

# BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

## Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

### Senat I

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragstellerin), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.F. 165/2005, festzustellen, dass sie durch die Besetzung des Arbeitsplatzes ... der Justizanstalt ... mit B (= betrauter Bewerber) aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

### **G u t a c h t e n**

*beschlossen:*

*Die Besetzung des Arbeitsplatzes ... der Justizanstalt ... mit B stellt eine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.*

### B e g r ü n d u n g

Der Antrag von A, eingebracht von der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen beim Bundesministerium für Justiz, langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Im Antrag ist eingangs darauf verwiesen, dass A bereits bei der provisorischen Besetzung des Arbeitsplatzes ... Justizanstalt ..., bewertet mit ..., übergegangen worden ist und die B-GBK mit Gutachten vom ... festgestellt hat, dass die provisorische Betrauung von B eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstellt. Anfang ... habe A erfahren, dass die endgültige Besetzung mit B erfolgt sei, sie sei daher neuerlich aufgrund des Geschlechtes diskriminiert.

Bezüglich der Qualifikation der Antragstellerin wird auf die der B-GBK im ersten Verfahren übermittelten Unterlagen und auf die Feststellungen im Gutachten der B-GBK verwiesen. Die Qualifikation von A für eine Leitungsfunktion zeige sich auch darin, dass sie mittlerweile, per ..., mit der Leitung des (besoldungsmäßig schlechter gestellten) ..., betraut sei und sie diese Funktion, wie schon alle ihre bisherigen Funktionen, mit „weit überdurchschnittlichem Engagement und Erfolg hervorragend ausübt“. Die Dienstbehörde habe nicht begründet, weshalb sie das

Abteilung II/3

Gutachten der B-GBK und auch die Empfehlung des Zentralausschusses für A nicht berücksichtigt hat. Die Vorgehensweise der Behörde bei Planstellenbesetzungen sei insofern „bemerkenswert“ als B, der ursprünglich provisorischer Leiter des ... gewesen sei, gleichzeitig mit seiner endgültigen Betrauung mit dieser Funktion provisorisch mit der Leitung des „...“ betraut worden sei. Gleichzeitig sei C provisorisch mit der Leitung des ... betraut worden. A sei auch bei der provisorischen Betrauung mit der Leitung dieses ... übergangen worden, erst anlässlich der Ausschreibung für die endgültige Betrauung im ... sei sie zur Bewerbung eingeladen und mit dieser Funktion auch betraut worden. Ungeachtet der dem Dienstgeber bekannten Tatsache, dass A weiterhin die Funktion einer ... anstrebt, sei – abweichend von der zugunsten von B gewählten Vorgangsweise – nicht sie mit der provisorischen Leitung des ..., betraut worden, sondern C. Gleichzeitig sei der bisherige Leiter des ... zum stellvertretenden ... aufgestiegen. A sei also auch in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt worden.

Ergänzend ist ausgeführt, dass in der Justizanstalt ..., wie im Übrigen in den meisten Justizanstalten, keine einzige Frau mit einer Funktion der Verwendungsgruppe E2a/5 oder gar höherwertig betraut sei. Nach der Verordnung BGBl. II Nr. 170/2005 und den vorangehenden Erlässen über den Frauenförderungsplan seien ... als Funktionen der Verwendungsgruppe E2a anzusehen. In diesen Funktionen seien Frauen weit unterrepräsentiert und seien die in den Frauenförderungsplänen festgelegten verbindlichen Vorgaben gemäß §11a Abs. 3 B-GIBG bisher bei weitem nicht erfüllt.

