SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
vom 10. Mai 2001 [1]

1. Das Højesteret (Oberstes Gericht Dänemarks) hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG [2] und des Artikels 10 der Richtlinie 92/85/EWG [3] zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Das Gericht möchte wissen, ob diese Bestimmungen der Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft entgegenstehen, wenn die Arbeitnehmerin für sechs Monate eingestellt wurde, den Arbeitgeber bei Vertragsschluss nicht über ihren Zustand unterrichtet hat, obwohl dieser ihr bekannt war, und wenn feststand, dass sie aufgrund des Mutterschaftsurlaubs während eines Teils des Beschäftigungsverhältnisses nicht würde arbeiten können.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — 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 (ABl. L 39, S. 40).

3 — 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).

I — Sachverhalt

2. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens ist die Tele Danmark A/S, ein Telefonunternehmen, das Frau Brandt-Nielsen mit einem Vertrag für die Dauer vom 1. Juli bis 31. Dezember 1995 für den Kundendienst einstellte. In dem Einstellungsgespräch wurde der Arbeitnehmerin mitgeteilt, dass die beiden ersten Monate für die Ausbildung vorgesehen waren und dass dieser Zeitraum vierzehn Tage Schulung umfassen werde.

3. Die klagende Arbeitnehmerin nahm ihre Arbeit am vorgesehenen Tag auf. Im August erklärte sie, dass sie schwanger sei und die Entbindung für den 6. November 1995 erwarte. Nach dem Tarifvertrag hatte sie Anspruch auf einen bezahlten Urlaub von acht Wochen vor der Entbindung. Dieser Zeitraum begann am 11. September, wenige Tage nachdem sie theoretisch die Ausbildung abgeschlossen hätte, verlängerte sich jedoch tatsächlich, da sie am 12. August heiratete und einen kurzen Urlaub nahm.

4. Am 23. August wurde ihr mit Wirkung zu Ende September gekündigt; sie beendete

ihre Arbeit zu diesem Zeitpunkt. Als Grund wurde ihr ein Verstoß gegen die Vertragsbedingungen angegeben, da sie in dem Gespräch nicht angegeben habe, dass sie schwanger sei und die Entbindung für November vorgesehen sei.

5. Im März 1996 verklagte der Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (Zusammenschluss der kaufmännischen und Büroangestellten) als Bevollmächtigter der Arbeitnehmerin das Unternehmen vor dem Ret Århus und beantragte Schadensersatz mit der Begründung, die Entlassung wegen Schwangerschaft verstoße gegen § 9 des Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen (im Folgenden: Gleichbehandlungsgesetz) [4], soweit es sich auf die Beschäftigung und den Mutterschaftsurlaub beziehe.

Das Unternehmen beantragte Klageabweisung, da die Arbeitnehmerin, die für sechs Monate eingestellt worden sei, den Arbeitgeber nicht darüber unterrichtet habe, dass sie schwanger sei und die Entbindung im November stattfinden werde. Das Ret Århus gab diesem Antrag mit Urteil vom 14. Januar 1997 statt.

6. Im Berufungsverfahren sprach das Vestre Landsret der Arbeitnehmerin Schadensersatz zu, da es es als bewiesen ansah, dass die Schwangerschaft der Grund für die Entlassung war. Es ging davon aus, dass sich weder aus den Materialien zum Gleichbehandlungsgesetz noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe, dass befristet eingestellte Arbeitnehmerinnen nicht geschützt würden, und führte aus, es sei unerheblich, dass die Arbeitnehmerin ihren Zustand gekannt habe und dass sie ihre Arbeitsverpflichtungen nicht vollständig würde erfüllen können.

II — Die Vorabentscheidungsfragen

7. Im September 1998 legte das Unternehmen ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil zum Højesteret ein. Dieses legte dem Gerichtshof Entscheidung folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Verbieten es 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 und/oder Artikel 10 der 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 oder andere Bestimmungen der genannten Richtlinien oder des übrigen Gemeinschaftsrechts, eine Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft zu entlassen, wenn davon auszugehen ist,

   — dass die Betroffene aufgrund eines Zeitvertrags eingestellt wurde,

4 — Gesetz Nr. 161 vom 12. April 1978 (Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.).

— dass sie bei Abschluss des Arbeitsvertrags wusste, dass sie schwanger war, dies dem Arbeitgeber aber nicht mitgeteilt hat, und

— dass feststand, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft einen wesentlichen Teil des Beschäftigungszeitraums nicht würde arbeiten können?

2. Spielt es für die Beantwortung der ersten Frage eine Rolle, ob die Arbeitnehmerin in einem großen Unternehmen eingestellt wird, das häufig Aushilfspersonal beschäftigt?

III — Gemeinschaftsrecht

8. Die Richtlinie 76/207 ist Teil der Aktion der Gemeinschaft zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung, zum beruflichen Aufstieg und in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Artikel 5 Absatz 1 bestimmt:

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

9. Die Richtlinie 89/391/EWG [5], die bezweckt, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu verbessern, ist eine Rahmenrichtlinie, die als Grundlage für besondere Richtlinien dient, die die Risiken am Arbeitplatz betreffen. Artikel 15 bestimmt, dass besonders gefährdete Risikogruppen gegen die speziell sie bedrohenden Gefahren geschützt werden müssen.

