SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON
vom 1. September 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Klage betrifft, was die Begründetheit angeht, eine in Streitsachen des öffentlichen Dienstes der Gemeinschaften wahrlich häufige Frage: In welchem Maß beeinflußt das Fehlen der Beurteilungen eines Beamten die Rechtmäßigkeit eines Beförderungsverfahrens, das nicht zu seinen Gunsten ausgegangen ist? Ihre Rechtsprechung hat bereits die Grundsätze herausgearbeitet, die eine Antwort auf eine solche Frage ermöglichen.

2. Bevor Sie auf die Begründetheit eingehen, müssen Sie über mehrere von der Kommission erhobene Einreden der Unzulässigkeit entscheiden.

3. Eine von ihnen gibt keinen Anlaß zu Diskussionen. Meines Erachtens betrifft nämlich der zweite Klageantrag auf Aufhebung eine Entscheidung, die zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht existierte. Wie die Kommission richtig bemerkt hat, war das „Verzeichnis der 1987 tatsächlich beförderten Beamten" bei Erhebung der Klage weder erstellt noch veröffentlicht. Dieses Verzeichnis ist erst in den Verwaltungsmitteilungen Nr. 545 vom 14. Dezember 1987 veröffentlicht worden.

4. Im übrigen stellt ein solches Verzeichnis strenggenommen nicht die Beförderungsverfügung als solche dar. Sie ist eine Art Information über früher getroffene Entscheidungen. Hält sich jemand für betroffen, kann er daher eine oder mehrere Beförderungsverfügungen anfechten, wenn er entweder auf anderem Weg oder anläßlich der Veröffentlichung des Verzeichnisses von ihnen Kenntnis erlangt. Die Klage dagegen, die weder die vor ihrer Erhebung ergangenen Beförderungsverfügungen noch ein bereits erstelltes oder veröffentlichtes Beförderungsverzeichnis betrifft, kann in diesem Punkt nicht als zulässig erachtet werden. Die Zulässigkeit eines Antrags auf gewissermaßen „vorsorgliche" Aufhebung ist meines Erachtens nicht vorstellbar.

5. Die anderen Einreden der Unzulässigkeit, die den dritten Klageantrag auf Aufhebung und die drei Klageanträge auf Schadensersatz betreffen, müssen etwas aufmerksamer betrachtet werden.

6. Ich verhehle Ihnen nicht, daß ich die von der Kommission für die fraglichen Einreden angeführten Argumente für übertrieben streng halte; sie bringen eine unzureichende Berücksichtigung der Auswirkungen des vom Gemeinschaftsgesetzgeber in Artikel 90 des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften geschaffenen Beschwerdeverfahrens zum Ausdruck.

7. Dieses nach Artikel 91 Absatz 2 des Statuts obligatorische vorprozessuale Verfahren

* Originalsprache: Französisch.

ist im wesentlichen als Schlichtungsverfahren zwischen der Gemeinschaftsverwaltung und ihren Beamten angelegt und damit als eine Art der Prozeßverhütung. Im Rahmen dieses Verfahrens kann die Beilegung des Streits sowohl durch Rechtmäßigkeits- als auch durch Opportunitätserwägungen herbeigeführt werden. Daher sollte man einen flexiblen Verfahrensablauf ohne übertriebenen Formalismus ermöglichen.

8. Ein solcher Formalismus wird jedoch meines Erachtens genau dadurch bewiesen, daß eine strenge Identität zwischen den in der Beschwerde bei der Anstellungsbehörde formulierten und in der Klage enthaltenen Anträgen verlangt wird.

9. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Beamter

„vor dem Gerichtshof Anträge stellen, die denselben Gegenstand haben wie die in der Beschwerde enthaltenen Anträge, und nur solche Rügen erheben, die auf demselben Grund beruhen wie die in der Beschwerde genannten Rügen" [1].

Was ist unter Anträgen, die „denselben Gegenstand" haben, zu verstehen?

10. Die Kommission vertritt eine sehr formelle Auffassung, wenn sie sich für die Unzulässigkeit der Schadensersatzanträge ausspricht, weil im Rahmen der Beschwerde bei der Anstellungsbehörde kein solcher Antrag gestellt worden sei. Der Kläger beantragte damals „die Aufhebung der Entscheidung, ihn nicht in das Verzeichnis der Beamten aufzunehmen, die aufgrund ihrer Verdienste 1987 für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kommen". Nach Ansicht der Kommission konnte er diesen Antrag vor dem Gerichtshof nur wiederholen und nicht erweitern.

11. Eine solche Auffassung ließe sich wohl hinsichtlich der Identität von Berufung und Klage rechtfertigen. Das vorprozessuale Beschwerdeverfahren bei der Anstellungsbehörde ist jedoch nicht mit der Klageerhebung vergleichbar. Im Rahmen der Beschwerde kann, wie wir gesehen haben, der noch junge Streit eine nicht streng juristische Lösung finden.

12. Außerdem muß die von der Kommission vertretene Auffassung den Beamten notwendigerweise veranlassen, bei seiner Beschwerde „in die Vollen zu gehen", mit anderen Worten, dem Streit mit der Verwaltung von Anfang an einen größtmöglichen Umfang zu verleihen, was den Ablauf des vorprozessualen Verfahrens nur schwieriger, konfliktreicher macht und seine Vermittlungschancen verringert. Paradoxerweise enthält so ein streng verstandenes Erfordernis der Identität des Gegenstandes den Keim für eine weniger effiziente Verhütung von Streitfällen des öffentlichen Dienstes der Gemeinschaften, und damit für ein Ansteigen derselben.

