SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIR GORDON SLYNN
vom 21. Oktober 1986 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Mit der Stellenausschreibung Nr. LA/250 (ABl. C 51 vom 23. 2. 1983, S. 10, griechische Ausgabe) gab der Rat ein Auswahlverfahren für den Dienstposten des Leiters der griechischen Abteilung des Sprachendienstes in der Besoldungsgruppe LA 3 und zur Bildung einer Reserveliste bekannt.

Die mit dem Dienstposten verbundenen Aufgaben sollten hauptsächlich in der Organisation, Leitung und Überwachung der Arbeit der Abteilung sowie in der Ausbildung und Beurteilung der Bediensteten bestehen.

Es war ein Auswahlverfahren aufgrund von Befähigungsnachweisen und Prüfungen vorgesehen. Voraussetzung für die Zulassung zu den Prüfungen waren ein Universitätsabschluß und eine mindestens zehnjährige Berufserfahrung in der Übersetzung und Überprüfung von Texten. Es war ausdrücklich vermerkt, daß diese Erfahrung teilweise auch durch Erfahrungen in anderen sprachlichen Tätigkeiten nachgewiesen werden könne.

Die vom Prüfungsausschuß zum Auswahlverfahren zugelassenen Bewerber hatten acht schriftliche Prüfungen abzulegen. Bei Erreichung einer Mindestpunktzahl in jeder Prüfung wurden die Bewerber zu zwei mündlichen Prüfungen geladen. Die Bewerber, die in den mündlichen Prüfungen die Mindestpunktzahl und insgesamt 276 von 400 Punkten für das gesamte Auswahlverfahren erreichten, wurden in die Reserveliste aufgenommen.

In diese Reserveliste aufgenommen wurden letztlich nur zwei Bewerber: als erster der Kläger mit 297 Punkten und als zweiter Herr Constantinopoulos mit der Mindestpunktzahl von 276.

Durch die Verfügung Nr. 11/83 vom 13. Dezember 1983 ernannte die zuständige Stelle Herrn Constantinopoulos auf den Dienstposten.

Nach erfolgloser Beschwerde gemäß Artikel 90 Absatz 2 Beamtenstatut begehrt der Kläger nunmehr vom Gerichtshof die Aufhebung dieser Verfügung, damit er mit Wirkung vom 1. Dezember 1983 auf den Dienstposten ernannt werden könne. Er begehrt darüber hinaus die Zuerkennung von Schadensersatz, soweit ihm Dienstbezüge entgangen sind, die er erhalten hätte, wäre er ernannt worden, sowie die Zuerkennung von 1 BFR als symbolischem Ersatz seines immateriellen Schadens.

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat in der Sitzung vom heutigen Tage gerügt, daß ihm Entscheidungen, Schriftstücke und insbesondere Übersetzungen ins Griechische verspätet zugesandt worden seien. Für die Verspätungen bei der Übersendung einiger dieser Schriftstücke sind bereits im schriftlichen Verfahren Gründe dargelegt worden; in anderen Fällen scheint es mir jedoch tatsächlich zu Verspätungen gekommen zu sein, die nicht völlig haben erklärt werden können. Gleichwohl bin ich nicht der Auffassung, daß sich diese Verspätungen im Auswahlverfahren oder im gerichtlichen Verfahren in irgendeiner Weise zum Nachteil des Klägers ausgewirkt haben.

* Aus dem Englischen übersetzt.

Im schriftlichen Verfahren hat der Kläger als ersten Klagegrund einen Verstoß des Rates gegen Artikel 27 Beamtenstatut geltend gemacht. Dieser lautet, soweit hier relevant, wie folgt: „Bei der Einstellung ist anzustreben, dem Organ die Mitarbeit von Beamten zu sichern, die in bezug auf Befähigung, Leistung und Integrität höchsten Ansprüchen genügen ...".

