

folgt, daß das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Artikel 189 Absatz 3 genannte Ziel zu erreichen.

2. Die Richtlinie 76/207 schreibt nicht vor, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgte Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten.

Die Richtlinie begründet hinsichtlich der Sanktionen für eine etwaige Diskriminierung keine unbedingte und hinreichend bestimmte Verpflichtung, auf die sich ein einzelner mangels rechtzeitig erlassener Durchführungsmaßnahmen berufen könnte, um aufgrund der Richtlinie eine bestimmte Wiedergutmachung zu erlangen, wenn eine solche Rechtsfolge nach den na-

tionalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen oder zugelassen ist.

Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.

In der Rechtssache 79/83

betreffend das dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vom Arbeitsgericht Hamburg in dem vor diesem anhängigen Rechtsstreit

DORIT HARZ

gegen

DEUTSCHE TRADAX GMBH

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des

Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Mertens de Wilmars, der Kammerpräsidenten T. Koopmans, K. Bahlmann und Y. Galmot, der Richter P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keefe, G. Bosco, O. Due, U. Everling und C. Kakouris,

Generalanwalt: S. Rozès

Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt, der Verfahrensablauf und die nach Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der EWG abgegebenen Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

der Firma Deutsche Tradax GmbH (im folgenden: die Beklagte), in der sie leistungsbereiten Hochschulabsolventen der Wirtschaftswissenschaften „das Sprungbrett für eine Managerkarriere“ bot.

I — Sachverhalt und Verfahren

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Fräulein Dorit Harz, (im folgenden: die Klägerin) schloß im Oktober 1980 ihr Studium der Betriebswirtschaftslehre mit der Prüfung als Diplom-Kauffrau ab. Am 24. Januar 1981 erschien in der Zeitung „Die Welt“ eine Stellenanzeige der Beklagten des Ausgangsverfahrens,

Die Klägerin bewarb sich mit Schreiben vom 28. Januar 1981 für die ausgeschriebene Position. Mit Schreiben vom 3. Februar 1981 teilte der Geschäftsführer der Beklagten ihr unter Rücksendung der Bewerbungsunterlagen mit, daß für diese Position nur männliche Bewerber in Betracht kämen. Die allgemein gute Qualifikation der Klägerin wurde nicht in Zweifel gezogen.

Auf Veranlassung der Klägerin richtete die Leitstelle „Gleichstellung der Frau“ in Hamburg eine Anfrage an die Beklagte. Diese erklärte gegenüber der Leitstelle, daß sie die Klägerin ausschließlich deshalb für die in der Stellenausschreibung ausgeschriebene Position abgelehnt habe, weil sie eine Frau sei.

Mit ihrer am 26. Februar 1981 beim Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Einstellung der Klägerin, hilfsweise zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 12 000 DM und äußerst hilfsweise zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 2,31 DM zu verurteilen.

Mit Schreiben vom 7. April 1981 bot die Beklagte der Klägerin an, über eine mögliche Tätigkeit bei ihr ein Gespräch in ihrem Hause zu führen. Dieses Gespräch fand am 12. Mai 1981 statt. Am 25. Mai 1981 führte die Klägerin auf Einladung der Beklagten ein Einstellungsgespräch in der Europäischen Zentrale der Deutschen Tradax GmbH. Mit Schreiben vom 3. Juni 1981 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie nach Auswertung der mit der Klägerin am 12. Mai 1981 in Hamburg und am 25. Mai 1981 in Genf geführten Gespräche beschlossen habe, die Klägerin nicht in ihr Ausbildungsprogramm aufzunehmen.

Die Klägerin hat vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, daß die Beklagte gegen das Diskriminierungsverbot der Artikel 2 und 3 der Richtlinie 76/207 des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und außerdem gegen § 611a BGB verstoßen habe.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, daß die ausgeschriebene Position mit einem männlichen Bewerber besetzt werden müsse. Im Bereich des Merchandising von landwirtschaftlichen Rohstoffen seien ausschließlich Männer tätig. Unter anderem liefere die Beklagte große Mengen von Getreide nach Saudi-Arabien. Die dort herrschenden religiösen und sozialen Strukturen schlossen die Geschäftsanbahnung und die Pflege bestehender Geschäftsverbindungen durch eine Frau aus.

Im übrigen erfolge die Nichteinstellung der Klägerin einzig und allein deshalb, weil sie den Anforderungen nicht gewachsen sei, die die Beklagte als unabdingbar für den fraglichen Arbeitsplatz ansehe. Dies habe sich aufgrund der am 12. Mai 1981 in Hamburg und am 25. Mai 1981 in Genf mit der Klägerin geführten und ausgewerteten Einstellungsgesprächen herausgestellt.

Schließlich hat die Beklagte unter Hinweis auf § 611a Absatz 2 BGB geltend gemacht, daß die Klägerin allenfalls Schadensersatz in Höhe von 2,31 DM verlangen könne.

Das Arbeitsgericht Hamburg ist der Auffassung, daß im vorliegenden Fall eine Diskriminierung im Verfahren der Einstellung vorliege, da die von der Beklagten mit der Klägerin geführten Einstellungsgespräche unter dem Druck des arbeitsgerichtlichen Prozesses geführt worden seien. Zur Durchsetzung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung komme als Sanktion ein Einstellungsanspruch oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht. Letzteres müßte eine wirtschaftlich spürbare Sanktion darstellen, um von den Arbeitgebern ein gesetzeskonformes Verhalten zu erreichen.

Nach Ansicht des Arbeitsgerichts ist die Umsetzung der Richtlinie 76/207 in staatliches Recht bisher nicht erfolgt. Die mit dieser Richtlinie verfolgte Gleichstellung könne nur erreicht werden, wenn zwingende Rechtsfolge einer Diskriminierung bei der Auswahl von Bewerbern der Ersatz des positiven Interesses sei, d. h. ein Anspruch auf Einstellung oder als Sanktion ein der Höhe nach erheblicher Schadensersatzanspruch. Im Falle der Diskriminierung bei der Einstellung habe zwar das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, das zur Anpassung des deutschen Arbeitsrechts an die Normen des Gemeinschaftsrechts ergangen sei, als Sanktion in § 611a Absatz 2 BGB den Ersatz des Vertrauensschadens vorgesehen. Dieser minimale Schadensersatz — im vorliegenden Fall 2,31 DM — sei aber zur Erfüllung der Gemeinschaftsrichtlinie nicht ausreichend, da durch ihn kein gesetzeskonformes Verhalten der Arbeitgeber erreicht werden könne.

