

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.Nr. 100/1993 i.d.F. 97/2008, festzustellen, dass er im Rahmen des Verfahrens zur Besetzung der Planstelle eines Hofrates/einer Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes aufgrund des Alters, der Weltanschauung und der ethnischen Herkunft gemäß § 13 B-GIBG diskriminiert worden sei, folgendes

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

*beschlossen:*

*A wurde im Rahmen des Verfahrens zur Besetzung der Planstelle eines Hofrates/einer Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes aufgrund des Alters diskriminiert. Eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung oder der ethnischen Herkunft von A konnte nicht festgestellt werden.*

**B e g r ü n d u n g**

Der Antrag von A, die Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) möge feststellen, dass er im Zusammenhang mit der Besetzung der Planstelle eines Hofrates/einer Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) auf Grund des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit und der Weltanschauung diskriminiert worden sei, langte am ... ein.

A führte aus, er sei 1955 ... geboren und gehöre der kroatischen Volksgruppe ... an. Von Beruf sei er - seit 25 Jahren - Richter des Landesgerichtes ... mit stets ausgezeichneter Dienstbeschreibung. Da die kroatische Sprache zusätzliche Amtssprache ... sei, erhalte er die Zweisprachigkeitszulage. Einer politischen Partei habe er nie angehört. Er habe sich um die ausgeschriebene Planstelle eines Hofrates des VwGH beworben und sei einer „massiven und besonders verletzenden Diskriminierung ausgesetzt“ worden. Ein „wesentlich jüngerer ÖVP-Jurist mit offenbar besten Verbindun-

gen“, der allerdings noch nie als Richter tätig gewesen sei und auch nicht „über die große Bandbreite“ seiner beruflichen Erfahrungen verfüge, solle ihm vorgezogen und Höchststrichter werden.

Zum Sachverhalt führte A aus, er habe in seiner Eigenschaft als Richter des Landesgerichtes ... die Mitteilung erhalten (per E-Mail an seinen Dienst-PC), dass beim VwGH die Planstelle eines Hofrates des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschrieben sei. Die Ausschreibung habe keinerlei Bezug auf das Alter und keinen Hinweis darauf enthalten, dass nur Kandidaten (Kandidatinnen) aus einem bestimmten juristischen Berufsfeld erwünscht seien bzw. gesucht würden. Nach fristgerechter Absendung seiner Bewerbung im Dienstweg habe er sich am ... beim ... VwGH vorgestellt. ... Das Gespräch mit X (Anmerkung: einem Vertreter des VwGH) ... habe A als „persönlich verletzend und diskriminierend“ empfunden.

Am ... habe A ein Gespräch mit dem Berichterstatter HR B geführt. Dieser habe sich gleich zu Beginn des Gespräches an seinem Alter „gestoßen“, er habe das Gespräch mit der Feststellung eingeleitet, dass sich A „relativ spät“ bewerbe und habe nach den Gründen gefragt. Insgesamt habe ihm HR B den Eindruck vermittelt, dass er für ihn zum „alten Eisen“ zähle und mit seinen 52 Jahren zu alt für den Beginn einer Karriere am VwGH sei. Danach habe er Fragen über seine ethnische Herkunft gestellt, sinngemäß dahingehend, wie viele Kroaten es in der Ortschaft aus der er stamme „noch gebe“ bzw. wie viel er als zweisprachiger Richter denn „zusätzlich ins Verdienen bringen“ würde. Anhand der Fragen habe A bemerkt, dass HR B ihm gegenüber von vornherein negativ eingestellt gewesen sei. Am Ende des Gespräches habe HR B gesagt, er solle „nicht gekränkt sein“, wenn er „jetzt nichts werde“, er werde „diesmal eben nur“ Personen aus dem Verwaltungsbereich vorschlagen.

Anschließend habe A den Mitberichterstatter C aufgesucht, und dieser habe bemerkt, dass dieses Mal „wohl ein Verwaltungsjurist zum Zuge kommen“ werde. In weiterer Folge habe sich A bei allen Mitgliedern des VwGH vorgestellt, die er angetroffen habe. Ein Hofrat habe gesagt, er wolle die Gründe für seine Bewerbung gar nicht näher hören, denn „überzeugen“ müsse er nicht ihn, sondern den Berichterstatter. Ein anderer habe gesagt, dass er „wahrscheinlich Pech haben“ werde, denn nach einem „internen Reglement“ würden in diesem Verfahren nur Verwaltungsjuristen bzw. Verwaltungsbeamte zum Zuge kommen. Auf seine Bemerkung, dass er diese Vorgangsweise nicht für korrekt halte, denn die Ausschreibung habe nicht den geringsten Hinweis auf dieses Kriterium enthalten und sie sei ihm ja dienstlich zuge-

stellt worden, habe besagter Hofrat erklärt, „diese Vorgangsweise“ werde gewählt, damit man sich „aus dem Reservoir Justizrichter bedienen könne“, sollte es wider Erwarten doch zuwenig oder zuwenig qualifizierte Bewerber(-innen) aus der Verwaltung geben.

A führte weiters aus, de jure entscheide zwar die Vollversammlung des VwGH - sie habe im vorliegenden Fall am ... stattgefunden - über die Erstellung des Dreivorschlages, de facto komme aber dem mit den Personalakten der Bewerber(innen) vertrauten Berichtersteller die „entscheidende Machtstellung“ zu.

Im Rahmen seiner „Rechtsausführungen“ führte A aus (die Ausführungen werden zusammengefasst wiedergegeben und nur insoweit eine Prüfungskompetenz des Senates II der B-GBK gegeben ist), der Berichtersteller habe das Faktum ignoriert, dass er – im Gegensatz zu den Mitbewerbern – auf eine solide 25-jährige richterliche Erfahrung bei stets ausgezeichneter Dienstbeschreibung verweisen könne. Er sei 52 Jahre alt und erfreue sich guter Gesundheit. Sein Lebensalter sei vom Berichtersteller diskriminierend herangezogen worden und habe er in unsachlicher Weise offenbar Jüngere bevorzugt. § 13 B-GIBG schütze alle Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer unabhängig von einem Mindest- oder Höchstalter, es sei denn, spezifische Ausbildungsanforderungen würden die Festsetzung eines Höchstalters erforderlich machen. In diesem Zusammenhang sei es erstaunlich, dass „man beim VwGH intern“ dem Dienstalder bzw. der „Anciennität“, wie sich der Berichtersteller ausgedrückt habe, große Bedeutung beimesse, und zwar deshalb, weil man erst nach einigen Jahren als Hofrat Senatspräsident werden könne. Auch X (Anmerkung: ein Vertreter des VwGH) habe ausdrücklich auf sein Alter Bezug genommen, er habe gesagt, dass „es sich ohnehin nicht ausgehen“ werde, dass er „auch noch Senatspräsident“ werde. Diese „eigenartige Argumentation“ sei offenbar nur deshalb herangezogen worden, um die Altersdiskriminierung zu „verschleiern“.

Gemäß § 16 B-GIBG könne eine „Diskriminierung bzw. diskriminierende Belästigung auch durch ein unerwünschtes Verhalten gegenüber einem Angehörigen einer nationalen Minderheit gesetzt werden.“

Die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung stelle auch eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung dar, da ihm - einem „unabhängigen, parteilosen Berufsrichter“ - mit D ein „wesentlich jüngerer ÖVP-Jurist vorgezogen“ worden sei.

