SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI VOM 30. JUNI 1983 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter,

1. In der Klage, mit der das vorliegende Streitverfahren eingeleitet worden ist, geht es um eine Reihe von Ansprüchen, die Fräulein Armelle Detti, Bedienstete des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, gegen dieses Organ geltend macht: Aufnahme in dies Reserveliste für Bürosekretärinnen des Auswahlverfahrens CJ 49/79, Einstellung in der Laufbahn C 3/C 2, Aufhebung des die Verwaltungsbeschwerde zurückweisenden Bescheids, Vorlage des Protokolls des Prüfungsausschusses und der stenographischen Prüfungsarbeit, erneute Beurteilung dieser Arbeit durch einen neuen Prüfungsausschuß.

2. Lassen sie mich den Sachverhalt zusammenfassen. Die Klägerin war als Büroassistentin beim Gerichtshof beschäftigt, und zwar als Hilfskraft (4. September 1979 bis 31. Oktober 1980, Eingangsbesoldungsgruppe C VII, Dienstaltersstufe 2; Endbesoldungsgruppe C VI, Dienstaltersstufe 1), sodann als Bedienstete auf Zeit (1. bis 31. Juli 1981, Besoldungsgruppe C 4, Dienstaltersstufe 3) und schließlich ab 1. August 1981 als Beamtin in derselben Besoldungsgruppe und Dienstaltersstufe. Im Jahre 1980 nahm sie am allgemeinen Auswahlverfahren CJ 49/79 zur Bildung einer Einstellungsreserve von Bürosekretärinnen und Büroassistentinnen französischer Sprache teil. Am 12. Dezember 1980 erstattete der Prüfungsausschuß dieses Auswahlverfahrens seinen abschließenden Bericht. Mit Schreiben vom 27. Januar 1981 teilte der Direktor der Verwaltung des Gerichtshofes der Klägerin mit, sie sei in die Reserveliste aufgenommen worden, ohne aber anzugeben, ob sie darin als Bürosekretärin oder als Büroassistentin vermerkt war. In einem auf den 19. Juli 1981 datierten, wahrscheinlich aber im August desselben Jahres verfaßten Schreiben an den Kanzler des Gerichtshofes wandte sich Fräulein Detti gegen die ihr vom Prüfungsausschuß erteilte Benotung und beantragte eine „ernsthafte Neubewertung" der stenographischen Prüfungsarbeit. Der Verlauf der stenographischen Prüfungen (Aufnahme von 240 Worten in drei Minuten) war nämlich — und dieses ist, wie wir sehen werden, der Kern des Streitverfahrens — an den Orten des Auswahlverfahrens (Luxemburg und Brüssel) nicht der gleiche. Es ist völlig unbestritten, daß den in Luxemburg anwesenden Bewerbern — unter ihnen befand sich Fräulein Detti — die Überschrift des Prüfungstextes, die aus elf Worten bestand, nicht diktiert wurde. Da sich aber der Prüfungsausschuß für verpflichtet hielt, alle Bewerber gleich zu behandeln und somit den mutmaßlichen Vorteil des Diktats eines kürzeren Textes innerhalb derselben Zeit auszugleichen, wandte er einen Berichtigungsfaktor für die Benotung der Prüfungsarbeiten derjenigen Kandidaten an, die sich dem Auswahlverfahren in Luxemburg unterzogen hatten. Zu dieser Frage ersuchte der Direktor der Verwaltung des Prüfungsausschuß um einen ergänzenden Bericht. In diesem im September 1981 abgegebenen und vom

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

Kanzler am 14. Oktober desselben Jahres Fräulein Detti mitgeteilten Bericht wies der Prüfungsausschuß auf die Schwierigkeiten hin, mehr als neun Monate nach Abgabe des eigentlichen abschließenden Berichts erneut über die Prüfungsleistung der Bewerberin zu befinden, und erklärte, keine Änderung an der getroffenen Entscheidung vornehmen zu können. Der Ausschuß räumte ein, bei der Korrektur der Prüfungsarbeit die Tatsache, daß in Luxemburg das „Diktat langsamer gewesen war", berücksichtigt zu haben.

