pen von der Anwendung der Vorschriften ausgenommen werden, die die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im gesamten Berufsleben gewährleisten sollen.

2. Die ausdrückliche Erklärung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der Verfassung eines Mitgliedstaats sowie der ausdrückliche Ausschluß jeglicher Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ferner die Erklärung, daß jeder Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats gleichen Zugang zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst hat, und zwar jeweils in Wendungen, die unmittelbare Geltung beanspruchen, stellen zusammen mit einem Rechtsschutzsystem, das die Möglichkeit der Anrufung eines Verfassungsgerichts einschließt, eine angemessene Garantie für die Verwirklichung des in der Richtlinie 76/207 niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes im öffentlichen Dienst dar.

   Das gleiche gilt für den freien Zugang zu den freien Berufen, sofern eine entsprechende Verbindung von Vorschriften der Verfassung und von Formen des Rechtsschutzes, die es ermöglichen, die Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten, geschaffen ist.

3. Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207, der den Mitgliedstaaten die Befugnis vorbehält, bestimmte berufliche Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, bezweckt oder bewirkt nicht, daß den Mitgliedstaaten für die Ausübung dieser Befugnis zu Ausnahmeregelungen eine bestimmte Form vorgeschrieben wird.

   Dagegen verpflichtet Artikel 9 Absatz 2 die Mitgliedstaaten, vollständig und in nachprüfbarer Form — in welcher Art auch immer — die Berufe und Tätigkeiten zu erfassen, die von der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgenommen sind, und das Ergebnis der Kommission zu übermitteln, die die Anwendung dieser Vorschrift zu überprüfen hat.

4. Eine Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats, nach der ein Arbeitgeber keine Ausschreibungen von Arbeitsplätzen veröffentlichen darf, die im Hinblick auf das Geschlecht der Arbeitnehmer nicht neutral sind, stellt keine Erfüllung einer durch die Richtlinie 76/207 auferlegten Verpflichtung dar, sondern eine autonome Rechtsnorm, durch die der Grundsatz der Gleichbehandlung verwirklicht werden soll. Der Umstand, daß diese Vorschrift nicht als zwingende Rechtsnorm ausgestaltet ist, kann daher keinen Verstoß gegen die den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie auferlegten Verpflichtungen darstellen.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI vom 26. Februar 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Mit der Klage in der Rechtssache 248/83, die am 9. November 1983 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, setzt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ihren Kampf um die eindeutige und ordnungsgemäße Durchführung der Richtlinien 75/117 und 76/207 durch

* Aus dem Italienischen übersetzt.

die Mitgliedstaaten fort. Diese beiden Richtlinien betreffen bekanntlich die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45 vom 19. Februar 1975, S. 19) und 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 (ABl. L 39 vom 14. Februar 1976, S. 40).

Nachdem sie ihre Aktion vor fast drei Jahren mit einer Klage gegen die Italienische Republik, die der Gerichtshof dann abwies, eingeleitet und sodann mit einem Teilerfolg gegen das Vereinigte Königreich fortgesetzt hatte, geht die Kommission nunmehr gegen die Bundesrepublik Deutschland vor. Gestützt auf Artikel 169 EWG-Vertrag werden dieser folgende Vertragsverstöße zur Last gelegt:

1) Sie habe die Richtlinie 76/207 für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nicht in dem gebotenen Umfang in nationales Recht umgesetzt.

2) Sie habe die Richtlinie 75/117 hinsichtlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse nicht in dem gebotenen Umfang in nationales Recht umgesetzt.

3) Sie habe die Richtlinie 76/207 für selbständig Erwerbstätige nicht in dem gebotenen Umfang in nationales Recht umgesetzt.

4) Sie habe den Anwendungsbereich der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207 vorgesehenen Ausnahmeregelungen nicht in dem gebotenen Umfang umschrieben.

5) Sie habe das durch § 611 b BGB eingeführte Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung von Arbeitsplätzen nicht als zwingende Vorschrift erlassen [1].

Um ein klares Bild vom tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund des vorliegenden Rechtsstreits zu gewinnen, muß man einen Schritt zurück tun. Nach den Artikeln 8 der Richtlinie 75/117 und 9 der Richtlinie 76/207 hatte die Bundesrepublik wie die anderen Mitgliedstaaten bis zum Februar 1976 bzw. bis zum August 1978 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zusetzen, deren es bedurfte, um der gemeinschaftsrechtlichen Regelung nachzukommen. Im September 1980 teilte die deutsche Regierung der Kommission mit, daß der Bundestag am 13. August 1980 ein Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz (das sogenannte Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz) erlassen habe.

Dieses Gesetz sieht konkret die Einfügung einiger neuer Bestimmungen in das Bürgerliche Gesetzbuch und die Änderung bereits bestehender Rechtsnormen vor. Insbesondere bestimmt § 611 a BGB: „Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, ... nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweis-

1 — In der Klageschrift hat die Kommission außerdem die Unvereinbarkeit des deutschen Mutterschutzgesetzes mit der Richtlinie 76/207 gerügt; diese Rüge hat sie nach der Verkündung Ihres Urteils vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047) jedoch fallen gelassen.

last dafür, daß nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist." § 611 b BGB lautet: „Der Arbeitgeber soll einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebs nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben, es sei denn, daß ein Fall des § 611 a Absatz 1 Satz 2 vorliegt." Schließlich bestimmt § 612 BGB Absatz 3: „Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten."

Es handelt sich — zumindest dem Anschein nach — um einschneidende Rechtsnormen. Tota lege perspecta gelangte die Kommission jedoch zu der Ansicht, sie reichten zur Verwirklichung der gemeinschaftlichen Ziele nicht aus. Daher gab sie am 29. Oktober 1982 — nach einem erfolglosen Schriftwechsel mit der Bundesregierung — eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, in der sie der Bundesrepublik zur Last legte, nicht alle zur Durchführung der beiden Richtlinien erforderlichen Maßnahmen getroffen zu haben. Mit Schreiben vom 3. Januar 1983 entgegnete die Bundesregierung jedoch, durch die oben dargelegte Ergänzung des BGB sei die Bundesrepublik ihren Verpflichtungen voll und ganz nachgekommen. Für den öffentlichen Dienst und die freien Berufe bedürfe es keiner Anpassung, da die für diese Bereiche geltenden Regelungen bereits so beschaffen seien, daß sie den vom Rat aufgestellten Erfordernissen eindeutig und mit Bestimmtheit genügten.

