SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-179/88 *

I — Einschlägige Rechtsvorschriften

A — *Die Richtlinie 76/207/EWG*

Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 (ABl. L 39, S. 40; nachstehend: „die Richtlinie") hat gemäß ihrem Artikel 1 zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen verwirklicht wird.

Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie definiert den Grundsatz der Gleichbehandlung dahin, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, erfolgen darf.

In Absatz 3 dieses Artikels heißt es jedoch, daß die Richtlinie den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegensteht.

Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt ferner, daß der in dieser Weise näher bestimmte Grundsatz der Gleichbehandlung auf die Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen Anwendung findet.

Schließlich verpflichtet Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 1 die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen, um dieser Richtlinie binnen 30 Monaten nach ihrer Bekanntgabe, das heißt nach dem 12. Februar 1976, nachzukommen; die erwähnten Vorschriften waren somit spätestens am 12. August 1978 zu erlassen.

B — *Das innerstaatliche Recht*

Die Richtlinie wurde in Dänemark durch das Gesetz Nr. 161 vom 12. April 1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Beschäftigung usw. („lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v."; nachstehend: „Gesetz über die Gleichbehandlung") sowie durch das Gesetz Nr. 162 vom 12. April 1978 zur Änderung verschiedener Vorschriften über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Beschäftigung usw. („lov om ændring af forskellige bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v.") in innerstaatliches Recht umgesetzt.

Das Gesetz über die Gleichbehandlung trat am 1. Juli 1978 in Kraft.

Die hier relevanten Bestimmungen dieses Gesetzes sind § 1 Absätze 1 und 2, § 4 und § 8, die wie folgt lauten:

* Verfahrenssprache: Dänisch.

„§ 1

1. Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Sinne dieses Gesetzes bedeutet, daß keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stattfinden darf. Das gilt sowohl für unmittelbare als auch für mittelbare Diskriminierungen, insbesondere solche, die unter Bezugnahme auf eine Schwangerschaft oder auf den Ehe- oder Familienstand erfolgen.

2. Das Gesetz steht Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegen.

§ 4

Arbeitgeber, die Männer und Frauen beschäftigen, haben sie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen gleich zu behandeln. Das gleiche gilt für die Entlassungsbedingungen.

§ 8

Personen, deren Rechte durch einen Verstoß gegen die §§ 2 bis 5 dieses Gesetzes verletzt wurden, kann eine Entschädigung zuerkannt werden."

II — Sachverhalt und schriftliches Verfahren

Frau Hertz wurde am 15. Juli 1982 als teilzeitbeschäftigte Kassiererin und Verkäuferin bei der Firma Aldi Marked eingestellt.

Im Juni 1983 brachte sie nach einer komplizierten Schwangerschaft, während deren sie in Absprache mit ihrem Arbeitgeber krankgemeldet gewesen war, ein Kind zur Welt.

Nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs, der nach dem dänischen Gesetz über den Mutterschaftsurlaub vier Wochen vor dem mutmaßlichen Entbindungsdatum und 24 Wochen nach der Entbindung umfaßte, nahm Frau Hertz Ende 1983 ihre Arbeit wieder auf und blieb bis Juni 1984 nicht mehr wegen Krankheit der Arbeit fern.

Zwischen Juni 1984 und Juni 1985 war sie an 100 Arbeitstagen krankgemeldet.

Mit Schreiben vom 27. Juni 1985 kündigte die Firma Aldi Marked das Arbeitsverhältnis mit Frau Hertz unter Wahrung der gesetzlichen Frist von vier Monaten. Später erklärte der Arbeitgeber, daß der Grund für die Kündigung Frau Hertz' Fehlzeiten gewesen seien und daß es der normalen Praxis entspreche, Mitarbeiter, die oft krank seien, zu entlassen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der Grund für die Fehlzeiten von Frau Hertz zwischen Juni 1984 und Juni 1985 in den Komplikationen lag, die auf die Entbindung im Juni 1983 zurückzuführen waren.

Mit Urteil vom 14. August 1987 wies das Sø- og Handelsret, Kopenhagen, die wegen dieser Entlassung erhobene Klage ab, mit der Frau Hertz unter anderem geltend gemacht hatte, ihre Entlassung stehe in Widerspruch zu § 1 und § 4 des Gesetzes über die Gleichbehandlung.

Frau Hertz legte gegen dieses Urteil Berufung beim Højesteret ein, wobei sie sich ausschließlich auf das Gesetz über die Gleichbehandlung berief. In dem bei diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit geht es darum, ob die Entlassung von Frau Hertz durch die Firma Aldi Marked gegen § 1 Absatz 1 und § 4 des Gesetzes über die Gleichbehandlung verstößt, so daß die Betroffene nach § 8 dieses Gesetzes wegen ihrer Entlassung Anspruch auf eine Entschädigung hätte.