Am 13. Oktober 1981 richtete die Klägerin an die Anstellungsbehörde einen Antrag gemäß Artikel 90 Absatz 1 des Beamtenstatuts, in dem sie die Abänderung der Entscheidung vom 11. August 1981 über die Ernennung zur Beamtin auf Probe als Büroassistentin der Besoldungsgruppe C 4 und eine neue Ernennung zur Bürosekretärin der Besoldungsgruppe C 3 mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt dieser Entscheidung beantragte. Fräulein Detti begründete ihren Anspruch damit, daß der Prüfungsausschuß des Auswahlverfahrens CJ 49/79 sie deshalb nicht in die Reserveliste für Bürosekretärinnen aufgenommen habe, weil er die fehlenden elf Worte der Überschrift des Prüfungstextes als Fehler gewertet habe. Mit ebenfalls an die Anstellungsbehörde gerichtetem Schreiben vom 5. November 1981 bat die Klägerin, ihren Antrag vom 13. Oktober 1981 als Verwaltungsbeschwerde gemäß Artikel 90 Absatz 2 des Beamtenstatuts zu betrachten.

Im Zusammenhang mit dieser Beschwerde und den Bedenken, die die Personalvertretung hinsichtlich des ordnungsgemäßen Ablaufs der Arbeiten des Prüfungsausschusses vorgetragen hatte (Schreiben vom 23. Oktober 1981), wandte sich der Direktor der Verwaltung erneut an den Prüfungsausschuß. Mit Schreiben vom 24. November 1981 erläuterte dieser in etwas deutlicherer Form die bei der Korrektur angewandte Methode. Da „die Bewerber ... in Luxemburg die Überschrift des stenographischen Prüfungstextes (elf Worte) nicht aufzunehmen brauchten" und „um die Gleichbehandlung aller Bewerber sicherzustellen", habe er den eigentlichen Prüfungstext „strenger bewertet; zu diesem Zweck wurde zunächst ohne Rücksicht auf die Prüfungsarbeiten der Bewerber den verschiedenen möglichen Fehlerarten ein bestimmtes Gewicht beigemessen und dann auf der Grundlage dieser Kriterien die Korrektur der Prüfungsarbeiten der Bewerber in Luxemburg vorgenommen".

Mit Bescheid vom 11. Februar 1982 wies der Präsident des Gerichtshofes in seiner Eigenschaft als Anstellungsbehörde die Beschwerde von Fräulein Detti zurück. Der Bescheid bestätigt das Versehen, daß nämlich die Überschrift des stenographischen Prüfungstextes nicht diktiert wurde, hält aber den von dem Prüfungsausschuß bei der Korrektur der Prüfungsarbeiten vorgenommenen Ausgleich für „angemessen". Dieses Versehen habe der Anstellungsbehörde zufolge „keine nachteiligen, die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens berührenden Folgen gehabt". Die angewandte Korrekturmethode („geringfügig strengere Korrektur") habe auch keine unbilligen Ergebnisse mit sich gebracht, da mehrere Bewerber, die sich der Prüfung in Luxemburg unterzogen hätten, in die Reserveliste aufgenommen worden seien.

3. Das beklagte Organ macht zunächst die Unzulässigkeit der Klage geltend und führt dazu mehrere Gründe an: Die Klage sei verspätet erhoben worden, die Verwaltungsbeschwerde und die Klage beträfen nicht denselben Streitgegenstand, die Klägerin habe stillschweigend auf Rechtsbehelfe verzichtet.

Lassen Sie mich zunächst den Einwand der verspäteten Klageerhebung untersuchen. Nach Ansicht des beklagten Organs ist die Klage nicht rechtzeitig erhoben worden, da Fräulein Detti spätestens am 23. April 1981, dem Zeitpunkt, zu dem ihr die Verwaltung einen Vertrag als Bedienstete auf Zeit in einer Büroassistentenstelle anbot, davon Kenntnis erlangt habe, daß sie nicht in die Reserveliste aufgenommen worden war. Dieses Vorbringen scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Der Beklagte hat nämlich nicht bewiesen, daß die Klägerin von diesem Zeitpunkt an über das Ergebnis des Auswahlverfahrens unterrichtet war. Außerdem nimmt das betreffende Schreiben keinen Bezug auf ein solches Ergebnis, sondern enthält lediglich das Angebot einer Beschäftigung als Büroassistentin. Im übrigen ändert auch das Schreiben des Direktors der Verwaltung des Gerichtshofes vom 27. Januar 1981 an Fräulein Detti nichts im Hinblick auf die Frage der Aufnahme der Klägerin in die Reservelisten für Bürosekretärinnen oder Büroassistentinnen. Vielmehr legt das Schreiben wegen seines Gegenstandes und Wortlauts — jeder Hinweis darauf, daß die Klägerin lediglich in die Liste der Büroassistentinnen aufgenommen war, fehlt — sogar die Annahme nahe, daß die Klägerin auch die stenographische Prüfung bestanden hatte. Tatsächlich erfuhr Fräulein Detti von dem Ergebnis der Prüfungen erst durch die Mitteilung des Kanzlers vom 14. Oktober 1981.

