

**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 Leitung der Abteilung X im Bundesministerium für Justiz (BMJ) aufgrund des Geschlechtes gemäß § 4 Z 5 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

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

*beschlossen:*

- 1.) Die Ernennung von B (=Mitbewerber) zum Leiter der Abteilung X im BMJ stellt eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes von A gemäß § 4 Z 5 B-GIBG dar.*
- 2.) Die Nichtberücksichtigung der Bewerberin bei der Besetzung der Funktion stellt auch einen Verstoß gegen das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG dar.*
- 3.) Der Senat hält fest, dass „beruflicher Aufstieg“ im Sinne des § 4 Z 5 B-GIBG nicht zwingend mit einer finanziellen Besserstellung verbunden sein muss (siehe Definition: ...“insbesondere“ ...), sondern im Anlassfall zu prüfen und zu beurteilen ist.*

**B e g r ü n d u n g**

A's Antrag, eingebracht von der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen im BMJ (AGG Justiz) langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein.

Der Antrag lautete: „Mit ... wurde die Planstelle eines Leitenden Staatsanwaltes/einer Leitenden Staatsanwältin im Bundesministerium für Justiz verbunden mit der Funktion der Leitung der Abteilung X ausgeschrieben.

Um diese Planstelle haben sich eine Frau und drei Männer beworben. In der Reihenfolge der Dienstzeit als Richter/in bzw. Staatsanwältin waren dies:

- 1.) A (Ersternennung: ...), Leiterin der Abt. Y im BMJ
- 2.) B (Ersternennung: ...), Stellvertreter der Leiterin der Abt. X im BMJ

...  
Von der Personalkommission für Staatsanwälte und Staatsanwältinnen ... wurde A erstgereiht und als bestgeeignet zur Ernennung vorgeschlagen. Mit Wirksamkeit vom ... wurde jedoch B ... ernannt. Durch die Ernennung des um mehr als 15 Jahre dienstjüngeren Mitbewerbers, der lediglich eineinhalb Jahre (und dies nur stellvertretend) eine Abteilung im BMJ geleitet hat, wurde die Erstantragstellerin, die seit mehr als zehn Jahren äußerst erfolgreich eine Abteilung in der ...sektion ... geleitet hat, aufgrund ihres Geschlechts gem. § 4 Z 5 und 6 B-GIBG diskriminiert.

Im Bundesministerium für Justiz lag der Frauenanteil bei den Leitungsfunktionen ... bei knapp 26 %. Es gilt daher auch im maßgeblichen Zeitraum das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG. Durch die Ernennung eines männlichen, nicht besser geeigneten Mitbewerbers, wurde daher auch das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG verletzt. ...

#### **Zum Sachverhalt:**

A ... erweist sich bei einem Quervergleich ... als bestgeeignet. ...

A weist die längste und umfassendste Führungserfahrung im Bundesministerium für Justiz, aber auch im Bereich der Rechtsprechung in diesem Bewerberfeld auf (jeweils etwa 13 Jahre). Sie kennt aus eigener Erfahrung sowohl die Tätigkeit der Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen als auch die Strafverfolgung im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen Behörde, also den gesamten Kernbereich, den die Verwaltungs- und Personalagenden der Abt. X bei den nachgeordneten Dienststellen abdecken. Sie war zuerst in der Sektion ... als Referentin, dann als Stellvertreterin des Leiters der ...abteilung mehr als fünf Jahre lang mit allgemeinen Dienstrechtsmaterien, also Personalagenden, betraut. Sodann leitete sie in der ...sektion zehn Jahre lang äußerst erfolgreich die Abt. Z, wo sie ihre Kenntnis des Gerichtsbetriebs auch in innovativer Hinsicht vervollkommen hat ... . Auch als Leiterin der Abteilung Y ist sie mit dem Gerichtsbetrieb (...) vertraut geblieben. In all ihren Leitungsfunktionen hat sie sich in fachlicher und organisatorischer Hinsicht bestens bewährt und zahlreiche richtungsweisende Innovationen bewirkt (...). Ihre Fähigkeit zur Motivation und Mitarbeiterführung, ihr Engagement und ihre hohe soziale Kompetenz haben ihr in allen so erfolgreich bewältigten Koordinationsaufgaben über die ...sektion hinaus Anerkennung als Führungspersönlichkeit verschafft. Ganz hervorragende Eignung für neue Führungsfunktionen attestierte ihr nicht nur der ...sektionschef im vorliegenden Bewerbungsverfahren, sondern zuvor bereits auch die Perso-

nalkommissionen im BMJ bei Erstattung der Reihungsvorschläge für die Leitung der ...sektion und deren Stellvertretung, wo A - lediglich den jetzigen Amtsinhabern unmittelbar nachgereiht - in die Besetzungsvorschläge aufgenommen wurde. ...

Angesichts der nachgewiesenen ausgezeichneten Eignung der Erstantragstellerin für die Leitung sogar der ...sektion und ihres Geschickes bei der Einarbeitung in völlig fremde Materien kann ihr eine überragende Eignung für die Leitung der Abteilung X jedenfalls nicht abgesprochen werden, zumal sie sogar über mehr als drei Jahre Leitungserfahrung im Bereich des Dienstrechts verfügt. Gerade diese Erfahrung aus der allgemeinen ...abteilung im Zusammenhang mit Innovationsbereitschaft war es ja schließlich auch, die ... aus Dienstgebersicht zur Leitung der ...abteilung für den ... gegenüber der langjährigen Stellvertreterin dieser Abteilung qualifiziert hat.

B verfügte demgegenüber nur über Rechtsprechungserfahrung von sechs Jahren ... und nur über de facto Führungserfahrung im BMJ von knapp eineinhalb Jahren (allerdings in stellvertretender Leitung der ausgeschriebenen Abteilung) sowie zentrale Justizverwaltungserfahrung über ein knappes Jahr als ... zu Beginn seiner Berufstätigkeit. Ihm werden hervorragende Fachkenntnis aus viereinhalb Jahren Tätigkeit in der ausgeschriebenen Abteilung sowie hervorragender Führungserfolg aus eineinhalb Jahren stellvertretender Leitung der ausgeschriebenen Abteilung von ... attestiert, ebenso Innovationsbereitschaft, hohes Engagement und Belastbarkeit sowie herausragendes Kommunikationstalent (wiewohl ihm eine Integration in der Abteilung gemeinsam mit der früheren Leiterin der ausgeschriebenen Abteilung nicht gelungen ist). Bei einem objektiven Quervergleich der Eignung unter Einbeziehung des bisherigen Verwendungserfolgs reicht seine Bewährung weder in der Dauer noch in der Bandbreite der letztverantwortlichen Führungserfahrung an jene von A heran. Sein Führungserfolg von eineinhalb Jahren als de facto Abteilungsleiter ist keinesfalls ausreichend, dass er sich schon mit Aussicht auf Erfolg um eine Sektionsleitung im BMJ hätte bewerben können, wie dies A attestiert wurde. Ein allfälliger Vorsprung im Bereich der Fachkenntnis aus seiner erfolgreichen Tätigkeit in der ausgeschriebenen Abteilung wird jedenfalls durch den um ein Vielfaches länger und breiter erprobten Führungserfolg von A mehr als aufgewogen.

