setzes, 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 nationalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen oder zugelassen ist.

   Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktionen 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 14/83

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

SABINE VON COLSON UND ELISABETH KAMANN

gegen

LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

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'Keeffe, G. Bosco, O. Due, U. Everling und C. Kakouris,

Generalanwalt: S. Rozès
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

folgendes

## URTEIL

## Tatbestand

### I — Sachverhalt und Verfahren

Im Jahre 1982 waren in der Justizvollzugsanstalt Werl zwei Sozialarbeiterstellen zu besetzen. Die beiden Klägerinnen des Ausgangsverfahrens bewarben sich um diese Stellen. Schließlich wurden zwei Bewerber männlichen Geschlechts eingestellt.

Die Klägerinnen haben vor dem Arbeitsgericht Hamm Klage gegen das Land Nordrhein-Westfalen erhoben, das für die Justizvollzugsanstalt Werl zuständig ist. In diesem Verfahren geht es darum festzustellen, daß die Klägerinnen allein wegen ihres Geschlechts nicht eingestellt worden sind. Dementsprechend haben sie beantragt, das beklagte Land zu verurteilen, ihnen einen Arbeitsvertrag in der genannten Justizvollzugsanstalt anzubieten, hilfsweise, ihnen Schadensersatz in Höhe von sechs Monatsgehältern zu zahlen. Die Klägerin von Colson hat weiterhin hilfsweise den Ersatz der Fahrtkosten in Höhe von 7,20 DM beantragt, die sie bei ihrer Bewerbung um diese Stelle ausgelegt hat.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß die Klägerinnen wegen ihres Geschlechts für diese Stelle nicht berücksichtigt wurden.

Gleichwohl ist es der Ansicht, den Anträgen außer dem Hilfsantrag der Klägerin von Colson in Höhe ihrer Fahrtkosten (7,20 DM) nach den deutschen Rechtsvorschriften nicht stattgeben zu können.

In § 611a BGB, der die Richtlinie 76/207 des Rates ausführen soll, ist nämlich folgendes 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."

Demzufolge ist nach Ansicht des vorlegenden Gerichts die einzige Sanktion für eine Diskriminierung beim Zugang zu einer Beschäftigung der Ersatz des sogenannten Vertrauenschadens, d. h. des Schadens, der dem Arbeitnehmer dadurch entsteht, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot unterbleiben.

Der deutsche Gesetzgeber habe damit das sogenannte positive Interesse, nämlich einen Einstellungsanspruch als Folge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot, ausdrücklich nicht vorgesehen.

Um die im Fall einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung in der Gemeinschaft anwendbaren Rechtsvorschriften bestimmen zu können, hält das vorlegende Gericht eine Entscheidung des Gerichtshofes über die Auslegung einiger Vorschriften 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 (ABl. L 39, S. 40) für erforderlich.

Das Arbeitsgericht hat daher den Gerichtshof ersucht, im Wege der Vorabentscheidung über folgende Fragen zu entscheiden:

„1. Folgt aus den Bestimmungen der Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), daß eine Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Zugang zu einer Beschäftigung (Nichtabschluß des Arbeitsvertrags wegen des Geschlechts des Bewerbers/Bevorzugung eines anderen Bewerbers wegen dessen Geschlechts) dadurch sanktioniert werden muß, daß der diskriminierende Arbeitgeber zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber verpflichtet wird?

2. Falls Frage 1 grundsätzlich bejaht wird:

   a) Gilt die Sanktion ‚Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrags' nur dann, wenn über die Feststellung der Tatsache, daß der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung subjektiv nach Geschlechtskriterien getroffen hat, hinaus festgestellt werden kann, daß der diskriminierte Bewerber objektiv — nach zulässigen Auswahlkriterien — für den Arbeitsplatz besser qualifiziert ist als der jeweilige Bewerber, mit dem der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde?

   b) Oder ist der Arbeitgeber auch dann zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichtet, wenn zwar festgestellt werden kann, daß der Arbeitgeber subjektiv seine Auswahlentscheidung nach Geschlechtskriterien getroffen hat, objektiv aber der diskriminierte und der bevorzugte Be-

werber gleichermaßen qualifiziert sind?

c) Ist schließlich ein Einstellungsanspruch des diskriminierten Bewerbers auch dann begründet, wenn der diskriminierte Bewerber zwar objektiv schlechter qualifiziert ist als der bevorzugte Bewerber, aber feststeht, daß der Arbeitgeber subjektiv den diskriminierten Bewerber wegen seines Geschlechts von vornherein von der Auswahlentscheidung nach zulässigen Kriterien ausgenommen hat?

