SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO
vom 7. Oktober 1999 *

1. Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat dem Gerichtshof mit Beschluß vom 16. April 1998 eine Frage nach der Auslegung des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG [1] zur Vorabentscheidung vorgelegt. Es möchte damit wissen, ob die Weigerung eines Arbeitgebers, eine schwangere Frau einzustellen, weil diese nach dem nationalen Mutterschutzrecht von Anfang an nicht die auf dem Arbeitsplatz vorgesehenen Tätigkeiten ausüben kann, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, die mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.

Gemeinschaftsrecht

2. Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 (im folgenden: Richtlinie) [2] hat zum Ziel, in den Mitgliedstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit zu verwirklichen [3].

3. Nach der Definition in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, „daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf".

Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie trifft eine Art Vorbehalt, wonach „[d]iese Richtlinie ... nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, [entgegensteht]".

4. Im vorliegenden Rechtsstreit ist weiterhin Artikel 3 der Richtlinie von Bedeutung, nach dem „[d]ie Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, daß bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes erfolgt".

* Originalsprache: Italienisch.
1 — ABl. L 39, S. 40.
2 — A. a. O.
3 — Artikel 1 Absatz 1.

Nationales Recht

5. Von den nationalen Vorschriften ist im vorliegenden Fall vor allem § 611a BGB einschlägig. Danach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit ein bestimmtes Geschlecht unerläßliche Voraussetzung für diese Tätigkeit ist.

6. Von Bedeutung sind außerdem die §§ 3 bis 5 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG). Nach § 3 dürfen werdende Mütter nicht beschäftigt werden, soweit nach amtlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. In keinem Fall dürfen werdende Mütter in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung beschäftigt werden, es sei denn, daß sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären. Die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden.

§ 4 enthält Beschäftigungsverbote während der Schwangerschaft. Sie beziehen sich auf schwere körperliche Arbeiten und solche, bei denen werdende Mütter schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder Strahlen, von Staub, Gasen oder Dämpfen, von Hitze, Kälte oder Nässe, von Erschütterungen oder Lärm ausgesetzt sind. Außerdem ist es u. a. ausdrücklich verboten, werdende Mütter nach Ablauf des fünften Monats der Schwangerschaft mit Arbeiten zu beschäftigen, bei denen sie ständig stehen müssen, soweit diese Beschäftigung täglich vier Stunden überschreitet, oder bei denen sie infolge ihrer Schwangerschaft in besonderem Maße der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken, ausgesetzt sind oder bei denen durch das Risiko der Entstehung einer Berufskrankheit eine erhöhte Gefährdung für die werdende Mutter oder eine Gefahr für die Leibesfrucht besteht.

Schließlich müssen nach § 5 Absatz 1 werdende Mütter dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald ihnen ihr Zustand bekannt ist.

Sachverhalt und Vorlagefrage

7. Silke-Karin Mahlburg (im folgenden: Klägerin) war befristet für die Zeit vom 26. August 1994 bis 31. August 1995 als Krankenschwester in der Universitätsklinik für Herzchirurgie Rostock beschäftigt.

8. Im Februar 1995 beantragte die Klägerin ihre Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in diesem Krankenhaus. Die Personalabteilung der Universität teilte ihr mit, daß eine derartige Übernahme erst möglich sei, wenn sie sich auf eine ausgeschriebene Stelle bewerbe.

9. Am 1. Juni 1995 bewarb sich die Klägerin auf zwei innerbetrieblich ausgeschriebene unbefristete Stellen. Diese Stellen bezogen sich auf zwei sofort zu besetzende Arbeitsplätze im Operationssaal der Chirurgie im Schichtdienst. Die Tätigkeitsbeschreibung entsprach der Tätigkeit der Klägerin während ihres befristeten Arbeitsvertrags. Sie bestand in der indikationsgerechten Vorbereitung und Kontrolle sämtlicher zur Operation benötigter Sterilgüter und Medikamente und der Instrumentierung bei der Operation. Als Anforderung wurde in der einen Ausschreibung eine „abgeschlossene OP-Schwestern-/Pflegerausbildung", in der anderen eine „abgeschlossene Berufsausbildung in der Krankenpflege — Erfahrungen im OP" bezeichnet.

10. In der Zwischenzeit stellte die Klägerin fest, daß sie schwanger war. Sie teilte der Universität die Schwangerschaft gemäß § 5 Satz 1 MuSchG[4] noch während ihres befristeten Arbeitsverhältnisses am 13. Juli 1995 mit. Daraufhin wurde sie den einschlägigen Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes entsprechend nicht mehr im Operationssaal beschäftigt, sondern bis zum Ablauf des Vertrages mit Büroarbeiten betraut.

