Verwaltung keinen Ermessensspielraum besitzt und in der Sache so handeln muß, wie sie es getan hat. In einem solchen Fall könnte nämlich die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nur zum Erlaß einer neuen Entscheidung führen, die inhaltlich mit der aufgehobenen Entscheidung identisch ist.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache 432/85 *

I — Sachverhalt

Die Klägerin arbeitete seit dem 13. Oktober 1980 ohne Unterbrechung zunächst in Athen und dann seit dem 7. Januar 1981 in Luxemburg als freiberufliche, nach Bedarf verpflichtete Korrektorin für das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Am 15. Februar 1985 veröffentlichte die Kommission die Bekanntgabe eines allgemeinen Auswahlverfahrens aufgrund von Prüfungen KOM/B/416 (ABl. C 43, S. 16) zur Einstellung von Verwaltungsinspektoren (Laufbahn B 5/B 4) beim Amt für Veröffentlichungen.

In der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens hieß es, daß nur Bewerber zugelassen würden, die nach dem 15. Februar 1949 und vor dem 16. Februar 1967 geboren seien.

Die Klägerin, die am 1. November 1948 geboren ist, erfüllte diese Voraussetzung in bezug auf das Alter nicht.

In der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens waren jedoch Ausnahmen von der Altersgrenze vorgesehen.

Zum einen galt nach III B Nr. 1 Absatz 2 der Bekanntgabe die Altersgrenze nicht für Bewerber, die zwischen dem 15. Februar 1985 und dem 29. März 1985 seit mindestens einem Jahr ohne Unterbrechung Beamte oder sonstige Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften waren.

Zum anderen wurde nach III B Nr. 1 Absatz 3 der Bekanntgabe die Altersgrenze für Bewerber, die während mindestens eines Jahres keine berufliche Tätigkeit ausgeübt hatten, um ein Kleinkind zu versorgen, die ihren Wehrdienst geleistet hatten oder die körperbehindert waren, um eine bestimmte Zeit heraufgesetzt.

Die Klägerin bewarb sich für dieses Auswahlverfahren.

Am 6. August 1985 teilte ihr der Leiter der Abteilung „Einstellungen" mit, daß der Prüfungsausschuß es abgelehnt habe, sie zu den Prüfungen zuzulassen, weil sie die Voraussetzung in bezug auf das Alter nicht erfülle und nicht in den Genuß einer der Ausnahmen kommen könne, die für Bewerber vorgesehen seien, die während mindestens eines Jahres keine berufliche Tätigkeit ausgeübt hätten, um ein Kleinkind zu versorgen, die ihren Wehrdienst geleistet hätten oder die körperbehindert seien.

Am 24. August 1985 beantragte die Klägerin eine Überprüfung dieser Entscheidung,

* Verfahrenssprache: Französisch.

wobei sie sich auf die Ausnahme für Bewerber berief, die seit mindestens einem Jahr ohne Unterbrechung Beamte oder sonstige Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften waren.

Am 29. August 1985 antwortete der Leiter der Abteilung „Einstellungen", er habe den Antrag auf Überprüfung dem betreffenden Prüfungsausschuß vorgelegt, dieser trete jedoch erst Mitte September zusammen.

Mit Fernschreiben vom 26. September 1985 unterrichtete der Leiter der Abteilung „Einstellungen" die Klägerin davon, daß der Prüfungsausschuß für das Auswahlverfahren bei seiner Entscheidung, sie wegen Überschreitung der in der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens festgesetzten Altersgrenze nicht zu den schriftlichen Prüfungen zuzulassen, geblieben sei.

Am 23. Dezember 1985 hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Er hat jedoch die Klägerin zur Vorlage bestimmter Unterlagen aufgefordert. Dieser Aufforderung ist sie fristgerecht nachgekommen.

