

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Leitung des „X“ beim Bundesasylamt (BAA) aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Bestellung von B zur Leiterin des X des BAA stellt keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts von A dar.

B e g r ü n d u n g

A's Antrag langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. Der Antragsteller führte im Wesentlichen Folgendes aus: Er sei seit dem ... als R. im Zulassungsverfahren in der Z des Bundesasylamtes (BAA) beschäftigt. Das Beschäftigungsverhältnis sei durch einen mit dem Bundesministerium für Inneres (BMI) abgeschlossenen Bestellungsvertrag begründet worden. Die nähere Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses sei durch einen freien Dienstvertrag, dessen Inhalt vom BMI vorgegeben worden sei, mit dem Österreichischen Integrationsfonds (ÖIF), erfolgt.

Er sei bereits von ... bis ... R. in der Z gewesen, und danach - bis zur Wiederbestellung ... – sei er juristischer Referent in der ... des BAA gewesen. Seine Tätigkeit als R. habe die Beratung und Unterstützung von Asylwerbern sowie die Teilnahme an deren Einvernahmen und die Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Asylwerbern als gesetzlicher Vertreter umfasst. In der ... sei er u. a. Ansprechpartner in Angelegenheiten der ... und habe (u. a.) als Vertreter des BAA an der Novellierung der ...Verordnung in ... teilgenommen.

Die in der internen Ausschreibung für die Funktion „Z“ genannten Anforderungen bzw. Aufgaben habe er bereits als ... in der ... erfüllt. Die Ausschreibung habe den Zusatz enthalten, dass ersucht werde, „alle in Betracht kommenden Bediensteten des Bundesasylamtes hiervon nachweislich in Kenntnis zu setzen.“ Weiters sei darauf hingewiesen worden, dass Bewerbungen von Frauen besonders erwünscht seien und besonders berücksichtigt würden.

B habe sich ebenfalls um die Funktion beworben und sei mit ... zur Leiterin des X bestellt worden.

Die Vermutung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes ergebe sich aus folgenden Überlegungen: Es sei kein Auswahlverfahren durchgeführt worden, er sei weder zu einer Anhörung eingeladen worden, noch sei ihm mitgeteilt worden, warum seine Bewerbung zurückgewiesen worden sei. B sei zwar als Referentin im ... zuständig, aber nie mit der Umsetzung der ...Verordnung betraut gewesen. Offensichtlich sei das Frauenförderungsgebot zur Anwendung gekommen. Dies allerdings zu Unrecht, denn B sei nicht gleich qualifiziert. Die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung stellte eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 1 B-GIBG dar.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte das BAA per Mail vom ... eine Stellungnahme zum Antrag. Darin war ausgeführt, dass die „interne“ Interessenten/innensuche „X“ allen Leiter/innen der Organisationseinheiten des BAA mit dem Ersuchen um Verteilung an die Bediensteten der do. Organisationseinheiten übermittelt worden sei.

Die Planstelle sei aus folgenden Gründen mit B besetzt worden:

Gem. § 20 Abs. 1 Ausschreibungsgesetz 1989 habe die für die Aufnahme zuständige Dienststelle vor der Besetzung einer Planstelle festzustellen, ob diese mit einem oder einer geeigneten Bundesbediensteten besetzt werden könne. B befinde sich seit ... im Bundesdienst (Exekutivbeamtin), sei per ... dem BAA „Z“ zur Dienstleistung zugewiesen und mit Wirksamkeit vom ... versetzt und gleichzeitig in die Verwendungsgruppe A2 überstellt worden.

A sei vom ... bis ... als R. gemäß §§ 64 und 65 Asylgesetz idgF bestellt gewesen.

Von ... bis ... sei die Tätigkeit als R. ausgesetzt gewesen, da A als befristeter VB v1 ... beim BAA, ..., aufgenommen worden sei. Das befristete Dienstverhältnis sei nicht verlängert und A gemäß seinem Ansuchen mit Wirksamkeit vom ... wieder zum R. bestellt worden.

Im Hinblick auf die Frauenquote im BAA sei anzumerken, dass von insgesamt 18 Referatsleitungen (A2/6) nunmehr inkl. B sieben weibliche Bedienstete eine Leitungsfunktion hätten. Dies entspreche einem Prozentanteil von 38,9 %.