11. Außerdem lehnte die Universität Rostock auf die Mitteilung der Klägerin hin deren Bewerbung um die beiden freien Stellen am 18. September 1995 ab. Zur Begründung verwies sie darauf, daß diese Stellen für eine Tätigkeit im Operationssaal ausgeschrieben seien, die Schwangeren nach §§ 3 bis 5 MuSchG verboten sei.

12. Zu erwähnen ist noch, daß für die beiden betroffenen Stellen außer der Bewerbung der Klägerin nur eine andere Bewerbung einer ebenfalls schwangeren Frau vorlag, die auch abgelehnt wurde. Daher wurden die beiden Stellen erst aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung im Herbst 1995 besetzt.

4 — Vgl. Nr. 3 dieser Schlußanträge.

13. Nach der Ablehnung ihrer Bewerbung erhob die Klägerin vor dem Arbeitsgericht Rostock Klage auf Feststellung des Fortbestehens ihres Arbeitsvertrags mit der Universität Rostock über den 31. August 1995 (den Zeitpunkt des Ablaufs des befristeten Vertrages) hinaus, hilfsweise, auf Verurteilung der Universität Rostock zur Zahlung von Schadensersatz.

14. Das Arbeitsgericht Rostock wies die Klage mit Urteil vom 15. April 1997 ab. Die Klägerin legte dagegen beim Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (im folgenden: LAG) Berufung ein und beantragte, festzustellen, daß sie ab 1. September 1995 aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrags als OP-Schwester beschäftigt war. Nach ihren schriftlichen Erklärungen stützt sie ihre Klage darauf, daß sie infolge der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gegen die Universität einen Anspruch auf Einstellung erworben habe.

15. In seinem Vorlagebeschluß geht das LAG davon aus, daß die Frage, ob die Klägerin einen Anspruch auf Einstellung habe, von der Auslegung des § 611a BGB abhänge. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht hindere § 611a BGB einen Arbeitgeber nicht, eine schwangere Bewerberin deshalb nicht einzustellen, weil sie wegen der Schwangerschaft die angestrebte Tätigkeit nicht ausüben könne.

16. Allerdings müsse § 611a BGB, der der Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht diene, gemeinschaftskonform ausgelegt werden.

17. Da das LAG erhebliche Zweifel hat, ob die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts naheliegende Auslegung des § 611a BGB mit der Richtlinie, insbesondere ihrem Artikel 2 Absatz 1, vereinbar ist, hat es dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stellt es eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 dar, wenn ein Arbeitgeber eine an sich für die vorgesehene Tätigkeit befähigte Bewerberin um eine freie Stelle deshalb nicht einstellt, weil sie schwanger ist und für die Dauer der Schwangerschaft wegen eines aus dem Mutterschutzgesetz folgenden Beschäfti-

gungsverbots auf einem zur unbefristeten Besetzung vorgesehenen Arbeitsplatz von Anfang an nicht beschäftigt werden dürfte?

Die Vorlagefrage

18. Erneut wird der Gerichtshof um Stellungnahme zu der schon mehrfach von ihm behandelten Frage der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau in dem speziellen Fall der Schwangerschaft ersucht.

19. Im vorliegenden Fall fragt das nationale Gericht den Gerichtshof, ob die Weigerung eines Arbeitgebers, eine schwangere Frau einzustellen, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wenn er diese Weigerung damit begründet, daß die Bewerberin die auf dem Arbeitsplatz verlangten Aufgaben wegen eines aus dem nationalen Mutterschutzrecht folgenden Beschäftigungsverbots während der gesamten Schwangerschaft nicht erfüllen kann.

20. Die Weigerung eines Arbeitgebers, eine Frau einzustellen, stellt, vor allem nach dem Urteil Dekker [5], dann eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, wenn sie hauptsächlich aus einem Grund erfolgt, der nur für Arbeitnehmerinnen und nicht auch für Arbeitnehmer gilt. Dementsprechend hat der Gerichtshof wiederholt hervorgehoben, daß „die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt" [6].

