



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel. (++43)-1-53115/0
DVR: 0000019

Gz 180.310/58-I/8/99

Präsidium des Nationalrates
Parlament
Dr Karl Renner-Ring 3
1010 WIEN

Dringend

Sachbearbeiter	Klappe/DW	Ihre GZ/vom
Herr SCHOBA	2960	

Betrifft: Bundes-Gleichbehandlungsgesetz;
Änderungen im Gleichbehandlungsgesetz, Ausschreibungsgesetz 1989,
UOG 1993, BDG 1979 und VBG 1948 u.a.;
Entwurf eines Bundesgesetzes;
Begutachtungsverfahren GZ 920.635/5-VII/A/6/99
Stellungnahme

Das Präsidium des Bundeskanzleramtes beeckt sich, im Zuge des Begutachtungsverfahrens seine Stellungnahme zum im Betreff genannten Entwurf in 25facher Ausfertigung vorzulegen.

Zu den beabsichtigten Regelungen wird wie folgt Stellung genommen:

ad Artikel I Ziffer 3 (§ 6 Abs 1 - Widerspruch zum Ausschreibungsgesetz):

ad Artikel II (Änderung des AusG)

Es wird in Hinblick auf den systematischen Konnex angeregt, Ausschreibungsbestimmungen nur im Ausschreibungsgesetz - AusG und nicht im Bundes-Gleichbehandlungsgesetz - B-GBG zu regeln.

Die im Entwurf festgelegte generelle Ausschreibungspflicht reicht in ihrem Umfang über das Ausschreibungsgesetz hinaus.

- 2 -

Da gemäß § 82 AusG in anderen Bundesgesetzen enthaltene Bestimmungen über die Ausschreibungen von Funktionen und Planstellen dem AusG vorgehen, wird einigen Bestimmungen des AusG (zB §§ 24 und 25 AusG) derogiert.

Inwieweit das nunmehrige Abrücken von bisher bestehenden Ausnahmen, welche aus Gründen der Zweckmäßigkeit geschaffen wurden, argumentiert wird, bleibt offen.

Die in den Erläuterungen zitierte Absicht, all jene Funktionen/Arbeitsplätze, mit deren Vergabe ein gewisser beruflicher Aufstieg verbunden ist, ausschreibungspflichtig zu machen, kann nach dem Gesetzeswortlaut nicht nachvollzogen werden; es sei denn, man erkennt diese Absicht im Ausschluß jener Arbeitsplätze, die die Wertigkeit „Grundlaufbahn“ aufweisen. In diesem Fall stellt sich jedoch die Frage, wieso bzw. welche sachliche Begründung für eine Differenzierung zwischen Beamten und Vertragsbediensteten (bei denen es keine Grundlaufbahn mehr gibt) vorliegt.

Überdies enthält der Entwurf keine näheren Bestimmungen, welches Auswahlverfahren bei der Besetzung jener Planstellen/Funktionen, die nunmehr aufgrund des B-GBG auszuschreiben wären, anzuwenden ist.

Entgegen der in den Erläuterungen geäußerten Ansicht, daß sich aus der Ausschreibungspflicht keine Kostensteigerung ergibt, geht das Bundeskanzleramt davon aus, daß eine Ausweitung der Ausschreibungen in diesem Umfang sehr wohl einen erhöhten Verwaltungs- und Kostenaufwand mit sich bringt. Dieser Aufwand würde sich bei Zugrundelegung eines Auswahlverfahrens nach dem AusG noch beträchtlich erhöhen.

ad Abs 3:

§ 6 Abs 3 spricht von „unter 50%“; §§ 42 und 43 sehen „mindestens 40%“ vor. Im Sinne der Klarheit sollte eine einheitliche Grenzmarke festgelegt werden.

ad Artikel I Ziffer 5 (§ 9 Abs 1 - Zusammensetzung von Kommissionen):

1. Fremdbestimmung

Die Verpflichtung, Frauen nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in nach Dienstrecht vorgesehene Kommissionen zu entsenden, birgt folgendes Problem in sich, welches am besten an Hand eines Beispiels erklärt werden kann:

Bei der nach § 29 ff AusG vorgesehenen Ausschreibungskommissionen werden 2 Mitglieder vom Leiter(in) der Zentralstelle und je ein weiteres Mitglied von den 2 stimmenstärksten Wählergruppen des Zentralausschusses bestellt.

