Aus diesen Gründen hat

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.**

Bahlmann Pescatore Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 17. November 1983.

Der Kanzler

Im Auftrag

H. A. Rühl
Hauptverwaltungsrat

Der Präsident der Zweiten Kammer

K. Bahlmann

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT VOM 20 OKTOBER 1983 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Einleitung

In der vorliegenden Rechtssache beantragt die Klägerin, den Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 5. Mai 1982, mit der ihre Probezeit ohne Ernennung zur Beamtin auf Lebenszeit beendet wurde, sowie erforderlichenfalls den vorausgegangenen Probezeitbericht und die Entscheidung des Präsidenten des Gerichtshofes vom 23. September 1982, mit der ihre Beschwerde zurückgewiesen wurde, aufzuheben.

Ich lenke Ihre Aufmerksamkeit schon hier auf diese Daten, da die Anstellungsbehörde seinerzeit natürlich dem Urteil

1 — Aus dem Niederländischen übersetzt.

vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 206/81 (Alvarez, Slg. 1982, 3369) noch nicht Rechnung tragen konnte, das meines Erachtens für diese Klage von entscheidender Bedeutung ist. Wie ich noch darlegen werde, beging die Anstellungsbehörde in der vorliegenden Rechtssache den gleichen Verfahrensfehler, wie ihn der Gerichtshof in dem genannten Urteil als ausreichenden Aufhebungsgrund angesehen hat.

Da der Gerichtshof die Klägerin auch aufgefordert hat, in der mündlichen Verhandlung ihre inhaltlichen Rügen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichshofes zum Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Ernennung von Beamten auf Lebenszeit und zur Beendigung der Probezeit zu präzisieren, werde ich aber auch auf diese inhaltlichen Rügen näher eingehen. Dabei werde ich selbstverständlich auch den zuletzt in Randnummer 16 des Urteils in der Rechtssache 98/81 (Munk, Slg. 1982, 1155) ausgesprochenen Grundsatz berücksichtigen, wonach „es Sache der zuständigen Verwaltungsbehörde ist, nach ihrem Ermessen die Befähigung des Betroffenen zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben zu beurteilen, wobei die Ausübung dieses Ermessens der gerichtlichen Kontrolle durch den Gerichtshof im Hinblick auf offensichtliche Fehler unterliegt".

In diesem Zusammenhang weise ich auch auf das Urteil in der Rechtssache 175/80 (Tither, Slg. 1981, 2359) hin. Wie sich aus diesem Urteil ergibt, hinderte das Kriterium des offensichtlichen Fehlers den Gerichtshof keineswegs daran, genau zu untersuchen, ob das als Begründung angeführte Fernbleiben des Klägers in der genannten Rechtssache von dem betroffenen Organ ausreichend untersucht worden war, was der Gerichtshof schließlich verneint hat. Er hat insbesondere geprüft, ob eine „stichhaltige Begründung" („motif valable") für die Entlassung vorgelegen hat (Randnummer 17 der Entscheidungsgründe).

Neben diesen Urteilen ist natürlich auch der vom Gerichtshof u. a. im Urteil in der Rechtssache 27/68 (Renckens, Slg. 1969, 255) augesprochene Grundsatz von Bedeutung, daß dem in Artikel 25 Beamtenstatut aufgestellten Erfordernis „genügt [ist], wenn die Gründe, auf denen die beschwerende Maßnahme beruht, klar und unzweideutig erkennbar sind". Auf andere Kriterien, die bei der beschränkten Kontrolle des Beurteilungsspielraums der Verwaltung durch den Gerichtshof eine Rolle spielen können, werde ich gegebenenfalls noch zurückkommen.

2. Der Sachverhalt

Folgender Sachverhalt ist meines Erachtens der Entscheidung in dieser Rechtssache zugrunde zu legen.

Die Klägerin, die zeitweilig beim Sprachendienst des Gerichtshofes beschäftigt war, nahm 1981 an dem internen Auswahlverfahren Nr. CJ 38/80 für die Einstellung eines Verwaltungsassistenten in der Direktion Dokumentation und Bibliothek (Abteilung Bibliothek) teil. Die Aufgaben des einzustellenden Beamten umfaßten nach der Ausschreibung des Auswahlverfahrens neben der Einordnung der Bücher die Erstellung des jährlichen Inventars der Bibliotheksbestände, die Bedienung der Kopiermaschine und die Mitarbeit bei der Ausleihe. Die Klägerin wurde an erster Stelle in die Eignungsliste aufgenommen und mit Wirkung vom 1. August 1980 als Beamtin auf Probe eingestellt. Gewiß weil die Entscheidung über ihre Ernennung erst am 15. September 1981 erging, nahm sie den Dienst in ihrer neuen Funktion am Gerichtshof auch erst am 1. Oktober 1981 auf. Obwohl formal gesehen der

Bericht über ihre Probezeit aufgrund des formellen Beginns ihres Dienstverhältnisses schon am 31. Januar 1982 hätte erstellt werden müssen, wurde der Bericht tatsächlich erst am 24. März 1982 abgefaßt.

