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.

— zu demselben Ergebnis kommt das Arbeitsgericht Hamburg bei einer von Dorit Harz eingereichten Klage: Die Firma Deutsche Tradax GmbH lehnte die Klägerin gerade in ihrer Eigenschaft als Frau für die Stelle ab, um die diese sich aufgrund bestimmter Besonderheiten, die die Position bot, beworben hatte.

Der Verstoß gegen die Gleichbehandlung von weiblichen und männlichen Arbeitnehmern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung ist somit offensichtlich bewiesen: Die Zweifel der deutschen Gerichte betreffen die *Art der Entschädigung, die § 611a Absatz 2 BGB den Geschädigten zubilligt.* Diese Vorschrift wurde in das Bürgerliche Gesetzbuch durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 (BGBl. 1980 I, S. 1308) eingefügt: Nachdem in Absatz 1 der Grundsatz des Verbots jeglicher Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, festgelegt ist, bestimmt Absatz 2 folgendes:

„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."

Der deutsche Gesetzgeber sieht also für den wegen seines Geschlechts abgelehnten Bewerber Ersatz des Schadens vor, den er dadurch erleidet, daß sein Vertrauen darauf, der Arbeitgeber werde das Verbot der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts beachten, enttäuscht wird. Ihm wird ausdrücklich kein Anspruch auf Einstellung zuerkannt: Nur der „Vertrauensschaden" wird ihm ersetzt. Demzufolge deckt der Schadensersatz, der ihm auf dieser Grundlage zugesprochen werden kann, nur die Bewerbungskosten (Briefmarke — Umschlag — Reisekosten — Kosten für die Erstellung der Bewerbungsunterlagen), die sich im allgemeinen auf wenige DM belaufen. Die Arbeitsgerichte fragen daher nach der Vereinbarkeit einer so bescheidenen Entschädigung mit der Gemeinschaftsrichtlinie 76/207. Ihre jeweils gleichlautenden Vorabentscheidungsfragen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Folgt aus dem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von weiblichen und männlichen Arbeitnehmern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, wie er in der Richtlinie 76/207 enthalten ist,
   a) ein Anspruch der diskriminierten Bewerberin auf Abschluß eines Arbeitsvertrags als Sanktion gegenüber dem sich widersetzenden Arbeitgeber (Frage Nr. 1 in den Rechtssachen 14 und 79/83),
   b) oder, falls dies verneint wird, eine wirtschaftlich spürbare Sanktion als Rechtsfolge wie etwa eine Entschädigung bis zur Höhe des sechsfachen Monatsgehalts und/oder gegebenenfalls die Anwendung von Strafmaßnahmen oder anderen Maßnahmen (Frage Nr. 3 in der Rechtssache 79/83, Frage Nr. 5 in der Rechtssache 14/83)?
   c) Inwieweit und in welcher Art und Weise muß sowohl im einen als auch im anderen Fall das nationale Gericht die Befähigung der diskriminierten Bewerberin im Verhältnis zum eingestellten Bewerber oder auch gegebenenfalls im Verhältnis zu den anderen abgelehnten Bewerbern und Bewerberinnen berücksichtigen (Fragen 2 bis 4 in der Rechtssache 14/83, Fragen 2 und 4 in der Rechtssache 79/83)?

2. Sind die Richtlinie 76/207 und vor allem die Artikel 1 bis 3 unmittelbar anwendbar (Frage 6 in der Rechtssache 14/83, Frage 5 in der Rechtssache 79/83)?

Wie sich aus diesen Fragen ergibt, besteht das wesentliche Problem in erster Linie in der Prüfung, ob die Richtlinie 76/207 den Mitgliedstaaten den Erlaß bestimmter Sanktionen auferlegt. Soweit diese nicht weiterführt, muß in zweiter Linie geprüft werden, ob das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten besondere Pflichten aufgibt, um die Einhaltung von Richtlinien sicherzustellen.

I — Verpflichtet die Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten zu Sanktionen einer bestimmten Art?

Um diese Frage zu beantworten, um die es in den Ihnen vorgelegten Vorabentscheidungsfragen in der Hauptsache geht, ist vorweg daran zu erinnern, daß eine Richtlinie nach Artikel 189 des Vertrages

„für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich [ist], ... jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel"

überläßt.

