SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 10. JULI 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a) des Anhangs VII zum Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaften sieht vor, daß

„Beamten, die

— die Staatsangehörigkeit des Staates, in dessen europäischem Hoheitsgebiet sie ihre Tätigkeit ausüben, nicht besitzen und nicht besessen haben und

— während eines sechs Monate vor ihrem Dienstantritt ablaufenden Zeitraums von fünf Jahren in dem europäischen Hoheitsgebiet des genannten Staates wieder ihre ständige hauptberufliche Tätigkeit ausgeübt noch ihren ständigen Wohnsitz gehabt haben ...",

eine Auslandszulage in Höhe von 16 v. H. der Dienstbezüge gewährt wird.

Durch Artikel 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 921/78 des Rates vom 2. Mai 1978 zur Änderung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften (ABl. L 119 vom 3. Mai 1978, S. 1) ist der genannte Artikel 4 unter anderem durch einen zweiten Absatz ergänzt worden, der wie folgt lautet:

„Beamte, die die Staatsangehörigkeit des Staates, in dessen Hoheitsgebiet der Ort ihrer dienstlichen Verwendung liegt, nicht besitzen und nicht besessen haben, jedoch die Bedingungen nach Absatz 1 nicht erfüllen, haben Anspruch auf eine Expatriierungszulage, die gleich dem vierten Teil der Auslandszulage ist."

In Ausführung dieser Vorschrift verfügte der Personaldienst des Gerichtshofs am 16. Mai 1978, die Expatriierungszulage an den betroffenen Personenkreis ab dem 4. Mai 1978 zu zahlen.

Der Kläger, Beamter der Besoldungsgruppe B 4, der seit 1953 in den Diensten des Gerichtshofs steht und von Geburt an ausschließlich die luxemburgische Staatsangehörigkeit hat, stellte am 8. November 1978 gegenüber seiner Anstellungsbehörde gemäß Artikel 90 Absatz 1 des Beamtenstatuts den Antrag, ihm die Expatriierungszulage zu gewähren. Dieser Antrag wurde mit einem Memorandum des Kanzlers des Gerichtshofs vom 16. Januar 1979, das dem Kläger am 7. März 1979 bekanntgegeben wurde, abgelehnt.

Gegen diese Ablehnung legte der Kläger unter dem Datum vom 11. Mai 1979 eine Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Statuts ein, die durch eine Entscheidung des Präsidenten des Gerichtshofs in seiner Eigenschaft als Anstellungsbehörde vom 22. Juni 1979 zurückgewiesen wurde.

Daraufhin hat der Kläger die am 21. September 1979 beim Gerichtshof eingegangene Klage erhoben, mit der er beantragt, diese für zulässig zu erklären, die Vorschrift des Artikels 21 Absatz 2 der Ratsverordnung Nr. 912/78 für rechtswidrig zu erklären und infolgedessen die Entscheidung des Gerichtshofes vom 22. Juni 1979 aufzuheben.

Die beklagte Anstellungsbehörde sowie der Rat und die Kommission, die dem

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

Verfahren als Streithelfer beigetreten sind, beantragen dagegen, die Klage als unzulässig, auf jeden Fall aber als unbegründet abzuweisen und dem Kläger die von ihm verauslagten Kosten aufzuerlegen.

Dazu nehme ich wie folgt Stellung:

Die beklagte Partei sowie ihre Streithelfer stützen die Rüge der Unzulässigkeit in erster Linie auf das fehlende Rechtsschutzinteresse des Klägers. Daneben hält die Kommission die Klage auch deshalb für unzulässig, weil der Kläger die Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Statuts nicht innerhalb der dort vorgesehenen Frist eingereicht habe. Sie ist der Meinung, daß, wenn eine Vorschrift der Verwaltung keinerlei Ermessensspielraum einräume, kein Raum für das in Artikel 90 Absatz 1 des Statuts vorgesehene Verfahren vorhanden sei, sondern lediglich die in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehene Verwaltungsbeschwerde gegen die den einzelnen beschwerende Maßnahmen angebracht sei. Eine solche Maßnahme könne in der Nichtgewährung der Expatriierungszulage an den Kläger bei der Ausführung der fraglichen, dem Personal des Gerichtshofs am 10. Mai 1978 zur Kenntnis gebrachten Vorschrift gesehen werden. Demzufolge hänge die Frage der fristgerechten Einlegung der Beschwerde von dem Datum ab, an dem die Expatriierungszulage zum ersten Male den Begünstigten gewährt worden sei.