II — Anträge der Parteien

Die *Klägerin* beantragt,

— festzustellen, daß die Ablehnung ihrer Bewerbung für das Auswahlverfahren KOM/B/416 rechtswidrig ist, und sie daher aufzuheben,

— den ihr entstandenen immateriellen Schaden in angemessener Höhe, jedenfalls aber in Höhe einer Rechnungseinheit, festzusetzen,

— der Kommission in jedem Fall die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die *Kommission* beantragt,

— die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet, abzuweisen,

— über die Kosten nach den einschlägigen Rechtsvorschriften zu entscheiden.

III — Vorbringen der Parteien

Die *Klägerin* macht zur Begründung ihrer Klage folgende vier Klagegründe geltend:

1) Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, den die Verwaltung gegenüber zu ihren Bediensteten zu beachten habe;

2) Verstoß gegen das Gebot „patere legem quam ipse fecisti";

3) Verstoß gegen die Begründungspflicht, da eine offensichtlich unzutreffende Begründung dem Fehlen einer Begründung gleichkomme;

4) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.

Die *Kommission* stellt sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage in Abrede.

A — *Zur Zulässigkeit*

Nach Auffassung der *Kommission* ist die Klage unzulässig, da sie mehr als drei Monate nach der Entscheidung vom 6. August 1985 erhoben worden sei. Die Entscheidung vom 26. September 1985 bestätige diese Entscheidung lediglich. Da nämlich die Klägerin nicht die Eigenschaft einer Bediensteten der Gemeinschaften habe, sei die Zulässigkeit ihrer Bewerbung in beiden Entscheidungen notwendigerweise ausschließlich im Hinblick auf die Ausnahmen geprüft worden, die für Bewerber vorgesehen gewesen seien, die während mindestens eines Jahres keine berufliche Tätigkeit ausgeübt hätten,

um ein Kleinkind zu versorgen, die ihren Wehrdienst geleistet hätten oder die körperbehindert seien. Da eine bestätigende Entscheidung die Klagefristen nicht neu in Gang setze, sei die Klage verspätet.

Die *Klägerin* führt aus, mit ihrem Antrag auf Überprüfung vom 24. August 1985 habe sie eine andere Ausnahme von der Altersgrenze für sich in Anspruch nehmen wollen als die, auf die die Ablehnung vom 6. August 1985 gestützt gewesen sei. Im übrigen habe ihr der Leiter der Abteilung „Einstellungen" am 29. August 1985 eine Überprüfung ihrer Bewerbung angekündigt. Sie habe deshalb guten Glaubens annehmen dürfen, daß die ihr mit Fernschreiben vom 26. September 1985 übermittelte Entscheidung aufgrund einer neuen Prüfung der Bewerbung ergangen sei. Die beschwerende Maßnahme sei deshalb die mit dem Fernschreiben vom 26. September 1985 mitgeteilte Entscheidung, so daß die am 23. Dezember 1985 eingereichte Klage fristgerecht erhoben worden sei.

B — *Zur Begründetheit*

1. *Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, den die Verwaltung gegenüber ihren Bediensteten zu beachten habe*

Nach Auffassung der *Klägerin* sollen mit der Ausnahme von der Altersgrenze für Bedienstete auf Zeit und Hilfskräfte, die seit mindestens einem Jahr im Dienst stünden, die mit der Unsicherheit ihrer Anstellung verbundenen Nachteile aufgewogen werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben, den die Verwaltung gegenüber ihren Bediensteten zu beachten habe, gebiete es, diese Ausnahme auf die freiberuflichen Korrektoren, die nach Bedarf verpflichtet würden, zu erstrecken.

Die *Kommission* antwortet auf diesen Klagegrund nicht gesondert.

2. *Verstoß gegen das Gebot „patere legem quam ipse fecisti"*

Die *Klägerin* trägt vor, gemäß der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens habe die Ausnahme von der Altersgrenze für Bewerber gegolten, die seit mindestens einem Jahr ohne Unterbrechung „Beamte oder Bedienstete" der Europäischen Gemeinschaften gewesen seien. Mit dem Ausdruck „Bedienstete" sei jede Person gemeint, die wie sie im Dienst der Gemeinschaften stehe. Die Kommission hätte sie deshalb zum Auswahlverfahren zulassen müssen.

