

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.g.F., festzustellen, dass sie durch die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung um die Funktion der Leitung der Abteilung X im Bundesministerium für Justiz (BMJ) aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z5 und Z6 B-GIBG diskriminiert, jedenfalls aber das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG verletzt worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die Ernennung von B (=Mitbewerber) zum Leiter der Abteilung X im BMJ stellt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z5 B-GIBG dar.

B e g r ü n d u n g

As Antrag, eingebracht von der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMJ (AGG Justiz), langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. Folgendes wurde ausgeführt:

Mit ... sei die Planstelle der Leitung der Abt. X im BMJ ausgeschrieben worden. Es haben sich eine Frau und vier Männer beworben, darunter A und B. Von der Personalkommission für Staatsanwältinnen und Staatsanwälten im BMJ sei A vor B und einem weiteren Bewerber gereiht und als bestgeeignet zur Ernennung vorgeschlagen worden. Dessen ungeachtet sei B mit ... auf diese Planstelle ernannt worden. Durch die Ernennung des um 18 Jahre dienstjüngeren und in allen Bereichen weit weniger berufs- und leitungserfahrenen Mitbewerbers erachte sich A, die seit über 12 Jahren äußerst erfolgreich unterschiedliche Abteilungen im BMJ geleitet habe bzw. leite, auf Grund ihres Geschlechts gemäß § 4 Z5 und Z6 B-GIBG diskriminiert. A er-

weise sich bei einem Quervergleich als bestgeeignet. Im BMJ liege der Frauenanteil bei den Abteilungsleitungsfunktionen bei 28,57 %, weshalb im Anlassfall durch die Ernennung eines männlichen, nicht besser geeigneten Mitbewerbers auch das Frauenerförderungsgebot des § 11c B-GIBG verletzt werde.

Zum Sachverhalt wurde weiters ausgeführt, dass A von ... bis ... in der Rechtsprechung in ... tätig gewesen sei. Danach sei sie zweieinhalb Jahre Referentin in der Abt. ..., nunmehr Abt. Y gewesen und mit ... Abteilungsleiter-Stellvertreterin in der ...abteilung ... (OStA) geworden. Fast sechs Jahre lang habe sie Dienstrechtsangelegenheiten in der Sektion X mit so großem Erfolg betreut, dass ihr mit ... die Leitung der Abt. ... übertragen worden sei. Diese Abteilung habe sie mehr als neun Jahre lang mit großem Erfolg geleitet und das Erscheinungsbild sowie die Organisation der Justiz prägende Projekte umgesetzt. Mit ... habe sie schließlich die Leitung der Abt. ... für die ... übernommen und in dieser Funktion mit einem richtungsweisenden Projekt für den Bereich der Staatsanwaltschaften besondere Kenntnisse auch im Bereich der Organisation der Staatsanwaltschaften erworben und sich so einen umfassenden Einblick auch in den Betrieb der Anklagebehörden verschafft. Von ... bis ... sei sie Stellvertreterin des Vorsitzenden einer ...kommission beim BMJ gewesen. A habe durch den weit gespannten Bogen ihrer bisherigen Tätigkeiten und vor allem durch die Abwicklung zahlreicherer innovativer Projekte praktisch alle Zuständigkeitsbereiche der Justiz kennengelernt. Dabei habe sie sich weitreichende Kenntnisse der Justizorganisation sowie umfangreiches Organisations- und Managementwissen angeeignet und wichtige Erfahrungen bei der Behandlung komplexer Aufgabengebiete (auch im internationalen Kontext) gesammelt. Sie habe sich oft und höchst erfolgreich im Bereich der ...bewirtschaftung, des (Personal-) Controllings sowie der Dienst- und Fachaufsicht betätigt. Als Führungskraft in zentralen Positionen des BMJ habe sie in den fast 15 Jahren ihrer Leitungstätigkeit nachhaltige Verbesserungen in den Arbeitsabläufen, in der Kommunikation, im Wissensmanagement und in der Informationsvermittlung in insgesamt zwei Sektionen bewirkt. Zuletzt habe sie in der Abt. ... die diffizilen ...agenden und schwierige ...angelegenheiten bestens bewältigt. Die ihr übertragenen Aufgaben meistere sie mit viel Initiative, Entscheidungskraft, Verhandlungsgeschick und Durchsetzungsvermögen. Sie sei eine äußerst erfolgreiche Koordinatorin, bestens vernetzt, genieße breite Akzeptanz nach innen und außen, besitze ein hohes Konfliktlösungspotential und setze auf konstruktive Zusam-

menarbeit. Ihre Führungsqualitäten würden allseits geschätzt. In den Jahren .../... habe sie den Zertifikatslehrgang „Wirtschaftsrecht“ absolviert, ebenso Controlling für Führungskräfte in der Öffentlichen Verwaltung, Medientraining, Projektmanagement-, Qualitätsmanagement- und Wissensmanagementseminare. Sie sei Vortragende in den Justizverwaltungslehrgängen und Mitglied des ...teams. Der Leiter der ...sektion habe ihr daher eine ganz hervorragende Eignung attestiert. Die Personalkommission gestand ihr Besteignung - und damit einen Eignungsvorsprung gegenüber allen Bewerbern - zu.

B sei von ... bis Ende ... als Richter tätig gewesen, mit ... sei er dem BMJ dienstzuge- teilt worden, wo er fast drei Jahre lang Referent in der nunmehr ausgeschriebenen Abt. X gewesen sei. Von ... bis ... sei er in der Abt. Y (...) Referent und ab ... Abtei- lungsleiter-Stellvertreter gewesen. Mit ... habe er die Leitung der Abt. Y (...) über- nommen.

Bei der Gewichtung der Eignungskriterien sei nach § 54 Abs. 1 RStDG jeweils auf die konkrete zur Besetzung ausgeschriebene Planstelle abzustellen. Für die Leitung einer großen und entscheidenden Personalabteilung im BMJ seien umfassende Füh- rungserfahrung und -verantwortung, eingehende Kenntnis und Erfahrung des Justiz- dienstes (in der Rechtsprechung sowie im Dienstbetrieb bei Gerichten und Staats- anwaltschaften), fundiertes Organisations- und Managementwissen sowie Koordina- tionserfahrung bei komplexen Aufgabenstellungen und im Bereich des Dienstrechts wesentlich.