D sei beim Amt der ... Landesregierung für das ...wesen zuständig gewesen und danach „relativ schnell“ ...stellvertreter - ein „ausgesprochener ÖVP-Posten“ - geworden. Die ...direktion ... bestehe aus zwei Verwaltungsjuristen und einem 4-köpfigen Sekretariat, es handle sich also im Vergleich zum Landesgericht ... um eine „Mini-Abteilung“. Bis zum Jahr ... sei D „ÖVP-Mandatar“ gewesen.

A deutete im Folgenden eine gewisse Nähe von X (Anmerkung: einem Vertreter des VwGH) und HR B zur ÖVP an, ohne aber einen konkreten Bezug zum gegenständlichen Auswahlverfahren darzulegen.

Zu seiner Tätigkeit als Richter führte A aus, er arbeite seit 25 Jahren rückstandsfrei und habe auch Belobigungen erhalten. Dieses „sachliche Kriterium der nachgewiesenen richterlichen Exeditivität über drei Jahrzehnte hinweg“ sei gänzlich unberücksichtigt geblieben. Er habe als Richter, entsandt vom Bundesministerium für Justiz, im Jahr 1997 eine längere Spezialausbildung im Europäischen Gemeinschaftsrecht im Generalsekretariat des Ministerrates der EU erhalten. Seitdem publiziere er laufend zu diesem Rechtsgebiet, und er habe sich auch in seiner Tätigkeit als Richter mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht auseinandersetzen müssen. Obwohl aus dem Tätigkeitsbericht des VwGH für das Jahr 2007 hervorgehe, dass der VwGH im Jahr 2007 in einer großen Zahl von Beschwerdefällen mit der Klärung gemeinschaftsrechtlicher Fragen befasst gewesen sei, sei auch diese Erfahrung unberücksichtigt geblieben.

Abschließend führte A aus, dass er auf dem Gebiet der Rechtsinformatik hervorragende Qualifikationen habe, er nehme seit Jahren als Vortragender und Fachpublizist an den Rechtsinformatik-Tagungen der Universitäten ... teil.

Die Beilage zum Antrag enthielt (neben der Beschreibung der Tätigkeiten von A im Zusammenhang mit dem Thema Minderheiten, seines Fortbildungsaufenthaltes ... in Brüssel, seiner Beschäftigung mit dem Thema Rechtsinformatik) eine kurze Darstellung seiner richterlichen Laufbahn, in welcher ua festgehalten ist, dass A auch einem Rechtmittelsenat des LG ... angehört habe.

Ergänzend zu seinem Antrag führte A in seinem Schreiben vom ... an die B-GBK aus, dass er seit rund 15 Jahren Mitglied von kollegialen Verwaltungsbehörden sei, und dass er ca. 10 Jahre Vorsitzender der ...berufungskommission ... gewesen sei. Er habe also reichlich Erfahrung in der Erledigung von Verwaltungssachen.

Dem Schreiben waren die Ausschreibung und die Bewerbung von A angeschlossen. Die Ausschreibung (Schreiben des Präsidenten des OLG Wien vom ... an (ua) die Präsidentinnen und Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz im Sprengel) lautete: „Betrifft: Planstellenausschreibung beim Verwaltungsgerichtshof.

Beim Verwaltungsgerichtshof gelangt mit ... eine Planstelle eines Hofrates/einer Hofrätin ... in der Gehaltsgruppe R III der Richter zur Besetzung. ... Ich ersuche diese Ausschreibung raschest allen Richterinnen und Richtern mit der Beifügung zur Kenntnis zu bringen, dass Bewerbungsgesuche der im öffentlichen Dienst stehenden Bewerberinnen und Bewerber im Dienstweg zu übersenden sind. Entsprechend der Bitte des Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes ersuche ich, bei der Stellungnahme zu den Bewerbungsgesuchen einen Maßstab anzuwenden, der der angestrebten Verwendung entspricht und die Bewerbungsgesuche sowie die vollständigen Personalakten unter Anschluss des allenfalls vorhandenen Standesausweises ... rechtzeitig vorzulegen ... .“

Im „Bewerbungsgesuch“ (Formblatt) von A war unter Punkt 7 „Äußerung der Dienststellenleiterin/des Dienststellenleiters“ vermerkt:

„Das Bewerbungsgesuch des A wird hieramtlich befürwortet. Der genannte Richter war während der letzten Jahre in Zivil-, Insolvenz- und ASG-Belangen tätig, dem Revisionsbericht ist zu entnehmen, dass die Arbeitsbewältigung ihm keinerlei Schwierigkeiten bereitete. Diesbezüglich wird auf die vorliegenden Berichte verwiesen, wobei eine Berichtspflicht über überlange Verfahren niemals vorlag. A zeigte in der Vergangenheit immer wieder besonderes Interesse an komplexen und komplizierten Rechtsproblemen und suchte auch vielfach Auslandskontakte, um sich mit anderen Rechtssystemen zu beschäftigen.“

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte der ... VwGH mit Schreiben vom ... nachstehende Stellungnahme:

„Zum Schreiben der Bundes-Gleichbehandlungskommission vom ... nimmt der ... Verwaltungsgerichtshof unbeschadet der Erörterung von Zuständigkeitsfragen wie folgt Stellung: Zunächst ist hervorzuheben, dass die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes gemäß Art. 134 Abs 2 B-VG durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden. Soweit es sich nicht um die Stelle des Präsidenten oder des Vizepräsidenten handelt, erstattet die Bundesregierung ihren Vorschlag auf Grund von Dreivorschlägen der Vollversammlung des Verwaltungsgerichtshofes; diese stellt ein richterliches Kollegialorgan dar, hinsichtlich dessen Entscheidungen dem Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes als oberstem Organ der Verwaltung auf Grund der verfassungsgesetzlich gewährleisteten richterlichen Unabhängigkeit keine Weisungsbefugnis zukommt. Der Präsident ... kann zur Eingabe von A

daher nur aus der Perspektive des Vorsitzenden der Vollversammlung Stellung nehmen.

Die Besetzung richterlicher Planstellen am Verwaltungsgerichtshof unterliegt nicht nur den Regelungen über die persönlichen Ernennungsvoraussetzungen (abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften und mindestens zehnjährige Berufspraxis, die den Abschluss dieses Studiums voraussetzt); darüber hinaus sind auch die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorschriften über die Zusammensetzung des Gerichtshofes und der Senate in den Blick zu nehmen:

Gemäß Art. 134 Abs. 3 B-VG muss mindestens ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes die Befähigung zum Richteramt haben (...); ein Viertel soll möglichst dem Verwaltungsdienst der Länder entnommen werden. Weiters hat gemäß § 1 Abs. 2 VwGG jedem richterlichen Senat des Verwaltungsgerichtshofes wenigstens ein Mitglied anzugehören, das die Befähigung zum Richteramt hat, sowie wenigstens ein Mitglied mit der Befähigung zum Dienst in der allgemeinen staatlichen Verwaltung (...). Derzeit entstammen 29 Mitglieder der Verwaltung bzw. dem Lehramt an Universitäten (davon 11 dem Verwaltungsdienst der Länder einschließlich der Unabhängigen Verwaltungssenate), 31 Mitglieder der ordentlichen Gerichtsbarkeit ... .

