

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat II**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (=Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um die Planstelle „juristische/r Mitarbeiter/in“ beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs 1 Z 1 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

Gutachten

beschlossen:

Die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A um die Planstelle „juristische/r Mitarbeiter/in“ beim BVwG stellt keine Diskriminierung aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs 1 Z 1 B-GIBG dar.

B e g r ü n d u n g

Der Antrag von A, eingebracht von Rechtsanwalt X, langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. Folgendes wurde ausgeführt: Der Antragsteller (AS) habe sich als juristischer Mitarbeiter des Bundesverwaltungsgerichts für eine Vollzeittätigkeit beworben. In der Stellenausschreibung seien unter dem Punkt „Erfordernisse für die ausgeschriebene Arbeitstätigkeit“ - dabei insbesondere Kenntnisse und praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts angeführt gewesen. Wie sich auch aus dem Lebenslauf des AS ergebe, verfüge dieser über beste Qualifikationen für die ausgeschriebene Position: Einerseits verfüge er über einen hinsichtlich der Bewertung hervorragenden Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften, insbesondere die im Rahmen der ausgeschriebenen Tätigkeit vorrangig behandelten Studienfächer Verfassungs- und Verwaltungsrecht habe der AS mit den Noten „Sehr gut“ bzw. „Gut“ absolviert. Zudem verfüge A auch über jahrelange Berufserfahrung in jenen juristischen Bereichen, welche auch im Rahmen der ausgeschriebenen Position vorrangig bearbeitet werden würden.

A sei von ... bis ... als Rechtsberater gem. § 64, 65 AsylG für das Bundesministerium für ... und den Österreichischen ... tätig gewesen, seit ... fungiere er als stellvertretender Geschäftsstellenleiter des Arbeitsausschusses für Zusätzlich zu diesen Tätigkeiten sei der AS als juristischer Mitarbeiter und Rechtsanwaltsanwärter in mehreren Rechtsanwaltskanzleien tätig gewesen. Dort sei er auch mit Verwaltungsverfahren befasst gewesen und habe dabei etwa zahlreiche Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof verfasst.

Der AS habe seine diesbezüglichen Qualifikationen nicht nur anhand eines Lebenslaufes, sondern auch zahlreicher aussagekräftiger, ausgezeichneter Dienstzeugnisse bescheinigt, welche nicht nur die Arbeitspraxis in den angeforderten Bereichen unter Beweis stellen würden, sondern dem AS auch zahlreiche der als Erfordernisse für die ausgeschriebene Stelle genannten persönlichen Kompetenzen ausdrücklich bestätigen würden.

Im Rahmen eines mündlichen Bewerbungsgesprächs sei A unter anderem gefragt worden, wieso er auf die Idee komme, sich „jetzt noch“ als juristischer Mitarbeiter beim BVwG zu bewerben, wo er doch über mannigfache Berufserfahrung verfüge. Ansonsten sei das Gespräch nach Wahrnehmung des AS sehr positiv verlaufen und habe dieser insbesondere seine fachlichen Kompetenzen hervorragend unter Beweis stellen können.

In weiterer Folge sei dem AS per Mail ohne jegliche Begründung mitgeteilt worden, dass er für die Stelle nicht berücksichtigt werde.

Tatsache sei sohin dass A trotz seiner hervorragenden Qualifikationen ohne nähere Begründung nicht berücksichtigt wurde.

Dem Vertreter des AS sei nach Erhalt des Ablehnungsschreibens des Bundesverwaltungsgerichts von einem dortigen Mitarbeiter im Rahmen eines informellen Gesprächs mitgeteilt worden, dass die Position des „juristischen Mitarbeiters“ üblicherweise nur an Personen vergeben werde, welche das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten, dies aus dem Grunde heraus, dass

- a.) die Stelle als juristischer Mitarbeiter als „Sprungbrett“ für eine andere Tätigkeit im Rahmen der Bundesverwaltung betrachtet werde und der AS dafür aufgrund seines fortgeschrittenen Alters nicht mehr unbedingt in Frage komme und
- b.) der juristische Mitarbeiter üblicherweise einem oder mehreren Richtern zugeteilt werde und sich ergeben habe, dass —etwa aufgrund des notwendigen Autoritätsverhältnisses— eine Zuteilung zu einem Richter jüngeren Lebensalters oder geringerer Berufserfahrung unvorteilhaft sei.

A stützte die Glaubhaftmachung des Diskriminierungstatbestands nach § 20a B-GlBG auf den Inhalt des Bewerbungsgesprächs sowie darauf, dass im Rahmen des hier gegenständlichen Bewerbungsverfahrens ausschließlich Personen berücksichtigt worden seien, welche vom Lebensalter her wesentlich jünger als der AS gewesen wären sowie auf die generelle Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Position des „juristischen Mitarbeiters“ üblicherweise nur an Personen vergeben werde, welche das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten.

