SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 21. November 2002 [1]

1. Das Arbeitsgericht Lübeck (Deutschland) hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG [2] zur Vorabentscheidung vorgelegt, um zu erfahren, ob eine Arbeitnehmerin, die sich im Erziehungsurlaub befindet, verpflichtet ist, ihrem Arbeitgeber mitzuteilen, dass sie schwanger ist, wenn sie die Abkürzung des Erziehungsurlaubs beantragt und ihr dabei bekannt ist, dass sie wegen ihrer Schwangerschaft zur Ausübung einzelner für ihren Beruf typischer Tätigkeiten nicht in der Lage ist.

I — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

2. Wiebke Busch, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, ist seit April 1998 als Krankenschwester in einem von der Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG betriebenen Krankenhaus tätig.

Wegen der Geburt ihres ersten Kindes im Juni 2000 ging Frau Busch für drei Jahre in Erziehungsurlaub. Im Oktober 2000 wurde sie erneut schwanger und bat daraufhin mit Schreiben vom 30. Januar 2001 um die Wiederaufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit. Nach verschiedenen Telefonaten zwischen dem Personalleiter und der Arbeitnehmerin entschied das Unternehmen, ihr einen Dienst auf einer Station mit 39 Betten zuzuweisen, die im Wechsel von Schichten zu je drei Pflegekräften betreut wurde und auf der eine Stelle frei war, die dringend besetzt werden musste.

3. Am 22. März 2001 stimmte das beklagte Unternehmen der Abkürzung des Erziehungsurlaubs von Frau Busch zu, ohne sie nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft gefragt zu haben. Am 9. April 2001 nahm sie ihre Tätigkeit wieder auf und teilte ihrem Arbeitgeber am darauf folgenden Tag mit, dass sie im siebten Monat schwanger sei. Der Grund für die Rückkehr auf ihren Arbeitsplatz sei der Bezug von Mutterschaftsgeld, das höher sei als das Erziehungsgeld, und der vom Arbeitgeber zu zahlende Zuschuss.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40).

4. Gemäß § 3 Absatz 2 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) hätte der Mutterschutz am 23. Mai 2001 beginnen müssen. Die Beklagte reagierte, indem sie die Arbeitnehmerin am 11. April 2001 nach Hause schickte, und focht im Anschluss daran ihre Zustimmung zur Rückkehr auf den Arbeitsplatz wegen arglistiger Täuschung und Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft an. Wegen des Verbotes nach § 4 Absatz 2 MuSchG sei die Arbeitnehmerin keine vollwertige Arbeitskraft.

5. Frau Busch bestätigt, dass zu den Aufgaben der Krankenschwestern auf ihrer Station folgende Tätigkeiten gehörten: das Aufsetzen bettlägeriger Patienten zum Essen, das Waschen schwerst Pflegebedürftiger, das regelmäßige Lagern von Patienten zu zweit und die Vorbereitung und Verabreichung von Spritzen. Sie bringt vor, dass sie während ihrer ersten Schwangerschaft ihren gewohnten Tätigkeiten weiter nachgegangen sei, aber auch administrative Tätigkeiten ausgeübt habe. Sie hätte bis zum Beginn des Mutterschutzes arbeiten können, weshalb bis zum 23. Mai 2001 kein Beschäftigungsverbot bestanden habe; Betten würden in dem Klinikum geschoben, und den Transport im Hause übernehme der hauseigene Transportdienst.

Sie verlangt die Zahlung von 4 181,77 DM (2 138,11 Euro) brutto Vergütung sowie 3 258,50 DM (1 666,04 Euro) netto Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.

6. Die Beklagte verweigert die Zahlung, da sie der Ansicht ist, die Arbeitnehmerin sei vor Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit zur Aufklärung über die bestehende Schwangerschaft verpflichtet gewesen. Da es sich um eine Beschäftigung für einen befristeten Zeitraum gehandelt habe (vom 9. April bis zum 23. Mai 2001), sei die Schwangerschaft eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin, über die sich das Unternehmen, da sie ihr nicht bekannt gewesen sei, geirrt habe.

7. Die Parteien sind sich offenbar darüber einig, dass in dieser Zeit keine Möglichkeit bestand, Frau Busch für administrative Tätigkeiten einzusetzen.

II — Nationales Recht [3]

8. § 3 MuSchG bestimmt, dass werdende Mütter in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigt werden dürfen, es sei denn, dass sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären.

3 — Nach den Angaben der Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen.

Gemäß § 4 Absatz 1 MuSchG dürfen werdende Mütter nicht mit schweren körperlichen Arbeiten und nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, bei denen sie schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder Strahlen, von Staub, Gasen oder Dämpfen, von Hitze, Kälte oder Nässe, von Erschütterungen oder Lärm ausgesetzt sind. Nach Absatz 2 dürfen sie nicht beschäftigt werden mit Arbeiten, bei denen regelmäßig Lasten von mehr als 5 kg Gewicht oder gelegentlich Lasten von mehr als 10 kg Gewicht ohne mechanische Hilfsmittel von Hand gehoben, bewegt oder befördert werden.