Nach dem vorliegenden Entwurf sollen die Interessensvertretungen auf die Verhältnismäßigkeit lediglich Bedacht nehmen, d. h., im Beispielsfall könnten seitens des Zentralausschusses auch 2 Frauen oder 2 Männer nominiert werden.

Setzt man voraus, daß das zahlenmäßige Verhältnis der weiblichen und männlichen Dienstnehmer im Zuständigkeitsbereich dieser Ausschreibungskommission 50 : 50 steht, wäre nunmehr - aufgrund der vorgesehenen gesetzlichen Verpflichtung - der/die Leiter(in) der Zentralstelle gezwungen, 2 Frauen in die Kommission zu entsenden, wenn von der Interessensvertretung zwei Männer nominiert wurden.

Die Normierung einer Rechtspflicht für einen Adressaten, die durch Rechte anderer Adressaten, die nicht derselben Verpflichtung unterliegen, eingeschränkt wird, erscheint problematisch. Aus diesem Grund sollten sich die Rechtspflichten im § 9 Abs 1 nicht auf die gesamte Kommission (Dienstgeber- und Dienstnehmervertreter) beziehen, sondern nur auf die Dienstgebervertreter, zumal Abs 2 leg cit eine gesonderte Regelung für die Interessensvertreter vorsieht. § 9 Abs 1 könnte wie folgt beginnen: „Bei der Bestellung der Mitglieder durch den Dienstgeber von in den Dienstrechtsvorschriften vorgesehenen Kommissionen, die“

2. Anforderungen für die Mitgliedschaft

Überdies setzt der Entwurf voraus, daß für alle Kommissionsfunktionen ausreichend

qualifizierte Frauen und Männer zur Verfügung stehen. Es kann jedoch der Fall eintreten, daß aufgrund der vorgegebenen Personalkonstellation geschlechtsspezifischen und qualitativen Anforderungen nicht gleichzeitig entsprochen werden kann.

Bei unrichtiger Zusammensetzung liegt ein Verstoß gegen § 9 des Entwurfes vor, sodaß die Gutachten zufolge dieser unrichtigen Zusammensetzung dieses Kollegialorgans rechtswidrig wären. Bei Entscheidungen (zB in einer Disziplinarkommision) wird über die einfachgesetzliche Rechtsverletzung hinaus noch der gesetzliche Richter (Art 83 B-VG) verletzt, sodaß sie auch beim VfGH releviert werden können.

Das Präsidium des BKA ersucht daher, die im Entwurf vorgesehene Regelung als Rechtspflicht noch einmal zu überdenken.

3. Neubestellung-Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Organisationsnormen für die Kommissionen mit mehrjähriger Funktionsperiode enthalten regelmäßig Tatbestände, bei deren Eintritt die Mitgliedschaft des einzelnen Kommissionsmitgliedes zur Kommission vorzeitig endet. Hier ist im Bedarfsfalle die Kommission durch Neubestellung für den Rest der Funktionsperiode personell zu ergänzen. Dabei läßt der Entwurf offen, auf welchen Zeitpunkt bei der Prüfung des zahlenmäßigen Verhältnisses der weiblichen und männlichen Dienstnehmer abzustellen ist.

4. Ermittlungsart

Darüberhinaus wäre bei einer verpflichtenden Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Gesetz ein modus für die Ermittlung der Mitglieder an Hand der Anzahl der männlichen und weiblichen Dienstnehmer festzulegen.

5. Fehlende Übergangsbestimmungen

Da der Entwurf keine Übergangsbestimmungen vorsieht, wären sämtliche derzeit bestehenden Kommissionen, die nicht dem zahlenmäßigen Verhältnis entsprechen, neu zu bestellen.

- 5 -

6. Resumee zu den obenstehenden Punkten 1 bis 5

Aus all diesen Gründen wird vorgeschlagen, den bisherigen modus - ...bei der Zusammensetzung auf das zahlenmäßige Verhältnis der weiblichen und männlichen Dienstnehmer ... BEDACHT ZU NEHMEN - beizubehalten.