Darüber hinaus rügt er einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bediensteten und gegen den Grundsatz der Objektivität bei der Auswahl des zu ernennenden Bewerbers. Ferner habe nicht zuletzt deswegen ein Ermessensmißbrauch vorgelegen, weil die getroffene Verfügung nichts anderes gewesen sei als die Bestätigung dessen, was der Rat unbeschadet des Auswahlverfahrens und in Anerkennung einer bereits bestehenden Situation bereits entschieden gehabt habe.

Schließlich behauptet der Kläger — nicht in der Klageschrift, aber aufgrund von Unterlagen, die ihm durch Verfügung des Präsidenten des Gerichtshofes während des Verfahrens zugänglich gemacht worden sind —, daß Herr Constantinopoulos die Voraussetzungen für die Zulassung zum Auswahlverfahren nicht erfüllt habe, da er nicht die erforderliche zehnjährige Berufserfahrung gehabt habe.

Beide Bewerber begannen ihre Laufbahn als Überprüfer der Besoldungsgruppe LA 5 im Generalsekretariat des Rates im Jahre 1980, als die griechische Abteilung des Sprachendienstes aufgebaut wurde. Herr Constantinopoulos trat seinen Dienst zwei Wochen früher als der Kläger an, was keinen wesentlichen Unterschied darstellt, und wurde schließlich früher als der Kläger nach LA 4 befördert.

Nach ihrem Dienstantritt wurde, da der Dienstposten des Abteilungsleiters vakant war, Herr Constantinopoulos mit Wirkung vom 1. April 1982 vorübergehend mit der Verwaltung des Dienstpostens des Abteilungsleiters in der Besoldungsgruppe LA 3 betraut. Diese vorübergehende Verwendung wurde — allerdings unbeschadet der Ergebnisse des durchzuführenden Auswahlverfahrens — vom Beratenden Beförderungsausschuß gebilligt.

Nach Ablauf der einjährigen vorübergehenden Verwendung nahm Herr Constantinopoulos de facto weiterhin die Aufgaben des Abteilungsleiters wahr. Anzumerken ist, daß er bei Abwesenheit durch den Kläger vertreten wurde, der so insgesamt während 22 Wochen als Abteilungsleiter fungierte.

Es steht fest, daß Herr Constantinopoulos seine Aufgaben als amtierender Abteilungsleiter einwandfrei erledigte. Sein Organisationstalent, seine Fähigkeit zur Menschenführung sowie seine Einsatzbereitschaft werden in den Akten lobend erwähnt.

Nach den Akten steht ferner fest, daß der Kläger als Überprüfer auch gute Arbeit leistete. Die Qualität seiner Arbeit wird hoch gelobt, wenn auch angemerkt wird, daß ihm manchmal die Dynamik von Herrn Constantinopoulos fehle. Schließlich ist unstreitig, daß der Kläger bereits vor Eintritt in den Dienst des Rates beträchtliche sprachliche und juristische Befähigungen und Erfahrungen hatte.

Im Auswahlverfahren erzielte der Kläger in allen schriftlichen Prüfungen höhere Punktzahlen als Herr Constantinopoulos, und zwar bemerkenswerterweise auch in der Prüfung, die zur Ermittlung der organisatorischen Fähigkeiten und der Eignung zur Leitung einer umfangreichen organisatorischen Einheit gedacht war; in dieser erhielt der Kläger 28 Punkte, während Herr Constantinopoulos 24 von 40 möglichen Punkten erzielte.

In den mündlichen Prüfungen schnitt Herr Constantinopoulos in dem Test zur Prüfung der Allgemeinbildung mit 28 von 30 möglichen Punkten gegenüber dem Kläger mit 22

Punkten besser ab; allerdings ist auch hier festzustellen, daß Herr Constantinopoulos in der mündlichen Prüfung, mit der die organisatorischen Fähigkeiten ermittelt werden sollten, mit 26 gegenüber 24 von 30 möglichen Punkten nur mit zwei Punkten vorne lag.

Somit ergibt sich, daß der Kläger — auch wenn der Prüfungsausschuß der Auffassung war, daß mit dem Bewertungssystem den schriftlichen Sprachprüfungen und der mündlichen Allgemeinbildungsprüfung über Gebühr Gewicht beigemessen werde — in den zur Feststellung der organisatorischen Fähigkeiten bestimmten Prüfungen gut abschnitt.