In diesem Bericht wurden die Leistungen der Klägerin in vier Punkten mit „ungenügend" beurteilt. Erstens wurden „Urteilsvermögen und Anpassungsfähigkeit" wegen „fehlender körperlicher Eignung" als ungenügend beurteilt.

Zweitens wurden „Verantwortungsbewußtsein und Hingabe an die Arbeit" unter Berufung auf „häufiges Fernbleiben und mäßiges Interesse" als ungenügend bezeichnet.

Drittens und viertens wurden sowohl die „Qualität" als auch die „Schnelligkeit bei der Erledigung der Arbeit" mit der Bemerkung „Folge ihres Fernbleibens" als ungenügend eingestuft.

In der Begründung des Vorschlags, die Klägerin zu entlassen, wird — soweit dies hier von Belang ist — zu diesen vier mit ungenügend beurteilten Punkten noch folgendes ausgeführt:

zu 1:

„Ihre Aufgabe als Verwalter des Magazins der Bibliothek besteht zunächst in der täglichen Beförderung und Einordnung von Büchern einschließlich der regelmäßigen Beförderung von Handwagen zwischen den Etagen und des Umstellens von oft unhandlichen Werken. Die Menge der täglich zu bewegenden Bücher verlangt ... eine gewisse körperliche Kraft, über die Frau Tréfois ... nicht in ausreichendem Maß verfügt."

zu 2, 3 und 4:

„... leider ist Frau Tréfois durch häufiges Fernbleiben aus familiären oder gesundheitlichen Gründen aufgefallen"; und (zu 2) „Die Arbeit entspricht nicht genau den Neigungen von Frau Tréfois, die erklärt hat, sie ziehe eine Sekretärinnentätigkeit vor; daraus erklärt sich ihr recht mäßiges Interesse an ihrer Arbeit."

Zusammenfassend wird festgestellt, daß der Beurteilende „wegen ihres fehlenden Interesses an der ihr übertragenen Tätigkeit, ihrer Unbeständigkeit in der Arbeit und ihrer fehlenden körperlichen Eignung für die mit dem fraglichen Dienstposten verbundenen Aufgaben" die Ernennung der Betroffenen zur Beamtin auf Lebenszeit nicht vorschlagen könne. Weiter heißt es in der Begründung, es sei nicht ausgeschlossen, daß Frau Tréfois auf einem anderen Dienstposten beim Gerichtshof mit leichteren Bedingungen und Aufgaben, die ihren Interessen besser entsprächen, ausreichende Leistungen erbringen könne.

Der Probezeitbericht wurde der Klägerin erst am 29. März 1981 mitgeteilt; sie gab noch am selben Tag ihre Stellungnahme dazu ab, in der sie die gegen sie erhobenen Vorwürfe zurückwies. Die Klängerin machte (nach der Feststellung, daß ihre Beurteilung verspätet erstellt worden sei) in erster Linie geltend, daß die Aufgabenbeschreibung des Auswahlverfahrens über den Aufgabenbereich eines Magazinbediensteten hinausgegangen sei.

In zweiter Linie bestritt sie den Vorwurf unzureichender Körperkraft und führte zum Kriterium der Eignung für die Tätigkeit aus, daß der Beurteilende sein Urteil nicht an die Stelle des Urteils des Vertrauensarztes setzen dürfe.

Die Klägerin bestritt ebenfalls, sich je über die Art ihrer Tätigkeit beklagt zu haben.

Schließlich wies sie darauf hin, daß ihr Fernbleiben aus familiären und gesundheitlichen Gründen jeweils von ihrem

Vorgesetzten genehmigt und (soweit es um krankheitsbedingtes Fernbleiben gegangen sei) durch ärztliches Attest gedeckt gewesen seien, so daß sich ihr Vorgesetzter zur Begründung des Entlassungsvorschlags nicht darauf berufen könne.

Mit Entscheidung der Anstellungsbehörde vom 5. Mai 1982 wurde die Probezeit der Klägerin „ohne Ernennung zur Beamtin auf Probe beendet". Rechtlich gesehen handelt es sich hier natürlich um eine „Entlassung" im Sinne von Artikel 34 Absatz 2 Beamtenstatut. Auf die sozialen Gründe, die der Gerichtshof später im gerichtlichen Verfahren für die abweichende Ausdrucksweise angeführt hat, werde ich bei der Erörterung der von der Klägerin erhobenen Rügen noch zurückkommen. Zur Begründung der Entlassung wird in der Entlassungsentscheidung „aufgrund des Probezeitberichts" festgestellt, „daß Frau D. Tréfois nicht unter Beweis gestellt hat, daß sie über ausreichende Fähigkeiten verfügt, um zur Beamtin auf Lebenszeit ernannt zu werden".