2. Die Kommission hat daraufhin die vorliegende Klage erhoben; sie verfolgt damit nach ihrem eigenem Vorbringen im wesentlichen das Ziel, feststellen zu lassen, daß die Bundesrepublik die beiden genannten Richtlinien nur bruchstückhaft und unzureichend durchgeführt hat. Nach Ansicht der Klägerin haben wir es also mit anderen Worten mit einem klassischen Beispiel der Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats auf dem Gebiet der Richtlinien zu tun. Dem widerspricht die beklagte Regierung. Sie trägt vor, da das deutsche Recht in den von der Kommission angegebenen Bereichen den von der Gemeinschaft festgesetzten Zielen schon auf der Ebene der Verfassung mit unmittelbarer Bindungswirkung gerecht werde, handele es sich im vorliegenden Fall vielmehr um eine *Befreiung von der Umsetzung der Richtlinie.* Nach Ansicht der Bundesregierung liegt hier gerade diejenige Situation vor, die eine namhafte Theorie als „prästabilierte Harmonie" (innerhalb der Gemeinschaft) bezeichnet.

Trifft diese Ansicht zu? Zunächst noch eine Feststellung vorab: Nach Artikel 189 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". Nach der von mir erwähnten Theorie sind für die Richtlinie somit zwei Elemente kennzeichnend, die bei der Auslegung *gleichzeitig* zu berücksichtigen sind: Das erste, das von der Gemeinschaft entwickelte und den Mitgliedstaaten vorgeschlagene „Regelungsmodell", ist in dem Sinne konstant und zugleich verbindlich, daß es alle Mitgliedstaaten einheitlich und *ohne Wahlmöglichkeit bindet.* Das zweite, die Durchführung dieses Modells im Rahmen der nationalen Rechtsordnung, ist sozusagen variabel, da es jedem Mitgliedstaat, *wenn* auch eventuell mit Einschränkungen, freisteht, es in der Form und mit den Mitteln seiner Wahl zu verwirklichen.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die Tragweite jedes dieser beiden Elemente

wiederholt verdeutlicht worden. So haben Sie zu dem ersten Element ausgeführt, daß „jeder Mitgliedstaat die ... Richtlinien in einer Weise durchführen [muß], die den Erfordernissen der Eindeutigkeit und Bestimmtheit des Rechtszustands voll gerecht wird, auf den die jeweilige Richtlinie ... abzielt" (Urteil vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 102/79, Kommission/Belgien, Slg. 1980, 1473). Zu dem variablen Element haben Sie festgestellt, daß die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Durchführung der Richtlinie „die Verpflichtung ... unberührt [läßt], ... alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständig Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten" (Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83, von Colson und Kamann, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe; siehe auch die Schlußanträge der Generalanwältin Rozès, Abschnitt 1 Nr. 1). Außerdem „entbindet [sie die Mitgliedstaaten] nicht von der Verpflichtung, die Richtlinienbestimmungen in verbindliches innerstaatliches Recht umzusetzen" (Urteil vom 25. Mai 1982 in der Rechtssache 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, 1791).

Prüfen wir also, gemäß dem Grundsatz der gleichzeitigen Würdigung, die Ziele und die Tragweite der hier in Rede stehenden Richtlinien, um sodann zu klären, ob die „prästabilierte Harmonie" der deutschen Rechtsordnung den gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen tatsächlich voll und ganz genügt. Wie gesagt, ist der Hauptzweck der Richtlinie 76/207 die Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Insbesondere soll sie — wie es in dem Urteil von Colson heißt — den Arbeitnehmern beiderlei Geschlechts tatsächliche Chancengleichheit beim Zugang zur Beschäftigung gewährleisten. Die Anwendung dieses Grundsatzes hat für die Mitgliedstaaten zwei ergänzende Verpflichtungen zur Folge:

a) die Verpflichtung, durch die Beseitigung aller mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den verschiedenen durch die Richtlinie erfaßten Bereichen jede Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts abzuschaffen (Artikel 3 Absatz 2, 4 Buchstabe a und 5 Absatz 2),

b) die Verpflichtung „zum Erlaß der ... Rechtsvorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, seine Rechte gerichtlich geltend machen kann". Die genannten Maßnahmen müssen „hinreichend wirksam [sein], um das Ziel der Richtlinie zu erreichen", und sie müssen ferner so beschaffen sein, daß die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten „tatsächlich" auf sie berufen können (Ausführungen zu Artikel 6 im Urteil von Colson).

Wenn dies die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus der Richtlinie 76/207 und die Grenzen ihrer Freiheit bei der Wahl der Mittel für die Verwirklichung des Diskriminierungsverbots sind, so stellt sich die Frage, ob die Grundgesetzartikel 3 („Niemand darf wegen seines Geschlechtes ... benachteiligt oder bevorzugt werden"), 12 („Alle Deutschen haben das Recht [ihren] Beruf ... frei zu wählen") und 33 („Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte") wohl für sich eine *effektive Gleichbehandlung* beim Zugang zum öffentlichen Dienst oder zu den freien Berufen sowie die *Bestimmtheit und* Effektivität des Rechtszustands, auf den die Richtlinie abzielt, gewährleisten können.

Kommen wir zur Richtlinie 75/117. Diese aufgrund des Artikels 100 EWG-Vertrag erlassene Rechtsquelle bezweckt die Angleichung der Rechtsvorschriften, mit denen die Mitgliedstaaten den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen anwenden.

