (wenn auch umfangreiches) Beweismittel dar. Selbst das Ausschreibungsgesetz normiere, dass es nicht zwingend erforderlich sei, sich für den im Gutachten Bestgeeigneten zu entscheiden.

Die Vorsitzende ersuchte die Vorsitzende der AG für Gleichbehandlungsfragen im BMLV um Stellungnahme und diese führte aus, dass der Antragsteller einen Antrag auf Prüfung an die AG für Gleichbehandlungsfragen im BMLV gestellt habe, dieser jedoch die heutigen Aspekte nicht beinhaltet habe. Damals sei nicht die Rede von einer Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung oder des Alters gewesen, sondern die Rede von einer Ungleichbehandlung zwischen zivilen und militärischen Personen. Nach umfassender Prüfung und informeller Abstimmung mit der Interministeriellen Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen sei die AG für Gleichbehandlungsfragen zu dem Schluss gekommen, dass aufgrund der vorliegenden Informationen keine Zuständigkeit nach dem Bundes-Gleichbehandlungsgesetz bestehe. Dies sei auch dem Antragsteller mitgeteilt worden. Die nunmehr vorliegenden Informationen habe sie bzw. die zuständige GBB ... erst im Zuge des Verfahrens vor der B-GBK erhalten. Die zuständige GBB habe, wie bei allen ausschreibungspflichtigen Funktionen üblich, mit beratender Stimme am Verfahren der Begutachtungskommission teilgenommen. Es habe keinen Anlass dafür gegeben, das Besetzungsverfahren zu hinterfragen, denn es sei richtig, dass es durchaus geübte Verwaltungspraxis gewesen sei, zivile und militärische Funktionen getrennt und nicht „offen“ auszuschreiben. Dieser Vorgehensweise sei grundsätzlich einiges abzugewinnen, denn gerade wenn sich Frauen um zivile Arbeitsplätze bewerben würden, könne eine Mitbewertung des militärischen Wissens nachteilig für Frauen sein, darüber hinaus habe das OLG Graz dieser Vorgehensweise zugestimmt. Auch die Personalvertretung habe diese Vorgehensweise, mit wenigen Ausnahmen, immer unterstützt. Aus diesen Gründen sei die Ausschreibung nicht hinterfragt worden. Die Sachlage sei interessant ungünstig, denn wenn Arbeitsplätze „geöffnet“ werden, dann sollte dies schon in beide Richtungen passieren. Dies sei jedoch eine dienstrechtliche und keine aus Sicht der Gleichbehandlung zu betrachtende Frage, denn es gehe um Zivil oder Militär und nicht um Gegenstände des B-GIBG.

Auf Nachfrage der Vorsitzenden gab der Dienstgebervertreter an, dass das BMLV zum damaligen Zeitpunkt ... Sektionen gehabt habe, zurzeit seien es drei. Auf Nachfrage gab die Vorsitzende der AG für Gleichbehandlungsfragen im BMLV an, dass ... der damaligen Sektionsleitungen militärische Arbeitsplätze gewesen seien und ... ein ziviler.

Auf die Frage eines Senatsmitgliedes, wie lange er ...leiter gewesen sei, erklärte der Antragsteller, dass er erstmals im ... zum Leiter ... bestellt worden sei. Im Jahr ... sei die Stelle aufgrund einer Reorganisation und der Änderung der Aufgaben neu ausgeschrieben worden und er sei wiederbestellt worden. Er sei bisleiter gewesen, aber ... ohne Portfolio, da er von seinen Aufgaben als ...leiter entbunden worden sei, zwei Projektaufträge bekommen habe und einem seiner ehemaligen Mitarbeiter als Berater zugeordnet worden sei. Seit ... sei er mit der Wahrnehmung eines Projektarbeitsplatzes betraut. Aufgrund der aktuellen BDG-Novelle wolle er einen Arbeitsplatz als M1 Fachexperte, aber die Antwort auf seinen Wunsch sei gewesen, dass es keine Sektionen gebe, somit kein Fachexperte installiert werden könne. Für die Leitung der ... brauche er sich gar nicht bewerben, da ihm das entsprechende Studium der ... fehle, da er ... studiert habe.

