

## SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

PAOLO MENGOZZI

vom 22. November 2007<sup>1</sup>

1. In der vorliegenden Rechtssache hat der Gerichtshof über ein Rechtsmittel zu entscheiden, das die Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache Girardot/Kommission (T-10/02, Slg. ÖD 2006, I-A-2-129 und II-A-2-609, im Folgenden: angefochtenes Urteil) eingelegt hat. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die finanzielle Entschädigung festgesetzt, die die Kommission an Frau Girardot aufgrund des Zwischenurteils vom 31. März 2004, Girardot/Kommission (T-10/02, Slg. ÖD 2004, I-A-109 und II-483, im Folgenden: Zwischenurteil), zahlen muss.

tigungsbedingungen für die Bediensteten ergeben.

3. Das Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: Statut) bestimmt in Art. 29 Abs. 1 in seiner auf den dem Rechtsstreit im ersten Rechtszug zugrunde liegenden Sachverhalt anwendbaren Fassung Folgendes:

„Bei der Besetzung von Planstellen eines Organs prüft die Anstellungsbehörde zunächst

### I — Rechtlicher Rahmen

2. Gemäß Art. 236 EG ist der Gerichtshof für alle Streitsachen zwischen der Gemeinschaft und deren Bediensteten innerhalb der Grenzen und nach Maßgabe der Bedingungen zuständig, die im Statut der Beamten festgelegt sind oder sich aus den Beschäf-

a) die Möglichkeit einer Beförderung oder Versetzung innerhalb des Organs,

b) die Möglichkeiten der Durchführung eines Auswahlverfahrens innerhalb des Organs,

<sup>1</sup> — Originalsprache: Französisch.

c) die Übernahmeanträge von Beamten anderer Organe der drei Europäischen Gemeinschaften

6. Art. 47 der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten bestimmt:

und eröffnet sodann das Auswahlverfahren auf Grund von Befähigungsnachweisen oder Prüfungen oder auf Grund von Befähigungsnachweisen und Prüfungen. Das Auswahlverfahren ist in Anhang III geregelt.

„Das Beschäftigungsverhältnis des Bediensteten auf Zeit endet, außer im Falle des Todes:

Dieses Auswahlverfahren kann auch zur Bildung einer Reserve für spätere Einstellungen durchgeführt werden.“

...

4. Die Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten bestimmen in Art. 2 Buchst. d ihrer auf den dem Rechtsstreit im ersten Rechtszug zugrunde liegenden Sachverhalt anwendbaren Fassung, dass Bediensteter auf Zeit im Sinne dieser Beschäftigungsbedingungen „der Bedienstete [ist], der auf Zeit zur Besetzung einer aus Forschungs- und Investitionsmitteln finanzierten Dauerplanstelle eingestellt wird, die in dem Stellenplan aufgeführt ist, der dem Haushaltsplan für das betreffende Organ beigelegt ist“.

2. bei Verträgen auf unbestimmte Dauer:

a) nach Ablauf der im Vertrag vorgesehenen Kündigungsfrist ... Für die in Artikel 2 Buchstabe d) [der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten] genannten Bediensteten darf die Kündigungsfrist nicht weniger als einen Monat je abgeleistetes Dienstjahr betragen; sie beträgt mindestens drei Monate und höchstens zehn Monate. ...

5. In Art. 8 Abs. 4 und 5 der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten heißt es u. a., dass das Beschäftigungsverhältnis eines der in Art. 2 Buchst. d genannten Bediensteten der Laufbahngruppe A oder B, der Aufgaben wahrzunehmen hat, für die wissenschaftliche oder technische Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich sind, für die Dauer von höchstens fünf Jahren begründet wird und dass dieses Beschäftigungsverhältnis einmal für eine bestimmte Dauer verlängert werden kann. Es wird bei jeder weiteren Verlängerung zu einem Beschäftigungsverhältnis auf unbestimmte Dauer.

b) am Ende des Monats, in dem der Bedienstete das fünfundsiebzehnte Lebensjahr vollendet hat.“

7. Die Fälle der fristlosen Kündigung sind in den Art. 48 bis 50 der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten geregelt.

## II — Sachverhalt

8. Gemäß den Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts nahm Frau Girardot ihren Dienst bei der Kommission am 1. Februar 1996 als Abgeordnete nationale Sachverständige auf. Sie behielt diese Stellung bis zum 31. Januar 1999.

9. Mit Vertrag vom 15. Januar 1999, der für eine Dauer von zwei Jahren geschlossen und später durch einen Nachtrag um ein weiteres Jahr verlängert worden war, wurde Frau Girardot als Bedienstete auf Zeit im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten eingestellt. Als solche wurde sie zunächst der Generaldirektion „Industrie“ und dann der Generaldirektion „Informationsgesellschaft“ der Kommission zugewiesen.

10. Am 26. Juli 2000 veröffentlichte die Generaldirektion „Personal und Verwaltung“ der Kommission eine Stellenausschreibung, wonach sie im Rahmen ihres Beschlusses über eine Neue Beschäftigungspolitik gegenüber dem aus Forschungsmitteln besoldeten Personal interne Auswahlverfahren zur Bildung einer Einstellungsreserve, darunter auch das interne Auswahlverfahren zur Bildung einer Einstellungsreserve COM/T/R/ST/A/2000 für die Laufbahnen A 8/A 5, A 4 und A 3 der Laufbahngruppe A, durchführte, deren Besoldung aus den Mitteln des wissenschaftlichen und technischen Rahmens des Haushalts für Forschung und Investition finanziert werden sollte.

11. Frau Girardot soll sich bei dem internen Auswahlverfahren zur Bildung einer Einstellungsreserve COM/T/R/ST/A/2000 beworben haben, soll aber abgelehnt worden sein, weil sie nicht alle erforderlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt habe<sup>2</sup>.

12. Am 9. und am 12. Februar 2001 veröffentlichte die Generaldirektion „Personal und Verwaltung“ zwei Stellenausschreibungen für aus Forschungsmitteln finanzierte Dauerplanstellen. Mit Schreiben vom 20. Februar 2001 bekundete Frau Girardot ihr Interesse zum einen an einer in der Stellenausschreibung vom 9. Februar 2001 unter COM/2001/CCR/16/R veröffentlichten Stelle der Laufbahngruppe A und zum anderen an sieben anderen, in der Stellenausschreibung vom 12. Februar 2001 veröffentlichten Stellen der Laufbahngruppe A.

13. Mit Schreiben vom 15. März 2001 teilte die Kommission Frau Girardot in Bezug auf die am 9. Februar 2001 veröffentlichte Stelle mit, sie habe ihre „Bewerbung nicht berücksichtigen können“.

<sup>2</sup> — In ihrer Beantwortung des Rechtsmittelschriftsatzes bestreitet Frau Girardot, sich bei diesem Auswahlverfahren beworben zu haben. Dies ist jedoch im vorliegenden Verfahren unerheblich, da unstrittig ist, dass die im Zwischenurteil des Gerichts beanstandete fehlende Abwägung der Verdienste (oder jedenfalls der fehlende Nachweis, dass eine solche Abwägung durchgeführt wurde) teilweise darauf beruhte, dass Frau Girardot nicht erfolgreiche Teilnehmerin dieses Auswahlverfahrens war; dieser tatsächliche Umstand steht außer Zweifel.

14. In Bezug auf die sieben anderen Stellen teilte die Kommission Frau Girardot mit Schreiben vom 13. März 2001 mit, dass ihre Bewerbung „nicht [habe] berücksichtigt werden können“, weil diese Stellen „nur erfolgreichen Teilnehmern eines Auswahlverfahrens offen[stünden], die bei der Kommission nach dem Statut beschäftigt [seien]“. Für jede dieser Stellen erhielt die Kommission die Bewerbung von insgesamt sieben anderen Bewerbern, die alle Bedienstete auf Zeit waren und auf der Liste standen, die aus dem internen Auswahlverfahren zur Bildung einer Einstellungsreserve COM/T/R/ST/A/2000 hervorgegangen war. Die Kommission ernannte sie alle jeweils auf die freie Stelle, an der sie Interesse bekundet hatten.

15. Am 8. Juni 2001 legte Frau Girardot Beschwerde gegen die in diesen beiden Schreiben enthaltenen Entscheidungen ein, mit denen ihre Bewerbungen abgelehnt worden waren. Diese Beschwerde wurde stillschweigend zurückgewiesen.

### III — Zwischenurteil des Gerichts

16. Mit seinem Zwischenurteil hob das Gericht die Entscheidungen auf, mit denen die Kommission die Bewerbungen von Frau Girardot abgelehnt hatte. Nach Ansicht des Gerichts war nicht bewiesen, dass die

Kommission die Verdienste der Betroffenen ordnungsgemäß gewürdigt hatte, bevor sie ihre Bewerbung ablehnte und gleichzeitig die Bewerbungen der anderen Bewerber berücksichtigt<sup>3</sup>.

17. Das Gericht wies jedoch die Anträge von Frau Girardot auf Aufhebung der Entscheidungen, mit denen die Bewerber auf die fraglichen Stellen ernannt worden waren, zurück<sup>4</sup>. Nach Abwägung der Interessen von Frau Girardot, der dienstlichen Belange und der Interessen der ernannten Dritten, ging das Gericht — „wie es ihm die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes vorschrieben“ — davon aus, dass die Aufhebung der Entscheidungen, mit denen die fraglichen Stellen besetzt worden waren, eine überzogene Sanktion für den Rechtsverstoß darstellen würde, den die Kommission begangen habe, indem sie nicht bewiesen habe, dass sie die Verdienste einer einzigen Bewerberin um diese Stellen ordnungsgemäß geprüft habe<sup>5</sup>.

18. Das Gericht wies jedoch darauf hin, dass es, um im Interesse der Klägerin die praktische Wirksamkeit des Aufhebungsurteils sicherzustellen, von seiner ihm bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten übertragenen

3 — Randnrn. 65 bis 71 und 78 bis 80 dieses Urteils.

4 — Zwischenurteil (Randnr. 88).

5 — Ebd. (Randnrn. 85 bis 87).

Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung Gebrauch machen und das beklagte Organ sogar von Amts wegen zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen<sup>6</sup> oder das Organ auffordern könne, die Rechte der Klägerin angemessen zu schützen.

#### IV — Angefochtenes Urteil

19. Im vorliegenden Fall forderte das Gericht die Parteien auf, einvernehmlich eine finanzielle Entschädigung im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Ablehnung der Bewerbung von Frau Girardot zu vereinbaren, in der berücksichtigt werden müsse, dass sie künftig an keinem Verfahren mehr teilnehmen könne, da sie sich nicht mehr um offene Stellen bewerben könne und dürfe, die durch eine Stellenausschreibung „Spécial Recherche“ ausgeschrieben seien. Wenn eine solche Einigung zustande komme, so das Gericht weiter, müssten die Parteien ihm binnen drei Monaten nach Verkündung des Zwischenurteils ihre bezifferten Anträge mitteilen.