Die Berufungsklägerin macht vor dem Højesteret geltend, ihre Entlassung verstoße gegen das in § 1 Absatz 1 Nr. 2 des genannten Gesetzes ausgesprochene Verbot der mittelbaren Diskriminierung. Sie beruft sich hierbei auf eine am 22. Dezember 1986 abgegebene Stellungnahme des Liggestillingsråd (Gleichstellungsrat), der 1978 durch Gesetz mit dem Ziel eingesetzt wurde, die Gleichstellung von Männern und Frauen in der Gesellschaft zu fördern und Stellungnahmen nach dem Gesetz über die Gleichbehandlung abzugeben. In der genannten Stellungnahme werden Zweifel daran geäußert, ob eine Entlassung aufgrund von Fehlzeiten wegen Krankheit, die auf eine durch eine Entbindung verursachte Erschlaffung des Beckens zurückzuführen sind, in Einklang mit — unter anderem — dem Gesetz über die Gleichbehandlung steht.

Die Berufungsbeklagte führte zunächst aus, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts könne nicht für Fälle gelten, in denen die Entlassung wie hier auf Fehlzeiten wegen Krankheit gestützt worden sei, die über ein Jahr nach der Entbindung lägen, gleichviel ob diese Fehlzeiten auf mit der Entbindung zusammenhängende Komplikationen zurückzuführen seien oder nicht. Sie verwies hierzu insbesondere auf das Rundschreiben Nr. 155 des Finanzministeriums vom 3. Oktober 1984 über den Mutterschaftsurlaub u. a., dessen Inhalt in einem — in der vorerwähnten Stellungnahme des Gleichstellungsrats vom 22. Dezember 1986 erwähnten — Schreiben des Arbeitsministeriums vom 20. September 1985 wiederholt worden sei. Dort heiße es, wenn über eine eventuelle Entlassung aus Krankheitsgründen zu entscheiden sei, würden Fehlzeiten, die nach dem Ende des gesetzlich vorgesehenen Mutterschaftsurlaubs lägen, normalerweise auf die Zahl der Krankheitstage angerechnet, wenn die Arbeitnehmerin — gleichviel ob wegen Schwangerschaft, wegen Mutterschaft oder wegen irgendeiner sonstigen Krankheit — krankgemeldet sei.

Die Firma Aldi Marked machte weiterhin geltend, die Frage, welchen Schutz Frauen bei Schwangerschaft oder Entbindung genössen, sei in dem Gesetz über den Mutterschaftsurlaub geregelt, dessen § 3 die Frage der Entlassung wegen Schwangerschaft oder Entbindung erschöpfend regele und das als speziell zum Schutz der Frau erlassene Vorschrift im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 des Rates anzusehen sei, der es den Mitgliedstaaten überlasse, den Umfang dieses Schutzes zu bestimmen.

Da die Rechtssache seiner Ansicht nach Probleme der Auslegung der Richtlinie 76/207 des Rates aufwirft, die Einfluß auf die Auslegung des dänischen Durchführungsgesetzes haben könnten, hat das Højesteret mit Beschluß vom 30. Juni 1988 dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1) Erfaßt Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen eine Entlassung aufgrund von

Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit?

2) Falls diese Frage zu bejahen ist: Gilt der Schutz gegen Entlassungen aufgrund einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit ohne zeitliche Begrenzung?"

Der Vorlagebeschluß ist am 4. Juli 1988 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben schriftliche Erklärungen eingereicht: Der Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (nachstehend „HK") als Beauftragter von Birthe Vibeke Hertz, der Berufungsklägerin des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt L. S. Andersen, Århus; die Dansk Arbejdsgiverforening (nachstehend: „DA") als Beauftragte der Aldi Marked K/S, der Berufungsbeklagten des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt J. P. Buhl, Kopenhagen; das Vereinigte Königreich, vertreten durch J. A. Gensmantel, Treasury Solicitor's Department, als Bevollmächtigte; die italienische Regierung, vertreten durch Avvocato dello Stato P. G. Ferri als Bevollmächtigten; schließlich die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch I. Langermann, Juristischer Dienst der Kommission, als Bevollmächtigte.

Der Gerichtshof hat am 7. Juni 1989 auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Er hat jedoch die Parteien aufgefordert, eine Frage zu beantworten, und die dänische Regierung gemäß Artikel 21 Absatz 2 der EWG-Satzung ersucht, ihm die am 22. Dezember 1986 abgegebene Stellungnahme des dänischen Gleichstellungsrats sowie das in dieser Stellungnahme erwähnte Schreiben des Arbeitsministeriums vom 20. September 1985 vorzulegen.

III — Zusammenfassung der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen

Zur ersten Frage

Die Berufungsklägerin des Ausgangsverfahrens, HK, die italienische Regierung, die Kommission sowie das Vereinigte Königreich — letzteres mit gewissen Einschränkungen — schlagen vor, die erste Frage zu bejahen. Dagegen schlägt die Berufungsbeklagte des Ausgangsverfahrens, DA, eine verneinende Antwort vor.

a) *HK* führt aus, eine Entlassung wegen Fehlzeiten, die auf eine durch eine Schwangerschaft verursachte Krankheit zurückzuführen sei, verstoße gegen Artikel 2 und 5 der Richtlinie 76/207 sowie gegen die entsprechenden Umsetzungsbestimmungen des Gesetzes über die Gleichbehandlung, nämlich dessen § 1 Absatz 1 und § 4.

Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang darauf, daß der dänische Gleichstellungsrat in einer Stellungnahme vom 20. September 1985 zunächst ausgeführt habe, er teile nicht die Auffassung des Arbeitsministeriums, daß der vom Gesetz über die Gleichbehandlung gewährte Schutz gegen Entlassungen, die auf eine Krankheit gestützt seien, die sich während einer Schwangerschaft oder einer Entbindung oder in Zusammenhang damit entwickelt habe, nach

Ablauf des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs aufhöre. Weiter habe der Gleichstellungsrat erklärt, das Verbot der Entlassung wegen einer auf eine Schwangerschaft zurückzuführenden Krankheit gelte grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Dauer der Krankheit, da der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht durch die insoweit zufälligen Bestimmungen der einzelnen Mitgliedstaaten über die Dauer des Mutterschaftsurlaubs zeitlich begrenzt werden könne.

Der von Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie gewollte Schutz habe die gleiche Tragweite wie der in Artikel 1 Absatz 1 des Gesetzes über die Gleichbehandlung vorgesehene Schutz, wenn auch die letztgenannte Bestimmung überdies ausdrücklich die Schwangerschaft erwähne, der sie die gleiche Bedeutung einräume wie dem Ehe- oder dem Familienstand.

Mit dieser Erwähnung solle lediglich das spezifische Schutzbedürfnis bei Schwangerschaft klargestellt werden, das Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 hervorhebe.

b) *DA* macht zunächst geltend, Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 erfasse nicht Entlassungen wegen Fehlzeiten, die auf eine durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachte Krankheit zurückzuführen seien.

Diese Bestimmung stelle lediglich den übergeordneten Grundsatz der Gleichberechtigung auf. Hiernach könne man sich bei jedem Entlassungsfall auf diesen Grundsatz berufen; die bloße Feststellung eines Zusammenhangs zwischen der Entlassung und einer Schwangerschaft und einer Entbindung reiche jedoch nicht aus, um eine Verletzung des Grundsatzes darzutun. Die auf derartige Situationen anwendbaren Regeln müßten unter Beachtung dieses Grundsatzes im Rahmen des innerstaatlichen Rechts erarbeitet werden. Die Richtlinie verfolge im übrigen nicht die Absicht, die nähere Ausgestaltung dieser Regeln festzulegen; sie sei vielmehr durch das Fehlen positiver Hinweise zur Art der Durchführung des Gleichheitsgrundsatzes gekennzeichnet, wie dies aus den vorbereitenden Arbeiten und aus der Aufnahme von Artikel 2 Absatz 3 in die Richtlinie hervorgehe.

Selbst wenn anzunehmen wäre, daß die in Rede stehenden Bestimmungen der Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichteten, positives Recht zum Schutz der Frauen bei Schwangerschaft oder Mutterschaft zu setzen, könnten diese Bestimmungen doch nicht so weit ausgelegt werden, daß sie auch den in der ersten Frage genannten Fall erfaßten.

Die Existenz von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie mache deutlich, daß die Richtlinie zwar die Möglichkeit habe eröffnen wollen, besondere Vorschriften zu erlassen, jedoch Hinweise auf die nähere Ausgestaltung dieser Vorschriften vermieden habe.

Diese finde seine Erklärung in einer Feststellung, die die Kommission und der Wirtschafts- und Sozialausschuß bei der Vorbereitung der Richtlinie 76/207 getroffen hätten, nämlich daß allein eine Änderung der allgemeinen Haltung der Arbeitgeber gegenüber den weiblichen Arbeitnehmern es möglich machen könne, den übergeordneten Grundsatz der Gleichbehandlung in bestmöglicher Weise durchzusetzen, und daß die Anwendung besonderer Schutzvorschriften nach Artikel 2 Absatz 3 ein entscheidendes Hindernis für eine positive und wünschenswerte Entwicklung der Haltung der Arbeitgeber gegenüber den weiblichen Arbeitnehmern bilden könne.

Da beim Erlaß der Richtlinie keine Abwägung zwischen dem bestmöglichen Schutz der schwangeren Frauen und der für die Gleichbehandlung so wesentlichen Entwicklung der Haltung der Arbeitgeber gegenüber weiblichen Arbeitnehmern vorgenommen worden sei, habe die Richtlinie die Einführung und die Ausgestaltung positiver Schutzmaßnahmen, durch die eine solche Abwägung vorgenommen werde, der Zuständigkeit des einzelstaatlichen Gesetzgebers überlassen.

Der Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 könne somit nur nach gewissenhafter Abwägung dieser beiden Interessen auf Entlassungen wegen Fehlzeiten erstreckt werden, die durch eine auf eine Schwangerschaft zurückgehende Krankheit verursacht worden seien.

Für die Fehlzeiten, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs einträten, hätten die Rechtsvorschriften aller Mitgliedstaaten über den Mutterschaftsurlaub diese Abwägung vorgenommen.

