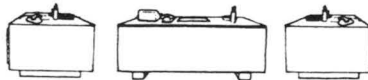


- 12 Kritik hierzu u.a. in Els Oksaar: Sprache als Problem und Werkzeug der Juristen. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 53.1967, 91-132 (S. 95).
- 13 RMBliV = Reichsministerialblatt der inneren Verwaltung.
- 14 GMBI = Gemeinsames Ministerialblatt.
- 15 Walter Henzen: Deutsche Wortbildung, 3. durchg. und erg. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1965, S. 116.
- 16 Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Klassifizierung der Berufe. Systematisches und alphabetisches Verzeichnis der Berufsbenennungen. Ausgabe 1975. Stuttgart: Kohlhammer, 1975, S. 11.
- 17 Fritz Molle: Wörterbuch der Berufs- und Berufstätigkeitsbezeichnungen. 2. überarb. Aufl. Wolfenbüttel: Grenzland, 1975.
- 18 Statistisches Landesamt Rheinland-Pfalz (Hrsg.): Wirtschaftliche, soziale und berufliche Gliederung der Erwerbstätigen in Rheinland-Pfalz 1970. Bad Ems, 1974.
- 19 Bundesanstalt für Arbeit (Hrsg.): Frauen und Arbeitsmarkt. Nürnberg, 1976, S. 21.
- 20 Im Wortregister von Els Oksaar: Berufsbezeichnungen im heutigen Deutsch. Düsseldorf: Schwann, 1976, findet sich unter den Stichwörtern *Putzfrau* und *Raumpflegerin* die höchste Zahl der Seitenverweise (S. 256). Sprachliche Aufwertung wird, ob wissenschaftlich wie bei Oksaar oder aber im Karnevalswitz, besonders gern mit diesen beiden Beispielen weiblicher Berufsbezeichnungen belegt. Nach dem Verzeichnis des SBA scheint mir jedoch die sprachliche Aufwertung in den Berufsgruppen *Gästebetreuer*, *Hauswirtschaftliche* und *Reinigungsberufe* gerade bei den männlichen Berufsbezeichnungen zu überwiegen, dagegen die sprachliche Abwertung bei den weiblichen.
- 21 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Bildung und Wissenschaft vom 27.7.1979 „Kein Männermonopol mehr bei Berufsbezeichnungen“.
- 22 Sehr übersichtlich ist hierzu die Tabelle in UNI 10.1979, S. 20-21, von der Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg.
- 23 Bundesministerium für Bildung und Wissenschaft (Hrsg.): Ausbildungsordnungen nach § 25 Berufsbildungsgesetz. Schriftenreihe Berufliche Bildung 3.1976.

Illustrationen zum 3. Teil: Die Männer- und Frauenbilder des Letraset-Sortiments



## Richtlinie 76/207 EWG

des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes zur 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)

lautet in den für das Urteil des EuGH vom 10.4.84 (s.u.) einschlägigen Vorschriften wie folgt:

### Artikel 1

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

### Artikel 2

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

### Artikel 3

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

### Artikel 6

Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ... auf seine Person für beschwert hält, ... seine Rechte gerichtlich geltend machen kann. (...)

### Artikel 9

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

## Urteil mit Anmerkung

EuGH, § 611 a BGB, Richtl. 76/207/EWG  
Mehr als Porto

§ 611 a BGB ist dergestalt auszulegen, daß die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine abschreckende Wirkung gewährleistet und zu dem erlittenen Schaden in einem angemessenen Verhältnis steht.

Urteil des EuGH vom 10.4.1984 – 79/83 –

### Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens schloß im Oktober 1980 ihr Studium der Betriebswirtschaftslehre mit der Prüfung als Diplom-Kauffrau ab. Am 24. Januar 1981 erschien in der Zeitung „Die Welt“ eine Stellenanzeige der Beklagten des Ausgangsverfahrens, in der sie leistungsbereiten Hochschulabsolventen der Wirtschaftswissenschaften „das Sprungbrett für eine Managerkarriere“ bot.

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

Mit ihrer am 26. Februar 1981 beim Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Einstellung der Klägerin, hilfsweise zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 12.000 DM und äußerst hilfsweise zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 2,31 DM zu verurteilen.