21. In dem neueren Urteil Brown [7] zur Frage der Rechtmäßigkeit der Entlassung einer Schwangeren aufgrund von Fehlzeiten, die sich aus einer durch ihre Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergaben, hat der Gerichtshof weiter entschieden, daß „eine Entlassung wegen Schwangerschaft *oder aus einem im wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund* eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts [darstellt], weil sie nur bei weiblichen Arbeitnehmern in Betracht kommt". Mit dieser Entscheidung — die sich auch auf den Fall der Verweigerung der Einstellung ausdehnen läßt [8] — wollte der Gerichtshof eindeutig hervorheben, daß eine unmittelbare Diskriminierung durch eine Maßnahme gegenüber einer Schwangeren nicht voraussetzt, daß die Maßnahme ausdrücklich mit der Schwangerschaft begründet

5 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Slg. 1990, I-3941, Randnr. 10).

6 — Urteil Dekker, Randnr. 12. Siehe auch die Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache 179/88 (Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund, Slg. 1990, I-3979, Randnr. 13), vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann (Slg. 1994, I-1657, Randnr. 15) und vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 19).

7 — Urteil vom 30. Juli 1998 in der Rechtssache C-394/96 (Slg. 1998, I-4185, Randnr. 16, Hervorhebung von mir).

8 — Meines Erachtens steht hinsichtlich der hier interessierenden Gesichtspunkte fest, daß die Verweigerung der Einstellung einer Entlassung gleichsteht. In beiden Fällen haben wir es mit einer Maßnahme zu tun, mit der der Schwangeren der Arbeitsplatz vorenthalten wird.

wird. Es reicht vielmehr aus, daß sie sich im wesentlichen darauf zurückführen läßt [9].

22. In der vorliegenden Rechtssache haben wir es zweifellos mit dem letztgenannten Fall zu tun. Zwar wurde die Weigerung, die Bewerbung der Klägerin zu berücksichtigen, damit gerechtfertigt, daß diese die für diesen Arbeitsplatz vorgesehenen Aufgaben von Anfang an nicht wahrnehmen könne. Gleichwohl ist dies eindeutig auf die Schwangerschaft zurückzuführen, so daß das Verhalten der Universität Rostock zumindest grundsätzlich als Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 der Richtlinie angesehen werden muß.

23. Daher ist auch zu prüfen, ob sich für dieses Verhalten eine Rechtfertigung im nationalen Mutterschutzrecht, enthalten im Mutterschutzgesetz, finden läßt. Wie bereits erwähnt [10], macht die Universität Rostock geltend, dieses Gesetz, das Frauen während der Schwangerschaft bestimmte, als gefährlich angesehene Tätigkeiten untersage, enthalte ein eindeutiges gesetzliches Verbot der Einstellung der Klägerin.

24. Zur Beantwortung dieser Frage müssen zwei Faktoren berücksichtigt werden. Erstens ist das Mutterschutzgesetz in Deutschland die Regelung, nach der in Übereinstimmung mit Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden kann. Wie sich dem Wortlaut unschwer entnehmen läßt [11], ermächtigt diese Vorschrift die Mitgliedstaaten, nationale Vorschriften zu erlassen oder beizubehalten, die eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts vorsehen, wenn diese Vorschriften dem Schutz der Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung dienen. Zweitens muß ein nationales Gericht, das einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung [12] das nationale Recht im Licht dieser Richtlinie auslegen.

25. Somit hängt im vorliegenden Fall die Möglichkeit, die Verweigerung der Einstellung einer Schwangeren unter Berufung auf ein Beschäftigungsverbot des nationalen Mutterschutzrechts zu rechtfertigen, von der Auslegung des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie ab. Zur Beantwortung der Vorlagefrage muß, mit anderen Worten, darauf eingegangen werden, ob hier die in dieser Gemeinschaftsvorschrift enthaltene Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung eingreifen kann.

9 — Vgl. dazu die Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Webb, insbesondere die Nummern 9 und 10.

10 — Vgl. Nr. 11 dieser Schlußanträge.

11 — Vgl. Nr. 3 dieser Schlußanträge.

12 — Vgl. dazu die Urteile vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 111/75 (Mazzalai, Slg. 1976, 657, Randnr. 10), vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) und vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnrn. 7 und 8).

26. Diese Frage ist zu verneinen. Wie der Gerichtshof im Urteil Hofmann [13] festgestellt hat, erkennt Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie „indem [er] den Mitgliedstaaten das Recht vorbehält, Vorschriften zum Schutz der Frau, ‚bei Schwangerschaft und Mutterschaft' beizubehalten oder einzuführen, in bezug auf den Gleichheitsgrundsatz die Berechtigung [an], die Bedürfnisse der Frau in zweierlei Hinsicht zu schützen. Zum einen handelt es sich um den Schutz ihrer körperlichen Verfassung während und nach der Schwangerschaft bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich ihre körperlichen und seelischen Funktionen nach der Entbindung normalisiert haben. Zum anderen geht es um den Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird".