1. Der genaue Umfang der staatlichen Wahlmöglichkeiten zur Verwirklichung der Richtlinie bestimmt sich also nach Maßgabe des zu erreichenden Ziels: Zu diesem Ergebnis sind Sie in dem Urteil in der Rechtssache *Lee* gelangt, in der es um die Feststellung ging, ob die Richtlinie 72/159 über die Modernisierung der landwirtschaftlichen Betriebe [1] die Mitgliedstaaten verpflichtete, eine Klagemöglichkeit gegen Entscheidungen der Verwaltung hinsichtlich der in der Richtlinie vorgesehenen Vergünstigungen zu eröffnen [2]. Allgemein gesprochen ist der von der Richtlinie abgesteckte Rahmen zu untersuchen, um den genauen Inhalt der dem Mitgliedstaat auferlegten Verpflichtung zur Erreichung des Ziels und dementsprechend das Ausmaß des Ermessensspielraums, über den dieser Staat bei der Verwirklichung verfügt, zu bestimmen.

2. Übertragen wir diese Überlegung auf die Richtlinie 76/207: Ihr Ziel ist „die 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". Dieses Ziel steht auch in Artikel 1, während in Artikel 2 der Grundsatz der Gleichbehandlung und seine Grenzen definiert sind. Die Artikel 3 bis 8 erlauben es, die Tragweite des so definierten Grundsatzes zu bestimmen, dem eine doppelte Bedeutung zukommt:

a) Er beinhaltet zunächst, daß bei keinem der Bereiche, für die die Richtlinie erlassen worden ist, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf [3], also insbesondere nicht „bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung" [4].

1 — ABl. L 96 vom 23. 4. 1972, S. 1.

2 — Randnummer 12 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 6. 5. 1980, Rechtssache 152/79, Slg. 1980, 1495; s. auch Randnummer 11 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 23. 11. 1977, Rechtssache 38/77, Enka BV, Slg. 1977, 2203.

3 — Artikel 3 Absatz 1; Artikel 4 Absatz 1; Artikel 5 Absatz 1.

4 — Richtlinie 76/207, Artikel 3 Absatz 1.

b) Er beinhaltet weiterhin die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „die notwendigen Maßnahmen" zu treffen, damit unter anderem

— sämtliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Bestimmungen in Tarifverträgen und Betriebsordnungen, die mit dem Grundsatz unvereinbar sind, beseitigt werden [1] und

— „jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann" [2]. Diese Vorschrift wird durch Artikel 7 ergänzt: Danach sind nämlich die Mitgliedstaaten verpflichtet, Arbeitnehmer, die von diesen Rechtsbehelfen Gebrauch machen, gegen jede Vergeltungsmaßnahme in Form einer Entlassung zu schützen. Nach Artikel 8 müssen die Mitgliedstaaten die Unterrichtung der Arbeitnehmer sicherstellen. Artikel 9 setzt schließlich die Frist zur Verwirklichung der Richtlinie fest, und Artikel 10 verpflichtet die Mitgliedstaaten, der Kommission alle zweckdienlichen Angaben zukommen zu lassen, damit diese für den Ministerrat den Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie erstellen kann.

Keine der Bestimmungen der Richtlinie sieht also für die Mitgliedstaaten ausdrücklich die Verpflichtung vor, die Nichtbeachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit irgendeiner Sanktion oder gar mit einer besonders gearteten Sanktion zu belegen. Nur die Artikel 6 und 7 lassen die Annahme zu, daß dieser Verstoß nicht ohne nationale Sanktion bleiben soll: Die Eröffnung einer Klagemöglichkeit und das Erfordernis eines Schutzes des Klägers präjudizieren jedoch nicht die Entscheidung darüber, welche Sanktionen zu erlassen sind.

3. Aus dieser Untersuchung läßt sich ein zweifacher Schluß ziehen:

A — Die Mitgliedstaaten haben einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Entscheidung, mit welcher Art von Sanktionen sie den Verstoß gegen den in der Richtlinie entwickelten Grundsatz belegen wollen: Diese Auffassung wird in den Erklärungen, die in den beiden Sachen eingereicht worden sind, nicht bestritten. Die von der Kommission angestellte Rechtsvergleichung zeigt im übrigen die Unterschiedlichkeit der getroffenen Lösungen: Nur Italien sieht einen Einstellungsanspruch vor, während alle anderen Mitgliedstaaten außer der Bundesrepublik Deutschland und den Niederlanden zumindest zwei Arten von Sanktionen eingeführt haben, seien sie nun zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art [3]. Die Richtlinie 76/207 verpflichtet also die Mitgliedstaaten nicht, Sanktionen wie einen Einstellungsanspruch oder einen Schadensersatzanspruch in Höhe von sechs, zwölf oder vierundzwanzig Monatsgehältern oder aber irgendeine andere Sanktionsart vorzusehen.