Am 3. Juni 1982 legte die Klägerin gemäß Artikel 90 Absatz 2 Beamtenstatut Beschwerde gegen diese Entlassungsentscheidung ein; am 5. Juli 1982 ersuchte der Präsident den betroffenen Dienstvorgesetzten um nähere Erläuterungen, soweit er dies für erforderlich halte. Der Wortlaut dieses der Klageschrift als Anlage 13 beigefügten Ersuchens an den Dienstvorgesetzten ist von einiger Bedeutung im Hinblick auf die dieses Verfahrensstadium betreffende Rüge der Klägerin.

In ihrer Beschwerde beantragte die Klägerin die Aufhebung der Entlassungsentscheidung und des Probezeitberichts, der dieser Entscheidung zugrunde lag. Wegen des vollständigen Wortlauts der Beschwerdeschrift verweise ich auf Anlage 11 der Klageschrift; die wichtigsten Beschwerdegründe sind im folgenden genannt:

1. Der Vorwurf fehlenden Interesses an ihrer Arbeit sei unzutreffend und auf untaugliche Gründe gestützt.

2. Das ihr im Probezeitbericht vorgeworfene häufige Fernbleiben aus familiären oder gesundheitlichen Gründen könne erstens nicht als häufig bezeichnet werden (was konkretisiert wird) und sei zweitens durch ärztliche Atteste oder ausdrücklich beantragte und erteilte Genehmigung des Dienstvorgesetzten gedeckt gewesen. Es lasse auch nicht auf chronische körperliche Untauglichkeit für die Tätigkeit schließen.

3. Zum Vorwurf fehlender körperlicher Eignung wird in der Beschwerde zunächst erneut auf das anderslautende Urteil des Vertrauensarztes bei ihrer Einstellung hingewiesen. Zweitens wird bestritten, daß die Tätigkeit besondere körperliche Kraft erfordere, wovon auch in der Ausschreibung des Auswahlverfahrens keine Rede gewesen sei. In Wahrheit liege hier eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.

Die Antwort des Dienstvorgesetzten auf das Ersuchen der Anstellungsbehörde um zusätzliche Erläuterung umfaßt nicht nur eine Erläuterung der ursprünglich für die Entlassung genannten Gründe, sondern vor allem eine Erweiterung dieser Begründung durch ganz neue Gründe. Ich verweise hierzu auf die betreffenden Schriftstücke der Anlage 13 der Klageschrift, die insoweit für sich sprechen.

In ihrer Stellungnahme zu diesen näheren Erläuterungen der Begründung für die Entlassungsentscheidung (Anlage 14 der Klageschrift) betonte die Klägerin zunächst, daß ihre Beschwerde auf der

Grundlage des Probezeitberichts und nicht anhand der diesen Bericht ergänzenden Angaben der Dienstvorgesetzten beurteilt werden müsse. Sodann wies sie darauf hin, daß die ergänzenden Angaben keine Erläuterungen der Begründung ihres Probezeitberichts, sondern neue Gründe enthielten. Schließlich bestritt sie die neue Begründung auch inhaltlich, und zwar sehr ausführlich. Soweit erforderlich werde ich darauf bei der Erörterung der in der Klageschrift erhobenen Rügen noch zurückkommen.

Am 23. September 1982 wies die Anstellungsbehörde die Beschwerde zurück (Anlage 15 der Klageschrift), wobei sie die vorstehend genannten Stellungnahmen der Dienstvorgesetzten auf die Beschwerde als „eine ins einzelne gehende Bestätigung ihrer früheren Beurteilung" bezeichnete.

Zu den inhaltlichen Rügen der Beschwerdeführerin wurde u. a. ausgeführt: 1) „En ce qui concerne notamment l'absence de continuité dans le travail, il ne lui est pas reproché des absences justifiées pour des causes de maladie ou de famille mais la circonstance que même lorsqu'elle n'était pas en congé régulier, elle s'absentait pendant des heures de son poste de travail sans dire où elle se trouvait." 2) Die Feststellung, daß es der Klägerin an Interesse für ihre Tätigkeit fehle, müsse im Rahmen der dem Beurteilenden obliegenden allgemeinen Beurteilung gesehen werden und werde durch die Memoranden der Dienstvorgesetzten zu der Beschwerde bestätigt. Auf die Behauptung der fehlenden körperlichen Eignung der Klägerin für ihre Tätigkeit und auf das diesbezügliche Bestreiten der Klägerin wird in der Zurückweisung der Beschwerde nicht besonders eingegangen.

Auf die Rügen, die die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 10. November 1982 erhebt, werde ich nun im einzelnen eingehen; vorausgeschickt sei, daß die Zulässigkeit der Klage als solche nicht bestritten wird.