3. Falls es im Sinne der Fragen 2a bis c auf die objektive Qualifikation der Bewerber ankommt:

   Ist diese voll justitiabel und welche Kriterien und prozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln sind bei ihrer Feststellung anwendbar?

4. Falls Frage 1 grundsätzlich bejaht wird:

   Hätte in einem Fall, daß bei mehr als zwei Bewerbern für einen Arbeitsplatz mehr als eine Person aus Geschlechtsgründen von vornherein nicht in die Auswahlentscheidung nach zulässigen Kriterien mit einbezogen wird, jede dieser Personen den Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags?

   Müßte das Gericht hier eventuell eine eigene Auswahlentscheidung unter den diskriminierten Bewerbern treffen?

   Welche Sanktion wäre sonst materiell-rechtlich gegeben, falls die Frage in Satz 1 verneint wird?

5. Falls Frage 1 grundsätzlich verneint wird:

   Welche Sanktion hat dann bei einer festgestellten Diskriminierung beim Zugang zu einer Beschäftigung nach den Vorschriften der Richtlinie 76/207/EWG zu erfolgen?

   Ist dabei nach den Fragen 2a bis c zu differenzieren?

6. Ist die Richtlinie 76/207/EWG in der Auslegung, die der Gerichtshof dieser in Beantwortung der eben gestellten Fragen gibt, in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar geltendes Recht?"

Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ergibt sich unter anderem aus dem Zusammenhang der Vorschriften der Richtlinie sowie aus ihren Begründungserwägungen, daß sie den Erlaß von Rechtsvorschriften verlange, die von wirksamen Sanktionen begleitet seien. Wirksam sei aber nur eine Naturalrestitution.

Die betreffende Richtlinie bringe im wesentlichen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zum Ausdruck, was die Verpflichtung beinhalte, mit diesem Grundsatz unvereinbare Vorschriften zu beseitigen. In Artikel 6 sichere die Richtlinie ergänzend den gerichtlichen Schutz der Rechte, die auf ihr beruhten. Schließlich müßten die Mitgliedstaaten „die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften" für die Anwendung der Richtlinie in Kraft zu setzen.

Der Vorlagebeschluß ist am 24. Januar 1983 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch den Rechtssekretär im Deutschen Gewerkschaftsbund Clemens Franzen, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Ministerialrat im Bundeswirtschaftsministerium Martin Seidel und Professor Manfred Zuleeg als Bevollmächtigte, die dänische Regierung, vertreten durch den Rechtsberater im dänischen Außenmini-

sterium Laurids Mikaelsen als Bevollmächtigten, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. D. Howes, Treasury Solicitor's Department, als Bevollmächtigten im Beistand von Ian Glick, Inner Temple, London, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Manfred Beschel als Bevollmächtigten im Beistand von Professor Meinhard Hilf, haben gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG schriftliche Erklärungen abgegeben.

## II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Die *Klägerinnen des Ausgangsverfahrens* machen geltend, es sei unzureichend, den Schadensersatz wegen Ablehnung der Einstellung auf das „negative Interesse" („Vertrauensschaden") zu beschränken. Nach der EG-Richtlinie habe die Bundesrepublik die Verpflichtung, auf die Durchführung und Einhaltung der EG-Normen hinzuwirken. Hierzu gehörten auch geeignete Maßnahmen, mit denen Diskriminierungstatbestände künftig verhindert würden.

Gerade weil mit § 611a Absatz 2 BGB der Schadensersatzanspruch wegen festgestellter Diskriminierung bei der Einstellung ausdrücklich auf das sogenannte negative Interesse beschränkt sei, könne das Gericht nicht die allgemeinen Rechtsvorschriften anwenden (z. B. den allgemeinen Schadensersatzanspruch nach § 823 Absatz 2 BGB, den Anspruch aus culpa in contrahendo usw.).

Das Arbeitsgericht Hamm habe in diesem Zusammenhang zu Recht festgestellt, daß der auf das negative Interesse eingeschränkte Schadensersatzanspruch in der Praxis ohne Bedeutung sei. Er erstrecke sich fast denknotwendig nur auf den möglichen Ersatz von Vorstellungskosten (im vorliegenden Fall auf 7,20 DM für die Klägerin von Colson).