Auf die Frage der Vorsitzenden, an wen er kommuniziert habe, dass er sich für die Leitung der X bewerben wolle,

antwortete der Antragsteller, seinen Mitarbeitern, den Führungskräften im Haus und auch außerhalb des Hauses. Der Antragsteller gab außerdem an, dass er nach dem Gespräch mit dem Generalsekretär und dem Generalstabchef im ..., als ihm direkt ins Gesicht gesagt worden sei, dass er von seinen Aufgaben entbunden werde, überhaupt keinen Kontakt mit dem Kabinett gehabt habe. Die Frage, ob er dem Generalsekretär und dem Generalstabchef seine Absicht zur Bewerbung mitgeteilt habe, bejaht der Antragsteller. Die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt die Leitung der X bereits ausgeschrieben war, verneinte der Antragsteller. Auf die Frage der Vorsitzenden, an wen er kommuniziert habe, dass er sich für die Leitung der römisch zehn bewerben wolle, antwortete der Antragsteller, seinen Mitarbeitern, den Führungskräften im Haus und auch außerhalb des Hauses. Der Antragsteller gab außerdem an, dass er nach dem Gespräch mit dem Generalsekretär und dem Generalstabchef im ..., als ihm direkt ins Gesicht gesagt worden sei, dass er von seinen Aufgaben entbunden werde, überhaupt keinen Kontakt mit dem Kabinett gehabt habe. Die Frage, ob er dem Generalsekretär und dem Generalstabchef seine Absicht zur Bewerbung mitgeteilt habe, bejaht der Antragsteller. Die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt die Leitung der römisch zehn bereits ausgeschrieben war, verneinte der Antragsteller.

Auf die Frage von As rechtsfreundlichem Vertreter, ob ihm gesagt worden sei, dass er seine Arbeit nicht zufriedenstellend erledige, antwortete der Antragsteller, dass er eigentlich bis heute nicht wisse, warum er „abgeschossen“ worden sei, denn er sei von seinen Vorgesetzten entsprechend gewürdigt worden. Auf seine Nachfrage, warum ... aufgelöst werde, sei die Antwort gewesen, dass er ein Kollateralschaden sei und insbesondere im Beschaffungswesen große Defizite vorliegen würden, weswegen ...neu organisiert werden müsse und ... mitgerissen werde.

Auf die Frage von As rechtsfreundlichem Vertreter, ob die Weltanschauung auch ein Thema gewesen sei, antwortete der Antragsteller, dass diese Tatsache nicht nur für ihn, sondern auch für einige andere Personen im BMLV, absolut erkennbar gewesen sei.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis u.a. aufgrund des Alters oder der Weltanschauung beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen) unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach Paragraph 13, Absatz eins, Ziffer 5, B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis u.a. aufgrund des Alters oder der Weltanschauung 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 dafür spricht, 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. Gemäß Paragraph 25, Absatz 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 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.

Nach den Materialien zu § 13 B-GIBG 1993 idF BGBl. I Nr. 65/2004 (RV 285 BlgNR XXII. GP,

12) umschreibt der Begriff „Weltanschauung“ u.a. politische Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis. Damit sind auch politische Überzeugungen, soweit sie sich nicht auf Einzelfragen beschränken (Hinweis U des OGH vom 24. Februar 2009, 9 Ob A 122/07t), sondern systemischer Natur sind, „Weltanschauungen“ im innerstaatlichen Verständnis der vorzitierten Norm. Nach den Materialien zu Paragraph 13, B-GIBG 1993 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2004, Regierungsvorlage 285 BlgNR römisch 22. GP, 12) umschreibt der Begriff „Weltanschauung“ u.a. politische Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis. Damit sind auch

politische Überzeugungen, soweit sie sich nicht auf Einzelfragen beschränken (Hinweis U des OGH vom 24. Februar 2009, 9 Ob A 122/07t), sondern systemischer Natur sind, „Weltanschauungen“ im innerstaatlichen Verständnis der vorzitierten Norm.