20. Da sich die Parteien nicht auf eine gerechte finanzielle Entschädigung einigen konnten, teilten sie dem Gericht am 6. September 2004 ihre bezifferten Anträge mit.

21. Frau Girardot schlug vor, den Betrag dieser Entschädigung auf 2 687 994 Euro, hilfsweise 432 887 Euro und weiter hilfsweise 250 248 Euro zuzüglich gerichtlich festgestellter Zinsen festzusetzen.

6 — Ebd. (Randnr. 89). Das Gericht verweist in dieser Hinsicht auf das Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 1980, Oberthür/Kommission (24/79, Slg. 1980, 1743, Randnr. 14). Vgl. auch Urteile des Gerichtshofs vom 16. Dezember 1960, Fiddelaar/Kommission (44/59, Slg. 1960, 1017), und vom 27. Oktober 1987, Houyoux und Guery/Kommission (176/86 und 177/86, Slg. 1987, 4333, Randnr. 16). Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass Frau Girardot keinen Antrag auf Ersatz des geltend gemachten, angeblich durch den Rechtsverstoß der Kommission verursachten Schadens gestellt hatte. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Zwischenurteil einer Minderheitsmeinung der Rechtsprechung auf dem Gebiet der Ernennung oder Einstellung zu folgen scheint, wenn darin eine Lösung gewählt wird, die eine Entschädigung für die Klägerin vorsieht, statt die Entscheidung, mit der die Bewerbung der Klägerin abgelehnt wird, und die Entscheidung, einen Dritten einzustellen, aufzuheben. Siehe als Beispiele dafür, dass diese beiden Entscheidungen untrennbar miteinander verbunden sind und beide aufgehoben wurden, Urteile des Gerichtshofs vom 30. Juni 1983, Schloh/Rat (85/82, Slg. 1983, 2105, Randnr. 40), und vom 23. September 2004, Hectors/Parlament (C-150/03 P, Slg. 2004, I-8691, Randnr. 54), sowie jeweils den Tenor der Urteile des Gerichts vom 9. März 1999, Richard/Parlament (T-273/97, Slg. ÖD 1999, I-A-45 und II-235), und vom 18. September 2003, Pappas/Ausschuss der Regionen (T-73/01, Slg. ÖD 2003, I-A-207 und II-1011).

22. Die Kommission beantragte, den Betrag auf 23 917,43 Euro festzusetzen, da sie es für angemessen hielt, Frau Girardot „zum einen als Entschädigung für den Verlust der Chance auf eine der acht fraglichen Stellen drei Nettomonatsgehälter, also 18 917,43 Euro, für die in [Art. 47 Abs. 2 Buchst. a der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten] vorgesehene Zeit der Mindestkündigungsfrist und zum anderen als Entschädigung für den Verlust der Chance, an einem neuen Verfahren zur Besetzung offener Stellen teilzunehmen, 5 000 Euro zu zahlen“<sup>7</sup>. Zu diesem Betrag seien die

7 — Angefochtenes Urteil (Randnr. 45).

Ausgleichszinsen, die zwischen der Verkündung des Zwischenurteils und der tatsächlichen Zahlung des geschuldeten Betrags angefallen seien, und ein symbolischer Betrag von einem Euro als Ersatz für den immateriellen Schaden hinzuzurechnen<sup>8</sup>.

23. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht den Betrag für die finanzielle Entschädigung, die die Kommission Frau Girardot schuldet, auf 92 785 Euro zuzüglich laufender Zinsen ab dem 6. September 2004 in Höhe des von der Europäischen Zentralbank für die wichtigsten Refinanzierungsvorgänge festgelegten Satzes zuzüglich zweier Prozentpunkte festgesetzt und der Kommission die Kosten auferlegt.

24. Bevor es die Berechnung dieses Betrags erläuterte, hat das Gericht zunächst daran erinnert, dass die durch das Zwischenurteil aufgehobenen Entscheidungen der Kommission der Betroffenen — wenn man berücksichtigt, dass die Situation vor dem Erlass dieser Entscheidungen nicht wiederhergestellt werden könne — sicher und unumkehrbar die Möglichkeit genommen hätten, dass ihre verschiedenen Bewerbungen geprüft würden und eine davon berücksichtigt werde<sup>9</sup>. Danach hat das Gericht ausgeführt, dass der Verlust einer Chance, eine Planstelle, die innerhalb eines Gemeinschaftsorgans vergeben werde, zu bekleiden

und in den Genuss der entsprechenden finanziellen Vorteile zu kommen, einen materiellen Schaden darstelle; in diesem Punkt sind sich die Parteien einig<sup>10</sup>. Schließlich hat das Gericht in den Randnrn. 57 und 58 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen, dass zur Beurteilung des Umfangs des durch den Verlust der Chance verursachten Schadens, der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits zwischen den Parteien sei, „die Differenz zwischen den Bezügen, die Frau Girardot erhalten hätte, wenn sich ihre Chance auf Berücksichtigung ihrer Bewerbung erfüllt hätte, und den Bezügen, die sie infolge der rechtswidrigen Ablehnung ihrer Bewerbung tatsächlich erhalten hat, zu bestimmen ist, und dass danach gegebenenfalls die prozentuale Chance zu beurteilen ist, die sie gehabt hätte, dass dieser Fall eintritt“.

25. In Bezug auf die konkrete Beurteilung der finanziellen Entschädigung im vorliegenden Fall hat das Gericht zunächst die Differenz zwischen den Bezügen, die Frau Girardot erhalten hätte, wenn sie von der Kommission eingestellt worden wäre, und den Bezügen berechnet, die sie tatsächlich erhielt, jeweils ausgehend von Nettobeträgen nach Steuern<sup>11</sup>. Was insbesondere den Zeitraum betrifft, für den dieser Vergleich durchzuführen wäre, ist das Gericht davon ausgegangen, dass er zur Berücksichtigung aller Möglichkeiten der Beendigung eines Dienstverhältnisses nach Art. 47 Abs. 2 sowie den Art. 48, 49 und 50 der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten nach billigem Ermessen auf fünf Jahre festgesetzt werden könne, einschließlich der

8 — Ebd. (Randnrn. 46 und 47).

9 — Ebd. (Randnr. 54).

10 — Ebd. (Randnr. 56).

11 — Ebd. (Randnrn. 60 und 83 bis 95).

Kündigungsfrist und beginnend an dem Tag des Inkrafttretens der Ernennung der Bewerber, die die Kommission nach dem Verfahren der Stellenausschreibung ausgewählt hatte, von dem Frau Girardot rechtswidrig ausgeschlossen worden war, also vom 1. April 2001 bis zum 31. März 2006<sup>12</sup>. Ausgehend von den von Frau Girardot vorgelegten Zahlen hat das Gericht den Umfang des Verlusts der Bezüge für diesen Zeitraum auf einen nach billigem Ermessen festgesetzten Betrag von 185 570 Euro bestimmt.

26. Was zweitens die Beurteilung der prozentualen Chance von Frau Girardot auf Annahme ihrer Bewerbung betrifft, hat das Gericht zunächst geprüft, ob ihre Bewerbungen die Voraussetzungen erfüllten, die gemäß den Stellenausschreibungen, auf die sie geantwortet hatte, erforderlich waren, um für diese Stellen berücksichtigt zu werden; nur bejahendenfalls sei sichergestellt, dass es sich bei der Chance, die die Klägerin verloren habe, um eine tatsächliche Chance gehandelt habe<sup>13</sup>. Das Gericht hat hierzu ausgeführt, dass dies gemäß dem Zwischenurteil der Fall gewesen sei<sup>14</sup>.

27. Drittens hat das Gericht geprüft, ob die Chance, die Frau Girardot genommen worden war, in dem Sinne als sicher angesehen werden konnte, dass sie andernfalls, wenn nicht alle Chancen, so doch zumindest eine ernsthafte Chance auf Zugang zu einer der fraglichen Stellen gehabt hätte<sup>15</sup>.

12 — Ebd. (Randnrn. 78 und 82).

13 — Ebd. (Randnr. 96).

14 — Ebd. (Randnr. 97).

15 — Ebd. (Randnr. 98).

28. In dieser Hinsicht und mit Blick auf die Aktenlage hat das Gericht festgestellt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kommission, die ihre Auswahlmöglichkeit wohl sicher lieber vergrößern würde, nach dem ersten Teil des Stellenausschreibungsverfahrens nach Art. 29 Abs. 1 des Statuts eine Bewerbung von Frau Girardot bestimmt in Betracht gezogen hätte, so dass diese alle Chancen gehabt hätte, einen Vertrag als Bedienstete auf Zeit im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten zu bekommen und entsprechende finanzielle Vorteile aus der Durchführung dieses Vertrags zu ziehen. Das Gericht ist jedoch der Auffassung gewesen, dass Frau Girardot dennoch eine ernsthafte Chance gehabt habe, die sie dadurch verloren habe, dass die Kommission ihre Bewerbung abgelehnt habe, ohne sie zu prüfen<sup>16</sup>.

29. Schließlich hat das Gericht die zusätzlichen Gesichtspunkte, die zum einen die Chance von Frau Girardot auf Berücksichtigung ihrer Bewerbung verringern und zum anderen die, die diese Chance vergrößern, gegeneinander abgewogen<sup>17</sup> und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Frau Girardot „letztlich eine ernsthafte Chance hatte, dass ihre

16 — Ebd. (Randnr. 115).

17 — Vgl. Randnrn. 116 und 117 des angefochtenen Urteils. In Bezug auf die erstgenannten Gesichtspunkte hat das Gericht festgestellt, dass die in Randnr. 115 des angefochtenen Urteils erwähnte ernsthafte Chance sich dadurch verringere, dass sich um jede der acht Stellen jeweils ein weiterer Bewerber gemäß Art. 29 Abs. 1 Buchst. b des Statuts beworben habe und dass die Kommission sich daher entweder für den einen oder für den anderen Bewerber oder sogar für keinen von beiden und damit dafür hätte entscheiden können, das Verfahren nicht weiter zu betreiben. In Bezug auf die als Zweites genannten Gesichtspunkte hat das Gericht ausgeführt, dass Frau Girardot sich wirksam um gleichartige Stellen hätte bewerben und möglicherweise auch hätte eingestellt werden können, wenn sie berechtigt gewesen wäre, an einem neuen Stellenausschreibungsverfahren teilzunehmen, das nach der Aufhebung der Entscheidungen durchgeführt worden sei, mit denen ihre Bewerbung abgelehnt worden sei.

Bewerbung für eine der Stellen, um die sie sich beworben hatte, oder für eine andere Stelle, um die sie sich später beworben hätte, berücksichtigt worden wäre“<sup>18</sup>, und sprach ihr nach billigem Ermessen die Differenz der Bezüge von 185 570 Euro zu, auf die ein Multiplikator von 0,5 angewandt wurde, um zum Ausdruck zu bringen, dass eine ernsthafte Chance (50 %) bestand, eine dieser Stellen zu bekommen. Die finanzielle Entschädigung wurde daher auf 92 785 Euro festgesetzt<sup>19</sup>.

werden könne<sup>21</sup>. Insbesondere in Bezug auf den immateriellen Schaden betreffend die Verschlechterung der psychischen Gesundheit und der Depression von Frau Girardot sowie den geltend gemachten körperlichen Schaden infolge des festgestellten Rechtsverstoßes hat das Gericht festgestellt, dass Frau Girardot keine Beweise für das Vorliegen solcher Schäden vorgelegt habe<sup>22</sup>.