Auch die bisherige Regelung könnte - wie im Entwurf vorgesehen - um das Recht der/des Vorsitzenden der Arbeitsgruppe an den Sitzungen der Kommissionen mit beratender Stimme teilzunehmen, ergänzt werden. Im Sinne der Gleichbehandlung wären nämlich die Worte „der Vorsitzenden ..“ durch die Worte „der/des Vorsitzenden“ zu ersetzen, da es auch in der Praxis Männer als Vorsitzende von Arbeitsgruppen gibt.

7. Definition Arbeitsgruppe

Das Präsidium des Bundeskanzleramtes geht davon aus, daß es sich bei der im Entwurf zitierten Arbeitsgruppe um die im § 28 B-GBG definierte Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen handelt. Es wird vorgeschlagen, im § 9 nach dem Wort „Arbeitsgruppe“ die Wortfolge „für Gleichbehandlungsfragen im Sinne des § 28 B-GBG“ zu ergänzen.

8. Sollte die Formulierung des § 9 Abs.1 1.Satz beibehalten werden, wird vorgeschlagen, den Passus: „....sind Frauen in der Anzahl“ um die Nennung der Männer: „.... sind Frauen und Männer in der Anzahl....“ zu ergänzen.

ad Artikel I Ziffer 6 (§ 10 Abs 2 Z 2 - Ersatzansprüche):

Ein Aufnahmeverfahren beginnt mit der Ausschreibung. Es ist nicht klar erkennbar, ob bereits der fehlende Hinweis im publizierten Ausschreibungstext, wonach die Bewerbung von Frauen besonders erwünscht ist, bereits eine Diskriminierung darstellt. Diese Variante würde allerdings teuer, da kundige Bewerberinnen sämtliche Ausschreibungen unter diesem Gesichtspunkt prüfen könnten. Eine derartige Bewerbung „bringt bis zu 3 Monatsbezüge“, auch wenn man bei diskriminierungsfreier Auswahl den Arbeitsplatz nicht erhalten hätte. Unklar ist ebenfalls, ob eine fehlende

geschlechtsneutrale Formulierung eine Diskriminierung darstellt. Bejahendenfalls träten die oben beschriebenen Konsequenzen ein.

Die Textierung schließt derartig weite Ersatzansprüche nicht aus und erhält dadurch einen pönenalen Charakter.

Das Präsidium des Bundeskanzleramtes lehnt Ersatzansprüche in dieser Phase ab.

Für den Fall der Beibehaltung dieser Regelung wäre im Sinne des Art 18 B-VG festzulegen, ob die genannten Beispiele eine Diskriminierung darstellen, worin der entstandene Diskrimierungsschaden besteht und in welcher Höhe Schadenersatz angemessen ist. Hilfreich für den Rechtsanwender wären Beispiele in den Erläuterungen.

Die konkrete Diskriminierung einer Frau oder eines Mannes, wegen ihres/seines fortgeschrittenen Lebensalters, wegen des Familienstandes und anderem mehr stellt einen viel schwerwiegenderen Eingriff in deren/dessen persönliche Sphäre dar, als ein Formulierungsfehler in einem Ausschreibungstext.

Verfassungsrechtliche Erwägungen, insbesondere der Gleichheitssatz, gebieten eine differenzierte Beurteilung anhand gesetzlich festzulegender Merkmale und einer darauf basierend abgestuften Schadenszumessung.

ad Artikel I Ziffer 7 (§ 14 Abs 2 Z 2 - Ersatzansprüche):

Die Ausführungen zu Artikel I Ziffer 6 (§ 10 Abs 2 Z 2) gelten sinngemäß.

ad Artikel I Ziffer 8 (§ 15 Abs 2 Z 2 - Ersatzansprüche):

Die Ausführungen zu Artikel I Ziffer 6 (§ 10 Abs 2 Z 2) gelten sinngemäß.

ad § 14 und § 15 allgemein (Beamte und vertraglich Bedienstete in einem § regeln)

Generell wird vermerkt, daß §§ 14 und 15 B-GBG eventuell zusammengezogen

- 7 -

werden könnten. Der durch das Vertragsbedienstetenreformgesetz (BGBl.Nr.I 10/1999) novellierte § 9 des Bundesministeriengesetzes ermöglicht es allen geeigneten Bediensteten (egal ob im öffentlich- oder privatrechtlichen Dienstverhältnis) mit einer Funktion betraut zu werden.

ad Artikel I Ziffer 14 (§ 25 Abs 3 - Amtsverschwiegenheit):

Eingangs ist festzuhalten, daß die Amtsverschwiegenheit keine absolute Verpflichtung zur Geheimhaltung darstellt. Sie erstreckt sich gemäß Art 20 Abs 3 B-VG nur auf alle den Organen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist.