Seine erste Rüge geht denn auch dahin, daß, wenn das Auswahlverfahren überhaupt einen Sinn hätte haben sollen, er hätte ernannt werden müssen, nicht zuletzt, weil Herr Constantinopoulos nur die Mindestpunktzahl erreicht habe.

Die von der Anstellungsbehörde vor ihrer Entscheidung befragten Personen hingegen sprachen sich alle für eine Ernennung von Herrn Constantinopoulos aus. Sie zeigten sich beeindruckt von seinen Leistungen als interimistischer Abteilungsleiter, von seiner Anpassungsfähigkeit und seinem organisatorischen Können. Auch waren sie offensichtlich darauf bedacht, in einer kleinen, neu geschaffenen Abteilung, die anscheinend ihre Probleme hatte, eher jemanden zu ernennen, der sich bewährt hatte, als einen Wechsel vorzunehmen.

Ohne Zweifel muß die Anstellungsbehörde nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Ergebnisse des Auswahlverfahrens angemessen berücksichtigen; andererseits ist sie nicht automatisch verpflichtet, den ersten Bewerber auf der Liste zu akzeptieren. Sie hat unter voller Berücksichtigung der Ergebnisse des Auswahlverfahrens den nach ihrer Beurteilung geeignetsten Bewerber zu ernennen. Wie der Bevollmächtigte des Rates heute morgen ausgeführt hat, besagt Artikel 30 Beamtenstatut ausdrücklich, daß die Anstellungsbehörde aus dem vom Prüfungsausschuß aufgestellten Verzeichnis der geeigneten Bewerber die Bewerber auswählt, mit denen sie die freien Stellen besetzt.

In der Rechtssache 62/65 (Serio/Kommission, Slg. 1966, 844) hat der Gerichtshof folgendes ausgeführt: „Sie braucht sich zwar bei ihrer Auswahl nicht streng an die Rangfolge der Eignungsliste zu halten, sondern kann davon abweichen, wenn nach ihrem Ermessen Gründe hierfür vorliegen, die sie dann vor dem Gerichtshof anzugeben hat. Dabei darf sie aber nicht so weit gehen, daß sie den Begriff des Auswahlverfahrens aushöhlt, indem sie sich ohne wichtige Gründe weit vom Ergebnis dieses Verfahrens entfernt."

Demgegenüber hat der Gerichtshof in der Rechtssache 26/68 (Fux/Kommission, Slg. 1969, 145) betont, daß der den ersten Platz auf der Eignungsliste einnehmende Bewerber keinen unbedingten Anspruch auf Ernennung hat.

Was die erste Rüge des Klägers betrifft, so bin ich der Auffassung, daß Artikel 27 Beamtenstatut recht allgemein gehalten ist und seiner Art nach qualitative Erfordernisse aufstellt. Der eingestellte Beamte muß in bezug auf Befähigung, Leistung und Integrität höchsten Ansprüchen genügen. Nach Lage der Akten und dem Ergebnis der Beweisaufnahme erfüllten beide Bewerber diese Voraussetzung und waren beide in der Lage, die mit dem Dienstposten verbundenen Aufgaben zufriedenstellend wahrzunehmen.

Es geht nicht einfach darum, im Auswahlverfahren erzielte Punkte nachzuzählen. Der Bewerber Constantinopoulos schied nicht deshalb als eine höchsten Ansprüchen genügende Person aus, weil der Kläger höhere Punktzahlen erhielt. Es ist jedenfalls, wie der Bevollmächtigte des Rates heute morgen ausgeführt hat, festzuhalten, daß

der Kläger nur mit 21 Punkten vor Herrn Constantinopoulos lag, was, wenn meine Rechnung stimmt, nur ungefähr 5 % der möglichen Gesamtpunktzahl entsprach. Der Rat mußte sich zwischen den beiden Bewerbern entscheiden und war meines Erachtens im Rahmen seiner Gesamtbeurteilung letztlich berechtigt, die Verdienste der Bewerber aus ihrer Arbeit für den Rat gegen die Ergebnisse des Auswahlverfahrens und ihre frühere Berufserfahrung abzuwägen.