Das primäre Kriterium für die Aufnahme in einen Besetzungsvorschlag stellt aber freilich - der Funktion und Bedeutung eines Höchstgerichtes entsprechend - die fachliche und persönliche Qualifikation im Sinne von § 33 Abs. 2 iVm § 54 Abs. 1 RStDG (§ 7 Abs. 1 VwGG) dar. Die Erstattung der Dreieuvorschläge unterliegt daher keinem starren ‚Mechanismus‘ im Hinblick auf die oben genannte Zuordnung nach der jeweiligen beruflichen Befähigung, der Bewerber/innen bestimmter beruflicher Herkunft von vornherein von der Aufnahme in einen konkreten Reihungsvorschlag ausschließen würde; dies kommt schon in der Textierung ... der Ausschreibung freier Planstellen zum Ausdruck, durch die eine möglichst große Zahl geeigneter Personen aller beruflichen Sparten zu einer Bewerbung eingeladen werden soll.

Zur Vorbereitung der Beratungen der Vollversammlung über die Besetzung freier Planstellen ... sind ... Berichter/innen und Mitberichter/innen zu bestellen, die einen mit einem Antragsvorschlag verbundenen Bericht an die Vollversammlung zu erstatten haben (Art. 2 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes). Diese Berichte dienen im Wesentlichen der systematischen Aufbereitung aller Bewerbungsinhalte. Eine Bindung der Vollversammlung an den damit verbundenen Reihungsvorschlag besteht nicht. Der Entscheidung der Vollversammlung liegen nicht nur die Berichterträge, sondern regelmäßig auch weitere Anträge zu Grunde, die in der Praxis häufig auch noch im Laufe der Beratungen gestellt werden. Dazu stehen allen Mitgliedern ... alle die Bewerber/innen betreffenden Unterlagen, insbesondere die

Personalakten, zur Verfügung. Eine weitere Entscheidungshilfe bilden persönliche Vorstellungsgespräche der Bewerber/innen bei den Mitgliedern des Verwaltungsgerichtshofes; ... Mit einem etwaigen Hinweis im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs, wonach im gegebenen Zeitpunkt ein besonderes Interesse an Bewerber/innen einer bestimmten 'Sparte' bestehe, würde daher nur die erforderliche Bedachtnahme auf die Gewährleistung der gesetzlichen Gerichts- bzw. Senatszusammensetzung offen gelegt und über die verfassungsrechtliche Determinierung der Zusammensetzung des Verwaltungsgerichtshofes informiert; ein Hinweis, dass die Chancen hervorragender Bewerber/innen anderer beruflicher Herkunft, in die Besetzungsvorschläge aufgenommen zu werden, gemindert wären, liegt darin keinesfalls.

Zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gerichtshofes ist auch die Alterstruktur des richterlichen Gremiums in den Blick zu nehmen. Ungleichgewichte in der Altersverteilung könnten zu unregelmäßigen "Pensionierungsschüben" führen, durch die kurz- und mittelfristig wertvolles Erfahrungswissen, insbesondere in Spezialgebieten, nicht mehr im wünschenswerten Ausmaß zur Verfügung stehen würde. Dabei ist auch auf die (im Übrigen in § 13b Abs. 4 Z 3 B-GlBG angeführte) „angemessene Beschäftigungszeit“ vor dem Eintritt in den Ruhestand Bedacht zu nehmen. Ein Bewerber des Geburtsjahrganges 1955 – wie der Beschwerdeführer – könnte aber dem Verwaltungsgerichtshof schon im Hinblick auf die für diese Altersgruppe geltenden pensionsrechtlichen Bestimmungen nur mehr für eine – im Hinblick auf die erforderliche Einarbeitungszeit in die höchstrichterliche Tätigkeit – relativ kurze Zeitspanne zur Verfügung stehen. Gleichwohl wären Bewerber höheren Lebensalters von der Aufnahme in die Besetzungsvorschläge - bei gegebener fachlicher und persönlicher Eignung, für deren Vorliegen im gegebenen Fall aber kein Anhaltspunkt bestand – nicht ausgeschlossen.

Die Altersstruktur des Verwaltungsgerichtshofes wird aber auch dadurch geprägt, dass die Karriere jener Bewerber/innen, die die Laufbahn eines Richters des Verwaltungsgerichtshofes anstreben und den außerordentlich hohen ... Erfordernissen für eine höchstgerichtliche Tätigkeit entsprechen, in aller Regel um das vierzigste Lebensjahr jenen Punkt erreicht hat, in dem – einerseits – der Erwerb von Kenntnissen und Fähigkeiten in der jeweiligen beruflichen Tätigkeit als Vorbereitung für die Aufgaben eines Richters des Verwaltungsgerichtshofes als abgeschlossen angesehen werden kann, und – andererseits – der Nutzen für den Verwaltungsgerichtshof aus der Tätigkeit des Mitgliedes – über dessen gesamte Laufbahn gesehen – am größten ist. ...“

Im Folgenden waren – „um das Gesagte anhand eines konkreten Besetzungsvorganges zu veranschaulichen“ - die für die Besetzung von fünf Planstellen von Hofräten/Hofrätinnen des VwGH zum ... erstatteten Vorschläge angeführt. Daraus ist er-

sichtlich, dass die älteste der Bewerber/innen im Jahr 1963 geboren wurde und von den insgesamt 9 Bewerber/innen 4 aus der Richterschaft stammten. „Die jeweils erstgereihten Bewerber/innen wurden schließlich ... ernannt. Der Verwaltungsgerichtshof konnte dadurch drei Mitglieder aus verschiedenen ... Bereichen der Allgemeinen Verwaltung (...) und zwei Mitglieder mit der Befähigung zum Richteramt gewinnen. ... Besonders hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die erstgereihten Bewerber mit der Befähigung zum Richteramt Richter am Oberlandesgericht ... waren, also die für die Altergruppe der 40 bis 45jährigen Richter bestmögliche Laufbahn aufweisen konnten.

Die Gründe für die Nichtaufnahme des Beschwerdeführers in einen Reihungsvorschlag liegen dementsprechend nicht in den behaupteten und – wie dargelegt – auch in abstrakter Hinsicht unzutreffenden Gründen, sondern vielmehr im Bereich der fachlichen Eignung des Bewerbers für die angestrebte Position: Die höchstgerichtliche Beurteilung letztinstanzlicher Verwaltungsakte, wie sie dem Verwaltungsgerichtshof zukommt, setzt (unter anderem) umfangreiche Erfahrungen und Kenntnisse in der Überprüfung von rechtlichen Entscheidungen bzw. eine außerordentliche wissenschaftliche Befähigung voraus. Der Beschwerdeführer konnte mangels ersichtlicher fachlicher Eignung bereits anlässlich seiner (viermaligen) Vorbewerbungen in den Jahren ... keine Berücksichtigung auf einem Reihungsvorschlag finden. Auch seiner jüngsten Bewerbung waren diesbezüglich keine neuen Gesichtspunkte zu entnehmen; insbesondere verfügt der Beschwerdeführer auch bisher, in auffälligem Gegensatz zu anderen Bewerber/innen aus dem Bereich der ordentlichen Justiz, über keine ins Gewicht fallende Erfahrung im Rechtsmittelbereich. Dem beim OLG ... geführten Personalakt des Bewerbers ... ist zwar zu entnehmen, dass dieser im Zuge von Visitationsverfahren aufgetretenen Vorhalten mangelhafter Verfahrensführung ... entgegengetreten ist; Anhaltspunkte dafür, dass A die fachliche und persönliche Eignung für das Amt eines Richters eines Höchstgerichtes aufwiese (beispielsweise in Form der Beschreibung eines hervorragenden Arbeitserfolges), lassen sich den Akten aber keinesfalls entnehmen.

