

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

Die Gleichbehandlungskommission des Bundes

Senat I

hat in der Sitzung am 11. November 2004 über den Antrag von Frau A (= Antragstellerin), in einem Gutachten nach § 23 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (seit 1. Juli 2004 § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl.Nr. 100/1993 i.d.F. 65/2004), festzustellen, dass sie durch die provisorische Besetzung des Arbeitsplatzes ... der Justizanstalt X mit Herrn B (= betraute Bewerber) aufgrund des Geschlechtes gemäß § 3 Z 5 B-GBG, seit 1. Juli 2004 § 4 Z 5 B-GIBG, diskriminiert worden sei, folgendes

G u t a c h t e n

beschlossen:

Die provisorische Betrauung von B mit dem Arbeitsplatz „...“ der Justizanstalt X 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 langte am 13. April 2004 bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Die Antragstellerin meint, über eine im Vergleich zu B bessere Qualifikation für die Planstelle einer .../eines ... zu verfügen und erachtet sich durch die provisorische Betrauung von B aufgrund des Geschlechtes diskriminiert.

Der Ausschreibung der gegenständliche Planstelle vom ... ist zu entnehmen, dass sich Justizwachebeamte/innen der Verwendungsgruppe E2a bewerben konnten. Von den Bewerber/innen wurden „ausgezeichnete Kenntnisse der Vorschriften in Vollzugsangelegenheiten sowie Aufgeschlossenheit gegenüber neuen Aufgaben und Problemen erwartet. Aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeiten sollen sie in der Lage sein, Verständnis und Sensibilität im Umgang mit straffällig gewordenen

Menschen aufzubringen.“ Weiters wurde von den Bewerber/innen „Loyalität, Eigeninitiative, Kommunikationsfähigkeit und Entscheidungsfreudigkeit erwartet.“ In der Ausschreibung findet sich der Hinweis auf den Erlass des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) vom 5.1.1995, Zahl 417.000/1-III/8/95, demgemäß „Bewerberinnen nach § 43 des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes bei gleicher Eignung nach Maßgabe des Frauenförderungsplanes zu bevorzugen“ sind.

A führt aus, sie habe derzeit einen Arbeitsplatz „...“ inne, der mit E2a/2 bewertet sei, die ausgeschriebene Planstelle sei mit E2a/5 bewertet.

Um die gegenständliche Stelle haben sich drei Bewerber und A beworben. Die Antragstellerin führt aus, der Dienststellenleiter Herr D (= Dienststellenleiter) habe ihr in einem Gespräch im Juli 2003 mitgeteilt, dass er die vakante Stelle provisorisch mit B besetzt habe und beabsichtige, diesen auch nach erfolgter Ausschreibung mit der Stelle zu betrauen, da er sein Versprechen gegenüber dem Kollegen B nicht zurücknehmen wolle.

Die Bewerbung von A lautet:

„.....“

Auf Ersuchen der B-GBK wurde vom Oberlandesgericht ... mit 21. Mai 2004 die Stellungnahme des Leiters der Justizanstalt X übermittelt. Zum damaligen Zeitpunkt war der Arbeitsplatz weiterhin provisorisch besetzt. Der Antrag auf Besetzung des gegenständlichen Arbeitsplatzes ist am 18. März 2004 beim OLG ... eingelangt, welches um ergänzende Berichterstattung ersucht hat, die am 20. April 2004 eingelangt ist. Der ergänzte Antrag wurde am 5. Mai 2004 dem Zentralausschuss beim BMJ für die Bediensteten der Justizwache mit dem Ersuchen um Stellungnahme übermittelt. Zum Zeitpunkt des Schreibens des OLG ... an die B-GBK war diese Stellungnahme noch nicht beim OLG eingetroffen. D führt in seiner Stellungnahme aus, B zeichne sich durch ein hohes Maß an Flexibilität, Organisationstalent, Eigeninitiative und Entscheidungsfreudigkeit aus. Er sei in der Lage zwischen den im Arbeitsbereich tätigen Berufsgruppen zu vermitteln und ein sehr gutes Kommunikationsklima herzustellen. Außerdem habe B zuvor seine Funktion als ... in hervorragender Weise bewältigt und seine