Demzufolge sind die Fragen 2 bis 4 in der Rechtssache 14/83 sowie 2 und 4 der Rechtssache 79/83 gegenstandslos, da sie nur für den Fall einer bejahenden Antwort gestellt worden sind. Nur ist zu betonen, daß Sie in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß es ausschließlich Sache des nationalen Gerichts ist, den Sachverhalt und die Ver-

1 — Artikel 3 Absatz 2; Artikel 4 Buchstaben a, b, c; Artikel 5 Absatz 2.

2 — Artikel 6 (vgl. hierzu Randnummern 18 bis 21 Ihres Urteils vom 26. 11. 1983, Rechtssache 163/82, Kommission/Italien, Slg. 1983, 3273, und meine Schlußanträge Ziffer II. 2).

3 — Bericht der Kommission vom 9. 2. 1981, S. 201, KOM(80) 832 endg.

fahrensregeln, die im bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwendbar sind, festzustellen [1].

B — Die Frage nach der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie oder bestimmter Vorschriften ist nicht erheblich: Die Richtlinie enthält, wie ich ausgeführt habe, keine unbedingte und hinreichend genaue Verpflichtung, die die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Verhalten zwingen könnte, das heißt im vorliegenden Fall, sich für diese oder jene Art von Sanktionen zu entscheiden [2]. Dieser Punkt wird von den Beteiligten nicht bestritten.

Ich schlage daher als Antwort vor, daß die Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten nicht zum Erlaß einer bestimmten Art von Sanktionen zwingt, wenn gegen das Verbot der Diskriminierung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern verstoßen wird. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Mitgliedstaaten irgendeine beliebige Sanktion vorsehen können. Das ist kein Widerspruch: Insoweit kommen die Erfordernisse wieder ins Spiel, die jeder Mitgliedstaat bei der Verwirklichung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung beachten muß.

II — Erlegt das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten besondere Verpflichtungen bei der Verwirklichung von Richtlinien auf?

Wie wir gesehen haben, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, als Ziel die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf den von der Richtlinie 76/207 genannten Gebieten zu erreichen. Diese Verpflichtung muß durch die Beseitigung bestehender Diskriminierungen Gestalt gewinnen. Sie wird durch die Eröffnung einer Klagemöglichkeit ergänzt, die durch die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften abgesichert ist.

Um die Einhaltung der in solcher Weise umgesetzten Verpflichtung zu gewährleisten, darf man sich nicht auf den Erlaß dieser prozeßrechtlichen Vorschriften beschränken: Die Wirksamkeit des von den Mitgliedstaaten verwirklichten Grundsatzes hängt nämlich auch gerade von der Sanktion seiner eventuellen Verletzung ab. Wenn die Richtlinie hierzu schweigt und es somit den nationalen Behörden überläßt, für den Erlaß der notwendigen Maßnahmen zu sorgen [3], kann man die allgemeinen Verpflichtungen jedoch nicht unberücksichtigt lassen, die jenen bei der Durchführung jeder Gemeinschaftsregelung auferlegt sind. Artikel 5 des Vertrages bestimmt insoweit folgendes:

„Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben."

Anhand Ihrer Rechtsprechung läßt sich die Reichweite dieses allgemeinen Gebots näher erläutern.

1. Was die Gleichbehandlung von Männern und Frauen angeht, haben Sie im Urteil in der Rechtssache 61/81 festgestellt, daß es das Ziel der Richtlinie 75/117 vom 10. Februar 1975 [4] ist, den in Artikel 119 EWG-Vertrag genannten Grundsatz des gleichen Entgelts für

1 — Vgl. z. B. Randnummern 10 und 11 des Urteils vom 28. 3. 1979, Rechtssache 222/78, ICAP, Slg. S. 1163.

2 — Randnummer 25 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 19. 1. 1982, Rechtssache 8/81, Becker, Slg. 1982, 53.

3 — s. für den Fall nationaler Sanktionen, mit denen der Verstoß gegen eine Verordnung belegt wird, Randnummern 32 und 33 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 50/76, Amsterdam Bulb. Slg. 1977, 137.