In den Dreierorschlag für die ... zu besetzende Planstelle eines Hofrates des Verwaltungsgerichtshofes haben demgegenüber Bewerber/innen Aufnahme gefunden, die in jahrelanger, überaus erfolgreicher Berufstätigkeit (D als ...referatsleiter in der ... Landesregierung; ao Univ. Prof. Dr. .... als Universitätsprofessor für ...; Dr. .... als Stellvertretende Abteilungsleiterin im ...) ihre hervorragende Eignung für die angestrebte Position unter Beweis gestellt haben.

Soweit der Antragsteller schließlich, unsubstantiiert und rein spekulativ, Diskriminierungen auf Grund seiner ethnischen Herkunft oder seiner Weltanschauung behauptet, sind die diesbezüglichen Vermutungen schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil der Bewerber bereits auf Grund mangelnder fachlicher Eignung nicht in einen Reihungsvorschlag aufgenommen (bzw. auch nur in die engere Auswahl gezogen) werden konnte. Haltlosen Unterstellungen dieser Art, die geeignet sind, die unvoreingenommene Ausübung des Richteramtes in Zweifel zu ziehen, ist energisch entgegenzutreten.

Im Übrigen haben die von A namentlich angeführten Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes (...) überzeugend dargelegt, dass der Bewerber anlässlich des jeweiligen Vorstellungsgesprächs lediglich im Sinne der oben angeführten strukturellen Erfordernisse für die Gerichtszusammensetzung informiert wurde, ohne der Entscheidung der Vollversammlung in irgendeiner Form vorzugreifen. Insbesondere wurde von den angesprochenen Mitgliedern darauf hingewiesen, dass die von A angeführten, angeblichen Zitate in offenbar tendenziöser Absicht den Gesprächsverlauf bzw. die tatsächlichen Formulierungen falsch wiedergeben.

Insgesamt ist nicht der geringste Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass sich die Vollversammlung ... im angeführten Fall von anderen als den in § 33 Abs. 2 iVm § 54 Abs. 1 RStDG (§ 7 Abs. 1 VwGG) genannten Eignungskriterien hätte leiten lassen.“

Im Schreiben vom ... an die B-GBK gab A an, auch als Richter Erfahrungen im Rechtsmittelbereich zu haben, der in der Stellungnahme des VwGH angesprochene Visitationsbericht sei von der richterlichen Standesvertretung damals bekämpft und im Verlauf eines nachfolgenden Rechtsstreites vom OGH (in einer Entscheidung vom ..., die vorgelegt werden könne) ausdrücklich als falsch beurteilt worden.

Mit Schreiben vom ... übermittelte das Präsidium des VwGH die Bewerbung von D, inklusive der Darstellung seiner beruflichen Laufbahn.

Am ... langte ein weiteres Schreiben des ... VwGH bei der B-GBK ein, in welchem die Ergebnisse des über die Eignung geführten Ermittlungsverfahrens betreffend den/die in den Vorschlag aufgenommenen Bewerber/Bewerberin und den Antragsteller „zusammenfassend“ wiedergegeben wurden.

Zur beruflichen Laufbahn von D war im Wesentlichen ausgeführt, dass D seit ... arbeite im rechtskundigen Dienst beim Amt der ... Landesregierung (arbeite). ... Im ... sei er zum Leiter des ...referates „...“, dem 17 Bedienstete zugeordnet seien, ernannt worden. ... D sei sowohl mit Aufgaben der Hoheits- als auch der Privatwirtschaftsverwaltung und der Legistik betraut. Außerdem seien von ihm Stellungnahmen zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen des Bundes, in volksanwaltschaftlichen Be-

schwerdeverfahren sowie Gegenschriften im Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem VwGH zu verfassen. Im Zuge seiner Tätigkeit habe er in verschiedenen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechtes zahlreiche Verwaltungsverfahren – sowohl in erster als auch in Berufungsinstanz – geführt bzw. Bescheide konzipiert und genehmigt. Mit ... sei D zum ...-Stellvertreter ernannt worden.

Nach Auffassung der überprüfenden Mitglieder des VwGH seien die von D vorgelegten Erledigungen im Bereich der Rechtsgutachten und ... Bescheide sehr gut argumentiert und von weit überdurchschnittlicher Qualität. D habe im Bereich ... publiziert.

...

Im Folgenden sind die Rechtsgutachten und Publikationen von D aufgezählt.

A betreffend wurde der „Regelrevisionsbericht betreffend das Landesgericht ... vom ...“ zitiert. Demnach liege die Arbeitsauslastung der Abteilung, dessen Leiter A sei, im Durchschnitt. Die Arbeitsweise orientiere sich an den Verfahrensvorschriften, wobei von prozessleitenden Verfügungen häufig Gebrauch gemacht werde. Manche Verfahren könnten einer rascheren Erledigung zugeführt werden. Die Verhandlungen würde A sachlich und gut vorbereitet führen, allerdings werde die erste mündliche Streitverhandlung oft zu einem relativ späten Termin ausgeschrieben, ebenso erfolge häufig eine Erstreckung auf unbestimmte Zeit ohne aus dem Protokoll ersichtlichen Grund.

Im Folgenden war die Äußerung des Präsidenten des Landesgerichtes ... zur Bewerbung von A zitiert, die bereits dem Antrag (Bewerbung) zu entnehmen ist.

Der Präsident des OLG ... habe sich dahingehend geäußert, dass er A als ausgezeichnet geeignet für die angestrebte Planstelle erachte.

A habe ausgeführt, dass er seit rund 5 Jahren hauptsächlich als ...-Richter tätig sei. Davor habe er längere Zeit einem Rechtsmittelsenat angehört. Angesprochen auf seine Laufbahn habe A erklärt, im Hinblick auf sein Privatleben von „weiteren Bewerbungen nach Wien“ (A habe sich bereits in den 90-er Jahren beim VwGH und auch beim OLG ... beworben) abgesehen zu haben. Weiters habe A auf einen längeren Fortbildungsaufenthalt im Generalsekretariat des Ministerrates der EU, auf Publikationen zu Fragen des Europarechtes und der Rechtsinformatik sowie auf Vortragstätigkeiten für den Europarat und auf die Teilnahme an internationalen wissenschaftlichen Konferenzen hingewiesen.

Auf die Wiedergabe der Feststellungen betreffend die Qualifikationen des zweitgereihten Bewerbers .und der drittgereihten Bewerberin ... kann verzichtet werden, da

A die Behauptung seiner Diskriminierung aufgrund des Alters und der Weltanschauung mit der Aufnahme von D in den Ernennungsvorschlag begründete und die (im Folgenden wiedergegebenen) Überlegungen der Vollversammlung des VwGH zur Eignung des/der genannten Bewerbers/Bewerberin für die Beurteilung der Frage der Diskriminierung von A aus den behaupteten Gründen ausreichen.