Auf Aufforderung der B-GBK übermittelte das Bundesministerium für Justiz (BMJ) mit ... eine Stellungnahme zur Beschwerde. Darin ist ausgeführt, dass nach der Feststellung der B-GBK, die provisorische Funktionsbetrauung von B stelle eine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechtes dar, ergänzende Stellungnahmen des Leiters der Justizanstalt ... eingeholt worden seien. Aus diesen ergebe sich, dass die Justizanstalt ... über vier hochrangige Funktionsstellen verfügt, ... . „Die Reihenfolge der angeführten Funktionsstellen gibt deren Bedeutung für die Sicherheit der Anstalt und die Komplexität der damit verbundenen Aufgaben wieder. Es ist daher ... üblich, dass Mitarbeiter/innen, die sich für diese Funktion qualifiziert haben, zunächst mit der Leitung der kleinsten Einheit (...) betraut werden. Wenn die betreffende Mitarbeiterin/der betreffende Mitarbeiter sich in dieser Funktion bewährt und ihre/seine Eignung unter Beweis gestellt hat, be-

steht für sie/ihn die Möglichkeit, sich für eine der höher bewerteten Funktionen zu qualifizieren.“ Die Funktion „...“ sei ... ausgeschrieben worden, A habe sich nicht beworben. Beworben haben sich drei Mitarbeiter, von denen B mit ... mit der Funktion betraut worden sei. Im Besetzungsverfahren betreffend den Arbeitsplatz ... habe der Leiter der Justizanstalt B als bestgeeigneten Bewerber vorgeschlagen, und zwar mit der Begründung, dass er in seiner Tätigkeit als ... in hervorragender Weise seine besonderen Führungs- und Managementqualitäten deutlich erkennen lassen habe. Er zeichne sich durch ein hohes Maß an Flexibilität, Organisationstalent, Eigeninitiative und Entscheidungsfreudigkeit aus und sei in der Lage, zwischen den Berufsgruppen zu vermitteln und ein sehr gutes Kommunikationsklima herzustellen. A weise eindeutig die geringste Qualifikation auf, und zwar insofern, als eine Führungsaufgabe, die das Zusammenwirken mehrerer und komplexer Organisationseinheiten beinhalte, ihre Fähigkeiten überfordere. Außerdem habe sie sich entgegen der dargestellten Usance nicht zunächst um den Arbeitsplatz ... beworben. Aufgrund der Einschätzung des Anstaltsleiters habe sich das BMJ entschieden, B mit dem Arbeitsplatz zu betrauen. In dem diese Arbeitsplatzbesetzung betreffenden Verfahren gemäß § 10 Bundespersonalvertretungsgesetz habe im ... eine Beratung mit dem Zentralausschuss für die Bediensteten des Exekutivdienstes in Justizanstalten stattgefunden und habe der Zentralausschuss die Entscheidung des BMJ zur Kenntnis genommen und seinen Antrag auf Einholung eines Gutachtens der Personalvertretungsaufsichtskommission zurückgenommen. Daraufhin sei B mit ... endgültig mit der Funktion ... betraut worden.

Zur im Antrag behaupteten Übergehung von A bei der (provisorischen) Besetzung anderer Funktionen ist in der Stellungnahme ausgeführt, dass A im ... eingeladen worden sei, sich um den Arbeitsplatz ... zu bewerben, sie habe jedoch keine Bewerbung abgegeben. In weiterer Folge sei sie „(über ausdrücklichen Auftrag des Bundesministeriums für Justiz)“ eingeladen worden, sich um den Arbeitsplatz ... zu bewerben, was sie auch getan habe, und sie sei mit ... mit diesem Arbeitsplatz betraut worden. Anfang ... sei der stellvertretende ... erkrankt und deshalb routinemäßig vom ... des ... vertreten worden. In Folge dessen sei C fallweise zu Vertretungen im ... herangezogen worden. Eine Interessentensuche für provisorische Betrauungen oder gar eine Ausschreibung sei in diesem Zusammenhang vorerst nicht vorgenommen worden, denn es sei zunächst keine der genannten Funktionen frei gewesen. Erst nachdem der ... einen Antrag auf Ver-