Führungs- und Managementqualitäten deutlich erkennen lassen. Demgegenüber könne die Antragstellerin auf keine vergleichbaren, qualitativ und quantitativ gleichwertigen Aufgaben verweisen. Sie sei derzeit ... und habe zuvor verschiedene Abteilungstätigkeiten sowie Aufgaben in der ... und in der ... wahrgenommen. Auf eine Führungsaufgabe, die die Verantwortung für ein funktionierendes Zusammenwirken mehrerer und vor allem komplexer Funktionseinheiten beinhaltet, könne sie im Gegensatz zu B nicht verweisen. Eine solche Verantwortung scheine aus heutiger Sicht ihre Fähigkeiten zu überfordern.

Aus den vom OLG ... an die B-GBK übermittelten Unterlagen ist ersichtlich, dass sich der Dienststellenausschuss der Justizanstalt X für A ausgesprochen hat, mit der Begründung, sie sei seit ca. 20 Jahren im Abteilungsdienst in unterschiedlichen Positionen und Abteilungen tätig. Einen überwiegenden Anteil ihrer Dienstzeit habe sie in Vorgesetztenfunktionen verbracht. Sie erfülle alle in der Ausschreibung verlangten Voraussetzungen, weshalb sie von allen Bewerber/innen die Geeignetste sei.

Da also der Leiter der Justizanstalt und der Dienststellenausschuss über die beste Eignung verschiedener Meinung waren, wurde gegenständliche Personalangelegenheit dem OLG ... und danach auch dem BMJ vorgelegt.

D verweist in seinem Schreiben vom 18. März 2004 an den Präsidenten des OLG ... darauf, dass B mit August 2002 provisorisch mit der Planstelle „...“ betraut worden sei und diese Funktion bis Juli 2003 zur vollsten Zufriedenheit ausgeübt habe. Seit 14. Juli 2003 übe B die Aufgaben des „...“ (provisorisch) zur vollsten Zufriedenheit des Anstaltsleiters aus.

Die Bewerbung von B für die gegenständliche Planstelle lautet:

„.....“

B verweist in seiner Bewerbung weiters auf die provisorische Tätigkeit als „...“. Auch in dieser Funktion habe er organisatorische Veränderungen veranlasst, welche sich zwischenzeitlich als effizient erwiesen hätten. Aufgrund seiner mehr als 1-jährigen Tätigkeit als ... sei er auch auf dem Gebiet des ... bestens informiert. Aufgrund seiner Tätigkeit als ... und als ... verfüge er über eine hohe Akzeptanz bei Justizwachebeamten/innen und Insassen.

In der Sitzung der B-GBK am 11. November 2004 führt die Antragstellerin aus, in der Justizanstalt X sei für Frauen einfach kein Platz. Es sei schon im Vorhinein festgelegt, dass ein Mann zum Zug kommen werde, Frauen hätten gleichsam keine Chance vorwärts zu kommen. Es gebe immer wieder provisorische Besetzungen, wobei nicht einmal daran gedacht werde, Frauen zu fragen, ob sie sich für eine Position interessieren.