4 — ABl. L 45 vom 10. 2. 1975, S. 19, Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen.

Männer und Frauen zu verwirklichen, und Sie haben daraus abgeleitet, daß

„es in erster Linie den Mitgliedstaaten obliegt, durch entsprechende Rechts- und Verwaltungsvorschriften die Anwendung dieses Grundsatzes zu gewährleisten, damit alle Arbeitnehmer in der Gemeinschaft auf diesem Gebiet Schutz genießen können" [1].

In derselben Rechtssache haben Sie sich auf Artikel 6 der betreffenden Richtlinie bezogen [2], nach dem die Mitgliedstaaten

„nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Verhältnisse und ihrer Rechtssysteme die Maßnahmen [treffen], die erforderlich sind, um die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu gewährleisten. Sie vergewissern sich, daß wirksame Mittel vorhanden sind, um für die Einhaltung dieses Grundsatzes Sorge zu tragen."

Sie sind zu dem Ergebnis gelangt, daß die Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs, die dem Arbeitgeber die Möglichkeit ließen, sich jedem System beruflicher Einstufung zu widersetzen, und dadurch den Arbeitnehmer daran hinderten, für die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts die Gleichwertigkeit der geleisteten Arbeit nachzuweisen, mit den Zielen der Richtlinie nicht vereinbar waren. In jedem Fall beeinträchtigte das Versäumnis des Vereinigten Königreichs sogar die Wirksamkeit des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Zwar enthält die Richtlinie 76/207 keine dem Artikel 6 der Richtlinie 75/117 entsprechende Vorschrift, aber sie verlangt trotzdem, daß die Mitgliedstaaten alle „notwendigen Maßnahmen" zur Durchführung der Richtlinie treffen: Die einzelstaatlichen Maßnahmen, die eine Richtlinie umsetzen sollen, müssen der tatsächlichen Verwirklichung des Ziels dienen, das der Mitgliedstaat erreichen muß [3]. Insoweit ist klar, daß davon die praktische Wirksamkeit auch des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne von Artikel 119 EWG-Vertrag abhängt. Man kann meines Erachtens die Tragweite der Verpflichtung, die den Mitgliedstaaten so aufgegeben ist, noch genauer fassen.

2. Allgemeiner gesagt ist, wenn man die Verwirklichung des Artikels 119 EWG-Vertrag einen kurzen Augenblick einmal beiseite läßt, die Verweisung auf das innerstaatliche Recht nicht unbeschränkt.

Auf dem Gebiet der Rückerstattung zu Unrecht geleisteter Zahlungen haben Sie in der Rechtssache Fromme festgestellt, daß

„die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen [darf], indem sie die Wiedereinziehung von zu Unrecht geleisteten Zahlungen praktisch unmöglich macht",

und auch nicht dazu führen darf,

„daß für diese Wiedereinziehung ungünstigere Voraussetzungen oder Modalitäten gelten als für gleichartige Verfahren, die nur innerstaatliches Recht betreffen. Außerdem müssen die nationalen Stellen auf diesem Gebiet mit der gleichen Sorgfalt vorgehen, die sie auch bei der Durchführung entsprechender nationaler Rechtsvorschriften anwenden, um so jede Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu vermeiden".

1 — Randnummer 7 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 6. 7. 1982, Rechtssache 61/81, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1982, 2601 — Schlußanträge des Generalanwalts VerLoren van Themaat, insbesondere S. 2624.

2 — Randnummer 10 der Entscheidungsgründe des vorstehend genannten Urteils.

3 — s. hinsichtlich einer EGKS-Empfehlung zur Tragweite, die den nationalen Sanktionen beigemessen wird, mit denen der Verstoß gegen die Ziele der Empfehlung belegt wird: Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 9/61, Regierung der Niederlande, Slg. 1962, 433 — Schlußanträge des Generalanwalts Roemer, S. 483.

Schließlich haben Sie bei der Festlegung solcher Grenzen für die Verweisung auf nationales Recht

„bezüglich des Verhältnisses zu den Verfahren, die der Entscheidung über gleichartige, aber rein innerstaatliche Streitigkeiten dienen, festgestellt, daß die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften aufgrund der Verweisung nicht in einer gegenüber diesen Verfahren diskriminierenden Weise erfolgen darf" [1].