13. Ihre Rechtsprechung scheint nicht abschließend zwischen Formalismus und Flexibilität festgelegt zu sein, da Sie zwar in Ihrem Urteil Jänsch vom 10. Dezember 1987 [2]

1 — Urteil vom 20. Mai 1987 in der Rechtssache 242/85, Geist/Kommission, Slg. 1987, 2181, Randnr. 9.

2 — Rechtssache 277/84, Slg. 1987, 4923, Randnr. 10.

bezüglich eines Antrags auf Entschädigung für Karriereschäden erklärt haben, er sei „unzulässig, da er in der Klageschrift erstmals gestellt wurde", jedoch in Ihrem Urteil Vincent vom 10. Juni 1987 [3] einen Antrag nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen haben, der das erste Mal in der Erwiderung gestellt wurde, während der Generalanwalt die Unzulässigkeit beantragt hatte. Weiterhin haben Sie „die Beklagte", im damaligen Fall die Kommission, in Ihrem Urteil Oberthür [4] vom 5. Juni 1980 „zur Zahlung einer Entschädigung für den durch einen eventuellen Amtsfehler verursachten immateriellen Schaden" verurteilt, obwohl die Klägerin keinen Schadensersatzantrag gestellt hatte.

14. Da Ihre Rechtsprechung noch nicht feststeht, bietet die Ihnen heute vorliegende Rechtssache die Gelegenheit, sie festzulegen. Ich ersuche Sie, dies im Sinne einer weniger strengen Anwendung des Begriffs der Identität des Gegenstands zu tun, als ihn die Kommission wohl bevorzugt.

15. Jede Beschwerde eines Beamten betrifft ein bestimmtes Handeln der Verwaltung oder das Unterlassen eines solchen Handelns. Sie ist auf die Beseitigung der Wirkung des Handelns oder Unterlassens mittels einer Änderung des Verhaltens der Verwaltung oder einer von dieser gewährten Entschädigung oder beider zusammen gerichtet. Ihr Ziel umfaßt somit die verschiedenen Mittel, mit denen eine Beseitigung der fraglichen Wirkungen erzielt werden kann. Vor dem Gerichtshof könnte die Klage kein anderes Handeln oder Unterlassen betreffen, da sonst eine Änderung des Streitgegenstandes vorläge. Unter dem Gesichtspunkt der Identität des Gegenstandes wäre es hingegen belanglos, würde dieselbe Handlung oder Unterlassung vor dem Gerichtshof auch zu einem Schadensersatzantrag berechtigen, während die Beschwerde nur einen Anfechtungsantrag enthielt. Aufhebung und Schadensersatz haben in diesem Fall dasselbe Ziel, nämlich die Beseitigung derselben rechtlichen Wirkungen.

16. Für den vorliegenden Fall ist danach genauer festzustellen, daß der in der Beschwerde gestellte Antrag auf Aufhebung der Entscheidung, den Kläger nicht in das Verzeichnis der Beamten aufzunehmen, die aufgrund ihrer Verdienste 1987 für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kamen, und die in der Klage gestellten Schadensersatzanträge ein und denselben Gegenstand haben: die Wiederherstellung der Rechte des Klägers im Rahmen des von der Kommission 1987 durchgeführten Beförderungsverfahrens.

17. Das steht im Einklang mit der in Ihrem Urteil Rihoux vom 7. Mai 1986 [5] bestätigten Rechtsprechung, aus der sich folgendes ergibt:

„Artikel 91 des Statuts [soll] eine einverständliche Beilegung des zwischen den Beamten und der Verwaltung entstandenen Streits ermöglichen und fördern ... Hierzu ist es wichtig, daß die Verwaltung von den Beschwerdepunkten oder Wünschen des Betroffenen mit hinreichender Genauigkeit Kenntnis nehmen kann. Hingegen soll diese

3 — Rechtssache 7/86, Slg. 1987, 2473.

4 — Rechtssache 24/79, Slg. 1980, 1743, Randnr. 14.

5 — Rechtssache 52/85, Slg. 1986, 1555, Randnr. 12.

Vorschrift den möglichen Rechtstreit nicht streng und endgültig begrenzen, solange nur die Klageanträge weder den Grund noch den Gegenstand der Beschwerde ändern."

Die Kommission und die anderen Gemeinschaftsorgane sind sich, sobald die Rechtmäßigkeit einer ihrer Handlungen von einem Beamten angefochten wird, dessen bewußt, daß die eventuellen nachteiligen Folgen dieser möglichen Rechtswidrigkeit Veranlassung zu Schadensersatz geben können.

18. Ich schlage Ihnen daher vor, die von der Kommission erhobenen Einreden der Unzulässigkeit abzuweisen, soweit sie auf die fehlende Identität des Gegenstandes von Klageanträgen und Beschwerde gestützt wird, aber nicht hinsichtlich des zweiten Klageantrags auf Schadensersatz wegen der Beförderungen nach 1987, d. h. anderen Beförderungsverfahren als der von der Beschwerde erfaßten, die im übrigen nach Klageerhebung stattfanden.

19. Die Kommission trägt weiter vor, die Unzulässigkeit der Schadensersatzanträge ergebe sich daraus, daß der Kläger nicht ausdrücklich das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem behaupteten Fehler und dem angeblich erlittenen Schaden geltend gemacht habe und daß er nicht zugleich die Aufhebung bestimmter Entscheidungen und Schadensersatz für den von diesen Entscheidungen verursachten Schaden verlangen könne, da im Falle der Aufhebung dieser Entscheidungen kein Schaden mehr bestehe.