Gerade im Hinblick auf das sich aus der Ausschreibung ergebende Anforderungspro- fil komme A gegenüber B ein deutlicher Eignungsvorsprung zu: Sie verfüge über die weitaus längere und breiter gefächerte Erfahrung in einer Abteilungsleitung im BMJ (über zwölf Jahre gegenüber fast drei Jahren) und in Ansehung des Gerichtsbetriebs (mehr als dreizehn Jahre als Richterin gegenüber einem Jahr als Richter). Sie könne auf eine erfolgreiche Projekterfahrung verweisen, nämlich auf für die gesamte Justiz maßgebliche Innovationen wie den Intranet- und den Internetauftritt der Justiz sowie auf für den Gerichtsbetrieb so richtungsweisende Innovationen wie die Einführung der ..., der ..., der ... (B für die ...) und zuletzt die Umgestaltung des ... und der ... auch für den Bereich der Staatsanwaltschaften. In Kombination mit ihrer umfassen- den Erfahrung mit der Koordination in zwei Sektionen sowie zuletzt auch im Bereich der ... mit allen nachgeordneten Dienststellen des BMJ und dem Rechnungshof ver-

füge sie über Kenntnisse des allgemeinen Dienstrechts (als Stellvertreterin der Abteilung Y) und aktuell dessen praktischer Anwendung in den nachgeordneten Dienststellen (als Leiterin der Abteilung für ...). Wie B könne sie sich noch auf umfangreiche, auch internationale Aus- und Fortbildungsaktivitäten, einschließlich Vortragstätigkeit im Bereich von Justizverwaltungs- und Managementseminaren, berufen. In all ihren Leitungsfunktionen habe sie sich in fachlicher und organisatorischer Hinsicht bestens bewährt. Ihre Fähigkeit zur Motivation und Mitarbeiterführung, ihr Engagement und ihre hohe soziale Kompetenz hätten ihr höchste Anerkennung gesichert. In Ausführung ihrer Koordinationsaufgaben habe sie sich weit über die ...sektion hinaus Anerkennung als Führungspersönlichkeit verschafft. Ihr integratives Können sei es, das zahlreichen Projekten Erfolg verliehen habe, dies auch in ihr bis dato fremden Materien. Ihre ganz hervorragende Eignung für Führungsfunktionen haben ihr bislang sowohl der ...sektionschef in Ansehung einer Leitungsfunktion in der ...sektion sowie der Sektion X als auch die Begutachtungskommission im BMJ (gerade auch für die ausgeschriebene Leitungsfunktion) sowie zuvor die ad-hoc-Kommission beim Reihungsvorschlag für die Leitung der ...sektion sowie auch der ...sektion, wo sie nur den jetzigen Amtsinhabern nachgereiht (B aber vorgereiht) in den Besetzungsvorschlag aufgenommen worden sei, attestiert. Angesichts dessen und ihrem Geschick bei der Einarbeitung in völlig fremde Materien sei ihr jedenfalls eine ganz hervorragende Eignung für die Leitung der Abt. X zu attestieren.

In ihrem Bewerbungsgesuch habe A ihre Vorstellungen von den Schwerpunkten der Abteilung X dargestellt und ein Kurzkonzept zur Personalentwicklung und zur Mitarbeiterführung entwickelt, das ihre Vertrautheit mit den Agenden der Abteilung zeige. Ihr komme daher bei sachlicher Würdigung der Eignungskriterien gegenüber B - ungeachtet seiner um drei Jahre längeren Erfahrung in der ausgeschriebenen Abteilung - insgesamt ein Eignungsvorsprung zu.

Zur Rechtsfrage wurde ausgeführt, dass auch wenn A bereits über einen funktions- und besoldungsrechtlich gleichwertigen Arbeitsplatz wie den ausgeschriebenen verfüge, sich dieses Besetzungsverfahren nicht dem allgemeinen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des § 4 B-GIBG entziehe. Der einem Bewerbungsverfahren (oder einer Interessentensuche) zugängliche Wechsel des Arbeitsplatzes falle jedenfalls unter die sonstigen Arbeitsbedingungen (Z 6), die ja unmittelbar vom jewei-

ligen Arbeitsplatz bestimmt werden, wenn er nicht ohnedies auch unter den beruflichen Aufstieg (Z 6) zu subsumieren sei.

Da nicht erkennbar sei, an Hand welcher objektiver Eignungskriterien der Dienstgeber und in Abweichung vom Gutachten der Personalkommission entsprechend § 54 Abs. 1 RStDG von einer Besteignung des B ausgehen habe können, erachtet sich die Erstantragstellerin auf Grund ihres Geschlechts für unmittelbar diskriminiert. Dies würde auch selbst unter der Annahme einer bloß gleich guten Eignung der Bewerberin gelten, weil dann das höhere Dienstalter (ab Richterernennung) der Bewerberin gemäß § 33 Abs. 2 Z 2 RStDG iVm §§ 186 Abs. 1, 205 Abs. 3 RStDG den Ausschlag hätte geben müssen.

Gleichzeitig liege auch eine Verletzung des Frauenförderungsgebots nach § 11c B-GIBG sowie § 6 der VO über den Frauenförderungsplan des Justizressorts vor, weil der Frauenanteil bei den Leitungsfunktionen einer Sektion sowie der Funktion der Leitung einer Abteilung (Stabstelle) im BMJ weit unter 50 % liege. Solange die gesetzliche Quote nicht erfüllt sei und in der Person des Mitbewerbers nicht überwiegende Gründe vorliegen, sei der Bewerberin der Vorrang einzuräumen. Dass dadurch zwingend auch eine unmittelbare Änderung des Frauenanteils bei den Leitungsfunktionen eintreten müsste, verlange § 11c B-GIBG nicht. Er erfasse auch für den beruflichen Aufstieg erforderliche Querbewerbungen, die auf eine mittelbare Verbesserung des Frauenanteils bei den Leitungsfunktionen hinauslaufen, indem sie einerseits eine weitere Leitungsfunktion für nachrückende Frauen freimachen und andererseits einen weiteren beruflichen Aufstieg im nächsten Schritt ermöglichen. Im Anlassfall wäre dies die Bewerbung um die Funktion der stellvertretenden Leitung der Sektion X, welche nur den Abteilungsleiter/innen dieser Sektion offen stehe und mit deren Ausschreibung deshalb auch bis zur Besetzung der letzten offenen Abteilungsleitung dieser Sektion zugewartet werde (derzeit sei dies die Abt. Y, deren Leitung durch die Ernennung von B zum Leiter der Abt. X frei geworden sei).

Es werde daher die Feststellung einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A und einer Verletzung des Frauenförderungsgebots nach § 11c B-GIBG sowie § 6 der VO über den Frauenförderungsplan des Justizressorts beantragt.

Die Zweitantragstellerin beantrage weiters festzustellen, dass „auch ein (angestrebter) nicht zu besoldungsrechtlichen Unterschieden führender Wechsel des Arbeitsplatzes (einer auszuschreibenden Planstelle) sowie das diesem zugrundeliegende Besetzungsverfahren (oder

Verfahren zur Betrauung mit diesem Arbeitsplatz nach interner Interessentensuche) dem Anwendungsbereich sowie dem Diskriminierungsverbot der §§ 4 und 4a B-GIBG unterliegen“ sowie dass „bei entsprechender Unterrepräsentation von Frauen das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG auch dann zum Tragen kommt, wenn die Bewerberin bereits in einer besoldungsrechtlich gleichwertigen hervorgehobenen Verwendung (Funktion) wie der angestrebten tätig ist (Querbewerbung), insbesondere wenn die von ihr angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) unmittelbar oder mittelbar aufstiegsrelevant, aber jedenfalls zumindest mittelbar zur Erhöhung des Frauenanteils bei Leitungsfunktionen mit Unterrepräsentation von Frauen geeignet ist.“

Dem Antrag waren die Äußerung der Vorsitzenden der AGG Justiz ... zu den Bewerbungen, das Bewerbungsgesuch von A samt Lebenslauf, ... (Leiter der ...sektion) Äußerung zum Bewerbungsgesuch sowie ein Auszug aus der Statistik des BMJ bezgl. „Leitungsfunktionen und Höherwertige Verwendungen“ (Stand: ...) angeschlossen. Diese Ausführungen sind im Wesentlichen bereits Bestandteil des Antrags und müssen daher nicht wiedergegeben werden.