Aus dieser Entscheidung, die Ihre Rechtsprechung zusammenfaßt, ergeben sich drei Forderungen, wie Generalanwalt VerLoren van Themaat ausgeführt hat [2]:

a) Die nationalen Maßnahmen, auf die verwiesen wird, dürfen die Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht untergraben;

b) sie dürfen deshalb nicht weniger wirksam sein als — um einen Ausdruck des Generalanwalts aufzugreifen — „die nationale Durchführungspraxis" bei vergleichbaren nationalen Regelungen [3];

c) sie dürfen demzufolge, um nicht diskriminierend zu sein, die Rechtsbürger nicht ungünstiger behandeln als dies bei Anwendung rein nationaler Vorschriften der Fall wäre.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sie zwar auf das Gemeinschaftsrecht nicht einwirken dürfen, aber genauso wirksam wie nationale Durchführungsregelungen sein müssen und keine Diskriminierung für die Bürger der Gemeinschaft mit sich bringen dürfen. Diese Voraussetzungen, die zusammen vorliegen müssen, verdeutlichen die Verpflichtungen, die das Gemeinschaftsrecht dem Mitgliedstaat auferlegt, wenn es ihm einen bestimmten Ermessensspielraum bei der Durchführung der Gemeinschaftsregelungen läßt. Daher ist es nicht überraschend, daß Sie diese Grundsätze besonders deutlich bei Sanktionen angewandt haben, mit denen ein Mitgliedstaat den Verstoß gegen ausländerpolizeiliche Verwaltungsformalitäten ahnden kann.

3. Die Mitgliedstaaten haben auf dem Gebiet der Freizügigkeit die Befugnis behalten, in ihrem Hoheitsgebiet den Aufenthalt fremder Staatsangehöriger zu kontrollieren [4]. Hierzu können sie unter anderem die Beachtung der Verwaltungsformalitäten verlangen, die die Richtlinie 68/360 des Rates „zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft" [5] vorschreibt, etwa den Besitz bestimmter Ausweis- und Aufenthaltspapiere [6] oder die Anzeigeverpflichtung nach Artikel 8 Absatz 2 [7]. Wenn die Mitgliedstaaten infolgedessen bei einem Verstoß gegen die in Übereinstimmung mit der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften auch Sanktionen vorsehen können, so können sie doch nicht jede beliebige Sanktion treffen: Die Sanktionen müssen nämlich „denen vergleichbar . . . [sein], die wegen gleichwertiger strafbarer Handlungen

1 — Randnummern 6 und 7 des Urteils vom 6. 5. 1982 in der Rechtssache 54/81, Fromme, Slg. 1982, 1449; s. auch die von Generalanwalt VerLoren van Themaat erörterte Rechtsprechung in derselben Rechtssache, S. 1469.

2 — ebenda, S. 1471.

3 — a. a. O.

4 — Randnummer 42 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 8. 4. 1976, Rechtssache 48/75, Royer, Slg. 1976, 497; Randnummer 17 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 7. 7. 1976, Rechtssache 118/75, Watson, Slg. 1976, 1185.

5 — ABl. L 257 vom 19. 10. 1968, S. 13.

6 — Artikel 3, 4 und 7.

7 — Randnummern 18 ff. der Entscheidungsgründe des Urteils 118/75 (a. a. O.); Randnummern 4 und 5 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 14. 7. 1977, Rechtssache 8/77, Sagulo, Slg. 1977, 1495; Randnummer 17 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 3. 7. 1980, Rechtssache 157/79, Pieck, Slg. 1980, 2171.

gegen Inländer verhängt werden", und müssen zur Art der begangenen Tat in einem angemessenen Verhältnis stehen, so daß sie den Grundsatz der Freizügigkeit nicht beeinträchtigen [1].

Die auf diese Weise von den Mitgliedstaaten getroffenen nationalen Sanktionen sollen die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften sicherstellen, nach denen die Ordnungsmäßigkeit des Aufenthalts, des Verkehrs und der Niederlassung von nicht einheimischen Gemeinschaftsangehörigen im Inland kontrolliert werden kann. Wenn man auf dieses Gebiet die soeben dargestellte dreifache Forderung überträgt, wird man sagen müssen, daß sie die Wirksamkeit dieser Sanktionen doppelt beschränkt:

— Sie setzt zunächst voraus, daß die Sanktionen denen entsprechen, die bei vergleichbaren strafbaren Handlungen im innerstaatlichen Recht verhängt werden;

— sie beinhaltet weiterhin, daß diese Sanktionen nicht so außer Verhältnis zur Schwere der Tat stehen, daß sie die Tragweite der Grundsätze der Freizügigkeit und der Gleichbehandlung beeinträchtigen.