Gegen letztere Auslegung spricht allerdings, und dies ist das Problem, das ich zunächst behandeln möchte, schon der Wortlaut des Artikels 90 des Statuts. In der Nichtanwendung einer allgemeinen Vorschrift auf einen Einzelfall, ohne daß ein diesbezüglicher Antrag vorliegt, kann nämlich weder eine allgemeine Maßnahme noch eine beschwerende Einzelmaßnahme der Verwaltung im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Statuts gesehen werden. Weiterhin stellt die Gewährung der Expatriierungszulage an den in Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 912/78 vorgesehenen Personenkreis auch keine Einzelmaßnahme dar, die geeignet ist, einen Dritten zu beschweren. Statt dessen ist es jeder Person, auf die das Beamtenstatut Anwendung findet, wie sich aus dem Wortlaut des Artikels 90 Absatz 1 ergibt, unbenommen, einen Antrag auf Erlaß einer sie betreffenden Entscheidung an die Anstellungsbehörde zu richten. Die ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung durch die Anstellungsbehörde rechtfertigt sodann eine Verwaltungsbeschwerde nach Artikel 90 Absatz 2 des Beamtenstatuts.

Der Kläger hat aber gegen die ablehnende Entscheidung innerhalb der dort vorgesehenen Frist Beschwerde eingelegt und außerdem innerhalb der in Artikel 90 Absatz 3 des Beamtenstatuts vorgesehenen Frist, somit rechtzeitig, Klage erhoben.

Die beklagte Partei sowie ihre Streithelfer halten die Klage ferner wegen mangelndem Rechtsschutzinteresse für unzulässig, da der Kläger kein individuelles, unmittelbares und nicht einmal potentielles Interesse an der Aufhebung der Entscheidung habe. Selbst wenn der Gerichtshof die fragliche Bestimmung für unanwendbar erkläre, habe der Kläger keinen Anspruch auf die Expatriierungszulage, da es, soweit überhaupt vorhersehbar, ganz und gar unwahrscheinlich sei, daß der Rat die fragliche Bestimmung zugunsten des Klägers ändern werde. Ein bloßes moralisches Interesse an der Aufhebung einer Vorschrift stelle jedoch kein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis dar.

Der Kläger dagegen behauptet, ein Interesse an der Aufhebung der fraglichen Bestimmung zu haben, die entweder zur Beseitigung einer ungerechten und dis-

kriminierenden Rechtslage oder aber zum Erlaß einer ihn begünstigenden Regelung führe.

Dieses Vorbringen der Parteien, das die enge Verbindung zwischen der gegen die Zulässigkeit der Klage erhobenen Einrede und der Begründetheit der Klage deutlich macht, rechtfertigt es meines Erachtens, in Anlehnung an verschiedene, zu Dienststreitigkeiten ergangene Urteile (vgl. Rechtssachen 126/75, Robert Giry/Kommission, Urteil vom 27. Oktober 1977, Slg. 1977, 1937; 95/76, Herbert Bruns/Kommission, Urteil vom 15. Dezember 1977, Slg. 1977, 2401; 122/77, Augusta Agneessens und andere/Kommission, Urteil vom 26. Oktober 1978, Slg. 1978, 2085; 142/78, Marcelle Bergmanns/Kommission, Urteil vom 11. Oktober 1979) sogleich die Frage der Begründetheit der Klage zu prüfen.