Das Arbeitsgericht hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Folgt — bei einer festgestellten Diskriminierung — aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, wie er in Artikel 1 Absatz 2 und Artikel 2 Absätze 1 und 3 der „Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen“ (76/207/EWG; ABl. L 39, S. 40) enthalten ist, ein Anspruch der Bewerberin auf Abschluß eines Arbeitsvertrags gegen denjenigen Arbeitgeber, der ihre Einstellung wegen ihres Geschlechtes abgelehnt hat?
2. Falls die Frage 1 bejaht wird, gilt dies nur, wenn
 - a) die diskriminierte Bewerberin die bestqualifizierte aller Bewerber und Bewerberinnen ist, oder
 - b) auch dann, wenn zwar im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden ist, jedoch im Ergebnis ein von der Qualifikation her besserer männlicher Bewerber eingestellt worden ist;
3. Falls Frage 1 und Frage 2a und b verneint werden, folgt aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nach den Vorschriften der Richtlinie 76/207/EWG, daß als Rechtsfolge eine ökonomisch spürbare Sanktion erforderlich ist, z. B. ein je nach Lage des Einzelfalls festzusetzender Schadensersatzanspruch zugunsten der benachteiligten Arbeitnehmerin in Höhe bis zu dem zu erwartenden Verdienst für die Zeit von sechs Monaten, der Zeit, in der nach bundesdeutschem Recht Arbeitspersonen sich nicht auf die soziale Ungegerechtfertigkeit einer Kündigung berufen können, und/oder staatlicherseits Bußgelder bzw. Strafen verhängt werden müssen?
4. Falls die Frage 3 bejaht wird, gilt dies nur, wenn
 - a) die diskriminierte Bewerberin die bestqualifizierte aller Bewerber und Bewerberinnen ist, oder
 - b) auch dann, wenn zwar im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden ist, jedoch im Ergebnis ein von der Qualifikation her besserer

männlicher Bewerber eingestellt worden ist?

5. Falls Frage 1, 2, 3 oder 4 bejaht werden, sind die Artikel 1, 2 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar?

Der Vorlagebeschluß ist am 3. Mai 1983 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben schriftliche Erklärungen abzugeben: die Klägerin des Ausgangsverfahrens, vertreten durch die Rechtsanwälte Klaus Bertelsmann und Heide M. Pfarr, Hamburg, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Ministerialrat Martin Seidel, Bundesministerium für Wirtschaft, und durch Manfred Zuleeg, Professor für öffentliches Recht einschließlich Europa- und Völkerrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, als Bevollmächtigte, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. D. Howes, Treasury Solicitor's Department, Queen Anne's Chambers, als Bevollmächtigten im Beistand von Ian Glick, Inner Temple, London, die Regierung des Königreichs der Niederlande, vertreten durch E. F. Jacobs, Generalsekretär des niederländischen Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten, und die Kommission, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Manfred Beschel als Bevollmächtigten im Beistand von Meinhard Hilf, Universität Bielefeld.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Rechtlicher Rahmen

Die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie 76/207 lauten wie folgt:

„Artikel 1

- (1) Diese Richtlinie hat zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird. Dieser Grundsatz wird im folgenden als ‚Grundsatz der Gleichbehandlung‘ bezeichnet.

(...)

Artikel 2

- (1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf.

(...)

Artikel 3

- (1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, daß bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen ... keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt.

Artikel 6

die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleich-

behandlung . . . auf seine Person für beschwert hält, . . . seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.

(. . .)

Artikel 9

(1) Die Mitgliedstaaten setzen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, um dieser Richtlinie . . . nachzukommen.

(. . .)“

§ 611a BGB, der zur Umsetzung der Richtlinie 76/207 in das deutsche Recht erlassen worden ist, bestimmt:

„(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, . . . nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen.

(2) Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. (. . .)“

III — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* vertritt die Auffassung, die Richtlinie 76/207 sei im Hinblick auf die Diskriminierung bei der Einstellung nicht oder nur in unzureichender Weise in das nationale Recht der Bundesrepublik Deutschland umgesetzt worden.

Sie ist der Ansicht, allein schon aus der Ausgestaltung des § 611a Absatz 2 BGB

gehe hervor, daß Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 nicht erfüllt sei. Die Richtlinie verlange das Vorhandensein von Rechtsfolgen, die garantierten, daß das Verbot jeder Diskriminierung wegen des Geschlechts eingehalten werde. Das deutsche Recht dagegen regele, daß das enttäuschte Vertrauen von Arbeitnehmern auf die Nichtdiskriminierung mit (minimalem) Schadensersatz versehen werde.

Die Rechtsfolgen des Diskriminierungsverbots im deutschen Recht knüpften also nicht an die Verletzung des Diskriminierungsverbots an, sondern hätten als Anknüpfungspunkt einen Schaden, der eventuell bei dem betroffenen Arbeitnehmer durch enttäushtes Vertrauen entstehe. Diese gesetzgeberische Entscheidung sei Ausdruck der Tatsache, daß der Gesetzgeber eine unzulässige Abwägung zwischen Diskriminierungsverbot und „Vertragsfreiheit“ des Arbeitgebers vorgenommen habe.

In mehreren Bereichen des Arbeitsverhältnisses, z. B. bei der Kündigung und anderen Maßnahmen während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, räume der Gesetzgeber dem Diskriminierungsverbot den Vorrang ein. Beim Zugang zur Beschäftigung aber habe der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung die Abwägung dahingehend vorgenommen, die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers einschließlich der „Freiheit“ zu diskriminieren, unangetastet zu lassen.

Außerdem könne nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur in den Fällen, in denen der Arbeitgeber von vornherein seine Diskriminierungsabsicht, z. B. keine Frau einzustellen, zum Ausdruck bringe, kein Schadensersatz wegen eines enttäuschten Vertrauens geltend gemacht werden.

Mit Absatz 2 von § 611a BGB habe der Gesetzgeber die Bedeutung des in Absatz 1 dieser Vorschrift enthaltenen Diskriminierungsverbots gemindert. Er sei somit erheblich von den „normalen“ zivilrechtlichen Rechtsfolgen abgewichen. Diese „normalen“ Rechtsfolgen — ohne § 611a Absatz 2 BGB — gingen nämlich weiter und erlaubten darüber hinaus auch eine flexiblere Reaktion auf unterschiedliche Fallgestaltungen.