Diese Auslegung — wirksame Sanktion, wenn angemessene und einer nationalen Sanktion entsprechende Rechtsfolge — rechtfertigt sich durch folgende Erwägung: Die Formalitäten, denen die Wanderarbeitnehmer durch die Richtlinie 68/360 unterworfen sind, stellen eine notwendige Ausgestaltung ihres Grundrechts auf Freizügigkeit dar; die den Mitgliedstaaten insoweit zugebilligte Kontrollbefugnis muß infolgedessen besonders eng ausgelegt werden, damit diese Vorschriften die Rechte, die den Gemeinschaftsangehörigen durch den Vertrag selbst verliehen worden sind (Artikel 7 und 48), nicht letztlich unwirksam machen [2].

4. Dagegen veranlaßt mich dieselbe Auslegung dazu, dem Erfordernis der Wirksamkeit den Vorrang einzuräumen, wenn die nationalen Sanktionen dazu dienen, *die Einhaltung eines fundamentalen Grundsatzes des Vertrages zu gewährleisten,* zum Beispiel die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen [3]. Um die Erfüllung der Verpflichtung aus dem Vertrag, die in Artikel 2 der Richtlinie 76/207 wiederholt wird, entsprechend dem allgemeinen Erfordernis nach Artikel 5 Absatz 1 des Vertrages sicherstellen zu können, müssen diese Sanktionen *wirksam, das heißt abschreckend,* sein: Andernfalls wird die doppelte Zielsetzung des Artikels 119, nämlich die wirtschaftliche und die soziale [4], unterlaufen, da die Unternehmen ohne Gefahr das gemeinschaftsrechtliche Gebot übertreten könnten und die Arbeitnehmerinnen ohne den Schutz wären, auf den sie nach dem Vertrag Anspruch haben. Was die Art dieser Sanktionen angeht, muß sie meines Erachtens den beiden Voraussetzungen entsprechen, die Sie in bezug auf die zwingende Wirkung der Sanktionen festgesetzt haben, die an den Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet der Freizügigkeit geknüpft sind. Das Erfordernis der Entsprechung und der Angemessenheit besteht nämlich weiterhin, da es sich um Sanktionen handelt, aber

1 — Randnummer 21 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 118/75, Randnummer 13 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 8/77, Randnummer 19 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 157/79, jeweils a. a. O.

2 — Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache 48/75, Royer, Slg. 1976, 520, 526; Randnummer 18 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 118/75, a. a. O.

3 — Vgl. dritte Begründungserwägung der Richtlinie 76/207 a. a. O.; Randnummer 12 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 8. 4. 1976, Rechtssache 43/75, Defrenne, Slg. 1976, 455, 473.

4 — Randnummern 8 bis 12 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 43/75, a. a. O.

es steht hier *im Dienst* ihrer Wirksamkeit, da es um Sanktionen geht, die die Einhaltung eines grundlegenden Prinzips der Gemeinschaft gewährleisten sollen. Damit die nationalen Sanktionen, die ein Mitgliedstaat an die Nichtbeachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern knüpft, angemessen sind, müssen sie folglich

— den Sanktionen vergleichbar sein, die bei gleich schweren strafbaren Handlungen verhängt werden,

— und in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen, der in der Verletzung eines grundlegenden Prinzips der Gemeinschaft zu sehen ist.

Nach Maßgabe dieser Erfordernisse ist der abschreckende Charakter von Sanktionen aufgrund bestimmter nationaler Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zu beurteilen.

5. Ich komme nun zur Prüfung des § 611a Absatz 2 BGB, um den es in den vorliegenden Klagen geht. Die Klägerinnen und der Bevollmächtigte der deutschen Regierung haben vor dem Gerichtshof in diesem Zusammenhang unterschiedliche Standpunkte zu der Frage vertreten, ob den nationalen Gerichten hinsichtlich dieser Vorschrift ein Ermessen zusteht, genauer, ob sie auf ihre Anwendung verzichten können, um das allgemeine Schadensersatzrecht anzuwenden; die Kommission bezweifelt die Wirksamkeit einer Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Richtung. Die Beteiligten haben weiterhin lange über die Art anderweitiger Sanktionen gestritten, die an die Stelle des Schadensersatzanspruchs nach § 611a Absatz 2 treten könnten, wobei sie auf der Grundlage verschiedener einschlägiger nationaler Vorschriften sowohl den Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags als auch mangels eines solchen Anspruchs eine Entschädigung in Geld in wirtschaftlich spürbarer Höhe angeführt haben.