Auf Ersuchen der B-GBK nahm das BVwG mit ... wie folgt Stellung:

Zunächst werde auf die gesetzlichen Grundlagen des Ausschreibungsgesetzes 1989 verwiesen. Dies vor allem in Bezug auf die in einer Ausschreibung angeführten allgemeinen und zusätzlichen Erfordernisse (§ 22 Abs. 1 und 2 AusG) sowie das Verfahren zur Auswahl der BewerberInnen (§ 28 Abs. 3, § 55, § 56 Abs. 1, § 57 Abs. 1 AusG; Aufnahmegespräch, Aufnahmevertrag, begründetes Gutachten der Aufnahmekommission) sowie die formlose Verständigung über eine Nichtberücksichtigung (§ 36a Abs. 1 AusG).

Zu den bisherigen Bewerbungen des AS werde vorgebracht, dass dieser sich bisher insgesamt neunmal für verschiedene Funktionen am vormaligen Asylgerichtshof sowie am Bundesverwaltungsgericht beworben habe. Es handele sich hierbei um vier Bewerbungen für die Planstelle einer Richterin bzw. eines Richters sowie um fünf Bewerbungen für die Planstelle einer juristischen Mitarbeiterin bzw. eines juristischen Mitarbeiters:

So habe er sich ... als Richter am Asylgerichtshof (AsylGH) und auch am BVwG, sowie parallel als juristischer Mitarbeiter am AsylGH und auch am BVwG, ... zweimal für eine Verwendung als Richter am BVwG, sowie als juristischer Mitarbeiter am BVwG und ... zweimal als juristischer Mitarbeiter (inkl. der gegenständlichen Bewerbung) bewor-

ben. Die Ausschreibung der Planstelle als juristische/r Mitarbeiter/in aus dem Jahr ... richtete sich ausschließlich an Bundesbedienstete, weswegen A die Voraussetzungen, mangels Vorliegen eines aufrechten Dienstverhältnisses zum Bund, nicht erfüllt habe. Auch alle weiteren Bewerbungen des AS seien, jeweils nach Einladung zu Aufnahmegesprächen bzw. persönlicher Anhörung durch die Personalsenate, letztlich nicht berücksichtigt worden.

Es sei darauf hinzuweisen, dass der Personalsenat des Asylgerichtshofes, jener des Bundesverwaltungsgerichtes sowie die die Aufnahmegespräche führenden Kommissionen jeweils eine unterschiedliche personelle Zusammensetzung aufgewiesen hätten. Insbesondere hätten insgesamt drei verschiedene Kommissionen die Aufnahmegespräche für die Besetzung der Planstellen von juristischen Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeitern in den Jahren ... und ... geführt. Der AS sei sohin von unterschiedlichen Kommissionen sowie der Aufnahmekommission nicht für die Besetzung der ausgeschriebenen Planstellen vorgeschlagen worden.

Beim gegenständlichen Auswahlverfahren seien voraussichtlich 31 Planstellen von juristischen Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeitern am BVwG ausgeschrieben gewesen. Für die ausgeschriebenen Planstellen würden neben den allgemeinen Erfordernissen (österreichische Staatsbürgerschaft; abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften; persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind etc.), besondere Kenntnisse bzw. Fähigkeiten in folgenden Bereichen erwartet: „Kenntnisse und praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens erwünscht, hohes Maß an Kommunikationsfähigkeit und Ausdrucksvermögen (in Wort und Schrift), hohes Maß an Sorgfalt und Genauigkeit, Teamfähigkeit, hohe Belastbarkeit, Englischkenntnisse (Basiswissen), Organisationsfähigkeit, sehr gute EDV-Anwenderkenntnisse.“

Auf Grundlage dieser Ausschreibung seien beim Bundesverwaltungsgericht insgesamt 185 schriftliche Bewerbungsgesuche eingelangt. Die Prüfung der Erfüllung der notwendigen Erfordernisse sowie weiterer besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber sei durch Einsichtnahme in die übermittelten Bewerbungsunterlagen sowie anhand eines Aufnahmegesprächs erfolgt. Diese Aufnahmegespräche seien von einer Kommission bestehend aus dem Kammervorsitzenden der Kammer X, ..., und Kammervorsitzender der Kammer Y, ..., sowie Vertreterinnen der Personalverwaltung (insbesondere die Leiterin des ...büros ...) durchgeführt worden. Es hätten insgesamt 149 Aufnahmegespräche im ca. 25 Minuten-Rhythmus stattgefunden; von den dazu eingeladenen Bewerberinnen und Bewerbern hätten 11 Personen das 40. Lebensjahr überschritten.