## V — Anträge der Parteien

30. In Bezug auf den von Frau Girardot verlangten zusätzlichen materiellen, den immateriellen und den körperlichen Schaden, hat das Gericht in Randnr. 123 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass das Ziel der billigen finanziellen Entschädigung darin bestehe, das Zwischenurteil umzusetzen und die Rechte von Frau Girardot dadurch angemessen zu schützen, dass nach billigem Ermessen ein Ausgleich dafür geschaffen werde, dass die Situation, wie sie sich vor dem von der Kommission begangenen Rechtsverstoß dargestellt habe, nicht wiederhergestellt werden könne. Das Gericht ist daher davon ausgegangen, dass mangels eines vorherigen Antrags auf Schadensersatz das Ziel der Entschädigung nicht der Ersatz aller durch diesen Rechtsverstoß möglicherweise verursachten Schäden habe sein können und dass folglich das Vorbringen zu den anderen von Frau Girardot geltend gemachten Schäden unerheblich sei<sup>20</sup>. Das Gericht hat entschieden, dass jedenfalls für die Festsetzung des Betrags der billigen finanziellen Entschädigung keiner der anderen geltend gemachten Schäden berücksichtigt

31. Die Kommission beantragt mit ihrem Rechtsmittel,

- das angefochtene Urteil aufzuheben;
- sie zur Zahlung von 23 917,40 Euro an Frau Girardot zu verurteilen und
- den Parteien jeweils ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

18 — Angefochtenes Urteil (Randnr. 118).

19 — Ebd. (Randnrn. 119 und 121).

20 — Ebd. (Randnrn. 124 und 125, erster Satz).

21 — Ebd. (Randnr. 125, zweiter Satz).

22 — Randnrn. 133 und 137 des angefochtenen Urteils.



32. Frau Girardot beantragt,

— das Rechtsmittel der Kommission für unzulässig und jedenfalls für unbegründet zu erklären sowie

— ihr Anschlussrechtsmittel für zulässig zu erklären und ihren Anträgen auf Aufhebung und auf Entschädigung stattzugeben;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

sie darauf hin, dass sie mit ihrem Rechtsmittel eine Entscheidung des Gerichtshofs darüber herbeiführen wolle, wie der Verlust einer Chance auf Einstellung durch sie zu berechnen sei, wenn diese eine rechtswidrige Entscheidung getroffen habe, in deren Folge die Bewerbung des Betroffenen nicht berücksichtigt worden sei. Sowohl in ihren Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung führt sie aus, sie verfolge mit ihrem Rechtsmittel das Ziel, dass der Gerichtshof eine rechtliche Gedankenführung und eine einheitliche Methode für die Berechnung des Verlusts einer Einstellungschance aufzeige.

34. Die Kommission weist darauf hin, dass sie damit nicht geltend machen wolle, dass die Rechtswidrigkeit der Entscheidungen, mit denen sie die verschiedenen Bewerbungen von Frau Girardot abgelehnt habe, keinen zum Ersatz verpflichtenden Schaden verursacht hätten. Vielmehr akzeptiere sie den Gedanken, dass der Verlust einer Einstellungschance einen materiellen Schaden darstelle.

## VI — Zum Rechtsmittel

### A — Vorbringen der Parteien

33. Die Kommission macht als einzigen Aufhebungsgrund geltend, dass die vom Gericht im angefochtenen Urteil zur Berechnung des Chancenverlusts angewandte Methode gegen Art. 236 EG und die Voraussetzungen für eine Haftung der Kommission verstoße. Gleichzeitig weist

35. Jedoch betont die Kommission, dass der tatsächliche und sichere Schaden, den die Betroffene erlitten habe, darin bestehe, dass ihre Bewerbungen nicht geprüft worden seien, und nicht darin, dass ihr ein hypothetischer Verlust von Bezügen während eines auf ebenso hypothetische Weise bestimmten Zeitraums entstanden sei.

36. Die Erwägung in Randnr. 58 des angefochtenen Urteils, dass für die Beurteilung

des Umfangs des durch den Chancenverlust verursachten Schadens die Differenz zwischen den Bezügen, die Frau Girardot erhalten hätte, wenn sich die Chance auf Berücksichtigung ihrer Bewerbung erfüllt hätte, und den Bezügen zu bestimmen sei, die sie nach der rechtswidrigen Ablehnung ihrer Bewerbung tatsächlich erhalten habe, komme einer Quantifizierung eines materiellen Schadens gleich, der nicht mehr dem Verlust einer Einstellungschance entspreche sowie den Begriff des Chancenverlusts verfälsche und zu einem Begriff des Verlusts einer Gewissheit, eine Stelle zu erhalten, mache. Nach Ansicht der Kommission kann nicht bestritten werden, dass ihr bei der Einstellung ein weites Ermessen zusteht.

mit der die Betroffene möglicherweise eingestellt worden wäre. Diese Prämisse der Argumentation im angefochtenen Urteil zeige, dass das Gericht den Schaden, der sich aus einem hypothetischen Verlust von Bezügen ergebe, quantitativ erfassen wolle, weil die Tatsache, dass die Betroffene nur die Chance auf eine Einstellung verloren habe, („gegebenenfalls“) nicht automatisch eintrete. Drittens gebe sich das Gericht willkürlichen Vermutungen hin, um den Wahrscheinlichkeitsgrad der Einstellung der Betroffenen quantitativ zu erfassen. Wie sich jedoch aus Randnr. 57 des Zwischenurteils ergebe, habe die Betroffene keinen Anspruch auf Einstellung. Da im angefochtenen Urteil zunächst der materielle Schaden berechnet werde, als ob die Betroffene einen solchen Anspruch hätte, widerspreche es dem Zwischenurteil.

37. Ein solcher Rechtsfehler werde erstens dadurch untermauert, dass das Gericht für die Berechnung des Verlusts der Bezüge die Bezüge berücksichtige, die die Betroffene in der Zwischenzeit erhalten habe. Habe die Betroffene aber in der Zwischenzeit eine Stelle innegehabt, die besser bezahlt werde als die, die sie bei der Kommission in derselben Zeit hätte haben können, habe sie keinen Verlust von Bezügen erlitten, obwohl sie durchaus den Verlust einer Chance erlitten habe. Die vom Gericht angewandte Berechnungsmethode sei daher unlogisch und könne zu Diskriminierungen führen. Zweitens werde der Rechtsfehler auch durch die ebenfalls in Randnr. 58 des angefochtenen Urteils enthaltene Beurteilung untermauert, dass die Höhe des materiellen Schadens, der durch die Berechnung des Differenzbetrags der Bezüge quantifiziert werde, „gegebenenfalls“ als Prozentsatz erfasst werde, der die Wahrscheinlichkeit zum Ausdruck bringe,

38. Aus all diesen Erwägungen zieht die Kommission den Schluss, dass die Berechnung des sich aus dem Verlust einer Einstellungschance ergebenden Schadens zwangsläufig auf einer anderen als der Grundlage beruhen müsse, von der das Gericht ausgegangen sei, und dass sie jedenfalls nicht unter Bezugnahme auf einen Verlust von Bezügen erfolgen könne, der von der (hypothetischen und keinesfalls sicheren) Gewissheit einer Einstellung ausgehe. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission weiter ausgeführt, dass der sich aus einem rechtswidrigen Verhalten, nämlich aus der nicht erfolgten Prüfung einer Bewerbung, ergebende Rechtsverlust kein Verlust von Bezügen sein könne.

39. Daher fordert die Kommission den Gerichtshof auf, gemäß Art. 61 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des Gerichtshofs festzustellen, dass der Schaden, der Frau Girardot durch den Rechtsverstoß der Kommission, nämlich dadurch entstanden sei, dass diese ihre Bewerbung um eine der fraglichen Stellen nicht geprüft habe, was zum Verlust einer Einstellungschance geführt habe, billigerweise ersetzt werden könne, indem Frau Girardot ein Pauschalbetrag zugesprochen werde, der den Bezügen für drei Monate und dem Betrag entspreche, den die Kommission während der Kündigungsfrist eines befristeten Vertrags zahlen müsste — im vorliegenden Fall also 18 917,43 Euro — zuzüglich eines weiteren Pauschalbetrags von 5 000 Euro als Ersatz dafür, dass die Betroffene nicht mehr an einem weiteren Einstellungsverfahren teilnehmen könne.

40. Frau Girardot schlägt vor, das Rechtsmittel als unzulässig oder jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

41. In Bezug auf die Zulässigkeit macht sie erstens geltend, dass das Gericht nach der Rechtsprechung nur für die Bezifferung des Schadens zuständig sei, der durch den Verlust einer Chance entstanden sei. Wenn die Kommission dem Gericht nicht vorwerfe, dass es die Kriterien, die für die Bezifferung des von ihr erlittenen Schadens heranzuziehen seien, nicht angegeben habe, quod non, sei sie nicht befugt, die vom Gericht

vorgenommene Würdigung zu kritisieren und dürfe erst recht nicht vom Gerichtshof erwarten, dass er eine Grundsatzentscheidung über die Methode erlasse, die für die Berechnung der Entschädigung für den Schaden anzuwenden sei, der sich aus dem Verlust einer Chance ergebe. Im Übrigen gebe es in dieser Hinsicht eine Vielzahl von verschiedenen Situationen, die nur von Fall zu Fall entschieden werden könnten. Zweitens macht Frau Girardot geltend, der Rechtsmittelgrund, dass das Gericht eine Entschädigung für den Verlust einer Gewissheit und nicht für den Verlust einer Chance festsetze, sei unzulässig, da er in der ersten Instanz vor dem Gericht nicht geltend gemacht worden sei.

42. Zur Begründetheit führt Frau Girardot zunächst aus, dass zwar die Art und Weise, wie das Gericht im angefochtenen Urteil das Ausmaß des Schadens beurteilt habe, nicht der Art und Weise entspreche, wie es in anderen Rechtssachen vorgegangen sei, dass dies aber daran liege, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar gewesen seien.

43. Was erstens die Frage betreffe, ob der Schaden tatsächlich und sicher bestehe, habe das Gericht, da es sich um einen sich aus dem Verlust einer Chance ergebenden Schaden handle, schon früher festgestellt, dass die Voraussetzung des tatsächlichen Schadens erfüllt sei, sobald der Kläger beweise, dass ihm die Chance aufgrund des rechtswidrigen

Verhaltens des Organs entgangen sei (Urteil des Gerichts vom 21. März 1996, Farrugia/Kommission, T-230/94, Slg. 1996, II-195, Randnr. 43). Im vorliegenden Fall gehe der Streit jedoch nicht mehr darum, dass sie selbst durch die rechtswidrige Weigerung der Kommission, ihre Bewerbungen zu prüfen, zum einen die Chance, dass eine oder mehrere von diesen berücksichtigt würden, und zum anderen die Chance verloren habe, sich später wirksam auf eine andere Stelle zu bewerben, wenn sie dazu noch berechtigt gewesen wäre.