Die *Kommission* antwortet, in der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens, die nicht in Französisch existiere, werde in der griechischen, der deutschen und der englischen Fassung nicht der Ausdruck „Bedienstete", sondern der Ausdruck „sonstige Bedienstete" verwendet. Mit diesem Ausdruck seien die „sonstigen Bediensteten" im Sinne der „Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten" gemeint, was die freiberuflichen Korrektoren, die nach Bedarf verpflichtet würden, notwendigerweise ausschließe.

3. *Verstoß gegen die Begründungspflicht, da eine offensichtlich unzutreffende Begründung dem Fehlen einer Begründung gleichkomme*

Die *Klägerin* wirft der Kommission vor, sie habe die mit Fernschreiben vom 26. August 1985 mitgeteilte Entscheidung in keiner Weise begründet und sei insbesondere nicht auf die Argumente eingegangen, die in dem Antrag auf Überprüfung vom 24. August 1985 vorgebracht worden seien. Sollte insoweit auf die Begründung der ablehnenden Entscheidung vom 6. August 1985 Bezug zu nehmen sein, so sei diese Begründung unzutreffend, da sie auf der falschen Vorstellung beruhe, daß die Klägerin nicht die Eigenschaft einer Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften habe.

Die *Kommission* trägt lediglich vor, der Prüfungsausschuß für das Auswahlverfahren habe die Bewerbung der Klägerin zu Recht aus dem Grunde abgelehnt, weil sie die in der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens festgesetzte Altersgrenze überschritten habe und nicht in den Genuß der Ausnahme habe kommen können, die für Bewerber vorgesehen gewesen sei, die seit mindestens einem Jahr ohne Unterbrechung Beamte oder sonstige Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften gewesen seien.

4. *Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot*

Nach Auffassung der *Klägerin* ist es diskriminierend, daß die freiberuflichen Korrektoren, die ihre Arbeit unter den gleichen Bedingungen wie die Korrektoren verrichtet, die der Gruppe der „sonstigen Bediensteten" angehörten, nicht in den Genuß der gleichen Vorteile gelangten wie diese. Die Kommission müsse deshalb den freiberuflich tätigen Bewerbern die Ausnahme von der Altersgrenze zugute kommen lassen. Das Europäische Parlament stelle seit Jahren die freiberuflich tätigen Bewerber den Hilfskräften gleich. Sie selbst sei mit Rücksicht auf ihre Tätigkeiten beim Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften unter Anwendung einer Ausnahme von der Altersgrenze zum Auswahlverfahren PE/28/A des Europäischen Parlaments zugelassen worden.

Die *Kommission* hält eine Diskriminierung nicht für gegeben. Die rechtliche Beziehung, die zwischen ihr einerseits und den Bediensteten auf Zeit und Hilfskräften andererseits bestehe, sei von ganz anderer Art als die, die zwischen ihr und den freiberuflichen Korrektoren bestehe, die nach Bedarf verpflichtet würden. Die erstere Beziehung sei eine solche der Unterordnung, für die eine Verordnung des Rates, die „Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten" gelte. Die letztere Beziehung bewahre den freiberuflichen Korrektoren eine gewisse Unabhängigkeit und unterliege den „Allgemeinen Bedingungen für die Beschäftigung freiberuflicher Korrektoren ('free-lance')".

Schließlich vertritt die Kommission die Auffassung, daß der Gerichtshof den vorliegenden Rechtsstreit mittelbar bereits entschieden habe, indem er in seinen Urteilen vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 43/84 (Maag/Kommission, Slg. 1985, 2581) und 111/84 (Cantisani, Slg. 1985, 2671) festgestellt habe, daß die freiberuflich tätigen Dolmetscher, die nach Bedarf verpflichtet würden, nicht die Eigenschaft von Bediensteten im Sinne der „Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten" hätten.