10. Da der Rat schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen als eine besonders gefährdete Risikogruppe ansah, für deren Gesundheit und Sicherheit Maßnahmen zu ergreifen seien, erließ er die Richtlinie 92/85, die den Schutz der Arbeitnehmerinnen in diesen Situationen bezweckt.

Da das Risiko einer Entlassung wegen ihres Zustands sich schädlich auf die physische und psychische Verfassung der Arbeit-

5 — Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. L 183, S. 1).

nehmerin auswirken kann, stellt Artikel 10 Absatz 1 folgendes Verbot auf:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Kündigung der Arbeitnehmerinnen... während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs... zu verbieten; davon ausgenommen sind die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind, wobei gegebenenfalls die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss."

IV — Das dänische Recht

11. Durch das Gleichbehandlungsgesetz wurde das dänische Recht an die Richtlinie 76/207 angepasst; das Gesetz Nr. 412 vom 1. Juni 1994 dient der Umsetzung der Richtlinie 92/85.

12. Nach § 9 des Gleichbehandlungsgesetzes kann ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht mit der Begründung entlassen, dass dieser gemäß § 7 wegen Schwangerschaft, Entbindung oder Adoption einen Anspruch auf Ausübung seines Rechts auf Abwesenheit vom Arbeitsplatz geltend gemacht hat oder vom Arbeitsplatz abwesend war.

13. § 16 des Gesetzes bestimmt:

„1. Wird ein Arbeitnehmer unter Verstoß gegen § 9 entlassen, so kann die Entlassung auf Antrag aufgehoben werden, es sei denn, dass die Forderung der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses im Einzelfall bei Abwägung der Interessen beider Parteien offenbar unbillig erscheint.

2. Wird ein Arbeitnehmer unter Verstoß gegen § 9 entlassen und wird die Entlassung nicht aufgehoben, so muss der Arbeitgeber eine Entschädigung zahlen.

...

4. Erfolgt die Entlassung während der Schutzfrist wegen Schwangerschaft, Niederkunft oder Adoption, so hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass die Entlassung nicht aus diesem Grund erfolgt ist."

V — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

14. Die Klägerin und der Beklagte des Ausgangsverfahrens, die EFTA-Über-

wachungsbehörde [6] und die Kommission haben im vorliegenden Verfahren innerhalb der in Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes dafür vorgesehenen Frist schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Vertreter der Klägerin und der Vertreter der Beklagten sowie der Bevollmächtigte der EFTA-Überwachungsbehörde und der Bevollmächtigte der Kommission haben in der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2001 mündliche Erklärungen abgegeben.

VI — Prüfung der Vorabentscheidungsfragen

A — *Die erste Frage*

15. Die Frage betrifft die Gültigkeit und die mögliche Rechtfertigung der Entlassung von Frau Brandt-Nielsen.

16. Die Beklagte macht geltend, die in Rede stehenden Richtlinien beträfen nicht die Entlassung wegen Schwangerschaft in der Situation, in der sich die Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall befunden habe; die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen, oder die Entlassung einer schwangeren Frau verstießen nur dann gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn es sich um einen unbefristeten Arbeitsvertrag handele. Der Gleichbehandlungsgrundsatz könne nicht auf ein befristetes Arbeitsverhältnis erstreckt werden, bei dem die Abwesenheit der Arbeitnehmerin aufgrund des Mutterschaftsurlaubs die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen in erheblichem Maß erschwere. Desgleichen komme dem Umstand, dass die Arbeitnehmerin ihren Zustand bei Vertragsabschluss verschwiegen habe, bei befristeten Arbeitsverträgen erhebliche Bedeutung zu.

Die Umstände, unter denen die Arbeitnehmerin entlassen worden sei, fielen nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 92/85, die es keinesfalls rechtfertigen könne, dem Arbeitgeber einseitig Verpflichtungen aufzuerlegen.

17. Die Arbeitnehmerin führt aus, dass ihre Entlassung aufgrund ihrer Schwangerschaft erfolgt und als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzusehen sei. Die finanziellen Nachteile, die der Mutterschaftsurlaub für den Arbeitgeber mit sich bringe, seien bei einem befristeten Arbeitsverhältnis nicht größer als bei einem unbefristeten und könnten die Diskriminierung nicht rechtfertigen. Keine der beiden Richtlinien, um deren Auslegung ersucht werde, unterscheide nach der Dauer des Arbeitsvertrags; der Schutz, den sie gewährten, sei nicht dadurch bedingt, dass die

6 — Gemäß Artikel 20 Absatz 3 der Satzung in der Fassung der Erklärung der Europäischen Gemeinschaft zu den Rechten der EFTA-Staaten vor dem EG-Gerichtshof im Anhang zu der Schlussakte des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (ABl. 1994, L 1, S. 523, 567).

Arbeitnehmerin eine Mindestarbeitszeit zurückgelegt habe.

Die durch den Mutterschaftsurlaub verursachten Kosten müssten zu Lasten des Arbeitgebers gehen, der in ihrem Fall eine kürzere Abwesenheit als bei einem unbefristeten Vertrag habe hinnehmen müssen. Sie habe vorgeschlagen, ihre Arbeit bis zur Entbindung zu verrichten, und hätte, wenn sie nicht entlassen worden wäre, vier von den sechs Monaten arbeiten können, da sie am 13. November 1995 entbunden habe. Der Umstand, dass ihr ihr Zustand bei Vertragsschluss bekannt gewesen sei, sei unerheblich, da die gegenseitige Treuepflicht der Parteien nicht die Verpflichtung der Arbeitnehmerin umfasse, den Arbeitgeber bei Vertragsschluss darüber zu unterrichten.