Das im Schreiben des AS angeführte Zitat *„wieso er auf die Idee komme, sich ,jetzt noch‘ als juristischer Mitarbeiter beim BVwG zu bewerben, wo er doch über mannig-*

fache Berufserfahrung verfüge“ werde in Abrede gestellt. Eine derartige Aussage sei in dieser oder einer sinngemäß ähnlichen Form im Aufnahmegespräch nicht gefallen. A habe die das Aufnahmegespräch führende Kommission in einer Gesamtbetrachtung weder durch sein Fachwissen noch durch sein persönliches Auftreten im Rahmen des Aufnahmegesprächs zu überzeugen vermocht. Er habe sich bei der fachspezifischen Befragung von anderen Kandidatinnen und Kandidaten nicht abgehoben und somit insgesamt keinen bleibenden respektive auffallenden Eindruck hinterlassen.

Für die Kommission sei vor allem auch die Motivation des AS für seine Bewerbung als juristischer Mitarbeiter fraglich gewesen: Im Gespräch über die Beweggründe für die Bewerbung habe der AS den Eindruck vermittelt, eigentlich das Richteramt anzustreben (erinnerlich sei folgende sinngemäße Äußerung: *„Wenn man mich nicht als Richter nimmt, gehe ich eben als juristischer Mitarbeiter und bewerbe mich in fünf Jahren noch einmal.“*). Dieser Eindruck sei auch vor dem Hintergrund der mehrfachen Bewerbungen des AS für das Richteramt zu sehen. Hierzu sei zu bemerken, dass es keinen Automatismus der Übernahme von juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu Richterinnen und Richtern (vergleichbar mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit) gebe.

Die Kommission habe den AS in einer Gesamtschau und im Vergleich mit den gereihten Bewerberinnen und Bewerbern für die Planstelle einer juristischen Mitarbeiterin bzw. eines juristischen Mitarbeiters nicht in ausreichendem Maße geeignet erachtet. Die Aufnahmekommission des Bundesverwaltungsgerichtes (... in Vertretung die juristische Mitarbeiterin ... sowie zwei vom Zentrallausschuss namhaft gemachte Vertreter) sei dem Aufnahmevorschlag der Kommission nach Durchsicht aller Bewerbungsunterlagen gefolgt. Die Gleichbehandlungsbeauftragte, ..., sei bei den Sitzungen der Aufnahmekommission beratend beigezogen worden und habe volle Einsicht in die Bewerbungsunterlagen gehabt.

Insgesamt seien 28 Personen aufgenommen worden, davon eine Bewerberin, welche älter als A sei (Geburtsjahrgang 19..; das Geburtsjahr des AS sei das Jahr 19..). Darüber hinaus seien am Bundesverwaltungsgericht derzeit 14 juristische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt, welche älter als der AS wären. Des Weiteren werde darauf hingewiesen, dass seit ... drei juristische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Bundesverwaltungsgericht aufgenommen worden seien, welche gleich alt oder älter als A sind.

Auch der Behauptung, die Position einer juristischen Mitarbeiterin bzw. eines juristischen Mitarbeiters werde lediglich an Personen vergeben, welche das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, da diese Position als „Sprungbrett“ für eine andere Tätigkeit im Rahmen der Bundesverwaltung angesehen werde, sei klar entgegenzutreten. Zum einen handle es sich bei der Planstelle einer juristischen Mitarbeiterin bzw. eines juristischen Mitarbeiters um ein Dienstverhältnis und kein Ausbildungsverhältnis, wie

etwa jenes als Verwaltungspraktikantin bzw. Verwaltungspraktikant gemäß §§ 36a bis 36d VBG. Zum anderen könne die Tätigkeit einer juristischen Mitarbeiterin bzw. eines juristischen Mitarbeiters bis zur Pensionierung ausgeübt werden – ein Bediensteter des Bundesverwaltungsgerichtes sei bereits als juristischer Mitarbeiter in den Ruhestand gegangen.

In diesem Zusammenhang sei ergänzend anzumerken, dass die in Rede stehende Behauptung keinesfalls von einer mit dem Aufnahmeverfahren befassten bzw. in der Personalverwaltung tätigen (zuständigen) Person geäußert wurde, sondern es sich lediglich um eine angebliche informelle Aussage einer unzuständigen Person außerhalb des Bewerbungsverfahrens handeln könne.

Die Zuteilung von juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an die Gerichtsabteilungen sei bisher erfolgt und erfolge auch nach wie vor unabhängig vom jeweiligen Lebensalter, sodass faktisch „ältere“ juristische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für „jüngere“ Richterinnen und Richter tätig seien.

Beiliegend wurden die Bewerbungsunterlagen jener Bewerberinnen und Bewerber, die letztlich aufgenommen worden seien, übermittelt.