§ 11 MuSchG regelt das Arbeitsentgelt der von einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot betroffenen schwangeren Arbeitnehmerinnen. Haben sie keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld, ist ihnen vom Arbeitgeber der Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiter zu gewähren, wenn sie teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen.

Gemäß § 13 MuSchG erhalten Arbeitnehmerinnen, die Mitglieder einer Krankenkasse sind, während des Beschäftigungsverbots Mutterschaftsgeld in Höhe von täglich 25 DM (12,78 Euro). Nach § 14 MuSchG erhalten sie, wenn sie Anspruch auf Mutterschaftsgeld haben, gleichzeitig einen Zuschuss von ihrem Arbeitgeber in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen 25 DM und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt.

9. Nach § 5 des Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BErzGG) beträgt das Erziehungsgeld 600,00 DM [4] (306,78 Euro) monatlich. Nach § 7 BErzGG wird das Mutterschaftsgeld ab der Geburt auf das Erziehungsgeld angerechnet.

Nach § 16 BErzGG muss der Arbeitnehmer, der Erziehungsurlaub in Anspruch nehmen will, diesen spätestens vier Wochen vor seinem Beginn vom Arbeitgeber verlangen und den gewünschten Zeitraum angeben. Der Begünstigte kann den Urlaub vorzeitig beenden oder verlängern, wenn der Arbeitgeber zustimmt; der Arbeitgeber verfügt insoweit offenbar über ein freies Ermessen [5].

10. § 123 BGB bestimmt, dass derjenige, der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten kann.

4 — Ab dem 1. Januar 2001 beläuft sich dieser Betrag abhängig vom Einkommen und nach Wahl des Begünstigten auf 900,00 DM (460,16 Euro) während des ersten Lebensjahres des Kindes oder 600,00 DM während der ersten beiden Jahre.

5 — Diese Bestimmung wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2001 geändert und erweitert. Ab diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber die vorzeitige Beendigung wegen der Geburt eines weiteren Kindes oder wegen eines besonderen Härtefalls nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Die Arbeitnehmerin kann ihre Elternzeit nicht wegen der Mutterschutzfristen des Mutterschutzgesetzes vorzeitig beenden. Diese Neuregelung findet wegen der Übergangsbestimmung in § 24 Absatz 1 des Gesetzes keine Anwendung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.

Gemäß § 119 Absatz 1 BGB kann seine Willenserklärung auch anfechten, wer bei ihrer Abgabe über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Gemäß Absatz 2 gilt als Irrtum auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

2. Falls die Frage zu 1 bejaht wird: Stellt es bei dem geschilderten Sachverhalt eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 76/207 dar, dass in diesem Fall der Arbeitgeber zur Anfechtung seiner auf Zustimmung zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs gerichteten Willenserklärung berechtigt ist, weil er sich über das Vorhandensein einer Schwangerschaft bei der Frau geirrt hat?

III — Die Vorabentscheidungsfragen

11. Das Arbeitsgericht Lübeck, das über den Rechtsstreit entscheiden muss, hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stellt es eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG dar, dass eine Frau, die einen von ihr angetretenen Erziehungsurlaub mit Zustimmung ihres Arbeitgebers abkürzen will, verpflichtet ist, ihre ihr bekannte erneute Schwangerschaft vor Abschluss der Vereinbarung über die Abkürzung des Erziehungsurlaubs dem Arbeitgeber mitzuteilen, wenn sie die in Aussicht genommene Tätigkeit wegen eines vom ersten Tag an eingreifenden Beschäftigungsverbots für einzelne Tätigkeiten nicht in vollem Umfang aufnehmen kann?

IV — Das Gemeinschaftsrecht

12. Zur Beantwortung der Vorlagefragen bedarf es der Auslegung einiger Bestimmungen der Richtlinie 76/207.

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.

...

(3) Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen."

Artikel 5

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden."

V — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

13. In diesem Verfahren haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die deutsche Regierung und die Kommission innerhalb der in Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes bestimmten Frist schriftliche Erklärungen abgegeben.

In der Sitzung vom 23. Oktober 2002 haben der Vertreter der Klägerin und die Kommission mündliche Ausführungen gemacht.

VI — Die erste Vorlagefrage

14. Mit dieser Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 einer Verpflichtung einer Arbeitnehmerin entgegenstehen, ihren Arbeitgeber, mit dessen Zustimmung sie ihren Erziehungsurlaub abkürzen will, vor Abschluss einer Vereinbarung über die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit davon in Kenntnis zu setzen, dass sie schwanger ist, wenn sie wegen der Schwangerschaft aufgrund eines vom ersten Tag an eingreifenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots nicht alle Tätigkeiten ausüben kann.