Wenn eine derartige Abwägung, was die nach diesem Zeitraum liegenden Fehlzeiten betreffe, nicht gesondert erfolgt sei, so könne die Richtlinie nicht zur Erstreckung der innerstaatlichen Schutzvorschriften auf diese Fälle führen, da anderenfalls die in Gang befindliche positive Entwicklung der Haltung der Arbeitgeber gegenüber weiblichen Arbeitnehmern gebremst würde.

Die bestmöglichen Voraussetzungen für die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ließen sich also dadurch schaffen, daß man die Ausgestaltung des Schutzes gegen Entlassungen wegen durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachter Krankheit dem innerstaatlichen Recht überlasse.

c) Die *italienische Regierung* führt aus, wenn das Recht des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer wegen krankheitsbedingten häufigen Fehlens zu entlassen, auch im Fall einer Arbeitnehmerin gegeben wäre, die infolge einer Schwangerschaft oder einer Entbindung erkranke, so würde diese Arbeitnehmerin ihre Stelle wegen eines Vorkommnisses verlieren, dessen Ursachen die Mutterschaft wäre, also ein Charakteristikum der spezifischen Lebensverhältnisse der Frau.

Diese Feststellung könne nicht mit dem Argument beiseite geschoben werden, der der Arbeitnehmerin gewährte Mutterschaftsschutz finde seine Grenzen in der Anwendung der aufgrund von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinien erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen, die das Fehlen am Arbeitsplatz vor und nach der Geburt regelten, wobei der vorgesehene Zeitraum von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sei.

Diese Rechtsvorschriften regelten die Fragen der Mutterschaft durch Bestimmungen, die sich auf den physiologischen Prozeß von Schwangerschaft und Entbindung bezögen und eine sozialpolitische Zielsetzung hätten, nämlich den Mutterschaftsschutz, der nicht mit dem Schutz der Gleichbehandlung von Mann und Frau zusammenfalle und diesen Grundsatz beim gesetzlichen Mutterschaftsurlaub sogar außer acht lasse.

Artikel 5 der Richtlinie müsse daher notwendigerweise für eine die Entlassung regelnde Vorschrift gelten, deren Anwendung eine Diskriminierung zum Nachteil der Frauen mit sich bringen könne. Im vorliegenden Falle sei die potentiell diskriminie-

rende Wirkung der Entlassung von Arbeitnehmerinnnen wegen Krankheit anscheinend insofern gegeben, als die Arbeitnehmerinnen in stärkerem Maße dem Risiko des Arbeitsplatzverlustes ausgesetzt seien, da ein solcher Verlust als Folge von Krankheiten eintreten könne, die mit der Mutterschaft zusammenhingen und ausschließlich Frauen beträfen.

d) Nach Ansicht des *Vereinigten Königreichs* ist es nach Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie untersagt, eine Frau, die an ihrem Arbeitsplatz wegen einer auf Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführenden Krankheit fehle, ungünstiger zu behandeln als einen Mann, der seiner Arbeit aus Krankheitsgründen fernbleibe.

Hiernach sei es mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar, wenn ein Arbeitgeber eine sich in dieser Lage befindende Frau entlasse, obwohl er einen Mann, der im Laufe eines Jahres während 100 Arbeitstagen krankgeschrieben gewesen wäre, nicht entlassen hätte.

Zwar gehe die Richtlinie 76/207 nicht weiter; ihr Artikel 2 Absatz 3 gestatte es jedoch den Mitgliedstaaten, Rechtsvorschriften über Schwangerschaft und Entbindung beizubehalten, die speziell den Frauen zugute kämen. Diese Bestimmung stehe somit Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten nicht entgegen, die es einem Arbeitgeber verböten, eine Frau wegen Fehlzeiten zu entlassen, die auf eine durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachte Krankheit zurückzuführen seien. Gäbe es jedoch in einem Mitgliedstaat keine derartigen Vorschriften, so verpflichte die Richtlinie ihn nicht, solche Vorschriften zu erlassen.

e) Die *Kommission* macht zunächst Ausführungen zum Aufbau der Richtlinie, insbesondere zu deren Artikel 2 Absatz 3, und bestreitet, daß diese Vorschrift im vorliegenden Falle von Bedeutung sein könne. Anschließend führt sie aus, die entscheidende Frage sei, ob eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie vorliege; es erscheine vernünftig, bei der Antwort davon auszugehen, daß das Fehlen von Frau Hertz auf eine Krankheit und nicht auf Schwangerschaft und Mutterschaft zurückzuführen sei.

Die Entlassung von Frau Hertz beruhe auf einer internen Vorschrift, der zufolge Arbeitnehmer, die häufig wegen Krankheit gefehlt hätten, zu entlassen seien. Eine solche Vorschrift falle nicht unter das in der Richtlinie ausgesprochene Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da sie von einem Kriterium ausgehe, das unterschiedslos auf beide Geschlechter anwendbar sei, nämlich von der Häufigkeit des krankheitsbedingten Fehlens.

Was das in der Richtlinie niedergelegte Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betreffe, so vertritt die Kommission unter Bezugnahme auf die Urteile vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911) und vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka-Kaufhaus, Slg. 1986, 1607) die Auffassung, bei der Entscheidung darüber, ob eine derartige Diskriminierung vorliege, sei von folgenden drei Kriterien auszugehen:

1) Es müsse die einschlägige Bestimmung oder Praxis oder das maßgebliche Kriterium ermittelt werden.