A begründete seinen Antrag im Wesentlichen damit, dass er durch die gewählte Formulierung in der Ausschreibung um die Leitungsfunktion der X im BMLV als Militärperson von einer Bewerbung ausgeschlossen worden sei. Das Kriterium Z 1 habe neben dem Erfordernis eines Dienstverhältnisses in A/A1 oder a/V1 nicht, so wie bereits in anderen Fällen geschehen, die Erweiterung enthalten, dass dieses Kriterium auch durch die Überstellung von Militärpersonen auf einen zivilen Arbeitsplatz erfüllt werden könne. Dieses einschränkende Kriterium sei gewählt worden, um ihn von der Bewerbung abzuhalten und einen bereits feststehenden Bewerber ernennen zu können. Die Diskriminierung sei aufgrund der Weltanschauung erfolgt, da der Antragsteller Parteimitglied der SPÖ sei, der zum Zug gekommene Bewerber hingegen der ÖVP nahestehe. Ebenso sei er in Lebens- und Dienstjahren älter als der zum Zug gekommene Bewerber, was sich bei der Personalentscheidung ebenfalls negativ für ihn ausgewirkt habe. A begründete seinen Antrag im Wesentlichen damit, dass er durch die gewählte Formulierung in der Ausschreibung um die Leitungsfunktion der römisch zehn im BMLV als Militärperson von einer Bewerbung ausgeschlossen worden sei. Das Kriterium Ziffer eins, habe neben dem Erfordernis eines Dienstverhältnisses in A/A1 oder a/V1 nicht, so wie bereits in anderen Fällen geschehen, die Erweiterung enthalten, dass dieses Kriterium auch durch die Überstellung von Militärpersonen auf einen zivilen Arbeitsplatz erfüllt werden könne. Dieses einschränkende Kriterium sei gewählt worden, um ihn von der Bewerbung abzuhalten und einen bereits feststehenden Bewerber ernennen zu können. Die Diskriminierung sei aufgrund der Weltanschauung erfolgt, da der Antragsteller Parteimitglied der SPÖ sei, der zum Zug gekommene Bewerber hingegen der ÖVP nahestehe. Ebenso sei er in Lebens- und Dienstjahren älter als der zum Zug gekommene Bewerber, was sich bei der Personalentscheidung ebenfalls negativ für ihn ausgewirkt habe.

Das BMLV brachte zur gegenständlichen Ausschreibung vor, dass die Einstufung als ziviler Arbeitsplatz durch die Bewertung des BMKÖS vorgegeben gewesen sei. Es sei eine sachlich gerechtfertigte Absicht des Dienstgebers, zivile Arbeitsplätze nur dann für Militärpersonen zu öffnen, wenn dies im Einzelfall dienstlich notwendig sei, was bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht der Fall gewesen sei. Die Begutachtungskommission habe sich an die Vorgaben der Ausschreibung gehalten, die ein ziviles Dienstverhältnis als Muss-Kriterium vorgesehen habe, und habe daher durch den Ausschluss des Antragstellers nachvollziehbar gehandelt.

Zunächst ist festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Antragstellers alleine aufgrund der Nichterfüllung des Kriterium Z 1 (Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1) erfolgte. Die Begutachtungskommission hat in ihrer 1. Sitzung entschieden, die Bewerbung von A nicht weiter zu berücksichtigen, da dieser kein der Ausschreibung entsprechendes Dienstverhältnis vorweisen konnte. Zunächst ist festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Antragstellers alleine aufgrund der Nichterfüllung des Kriterium Ziffer eins, (Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der verwendungsgruppe A/A1 bzw. eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses in der Entlohnungsgruppe a/v1) erfolgte. Die Begutachtungskommission hat in ihrer 1. Sitzung entschieden, die Bewerbung von A nicht weiter zu berücksichtigen, da dieser kein der Ausschreibung entsprechendes Dienstverhältnis vorweisen konnte.

Gemäß § 13a Abs. 2 B-GIBG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, u.a. mit einer bestimmten Weltanschauung, gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Der Senat hatte daher zu prüfen, ob die Ausschreibung aus sachlichen Gründen so formuliert war oder ob sachfremde Gründe zumindest mitentscheidend waren. Gemäß Paragraph 13 a, Absatz 2, B-GIBG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, u.a. mit einer bestimmten Weltanschauung, gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich. Der Senat hatte daher zu prüfen, ob die Ausschreibung aus sachlichen Gründen so formuliert war oder ob sachfremde Gründe zumindest mitentscheidend waren.

Der Senat stellt fest, dass sich alleine aus der Vorgabe des BMKÖS, dass es sich bei der gegenständlichen Funktion um

einen zivilen Arbeitsplatz handelt, nicht abgeleitet werden kann, dass ein bestimmtes Dienstverhältnis Voraussetzung für die Bestellung ist. Vielmehr gibt diese Einstufung nur vor, dass der/die Bewerber/in mit einem zivilen Arbeitsplatz betraut werden können muss, was bei Militärpersonen, die die Voraussetzungen zur Überstellung erfüllen und dieser auch zustimmen, gegeben ist. Es liegt im Ermessen des BMLV die konkreten Ausschreibungskriterien zu formulieren.

Zum Vorbringen des BMLV, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht klar sei, wer sich auf eine konkrete Stelle bewerben werde und diese daher nicht entsprechend „zugeschnitten“ formuliert werden könne, ist festzuhalten, dass es im vorliegenden Fall ressortintern bekannt war, dass sich A sowie auch der zum Zug gekommene Bewerber um die gegenständliche Leitungsfunktion bewerben werden. Im Falle des Antragstellers auch deshalb, da er aufgrund der Reorganisation im BMLV seinen Aufgabenaufgabenbereich verloren hatte. Es ist daher durchaus denkbar, und dies wurde vom Antragsteller glaubhaft vorgebracht, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits bekannt war, welche Personen sich um die Planstelle bewerben wollen und der Ausschreibungstext entsprechend formuliert wurde.