Der Kläger, der die Aufhebung der ablehnenden Entscheidung seiner Anstellungsbehörde vom 22. Juni 1979 begehrt, macht inzidenter gemäß Artikel 184 des EWG-Vertrags die Unanwendbarkeit des Artikels 21 Absatz 2 der Ratsverordnung Nr. 912/78 geltend, auf die sich diese Entscheidung stützt. Seiner Meinung nach verstößt die fragliche Vorschrift, die die sogenannte Expatriierungszulage nur denjenigen Beamten vorbehält, die nicht die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, in dessen Hoheitsgebiet sie ihre Tätigkeit ausüben, und nicht in den Genuß der Auslandszulage kommen, gegen das dem Gemeinschaftsrecht zugrunde liegende allgemeine Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das insbesondere in Artikel 7 des EWG-Vertrags, aber auch in den Vorschriften des Beamtenstatuts seinen Ausdruck finde. Die Situation derjenigen Beamten, die von dieser Vorschrift profitierten, unterscheide sich aber weder in materieller noch immaterieller oder psychologischer Hinsicht von der Situation derjenigen, die die Staatsangehörigkeit des Staates hätten, in dessen Hoheitsgebiet der Ort ihrer dienstlichen Verwendung liege. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebiete es daher, letztere mit den ersteren gleichzustellen.

Außerdem sei die alleinige Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, die kein objektives und einheitliches Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung der betreffenden Beamten darstelle, künstlich, wenn nicht gar willkürlich. Während man in den meisten internationalen Konventionen die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal eliminiert habe, habe der Rat eben dieses Kriterium wieder eingeführt. Schließlich habe auch der Gerichtshof mehrfach im Hinblick auf die Gewährung einer Auslandszulage hervorgehoben, daß die Staatsangehörigkeit eines Beamten von sekundärer Bedeutung sei und lediglich eine Rolle für die Frage der Dauer der Niederlassung außerhalb des Hoheitsgebiets, in dem der Beamte seine Tätigkeit ausübt, spiele.

Gegen diese Argumentation spricht jedoch, daß nicht in jeder an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Unterscheidung eine vom Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung zu sehen ist. In diesem Sinne spricht auch Artikel 7 des EWG-Vertrags, der als Konkretisierung eines dem Gemeinschaftsrecht zugrunde liegenden allgemeinen Diskriminierungsverbots anzusehen ist, nicht von einer verbotenen Differenzierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern untersagt lediglich *Diskriminierungen* aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist unter einer Diskriminierung aber nur eine sachlich ungerechtfertigte Differenzierung zu verstehen. Artikel 7 des EWG-Vertrags besagt demnach nur, daß die Angehörigen der Mitgliedstaaten

insoweit gleichzubehandeln sind, als keine besonderen Anknüpfungspunkte vorliegen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Aus diesem Grunde darf zum Beispiel die Staatsangehörigkeit bei der Ernennung, Versetzung oder sonstigen Laufbahn eines Beamten gemäß den Artikeln 7 und 24 des Beamtenstatuts grundsätzlich keine Rolle spielen.

Andererseits liegt, sobald eine unterschiedliche Behandlung, anknüpfend an die Ausländereigenschaft gerechtfertigt ist, keine gemäß Artikel 7 des EWG-Vertrags verbotene Diskriminierung und damit auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Beamten vor. Im übrigen können auch auf dem Gebiet der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit, wie sich aus dem dortigen Vorbehalt ergibt, diejenigen Personen, die nicht die Statsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaates besitzen, bei Verstößen gegen die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit unterschiedlich behandelt werden, ohne daß eine Verletzung gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 des EWG-Vertrags vorliegt.

Entgegen der Meinung des Klägers sind aber Beamte, die nicht die Staatsangehörigkeit des Landes ihrer dienstlichen Verwendung besitzen, unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts an dem betreffenden Dienstort sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht einer Reihe von Benachteiligungen ausgesetzt, die die Staatsangehörigen des betreffenden Landes nicht kennen. Dies resultiert schon daraus, daß alle Staaten kraft ihrer Gebietshoheit bestimmte Rechte ihren Staatsangehörigen vorbehalten beziehungsweise Nichtstaatsangehörige einem Sonderrecht, dem sogenannten Fremdenrecht, unterwerfen.