Weiters war dem Antrag die Ausschreibung vom ... angeschlossen: Neben der Erfüllung der Ernennungserfordernisse des § 174 RStDG und dem sich aus dem Aufgabengebiet für die ausgeschriebene Stelle ergebenden fachlich-inhaltlichen Anforderungsprofil wurden noch folgende „besondere Fähigkeiten und Kenntnisse“ erwartet: Fach- und Managementwissen: Mehrjährige Praxis und Erfahrung im Justizdienst, umfassende Kenntnisse der Justizorganisation, Organisations- und Managementwissen, Erfahrung in der Koordinierung komplexer Aufgabengebiete.

Lösungs- und Umsetzungskompetenz: Fähigkeit zu analytischem und vernetztem Denken und Handeln, konsequente Zielverfolgung, ausgeprägte Organisations- und Koordinierungsfähigkeit, Initiative und Entscheidungskraft, Verhandlungsgeschick und Durchsetzungsvermögen.

Persönliche Anforderungen: Ein hohes Maß an sozialer Kompetenz, insbesondere ausgeprägte Eignung zur Führung und Motivation von Mitarbeiter/innen, Verantwortungsbewusstsein und absolute Verlässlichkeit, repräsentatives Auftreten und Überzeugungskraft, Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit.“

Weiters wurde im Ausschreibungstext darauf hingewiesen, dass angesichts des Bestrebens der Justiz, den Anteil der Frauen in Leitungsfunktionen zu erhöhen, Bewerbungen von Frauen besonders erwünscht seien.

Auf Ersuchen des Senates I der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) übermittelte das BMJ mit ... eine Stellungnahme zum Antrag. A betreffend wurde die Beurteilung von SC ..., B betreffend die Beurteilung des Leiters der Sektion X (...) ... zusammenfassend wiedergegeben. – Der Leiter der Sektion X habe ausgeführt, dass der Bewerber sich schon von Beginn seiner Referententätigkeit im BMJ an als Leistungsträger etabliert und sich spätestens im Rahmen seiner langjährigen Tätigkeit in der Abteilung Y zu einer Stütze entwickelt habe. B sei eine vielseitige, hoch motivierte und den Justizzielen in besonderer Weise verpflichtete Persönlichkeit. Seine Fähigkeit, in großen Zusammenhängen zu denken und verflochtene Problemlagen zu analysieren, kombiniert mit seinen exzellenten, breit gefächerten juristischen Kenntnissen und seinem hohen Berufsethos ließen ihn „zur idealen Verkörperung“ für die Leitung der Abt. Y (...) werden, die er mit „herausragendem Einsatz, exzellenten Ergebnissen und klarem Blick auf die vielfältigen Strukturierungs- und Handlungserfordernisse“ leite. Er habe unter schwierigen Rahmenbedingungen binnen kürzester Zeit wesentliche Umgestaltungsnotwendigkeiten im ... identifiziert und eine Vielzahl von Entwicklungs- und Qualitätssicherungsprojekten gestartet. In der verhältnismäßig kurzen Zeit seiner Leitungsverantwortung seien eine Reihe von inhaltlich richtungsweisenden und strukturverbessernden Projekten in Gang gekommen oder umgesetzt worden (z.B. ...). Dass er für derartige, extrem kommunikationsabhängige Projekte noch Raum finde, sei auf seine ausgeprägte Bereitschaft zurückzuführen, sich für das Funktionieren der Justiz einzusetzen und das Verständnis für den ... zu stärken, was auch in seiner Vortragstätigkeit innerhalb und außerhalb der Justiz und in schriftlichen Beiträgen zum Ausdruck komme. Der Bewerber sei ein brillanter Jurist, der über profunde Kenntnisse des Dienstrechts, des Besoldungsrechts, des Organisationsrechts und anderer Rechtsgebiete sowie über beeindruckende Fähigkeiten zu analytischem und vernetztem Denken verfüge. Sein zurückhaltendes Auftreten zeige seine respektvolle Umgangsart und persönliche Bescheidenheit. Er habe dem ... zu der ihm gebührenden Stellung innerhalb der Justiz verholfen und sich in und außerhalb der Justiz hohe Anerkennung erworben. Er sei befähigt, sich in gänzlich neue Arbeitsgebiete binnen kürzester Zeit einzuarbeiten, verfüge über umfassende Kenntnisse der Justiz und sei neben dem ... mit dem Aufgabenbereich der Abteilung X bestens vertraut und auf Grund seiner langen Tätigkeit in der Justizverwaltung auch bei den Dienstbehörden bestens bekannt. Im Fall seiner Ernennung sei von einer

reibungslosen Übernahme sämtlicher Abteilungssachen „ohne jegliche Einarbeitungszeit“ auszugehen. Er sei wie kein anderer in alle Abteilungsmaterien „eingedacht“ und verfüge über die seltene Gabe, bei auch nur kurzem „Anreißen“ eines Themas, sofort den Kern des Problems zu erfassen und auch einen tiefen Lösungsansatz parat zu haben. Gerade im Bereich der Abteilung X, die in den letzten Jahren zahlreiche personelle Veränderungen erfahren habe, wäre die Übernahme der seit ... formell vakanten Abteilungsleitung durch eine derart starke Führungspersönlichkeit eine „ideale Grundlage“ für die laufende Abteilungsarbeit und für die in seiner Bewerbung angedachten Abteilungsprojekte und die „Attraktivierung“ des Berufsstandes insgesamt. B sei zweifellos eine der „absoluten Spitzenkräfte“ der Justiz, die für die Leitung der Abteilung X „ganz hervorragend und im höchsten Maß“ geeignet erscheine.

In der Stellungnahme des BMJ wurde weiters ausgeführt, dass die Personalkommission A an die erste und B an die zweite Stelle ihres Besetzungsvorschlages gereiht und auf ein Hearing verzichtet habe. Der Eignungsvorsprung von A sei mit ihrer deutlich längeren Leitungserfahrung begründet worden. Außerdem sei ihr (wie auch B) eine überaus erfolgreiche Abteilungsleitung attestiert worden, dass sie ebenso mit den maßgeblichen Aufgaben der Abteilung X vertraut sei und in ihrem Bewerbungsgesuch (wie auch B) ein hervorragendes und überzeugendes Konzept zum Personalmanagement und zur Entwicklung der Dienstaufsicht vorgelegt habe. Abweichend vom Reihungsvorschlag der Personalkommission habe sich die Bundesministerin für Justiz nach einem Hearing am ... mit der Erst- und dem Zweitgereihten für B entschieden. Das BMJ sei der Auffassung, dass dadurch weder das Gleichbehandlungs- noch das Frauenförderungsgebot verletzt worden sei. Bei aller Anerkennung der Fähigkeiten und Verdienste von A sei B aus rein sachlichen, mit dem Geschlecht der beiden Bewerber(!) in keinerlei Zusammenhang stehenden Überlegungen ein Eignungsvorsprung zuzubilligen und daher der Vorzug zu geben gewesen. Die „außergewöhnliche juristische Begabung“, die „Leitungserfolge“ und die „besondere persönliche Qualifikation“ von B wurden „an Hand eines kurzen Abrisses seines beruflichen Werdegangs“ dargestellt:

... „Master of...; Ernennung zum Richter mit dem bestmöglichen Kalkül „hervorragend geeignet“; ab ... Referent in der Abteilung X des BMJ, ab Mitte ... Referent in der Abteilung Y; ... Ernennung zum stellvertretenden Leiter der Abteilung Y; ... Er-

nennung zum Leiter der Abteilung Y. Als Leiter dieser Abteilung habe er unter schwierigen Rahmenbedingungen die Neustrukturierung des ... deutlich vorangetrieben und wesentlich zum Erfolgsprojekt des ... beigetragen. De facto übe B seit einem Jahr die Funktion der Stellvertretung des Leiters der Sektion X aus. Eine derartige, „für den Zuständigkeitsbereich der Abteilung X unmittelbar relevante Leitungsfunktion“ sei hingegen von A bisher nicht ausgeübt worden. Er weise „überdurchschnittliche Leistungserfolge“ auf, werde völlig zu Recht als absolute Spitzenkraft angesehen und habe auch in seiner neuen Funktion als Leiter der Abteilung X seine „außergewöhnliche“ Belastungsfähigkeit „eindrucksvoll“ unter Beweis gestellt. Sein „enormes“ Fachwissen gebe er als Vortragender bei allen Justizmanagementlehrgängen und sowie personalrechtsspezifischen Fortbildungsveranstaltungen in der Justiz weiter. Dabei sei es ihm gelungen, ein „positives Kontaktnetz“ mit Entscheidungsträgern in den Justizbehörden in den Ländern, aber auch im ... und in der ... aller Bereiche und Bedienstetengruppen aufzubauen.

Das BMJ führte weiters aus, dass die Personalkommission ihre Reihung an Hand der „einseitigen Betonung des Beurteilungskriteriums der bisherigen Berufs- und Führungserfahrung und allein nach ihrer Dauer begründet“ habe. Käme es bei der Beurteilung dieser Eignungskriterien allein auf die leicht messbare Dauer von Vortätigkeiten an, wäre der Vorschlag einer Personalkommission entbehrlich. Entscheidend könnten wohl nur Art und Erfolg dieser bisherigen Verwendung und die dabei gewonnene Fähigkeit sein, diese Erfahrungen und Kenntnisse für die angestrebte Funktion nutzbar zu machen. Diese Voraussetzungen seien bei B in „weitaus höherem Maße“ gegeben als bei A. Dem Leiter der Sektion „...“ müsse zugebilligt werden, auf Grund seiner Vorgesetztenfunktion B wesentlich genauer und unmittelbarer einschätzen zu können als es den Mitgliedern der Personalkommission auf Grund einer nur mittelbar erfolgten Informationsaufnahme möglich gewesen sei. ...s Einschätzung, wonach B für die Leitung der Abteilung X nicht nur „absolut hervorragend“ geeignet, sondern „der logische Nachfolger“ für diese Aufgabe sei, sei besonderes Gewicht beizumessen gewesen. A habe zwar eine längere Berufs- und Leitungserfahrung in anderen Zuständigkeitsbereichen, jedoch keine Vortätigkeit im Aufgabenbereich der Abteilung X vorzuweisen. Dieser „gravierende Eignungsnachteil“ sei weder durch die von der Personalkommission betonte Aus- und Fortbildungsfreude der Bewerberin noch durch deren Auslandstätigkeiten im Rahmen von ...-Projekten wett-

zumachen. Weiters habe A - im Gegensatz zu B - bisher keine für die Leitung der Abteilung X unmittelbar relevante Vortragstätigkeit. B verfüge unter allen BewerberInnen „unangefochten“ über die umfassendsten einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen in Bezug auf die konkreten Aufgabenstellungen der Abteilung X und jahrelange Praxis in der einzelfallbezogenen Anwendung der dienst- und besoldungsrechtlichen Normen für Richter(!) und Staatsanwälte(!) sowie in der Legistik für diesen Bereich, während A zwar über allgemeines theoretisches Fachwissen zur ...bewirtschaftung und (Personal-) Controlling verfüge, dieses jedoch stets nur mittelbar und überwiegend länger zurückliegend anzuwenden gehabt habe.

Im von der Bundesministerin für Justiz ... am ... durchgeführten Hearing sei A und B Gelegenheit gegeben worden, in gleichgelagerten Settings an Hand von zwölf offenen Fragen ihre Vorstellungen von der Positionierung der Abteilung X zu skizzieren, ihr Verständnis von der Führung dieser Organisationseinheit offen zu legen und auch ihr Fachwissen unter Beweis zu stellen. Während A dabei in mehreren Punkten eine „defensive Position“ eingenommen habe, teilweise bei ihr „echte“ Wissenslücken aufgetreten seien oder sie bei der Frage, ob die Staatsanwaltschaften in ihrer Position gestärkt werden sollten, schlicht auf politische Entscheidungen rekurriert habe, ohne eine eigene Meinung zu entwickeln, sei B mit einem proaktiven Verständnis an die Fragestellungen herangegangen und habe „spontan“ Ideen und kreative Lösungsansätze entwickelt. Insgesamt habe B in seiner Fachkompetenz fundierter, erfahrener, gewandter und letztlich auch interessierter gewirkt, sodass ihm ein eindeutiger Qualifikationsvorsprung zuzubilligen gewesen sei. Eine Betrauung der sektionsfremden A hätte außerdem eine (neuerliche) Phase der Umstellung bzw. eine für sie erforderliche Einarbeitung in ihr fremde Materien bedingt und zumindest am Beginn zu gewissen Reibungsverlusten führen können, was im Hinblick auf die angespannte Personalsituation in dieser Abteilung (die Funktion der Stellvertretung sei seit längerem vakant) nicht zugebilligt werden habe können.

Abschließend führte das BMJ aus, dass die monierte allfällige künftige Behinderung beim beruflichen Aufstieg durch Verbleib von A in ihrer bisherigen „ohnedies bestbewerteten Abteilungsleiterinnenfunktion“ jeglicher Grundlage entbehre, zumal auch eine Betrauung von A sowie eine anschließende hypothetische Bewerbung und eine fiktive Betrauung mit der vakanten Funktion der Stellvertretung der Leitung der Sektion X keine Verbesserung ihrer besoldungsrechtlichen Stellung mit sich gebracht hät-

te. In diesem Zusammenhang verwies das BMJ auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 12.05.2010, 2009/12/0151).

Der Stellungnahme waren das Bewerbungsgesuch von B, die Äußerung des Leiters der Sektion X zu Bs Bewerbung sowie das Protokoll und das Gutachten samt Reihungsvorschlag der Personalkommission vom ... angeschlossen. Bs Bewerbungsgesuch und die Äußerung des Leiters der Sektion X sind im Wesentlichen bereits Bestandteil der Stellungnahme des BMJ und müssen daher nicht wiedergegeben werden.