Am ... langte in Antwort auf die Stellungnahme des BVwG ein weiteres Schreiben des AS, eingebracht von Rechtsanwalt X, bei der B-GBK ein. Darin wurde auf die Stellungnahme des BVwG im Wesentlichen repliziert, dass der Hinweis auf die mehrfache Nichtberücksichtigung des AS für Richterstellen bzw. Stellen als juristischer Mitarbeiter, die Glaubhaftmachung einer Altersdiskriminierung im gegenständlichen Bewerbungsverfahren nicht widerlegen könne. Im Gegenteil zeige sich, dass ein höheres Alter der KandidatInnen bei sämtlichen Ausschreibungen der Position des juristischen Mitarbeiters (jedenfalls) seit ... offenkundig ein negatives Auswahlkriterium gewesen sei. Eine mehrfache Bewerbung sei für den AS auch nicht „negativ zu werten“ sondern zeige dessen großes Interesse an der Tätigkeit und dem inhaltlichen Fachbereich der ausgeschriebenen Stellen. Das BVwG beziehe sich jedenfalls in seiner Begründung auf sämtliche Bewerbungen des AS ohne die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Im Folgenden wurden daher mehrere Anträge betreffend das gegenständliche und auch frühere Bewerbungsverfahren des AS als auch allgemeine Personaldaten im Zusammenhang mit Stellen als juristischer Mitarbeiter gestellt. Dabei wurde insbesondere die Vorlage sämtlicher Unterlagen aus den verschiedenen Bewerbungsverfahren des AS (Aufzeichnungen zu Bewerbungsgesprächen, Auswertung der jeweiligen Bewerbungen) sowie die Bekanntgabe von Prozentsätzen bzw. Zahlen zu Bewerbungen und Einstellung von Personen mit einem Lebensalter von über 40 Jahren beantragt. Des Weiteren wurde der Antrag gestellt, dem BVwG aufzutragen, darzulegen, inwie-

fern die Absicht, eine Stelle als Richter anzustreben negativ zu werten sei und in Bezug darauf bekanntzugeben wie viele RichterInnen des BVwG zuvor juristische MitarbeiterInnen gewesen seien und den prozentuellen Umfang der juristischen Mitarbeiter, die älter als die zugeordneten Richter seien.

Die B-GBK verwies den AS auf die Sitzung am ..., in der er die Möglichkeit hatte, auf die Stellungnahme des Dienstgebers zu replizieren und die Anträge direkt gegen den Antragsgegner zu richten.

In der Sitzung des Senates II der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) am ... gab ..., der rechtsfreundliche Vertreter von A, an, die Diskriminierung des AS ergebe sich aus den Äußerungen während des Bewerbungsgesprächs sowie der strukturellen Altersdiskriminierung. Es gebe Hinweise darauf, dass Personen eines gewissen Lebensalters bei der Besetzung der Stellen als juristische MitarbeiterInnen nicht berücksichtigt würden. Man wolle damit wohl vermeiden, dass es aufgrund der Altersdifferenz zwischen RichterInnen und juristischen MitarbeiterInnen zu Komplikationen komme. Die Dienstgebervertreterin replizierte, die BewerberInnen seien bunt gemischt gewesen. Es habe unter den aufgenommenen Bewerbern und Bewerberinnen Personen mit den Geburtsjahren von etwa 19.. bis 19.. gegeben. Die 28 zum Zug gekommenen Personen seien nicht alle BewerberInnen gewesen, die am besten gereiht worden seien. Zwischenzeitlich habe es Zurückziehungen gegeben. Von den 160 Personen, welche zum Bewerbungsgespräch eingeladen worden seien, hätten elf das 40. Lebensjahr überschritten. Wieviel Prozent der BewerberInnen über 40 Jahre alt gewesen seien, wisse sie ad hoc nicht. Von den eingestellten BewerberInnen habe eine zum Zeitpunkt der Einstellung das 40. Lebensjahr überschritten.

Der Dienstgebervertreter erklärte, man sei abhängig von der BewerberInnenstruktur. Man versuche die Bestgeeignetsten zu nehmen, das Alter spiele dabei keine Rolle. Das Bewerbungsgespräch des AS sei nicht hervorragend gewesen. Die im Antrag angeführte Frage während des Bewerbungsgesprächs „(...) wieso er auf die Idee komme, sich jetzt noch als juristischer Mitarbeiter beim BVwG zu bewerben (...)“ sei in dieser Form ganz sicher nicht gestellt worden. Es sei allerdings wie bei jedem/jeder BewerberIn die Motivation hinterfragt worden.

Die Frage der Vorsitzenden, ob es zum Bewerbungsgespräch noch schriftliche Aufzeichnungen gebe, verneinte die Dienstgebervertreterin. Es fänden so viele Aufnahmeverfahren statt, dass man das nicht alles aufheben könne. Die Bewerbungsgespräche hätten im Schnitt 25 Minuten gedauert und nach drei bis fünf Personen habe man sich besprochen und bewertet. Sie selbst habe ihre Unterlagen eine Zeit lang aufgehoben, aber dann irgendwann entsorgt.

Der Dienstgebervertreter warf ein, er habe seine Unterlagen auch monatelang – bis ungefähr ... - aufbewahrt, aber irgendwann werde es einfach zu viel.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A entgegnete, er sehe ein, dass man nicht alles aufheben könne, es aber zumindest bis zum Ende etwaiger Beschwerdefristen von Vorteil sei.