Zu diesem Zweck schreibt sie den Mitgliedstaaten vor,

a) alle Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern zu beseitigen, die sich aus mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts unvereinbaren Rechtsvorschriften ergeben (Artikel 3) und

b) die innerstaatlichen Vorschriften zu erlassen, die notwendig sind, damit jeder Arbeitnehmer, der sich wegen einer Diskriminierung für beschwert hält, seine Rechte gerichtlich geltend machen kann (Artikel 2).

Um die Anwendung des genannten Grundsatzes zu *gewährleisten*, schreibt Artikel 6 den Mitgliedstaaten vor, alle nach ihren „innerstaatlichen Verhältnissen" und ihren „Rechtssystemen" unerläßlichen Maßnahmen zu treffen. Zu diesem Punkt haben Sie in Ihrem Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 143/83 (Kommission/Dänemark) folgendes ausgeführt: „Gewiß können die Mitgliedstaaten es in erster Linie den Sozialpartnern überlassen, den Grundsatz des gleichen Entgelts zu verwirklichen. Diese Möglichkeit befreit sie jedoch nicht von der Verpflichtung, durch geeignete ... Vorschriften sicherzustellen, daß alle Arbeitnehmer der Gemeinschaft in vollem Umfang den Schutz der Richtlinie in Anspruch nehmen können. *Die staatliche Garantie muß in allen Fällen gelten, in* denen ... *ein wirksamer Schutz nicht ... gewährleistet ist ...*"

Wenn dies die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus der Richtlinie 75/117 und die Grenzen ihrer Freiheit bei der Wahl der Mittel für die Durchführung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer sind, so stellt sich wiederum die Frage, ob Artikel 3 des Grundgesetzes („Niemand darf wegen seines Geschlechtes ... benachteiligt oder bevorzugt werden") für sich wohl eine *effektive Gleichheit* des Entgelts sowie die *Bestimmtheit und Effektivität* des Rechtszustands, auf den die Richtlinie abzielt, zu gewährleisten vermag.

Meines Erachtens sind beide von mir gestellten Fragen zu verneinen.

3. Zunächst möchte ist feststellen, daß der Gerichtshof entgegen dem Vorbringen des Bundesregierung niemals, und sei es auch nur stillschweigend, anerkannt hat, daß ein unmittelbar wirkender Verfassungsgrundsatz ausreicht, um eine Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen. Im Urteil vom 26. Oktober 1983 in der Rechtssache 163/82 (Kommission/Italien, Slg. 1983, 3273) hat er lediglich die Ausführungen der italienischen Regierung wiedergegeben und dazu festgestellt, daß die Kommission sie nicht habe widerlegen können. Die italienische Regierung legte in jenem Verfahren überdies die Wirkungsweise des Artikels 24 der italienischen Verfassung („Jedermann steht zum Schutz seiner Rechte ... der Rechtsweg offen") dar; sie führte aus, wenn eine materiellrechtliche Bestimmung individuelle Interessen schütze, so bedürfe es (grundsätzlich) keiner besonderen Rechtsvorschrift, um den Schutz dieser Interessen zu gewährleisten, da sich dieser allgemein und uneingeschränkt aus der höherrangigen Rechtsnorm ergebe. Artikel 24 wurde mit anderen Worten lediglich als eine *abschließende Norm* in einem System angeführt, das bereits reich an materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften (eben jenen, die die italienische Regierung zuvor angegeben hatte) war.

Der Ausgangspunkt der Argumentation der deutschen Regierung liegt dem diametral entgegengesetzt. Sie trägt vor, die Artikel 3, 12 und 33 des Grundgesetzes seien nicht nur aus sich heraus für die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausreichend, sondern sie stünden dem Erlaß von Normen des einfachen Rechts zu seiner Anwendung sogar entgegen, sie seien also, anders ausgedrückt, *notwendigerweise* die einzigen Rechtsnormen, durch die die hier

in Rede stehenden Richtlinien durchgeführt werden könnten. Aber sind sie — dies ist der entscheidende Punkt — geeignet, die Verwirklichung der Richtlinien auch in concreto zu gewährleisten? Daß sie dies sein *können*, steht außer Zweifel. Keine Vorschrift des Vertrages oder des abgeleiteten Rechts schließt es nämlich ausdrücklich aus, daß eine Richtlinie mittels verfassungsrechtlicher Normen durchgeführt werden kann. Diese müssen jedoch selbstverständlich den in der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquelle festgelegten Verpflichtungen und Bedingungen mit der Wirksamkeit, Bestimmtheit und Eindeutigkeit genügen, die für die eigens zu diesem Zweck erlassenen Normen des einfachen Rechts kennzeichnend sind. Und gerade in diesem Punkt stellen sich die Probleme.

Zunächst möchte ich feststellen, daß die fraglichen Artikel — vor allen anderen Artikel 3 — Gesetzgebung, Rechtsprechung und öffentliche Verwaltung als unmittelbar geltendes Recht binden. Dagegen begründen sie für Privatpersonen und insbesondere für Arbeitnehmer und Staatsbürger, die sich um eine Arbeitsstelle bewerben, keine einklagbaren subjektiven Rechte. Für sie sind sie — wie die Bundesregierung selbst einräumt — „nur ... Ausformungen allgemeiner Wertentscheidungen"; aus diesem Grunde hielt sich der Bundestag für verpflichtet, die Richtlinie 76/207 durch die Einfügung der oben genannten Vorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch umzusetzen. Entsprechender Schritte habe es, so die Bundesregierung, dagegen für den Zugang zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen nicht bedurft. Da die Verwaltung unmittelbar durch die grundgesetzlichen Normen gebunden sei, reiche zum Ausschluß der Diskriminierung eines Bewerbers aufgrund seines Geschlechts der in Artikel 3 niedergelegte Gleichheitssatz aus.

