

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes  
Senat II**

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 X im Bundesministerium für Landesverteidigung (BMLV) aufgrund der Weltanschauung gemäß § 13 Abs. 1 Z 5 B-GIBG beim beruflichen Aufstieg diskriminiert worden sei, folgendes

***Gutachten***

*beschlossen:*

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

## Begründung

Der Antrag von A langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. In diesem Antrag wird im Wesentlichen das Folgende vorgebracht:

Der Antragsteller habe sich am ... um die Leitungsfunktion X im BMLV beworben. In seinem Bewerbungsgesuch habe er darauf hingewiesen, dass die Einschränkung der Ausschreibung auf eine bestehendes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis in der Verwendungsgruppe A/A1 bzw. ein bestehendes privatrechtliches Dienstverhältnis in der Entlohnungsgruppe a/v1 diskriminierend sei, weil er alle Voraussetzungen für die Überstellung aus seiner Verwendungsgruppe MBO 1 in die Verwendungsgruppe A1 erfüllen würde. Im Bewerbungsgesuch habe er seine Bereitschaft zur Überstellung explizit erklärt.

Üblicherweise sei bei Ausschreibungen von A1-Leitungsfunktionen standardisiert folgende Erweiterung enthalten: „[...] oder das Bestehen eines sonstigen Bundesdienstverhältnisse und das Vorliegen der Voraussetzungen sowie die explizite Bereitschaft für die Überstellung in die Verwendungsgruppe A 1 bzw. in die Entlohnungsgruppe v 1“. Durch das Fehlen dieser Erweiterung hätten Berufsoffiziere von der Bewerbung ausgeschlossen werden sollen.

Die spätere Ausschreibung der Leitungsfunktion ... im BMLV habe die Erweiterung enthalten, der es auch Militärpersonen ermögliche, sich zu bewerben. Auch Ausschreibungen für militärische Leitungsfunktionen, die das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in der Verwendungsgruppe MBO 1 als Erfordernis anführen, ließen Bewerbungen von Personen, die sich in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis befinden und die Überstellungsvoraussetzungen erfüllen, zu.

Die Vorgangsweise im gegenständlichen Fall entspreche nicht der üblichen Vorgangsweise, die die Bewerbungen von Personen erlaubt die sich in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis befinden und die die Überstellungsvoraussetzungen erfüllen und die Bereitschaft zur Überstellung explizit erklären.

Der Antragsteller sehe auch keinen Grund, weshalb für die gegenständliche Position Militärpersonen grundsätzlich ungeeignet sein und daher ausgeschlossen werden sollten. Dies umso mehr, als die mit dieser Funktion verbundene Aufgabe des ... bis zur derzeit laufenden Reorganisation durch einen Berufsoffizier der Verwendungsgruppe MBO 1 ausgeübt worden sei.

Mit Schreiben vom ... forderte die B-GBK den Antragsteller zur Konkretisierung seines Antrages auf. Diese Konkretisierung langte am ... bei der B-GBK ein und A führte darin aus, dass er keiner politischen Denkrichtung zuzuordnen, und auch kein Parteimitglied sei. Schon seit Einleitung der Reorganisation der Zentralstelle des BMLV und der ... am ..., also ... vor der Ausschreibung der gegenständlichen Stelle, sei festgestanden, dass sich ... anderer politischer Denkrichtungen (...) oder nicht explizit der Weltanschauung der ÖVP zuzurechnende ... (wie der Antragsteller) sich bewerben würden. Der Ausschluss von Militärpersonen habe daher

mit der Weltanschauung zu tun. Der Antragsteller habe seine Absicht, sich zu bewerben, seit ... mehrfach in informellen Gesprächen kundgetan. Er habe auch immer darauf hingewiesen, dass er sich durchaus Chancen auf Erfolg mache, da er das gleiche zivile Studium wie der favorisierte Kandidat mit ÖVP-Hintergrund absolviert habe, aber darüber hinaus auch noch eine ...ausbildung und eine langjährige und einschlägige Berufserfahrung aufweise. Mit dem generellen Ausschluss von Offizieren habe man bewusst Konkurrenten anderer, nicht gewünschter, politischer Weltanschauung ausschließen wollen. Anders lasse sich die völlig von der Norm abweichende Ausschreibung nicht erklären.