2) Es müsse geprüft werden, ob dieses Kriterium erheblich mehr Frauen als Männer erfasse, wobei es der entlassenen Arbeitnehmerin obliege, dies glaubhaft zu machen.

3) Sei dies geschehen, so müsse untersucht werden, ob der Arbeitgeber beweisen könne, daß sich das in Rede stehende Kriterium dessenungeachtet durch Faktoren erklären lasse, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun hätten; ferner müsse geprüft werden, ob die vom Arbeitgeber gewählten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprächen und ob sie zur Verwirklichung des von dem Unternehmen angestrebten Ziels geeignet und notwendig seien.

Als Hinweis für das vorlegende Gericht, das allein für die Beurteilung der Frage zuständig sei, ob hier bei Anwendung dieser Maßstäbe eine mittelbare Diskriminierung vorliege, trägt die Kommission noch vor, das im Ausgangsrechtsstreit entscheidende Kriterium sei die Regel, daß ein Angestellter zu entlassen sei, wenn er häufig — hier: während 100 Arbeitstagen im Jahr — krankgeschrieben sei.

Was das zweite Kriterium für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung betreffe, so gebe es zum einen keinerlei Anhaltspunkte für die Vermutung, daß Frauen ihrem Arbeitsplatz öfter aus Krankheitsgründen fernblieben als Männer oder umgekehrt, wenn man die Schwangerschaft nicht einer Krankheit gleichstelle; zum anderen seien der Kommission keinerlei Tatsachen bekannt, aus denen sich ergeben würde, daß Entlassungen, die darauf gestützt seien, daß der oder die Betroffene während einer bestimmten Zahl von Tagen der Arbeit ferngeblieben sei, weit mehr Frauen als Männer träfen.

In einem Fall wie diesem, in dem die fragliche Krankheit nur Frauen treffe, weil sie durch Schwangerschaft und Entbindung verursacht sei, wäre der beste Vergleich eine Gegenüberstellung der Krankheiten, die nur Frauen träfen, einschließlich der auf Schwangerschaft und Entbindung zurückzuführenden Krankheiten, und derjenigen, von denen nur Männer befallen würden.

Falls diese zweite Voraussetzung nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts erfüllt sei, müsse die Beklagte des Ausgangsverfahrens den Beweis dafür erbringen, daß die angewendete Vorschrift objektiv gerechtfertigt sei; Beweisgegenstand sei in diesem Fall, ob der Arbeitgeber den Betrieb seines Unternehmens bei lang anhaltender Krankheit seiner Arbeitnehmer aufrechterhalten könne.

Zur zweiten Frage: Etwaige zeitliche Begrenzung des Schutzes gegen Entlassungen aufgrund einer durch Schwangerschaft verursachten Krankheit

a) *HK* macht geltend, für den Schutz gegen Entlassungen aufgrund einer durch Schwangerschaft verursachten Krankheit gebe es keine zeitliche Begrenzung.

Das Bedürfnis, weibliche Arbeitnehmer gegen Entlassungen zu schützen, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs in Fällen erfolgten, in denen die durch die Entbindung verursachten Komplikationen fortbestünden, sei von ebensolcher Bedeutung wie das Bedürfnis nach Schutz während der Schwangerschaft oder der Entbindung; dies gelte um so mehr, als die Tendenz der Arbeitgeber, den Vertreter oder die Vertreterin zu behalten, wenn die Mutterschaft länger andauere, das Schutzbedürfnis der schwangeren Arbeitnehmerin verstärke.

Außerdem böten weder die Entstehungsgeschichte des Gesetzes über die Gleichbehandlung noch dieses Gesetz selbst und die Richtlinie Anhaltspunkte für die Annahme, daß der Schutz nur bis zum Ablauf des Mutterschaftsurlaubs wirken dürfe.

HK räumt ein, daß eine derartige Belastung des Arbeitgebers auf den ersten Blick unzumutbar erscheinen könne, betont aber, die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Entlassung nach einer auf eine Schwangerschaft oder eine Entbindung zurückzuführenden Krankheit durch das innerstaatliche Gericht diene dazu, die Höhe der Entschädigung zu bestimmen, auf die die entlassene Arbeitnehmerin Anspruch habe.

Daß § 8 des Gesetzes über die Gleichbehandlung das Verb „können" verwende, zeige, daß das Gericht bei einer solchen Beurteilung auch die dem Arbeitgeber durch die Fehlzeiten entstehenden Nachteile zu berücksichtigen habe und gegebenenfalls entscheiden könne, daß die Arbeitnehmerin keine Entschädigung erhalte.

Daß Frau Hertz sich während der Kündigungsfrist erholt habe und gegebenenfalls in der Lage sei, das Arbeitsverhältnis wiederaufzunehmen, könne bei dieser Beurteilung ebenfalls eine Rolle spielen.

b) *DA* führt aus, die Überlegungen, die sie zur ersten Frage vorgetragen habe, sprächen in noch stärkerem Maße für eine Verneinung der zweiten Frage.