Bei der Gewichtung der Eignungskriterien des § 54 Abs. 1 RStDG ist jeweils auf die konkrete zur Besetzung ausgeschriebene Planstelle abzustellen (Spehar-Fellner, RDG<sup>3</sup>, Anm 3 zu § 33). Für die Leitung der Abteilung X ... wesentlich sind daher - insbesondere im Zusammenhang mit der Entscheidung in Personaleinzelsachen - Führungserfahrung und -verantwortung, aber auch eingehende Kenntnis der Rechtsprechung, des Dienstrechts, des Personalcontrollings sowie des Dienstbetriebs bei Gerichten und Staatsanwaltschaften. Gera-

de im Hinblick auf dieses Anforderungsprofil kam A ... ein deutlicher Eignungsvorsprung zu, weil sie über die weitaus meiste Führungserfahrung in Ansehung der Leitung einer Abteilung des BMJ in Kombination mit umfassender Erfahrung im Bereich des ... (als Abteilungsleiterstellvertreterin der Abt. ..., nunmehr Abt. ...) und dessen praktischer Anwendung in den nachgeordneten Dienststellen (als Leiterin der Abt. ...) sowie aus Sicht der Leitung einer ... verfügt. Dazu kommt, dass sie ein hervorragendes und innovatives Konzept zum Personalmanagement und zur Ausübung der Dienstaufsicht im Rahmen der ausgeschriebenen Abteilung vorgelegt hat und sich auf umfangreiche, auch internationale, Aus- und Fortbildungsaktivitäten, einschließlich Vortragstätigkeit im Bereich von Justizverwaltungs- und Managementseminaren, berufen kann. Dem gegenüber weist B deutlich weniger und viel eingeschränktere Rechtsprechungs- und Führungserfahrung auf, auch wenn er sich als interimistischer Leiter der ausgeschriebenen Abteilung bislang hervorragend bewährt hat und naturgemäß aus seiner Tätigkeit im Zuständigkeitsbereich der ausgeschriebenen Abteilung einen Vorsprung an aktuellem Fachwissen in Bezug auf deren laufende Agenden erworben hat. Auch er hat ein freilich auf einzelne konkrete Problembereiche der Abt. konzentriertes Konzept für die Bewältigung des Aufgabenbereichs der Abt. X vorgelegt, das jedoch kaum über das Jahr ... hinausreicht und auf aktuelle Entwicklungen im Jahr ... fokussiert war.

Von der Personalkommission für Staatsanwälte und Staatsanwältinnen ... wurde dementsprechend auch ... A an erster Stelle gereiht ... Es sind keine sachlich nachvollziehbaren Eignungskriterien im Sinne des § 54 Abs. 1 RStDG erkennbar, die für eine andere Reihung sprechen könnten.

#### **Zur Rechtsfrage:**

Gemäß § 4 B-GIBG darf niemand auf Grund seines Geschlechts im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, daher insbesondere auch nicht im Zusammenhang mit dem beruflichen Aufstieg (Z 5) und den sonstigen Arbeitsbedingungen (Z 6). Dieses Diskriminierungsverbot ... ist ein absolutes, das alle Situationen des Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses ... erfassen soll. Der Anwendungsbereich ist daher entsprechend weit auszulegen. Die Z 1 bis 7 des § 4 B-GIBG enthalten demnach auch lediglich eine demonstrative Aufzählung von Situationen, die typischerweise in den Anwendungsbereich dieses Diskriminierungsverbots fallen (was durch die Verwendung des Begriffs „insbesondere“ dokumentiert ist), weil es in diesen Bereichen erfahrungsgemäß am häufigsten zu Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts kommt. Die Aufzählung kann daher keinesfalls als taxativ angesehen werden, die verwendeten Begriffsbestimmungen

sind keiner einschränkenden Auslegung zugänglich.

Auch wenn A als Leiterin der Abt. Y ... über einen funktions- und besoldungsrechtlich gleichwertigen Arbeitsplatz wie den ausgeschriebenen verfügte, so entzieht sich dieses Besetzungsverfahren nicht dem allgemeinen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des § 4 B-GIBG. Der einem Bewerbungsverfahren (oder einer Interessentensuche) zugängliche Wechsel des Arbeitsplatzes unterfällt überdies, wenn er nicht ohnedies auch unter den beruflichen Aufstieg zu subsumieren ist, jedenfalls den sonstigen Arbeitsbedingungen (Z 6), die ja unmittelbar vom jeweiligen Arbeitsplatz bestimmt werden. Im Anlassfall war das Besetzungsverfahren aber auch unmittelbar aufstiegsrelevant für A, weil nur die Leitung einer Abteilung der Sektion ... (also auch der ausgeschriebenen Abt. X) die Bewerbung um die höherwertige Funktion der vakanten Stellvertretung der Leitung dieser Sektion ermöglicht. Mit der Ausschreibung der Stellvertretung der Leitung der Sektion ... wurde demnach auch bis unmittelbar nach der Besetzung der Leitung der Abteilung X zugewartet, damit sich alle fünf Abteilungsleiter/innen dieser Sektion bewerben konnten. Diese Bewerbungsmöglichkeit für eine höherwertige Funktion ist A durch die Nichtberücksichtigung für die Leitung der Abt. X entgangen. Insoweit wurde sie als weitaus dienstälteste und erfahrenste Abteilungsleiterin mit hervorragendem Verwendungserfolg auch am beruflichen Aufstieg gehindert (zumal sie in der ...sektion nur den beiden dienstälteren und -erfahreneren Kollegen im Verfahren zur Ernennung des SC und SC Stv. unterlegen ist).

Gemäß § 4a Abs. 1 B-GIBG liegt eine verbotene unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Dieses Diskriminierungsverbot gilt jedenfalls für die Mitbewerber/innen eines Besetzungsverfahrens, die sich insoweit in einer vergleichbaren Situation befinden. Auf Grund des besonders verpönten Motivs geht dieses Diskriminierungsverbot über das im Gleichbehandlungsgebot enthaltene allgemeine Willkürverbot und Sachlichkeitsgebot der ... Bundesverfassung hinaus. Eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts kann daher auch nicht sachlich gerechtfertigt werden.