Darin liegt der erste Grund zur Verwunderung: Ein und dieselbe Rechtsnorm soll *horizontal* unterschiedliche Wirkungen entfalten, d. h. je nach der Situation, in der sich der Betroffene auf sie beruft, in der einen oder in der anderen Weise wirken. Stellen wir eine Skala von null bis zehn auf, so ist die Schutzwirkung des Artikels 3 für jemanden, der sich zum Abschluß eines Arbeitsvertrags anschickt, gleich null oder allenfalls, da in der Vorschrift eine „allgemeine Wertentscheidung" zum Ausdruck kommt, gleich eins; für jemanden, der sich für den öffentlichen Dienst bewirbt, entspricht diese Schutzwirkung (wir werden allerdings sehen, daß es sich ganz anders verhält) hingegen dem Wert zehn.

Diese Situation ist bereits besorgniserregend genug. Sie wird es noch mehr, wenn man berücksichtigt, daß nur bei einem Teil der Bediensteten der öffentlichen Verwaltung, wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist, ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis begründet wird. Für die anderen ist der Abschluß von Arbeitsverträgen vorgesehen; daher bestimmt sich ihr Schutz nach den neuen Vorschriften des BGB. „Die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes erfordern", so heißt es in dem bereits angeführten Urteil vom 30. Januar 1985, „eine eindeutige Formulierung, die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht." Die zuvor von mir aufgestellte Skala zwingt nun zu der Feststellung, daß Artikel 3 nicht für beide Wege, auf denen man Angehöriger der öffentlichen Verwaltung werden kann, diese strengen Voraussetzungen der Bestimmtheit erfüllt. Er ist vielmehr zumindest hinsichtlich seiner Eignung, in unparteiischer Weise die Gleichbehandlung beim Zugang zum öffentlichen Dienst zu gewährleisten, als unangemessene, nicht eindeutige Rechtsnorm anzusehen.

Im übrigen macht es *schon die Rechtsnatur* (oder, wenn man so will, der Rang, die Funktion) des Artikels 3, wenn nicht absolut unmöglich, so doch in hohem Maße unwahrscheinlich, daß er, wie die Bundesregierung geltend macht, eine wirkliche „prä-

stabilierte Harmonie" zu begründen vermag. Gestatten Sie mir, diesen Gedanken, der mir von großem theoretischem und praktischem Interesse zu sein scheint, näher auszuführen.

Die Richtlinie 75/117 sah lediglich die „Angleichung" der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Gleichheit des Entgelts vor, weil der Rat berücksichtigte, daß dieser Grundsatz, wenn auch in verschiedener Form und mit unterschiedlicher Wirksamkeit, bereits Teil der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten war; daraus erklärt sich, weshalb einige Mitgliedstaaten der Ansicht waren, ihr Recht bleibe nicht hinter dem gemeinschaftsrechtlichen Modell zurück und sie seien daher von der Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie befreit. Ganz anders verhält es sich mit der Richtlinie 76/207. Diese schreibt *unmittelbar* die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichheit der Geschlechter vor, ohne dabei die eventuelle Existenz innerstaatlicher Rechtsnormen zu berücksichtigen, in denen dieser Grundsatz niedergelegt ist. Überdies verlangt sie nicht nur die Beseitigung der mit dem genannten Grundsatz unvereinbaren Rechtsnormen, sondern auch die Aufhebung der nicht eindeutigen und der veralteten Vorschriften. Es besteht mit anderen Worten kein Zweifel, welche von beiden Richtlinien die einschneidendere, durchgreifendere ist. Dies erklärt meines Erachtens, weshalb die große Mehrheit der Mitgliedstaaten sie durch den Erlaß *besonderer* Vorschriften in nationales Recht umgesetzt hat.

Mehrere staatliche Rechtsordnungen wurden hinsichtlich aller Formen, in denen menschliche Arbeit erbracht wird, und damit auch hinsichtlich des öffentlichen Dienstes dem gemeinschaftsrechtlichen Modell angeglichen, obwohl die Materie in einigen von ihnen bereits eingehend geregelt war. Frankreich beispielsweise hat zwei Gesetze erlassen, eines 1982 (ausschließlich für den öffentlichen Dienst) und eines 1983. Ähnlich sind die Niederlande, Belgien, Dänemark und Griechenland vorgegangen. Am bedeutsamsten von allen ist jedoch das Beispiel Italien: Dieser Mitgliedstaat konnte von sich geltend machen, er habe für den öffentlichen Dienst genauere Verfassungsnormen als die Bundesrepublik (Artikel 51: „Alle Italiener beiderlei Geschlechts haben gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern ...") sowie besondere Durchführungsvorschriften (Artikel 1 des Gesetzes Nr. 66 vom 9. Februar 1963: „Frauen haben ohne Beschränkungen hinsichtlich des Aufgabenbereichs und der dienstlichen Laufbahn Zugang zu allen öffentlichen Ämtern, Berufen und Beschäftigungen ..."); dennoch ließ er es sich angelegen sein, den gemeinschaftsrechtlich festgelegten Erfordernissen der Eindeutigkeit und Bestimmtheit zu genügen, und führte, wie Sie selbst in einem Urteil ausgeführt haben, den Grundsatz der Gleichbehandlung in einer Weise durch, daß jede diskriminierende Unterscheidung zwischen seinen Staatsangehörigen im Maß des Menschenmöglichen ausgeschlossen ist.

Damit will ich gewiß nicht sagen, daß die Bundesrepublik allein deshalb Rechtsvorschriften hätte erlassen müssen, weil andere Mitgliedstaaten dies getan haben. Es geht mir vielmehr darum, einen anderen Gesichtspunkt hervorzuheben: Das Desinteresse der Richtlinie für die bereits bestehenden innerstaatlichen Vorschriften mit gleicher Zielrichtung, ihr zwingender Inhalt, ihre ungewöhnlich markante Sprache und die Art und Weise, in der die meisten Mitgliedstaaten sie in nationales Recht glaubten umsetzen zu müssen, zeigen, daß sich der Hauptzweck der Richtlinie dahin gehend umschreiben läßt, daß mit ihr *jedes Ermessen* (in der Sprache Ihrer Urteile: jeder Mangel an Bestimmtheit und Eindeutigkeit) bei der Anwendung des Verbots der Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern *ausgeschlossen* werden sollte. Nun gibt es aber keine Vorschrift, die weniger geeignet wäre, ein solches Ergebnis zu gewährleisten, als eine Verfassungsnorm.