20. Anders als die Kommission bin ich der Auffassung, daß der Kausalzusammenhang zwischen der vom Kläger gerügten unterbliebenen Beförderung von B 2 nach B 1 und dem Antrag auf Schadensersatz in Höhe des jährlichen Unterschieds zwischen den Gehältern und anderen Vorteilen in den Besoldungsgruppen B 1 und B 2 sich sehr deutlich aus der Klageschrift ergibt und kein Zulässigkeitsproblem aufwirft. Im übrigen würde ich gerne die optimistische Sicht der Verantwortung der Verwaltung teilen, daß die Aufhebung von Entscheidungen von sich aus jeden Schaden beseitigt. Die Wirklichkeit des gemeinschaftlichen Dienstrechts erlaubt es jedoch nicht, ein solches Postulat aufzustellen und daraus die vorgeschlagene Unzulässigkeit herzuleiten. Der Zusammenhang zwischen Aufhebung und Schaden ist eng mit den konkreten Umständen einer Aufhebung, also mit der Begründetheit verbunden. Ich schlage Ihnen daher vor, die Einreden der Unzulässigkeit insoweit abzuweisen, als sie auf den beiden soeben von mir angeführten Argumenten beruhen.

21. Die Diskussion über die Unzulässigkeit zwingt mich, die Einrede besonders zu prüfen, daß die Klage auf Aufhebung der stillschweigenden Zurückweisung der Beschwerde gerichtet sei und diese eine unanfechtbare wiederholende Verfügung darstellte.

22. Auch hier handelt es sich wieder um eine formalistische Sicht der Kommission, die dem Wortlaut der Regelung des Statuts unmittelbar widerspricht und zusätzlich den Begriff der wiederholenden Verfügung falsch versteht.

23. Zunächst zum Statut. In Artikel 91 Absatz 2 und 3 heißt es:

„...

2. Eine Klage beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

— Bei der Anstellungsbehörde muß zuvor eine Beschwerde im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 innerhalb der dort vorgesehenen Frist eingereicht und

— diese Beschwerde muß ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt worden sein.

3. Die Klage nach Absatz 2 muß innerhalb einer Frist von drei Monaten erhoben werden. Für den Beginn der Frist gilt folgendes:

...

— sie beginnt an dem Tag, an dem die Beantwortungsfrist abläuft, wenn sich die Klage auf die Ablehnung einer nach Artikel 90 Absatz 2 eingereichten Beschwerde bezieht."

Obwohl es in der Natur der stillschweigenden Zurückweisung liegt, daß die Verwaltung ihr früheres Verhalten bestätigt, regeln diese Bestimmungen ausdrücklich die Berechnung der Klagefrist für den Fall, daß sich die Klage „auf die (stillschweigende) Ablehnung einer ... Beschwerde" bezieht. Ich kann nicht glauben, daß wir diese Bestimmung auf der Grundlage des Vorbringens der Kommission als nicht geschrieben erachten müssen.

24. Darüber hinaus hat es Sinn, die stillschweigende Zurückweisung einer Beschwerde als wiederholende Verfügung zu bezeichnen. Im allgemeinen Verwaltungsrecht dient dieser Begriff dazu, die Klagemöglichkeit gegen eine Entscheidung auszuschließen, die nur eine frühere Entscheidung bestätigt, bei der die Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Dies hat nichts mit dem hier untersuchten Fall zu tun, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber ein vorprozessuales Verwaltungsverfahren schafft und ausdrücklich vorsieht, daß dieses obligatorische Verfahren die Klagefrist wahrt, wobei ein viermonatiges Schweigen der Verwaltung nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Statuts als anfechtbare Entscheidung gilt.

25. Weder der Wortlaut des Statuts noch der Begriff der wiederholenden Verfügung deuten daher auf die von der Kommission vorgebrachte Unzulässigkeit hin.

26. Die Kommission beruft sich auf Ihr Urteil Plug vom 9. Dezember 1982[6], in dem Sie unter Hinweis auf das Urteil Kuhner[7], entgegen den Schlußanträgen des Generalanwalts Reischl, Anträge auf Aufhebung stillschweigender Zurückweisungen damit für unzulässig erklärt haben, daß

„jede bloß ablehnende Entscheidung, ob sie nun stillschweigend oder ausdrücklich ergeht, nur eine Bestätigung der vom Beschwerdeführer beanstandeten Maßnahme oder Unterlassung [bedeutet] und als solche keine anfechtbare Maßnahme [ist]"[8].

6 — Rechtssache 191/81, Slg. 1982, 4229.

7 — Urteil vom 28. Mai 1980 in den verbundenen Rechtssachen 33 und 75/79, Slg. 1980, 1677.

8 — Rechtssache 191/81, a. a. O., Randnr. 13.

27. Andere Ihrer Entscheidungen beruhen auf einem unterschiedlichen Gesichtspunkt. Sie haben die stillschweigende Zurückweisung einer Beschwerde im Urteil Morbelli [9] vom 21. Mai 1981 und im Urteil Andersen [10] vom 19. Januar 1984 keineswegs als wiederholende Verfügung und als unanfechtbar angesehen. In letzterem haben Sie folgendes ausgeführt:

„Im Rahmen der Beamtenklage, die so geregelt ist, daß das Beschwerdeverfahren der Erhebung der Klage notwendigerweise vorausgeht, kann das Interesse der Kläger, die Aufhebung der Entscheidung über die Zurückweisung ihrer Beschwerde zusammen mit der Aufhebung der sie beschwerenden Maßnahme zu verlangen, nicht verneint werden, und zwar unabhängig von der konkreten Auswirkung der Aufhebung einer solchen Entscheidung in einem bestimmten Fall." [11]

Diese Ansicht stimmt völlig mit dem Wortlaut des Statuts und dem Begriff der wiederholenden Verfügung überein, einem Begriff, der auf eine per definitionem während der Klagefrist ergangene Maßnahme nicht paßt. Soweit Ihre Rechtsprechung zwischen zwei Haltungen schwankt, schlage ich Ihnen vor, den in dem Urteil Andersen eingenommenen Standpunkt endgültig zu bestätigen und die Einrede der Unzulässigkeit des dritten Klageantrags auf Aufhebung zurückzuweisen.