Die nicht nachvollziehbare Nichtberücksichtigung von A als langjährig und bestens bewährte Abteilungsleiterin des BMJ (mehr als 11 Jahre mit hervorragendem Verwendungserfolg) für die Leitung der Abt X und die Bevorzugung eines Mitbewerbers, der bloß interimistisch über vergleichsweise kurzzeitige Leitungserfahrung (1,5 Jahre) verfügte, stellen sich jedenfalls als weniger günstige Behandlung von A gegenüber einem Bewerber des anderen Geschlechts im Bewerbungsverfahren um die Leitung der Abteilung X (und damit in vergleichbarer Situation)

dar, die § 4a Abs. 1 B-GIBG widerspricht.

Da nicht erkennbar ist, an Hand welcher objektiven Eignungskriterien der Dienstgeber - in Abweichung vom Gutachten der Personalkommission ... - entsprechend § 54 Abs. 1 RStDG von einer Besteignung von B ... ausgehen konnte, 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 liegt durch den Vorzug des männlichen Bewerbers auch eine Verletzung des Frauenförderungsgebots nach § 11 c B-GIBG sowie § 6 der VO über den Frauenförderungsplan des Justizressorts (BGBl. II Nr. 459/2008) vor, weil der Frauenanteil bei den Leitungsfunktionen einer Sektion sowie der Funktion der Leitung einer Abteilung (Stabstelle) im Bundesministerium für Justiz weit unter 40 % lag und noch immer liegt. Solange die gesetzliche Quote nicht erfüllt ist und in der Person des Mitbewerbers nicht überwiegende Gründe vorliegen, ist der Bewerberin der Vorrang einzuräumen. Dass dadurch zwingend auch eine unmittelbare Änderung des Frauenanteils bei den Leitungsfunktionen eintreten müsste, verlangt § 11 c B-GIBG nicht. Er erfasst deshalb 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.

Die Erst- und die Zweitantragstellerin beantragen daher festzustellen, dass

- 1.) A ... durch die Ernennung von B ... entsprechend §§ 4 und 4a Abs. 1 B-GIBG, insbesondere auch bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und im Zusammenhang mit dem von ihr angestrebten beruflichen Aufstieg, unmittelbar (in eventu auch mittelbar entsprechend § 4a Abs. 3 B-GIBG) auf Grund ihres Geschlechts diskriminiert wurde;
- 2.) im Zusammenhang mit der ... Ernennung von B ... eine Verletzung des Frauenförderungsgebots nach § 11c B-GIBG sowie § 6 der VO über den Frauenförderungsplan des Justizressorts (BGBl. II Nr. 459/2008) vorliegt.

**Die Zweitantragstellerin beantragt weiters festzustellen, dass**

- 1.) 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 Diskriminierungsver-

bot der §§ 4 und 4a B-GIBG unterliegen;

- 2.) 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 potenziell zur Erhöhung des Frauenanteils bei Leitungsfunktionen mit Unterrepräsentation von Frauen geeignet ist.“

Dem Antrag war angeschlossen:

- 1.) Das Bewerbungsgesuch von A
- 2.) Eine Bewerber/innenübersicht
- 3.) Die Äußerung der Vorsitzenden der AGG Justiz ... zu den Bewerbungen. Die Ausführungen entsprechen im Wesentlichen den Ausführungen im Antrag und müssen daher nicht wiedergegeben werden.
- 4.) Die Äußerung des Leiters der ...sektion im BMJ ... zur Bewerbung von A.  
SC ... stellte einleitend die berufliche Laufbahn der Bewerberin dar - ... Ernennung zur Richterin des ...; ... Ernennung zur Richterin des ...; ... Ernennung zur Richterin des ...; ... Dienstzuteilung zum BMJ (Referentin in der Abteilung ..., nunmehr Abteilung ...); ... Ernennung auf die mit der Funktion einer Abteilungsleiterstellvertreterin in der Abteilung ... verbundene Planstelle einer OStA; ... Ernennung auf die mit der Funktion der Leitung der Abteilung Z verbundene Planstelle einer LStA; ... Ernennung zur Leiterin der Abteilung Y Von ... bis ... war A stellvertretende Vorsitzende der ...kommission.  
SC ... beschrieb A als eine umfassend ausgebildete und kommunikative Persönlichkeit, die ihre Aufgaben umsichtig wahrnehme und die ihr übertragenen Projekte in vorbildlicher Weise durchführe. Sie habe durch ihre bisherigen Tätigkeiten und vor allem durch die Abwicklung zahlreicher Projekte praktisch alle Zuständigkeitsbereiche der ...sektion kennengelernt. Sie habe sich einen umfassenden Einblick in den Betrieb der Gerichte und Staatsanwaltschaften verschafft, 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 ... . In den zehn Jahren ihrer Leitungstätigkeit habe sie nachhaltige Verbesserungen in den Arbeitsabläufen, im Wissensmanagement

und in der Informationsvermittlung bewirkt. Zuletzt habe sie in der Abteilung Y die...bestens bewältigt. A sei eine äußerst erfolgreiche Koordinatorin, sie genieße breite Akzeptanz nach innen und nach außen. Ihre Führungsqualitäten würden allseits geschätzt. Sie habe eine Reihe von Fortbildungsveranstaltungen besucht und zuletzt viel beachtete Vorträge über ... gehalten. Die im Bewerbungsgesuch dargestellten Vorstellungen und Ziele für die Leitung der Abteilung X zeugen von viel Erfahrung und einem klaren Blick auf die Justiz. Insgesamt gesehen sei A daher für die Leitung der Abteilung X „*ganz hervorragend geeignet*“.

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 der Sektionsleitung der Sektion „...“ zusammenfassend wiedergegeben. ... habe ausgeführt, dass der Bewerber alle mit der Funktion verbundenen Anforderungen erfülle. Er sei eine den Ressortzielen verbundene, erfahrene, dynamische und gewandte Führungspersönlichkeit mit hervorragenden Rechtskenntnissen und ausgeprägter Fähigkeit zu analytischem Denken. Als fundierter Kenner der Justizorganisation treffe er klare Entscheidungen und setze sie zügig um. Er könne komplexe Aufgabengebiete koordinieren und verfüge über entwickelte Managementkenntnisse. Mit seinem Leistungsvermögen und seinem Verantwortungsbewusstsein sowie mit seinen schon als interimistischer Leiter der Abt. X gesetzten deutlichen Initiativen zur strukturellen Professionalisierung und Modernisierung des ... habe er sich innerhalb und außerhalb des BMJ bereits Anerkennung verschafft. Er sei äußerst geschickt in der Verhandlungsführung, seine besondere Gesprächsfähigkeit habe bereits vielfach zur nachhaltigen Akzeptanz von Entscheidungen des BMJ beigetragen. Er sei in besonderem Maß in der Lage, Mitarbeiter/innen - auch unter schwierigen Rahmenbedingungen - zu außerordentlichen Leistungen zu motivieren. Er arbeite strukturiert und effizient und behalte auch in Phasen extremen Arbeitsdrucks vollen Überblick. Seine mehr als viereinhalbjährigen einschlägigen Erfahrungen im Aufgabenbereich der Abteilung, sein detailliertes in dieser Zeit erworbenes einschlägiges Wissen, seine außerordentlichen Fachkenntnisse und Fähigkeiten, vor allem aber seine Leistungen im Rahmen der Problemlagen des vergangenen Jahres ließen B nicht nur als „*absolut hervorragend geeignet*“ für die Funktion der Leitung der Abteilung X erscheinen, sondern als „*logischen Nachfolger*“ für diese Aufgabe.