Das Arbeitsgericht Hamburg ist der Auffassung, daß im vorliegenden Fall eine Diskriminierung im Verfahren der Einstellung vorliege. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts ist die Umsetzung der Richtlinie 76/207 in staatliches Recht bisher nicht erfolgt. Die mit dieser Richtlinie verfolgte Gleichstellung könne nur erreicht werden, wenn zwingende Rechtsfolge einer Diskriminierung bei der Auswahl von Bewerbern der Ersatz des positiven Interesses sei, d.h. ein Anspruch auf Einstellung oder als Sanktion ein der Höhe nach erheblicher Schadensersatzanspruch. Im Falle der Diskriminierung bei der Einstellung habe zwar das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am

Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, das zur Anpassung des deutschen Arbeitsrechts an die Normen des Gemeinschaftsrechts ergangen sei, als Sanktion in § 611 a Absatz 2 BGB den Ersatz des Vertrauensschadens vorgesehen. Dieser minimale Schadensersatz — im vorliegenden Fall 2,31 DM — sei aber zur Erfüllung der Gemeinschaftsrichtlinie nicht ausreichend, da durch ihn kein gesetzeskonformes Verhalten der Arbeitgeber erreicht werden könne.

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

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

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

#### Aus den Gründen:

##### a) Zur ersten Frage

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.

Nach Ansicht des nationalen Gerichts kommt zur Durchsetzung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung als Sanktion entweder ein Einstellungsanspruch oder ein Schadensersatzanspruch, der nach deutschem Recht auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet sein müsse, in Betracht. Die Umsetzung der Richtlinie 76/207 in deutsches Recht sei noch nicht erfolgt, da die in § 611 a Absatz 2 BGB vorgesehene Sanktion hierfür nicht ausreiche.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist der Ansicht, § 611 a 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 § 611 a Absatz 2 außer Betracht zu bleiben habe. Das hätte für den Arbeitgeber die Verpflichtung zur Folge, einen Arbeitsvertrag mit dem diskriminierten Bewerber abzuschließen oder, wenn sich dies im vorliegenden Fall als unmöglich erweise oder nicht in Frage komme, zumindest einen spürbaren Schadensersatz an ihn zu zahlen.

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.

Nach Ansicht der Kommission will die Richtlinie zwar den Mitgliedstaaten die Auswahl und Festlegung der Sanktionen überlassen, gleichwohl müsse ihre Umsetzung jedoch im Ergebnis wirksam sein. Der Grundsatz der wirksamen Umsetzung der Richtlinie gebiete es, die Sanktionen so auszugestalten, daß sie für den diskriminierten Bewerber eine ange-

messene Wiedergutmachung und für den Arbeitgeber ein ernstzunehmendes Druckmittel darstellen, 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.

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.

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.

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.

Artikel 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, „seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“. Aus dieser Bestimmung folgt, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, die hinreichend wirksam sind, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen, und dafür Sorge zu tragen, daß die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten tatsächlich auf diese Maßnahmen berufen können. Zu solchen Maßnahmen könnten zum Beispiel Vorschriften gehören, die den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten oder eine angemessene finanzielle Entschädigung gewähren und die gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden. Allerdings schreibt die Richtlinie keine bestimmte Sanktion vor, sondern beläßt den

Mitgliedstaaten die Freiheit der Wahl unter den verschiedenen, zur Verwirklichung ihrer Zielsetzung geeigneten Lösungen.

Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß die Richtlinie 76/207 nicht vorschreibt, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgte Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten.

#### b) Zur zweiten Frage

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

#### c) Zu den Fragen 3 bis 5

Mit seiner dritten und vierten Frage fragt das nationale Gericht den Gerichtshof im wesentlichen danach, ob der Richtlinie das Erfordernis einer ökonomisch spürbaren Sanktion entnommen werden kann. Die fünfte Frage geht dahin, ob sich verletzte Personen vor nationalen Gerichten auf die Richtlinie entsprechend der Auslegung, die ihr gegeben werden muß, berufen können.

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.

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.

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.