44. Was zweitens die geltend gemachte Umdeutung des Begriffs Verlust einer Chance in den des Verlusts einer Gewissheit betreffe, weist Frau Girardot darauf hin, dass das Vorgehen im angefochtenen Urteil, das darin bestehe, die Vorteile, die sie hätte erlangen können, wenn sie eingestellt worden wäre, und dann die prozentuale Chance, eingestellt zu werden, zu erfassen, eine klassische Vorgehensweise sei, die das Gericht bereits im Urteil vom 5. Oktober 2004, Eagle u. a./Kommission<sup>23</sup>, angewandt habe und die auch von der belgischen Lehre gutgeheißen werde. Durch diese Methode werde nicht der Begriff des Verlusts einer Chance umgedeutet, sondern er werde auf den Ersatz des Schadens abgestimmt, der sich aus dem Verlust einer Chance ergebe, bei der es begriffsnotwendig nicht sicher sei, ob sie sich erfülle.

45. Was drittens die Diskriminierung betreffe, die sich durch die vom Gericht

angewandte Methode ergeben soll, ist Frau Girardot der Ansicht, dass die von der Kommission geäußerte Kritik den zweiten Teil der Argumentation des Gerichts völlig unberücksichtigt lasse, der gerade dazu diene, den Faktor zu bestimmen, der auf den durch Vergleich mit dem Fall, dass sich die Chance erfüllt hätte, festgestellten Einkommensverlust anzuwenden sei und der der Wahrscheinlichkeit entspreche, dass die Chance eintrete. Außerdem erscheine es gerecht, dass für den Fall, dass eine feste Einstellung wahrscheinlich sei, der Bewerber, der einen größeren Verlust von Bezügen erlitten habe, eine höhere Entschädigung erhalte als der Bewerber mit einem geringeren Verlust von Bezügen. Da diese Bewerber sich nicht in der gleichen Lage befänden, liege auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung vor.

## B — Würdigung

### 1. Vorbemerkungen

46. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt ein im Dienstverhältnis wurzelnder Schadensersatzprozess zwischen einem Beamten oder Bediensteten auf Zeit und dem Organ, dem er angehört oder angehörte, im Rahmen des Art. 236 EG sowie des Statuts

<sup>23</sup> — T-144/02, Slg. 2004, II-3381, Slg. ÖD, I-A-275 und II-1231, Randnrn. 149 und 163.

und fällt nicht in den Anwendungsbereich der Art. 235 EG und 288 EG<sup>24</sup>.

47. Aus der Rechtsprechung zu Schadensersatzklagen im öffentlichen Dienst der Gemeinschaft ergibt sich außerdem, dass für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft das gleichzeitige Vorliegen von drei Voraussetzungen erforderlich ist, nämlich von der Rechtswidrigkeit des den Organen vorgeworfenen Verhaltens, dem Eintritt eines Schadens und dem Bestehen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Verhalten und dem geltend gemachten Schaden<sup>25</sup>. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof ausgeführt, dass das Gericht mit seiner Feststellung, dass Beamte, um einen Anspruch auf Ersatz des Geldentwertungsschadens zu haben, nachweisen müssten, dass ihnen *tatsächlich ein bestimmter und messbarer Schaden entstanden* sei und dass zwischen der Pflichtverletzung und dem behaupteten Schaden ein Kausalzusammenhang bestehe, nicht von dieser Rechtsprechung abgewichen ist<sup>26</sup>.

48. Diese Voraussetzungen — deren Vorliegen im Zwischenurteil und im ange-

fochtenen Urteil festgestellt und von der Kommission im vorliegenden Verfahren teilweise bestritten worden ist — entsprechen also im Wesentlichen denen für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 EG.

49. In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass weder Art. 236 EG noch das Statut — anders als Art. 288 Abs. 2 EG — auf die Regel Bezug nehmen, wonach die Gemeinschaft den durch ihre Organe verursachten Schaden „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“, ersetzt.

50. Da jedoch die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft sowohl im Fall des Art. 288 EG als auch im Fall des Art. 236 EG und des Statuts gleichartigen, ungeschriebenen Grundsätzen unterliegt, bestehen meines Erachtens keine Bedenken gegen die Durchführung einer Untersuchung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten daraufhin, ob es in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, wenn schon keine gemeinsamen allgemeinen Grundsätze, so doch wenigstens in einigen von ihnen eine Anerkennung rechtlicher Gebilde gibt, von denen sich der Gemeinschaftsrichter inspirieren lassen kann. Im Übrigen kann es im vorliegenden Fall von Interesse sein, sich kurz mit den nationalen Rechtsordnungen in Bezug darauf zu befassen, wie sie den Verlust einer Chance definieren, inwieweit sie dafür eine Entschädigung vorsehen und welche Methode manche dieser Rechtsordnungen

24 — Vgl. Urteile vom 22. Oktober 1975, Meyer-Burckhardt/Kommission (9/75, Slg. 1975, 1171, Randnr. 7), vom 17. Februar 1977, Reinartz/Rat und Kommission (48/76, Slg. 1977, 291, Randnr. 10), vom 4. Juli 1985, Allo u. a./Kommission (176/83, Slg. 1985, 2155, Randnr. 18), und vom 7. Oktober 1987, Schina/Kommission (401/85, Slg. 1987, 3911, Randnr. 9).

25 — Urteile vom 16. Dezember 1987, Delauche/Kommission (111/86, Slg. 1987, 5345, Randnr. 30), vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 42), sowie vom 14. Mai 1998, Rat/de Nil und Impens (C-259/96 P, Slg. 1998, I-2915, Randnr. 23).

26 — Urteil Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (Randnr. 42). Vgl. auch Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996, Stott/Kommission (T-99/95, Slg. 1996, II-2227, Randnr. 72).

anwenden, um den sich aus einem solchen Verlust ergebenden Schaden zu beziffern. Damit wäre auch das Vorgehen des Gerichts im vorliegenden Fall besser nachvollziehbar, das sicher bestimmte nationale Rechtsordnungen berücksichtigt hat. Diese Vorgehensweise erscheint im Hinblick auf diese Rechtsordnungen nicht so „unlogisch“, wie die Kommission in der Rechtsmittelschrift behauptet.

51. Die Untersuchung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Klageerhebung beim Gericht, also im Jahr 2003, lässt keinen diesen Rechtsordnungen gemeinsamen allgemeinen Grundsatz erkennen, nach dem der Verlust einer Einstellungschance einen ersatzpflichtigen Schaden darstellt, der überdies nach gemeinsamen oder ähnlichen Modalitäten zu ersetzen wäre.

52. In mehreren nationalen Rechtsordnungen (in Dänemark, Deutschland, Österreich, Portugal, Finnland und Schweden) kann grundsätzlich für den Verlust einer Einstellungschance kein Ersatz verlangt werden, obwohl einige von ihnen (u. a. die Rechtsordnungen Dänemarks, Portugals und Finnlands) verschiedene Entschädigungsformen vorsehen, die im Einzelfall für den rechtswidrig abgelehnten Bewerber günstiger sein können<sup>27</sup>.

27 — So sieht die portugiesische Rechtsordnung gemäß der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und gemäß der neuen Verwaltungsgerichtsordnung vor, dass der Ersatz eines die Laufbahn eines Beamten betreffenden Schadens rückwirkend in der Form erfolgt, dass von der Laufbahn, wie sie sich ohne die aufgehobene Entscheidung entwickelt hätte, ausgegangen wird. Im dänischen Recht, das den Begriff des Verlusts einer Chance nicht kennt, können die Entscheidungen der Behörden, die einen Verfahrens- oder einen sachlichen Fehler aufweisen, zu einer Schadensersatzforderung berechtigen, sofern eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die fragliche Person eingestellt worden wäre, wenn die Entscheidung nicht fehlerhaft gewesen wäre.

53. Dagegen sind der Begriff des Verlusts einer Chance und dessen Ersatzfähigkeit als solche insbesondere im arbeitsgerichtlichen Verfahren und/oder im nationalen öffentlichen Dienst in den Rechtsordnungen Belgiens, Griechenlands, Spaniens, Frankreichs, Irlands, Italiens, Luxemburgs, der Niederlande und des Vereinigten Königreichs anerkannt.

54. Der Begriff des Verlusts einer Chance wird gemäß diesen Rechtsordnungen im Wesentlichen als fehlgeschlagene Hoffnung, einen Vorteil zu erlangen und/oder einer Gefahr zu entgehen, definiert. Zumindest in Bezug auf den Verlust der Chance, einen erhofften Vorteil zu erlangen — so im vorliegenden Fall (der Verlust einer Einstellungschance) — gibt es einen gemeinsamen Aspekt in den einen solchen Verlust anerkennenden nationalen Rechtsordnungen, wonach dieser vorliegt, wenn sich eine Gefahr verwirklicht und damit das erhoffte Ergebnis für immer unerreichbar wird. Überdies setzen diese Rechtsordnungen im Allgemeinen voraus, dass die verlorene Chance in dem Sinne ernsthaft war, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von ihrem Eintritt auszugehen war. Die Ernsthaftigkeit der verlorenen Chance stellt somit ein Messinstrument für die Sicherheit des erlittenen Schadens dar.

55. Die Bezifferung des durch den Verlust einer Chance verursachten Schadens — unabhängig davon, ob dieser als immaterieller oder als materieller Schaden angesehen wird<sup>28</sup> — nehmen die nationalen

28 — In Spanien gilt der Verlust einer Chance auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Haftung als ein immaterieller ersatzfähiger Schaden, während er in den anderen nationalen Rechtsordnungen auch als materieller Schaden angesehen werden kann.