In der Stellungnahme des BMJ wurde weiters ausgeführt, dass die Personal-



kommission A an die erste und B an die zweite Stelle ihres Besetzungsvorschlages gereiht habe. Der Eignungsvorsprung von A sei mit ihrem wesentlich höherem Ausmaß an Berufs- und Leitungserfahrung sowie mit ihrer Vortätigkeit in der Abt. ..., ihren umfangreichen Aus- und Fortbildungsaktivitäten sowie ihrem Engagement und ihrem Auftreten im Hearing begründet worden. Abweichend davon habe sich die Bundesministerin für Justiz für B entschieden, seine Ernennung sei mit ... erfolgt. Das BMJ sei der Auffassung, dass weder das Gleichbehandlungsgebot 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 „Leistungserfolge“ und die „besondere persönliche Qualifikation“ von B wurden „an Hand eines kurzen Abrisses seines beruflichen Werdeganges“ dargestellt: ... Ernennung zum Richter des Landesgerichtes für ... mit dem Kalkül „ausgezeichnet geeignet“; ... bis Ende ...; danach erfolgreiche Tätigkeit am LG für ..., ... neuerliche Zuteilung zum BMJ und bis heute Tätigkeit in der Abteilung X, .... Auf Grund der Bewährung als Referent für die ... agenden der ... sei B mit ... auf die mit der Funktion der Stellvertretung der Leitung der Abteilung X verbundenen Planstelle eines Oberstaatsanwaltes ernannt worden. Infolge unvorhergesehener Vakanz in der Abteilungsleitung habe er die Abteilung X „alt“ bereits ab ... interimistisch geleitet und sich sowohl in der Zentralstelle als auch außerhalb Anerkennung verschafft. Durch seine „mit Schwung in Angriff genommene“, reibungsfreie und in allen Belangen erfolgreiche Aufgabenerfüllung als interimistischer Abteilungsleiter habe er die problematische Lage einer unvorhergesehenen Vakanz erfolgreich beseitigt. Auf Grund längerer Abwesenheit vor der mit Ablauf ... erfolgten Ruhestandsversetzung der Abteilungsleiterin habe B de facto jedoch stets die interimistische Abteilungsleitung innegehabt und die Leitungsverantwortung in exzellenter Weise wahrgenommen. Er verfüge damit über wertvollste Erfahrungen im gesamten, ... betreffenden Bereich sowie über deren konkrete Handhabung in den letzten Jahren. Wie kein anderer sei B über alle Facetten der Aufgabenbewältigung im Abteilungsbereich sowie über (auch länger zurückliegende) Einzelfälle im Aufgabenbereich informiert und jederzeit in der Lage, zu diffizilen ... Stellung zu nehmen. Auf Grund von ihm erstellter Evidenzsysteme und seiner ausgezeichneten innerbetrieblichen Organisation verfüge er über einen detaillierten Überblick über ... und könne damit den gestiegenen Informationsbedürfnissen von Ressortleitung, Parlament oder anderen Stellen binnen kürzester Zeit Rechnung tragen. B habe sein „enormes“.... Fachwissen auch als Vortragender zunächst bei den Kursen für

Rechtspraktikanten und seit ... bei den Grundrechtsseminaren für Richteramtswärter weitergegeben. Er werde nicht nur in der Zentralstelle, sondern auch in den nachgeordneten Dienstbehörden als absolute Spitzenkraft angesehen.

Das BMJ führte weiters aus, die Personalkommission habe ihre Reihung an Hand der „*einseitigen Betonung des Beurteilungskriteriums der bisherigen Berufs- und Führungserfahrung und allein nach ihrer Dauer begründet*“. 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.

Der Leitung der Sektion „...“ müsse zugebilligt werden, B auf Grund ihrer langjährigen Vorgesetztenfunktion wesentlich genauer und unmittelbarer einschätzen zu können als es den Mitgliedern der Personalkommission auf Grund einer überwiegend nur mittelbar erfolgten Informationsaufnahme möglich gewesen sei. ... Einschätzung, vor allem ihrem Vorbringen, dass B nicht nur absolut hervorragend geeignet für die Funktion, 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 „alt“ und „neu“. Dieser gravierende Eignungsnachteil sei weder durch die von der Personalkommission betonte Aus- und Fortbildungsfreude der Bewerberin noch durch deren Auslandstätigkeiten im Rahmen von ... wettzumachen. Weiters habe A - im Gegensatz zu B - bisher keine für die Leitung der Abteilung X unmittelbar relevante Vortragstätigkeit.

B verfüge schließlich über jahrelange Praxis in der einzelfall-bezogenen Anwendung der ..., während A zwar über allgemeines theoretisches Fachwissen betreffend ... verfüge, dieses jedoch stets nur mittelbar und überwiegend länger zurückliegend anzuwenden gehabt habe.

Hinzuweisen sei auch darauf, dass in der Abteilung X auf Grund der Dienstabwesenheit der seinerzeitigen Abteilungsleiterin, der verzögerten Nachbesetzung und der derzeit ungelösten Vertretungsfrage de facto bereits seit Beginn des Jahres ... eine volle A1-Kapazität fehle, was B kaum thematisiert habe, sondern er sich umso mehr „in die Arbeit stürzte“. Er habe damit nicht nur größte eigene Leistungsbereitschaft gezeigt, sondern auch besondere „motivatorische“ Fähigkeiten gegenüber seinem

Mitarbeiterstab entwickelt.

B habe die Abteilungsleitungsfunktion de facto bereits über einen längeren Zeitraum zur vollsten Zufriedenheit der Sektionsleitung sowie zweier verschiedener Ressortleitungen ausgeübt. Eine Betrauung von A mit der Funktion hätte eine (neuerliche) Phase der Umstellung bzw. eine für die Mitbewerberin erforderliche Einarbeitung in ihr fremde Materien bedingt, was gerade im Hinblick auf die dargelegte angespannte Personalsituation in dieser Abteilung 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 seinerzeit vakanten Funktion der Stellvertretung der Leitung der Sektion „...“ keine Verbesserung ihrer besoldungsrechtlichen Stellung mit sich gebracht hätte. Eine weitere Stellungnahme zu einer hypothetischen und damit rein spekulativen Laufbahnbehinderung erübrige sich.