A — *Die Auffassungen der Beteiligten, die schriftliche Erklärungen abgegeben haben*

15. Nach Ansicht von Frau Busch stellt die Verpflichtung, vor Wiederaufnahme der Arbeit die Schwangerschaft zu offenbaren, eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar, da nur Frauen wegen einer Schwangerschaft an der Ausübung bestimmter Tätigkeiten gehindert sein könnten. Der Arbeitgeber könne die Wirksamkeit seiner Zustimmung nicht wegen arglistiger Täuschung anfechten, da er nicht danach gefragt habe, ob sie schwanger sei. Das Geltendmachen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft sei diskriminierend, da es nicht zu den verkehrs-

wesentlichen Eigenschaften einer Frau gehöre, nicht schwanger zu sein. Sie sei durchaus in der Lage gewesen, den größten Teil ihrer Tätigkeiten auszuüben, da diejenigen, die ihr verboten gewesen seien, nur wenige Minuten pro Arbeitstag ausmachten. Es hätte ausgereicht, sie von diesen Tätigkeiten freizustellen, statt ihr das Arbeiten zu untersagen.

16. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens ist der Auffassung, dass es sich bei den Tätigkeiten, die die Arbeitnehmerin nicht ausüben konnte, zum großen Teil um die für den Arbeitsplatz typischen handele. Sie geht davon aus, dass keine Diskriminierung vorliege, da der Arbeitsvertrag nicht aufgelöst worden sei, und dass der Tätigkeitszeitraum von sechs Wochen einem befristeten Arbeitsverhältnis gleichgestellt werden könne, in dem die Arbeitnehmerin nicht in der Lage gewesen sei, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Frau Busch hätte in Erfüllung ihrer Treuepflicht aus dem Arbeitsvertrag, dessen Wirkungen während des Erziehungsurlaubs nur in Bezug auf die Hauptleistungspflichten ausgesetzt gewesen seien, mitteilen müssen, dass sie wegen ihrer Schwangerschaft nicht in der Lage gewesen sei, Kranke zu pflegen. Sollte eine Benachteiligung vorliegen, sei diese jedenfalls gerechtfertigt, da die Bestimmungen, die die Tätigkeit von Frauen unter bestimmten Umständen beschränkten, zum Schutz der werdenden Mutter erlassen worden seien.

17. Die deutsche Regierung unterscheidet die Fälle der Benachteiligung einer Schwangeren beim Zugang zur Beschäftigung oder bei der Kündigung von den Fällen, in denen sich die Schwangere in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinde, dessen Bestand nicht in Frage gestellt werde. Bei Beginn eines Arbeitsverhältnisses könne ihr nicht zugemutet werden, ihre Schwangerschaft offen zu legen, da sie andernfalls mit Nachteilen rechnen müsse. Ihrer Ansicht nach begehrt Frau Busch keine Gleichbehandlung mit Männern, sondern einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber anderen sich im Erziehungsurlaub befindenden schwangeren Arbeitnehmerinnen. Dies komme einem Rechtsmissbrauch sehr nahe.

18. Nach Auffassung der Kommission stellt es eine gegen die Richtlinie 76/207 verstoßende Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar, wenn es ein Arbeitgeber unter Hinweis auf die Schwangerschaft ablehne, eine schwangere Arbeitnehmerin vor dem Ende des Erziehungsurlaubs wieder zu beschäftigen. Da es sich um einen unbefristeten Vertrag handele, gehe es nicht um die Frage, ob die fehlende Möglichkeit für die Arbeitnehmerin, wegen eines gesetzlichen Verbotes in der Zeit vor dem Mutterschaftsurlaub sämtliche für den Arbeitsplatz typische Tätigkeiten auszuüben, eine Ausnahme vom allgemeinen Diskriminierungsverbot darstelle. Ausgehend von dem Grundsatz, dass die Schwangerschaft wegen der sonst diskriminierenden Wirkung ein Grund sei, den der Arbeitgeber nicht berücksichtigen dürfe, kommt sie zu dem Ergebnis, dass es irrelevant sei, ob die Arbeitnehmerin ihm die Schwangerschaft offenbare.

B — *Beantwortung der Vorlagefrage*

19. Die Rahmenvereinbarung über Elternurlaub[6] ist ein Kompromiss der europäi-

6 — Unterzeichnet in Brüssel am 14. Dezember 1995.

schen Sozialpartner (UNICE, CEEP und EGB) zur Festlegung von Mindestanforderungen für diese Form des Urlaubs, der als wichtiges Mittel zur Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben und zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen angesehen wird. Er wurde für die Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs durch die am 3. Juni 1996 erlassene Richtlinie 96/34 [7] für anwendbar erklärt, die auf der Grundlage von Artikel 4 Absatz 2 des Abkommens über die Sozialpolitik [8] erging, wonach die Sozialpartner gemeinsam die Durchführung der auf Gemeinschaftsebene geschlossenen Vereinbarungen durch eine Entscheidung des Rates auf Vorschlag der Kommission beantragen können. Die Frist für die Umsetzung des Rahmenabkommens über den Erziehungsurlaub in innerstaatliches Recht endete am 3. Juni 1998 [9].