Die in der Sitzung anwesende Gleichbehandlungsbeauftragte (GGB) Frau ... legt eine Gegenüberstellung der Qualifikationen von A und B vor. Aus dieser ergibt sich: A hat ihren Dienst 1971 angetreten, B 1981. Die Unterschiede in den Qualifikationen, die im einzelnen den Bewerbungen zu entnehmen sind, stellen sich wie folgt dar: A war jahrelang im Abteilungsdienst tätig und auch Abteilungskommandantin. B war nie im Abteilungsdienst, sondern in der Verwaltung tätig. Seit August 2002 war er ..., zuerst provisorisch, dann, mit Juli 2003, definitiv, wobei er zu diesem Zeitpunkt an dieser Stelle keinen Dienst mehr verrichtete, sondern bereits provisorisch als „...“ eingesetzt war. A war seit September 2003 Nachtdienstkommandantin, B hat im Nachtdienst immer nur Postendienst verrichtet, war aber nie Nachtdienstkommandant. Als Nachtdienstkommandant/in, so die GGB, vertrete man den Justizwachkommandanten, den Wachzimmerkommandanten und den Abteilungskommandanten. Die GGB führt weiter aus, es habe wirklich System, dass Männer bevorzugt behandelt werden. Durch die provisorischen Betrauungen werde zuerst die Personalvertretung ausgeschaltet, die in diesen Fällen nämlich kein Mitspracherecht hat, der Anstaltsleiter muss der Personalvertretung lediglich die provisorische Betrauung mitteilen. Danach erfolge die Ausschreibung, und im Auswahlverfahren habe der männliche Bewerber aufgrund seiner provisorischen Tätigkeit einen Vorsprung. Zur Feststellung von D, dass B die in der Ausschreibung geforderte Eigeninitiative, Kommunikationsfähigkeit und Entscheidungsfreudigkeit habe, A aber eher nicht, führt die GGB aus, diese Einschätzung könne sie keinesfalls teilen, denn schon die Tatsache, dass A Nachtdienstkommandantin gewesen ist, zeige ihre Entscheidungsfreudigkeit, denn andernfalls könne man die mit dieser Position verbundene Arbeit gar nicht verrichten.

Der Vertreter des BMJ, Herr J, führt aus, das gegenständliche Besetzungsverfahren sei noch nicht entschieden, man habe das Verfahren im Einvernehmen mit dem Zentralausschuss ausgesetzt, weil der Antrag bei der B-

GBK anhängig gemacht worden ist. Man habe die Entscheidung der Kommission nicht präjudizieren wollen. Zur Praxis der provisorischen Betrauungen führt J aus, diese Vorgangsweise sei üblich, weil ja der Dienstbetrieb aufrecht erhalten bleiben müsse. Er führt weiter aus, er bezweifle, dass die bloße Vorschlagserstattung des Anstaltsleiters und eine provisorische Betrauung bereits eine Diskriminierung nach dem B-GIBG darstellen können.

Auf die Frage der Kommission, wie zu verstehen sei, dass der gegenständliche Arbeitsplatz erst mit 1. Jänner 2004 frei geworden, die provisorische Betrauung aber bereits mit Juli 2003 erfolgt ist, antwortet J, seiner Meinung nach sei es nicht zulässig, eine provisorische Betrauung vorzunehmen, so lange ein Arbeitsplatz noch besetzt ist. Er müsse sich die Vorgangsweise im vorliegenden Fall noch genau ansehen.

Die GBB führt dazu aus, sie nehme an, B sei schon in der Zeit, als der Arbeitsplatz noch mit einem anderen Bediensteten besetzt war, provisorisch betraut worden, wodurch immer eine Kette von provisorischen Betrauungen entstehe und die entsprechenden Bewerber immer bis zur definitiven Betrauung „weiter rutschen“ könnten.

Auf Nachfrage nach dem konkreten Qualifikationsunterschied der Bewerberin und des Bewerbers führt die GBB aus, B sei lange Jahre (bis August 2002) in der Verwaltung tätig gewesen. A habe immer, seit 1979, Abteilungsdienst versehen, d.h. mit Insassen gearbeitet. Die Tätigkeit des ... sei unmittelbar im Exekutivbereich angesiedelt, B habe hauptsächlich administrative Tätigkeiten durchgeführt. Nach einem Vergleich der Qualifikationen der Bewerberin und des Bewerbers ergebe sich nicht einmal gleiche Eignung, sondern ihrer Meinung nach eindeutig die bessere Eignung von A. Die gegenständliche Personalsache sei also nicht einmal ein „Frauenförderungsfall“.