Auch kann die Klage nicht als verspätet angesehen werden, wenn man das Schreiben von Fräulein Detti an den Kanzler vom 19. Juli 1981 als Verwaltungsbeschwerde wertet. Es fehlt nämlich bereits an der Form, sei es auch nur, weil die Beschwerde nicht an die Anstellungsbehörde gerichtet ist. Ich habe bereits ausgeführt, daß die Klägerin zu diesem Zeitpunkt jedenfalls noch keine Mitteilung darüber erhalten hatte, daß sie nicht in die Liste für Bürosekretärinnen aufgenommen worden war: mit anderen Worten, sie hatte keine Kenntnis von dem beschwerenden Rechtsakt.

Der Beklagte begründet die Unzulässigkeit der Klage auch damit, daß die Beschwerde und die Klage verschiedene Gegenstände beträfen. Es trifft zu, daß die Beschwerde sich gegen die Entscheidung des Prüfungsausschusses richtet, während die Klage die Ernennung der Klägerin zur Beamtin auf Probe angreift. Der Einwand der Unzulässigkeit ist aber auch unter diesem Gesichtspunkt zurückzuweisen. Mit der Anfechtung der Entscheidung der Anstellungsbehörde hat Fräulein Detti stillschweigend auch die Entscheidung des Prüfungsausschusses angegriffen und deren Änderung beantragt. Lassen Sie mich hinzufügen, daß die ständige Rechtssprechung des Gerichtshofes die einschlägigen Bestimmungen des Statuts in der Weise auslegt, daß die vorherige Beschwerde keine für die Zulässigkeit der Klage unerläßliche Voraussetzung und bei Beanstandungen von Entscheidungen eines Prüfungsausschusses „sinnlos" ist: Die Anstellungsbehörde ist nämlich nicht befugt, solche Entscheidungen abzuändern. Daraus folgt, daß „Sinn und Wesen sowohl des Verwaltungsverfahrens als auch des gerichtlichen Verfahrens eine Auslegung von Artikel 91 Absatz 2 [verbieten], die — vom Buchstaben dieser Bestimmung ausgehend — einzig und allein darauf hinausliefe, das Verfahren ohne jeden Nutzen zu verlängern" (Urteil vom 16. März 1978 in der Rechtssache 7/77, von Wüllerstorff und Urbair gegen Kommission, Slg. 1978, 769, Randnummer 7 und 8 der Entscheidungsgründe.

Weiterhin wendet der Beklagte die Unzulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt des stillschweigenden Ver-

zichts der Bediensteten auf Rechtsbehelfe ein. Dieser ergebe sich aus der vorbehaltlosen Annahme der Büroassistentinnenstelle zunächst als Bedienstete auf Zeit (29. April 1981) und sodann als Beamtin auf Probe (11. August 1981). Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig. Wie ich bereits bei der Prüfung des Einwandes der verspäteten Klageerhebung ausgeführt habe, kannte Fräulein Detti das Ergebnis des Auswahlverfahrens erst am 14. Oktober 1981; von einem stillschweigenden Verzicht auf Rechtsbehelfe kann selbstverständlich dann nicht die Rede sein, wenn dem Betreffenden die ihm nachteilige Rechtslage nicht bekannt ist. Generalanwalt Capotorti hat dazu in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache 145/80 bemerkt: „Damit man dem Verhalten eines einzelnen die Bedeutung eines Verzichts auf bestimmte Rechtspositionen beimessen kann, muß dieses Verhalten unbedingt eindeutig sein, d. h. es muß klar und unbezweifelbar den Willen dieses einzelnen erkennen lassen, auf ein Recht zu verzichten" (Slg. 1981, 1990-1991). In unserem Fall kann der Annahme der Beschäftigung als Büroassistentin in keiner Weise die Bedeutung eines Rechtsverzichts beigemessen werden.