Nach § 611a Absatz 2 könne eine benachteiligte Person lediglich ihr sogenanntes negatives Interesse als Schadensersatz geltend machen, so daß in fast allen Fällen nur die Bewerbungskosten, also die Kosten der Erstellung der Bewerbungsunterlagen, für Briefpapier, für Porto usw. als Schadensersatz verlangt werden könnten. Im vorliegenden Fall könne die Klägerin nach den Ausführungen des Arbeitsgerichts Hamburg Schadensersatz in Höhe von 2,31 DM verlangen. Ein solcher Schadensersatz sei die einzige Rechtsfolge. Darüber hinaus müßten bei den diskriminierten Personen noch bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein — die eben auch fehlen könnten —, bevor es zu dem minimalen Schadensersatzanspruch kommen könne. Das in § 611a enthaltene Diskriminierungsverbot habe daher lediglich formalen Charakter.

Der Wortlaut der Richtlinie 76/207 enthalte zwar nicht ausdrücklich bestimmte Sanktionen oder Rechtsfolgen bei Diskriminierungen im Rahmen von Einstellungen, doch erwarte das Gemeinschaftsrecht — wie auch der Gerichtshof betont habe — wirksame Mittel, um die verbindlichen Ziele von Richtlinien zu verwirklichen.

Nach Aufzählung der Mittel, die sie zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie für denkbar hält, kommt die Klägerin zu dem Ergebnis, daß die Beschränkung der Rechtsfolgen bei Diskriminierungen auf

einen Schadensersatzanspruch der betroffenen Frau in Höhe des von ihr aufgewandten Portos nicht denkbar sei.

Sodann führt die Klägerin aus, weshalb aus der Richtlinie in Verbindung mit dem deutschen Zivilrecht die Gewährung eines Einstellungsanspruchs bzw. — bei seiner Nichtwahrnehmung durch die diskriminierte Person — eines Anspruchs auf Schadensersatz in Höhe von bis zu zwölf Monatsgehältern abzuleiten sei. Der Inhalt der Richtlinie würde hinsichtlich der Diskriminierungen bei der Einstellung durch die Zuerkennung eines Einstellungsanspruchs an die diskriminierend abgelehnte Arbeitnehmerin sicherlich erfüllt werden. Dieser Einstellungsanspruch passe ebenso wie die an ihn geknüpften Folgen auch in das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland. In Anwendung der normalen Schadensersatzregelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs — § 611a Absatz 2 bleibe außer Betracht — habe eine geschädigte Person Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses, also grundsätzlich auf die sogenannte Naturalrestitution. § 611a Absatz 2 weiche also von diesem System ab.

Die Zuerkennung eines Einstellungsanspruchs sei auch dem deutschen Recht in dem Fall nicht fremd, in dem die abgelehnte Bewerberin die beste von allen männlichen und weiblichen Bewerbern sei.

Ein Einstellungsanspruch könne sich im Falle einer diskriminierenden Auswahlentscheidung bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst ergeben (vgl. Artikel 33 Absätze 2 und 3 des Grundgesetzes). Zwar werde die Frage unterschiedlich beurteilt, wann genau eine Bewerberin oder ein Bewerber den Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst geltend machen könne, doch bestehe Einigkeit darüber, daß ein Einstellungsanspruch gegeben sei, wenn die Einstel-

lung gerade dieser Person sich als die einzige rechtmäßige Entscheidung der fraglichen staatlichen Institution darstelle.

Dieser Anspruch auf Einstellung bestehe jedenfalls dann, wenn der betreffende Arbeitsplatz noch nicht besetzt sei. In den Fällen, in denen bereits andere Personen für den Arbeitsplatz eingestellt worden seien, habe nach überwiegender Auffassung die zu Unrecht abgewiesene Person entweder einen Anspruch auf Zuerkennung der nächsten freiwerdenden Stelle oder einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld, wenn es sich um eine Beamtenstelle handele. Handele es sich dagegen um Positionen von Arbeitern bzw. Arbeiterinnen oder Angestellten im öffentlichen Dienst, habe die diskriminierend abgelehnte Person die Möglichkeit, Klage vor den Arbeitsgerichten auf Einstellung in den öffentlichen Dienst zu erheben, auch wenn die betreffende Stelle bereits besetzt sei. Jedenfalls aber könne die Behörde dazu verurteilt werden, die rechtswidrig abgewiesene Person in das nächste Auswahlverfahren für eine entsprechende Stelle mit einzubeziehen.

Im Bereich der Privatwirtschaft sei ein Einstellungsanspruch für die Monopolunternehmen vor Inkrafttreten des EG-Anpassungsgesetzes anerkannt gewesen. Dies sei mit dem Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer Monopolstellung begründet worden.

Für die übrigen Unternehmen der Privatwirtschaft sehe § 78a des Betriebsverfassungsgesetzes ebenfalls einen Einstellungsanspruch vor.

Ein Einstellungsanspruch sei auch nicht etwa deshalb nicht durchführbar, weil dann der Arbeitgeber gezwungen sein würde, eine Vielzahl von unnützen Arbeitsplätzen einzurichten und besetzt zu lassen. Der Arbeitgeber sei nicht gezwungen, sowohl entsprechend dem

Einstellungsanspruch der diskriminierten Frau diese einzustellen als auch den bereits früher eingestellten Bewerber zu behalten. Nach dem deutschen Kündigungsschutzgesetz sei die Kündigung eines Arbeitnehmers innerhalb der ersten sechs Monate ohne Probleme möglich. Auch danach sei eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen möglich.

In Einzelfällen könne die Einstellung der diskriminierten Person weder möglich noch zumutbar sein, so z. B. wenn der betreffende Arbeitsplatz zwischenzeitlich weggefallen sei und kein vergleichbarer Arbeitsplatz zur Verfügung stehe. Nach den „normalen“ Regeln des Zivilrechts sei in solchen Fällen Schadensersatz in Geld an die diskriminierte Person zu leisten. So sehe § 10 des Kündigungsschutzgesetzes die Zahlung einer Abfindung in Höhe von bis zu 12 Monatsgehältern vor; dieser Rechtsgedanke sei auf die oben angeführten Fälle übertragbar.

Die durch eine Diskriminierung betroffenen Personen, die keinen Einstellungsanspruch geltend machen könnten, weil ein besser qualifizierter Bewerber den betreffenden Arbeitsplatz erhalten habe, könnten nicht nur die Erstattung der mit der Bewerbung verbundenen Unkosten, sondern auch Ersatz des durch Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts entstehenden immateriellen Schadens beanspruchen. Dieses Recht werde durch Artikel 2 Absatz 1 des Grundgesetzes gewährleistet und lasse sich auch aus § 847 BGB ableiten. Der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens sei in dem Fall, in dem eine Bewerberin nicht als die bestqualifizierte angesehen werde, um so bedeutsamer, als die Anerkennung eines Einstellungsanspruchs einer Frau eher die Regel als die Ausnahme sei; dies beruhe nicht etwa darauf, daß die Frauen weniger qualifiziert seien, sondern darauf, daß das Verfahren, das eine Frau dazu

zwingen zu beweisen, daß sie besser qualifiziert sei, eine außerordentliche Belastung darstelle.