Dem Antrag und der Konkretisierung waren die Ausschreibung der Leitungsfunktion X, das Bewerbungsgesuch des Antragstellers, die Ausschreibung der Leitungsfunktion ..., sowie die Ausschreibung der Leitungsfunktion ... des Bundesministeriums für Landesverteidigung 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:

...

In seinem Bewerbungsgesuch führt der Antragsteller aus, dass er ein ziviles Diplomstudium und ein Doktoratsstudium in der Fachrichtung ... absolviert habe.

Zu den in der Ausschreibung geforderten Kenntnissen bzw. Fähigkeiten führt er an:

...

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

Die Ausschreibung des Arbeitsplatzes sei auf Basis der aktuellen Arbeitsplatzbeschreibung erfolgt. 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.

Zum Hinweis in der Bewerbung von A, dass er die Einschränkung des Ausschreibungskriteriums als diskriminierend erachte, sei auszuführen, dass es in keiner Weise geboten gewesen sei, aufgrund dieser Anmerkung die Ausschreibung einzustellen und neuerlich noch den Vorstellungen des Antragstellers auszuschreiben.

Zu den vom Antragsteller vorgebrachten Gepflogenheiten und Vorgangsweisen, wonach bei bisherigen Ausschreibungen von zivilen Arbeitsplätzen auch Militärpersonen die Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich zu bewerben, wenn sie die Bereitschaft zur Überstellung und die Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen zur Überstellung darlegen würden, 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 Ausschreibung der gegenständlichen Funktion sei auf eine bestimmte Person zugeschnitten gewesen, werde entschieden in Abrede gestellt.

Dem Vorbringen von A, dass Ausschreibungen für militärische Leitungsfunktionen die Bewerbung von Personen mit einem sonstigen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis und den Überstellungsvoraussetzungen zulassen würden, sei entgegen zu halten, dass es sich hier in Wahrheit gar nicht um eine Öffnung des Bewerberkreises handle. Es gehe vielmehr darum, Bedienstete, die die materiell-inhaltlich von der Ausbildung und von der Aufgabenwahrnehmung her lupenreine Militärpersonen seien, aber auf Grund der speziellen Funktion aus dienstrechtlicher Sicht in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen, nicht auszuschließen. Adressatenkreis seien aber ausschließlich Bedienstete, die umfangreiche Voraussetzungen erfüllen.

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. Insbesondere könne dahingestellt bleiben, wem gegenüber der Antragsteller seine Bewerbungsabsicht und die von ihm beurteilten Erfolgchancen kundgetan hat.

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. Wenngleich die politische Gesinnung des ebenfalls ausgeschlossenen Mitbewerbers allgemein bekannt gewesen sei dürfte, so treffe dies auf den Antragsteller nicht zu, 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.

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 ... Monate im Jahr ... und seit ... mit Arbeitsplätzen betraut gewesen, die aus rein struktureller Sicht und unabhängig von der Zuordnung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe zweifelsfrei idealtypische Vorverwendungen für die Leitungsfunktion ... 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 Wehrdienst untaugliche 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. Der Antragsteller weise zwar eine sehr beachtliche militärische Laufbahn und durch die rund ...jährige Verwendung als ...leiter ... (... – ...), die ...jährige Verwendung als ... bei der ... (... – ...), die ...monatige Vertretung des ... (...) sowie die ...monatigen Vertretung des ... (.../...) auch langjährige relevant Verwendung im Bereich der ... aufweise. Allerdings sei die letzte relevante Verwendung zum Bewerbungszeitpunkt ... Jahre zurückgelegen und würden nur ... Monate in für die gegenständliche Funktion maßgeblichen Leitungsfunktionen vorliegen. Der zum Zug gekommene Bewerber dagegen könne eine langjährige, hochspezialisierte Ausbildung vorweisen und sei ebenso langjährig im Bereich der ... bei unterschiedlichen Institutionen außerhalb des Ressorts, im BMEIA sowie innerhalb des Ressorts facheinschlägig – und das langjährig in Spitzenfunktionen – verwendet worden.