4. Ich gehe nun zu den Angriffen der Klägerin in der Sache über.

Die Klägerin rügt verschiedene Fehler des Auswahlverfahrens, insbesondere: die Nichtbeachtung der Regeln über den Zeitpunkt, zu dem die Kriterien über die Bewertung der Prüfungsarbeiten festgelegt werden müssen; das Versehen des Prüfungsausschusses — unterbliebenes Diktat der Überschrift des stenographischen Prüfungstextes —, das den Gleichheitsgrundsatz verletze; die Art und Weise der Korrektur der Prüfungsarbeiten (sogenannter Ausgleich der Vorteile), auch dies unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze der Gleichheit und der Verhältnismäßigkeit; schließlich die Verletzung des berechtigten Vertrauens. Die an den Auswahlverfahren teilnehmenden Bewerber — so die Klägerin — müßten sich darauf verlassen können, daß den Prüfungsausschüssen keine Versehen unterliefen; die Mitteilung der Verwaltung über den Ausgang der Prüfungen habe jedenfalls die Erwartung eines günstigen Ergebnisses hervorgerufen.

Das beklagte Organ verneint, daß dem Prüfungsausschuß ein Versehen unterlaufen sei. Es meint, die Bewertung der Prüfungsarbeiten falle in den vom Gerichtshof nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum. Sodann entbehre die Ansicht der Klägerin, daß die Regeln über die Bestimmung der Kriterien für die Korrektur der Prüfungsarbeiten nicht beachtet seien und der vorgenommene Ausgleich mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar sei, einer rechtlichen Grundlage. Schließlich sei das berechtigte Vertrauen von Fräulein Detti in keiner Weise verletzt worden.

Diese letztere Bemerkung scheint mir zutreffend zu sein. Die Betroffenen können nämlich stets die einem Prüfungsausschuß möglicherweise unterlaufenen Versehen und Rechtsfehler gerichtlich anfechten; die Mitteilung der Verwaltung über das Ergebnis der Prüfungsarbeiten hat für die Betroffene keine Rechtsbeeinträchtigung zur Folge gehabt, da sie diese ja nicht daran gehindert hat, ihre Klage fristgemäß zu erheben.

Die Ansicht von Fräulein Detti, das Verfahren sei dadurch rechtsfehlerhaft geworden, daß der Prüfungsausschuß die bereits festgelegten Kriterien geändert habe, halte ich als solche zwar für vertretbar, im vorliegenden Fall aber nicht für durchgreifend. Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe e von Anhang III (Auswahlverfahren) des Beamtenstatuts sind in der

Ausschreibung „bei einem Auswahlverfahren aufgrund von Prüfungen die Art der Prüfungen und ihre Bewertung" anzugeben; abgesehen von dieser Vorschrift, der unsere Ausschreibung entsprechen dürfte, enthält das Statut aber keine ausdrückliche Regelung über den Zeitpunkt, in dem die Kriterien festzulegen sind. Zwar bestimmt ein allgemeiner Grundsatz, der aus den Rechtsnormen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Zugangs zu den öffentlichen Laufbahnen ableitbar ist und dem Gedanken einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht, daß die Bewertungskriterien vor der Öffnung der Umschläge mit den Prüfungsarbeiten bestimmt sein müssen. In unserem Fall ist aber nicht bewiesen worden, daß dieser Grundsatz verletzt worden ist, daß also der Prüfungsausschuß die Kriterien während der Korrektur verändert hat.

Damit kommen wir zur schwierigsten Frage des Rechtsstreits: nämlich zur Verletzung der Grundsätze der Gleichheit und der Verhältnismäßigkeit im Verlauf der Prüfungen und bei der Korrektur der Prüfungsarbeiten.

Mir scheint, daß über einen Punkt — Auslassen der elf Worte, die die Überschrift des stenographischen Prüfungstextes bildeten, beim Diktat für die in Luxemburg anwesenden Bewerber — kein Streit zwischen den Parteien besteht. Auch wenn es der Beklagte nicht als solches anerkennt, liegt das Versehen des Prüfungsausschusses klar zutage und die daraus abzuleitenden rechtlichen Folgerungen sind eindeutig. Mit Recht hat der Gerichtshof festgestellt: „Handelt es sich um ein Auswahlverfahren aufgrund von Prüfungen, so gebietet der Gleichheitsgrundsatz, daß die Prüfungen für alle Bewerber unter den gleichen Bedingungen stattfinden, und im Falle schriftlicher Prüfungen ist es wegen der praktischen Schwierigkeit, die Arbeiten der Bewerber zu vergleichen, notwendig, daß die Prüfungen für alle gleich sind" (Urteil vom 27. Oktober 1976 in der Rechtssache 130/75, Prais gegen Rat, Slg. 1976, 1589, Randnummer 13). Der Unterschied in den Prüfungsanforderungen an die Bewerber in Luxemburg und in Brüssel beeinträchtigt also die Ordnungsmäßigkeit des Auswahlverfahrens, da der Gleichheitsgrundsatz verletzt ist.