So ist, um nur einige Beispiele zu nennen, die Kandidatur eines Beamten in Ausübung des passiven Wahlrechts für ein öffentliches Wahlamt allein aufgrund der räumlichen und zeitlichen Entfernung in erheblichem Maße erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, ohne daß aus naheliegenden Gründen dieser Nachteil durch den Anspruch auf Urlaub aus persönlichen Gründen, der ihm nach dem Personalstatut zusteht, aufgewogen würde. In dem Land seiner dienstlichen Tätigkeit ist dagegen in der Regel eine Kandidatur eines Nichtstaatsangehörigen schon aufgrund der mitgliedstaatlichen Wahlrechtsvorschriften nicht möglich, ganz abgesehen davon, daß es für einen Ausländer auch tatsächlich schwieriger wäre, gewählt zu werden, selbst wenn das nationale Recht dies zuließe.

Aufgrund der einzelstaatlichen Wahlrechtsvorschriften sind Ausländer in der Regel zudem von der Ausübung des aktiven Wahlrechts in dem Aufenthaltsstaat ausgeschlossen. Das Wahlrecht in ihrem Heimatstaat ist dagegen zum Teil an einen ständigen Wohnsitz in diesem Staat geknüpft, oder es kann zum Teil nur in dem Herkunftsland selbst unter Inkaufnahme der damit zusammenhängenden Reisekosten ausgeübt werden.

Ferner kann nicht übersehen werden, daß Beamte, die nicht die Staatsangehörigkeit des Landes ihrer dienstlichen Verwendung besitzen, unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in diesem Staat auch in familiärer Hinsicht gewisse Nachteile in Kauf nehmen müssen. Ihre Kinder, die eventuell später in das Berufsleben des Herkunftsstaates zurückkehren wollen, sind allein schon wegen der fehlenden Anerkennung einer Reihe von Hochschuldiplomen häufig gezwungen, das Studium in den Staaten aufzunehmen, deren Staatsangehörigkeit sie besitzen. Darüber hinaus bestehen auch

häufig Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Verwandten, die noch in dem Herkunftsland ansässig sind und einen erhöhten finanziellen Aufwand bedingen. Dieser spezielle Mehraufwand wird auch nicht, wie der Kläger meint, von den im Statut vorgesehenen sonstigen Zulagen gedeckt, die sich alle dadurch auszeichnen, daß sie bei Vorliegen der Voraussetzungen jedem Beamten unabhängig von einer Staatsangehörigkeit gewährt werden.

Neben diesen Beispielen, die allein schon unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, gibt es sicherlich auch noch eine Reihe weiterer Unzuträglichkeiten in kultureller und sozialer Hinsicht, auf die im einzelnen nicht mehr eingegangen zu werden braucht.

Wie wir vom Rat und auch von der Kommission gehört haben (vgl. dazu auch die Antwort der Kommission vom 2. Februar 1979 auf die schriftliche Anfrage Nr. 813/78 der Herren Dondelinger, Glinne und Lezzi ABl. C 60 vom 5. März 1979, S. 16), wurde die Expatriierungszulage eingeführt, um diese zusätzlichen Belastungen zu kompensieren und eine gewisse Gleichstellung aller an ein und demselben Dienstort tätigen Beamten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit zu erreichen. Diesen objektiv unterschiedlichen Bedingungen beziehungsweise Gegebenheiten unterliegen entgegen der klägerischen Auffassung, nicht nur die Beamten, die in den Genuß der in Artikel 4 Absatz 1 des Anhangs VII zum Beamtenstatut vorgesehenen Auslandszulage kommen, sondern auch diejenigen, die seit mehr als 5½ Jahren vor ihrem Dienstantritt in dem Aufenthaltsstaat ihre ständige hauptberufliche Tätigkeit ausgeübt oder dort ihren ständigen Wohnsitz gehabt haben. Die Gewährung einer gesonderten Zulage stellt somit keine Diskriminierung zu Lasten derjenigen Beamten dar, die nicht unter den geschilderten Unzuträglichkeiten zu leben haben. Insofern ist dieser Fall auch nicht vergleichbar mit den vom Kläger herangezogenen internationalen Konventionen, die in der Regel darauf abzielen, eine Besserstellung der eigenen Staatsangehörigen zu vermeiden.