20. Nach Paragraf 1 sind in der Vereinbarung Mindestanforderungen niedergelegt, die darauf abzielen, die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben erwerbstätiger Eltern zu erleichtern. Paragraf 4 erlaubt den Mitgliedstaaten, günstigere Regelungen anzuwenden oder festzulegen, als sie in der Vereinbarung vorgesehen sind. Durch den Text wird das individuelle Recht der Arbeitnehmer, die sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinden, auf Erziehungsurlaub nicht beschränkt.

21. Gemäß Paragraf 2 Nummer 7 bleibt es den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern überlassen, den Status des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses für den Zeitraum des Erziehungsurlaubs zu bestimmen. Es steht jedoch fest, dass der Vertrag währenddessen fortbesteht, obgleich die sich aus ihm ergebenden Hauptpflichten der Parteien ausgesetzt sind, denn gemäß Paragraf 2 Nummer 5 hat der Arbeitnehmer das Recht, im Anschluss an den Erziehungsurlaub an seinen früheren Arbeitsplatz zurückzukehren oder, wenn das nicht möglich ist, entsprechend seinem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis einer gleichwertigen oder ähnlichen Arbeit zugewiesen zu werden.

22. Die Dauer des Erziehungsurlaubs liegt zwischen mindestens drei Monaten und einem bestimmten Alter des Kindes, das bis zu acht Jahre betragen kann. Es gibt jedoch keine Bestimmung über die Abkürzung des Erziehungsurlaubs. Daher bestimmen sich die Voraussetzungen für die vorzeitige Rückkehr an den Arbeitsplatz nach nationalem Recht, und zwar nach Gesetz oder Tarifvertrag.

Das deutsche Gesetz über die Gewährung von Erziehungsurlaub und Erziehungsgeld in der auf den Sachverhalt des Ausgangs-

7 — Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (ABl. L 145, S. 4).

8 — Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik, das dem Protokoll Nr. 14 über die Sozialpolitik im Anhang zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügt ist. Die Bestimmungen des Abkommens über die Sozialpolitik wurden durch den am 2. Oktober 1997 unterzeichneten und am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam als Artikel 117 bis 120 in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Artikel 136 bis 143) eingefügt.

9 — Die Richtlinie wurde durch die Richtlinie 97/75/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 (ABl. 1998, L 10, S. 24) geändert und auf das Vereinigte Königreich ausgedehnt. Die diesem Mitgliedstaat eingeräumte Frist für die Umsetzung in nationales Recht lief am 15. Dezember 1999 ab.

verfahrens anzuwendenden Fassung erlaubte die vorzeitige Beendigung des Erziehungsurlaubs; hierfür bedurfte es lediglich der Zustimmung des Arbeitgebers, deren Erteilung in seinem freien Ermessen stand.

23. Die Richtlinie 76/207 regelt 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 [10]. Artikel 5 bestimmt, dass die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.

Das Recht auf Erziehungsurlaub geht mit der Arbeitnehmereigenschaft einher, und der Arbeitsvertrag bleibt während der Dauer des Urlaubs bestehen. Deshalb gehören die Voraussetzungen für die vorzeitige Beendigung des Erziehungsurlaubs zu den Arbeitsbedingungen und fallen als solche unter die Bestimmungen dieser Richtlinie mit der Folge, dass sie nicht aufgrund des Geschlechts des Arbeitnehmers unterschiedlich sein können.

24. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach der Richtlinie 76/207 im Zusammenhang mit den arbeitsvertraglichen Rechten schwangerer Arbeitnehmerinnen ist bereits recht umfassend. Bis jetzt hat er die Berücksichtigung der Schwangerschaft als Grund für die Nichteinstellung einer Frau [11], für ihre Entlassung [12] oder für die Weigerung, einen Arbeitsvertrag auf unbefristete Zeit mit ihr abzuschließen [13], immer als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts qualifiziert. Als diskriminierend gilt auch die Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin wegen Fehlzeiten, die durch eine auf die Schwangerschaft zurückzuführende Arbeitsunfähigkeit begründet sind [14]. Der Gerichtshof hat nie eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung akzeptiert, die mit dem finanziellen Schaden begründet wird, der einem eine schwangere Frau beschäftigenden Arbeitgeber durch den Mutterschaftsurlaub oder die Schwangerschaft entsteht.

Nach der Rechtsprechung ist das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern aufgrund seines zwingenden Charakters nicht nur für staatliche Stellen verbindlich, sondern erstreckt sich auch auf alle Tarifverträge, die die abhängige Er-

10 — Die Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. L 6, S. 24) hat Inhalt, Reichweite und Modalitäten der Anwendung dieses Grundsatzes im Bereich der sozialen Sicherheit präzisiert.