Die Klägerin meint, der deutsche Gesetzgeber habe es versäumt, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt würden. Die angegriffene Vorschrift, § 611a Absatz 2 BGB, verhindere es, daß die nationalen Gerichte selbst eine richtlinienkonforme Ausgestaltung des Rechts finden könnten, da ihnen dieser Weg durch die klare Bestimmung des fraglichen Anpassungsgesetzes versperrt sei. Somit könne es nur die Möglichkeit geben, die fraglichen Gesetzesvorschriften für richtlinienwidrig und im innerstaatlichen Bereich nicht anwendbar zu erklären. Da die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie 76/207 bezüglich der Diskriminierung bei der Einstellung nicht ausreichend umgesetzt habe, sei die Richtlinie unmittelbar anwendbar. Der Umstand, daß im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie ein Ermessensspielraum bestehen könne, hindere nicht die unmittelbare Anwendung der Richtlinie, da evident sei, daß das Anpassungsgesetz eine angemessene Umsetzung in das nationale Recht vereitele. Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie bestimme eindeutig, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen; daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren nationalen Vorschriften beseitigt würden, und ermögliche es daher, daß sich einzelne Betroffene darauf vor den nationalen Gerichten berufen könnten. Aus der unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung der Richtlinie ergebe sich also, daß § 611a Absatz 2 BGB unwirksam sei und daß die allgemeinen Sanktionen des deutschen Zivilrechts — wie oben be-

schrieben — so lange anwendbar seien, bis der deutsche Gesetzgeber sein weites Ermessen in richtlinienkonformer Weise ausgeübt habe.

Die Klägerin schlägt daher vor, die vom Arbeitsgericht Hamburg gestellten Fragen wie folgt zu beantworten:

Erste Frage

Nach der Richtlinie 76/207 haben die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beseitigen.

Wird eine mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbare Rechtsvorschrift nicht vom Mitgliedstaat beseitigt, obwohl bei dem Wegfall dieser diskriminierenden Regelung das innerstaatliche Recht die Richtlinie erfüllen würde, so ist in Anwendung der Richtlinie die Regelung des innerstaatlichen Rechts beseitigt.

§ 611a Absatz 2 BGB steht der Erfüllung der Richtlinie entgegen und ist nicht mehr anzuwenden. Die Rechtsfolgen richten sich nach dem deutschen Recht ohne diese Vorschrift.

Ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages besteht dann, wenn die Einstellung möglich und die Beschäftigung für die diskriminierte Person nicht unzumutbar ist.

Zweite Frage

Den Anspruch auf Einstellung kann nur diejenige Bewerberin geltend machen, die wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurde.

Dritte Frage

Ist die Einstellung der benachteiligten Bewerberin nicht möglich oder ist diese nicht die bestqualifizierte, so ist für die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots eine spürbare Sanktion erforderlich.

Vierte Frage

Eine benachteiligte Bewerberin, die die Voraussetzungen für einen Einstellungsanspruch erfüllt, diesen aber nicht geltend machen kann, hat in Anwendung des deutschen Rechts Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von bis zu zwölf Monatsgehältern.

Diejenigen Bewerberinnen, die die Voraussetzungen für einen Einstellungsanspruch nicht erfüllen, haben über den Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen für die Bewerbung hinaus einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte.

Fünfte Frage

Die Richtlinie ist dahin gehend unmittelbar anwendbar, daß das entgegenstehende deutsche Recht, das die Anwendbarkeit der üblichen zivilrechtlichen Rechtsfolgen ausschließt, unwirksam ist.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* bezieht sich auf die von ihr in der Rechtssache 14/83, von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, abgegebene Stellungnahme, in der sie betont, der Gesetzentwurf sei der Kommission vor dem Erlaß des Gesetzes notifiziert worden, und diese habe gegen die darin vorgesehenen Rechtsfolgen einer Benachteiligung beim Zugang zur Beschäftigung keine Einwände vorgebracht. Ebensowenig habe die Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 29. Oktober 1982 insoweit einen Verstoß gegen die Richtlinie 76/207 gerügt. Das neue Recht gehe über das vorher bestehende vor allem deshalb hinaus, weil nunmehr feststehe, daß alle potentiellen und tatsächlichen Arbeitgeber gebunden seien.

Die Bundesregierung sei sich der Notwendigkeit einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie bewußt, lege aber Nach-

druck darauf, daß jedem Mitgliedstaat hinsichtlich der Rechtsfolgen bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein Gestaltungsspielraum zustehe (Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag).

Der Ausschluß eines Einstellungsanspruchs halte sich innerhalb des Gestaltungsspielraums, der jedem Mitgliedstaat von der Richtlinie zugestanden werde. Das Gemeinschaftsrecht verlange nicht, die Interessen des diskriminierten Bewerbers einseitig in den Vordergrund zu schieben, denn sonst hätte es der Bestimmung des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie 76/207 nicht bedurft, die den Mitgliedstaaten gestatte, Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen zu ergreifen.

Die Einstellung einer Person, die der Arbeitgeber vorgezogen habe, lasse sich nicht rückgängig machen, ohne die begründeten Erwartungen dieses Arbeitnehmers zu enttäuschen. Die Schaffung einer weiteren Stelle oder gar mehrerer Stellen ginge über das Benachteiligungsverbot hinaus und wäre eine positive Maßnahme, die dem potentiellen Arbeitgeber nicht zur Last fallen dürfe. Selbst wenn die Zurücksetzung eines Bewerbers bereits erkennbar werde, bevor die Stelle besetzt sei, könne der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein, überhaupt jemanden einzustellen.

Für den Fall, daß der Gerichtshof stärkere Rechtsfolgen für erforderlich halten sollte, um den Grundsatz der Gleichbehandlung wirksam durchzusetzen, seien die nationalen Gerichte zunächst dazu anzuhalten, die von der nationalen Rechtsordnung eröffneten Möglichkeiten auszuschöpfen. Die deutschen Gerichte hätten die Möglichkeit aus dem Gesamtzusammenhang des Privatrechts angemessene Lösungen zu erarbeiten, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung, aber auch den Interessen aller Beteiligten gerecht würden.

Als wirkungsvolle Regelungen zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung fänden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch Schadensersatzansprüche.