28. Der erste Klageantrag auf Aufhebung schließlich, dessen Unzulässigkeit die Kommission nicht geltend gemacht hat, ist meines Erachtens auch nicht von Amts wegen für unzulässig zu erklären. Zur Annahme der Unzulässigkeit könnte man mit der Begründung kommen, daß das Verzeichnis der Beamten, die aufgrund ihrer Verdienste für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kommen, eine rein vorbereitende Maßnahme der tatsächlichen allein anfechtbaren und vom Kläger nicht ordnungsgemäß angefochtenen Beförderungsverfügungen darstellt. In Ihrem Urteil Castille vom 6. Februar 1986 [12] konnten Sie diese Frage nicht behandeln und sich nicht zu der Auffassung von Generalanwalt Lenz äußern, der folgendes ausgeführt hat:

„... die von der Anstellungsbehörde zu erstellende Liste der beförderungswürdigsten Bematen stellt eine endgültige Maßnahme dar, da ein auf ihr nicht genannter Beamter nicht befördert werden kann" [13].

Sie haben jedoch in dem vorhergehenden Urteil Ditterich [14] eine Klage betreffend ein von der Anstellungsbehörde erstelltes Verzeichnis der beförderungswürdigsten Beamten als unbegründet abgewiesen. Sie haben damit festgestellt, daß ein solches Verzeichnis keine rein vorbereitende Maßnahme darstellt und somit anfechtbar ist. Ich beantrage, diesen Standpunkt heute zu bestätigen.

29. Die Einreden der Unzulässigkeit haben uns lange beschäftigt. Aber sie waren in den Schriftsätzen der Kommission Gegenstand so langer Ausführungen, daß ich es für angebracht hielt, sie eingehender zu behandeln. Dabei entspricht meine Auffassung weitgehend derjenigen von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache 224/87. Es sei mir erlaubt, Ihnen für den Fall, daß Sie dieser Auffassung folgen, vorzuschlagen, die

9 — Rechtssache 156/80, Slg. 1981, 1357.

10 — Rechtssache 260/80, Slg. 1984, 177.

11 — Randnr. 4.

12 — Verbundene Rechtssachen 173/82, 157/83 und 186/84, Slg. 1986, 497, Randnr. 12.

13 — Slg. 1986, 502.

14 — Urteil vom 12. Oktober 1978 in der Rechtssache 86/77, Slg. 1978, 1855.

Entscheidung über diese Einreden mit Gründen zu versehen, damit in künftigen Verfahren keine unerheblichen Unzulässigkeitsanträge gestellt werden.

30. Damit komme ich zur Prüfung der Begründetheit. Die Klageschrift enthält vier Klagegründe, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Die zuständigen Instanzen sollen bei den Verfahren zur Beförderung von der Besoldungsgruppe B 2 nach der Besoldungsgruppe B 1 für 1987 keine Kenntnis von den Beurteilungen des Klägers für die Zeiträume 1981 bis 1983 und 1983 bis 1985 gehabt haben, da diese Beurteilungen noch nicht abgegeben waren. Die Instanzen sollen daher die Verdienste des Klägers, der die dienstrechtlich statutarischen Voraussetzungen eines Anspruchs auf diese Beförderung erfüllt habe, nicht richtig haben beurteilen können. Unter diesen Umständen mache das Fehlen der Beurteilungen die Aufstellung des Verzeichnisses der Beamten, die aufgrund ihrer Verdienste für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kommen, rechtsfehlerhaft und stelle einen Amtsfehler dar, der einen materiellen und immateriellen Schaden verursacht habe.

31. Eine Prüfung der Akten ergibt tatsächlich, daß die am 2. März 1987 veröffentlichte angefochtene Entscheidung erging, als die Beurteilungen des Klägers für die betreffenden Zeiträume weder abgegeben noch folglich zu seiner Personalakte genommen worden waren. Die Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten sowie die vorbereitenden Maßnahmen, nämlich die Anhörung des Beförderungsausschusses und die Ausarbeitung der Vorschläge der Direktion, in der der Kläger arbeitete, auf deren Grundlage der Ausschuß entschieden hatte, fanden ohne Berücksichtigung dieser Beurteilungen statt. Aus der Personalakte ergibt sich eindeutig, daß erst im Laufe des Monats Mai 1987 mit der Abgabe der streitigen Beurteilungen begonnen wurde, d. h. nachdem der Kläger die Beschwerde auf Aufhebung der Entscheidung, ihn nicht in das Verzeichnis der beförderungswürdigsten Beamten aufzunehmen, eingereicht hatte.

32. In Anbetracht dieses unstreitigen Sachverhalts macht der Kläger einen Verstoß gegen die Artikel 43 und 45 Absatz 1 des Statuts sowie gegen Artikel 6 der allgemeinen Durchführungsbestimmungen für die Beurteilung des Personals geltend und legt dar, daß wesentliche ihn betreffende Informationen beim Beförderungsverfahren nicht berücksichtigt werden konnten: der Erwerb einer Spezialisierung bei der Einrichtung von Büros für Computer und die Teilnahme an einem Englischkurs. Er behauptet außerdem, die angefochtene Entscheidung sei ergangen, ohne daß sein direkter Vorgesetzter für den von Beurteilungen nicht gedeckten Zeitraum angehört worden sei.