Kommen wir zu Artikel 3 des Grundgesetzes im besonderen. Wir alle wissen, welche Wirkung ihm zuzuerkennen ist; aber es liegt auf der Hand, daß er sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet, daß sein primäres Ziel die Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierungen ist, die auf Rechtssetzungsakten beruhen. Was geschieht nun in Fällen, in denen die Ungleichbehandlung aus tatsächlichen Gegebenheiten resultiert und jedenfalls nicht auf eine Norm des einfachen Rechts zurückgeführt werden kann? Es liegt auf der Hand, daß die diskriminierte Person mit der Rüge der Verfassungswidrigkeit kein allseitig bindendes Urteil erwirken kann, auf das sich jeder in einer entsprechenden Lage Diskriminierte berufen kann. Die Beseitigung der Ungleichbehandlung kann, wenn überhaupt, nur durch die Anrufung dieses oder jenes gewöhnlichen Gerichts erreicht werden; sie ist also fallbezogen und voll und ganz von einer Ermessensausübung abhängig.

Die Auffassung der Bundesregierung (daß eine „prästabilierte Harmonie" auch bestehen könne, wenn lediglich Verfassungsnormen vorlägen) ist somit äußerst fragwürdig. Im übrigen habe ich den Eindruck, daß sie nicht Ausdruck einer echten theoretischen Überzeugung ist, sondern lediglich ein Hilfsmittel, eine Art Deus ex machina, der auf die Bühne des Rechtsstreits gebracht wurde, um einen Vorposten zur Verteidigung gegen die Angriffe der Klägerin zu bilden. Prüfen wir nunmehr, ob die anderen Argumente, mit denen die beklagte Regierung diese Angriffe zurückweist, von soliderer Beschaffenheit sind.

4. Als erster Vertragsverstoß wird der Bundesrepublik, wie bereits gesagt, zur Last gelegt, daß sie die Richtlinie 76/207 für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt habe. Die Kommission trägt vor, der neue § 611 a BGB gelte lediglich für privatrechtliche Dienstverhältnisse; es fehle somit an besonderen Rechtsnormen, die gewährleisteten, daß Männer und Frauen gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst hätten. Die Bundesregierung entgegnet in erster Linie, angesichts der in Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag gezogenen Grenze gelte die Richtlinie nicht für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. Dieses Gegenargument, das im Laufe des Verfahrens nur sporadisch wiederaufgegriffen worden ist, dient ganz offensichtlich nur der Zermürbung des Gegners. Mit ihm brauchen wir uns deshalb nicht weiter aufzuhalten.

Ich komme nunmehr zu der eigentlichen Streitfrage. Im Anschluß an ihre soeben von mir gewürdigten Ausführungen zum Verfassungsrecht nimmt die beklagte Regierung diesen einen beträchtlichen Teil ihrer Bedeutsamkeit, indem sie geltend macht, Diskriminierungen beim Zugang zu öffentlichtrechtlichen Dienstverhältnissen seien auch und *vor allem* aufgrund zweier handfester Rechtsvorschriften des einfachen Rechts verboten. So seien nach § 7 des Beamtenrechtsrahmengesetzes vom 1. Juli 1957 „Ernennungen ... nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf [das] Geschlecht ... vorzunehmen". § 8 des Bundesbeamtengesetzes vom 14. Juli 1953 sehe vor: „Die Bewerber sind durch Stellenausschreibung zu ermitteln. Ihre Auslese ist nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf [das] Geschlecht ... vorzunehmen." Außerdem bestünden für den diskriminierten Bewerber oder Beamten mehrere Rechtsschutzmöglichkeiten, mit deren Hilfe angemessene und in hohem Maße abschreckende Sanktionen erwirkt werden könnten.

Die Klägerin bestreitet dieses Vorbringen nicht; sie macht jedoch geltend, die angeführten Vorschriften entbehrten der nötigen Effektivität. Daraus hat sich ein Meinungsstreit entwickelt, der sich in verworrener Weise durch den ganzen Rechtsstreit hingezogen hat. So hat die Kommission zum Beispiel vorgetragen, das Kriterium der „Eig-

nung" sei nur scheinbar wirksam, erweise sich aber bei einer Prüfung der Sachlage als unzureichend oder sogar kontraproduktiv; dem hat die Bundesregierung entgegengehalten, die Richtigkeit dieses Vorwurfs sei in keiner Weise bewiesen. Ich vermag meinerseits keine neuen Argumente in eine der beiden Waagschalen zu werfen. Es erscheint mir jedoch angebracht, wie viel oder wie wenig man daraus auch ableiten kann, auf die folgenden Ausführungen hinzuweisen, mit denen der Bonner Bundesinnenminister vor etwa drei Monaten eine Anfrage mehrerer Parlamentarier zur Frage der Beschäftigung von Frauen im öffentlichen Dienst beantwortet hat: „Die Bundesregierung wird weiterhin beobachten, wie sich der Anteil und der Zugang der Frauen an den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes des Bundes entwickeln. Falls die gegenwärtige positive Tendenz nicht anhält, wird zu entscheiden sein, welche zusätzlichen Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die rechtlich bereits hergestellte Gleichberechtigung von Männern und Frauen im öffentlichen Dienst *auch in der tatsächlichen Praxis uneingeschränkt sicherzustellen.*" (Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/2461, 26. November 1984).