Die Rechtsfolge einer Diskriminierung müsse außerdem verhältnismäßig sein. Daher genüge eine spürbare Rechtsfolge um den Grundsatz der Gleichbehandlung durchzusetzen. Im übrigen könne ein Schadensersatzanspruch nur in den Fällen bestehen, in denen der diskriminierte Bewerber für den betreffenden Arbeitsplatz besser qualifiziert sei als andere Bewerber, nicht aber bei gleicher Qualifikation.

Im Hinblick auf die Frage der Wirkungen der Richtlinie 76/207 ist die Bundesregierung der Auffassung, diese entfalte Rechtswirkungen im innerstaatlichen Bereich, deren Tragweite sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe.

Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* verweist ebenfalls auf ihre Erklärungen in der Rechtssache 14/83, in denen sie bemerkt, daß es Sache der Mitgliedstaaten sei, die Maßnahmen auszuwählen und zu erlassen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Richtlinie für geeignet hielten; dies habe die Bundesrepublik Deutschland getan.

In Artikel 6 der Richtlinie sei nicht bestimmt, welche Maßnahmen die Mitgliedstaaten treffen sollten. Deshalb sei die Behauptung, es gebe eine stillschweigende und ausschließliche Verpflichtung, verwunderlich.

Die in der genannten Rechtssache gestellten Fragen und die Erläuterungen hierzu zeigten selber deutlich die ungeheure Schwierigkeit, der sich der Gerichtshof gegenüberführe, wenn er versuchen sollte, in diesem Bereich für die Mitgliedstaaten Vorschriften aufzustellen.

Zur Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie bemerkt die Regierung des Vereinigten Königreichs, daß eine nicht durchgeführte Richtlinie einzelnen, an die sie nicht gerichtet sei, keine Verpflichtungen auferlegen könne.

Wenn die Richtlinien im übrigen die nationalen Gerichte implizit verpflichte, die Arbeitgeber zur Einstellung der betroffenen Bewerber zu verurteilen, so habe diese implizite Verpflichtung keine unmittelbare Wirkung, denn sie sei weder klar noch eindeutig und ihre Durchführung hänge von weiteren Maßnahmen der nationalen Stellen ab. Auch Artikel 6 könne keine unmittelbare Wirkung haben, da in ihm die Mitgliedstaaten ausdrücklich zum Erlaß von nicht näher festgelegten Maßnahmen verpflichtet würden.

Die *Regierung des Königreichs der Niederlande* meint, daß bei einer Diskriminierung dem Betroffenen kein Anspruch auf Einstellung zustehe. Jedoch seien verschiedene Lösungen möglich. So könne unter bestimmten Umständen an einen vom Arbeitgeber zu leistenden Schadensersatz gedacht werden. Nach Auffassung der niederländischen Regierung würde jedenfalls die Verurteilung zur Zahlung eines rein symbolischen Betrags nicht dem Erfordernis genügen, daß die diskriminierte Person ihre Rechte nach der Richtlinie wahrnehmen können müsse.

Zur vierten Vorlagefrage bemerkt die niederländische Regierung, daß von einem Einstellungsanspruch der „bestqualifizierten“ Bewerberin — so Punkt a dieser Frage — nicht die Rede sein könne. Die Wahl des „bestqualifizierten“ Bewerbers hänge von einer Anzahl nicht objektiv wägbarer Faktoren ab. Dies führt nach Ansicht der niederländischen Regierung dazu, daß die Frage 4a verneint und die Frage 4b bejaht werden müsse. Derjenige, der im Auswahlverfahren diskriminiert worden sei, müsse un-

geachtet des Endergebnisses dieses Verfahrens gegen die Diskriminierung klagen können.

Die *Kommission* untersucht zunächst ausführlich das geltende Recht in der Gemeinschaft und in der Bundesrepublik, wobei sie, soweit keine Notwendigkeit dazu besteht, nicht auf die Frage eingehen möchte, inwieweit im vorliegenden Fall die Klage nach deutschem Recht erfolgreich sein könnte.

Nach Auffassung der Kommission kann der Richtlinie 76/207 kein Anspruch auf Einstellung entnommen werden. Dies folge zunächst aus dem Wortlaut der Richtlinie, der eine derartige Sanktion nicht vorsehe. Namentlich Artikel 6 eröffne seinem Wortlaut nach nur einen formellen Verfahrensweg, gewähre aber keine materiellen Rechte.

Auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie sei nicht aussagekräftig. Weder die Begründung des Richtlinienvorschlags noch die Beratungen des Europäischen Parlaments oder des Wirtschafts- und Sozialausschusses hätten sich mit den möglichen Sanktionen im einzelnen befaßt.

Die Reaktionen der Mitgliedstaaten in den Durchführungsgesetzen zeigten denn auch eine weite Spanne unterschiedlicher Sanktionen. Nur nach italienischem Recht könne der Richter „die Beendigung oder Rückgängigmachung einer Diskriminierung bei der Einstellung anordnen“. Die Begründung dieser Zurückhaltung der Mitgliedstaaten dürfe auf der konkurrierenden Vertragsfreiheit des Arbeitgebers beruhen.

Schließlich entspreche es der Zielrichtung der Richtlinie 76/207, daß diese den Mitgliedstaaten die Auswahl und Festlegung der Sanktionen überlassen wolle (Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag). Dies gelte indes nur in Übereinstimmung mit dem jeder Richtlinie zugrunde liegenden allgemeinen Prinzip,

daß die Umsetzung im Ergebnis wirksam sein müsse.

Da die erste Frage eindeutig verneint werden müsse, bestehe keine Veranlassung, auch nicht hilfsweise, zur zweiten Frage Stellung zu nehmen.

Die dritte Frage gründe sich auf die festgestellte Wirkungslosigkeit der deutschen Vorschrift, nach der lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens zu gewähren sei; die Frage zielt darauf ab, durch den Gerichtshof gegebenenfalls einen impliziten Anspruch auf Ersatz eines materiellen positiven Interesses in Geld feststellen zu lassen.

Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Richtlinie enthalten nach Ansicht der Kommission insoweit keine präzisen Anhaltspunkte. Nicht in allen Mitgliedstaaten sei eine zivilrechtliche Sanktion in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs vorgesehen.

Immerhin lassen sich nach Auffassung der Kommission einige allgemeine Grundsätze anführen, die vom nationalen Gesetzgeber zu beachten seien.