33. Die Kommission trägt vor, daß das Fehlen der Beurteilungen des Klägers nach Ihrer Rechtsprechung die Gültigkeit des Beförderungsverfahrens nicht beeinträchtigen konnte, da die an diesem Verfahren beteiligten Instanzen über alle erforderlichen Informationen für die Beurteilung der Verdienste des Klägers verfügt hätten, und daß der im Fehlen der besagten Beurteilungen liegende Fehler keine Auswirkungen auf die Auslese seitens dieser Instanzen gehabt habe, da diese zwischen Beamten getroffen worden sei, die älter, dienstälter oder brillanter als der Kläger gewesen seien.

34. Die Beurteilung, die gemäß Artikel 43 des Statuts mindestens alle zwei Jahre erstellt werden muß, stellt nach Ihrem Urteil Oberthür

„ein unentbehrliches Bewertungskriterium stets dar, wenn der Dienstherr die Laufbahn des Beamten zu berücksichtigen hat".

Sie haben weiter ausgeführt, daß

„gemäß Artikel 45 Absatz 1 des Statuts die Beförderung von Beamten nur nach Abwägung der Verdienste der Beamten, die für die Beförderung in Frage kommen, sowie der Beurteilung über diese Beamten vorgenommen werden [kann]",

und abschließend darauf hingewiesen,

„daß die Abwägung der Verdienste von Bewerbern den nach Artikel 45 zu stellenden Anforderungen nicht genügt, wenn für einige von ihnen die Beurteilungen nach den Vorschriften des Artikels 43 bereits erstellt waren, während dies für andere noch nicht der Fall war" [15].

Sie haben jedoch in Ihrem Urteil Gratreau vom 18. Dezember 1980 entschieden,

„daß das Fehlen der Beurteilung unter außergewöhnlichen Umständen durch das Vorliegen anderer Informationen über die Verdienste des Beamten ausgeglichen werden kann" [16].

Sie haben einen differenzierten Standpunkt eingenommen, als Sie hervorgehoben haben, daß aus dieser Rechtsprechung nicht folge,

„daß sich alle Beförderungsanwärter hinsichtlich des Stands ihrer Beurteilung genau in der gleichen Lage befinden müssen oder daß die Anstellungsbehörde verpflichtet ist, ihre Entscheidung aufzuschieben, wenn die letzte Beurteilung des einen oder anderen Beamten noch nicht erstellt ist",

und Sie haben hinzugefügt, daß es für die Aufhebung von Ernennungen oder Beförderungen nicht ausreicht,

„daß die Personalakte eines einzigen der Bewerber nicht ordnungsgemäß geführt oder unvollständig ist, sofern nicht feststeht, daß dieser Umstand sich [auf das fragliche Verfahren] entscheidend auswirken konnte" [17].

35. Meines Erachtens betrifft Ihre Rechtsprechung letztlich zwei Fragen.

36. Die Frage, ob ein Beförderungsverfahren den in Artikel 45 Absatz 1 des Statuts aufgestellten Erfordernissen einer Abwägung der Verdienste der Bewerber genügt, haben Sie verneint, wenn die Beurteilungen eines Beamten nicht vorlagen und dieses Fehlen durch das Vorliegen anderer sachdienlicher Informationen nicht ausgeglichen wird; einen solchen Ausweg haben Sie jedoch nur ausnahmsweise zugelassen, was meiner Meinung nach bedeutet, daß damit der Verwaltung nicht ermöglicht werden soll, die Beurteilungen nicht zu erstellen.

15 — Randnr. 8.

16 — Verbundene Rechtssachen 156/79 und 51/80, Slg. 1980, 3943, Randnr. 22.

17 — Urteil vom 27. Januar 1983 in der Rechtssache 263/81, List, Slg. 1983, 103, Randnr. 27, und Urteil vom 27. Juni 1987 in der Rechtssache 7/86, Vincent, Slg. 1987, 2473, Randnr. 17.

37. Die Frage, ob der Fehler des Beförderungsverfahrens, daß eine Abwägung der Verdienste der Bewerber unterblieben ist, zur Aufhebung der tatsächlich vorgenommenen Beförderungen führen muß, haben Sie verneint, sofern nicht feststeht, daß dieser Fehler sich auf diese Beförderungsverfügungen entscheidend auswirken konnte.

38. Wir müssen uns daher zunächst fragen, ob die zuständigen Instanzen bei dem streitigen Beförderungsverfahren trotz des Fehlens der Beurteilungen des Klägers dank anderer Informationen eine ordnungsgemäße Abwägung der Verdienste der Bewerber vornehmen konnten.

39. Die Kommission bejaht diese Frage. Sie hebt hervor, daß die dem Beförderungsausschuß unterbreiteten Vorschläge der Direktion, bei der der Kläger arbeitet, nach Anhörung der Direktoren, Abteilungsleiter und Dienststellenleiter erstellt worden seien, die die Verdienste der beförderungswürdigen Beamten, mit denen sie sehr häufig zusammenträfen und deren Arbeitsqualität sie ständig beurteilen könnten, differenziert beurteilen könnten. Sie hat hierzu auf das Schreiben des Direktors Volpi vom 22. Mai 1987 hingewiesen, dem sich entnehmen lasse, daß die gegenwärtigen und früheren Vorgesetzten des Klägers an den Diskussionen in der Direktion teilgenommen hätten und daß ihre Beurteilungen hätten berücksichtigt werden können, daß man aber zu dem Ergebnis gekommen sei, daß es unter Berücksichtigung des Alters und der Dienstzeit sowie der Leistungen des Klägers und denen seiner Kollegen nicht angebracht sei, ihn in das Verzeichnis der Vorschläge aufzunehmen.