Zwar läßt sich das Verteidigungsvorbringen der Beklagten zur Frage der Effektivität mangels zuverlässiger Unterlagen kaum angreifen, aber es weist doch auf dem weniger glatten Parkett des Rechtsschutzes durch die Gerichte eine Schwachstelle auf, die der Kommission eigenartigerweise entgangen ist. Ich meine die von der beklagten Regierung vorgenommene Gleichsetzeung der soeben angeführten Vorschriften mit dem neuen § 611 a BGB. Im privaten Dienstrecht, so trägt sie vor, sei in der Tat die Gewährung eines besonderen Rechtsschutzes erforderlich gewesen, nicht hingegen für die Beamten, die nach dem Grundgesetz und den in den fünfziger Jahren erlassenen Rechtsvorschriften bereits einen ebenso oder gar in höherem Maße wirksamen Schutz genössen.

Die damit geltend gemachte Gleichwertigkeit besteht jedoch nicht. Bekanntlich sieht § 611 a BGB folgendes vor: „Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung ... vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, daß nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist." Diese Befugnis, aufgrund einer bloßen Glaubhaftmachung gerichtlich vorzugehen, und die dementsprechende Umkehrung der Beweislast sind für Personen, die sich für ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis bewerben, nicht vorgesehen. Sie haben zwar verschiedene prozessuale Möglichkeiten, die Rechtswidrigkeit des behördlichen Vorgehens feststellen zu lassen, müssen aber in jedem Fall dem Gericht den konkreten Verstoß gegen die Vorschrift des einfachen Rechts und eventuell des Verfassungsrechts nachweisen. Hinzu kommt, daß Beamte in Deutschland in der Regel nicht aufgrund von Auswahlverfahren, sondern aufgrund einer Auswahl eingestellt werden, die die an der Besetzung der freien Stelle interessierte Verwaltung im Rahmen ihres Ermessens vornimmt; einmal unterstellt, daß der Bewerber sich der Diskriminierung überhaupt bewußt wird, ist die ihm obliegende Beweisführung alles andere als einfach.

Die prozessuale Position des Beamten ist somit weitaus schwächer als diejenige eines in der privaten Wirtschaft beschäftigten Arbeitnehmers oder eines öffentlichen Bediensteten, der aufgrund eines Arbeitsvertrags eingestellt wird. In ihren Schriftsätzen und in ihrer Antwort auf die Fragen des Gerichtshofes hat die Bundesregierung Dutzende von Seiten darauf verwandt, darzustellen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten einem Beamten offenstehen und mit welchen Sanktionen eine diskriminierende Handlung der Verwaltung geahndet werden kann; auf die Rechte und Pflichten der Par-

teien in den betreffenden Gerichtsverfahren ist sie jedoch mit keinem Wort eingegangen. Dieses Schweigen beruht meines Erachtens nicht auf einem Zufall, denn gerade an der Klippe des Rechtsschutzes durch die Gerichte scheitert die Ansicht, daß die Bundesrepublik von einer Rechtsetzung gemäß den Erfordernissen der Richtlinie befreit sei.

5. Letztlich gleiche Erwägungen lassen sich zum zweiten Vorwurf der Kommission gegen die Bundesrepublik anstellen, der dahin geht, daß dieser Mitgliedstaat die Richtlinie 75/117 in bezug auf den Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Bedienstete im öffentlichen Dienst nicht in nationales Recht umgesetzt habe. Auch insofern verteidigt sich die beklagte Regierung nämlich im wesentlichen damit, daß Artikel 3 des Grundgesetzes unmittelbare Bindungswirkung entfalte. Hilfsweise bringt sie vor, bereits das Prinzip der Festsetzung der Bezüge der Beamten nach Ämtern und Besoldungsgruppen schließe jede diskriminierende Behandlung aus.

Tatsächlich besagt Artikel 3 GG in der Sache nichts zu dem „Grundsatz des gleichen Entgelts ... bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird" (vgl. Artikel 1 der Richtlinie und § 612 Absatz 3 BGB). Dasselbe gilt für das Besoldungsrecht, das lediglich die Berechnung der Bezüge regelt und kein Verbot einer Differenzierung aufgrund des Geschlechts enthält. Es fehlt somit im deutschen Recht an einer Vorschrift, die eindeutig und generell bestimmt, daß bei der Besoldung nicht in diskriminierender Weise zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern unterschieden werden darf.

6. Die dritte Rüge geht dahin, daß die Richtlinie 76/207 für selbständig Erwerbstätige nicht in nationales Recht umgesetzt worden sei. Die beklagte Regierung weist sie mit dem Hinweis auf Artikel 12 GG zurück, der „alle[n] Deutschen ... das Recht, [ihren] Beruf ... frei zu wählen", gewährleiste und daher in Verbindung mit Artikel 3 GG jede eventuelle Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließe. Wenn der Zugang zu einem freien Beruf von einer behördlichen Genehmigung abhängig sei, so könne die Verwaltung überdies von den Gerichten verpflichtet werden, den diskriminierten Bürger zur Ausübung der betreffenden Tätigkeit zuzulassen (§ 42 VwGO).

Hierzu ist festzustellen, daß Artikel 12 kein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts enthält. Er vermag daher noch weniger als Artikel 3 aus sich heraus mit hinreichender Eindeutigkeit und Bestimmtheit die von der Richtlinie bezweckte Gleichbehandlung zu gewährleisten; auch aus einer „Verbindung" mit dem Gleichheitssatz läßt sich nicht das Gegenteil herleiten. Was sodann die erwähnte Rechtsschutzgarantie anbelangt, so ist sie meines Erachtens, und sei es nur deshalb, weil das Gericht von ihr keinen Gebrauch machen muß, nicht von solcher Tragweite, daß sie die priviligierte Position der Verwaltung zu beeinträchtigen vermöchte. Auch insoweit enthält das deutsche Recht somit keine Vorschrift, die den Zielen des rechtsetzenden Gemeinschaftsorgans gerecht wird.

7. Die vierte Beanstandung stützt sich auf Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207. Danach haben die Mitgliedstaaten die beruflichen Tätigkeiten genau zu definieren, die sie vom Grundsatz der Gleichbehandlung ausnehmen wollen. Die meisten Adressaten der Vorschrift sind dieser nach dem Vorbringen der Kommission dadurch nachgekommen, daß sie — wenn auch nicht immer einwandfreie — Verzeichnisse der ausgeschlossenen Tätigkeiten aufgestellt haben. Anders verhalte es sich in Deutschland, so daß die Kommission nicht gemäß ihrer Verpflichtung aus Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie prüfen könne, ob dieser Mitgliedstaat die gemeinschaftsrechtliche Regelung beachtet habe.