3. Erhobene Rügen

3.1. Mit der ersten Rüge *(Verletzung wesentlicher Formvorschriften)*, auf die die Anfechtungsklage gestützt wird, macht die Klägerin wesentliche Formfehler geltend. Da die Entlassungsentscheidung ausschließlich auf den Probezeitbericht gestützt sei, müsse die Begründung dieser Entscheidung nach Ansicht der Klägerin ausschließlich in diesem Bericht gesucht werden. Die Klägerin bestreitet die drei in diesem Bericht erhobenen Vorwürfe.

Ein fehlendes Interesse lasse sich nicht aus dem behaupteten häufigen Fernbleiben aus gesundheitlichen oder familiären Gründen ableiten, da alle Fälle von Fernbleiben (deren Häufigkeit die Klägerin, wie schon gesagt, durch konkrete Angabe der jeweiligen Zeiträume bestritten hat) durch ärztliches Attest oder ausdrückliche Genehmigung ihres Vorgesetzten gedeckt gewesen seien. Fehlendes Interesse könne auch nicht daraus abgeleitet werden, daß die Klägerin Interesse für eine andere Stelle gezeigt habe. Meines Erachtens kann dieses Vorbringen der Klägerin in der Tat auf einen offensichtlichen Fehler im Sinne des bereits genannten Urteils in der Rechtssache Munk hinweisen.

Die behauptete Unbeständigkeit in der Arbeit stehe im Probezeitbericht deutlich im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Fernbleibens aus gesundheitlichen oder familiären Gründen (was meines Erachtens in der Tat nicht bestritten werden kann). In der Zurückweisung ihrer Beschwerde sei dieser Vorwurf jedoch nachträglich auch auf häufige Abwesenheit vom Arbeitsplatz und damit auf an-

dere Gründe gestützt (was sich meines Erachtens in der Tat aus den bereits angeführten Anlagen zur Klageschrift ergibt und vom Bevollmächtigten des Gerichtshofes in der mündlichen Verhandlung auch in Beantwortung einer von mir gestellten Frage eindeutig bestätigt worden ist). Die Klägerin führt aus, daß diese nachträglich als Grund angeführte Abwesenheit aus der Art ihrer Tätigkeit selbst zu erklären sei, die nun einmal den Büchertransport und die Erledigung von Aufgaben an verschiedenen Stellen (und sogar in verschiedenen Stockwerken) des Gebäudes und namentlich außerhalb ihres Büros mit sich gebracht habe. (Ich merke dabei an, daß unter diesen Umständen in der Tat unklar ist, was im vorliegenden Fall unter dem „Arbeitsplatz" der Klägerin zu verstehen war.) Unrichtig sei auch, daß sie, wenn sie nicht in ihrem Büro gewesen sei, nicht angegeben habe, wo sie zu erreichen sei.

Der Vorwurf fehlender Eignung sei weder rechtlich noch tatsächlich begründet. Rechtlich sei er nicht begründet, weil insoweit für die Stelle keine besonderen Anforderungen gestellt gewesen seien (was ausweislich der Akten zutrifft). Tatsächlich sei es unbegründet aus den bereits im Verwaltungsverfahren angeführten Gründen (Anlagen 6 und 11, Seiten 3 und 4). Auch diese Rüge ist meiner Ansicht nach anhand des Kriteriums des offensichtlichen Fehlers zu beurteilen. Schon hier merke ich an, daß meines Erachtens bei der Beurteilung der körperlichen Eignung der Klägerin vorbehaltlich späterer Veränderungen ausschließlich auf den Zeitpunkt ihrer Einstellung abzustellen ist. Es geht nicht an und widerspricht auch der betreffenden Rubrik des Beurteilungsbogens, eine negative Beurteilung des *Anpassungsvermögens* des Beurteilten auf dessen angeblich fehlende körperliche Eignung (unzureichende Körperkraft) zu stützen. So weist die Klägerin zu Recht darauf hin, daß eine eventuell während der Tätigkeit entstandene körperliche Arbeitsuntauglichkeit nach dem Statut nur in einem besonderen, hier nicht durchgeführten Verfahren festgestellt werden kann.

3.2. Mit ihrer zweiten Rüge *(Verletzung des Beurteilungsverfahrens)* wirft die Klägerin dem Gerichtshof erstens die stillschweigende Verlängerung ihrer Probezeit und zweitens eine verspätete Erstellung des Probezeitberichts vor. Die stillschweigende Verlängerung ihrer Probezeit bis sechs Monate nach dem Tag ihres tatsächlichen Dienstantritts war jedoch die logische Folge des Umstands, daß sie ihren Dienst zu diesem Zeitpunkt aufgenommen hat.