Die Art der in der Bundesrepublik Deutschland für Fälle der Diskriminierung beim Zugang zur Be-

schäftigung vorgesehenen Sanktionen und insbesondere die Frage, ob § 611 a 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.

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.

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.

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.

#### Anmerkung:

Als einen großen Erfolg für die Sache der Frauen und als Niederlage für die Bundesregierung bewerteten die Europaabgeordneten der SPD, Katharina Focke und Heidemarie Wieczorek-Zeul dieses Urteil des Europäischen Gerichtshofs<sup>1</sup>. Ob eine solche Euphorie angezeigt ist, erscheint zweifelhaft. Denn es fragt sich, welche rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen sich aus diesem Urteil ergeben.

Der EuGH hat entschieden, 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. Es sei 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.“

§ 611 a Abs. 2 BGB sieht vor, daß ein Arbeitgeber zum Ersatz des negativen Interesses (sog. Portoparagraph) verpflichtet ist, wenn wegen eines von ihm zu vertretenden Verstoßes gegen das in Absatz 1 normierte Benachteiligungsverbot das Arbeitsverhältnis nicht begründet worden ist.

Angesichts dieses eindeutigen Wortlauts der Vorschrift, die zudem dem erklärten Willen des Gesetzgebers entspricht<sup>2</sup>, hat das Arbeitsgericht Hamburg geprüft, ob § 611 a Abs. 2 BGB überhaupt auslegungsfähig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt eine verfassungskonforme bzw. hier entsprechende EG-richtlinienkonforme Auslegung einer Vorschrift nämlich dann nicht in Frage, wenn ihr Wortlaut eindeutig ist<sup>3</sup>.

Da das Arbeitsgericht Hamburg m.E. zu Recht im Sinne dieser Rechtsprechung eine Auslegungsfähigkeit des § 611 a Abs. 2 BGB verneint hat, hat es aus eben diesem Grunde dem EuGH die Sache zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Antwort des EuGH, daß § 611 a Abs. 2 BGB durch das nationale Gericht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“ auszulegen und anzuwenden sei, kann nicht befriedigen. Ob damit im Wege richterlicher Rechtsfortbildung künftig aufgrund des § 611 a Abs. 2 BGB ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse durch die Arbeitsgerichtsbarkeit gewährt werden wird, erscheint angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 611 a Abs. 2 BGB nach wie vor fraglich.

Offensichtlich hat der EuGH diese Problematik auch gesehen, denn er hat vor Erlaß seiner Entscheidung an die Regierung der Bundesrepublik Deutsch-

1 Weser-Kurier vom 11. April 1984

2 BR-DS 354/79, S. 12, BT-DS 8/3317, S. 13

3 BVerfGE 1, 299 (312 ff.); 8, 28 (34); 17, 120 (130)

land die Frage gerichtet, ob § 611 a Abs. 2 BGB die sich aus den allgemeinen Rechtsvorschriften ergebenden Schadensersatzmöglichkeiten ausschließt. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland hat die Ansicht vertreten, § 611 a Abs. 2 BGB schließe „die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzvorschriften nicht notwendig aus“.

Ohne zu prüfen, ob bei Anwendung dieser allgemeinen Schadensersatzvorschriften der Verwirklichung der EG-Richtlinie im Sinne der geforderten wirklich abschreckenden Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber Genüge getan ist, hat der EuGH lediglich festgestellt, daß es insoweit allein Sache des nationalen Gerichts sei, über diese Frage der Auslegung seines nationalen Rechts zu entscheiden.

Welche Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Schadensrechts kommen in Betracht, und welche Rechtsfolgen haben sie? Zu denken ist zunächst an das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo. Allerdings begründet der Schadensersatzanspruch wegen des Nichtzustandekommens eines wirksamen Rechtsgeschäfts grundsätzlich nur eine Haftung auf den Vertrauensschaden<sup>4</sup>. Ausnahmsweise richtet sich der Anspruch auf Schadensersatz auf Höhe des positiven Interesses in Geld, nicht jedoch auf Erfüllung, wenn die diskriminierte Bewerberin nachweisen kann, daß sie ohne die culpa in contrahendo einen günstigeren Vertrag abgeschlossen hätte<sup>5</sup>.