Diese Diskrepanz habe in der Bundesrepublik heftige Kritik ausgelöst. In einem amtlichen Bericht habe die Bundesregierung selber ausdrücklich eingeräumt, daß die Schadensersatzregelung des § 611a Absatz 2 BGB von vielen Seiten als unzureichend angesehen worden sei und nur in wenigen Fällen Klage erhoben werde.

Deshalb müsse § 611a Absatz 2 BGB soweit unbeachtlich bleiben, als der Schadensersatzanspruch bei festgestellter Diskriminierung im Einstellungsverfahren nur auf das „negative Interesse" begrenzt werde. Der Arbeitgeber sei zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber verpflichtet.

Wegen der Regelungen im deutschen Recht über die Darlegungs- und Beweislast (die in bestimmten Umfang die Beweislast dem Beklagten auferlegen) sei eine Beantwortung der Fragen 2 und 3 des Vorlagebeschlusses nicht zwingend erforderlich.

Zur Frage 4 sind die Klägerinnen der Auffassung, es liege in der Logik des innerstaatlichen Zivilprozeßrechts, daß in bestimmten Fällen beiden Anspruchstellerinnen der gleiche Arbeitsplatz als Schadensersatz zugesprochen werde. Wenn nämlich ein Arbeitgeber nicht beweisen könne, daß er keine Diskriminierung vorgenommen habe, setze er sich der Gefahr mehrfacher Anspruchstellung aus. Eine Beantwortung dieser Frage sei daher — infolge der Anwendung deutschen Rechts — ebenfalls nicht unbedingt notwendig.

Schließlich vertreten die Klägerinnen die Auffassung, daß selbst dann, wenn die Richtlinie im Zusammenhang mit dem innerstaatlichen Recht wider Erwarten

keinen Einstellungsanspruch enthalte, Sinn und Zweck der Vorschrift zumindest verlangten, daß der Arbeitgeber bei festgestellter Diskriminierung Schadensersatz in Geld leisten müsse.

Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie möchten die Klägerinnen im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes beantwortet sehen.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* 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 Nachdruck 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 ging über das Benachteiligungsverbot hinaus und wäre eine positive Maßnahme, die dem potentiellen Arbeitgeber nicht zur Last fallen dürfe. Selbst wenn die Zurücksetzung bereits erkennbar werde, bevor die Stelle besetzt sei, könne man den Arbeitgeber nicht dazu verpflichten, überhaupt jemanden einzustellen.

Die Bundesregierung schlägt daher vor, die erste Frage des vorlegenden Gerichts zu verneinen. Eine Beantwortung der Fragen 2 bis 4 erübrige sich somit.

Zur Frage 5 trägt die Bundesregierung vor, 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.

Hinsichtlich der Frage 6 ist die Bundesregierung der Auffassung, die Richtlinie 76/207 entfalte Rechtswirkungen im innerstaatlichen Bereich, deren Tragweite sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe.

Die *dänische Regierung* ist der Ansicht, die Richtlinie sehe nirgendwo eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Verhängung von Sanktionen einer bestimmten Art vor. Ein Vergleich mit der Richtlinie 75/117 des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen zeige, daß letztere bei einem Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts ausdrücklich Sanktionen vorsehe. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe daher diese Frage bei der Richtlinie über die Gleichbehandlung absichtlich offengelassen.

Im übrigen bemerkt die dänische Regierung, daß auch in der Richtlinie über das gleiche Entgelt der Rat den Mitgliedstaaten die Wahl der geeigneten Maßnahmen „nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Verhältnisse und ihrer Rechtssysteme" überlassen habe, was ebenfalls die These stütze, daß sich aus der Gleichbehandlungsrichtlinie keine Vorschriften über eine Verpflichtung zur Festsetzung bestimmter Sanktionen herleiten ließen.

Die Wahl geeigneter Sanktionen stehe daher den Mitgliedstaaten mit der Einschränkung zu, die sich aus den Artikeln 5 und 189 des Vertrages ergebe. Im übrigen müßten die Mitgliedstaaten Verstöße gegen solche Vorschriften auf dieselbe Weise ahnden, wie man im jeweiligen Staat entsprechende Verstöße gegen innerstaatliche Vorschriften verwandter Rechtsbereiche, die nicht gemeinschaftlich geregelt seien, ahnde.

Wie ein Vergleich mit dem Übereinkommen Nr. 158 der IAO über die Aufhebung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitgeber, das 1982 verabschiedet worden sei, zeige, akzeptiere man auf internationaler Ebene, daß selbst bei Entlassungen die Zeit noch nicht gekommen sei, einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf (Wieder-)Einstellung eines entlassenen Arbeitnehmers einzuführen.

Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* vertritt ebenfalls die Ansicht, es komme den Mitgliedstaaten zu, die Maßnahmen auszuwählen und zu erlassen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Richtlinie für geeignet hielten; dies habe die Bundesrepublik getan.

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

Die vom Arbeitsgericht Hamm gestellten Fragen und die Erläuterungen hierzu zeigten selber deutlich die ungeheure Schwierigkeit, der sich der Gerichtshof gegenüber sähe, wenn er versuchen sollte, in diesem Bereich für die Mitgliedstaaten Vorschriften aufzustellen.

Zur Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie betont die Regierung des Vereinigten Königreichs, daß eine nicht durchgeführte Richtlinie einzelnen, an die sie nicht gerichtet sei, keine Verpflichtungen auferlegen könne. Nach Auffassung des Vereinigten Königreichs ist die Richtlinie nicht an das Land Nordrhein-Westfalen gerichtet.

Selbst wenn das Land im vorliegenden Fall als Bundesrepublik anzusehen wäre, könnte eine unmittelbare Wirkung nur gegenüber einem Mitgliedstaat in seiner Eigenschaft als Staat und nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber eintreten. In dieser Hinsicht entspreche seine Stellung nämlich der eines einzelnen. Jemand, der von einem Mitgliedstaat beschäftigt werde oder bei ihm eine Beschäftigung suche, dürfe nicht besser gestellt sein als jemand, der von einem anderen einzelnen beschäftigt werde oder Beschäftigung bei ihm suche (Randnummern 19 bis 25 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 12. 12. 1974, Rechtssache 36/74, *Walrave und Koch,* Slg. 1974, 1405).

Wenn die Richtlinie 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 nicht näher festgelegter Maßnahmen verpflichtet würden.

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 Klagen nach deutschem Recht erfolgreich sein könnten.

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 solche 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. Lediglich für das italienische Recht habe festgestellt werden können, daß der Richter „die Beendigung oder Rückgängigmachung einer Diskriminierung bei der Einstellung anordnen kann". Dies hänge mit der konkurrierenden Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zusammen.

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 Frage 1 offenkundig verneint werden müsse, bestehe auch keine Veranlassung, hilfsweise zu den Fragen 2 bis 4 Stellung zu nehmen.

Die Frage 5 gründe sich auf die festgestellte Wirkungslosigkeit der deutschen Vorschrift, nach der lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens zu gewähren sei; die Frage ziele darauf ab, durch den Gerichtshof gegebenenfalls einen impliziten Anspruch auf den 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 Mitglied-

staaten sei die zivilrechtliche Sanktion in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs vorgesehen.

Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie enthalte 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 Arbeitsuchenden insoweit ein subjektives Recht auf Beachtung der genannten Verpflichtung eingeräumt werden müsse, durch dessen Verletzung er „beschwert" sei, wenn ein Arbeitgeber dagegen verstoße. Für den 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 gemeinschaftlichen Anforderungen zu genügen. Die dem diskriminierten Bewerber einzuräumenden Rechte müßten indes so beschaffen sein, daß darin eine wirksame Umsetzung der Richtlinienziele zu sehen sei. Das bedeute, daß die Rechtsfolgen eines Verstoßes 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 darstellten, durch das er zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angehalten werde. Eine nationale Regelung, welche 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.

Was die sechste Frage angehe, so stelle sich das Problem der „unmittelbaren Anwendbarkeit" der Richtlinie 76/207 nicht, da der Richtlinie keine eindeutigen Sanktionen zu entnehmen seien. Sollte der Gerichtshof dennoch in einer Unanwendbarkeit der in § 611a Absatz 2 BGB enthaltenen Schadensersatzbegrenzung einen Weg sehen, um für die Klägerinnen einen weitergehenden allgemeinen Schadensersatzanspruch freizulegen, so ergäben sich für die Fragen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie weitere Probleme.

Wenn eine Richtlinie unter bestimmten Umständen auch eine vertikale Wirkung gegenüber dem Mitgliedstaat oder gegenüber seine Organen und Behörden haben könne, so sei es, von außergewöhnlichen Fällen abgesehen, ausgeschlossen, eine solche Wirkung im horizontalen Verhältnis zwischen privaten Personen anzuerkennen.

Im vorliegenden Fall stünden die Klägerinnen jedoch dem Bundesland Nordrhein-Westfalen gegenüber, das ein Teil der öffentlichen Hand sei. Für das Gemeinschaftsrecht gelte das Prinzip der Einheit der öffentlichen Hand: Jedem Mitgliedstaat bleibe es in gewissen Grenzen freigestellt, wie er und durch welche Organe er den Verpflichtungen des Gemeinschaftsrechts nachkommen wolle.