18. Die EFTA-Überwachungsbehörde führt aus, dass die Richtlinie 92/85, die ausschließlich den Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin bezwecke, konkretere Bestimmungen über den Kündigungsschutz und die Gewährleistung der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Rechte enthalte als die Richtlinie 76/207. Auch sei sie spezifischer, detaillierter und neueren Datums. Aus diesen Gründen seien die vorgelegten Fragen im Licht der Richtlinie 92/85 zu prüfen, deren Artikel 10 verschiedene Voraussetzungen für die Kündigung aufstelle, die kumulativ vorliegen müssten und schwer zu erfüllen seien. Sie hätten bei der Entlassung von Frau Brandt-Nielsen nicht vorgelegen. Der Gesetzgeber habe schwangeren Arbeitnehmerinnen einen verstärkten Schutz gewähren wollen; weder die Begründungserwägungen noch die Formulierung enthielten einen Hinweis darauf, dass nicht alle Arbeitnehmerinnen unabhängig von der Dauer ihres Arbeitsverhältnisses in gleichem Maße geschützt werden sollten.

Hilfsweise prüft die Behörde den Sachverhalt anhand der Richtlinie 76/207, wobei sie davon ausgeht, dass die Entlassung aufgrund der Schwangerschaft erfolgt sei. Deshalb sei die Arbeitnehmerin Opfer einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden, die weder mit der finanziellen Belastung, die der Mutterschaftsurlaub für den Arbeitgeber mit sich bringen könne, noch durch den Umstand gerechtfertigt werden könne, dass die Arbeitnehmerin ihn bei Vertragsschluss nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet habe.

19. Die Kommission führt aus, sowohl die Richtlinie 76/207 als auch die Richtlinie 92/85 seien auf die vorliegende Rechtssache anwendbar; beide Richtlinien sähen keinen Unterschied zwischen unbefristeten und befristeten Beschäftigungsverhältnissen vor. Die Kommission bemerkt, bevor sie beide Richtlinien im Zusammenhang auslegt, dass eine Entlassung wie die der Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall eine unmittelbare Diskriminierung sei, die gegen Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 verstoße und nach Artikel 10 der Richtlinie

92/85 während der Zeit des Mutterschutzes unzulässig sei. An dieser Beurteilung könne keiner der vom vorlegenden Gericht genannten Umstände etwas ändern.

20. Dem Gerichtshof werden einmal mehr aus Dänemark Fragen vorgelegt, in denen es um die Behandlung schwangerer Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz in diesem Land geht. Als Beispiele kann ich nennen: Frau Hertz, entlassen ein Jahr nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs wegen Abwesenheiten vom Arbeitsplatz, die auf einer durch die Entbindung verursachten Krankheit beruhten [7], Frau Larrson, entlassen unmittelbar nach ihrem Mutterschaftsurlaub, da sie aufgrund einer schwangerschaftsbedingten Krankheit, die sie bereits vor der Entbindung vier Monate lang am Arbeiten gehindert hatte, arbeitsunfähig war [8]; Frau Høj Pedersen, Frau Andresen und Frau Sørensen, die, aufgrund schwangerschaftsbedingter Krankheiten arbeitsunfähig, im Gegensatz zu Arbeitnehmerinnen, die aus anderen Gründen krank waren, keinerlei Gehalt mehr erhielten, und Frau Pedersen, die bei einem Zahnarzt beschäftigt war, der sie von der Arbeit suspendierte und sich weigerte, ihr ihr Gehalt zu zahlen, als er erfuhr, dass ihr Frauenarzt ihr aufgrund von Schwangerschaftsbeschwerden nur Teilzeitarbeit erlaubte [9]. Es sieht so aus, als ob Frau Brandt-Nielsen diese Reihe verlängern soll.

21. In der Frage des Højesteret wird auf die Richtlinie 76/207 und die Richtlinie 72/85 Bezug genommen. Meines Erachtens führt in der vorliegenden Rechtssache die Anwendung der einen wie der anderen Richtlinie zu demselben Ergebnis, wenn auch auf verschiedenen Wegen.

22. Der Gerichtshof hat häufig die Richtlinie 76/207 im Hinblick auf tatsächliche Umstände auslegen müssen, in denen der Zugang von Frauen zur Beschäftigung erschwert oder verhindert wurde [10] oder in denen die ihnen gewährten Arbeitsbedingungen sich als diskriminierend erwiesen [11]. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Ungleichbehandlung schwangerer Arbeitnehmerinnen sowohl hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung als auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen. Wie ich in meinen Ausführungen darlegen werde, ist Dänemark nicht das einzige Land, in dem Frauen im Arbeitsleben diskriminiert werden.

23. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich aus den Bestimmungen der Richtlinie 76/207, dass die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt [12]. Dem vorlegenden Gericht ist

7 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-179/88 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, „Hertz", Slg. 1990, I-3979).

8 — Urteil vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-400/95 (Larsson, Slg. 1997, I-2757).

9 — Dieser Sachverhalt war Gegenstand der Rechtssache C-66/96 und führte zu dem Urteil vom 19. November 1998 in der Rechtssache Høj Pedersen u. a. (Slg. 1998, I-7327).