Der Dienstgebervertreter führte aus, er könne sich an bestimmte Teile des Bewerbungsgespräches noch sehr gut erinnern. Bestimmte Details würden hängenbleiben. Die Motivation bei dem AS habe nicht gereicht. Auf die Frage, warum er juristischer Mitarbeiter werden wolle, habe er geantwortet, dass er eben juristischer Mitarbeiter werde, wenn er als Richter nicht genommen werde.

Die Vorsitzende merkte an, dass ihr das nicht negativ auffalle.

Der Dienstgebervertreter erwiderte, er sei Vorsitzender einer Organisationseinheit in einer Kammer, in welcher RichterInnen mit juristischen MitarbeiterInnen zusammenarbeiten. Ein/e juristische MitarbeiterIn habe für drei RichterInnen Entwürfe zu schreiben. Man sei auf gute juristische MitarbeiterInnen und deren Unterstützung angewiesen. Deswegen müssten die MitarbeiterInnen topmotiviert und vorbereitet sein. Er habe Verständnis dafür, dass jemand RichterIn werden wolle. Man brauche aber juristische MitarbeiterInnen die den Beruf längerfristig ausüben wollen und sich nicht bei der nächsten Gelegenheit wieder wegbewerben. Er (der Dienstgebervertreter) sei für die Problemlösung zwischen RichterInnen und den juristischen MitarbeiterInnen zuständig. Juristischen MitarbeiterInnen die eigentlich RichterInnen seien wollen, könne er nicht helfen.

Die Frage eines Senatsmitgliedes, ob zum Zeitpunkt der Bewerbung bekannt gewesen sei, dass der AS sich bereits mehrfach für Stellen beworben habe und abgelehnt worden sei, bejahten die beiden DienstgebervertreterInnen.

Auf die Frage, ob die Arbeit des AS für den Integrationsfond und die Vorkenntnisse in dem wichtigen und großen Arbeitsbereich Asylrecht kein positives Asset gewesen sei, antwortete der Dienstgebervertreter, dass das natürlich besonders interessant gewesen sei und der Lebenslauf eine große Rolle spiele, aber eben nicht das einzige Kriterium sei. Sonst brauche man keine Bewerbungsgespräche mehr führen. Es seien im Rahmen des Gespräches mit dem AS verfahrensrechtliche Fragen aus dem Fachlichen des Asylrechts gestellt worden.

Auf die Frage eines Senatsmitglieds, ob alle BewerberInnen in einem konkreten Aufnahmeverfahren dieselben Fragen gestellt bekommen, antwortete die Dienstgebervertreterin, das sei unterschiedlich. Wenn jemand beispielweise im Umweltwesen tätig gewesen sei habe man auch dazu Fragen gestellt. Wichtig sei eine schnelle Auffassungsgabe und das man sich schnell in eine Rechtsmaterie einarbeiten könne.

Der Dienstgebervertreter führte aus, man stelle nicht jedem/jeder BewerberIn schematisch dieselben Fragen, sondern versuche ein Gespräch zu führen. Man habe um-

gehen wollen, dass die Fragen an die anderen noch drankommenden BewerberInnen weitergegeben werden.

Ein Senatsmitglied merkte an, dass laut Ausschreibungsgesetz eine Vergleichbarkeit gegeben sein müsse und von der Kommission wenigstens annähernd gleiche Fragen an die BewerberInnen gestellt werden sollten. Ansonsten sei das Auswahlverfahren schwer objektivierbar. Es sei fraglich, wie transparent die Auswahlverfahren dann seien können. Aufgrund der Beweismaßregeln des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes müsse der/die ArbeitgeberIn beweisen, dass nicht diskriminiert worden sei. Deswegen sei es überaus wichtig, dass man die Auswahlverfahren transparent gestalte.

Der Dienstgebervertreter entgegnete, dass der Senat davon ausgehen könne, dass Vergleichbarkeit gegeben sei.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A hielt fest, dass über 7% der BewerberInnen über 40 Jahre alt gewesen seien, aber nur 3,57% aufgenommen worden seien. Das sei eine signifikante Abweichung und weise daraufhin, dass es zu einer Diskriminierung einer höheren Altersgruppe komme.

Auf die Frage eines Senatsmitglieds, welche Gründe außer der mangelnden Motivation gegen den AS gesprochen hätten, antwortete der Dienstgebervertreter, dass sich dieser von den anderen BewerberInnen im fachlichen Bereich nicht abgehoben habe. Entscheidend sei die Frage der persönlichen Eignung gewesen. Eigentlich habe der AS Richter werden wollen.

A replizierte, er habe fünf Jahre im Asylverfahren gearbeitet und wisse, dass der erste Eindruck immer der wichtigste sei. Ihn wundere, dass sich die Begutachtungskommission an einen bestimmten Satz exakt erinnern könne, obwohl es keine Aufzeichnungen mehr gebe. Er habe sich bereits mehrfach beworben und könne sich nicht mehr an den genauen Wortlaut erinnern. Er kenne die Kommission schon von seiner ersten Bewerbung im Jahr Da habe es einen objektiven juristischen Leistungstest gegeben und er habe ein ziemlich kompliziertes Einvernahmeprotokoll am Computer zusammenfassen müssen. Im Bewerbungsgespräch um die gegenständliche Stelle sei er von dem Dienstgebervertreter gefragt worden, wieso er juristischer Mitarbeiter werden wolle. Er (der AS) habe nicht wie behauptet geantwortet, dass er sich bewerbe weil er Richter werden wolle. Außerdem habe es sich um eine bis ... befristete Stelle gehandelt.