11 — Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache 177/88 (Dekker, Slg. 1990, I-3941) und vom 3. Februar 2000 in der Rechtssache C-207/98 (Mahlburg, Slg. 2000, I-549).

12 — Urteile vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567) und vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache C-109/00 (Tele Danmark, Slg. 2001, I-6993).

13 — Urteil vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache C-438/99 (Jiménez Melgar, Slg. 2001, I-6915).

14 — Urteile vom 30. Juni 1998 in der Rechtssache C-394/96 (Brown, Slg. 1998, I-4185). In diesem Urteil berichtigte der Gerichtshof in Vollsitzung das Urteil der Sechsten Kammer vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-400/95 (Larsson, Slg. 1997, I-2757). Siehe die von mir in beiden Rechtssachen gehaltenen Schlussanträge.

werbstätigkeit kollektiv regeln, und auf alle Verträge zwischen Privatpersonen [15]. Dieses Verbot ist auch für das einseitige Handeln eines Arbeitgebers gegenüber seinem Personal verbindlich [16].

25. Unstreitig geht es im Fall von Frau Busch nicht um den Zugang zu einer Arbeitsstelle oder eine Entlassung, sondern um die Bedingungen, unter denen die Rechte und Pflichten, die sich aus einem Arbeitsvertrag ergeben, wahrgenommen bzw. erfüllt werden. Die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 verbieten jedoch, wie ich bereits ausgeführt habe, dass sich der Arbeitgeber auf die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin beruft, um eine Entscheidung zu treffen, die sie in ihren Arbeitnehmerrechten beeinträchtigt. Folglich liegt eine gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie verstoßende unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vor, wenn der Arbeitgeber die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin als Grund für die Weigerung anführt, der vorzeitigen Beendigung des Erziehungsurlaubs zuzustimmen, denn die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme der Arbeit bilden einen Bestandteil der Arbeitsbedingungen, die auf Männer und Frauen gleich anzuwenden sind, während die Schwangerschaft ein Zustand ist, der nur Letztere betrifft.

Da der Arbeitgeber bei der Prüfung der Wiedereingliederung die Schwangerschaft nicht berücksichtigen darf, weil er andernfalls eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vornimmt, ist die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin unerheblich für seine Entscheidung, so dass die Frau nicht verpflichtet ist, sie ihm mitzuteilen.

26. Der Gerichtshof hat auch über die Beendigung eines Arbeitsvertrags wegen Schwangerschaft durch Nichtigerklärung oder Anfechtung wegen eines Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Arbeitnehmerin wegen des gesetzlichen Verbotes der Nachtarbeit [17] und über die Ablehnung der Einstellung einer Schwangeren aufgrund eines gesetzlichen Verbotes, die ihr zugewiesene Stelle anzutreten [18], entschieden. Beide Verbote ergaben sich — wie im Falle von Frau Busch — aus dem deutschen Mutterschutzgesetz.

27. In diesen beiden Rechtssachen gründete, wie der Gerichtshof hervorhob, die Ungleichbehandlung nicht unmittelbar auf der Schwangerschaft der Frau, sondern ergab sich aus dem bei Schwangerschaft bestehenden gesetzlichen Nachtarbeitsverbot. Dieses Verbot ist durch Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie gedeckt, wonach diese den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegensteht.

15 — Urteile vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnr. 12), vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 11) und vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-281/97 (Krüger, Slg. 1999, I-5127, Randnr. 20).

16 — Urteil vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-333/97 (Lewen, Slg. 1999, I-7243, Randnr. 26).

17 — Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657).

18 — Urteil Mahlburg, zitiert in Fußnote 11.

Dennoch stellte der Gerichtshof in der ersten Rechtssache fest, dass eine unmittelbare Benachteiligung wie die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, gleich, ob diese Beendigung infolge Nichtigkeit oder Anfechtung eintritt, sich nicht dadurch rechtfertigen lasse, dass ein gesetzliches Verbot, das wegen der Schwangerschaft bestehe, die Arbeitnehmerin zeitweilig daran hindere, Nachtarbeit zu verrichten.

In der zweiten Rechtssache kam er zu dem Ergebnis, dass die Anwendung der Vorschriften zum Schutz der werdenden Mutter für diese keine Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung mit sich bringen darf und einem Arbeitgeber nicht erlaubt, die Einstellung einer schwangeren Bewerberin deshalb abzulehnen, weil er diese aufgrund eines aus der Schwangerschaft folgenden Beschäftigungsverbots auf dem auf unbestimmte Zeit zu besetzenden Arbeitsplatz von Anfang an und für die Dauer ihrer Schwangerschaft nicht beschäftigen darf; er fügte hinzu, dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werde könne, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer Schwangeren während ihres Mutterschaftsurlaubs erleiden würde.