Ich halte für meinen Teil einen Verstoß gegen Artikel 27 Beamtenstatut nicht für dargetan. Bei einem erheblich größeren Unterschied in den Ergebnissen des Auswahlverfahrens hätte sich allerdings eine andere Beurteilung ergeben können.

Zu Recht bringt der Kläger vor, daß er nicht in gleicher Weise wie sein Mitbewerber Gelegenheit gehabt habe, sich im Hinblick auf die Stelle zu bewähren; dies ist meines Erachtens ein Gesichtspunkt, den eine Anstellungsbehörde durchaus berücksichtigen sollte. Andererseits war der Rat berechtigt, jemanden interimistisch zu ernennen, und nicht verpflichtet, wie es im schriftlichen Verfahren anscheinend geltend gemacht wurde, die Stelle reihum gehen zu lassen, damit potentielle Bewerber eine Chance hätten, sich zu bewähren. Eine solche Verpflichtung würde ganz offensichtlich zu einem Verwaltungschaos führen.

Meines Erachtens ist nicht dargetan worden, daß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung in irgendeiner Weise dadurch verstoßen worden wäre, daß nur Herr Constantinopoulos eine kontinuierliche und hauptamtliche Erfahrung als Abteilungsleiter machen konnte. Es trifft auch nicht zu, daß dieser Umstand, wie der Kläger geltend macht, auf ein Vorurteil hindeute oder auf einem Vorurteil beruhe. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß der Kläger in dem erwähnten Zeitraum von 22 Wochen einige Gelegenheit hatte, seine Fähigkeiten unter Beweis zu stellen; anscheinend konnte er jedoch in dieser Zeit den Eindruck nicht beseitigen, daß in organisatorischer Hinsicht Herr Constantinopoulos der bessere Bewerber sei.

Was die dritte Rüge angeht, so besteht offensichtlich eine Gefahr, daß in Fällen, in denen jemand interimistisch ernannt war, nach dem Auswahlverfahren Gründe gesucht werden, um das Verbleiben des betreffenden Beamten in der Stelle zu rechtfertigen. Es kann nicht zugelassen werden, daß durch diesen wenn auch natürlichen Wunsch die Ergebnisse des Auswahlverfahrens wertlos gemacht werden. Der Kläger behauptet, daß dies hier der Fall gewesen sei und daß deshalb ein Ermessensmißbrauch vorgelegen habe.

Ich halte diese Behauptung nicht für bewiesen. Es wird zwar in einer der nach dem Auswahlverfahren abgegebenen Stellungnahmen erwähnt, daß eine Nichternennung für Herrn Constantinopoulos eine Härte darstellen würde; diese Äußerung ist jedoch im Lichte der Meinung zu sehen, daß dies für ihn deshalb eine Härte darstellen würde, weil er seine Arbeit so gut gemacht habe. Dies könnte nicht überzeugen, wenn der Kläger sich im Auswahlverfahren und aufgrund seiner Beurteilungen als der weitaus bessere Bewerber erwiesen hätte. Hier jedoch scheinen mir, obwohl der Kläger ganz offensichtlich seine Sache gut gemacht und höhere Punktzahlen erreicht hat, die Fähigkeiten von Herrn Constantinopoulos nicht wirklich in Frage gestellt; auch fiel seine Leistung im Auswahlverfahren nicht so sehr ab. Ich bin deshalb nicht der Auffassung, daß es hier bei der Ausübung des Einstellungsermessens zu einem Mißbrauch gekommen ist.

Es wurde heute morgen allerdings eingewandt, daß Herr Constantinopoulos niemals in das Verzeichnis der geeigneten Bewerber aufgenommen worden wäre, wenn seine Noten in der mündlichen Prüfung nicht so hoch gewesen wären. Dieser Einwand geht

wohl, wie ich ihn verstehe, ganz offen dahin, daß es wegen der nicht so guten Noten in den schriftlichen Prüfungen notwendig gewesen sei, das Ergebnis der mündlichen Prüfungen zu verbessern, um sicherzustellen, daß Herr Constantinopoulos in das Verzeichnis aufgenommen würde.