Fälle dieser Art dürften in der Praxis ausgesprochenen Seltenheitscharakter haben, so daß ebenso wie aus § 611 a II BGB auch aus dem Rechtsinstitut der c.i.c. nach geltendem Recht bei erfolgter Diskriminierung in der Regel nicht mehr als die Portokosten verlangt werden können. Als weitere Rechtsgrundlage kommt § 823 Abs. 2 i.V.m. § 611 a Abs. 1 BGB in Betracht, wenn man letztere Vorschrift als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ansieht<sup>6</sup>. Jedoch gilt auch hier, was im Rahmen der c.i.c. zu beachten ist, nämlich grundsätzlich nur ein Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse mit der oben genannten Ausnahme.

Schließlich kann eine mögliche Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch § 826 BGB

sein, wenn der Arbeitgeber in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einer Bewerberin vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Das nachzuweisen dürfte allerdings so gut wie unmöglich sein.

Selbst wenn man also entgegen dem Wortlaut des § 611 a II BGB hierin keine abschließende Regelung sieht und der Ansicht der Bundesregierung folgt, daß die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzvorschriften nicht ausgeschlossen ist, dann ergibt sich – abgesehen von in der Realität nicht zu Buche schlagenden Ausnahmen – nach geltendem Recht für eine diskriminierte Bewerberin eben auch nicht mehr als der Ersatz ihrer Bewerbungskosten.

Daß der EuGH diese rechtliche Situation unberücksichtigt gelassen und stattdessen den Gerichten aufgegeben hat, entgegen dem geltenden Schadensersatzrecht hier im Wege der Rechtsfortbildung Schadensersatzansprüche, die auf das positive Interesse gerichtet sind, zu konstruieren, ist rechtsdogmatisch gesehen ebenfalls sehr unbefriedigend.

Im Ergebnis bleibt somit festzustellen, daß von einer wirksamen Umsetzung der EG-Richtlinie in innerstaatliches bundesrepublikanisches Recht nur und erst dann gesprochen werden kann, wenn die Arbeitsgerichte sich im Wege richterlicher Rechtsfortbildung über den Wortlaut des § 611 a Abs. 2 BGB hinwegsetzen und – letztlich in systemwidriger Weise – Schadensersatzansprüche, die über den bloßen Vertrauensschaden hinausgehen, anerkennen. Ob die Arbeitsgerichte so weit gehen werden, daß sie im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Satz 1 BGB bei erfolgter Diskriminierung einen Erfüllungsanspruch gewähren, erscheint äußerst zweifelhaft, nachdem der EuGH festgestellt hat, daß die EG-Richtlinie einen solchen Anspruch nicht fordert.

Um die aufgezeigten rechtsdogmatischen Schwierigkeiten zu umgehen, wäre m.E. eine Gesetzesänderung vonnöten. Ob sich die Bundesregierung aufgrund des Urteils des EuGH hierzu veranlaßt sehen wird, ist zweifelhaft. In ihrem Bericht über die Erfahrungen mit dem die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz betreffenden Teil des arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetzes und zu der Frage eventueller Benachteiligungen von Frauen außerhalb des Bereichs des Arbeitslebens<sup>7</sup> hat sie eine Verbesserung der Schadensersatzregelung des § 611 a BGB abgelehnt und lediglich zugesagt, an Hand der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie die Rechtsstellung diskriminierter Bewerber verbessert werden kann. Da es der EuGH den nationalen Gerichten überlassen hat, das nationale Recht im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden, spricht einiges dafür, daß sich die Bundesregierung nicht angesprochen fühlen wird.

Betrachtet man, was die jetzige Bundesregierung an Veränderungen arbeitsrechtlicher Vorschriften besonders auch zu Lasten der Frauen plant, so kann die Entscheidung des EuGH in diesem Zusammenhang zu einer Euphorie keinen Anlaß geben.

Monika Ötting, Bremen

4 Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Vorb. v. § 249 Anm. 2 g

5 Heinrichs, in: Palandt, a.a.O.

6 Söllner, Münchener Kommentar, Ergänzungsband, Stand April 1984, § 611 a Rdnr. 2

7 BT-DS 10/14, S. 17