10 — So z. B., wie bereits dargelegt, in den Urteilen vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891) und in der Rechtssache 79/83 (Harz, Slg. 1984, 1921) sowie im Urteil vom 11. Januar 2000 in der Rechtssache C-285/98 (Kreil, Slg. 2000, I-69).

11 — Beispielshalber sei hingewiesen auf die Urteile vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723); vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster u. a., Slg. 1990, I-3313); vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-345/89 (Stoeckel, Slg. 1991, I-4047); vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-158/91 (Levy, Slg. 1993, I-4287) und vom 3. Februar 1994 in der Rechtssache C-13/93 (Minne, Slg. 1994, I-371).

12 — Diese Feststellung findet sich zum ersten Mal im Urteil Hertz (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 13).

diese Auslegung bekannt. Es fragt jedoch, ob die Umstände, unter denen die Einstellung von Frau Brandt-Nielsen erfolgte, eine andere Lösung rechtfertigten. Ich werde jeden dieser Umstände gesondert untersuchen.

a) Der befristete Arbeitsvertrag

24. Der Gerichtshof hat bislang zwei Rechtssachen entschieden, in denen die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin der unmittelbare Grund ihrer Entlassung war. In beiden Fällen handelte es sich um einen unbefristeten Arbeitsvertrag, ein Umstand, den der Gerichtshof in seinen Erwägungen hervorgehoben hat [13].

25. Im ersten Fall unterzeichnete Frau Habermann-Beltermann, eine examinierte Altenpflegerin, einen Vertrag, in dem sie sich verpflichtete, Nachtwache in einem Altenheim zu halten. Einige Tage, nachdem sie ihre Arbeit begonnen hatte, erkrankte sie und fehlte mehr als einen Monat. Der Arzt bescheinigte, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seit zwölf Tagen schwanger war. Der Arbeitgeber teilte ihr unter Berufung auf § 8 Absatz 1 des Mutterschutzgesetzes, der schwangeren Arbeitnehmerinnen die Nachtarbeit verbietet, mit, dass er den Vertrag als nichtig ansehe.

Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Beendigung eines Arbeitsvertrags wegen der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin, gleich ob durch Nichtigerklärung oder Anfechtung, nur Frauen betreffe und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle [14]. Er hat ausgeführt, dass die Ungleichbehandlung nicht unmittelbar auf der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin gründe, sondern sich aus dem gesetzlichen Nachtarbeitsverbot ergebe, das an die Schwangerschaft anknüpfe, und hervorgehoben, dass die Vorabentscheidungsfragen einen Vertrag auf unbestimmte Zeit beträfen und das Nachtarbeitsverbot für Schwangere daher nur für eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrages beschränkte Zeit wirke.

26. Im zweiten Fall war Frau Webb mit einer Probezeit von drei Monaten eingestellt worden. Im Einstellungsgespräch wurde ihr mitgeteilt, dass die Stelle frei war, weil Frau Stewart, eine andere Angestellte in derselben Abteilung, schwanger war. Diese beabsichtigte, bis zum Jahresende zu

13 — J. Jacqmain, „Pregnancy as Grounds for Dismissal", in: *Industrial Law Journal* 1994, S. 355 bis 359, insbesondere S. 356: „However, both the Habermann and the Webb judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the *duration of the contract of employment*".

14 — Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 15).

arbeiten und nach Ende ihres Mutterschaftsurlaubs auf ihre Stelle zurückzukehren, ohne dass diese Rückkehr zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Frau Webb führen sollte, die, um Frau Stewart vertreten zu können, eine Einarbeitungszeit von sechs Monaten brauchte. Zwei Wochen nach Arbeitsbeginn wurde sich Frau Webb darüber klar, dass auch sie schwanger war. Dieser Umstand veranlasste den Arbeitgeber, ihr ein Kündigungsschreiben zu schicken, in dem er ausführte, da sie ihm erst jetzt mitgeteilt habe, dass sie schwanger sei, habe er keine andere Wahl, als ihre Beschäftigung zu beenden.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil ausgeführt, dass sich die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin in einer Situation wie derjenigen der Frau Webb nicht dadurch rechtfertigen lasse, dass die Arbeitnehmerin nur zeitweilig daran gehindert sei, die Arbeit zu verrichten, für die sie eingestellt worden sei [15].

27. Die Beklagte macht unter Berufung auf diese Rechtsprechung geltend, der Gerichtshof habe bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen einen klaren Unterschied zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverträgen machen wollen [16].

Meines Erachtens handelt es sich hier um eine unrichtige Auslegung der Rechtsprechung, die sich zu sehr am Wortlaut orientiert [17]. Wie ich bereits ausgeführt habe, hat sich der Gerichtshof in der Vergangenheit tatsächlich in diesem Sinne geäußert. Er hat jedoch mit seinen Formulierungen lediglich auf den der jeweiligen Rechtssache zugrunde liegenden Sachverhalt abgestellt, ohne der Frage vorzugreifen, ob er zu einer anderen Entscheidung kommen würde, wenn es sich nicht um ein unbefristetes, sondern um ein be-

15 — Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 27).