40. Die Kommission fügt hinzu, ihr Beförderungsausschuß sei, wenn ein Beamter ihn mit der Sache befasse, in der Lage, eine besondere vergleichende Würdigung seiner Situation vorzunehmen und damit zu kritisierende Versäumnisse wiedergutzumachen. Der Kläger habe sich jedoch bei dem Ausschuß nicht darüber beschwert, bei den Vorschlägen seiner Generaldirektion nicht berücksichtigt worden zu sein. Die Anstellungsbehörde habe die einstimmige Empfehlung des Beförderungsausschusses übernommen.

41. Ich bin von diesem Vorbringen nur mäßig überzeugt. Es beruht zum Teil auf einer nachträglichen Erklärung der Verwaltung, insbesondere des Direktors Volpi, daß die Fähigkeiten und Verdienste des Klägers im Zeitpunkt der Ausarbeitung der Vorschläge der Direktion bekannt gewesen seien. Mangels objektiverer Beurteilungskriterien, z. B. der Aussagen der direkten oder nahen Vorgesetzten des Klägers, die an den Gesprächen über die Vorschläge der Direktion teilgenommen haben, reicht eine lediglich einseitige, nach der Beschwerde des Klägers abgegebene Erklärung der Beklagten zum Beweis nicht aus.

42. Darüber hinaus lassen die Teile der Akten, die sich auf die Würdigung des direkten Vorgesetzten des Klägers während der von Beurteilungen nicht gedeckten Zeiträume beziehen, keinen Schluß darauf zu, daß dieser im Rahmen des Beförderungsverfahrens, insbesondere für die Ausarbeitung der Vorschläge der Direktion gehört wurde. Die Kommission beruft sich nirgends auf eine solche Anhörung und weist nur darauf hin, daß dieser Vorgesetzte aus dem Dienst geschieden sei, als die Vorschläge ausgearbeitet worden seien. Die Behauptung, daß die Vorschläge „nach eingehenden Gesprächen

in jeder Direktion, an denen die gegenwärtigen und früheren Vorgesetzten des Klägers teilnahmen", ausgearbeitet worden seien [18], halte ich mangels weiterer Hinweise für sehr vage. Insoweit liefert die namentliche Nennung der Vorgesetzten des Klägers in der mündlichen Verhandlung für sich allein nicht den Nachweis, daß diese tatsächlich wesentliche Auskünfte über seine Verdienste erteilt haben.

43. Außerdem erlauben die Angaben der Kommission nicht die Feststellung, daß der Beförderungsausschuß den Fall des Klägers geprüft habe. Sie belegen eher das Gegenteil. Die Kommission legt nämlich dar, daß dieser Ausschuß in der Lage sei, die eventuellen „Versäumnisse" der Direktion wiedergutzumachen, sofern er mit Einzelfällen befaßt wurde. Mangels einer solchen Befassung entscheide der Beförderungsausschuß „auf der Grundlage der Vorschläge der Dienststellen und entsprechend ihren Prioritäten" [19], was im Klartext bedeutet, daß er keine erneute Prüfung der Situation aller beförderungswürdigen Beamten vornimmt. Der Kläger hat jedoch den Ausschuß nicht damit befaßt, daß er nicht in das Verzeichnis der Vorschläge seiner Direktion aufgenommen worden war.

44. Dazu möchte ich eine Passage aus der Gegenerwiderung der Kommission verlesen, die ich für sehr aufschlußreich halte. Auf Seite 5 führt sie aus, daß

„die Aufmerksamkeit" des Beförderungsausschusses „vom Kläger nicht auf seinen Fall gelenkt worden war, so daß nur schwer vorstellbar ist, wie dieser Ausschuß, der die Zahl der vorgeschlagenen Beamten für die Aufnahme in das Verzeichnis der beförderungswürdigsten Beamten erheblich reduzieren mußte, den Namen des Klägers hätte aufnehmen können, der sich beim Ausschuß nicht gesondert darüber beschwert hatte, daß er von seiner Generaldirektion nicht vorgeschlagen worden war".

Deutlicher läßt sich nicht sagen, daß vor dem Beförderungsausschuß keine gesonderte Prüfung der Verdienste des Klägers stattgefunden hat. Es ist daher kaum anzunehmen, daß die diesem Ausschuß erteilten Auskünfte das Fehlen der Beurteilungen bei der Bewertung der Verdienste des Betroffenen wiedergutmachen konnten.

45. Der Umstand, daß der Kläger dem Beförderungsausschuß seine Situation nicht selbst geschildert hat, kann ihm in diesem Verfahren nicht entgegengehalten werden. Anderenfalls müßte er die Folgen der Untätigkeit der Verwaltung tragen, die die Beurteilungen nicht rechtzeitig abgegeben hat. Ein Beamter hat im Rahmen des Statuts Anspruch darauf, daß seine Verdienste in einem Beförderungsverfahren nach seinen Beurteilungen oder, falls diese ausnahmsweise fehlen, auf andere zweckmäßige Weise beurteilt werden. Er braucht dieses Recht nicht gesondert geltend zu machen und es kann ihm nicht deshalb versagt werden, weil er es nicht geltend gemacht hat.

46. Da die Anstellungsbehörde schließlich das Verzeichnis der beförderungswürdigsten Beamten aufgestellt hat, indem sie die einstimmige Empfehlung des Beförderungsausschusses übernommen hat, erlaubt nichts die Annahme, daß dieser letzte Abschnitt eine besondere Prüfung der Verdienste des Klägers umfaßt hat.

18 — Gegenerwiderung der Kommission, S. 8.

19 — Nr. 8 von Anhang 2 der Klagebeantwortung der Kommission und S. 15 dieses Schriftsatzes.

47. Nach Ihrem Urteil Oberthür ist es Sache der Kommission darzutun, daß das Fehlen der Beurteilung eines Beamten auf andere Weise ausgeglichen wurde, die geeignet war, den Beförderungsausschuß und die Anstellungsbehörde von den Verdiensten des Beamten während des fraglichen Zeitraums zu unterrichten [20].

48. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen bin ich der Meinung, daß die Kommission im vorliegenden Fall nicht dargetan hat, daß das Fehlen der Beurteilung auf eine andere Weise ausgeglichen wurde, die geeignet gewesen wäre, die zuständigen Instanzen zu unterrichten. Die in Artikel 45 Absatz 1 des Statuts vorgeschriebene Abwägung der Verdienste der für die Beförderung in Frage kommenden Beamten fand somit nicht statt; damit ist Artikel 45 Absatz 1 verletzt.

49. Ist die angefochtene Entscheidung demnach aufzuheben oder ist darüber hinaus darzutun, daß der Verstoß gegen Artikel 45 Absatz 1 des Statuts entscheidende Auswirkungen auf das Beförderungsverfahren haben konnte?

50. Meines Erachtens ist der Nachweis entscheidender Auswirkungen hier nicht erforderlich. Ihre Rechtsprechung zeigt eindeutig, daß die ziemlich strenge, wenn nicht harte Voraussetzung der „entscheidenden Auswirkungen" nur aufgestellt wurde, um die automatische Aufhebung der häufig zahlreichen Beförderungen zu vermeiden, die am Abschluß eines Beförderungsverfahrens ergehen, das mit einem Fehler im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verdienste eines einzigen Bewerbers behaftet ist. Allein die schlimme Aussicht, manchmal zahlreiche Beförderungen wieder in Frage stellen zu müssen, rechtfertigt es nämlich, daß Sie beim Vorliegen eines schweren Fehlers des Beförderungsverfahrens die Aufhebung der letztlich beschlossenen Beförderungen nicht für unvermeidlich halten. Nun ist aber die vorliegende Klage, wie wir gesehen haben, im Hinblick auf die tatsächlich getroffenen Beförderungen unzulässig. Ihre Aufhebungsanträge betreffen daher lediglich die Entscheidung der Anstellungsbehörde über die Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten sowie die stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde.

51. Die 1987 erlassenen Beförderungen von Besoldungsgruppe B 2 nach Besoldungsgruppe B 1 sind heute mangels ordnungsgemäßer Anfechtung endgültig. Die Situation der beförderten Beamten kann nicht mehr in Frage gestellt werden. Die Aufhebung der Entscheidung der Anstellungsbehörde über die Aufstellung des Verzeichnisses der Beamten, die aufgrund ihrer Verdienste für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kamen, wäre, worauf die Kommission in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, für die beförderten Beamten bedeutungslos. Daher können im vorliegenden Fall weder verwaltungsmäßige Zweckmäßigkeitserwägungen noch Erwägungen des Individualschutzes verhindern, daß der Fehler des Verfahrens der Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 mit der vom Grundsatz der Legalität geforderten Sanktion, nämlich der Aufhebung der Entscheidung über die Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten, belegt wird. Ich ersuche Sie daher, diese Aufhebung auszusprechen.

52. Eine solche Entscheidung ist um so wünschenswerter, als sie gewiß im Hinblick auf wiederholte Unterlassungen der Verwaltung bei der Abgabe der Beurteilungen exemplarisch wäre.

20 — Rechtssache 24/79, a. a. O., Randnr. 10.

53. Der Kläger, der 1987 das Beförderungsverfahren ablaufen sah, während er seit 1981 nicht mehr beurteilt worden war, ist nämlich kein Einzelfall. Die Liste der Urteile, die Sie in vergleichbaren Fällen erlassen haben, ist lang. Die Verspätung, die Sie im Urteil List als „erheblich und unerklärlich" [21] bezeichnet haben, ist leider in der Verwaltungspraxis der Gemeinschaftsorgane nicht außergewöhnlich. Die gerichtlichen Sanktionen dieser Praxis müssen daher gegenüber der Verwaltung Präventivcharakter haben und diese dazu anhalten, besser zu arbeiten.

54. Generalanwalt Mayras hat in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Gratreau [22] klar das Problem der angemessenen Sanktion für die Unterlassung von Beurteilungen aufgeworfen. Unter Bezugnahme auf Ihr vorangegangenes Urteil Oberthür, in dem Sie zwar einen Fehler des Beförderungsverfahrens aufgrund von unterbliebenen Beurteilungen und in Ermangelung sie ersetzender Informationen festgestellt haben, aber dennoch die Aufhebung der Beförderungen von 40 Beamten für unangemessen gehalten und es vorgezogen haben, die Kommission von Amts wegen zur Zahlung einer Entschädigung für den durch den Amtsfehler der Kommission verursachten immateriellen Schaden zu verurteilen [23], hat Generalanwalt Mayras Ihnen seine Zweifel an einer solchen Lösung mitgeteilt. Die Gewährung von Schadensersatz war in seinen Augen nicht

„das angemessene Mittel ..., um die bei einem Beförderungsverfahren begangenen Fehler mit einer Sanktion zu belegen" [24],

und er hat Sie an den folgenden Satz aus seinen Schlußanträgen zur Rechtssache Oberthür erinnert:

„Nicht alles ist stets eine Geldfrage, und es ist nicht das beste Mittel, um die Moral der Verwaltungspraxis zu stärken, wenn der Schaden in Geld ausgedrückt wird." [25]

Er vertrat daher die Auffassung, daß die Aufhebung der Beförderungen unter bestimmten Umständen eine angemessene Sanktion der begangenen Fehler darstellen könne, da die Verwaltung die Folgen dieser Aufhebung beispielsweise durch die Wiederherstellung der Laufbahn ohne weiteres auf sich nehmen könne.