Die Bundesregierung macht zunächst geltend, aus der Richtlinie ergebe sich keine Verpflichtung, die von der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausgeschlossenen beruflichen Tätigkeiten einzeln zu benennen. Vielmehr müsse nach der Richtlinie lediglich sichergestellt sein, daß das Geschlecht tatsächlich eine unabdingbare Voraussetzung für die betreffende Tätigkeit darstelle. Daher werde § 611 a BGB, wonach „eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ... zulässig [ist], soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist", dem gemeinschaftsrechtlichen Modell voll gerecht. Der Umstand, daß einige Mitgliedstaaten Verzeichnisse aufgestellt hätten, sei unerheblich, da es den nationalen Stellen freistehe, mit welchen Mitteln sie die Richtlinie durchführten. Schließlich ergebe sich auch aus der periodischen Prüfung der ausgeschlossenen Tätigkeiten nicht zwangsläufig die Notwendigkeit eines speziellen Verzeichnisses. Diese Prüfung könne leicht in der Weise vorgenommen werden, daß man die einzelnen Gesetze, in denen eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung vorgesehen sei, nacheinander durchgehe.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie bestimmt: „Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten ..., für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen." Liest man diese Vorschrift im Lichte des Artikels 2 Absatz 1, wonach der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet, „daß keine ... Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ... erfolgen darf", so zeigt sich eindeutig, daß durch sie nicht die Mitgliedstaaten zur Zulassung einer unterschiedlichen Behandlung in all den Fällen ermächtigt werden sollen, in denen sich dies als notwendig erweist, denn eine solche Befugnis ergibt sich bereits aus der Natur der Sache und wird nicht durch die Richtlinie begründet, sondern ist dieser „vorgegeben"; vielmehr soll durch die Vorschrift lediglich vermieden werden, daß das Diskriminierungsverbot die Ausübung jener, *und nur jener*, Tätigkeiten *erschwert oder verhindert*, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. So gesehen ist eine detaillierte Auflistung der ausgeschlossenen Tätigkeiten mehr als nur zweckmäßig; sie ist erforderlich, um zu verhindern, daß das Verbot jeder Diskriminierung durch eine unkontrollierbare Befugnis zu Ausnahmebestimmungen umgangen wird. Nur so läßt sich im übrigen erklären, weshalb die betroffenen Tätigkeiten nach Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie in regelmäßigen Abständen zu überprüfen sind.

Indem § 611 a BGB bestimmt, daß eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist, soweit das Geschlecht eine „unverzichtbare Voraussetzung" für die auszuübende Tätigkeit ist, tut er einerseits etwas Überflüssiges, nämlich er bekräftigt fast wörtlich die Befugnis des Staates, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu begrenzen. Andererseits tut er nicht, was er hätte tun sollen, nämlich er gibt nicht an, bei welchen Tätigkeiten die Bundesrepublik von dieser Befugnis Gebrauch zu machen beabsichtigt. Schließlich ist festzustellen, daß Artikel 2 Absatz 2 entgegen dem Vorbringen der Bundesregierung nicht zu dem sogenannten „variablen" Element der Richtlinie 76/207 (hinsichtlich dessen die Mitgliedstaaten über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen) gehört. Die Vorschrift stellt vielmehr einen wesentlichen Aspekt des konstanten Elements der Richtlinie dar, das den nationalen Gesetzgeber bekanntlich ohne Wahlmöglichkeit bindet. So wurde sie im übrigen auch von den Mitgliedstaaten verstanden, die die erwähnten Verzeichnisse aufgestellt haben.

8. Als fünfter Vertragsverstoß wird der Bundesrepublik angelastet, die Richtlinie 76/207 hinsichtlich der Ausschreibung von Arbeitsplätzen nur unzureichend in nationales Recht umgesetzt zu haben. Die Kommission macht geltend, die nationalen Vorschriften über die Ausschreibung von Arbeitsplätzen und Beschäftigungsmöglichkeiten gehörten zu den „Bedingungen des Zugangs" im Sinne von Artikel 3 der Richtlinie („Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, daß bei den Bedingungen des Zugangs ... zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen ... keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt") und unterlägen daher der gemeinschaftsrechtlichen Regelung. Die Mitgliedstaaten seien daher verpflichtet, auch insoweit jede Diskriminierung zu verbieten. Die Bundesrepublik habe mit § 611 b BGB („Der Arbeitgeber soll einen Arbeitsplatz ... [nicht] nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben") eine Vorschrift erlassen, die nicht zwingend sei und damit nicht die vom Gemeinschaftsrecht geforderte Bestimmtheit aufweise.

Die beklagte Regierung weist diesen Vorwurf zurück. Sie macht geltend, die Stellenausschreibung liege im Vorfeld des Einstellungsverfahrens; sie falle daher nicht unter den Begriff „Bedingungen des Zugangs" und damit auch nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Selbst wenn man von der gegenteiligen Auffassung ausgehe, könne nicht davon die Rede sein, daß § 611 b BGB den Zielen der Richtlinie zuwiderlaufe. Denn er sei zwar keine zwingende (Muß-)Vorschrift, erlege aber dem Arbeitgeber eine „rechtliche Verpflichtung" auf, deren Nichterfüllung im Rahmen des in § 611 a BGB vorgesehenen Rechtsstreits geahndet werden könne.