setzung in den Ruhestand gestellt habe, sei eine Interessentensuche per Ausgang am ... durchgeführt worden. A habe die Möglichkeit gehabt, sich zu bewerben. Vom BMJ sei überdies sichergestellt worden, dass, falls nicht A, sondern der ... mit der Funktion des stellvertretenden ... betraut werde, unverzüglich eine Interessentensuche für die (provisorische) Besetzung des dann vakant werdenden Arbeitsplatzes ... einzuleiten sei. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass B mit dem Arbeitsplatz ... betraut worden sei, weil er von allen Bewerber/innen die beste Eignung aufgewiesen habe und sich – im Unterschied zu A – entsprechend der in der Justizanstalt ... für alle Mitarbeiter/innen (unabhängig von ihrem Geschlecht) „geltenden Gepflogenheit“ zunächst in der Funktion ... bewährt habe. Es könne auch von einer Übergehung von A bei der (provisorischen) Besetzung anderer Funktionsstellen nicht gesprochen werden, zumal die Interessentensuche für die Funktion des ... erst jetzt eingeleitet worden sei.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Geschlechtes 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 BMJ für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Da die Qualifikationen von A und B bereits im Verfahren vor der B-GBK im ... dargelegt worden sind und sich diesbezüglich keine Änderungen ergeben haben, hat die B-GBK auf eine Befragung der Antragstellerin und einer Vertreterin/eines Vertreters der Dienstbehörde verzichtet und über den Antrag aufgrund der Aktenlage und der Auskunft der Gleichbehandlungsbeauftragten ... beraten.

Das BMJ begründet die Betrauung von B mit der Funktion des ... mit der „Einschätzung des Anstaltsleiters und dessen Erfahrung mit den in Frage kommenden Personen“, nämlich dass sich B durch ein hohes Maß an Flexibilität, Organisationsstalent, Eigeninitiative und Entscheidungsfreudigkeit auszeichne und in der Lage sei, zwischen den Berufsgruppen zu vermitteln und ein sehr gutes Kommunikationsklima herzustellen. Als Leiter des ... habe er seine Führungs- und Managementqualitäten erkennen lassen. A weise eindeutig die geringste Qualifikation auf, und zwar insofern, als eine Führungsaufgabe, die das Zusammenwirken mehrerer und komplexer Organisationseinheiten beinhalte, ihre Fähigkeiten überfordere. Diese Einschätzung wurde der B-GBK bereits im Verfahren wegen der provisorischen Betrauung von B mit der Funktion mitgeteilt und hat die B-GBK im Gutachten vom ... festgestellt, dass ein Nachweis für die B attestierten Fähigkeiten fehlt, da eine eingehende objektive Prüfung der Qualifikationen der Bewerberin und des Bewerbers nicht stattgefunden hat, sondern der Besetzungsvorschlag offenbar auf der subjektiven Meinung vom Anstaltsleiter beruht. Für die B-GBK war in Anbetracht der von der Bewerberin und dem Bewerber bisher erfüllten Aufgaben nicht erkennbar, inwiefern B besser qualifiziert sein sollte als A. Neu im Vergleich zum ersten Verfahren vor der B-GBK ist das Vorbringen, es sei an der Justizanstalt ... üblich, dass Mitarbeiter/innen zunächst mit der Leitung der kleinsten Einheit, das sei der ..., betraut werden, und wenn sie/er „sich in dieser Funktion bewährt und ihre/seine Eignung unter Beweis gestellt hat, besteht für sie/ihn die Möglichkeit, sich für eine der höher bewerteten Funktionen zu qualifizieren“ (?). Aus dieser (etwas verschwommenen) Formulierung (es bleibt unklar, welche Möglichkeit sich zu qualifizieren Bedienstete nach der Leitung des ... noch haben) und der Darstellung der Besetzungspraxis im Antrag, nämlich dass gleichzeitig mit der endgültigen Betrauung mit einer Funktion die provisorische Betrauung mit der nächsthöheren Funktion erfolge, schließt die B-GBK, dass die Besetzung der Stellen ... nach dem Prinzip „Hinaufdienen“ erfolgt. Auch wenn diese Vorgangsweise üblich sein sollte, ist sie doch nicht zwingend, denn sonst wäre wohl in der Ausschreibung für die gegenständliche Funktion die Leitung des ... zumindest als erwünscht angeführt gewesen. Auch dürfte diese Praxis nicht durchgehend geübt werden, denn laut Auskunft der Gleichbehandlungsbeauftragten sind auch schon Bedienstete zu ... bestellt worden, ohne vorher den ... geleitet zu haben. Die Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerber/innen sind jedenfalls an den Anforderungen der Ausschreibung zu messen. In der gegenständlichen