Der Dienstgebervertreter warf ein, dass das stimme, aber die Tätigkeit eines juristischen Mitarbeiters auf längere Sicht ausgelegt sei. Die befristeten MitarbeiterInnen seien mittlerweile unbefristet.

A führte weiter aus, dass er von der Dienstgebervertreterin konkret darauf angesprochen worden sei, ob es nicht ein Problem für ihn darstelle als juristischer Mitarbeiter zu arbeiten, wenn er doch Richter werden wolle. Er verstehe nicht warum es schlecht

sein solle, dass man Richter werden wolle. Die Begutachtungskommission beim Bewerbungsverfahren um die Richterstelle und auch der BVwG -Präsident hätten ihm vermittelt, dass er ausgezeichnet geeignet sei. Außerdem sei es für die Stelle als juristischer Mitarbeiter irrelevant, ob er als Richter genommen worden sei oder nicht. Es wundere ihn, dass das in der Stellungnahme erwähnt werde. Auf die Frage, warum er sich als juristischer Mitarbeiter bewerbe, obwohl er eigentlich Richter werden wolle, habe er geantwortet, dass er es akzeptiere, wenn die Kommission andere BewerberInnen für geeigneter empfinde. Er interessiere sich jedoch so sehr für das Verwaltungsverfahren, dass er sich nunmehr als juristischer Mitarbeiter bewerbe. Laut Ausschreibung sei es klar gewesen, dass es primär um eine Beschäftigung im Asylverfahren gehe. Er habe fünf Jahre in Traiskirchen gearbeitet und dort sehr viel gelernt. Richter sei er nicht geworden, trotzdem gehe das Leben weiter. Er habe sogar darauf hingewiesen, dass es überhaupt kein Problem für ihn sei einem Richter zuzuarbeiten. Er sei nun wieder Rechtsanwaltsanwärter in einer Kanzlei. Er sei 46 Jahre und einer seiner Chefs sei 35 Jahre. Wenn der Chef ihm einen Kopierauftrag gebe mache er das. Das sei eine Frage der Persönlichkeit und habe nichts damit zu tun, dass man noch den Traum habe Richter zu werden. Außerdem sei ein juristischer Mitarbeiter der Richter werden wolle erst recht motiviert. Als schlechter juristischer Mitarbeiter habe man doch von vornherein keine Chance auf das Richteramt. Von dem Kammervorsitzenden X sei er im Bewerbungsgespräch gefragt worden, ob er noch Bezug zum Asylverfahren habe. Dies habe er bejahen können. Er besuche nach wie vor Lehrveranstaltungen an der Uni und sei regelmäßig bei Anwaltskanzleien aufgrund seiner Erfahrung für Verfassungsgerichtshofbeschwerden beschäftigt worden. Dies habe er auch beim Bewerbungsgespräch erzählt. Mit dem Kammervorsitzenden X, der ein absoluter Experte und eine Koryphäe auf diesem Gebiet sei, habe er eine hoch interessante theoretische Diskussion hinsichtlich der Kontingentierung der Asylanträge und darüber wie der Rechtsschutz aussehe geführt. Der Kammervorsitzende X habe seine Ansichten sehr interessant gefunden, weswegen es ihn wundere, dass er angeblich fachlich keinen Eindruck gemacht habe. Er würde gerne wissen, ob diese Thematik auch mit anderen BewerberInnen besprochen worden sei.

Die Dienstgebervertreterin replizierte, die Notverordnung (Kontingentierung der Asylanträge) sei laufend Thema gewesen. Der Kammervorsitzende X habe den Eindruck gehabt, dass sich der AS insgesamt fachlich nicht hervorgehoben habe.

Der Dienstgebervertreter sagte, man wolle gute, geeignete und motivierte MitarbeiterInnen. Wenn jemand fachlich und persönlich bestgeeignet sei werde er auch genommen. Dass es eine Enttäuschung sei, wenn man nicht genommen werde, verstehe er. Die Aussage des AS beim Bewerbungsgespräch „Wenn man mich nicht als Richter nimmt, gehe ich eben als juristischer Mitarbeiter und bewerbe mich in fünf Jahren noch einmal“ habe für ihn (den Dienstgebervertreter) die mangelnde Motivation ge-