Sachverhalte, die nicht ausschließlich aus der amtlichen Tätigkeit bekannt geworden sind, also die eine Person (auch) außerdienstlich erfahren hat, unterliegen nicht der Amtsverschwiegenheit.

Wurde nun die Tatsache ausschließlich aus der amtlichen Tätigkeit bekannt, so muß sie überdies unter eines der oben genannten Tatbestandsmerkmale subsumiert werden können. Ist dies nicht der Fall, scheidet Amtsverschwiegenheit wiederum aus.

Art 20 Abs 3 B-VG steht unter Gesetzesvorbehalt. Er ermächtigt den einfachen Gesetzgeber nur zur Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht, nicht aber zu deren Ausdehnung.

Eine weitere Schranke bildet die Verfassungsbestimmung im § 1 des Datenschutzgesetzes, die jedermann einen Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten gewährt, soweit er daran ein schutzwürdiges Interesse, insbesondere im Hinblick auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, hat.

Das Grundrecht auf Datenschutz wird wiederum gemäß Abs 2 leg cit in zwei Fällen beschränkt. Zum einen sind Beschränkungen „zur Wahrung berechtigter Interessen eines anderen“ zulässig. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist von den jeweils zur Vollziehung (Beachtung) des § 1 DSG verpflichteten Organen (Personen) im Einzelfall zu beurteilen. Zum anderen sind Beschränkungen aufgrund von Gesetzen zulässig (Gesetzesvorbehalt). Diese Gesetze müssen aber aus den in Art 8 Abs 2 MRK genannten Gründen (zB Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ruhe und Ordnung, der Moral, der Rechte und Freiheiten anderer) „notwendig“ sein. Auch im Falle solcher Beschränkungen „muß der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten Vorrang gegeben werden“. (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, 1996, Rz 1491).

Eine Person kann sich nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf die Amtsverschwiegenheit berufen. Sie gilt auch gegenüber Gerichten, Verwaltungsbehörden und im bestimmten Umfang sogar gegenüber dem Parlament.

Nach den Bestimmungen des B-GBG werden Gutachten erstellt, die in weiterer Folge als Beweismittel für gerichtliche und dienstrechtliche Verfahren dienen. Diese Gutachten unterliegen keiner förmlichen Überprüfung. Es gibt auch keine dem gerichtlichen Verfahren vergleichbare Wahrheitspflicht. Während sich ein Zeuge vor Gericht auf die Amtsverschwiegenheit berufen muß, hätte er im Vorfeld gegenüber der Kommission uneingeschränkt auszusagen. Obwohl die Rechte der Kommission als Gutachterin würden über jene von Verwaltungsbehörden und Gerichten hinausreichen, kann das Gutachten im gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren nur eingeschränkt Verwendung finden, da die Beweisaufnahme über die Aussagen im Gutachten wegen der Amtsverschwiegenheit nur eingeschränkt möglich ist.

Aus den genannten Gründen hält das Präsidium des Bundeskanzleramtes den weiter geltenden § 25 Abs 4 und den im Entwurf genannten § 25 Abs 3 für verfassungsrechtlich bedenklich.

- 9 -

ad Artikel I Ziffer 24 (§ 42 - Begriffsterminologie):

§ 42 sieht den Begriff „dauernd Beschäftigten“ vor, d. h., es würden sämtliche befreiste Dienstverhältnisse nicht unter diesen Begriff subsumierbar sein. Es wird vorgeschlagen, im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit den Begriff „DienstnehmerInnen“ zu verwenden.

20. April 1999

Für den Bundeskanzler:
i.V. SCHITTENGRUBER

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:
