SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 1. Juni 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das diesem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung einiger Vorschriften der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen [1] (nachstehend: Richtlinie).

Das vorlegende Gericht möchte insbesondere klären, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, wie er sich aus der Richtlinie ergibt, der Entlassung einer schwangeren Frau entgegensteht, die auf der Grundlage eines Vertrags auf unbestimmte Zeit, aber zu dem besonderen Zweck eingestellt wurde, demnächst eine andere Arbeitnehmerin während deren Mutterschaftsurlaubs zu vertreten.

2. Zum Verständnis der Frage ist eine kurze Darstellung des einschlägigen Gemeinschafts-und nationalen Rechts erforderlich.

In Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie heißt es: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung ... beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe-oder Familienstand — erfolgen darf." Artikel 5 Absatz 1 lautet: „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." Artikel 2 Absatz 3 dieser Richtlinie schließlich lautet: „Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen."

Ferner ist hinsichtlich der Entlassungsbedingungen auf 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

* Originalsprache: Italienisch.
1 — ABl. L 39, S. 40.

stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz [2] hinzuweisen. Artikel 10 enthält nämlich ein Verbot der Kündigung von Arbeitnehmerinnen „während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs ...; 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." Diese Richtlinie ist jedoch noch nicht in Kraft; ihre Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen muß bis zum 19. Oktober 1994 erfolgen.

3. Was die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften anlangt, so verbietet der Employment Protection (Consolidation) Act von 1978 mißbräuchliche Entlassungen (Section 54); die Entlassung aufgrund der Schwangerschaft gilt als mißbräuchlich (Section 60). Diese Vorschriften sind jedoch auf einen Fall der vorliegenden Art, in dem die Entlassung innerhalb der ersten zwei Jahre des Bestehens des Arbeitsverhältnisses erfolgte, nicht anwendbar (Section 64).

Im Sex Discrimination Act von 1975 ist es als — verbotene — unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts definiert, daß eine Frau aufgrund ihres Geschlechts ungünstiger als ein Mann behandelt wird (Section 1 Buchstabe a). Verboten ist ferner die mittelbare Diskriminierung, nämlich einer Frau eine Bedingung aufzuerlegen, die zwar auch einem Mann auferlegt wird, für die Frau aber nachteilig oder jedenfalls schwerer zu erfüllen ist (Artikel 1 Buchstabe b). Nach Section 2 des Sex Discrimination Act gelten die Bestimmungen, die die Diskriminierung von Frauen aufgrund ihres Geschlechts behandeln, für Männer entsprechend, mit Ausnahme der Sonderregelung für Frauen im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Entbindung. Von besonderem Interesse ist Section 5 (3), wonach ein Vergleich der Fälle von Personen unterschiedlichen Geschlechts oder Familienstands dergestalt zu erfolgen hat, „daß die maßgebenden Umstände im einen Fall dieselben wie im anderen Fall sind oder sich nicht erheblich von ihnen unterscheiden". Schließlich ist für den vorliegenden Fall auf Section 6 (2) des Sex Discriminiation Act hinzuweisen, nach dem es rechtswidrig ist, wenn ein Arbeitgeber, der eine Frau beschäftigt, diese durch Entlassung oder Zufügung eines sonstigen Nachteils diskriminiert.

4. Ich komme zu dem diesem Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt. Die EMO Air Cargo (UK) Ltd (nachstehend: Beklagte) stellte Frau Webb (nachstehend: Klägerin) mit Schreiben vom 26. Juni 1987 mit einer dreimonatigen Probezeit als Importsachbearbeiterin ein. Im Einstellungsgespräch wurde der Klägerin mitgeteilt, daß die Stelle verfügbar sei, weil eine andere Importsachbearbeiterin, Frau Stewart, schwanger sei. Die Klägerin benötigte eine Einarbeitungszeit von ungefähr 6 Monaten, um Frau Stewart, die beabsichtigte, bis zum Ende des Jahres zu arbeiten und nach ihrem Mutterschaftsurlaub

2 — ABl. L 348, S. 1.

auf ihre Stelle zurückzukehren, zu vertreten: Ihr Arbeitsverhältnis hatte daher mit dem 1. Juli 1987 begonnen. Aus dem vom Industrial Tribunal festgestellten Sachverhalt ergibt sich eindeutig, daß die Rückkehr von Frau Stewart nicht die Entlassung der Klägerin zur Folge gehabt hätte. Hierfür spricht auch, daß der Vertrag der Klägerin auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde.