Dieser Zeitpunkt wiederum war die logische Folge aus dem bereits genannten Zeitpunkt der Entscheidung über ihre Ernennung. Eine „Verlängerung" der Probezeit war unter diesen Umständen meines Erachtens völlig gerechtfertigt, wenn hierfür formal gesehen vielleicht auch eine neue Entscheidung der Anstellungsbehörde erforderlich gewesen wäre (Artikel 34 Absatz 1 Unterabsatz 2 Beamtenstatut). Auch in ihrem zweiten Teil greift die zweite Rüge der Klägerin meiner Ansicht nach nicht durch. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann eine solche Verspätung nicht zur Aufhebung des Probezeitberichts führen (Urteile in den Rechtssachen 10 und 47/72, di Pillo, Slg. 1973, 770; 175/80, Tither, Slg. 1981, 2359, und 98/81, Munk, Slg. 1982, 1167). Angesichts der bereits angeführten guten Gründe dafür, diesen Bericht erst sechs Monate nach dem tatsächlichen Dienstantritt der Klägerin zu erstellen, möchte ich hier noch nicht einmal von einer bedauerlichen Unregelmäßigkeit sprechen. Meines Erachtens wird auch die gerügte „Verlängerung" der Probezeit aus den genannten Gründen durch die angeführten Urteile gedeckt.

3.3. Mit ihrer dritten Rüge *(Verfahrensmißbrauch)* wirft die Klägerin der Anstellungsbehörde vor, daß sie die betroffenen Dienstvorgesetzten um nähere Auskunft ersucht habe. Diese Rüge muß meines Erachtens als solche verworfen werden. Es zeugt vielmehr von Sorgfalt, daß die Anstellungsbehörde auch das Beschwerdeverfahren kontradiktorisch durchgeführt hat, so daß die Klägerin zu den von den Dienstvorgesetzten gegebenen Antworten erneut ausführlich Stellung nehmen konnte. Es ist jedoch richtig, daß die Dienstvorgesetzten von diesem Verfahren (vielleicht aufgrund eines unzutreffenden Verständnisses des Schreibens des Präsidenten) Gebrauch gemacht haben, um ganz neue Gründe für die Entlassung anzuführen, die im Probezeitbericht keine Grundlage finden, aber deutlich zur Zurückweisung der Beschwerde beigetragen haben.

Wie schon bemerkt, hat der Bevollmächtigte des Gerichtshofes dies in der mündlichen Verhandlung auch eindeutig eingeräumt. Diese Rüge bezieht sich jedoch nicht auf das Verfahren der Prüfung der Beschwerde als solcher, sondern auf den Umstand, daß die Anstellungsbehörde in diesem Verfahren schließlich zur Zurückweisung der Beschwerde gelangt ist, sowie auf den Umstand, daß diese neuen Argumente der Klägerin nicht vor dem Erlaß der Entlassungsentscheidung zur Stellungnahme vorgelegt worden sind.

3.4. Schließlich wirft die Klägerin dem Gerichtshof *Diskriminierung aufgrund des Geschlechts* vor. Diese Rüge findet auf den ersten Blick einen gewissen Anknüpfungspunkt im dritten Absatz des der Klageschrift als Anlage 13 beigefügten Memorandums ihres unmittelbaren Vorgesetzten („un effort physique qu'on peut difficilement demander d'une dame"); wie noch gezeigt werden wird, enthält auch die Klagebeantwortung des Gerichtshofes einen in diese Richtung weisenden Anhaltspunkt.

4. Das Vorbringen des Gerichtshofes

4.1. In der Klagebeantwortung des Gerichtshofes fällt bezüglich der ersten Rüge zunächst auf, daß dem Vorwurf verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit gewidmet wird, bei der Entlassung hätten ausweislich der Begründung für die Zurückweisung der Beschwerde andere als die im Probezeitbericht genannten Gründe eine Rolle gespielt. Das spätere Vorbringen des Gerichtshofes zu diesem Punkt, wonach aus der Stellungnahme der Klägerin zu ihrer Beurteilung und aus dem Wortlaut ihrer Beschwerde hervorgehe, daß sie sich über die wahren Gründe für ihre Entlassung sehr wohl im klaren gewesen sei, wird durch den Wortlaut dieser beiden Schriftstücke eindeutig widerlegt.

Hinsichtlich der schon im Probezeitbericht als unzureichend beurteilten Fähigkeiten der Klägerin gehe ich nach der Reihenfolge dieses Berichts vor.

In der Klagebeantwortung (S. 7) wird die fehlende körperliche Eignung der Klägerin in Zusammenhang gebracht mit der im Probezeitbericht noch nicht gerügten häufigen Abwesenheit aus anderen als gesundheitlichen oder familiären Gründen. Dieser Vorwurf muß bereits wegen fehlender Grundlage im Probezeitbericht zurückgewiesen werden. Überdies habe ich bereits ausgeführt, daß körperliche Eignung (im Sinne ausreichender Körperkraft) nicht als Voraussetzung für diese Tätigkeit genannt war und außerdem ihrer Natur nach eine Eigenschaft ist, die mit dem *Anpassungsvermögen* der Betroffenen (auf die sich die entsprechende Rubrik der Beurteilung bezieht) nichts zu tun hat, die jedoch schon bei der Einstellung (bei der

ärztlichen Untersuchung) geprüft werden muß. Die Richtigkeit dieser Auslegung des Begriffs der körperlichen Eignung wird im übrigen außer durch den dritten Absatz der Begründung des Probezeitberichts auch durch die Ausführungen in Nr. 20 der Klagebeantwortung bestätigt, auf die ich in anderem Zusammenhang noch zurückkommen werde. Das Vorbringen des Gerichtshofes zu diesem Punkt ist demnach zurückzuweisen.