Der Stellungnahme waren die Ausschreibung, B's Bewerbung, die Äußerung der Sektionsleitung ... zu dessen Bewerbung sowie der Vorschlag der Personalkommission beim BMJ angeschlossen. B's Bewerbung und die Äußerung der Sektionsleitung ... müssen nicht wiedergegeben werden, da diese Ausführungen im Wesentlichen bereits Bestandteil der Stellungnahme des BMJ sind.

Die Aufgaben der Abteilung X sind laut Ausschreibung im Wesentlichen Folgende:

...

Die Personalkommission führte einleitend zur Begründung für ihre Reihung aus, dass dem Leiter/der Leiterin der Abteilung X die schwierige Aufgabe zukomme, die traditionell auf unterschiedliche Abteilungen aufgeteilten ... zu vereinigen und die Anforderungen, welche die zueinander im Spannungsfeld stehenden Interessenlagen mit sich bringen zu bewältigen.

Seit dem Wirksamwerden der Reform der Geschäftseinteilung zeige sich, dass die Bereitschaft, sich neuen Aufgaben zu widmen, größer geworden sei. Wenn sich bewährte Leiterinnen und Leiter dem Auswahlverfahren stellen und Veränderungswillen signalisieren, führe dies naturgemäß dazu, dass die Karriereverläufe weniger planbar werden. Eine „logische Nachfolge“ auf Grund bisheriger Stellvertretung oder sonst langjähriger Tätigkeit im Fachbereich verliere damit die traditionell mit der Stellvertre-

tung verbundene „Anwartschaft“ auf die Nachfolge. Der Umstand der seit der letzten Organisationsreform verringerten Leitungsfunktionen trage dazu bei, dass sich der Veränderungswille auf Leitungsebene deutlich erhöht habe. Die damit einsetzende „Rotation“ stelle die Personalkommission vor neue Herausforderungen, weil zu vermeiden sei, Fragen der Personalentwicklung und Personalsteuerung mit jenen der persönlichen Eignung vor dem Hintergrund des engen Korsetts des § 33 Abs. 2 iVm § 54 RStDG zu vermengen.

„Kritisch“ merkte die Personalkommission in diesem Zusammenhang an, dass man sich in den „Äußerungen zu den Bewerbungen nicht auf die Kriterien des § 54 Abs. 2 RStDG verlassen“ habe, sondern anstelle der Abstufung zwischen „‘ausgezeichnet‘, ‚sehr gut‘, ‚entsprechend‘ und ‚nicht entsprechend‘ zu kaum mehr realitätsnahen Beurteilungen wie ‚ganz ausgezeichnet‘, ‚hervorragend‘, ‚ganz hervorragend‘ und ‚absolut hervorragend‘“ gegriffen habe. Auch wenn diese Einschätzung den Unterlagen und der Anhörung nach nachvollziehbar seien, bleibe anzumerken, dass die fehlende Differenzierung in den Beurteilungen auch die Bewertung und somit die Reihung der Personalkommission nach rein objektiven Gesichtspunkten erschwert habe. Umso mehr sei die Personalkommission daher bemüht gewesen, sich von den Kriterien des § 54 Abs. 1 RStDG leiten zu lassen, und die in den Äußerungen zum Teil zum Ausdruck kommenden Wünsche der jeweiligen Sektionsleitung - so berechtigt sie vor dem Hintergrund der Kontinuität auch sein mögen - nicht in die Beurteilung einfließen zu lassen. Es dürfe nicht sein, dass die Personalkommission jemand alleine deshalb eine schlechtere Eignung attestiere und ihn/sie damit abwerte, weil der Wechsel von einer Leitungsposition in eine andere aus übergeordneten Gesichtspunkten, wie etwa der Kontinuität (begonnene Projekte; Sorge um eine geeignete Nachfolge), nachteilig erscheine.

Die Zentralstelle müsse sich des Vorteils bewusst sein, über ein derart überdurchschnittlich qualifiziertes Personal zu verfügen, das sich auch mit einmal erreichten Führungspositionen nicht zufrieden gebe. Hier gelte es in der Personalentwicklung anzusetzen, weil die Fluktuation in der Führungsebene auch dem Mittelbau neue Chancen bieten würde.

Die Personalkommission folgte bei ihrer Beurteilung „vor dem Hintergrund des § 54 Abs. 1 RStDG“ - Umfang und Aktualität der fachlichen Kenntnisse, insbesondere der zur Amtsführung notwendigen Vorschriften; Fähigkeiten und Auffassung; Fleiß, Ausdauer, Verlässlichkeit, Entschlusskraft, Zielstrebigkeit; soziale Fähigkeiten; Aus-

drucksfähigkeit; Verhalten im Dienst; Eignung für eine leitende Planstelle; Erfolg der Verwendung – den Beurteilungen von SC ... und SC .... Beruhend darauf und auf der Anhörung der Bewerberin und des Bewerbers hielt die Kommission weiters fest, dass A in ihrer Bewerbung ein überaus überzeugendes Konzept für die Leitung der Abteilung X dargelegt habe, wobei insbesondere die Vorstellungen bezüglich ihrer Entwicklungsziele hervorgestochen hätten. In ihrer Anhörung habe die Bewerberin tiefgründig die Problembereiche im Aufgabenfeld der Abteilung dargestellt, ihr Auftreten sei beeindruckend gewesen, sie sei gewandt auf kritische Fragen eingegangen. Auf diese Weise habe sie ihre jahrelange Leitungserfahrung deutlich unter Beweis gestellt. B betreffend führte die Kommission aus, er habe ein Konzept dargelegt, das sich insbesondere mit den konkret in der Abteilung bereits bewältigten bzw. noch zu bewältigenden Problemen auseinandersetze und Lösungen anbiete, deren Realisierung auch erwartet werden könne. In seiner Anhörung habe der Bewerber bewiesen, dass er über die Aufgabenstellungen bestens informiert sei, wobei er sich in der Beantwortung zu Fragen über die Zukunft der Abteilung ... im Wesentlichen auf die Wiedergabe seiner schriftlichen Ausführungen im Bewerbungsgesuch konzentriert habe. Hier müsse aber berücksichtigt werden, dass er unter dem Eindruck der täglich zu lösenden Probleme im ... stehe und ihm die Vielzahl an dringenden Fragestellungen einen Blick von außen naturgemäß nicht so unbeschwert erlauben wie Bewerbern außerhalb des Aufgabengebiets. Seine Anhörung habe neben seiner Fähigkeit zur präzisen Analyse sein Vermögen unterstrichen, ergebnisorientierte Lösungen zu entwickeln und begonnene Vorhaben auch tatsächlich umzusetzen.