Zur fachlichen Eignung wurde ausgeführt, dass B seit Dienstbeginn im BAA als verfahrensführende Referentin tätig gewesen sei und somit jahrelange Erfahrung im Bereich der Z habe. Zu ihren Hauptaufgaben hätte die Durchführung von ... gezählt.

A habe als ... folgende Aufgaben gehabt: A sei jedoch nie im Asylverfahren/Zulassungsverfahren in einer ... tätig gewesen und weise somit im Vergleich zur B die Anforderungen nicht auf.

Am ... übermittelte A per Mail eine Stellungnahme zur Stellungnahme des BAA. Er führte darin aus, die Tatsache, dass 1.) die Bestellung der R. dem BMI obliege, 2.) sich die Dauer des ...verhältnisses nach einem mit dem BMI abzuschließenden Vertrag richtete und 3.) die Kosten der ... im Zulassungsverfahren der Bund trage, würden ein Beschäftigungsverhältnis zum Bund offenbaren. Ob dieses auf Grund eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses oder eines freien Dienstvertrages bestehe, sei für die Anwendbarkeit des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes belanglos. Darüber

hinaus seien die R. organisatorisch in die Z eingebunden und die Leitung der Z habe die Dienstaufsicht gegenüber den R.n. Der ÖIF habe nur die Funktion einer Zahlstelle. Seine Freistellung von der Tätigkeit als R. für die Zeit als ... sei durch das BMI erfolgt. Das BAA habe auch nie bestritten - weder im Ablehnungsschreiben, noch in der Stellungnahme an die B-GBK -, dass er ein Beschäftigungsverhältnis zum Bund habe.

In der Sitzung des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... wiederholte A, weshalb er B nicht als besser und auch nicht als gleich geeignet für die gegenständliche Funktion erachte.

Der Leiter des BAA, C, führte aus, dass in der Ausschreibung ein geeigneter Bundesbediensteter/eine geeignete/Bundesbedienstete gesucht worden sei. Die Frage von A's Eignung stelle sich gar nicht, denn er sei kein Bundesbediensteter. Das Ausschreibungsgesetz verpflichte den Dienstgeber vor einer Ausschreibung nach dem Ausschreibungsgesetz, nach geeigneten Bundesbediensteten zu suchen. Man habe auch keinen Juristen/keine Juristin gesucht. A kenne die Kenntnisse und Fähigkeiten von B nicht, er habe sie auch nicht zu beurteilen. B sei im BAA bereits entscheidungsbefugte Referentin gewesen, das heißt sie habe eine Approbationsbefugnis gehabt, 70% ihrer Tätigkeit habe darin bestanden, Entscheidungen im ...Verfahren zu treffen. Sie sei also mit der Anwendung der ...Verordnung durchaus vertraut. Sie sei bestgeeignet für die Funktion und nicht in Anwendung des Frauenförderungsgebotes zum Zug gekommen. Da es eine geeignete Bundesbedienstete gegeben habe, habe die Bewerbung eines externen Bewerbers nicht berücksichtigt werden können.

A replizierte, dass es nicht darum gehe, ob er Bundesbediensteter im Sinne eines fixen Anstellungsverhältnisses gewesen sei. Die Zuständigkeit der B-GBK sei ja von der B-GBK selbst bejaht worden.

Auf den Hinweis des Senates, dass aus der InteressentInnen suche nicht eindeutig hervorgegangen sei, dass ein Bundesbediensteter/eine Bundesbedienstete gesucht werde, es habe lediglich geheißen, die Funktion gelange „intern“ zur Nachbesetzung, führte C aus, dass es ihm leid tue, wenn das nicht so deutlich zum Ausdruck gekommen sei, in der Stellungnahme an die B-GBK habe man aber auf § 20 Ausschreibungsgesetz hingewiesen. Es habe in der Ausschreibung weiters ganz klar

geheißen: „Es wird ersucht, alle in Betracht kommenden Bediensteten des Bundesasylamtes – und diese Stelle sei unterstrichen – in Kenntnis zu setzen“.