Gerichte nach billigem Ermessen vor. In Belgien wird der wirtschaftliche Wert einer verlorenen Chance nach billigem Ermessen beurteilt, indem das Gericht zunächst feststellt, dass keine Kriterien zur exakten Beurteilung des Schadens vorliegen, und dann alle Kriterien berücksichtigt, die sich auf seine Berechnung auswirken könnten<sup>29</sup>. In manchen Entscheidungen wird der Schaden beziffert, indem auf den Wert des verlorenen Gewinns der verlorenen Chance entsprechende Prozentsatz angewandt wird. So ist z. B. im Bereich des öffentlichen Diensts der Schaden dessen, der eine ernsthafte Beförderungschance verloren hat, mit 50 % der Differenz zwischen den Bezügen, die der Beamte erhalten hätte, wenn er befördert worden wäre, und den Bezügen beziffert worden, die er mangels dieser Beförderung weiterhin erhält<sup>30</sup>. In Frankreich beziffert das Verwaltungsgericht, wenn die Voraussetzungen für eine Entschädigung erfüllt sind, insbesondere wenn es sich um den Verlust einer ernsthaften Chance handelt, der für sich allein einen sicheren Schaden darstellt, die Entschädigung im Hinblick auf das Kriterium, dass der Ersatz des Schadens anhand des Werts der verlorenen Chance zu bemessen ist und nicht so hoch wie der Vorteil sein kann, der sich aus dieser Chance ergeben hätte, wenn sie sich erfüllt hätte<sup>31</sup>. Für die Bemessung der dem Opfer zu zahlenden Entschädigung kann das Verwaltungsgericht im Rahmen des Schadensersatzverfahrens eine Gesamtbeurteilung der Schäden vornehmen, wobei es darauf

achten muss, den Grundsatz des vollständigen Ersatzes des Schadens zu beachten<sup>32</sup>, oder es kann, in dem speziellen Fall, dass die Rechte des Opfers wiederhergestellt worden sind (z. B. Wiederverwendung oder Neueinstufung), eine Bezifferung des Schadens anhand der Differenz zwischen den Bezügen, die der Beamte erhalten hätte, wenn er im Dienst geblieben wäre, und den Bezügen vornehmen, die er tatsächlich erhalten hat<sup>33</sup>. In Italien hat die Corte suprema di cassazione die Methode bestätigt, die den Differenzbetrag zwischen den Bezügen, die der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn sich die Beförderungschance verwirklicht hätte, und den Bezügen berücksichtigt, die er tatsächlich erhalten hat. Sie hat entschieden, dass dem Arbeitnehmer ein prozentualer Anteil dieses Betrags, der der Wahrscheinlichkeit, befördert zu werden, entspricht, gewährt werden kann<sup>34</sup>. Im Vereinigten Königreich ist im Rahmen des Arbeitsrechts die quantifizierte Erfassung des Verlusts einer Einstellungschance durch Bestimmung der prozentualen Wahrscheinlichkeit der Einstellung und Anwendung des betreffenden Prozentsatzes auf das hypothetisch verlorene Gehalt erfolgt<sup>35</sup>.

56. Diese Methoden scheinen das Gericht in der vorliegenden Rechtssache inspiriert

29 — Vgl. Durand, I., „À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage“ in *Droit de la responsabilité — Morceaux choisis*, Formation permanente CUP, Bd. 68, Larcier, Lüttich, 2004, S. 43.

30 — Cour d'appel de Bruxelles, 28. November 1994, veröffentlicht in der Zeitschrift *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1995, S. 1108.

31 — Vgl. Conseil d'État, 6. November 2000, Grégory, Nr. 189398, veröffentlicht auf der Website [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). In dieser Rechtssache hat der Conseil d'État ausgeführt, dass der Kläger sich nicht auf die Vorteile von Bezügen, die er als Schüler der École normale supérieure hätte erhalten können, berufen kann, weil er die Chance verloren habe, erfolgreich am Auswahlverfahren zur Aufnahme in diese Schule teilzunehmen.

32 — Vgl. in dieser Hinsicht Conseil d'État, 8. Februar 1984, Gueninchant, Nr. 44690/044777, und 8. November 2002, M. Guisset, Nr. 227147, veröffentlicht auf [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). In dem Urteil Liuzzi (2. Februar 1996, Nr. 146769, veröffentlicht auf [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) hat der Conseil d'État darauf hingewiesen, dass „weder eine Bestimmung noch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz das Verwaltungsgericht daran hinderten, eine Gesamtwürdigung einzelner Schäden vorzunehmen, nachdem es die Begründetheit der auf Ersatz dieser Schäden gerichteten Anträge beurteilt habe“.

33 — Vgl. Conseil d'État, 27. Mai 1987, Legoff, Nr. 59158, veröffentlicht auf der Website [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), sowie Conseil d'État, 24. Januar 1996, Collins, Rec. Lebon Nr. 103987.

34 — Corte suprema di cassazione, Senat für Arbeitsrecht, 14. Dezember 2001, Nr. 15810.

35 — Court of Appeal, 22. Juli 1998, Doyle/Wallace [1998], *Personal Injuries and Quantum Reports* (PIQR), Q146.

zu haben. Die Kommission macht in ihrer Rechtsmittelschrift geltend, die Rechtsprechung des Gerichts weise eine gewisse Unregelmäßigkeit auf, zum einen in Bezug auf die Anerkennung des Verlusts einer Chance als Schaden, der vollständig zu ersetzen sei, und zum anderen in Bezug auf die Art und Weise der Berechnung des Schadens, der sich in verschiedenen Rechtssachen aus dem Verlust einer Chance ergebe.

sicher erhalten hätte<sup>37</sup>. Ein ähnlicher Ansatz, wenn auch nicht so kategorisch, wurde in dem Urteil Farrugia/Kommission<sup>38</sup> gewählt. Darin wurde aus ähnlichen Gründen die Behauptung des Klägers zurückgewiesen, ihm sei ein erheblicher Schaden entstanden, weil er die einmalige Chance auf Fortsetzung seiner Studien und Forschungen dadurch verloren habe, dass seine Bewerbung um ein Ausbildungsstipendium in der Forschung, das die Kommission nach geltendem Gemeinschaftsrecht an ihn hätte vergeben müssen, rechtswidrig abgelehnt worden sei.

57. Zwar ging das Gericht in Rechtsstreitigkeiten, die nicht den öffentlichen Dienst der Gemeinschaft betrafen, davon aus, dass der Schaden, der sich aus dem Verlust einer Chance ergebe, nicht Gegenstand einer Entschädigung sein könne, da er weder tatsächlich noch sicher sei. So neigt das Gericht in Rechtsstreitigkeiten betreffend Ausschreibungsverfahren zu der Auffassung, dass der Schaden wegen entgangenen Gewinns, der durch einen von der Kommission bei einer Ausschreibung begangenen Rechtsverstoß verursacht wurde, einen Anspruch des Klägers auf den Zuschlag voraussetzt<sup>36</sup>. In einem solchen Fall hat das Gericht entschieden, dass der dem nicht berücksichtigten Bieter entstandene Schaden wegen entgangenen Gewinns weder tatsächlich noch sicher sei, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass er den Zuschlag

58. In dienstrechtlichen Streitsachen jedoch scheint das Gericht weniger streng zu sein. Zumindest in den meisten Entscheidungen wird der Verlust einer Einstellungs- oder einer Beförderungschance als ersatzfähiger

36 — Urteile vom 29. Oktober 1998, TEAM/Kommission (T-13/96, Slg. 1998, II-4073, Randnr. 76), und vom 9. Juli 1999, New Europe Consulting und Brown/Kommission (T-231/97, Slg. 1999, II-2403, Randnr. 51).

37 — Urteil vom 11. Juni 2002, AICS/Parlament (T-365/00, Slg. 2002, II-2719, Randnr. 79), sowie vom 17. März 2005, AËCon Management Consultants u. a./Kommission (T-160/03, Slg. 2005, II-981, Randnrn. 112 bis 114). Generalanwalt Poiares Maduro hat diesen Ansatz in seinen Schlussanträgen vom 7. September 2006 in der Rechtssache Agraz (Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 2006, C-243/05 P, Slg. 2006, I-10833) gerechtfertigt und in Nr. 20 unter Bezugnahme auf die oben angeführten Urteile darauf hingewiesen, dass die Anerkennung eines Ermessens der Kommission zur Einstufung eines Schadens als nur hypothetisch führen könne. Würde einem Bewerber um eine Stelle oder einem Bieter im Rahmen einer Ausschreibung wegen eines Fehlers der Gemeinschaft das Recht auf Teilnahme abgesprochen, so lehne das Gericht im Allgemeinen eine Wiedergutmachung des Verlusts einer Chance ab, der sich für den Betroffenen daraus ergebe. Grund hierfür sei, dass sich der Betroffene nicht auf einen Anspruch oder eine berechtigte Erwartung stützen könne, die Stelle oder den Auftrag zu erhalten. Der materielle Schaden infolge des Verlusts der Vorteile, die sich bei Erhalt der Stelle oder des Auftrags ergeben hätten, erscheine als zu unsicher, um einer Wiedergutmachung zugänglich zu sein. Zwar hat der Gerichtshof das Urteil des Gerichts in dieser Rechtssache aufgehoben, aber er hatte nicht über die Problematik des Verlusts einer Chance zu entscheiden.

38 — Randnrn. 44 und 46.



Schaden angesehen<sup>39</sup>. In diesen Rechtssachen ging das Gericht in teilweise widersprüchlicher Art und Weise davon aus, dass es sich um einen immateriellen<sup>40</sup> und/oder um einen materiellen<sup>41</sup> Schaden handele, wenn es in Bezug auf die Berechnung des Schadens entweder eine auf Ausgleichsbezügen beruhende Methode<sup>42</sup> oder eine Methode der Entschädigung nach billigem Ermessen<sup>43</sup> anwandte.

59. Dass es sich bei dem Verlust einer Chance in der beruflichen Entwicklung um

39 — Urteile vom 17. März 1993, Moat/Kommission (T-13/92, Slg. 1993, II-287, Randnr. 44), vom 27. Oktober 1994, C/Kommission (T-47/93, Slg. ÖD 1994, I-A-233 und II-743, Randnr. 54), vom 12. November 1998, Rat/Hankart (T-91/96 REV, Slg. ÖD 1998, I-A-597 und II-1809, Randnr. 27), vom 27. November 2003, Bories u. a./Kommission (T-331/00 und T-115/01, Slg. ÖD 2003, I-A-309 und II-1479, Randnrn. 194 bis 204), Eagle u. a./Kommission (Randnr. 150), vom 5. Oktober 2004, Sanders u. a./Kommission (T-45/01, Slg. 2004, II-3315, sowie Slg. ÖD, I-A-267 und II-1183, Randnrn. 151 und 152), und vom 31. Januar 2007, C/Kommission (T-166/04, Slg. 2007, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 70).

40 — Urteile Moat/Kommission (Randnrn. 44 bis 48) und vom 31. Januar 2007, C/Kommission (Randnr. 70). Das Urteil vom 27. Oktober 1994, C/Kommission, das zu dieser Gruppe zu gehören scheint, weil das Gericht dem Antrag auf Ersatz des immateriellen Schadens des Klägers stattgab, ist immerhin insoweit missverständlich, als das Gericht zum einen nicht ausdrücklich die Natur des Schadens, der ersetzt wurde, angab, und zum anderen als Ersatz für den immateriellen Schaden einen über den Antrag des Klägers hinausgehenden Betrag zusprach, jedoch gleichzeitig den Antrag auf Ersatz des sich aus dem Verlust der Einstellungschance ergebenden materiellen Schadens abwies, der auf der Differenz zwischen den erhofften und den tatsächlich erhaltenen Bezügen beruhte, so dass man daraus schließen könnte, dass das Gericht eine Gesamtwürdigung der beiden Schäden vornahm.