So enthalte Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie eine klare inhaltliche Verpflichtung: Beim Zugang zu einer Beschäftigung dürfe keinerlei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen. Aus Artikel 6 der Richtlinie wiederum folge, daß dem Arbeitssuchenden insoweit ein subjektives Recht auf Beachtung der genannten Verpflichtung eingeräumt werden müsse, durch dessen Verletzung er „beschwert“ sei, wenn ein Arbeitgeber dagegen verstoße. Für diesen Fall setze Artikel 6 das Bestehen von „Rechten“ voraus, deren gerichtliche Geltendmachung gewährleistet sein müsse. Freilich spezifiziere weder Artikel 6 noch eine andere Vorschrift der Richtlinie, welcher Art diese „Rechte“ sein müßten, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Jedoch müßten die den diskri-

minierten Bewerbern einzuräumenden Rechte so beschaffen sein, daß man darin eine wirksame Umsetzung der Richtlinienziele sehen könne. Das bedeute, daß die Rechtsfolgen eines Verstos gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls nicht so geringfügig sein dürften, daß ein Arbeitgeber sie bei seiner Entscheidung über die Anstellung oder Zurückweisung eines Bewerbers ohne weiteres vernachlässigen könne.

Der Grundsatz der wirksamen Umsetzung der Richtlinie gebiete es, derartige Ansprüche so auszugestalten, daß sie für den in seinen Rechten verletzten Bewerber eine angemessene Wiedergutmachung und für den Arbeitgeber ein ernstzunehmendes Druckmittel darstellen, durch das er zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angehalten werde. Eine nationale Regelung, die Schadensersatzansprüche eines in seinem Gleichbehandlungsanspruch verletzten Bewerbers auf die Erstattung der Aufwendungen beschränke, die im Zusammenhang mit seiner Bewerbung entstanden seien, werde den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Umsetzung der Richtlinienziele nicht gerecht.

Die Kommission meint, da die dritte Frage zu verneinen sei, erübrige sich eine Beantwortung der vierten Frage.

Nach ihrer Ansicht stellt sich das in der fünften Frage aufgeworfene Problem der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ der Richtlinie 76/207 nicht, da der Richtlinie keine eindeutigen Sanktionen zu entnehmen seien. Sollte der Gerichtshof dennoch in der Unanwendbarkeit der in § 611a Absatz 2 BGB enthaltenen Schadensersatzbegrenzung einen Weg sehen, um für die Klägerin einen weitergehenden allgemeinen Schadensersatzanspruch freizulegen, so ergäben sich für die Fragen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie weitere Probleme.

Der Gerichtshof erkenne zwar die Möglichkeit an, sich gegenüber einem Mitgliedstaat oder gegenüber dessen Organen und Behörden auf Richtlinien zu berufen; er habe aber bisher eine Drittwirkung — im Gegensatz zur möglichen Drittwirkung von Vertragsbestimmungen, wie Artikel 119 — nicht anerkannt. Da die Richtlinien nicht zwangsläufig veröffentlicht werden müßten, könne eine Begründung von Pflichten des einzelnen aus Richtlinien nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ausscheiden. Zwar betreffe die Richtlinie 76/207 auch das in Artikel 119 des Vertrages enthaltene grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung, doch sei sie auf den in dieser Hinsicht unbestimmteren Artikel 235 des Vertrages gestützt.

Nach Auffassung der Kommission sollte der Gerichtshof auf die Fragen des Arbeitsgerichts wie folgt antworten:

1. Aus den Bestimmungen der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen folgt nicht, daß eine Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Zugang zu einer Beschäftigung dadurch sanktioniert werden muß, daß der diskriminierende Arbeitgeber zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber verpflichtet wird.
2. Die Richtlinie 76/207/EWG verpflichtet die Mitgliedstaaten, fristgerechte Regelungen zu treffen, in denen für den Fall einer Verletzung des in der Richtlinie verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes dem diskriminierten Bewerber gerichtlich durchsetzbare Rechte eingeräumt werden, die nach Natur und Umfang geeignet

sind, die Beachtung dieses Grundsatzes durch den Arbeitgeber zu gewährleisten.

3. Eine einzelstaatliche Regelung, welche die Rechte eines diskriminierten Bewerbers auf den Ersatz der von ihm anlässlich seiner Bewerbung getätigten Aufwendungen beschränkt, entspricht nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Umsetzung der in der genannten Richtlinie festgelegten Ziele.

IV — Frage an die Regierung der Bundesrepublik Deutschland

In der Rechtssache 14/83, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, hat der Gerichtshof die Regierung der Bundesrepublik Deutschland aufgefordert, schriftlich auf die Frage zu antworten, inwieweit sich die Auffassung vertreten läßt, § 611a BGB habe den Schadensersatzanspruch von Frauen wegen Benachteiligung bei dem Zugang zur Beschäftigung beschränkt, indem die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzbestimmungen

des Bürgerlichen Rechts ausgeschlossen und die Höhe des Schadensersatzanspruchs auf den Betrag des Vertrauensschadens begrenzt werde.

Die deutsche Regierung hat hierauf geantwortet, § 611a BGB habe den Anspruch auf Schadensersatz nicht beschränkt und durch ihn sei die Anwendung allgemeiner Schadensersatzbestimmungen nicht ausgeschlossen. Durch diese Bestimmung und durch § 823 Absatz 2 in Verbindung mit dieser Bestimmung seien vielmehr konkrete Schadensersatzansprüche geschaffen worden.

V — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 13. Dezember 1983 haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Herrn K. Bertelsmann im Beistand von Frau H. M. Pfarr, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Herrn M. Seidel, und die Kommission, vertreten durch Herrn M. Beschel im Beistand von Herrn M. Hilf, mündliche Ausführungen gemacht.

Die Generalanwältin hat ihre Schlußanträge in der Sitzung vom 31. Januar 1984 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