Auf die Frage der Kommission, mit welcher Begründung sich das OLG ... offensichtlich der Ansicht von D angeschlossen habe, antwortet J, es gebe keine großartige Begründung. Das OLG ... habe gegenüber dem BMJ zum Ausdruck gebracht, dass die Einschätzung von D unterstützt werde, ohne die Qualifikationen selbst geprüft zu haben. Der Fachausschuss habe nun die sofortige Vorlage an das BMJ beantragt, und dieses prüfe, indem die Personalakten angefordert und ein Hearing veranstaltet werden. Wenn man sich

auf Beamtenebene nicht einigen könne, entscheide letztlich die Frau Bundesministerin.

Auf die Frage wie man sich im BMJ den geringen Frauenanteil in den Justizanstalten erkläre, antwortet J, im Exekutivdienst betrage der Frauenanteil lediglich 10 %. Das liege daran, dass sich bei Neuausschreibung wenig Frauen bewerben. Was die Qualifikationen betreffe, müsse er jedoch sagen, dass Frauen meist besser qualifiziert seien, und dann kämen sie auch zum Zug. Es gebe jetzt bereits mehrere Anstaltsleiterinnen, nämlich am Mittersteig, in Gerasdorf, in Feldkirch Aufgrund dieser Umstände könne er also keine systematische Diskriminierung von Frauen sehen.

Zu diesem Vorbringen erklären die GBB und A, es sei richtig, dass Frauen aufgenommen und auch gefördert werden, allerdings würden sie nicht mehr berücksichtigt, sobald es um höhere Funktionen gehe. A merkt noch an, D habe zu ihr gesagt, er sei gar nicht auf die Idee gekommen, sie könnte sich für diese Stelle interessieren.

Festgehalten wird, dass es derzeit in ganz Österreich keine einzige ... gibt. Hingewiesen wird auch darauf, dass trotz der Verpflichtung des Frauenförderungsplanes, Frauen gesondert zur Bewerbung einzuladen, dieser Verpflichtung in der Ausschreibung nicht nachgekommen worden ist.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte und die Antragstellerin äußern die Ansicht, dass es in den Justizanstalten „Männer-Seilschaften“ gebe, die bei den Besetzungen von hervorgehobenen Verwendungen naturgemäß eine Rolle spielen.

J erklärt bei seiner Befragung abschließend, er gehe davon aus, dass alle maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen eingehalten und Frauen nicht benachteiligt werden. Sollte es Anhaltspunkte für das Gegenteil geben, werde das BMJ selbstverständlich der Sache nachgehen.

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 der Antragstellerin oder vom Antragsteller glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung für den Vorschlag, B mit dem Arbeitsplatz des ... der Justizanstalt X zu betrauen, im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Die „Begründung“ des Leiters der Justizanstalt für die seiner Meinung nach im Vergleich zu A bessere Eignung des B besteht im Wesentlichen in der schlichten Feststellung, dieser erfülle alle Anforderungen der Ausschreibung, er sei nämlich flexibel und entscheidungsfreudig, besitze Organisationstalent und Eigeninitiative, sei in der Lage zu vermitteln, sei kommunikativ und habe im Rahmen seiner Tätigkeit als Spitalstraktkommandant auch schon Führungs- und Managementqualitäten erkennen lassen. Nachweise für die attestierten Fähigkeiten, also eben eine nachvollziehbare Begründung für diese Einschätzung, fehlen.

Der Hinweis auf die von B zur „vollsten Zufriedenheit“ provisorisch ausgeübte Funktion des ... ist jedenfalls unbeachtlich, da eine provisorische Betrauung mit einer Funktion dem/der Bediensteten die Möglichkeit gibt, diverse, gerade für den speziellen Arbeitsplatz erforderliche Fähigkeiten und Kenntnisse, zu erwerben und/oder zu verbessern und sich zu bewähren. Im nachfolgende Auswahlverfahren ist also auf jeden Fall ein Wissens- und Erfahrungsvorsprung gegenüber den übrigen Bewerber/innen gegeben.

Bei der Beurteilung der Qualifikationen ist daher auf den Stand vor der provisorischen Betrauung abzustellen.