Auf der Basis der Ermittlungsergebnisse habe die Vollversammlung des VwGH folgende Überlegungen angestellt:

„Beim erstgereihten Bewerber handelt es sich um einen Juristen, der durch eine mehrjährige erfolgreiche Universitätslaufbahn ... mit wissenschaftlicher Publikationstätigkeit, aktueller Tätigkeit in der Lehre, Führungserfahrung in der öffentlichen Verwaltung und breiter Erfahrung in der Vollziehung von Rechtsvorschriften, die auch vom Verwaltungsgerichtshof anzuwenden sind, ausgewiesen ist. Die in Augenschein genommenen schriftlichen Ausarbeitungen des Bewerbers wurden von mehreren Mitgliedern des Verwaltungsgerichtshofes als hervorragend bezeichnet (dies trifft auch wie vorweg zu bemerken ist auf den zweitgereihten Bewerber und die drittgereichte Bewerberin zu). Überdies zählt der Bewerber auf das sogenannte „Länderviertel“ (...); seine Ernennung leistet daher einen Beitrag zur Annäherung an die Erfüllung dieser verfassungsgesetzlichen Vorgabe (...).

Für den zweitgereihten Bewerber sprach nicht nur die äußerst erfolgreiche Universitätslaufbahn, ... und der Ausweis der Beherrschung zahlreicher Gebiete des öffentlichen Rechts durch wissenschaftliche Publikationen, sondern auch die mehrjährige Erfahrung in der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts ...

Die drittgereichte Bewerberin, eine profilierte, ... Juristin, zeichnet sich durch eine langjährige, intensive, an herausgehobener Stelle erfolgte Beschäftigung mit jenen Materien aus, die den Schwerpunkt der Tätigkeit des Verwaltungsgerichtshofes bilden. Die Qualität der schriftlichen Ausarbeitungen und ihr Auftreten in den Fachgesprächen ist als hervorragend zu bezeichnen.

Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit die das Amt eines Richters des VwGH anstreben, können im Gebiet des öffentlichen Rechts auf so hervorragende Weise ausgewiesenen Bewerbern, wie dies die im betreffenden Dreierorschlag aufgenommenen Personen sind, im allgemeinen nur dann insgesamt Gleichwertiges entgegensetzen, wenn sie solchen Bewerbern langjährige Erfahrung in der Erledigung von gerichtlichen Rechtsmitteln voraus und sich in der Senatsgerichtsbarkeit langfristig bewährt haben. Im Allgemeinen kommen daher nur Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die auf diese ... Bewährung in einem Rechtsmittel-

senat verweisen können, als Mitglieder des VwGH in Betracht. Im Übrigen ist es der Stellung des VwGH als Höchstgericht und der dienstrechtlichen Gleichstellung seiner Mitglieder mit den Richtern des Obersten Gerichtshofes geschuldet, dass nur solche Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu Mitgliedern des VwGH ernannt werden, die auch für das Amt eines Richters des Obersten Gerichtshofes geeignet sind. Der Ausweis dieser Eignung liegt beim Antragsteller nicht vor; ... Der Antragsteller war für eine Aufnahme in den Dreivorschlag somit schon deshalb nicht in Betracht zu ziehen, weil seine Rechtsmittelerfahrung unbedeutend und nicht aktuell und seine Befähigung zum Rechtsmittelrichter auf der Ebene eines Höchstgerichtes erkennbar nicht gegeben ist. ...

Dem Schreiben ... waren die Stellungnahmen von X (Anmerkung: einem Vertreter des VwGH) und HR B zu den Vorwürfen von A angeschlossen.

Der Vertreter X führte im Wesentlichen aus, er habe im Rahmen des Vorstellungsgesprächs mit A das übliche Prozedere der Besetzung offener Richterstellen am VwGH, die Arbeitsabläufe sowie die aktuelle Belastung der Richter dargestellt. Er habe erläutert, dass in der Vergangenheit freigewordene Positionen der Senatspräsidenten entsprechend der im VwGH verbrachten Dienstzeit als Hofrat besetzt worden seien, weshalb A angesichts der gegebenen Personalstruktur im Fall seiner Ernennung zum Hofrat damit rechnen müsse, die Stellung eines Senatspräsidenten nicht erreichen zu können. Eine Aussage des Inhalts, dass die Bewerbung von A aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden könne, sei von ihm weder dem Wortlaut noch dem Sinn nach getätigt worden. Insbesondere habe er nicht – wie in der Beschwerde formuliert – gesagt, es sei „gleich besser“, wenn man ihn beim VwGH „gar nicht nimmt“. Fragen der weltanschaulichen Ausrichtung bzw. der parteipolitischen Zugehörigkeit seien in diesem Gespräch nicht behandelt worden. Die Andeutung parteipolitischer Voreingenommenheit in der Beschwerde von A sei eine Unterstellung, die er entschieden zurückweise.

HR B führte aus, ausschlaggebend dafür, dass A ... nicht in den Dreivorschlag aufgenommen worden sei, sei (für die Vollversammlung) seine fehlende aktuelle Rechtsmittelerfahrung gewesen.

Zu den behaupteten diskriminierenden Äußerungen während des Vorstellungsgesprächs führte HR B aus, A verkenne die Stellung des Berichters. Dessen Aufgabe sei die Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen für die Erstattung eines Dreivorschlages sowie eine diesbezügliche Antragstellung in der Vollversammlung. Be-

werber würden sich für gewöhnlich bei den Berichtern vorstellen, die auf der Basis des vorgelegten oder im Bewerbungsgespräch ermittelten Lebenslaufes Auskünfte einholen, die die Eignung in fachlicher und persönlicher Hinsicht erkennen lassen. Dabei werde erwartet, dass die Bewerber bereit seien, Bescheide, Urteile oder andere schriftliche Unterlagen vorzulegen, aus denen auf eine hervorragende Beherrschung der betreuten Rechtsbereiche geschlossen werden könne. Entgegen der Annahme von A reiche es keineswegs aus, den Richter oder den Mitrichter zu überzeugen. Diese müssten die Vollversammlung von ihrem Antrag überzeugen, gelinge dies nicht, finde der Antrag eben keine Mehrheit.

Es sei zutreffend, dass er das Alter des Bewerbers angesprochen habe. Er habe das „routinemäßig bei allen Bewerbern zur Erstellung eines Stammdatengerüsts getan“. Es treffe weiters zu, dass er A nach den Gründen für seine Bewerbung nach so langer Zeit gefragt habe. Die Motivation für eine Bewerbung sei für die Gesamtbeurteilung der Persönlichkeit zweifellos von Interesse. Wenn das Lebensalter von A im Bewerbungsgespräch zur Sprache gekommen sei, so deshalb, weil die Erfahrung zeige, dass manchen Bewerbern die Konsequenzen einer späten Bewerbung nicht bewusst seien. So sei es weniger wahrscheinlich, dass spät in den VwGH Eintretende die Position eines Senatspräsidenten erreichen können und bis zuletzt gehalten seien, Akten als Richter zu bearbeiten. Darüber hinaus könne es sein, dass Spät-eintretende auch nicht (oder erst knapp vor der Versetzung in den Ruhestand) in den Genuss der letzten Gehaltsvorrückung gelangen, was für die Höhe des Ruhegenusses von Bedeutung sei. Wenn er das Gespräch auf diese Aspekte einer späten Bewerbung gebracht habe, so habe es der Abklärung gedient. Dass A die rechtlichen Voraussetzungen für die freigewordene Planstelle erfülle, sei nie in Zweifel gestanden.