- 1 Das Arbeitsgericht Hamburg hat mit Beschluß vom 5. Juli 1982, beim Gerichtshof eingegangen am 3. Mai 1983, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag mehrere Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S 40) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- 2 Diese Fragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Diplom-Kauffrau Dorit Harz und der Firma Deutsche Tradax GmbH. Wie sich aus den Gründen des Vorlagebeschlusses ergibt, ist das Arbeitsgericht der Auffassung, daß das Unternehmen in dem von ihm durchgeführten Einstellungsverfahren, in dem sich Frau Harz beworben hatte, eine Diskriminierung wegen des Geschlechts vorgenommen habe.
- 3 Nach Ansicht des Arbeitsgerichts kommt als Sanktion für eine bei der Einstellung begangene Diskriminierung nach deutschem Recht nur der Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht, d. h. des Schadens, der den diskriminierten Bewerbern dadurch entstanden ist, daß sie darauf vertraut haben, das Arbeitsverhältnis werde ohne Diskriminierung begründet. Ein derartiger Schadensersatz ist in § 611a Absatz 2 BGB vorgesehen.
- 4 Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber im Fall eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung „zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben“. Diese Vorschrift dient der Umsetzung der genannten Richtlinie 76/207 des Rates.
- 5 Das Arbeitsgericht ist deshalb der Auffassung, daß es nach deutschem Recht nur auf Zahlung eines minimalen Schadensersatzes — vor liegenden Fall 2,31 DM — entsprechend den der Klägerin durch ihre Bewerbung entstandenen Unkosten erkennen kann, was zur Erfüllung der EG-Richtlinie nicht ausreicht, da durch einen solchen Schadensersatz kein gesetzeskonformes Verhalten der Arbeitgeber erreicht werden könne.
- 6 Zur Feststellung der auf Gemeinschaftsebene geltenden Rechtsvorschriften für den Fall der Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung hat das nationale Gericht dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:
 - „1. Folgt — bei einer festgestellten Diskriminierung — aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, wie er in Artikel 1 Absatz 2 und Artikel 2 Absätze 1 und 3 der ‚Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg

sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen' (76/207/EWG; ABl. L 39, S. 40) enthalten ist, ein Anspruch der Bewerberin auf Abschluß eines Arbeitsvertrags gegen denjenigen Arbeitgeber, der ihre Einstellung wegen ihres Geschlechtes abgelehnt hat?

2. Falls die Frage 1 bejaht wird, gilt dies nur, wenn
 - a) die diskriminierte Bewerberin die bestqualifizierte aller Bewerber und Bewerberinnen ist, oder
 - b) auch dann, wenn zwar im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden ist, jedoch im Ergebnis ein von der Qualifikation her besserer männlicher Bewerber eingestellt worden ist?

3. Falls Frage 1 und Frage 2a und b verneint werden, folgt aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nach den Vorschriften der Richtlinie 76/207/EWG, daß als Rechtsfolge eine ökonomisch spürbare Sanktion erforderlich ist, z. B. ein je nach Lage des Einzelfalls festzusetzender Schadensersatzanspruch zugunsten der benachteiligten Arbeitnehmerin in Höhe bis zu dem zu erwartenden Verdienst für die Zeit von sechs Monaten, der Zeit, in der nach bundesdeutschem Recht Arbeitspersonen sich nicht auf die soziale Ungerechtfertigkeit einer Kündigung berufen können, und/oder staatlicherseits Bußgelder bzw. Strafen verhängt werden müssen.

4. Falls die Frage 3 bejaht wird, gilt dies nur, wenn
 - a) die diskriminierte Bewerberin die bestqualifizierte aller Bewerber und Bewerberinnen ist, oder
 - b) auch dann, wenn zwar im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden ist, jedoch im Ergebnis ein von der Qualifikation her besserer männlicher Bewerber eingestellt worden ist.

5. Falls Frage 1, 2, 3 oder 4 bejaht werden, sind die Artikel 1, 2 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar?“

7 Mit diesen Fragen soll vor allem geklärt werden, ob die Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten verpflichtet, für Fälle der Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung besondere Rechtsfolgen oder Sanktionen vorzusehen, (Fragen 1 bis 4) und ob sich die einzelnen gegebenenfalls mangels rechtzeitiger Umsetzung der Richtlinie in die nationale Rechtsordnung vor den nationalen Gerichten auf die Richtlinie berufen können (Frage 5).

a) Zur ersten Frage

- 8 Die erste Frage des nationalen Gerichts geht im wesentlichen dahin, ob die Richtlinie 76/207 vorschreibt, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgten Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten.
- 9 Nach Ansicht des nationalen Gerichts kommt zur Durchsetzung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung als Sanktion entweder ein Einstellungsanspruch oder ein Schadensersatzanspruch, der nach deutschem Recht auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet sein müsse, in Betracht. Die Umsetzung der Richtlinie 76/207 in deutsches Recht sei noch nicht erfolgt, da die in § 611a Absatz 2 BGB vorgesehene Sanktion hierfür nicht ausreiche.
- 10 Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist der Ansicht, § 611a Absatz 2 BGB schließe dadurch, daß er den Entschädigungsanspruch auf den Vertrauensschaden beschränke, die nach den allgemeinen Rechtsvorschriften bestehenden Schadensersatzmöglichkeiten aus. Die Richtlinie 76/207 verpflichte die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Diskriminierungen für die Zukunft zu verhindern. Es müsse daher zumindest angenommen werden, daß § 611a Absatz 2 außer Betracht zu bleiben habe. Das hätte für den Arbeitgeber die Verpflichtung zur Folge, einen Arbeitsvertrag mit dem diskriminierten Bewerber abzuschließen oder, wenn sich dies im vorliegenden Fall als unmöglich erweise oder nicht in Frage komme, zumindest einen spürbaren Schadensersatz an ihn zu zahlen.
- 11 Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland ist sich zwar der Notwendigkeit einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie bewußt, legt aber Nachdruck darauf, daß jedem Mitgliedstaat nach Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zustehe. Im übrigen hätten die deutschen Gerichte die Möglichkeit, ausgehend vom nationalen Privatrecht und unter Beachtung des Inhalts der Richtlinie angemessene Lösungen zu erarbeiten, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung, aber auch den Interessen aller Beteiligten gerecht würden. Schließlich genüge eine spürbare Rechtsfolge, um den Grundsatz der Gleichbehandlung durchzusetzen, und diese Rechtsfolge dürfe nur für diejenigen Fälle vorgesehen werden, in denen der diskrimi-

- nierte Bewerber für den betreffenden Arbeitsplatz besser qualifiziert sei als andere Bewerber, nicht aber für die Fälle, in denen die Bewerber über eine gleiche Qualifikation verfügten.
- 12 Die niederländische Regierung meint, die Richtlinie verlange keine bestimmte Sanktion wie etwa die Verpflichtung zur Einstellung von Personen, die diskriminiert worden seien. Dagegen genüge die Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung eines rein symbolischen Betrags nicht dem Erfordernis, daß die diskriminierte Person ihre Rechte nach der Richtlinie wahrnehmen können müsse.
 - 13 Die Regierung des Vereinigten Königreichs ist ebenfalls der Auffassung, daß es Sache der Mitgliedstaaten sei, die Maßnahmen auszuwählen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Richtlinie für geeignet hielten. Die Richtlinie mache keine Angaben über die von den Mitgliedstaaten zu treffenden Maßnahmen, und die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zeigten selbst deutlich die Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung der geeigneten Maßnahmen aufträten.
 - 14 Nach Ansicht der Kommission will die Richtlinie zwar den Mitgliedstaaten die Auswahl und Festlegung der Sanktionen überlassen, gleichwohl müsse ihre Umsetzung jedoch im Ergebnis wirksam sein. Der Grundsatz der wirksamen Umsetzung der Richtlinie gebiete es, die Sanktionen so auszugestalten, daß sie für den diskriminierten Bewerber eine angemessene Wiedergutmachung und für den Arbeitgeber ein ernstzunehmendes Druckmittel darstellten, durch das er zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angehalten werde. Eine nationale Regelung, die lediglich einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gebe, reiche nicht aus, um die Beachtung dieses Grundsatzes zu gewährleisten.
 - 15 Nach Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag ist „die Richtlinie ... für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Zwar beläßt diese Bestimmung den Mitgliedstaaten die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Durchführung der Richtlinie, doch läßt diese Freiheit die Verpflichtung der einzelnen Mitgliedstaaten unberührt, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.