A konnte zur Entstehung des Ausschreibungstextes in der Sitzung glaubhaft und nachvollziehbar darlegen, dass der Ausschreibungstext ursprünglich die Erweiterung auf Militärpersonen enthalten hatte und diese nach der Abstimmung mit dem Kabinett nicht mehr enthalten war. Wenngleich dem Dienstgebervertreter dahingehend zuzustimmen ist, dass es im Ermessen der Bundesministerin liegt, die Ausschreibung zu formulieren, darf dies nicht dazu genutzt werden, willkürliche oder unsachliche Kriterien vorzusehen.

Bei der Formulierung des Ausschreibungskriteriums, welches Militärpersonen vom Bewerberkreis ausschließt, handelt es sich dem Anschein nach um eine neutrale Vorgabe, da sie nicht offensichtlich an einen Diskriminierungsgrund des B-GIBG anknüpft. Jedoch konnte A glaubhaft darlegen, dass diese Formulierung genutzt wurde, um ihn (und weitere Bewerber) aufgrund der Weltanschauung von vornherein von der Bewerbung auszuschließen. Anstatt durch die Ausschreibung den/die bestgeeignete/n Kandidaten/in zu suchen, wurde damit eine unsachliche Vorauswahl getroffen.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass das BMLV in seiner Stellungnahme ausführte, dass der Antragsteller eine „zweifelsfrei idealtypische Vorverwendungen für die Leitungsfunktion X“ vorweise. Dies lässt die Entscheidung, solche Personen nicht zur Bewerbung zuzulassen, willkürlich erscheinen.

Zur Frage der (besseren) Eignung des Antragstellers kann der Senat keine konkreten Feststellungen treffen, da zur Bewertung notwendige Unterlagen (etwa eine Beurteilung durch die Kommission) fehlen. Wenngleich daher die tatsächliche Beurteilung der Eignung zu stark fingiert wäre, lässt sich dennoch jedenfalls feststellen, dass A sehr gut qualifiziert war und er sohin gute Chancen gehabt hätte, mit seiner Bewerbung Erfolg zu haben und eine ernstzunehmende Konkurrenz für andere Bewerber darstellte. Auch das BMLV brachte in seiner Stellungnahme vor, dass der Antragsteller voraussichtlich als in höchstem Ausmaß geeignet einzustufen gewesen wäre. Die Frage, ob A tatsächlich besser geeignet gewesen wäre als B, bleibt für das gegenständliche Verfahren jedoch unerheblich, da bereits durch den Ausschluss von der Bewerbung eine Diskriminierung erkannt werden kann, und in diesem Stadium der Bewerbung noch kein Eignungsvergleich vorgenommen wird.

Zur behaupteten Diskriminierung aufgrund des Alters stellt der Senat fest, dass es dem Antragsteller nicht gelungen ist, nachvollziehbar darzulegen, dass sein Lebens- oder Dienstalder (im Vergleich zum erfolgreichen Bewerber) eine Rolle bei der Personalentscheidung gespielt hat. Insbesondere ist für den Senat nicht erkennbar, dass das BMLV durch die Formulierung der Ausschreibung Bewerber eines bestimmten Alters ausschließen wollte.

Zum Diskriminierungsgrund der Weltanschauung konnte der Antragsteller nachvollziehbar aufzeigen, dass seine (sozialdemokratische) politische Einstellung dazu geführt hat, dass er von der Bewerbung um die gegenständliche Stelle ausgeschlossen wurde. Vom Dienstgeber war bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung ein Kandidat mit ÖVP-Nähe favorisiert worden, und wollte man durch die gewählte Ausgestaltung der Ausschreibung sichergehen, dass dieser auch Erfolg mit seiner Bewerbung hat.

Der Senat stellt daher fest, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Leitungsfunktion X im BMLV eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B GIBG beim beruflichen Aufstieg darstellt. Der Senat stellt daher fest, dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Leitungsfunktion römisch zehn im BMLV eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung gemäß Paragraph 13, Absatz eins, Ziffer 5, B GIBG beim beruflichen Aufstieg darstellt.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des § 18/18a B-GIBG wird verwiesenAuf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des Paragraph 18 /, 18 a, B-GIBG wird verwiesen.

Wien, September 2023

Zuletzt aktualisiert am

01.02.2024

Quelle: Gleichbehandlungskommisionen Gbk, <https://www.bmgf.gv.at/home/GK>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at