55. Ich teile in diesem Punkt die Meinung meines Vorgängers. Ich bin mir bewußt, daß Sie Fehler wie die in der vorliegenden Sache festgestellten nur ungern mit der Aufhebung der Beförderungen sanktionieren, bin jedoch der Ansicht, daß ein solches Ergebnis nicht immer vermieden werden kann, ohne der Verwaltung Immunität einzuräumen.

56. Daher hätte die Aufhebung nicht der Beförderungen, sondern der Entscheidung der Anstellungsbehörde über die Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten die Bedeutung eines an die Kommission gerichteten „Warnschusses", einer Warnung, die hoffentlich hinreichend verstanden würde, um sowohl ähnlichen Unterlassungen als auch dem Rückgriff auf Sanktionen mit nachteiligen Folgen für andere Beamten vorzubeugen.

57. Es sind noch die Anträge auf Schadensersatz zu prüfen.

21 — Rechtssache 263/81, a. a. O., Randnr. 28.

22 — Verbundene Rechtssachen 156/79 und 51/80, a. a. O., Slg. 1983, 3943.

23 — Rechtssache 24/79, a. a. O.

24 — Schlußanträge, Slg. 1980, 3965.

25 — Slg. 1980, 1766.

58. Der erste derartige Klageantrag ist abzuweisen. Der oben festgestellte Fehler bestand nicht darin, daß der Kläger nicht befördert wurde, sondern darin, daß eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Verdienste unterblieb. Der Fehler der Verwaltung bestand nicht darin, daß sie einen Anspruch des Klägers auf Beförderung mißachtet hätte, sondern darin, daß sie das in Artikel 45 Absatz 1 des Statuts festgelegte Recht auf Abwägung der Verdienste der für eine Beförderung in Frage kommenden Beamten nicht beachtete. Nichts erlaubt den Schluß, daß der Kläger befördert worden wäre, hätte diese Abwägung ordnungsgemäß stattgefunden. Unter diesen Umständen ist der von diesem geltend gemachte materielle Schaden in Höhe des „jährlichen Unterschieds im Gehalt und in anderen Vorteilen zwischen Besoldungsgruppe B 2 und B 1" weder hinreichend unmittelbar noch insbesondere hinreichend gewiß, um eine Entschädigung zu rechtfertigen.

59. Dagegen kann ich nicht jeden Ersatz des immateriellen Schadens ausschließen. In Ihrem Urteil Castille haben Sie folgendes ausgeführt:

„Die Verspätung bei der Abgabe der Beurteilungen ist jedoch für sich allein schon deshalb geeignet, dem Beamten zu schaden, weil der Ablauf der Laufbahn beeinträchtigt werden kann, wenn zu einem Zeitpunkt, zu dem Entscheidungen, die ihn angehen, getroffen werden müssen, eine solche Beurteilung fehlt." [26]

Sie haben unter Bezugnahme auf das Urteil Geist vom 14. Juli 1977 in Ihrem Urteil Vincent weiter darauf hingewiesen, daß

„ein Kläger ‚einen immateriellen Schaden dadurch (erleidet), daß seine Personalakte nicht ordnungsgemäß und unvollständig ist, während die zwingend vorgeschriebene Beurteilung dem Beamten eine Gewähr dafür bietet, daß sich seine Laufbahn ordnungsgemäß entwickelt', und daß das allein von der Anstellungsbehörde zu vertretende Fehlen der Beurteilungen ihn im Hinblick auf seine berufliche Zukunft verunsichern und beunruhigen kann" [27].

60. Die vorliegende Sache, in der sich das erste Anzeichen für eine Ausarbeitung der Beurteilungen des Klägers für die Jahre 1981 bis 1983 und 1983 bis 1985 erst nach Eingang seiner Beschwerde und nach der Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten findet, ohne daß das Beförderungsverfahren wieder aufgenommen worden wäre, um die Situation des Klägers auf der Grundlage der neuen Gesichtspunkte zu prüfen, erlaubt die Annahme eines immateriellen Schadens. Und dieser Schaden würde nicht durch die Aufhebung der Entscheidung der Anstellungsbehörde über die Aufstellung des Verzeichnisses der beförderungswürdigsten Beamten behoben. Die fehlende Abgabe der Beurteilungen stellt nämlich für sich allein, unabhängig von ihren Folgen für die Rechtmäßigkeit des Beförderungsverfahrens, einen Fehler dar, der einen Schaden verursacht. Dies ist, so denke ich, der Sinn Ihrer oben erwähnten Urteile Castille und Geist.

61. Unter diesen Umständen bin ich der Auffassung, daß die Kommission zum Ersatz des erlittenen Schadens zu verurteilen ist. Ich schlage Ihnen vor, ihn nach freiem Ermessen auf 25 000 BFR zu schätzen.

26 — Verbundene Rechtssachen 173/82, 192/83 und 186/84, a. a. O., Randnr. 36.

27 — Rechtssache 7/86, a. a. O., Randnr. 25.

62. Abschließend beantrage ich,

1) die Unzulässigkeit des zweiten Klageantrags auf Aufhebung und des zweiten Klageantrags auf Schadensersatz festzustellen, die anderen von der Kommission erhobenen Einreden aber zurückzuweisen,

2) im Rahmen der Begründetheit

   a) die am 2. März 1987 veröffentlichte Entscheidung der Anstellungsbehörde über die Aufstellung des Verzeichnisses der Beamten, die aufgrund ihrer Verdienste 1987 für eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 1 in Frage kamen, und infolgedessen die stillschweigende Zurückweisung der am 15. April 1987 erhobenen Beschwerde des Klägers aufzuheben,

   b) die Kommission zur Zahlung von 25 000 BFR als Ersatz des immateriellen Schadens des Klägers zu verurteilen,

   c) den Antrag auf Ersatz eines materiellen Schadens abzuweisen,

3) der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.