Die Klägerin erfuhr 2 Wochen nach Aufnahme ihrer Tätigkeit, daß auch sie schwanger war. Daraufhin teilte ihr der Vorstandsvorsitzende der Beklagten mit, daß er nicht umhin könne, sie zu entlassen. Am 30. Juli 1987 erhielt die Klägerin daher ein Schreiben, in dem zunächst darauf hingewiesen wurde, daß die Stelle, auf die sie eingestellt worden sei, frei geworden sei, weil eine Arbeitnehmerin schwanger geworden sei. Weiter hieß es: „Da Sie mir erst jetzt erklärt haben, daß Sie ebenfalls schwanger sind, kann ich nicht umhin, Ihre Beschäftigung in unserer Gesellschaft zu beenden."

5. Das Industrial Tribunal, bei dem die Klägerin gegen die Entlassung Klage erhob, wies ihr Vorbringen, daß eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege, zurück und stellte im Gegenteil fest, daß der tatsächliche Grund für die Entlassung der Klägerin in ihrer Unfähigkeit bestanden habe, die hauptsächliche Aufgabe zu erfüllen, für die sie eingestellt worden sei, nämlich die Stelle von Frau Stewart während deren Abwesenheit wegen ihres Mutterschaftsurlaubs zu besetzen. Das Industrial Tribunal kam zu diesem Ergebnis, weil seiner Ansicht nach ein männlicher Arbeitnehmer, der zur Vertretung für eine andere Arbeitnehmerin während deren Mutterschaftsurlaubs eingestellt worden wäre, gleichfalls entlassen worden wäre, wenn er um die Erlaubnis ersucht hätte, während des fraglichen Zeitraums abwesend sein zu dürfen.

Die Rechtsmittel der Klägerin zum Employment Appeal Tribunal und von diesem zum Court of Appeal hatten gleichfalls keinen Erfolg. Die Klägerin legte schließlich ein Rechtsmittel zum House of Lords ein, das es für zweckmäßig erachtet, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Stellt es eine gegen die Richtlinie 76/207/EWG des Rates verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, wenn ein Arbeitgeber eine Arbeitnehmerin (die Klägerin), die er zu dem besonderen Zweck eingestellt hat, (nach Einarbeitung) eine andere Arbeitnehmerin während deren bevorstehenden Mutterschaftsurlaubs zu vertreten, unter folgenden Umständen entläßt

a) die er zu dem besonderen Zweck eingestellt hatte, (nach Einarbeitung) eine andere Arbeitnehmerin während deren bevorstehenden Mutterschaftsurlaubs zu vertreten,

b) wenn der Arbeitgeber alsbald nach der Einstellung erfährt, daß die Klägerin während des Mutterschaftsurlaubs der anderen Arbeitnehmerin selbst wegen Mutterschaftsurlaubs abwesend sein wird, und er sie entläßt, weil er einen Stelleninhaber benötigt, der in diesem Zeitraum tätig ist;

c) wenn die Klägerin nicht eingestellt worden wäre, falls ihre Schwangerschaft dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Einstellung bekannt gewesen wäre, und

d) wenn der Arbeitgeber einen männlichen Arbeitnehmer, der zum selben Zweck eingestellt worden wäre, ebenfalls entlassen hätte, wenn dieser im maßgebenden Zeitpunkt Urlaub aus medizinischen oder anderen Gründen beantragt hätte?

6. Bevor ich auf die Vorlagefrage selbst eingehe, ist kurz die im Verfahren mehrmals angesprochene Frage zu behandeln, ob die Richtlinie auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, obwohl es sich um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen handelt und der Gerichtshof bislang eine horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien nicht anerkannt hat.

Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, „daß ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts — gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt — dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muß, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag nachzukommen". [3]

Da jedoch das vorlegende Gericht die Auslegung einer bereits ins nationale Recht umgesetzten Richtlinie erstrebt, kann ihm die Antwort offensichtlich bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Sex Discrimination Act von 1975 nützlich sein. Im übrigen hat das vorlegende Gericht selbst in seinem Vorlagebeschluß ausgeführt: „Ein Gericht im Vereinigten Königreich [muß] die nationalen Rechtsvorschriften im Einklang mit der Auslegung der Richtlinie durch den Europäischen Gerichtshof auslegen, wenn dies ohne Verzerrung der Bedeutung der inländischen Rechtsvorschriften möglich ist."

7. Dies vorausgeschickt ist zunächst zu prüfen, ob eine Entlassung in einem Fall der vorliegenden Art eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie darstellt. Hierfür ist zu prüfen, ob der für die Entlassung wesentliche Grund unterschiedslos für Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts oder aber ausschließlich für eines der beiden Geschlechter gilt.

Offensichtlich betrifft die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen Schwangerschaft nur Frauen und stellt daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Der Gerichtshof hat bereits in seinen Urteilen Dekker [4] — Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen — und

3 — Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8).

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

Hertz [5] — Entlassung einer Schwangeren — in diesem Sinn entschieden. Für den letztgenannten Fall, der dem vorliegenden Fall entspricht, hat der Gerichtshof festgestellt, daß „die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft ebenso wie die Weigerung, eine Schwangere einzustellen, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt." [6]

8. Wenn eine Ablehnung der Einstellung und/oder eine Entlassung aufgrund der Schwangerschaft nur gegenüber Frauen möglich sind und folglich eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen, so bedeutet das offensichtlich, daß die materielle Gleichheit von Männern und Frauen hinsichtlich der Beschäftigung nicht zuläßt, daß ein Umstand, der seiner Natur nach ausschließlich Frauen betrifft, bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt wird. Aus den Urteilen Dekker und Hertz ergibt sich daher — und es konnte nicht anders sein —, daß die Richtlinie so auszulegen ist, daß sich eine materielle, nicht eine formale Gleichheit ergibt; diese wäre nämlich geradezu die Negierung des Prinzips der Gleichheit.

Folglich verstößt es gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie, wenn eine Arbeitnehmerin allein aufgrund ihrer Schwangerschaft entlassen wird, da dies zumindest grundsätzlich eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt [7].

9. Das vorlegende Gericht weist jedoch darauf hin, daß die Ungleichbehandlung im vorliegenden Fall, anders als im Urteil Dekker, a. a. O., nicht unmittelbar auf der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, sondern auf deren Unfähigkeit beruhe, in einem bestimmten Zeitraum die Leistung zu erbringen, für deren Erbringung sie speziell eingestellt worden sei. Mit anderen Worten sei die Klägerin nicht wegen ihrer Schwangerschaft entlassen worden, sondern weil diese bewirkt habe, daß sie während des Zeitraums, in dem sie Frau Stewart vertreten sollte, nicht habe arbeiten können.

Zwischen der Schwangerschaft und der Arbeitsunfähigkeit während eines bestimmten — mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfallenden — Zeitraums läßt sich schwerlich unterscheiden. Die Abwesenheit vom Arbeitsplatz wird nämlich in einem Fall der vorliegenden Art eben durch die Schwangerschaft verursacht, also durch einen Umstand, der ausschließlich Frauen betrifft. Zwar wurde die Klägerin eingestellt, um für kurze Zeit eine andere Arbeitnehmerin während deren Mutterschaftsurlaubs zu vertreten, jedoch ist zu berücksichtigen, daß dies auf der Grundlage eines Vertrags auf unbestimmte Zeit geschah und die Unmöglichkeit

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

6 — Urteil Hertz, a. a. O., Randnr. 13.

7 — So gesehen ist Artikel 10 der Richtlinie 92/85, nach dem die Entlassung von Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs von Ausnahmefällen, die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehen, abgesehen, verboten ist, nur eine Bestätigung der hier gegebenen Auslegung von Artikel 5 Absatz 1.

der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung daher nur eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrags beschränkte Zeit betrifft.

10. In diesem Zusammenhang kommt dem kürzlich ergangenen Urteil Habermann-Beltermann [8] beträchtliche Bedeutung zu. Der Gerichtshof hatte in diesem Fall über die Rechtmäßigkeit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses — durch Nichtigerklärung oder Anfechtung des Arbeitsvertrags — zu entscheiden, wobei die Ungleichbehandlung nicht unmittelbar auf der Schwangerschaft, sondern auf einem Nachtarbeitsverbot für schwangere Frauen beruhte, das seine Grundlage in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie hatte.

Der Gerichtshof hat zunächst festgestellt, daß die Vorlagefragen einen Vertrag auf unbestimmte Zeit beträfen und daß das Nachtarbeitsverbot für Schwangere daher nur für eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrags beschränkte Zeit wirke. Er ist dann zu dem Ergebnis gekommen: „Die Beendigung eines Vertrags auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft ... läßt sich also nicht dadurch rechtfertigen, daß ein gesetzliches Verbot, das wegen der Schwangerschaft aufgestellt worden ist, die Arbeitnehmerin zeitweilig daran hindert, eine Nachtarbeit zu verrichten" (Randnr. 25), auch wenn sie speziell zu diesem Zweck eingestellt worden war.

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

11. Ein solches Ergebnis ist meines Erachtens im vorliegenden Fall erst recht zwingend, da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zweifellos nicht in Zusammenhang mit einem gesetzlichen Verbot stand, wie in dem eben erwähnten Fall, sondern allein durch das Bestreben des Arbeitgebers verursacht wird, den Aufwand zu vermeiden, der sich für ihn möglicherweise in finanzieller [9], jedenfalls aber in organisatorischer Hinsicht ergibt, wenn er eine Arbeitskraft einstellen muß, die vorübergehend die Aufgaben übernimmt, die die später entlassene Arbeitnehmerin ausführen sollte. Folglich muß diese Entlassung, die darauf beruhte, daß die Klägerin — allerdings nur für eine gegenüber der Dauer des Vertrags beschränkte Zeit — aufgrund der Schwangerschaft nicht in der Lage war, eine (ausdrückliche oder konkludente) Bedingung des Arbeitsvertrags zu erfüllen, als mit dem in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar angesehen werden.

Nach dieser Ansicht ist der — im Vorabentscheidungsersuchen betonte — Umstand, daß der Arbeitgeber die Klägerin in Kenntnis ihrer Schwangerschaft nicht eingestellt hätte, belanglos. In diesem Zusammenhang möge der Hinweis genügen, daß die Entlassung jedenfalls dann nicht als rechtmäßig angesehen werden kann, wenn die Betroffene selbst von ihrem Zustand keine Kenntnis hatte, wie

9 — Im vorliegenden Fall braucht sich der Arbeitnehmer im übrigen wohl keine Sorgen über besondere finanzielle Aufwendungen zu machen, da die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften die Gewährung von Leistungen bei Mutterschaft von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig machen, die die Klägerin nicht erfüllt. Jedenfalls braucht kaum darauf hingewiesen zu werden, daß, wie der Gerichtshof in dem Urteil Dekker ausdrücklich entschieden hat, die festgestellte Diskriminierung nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden kann, den der Arbeitgeber durch die Beschäftigung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleidet (Randnr. 12).

sich das mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Vorlagebeschluß ergibt [10]. Dieses Ergebnis folgt, allerdings nur konkludent, aus dem Urteil Habermann-Beltermann (a. a. O.), in dem der Gerichtshof eine derartige Tatsache bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hatte.

12. Es ist jedoch ausgeführt worden, daß sich im vorliegenden Fall die Frage der Ungleichbehandlung gar nicht stelle, da der Arbeitgeber einen männlichen Arbeitnehmer, der für den Zeitraum, in dem er die wegen Mutterschaftsurlaubs abwesende Arbeitnehmerin vertreten sollte, eine Arbeitsbefreiung aus medizinischen oder anderen Gründen beantragt hätte, gleichfalls entlassen hätte. Ein derartiger „Beweis" bestätige, daß die Entlassung ausschließlich auf der Notwendigkeit beruht habe, daß der Inhaber der fraglichen Stelle während des in Rede stehenden Zeitraums an seinem Arbeitsplatz sei.