Der Stellungnahme waren die Arbeitsplatzbeschreibung, der Ausschreibungstext, die Ausschreibungen von 2010-2021 in denen der Bewerberkreis weit gefasst war, die Ausschrei-

bungen von 2010-2021 in denen der Bewerberkreis eng gefasst war, die Dokumente zur Einrichtung der Begutachtungskommission, die Niederschrift der ersten Sitzung der Begutachtungskommission, die Aufstellung der ausgeschlossenen Bewerber seit 2015, die Ausschreibung der Leitungsfunktion der ... (...), die Bewerbungsunterlagen des zum Zug gekommenen Bewerbers B sowie das Gutachten der Begutachtungskommission 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 ..., ...chef im ..., Leiter der ... und ...verantwortlicher der ... gewesen. Er könne Lehrtätigkeit sowie Forschungs- und Publikationstätigkeit vorweisen.

Eine mündliche Sitzung konnte im gegenständlichen Verfahren aufgrund der umfangreichen Aktenlage sowie der Tatsache, dass die B-GBK mit einem ähnlich gelagerten Fall betreffend die selbe Planstelle beschäftigt war und in diesem Verfahren insbesondere eine Befragung des BMLV stattgefunden hat, unterbleiben. Der Senat II der B-GBK hat in der Sitzung vom ... über den Antrag von A beraten.

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 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.

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 gesellschaftlichen 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 X im BMLV als Militärperson von einer Bewerbung ausgeschlossen worden sei. 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. Die Diskriminierung sei aufgrund der Weltanschauung erfolgt, da der zum Zug gekommene Bewerber der ÖVP nahestehe, der Antragsteller hingegen politisch nicht zuordenbar sei.

Das BMLV brachte zur gegenständlichen Ausschreibung vor, dass die Einstufung als ziviler Arbeitsplätze durch die Bewertung des BMKÖS vorgegeben sei. Es sei eine sachlich gerechtfertigte Absicht des Dienstgebers, zivile Arbeitsplätze nur dann für Militärpersonen zu öffnen, wenn dies im Einzelfall dienstlich notwendig ist, was hier 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 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 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.

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. Es ist daher durchaus denkbar, und wurde dies vom Antragsteller glaubhaft so vorgebracht, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits bekannt war, welche Personen sich um die Stelle bewerben wollen und der Ausschreibungstext entsprechend formuliert wurde.

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 bestgeeigneten Kandidaten/in zu suchen, wurde damit eine unsachliche Vorauswahl getroffen.

Der Antragsteller brachte vor, dass Ausschreibungen für militärische Leitungsfunktionen die Bewerbung von Personen mit einem sonstigen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis und den Überstellungsvoraussetzungen zulassen würden und daher nicht nachvollziehbar sei, weswegen dies im umgekehrten Fall nicht zugelassen werde. Dazu führte das BMLV aus, dass es hierbei nicht um eine generelle Öffnung ginge, sondern Bediensteten, die von ihrer Ausbildung und ihren Aufgaben „lupenreine Militärpersonen“ sind, die Bewerbung zu ermöglichen. Hierzu ist festzustellen, dass das BMLV in seiner Stellungnahme ebenfalls ausführte, dass der Antragsteller eine „zweifelsfrei idealtypische Vorverwendungen für die Leitungsfunktion ...“ besitze. Für den Senat ist nicht erkennbar, weswegen „lupenreine Militärpersonen“ mit zivilem Dienstverhältnis zur Bewerbung auf militärische Arbeitsplätze zugelassen werden sollen, Militärpersonen mit „idealtypischer Vorverwendung“ jedoch nicht für einen zivilen Arbeitsplatz – immer vorausgesetzt die jeweiligen Überstellungsvoraussetzungen sind erfüllt.

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.

Zum Diskriminierungsgrund der Weltanschauung konnte der Antragsteller nachvollziehbar aufzeigen, dass der Umstand, dass er politisch nicht explizit der ÖVP zuordenbar war, 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.

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

Wien, September 2023