Ausschreibung sind „ausgezeichnete Kenntnisse der Vorschriften in Vollzugsangelegenheiten sowie Aufgeschlossenheit gegenüber neuen Aufgaben und Problemen ...“ verlangt, aufgrund der bisherigen Tätigkeiten sollte der/die Bewerber/in in der Lage sein, Verständnis und Sensibilität im Umgang mit straffällig gewordenen Menschen aufzubringen. Weiters werden Loyalität, Eigeninitiative, Kommunikationsfähigkeit und Entscheidungsfreudigkeit erwartet. Erfahrungen aufgrund der Leitung des ... oder eines anderen in der (internen) Hierarchie unter dem ... angesiedelten Traktes werden, wie gesagt, nicht einmal als erwünscht angeführt. Das Argument, die Karriere als ... müsse bei der „kleinsten Einheit“ beginnen, ist offensichtlich ein Scheinargument.

Der Dienststellenausschuss der Justizanstalt ... hat A als am besten geeignet beurteilt. Die B-GBK ist im ersten Verfahren aufgrund der Berufslaufbahnen von A und B und mangels einer nachvollziehbaren Begründung der Dienstbehörde für die Bevorzugung von B zu dem Ergebnis gekommen, dass die Antragstellerin für die gegenständliche Stelle besser geeignet ist (bezüglich der näheren Begründung darf auf das Gutachten vom ... verwiesen werden) und hat empfohlen, sie zur ... des ... zu ernennen. Die Frau Bundesministerin für Justiz ist dieser Empfehlungen nicht nachgekommen und hat die Planstelle mit B besetzt. Eine sachlich nachvollziehbare Begründung für die endgültige Personalentscheidung konnte das BMJ nicht vorlegen. (Bedauerlicherweise wurde der B-GBK der Grund für die Zurückziehung des Antrages des Zentralausschusses auf Einholung eines Gutachtens der Personalvertretungs-Aufsichtskommission nicht mitgeteilt). Die B-GBK stellt daher fest, dass **A ein weiteres Mal aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert wurde**. Der Umstand, dass dem Vorschlag des Senates I der B-GBK nicht nachgekommen wurde, wird gemäß § 9 B-GIBG in den dem Nationalrat vorzulegenden Bericht über die Tätigkeit der Kommission aufgenommen.

Der Vollständigkeit halber darf zum Ausdruck gebracht werden, dass das Vorbringen des BMJ, A habe sich trotz Einladung nicht um den Arbeitsplatz ... beworben, und der Hinweis darauf, dass sie „über ausdrücklichen Auftrag“ des BMJ eingeladen worden sei, sich um den Arbeitsplatz ... zu bewerben, insofern irritierend ist, als es in den Ressorts üblich ist, dass sich Bedienstete aus eigenem Interesse und Entschluss um Arbeitsplätze und Funktionen bewerben. Wenn schon Einladungen zu Bewerbungen ausgesprochen werden, sollten sie an alle Bedienstete, die - gemessen an objektiven Kriterien - für einen Arbeitsplatz in Frage

kommen, ergehen und nicht zu dem Zweck erfolgen, eine/n Bedienstete/n von der Bewerbung um einen anderen Arbeitsplatz abzuhalten oder die/den Bediensteten für die Nichtberücksichtigung bei einer Stellenbesetzung zu entschädigen.

Empfehlung:

Die B-GBK empfiehlt mit Nachdruck, der Verpflichtung gemäß § 11 B-GIBG, auf die Beseitigung der Unterrepräsentation von Frauen in höheren Funktionen hinzuwirken, nachzukommen und generell in den Justizanstalten und speziell in der Justizanstalt ... frauenfördernde Maßnahmen zu setzen.

Wien, im Dezember 2006