zeigt. Er wisse nicht mehr genau, ob der AS das von selber angesprochen habe oder ob er gefragt worden sei. Erfahrungsgemäß würden die juristischen MitarbeiterInnen sehr darunter leiden, wenn sie ein großes Ziel haben und es nicht erreichen können. Auf die Frage der Vorsitzenden, ob die 14 derzeit beschäftigten juristischen MitarbeiterInnen bereits bei der Aufnahme älter als der AS gewesen seien, antwortete die Dienstgebervertreterin, das sei unterschiedlich. Die drei juristischen MitarbeiterInnen, welche am BVwG aufgenommen wurden und gleich alt oder älter als der AS seien, stammen auch nicht aus der ehemaligen Abteilung im Bundeskanzleramt. Sie könne aber nicht sagen, ob diese externe oder interne BewerberInnen gewesen seien. Derzeit gebe es 120 juristische MitarbeiterInnen. Zur Frage, wie viele sich davon einem Bewerbungsverfahren unterzogen hätten, gebe es keine Zahlen.

Der Dienstgebervertreter hielt fest, dass man das statistisch schwer darlegen könne. Es sei ein Problem, wenn sich wenig ältere Personen bewerben. Man müsse trotzdem von der Eignung ausgehen. Das sei keine Altersfrage. Die RichterInnen seien ungeduldig und wollen die Verfahren erledigt haben. Wenn sich gut geeignete ältere Personen bewerben würden sie genommen.

Die Dienstgebervertreterin ergänzte, sie sei selber juristische Mitarbeiterin gewesen. A replizierte, von dem Dienstgebervertreter sei während des Bewerbungsgesprächs betont worden, dass es sich um ein befristetes Dienstverhältnis handle. Es sei damals nie gesagt worden, dass man übernommen werde.

Der Dienstgebervertreter erwiderte, man habe es nicht versprechen können. Die Stelle sei befristet gewesen, da sie zur Überbrückung angesichts der Flüchtlingskrise zur Verfügung gestellt worden sei. Man sei natürlich daran interessiert gewesen diese befristeten Planstellen zu behalten. Wenn ihm jemand den Eindruck vermittele, dass er/sie lieber RichterIn sein wolle, dann habe er ein Problem.

Die Dienstgebervertreterin erklärte, ein juristischer/eine juristische MitarbeiterIn arbeite für drei RichterInnen. Das müsse vom Team her passen und die Leute müssen gut miteinander auskommen können. Auch ältere juristische MitarbeiterInnen würden dabei für jüngere RichterInnen arbeiten. In Prozenten könnte man das nicht angeben, da es eine sehr hohe Personalfuktuation gebe. Sie habe dem AS nicht geglaubt, dass es so leicht für ihn sei sich unterzuordnen. Sie habe ihm damals die Frage gestellt, wie er vorgehen würde, wenn er eine Entscheidung vorbereite und sein/e RichterIn sehe das ganz anders. Er habe geantwortet, das sei alles kein Problem. Sie habe ihm diese Antwort nicht abgekauft.

Der rechtsfreundliche Vertreter von A warf ein, dann könne der AS nicht bereits seit Jahren als Rechtsanwaltsanwärter arbeiten.

Auf die Frage des AS an die Dienstgebervertreterin, wie er sich bei zukünftigen Bewerbungen verhalten solle, dass man ihm die Motivation glaube, antwortete diese, dass sei ihr persönlicher Eindruck gewesen. Sie sei auch in einer der Kommissionen zu

den vorigen Bewerbungen gewesen und könne sich sehr gut an den AS erinnern. Der fachliche Eindruck sei ganz gut gewesen, aber er habe teilweise nicht den Augenkontakt halten können. Er habe sie nicht direkt angesehen. Auf das lege sie sehr viel Wert.

Die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters von A, ob es mit dem Lebensalter zu tun habe, dass sie glaube der AS könne sich nicht unterordnen, verneinte die Dienstgebervertreterin. Es habe mit ihrem persönlichen Eindruck und der Motivation des AS zu tun. Sie selbst habe im Personalbereich eine Mitarbeiterin, welche einige Jahre älter sei als sie. Man müsse gut zusammenarbeiten können.

Auf die Frage des Dienstgebervertreters, ob die im Antrag beschriebenen Aussagen eines juristischen Mitarbeiters, welche er angeblich in einem informellen Gespräch mit dem AS getätigt haben solle, als wahrheitsgemäß angenommen werden und der Senat von Fakten ausgehe, wies der Senat darauf hin, dass es sich wie beschrieben um ein in-formelles Gespräch gehandelt habe.

Auf die wiederholte Nachfrage des rechtsfreundlichen Vertreters von A nach den Prozentzahlen, wies der Senat darauf hin, dass diese nicht relevant seien. Es liege in der Struktur, dass sich mehr jüngere Personen bewerben würden.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 13 Abs 1 Z 1 B-GIBG liegt vor, wenn aufgrund des Alters bei der Begründung eines Dienstverhältnisses 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 BVwG für die gegenständliche Personalentscheidung im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Der Senat hält dazu fest, dass die Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern an den Aufgaben des Arbeitsplatzes und an den diesen entsprechenden Anforderungen zu messen ist. Im Auswahlverfahren ist zu prüfen, in welchem Ausmaß die BewerberInnen die einzelnen Anforderungen erfüllen, sodass nach einem Wertungsvergleich zwischen den BewerberInnen festgestellt werden kann, wer über die bessere Eignung verfügt. Die Eignungsprüfung hat auf der Grundlage der bisher erfüllten Aufgaben zu erfolgen und selbstverständlich sind nur jene Kenntnisse und Fähigkeiten für die Beurteilung heranzuziehen, die auch für den zu besetzenden Arbeitsplatz relevant sind.