16 — Damit steht sie nicht allein. Ein Großteil der Lehre, die sich mit diesem Thema befasst hat, hat angenommen, dass die Urteile in dieser Weise auszulegen seien. Vgl. z. B. C. M. S. McGlynn, „Webb/EMO: A Hope for the Future?", in: *Northern Ireland Legal Quarterly* 1995, S. 50 bis 62, insbesondere S. 59: „Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term"; E. Szyszczak, „The Status to be accorded to Motherhood" Rechtssache C-32/93, Webb/EMO Air Cargo (UK) Ltd, in: *The Modern Law Review* 1995, S. 860 bis 866, insbesondere S. 861; B. Napier, „*Webb* in Europe" in: *New Law Journal* 1994, Bd. 144, S. 1020: „What if there had beena fixed-term contract?", und in: *Revue de jurisprudence sociale* 2000, S. 413: „On notera que seule l'embauche sous contract à durée indéterminée est visée par cette solution... Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée".

17 — In diesem Sinne hat jedoch das House of Lords in dem Urteil entschieden, das es in Anwendung des Urteils des Gerichtshofes erlassen hat und das in der Datenbank des Gerichtshofes „Nationale Entscheidungen", unter der Referenz QP/02459-P1 wiedergegeben ist. Dazu führt N. Busby: „The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb/EMO Air Cargo (UK) Ltd (Nr. 2)" in: *The Juridical Review* 1996, S. 156 bis 159, insbesondere S. 156, aus: „In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice... the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts". Diese beiden Fälle seien unterschieden worden, „in order to avoid a situation likely to be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute".

fristetes Beschäftigungsverhältnis handeln würde [18].

28. Meine Auffassung beruht auf verschiedenen Gründen. Erstens wurde in der Richtlinie 76/207 der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen ohne Unterscheidung zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverträgen aufgestellt.

Zweitens ist, da der Gerichtshof entschieden hat, dass die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, die Entlassung bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis ebenso eine Diskriminierung ist wie bei einem befristeten.

Drittens würde, wenn man die Zeitarbeit vom Geltungsbereich der Richtlinie 76/207 ausschließen würde, ein Großteil der Arbeitsverhältnisse nicht vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung und der Arbeitsbedingungen erfasst. Dies würde der Richtlinie weitgehend ihre praktische Wirksamkeit nehmen und darüber hinaus einen Anreiz zur befristeten Einstellung geben, da das Schutzniveau für die Arbeitnehmerinnen geringer wäre.

Schließlich besagt § 4 der Rahmenvereinbarung des Europäischen Gewerkschaftsbundes, der Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas und des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft [19], der den Grundsatz der Nichtdiskriminierung enthält, in Absatz 1, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer in ihren Beschäftigungsbedingungen nur deswegen, weil für sie ein befristeter Arbeitsvertrag oder ein befristetes Arbeitsverhältnis gilt, gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden dürfen, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt [20]. Es besteht kein Zweifel daran, dass die Umstände, unter denen die Entlassung erfolgt, einen Teil der Arbeitsbedingungen bilden und dass die Schwangerschaft kein sachlicher Grund ist, der die unterschiedliche Behandlung von unbefristet und befristet

18 — J. F. Lousada Arochena, „La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse", in: *Revista del Poder Judicial* 1999, Nr. 54, S. 563 bis 586, insbesondere S. 570: „Tanto el caso Habermann-Beltermann, como el caso Webb, han levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fuesen temporales? Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente", und Ch. Boch in: *Common Market Law Review* 1996, S. 547 bis 567, insbesondere S. 560: „This distinction — fixed term/indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewhere in the judgment".

19 — Diese Rahmenvereinbarung wurde am 18. März 1999 zwischen den allgemeinen branchenübergreifenden Organisationen geschlossen und durch die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (ABl. L 175, S. 43) durchgeführt.

20 — Die Frist für die Anpassung des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedstaaten an die Bestimmungen der Richtlinie 1999/70 ist am 10. Juli 2001 abgelaufen.

eingestellten Arbeitnehmern rechtfertigen könnte.

b) Der Arbeitnehmerin ist ihr Zustand bei Vertragsschluss bekannt; sie teilt diesen dem Arbeitgeber jedoch nicht mit

29. Die Richtlinie 76/207 enthält dazu keine Bestimmung, während die Richtlinie 92/85 die schwangere Arbeitnehmerin in Artikel 2 Buchstabe a definiert als eine Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet [21].

Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen mitgeteilt hat, ist die schwangere Arbeitnehmerin nach § 7 des Funktionærlov (Angestelltengesetz) verpflichtet, dem Arbeitgeber mindestens drei Monate vor dem voraussichtlichen Geburtstermin mitzuteilen, wann sie ihren Mutterschaftsurlaub anzutreten beabsichtigt, um ihm die Planung der Arbeit zu erleichtern.

30. Aus der Sachverhaltsschilderung des Højesteret geht nicht hervor, dass die Arbeitnehmerin der Verpflichtung, den Arbeitgeber nach dem Angestelltengesetz über ihren Zustand zu unterrichten, nicht nachgekommen ist. Ich leite daraus her, dass die Beanstandung des Unternehmens über die mangelnde Mitteilung beim Vertragsschluss bedeutet, dass es dieser Bewerberin die Stelle nicht angeboten hätte, wenn ihm ihre Schwangerschaft bekannt gewesen wäre.

31. Aus Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 ergibt sich jedoch, dass die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, dass bei den Bedingungen des Zugangs zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt.