Die Personalkommission führte in ihrem Besetzungsvorschlag zunächst die Aufgaben der Abteilung X an. Das sind im Wesentlichen:

Zur Begründung für ihre Reihung führte die Personalkommission einleitend aus, dass es sich bei der Abteilung X um eine entscheidende Abteilung handle, in der die ursprünglich in verschiedenen Abteilungen behandelten Agenden seit der Organisationsreform ... zur Entwicklung ganzheitlicher Lösungsansätze für die ...bewirtschaftung zusammengeführt seien. Die Abteilung sei als Anlaufstelle in Fragen der ...verwaltung anerkannt, was von der/dem Leiter/in entsprechende Bereitschaft zur ständigen, verschiedene Interessen ausgleichenden Kommunikation mit allen maßgeblichen Entscheidungsträgern, anerkannte Expertise, Transparenz und verstärkte Betonung des Servicecharakters erfordere.

A verfüge über eine über dreißigjährige Erfahrung in der Justiz, davon fast 14 Jahre in der Rechtsprechung in Im Rahmen ihrer Tätigkeit in verschiedenen Abteilungen des BMJ habe sie einen umfassenden Einblick in den Betrieb der Gerichte und Staatsanwaltschaften, genaue Kenntnis der Justizorganisation, umfangreiches Organisations- und Managementwissen sowie umfassende Leitungserfahrung erworben. Durch Abwicklung zahlreicher Projekte habe sie praktisch alle Zuständigkeitsbereiche der ...sektion kennengelernt, aber auch einschlägige und umfassende Kenntnisse im Bereich der Agenden der Abteilung X erworben, wobei ihr die Beteiligung auch an internationalen Projekten zudem eine Reflexion der österreichischen Besonderheiten vor internationalem Hintergrund erlaube. In ihrem Bewerbungsgesuch habe sie ein klares aktuelles Konzept der von der Leitung der Abteilung X in Angriff zu nehmenden Aufgaben entwickelt (wie schon anlässlich ihrer letzten Bewerbung für die Leitung der Abteilung X vor eineinhalb Jahren). Sie sei eine anerkannte Führungskraft im BMJ und habe nachhaltige Verbesserungen in den Arbeitsabläufen, in

der Kommunikation, in der Informationsaufbereitung und im Wissensmanagement bewirkt und verfüge unbestritten über ein hohes Konfliktlösungspotential, große Einsatzfreude, Entscheidungskraft, Verhandlungsgeschick, Durchsetzungsvermögen, hohe soziale Kompetenz, absolute Verlässlichkeit und Verantwortungsbewusstsein. B verfüge über eine fast dreizehnjährige Justizerfahrung, wovon er ein Jahr erfolgreich in der Rechtsprechung tätig gewesen sei. Im Rahmen seiner langjährigen Tätigkeit im BMJ habe er seine brillanten juristischen Kenntnisse, sein herausragendes organisatorisches Geschick, seine Fähigkeit, in großen Zusammenhängen zu denken und strategisch zu planen sowie seine Fähigkeiten im Bereich der Entwicklung und des maßgesteuerten Einsatzes von ... nachdrücklich unter Beweis stellen können. Abgesehen von seiner äußerst erfolgreichen Führung der Abteilung Y, die er seit fast drei Jahren leite und in der er wegweisende Projekte umgesetzt bzw. Reformen in Gang gebracht habe, sei er mit den Aufgabenfeldern der Abteilung X auf Grund seiner vormaligen Tätigkeit und auch seines Interesses an Fragen der richterlichen und staatsanwaltschaftlichen ... bestens vertraut. Er habe klare Vorstellungen vom Tätigkeitsfeld der Abteilung X und - wie ihm der Leiter der Sektion X bescheinigt habe - buchstäblich sofort nach Anreißen eines Problems im Bereich der Abteilung in der Lage, dessen Kern zu erfassen und einen profunden Lösungsansatz anzubieten. Die Personalkommission kam zum Ergebnis, dass im Quervergleich A auf Grund ihrer deutlich längeren erfolgreichen Leitungserfahrung an die erste Stelle zu reihen sei, wie im Übrigen bereits anlässlich des im ... [gemeint wohl ...] für die Besetzung der Abt. X erstatteten Vorschlags. Darüber hinaus werde A (wie auch B) eine überaus erfolgreiche Abteilungsleitung attestiert, sei sie ebenso mit den maßgeblichen Aufgaben der Abteilung X vertraut und habe (wie auch B) ein hervorragendes und überzeugendes Konzept zum ... vorgelegt.

In der Sitzung des Senates I der B-GBK am ... führte A aus, dass die Personalkommission bei der ersten Bewerbung um die Leitung dieser Abteilung (Ausschreibung im ...) ebenfalls sie an erster Stelle gereiht habe, B sei an dritter Stelle und ... an zweiter Stelle gereiht gewesen. Die Personalkommissionen für die beiden Besetzungsverfahren der Abteilung X seien unterschiedlich zusammengesetzt gewesen. Bei der gegenständlichen Besetzung habe es kein Hearing vor der Personalkommission gegeben. Weil der Vorschlag der Kommission „offenbar nicht gepasst“ habe, habe dann das Hearing der Bundesministerin stattgefunden. Im Nachhinein betrach-

tet habe sie den Eindruck, dass alle Fragen im Hearing letztlich darauf hinausgelaufen seien, eine Argumentation dafür zu finden, dass B „das Rennen macht“. Beim Hearing seien die Ministerin, der ...chef ... und der Leiter der ...abteilung ..., zuständig für das Personal der ..., ... anwesend gewesen. Die Gleichbehandlungsbeauftragte habe nicht teilgenommen. Vom „Fragensetting“, das in einem engen inhaltlichen Kontext zu den Aufgaben der Abteilung X gestanden sei, habe natürlich B als „Kandidat aus der Sektion X“ profitiert. Für ihn als dem seit einem Jahr de facto stellvertretenden Leiter der Sektion müsse es ein Leichtes gewesen sein, etwas Passendes zu den in der Sektion gerade anstehenden Angelegenheiten zu sagen. Es habe sie „schwer getroffen“, dass in der Stellungnahme des BMJ von ihren „Wissenslücken“ gesprochen worden sei. B habe einfach aus seiner Tätigkeit in der Sektion einen Informationsvorsprung gehabt, und es sei nicht fair, diesen Vorsprung als ihre Wissenslücke zu interpretieren, das gehe schon in Richtung Diffamierung ihrer bisherigen Tätigkeiten und Leistungen. Zum Vorbringen des BMJ, sie habe beim Hearing defensiv reagiert, sei zu sagen, dass B sich über die im Hearing in einigen Minuten aufgeworfenen Problemstellungen schon Monate Gedanken machen habe können. Es sei nicht fair, dann zu sagen, er sei innovativ und habe tolle Lösungsansätze, während sie defensiv sei. Es sei beim Hearing auch um die Stellung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte gegangen, was im Ressort sehr wichtig sei, und sie habe sich zu diesem Punkt in ihrer Bewerbung auch schriftlich geäußert. Sie könne sich erinnern, dass sie im Hearing ausgeführt habe, dass das eine eminent politische Frage sei, was auch dadurch bestätigt werden, dass der derzeitige Justizminister gegenwärtig zur Frage der Weisungsfreiheit von Staatsanwälten/innen eine Expertenkommission einsetzen habe wollen. Letztendlich seien Abteilungsleiter/innen und auch Sektionsleiter/innen Beamtinnen und Beamte und haben zur Kenntnis zu nehmen, was die Führungsspitze entscheide, man könne diese nur beraten. A führte weiters aus, dass die Fragen von der Bundesministerin und von ... gestellt worden seien, sie habe jedenfalls keine schriftlichen Fragen bekommen, sie müssen aber ausgefertigt gewesen sein, denn ... habe sie teilweise abgelesen.