Das im Probezeitbericht angesprochene fehlende Interesse der Klägerin für ihre Tätigkeit wird in erster Linie damit begründet, daß sie Interesse für andere Tätigkeiten gezeigt habe. Ich halte es in der Tat für eindeutig fehlerhaft, aus diesem für andere Tätigkeiten gezeigten Interesse als solchem abzuleiten, daß sie ihrer Arbeit während der Probezeit nicht genügend Aufmerksamkeit gewidmet habe. In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, daß in vielen Beurteilungsformularen ausdrücklich die Möglichkeit geboten wird, Wünsche hinsichtlich einer anderen Tätigkeit zu äußern, und daß die Äußerung derartiger Wünsche daher auch nicht als Argument für den Vorwurf herangezogen werden darf, daß die Betroffene für ihre derzeitige Tätigkeit nicht genügend Interesse zeigten.

Als zweites Argument für ein fehlendes Interesse wird in dem Probezeitbericht wiederum das häufige Fernbleiben genannt. Da die Häufigkeit dieses Fernbleibens im Probezeitbericht wie bereits ausgeführt eindeutig und ausschließlich in Zusammenhang mit gesundheitlichen und familiären Gründen gebracht wird (die, wie der Beklagte nicht bestreitet, jeweils durch ärztliches Attest oder ausdrückliche Genehmigung gedeckt waren), ist es offensichtlich fehlerhaft, daraus auf ein fehlendes Interesse für die Tätigkeit zu schließen. Fälle von Abwesenheit aus anderen als in den im Probezeitbericht angegebenen Gründen, die der Beklagte erst nach der Entlassung angeführt hat, kann der Gerichtshof aufgrund des von mir bereits zitierten Urteils in der Rechtssache Alvarez nicht berücksichtigen. Ich werde darauf noch zurückkommen. Auch insoweit ist das Vorbringen des Beklagten somit zurückzuweisen.

Die unzureichende Leistung der Klägerin in der Probezeit (in zwei Unterpunkten als ungenügend beurteilt) wird im Probezeitbericht ausschließlich in Zusammenhang mit dem dort genannten Fernbleiben aus gesundheitlichen und familiären Gründen gebracht. Tatsächlich scheint der Gerichtshof der Klägerin vor allem dieses Fernbleiben vorzuwerfen.

In der Klagebeantwortung wird zur Begründung dafür, daß die Abwesenheit aus anderen als den genannten Gründen berücksichtigt worden ist, auf den Wortlaut des vorletzten Absatzes der Begründung des Entlassungsvorschlags hingewiesen. In diesem Absatz ist in der Tat die Rede von fehlender Beständigkeit in der Arbeit. Dieser Absatz ist jedoch eindeutig eine Zusammenfassung der zuvor angeführten Begründung, in der ausschließlich von Fernbleiben aus den genannten Gründen die Rede ist.

Zumindest ist der vierte Absatz in dieser Hinsicht nicht eindeutig, so daß Artikel 25 Beamtenstatut in der Auslegung, die ihm der Gerichtshof in dem bereits angeführten Urteil in der Rechtssache Renckens gegeben hat, nicht Genüge getan ist. Die Klägerin konnte sich also in ihrer Stellungnahme zu dem Probezeitbericht nicht mit dem erst nach Einlegung ihrer Beschwerde gegen die Entlassungsentscheidung präzisierten Vorwurf der Abwesenheit aus anderen als aus gesundheitlichen oder familiären Gründen auseinandersetzen. Damit hat der Gerichtshof Artikel 34 Absatz 2 Beamtenstatut aus den gleichen Gründen zuwiderge-