Die Personalkommission kam zu dem Ergebnis, dass, obwohl man davon überzeugt sei, dass B seine bisherige hervorragende Tätigkeit als Leiter der Abteilung fortsetzen würde, gegenüber A das wesentlich geringere Ausmaß an Leitungserfahrung und Rechtsprechungserfahrung ins Kalkül gezogen werden müsse. A verfüge über die weitaus breiteste Erfahrung in Ansehung der Leitung einer Abteilung des BMJ in Kombination mit umfassender Erfahrung im Bereich des .... Hinzu komme, dass sie ein hervorragendes und innovatives Konzept zum ... im Rahmen der Abteilung vorgelegt habe und sich auf umfangreiche, auch internationale, Aus- und Fortbildungsaktivitäten, einschließlich Vortragstätigkeit im Bereich von ..., berufen könne. Sie habe schließlich den Zertifikatslehrgang ... absolviert und stelle auch dadurch ihre besondere Eignung unter Beweis, neue Herausforderungen mit Engagement und Wissen anzunehmen. Ihre erfolgreiche Projektarbeit, zuletzt das ....., lasse keine objekti-

vierbaren Zweifel zu, dass sie sich nicht ebenso erfolgreich der Umsetzung ihrer Vorstellungen von den Aufgaben der Abteilung X widmen werde. Auf diesbezügliche Fragen in der Anhörung sei sie bestens vorbereitet gewesen und habe überzeugend darlegt, dass es auch unter dem Druck der täglichen Arbeit notwendig sei, zukunftsweisende Vorstellungen und Ideen zu entwickeln.

Auf Grund dieser Gewichtung der Eignungskriterien sei die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass A an erster Stelle des Besetzungsvorschlages zu reihen sei.

Aus den vom BMJ übermittelten Unterlagen geht hervor, dass das BMJ auf die entsprechende Nachfrage des Herrn Bundespräsidenten zum Ernennungsantrag den behaupteten Eignungsvorsprung von B im Wesentlichen damit begründete, dass A im unmittelbaren Tätigkeitsbereich der Abt. X bisher noch nicht gearbeitet habe, sodass davon auszugehen sei, dass sie sich erst nach entsprechender Einarbeitungszeit einen Überblick über die Belange verschaffen könne. Demgegenüber sei B über alle Abteilungsangelegenheiten im Detail informiert und habe solide Arbeitsbeziehungen zu den involvierten Stellen. Gerade weil sich die Bewerberin und der Bewerber in für sie neue, für die Justiz insgesamt gleichermaßen wichtige Leitungsfunktionen bestens eingearbeitet haben, bestehe kein Anlass, Änderungen herbeizuführen. Vielmehr würden höherrangige Justizinteressen für Kontinuität in den beiden Bereichen sprechen. Dies gelte umso mehr, als ausgehend von formaler und auch qualitativer Gleichrangigkeit der beiden Funktionen eine Verschlechterung der aktuellen Position eines der beiden Bewerber nicht in Kauf genommen werden müsse.

Zur Frage des Herrn Bundespräsidenten nach der (Nicht-)Anwendbarkeit des B-GIBG teilte das BMJ diesem mit, dass entgegen dem von der Gleichbehandlungsbeauftragten vertretenen Standpunkt der gegenständliche Fall kein Frauenförderungsfall gemäß § 11c B-GIBG sei, weil B (aus den bereits dargelegten Gründen) besser qualifiziert sei. „Nur der guten Ordnung halber“ wies das BMJ darauf hin, dass sich A seit ihrer Betrauung mit der Leitung der Abteilung Y ab ... bereits in einer der mit der angestrebten Funktion gleichwertigen hervorgehobenen Verwendung befinde. Eine „bloße Umernennung“ würde für sie weder einen beruflichen Aufstieg, noch den Frauenanteil in Leitungsfunktionen im BMJ erhöhen, sodass es - selbst unter der hier gar nicht vorliegenden Annahme gleicher Eignung - auch an dieser Grundvoraussetzung für die Anwendung des § 11c B-GIBG fehle.

In der Stellungnahme des BMJ vom ... an den Senat wurden SC ... und SC... als informierter/informierte Vertreter/in namhaft gemacht. Der Antrag wurde in der Sitzung des Senates am ... behandelt, SC ... wurde zur Teilnahme eingeladen. Daraufhin wurde dem Senat mitgeteilt, dass das BMJ ausführlich Stellung genommen habe und aus Sicht des BMJ der Sachverhalt in der Senatsitzung nicht „verbreitert“ werden könne, weshalb kein Vertreter des Ressorts teilnehmen werde. Zur „Vervollständigung des Standpunktes“ des BMJ, nämlich dass im Hinblick auf die völlig gleiche Bewertung des Arbeitsplatzes von As als Leiterin der Abteilung Y und des Arbeitsplatzes der Leitung der Abteilung X kein Fall einer Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg vorliegen könne, wurde eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (...) übermittelt.

A führte zur Ansicht des BMJ, es handle sich in ihrem Fall nicht um einen beruflichen Aufstieg Folgendes aus: Die Stellvertretung eines Sektionsleiters/einer Sektionsleiterin im BMJ könne nur von einem Abteilungsleiter/einer Abteilungsleiterin der jeweiligen Sektion ausgeübt werden. Da sie nicht der Sektion ... angehöre, habe sie sich auch nicht um diese (mittlerweile ausgeschriebene) Funktion bewerben können. Man habe mit der Ausschreibung der Stellvertretung der Sektionsleitung bis zur Besetzung der Leitung der Abteilung X, der größten Abteilung in der Sektion ..., zugewartet, um sicher zu stellen, dass sich auch der Leiter dieser Abteilung bewerben könne. .... Auch in ihrer Sektion sei in dieser Zeit die Sektionsleiterstelle besetzt worden. Sie habe sich beworben und sei auch immer gut gereiht worden, jedoch immer hinter den jetzigen Amtsträgern.