41 — Urteile Bories u. a./Kommission (Randnrn. 195, 197, 200 und 202), Eagle u. a./Kommission (Randnr. 150) sowie Sanders u. a./Kommission (Randnr. 150). Vgl. auch Urteil Allo/Kommission (Randnr. 73), das im angefochtenen Urteil (Randnr. 56) zu den Rechtssachen gezählt wird, die den durch einen Verlust einer Chance erlittenen Schaden als materiellen Schaden einstufen, wobei das Gericht in dieser Rechtssache, anders als in den anderen oben angeführten Urteilen, feststellte, dass der geltend gemachte Schaden nicht bewiesen worden sei.

42 — Vgl. Urteile Eagle u. a./Kommission (Randnr. 163) und Sanders u. a./Kommission (Randnr. 166).

43 — Vgl. Urteile Moat/Kommission (Randnr. 49), vom 27. Oktober 1994, C/Kommission (Randnr. 55), Bories u. a./Kommission (Randnrn. 194 bis 204) sowie vom 31. Januar 2007, C/Kommission (Randnr. 79).

einen materiellen Schaden handelt, scheint im Rechtsmittelverfahren durch das Urteil Rat/de Nil und Impens bestätigt worden zu sein.

60. In der ersten Instanz war das Gericht in Randnr. 47 des Urteils vom 26. Juni 1996, de Nil und Impens/Rat<sup>44</sup>, davon ausgegangen, dass die Klägerinnen das Bestehen eines Anspruchs auf Ersatz des Schadens bewiesen hätten, der sich daraus ergebe, dass sie nicht zur selben Zeit wie die anderen erfolgreichen Teilnehmer des vom Rat der Europäischen Union durchgeführten internen Auswahlverfahrens in die Laufbahngruppe B neu eingestuft worden seien. Da sie, obwohl sie nach ihrer Neueinstufung keinen Anspruch auf die Beförderung gehabt hätten, jedenfalls eine Chance auf eine künftige Entwicklung ihrer Laufbahn, die derjenigen der erfolgreichen Teilnehmer dieses Auswahlverfahrens vergleichbar sei, verloren hätten, gab das Gericht neben dem Ersatz dieses materiellen Schadens auch dem Antrag der Klägerinnen auf Ersatz des immateriellen Schadens statt, den sie aufgrund der anhaltenden Ungewissheit erlitten, in der sie sich in Bezug auf die Entwicklung ihrer Laufbahn befanden. Das Gericht bezifferte den materiellen und den immateriellen Schaden auf zusammen 500 000 BEF.

61. Der Gerichtshof hob das Urteil des Gerichts auf das vom Rat eingelegte Rechtsmittel hin auf, soweit darin ein Anspruch der Klägerinnen auf Ersatz des angeblich

44 — T-91/95, Slg. ÖD 1996, I-A-327 und II-959.

erlittenen immateriellen Schadens anerkannt wurde. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Rechtsstreit in diesem Punkt entscheidungsreif sei und wies den Antrag der Klägerinnen auf Ersatz des immateriellen Schadens zurück. Dagegen folgte er nicht der Kritik des Rates in Bezug auf das vom Gericht festgestellte Bestehen eines materiellen Schadens. In Randnr. 28 des Urteils Rat/de Nil und Impens führte er unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Randnr. 47 des Urteils des Gerichts aus, dass „... nicht von vornherein ausgeschlossen werden [kann], dass die Beamten, die im [fraglichen] Auswahlverfahren ... nicht erfolgreich waren und wie die Klägerinnen [an einem zweiten] Auswahlverfahren ... mit Erfolg teilgenommen haben, dadurch einen materiellen Schaden erlitten haben, dass sie nicht mit Wirkung vom 1. Januar 1991 neu eingestuft werden können und dass sich ihre Laufbahn künftig nicht ähnlich entwickeln wird wie die der erfolgreichen Teilnehmer des [fraglichen] Auswahlverfahrens ...“.

62. Ich sehe keinen Grund, der dagegen spräche, den Verlust einer Einstellungschance — wie im vorliegenden Fall — entsprechend zu beurteilen<sup>45</sup>. Im Übrigen ist festzustellen, dass die Kommission in ihrer Rechtsmittelschrift nicht bestreitet, dass der Verlust einer Einstellungschance ersatzfähig ist und — trotz einiger kritischer Anmerkungen zur Rechtsprechung

des Gerichts — „den Gedanken akzeptiert“, dass es sich bei dem sich aus einem solchen Verlust ergebenden Schaden, wie in Randnr. 56 des angefochtenen Urteils festgestellt wird, um einen materiellen Schaden handelt.

63. Dagegen macht die Kommission in ihrer Rechtsmittelschrift geltend, dass sie nicht mit der vom Gericht angewandten Methode zur quantitativen Erfassung eines solchen Schadens einverstanden sei. Sie betont, dass das Gericht mit der Quantifizierung des Chancenverlusts anhand der Differenz zwischen den Bezügen, die die Betroffene erhalten hätte, wenn sie eingestellt worden wäre, und den Bezügen, die sie tatsächlich erhalten habe, den Begriff des Chancenverlusts verfälsche. Bei der vom Gericht angewandten Methode, die auf Ausgleichsbezügen beruhe, würde ein hypothetischer Schaden bestimmt und der Verlust einer Gewissheit und nicht einer Einstellungschance ersetzt. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission ferner ausgeführt, dass der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem Rechtsverstoß und dem erlittenen Schaden eine der in der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen, nämlich die des Vorliegens eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen dem begangenen Rechtsverstoß und dem Schaden, nicht erfülle.

45 — In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil vom 5. April 1973, Giordano/Kommission (11/72, Slg. 1973, 417, Randnrn. 8 und 9), den Antrag des Klägers auf Ersatz des geltend gemachten materiellen Schadens, der diesem durch Verlust einer ernsthaften Einstellungschance entstanden war, nicht mangels Beachtlichkeit eines solchen Schadens im Rahmen eines die außervertragliche Haftung betreffenden Rechtsstreits, sondern allein aufgrund der Tatsache abgewiesen hat, dass der Kläger nicht das tatsächliche Vorliegen einer Einstellungschance bewiesen hatte.

64. Vor der Prüfung der Begründetheit dieser Ansicht wirft das Vorbringen der Kommission, wie Frau Girardot dargetan hat

(vgl. Nr. 41 der vorliegenden Schlussanträge), zunächst die jetzt zu prüfende Frage seiner Zulässigkeit auf.

## 2. Zur Zulässigkeit

65. Zunächst sei daran erinnert, dass das Gericht, wenn es das Vorliegen *eines* Schadens festgestellt hat, allein zuständig ist, innerhalb der Grenzen des Antrags Art und Umfang der Wiedergutmachung *dieses* Schadens zu beurteilen<sup>46</sup>. Der Gerichtshof hat jedoch ausgeführt, dass die Urteile des Gerichts ausreichend begründet sein müssen, damit der Gerichtshof sie nachprüfen kann, und dass sie insbesondere angeben müssen, anhand welcher Kriterien der zu zahlende Betrag festgesetzt worden ist<sup>47</sup>.

66. Hier ist die Rechtsmittelschrift sicherlich in einigen Punkten, die die an dem angefochtenen Urteil geübte Kritik betreffen, missverständlich.

46 — Urteile Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (Randnr. 81), Rat/de Nil und Impens (Randnr. 32), vom 9. September 1999, Lucaccioni/Kommission (C-257/98 P, Slg. 1999, I-5251, Randnr. 34), und vom 23. April 2002, Campogrande/Kommission (C-62/01 P, Slg. 2002, I-3793, Randnr. 44), sowie Beschluss vom 14. Dezember 2006, Meister/HABM (C-12/05 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 82) (Hervorhebungen nur hier).

47 — Vgl. u. a. Urteil Rat/de Nil und Impens (Randnrn. 32 und 33) und Beschluss Meister/HABM (Randnr. 82).

67. Zum einen macht die Kommission geltend, sie wolle eine Entscheidung des Gerichtshofs über die im angefochtenen Urteil angewandte Art und Weise der Berechnungsmethode für den Ersatz des durch den Verlust der Chance entstandenen Schadens herbeiführen. Im Hinblick auf die oben angeführte Rechtsprechung müssen diese Rügen des Rechtsmittels jedoch entweder für unzulässig erklärt oder, um ihrer praktischen Wirksamkeit willen, wie es auch der Gerichtshof schon einmal getan hat, dahin umgedeutet werden, dass sie eine fehlende oder unzureichende Begründung des angefochtenen Urteils in Bezug auf die Kriterien betreffen, anhand deren das Gericht den Ersatz des Schadens beziffert hat<sup>48</sup>.

68. Zum anderen beschränkt sich die Kommission jedoch nicht darauf, den Umfang des Schadensersatzes zu beanstanden, sondern benennt meines Erachtens in ihrem einzigen Rechtsmittelgrund zur Begründung ihrer Anträge einen Rechtsfehler, mit dem das angefochtene Urteil behaftet sein soll.

69. Ohne die im Zwischenurteil getroffene Feststellung, dass ein durch den begangenen Rechtsverstoß verursachter Schaden vorliegt, in Frage zu stellen — und ohne sie in Frage stellen zu können — führt die Kommission im Wesentlichen aus, dass der vom Gericht in dem angefochtenen Urteil zugesprochene Ersatz nicht den im Zwischenurteil festgestellten Schaden betreffe, sondern vielmehr

48 — Urteil Lucaccioni/Kommission (Randnr. 36).

einen anderen Schaden, nämlich den Verlust der Gewissheit, eine Planstelle zu bekleiden, und den Verlust der entsprechenden Bezüge. In diesem Sinne macht die Kommission also geltend, das Gericht habe durch die Anwendung der kritisierten Methode die Voraussetzung für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft verfälscht, und zwar entweder indem es einen Schaden ersetzt habe, der nicht tatsächlich und sicher sei, oder indem es das Maß des Kausalzusammenhangs zwischen dem begangenen Rechtsverstoß und dem Schaden falsch beurteilt habe. Mit anderen Worten: Das Gericht habe zwar das Bestehen *eines* Schadens festgestellt, jedoch nicht *diesen* Schaden, sondern einen *anderen* Schaden ersetzt, der nicht die nach der Rechtsprechung für eine Ersatzfähigkeit erforderlichen Voraussetzungen erfülle. Eine solche — sicherlich rechtliche — Frage kann meines Erachtens nicht der Kontrolle durch den Gerichtshof entzogen sein.

70. Entgegen den Ausführungen von Frau Girardot in ihrer Einrede der Unzulässigkeit kann man auch nicht geltend machen, das Vorbringen der Kommission sei unzulässig, weil sie bestreite, dass es sich um einen tatsächlichen und sicheren Schaden handle und weil dies in der ersten Instanz nicht vorgetragen worden sei. Es ist offensichtlich, dass die von der Kommission angegriffenen Feststellungen zum ersten Mal im angefochtenen Urteil getroffen werden, so dass der von Frau Girardot geltend gemachte Einwand, es handle sich um ein neues Angriffsmittel, zurückzuweisen ist<sup>49</sup>.