handelt, wie sie in dem bereits angeführten Urteil in der Rechtssache Alvarez in den Randnummern 3 bis 6 der Entscheidungsgründe genannt sind. Dort wird dem kontradiktorischen Charakter des einer Entlassung vorausgehenden und in Artikel 34 Absatz 2 genau beschriebenen Verfahrens grundlegende Bedeutung beigemessen. Da sich herausgestellt hatte, daß bei der Entlassung von Herrn Alvarez auch Argumente eine Rolle gespielt hatten, zu denen er vor der Entlassung nicht hatte Stellung nehmen können, wurde die Entlassungsverfügung aufgehoben. Aus demselben Grund ist meines Erachtens auch die vorliegende Entlassungsentscheidung aufzuheben. Daran ändert auch der schon am Anfang meiner Schlußanträge erwähnte Umstand nichts, daß der Gerichtshof beim Erlaß der Entlassungsentscheidung das Urteil in der Rechtssache Alvarez noch nicht berücksichtigen konnte. Ebensowenig kann an diesem grundlegenden Fehler der Begründung der Entlassungsentscheidung die Erklärung des Bevollmächtigten des Gerichtshofes in der mündlichen Verhandlung etwas ändern, wonach der betroffene Abteilungsleiter seine die Klägerin betreffenden negativen Schlußfolgerungen so wenig verletzend wie möglich habe präsentieren wollen („essayait de présenter ses conclusions de la façon la moins choquante possible"). Auch die Vermeidung des Wortes „Entlassung" in der Entlassungsentscheidung soll einen solchen sozialen Grund gehabt haben.

Schließlich ändert an dem genannten grundlegenden Fehler der Entlassungsentscheidung meines Erachtens auch der Umstand nichts, daß der Gerichtshof hinsichtlich der *nach* der Entlassungsentscheidung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach Artikel 90 erhobenen neuen Vorwürfe gegen die Klägerin ein kontradiktorisches Verfahren durchgeführt hat. Die vom Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache Alvarez als grundlegend bezeichneten Verfahrensgarantien, die *vor* der Entlassung beachtet werden müssen, verlören natürlich ihren eigenständigen Wert, wenn *nach* der Entlassung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens oder im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens neue Argumente für die Entlassung vorgetragen werden könnten. Auch in den Randnummern 3, 5 und 6 des Urteils in der Rechtssache Alvarez wird entscheidendes Gewicht auf die Feststellung gelegt, daß die neuen Vorwürfe gegen den Kläger ihm nicht vor der Entlassung zur Stellungnahme vorgelegt worden waren.

Was die Verteidigung der Klägerin gegen den *nach* der Entlassungsentscheidung erhobenen Vorwurf häufiger Abwesenheit von ihrem Arbeitsplatz angeht, kann ich mich unter diesen Umständen mit der Bemerkung begnügen, daß die Klagebeantwortung des Gerichtshofes die Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der angeblichen Abwesenheit als Grund für die Entlassung unzureichend berücksichtigt, über die der Gerichtshof nach den Randnummern 14 bis 17 des bereits genannten Urteils in der Rechtssache Tither in bezug auf das dort genannte Kriterium der „stichhaltigen Begründung" für die Entlassung verfügt. Falls die neu angeführten Gründe für die Entlassung wegen häufiger Abwesenheit vom Arbeitsplatz durch den Gerichtshof anhand der in seiner Rechtsprechung entwickelten Kriterien geprüft werden müßten, wären die Argumente der Klägerin meines Erachtens dafür der Anlaß.

Aus dem genannten Grund halte ich es jedoch nicht für erforderlich, in der vorliegenden Rechtssache in diese Prüfung einzutreten.

4.2. Die Rüge des Verfahrensmißbrauchs

Ich habe bereits dargelegt, daß und warum die Rüge des Verfahrensmißbrauchs nicht durchgreift, soweit sie gegen das von der Anstellungsbehörde im vorliegenden Fall angewandte kontradiktorische Verfahren als solches gerichtet ist.

Soweit sich diese Rüge implizit auch gegen das Vorbringen neuer Argumente für die Entlassung richtet, die in dem Probezeitbericht keine Grundlage oder zumindest keine eindeutige Grundlage habe, habe ich bereits ausgeführt, warum ich diese Rüge für begründet erachte.

4.3. Der Vorwurf der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Die Klagebeantwortung stützt sich hinsichtlich der Rüge der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wiederum vor allem auf neue Vorwürfe wegen häufiger Abwesenheit aus anderen als gesundheitlichen oder familiären Gründen, die im Probezeitbericht keine oder zumindest keine eindeutige Grundlage haben. Ein Eingehen auf den Zeugenbeweis, den die Klägerin für diese Rüge angeboten hat, halte ich unter diesem Umständen für überflüssig. Ich weise zwar darauf hin, daß die Ausführungen in Nr. 20 der Klagebeantwortung noch zusätzlich eine sichere Stütze für diese Rüge bilden, wenn dort gesagt wird, daß es Berufe gebe, die Männern wegen ihrer körperlichen Eignung vorbehalten bleiben müßten, daß dies jedoch keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle. Durch seine Verwendung im vorliegenden Zusammenhang scheint dieses Argument vor allem die Behauptung der Klägerin zu stützen, daß die betroffenen Dienststellen einen Mann für diese Tätigkeit vorgezogen hätten; dieser Gedanke klingt auch, wie schon gesagt, bereits im Probezeitbericht durch. Gleichwohl möchte ich dieser Rüge im vorliegenden Verfahren keine entscheidende Bedeutung beimessen. Selbst wenn die von der Klägerin angebotene Zeugenvernehmung ergeben sollte, daß die betroffenen Dienstvorgesetzten tatsächlich lieber einen Mann auf der fraglichen Stelle gesehen hätten, wird aus den Ausführungen in Nr. 20 der Klagebeantwortung von vornherein deutlich, daß sich der Schwerpunkt der Diskussion dann sofort auf die grundsätzlich andere Frage verlagern würde, ob unzureichende Körperkraft ein Grund für eine negative Beurteilung der Klägerin sein kann. Diese Frage habe ich jedoch bereits verneint, so daß von einem näheren Eingehen auf diese Rüge keine neuen Gesichtspunkte zu erwarten sind.