Auch insoweit bin ich anderer Meinung. Das Vorbringen, die Stellenausschreibung sei nicht Teil des Einstellungsverfahrens, erscheint mir unsinnig, stellt sie doch gerade dessen Ausgangspunkt oder, wenn man will, die dieses Verfahren einleitende Handlung dar. Jedenfalls hat der Bundestag selbst — dies als ein Argumentum ad hominem, das dennoch beträchtliches Gewicht hat — dadurch, daß er die Stellenausschreibung im Rahmen des Gesetzes vom 13. August 1980 durch eine besondere Vorschrift regelte, bekundet, daß sie seiner Ansicht nach in engem Zusammenhang mit der Regelung über den gleichen Zugang zu Arbeitsplätzen steht.

Gewichtiger scheint mir das zweite Gegenargument der Beklagten; obwohl gewichtiger, erweist es sich aber ebenfalls als nicht stichhaltig. Die Bundesregierung hat nämlich nicht in überzeugender Weise dargetan, daß zu den Rechtsstreitigkeiten nach § 611 a BGB (d. h. zu den Prozessen wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) auch die Verfahren gehören, die die Neutralität von Stellenausschreibungen betreffen. Für meine Person glaube ich zwar, daß § 611 a BGB eine Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen nicht neutrale Stellenausschreibungen eröffnet; die Zähigkeit, mit der die Bundesregierung ihre Hauptthese — daß die Stellenausschreibung nicht unter die Regelung der Zugangsbedingungen falle — verteidigt hat, läßt mich jedoch vermuten, daß es in Lehre und Rechtsprechung zumindest umstritten ist, ob insoweit von der in § 611 a BGB vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeit Gebrauch gemacht werden kann (vgl. hierzu K. Molitor: Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, in: Recht der Arbeit, 1984, S. 16). Selbst wenn man dies jedoch unterstellt, ändert dies nichts daran, daß die Klage nach § 611 a BGB, wie die Beklagte selbst einräumt, nicht auf die Feststellung eines Verstoßes gegen eine zwingende Verpflichtung gerichtet wäre. Da § 611 a BGB einen Vorbehalt für die Fälle des Ausschlusses von Tätigkeiten enthält, für deren Ausübung das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, und diese Fälle nicht im einzelnen festgelegt

sind, wäre es für den Arbeitgeber ein leichtes, eventuelle Fälle der Ungleichbehandlung in von ihm veröffentlichten Stellenausschreibungen gegenüber dem Gericht zu rechtfertigen.

Davon ausgehend bin ich überzeugt, daß das Problem der Stellenausschreibungen sich gemäß dem Grundsatz, daß die Wirkungen der Richtlinie gleichzeitig zu würdigen sind, durch die Berücksichtigung des grundlegenden Ziels der gemeinschaftsrechtlichen Regelung lösen läßt. Dieses Ziel besteht, wie ich in Abschnitt 3 dieser Schlußanträge dargelegt habe, darin, zu verhindern, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung im Wege der Ermessensausübung angewandt wird; § 611 b BGB räumt dem Arbeitgeber ein weites Ermessen bei der Formulierung der Stellenausschreibung ein und steht schon allein deshalb im Widerspruch zur Richtlinie 76/207.

9. Herr Präsident, meine Herren Richter, abschließend möchte ich noch auf einen anderen Gesichtspunkt hinweisen. Durch die vorliegende Klage soll für alle Berechtigten und vor allem für alle Arbeitsuchenden die Eindeutigkeit und Bestimmtheit hergestellt werden, die für eine effektive Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Gleichheit des Entgelts und über die Gleichbehandlung beim Zugang zur Arbeit unabdingbar sind. Die Kommission hat versucht nachzuweisen, daß in der Bundesrepublik die Betroffenen in zwei wichtigen Bereichen — bei öffentlicht-rechtlichen Dienstverhältnissen und bei den freien Berufen — nicht in dem vom Rat vorgesehenen Maße geschützt sind. Die Bundesregierung hat dies bestritten und sich im wesentlichen auf jene obersten Rechtsnormen des Staates berufen, die kraft ihrer Stellung im Stufenbau der Rechtsnormen für den Gesetzgeber, die Gerichte und die Verwaltung gelten. Sie wissen bereits, wie ich diese Ansicht beurteile; gestatten Sie mir, Ihnen nunmehr darzulegen, welche Konsequenzen sich aus ihrer Bejahung ergeben könnten.

Erste Konsequenz: Falls Sie anerkennen, daß die primären Rechtsquellen eines Staates für sich genommen den vom rechtsetzenden Gemeinschaftsorgan festgelegten Verpflichtungen genügen können, so erhalten diese Rechtsquellen, die im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsordnung den Rechtsnormen niedrigeren Ranges die Weihe der Verfassungsmäßigkeit verleihen, ihrerseits die Weihe der „Gemeinschaftsrechtmäßigkeit", die sie dann zwangsläufig auf alle nationalen Vorschriften übertragen, durch die sie angewandt werden und die gleichzeitig als Durchführungen einer Richtlinie angesehen werden.

Zweite Konsequenz: Der deutsche, italienische und — in Zukunft — spanische oder portugiesische Richter, der im Rahmen eines Arbeitsrechtsstreits darum ersucht wird, eine nationale Vorschrift wegen Unvereinbarkeit mit einer Richtlinie nicht anzuwenden, hat keinen Grund mehr, Sie um eine Auslegung im Wege der Vorabentscheidung zu ersuchen. Er wird vielmehr lediglich die innerstaatlichen Grundsätze für die Anwendung des primären Rechts heranzuziehen oder in Ermangelung solcher Grundsätze sein Verfassungsgericht mit der Frage zu befassen haben. Bitte entscheiden Sie selbst, ob dies ein Ergebnis ist, das mit den Grundsätzen Ihrer jahrelangen Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht übereinstimmt.

10. Aufgrund der bisher angestellten Erwägungen schlage ich Ihnen vor, festzustellen, daß die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen

aus Artikel 189 EWG-Vertrag verstoßen hat, daß sie nicht alle Maßnahmen getroffen hat, deren es bedurfte, um der Richtlinie 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung und der Richtlinie 75/117 zur Angleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nachzukommen.

Die Kosten sind der beklagten Regierung als der unterliegenden Partei aufzuerlegen.