71. Ich schlage daher vor, das Rechtsmittel unter dem Vorbehalt für zulässig zu erklären, dass die Rügen des Rechtsmittels, mit denen der Umfang des Schadensersatzes beanstandet wird, dahin ausgelegt werden, dass sie die fehlende oder unzureichende Begründung des angefochtenen Urteils betreffen.

### 3. Zur Begründetheit

72. Die Kommission beanstandet im Wesentlichen unter Bezugnahme auf Randnr. 58 des angefochtenen Urteils, dass der materielle Schaden anhand des Kriteriums der Differenz zwischen den Bezügen berechnet und damit der Verlust einer Chance verfälschend in den Verlust der Gewissheit, eine Stelle zu erhalten, umgedeutet worden sei. Dieser Rechtsfehler des Gerichts wird ihrer Ansicht nach, wie in Nr. 37 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt wurde, durch weitere Gesichtspunkte bestätigt.

73. Diese Kritik beruht meines Erachtens auf einer teilweise fehlerhaften Interpretation des angefochtenen Urteils.

74. Zwar liegt der Beurteilung in Randnr. 58 des angefochtenen Urteils ein Rechtsfehler zugrunde.

49 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C-229/05 P, Slg. 2007, I-439, Randnr. 33).

75. In dieser Randnummer der Begründung des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, wie es bei der Bezifferung des von Frau Girardot erlittenen Schadens vorgehen wird. Es hat hierfür darauf hingewiesen, dass „die Differenz zwischen den Bezügen, die Frau Girardot erhalten hätte, wenn sich ihre Chance auf Berücksichtigung ihrer Bewerbung erfüllt hätte, und den Bezügen zu bestimmen ist, die sie nach der rechtswidrigen Ablehnung ihrer Bewerbung tatsächlich erhalten hat. Danach ist *gegebenenfalls* zu beurteilen, wie hoch die prozentuale Wahrscheinlichkeit war, dass die Bewerbung von Frau Girardot berücksichtigt wird.“<sup>50</sup>

76. Das Gericht scheint durch die Einleitung des zweiten Schritts seiner Argumentation mit dem Wort „gegebenenfalls“ davon auszugehen, dass dieser Schritt nur fakultativ ist, während rein rechtlich im Fall des Verlusts einer Einstellungschance ein solcher Schritt obligatorisch ist.

77. Der Verlust einer Chance als solcher ist nämlich ein Schaden, was die Kommission im Übrigen auch einräumt. Handelt es sich um den Verlust einer Einstellungschance, so besteht der Schaden nicht in den erhofften Beträgen, sondern in der Hoffnung, diese Beträge zu erhalten. Bei der Schadensersatzgewährung hat das Gericht das Maß dieser Hoffnung zu berücksichtigen, die gemäß den Anforderungen der Rechtsprechung ernsthaft sein muss. Es muss eine echte Chance bestanden haben. In diesem Sinne handelt

es sich um eine Anwendung des Grundsatzes des Ersatzes eines sicheren Schadens, weil nicht das erwartete künftige Ereignis oder die erwartete künftige Entwicklung sicher ist, sondern der Verlust der Chance, dass diese eintreten. Die Beurteilung von Frau Girardots Chance auf Berücksichtigung ihrer Bewerbung kann also nicht fakultativ sein, weil sie selbst Bestandteil des Begriffs „Verlust einer Chance“ ist.

78. Aber der Rechtsfehler des Gerichts führt meines Erachtens nicht zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils. Es ist unstrittig, dass das Gericht in den Randnrn. 96 bis 122 dieses Urteils die — im Übrigen als ernsthaft eingestufte — Chance von Frau Girardot auf eine der Stellen, um die sie sich beworben hatte, konkret beurteilt hat, so dass man nicht, wie die Kommission zu Unrecht behauptet, annehmen kann, dass der in dem angefochtenen Urteil festgestellte materielle Schaden allein der Differenz zwischen den Bezügen, die Frau Girardot erhalten hätte, wenn eine ihrer Bewerbungen von der Kommission angenommen worden wäre, und den Bezügen entspricht, die sie tatsächlich erhalten hat.

79. In dieser Hinsicht kann auch die Kritik der Kommission nicht durchgreifen, mit der diese beanstandet, dass im angefochtenen Urteil der Verlust von Bezügen als Kriterium für die Beurteilung des Verlusts einer Einstellungschance berücksichtigt werde.

50 — Hervorhebung nur hier.

80. Zwar ist der Kommission darin zuzustimmen, dass Frau Girardot keinen Anspruch darauf hatte, eingestellt zu werden. Das angefochtene Urteil widerspricht dieser Feststellung nicht. Das Gericht hat sie vielmehr in Randnr. 72 des angefochtenen Urteils ausdrücklich bestätigt, so dass entgegen der Behauptung der Kommission kein Widerspruch zwischen dem angefochtenen Urteil und Randnr. 57 des Zwischenurteils vorliegt.

81. Die Tatsache, dass kein Einstellungsanspruch besteht, bedeutet jedoch nicht, dass das Kriterium der Bezüge nicht bei der Bezifferung des sich aus dem Verlust einer Einstellungschance ergebenden materiellen Schadens berücksichtigt werden könnte, wenn bei dieser Bezifferung auch die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt wird, die für eine solche Einstellung bestand, und wenn sie die Anträge der Parteien berücksichtigt, wie dies das Gericht im angefochtenen Urteil getan hat.

82. Der festgestellte Rechtsverstoß, also der fehlende Beweis dafür, dass eine Abwägung der Verdienste durchgeführt worden ist, hat Frau Girardot sicher die Chance auf die angestrebten Stellen, und damit auch die Chance genommen, die entsprechenden Bezüge zu erhalten. Das Gericht hat durch die Anwendung einer Methode, die auf den erhofften Bezügen und deren Gewichtung gemäß der Wahrscheinlichkeit beruht, mit der sich die ernsthafte Chance von Frau Girardot, solche Bezüge zu erhalten, hätte erfüllen können, nur die Kriterien für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft in dem beson-

deren Rahmen der Anwendung auf den Verlust einer Einstellungschance angewandt.

83. Zudem ist interessanterweise festzustellen, dass auch die von der Kommission vorgeschlagene alternative Methode auf dem Kriterium der Bezüge beruht, soweit die Kommission eine finanzielle Entschädigung für Frau Girardot vorschlägt, deren Höhe sich entsprechend der Mindestkündigungsfrist nach Art. 47 Abs. 2 Buchst. a der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Beamten auf die Netto Bezüge für drei Monate belaufen soll.

84. Selbst wenn eine solche Entschädigung — die von der Prämisse ausgeht, dass die Kommission das Recht gehabt hätte, das Beschäftigungsverhältnis von Frau Girardot ohne Angabe von Gründen einseitig zu beenden, und dass diese Beendigung unmittelbar wirksam geworden wäre<sup>51</sup> — möglich

51 — In den Urteilen vom 18. Oktober 1977, Schertzer/Parlament (25/68, Slg. 1977, 1729, Randnrn. 38 bis 40), und vom 19. Juni 1992, V./Parlament (C-18/91 P, Slg. 1992, I-3997, Randnr. 39), hat der Gerichtshof in Bezug auf die einseitige Kündigung des Vertrags eines Bediensteten auf Zeit ausgeführt, dass eine solche Kündigung, die in Art. 47 Abs. 2 der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten ausdrücklich vorgesehen ist und bei der die zuständige Stelle über ein weites Ermessen verfügt, ihre Rechtfertigung im Beschäftigungsvertrag findet und daher nicht begründet werden muss. Insbesondere im Hinblick auf die von der Rechtsprechung immer wieder betonte Bedeutung des Grundsatzes der Begründungspflicht im Gemeinschaftsrecht (von dem nur bei Vorliegen zwingender Gründe abgewichen werden darf) sowie des Schutzes des Arbeitnehmers gegen Kündigungen und gegen die missbräuchliche Verwendung von befristeten Verträgen sollte dieser Ansatz meiner Ansicht nach überarbeitet werden. Vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts für den öffentlichen Dienst vom 26. Oktober 2006, Landgren/Europäische Stiftung für Berufsbildung (F-1/05, Slg. ÖD 2006, I-A-123 und II-A-1-459, Randnrn. 63 bis 76), im Rechtsmittelverfahren unter dem Aktenzeichen T-404/06 P beim Gericht erster Instanz anhängig.

wäre, beruht sie doch auf demselben Kriterium, das auch das Gericht angewandt hat. Die Kommission weicht davon letztlich nur in Bezug auf die Bezifferung des Schadens ab, die — wie bereits oben ausgeführt wurde — allein Sache des Tatrichters ist. Mit anderen Worten: Da die Kommission einräumt, dass das Kriterium der Bezüge, das zudem den Ausgangspunkt ihrer eigenen Berechnungsmethode bildet, für den Ersatz des Verlusts einer Einstellungschance relevant ist, kann sie im Rahmen des Rechtsmittels nicht mehr die Art und den Umfang der Wiedergutmachung des erlittenen Schadens kritisieren.

85. Wie die Kommission außerdem betont hat, zielt die von ihr vorgeschlagene Methode darauf ab, den Verlust einer Einstellungschance einheitlich zu ersetzen. Zum einen wird bei diesem Ansatz leicht übersehen, dass der bei dem durch den Rechtsverstoß eines Gemeinschaftsorgans verursachte Schaden zwangsläufig individueller Natur ist, und zum anderen birgt er die Gefahr, dass er die abschreckende Wirkung der finanziellen Entschädigung beeinträchtigt, da er die Verwaltung dazu verleitet, die Einhaltung der von ihr zu beachtenden Regeln gegen einen Rechtsverstoß abzuwägen, dessen Kosten ihr bereits vorab bekannt sind.

86. Schriebe man dem Tatrichter, wie von der Kommission vorgeschlagen, eine einheitliche Methode vor, würde ihm dadurch die Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, die es ihm ermöglicht, nach billigem Ermessen zu entscheiden und den am besten geeigneten Ersatz für

den erlittenen Schaden zu suchen, sicherlich weitgehend unmöglich gemacht. Würde der von der Kommission vorgeschlagene Ansatz gewählt, könnte dies letztlich dazu führen, dass der Tatrichter den Grundsatz des vollständigen Ersatzes des Schadens nicht beachten kann<sup>52</sup>.

87. Aufgrund dieser Erwägungen möchte ich auch das Vorbringen der Kommission zum Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot zurückweisen, den die vom Gericht angewandte Methode angeblich zur Folge hätte. Solche Kritiken betreffen den Umfang des Schadens und lassen außerdem das Ermessen außer Acht, über das der Tatrichter bei der Beurteilung, welcher Ersatz für den erlittenen Schaden am besten geeignet ist, verfügen muss.