Zur Zugehörigkeit von A zur kroatischen Volksgruppe führte HR B aus, A habe im Bewerbungsgespräch seine Zugehörigkeit zur kroatischen Volksgruppe von sich aus zur Sprache gebracht. Er habe Interesse an der Zahl der Volksgruppenangehörigen in der Heimatgemeinde von A bekundet, da er seine Kindheit zum Teil in einer Gemeinde mit damals hohem Anteil an Angehörigen der kroatischen Volksgruppe verbracht habe und wisse, dass der Anteil der kroatisch Sprechenden abnehme. Daraus zu schließen, er sei A als Angehörigen der ... Volksgruppe gegenüber negativ eingestellt gewesen, sei „schlicht unzulässig“.

Abschließend führte HR B aus, es sei eine grundlose Unterstellung, wenn A andeute, er habe im Zusammenwirken mit anderen Mitgliedern des Gremiums einem einer politischen Partei zuzurechnenden Bewerber den Weg geebnet. Er sei ... im ... tätig gewesen, weder seine Aufnahme in den Dienststand ..., noch seine Tätigkeit im ... habe mit seiner politischen Einstellung zu tun gehabt. Seine Tätigkeit sei auch durch keine Nähe zu einer politischen Partei gekennzeichnet gewesen. ...

In der Sitzung des Senates II der B-GBK am ... wiederholte A im Wesentlichen die Ausführungen seines Antrages. -B habe als erstes die Frage gestellt: „Warum kommen Sie erst jetzt?“ Er sei damals im 53. Lebensjahr gewesen und habe diese Frage als diskriminierend aufgrund seines Alters empfunden, er habe sofort gespürt, dass er „ihm zu alt“ sei. Er habe B erklärt, dass aufgrund seiner familiären Situation eine frühere Bewerbung nicht möglich gewesen sei. Die Vorstellung bei anderen Richtern sei ziemlich kurz gewesen. Einer der Hofräte habe gesagt, ihn bräuchte er nicht zu überzeugen, wichtig sei, dass er den Berichterstatter überzeuge. Ein anderer habe - mit einem leichten Lächeln – bemerkt: „Sie haben aber wenig Haare und die sind sehr weiß.“ Es gebe keine gesetzliche Altersgrenze, aber aus der Stellungnahme des VwGH, den Ausführungen über Karriereverläufe, sei herauszulesen, dass man über 50-jährige einfach nicht wolle.

Zur behaupteten Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft führte A aus, die Frage von B, wie viele ... es denn noch gebe, habe ihn als Angehörigen einer Minderheit, dessen Großeltern in der NS-Zeit verfolgt worden seien, sehr bewegt. Der Hauptbeschwerdegrund sei aber die Diskriminierung aufgrund seines Alters, er sei sicher, dass man ihn in erster Linie wegen seines Alters nicht genommen habe. Es sei für ihn nicht nachvollziehbar, dass er für die Stelle eines Hofrates des VwGH nicht geeignet sein sollte. Zu seinem 25-jährigen Dienstjubiläum als Richter sei ihm „Dank und Anerkennung“ ausgesprochen worden. Die Dienstbeschreibungen für Richter würden von einem 5-köpfigen Senat des Landesgerichtes verfasst, seine Dienstbeschreibung laute und habe stets auf „ausgezeichnet“ gelautet. Er sei schon in allen Sparten der Rechtsprechung tätig gewesen, derzeit bearbeite er Wirtschaftssachen, er entscheide Fälle, in denen es mitunter um ein paar hunderttausend Euro gehe. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die drei Bewerber/innen besser geeignet sein sollen als er, weil er eine längere und umfassendere Berufserfahrung habe. Er sei Mitglied der ...behörde ... und Mitglied des ...senates. Acht Jahre lang sei er der Vorsitzende der ...berufungskommission, einer fünfköpfigen Behörde mit richterli-

chem Einschlag, gewesen. Er sei schon länger Mitglied von Rechtsmittelbehörden des Landes ... als D beim Land ... beschäftigt sei. Natürlich könne er nicht so viel publizieren wie ein ...stellvertreter, der hauptsächlich mit Abgeordneten kommuniziere und zwei Sekretärinnen habe, er müsse judizieren. D sei Gemeinderat gewesen und stellvertretender ..., ein Posten, der bei den derzeitigen politischen Verhältnissen ... ein „ÖVP-Posten“ sei. Er gehöre keiner politischen Partei an, weil das seiner Meinung nach mit dem Richteramt unvereinbar sei.

Der Vertreter des VwGH Dr. Y wies eingangs darauf hin, dass er zur Qualifikation von A und zu den Gesprächen zwischen A und einigen Mitgliedern des VwGH keinerlei Stellungnahme abgeben könne, er könne nur auf die Stellungnahmen ... verweisen.

Auf Ersuchen des Senates, den Inhalt der am ... eingelangten Stellungnahme zu referieren, führte er aus, im Vordergrund stehe die fachliche Eignung. Diese dürfe „nicht dem nachstehen, was von den Mitgliedern des Obersten Gerichtshofes erwartet wird“. Die fachliche Eignung sei zB bei einer umfassenden wissenschaftlichen Laufbahn gegeben, ... . Hervorragende Eignung liege auch im Falle einer umfangreichen Tätigkeit im Bereich der Verwaltung vor, das sei bei D der Fall. Die Tätigkeiten von D seien auf „vielen, vielen Seiten“ dargelegt. Die Eignung für einen Richter am VwGH sei weiters im Falle einer Tätigkeit in einer „ganz zentralen Stelle des Rechtsstaates, wie sie etwa der Verfassungsdienst darstellt“, gegeben, ... . Bei Richtern aus der ordentlichen Justiz sei die Eignung dann gegeben, wenn eine langjährige, erfolgreiche Tätigkeit in Rechtsmittelsachen vorliege.

Als Nächstes müsse die Vollversammlung - mittel- und langfristig - die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Auge haben, nämlich dass mindestens die Hälfte der Mitglieder des VwGH aus dem Bereich der ordentlichen Justiz und mindestens ein Viertel der Mitglieder aus den Dienststellen der Länder kommen müsse.

Auf die Frage, woher Bewerber/innen wüssten, welche Qualifikationen gerade gefragt seien, antwortete der Vertreter des VwGH, es gebe kein Anforderungsprofil für einen bestimmten Ernennungsvorgang. Es werde ausgeschrieben und jeder/jede könne sich bewerben. Es müssten die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sein, es gebe aber keine Planstelle, bei der man eine bestimmte Persönlichkeit im Auge habe.

Jedes Mitglied der Vollversammlung könne bis zur Sitzung der Vollversammlung einen Dreivorschlag erstatten. Es sei auch in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen, dass die Dreivorschläge der Richter durch neue Reihungsvorschläge ersetzt worden seien. Der gesetzlich vorgegebene Anteil an Verwaltungsjuristen und Richtern sei jedenfalls mittelfristig im Auge zu behalten. Der VwGH könne es sich aber nicht leisten – „von seiner Rolle und seiner Bedeutung her“ – auf ausgezeichnet qualifizierte Bewerber/innen zu verzichten, nur um eine der Quoten zu erfüllen. Die Bedachtnahme auf die Erfüllung der Quoten erfolge nicht im Vorhinein, sondern die Ausschreibungen würden sich bewusst an alle richten, um die Möglichkeit zu haben, hochqualifizierte Persönlichkeiten reihen zu können. Bei gleicher Eignung käme dann möglicherweise das Erfordernis der Erfüllung der Quote als Entscheidungskriterium hinzu.