Zwar würden nach dieser Auffassung die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse zwischen Privaten anders von der Richtlinie erfaßt als diejenigen zwischen dem Land und den Klägerinnen als Privatpersonen. Diese Diskriminierung erkläre sich indes im vorliegenden Zusammenhang aus der

spezifischen Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand. Diese besondere Anforderung an den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn sei daher sachgerecht. Im nationalen Recht finde diese Unterscheidung in der weitgehenden Ablehnung der „Drittwirkung" der Grundrechte zwischen Privaten ihren Ausdruck.

III — Frage an die deutsche Regierung

Die deutsche Regierung ist aufgefordert worden, 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.

IV — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 13. Dezember 1983 haben die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Clemens Franzen als Prozeßbevollmächtigten, der Beklagte des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Regierungsdirektor Siefke als Bevollmächtigten, die Bundesregierung, vertreten durch Martin Seidel und Professor Manfred Zuleeg als Bevollmächtigte, und die Kommission, vertreten durch Manfred Beschel als Bevollmächtigten im Beistand von Professor Meinhard Hilf, mündliche Ausführungen gemacht und Fragen des Gerichtshofes beantwortet.

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

## Entscheidungsgründe

1 Das Arbeitsgericht Hamm hat mit Beschluß vom 6. Dezember 1982, beim Gerichtshof eingegangen am 24. Januar 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 zwei Diplom-Sozialarbeiterinnen, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann, und dem Land Nordrhein-Westfalen. Wie sich aus den Gründen des Vorlagebeschlusses ergibt, lehnte die Justizvollzugsanstalt Werl, in die nur männliche Gefangene aufgenommen werden und für die das Land Nordrhein-Westfalen zuständig ist, die Einstellung der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens wegen ihres Geschlechts ab. Die für Einstellungen zuständigen Beamten hätten ihre Ablehnung der Einstellung der Klägerinnen damit begründet, daß die Einstellung von weiblichen Bewerbern für derartige Anstalten problematisch und risikoreich sei; sie hätten aus diesen Gründen männliche Bewerber vorgezogen, obwohl diese schlechter qualifiziert gewesen seien.

3 Das vorlegende Gericht hält die Diskriminierung für erwiesen; nach seiner Ansicht 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 Falle 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 vorlegende Gericht ist deshalb der Auffassung, daß es nur auf Erstattung der von der Klägerin von Colson in Zusammenhang mit ihrer Bewerbung aufgewandten Fahrtkosten (7,20 DM) erkennen kann und die Klagen im übrigen abweisen muß.

6 Um jedoch die auf Gemeinschaftsebene geltenden Rechtsvorschriften für den Fall der Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung festzustellen, hat das nationale Gericht dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

„1. Folgt aus den Bestimmungen der Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), daß eine Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Zugang zu einer Beschäftigung (Nichtabschluß des Arbeitsvertrags wegen des Geschlechts des Bewerbers/Bevorzugung eines anderen Bewerbers wegen dessen Geschlechts) dadurch sanktioniert werden muß, daß der diskriminierende Arbeitgeber zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber verpflichtet wird?

2. Falls Frage 1 grundsätzlich bejaht wird:

   a) Gilt die Sanktion ‚Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrags' nur dann, wenn über die Feststellung der Tatsache, daß der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung subjektiv nach Geschlechtskriterien getroffen hat, hinaus festgestellt werden kann, daß der diskriminierte Bewerber objektiv — nach zulässigen Auswahlkriterien — für den Arbeitsplatz besser qualifiziert ist als der jeweilige Bewerber, mit dem der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde?

   b) Oder ist der Arbeitgeber auch dann zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichtet, wenn zwar festgestellt werden kann, daß der Arbeitgeber subjektiv seine Auswahlentscheidung nach Geschlechtskriterien getroffen hat, objektiv aber der diskriminierte und der bevorzugte Bewerber gleichermaßen qualifiziert sind?

   c) Ist schließlich ein Einstellungsanspruch des diskriminierten Bewerbers auch dann begründet, wenn der diskriminierte Bewerber zwar objektiv schlechter qualifiziert ist als der bevorzugte Bewerber, aber feststeht, daß der Arbeitgeber subjektiv den diskriminierten Bewerber wegen seines Geschlechts von vornherein von der Auswahlentscheidung nach zulässigen Kriterien ausgenommen hat?