88. Schließlich sind die Rügen der Kommission zurückzuweisen, die den im angefochtenen Urteil genannten Umfang des Ersatzes betreffen. Wie in den Nrn. 67 und 71 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt wurde, sind diese Rügen dahin auszulegen, dass sie sich gegen eine fehlende und/oder unzureichende Begründung richten und im Wesentlichen den Zeitraum von fünf Jahren betreffen, der im angefochtenen Urteil für die Berechnung der Differenz zwischen

52 — Vgl. zu diesem Grundsatz Urteile vom 8. Oktober 1986, Leussink/Kommission (169/83 und 136/84, Slg. 1986, 2801, Randnr. 13), Lucaccioni/Kommission (Randnr. 22) sowie Nr. 4 der Schlussanträge des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache Berti/Kommission (131/81, Slg. 1985, 645), in der am 14. Februar 1985 das Urteil erging.

den Bezügen, die Frau Girardot sich erhofft hatte, wenn ihre Bewerbungen angenommen worden wären, und den Bezügen berücksichtigt wird, die sie tatsächlich erhalten hat. Hier genügt die Feststellung, dass das Gericht die Gründe für die Wahl dieses Zeitraums ausreichend erläutert hat, indem es zum einen in Randnr. 62 des angefochtenen Urteils angab, dass der Vergleichszeitraum ab dem Wirksamwerden der Ernennung der ausgewählten Bewerber beginne, und zum anderen in den Randnrn. 63 bis 78 des Urteils bei der Bestimmung des Endes dieses Zeitraums alle tatsächlichen und rechtlichen Kriterien berücksichtigte, die sich auf das Verhältnis zwischen der Betroffenen und der Kommission ausgewirkt hätten, wenn die Betroffene von der Kommission eingestellt worden wäre.

89. Aufgrund all dieser Erwägungen schlage ich vor, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

## VII — Zum Anschlussrechtsmittel

### A — Vorbringen der Parteien

90. Frau Girardot macht mit ihrem Anschlussrechtsmittel geltend, das Gericht habe durch mehrere offensichtliche Beurteilungsfehler gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen. Der erste betreffe die Bestimmung des Zeitraums, der bei der Berechnung der Differenz zwischen den Bezügen zu berücksichtigen sei, soweit das Gericht

sich in Randnr. 80 des angefochtenen Urteils weigere, den Verlust der Chance auf eine Laufbahn bei der Kommission zu berücksichtigen. Nach Ansicht von Frau Girardot wäre eine Verbeamtung nach einer Einstellung nicht unwahrscheinlich gewesen. Also hätte der zu berücksichtigende Zeitraum länger als die vom Gericht angesetzten fünf Jahre sein müssen. Der zweite offensichtliche Beurteilungsfehler des Gerichts betreffe die Bestimmung der Differenz zwischen den Bezügen. Das Gericht verkenne, wenn es in Randnr. 85 des angefochtenen Urteils die monatlichen Nettobezüge ansetze, die durchschnittlich den letzten von der Kommission gezahlten Bezügen entsprächen, die Tatsache, dass die Chance von Frau Girardot, auf eine Stelle der Besoldungsgruppe A 4 eingestellt zu werden, größer als für eine Einstellung in der Besoldungsgruppe A 5 gewesen sei, da fünf der acht Stellen, um die sie sich beworben habe, Stellen der Besoldungsgruppe A 4 gewesen seien. Der dritte Beurteilungsfehler betreffe die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Einstellungschance erfülle, denn wenn das Gericht die Chance von Frau Girardot auf Einstellung durch die Kommission mit 50 % ansetze, verkenne es, dass zum einen die Einstellungschance durch die gleichzeitige Bewerbung auf acht Stellen steige und dass zum anderen eine ernsthafte Chance nicht eine Chance von eins zu zwei sei. Schließlich bestehe der vierte offensichtliche Beurteilungsfehler darin, dass in den Randnrn. 133 bis 138 des angefochtenen Urteils nicht alle Bestandteile des immateriellen und des körperlichen Schadens berücksichtigt worden seien, obwohl die dem Anschlussrechtsmittel beigefügten ärztlichen Atteste bestätigten, dass sie seit der rechtswidrigen Ablehnung ihrer Bewerbungen durch die Kommission an einer Depression leide.

91. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission die Unzulässigkeit des Anschlussrechtsmittels geltend gemacht.



B — *Würdigung*

92. Gemäß den Art. 225 EG und 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs ist allein das Gericht für die Feststellung der Tatsachen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und für ihre Würdigung zuständig. Hat das Gericht die Tatsachen festgestellt oder gewürdigt, so ist der Gerichtshof gemäß Art. 225 EG zur Kontrolle der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen und der Rechtsfolgen, die das Gericht aus ihnen gezogen hat, befugt<sup>53</sup>.

93. Im vorliegenden Fall beschränkt sich das Anschlussrechtsmittel — worauf Frau Girardot in der mündlichen Verhandlung nochmals hingewiesen hat — in Bezug auf die ersten drei Gründe, auf die es gestützt ist, darauf, die Beurteilung bestimmter Tatsachen zu bestreiten, die das Gericht im Rahmen der Anwendung der Berechnungsmethode vorgenommen hat, die es zur Bestimmung des Schadens angewandt hat, der Frau Girardot durch den Verlust der Chance auf Einstellung als Bedienstete auf Zeit bei der Kommission entstanden ist. Eine Verfälschung der Tatsachen ist nicht geltend gemacht worden und kann auch nicht festgestellt werden. Wie bereits erwähnt wurde, ist allein das Gericht für die Beurteilung der Art und des Umfangs der Wiedergutmachung des erlittenen Schadens zuständig<sup>54</sup>. Aus diesen beiden Gründen sollten diese Rechts-

mittelgründe als unzulässig zurückgewiesen werden.

94. Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund wirft Frau Girardot dem Gericht vor, es habe die von ihr vorgelegten ärztlichen Atteste nicht berücksichtigt. Dies scheint mir eine zulässige Rüge zu sein, da sie sich nicht gegen die fehlerhafte Würdigung von Beweismitteln, sondern gegen eine Verletzung der Pflicht zur Prüfung angeblich vorgelegter Beweismittel richtet, mit denen das Vorliegen weiterer, über den durch den Rechtsverstoß der Kommission verursachten materiellen Schaden hinausgehender Schäden belegt werden soll. Wie der Gerichtshof im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens die Begründetheit eines auf die unvollständige Sachverhaltsaufklärung gestützten Rechtsmittelgrundes festgestellt hat<sup>55</sup>, ist ein Rechtsmittelgrund, der sich auf die fehlende Prüfung von Beweismitteln durch das Gericht stützt, meines Erachtens ebenfalls vom Gerichtshof zu überprüfen.

95. Aber aus den nachfolgend genannten Gründen bin ich der Ansicht, dass dieser Rechtsmittelgrund ins Leere geht oder jedenfalls unbegründet ist.

53 — Vgl. Urteil vom 21. September 2006, *JCB Service/Kommission* (C-167/04 P, Slg. 2006, I-8935, Randnr. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).

54 — Vgl. die in Fn. 47 angeführte Rechtsprechung.

55 — Urteil vom 15. Oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, Slg. 2002, I-8375, Randnrn. 392 bis 406).

96. In Bezug darauf, dass dieser Rechtsmittelgrund ins Leere geht, ergibt sich aus den Randnrn. 123 bis 125 sowie 133 und 138 des angefochtenen Urteils, dass die Nichtanerkennung des körperlichen Schadens und der Forderung, die die Verschlechterung der psychischen Gesundheit und die Depressionen von Frau Girardot betrifft, darauf beruht, dass diese keine Beweismittel für das Bestehen dieser Schäden vorgelegt haben soll, und sich damit auf einen nicht tragenden Grund stützt. Dies geht aus dem zweiten Satz der Randnr. 125 des angefochtenen Urteils hervor, der mit „jedenfalls“ beginnt<sup>56</sup>. Der in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils dargestellte tragende Grund, in Bezug auf den Frau Girardot keinen Rechtsfehler geltend macht, beruht seinerseits auf der Erwägung, dass der Gegenstand der finanziellen Entschädigung allein darin besteht, den materiellen Schaden zu ersetzen, der sich aus dem Verlust einer Einstellungschance infolge des Rechtsverstoßes der Kommission ergibt, und mangels vorheriger Forderung einer Entschädigung nicht darin, alle weiteren Schäden zu ersetzen, die dieser Rechtsverstoß möglicherweise noch bei Frau Girardot verursacht hat. Somit konnte das Gericht im ersten Satz der Randnr. 125 des angefochtenen Urteils feststellen, dass das Vorbringen zu diesen weiteren geltend gemachten Schäden ins Leere geht.

97. Was die Unbegründetheit dieses Rechtsmittelgrundes betrifft, ist jedenfalls festzustellen, dass die dem Anschlussrechtsmittel beigefügten ärztlichen Atteste, auf die Frau Girardot ihr Vorbringen stützt, alle nach

Verkündung des angefochtenen Urteils ausgestellt worden sind. Somit beweist Frau Girardot nicht, dass das Gericht mit seiner Feststellung in den Randnrn. 133 und 138 des angefochtenen Urteils, sie habe das Bestehen der von ihr geltend gemachten Schäden nicht u. a. mit Hilfe ärztlicher Atteste belegt, einen Rechtsfehler bei der Anwendung der Regelungen über die Beweislast und die Vorlage von Beweismitteln begangen oder dadurch gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, dass es Beweismittel nicht berücksichtigt haben soll, zumal ihm diese gar nicht vorgelegt worden waren<sup>57</sup>.

98. Aus all diesen Gründen bin ich der Auffassung, dass das Anschlussrechtsmittel als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet zurückzuweisen ist.

99. Unter diesen Voraussetzungen schlage ich dem Gerichtshof vor, sowohl das Rechtsmittel als auch das Anschlussrechtsmittel zurückzuweisen.

## VIII — Zu den Kosten

100. Gemäß Art. 122 Abs. 1 der Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel

56 — Nach ständiger Rechtsprechung können Rügen, die sich gegen nicht tragende Gründe einer Entscheidung des Gerichts richten, nicht zu deren Aufhebung führen und gehen ins Leere. Vgl. Beschluss des Gerichtshofs vom 9. März 2007, *Schneider Electric/Kommission* (C-188/06 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).

57 — Vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 4. Oktober 2007, *É. R. u. a./Rat und Kommission* (C-100/07 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 29).

unbegründet ist. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der gemäß deren Art. 118 auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission meines Erachtens mit ihrem einzigen Rechtsmittelgrund unterliegen wird, sind ihr gemäß dem Antrag von Frau Girardot die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen. Da die Kommission beantragt hat, jeder Partei ihre eigenen

Kosten im Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen, und Frau Girardot meines Erachtens mit ihren im Anschlussrechtsmittel vorgetragenen Gründen unterliegen wird, ist gemäß dem Antrag der Kommission und gemäß Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung, der nach Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, zu entscheiden, dass in Bezug auf das Anschlussrechtsmittel jede Partei ihre eigenen Kosten trägt.

## **IX — Ergebnis**

101. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Rechtsmittel und das Anschlussrechtsmittel werden zurückgewiesen.
2. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt die Kosten des Rechtsmittelverfahrens.
3. In Bezug auf das Anschlussrechtsmittel tragen Frau Girardot und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ihre eigenen Kosten.