32. Der Gerichtshof hat im Urteil Dekker ausgeführt, dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt [22].

33. Im Urteil Mahlburg wurde hervorgehoben, 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

21 — Hinsichtlich dieser Formalität fragt sich J. Jacqmain, op. cit., S. 358: „Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?"

22 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Slg. 1990, I-3941, Randnr. 12).

deshalb abzulehnen, weil er diese aufgrund eines aus der Schwangerschaft folgenden Beschäftigungsverbots auf dem auf unbestimmte Zeit zu besetzenden Arbeitsplatz nicht von Anfang an und für die Dauer ihrer Schwangerschaft beschäftigen darf [23].

34. Wenn nach der Richtlinie 76/207 die Schwangerschaft kein Umstand ist, der bei der Einstellung einer Frau berücksichtigt werden darf, und die wegen ihres Zustands ausgesprochene Weigerung, sie einzustellen, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, ist der Arbeitgeber meines Erachtens auch nicht berechtigt, die Arbeitnehmerin zu fragen, ob sie schwanger ist. Das Gegenteil würde nicht nur eine Einmischung in ihr Recht auf ein Privatleben bedeuten, sondern auch auf eine ernsthafte Beeinträchtigung des Zugangs schwangerer Frauen zum Arbeitsmarkt hinauslaufen.

Der Arbeitgeber kann sich somit nicht auf die mangelnde Information berufen, um die spätere Entlassung der Arbeitnehmerin zu rechtfertigen.

c) Die Arbeitsunfähigkeit während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit

35. Im Urteil Dekker hat der Gerichtshof die finanziellen Nachteile geprüft, die der Arbeitgeber aufgrund des Mutterschaftsurlaubs erleiden kann. Im damaligen Ausgangsverfahren hatte sich der Arbeitgeber unter Hinweis darauf geweigert, eine schwangere Frau einzustellen, dass er nach niederländischem Recht von seiner Versicherung keine Erstattung des Gehalts der Arbeitnehmerin während des Mutterschaftsurlaubs erhalten könne und dass er dieses aus eigenen Mitteln bezahlen müsse, wenn er eine Aushilfskraft einstelle. Meines Erachtens waren die wirtschaftlichen Konsequenzen, die der niederländische Arbeitgeber zu tragen hatte, indem er das Gehalt während des gesamten Zeitraums zahlen musste, von größerer Bedeutung als die finanziellen Nachteile, die Tele Danmark erlitten hätte.

In dem Urteil heißt es jedoch nicht nur, dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, sondern auch, dass die Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen Schwangerschaft ihren Grund im Wesentlichen in der Schwangerschaft als solcher habe. Eine solche Diskriminierung könne nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde [24]. Nach dem Urteil Mahlburg muss dasselbe für den finanziellen Nachteil gelten, der dadurch entsteht, dass die Arbeitnehmerin während der Dauer ihrer Schwangerschaft nicht auf dem betreffenden Arbeitplatz beschäftigt werden darf [25].

36. Im Urteil Webb ist der Gerichtshof ebenfalls auf die Unfähigkeit der Frau, eine

23 — Urteil vom 3. Februar 2000 in der Rechtssache C-207/98 (Slg. 2000, I-549, Randnr. 27).

24 — A. a. O. (Fußnote 22), Randnr. 12.

25 — A. a. O. (zitiert in Randnr. 23), Randnr. 29.

der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrages zu erfüllen, als Kündigungsgrund eingegangen und hat ausgeführt, die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers sei für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages. Jedoch könne der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht davon abhängen, ob die Anwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerläßlich sei, in dem sie beschäftigt sei. Die gegenteilige Auslegung würde den Bestimmungen der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit nehmen [26].

37. Ich teile die Auffassung des Gerichtshofes. Jede andere Auslegung der Richtlinie würde darauf hinauslaufen, in der Schwangerschaft, die normalerweise mit einer längeren oder kürzeren Abwesenheit der Arbeitnehmerin vom Arbeitsplatz verbunden ist, einen Grund zu sehen, der die Ablehnung der Einstellung einer Frau oder ihre spätere Entlassung rechtfertigen kann.

38. Die Beklagte scheint davon auszugehen, dass die ersten beiden Monate, in denen die Angestellte an der Ausbildung teilnehmen würde, nicht Teil ihrer Arbeit seien. Er selbst hat jedoch angeordnet, dass von den vertraglich vereinbarten sechs Monaten zwei der Ausbildung gewidmet würden. Er kann sich somit nicht darauf berufen, dass Frau Brandt-Nielsen nur einige Tage gearbeitet habe, während sie in Wirklichkeit bis Ende September im Unternehmen anwesend war und nur deshalb nicht länger blieb, weil sie entlassen wurde.

Ferner hat die Angestellte zu Beginn ihres Mutterschaftsurlaubs erklärt, sie sei bereit, bis zu einem Zeitpunkt zu arbeiten, der näher an dem Zeitpunkt der Entbindung lag, die Mitte November erfolgte. Ich weiß nicht, ob sie dies hätte tun können, da ich die einschlägigen dänischen Vorschriften und den für das Unternehmen geltenden Tarifvertrag nicht genau kenne. Die Richtlinie 92/85 jedenfalls hätte sie nicht daran gehindert, da nach Artikel 8 der Mutterschaftsurlaub, der mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung beträgt, einen obligatorischen Mutterschaftsurlaub von mindestens zwei Wochen umfassen muss, die sich auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung aufteilen.