28. Das Frau Busch wegen ihrer Schwangerschaft betreffende Verbot ist ähnlich, wenngleich nicht so einschneidend wie das, gegen das sich Frau Habermann-Beltermann und Frau Mahlburg zur Wehr setzten; es ist im Mutterschutzgesetz festgelegt und wird von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 gedeckt. Diese Bestimmung räumt den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der sozialen Maßnahmen ein, die sie ergreifen, um im Rahmen der Richtlinie den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zu gewährleisten und die für die Frau im Vergleich zum Mann tatsächlich bestehenden Nachteile im Hinblick auf die Beibehaltung des Arbeitsplatzes auszugleichen [19].

Hierzu hat der Gerichtshof erklärt, dass die Ausübung der Rechte, die Frauen nach Maßgabe des Artikels 2 Absatz 3 gewährt werden, nicht zu Nachteilen beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen führen dürfe. Die Richtlinie ziele insofern auf eine inhaltliche, nicht auf eine formelle Gleichheit ab [20].

29. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens vertritt die Auffassung, dass die Wiederaufnahme der Arbeit durch Frau Busch unter den dargelegten Umständen eine Diskriminierung der Arbeitnehmerinnen darstelle, die sich trotz Schwangerschaft weiterhin im Erziehungsurlaub befänden.

30. Diese Auffassung lässt sich angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofes kaum teilen, nach der eine Diskriminierung vorliegt, wenn auf vergleichbare Sachverhalte unterschiedliche Regelungen an-

19 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 27).

20 — Urteil vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-136/95 (Thibault, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 26).

gewandt werden oder wenn auf unterschiedliche Sachverhalte die gleiche Regelung angewandt wird [21].

Eine schwangere Arbeitnehmerin, die vor Beendigung des Erziehungsurlaubs ihre Tätigkeit wieder aufnimmt, erhält ihren Status als aktiv Beschäftigte zurück und hat Anspruch auf Zahlung ihres Gehalts und den vom Arbeitgeber zu tragenden Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Dagegen gehört eine Arbeitnehmerin, die sich während der Schwangerschaft weiter im Erziehungsurlaub befindet, nicht zu den aktiv Beschäftigten. Da sich beide in unterschiedlichen Situationen befinden, stellt ihre Gleichbehandlung eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes dar.

31. Das deutsche Gericht gibt zwar in dem Vorlagebeschluss zu erkennen, dass es über die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Gleichbehandlung auf dem Laufenden ist, doch scheinen bei Abfassung dieses Beschlusses die Urteile Tele Danmark [22] und Jiménez Melgar [23] noch nicht ergangen gewesen zu sein.

32. Diese Klarstellung ist von Interesse, da das vorlegende Gericht, das sich auf einige der Urteile stützt, die ich soeben untersucht habe und die in Fällen ergingen, in denen es um die Einstellung oder die Entlassung einer Schwangeren mit einem Arbeitsvertrag auf unbefristete Zeit ging, zu verschiedenen Folgerungen kommt, die sich im Licht der Auslegung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Gerichtshof in diesen beiden im Herbst des Jahres 2001 ergangenen Entscheidungen [24], in denen er erstmals prüfte, ob dieser Grundsatz auf dieselbe Weise anzuwenden ist, wenn das Arbeitsverhältnis befristet abgeschlossen wird, als rechtsirrig erweisen.

So legt das Arbeitsgericht beispielsweise unter II.1.b, nachdem es zwei Urteile des Gerichtshofes zitiert hat, dar, aus ihnen werde „geschlossen, dass außer bei der Begründung unbefristeter Arbeitsverhältnisse vom Arbeitgeber nicht nur nach der bestehenden Schwangerschaft einer Bewerberin gefragt werden dürfe, sondern auch ohne ausdrückliches Befragen eine Offenbarungspflicht der schwangeren Bewerberin bestehe". Es ergänzt, dass Frau Busch wusste, dass sie nur etwa sechs Wochen beschäftigt sein würde und sich „die Situation... damit für die Klägerin wie bei Aufnahme eines befristeten Arbeitsverhältnisses [darstellte]".

Im Licht der neuesten Rechtsprechung des Gerichtshofes erscheinen diese Feststellungen vollkommen abwegig.

33. Im Urteil Tele Danmark ging es um die Feststellung, ob eine Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft entlassen werden

21 — Urteil vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30), vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94 (Asscher, Slg. 1996, I-3089, Randnr. 40), vom 14. September 1999 in der Rechtssache C-391/97 (Gschwind, Slg. 1999, I-5451, Randnr. 21) und vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-411/98 (Ferlini, Slg. 2000, I-8081, Randnr. 51).

22 — Zitiert in Fußnote 12.

23 — Zitiert in Fußnote 13.