Bei einer Bejahung der beiden Vorlagefragen würde die Einstellung weiblicher Arbeitnehmer letztlich die Gefahr einer für den Arbeitgeber völlig unvorhersehbaren Situation heraufbeschwören, die die positive Entwicklung der Haltung der Arbeitgeber gegenüber weiblichen Arbeitnehmern aufs höchste gefährden würde; die Kommission habe aber gerade anerkannt, daß diese Entwicklung innerhalb des Prozesses der Verwirklichung der Gleichbehandlung den wichtigsten Faktor darstelle.

c) Nach Ansicht der *italienischen Regierung* stellt sich das Problem einer eventuellen zeitlichen Begrenzung des Entlassungsverbots für den auf die Entbindung folgenden Zeitraum, da es vorkommen könnte, daß mit der Mutterschaft im Zusammenhang stehende Krankheiten erst später diagnostiziert und somit behandelt würden. In einem derartigen Falle müsse die Notwendigkeit, die Arbeitgeber gegen Diskriminierungen zu schützen, an den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit und der Klarheit der Verpflichtungen angepaßt werden, die den Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses träfen.

Der Schutz dürfe deshalb nicht unbegrenzt gewährt, sondern müsse auf einen Zeitraum nach der Entbindung beschränkt werden, der ausreiche, um die Krankheiten, um die es gehe, festzustellen und die erforderliche Behandlung vorzunehmen; die Dauer des Mutterschaftsurlaubs könne insoweit nicht als ausreichender Zeitraum angesehen werden.

d) Das *Vereinigte Königreich* macht geltend, ein Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften es einem Arbeitgeber untersagten, eine Frau wegen Fehlzeiten zu entlassen, die auf eine durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachte Krankheit zurückzuführen seien — eine Maßnahme, die Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie gestatte —, könne, wenn er dies für angebracht halte, den Schutz, den er gegen Entlassungen gewähre, zeitlich begrenzen.

e) Die *Kommission* bemerkt, aus ihren Ausführungen zur ersten Frage gehe hervor, daß es von den Umständen des Einzelfalls abhänge, ob eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege, insbesondere von der Dauer des vor der Entlassung der Arbeitnehmerin liegenden Krankheitszeitraums, von der Vergleichsgrundlage, davon, ob das Kriterium faktisch er-

heblich mehr Frauen als Männer betreffe, und schließlich vom Vorliegen etwaiger objektiver Rechtfertigungsgründe.

Nach alledem lasse sich die zweite Frage nicht allgemein beantworten, da die Antwort von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhänge.

Die Kommission schlägt daher folgende Antwort vor:

„Es ist Sache der innerstaatlichen Gerichte, festzustellen, ob die Anwendung einer Vorschrift, nach der Arbeitnehmer wegen längeren krankheitsbedingten Fehlens entlassen werden können, durch ein Unternehmen erheblich mehr Frauen als Männer trifft. Bejahendenfalls liegt eine von der Richtlinie verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, es sei denn, das Unternehmen weise nach, daß sich die Maßnahme durch objektiv gerechtfertigte Faktoren, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun haben, erklären läßt, weil sie einem tatsächlichen Bedürfnis des Unternehmens entspricht und zur Erreichung des von ihm angestrebten Ziels geeignet und notwendig ist."

IV — Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes

Der Gerichtshof hatte HK aufgefordert, ihm mitzuteilen, ob ein Entlassungsgrund wie derjenige, auf den sich die Firma Aldi Marked gegenüber Frau Hertz berufen habe, nämlich häufiges Fehlen wegen Krankheit, in einer Rechtsvorschrift vorgesehen sei oder einer im Laufe der Jahre von den Arbeitsgerichten gebilligten Praxis entspreche.

HK hat wie folgt geantwortet:

— Für Frau Hertz habe während ihrer Beschäftigung bei der Firma Aldi Marked das dänische Angestelltengesetz gegolten, in dessen Artikel 5 Absatz 1 es heiße: „Ist ein Angestellter aus Krankheitsgründen nicht in der Lage, seinen Aufgaben nachzukommen, so wird sein sich hieraus ergebendes Fernbleiben von der Arbeit als rechtswirksam entschuldigt angesehen ..."

Diese Bestimmung stelle also den Grundsatz auf, daß Krankheit ein rechtswirksamer Entschuldigungsgrund sei.

— § 5 Absatz 2 enthalte eine Ausnahmevorschrift, die wie folgt laute: „Im Rahmen des individuellen Arbeitsverhältnisses kann jedoch schriftlich vereinbart werden, daß dem Angestellten mit einer Frist von einem Monat zum Ende eines Monats gekündigt werden kann, wenn er innerhalb eines Zeitraums von 12 aufeinanderfolgenden Monaten für insgesamt 120 Tage Lohn im Krankheitsfall bezogen hat. Die Kündigung ist nur gültig, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Ablauf der 120 Krankheitstage und zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Angestellte noch krank ist; dagegen wird ihre Gültigkeit nicht dadurch berührt, daß der Angestellte nach Vornahme der Kündigung an seinen Arbeitsplatz zurückgekehrt ist."