Betreffend die Qualifikationen der Antragstellerin stellt D lapidar und ebenso ohne Begründung fest, sie könne „auf keine ... gleichwertigen Aufgaben verweisen“, insbesondere nicht auf eine Führungsaufgabe mit „Verantwortung für ein funktionierendes Zusammenwirken mehrerer ... komplexer Funktionseinheiten ...“. „Eine solche Verantwortung scheine (!!!) ihre Fähigkeiten zu überfordern“. (Bei provisorischer Funktionsausübung hätte A die diesbezügliche Unsicherheit des Anstaltsleiters wohl beseitigen können).

Eine eingehende objektive Prüfung der Qualifikationen wie im B-GBG bzw im B-GIBG gefordert, ist nicht vorgenommen worden. -Aus der Bestimmung des § 43 B-GBG bzw § 11c B-GIBG über den Vorrang von Frauen beim beruflichen Aufstieg (bei gleicher Eignung wie der bestgeeignete Mitbewerber und solange die gesetzliche Frauenquote nicht erfüllt ist) ergibt sich die Verpflichtung des Dienstgebers, die persönliche und fachliche Eignung jeder Bewerberin und jedes Bewerbers für die angestrebte hervorgehobene Verwendung (Funktion) nach einheitlichen Auswahlkriterien zu prüfen und nach Vornahme eines Wertungsvergleiches zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern das Maß der Eignung festzustellen.

Im Übrigen ist schon nach dem BDG die Bewerberin/der Bewerber zu ermitteln, die/der für die jeweilige Aufgabenerfüllung am Besten geeignet ist, was eben auch eine entsprechend sorgfältige Prüfung der Qualifikationen voraussetzt. Es darf weiters darauf hingewiesen werden, dass Dienstgeber schon für provisorische Tätigkeiten/Funktionen die jeweils geeignetsten Bediensteten heranzuziehen haben.

Vergleicht man die Berufslaufbahnen von A und B ergibt sich, dass B fast ausschließlich in der Verwaltung, nämlich rund 20 Jahre in der ... tätig war und ab August 2002 provisorischer Demgegenüber war A mehr als 20 Jahre im Exekutivbereich tätig, sie war jahrzehntelang ... und seit

Angesichts der bisherigen Aufgabenbereiche von A und B und nach den Ausführungen der Gleichbehandlungsbeauftragten zu den für die gegenständliche Planstelle nötigen Vorkenntnisse und -erfahrungen ist für die B-GBK nicht erkennbar, inwiefern B für den gegenständlichen Arbeitsplatz besser qualifiziert sein sollte als A.

Der Vorschlag von D zugunsten des Bewerbers beruht offensichtlich auf seiner subjektiven Meinung, die nicht objektiviert worden und daher nicht nachvollziehbar ist. Das OLG ... hat sich ebenfalls nicht die Mühe eines Qualifikationsvergleiches zwischen A und B gemacht.

Die B-GBK kommt daher zu dem Ergebnis, dass A für den Arbeitsplatz „...“ besser geeignet ist als B.

Die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung würde eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG darstellen.

Ein Eingehen auf eine „vorrangige Bestellung“ in Anwendung des Frauenförderungsgebotes erübrigt sich.

Empfehlungen:

1. Es wird empfohlen, A zur ... der Justizanstalt X zu ernennen.
2. Bei provisorischen Betrauungen ist nicht a priori davon auszugehen, dass weibliche Bedienstete kein Interesse an höherwertigen Verwendungen/Funktionen haben, sondern ist qualifizierten Mitarbeiterinnen die Möglichkeit zu geben, ihre Fähigkeiten im Rahmen einer provisorischen Tätigkeit unter Beweis zu stellen, damit sie in der Folge - entsprechend dem Frauenförderungsgebot - reale Chancen haben, in höhere Funktionen „aufzurücken“.
3. Weiters wird empfohlen, spezielle Maßnahmen zur Förderung von Frauen in den Justizanstalten, insbesondere im Hinblick auf weibliche Führungskräfte, zu setzen.

Wien, Dezember 2004