- 16 Folglich ist zu prüfen, ob die Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten verpflichtet, für Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung bestimmte Rechtsfolgen oder Sanktionen vorzusehen.
- 17 Die Richtlinie hat zum Ziel, in den Mitgliedstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen insbesondere dadurch zu verwirklichen, daß den Arbeitnehmern beiderlei Geschlechts tatsächliche Chancengleichheit beim Zugang zur Beschäftigung gewährleistet wird. Zu diesem Zweck definiert Artikel 2 den Grundsatz der Gleichbehandlung und seine Grenzen, während Artikel 3 Absatz 1 dessen Tragweite speziell hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung präzisiert. Nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß die Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar sind.
- 18 Artikel 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlaß der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, „seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“. Aus dieser Bestimmung folgt, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, die hinreichend wirksam sind, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen, und dafür Sorge zu tragen, daß die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten tatsächlich auf diese Maßnahmen berufen können. Zu solchen Maßnahmen könnten zum Beispiel Vorschriften gehören, die den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten oder eine angemessene finanzielle Entschädigung gewähren und die gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden. Allerdings schreibt die Richtlinie keine bestimmte Sanktion vor, sondern beläßt den Mitgliedstaaten die Freiheit der Wahl unter den verschiedenen, zur Verwirklichung ihrer Zielsetzung geeigneten Lösungen.
- 19 Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß die Richtlinie 76/207 nicht vorschreibt, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgte Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten.

b) Zur zweiten Frage

- 20 Da die zweite Frage nur für den Fall einer Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers gestellt ist, erübrigt sich die Beantwortung.

c) Zu den Fragen 3 bis 5

- 21 Mit seiner dritten und vierten Frage fragt das nationale Gericht den Gerichtshof im wesentlichen danach, ob der Richtlinie das Erfordernis einer ökonomisch spürbaren Sanktion entnommen werden kann. Die fünfte Frage geht dahin, ob sich verletzte Personen vor nationalen Gerichten auf die Richtlinie entsprechend der Auslegung, die ihr gegeben werden muß, berufen können.
- 22 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß wirkliche Chancengleichheit nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden kann. Diese Folgerung ergibt sich nicht nur aus der Zielsetzung der Richtlinie selbst, sondern insbesondere aus ihrem Artikel 6, der dadurch, daß er den Bewerbern um einen Arbeitsplatz, die diskriminiert worden sind, ein Klage-recht einräumt, anerkennt, daß ihnen Rechte zustehen, die sie vor Gericht geltend machen können.
- 23 Auch wenn eine vollständige Durchführung der Richtlinie nicht — wie in der Antwort auf die erste Frage festgestellt — eine bestimmte Sanktion für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot erfordert, so setzt sie doch voraus, daß diese Sanktion geeignet ist, einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie muß ferner eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben. Entscheidet sich der Mitgliedstaat dafür, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese deshalb jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.
- 24 Folglich würde eine nationale Rechtsvorschrift, die die Schadensersatzansprüche von Personen, die Opfer einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung wurden, auf eine rein symbolische Entschädigung wie etwa die Erstattung ihrer Bewerbungskosten beschränkt, den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht.

- 25 Die Art der in der Bundesrepublik Deutschland für Fälle der Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung vorgesehenen Sanktionen und insbesondere die Frage, ob § 611a Absatz 2 BGB die sich aus den allgemeinen Rechtsvorschriften ergebenden Schadensersatzmöglichkeiten ausschließt, ist vor dem Gerichtshof ausführlich erörtert worden. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, diese Bestimmung schließe die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzvorschriften nicht notwendig aus. Es ist allein Sache des nationalen Gerichts, über diese Frage der Auslegung seines nationalen Rechts zu entscheiden.
- 26 Allerdings ist klarzustellen, daß die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Daraus folgt, daß das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Artikel 189 Absatz 3 genannte Ziel zu erreichen.
- 27 Dagegen begründet die Richtlinie, wie sich aus den vorangehenden Erwägungen ergibt, hinsichtlich der Sanktionen für eine etwaige Diskriminierung keine unbedingte und hinreichend bestimmte Verpflichtung, auf die sich ein einzelner mangels rechtzeitig erlassener Durchführungsmaßnahmen berufen könnte, um aufgrund der Richtlinie eine bestimmte Wiedergutmachung zu erlangen, wenn eine solche Rechtsfolge nach den nationalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen oder zugelassen ist.
- 28 Es muß aber dem nationalen Gericht gegenüber betont werden, daß die Richtlinie 76/207 es zwar den Mitgliedstaaten überläßt, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen

Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.

Kosten

- 29 Die Auslagen der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, des Vereinigten Königreichs und der Niederlande sowie die Auslagen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Arbeitsgericht Hamburg mit Beschluß vom 5. Juli 1982 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Die Richtlinie 76/207 schreibt nicht vor, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgte Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten
2. Die Richtlinie begründet hinsichtlich der Sanktionen für eine etwaige Diskriminierung keine unbedingte und hinreichend bestimmte Verpflichtung, auf die sich ein einzelner mangels rechtzeitig erlassener Durchführungsmaßnahmen berufen könnte, um aufgrund der Richtlinie eine bestimmte Wiedergutmachung zu erlangen, wenn eine solche Rechtsfolge nach den nationalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen oder zugelassen ist.

3. Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.

	Mertens de Wilmars	Koopmans	Bahlmann
Galmot	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keeffe
Bosco	Due	Everling	Kakouris

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. April 1984.

Der Kanzler
P. Heim

Der Präsident
J. Mertens de Wilmars

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIMONE ROZÈS

(siehe Rechtssache 14/83, S. 1911)