24 — Urteile Tele Danmark und Jiménez Melgar, zitiert in Fußnote 12 bzw. 13.

konnte, die mit einem Zeitvertrag eingestellt worden war, bei Abschluss des Arbeitsvertrags wusste, dass sie schwanger war, dies dem Arbeitgeber aber nicht mitgeteilt hatte und aufgrund ihrer Schwangerschaft einen wesentlichen Teil des Beschäftigungszeitraums nicht arbeiten konnte.

34. Der Gerichtshof bestätigte seine mit dem Urteil Webb [25] begründete Rechtsprechung, wonach der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht von der Frage abhängen kann, ob die Verfügbarkeit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist, in dem sie beschäftigt ist, auch wenn die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber eine grundlegende Bedingung für die korrekte Erfüllung des Arbeitsvertrags darstelle; die gegenteilige Auslegung würde den Bestimmungen der Richtlinie 76/207 ihre praktische Wirksamkeit nehmen.

Er fügte hinzu, dass diese Auslegung davon unberührt bleibe, dass der Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wurde. Da nämlich die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, und zwar unabhängig von Art und Umfang des wirtschaftlichen Schadens, der dem Arbeitgeber durch die schwangerschaftsbedingte Fehlzeit entstehe, sei es für die Beurteilung der Frage, ob die Entlassung diskriminierenden Charakter habe, unerheblich, ob der Arbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen worden sei. In beiden Fällen beruhe die Unfähigkeit der Arbeitnehmerin, den Arbeitsvertrag zu erfüllen, auf der Schwangerschaft.

35. Im Urteil Jiménez Melgar ging es in einer der Fragen um die Nichterneuerung des befristeten Arbeitsvertrags einer schwangeren Arbeitnehmerin. Der Gerichtshof stellte fest, dass, wenngleich das Entlassungsverbot des Artikels 10 der Richtlinie 92/85/EWG [26] auf befristete wie unbefristete Arbeitsverträge anwendbar sei, die Nichterneuerung eines Vertrages zum Zeitpunkt seiner regulären Beendigung nicht als eine nach dieser Vorschrift verbotene Entlassung betrachtet werden könne. Soweit jedoch die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags ihren Grund in der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin habe, stelle sie eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, die gegen die Artikel 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 verstoße.

36. Es ist nicht zu leugnen, dass die Tatsache, dass die Arbeitnehmerin nach der Wiederaufnahme der Arbeit nicht sämtliche Tätigkeiten des Arbeitsplatzes ausüben kann, aus organisatorischer wie wirtschaftlicher Sicht Auswirkungen auf das Unternehmen haben kann. Artikel 5 der Richtlinie 92/85 eröffnet aber dem Arbeit-

25 — Zitiert in Fußnote 12.

26 — Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (ABl. L 348, S. 1).

geber einen gewissen Handlungsspielraum, denn er erlaubt ihm, bei Vorhandensein einer Gefährdung für Sicherheit oder Gesundheit sowie einer möglichen Auswirkung auf Schwangerschaft oder Stillzeit der Arbeitnehmerin als ersten Schritt eine einstweilige Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder der Arbeitszeiten vorzunehmen; ist dies nicht möglich, muss er die erforderlichen Maßnahmen für einen Arbeitsplatzwechsel treffen; nur wenn keine dieser Lösungen realisierbar ist, muss er die Arbeitnehmerin während des zu ihrem Schutz erforderlichen Zeitraums beurlauben.

37. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Richtlinien 76/207 und 92/85 nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, nach denen ein Arbeitgeber eine schwangere Frau von der Arbeit freistellen kann, ohne ihr das volle Gehalt zu zahlen, wenn er meint, sie nicht beschäftigen zu können, obwohl sie nicht arbeitsunfähig ist [27].

Statt auf die Mittel zurückzugreifen, die ihr Artikel 5 der Richtlinie 92/85 zur Verfügung stellt, entschloss sich die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Arbeitnehmerin mit sofortiger Wirkung von der Arbeit freizustellen [28], indem sie die zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs erteilte Zustimmung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft anfocht.

38. Auf jeden Fall ist es, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend hervorhebt, Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welche Kosten vom Arbeitgeber zu tragen sind und welche zu Lasten der Staatskasse gehen und als gesamtgesellschaftliche Pflicht durch Steuern finanziert werden, wobei immer zu berücksichtigen ist, dass der der werdenden Mutter gewährte Schutz ihr niemals individuell auf dem Arbeitsmarkt schaden darf.

39. Ich möchte einige Überlegungen hinzufügen, die für das Arbeitsgericht Lübeck von Interesse sind, denn ohne dass es direkt danach gefragt hat, ob ein Rechtsmissbrauch durch die Arbeitnehmerin vorliegt, scheinen einige seiner Bemerkungen unter II.1.b des Beschlusses doch in diese Richtung zu gehen.

Erstens ist die Abkürzung des Erziehungsurlaubs in der deutschen Rechtsordnung als Recht des Arbeitnehmers ausgestaltet.