Die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen ... ergänzte, dass auch das Freiwerden der Sektionsleitung absehbar gewesen sei.... Die Besetzungen in der Sektion haben sich in einem Zeitrahmen von weniger als zwei Jahren abgespielt. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Abteilungsleitung sei auch die Stellvertretung der Sektionsleitung frei gewesen. Stellvertreterin von ... und gleichzeitig Leiterin der Abteilung X sei ... gewesen. Mit ihrer Pensionierung sei also sowohl die Abteilungsleitung als auch die Sektionsleitungsstellvertretung frei geworden. Unmittelbar vor dem Ausscheiden von ... sei B Abteilungsleiterstellvertreter geworden. Weil ... länger im Krankenstand gewesen sei - wobei sie auch in dieser Zeit gearbeitet habe - sei B auch interimistischer Leiter der Abteilung gewesen. ... sei mit ... in Pension gegangen und mit ... sei ausgeschrieben worden. Im Zusammenhang mit der Frauenquote sei erwähnenswert, dass die ...sektion was die Frauenquote betreffe

bislang eine positive Ausnahme gewesen sei. ... Jetzt gebe es nur eine Abteilungsleiterin. Zum Antrag der Arbeitsgruppe, der über den konkreten Einzelfall hinausgehe, sei Folgendes zu sagen: Es werde im BMJ die Meinung vertreten, dass es keine Frage des beruflichen Aufstiegs sei, wenn man schon eine Abteilungsleitung habe und sich um die Leitung einer anderen Abteilung bewerbe. Die Arbeitsgruppe habe immer argumentiert, dass es verschieden bewertete Abteilungsleitungen gebe, nämlich mit der Bewertung A1/5 und A1/6 (Anmerkung: nach dem Gehaltsschema für Richter/innen und Staatsanwälte/Staatsanwältinnen). Der finanzielle Unterschied sei zwar gering, aber er bestehe. Sogar im Falle eines gehaltsmäßigen Unterschieds werde das Vorliegen eines beruflichen Aufstieges verneint, umso mehr werde dieser verneint, wenn es sich um gleich bewertete Abteilungen handle. Im gegenständlichen Fall habe man gleich bewertete Arbeitsplätze, aber in zwei verschiedenen Sektionen und mit unterschiedlichen Aufstiegsmöglichkeiten. Auffällig sei, dass die aufstiegsrelevanten Positionen gleichzeitig frei geworden seien und man sie bewusst nicht gleichzeitig ausgeschrieben habe, weil dann die Aufstiegsrelevanz jedenfalls in hierarchischer Hinsicht nachzuweisen gewesen wäre. Diese Vorgangsweise erwecke ihrer Meinung nach doch den Eindruck, dass man nicht gewollt habe, dass wieder eine Frau beide Funktionen innehabe.

Zur Frage des Senates nach der vom BMJ vorgebrachten Einarbeitungszeit führte A aus, dass diese ihr gegenüber als das ausschlaggebende Kriterium genannt worden sei. Sie hätte aber keine besondere Einarbeitungszeit benötigt, denn als Leiterin einer Abteilung in der ...sektion habe sie Leitungs- und Managementfähigkeiten, und auf diese komme es auch bei der Leitung der Abteilung X an, die fachspezifischen Kenntnisse seien nicht das Wesentliche für die Leitungsfunktion. Im Vergleich zu B habe sie die längeren Erfahrungen im .... Sie sei länger ... gewesen und sie habe auch Erfahrung im Bereich .... Diese Aufgaben seien sehr wichtig geworden, in der ...müsse man sich mit den Strukturen auskennen, man prüfe, ob das Personalwesen gut funktioniere und erstelle somit die Grundlage für allfällige Verbesserungen. Es habe sie getroffen, dass ihre 11 Jahre als Abteilungsleiterin gegenüber B, der „praktisch Null“ Erfahrung in diesem Bereich habe, nicht gezählt haben.

Die Vorsitzende der Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen wies darauf hin, dass A vom SC die höchste Bewertung bekommen habe. Er habe sie als „ganz hervorragend“ geeignet für die Abteilungsleitung beschrieben. Ein Bewerber in einem anderen Besetzungsverfahren sei auf Grund dieser Beurteilung ernannt worden, auf



die Kontinuität sei es in diesem Fall nicht angekommen. Zum Vorbringen der Dienstbehörde, B verfüge über Praxis in der einzelfallbezogenen Anwendung ..., während A ihr theoretisches Fachwissen in diesem Bereich nur mittelbar anzuwenden gehabt habe, sei zu sagen, dass die ... in der allgemeinen ...abteilung liege aus der A komme. Das Gesetz sei von der Abteilung X im Einzelfall anzuwenden. Wenn man die ... habe, sei es absurd anzunehmen, dass man die Bestimmungen im Einzelfall nicht anwenden könne. Wenn man einen Überblick über die Bewerbungsverfahren habe, sei schon auffällig, dass in einem Fall die Kontinuität und/oder die Einzelfallerfahrung wichtig sei und im anderen Fall nicht.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 5 bzw. Z 6 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 war also die Begründung 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 dieser die Abteilung X bereits ab ... interimistisch geleitet und dadurch Erfahrungen im gesamten Bereich des ... erworben habe und also alle Facetten des Aufgabenbereichs kenne. Er verfüge über jahrelange Praxis in der .... Demgegenüber A keine „Vortätigkeit“ im Aufgabenbereich der Abteilung X. Sie verfüge zwar über allgemeines theoretisches Fachwissen im Bereich ..., habe dieses jedoch stets nur mittelbar und überwiegend länger zurückliegend anzuwenden gehabt. A hätte sich also in ihr fremde Materien erst einarbeiten müssen. Der „gravierende“ Eignungsnachteil sei auch nicht durch Aus- und Fortbildungen und Projektarbeiten wettzumachen.

Auf der Grundlage der bisherigen (Leitungs)Tätigkeiten von A, der Begründung der Personalkommission für ihre Reihung der Bewerberin und des Bewerbers und der Ausführungen der Antragstellerinnen 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 die Bewerberin als auch der Bewerber wurde von ihrem/seiner Vorgesetzten ausgezeichnet beschrieben, wobei die Sektionsleitung „...“ ihren bisherigen Mitarbeiter ausdrücklich als „logischen Nachfolger“ bezeichnete. Während das BMJ meinte, diesem Umstand sei besonderes Gewicht beizumessen (gewesen), weil die Sektionsleitung „...“ ihren Mitarbeiter genauer und unmittelbarer einschätzen könne als die Mitglieder der Kommission, merkte die Personalkommission in diesem Zusammenhang durchaus kritisch an, dass nicht ausschließlich nach den objektiven Kriterien des § 54 Abs 2 RStDG beurteilt worden sei, sondern auch nach „übergeordneten Gesichtspunkten“, insbesondere dem der Kontinuität. Der Senat schließt sich der Überlegung der Personalkommission, nämlich dass nicht jemand eine geringere Qualifikation attestiert werden darf, weil der Wechsel von einer Leitungsposition in eine andere etwa aus Sorge um die Kontinuität nachteilig erscheint, an. Es darf auch nach Meinung des Senates nicht sein, dass Fragen der Personalentwicklung und Personalsteuerung mit jenen der persönlichen Eignung vermengt werden.