A führte aus, dass man anhand des Dreivorschlages sehe, dass B nur Leute aus der Verwaltung gereiht habe. Der Grund für die allgemein gehaltenen Ausschreibungen sei, dass man Bewerber aus der Richterschaft aufnehmen könne, wenn es keine geeigneten Bewerber aus der Verwaltung gebe.

Zu den Aufgaben der Richter führte der Vertreter des VwGH aus, die wesentliche Tätigkeit sei nicht die Erstattung der Dreivorschläge. Die Richter würden die Bewerbungen für die Vollversammlung aufbereiten, sämtliche Lebensläufe würden umfangreich dargestellt. Die Bewerbungsschreiben würden - im Wesentlichen in der Zusammenfassung, die auch der B-GBK übermittelt worden sei – wiedergegeben, damit sich alle Mitglieder der Vollversammlung schon Wochen vor der Sitzung einen Überblick verschaffen können. Auch für die nicht in den Vorschlag aufgenommenen Bewerber würden solche Zusammenfassungen erstellt. Den Mitgliedern der Vollversammlung würden weiters die Personalakten zur Verfügung gestellt, und es bestehe die Möglichkeit, mit allen Bewerbern Gespräche zu führen. Die Richter würden ihre Arbeit mit einem Vorschlag verbinden, dieser sei aber für die Vollversammlung nicht bindend, es komme vor, dass die Vollversammlung Vorschläge ändere.

Auf die Frage, ob zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht klar sei, welche Rechtsmaterie mit der ausgeschriebenen Planstelle verbunden sei, antwortete er, das wisse man zum Zeitpunkt der Ausschreibung tatsächlich noch nicht. Die Festlegung der Zuständigkeiten sei eine Sache der Vollversammlung, die die Aufteilung der Materien auf die einzelnen Senate in der Geschäftsverteilung jeweils für das folgen-

de Jahr festlege. Die Richter des VwGH müssten in der Lage sein, in allen Senaten tätig zu sein, sie würden nicht für die Tätigkeit in einem bestimmten Senat ernannt, Wechsel in andere Senate seien selbstverständlich, sie würden je nach Bedarf erfolgen. Jüngere Richter seien grundsätzlich mindestens in zwei Senaten tätig, dh, dass bei der Auswahl darauf Bedacht genommen werden müsse, dass ein Richter alle Materien bearbeiten könne.

Zum Beschwerdepunkt Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung führte A aus, er halte B nicht vor, parteipolitisch agiert zu haben, er kenne ihn gar nicht. ... Dass D ...-Stellvertreter geworden sei, verdanke er der ÖVP. Als „gelernter Österreicher“ verstehe er, dass D „dem VwGH lieber ist“ als ein unabhängiger Richter.

Auf die Frage, wie lange die besten Juristen und Juristinnen für die Einarbeitung bräuchten, antwortete der Vertreter des VwGH, die Einarbeitungszeit, und zwar soweit, dass eine Fülle von Beschwerden relativ rasch erledigt werden könne, betrage „vermutlich einige Jahre“, sie hänge von der Komplexität der jeweiligen Materien ab. Er weise darauf hin, dass neue Mitglieder aufgrund der allgemein bekannten Überlastung 600 bis 700 Akten übertragen bekommen, das sei „ihr Start“. Der Gerichtshof sei darauf angewiesen, dass möglichst schnell gearbeitet werde. Diese Fähigkeit habe man nicht von Anfang an, noch dazu, wenn man möglicherweise eine fremde Materie zu bearbeiten habe.

A wandte ein, Verwaltungsrecht sei für ihn keine fremde Materie. Zur Exeditivität sei zu sagen, dass er mehrfach vom Justizministerium und von den verschiedenen Präsidenten des OLG für „besondere Exeditivität“ Belohnungen erhalten habe. Er habe keinerlei Rückstände, er habe nie Berichtspflichten gehabt.

Auf die Frage, ob in den letzten Jahren Bewerber/innen, die das 50. Lebensjahr bereits überschritten haben, in einen Dreierorschlag aufgenommen worden seien, antwortete der Vertreter des VwGH, es sei ihm jedenfalls niemand im Gedächtnis, 100%-ig wisse er es aber nicht.

Der Senat II der B-GBK (im Folgenden kurz Senat) hat erwogen:

Vorneweg ist festzuhalten, dass A's Annahme, de facto entscheide der Richter über Ernennungsvorschläge, unzutreffend ist. Der Präsident des VwGH hat dargelegt, dass keine Bindung der Vollversammlung an die Ernennungsvorschläge der Be-

richter besteht, die Mitglieder der Vollversammlung haben das Recht, eigene Anträge zu stellen, was auch regelmäßig vorkommt.

Die Erwägungen des Senates zur Diskriminierung aufgrund des Alters von A beziehen sich daher ausschließlich auf den VwGH als das für die Erstellung der Ernennungsvorschläge zuständige Kollegialorgan.

Gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 B-GIBG darf niemand bei der Begründung des Dienstverhältnisses aufgrund (ua) der ethnischen Zugehörigkeit, der Weltanschauung oder des Alters 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 VwGH für die Entscheidung, A nicht für die Planstelle eines Hofrates des VwGH vorzuschlagen, im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Zur Behauptung der Diskriminierung aufgrund des Alters ist festzuhalten:

Der Stellungnahme des VwGH vom ... zur Beschwerde von A ist zu entnehmen, dass im Auswahlverfahren zur Besetzung richterlicher Planstellen am VwGH grundsätzlich auch auf das Alter der Bewerber/innen Bedacht genommen wird. Eine sachliche Rechtfertigung für das Heranziehen dieses Kriteriums sieht der VwGH darin, dass es ohne „die Altersstruktur des richterlichen Gremiums in den Blick zu nehmen“ zu „Ungleichgewichten in der Altersverteilung“ und damit zu „unregelmäßigen ‚Pensionierungsschüben‘“ kommen könnte, sodass kurz- und mittelfristig wertvolles Erfahrungswissen nicht mehr im wünschenswerten Ausmaß zur Verfügung stehen würde. Auch sei auf die in § 13b Abs. 4 Z 3 B-GIBG angeführte „angemessene Beschäftigungszeit“ vor dem Eintritt in den Ruhestand Bedacht zu nehmen. Ein Bewerber des Geburtsjahrganges 1955 könnte dem VwGH schon im Hinblick auf die für diese Altersgruppe geltenden pensionsrechtlichen Bestimmungen nur mehr für eine – im Hinblick auf die erforderliche Einarbeitungszeit – relativ kurze Zeitspanne zur Verfügung stehen.