Zweitens erteilte der Arbeitgeber zwar im März seine Zustimmung zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs, doch wurde der Antrag im Januar gestellt, so dass die Arbeitnehmerin vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs während eines längeren Zeitraums hätte arbeiten können, wenn die Vereinbarung nicht erst so spät getroffen worden wäre.

27 — Urteil vom 19. November 1998 in der Rechtssache C-66/96 (Høj Pedersen u. a., Slg. 1998, I-7327, Randnrn. 58 und 59).

28 — Ihr Vertreter hat dem Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung jedoch mitgeteilt, dass das Pflegepersonal in dieser Klinik mehrheitlich aus Frauen bestehe und dass man bei der Personalplanung die Möglichkeit von Schwangerschaften ständig berücksichtige.

Drittens besteht, auch wenn es die Absicht von Frau Busch war, das Mutterschaftsgeld, das höher ist als das Erziehungsgeld, und den vom Arbeitgeber zu zahlenden Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu erhalten, keine Vermutung, dass alle schwangeren Frauen, die die Abkürzung des Erziehungsurlaubs beantragen, denselben Zweck verfolgen. Es gibt andere Gründe für die Rückkehr einer Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz, wie zum Beispiel die Möglichkeit, vor der Entbindung einige Monate lang volles Gehalt zu beziehen, die Tatsache, dass das Kind, für dessen Betreuung sie Erziehungsurlaub beantragt hatte, nicht mehr von ihr betreut zu werden braucht, die Aussicht auf eine Beförderung oder die Teilnahme an einer berufsbildenden Maßnahme.

Schließlich betrifft das Verbot, während der Schwangerschaft bestimmte Tätigkeiten auszuüben, nur Frauen, die einen Beruf ausüben, in dem sie Risiken für ihre Gesundheit oder ihre Sicherheit ausgesetzt sind; in diesem Fall hat der Arbeitgeber eine einstweilige Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder der Arbeitszeiten vorzunehmen oder, falls dies nicht möglich ist, einen Arbeitsplatzwechsel und im äußersten Fall eine Beurlaubung der Arbeitnehmerin.

40. Aus den dargelegten Gründen ist festzustellen, dass Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 einer Verpflichtung einer Arbeitnehmerin entgegenstehen, ihren Arbeitgeber, mit dessen Zustimmung sie ihren Erziehungsurlaub abkürzen will, vor Abschluss einer Vereinbarung über die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit davon in Kenntnis zu setzen, dass sie schwanger ist, obwohl sie wegen der Schwangerschaft aufgrund eines vom ersten Tag an eingreifenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots nicht alle Tätigkeiten ausüben kann.

VII — Die zweite Vorlagefrage

41. Mit dieser Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob es eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 76/207 darstellt, dass der Arbeitgeber zur Anfechtung seiner auf Zustimmung zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs gerichteten Willenserklärung berechtigt ist, weil er sich über das Bestehen einer Schwangerschaft bei der Frau geirrt hat.

42. Ich stimme mit der Kommission darin überein, dass das nationale Gericht die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs am Wortlaut und Zweck der Richtlinien 76/207 und 92/85 auszurichten hat, um das von der Gemeinschaftsregelung verfolgte Ziel zu erreichen.

Es scheint mir klar zu sein, dass es bei Berücksichtigung des Umstands, dass der Arbeitgeber sich nicht auf das Vorliegen einer Schwangerschaft berufen kann, um der Frau die Wiederaufnahme ihrer Arbeit vor Beendigung des Erziehungsurlaubs zu verweigern, nicht hinnehmbar wäre, dass er nach Erteilung seiner Zustimmung dasselbe Ergebnis unter Zuhilfenahme der §§ 123 und 119 BGB erreichen könnte.

43. Aus diesem Grund bin ich der Ansicht, dass ein Recht des Arbeitgebers, seine auf Zustimmung zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs einer schwangeren Arbeitnehmerin gerichtete Willenserklärung mit der Begründung anzufechten, er habe sich über ihren Zustand geirrt, eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts darstellt, die durch die Richtlinie 76/207 verboten ist.

VIII — Ergebnis

44. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Arbeitsgericht Lübeck wie folgt zu antworten:

1. Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 5 Absatz 1 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 stehen einer Verpflichtung einer Arbeitnehmerin entgegen, ihren Arbeitgeber, mit dessen Zustimmung sie ihren Erziehungsurlaub abkürzen will, vor Abschluss einer Vereinbarung über die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit davon in Kenntnis zu setzen, dass sie schwanger ist, obwohl sie wegen der Schwangerschaft aufgrund eines vom ersten Tag an eingreifenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots nicht alle Tätigkeiten ausüben kann.

2. Ein Recht des Arbeitgebers, seine auf Zustimmung zur Abkürzung des Erziehungsurlaubs einer schwangeren Arbeitnehmerin gerichtete Willenserklärung mit der Begründung anzufechten, er habe sich über ihren Zustand geirrt, stellt eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar, die durch die Richtlinie 76/207 verboten ist.