Im vorliegenden Fall wurde zur besseren Beurteilung der Eignung der Bewerber vom Dienstgeber ein Aufnahmegespräch nach § 55 AusG geführt. Das BVwG schilderte, dass das Motiv für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung von A in dem von dessen Persönlichkeit gewonnenen Eindruck lag. Insbesondere wurde auch darauf hingewiesen, dass dem AS nicht die fachliche Kompetenz abgesprochen wird. Aus dem Vorbringen des BVwG sowie dem Ausschreibungstext ergibt sich für den Senat, dass für die Tätigkeit als juristische/r MitarbeiterIn neben der notwendigen fachlichen Kompetenz auch gewisse persönliche Eigenschaften von Relevanz sind. Juristische MitarbeiterInnen sind unterschiedlichen Richtern und Richterinnen zugeordnet und bereiten für diese Entscheidungsentwürfe vor. Dabei ist es wichtig, dass ein/e juristische/r MitarbeiterIn den Anweisungen des Richter/ der Richterin folgt, diesem/dieser gut zuarbeiten kann, die Entscheidungen akzeptiert und auch mit verschiedenen Vorgesetzten zusammenarbeiten kann.

Die Tatsache, dass der AS sich zuvor auch für eine Stelle als Richter interessiert hätte, lässt für den Senat keine negativen Rückschlüsse auf dessen Eignung für die gegenständliche, ausgeschriebene Stelle zu.

Die Vertreter des BVwG legten allerdings glaubhaft als ausschlaggebenden Faktor für die Entscheidung gegen den AS dar, dass er ihnen beim Gespräch den Eindruck vermittelt habe, sich für die ausgeschriebene Position nicht hinreichend unterordnen zu können. Die Kommission hat diese – subjektive - Einschätzung der Aufnahmekommission als nicht völlig abwegig empfunden, obwohl generell auf die Fehleranfälligkeit von solchen Einschätzungen von Bewerber/innen Bedacht zu nehmen ist und jedenfalls eine sehr sorgfältige Abschätzung, wieweit derartige Einschätzungen einer Personalentscheidung tatsächlich zu Grunde gelegt werden, zu treffen sein wird.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass bei jeder Personalentscheidung auch die Persönlichkeit eines/r Bewerber/in eine maßgebliche Rolle spielt, ist es den auswählenden Personen jedoch zuzubilligen, jemanden auf Grund seines persönlichen Auftretens beim Bewerbungsgespräch für eine bestimmte Position als weniger geeignet einzustufen als andere Bewerber/innen.

Relevant ist diesfalls jedoch die Nachvollziehbarkeit dieses persönlichen Eindrucks, um eine solche Personalentscheidung auf eine sachliche Grundlage zu stellen. Für den Senat war auf Grund des persönlichen Auftretens des Antragstellers grundsätzlich nachvollziehbar, dass der BVwG beim Aufnahmegespräch keinen hinreichend positiven Eindruck von der persönlichen Eignung des Antragstellers in punkto „Unterordnungsbereitschaft“ gewonnen hat und man deswegen von einer Betrauung mit der Planstelle abgesehen hat. Im Ergebnis waren daher die Ausführungen des BVwG, das Motiv für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung sei in der Persönlichkeit des

Antragstellers und nicht in dessen Alter begründet gewesen, für den Senat glaubhaft und nachvollziehbar.

Der Senat stellt daher fest, dass A durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung nicht aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs.1 Z 1 B-GIBG diskriminiert worden ist.

Empfehlungen:

Unabhängig davon ist abschließend auf die Notwendigkeit eines transparenten Auswahlverfahrens hinzuweisen. Personalentscheidungen sollen auf Basis von sachlichen, nachvollziehbaren Kriterien getroffen werden. Ein intransparentes Auswahlverfahren kann ein Hinweis auf eine dahinterstehende Diskriminierung sein. Es ist daher etwa wichtig, dass den Bewerbern und BewerberInnen im Rahmen von Aufnahmegesprächen vergleichbare Fragen gestellt werden um einen objektiven Wertungsvergleich zwischen diesen zu ermöglichen. Weiters empfiehlt es sich die Unterlagen aus dem Bewerbungsverfahren bis zum Ende gesetzlicher Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen sowie zur Antragstellung an die B-GBK aufzubewahren, um eine nachträgliche Überprüfung der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zu erleichtern.

Wien, Dezember 2017