— Vorliegend sei keine Vereinbarung über eine kürzere Kündigungsfrist im Falle der Entlassung nach 120 Krankheitstagen getroffen worden, wie sie diese Vorschrift ermögliche.

Es gebe keine im Laufe der Jahre gefestigte ständige Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit der Kündigung eines Angestellten wegen lang andauernden krankheitsbedingten Fehlens.

Zwar nehme die Rechtslehre übereinstimmend an, daß eine Kündigung wegen lang andauernder Krankheit oder häufigen Fehlens aus Krankheitsgründen als durch die Lage des Unternehmens gerechtfertigt angesehen werden und einen Anspruch auf Entschädigung wegen rechtswidriger Kündigung ausschließen könne. Jedoch lasse sich nicht mit Sicherheit sagen, wann ein solcher Sachverhalt gegeben sei. Nach Ansicht von HK kann die 120-Tage-Regel hierzu einen Fingerzeig liefern, aber die Rechtmäßigkeit der Kündigung hänge auch von anderen Umständen ab, darunter der öffentlichen oder aber privaten Natur des Unternehmens, der Zahl seiner Beschäftigten, der Belastung, die das Fehlen des betroffenen Arbeitnehmers für das Unternehmen darstelle, der Dauer der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu dem Unternehmen sowie davon, ob eine Genesung unsicher sei oder aber ihr Zeitpunkt genau angegeben werden könne, usw.

DA hat wie folgt geantwortet:

Im dänischen Recht gelte der Grundsatz, daß ein zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer geschlossener Arbeitsvertrag frei gekündigt werden könne. Dieser Grundsatz sei in § 2 des Angestelltengesetzes niedergelegt, der folgendermaßen lautet:

„1. Ein Arbeitsvertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Angestellten kann nur durch Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet werden, die den nachstehenden Bestimmungen entspricht.

2. Der Kündigung durch den Arbeitgeber ist nur möglich:

1) ...

2) mit einer Frist von mindestens drei Monaten zum Ende eines Monats nach sechsmonatiger Beschäftigung.

3. Die Kündigungsfrist nach Absatz 2 Nr. 2 verlängert sich für jedes dritte Beschäftigungsjahr um einen Monat, höchstens jedoch auf sechs Monate."

Im vorliegenden Fall sei Frau Hertz, die im Zeitpunkt der Kündigung drei Jahre bei der Firma beschäftigt gewesen sei, die viermonatige Kündigungsfrist eingeräumt worden, auf die sie nach dem vorgenannten § 2 Anspruch gehabt habe. Sie habe während der Kündigungsfrist ihr volles Gehalt gezahlt bekommen.

Dem bereits erwähnten § 5 Absatz 1 des Angestelltengesetzes sei zu entnehmen, daß der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht durch eine auf die Erkrankung des Angestellten gestützte Kündigung beenden könne. Der weiter oben genannte Absatz 2 von § 5 des Angestelltengesetzes enthalte jedoch eine Ausnahme von dieser Regel.

Zum letzten Punkt ist DA der Ansicht, daß die Angaben von HK zum Sachverhalt einer

Korrektur bedürften. Der zwischen Frau Hertz und der Firma Aldi Marked geschlossene Arbeitsvertrag habe auf der Grundlage von § 5 Absatz 2 für den Fall der Erkrankung die Möglichkeit einer Kündigung mit einer kürzeren Frist vorgesehen. DA verweist insoweit auf einen Auszug aus dem Arbeitsvertrag vom 1. Juli 1982, von dem sie eine Abschrift beifügt.

Rechtslehre und Rechtsprechung in Dänemark stimmten darin überein, daß die in § 5 Absatz 2 genannten 120 Tage nicht 120 Arbeitstage seien, sondern daß dazu auch Sonn- und Feiertage sowie freie Wochentage gehörten. Vorliegend habe Frau Hertz zwischen Juni 1984 und Juni 1985 an 100 Arbeitstagen gefehlt.

Ungeachtet der gemäß § 5 Absatz 2 vereinbarten Klausel habe die Firma Aldi Marked den Arbeitsvertrag mit viermonatiger Frist gekündigt, wie dies § 2 des Angestelltengesetzes fordere, und nicht mit einmonatiger Frist, wie dies der vorgenannte § 5 Absatz 2 vorsehe. Die Firma Aldi Marked habe also den Arbeitsvertrag nicht wegen eines Fehlverhaltens von Frau Hertz beendet, sondern sich damit begnügt, ihn mit der üblichen Frist zu kündigen. Die Firma pflege nämlich Arbeitnehmer zu entlassen, deren krankheitsbedingte Fehlzeiten denjenigen entsprächen, die Frau Hertz im Zeitpunkt der Kündigung zu verzeichnen gehabt habe.

Ungeachtet dessen, daß der Arbeitsvertrag durch Kündigung mit einer im Angestelltengesetz festgelegten Frist beendet werde, habe der Angestellte in bestimmten, in § 2b dieses Gesetzes aufgezählten Fällen einen Anspruch auf eine Sonderentschädigung zusätzlich zu dem Gehalt, das bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Unternehmen geschuldet werde.