Im Rahmen von Artikel 177 ist es nicht meine Aufgabe, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, die ausschließlich von den nationalen Gerichten zu beurteilen sind, soweit es um die Anwendung innerstaatlichen Rechts geht. Sie haben jedoch in einem Fall, in dem es um Sanktionen bei Nichtbeachtung ausländerpolizeilicher Maßnahmen ging, dem nationalen Gericht zugestanden, daß es seine Aufgabe ist, wenn es sich im Bereich der Sanktionen nicht angepaßten nationalen Rechtsvorschriften gegenübersieht, „von seiner richterlichen Beurteilungsfreiheit Gebrauch zu machen, um zu einer Ahndung zu gelangen, die dem Charakter und dem Zweck der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften angemessen ist, deren Einhaltung die Sanktion sichern soll" [1]. Die gleiche Verpflichtung trifft meines Erachtens das nationale Gericht, das unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof entwickelten Kriterien die Unangemessenheit der Sanktionen feststellt, die bei einem Verstoß gegen den durch die Richtlinie 76/207 konkretisierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Artikel 119 des Vertrages) angewandt werden.

Welche Antwort kann man den Vorlagegerichten angesichts dieser Ausführungen und der gesamten soeben angeführten Rechtsprechung geben?

Man kann in erster Linie herausstellen, daß die Parteien des Ausgangsverfahrens in ihren Erklärungen eingeräumt haben, daß der Schadensersatzanspruch nach § 611a Absatz 2 BGB *nicht abschreckend* wirkt, da es einschneidendere Sanktionsmöglichkeiten in Form von Erfüllungs- oder Zahlungsansprüchen gibt.

1 — Randnummer 12 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 8/77, Sagulo, a. a. O.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, daß der Ersatz des „Vertrauensschadens" um so weniger angemessen ist, als er *vom Zufall abhängt:* Dorit Harz hat unwidersprochen dargelegt, daß die Zielsetzung der angefochtenen nationalen Vorschrift — Entschädigung für die Enttäuschung des berechtigten Vertrauens der Bewerberin — zu keinem Schadensersatz führen könne, wenn der Arbeitgeber deutlich seine Absicht kundgetan habe, keine Frau einzustellen.

Die ungenügende Wirkung des Schadensersatzes durch seine Beschränkung auf den Vertrauensschaden wird schließlich deutlich, wenn man die gerade angeführten Erfordernisse auf § 611a Absatz 2 BGB anwendet. In der mündlichen Verhandlung wurde der Bevollmächtigte der deutschen Regierung nämlich zu der Klarstellung veranlaßt, daß Verstöße, die einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung aufgrund des Geschlechts vergleichbar sind, wie etwa Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der Religion oder auch die Täuschung oder Bestechung hinsichtlich der Beschäftigung, mit strafrechtlichen und auch zivilrechtlichen Sanktionen belegt sind, wobei die letzteren auf Naturalrestitution oder, falls dies nicht möglich ist, auf Zahlung eines bedeutenden Schadensersatzes zielen. Ein auf die Bewerbungskosten der diskriminierten Bewerberin beschränkter Schadensersatzbetrag kann daher nicht die Beachtung eines so fundamentalen, im übrigen auch im Grundgesetz der Bundesrepublik verankerten Grundsatzes wie die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer sicherstellen, da vergleichbare Verstöße mit Sanktionen belegt sind, die abschreckender und der Schwere der Tat angemessen sind.

Zusammenfassend möchte ich Ihnen daher vorschlagen, auf die von den Arbeitsgerichten Hamm und Hamburg vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

Die Erstattung der von einer Bewerberin um eine Stelle verauslagten Kosten stellt keinen Schadensersatz dar, der die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern im Sinne von Artikel 119 des Vertrages und der Richtlinie 76/207 sicherstellen könnte, zumal die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften für vergleichbare Verstöße Sanktionen vorsehen, die in einem angemesseneren Verhältnis zur Schwere der Tat stehen.