Ich kann die Empfindungen des Klägers darüber, daß es Herr Constantinopoulos mit 276 Punkten gerade noch schaffte, durchaus nachvollziehen; hierfür gibt es jedoch offensichtlich Erklärungen, die nichts mit der Annahme zu tun haben, daß es sich hierbei um das gehandelt habe, was volkstümlich als ein „abgekartetes Spiel" bezeichnet wird, und daß der Prüfungsausschuß sich irgendwie unkorrekt verhalten habe. Nach der Beweislage kann meines Erachtens weder als bewiesen angesehen werden, daß dies so sei, noch ein dahin gehender Schluß gezogen werden. Herr Constantinopoulos mag Glück gehabt haben; zurückzuweisen ist jedoch die Unterstellung, die mündlichen Noten seien unzulässig aufgebessert worden, damit Herr Constantinopoulos sich qualifiziere.

Somit kann unter Berufung auf diese vier Gründe meines Erachtens nicht gesagt werden, daß der Rat den Begriff des Auswahlverfahrens ausgehöhlt hätte. Obwohl der Fall einige merkwürdige Züge aufweisen mag, die zu Fragen Anlaß geben, hat der Rat dargetan, daß es gute Gründe gab, den aufgrund der Prüfung zweiten Bewerber dem ersten vorzuziehen.

Schließlich wird geltend gemacht — und dies ist der schwierigste Punkt in dieser Rechtssache —, daß Herr Constantinopoulos die Voraussetzungen für die Teilnahme an dem Auswahlverfahren überhaupt nicht erfüllt habe. Diese Behauptung stützt sich auf einen Vergleich seines Bewerbungsfragebogens für eine Überprüferstelle im Auswahlverfahren Nr. LA/198, dem ersten Auswahlverfahren, mit dem Fragebogen, den er in dem späteren Auswahlverfahren ausfüllte. In dem ersten Fragebogen gab er 1980 an, er habe für eine Firma Exantas in Athen von 1976 bis 1978 und für ein anderes Unternehmen, den Gerhardt Verlag, Berlin, von 1976 bis 1979 gearbeitet. Er gab ferner an, zwischen 1968 und 1975 studiert zu haben, zunächst bis 1971 in Bonn und sodann ab 1972 in Berlin. Aus jenem Fragebogen ergaben sich somit im Jahre 1980 nur drei Jahre einschlägige Berufserfahrung.

Bei der Bewerbung um die Stelle, um die es hier geht, bei der eine wenigstens zehnjährige Berufserfahrung verlangt wurde, gab er an, bei der Firma Exantas von 1972 bis 1978 und beim Gerhardt Verlag von 1976 bis 1979 beschäftigt gewesen zu sein. Zusammen mit seinen drei Jahren beim Rat ergab sich für ihn aufgrund dieses Zeitraums von acht Jahren mehr als das Minimum von zehn Jahren Berufserfahrung. Seine Studienzeit war in dem zweiten Fragebogen mit 1968 bis 1973 angegeben; vor dem Gerichtshof wurde dies allerdings heute morgen als Fehler bezeichnet: Richtig habe es 1975 heißen müssen.

Diesem Widerspruch zwischen den beiden Zeiträumen mußte natürlich nachgegangen werden, weshalb der Gerichtshof heute morgen Herrn Constantinopoulos und Herrn Banoussis, den Vertreter der Firma Exantas in Athen, als Zeugen vernahm. Herrn Constantinopoulos Erklärung des Widerspruchs lautet, er habe 1980 lediglich die Mindestzahl von Jahren angegeben, die für das Auswahlverfahren erforderlich gewesen sei. Ich halte dies für eine seltsame Antwort, denn das Auswahlverfahren setzte eine Erfahrung von „wenigstens" drei Jahren voraus, und man würde eigentlich erwarten, daß ein Bewerber die bestmögliche Berechnung seiner einschlägigen Erfahrung beibringt. Dies ist jedoch seine Erklärung; er räumt jetzt ein, daß es wahrscheinlich sehr naiv gewesen sei, nur die Mindestdauer der Berufserfahrung anzugeben.