Der informierte Vertreter des BMJ, ..., verwies auf die Stellungnahme und führte aus, dass er als Vorgesetzter von A eine Stellungnahme über ihre Eignung für die Abteilungsleitung abgegeben habe und seine Beurteilung sei „sehr positiv“ gewesen. Die Beurteilung von B durch ... sei aber „geradezu hymnisch“ ausgefallen. Zu sagen sei,

dass B zu Beginn seiner Karriere drei Jahre in dieser Abteilung gewesen sei und sie (vor seiner Ernennung) monatelang de facto geleitet habe. Drei Jahre lang habe er die „schwierige“ Abteilung Y (...) geleitet und sei mit ...Angelegenheiten befasst gewesen. Er sei als brillanter Jurist bezeichnet worden, habe auch publiziert, und er sei auch von seiner Persönlichkeit her sehr akzeptiert, er sei sehr bescheiden. Er könne mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und auch mit Externen gut umgehen. Man habe davon ausgehen können, dass es einen reibungslosen Übergang ohne jede Einarbeitungszeit gebe, wenn er die Abteilung übernehme. Zum Reihungsvorschlag der Personalkommission führte der informierte Vertreter des BMJ aus, aus seiner Sicht habe die Kommission die längere Abteilungsleitung von A zu positiv bewertet, es hätten auch andere Faktoren berücksichtigt werden müssen. Die Durchführung eines Hearings mit der Ministerin sei die alleinige Entscheidung der Ressortleitung gewesen und habe letztlich eine wesentliche Rolle für die Entscheidung gespielt. Es sei der Ressortleitung überlassen, ein Hearing durchzuführen, wenn man meine, sich zusätzlich zu den schriftlichen Unterlagen eine Meinung über die Bewerber/innen bilden zu müssen. Das sei schon „ab und zu“ der Fall gewesen, wie oft, wisse er nicht hundertprozentig, aber er glaube, es sei nicht das erste Mal gewesen, so habe es bei der Besetzung von Leitungsfunktionen in nachgeordneten Dienststellen schon solche Hearings gegeben. Da er beim Hearing nicht dabei gewesen sei, könne er dazu nichts sagen. Aus seiner Sicht würde es dem Gebot der Fairness entsprechen, wenn man die von der Dienstgeberseite involvierten Personen befragen würde. Bei der Leitung der Abteilung X gehe es um die Leitung einer sehr wesentlichen Abteilung. Im Übrigen habe man bei dieser zweiten Bewerbung die Fähigkeiten und Kenntnisse, die B als Leiter der Abteilung Y erworben habe, miteinbeziehen müssen. Die Voraussetzungen bei seiner zweiten Bewerbung seien daher andere gewesen als bei der ersten. Zum Vorbringen von A, dass B auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Sektion X einen Informationsvorsprung gehabt habe, sei zu sagen, dass man sich über die Aufgaben einer Organisationseinheit Gedanken machen müsse, wenn man sich um eine Leitungsfunktion bewerbe, es stehe einem Beamten auch zu, sich zu gewissen Themen Gedanken zu machen.

A replizierte, dass sie selbstverständlich beim Hearing eine Meinung geäußert habe, sie habe bloß abschließend deponiert, dass die letzte Entscheidung bei der politischen Ebene liege. Es sei auch mit der „Kontinuität“ argumentiert worden sei, und

die Zugehörigkeit zur Sektion X sei als wesentlich herausgestrichen worden. B habe aber die Leitung der Abteilung Y bekommen, obwohl er aus einer „fremden“ Sektion gekommen sei und habe die Bewerberin aus der Sektion X „aus dem Rennen geschlagen“. Zur Bemerkung in der Stellungnahme des BMJ, dass sie sich beim Hearing weniger interessiert gezeigt habe, sei zu sagen, dass das wie ein Hohn klinge, ihre „Aktionen“ haben doch deutlich gezeigt, dass sie sich für die Abteilung interessiere. Als sie sich erstmals um die Abteilung X beworben habe, habe man ihr zu verstehen gegeben, man denke, sie bewerbe sich nur, um Sektionschefin zu werden. Das sei natürlich auch ein Aspekt gewesen, doch die Arbeit in der Abteilung habe sie aus inhaltlichen Gründen interessiert. Dann habe sie sich um die Leitung der Sektion X beworben und sie habe sich nun auch ein zweites Mal um die Leitung der Abteilung X beworben, obwohl im Fall, dass man ihr die Funktion übertragen hätte, ihr bisheriger Konkurrent ..., der im Bewerbungsverfahren immer hinter ihr gelegen sei, ihr Sektionschef gewesen wäre.

Der informierte Vertreter des BMJ erläuterte abschließend die Rechtsauffassung des BMJ, nämlich dass keine Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg vorliegen könne, wenn mit der Betrauung mit einer Funktion keine finanzielle Besserstellung erfolge. Diese Rechtsauffassung vertrete das BMJ auch ungeachtet des Umstandes, dass die B-GBK im Zusammenhang mit der ersten Ablehnung der Bewerbung von A um die Leitung der Abteilung X festgestellt habe, dass eine Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg auch vorliegen könne, wenn mit der angestrebten Funktion keine bessere besoldungsrechtliche Stellung verbunden sei. Der informierte Vertreter des BMJ verwies diesbezüglich auf das erwähnte Erkenntnis des VwGH.

A replizierte, dass sie auf Grund der Ablehnung ihrer Bewerbung um die Leitung der Abteilung X auch nicht stellvertretende Leiterin der Sektion X werden habe können.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z5 bzw. Z6 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), bzw. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen 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 waren also die Begründungen des BMJ für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Gemäß § 11c B-GIBG („Vorrang beim beruflichen Aufstieg“) sind Bewerberinnen, die für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) gleich geeignet sind wie der bestgeeignete Mitbewerber, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, entsprechend den Vorgaben des Frauenförderungsplanes solange vorrangig zu bestellen, bis der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten in der betreffenden Funktionsgruppe ... im Wirkungsbereich der jeweiligen Dienstbehörde 50 % beträgt. Diese Bestimmung beinhaltet die Verpflichtung des Dienstgebers, die fachliche und persönliche Eignung jeder Bewerberin und jedes Bewerbers nach einheitlichen Kriterien zu prüfen und nach Vornahme eines Wertungsvergleiches zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern das Maß der Eignung festzustellen.