Jedoch berufen sich gerade der Prüfungsausschuß und die Anstellungsbehörde auf diesen Grundsatz, um die Kriterien zu rechtfertigen, die beim Ausgleich des Vorteils der in Luxemburg anwesenden Bewerber, die in derselben Zeit eine geringere Anzahl an Worten (genau elf von zweihundertvierzig) aufgenommen hatten, angewandt worden waren. Es ist also zu fragen, ob ein solcher Ausgleich oder die Art und Weise, in der er vorgenommen worden ist, gerichtlich überprüfbar sind.

Wie ich oben ausgeführt habe, ordnet ihn die Anstellungsbehörde dem Beurteilungsspielraum der Prüfungsausschüsse zu, der einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sei; außerdem hält sie den Ausgleich für angemessen und billig. Diese Auffassung erscheint mir nicht überzeugend. Die Anwendung eines Berichtigungsfaktors, die zweifelsohne grundsätzlich denkbar ist, hat sich auf streng objektive Kriterien zu stützen, nämlich nur auf solche, die eine richterliche Überprüfung dahin gehend gestatten, ob die Bewertung den Grundsätzen der Gleichheit und der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall entspricht. Außerdem ist es aus Gründen der Rechtssicherheit gefährlich, den Beurteilungsspielraum unbegrenzt auszuweiten und dadurch die gerichtliche Überprüfung unmöglich zu machen.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte — ihm oblag dazu die Beweislast — keine Angaben über die vom Prüfungsausschuß

angewandten Kriterien gemacht. Er hat keinerlei Tatsachen vorgetragen, die geeignet sein könnten deren objektiven Charakter zu beurteilen. Da somit eine unmittelbare Kontrolle des Verfahrens und der Ergebnisse der Ausgleichbewertung durch den Gerichtshof nicht möglich ist, muß aus diesem Grunde deren Rechtswidrigkeit vermutet werden.

Der Ablauf des Auswahlverfahrens war nach allem fehlerhaft. Mit ihren verschiedenen Ansprüchen erstrebt Fräulein Detti nicht seine Nichtigerklärung. Im vorliegenden Fall halte ich jedoch die vom Gerichtshof zur Ablehnung der Zulassung zu Prüfungen entwickelte Rechtsprechung für anwendbar. „Da es sich um ein allgemeines Auswahlverfahren zur Bildung einer Einstellungsreserve handelt", so haben Sie gesagt, „werden die Rechte des Klägers angemessen geschützt, wenn der Prüfungsausschuß seine Entscheidung noch einmal überdenkt, ohne daß es erforderlich wäre, das gesamte Ergebnis des Auswahlverfahrens in Frage zu stellen oder die im Anschluß daran erfolgten Ernennungen aufzuheben" (Urteil vom 5. April 1979 in der Rechtssache 117/78, Orlandi/Kommission, Slg. 1979, 1613, Randnummer 25; ebenso die Urteile vom 28. Juni 1979 in der Rechtssache 255/78, Anselme/Kommission, Slg. 1979, 2323; vom 30. November 1978 in den verbundenen Rechtssachen 4, 19 und 28/78, Salerno und andere/Kommission, Slg. 1978, 2403, und vom 4. Dezember 1975 in der Rechtssache 31/75, Costacurta/Kommission, Slg. 1975, 1563).

Der Antrag der Klägerin, rückwirkend auf einen Dienstposten der Laufbahn C 3/C 2 ernannt zu werden, ist dagegen nicht zulässig. Der Gerichtshof darf ausschließlich die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Rechtsaktes überprüfen; in keinem Fall kann er sich an die Stelle der Anstellungsbehörde setzen.

5. Aus diesen Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Klage von Fräulein Armelle Detti vom 10. Mai 1982 für zulässig zu erklären und den Teil der Entscheidung des Prüfungsausschusses des Auswahlverfahrens CJ 49/79, aufgrund dessen die Klägerin nicht in die Reserveliste für Bürosekretärinnen aufgenommen wurde, aufzuheben.

Die Kosten sind dem beklagten Organ, das unterlegen ist, aufzuerlegen.