IV — Von den Parteien nach der mündlichen Verhandlung vorgelegte Unterlagen und erteilte Auskünfte

A — *Von der Klägerin auf Verlangen des Gerichtshofes vorgelegte Unterlagen*

Der Gerichtshof hat die Klägerin aufgefordert, alle Unterlagen zu den Akten zu reichen, die geeignet seien, die Art und die Dauer der von ihr für das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften erbrachten Dienstleistungen zu beweisen.

Aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen ergibt sich, daß sie vom 20. Oktober 1980 bis zum 4. Januar 1981 ohne Unterbrechung, zunächst auf Teilzeit- und sodann auf Vollzeitbasis, aufgrund von sechs aufeinanderfolgenden Verträgen für das Amt für Veröffentlichungen in Athen gearbeitet hat; in diesen Verträgen wurde sowohl ihre Eigenschaft als freiberufliche Korrektorin als auch der Umstand erwähnt, daß sie die Sozialbeiträge und Steuern im Zusammenhang mit den Verträgen selbst zu zahlen hatte. Den vorgelegten Unterlagen ist ferner zu entnehmen, daß die Klägerin vom 7. Januar 1981 bis zum 31. März 1985 mit Ausnahme der den jährlichen Ferien

entsprechenden Zeiträume ohne Unterbrechung auf der Grundlage von 51 aufeinanderfolgenden Verträgen für das Amt für Veröffentlichungen in Luxemburg gearbeitet hat, in denen ebenfalls ihre Eigenschaft als freiberufliche Korrektorin erwähnt wurde.

B — *Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes*

1. Wieviel freiberufliche Korrektoren arbeiteten beim Amt für Veröffentlichungen zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens?

Nach Angabe der Kommission waren dies 48.

2. Wie viele von diesen freiberuflichen Korrektoren bewarben sich für das Auswahlverfahren?

Laut Antwort der Kommission haben sich 23 von ihnen für das Auswahlverfahren beworben.

3. Wie viele von ihnen wurden zu den Prüfungen zugelassen? Aus welchen Gründen wurden die anderen abgelehnt?

Der Antwort der Kommission ist zu entnehmen, daß von diesen Bewerbern 14 zugelassen wurden, 4 abgelehnt wurden, weil sie die Altersvoraussetzung nicht erfüllten, und 5 abgelehnt wurden, weil sie die vorgeschriebenen Diplome nicht besaßen.

4. In welchem Stadium befindet sich das Auswahlverfahren derzeit? Kann die Klägerin, wenn sie obsiegt, noch zu den Prüfungen zugelassen werden?

Nach Angabe der Kommission ist das Auswahlverfahren beendet; würde die Klägerin obsiegen, würde jedoch der Prüfungsausschuß für das Auswahlverfahren seine Arbeiten, was sie betreffe, wieder aufnehmen.

5. Erfüllte die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen, um in den Genuß der Ausnahme von der Altersgrenze zu kommen (ununterbrochene Tätigkeit während eines bestimmten Zeitraums)?

Die Kommission hat angegeben, die Klägerin habe in dem in der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens festgelegten Zeitraum tatsächlich während mehr als zwölf Monaten ohne Unterbrechung gearbeitet. Gleichwohl könne sie nicht in den Genuß der Ausnahme von der Altersgrenze kommen, weil sie diese Arbeit nicht als Bedienstete im Sinne der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens geleistet habe.

6. Gebieten es die Gründe, aus denen das Statut eine Ausnahme von der Altersgrenze für die Bediensteten zuläßt, deren Anwendungsbereich auf die Bediensteten im eigentlichen Sinne zu begrenzen und somit die freiberuflich tätigen Bewerber auszuschließen?

Die Kommission hat hierauf geantwortet, die Anwendung der Ausnahme von der Altersgrenze auf freiberuflich tätige Bewerber müsse ausgeschlossen werden, um eine begriffliche Verwirrung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zu verhindern.

R. Joliet
Berichterstatter