Zusammengefasst argumentierte das BMJ die bessere Eignung von B damit, dass er im Gegensatz zu A über umfassendere einschlägige Kenntnisse im unmittelbaren Aufgabenbereich der Abteilung X sowie über jahrelange Praxis in der einzelfallbezogenen Anwendung der ... Normen für Richter/innen und Staatsanwält/innen verfüge. Er habe bereits hervorragende Erfolge als Abteilungsleiter sowie interimistischer Stellvertreter des Leiters der Sektion X erbracht und erscheine auf Grund seines in dieser Zeit erworbenen Wissens, seiner außerordentlichen Fachkenntnisse und persönlicher Fähigkeiten als der „logische Nachfolger“ für die Leitung der Abteilung X. Demgegenüber habe A keine „Vortätigkeit“ im Aufgabenbereich der Abteilung X und verfüge lediglich über allgemeines theoretisches Fachwissen zur ...bewirtschaftung und (Personal-)Controlling, das sie jedoch stets nur mittelbar und überwiegend länger zurückliegend anzuwenden gehabt habe, weshalb sie sich in ihr fremde Materien erst einarbeiten hätte müssen. Außerdem habe sich die Bundesministerin für Justiz in einem Hearing ein persönliches Bild von der/ Bewerberin und dem Bewerber gemacht. Dabei habe B in seiner Fachkompetenz fundierter, erfahrener, gewandter und

letztlich interessierter gewirkt, sodass ihm nicht zuletzt als Ergebnis dieses Hearings ein „eindeutiger“ Qualifikationsvorsprung zuzubilligen gewesen sei.

Auf der Grundlage der bisherigen (Leitungs-)Tätigkeiten von A, der Begründung der Personalkommission für ihre Reihung der Bewerberin und des Bewerbers sowie der Ausführungen im Antrag und insbesondere in der Sitzung des Senates kam der Senat zu dem Ergebnis, dass die Kenntnisse und Fähigkeiten von B als Voraussetzungen für die Leitung der Abteilung X im Vergleich zu jenen von A überbewertet bzw. deren Qualifikationen für die konkrete Leitungsfunktion unterbewertet wurden. Sowohl der Bewerberin als auch dem Bewerber wurde von ihren Vorgesetzten attestiert, „ganz hervorragend“ (...) bzw. „ganz hervorragend und im höchsten Maß“ (...) geeignet zu sein. ... hielt darüber hinaus fest, mit der Ernennung seines Mitarbeiters wäre die „ideale Grundlage“ für die laufende Abteilungsarbeit, die geplanten Abteilungsprojekte und die „Attraktivität des Berufsstandes insgesamt“ geschaffen. ... meinte in der Sitzung des Senates, die Beurteilung von B durch ... sei geradezu „hymnisch“ ausgefallen, und dieser Beurteilung besonderes Gewicht beizumessen (gewesen), weil der Leiter der Sektion X („...“) seinen Mitarbeiter genauer und unmittelbarer einschätzen könne als die Mitglieder der Personalkommission es könnten. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der informierte Vertreter des BMJ bereits im Zuge der vorherigen Besetzung der Leitung der Abteilung X (Ausschreibung ...) von der (anders besetzten) Personalkommission als bestgeeignete Bewerberin vor dem zweitgereihten Bewerber ... und dem drittgereihten B vorgeschlagen wurde.

Diesem Reihungsvorschlag ging eine Anhörung vor der Personalkommission voraus und die Kommission attestierte, A habe profund die Problembereiche im Aufgabefeld der Abteilung dargestellt und sei gewandt auf kritische Fragen eingegangen (vgl. Gutachten der B-GBK vom ...). Dennoch entschied sich das BMJ damals - ohne ein Hearing der Ressortleitung - für die Ernennung des Zweitgereihten ... (u.a. auch mit dem Argument, die Leiterin der Sektion X habe ihn als „logischen Nachfolger“ bezeichnet). Im gegenständlichen Besetzungsverfahren wurde sogar ein Hearing mit der Bundesministerin durchgeführt, obwohl die Personalkommission eine Anhörung der Bewerber/innen nicht für notwendig erachtete, und es wurde (wieder) dem wesentlich dienstjüngeren Mitbewerber der Vorzug gegeben. Die unterschiedlichen Vorgehensweisen legen den Verdacht nahe, dass man schlicht keine Frau in dieser als so bedeutend beschriebenen Position wollte. Kritisch ist auch anzumerken, dass

die Gleichbehandlungsbeauftragte dem Hearing nicht beigezogen wurde. Der des Zwecks des Hearings war laut der Stellungnahme des BMJ der, der Bewerberin/dem Bewerber die Gelegenheit zu gegeben, ihre Vorstellungen von der Positionierung der Abteilung X zu skizzieren, ihr Verständnis von der Führung der Abteilung offen zu legen und ihr Fachwissen unter Beweis zu stellen. Dass das Hearing tatsächlich diesen Zwecken gedient hätte, ist insofern nicht schlüssig, als der Bewerberin und dem Bewerber im Bewerbungsverfahren hervorragende fachliche Kenntnisse sowohl von ihren Vorgesetzten als auch von der Personalkommission attestiert wurden und letztere auch berücksichtigte, dass beide überzeugende Konzepte zum Personalmanagement und zur Entwicklung der Dienstaufsicht vorgelegt haben. Dem Senat wurde weder ein Protokoll zum Hearing, noch eine schriftliche Dokumentation der Fragen und Antworten bzw. eine sich daraus ergebende, nachvollziehbare Begründung für die Beurteilung der Eignung der Bewerberin und des Bewerbers vorgelegt. Das BMJ führte in der Stellungnahme aus, die Fragen seien in einem engen inhaltlichen Konnex zu den Aufgaben der zu besetzenden Leitungsfunktion gestanden. Inwieweit diese Fragen die in der Ausschreibung genannten Anforderungen betrafen und Feststellungen über das jeweilige Maß der Eignung einheitlich nach den objektiven Kriterien des § 54 Abs. 2 RStDG getroffen wurden, konnte vom Senat (mangels Unterlagen zum Hearing) nicht überprüft werden.