A replizierte, dass er sich als Bediensteter des BAA betrachte habe. Er sei vom BMI als R. bestellt worden, und die Bezahlung der R. erfolge ebenfalls durch das BMI.

Auf die Frage, wie er Kenntnis von der Interessent/Innensuche erhalten habe, antwortete A, von der Leitung der Z.

C wiederholte, dass A kein Bediensteter des BAA sei. Er sei freier Dienstnehmer des ÖIF. Die Bestellung durch den Bundesminister für Inneres sei ein förmlicher Akt, der aber kein Dienstverhältnis zum Bund begründe. Solche Bestellungsakte seien in der Republik üblich, z. B. bei den diversen Beiräten wie etwa dem Menschenrechtsbeirat. Er gebe zu, dass man die Ausschreibung noch deutlicher hätte formulieren können, aber die Formulierung „intern zur Nachbesetzung“ und die Passage „alle in Betracht kommenden Bediensteten des Bundesasylamtes ... in Kenntnis zu setzen“ würden zeigen, dass man eben nur Bundesbedienstete gesucht habe.

Auf die Frage, nach welchem Auswahlprocedere A ... im BAA geworden sei, antwortete C, dass damals zusätzliche, befristete Planstellen für den Asylbereich zur Verfügung gestanden seien, um die zahlreichen offenen Verfahren zu beenden. Diese befristeten Planstellen habe man als Projektplanstellen nach dem Ausschreibungsgesetz öffentlich - im „Kurier“, im „Standard“ - ausgeschrieben.

A führte aus, dass derzeit ein Rechtsstreit vor dem Arbeits- und Sozialgericht anhängig sei, und zwar zwischen den „R.n alt“ und dem ÖIF, der die R. gekündigt habe. Die R. seien aber der Meinung, sie seien keine Mitarbeiter des ÖIF. Weiters seien Kündigungen seitens des BMI und des BAA erfolgt, und auch diese habe man angefochten.

C replizierte, es gebe keine gesetzliche Regelung über die Ablehnung von Bewerbungen, es wäre dem BAA auch freigestanden, kein Ablehnungsschreiben zu schreiben, die Ablehnungsschreiben seien bloß ein Akt der Höflichkeit.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Die B-GBK ist zuständig, behauptete Diskriminierungen in bestehenden Dienstverhältnissen und auch bei der Begründung von Dienstverhältnissen zu prüfen.

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 BAA für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

A machte in seinem Antrag eine Diskriminierung gemäß § 4 Z 1 B-GIBG geltend, und Z 1 regelt das Verbot der Diskriminierung bei der Begründung des Dienstverhältnisses.

Es ist offensichtlich, dass es unabhängig vom gegenständlichen Verfahren vor der B-GBK Auffassungsunterschiede zwischen dem BMI bzw dem ÖIF und R./innen darüber gibt, ob die Tätigkeit als R./in ein Dienstverhältnis zum Bund begründet. Die Beurteilung dieser Frage liegt nicht in der Kompetenz der B-GBK, da es sich nicht um die Frage einer Diskriminierung im Sinne des B-GIBG handelt.

Obwohl in der InteressentInnensuche nicht dezidiert formuliert, konnte das BAA im Verfahren vor der B-GBK darlegen, dass sie sich an Bundesbedienstete richtete. Die InteressentInnensuche enthielt den Vermerk, dass die Planstelle „intern“ zur Nachbesetzung gelange, und sie wurde allen Leiter/innen der Organisationseinheiten des BAA mit dem Ersuchen übermittelt, sie den Bediensteten der Organisationseinheiten zur Kenntnis zu bringen. A zählte nach Meinung der entscheidungsbefugten Dienstgebervertreter in der Behörde nicht zu den Bundesbediensteten, woran auch der Umstand nichts ändert, dass die Ablehnung von A's Bewerbung nicht mit dem fehlenden „Bundesbedienstetenstatus“ begründet wurde.

Aus den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des BAA ergab sich, dass mit B jedenfalls eine geeignete Bundesbedienstete zur Verfügung stand, weshalb auf einen Qualifikationsvergleich zwischen ihr und A nicht einzugehen war.

Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung zu Gunsten der B keine Diskriminierung von A auf Grund des Geschlechtes darstellt.

Wien, im Mai 2012