Der Senat kann sich diesen Erwägungen nicht anschließen. § 13 B-GIBG soll Personen vor Benachteiligungen aufgrund des Alters im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis schützen. Gemäß § 13b B-GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Alters nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung 1. objektiv und angemessen ist,

2. durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und 3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind. § 13b Abs. 4 B-GIBG nennt (demonstrativ) Maßnahmen (Z 1 bis 3), die nach Abs. 3 zulässige Ungleichbehandlungen einschließen können. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass die (interne) Festsetzung eines Höchstalters für die Ernennung zum Richter/zur Richterin des VwGH aus dem Grund, einen allfälligen Verlust an „Erfahrungswissen“ durch „unregelmäßige Pensionierungsschübe“ zu vermeiden, unter die Ausnahmebestimmungen des § 13b Abs. 3 bzw Abs 4 fallen könnte.

Der Senat kann sich auch dem Vorbringen, die Ausnahmebestimmung des § 13b Abs. 4 Z 3 B-GIBG sei auf Bewerber/innen des Geburtsjahrganges 1955 anwendbar, nicht anschließen. Ein/e knapp über 50-jährige/r Richter/in des VwGH hat in der Regel noch mehr als zehn Dienstjahre vor sich. Auch unter Berücksichtigung einer längeren Einarbeitungszeit – eine Einarbeitungszeit von einigen Jahren, wie vom Vertreter des VwGH genannt, erscheint angesichts der Ernennungsvoraussetzungen und somit einer bereits mindestens 10-jährigen juristischen Tätigkeit der Bewerber/innen in der öffentlichen Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit oder im Rahmen einer wissenschaftlichen Tätigkeit etwas hoch gegriffen – ist die Zeitspanne, die knapp über 50-Jährige dem VwGH bis zum Übertritt in den Ruhestand zur Verfügung stehen können, nicht als unangemessen (kurz) im Sinne des § 13 Abs. 4 Z 3 B-GIBG anzusehen.

In der Stellungnahme ... des VwGH vom ... ist ausgeführt, der Grund für die Nichtaufnahme von A in den Ernennungsvorschlag sei allerdings nicht sein Alter, sondern seine mangelnde fachliche Eignung, insbesondere verfüge A „in auffälligem Gegensatz zu anderen Bewerber/innen aus dem Bereich der ordentlichen Justiz über keine ins Gewicht fallende Erfahrungen im Rechtsmittelbereich.“ Im Schreiben des Präsidenten vom ... ist ausgeführt, „Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit ... können im Gebiet des öffentlichen Rechts auf so hervorragende Weise ausgewiesenen Bewerbern, wie dies die im betreffenden Dreivorschlag aufgenommenen Personen sind, im allgemeinen nur dann insgesamt Gleichwertiges entgegensetzen, wenn sie solchen Bewerbern langjährige Erfahrung in der Erledigung von gerichtlichen Rechtsmitteln voraus und sich in der Senatsgerichtsbarkeit langfristig bewährt haben. Im Allgemeinen kommen daher nur Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die auf die-

se hervorragende und langjährige Bewährung in einem Rechtsmittelsenat verweisen können, als Mitglieder des VwGH in Betracht.“

Dazu ist festzuhalten, dass – entsprechend dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot – die Eignung der Bewerber/innen an den in der Ausschreibung genannten (unbedingten) Voraussetzungen sowie an den – allenfalls - als erwünscht genannten Kenntnissen und Erfahrungen für die zu besetzende Planstelle zu prüfen ist. Erfahrungen im Rechtsmittelbereich bzw eine hervorragende langjährige Bewährung in einem Rechtsmittelsenat wurden in der gegenständlichen Ausschreibung weder gefordert, noch enthielt die Ausschreibung einen Hinweis darauf, dass die Erfüllung dieser Kriterien wünschenswert ist.

Im Übrigen verfügt A über Rechtsmittelerfahrungen im Bereich des Verwaltungsrechtes - er war 10 Jahre Vorsitzender der ...berufungskommission ..., seit ... Jahren ist er Mitglied des ...senates und der ...wahlkommission - und auch als Richter. Inwiefern diese Erfahrungen als „nicht ins Gewicht fallend“ zu werten waren wurde gegenüber dem Senat nicht dargelegt.

Wenn, wie in der Stellungnahme des VwGH vom ... ausgeführt, „... es der Stellung des VwGH als Höchstgericht und der dienstrechtlichen Gleichstellung seiner Mitglieder mit den Richtern des Obersten Gerichtshofes geschuldet (ist), dass nur solche Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu Mitgliedern des VwGH ernannt werden, die auch für das Amt eines Richters des Obersten Gerichtshofes geeignet sind“, ist nicht nachvollziehbar, dass Richtern/Richterinnen der Landesgerichte Ausschreibungen von Richter(innen)planstellen des VwGH im Dienstweg zur Kenntnis gebracht werden.

Zusammenfassend kann aufgrund der Ausführungen des VwGH zur Bedachtnahme auf die „Altersstruktur“ des VwGH festgehalten werden, dass dem Alter der Bewerber/innen wesentliche Bedeutung zukommt. Der Stellenwert des Kriteriums Alter ist übrigens auch am Alter der im vorangegangenen Bewerbungsverfahren in die Erennungsvorschläge aufgenommenen Bewerber/innen erkennbar (die Bewerber/innen gehören den Geburtsjahrgängen 1963 bis 1971 an) und weiters daran, dass in den letzten Jahren (jedenfalls der Erinnerung von Dr. Y. und der Gleichbehandlungsbeauftragten nach) niemand Aufnahme fand, der das 50. Lebensjahr überschritten hatte. Der VwGH konnte weder darlegen, dass die Bedachtnahme auf das Alter im Allgemeinen sachlich gerechtfertigt wäre, noch dass es bei der Beurteilung der Bewerbung von A nicht maßgebend gewesen ist. Der Senat gewann vielmehr den Ein-

druck, dass aufgrund des Alters von A auf eine eingehende Prüfung seiner Bewerbung verzichtet wurde.

Der Senat kommt daher zu dem Ergebnis, dass A im Rahmen des gegenständlichen Auswahlverfahrens zur Besetzung der Planstelle eines Hofrates/einer Hofrätin des VwGH gemäß § 13 B-GIBG aufgrund seines Alters diskriminiert worden ist.

Zur behaupteten Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung stellt der Senat fest, dass die bloßen Hinweise von A auf seine Parteilosigkeit, auf die Parteizugehörigkeit von D sowie auf eine dem Vernehmen nach bestehende Nähe von HR B und X zur ÖVP nicht ausreichen, eine weltanschaulich motivierte Diskriminierung glaubhaft zu machen.

Eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit von A durch HR B konnte ebenfalls nicht festgestellt werden. HR B hat in seiner Stellungnahme vom ... glaubwürdig dargelegt, dass er A, nachdem dieser von sich aus seine Zugehörigkeit zur kroatischen Volksgruppe zur Sprache gebracht habe, aus privatem Interesse nach dem Anteil der kroatischen Volksgruppe an der ... Bevölkerung gefragt hat.

Empfehlungen:

Der Senat empfiehlt, bei zukünftigen Ausschreibungen richterlicher Planstellen

- 1.) das Anforderungsprofil zu konkretisieren (besondere Qualifikationen zu nennen),
- 2.) den Personenkreis, an den sich die Ausschreibung (in erster Linie) richtet, zu nennen.

Der Senat empfiehlt weiters, im Hinblick auf § 13 B-GIBG die „Bedachtnahme“ auf die „Altersstruktur“ des VwHG im Allgemeinen zu überdenken.

Wien, ... 2009