Mit anderen Worten: Die Entlassung in einem Fall der vorliegenden Art könne nicht als eine (unmittelbare) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen werden, da sie auf einem Gesichtspunkt beruhe (Unmöglichkeit der Vertragserfüllung während eines im voraus feststehenden Zeitraums), der die gleichen Auswirkungen für einen männlichen Arbeitnehmer habe, der sich in der gleichen Lage befinde. Diese Auslegung setzt jedoch voraus, daß der Zustand der Schwangerschaft vergleichbar ist mit dem Zustand eines männlichen Arbeitnehmers, der aus medizinischen oder anderen Gründen eine bestimmte Arbeitsleistung während eines bestimmten Zeitraums nicht gewährleisten kann.

13. Dies wird vom vorlegenden Gericht in seiner Frage ausdrücklich in Betracht gezogen. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich im übrigen, daß die verschiedenen mit der Sache befaßten nationalen Gerichte die Frage in eben diese Form gebracht haben, um gemäß Section 5 (3) des Sex Discrimination Act zu untersuchen, ob es eine tatsächlich Männern vorbehaltene Behandlung gibt, die mit der Behandlung verglichen werden kann, die Frauen unter den Umständen des vorliegenden Falls vorbehalten ist, und ob es insbesondere rechtmäßig ist, die fehlende Verfügbarkeit einer Frau wegen Mutterschaft mit der fehlenden Verfügbarkeit eines Mannes aus medizinischen oder anderen Gründen zu vergleichen.

Meines Erachtens kann insoweit nicht das Urteil Hertz [11] herangezogen werden, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen einer Krankheit, die allerdings durch Schwangerschaft oder

10 — Meines Erachtens ist im übrigen die Frage der Kenntnis von der Schwangerschaft bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses — von Ausnahmen abgesehen, deren Vorliegen im Einzelfall zu prüfen ist — völlig unmaßgeblich dafür, ob ein wirksames Arbeitsverhältnis begründet worden ist, und erst recht für eine etwaige Entlassung (Randnr. 12 meiner Schlußanträge in der Rechtssache Habermann-Beltermann, a. a. O.).

11 — Urteil vom 8. November 1990 (a. a. O., insbesondere Randnrn. 14 bis 17).

Entbindung verursacht wurde, keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wenn diese Abwesenheiten nach dem Mutterschaftsurlaub erfolgen und auch bei Männern unter den gleichen Voraussetzungen zur Entlassung führen würden [12]. In diesem Fall galten nämlich die gleichen Voraussetzungen (eine bestimmte Anzahl von Fehlzeiten innerhalb eines bestimmten Zeitraums) für Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts. Im vorliegenden Fall dagegen beruht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einem Umstand (der Schwangerschaft) der zweifellos nur Frauen betrifft.

14. Das Urteil Hertz zeigt allenfalls, daß Fehlzeiten wegen Krankheit nicht mit den Fehlzeiten wegen des Mutterschaftsurlaubs gleichgesetzt werden können. Soweit sich nämlich aus diesem Urteil ergibt, daß die Entlassung aufgrund von Fehlzeiten wegen einer Krankheit, die zwar durch die Schwangerschaft oder die Entbindung verursacht worden ist, jedoch erst nach dem Mutterschaftsurlaub aufgetreten ist, nicht als eine Diskriminierung angesehen werden kann, folgt daraus erst recht, daß die Schwangerschaft nicht mit einer Krankheit gleichgesetzt werden kann. Andererseits läßt sich schließen, so selbstverständlich dies auch sein mag, daß eine kranke Frau, unabhängig vom Ursprung ihrer Krankheit, ebenso wie ein kranker Mann behandelt wird. Dagegen darf eine schwangere Frau nicht allein aufgrund ihrer Schwangerschaft soweit benachteiligt werden, daß sie von der Arbeitswelt ausgeschlossen wird.