3. Falls es im Sinne der Fragen 2a bis c auf die objektive Qualifikation der Bewerber ankommt:

   Ist diese voll justitiabel und welche Kriterien und prozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln sind bei ihrer Feststellung anwendbar?

4. Falls Frage 1 grundsätzlich bejaht wird:

   Hätte in einem Fall, daß bei mehr als zwei Bewerbern für einen Arbeitsplatz mehr als eine Person aus Geschlechtsgründen von vornherein nicht in die Auswahlentscheidung nach zulässigen Kriterien mit einbezogen wird, jede dieser Personen den Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags?

   Müßte das Gericht hier eventuell eine eigene Auswahlentscheidung unter den diskriminierten Bewerbern treffen?

   Welche Sanktion wäre sonst materiell-rechtlich gegeben, falls die Frage in Satz 1 verneint wird?

5. Falls Frage 1 grundsätzlich verneint wird:

   Welche Sanktion hat dann bei einer festgestellten Diskriminierung beim Zugang zu einer Beschäftigung nach den Vorschriften der Richtlinie 76/207/EWG zu erfolgen?

   Ist dabei nach den Fragen 2a bis c zu differenzieren?

6. Ist die Richtlinie 76/207/EWG in der Auslegung, die der Gerichtshof dieser in Beantwortung der eben gestellten Fragen gibt, in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar geltendes Recht?"

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 5) 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 6).

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 vorlegenden Gerichts ergibt sich aus den Begründungserwägungen und dem Wortlaut der Richtlinie selbst, daß sie den Erlaß von Rechtsvorschriften verlange, die von wirksamen Sanktionen begleitet seien; wirksam sei aber nur eine Naturalrestitution, die zur Einstellung der diskriminierten Personen führe.

10 Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens sind 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.

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 diskriminierte 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 dänische Regierung ist der Ansicht, die Richtlinie habe den Mitgliedstaaten absichtlich die Wahl der geeigneten Sanktionen nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Verhältnisse und ihrer Rechtssysteme überlassen. Die Mitgliedstaaten müßten bei Verstößen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung die gleichen Sanktionen vorsehen wie bei entsprechenden Verstößen gegen innerstaatliche Vorschriften verwandter Rechtsbereiche, die nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt seien.

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 der Europäischen Gemeinschaften 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 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) Zu den Fragen 2 bis 4

20 Da die Fragen 2 bis 4 nur für den Fall einer Verpflichtung des Arbeitsgebers zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers gestellt sind, erübrigt sich ihre Beantwortung.

c) Zur fünften und sechsten Frage

21 Mit seiner fünften Frage möchte das nationale Gericht vom Gerichtshof im wesentlichen wissen, ob der Richtlinie für Fälle der Diskriminierung eine andere Sanktion als der Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags entnommen werden kann. Die sechste 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 Klagerecht 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 vorgetragen, 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, Dänemarks und des Vereinigten Königreichs 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 Hamm mit Beschluß vom 6. Dezember 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 VOM 31. JANUAR 1984 [1]

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

Die Fragen, die Ihnen die Arbeitsgerichte Hamm (Rechtssache 14/83) und Hamburg (Rechtssache 79/83) vorgelegt haben, betreffen das Problem der Rechtsfolgen, mit denen das nationale Recht den Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen unter anderem beim Zugang zur Beschäftigung, wie ihn die Richtlinie 76/207 des Rates vom 9. Februar 1976 [2] verwirklicht hat, belegen muß. Da die beiden Gerichte an der Tatsache der Diskriminierung, die die Klägerinnen wegen ihres Geschlechts erlitten haben, keinen Zweifel haben, kann der Sachverhalt der beiden Fälle jeweils kurz dargestellt werden:

— In der Rechtssache 14/83 bewarben sich Sabine von Colson und Elisabeth Kamann um zwei Sozialarbeiterstellen, die in einer Justizvollzugsanstalt in Nordrhein-Westfalen zu besetzen waren. Obwohl sie von der Sozialarbeiterkonferenz an die Spitze der Bewerberliste gesetzt wurden, wurden sie von der zuständigen Behörde zurückgestuft, die ihnen schließlich zwei männliche Bewerber vorzog. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts Hamm ergibt sich aus der Haltung der zuständigen Behörde eindeutig, daß die beiden Bewerberinnen wegen ihres Geschlechts diskriminiert worden sind.

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

2 — ABl. L 39 vom 14. 2. 1976, S. 40.