5. Zusammenfassung und Anträge

Erwiderung und Gegenerwiderung haben meiner Ansicht nach keine wirklich neuen Gesichtspunkte ergeben, die es verdienen, hier angeführt zu werden. Die Rechtsprechung, die die Parteien in der mündlichen Verhandlung noch zur Frage der Kontrollbefugnis des Gerichtshofes angeführt haben (Urteile in den Rechtssachen 62/65, Serio, Slg. 1965, 843, 110/75, Mills, Slg. 1976, 955, und 52/70, Nagels, Slg. 1971, 365) fügen den von mir bereits genannten Urteilen meines Erachtens nichts Wesentliches hinzu. Allenfalls kann in diesem Zusammenhang die ausgedehnte objektive Prüfung von Bedeutung sein, der der Gerichtshof die Gründe für die Zurückweisung der Bewerbung des Klägers in der Rechtssache Serio unterzogen hat. In der mündlichen Verhandlung hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin insoweit zu Recht Ihre Aufmerksamkeit auf diese Entscheidung gelenkt.

Meine Beurteilung der von der Klägerin vorgetragenen Rügen läßt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Für entscheidend halte ich bereits den Umstand, daß die Entlassung — die sich aus der Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin ergibt — wenn nicht ausschließlich so doch auch auf Argumente gestützt war, die keine eindeutige Grundlage im Probezeitbericht finden und zu denen die Klägerin also vor ihrer Entlassung nicht Stellung nehmen konnte. Gestützt auf das bereits genannte Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Alvarez halte ich diesen Verfahrensfehler für einen Verstoß gegen Artikel 34 Absatz 2 Beamtenstatut und auch für so schwerwiegend, daß er allein schon zur Aufhebung der Entlassungsentscheidung führen muß. Der Umstand, daß der Gerichtshof diesem Urteil noch nicht Rechnung tragen konnte, *erklärt* diesen Verfahrensfehler zwar, kann jedoch nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

2. Die in dem Probezeitbericht festgestellten Versäumnisse der Klägerin sind in diesem Bericht nicht so begründet, daß diese Begründung die negative Beurteilung in den genannten vier Punkten und die daraus gezogene Schlußfolgerung rechtfertigen kann. Von überwiegender Bedeutung scheint bei allen vier Benotungen das häufige Fernbleiben gewesen zu sein. Zur Begründung wird in dem Bericht insoweit nur das Fernbleiben aus gesundheitlichen und familiären Gründen genannt, daß jeweils durch ärztliches Attest oder Genehmigung des Dienstvorgesetzten gedeckt war. Gemäß des bereits angeführten Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache Tither kann Fernbleiben aus diesen Gründen eine Entlassung nicht rechtfertigen.

3. Falls Sie auf die neuen Argumente für die Entlassung der Klägerin ohne Ernennung zur Beamtin auf Lebenszeit, die nach der Entlassungsentscheidung vom Gerichtshof vorgetragen worden sind, hätten eingehen müssen, hätte ich aufgrund der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes eine nähere Prüfung einer Reihe von der Klägerin gegen diese neuen Argumente erhobenen Gegenargumente vorgeschlagen. Nun da dies angesichts des erwähnten Urteils in der Rechtssache Alvarez nicht der Fall ist, sehe ich hierzu im vorliegenden Verfahren keinen Anlaß.

4. Die besonderen Argumente, die die Klägerin für ihren Antrag auf Aufhebung der Probezeitberichts vorgetragen hat, habe ich gewogen und im Lichte Ihrer Rechtsprechung für zu leicht befunden. Auch für die beantragte Aufhebung der Entscheidung der Anstellungsbehörde, mit der die Beschwerde der Klägerin gegen die Entlassungsentscheidung zurückgewiesen wurde, sehe ich keinen Anlaß, wenn die Entlassungsentscheidung selbst aufgehoben wird, wie es meines Erachtens aus den angeführten Gründen unumgänglich ist.

5. Aufgrund meiner so zusammengefaßten Analyse des Rechtsstreits beantrage ich,

   a) die Entscheidung des Gerichtshofes vom 5. Mai 1982, mit der die Probezeit der Klägerin ohne Ernennung zur Beamtin auf Probe beendet worden ist, aufzuheben;

   b) dem Gerichtshof die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.