Den Ausführungen des BMJ, die Personalkommission habe A den Vorzug auf Grund ihrer längeren Berufs- und Führungserfahrung gegeben, was nicht sein könne, denn wenn es „allein auf die leicht messbare Dauer von Vortätigkeiten“ ankäme, wäre der Vorschlag einer Personalkommission entbehrlich, ist entgegenzuhalten, dass der

Vorschlag einer Personalkommission (auch) entbehrlich wäre, wenn der Feststellung eines/einer Vorgesetzten, sein/ihr Mitarbeiter oder seine/ihre Mitarbeiterin sei geradezu der/die logische Nachfolger/in, „besonderes Gewicht beizumessen“ wäre. Die Personalkommission gab A auch nicht „allein“ wegen der „Dauer ihrer Vortätigkeiten“ den Vorzug, sondern auch wegen ihrer breiteren(!) Leitungserfahrung, ihrer umfassenderen Erfahrung ... (als Leiterin der Abteilung für ...) und – kurz gesagt – wegen ihres besseren Konzepts zum .... 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 seien, ist selbstverständlich zuzustimmen. Die Behauptung, diese Voraussetzungen seien bei B in „weitaus(!) höherem Maße“ gegeben als bei A entbehrt – wie ein Vergleich der bisher wahrgenommenen Aufgaben von A und B eindeutig zeigt und wie sich auch aus den Ausführungen der Personalkommission ergibt - jeder sachlichen Grundlage. (Nebenbei sei angemerkt, dass diese Feststellung auch – bei allem Verständnis für das in der Natur der Sache liegende Bemühen einer Dienstbehörde ihre Personalentscheidung zu rechtfertigen – nicht nur nicht nachvollziehbar, sondern auch absolut unfair und geradezu abwertend ist).

Als einziges „Plus“ von B gegenüber A ergibt sich ein gewisser Vorsprung an aktuellem Fachwissen in Bezug auf die laufenden Agenden der Abteilung. B kennt den Aufgabenbereich aus seiner ... Tätigkeit als Referent, und er verfügt über eine Führungserfahrung von 1½ Jahren, als stellvertretender bzw. interimistischer Leiter der Abteilung X. Für den Senat ist angesichts der bisher von A ausgeübten, mit dem Aufgabenbereich der Abteilung X weitgehend korrespondierenden, (Leitungs)Tätigkeiten nicht nachvollziehbar, dass sich allein aus dem Umstand des aktuelleren Fachwissens die bessere Qualifikation für die Leitung der Abteilung ergeben soll. Bei Führungsfunktionen kommt es im Allgemeinen nicht in erster Linie auf detailliertes fachspezifisches Wissen an, sondern auf Leitungs- und Managementfähigkeiten. Im konkreten Fall handelt es sich bei der Bewerberin um eine langjährige, äußerst erfolgreiche Führungskraft, die auf Grund ihrer bisherigen Tätigkeiten mit den angestrebten Aufgabenfeldern inhaltlich und organisatorisch vertraut ist. Es kann also nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass sie sich, falls erforderlich, allfällig fehlendes Detailwissen in kurzer Zeit aneignen würde.

Zum Vorbringen des BMJ, B verfüge über Praxis in der ..., während A ihr theoretisches Fachwissen in diesem Bereich nur mittelbar anzuwenden gehabt habe, ist

festzuhalten, dass A mit den dienstrechtlichen Normen auf Grund ihrer Tätigkeit in der für die ... zuständigen „...“ (Abt. ..., jetzt ...) sehr wohl vertraut ist. Es wäre daher absurd, anzunehmen, die Anwendung ... könnte mit irgendeiner Schwierigkeit verbunden sein.

Die Argumente „Kontinuität“ und „Praxis in der ...“ vermögen schließlich auch deshalb nicht zu überzeugen, weil diesen Kriterien durchaus nicht bei allen Funktionsbesetzungen im BMJ das gleiche Gewicht beigemessen wird. So konnte die Bewerberin um die Leitung der ...abteilung für den Strafvollzug (Abteilung ...) trotz ihrer langjährigen Stellvertretungsfunktion gegenüber ihrem Mitbewerber auf Grund dessen Erfahrungen aus der allgemeinen(!) ...abteilung – so die damalige Begründung des BMJ - nicht reüssieren.

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 aufgrund 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“ hält der Senat fest, dass in diesem Punkt der Arbeitsgruppe vollinhaltlich zuzustimmen ist. Abgesehen von dem Fall einer (auch nur geringfügigen) besoldungsmäßigen Differenz handelt es sich um einen beruflichen Aufstieg im Sinne des B-GIBG auch dann, 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 besoldungsmäßige Besserstellung meint, ergibt sich aus dessen Formulierung: „Auf Grund des Geschlechtes ... 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 VwGH betrifft das Begehren eines Bediensteten auf Schadenersatz gemäß § 18a B-GIBG wegen (behaupteter) Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg. Über Schadenersatzansprüche entscheiden Dienstbehörden bzw. Gerichte und nicht die B-GBK.

Da der Anteil von Frauen in Leitungsfunktionen im BMJ im maßgeblichen Zeitraum bei knapp 26 % lag, wäre jedenfalls, da keine bessere Eignung des Mitbewerbers gegeben ist, das Frauenförderungsgebot des § 11c B-GIBG zu beachten gewesen. Die diesbezüglichen Ausführungen im Antrag, nämlich § 11c B-GIBG verlange nicht, dass durch die Ernennung einer Frau zwingend eine unmittelbare Änderung des Frauenanteils bei den Leitungsfunktionen eintreten müsse ist zutreffend. § 11c B-GIBG zielt allgemein auf eine Verbesserung des Frauenanteils bei den Leitungsfunktionen, und diese kann auch dadurch erreicht werden, dass durch den Wechsel einer weiblichen Führungskraft in eine andere Position einerseits eine weitere Leitungsfunktion für nachrückende Frauen frei wird und andererseits der Funktionswechsel einen weiteren beruflichen Aufstieg ermöglicht.

Bezüglich der näheren Begründung für die Anwendung der §§ 4 und 11c B-GIBG verweist der Senat auf die Ausführungen der Arbeitsgruppe als Zweit Antragstellerin (Seiten 5-8), welchen nichts hinzuzufügen ist.

Die Feststellung einer Diskriminierung von A auf Grund des Alters gemäß § 13 B-GIBG wurde zwar nicht beantragt, doch deuten die Formulierungen in der Begründung des BMJ für die Auswahlentscheidung – B habe die Aufgaben „mit Schwung in Angriff genommen“, er sei eine „dynamische Führungspersönlichkeit“ -, darauf hin, dass bei der Auswahlentscheidung auch das Alter der Bewerberin und des Bewerbers eine Rolle spielte. Die Erfahrungen der B-GBK in den letzten Jahren zeigen, dass ein derartiges Vokabular verwendet wird, wenn es gilt, vergleichsweise junge männliche Favoriten der Dienstbehörde hervorzuheben.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des § 18a B-GIBG wird verwiesen.