In Übereinstimmung mit einer von ihm vorgelegten schriftlichen Erklärung hat er heute morgen ausgesagt, daß er von 1972 an in Berlin tätig gewesen sei, um die Firma Exantas in Athen bei den von ihr unternommenen Veröffentlichungen zu unterstützen. Er habe die Aufgabe gehabt, Vorschläge für die Herausgabe von Büchern in Griechisch und anderen Sprachen zu machen, Bücher zu lesen, um zu sehen, ob sie für die Herausgabe durch den Verlag empfohlen werden sollten, sowie Texte für den Verlag zu übersetzen. Darüber hinaus habe er von anderen gefertigte Übersetzungen zu revidieren gehabt. Nicht ganz klar ist mir, wieviel Zeit er in Berlin und wieviel in Athen verbrachte; nach den Aussagen vor dem Gerichtshof erscheint es mir hingegen durchaus möglich, daß er dieser Art von Tätigkeit in Berlin für einen Verleger in Athen nachging. Er mußte sich hierfür nicht ständig in Athen aufhalten.

Ich akzeptiere seine Aussage in Form einer förmlichen Erklärung, wonach seine Universitätsstudien im Zeitraum 1972 bis 1975 nur noch aus Seminaren von zwei oder vielleicht drei Stunden pro Woche bestanden hätten und er beim besten Willen in jenen drei Jahren nicht als Vollzeitstudent hätte gelten können.

Nicht sehr klar ist, wieviel Zeit er genau auf seine Tätigkeit verwandte und was er dabei tatsächlich hervorbrachte. Unklar ist ferner, welche Vergütung er in jenem Zeitraum genau erhielt; es wurde lediglich ein Schätzbetrag für ein sogenanntes Vollzeitgehalt von ungefähr 15 000 DR pro Monat während der ersten Jahre angegeben — wobei es sich allerdings mehr um eine Art Fixum gehandelt haben dürfte —, zu dem weitere Zahlungen für tatsächlich geleistete Arbeiten hinzugekommen seien.

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat die Aussagen als unzulänglich und widersprüchlich kritisiert. Obwohl ich bekenne, ursprünglich Zweifel daran gehabt zu haben, daß Herr Constantinopoulos während des Zeitraums 1972 bis 1980 tatsächlich vollzeitlich beschäftigt oder für einen erheblichen Teil der Zeit beschäftigt war, akzeptiere ich die Aussagen der Zeugen Constantinopoulos und Banoussis, die nicht mit Erfolg in Frage gestellt worden sind, wonach Herr Constantinopoulos in jenem Zeitraum ganztätig einschlägig beschäftigt war und die von ihm bezogene Vergütung zusammen mit der Beteiligung an den Veröffentlichungen, die er entweder las, übersetzte oder selbst verfaßte, als Entgelt für eine hinreichend ganztägige Tätigkeit ausreichte.

Somit hat der Kläger meines Erachtens die Behauptung nicht bewiesen, daß Herr Constantinopoulos die Voraussetzungen für dieses Auswahlverfahren nicht erfüllt habe. Völlig zu Recht zog er dies in Zweifel — es verlangte ganz offensichtlich nach einer Aufklärung —, alles in allem bin ich jedoch nicht der Auffassung, daß die Behauptung bewiesen ist.

Es nimmt nicht wunder, daß der Kläger sehr darüber enttäuscht ist, nicht ernannt worden zu sein. Meines Erachtens hat er jedoch nicht dargetan, daß die Entscheidung des Rates rechtswidrig war oder der Mitbewerber Constantinopoulos an dem Auswahlverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen.

Ich beantrage deshalb, trotz einiger Verlegenheit, die diese Rechtssache bereitet, die Klage abzuweisen und jeder Partei ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.