Da die Expatriierungszulage dazu bestimmt ist, diejenigen Nachteile auszugleichen, die die Beamten infolge ihres Status als Ausländer haben, ist es ferner auch folgerichtig, die Gewährung dieser Zulage an den Status der Staatsangehörigkeit anzuknüpfen. Diese Anknüpfung soll gewährleisten, daß Personen, die diese Rechtsstellung besitzen in den Genuß der Zulage gelangen, die allein ausländischen Staatsangehörigen zugedacht ist. Das objektiv feststellbare Merkmal der Staatsangehörigkeit ist ferner auch, trotz der verschiedenen Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten, einheitlich, in dem Sinne, daß es dazu dient, den Personenkreis derjenigen Beamten, die nicht die Staatsangehörigkeit des Landes ihrer dienstlichen Verwendung besitzen, von denjenigen zu unterscheiden, die im Besitze dieser Staatsangehörigkeit sind. Im übrigen ist jeder Gesetzgeber gezwungen, bei dem Erlaß von Rechtsnormen, die bekanntlich eine generelle und abstrakte Regelung beinhalten, als Folge des Rechtsstaatsprinzips auf allgemeine Kategorien zurückzugreifen, mag dies auch in wenigen Einzelfällen bei der Anwendung dieser Norm zu gewissen Unzuträglichkeiten führen.

Schließlich hat auch der Gerichtshof bereits mehrfach der Staatsangehörigkeit der Beamten, allerdings im Hinblick auf die Gewährung einer Auslandszulage, eine Bedeutung zuerkannt, die eine unterschiedliche Behandlung der Beamten rechtfertigen kann. Im Gegensatz zu der Expatriierungszulage, über deren Rechtfertigung im vorliegenden Falle zu entscheiden ist, ist es allerdings, wie der Ge-

richtshof in den Urteilen der Rechtssachen 21/74 (Jeanne Airola/Kommission, Urteil vom 20. Februar 1975, Slg. 1975, 221) und 37/74 (Chantal van den Broeck/Kommission, Urteil vom 20. Februar 1975, Slg. 1975, 235) hervorhebt, Aufgabe der Auslandszulage, „die besonderen Belastungen und Nachteile auszugleichen, die der Dienstantritt bei den Gemeinschaften mit sich bringt, falls der betreffende Beamte hierdurch zu einem Wohnsitzwechsel gezwungen wird". Deshalb hat der Gerichtshof auch klargestellt, daß für den Anspruch auf Gewährung der Auslandszulage der ständige Wohnsitz des Beamten vor seinem Dienstantritt das auschlaggebende Kriterum darstellt, während der Staatsangehörigkeit des Beamten in diesem Fall lediglich eine zweitrangige Bedeutung zukomme, da sie lediglich für die Frage der Dauer der Niederlassung außerhalb des Hoheitsgebiets, in dem der Beamte seine Tätigkeit ausübt, eine Rolle spiele.

Da aber, wie wir gesehen haben, die Expatriierungszulage im Unterschied zu der Auslandszulage nur dazu bestimmt ist, einen Ausgleich für die Beeinträchtigungen zu schaffen, die das „Leben in einem fremden Land" mit sich bringt, hat der Rat auch zu Recht die Expatriierungszulage lediglich in Höhe eines Bruchteils der Auslandszulage festgesetzt. Einen Anlaß, das gesetzgeberische Ermessen hinsichtlich des festgesetzten Prozentsatzes zu beanstanden, gibt es nicht.

Abschließend bleibt daher festzustellen, daß Artikel 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 921/78 des Rates, mit dem der zweite Absatz des Artikels 4 des Anhangs VII zum Beamtenstatut eingefügt wurde, aus den genannten Gründen materiell nicht zu beanstanden ist.

Da der Kläger nicht dargelegt hat, daß er jemals die tatsächlichen Voraussetzungen erfüllt hat, von denen nach diesem Artikel die Gewährung der streitigen Zulage abhängt, ist die Entscheidung der Anstellungsbehörde gleichfalls nicht fehlerhaft.

Ich beantrage daher,

— die Klage abzuweisen

— und nach Artikel 70 der Verfahrensordnung auszusprechen, daß jede Partei ihre Kosten selbst trägt.