§ 2b des Angestelltengesetzes bestimme:

„1. Kann die Kündigung eines Angestellten, der 18 Jahre lang im Arbeitsverhältnis gestanden hat und in dem betroffenen Unternehmen vor der Kündigung mindestens ein Jahr lang ununterbrochen beschäftigt war, nicht als durch die Situation, in der sich das Unternehmen oder der Angestellte befindet, gerechtfertigt angesehen werden, so zahlt der Arbeitgeber eine Entschädigung. Diese wird nach Maßgabe der Dauer der Beschäftigung des Angestellten in dem Unternehmen und der übrigen Umstände des Einzelfalls festgesetzt, darf jedoch nicht das Gehalt übersteigen, daß der Angestellte während eines Zeitraums erhalten hat, der der Hälfte der Dauer der Kündigungsfrist entspricht, auf die er nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 Anspruch hat. Hat der Angestellte jedoch im Zeitpunkt der Entlassung mehr als 30 Beschäftigungsjahre zurückgelegt, so kann die Entschädigung höchstens drei Monatsgehälter betragen.

2. ...

3. ..."

Sei die Kündigung nicht auf sachliche Gründe gestützt, so könne dem Angestellten gemäß § 2b eine Entschädigung gewährt werden; nach dänischem Recht könne die Kündigung jedoch nicht für unwirksam erklärt werden.

Die Klage auf Entschädigung, die Frau Hertz beim Sø- og Handelsret erhoben habe, sei hauptsächlich auf diese Vorschrift gestützt gewesen. § 2b besage indessen nichts darüber, in welchen Fällen eine Kün-

digung nicht als durch die Situation des Unternehmens oder des Angestellten gerechtfertigt angesehen werden könne.

Im vorliegenden Falle seien die Parteien darüber einig, daß die Kündigung lediglich wegen des krankheitsbedingten Fehlens von Frau Hertz erfolgt sei und somit nicht auf einen anderen tatsächlichen Kündigungsgrund zurückgeführt werden könne. Weder der Gesetzgeber noch die bisher veröffentlichte dänische Rechtsprechung habe zu der in § 2b offengelassenen Frage Stellung genommen, ob eine Kündigung wegen zahlreicher krankheitsbedingter Fehlzeiten als durch die Situation des Unternehmens oder des Angestellten gerechtfertigt angesehen werden könne. Dagegen nehme die Rechtslehre übereinstimmend an, daß derartige Fehlzeiten es rechtfertigen könnten, einem Angestellten zu kündigen, so daß sich an eine solche Kündigung nicht die Verpflichtung knüpfe, die in § 2b vorgesehene Entschädigung zu zahlen. Die Rechtslehre betone insbesondere, daß eine Kündigung aufgrund des vorerwähnten § 5 Absatz 2 niemals die Verpflichtung auslöse, die in § 2b vorgesehene Entschädigung zu zahlen.

Dies müsse in Zusammenhang mit der Tatsache gesehen werden, daß die Kündigung hier nicht aufgrund von § 5 Absatz 2 mit einmonatiger Kündigungsfrist, sondern im Gegenteil mit viermonatiger Kündigungsfrist gemäß § 2 ausgesprochen worden sei.

Im Ergebnis stehe somit fest, daß die dänischen Rechtsvorschriften vom Grundsatz der freien Kündigung ausgingen. Der Arbeitgeber sei somit nicht verpflichtet, sich auf einen bestimmten Kündigungsgrund zu berufen. Stütze der Arbeitgeber wie im vorliegenden Fall die Kündigung auf einen Grund wie häufiges krankheitsbedingtes Fehlen, so könnten die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen lediglich die Frage betreffen, ob der Angestellte nach § 2b des Angestelltengesetzes deswegen Anspruch auf Entschädigung habe, weil die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung nicht durch die Situation des Unternehmens oder durch seine eigene Situation gerechtfertigt gewesen sei. Der Gesetzgeber habe jedoch nicht zu der Frage Stellung genommen, ob eine derartige Kündigung als durch die Situation des Unternehmens oder des Angestellten gerechtfertigt angesehen werden und daher keinen Anspruch nach § 2b begründen könne.

Ebensowenig habe die dänische Rechtsprechung, soweit sie veröffentlicht worden sei, zu der von der Rechtslehre aufgestellten Theorie Stellung genommen, wonach eine Kündigung wegen häufigen krankheitsbedingten Fehlens keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 2b eröffnen könne. Was die unveröffentlichte Rechtsprechung angehe, so liege das in dieser Rechtssache einstimmig ergangene Urteil des Sø- og Handelsret vor, wonach die fragliche Kündigung keinen Anspruch von Frau Hertz auf diese Entschädigung begründet habe. Da die Frage nach der Gewährung einer Entschädigung aufgrund von § 2b vor dem Højesteret nicht aufgeworfen worden sei, sei dieser Punkt nicht Gegenstand der Berufung.

G. Slynn
Berichterstatter