Weiters brachte das BMJ vor, dass A beim Hearing „teilweise echte Wissenslücken“ gezeigt hätte, während B mit einem „proaktiven Verständnis“ an die Fragestellungen herangegangen sei und spontane Ideen und kreative Lösungsansätze geliefert habe. Worin genau die Wissenslücken von A gelegen seien, wurde jedoch nicht transparent gemacht. Nach Ansicht des Senates können ohne nachvollziehbare Begründung aus dem Informationsvorsprung, den B naturgemäß aus der täglichen Befassung mit den laufenden Agenden der Sektion X hat, jedenfalls nicht Wissenslücken oder eine geringere Qualifikation von A abgeleitet werden. Zur fachlichen Eignung von A ist außerdem hervorzuheben, dass ihr auch schon im letzten Bewerbungsverfahren sowohl von ihrem Vorgesetzten als auch von der Personalkommission die (fachliche) Besteignung attestiert wurde, weil sie eine langjährige, äußerst erfolgreiche Führungskraft sei, die aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeiten mit den angestrebten Aufgabenfeldern inhaltlich und organisatorisch vertraut sei. Davon, dass A hinsichtlich des dienstrechtlichen Fachwissens und der einzelfallbezogenen Anwendung der Normen

einen Nachteil gegenüber B hätte, kann angesichts ihres Werdegangs (insbesondere ihrer Tätigkeit in der für die Legistik des ... zuständigen „...“ Abteilung ..., jetzt Y, und der praktischen Anwendung in den nachgeordneten Dienststellen als Leiterin der Abteilung ... für „...“) nicht ausgegangen werden. Es kann auch nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass sich A, falls erforderlich, allfällig fehlendes Detailwissen in kurzer Zeit aneignen und sich innerhalb angemessener Zeit in die laufenden Agenden der Sektion einarbeiten würde, ohne „Reibungsverluste“ zu verursachen, hat sie doch bereits bei jedem Wechsel der Leitungsfunktion Geschick bei der Einarbeitung in ihr völlig fremde Materien bewiesen.

Zu den Ausführungen des BMJ, nämlich A habe beim Hearing in einigen Punkten eine „defensive Position“ eingenommen und keine eigene Meinung entwickelt, konnte A glaubhaft darlegen, dass sie sehr wohl eine eigene Meinung geäußert habe (im Übrigen auch schriftlich in ihrer Bewerbung), lediglich als Zusatz habe sie deponiert, dass die letzte Entscheidung (im Zusammenhang mit der Weisungsbefugnis gegenüber StaatsanwältInnen) bei der politischen Ebene liege. A bewarb sich zwei Mal um die Leitung der Abteilung X, und das obwohl im Falle ihrer Ernennung ..., dem sie trotz der ihr von der Personalkommission attestierten Besteignung bei der ersten Bewerbung um die Leitung der Abteilung X sowie in der Folge um die Leitung der Sektion X unterlegen war, ihr Vorgesetzter geworden wäre. A stellte sich weiters dem (unüblichen) Hearing mit der Bundesministerin. Angesichts dieser Tatsachen ist der Antragstellerin zuzustimmen, dass die Bemerkung des BMJ in der Stellungnahme, nämlich sie habe beim Hearing weniger interessiert gewirkt als ihr Mitbewerber, wie Hohn klinge.

Dem Vorbringen des BMJ, dass Art und Erfolg der bisherigen Verwendung und die Fähigkeit, diese Erfahrungen und Kenntnisse für die angestrebte Funktion nutzbar zu machen, entscheidend sei, ist selbstverständlich zuzustimmen. Dem BMJ ist es jedoch nicht gelungen darzulegen, weshalb A wesentlich längere und umfassendere Rechtssprechungs- und Leitungserfahrung (jeweils 7 Jahre Rechtssprechungstätigkeit in ..., über 12 Jahre Leitungserfahrung) für die gegenständliche Funktion weniger nützlich sein sollte als jene des um 18 Jahre dienstjüngeren B (1 Jahr Rechtssprechungstätigkeit, 3 Jahre Leitungserfahrung).

Aus den genannten Gründen kam der Senat zu dem Ergebnis, dass das BMJ nicht gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG darlegen konnte, dass die Auswahlentscheidung nach

rein sachlichen, den Eignungskriterien des § 54 Abs. 2 RStDG folgenden Gesichtspunkten getroffen wurde und eben nicht das behauptete geschlechtsspezifische Motiv maßgeblich war. Der Senat stellt daher fest, dass die Ernennung von B zum Leiter der Abteilung X eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstellt.

Zur unterschiedlichen Auffassung des BMJ und der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen über den „beruflichen Aufstieg“ verweist der Senat neuerlich auf seine bereits im Gutachten vom ... dargestellte Rechtsauffassung, wonach es sich um einen beruflichen Aufstieg iSd B-GIBG auch dann handelt, wenn mit dem angestrebten Arbeitsplatz eine Verbesserung der dienstlichen Position verbunden ist, etwa in hierarchischer Hinsicht (z.B. Wechsel Abteilungsleitung-Stabstelle), in Hinblick auf höhere Chancen auf einen weiteren beruflichen Aufstieg (z.B. Sektionsleitung), oder auf eine höhere Reputation (aus der sich in der Regel auch verbesserte weitere Aufstiegsmöglichkeiten ergeben). Dass § 4 B-GIBG mit einem beruflichen Aufstieg nicht nur eine besoldungsrechtliche Besserstellung meint, ergibt sich aus dessen Formulierung: „Auf Grund des Geschlechts ... darf im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis... niemand ... diskriminiert werden, insbesondere nicht ... 5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere (!) bei Beförderungen und der Zuweisung höher entlohnter Verwendungen (Funktionen)“.

Die vom BMJ in diesem Zusammenhang übermittelte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs VwGH 12.05.2010, 2009/12/0151 betrifft das Begehren eines Bediensteten auf Schadenersatz gemäß § 18a B-GIBG wegen (behaupteter) Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg auf Grund des Alters. Über Schadenersatzansprüche entscheiden Dienstbehörden bzw. Gerichte und nicht die B-GBK – diese kann nur feststellen, ob eine Diskriminierung iSd B-GIBG vorliegt. Zu beachten ist außerdem, dass selbst bei der Annahme, dass der konkrete Fall nicht unter den Tatbestand „beruflicher Aufstieg“ iSd § 4 Z 5 B-GIBG zu subsumieren ist, der Tatbestand der Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen iSd § 4 Z 6 B-GIBG erfüllt wäre. So vertritt der VwGH in der „Folgeentscheidung“ VwGH 27.02.2014, 2013/12/0027 die Ansicht, dass das Vorliegen einer Diskriminierung nicht etwa auf Grund einer objektiven „Gleichwertigkeit“ der zu beurteilenden Arbeitsplätze (im Funktionsgruppenschema) ausgeschlossen sei. Die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes, für welchen sich auch und gerade entsprechend eingestufte Beamtinnen und

Beamte bewerben können, diene u.a. auch dazu, diesen die Möglichkeit der Erlangung eines von ihnen (subjektiv) präferierten (wenn auch bei objektiver Betrachtung mit der bisherigen Verwendung gleichwertigen) Arbeitsplatzes zu eröffnen, falls Besteignung vorliege. Werde eine solche durch die Bewerbung zum Ausdruck gebrachte persönliche Präferenz aus nach dem GIBG verpönten Gründen nicht berücksichtigt, liege schon darin eine Diskriminierung bei den „sonstigen Arbeitsbedingungen“. Im Einzelfall wurde dem betroffenen Beamten vom Bundesverwaltungsgericht in der Folge Schadenersatz nach § 18b B-GIBG zugesprochen (BVwG 02.06.2014, W183 2006288-1).

Der im Antrag ausgeführten Rechtsansicht der AGG Justiz vollinhaltlich folgend, ist aus Sicht des Senates im konkreten Fall jedoch von einer für das berufliche Fortkommen relevanten Querbewerbung und einer Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg gemäß § 4 Z5 B-GIBG auszugehen.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des B-GIBG wird verwiesen.

Wien, am März 2015