Da die Kündigung lange vor der Entbindung ausgesprochen wurde, ist es unmöglich, zu wissen, wann Frau Brandt-Nielsen den Mutterschaftsurlaub angetreten hätte; dies ist aber ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob sie praktisch während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht gearbeitet hat.

39. Darüber hinaus brauchen, wie die Kommission bemerkt, die Auswirkungen des Mutterschaftsurlaubs bei einem befristeten Vertrag nicht unbedingt größere Bedeutung zu haben als bei einem unbefristeten. Bekanntlich haben die Unternehmen in den letzten Jahrzehnten häufiger als früher auf Zeitarbeit zurückgegriffen; die befristeten Verträge werden im Allgemeinen verlängert und haben weitgehend

26 — A. a. O. (Fußnote 15), Randnr. 26.

das Stigma der prekären Beschäftigung verloren, das sie ursprünglich kennzeichnete [27].

Die Umstände, unter denen Frau Brandt-Nielsen eingestellt wurde, nämlich aufgrund eines Vertrages über sechs Monate, von denen zwei der Ausbildung dienen sollten, veranlassen mich zu der Annahme, dass der Vertrag zumindest einmal hätte verlängert werden können, denn eine zweimonatige Schulung einer Arbeitnehmerin stellt eine bedeutende Investition für ein Unternehmen dar. Meines Erachtens besteht somit kein Grund, weshalb die bereits geschulte Arbeitnehmerin, wäre sie nicht fristlos entlassen worden, nicht nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs aufgrund eines neuen Zeitvertrags weiter in dem Unternehmen hätte beschäftigt werden können.

40. Deshalb bin ich der Meinung, dass Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 es dem Arbeitgeber verwehrt, eine schwangere Arbeitnehmerin, die für befristete Zeit eingestellt wurde und den Arbeitgeber bei der Einstellung nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, obwohl sie davon Kenntnis hatte, mit der Begründung zu entlassen, die Schwangerschaft werde sie daran hindern, ihre Arbeitsverpflichtungen vollständig zu erfüllen.

41. Ich habe den Sachverhalt somit nur noch anhand des Artikels 10 Absatz 1 der Richtlinie 92/85 zu prüfen, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kündigung der Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten, außer in nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefällen, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind, wobei gegebenenfalls die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss.

42. Der Gerichtshof hat im Urteil Webb ausgeführt, gerade wegen der Belastung, die das Risiko einer Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen bedeute, die als besonders schwerwiegende Folge zu einen Schwangerschaftsabbruch führen könne, habe der Gemeinschaftsgesetzgeber in Artikel 10 der Richtlinie 92/85 einen

27 — S. Moore: „Sex, Pregnancy and Dismissal", in: *European Law Review* 1994, S. 653 bis 660, insbesondere S. 659: „Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract."

besonderen Schutz für die Frau vorgesehen [28], indem er eine Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verboten habe [29].

43. Ich stelle zunächst fest, dass diese Richtlinienbestimmung keinen Unterschied zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverträgen macht, und dies nicht etwa, weil es der Gemeinschaftsgesetzgeber in einer Gemeinschaft, in der, wie die EFTA-Überwachungsbehörde bemerkt, ständig darüber nachgedacht wird, wie man den Arbeitsmarkt flexibler gestalten kann, unterlassen hätte, die Besonderheiten der Zeitarbeit zu berücksichtigen.

Die einzige Bestimmung, die eine Ungleichbehandlung vorsieht, für die sich das vorlegende Gericht jedoch nicht interessiert hat, ist Artikel 11 Absatz 4, der es den Mitgliedstaaten freistellt, den Anspruch der Frau auf ein Entgelt oder eine Leistung während des Mutterschaftsurlaubs davon abhängig zu machen, dass der Entbindung eine Erwerbstätigkeit vorausgegangen sein muss, die jedoch nicht länger als zwölf Monate betragen darf.

44. Weder das Højesteret noch die Beteiligten, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, haben dem Gerichtshof Beispiele von Ausnahmefällen genannt, die nicht mit dem Zustand der Arbeitnehmerin zusammenhängen und in denen die dänischen Vorschriften es gestatten, sie trotz ihrer Schwangerschaft zu entlassen [30]. Meiner Meinung erfüllen diese Voraussetzungen z. B. eine Kündigung aufgrund höherer Gewalt, durch die die Arbeitsleistung endgültig unmöglich gemacht wurde, oder eine Massenentlassung aus wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen oder mit der Produktion des Unternehmens zusammenhängenden Gründen [31].

Klar ist dagegen, dass diese Fälle nicht mit dem Zustand der Arbeitnehmerin in Zusammenhang stehen dürfen. Die Entlassung von Frau Brandt-Nielsen beruhte aber gerade auf ihrer Schwangerschaft.

45. Deshalb ist festzustellen, dass auch Artikel 10 der Richtlinie 92/85 einer Entlassung unter den beschriebenen Umständen entgegensteht.

28 — Dieser Schutz ist, nach einer Meldung in der Tageszeitung El País vom 19. März 2001 zu schließen, wirklich notwendig: Der Vertrag einer Berufshandballspielerin wurde gekündigt, nachdem der Club in Erfahrung gebracht hatte, dass sie schwanger war. Es scheint, dass der Vertrag eine Klausel enthielt, wonach die Schwangerschaft ein Kündigungsgrund war. Am 23. März 2001 erscheint in derselben Zeitung die Meldung, dass die Spielerin eine Fehlgeburt erlitten habe, die möglicherweise auf ihrer Teilnahme an einem Wettkampfspiel im zweiten Monat ihrer Schwangerschaft beruhte.