Erst recht halte ich den — allerdings im Verfahren angesprochenen — Vergleich zwischen einer Frau im Mutterschaftsurlaub und einem Mann, der seine Arbeitsleistung nicht gewährleisten kann, weil er z. B. an einer Sportveranstaltung, etwa den Olympischen Spielen, teilnehmen muß, nicht für zulässig. Hierzu sei nur gesagt, daß der Sportler, auch der Champion (gleichgültig ob Frau oder Mann), vor einer Wahl steht, die seine Bedürfnisse und Prioritäten im Leben widerspiegelt; das gleiche läßt sich im Hinblick auf eine schwangere Frau nicht sagen, es sei denn, man wollte annehmen — was absurd wäre —, daß eine Frau, die ihren Arbeitsplatz behalten wolle, ja die Wahl habe, auf die Mutterschaft zu verzichten.

15. Angesichts dieser Erwägungen erscheint es mir überflüssig, auf die von der Kommission während des Verfahrens aufgeworfene Frage einzugehen, wie zu entscheiden wäre, wenn es — anders als im vorliegenden Fall — nicht um einen Vertrag auf unbestimmte, sondern auf bestimmte Zeit ginge, der auf den Zeitraum befristet wäre, während dessen sich die kaum eingestellte Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub befände.

12 — Das fragliche Urteil darf zweifellos nicht so aufgefaßt werden, daß der Gerichtshof die Entlassung einer Frau, die der Arbeit aus einem mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Grund (Krankheit) fernbleibt, für rechtmäßig (oder jedenfalls gerechtfertigt) angesehen hat. Genau genommen hat es der Gerichtshof nämlich als ausschlaggebend angesehen, daß die Krankheit von Frau Hertz nach ihrer Rückkehr nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs begann. Dies bedeutet, daß eine mit der Schwangerschaft zusammenhängende Krankheit von der Richtlinie erfaßt wird und eine Entlassung folglich unzulässig ist, sofern sie während des Mutterschaftsurlaubs, also in einem von den Mitgliedstaaten gemäß der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie definierten Zeitraum, aufgetreten ist.

Ich halte es auch nicht für erforderlich, auf die verschiedenen Verfahren einzugehen, die die Kommission vorschlägt, um finanzielle Nachteile für den Arbeitgeber zu verhindern, falls sich herausstellt, daß die soeben eingestellte Arbeitnehmerin, wenn auch nur vorübergehend, nicht imstande sein wird, die vertragsmäßigen Arbeitsleistungen zu gewährleisten. Die etwaige Aussetzung und/oder Änderung des Arbeitsvertrags wegen der Unfähigkeit der Arbeitnehmerin, ihre Arbeitsleistungen während eines bestimmten Zeitraums zu erbringen, werden nämlich bei der gegenwärtigen Rechtslage vom nationalen Recht geregelt [13], vorausgesetzt — freilich — daß bei seiner Anwendung nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen wird.

16. Nach alledem schlage ich vor, die Frage des House of Lords wie folgt zu beantworten:

Die Artikel 2 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG stehen einer Auslegung des nationalen Rechts entgegen, nach der eine Frau, die auf der Grundlage eines Vertrags auf unbestimmte Zeit eingestellt worden ist, entlassen werden darf, weil sie wegen der Schwangerschaft während der Zeit von der Arbeit abwesend sein wird, während der sie eine andere selbst wegen Mutterschaftsurlaubs abwesende Arbeitnehmerin vertreten sollte.

13 — Mit der Richtlinie 92/85, deren Inkrafttreten für den 19. Oktober 1994 vorgesehen ist, wird den Mitgliedstaaten zwar eine Reihe von unbedingten Verpflichtungen hinsichtlich der Behandlung der Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs auferlegt, jedoch wird ihnen freigestellt, den Anspruch auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts und auf bestimmte Leistungen davon abhängig zu machen, daß dem voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung eine Erwerbstätigkeit — von höchstens zwölf Monaten — unmittelbar vorausgegangen sein muß (Artikel 11).