29 — Zitiert in Fußnote 15, Randnr. 21.

30 — In der mündlichen Verhandlung haben der Vertreter der Tele Danmark und der Vertreter von Frau Brandt-Nielsen meine Frage übereinstimmend dahin beantwortet, dass das dänische Recht die konkreten Fälle, in denen die Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin möglicherweise zulässig ist, nicht regelt und dass die Gerichte aufgrund der Umstände des Einzelfalls entscheiden.

31 — J. Gorelli Hernández: „Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", in: *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo* 1999, Nr. 97, S. 729 bis 768, insbesondere S. 764, vertritt die Ansicht, dass Artikel 10 der Richtlinie 92/85 der disziplinarischen Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin, die ihre Pflichten schwerwiegend und schuldhaft verletzt hat, nicht entgegenstehen würde, vorausgesetzt, dass diese Verletzung nicht auf ihrem Zustand beruht.

B — *Die zweite Frage*

46. Sodann möchte das Højesteret wissen, ob der Umstand, dass Frau Brandt-Nielsen von einem großen Unternehmen eingestellt wurde, das häufig Zeitpersonal beschäftigt, für die Beantwortung der ersten Frage erheblich ist.

47. Die Beteiligten, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, sind einhellig der Auffassung, dass diese Frage zu verneinen sei.

Die Beklagte trägt vor, es wäre unannehmbar, dass die rechtliche Regelung nach Maßgabe der Größe des Unternehmens variiere, wozu noch die Schwierigkeit käme, die sich aus der Abgrenzung der Größe des Unternehmens ergäbe, sowie die Probleme, die auftauchen würden, wenn Arbeitnehmerinnen in der gleichen Situation aufgrund der Größe des Unternehmens, in dem sie beschäftigt seien, in den Genuss eines unterschiedlichen Schutzniveaus kämen. Die Klägerin und die Kommission sind sich darüber einig, dass dieser Umstand nur dann berücksichtigt werden dürfte, wenn mit dem Abschluss befristeter Verträge bezweckt würde, Vorschriften zu umgehen, die den Arbeitnehmern Rechte verleihen. Hingegen sei dieser Umstand für die von ihnen vorgeschlagene Antwort auf die erste Frage unerheblich.

48. Ich pflichte der Beklagten in diesen Auffassungen bei. Erstens machen weder der Artikel der Richtlinie 76/207, der den Grundsatz der Gleichbehandlung aufstellt, noch die Artikel der Richtlinie 92/85, die die Verbesserung der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmerin in ihrer Rolle als Mutter behandeln, hinsichtlich ihres Geltungsbereichs irgendeinen Unterschied nach der Größe des Unternehmens, das die Arbeitnehmerinnen beschäftigt. Wie die EFTA-Überwachungsbehörde zutreffend ausgeführt hat, nimmt nur die dritte Begründungserwägung der Richtlinie 92/85 auf Artikel 118a EG-Vertrag [32] Bezug, wonach die Richtlinien keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben sollen, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen. Da die Tele Danmark ein großes Unternehmen ist, kann diese Einschränkung nicht auf sie angewendet werden [33].

49. Dasselbe gilt für den Umstand, dass das Unternehmen, das eine schwangere Arbeitnehmerin entlassen hat, mit der es einen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen hatte, häufig auf diese Art der Einstellung zurückgreift. Wie ich bereits bei der Prüfung

32 — Nach Änderung durch den Vertrag von Amsterdam jetzt Artikel 137 Absatz 2 EG.

33 — Ch. Boch, a. a. O., S. 561, führt aus: „The preamble to the Pregnancy Directive which the Court relies upon, also refers in its third recital, to the need to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings. Presumably, Air Cargo, Ms Webb's employer, with 16 employees, falls within the SME category, yet the Court made no reference to this recital".

der möglichen Auswirkungen der befristeten Beschäftigung auf die Anwendung der beiden Richtlinien bemerkt habe, sieht keine von ihnen insoweit Unterschiede vor.

Aus den Akten geht auch nicht hervor, dass der Zweck, den Tele Danmark mit dem bevorzugten Abschluss von Zeitverträgen verfolgte, in der Umgehung bestimmter Vorschriften bestand, die den Arbeitnehmern Rechte verleihen.

50. Deshalb ist diese Frage meines Erachtens zu verneinen.

VII — Ergebnis

51. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem dänischen Højesteret wie folgt zu antworten:

1. Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit 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 sowie Artikel 10 der 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) verwehren es einem Arbeitgeber, eine

schwangere Arbeitnehmerin, die für befristete Zeit eingestellt wurde und den Arbeitgeber bei der Einstellung nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, obwohl sie davon Kenntnis hatte, mit der Begründung zu entlassen, die Schwangerschaft werde sie daran hindern, ihre Arbeitsverpflichtungen vollständig zu erfüllen.

2. Der Umstand, dass die Arbeitnehmerin von einem großen Unternehmen eingestellt wurde, das häufig Zeitpersonal beschäftigt, ist für die Beantwortung der ersten Frage unerheblich.