27. Außerdem darf nach dem Urteil Thibault [14] 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. Die Richtlinie zielt insofern auf eine inhaltliche, nicht auf eine formelle Gleichheit ab."

28. Aus der zitierten Rechtsprechung geht deutlich hervor, daß der Hauptzweck der hier einschlägigen Gemeinschaftsvorschrift darin besteht, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu belassen, nationale Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, aus denen zwar eine unterschiedlichen Behandlung der Geschlechter folgt, die aber erforderlich sind, um Nachteile „auszugleichen", die Frauen aufgrund der Schwangerschaft erleiden können. Damit soll eine echte Gleichheit auch in den Fällen erreicht werden, in denen eine bloß formale Gleichheit in Form einer gleichen Behandlung nicht ausreicht. Daher ist davon auszugehen, daß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung nur zuläßt, wenn zwei Voraussetzungen zusammenkommen, wenn nämlich die Frau stärker geschützt und damit gegenüber dem Mann begünstigt wird und wenn mit dieser Begünstigung eine inhaltliche Gleichheit verwirklicht werden soll, die auf andere Weise nicht erzielt werden kann.

29. Im hier erörterten Fall sind diese beiden Voraussetzungen eindeutig nicht gegeben. Zum einen wurde die Klägerin durch die nationale Regelung im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie nicht begünstigt, sondern vielmehr benachteiligt, indem ihr der Zugang zur Beschäftigung verweigert wurde. Zum anderen hatte die nationale

13 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Slg. 1984, 3047, Randnr. 25). Siehe dazu auch die Urteile Habermann-Beltermann, Randnr. 21, Brown, Randnr. 17, und Webb, Randnr. 20.

14 — Urteil vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-136/95 (Slg. 1998, I-2011, Randnr. 26). Vgl. dazu außerdem die Schlußanträge des Generalwanwalts Tesauro in der Rechtssache Habermann-Beltermann, insbesondere Nummer 11.

Vorschrift keine wirkliche Gleichheit zur Folge, sondern war selbst Ursache für eine Diskriminierung. Eine derartige Anwendung der Vorschriften des Mutterschutzgesetzes stünde in deutlichem Widerspruch zur Ratio des Gemeinschaftsrechts.

30. In diesem Sinne hat sich der Gerichtshof bereits im Urteil Habermann-Beltermann [15] geäußert. In dieser Rechtssache ging es um die Frage, ob die Kündigung eines Arbeitsvertrags durch einen Arbeitgeber gegenüber einer Arbeitnehmerin diskriminierend war, die gleich nach Aufnahme der Tätigkeit schwanger geworden war. Auch diese Kündigung wurde, wie im vorliegenden Fall, damit begründet, daß die betroffene Arbeitnehmerin wegen der Vorschriften des Mutterschutzgesetzes während der gesamten Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht die Nachtarbeit verrichten konnte, für die sie eingestellt worden war [16].

Dazu hat der Gerichtshof festgestellt, daß „es dem mit Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie verfolgten Schutzzweck zuwiderlaufen und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamtkeit nehmen [würde], wenn man es zuließe, daß der Vertrag wegen der zeitweiligen Verhinderung der schwangeren Arbeitnehmerin, die Nachtarbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde, für nichtig erklärt oder angefochten werden könnte ... Die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, gleich, ob diese Beendigung infolge der Nichtigkeit oder einer Anfechtung eintritt, 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." [17]

31. Daraus ergibt sich noch ein weiterer Gesichtspunkt, der von besonderer Bedeutung ist. Wie bereits erwähnt [18], handelte es sich im vorliegenden Fall bei den beiden Arbeitsplätzen, um die sich die Klägerin beworben hatte, um unbefristete Arbeitsplätze. Nun hat der Gerichtshof im Urteil Habermann-Beltermann [19] die Auffassung vertreten, daß das diskriminierende Verhalten gegenüber der Schwangeren nicht durch Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie gerechtfertigt werden konnte, da „die Vorabentscheidungsfragen einen Vertrag auf unbestimmte Zeit betreffen und ... das Nachtarbeitsverbot für Schwangere daher nur für eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrages beschränkte Zeit wirkt".

15 — Urteil Habermann-Beltermann (zitiert in Fußnote 6).

16 — Die Ähnlichkeiten dieser Rechtssache und der hier erörterten werden noch deutlicher, wenn man der Auffassung des Generalanwalts Tesauro in den Schlußanträgen in der Rechtssache Habermann-Beltermann folgt, wonach „die Nichtigerklärung, soweit sie ex tunc wirkt und somit dieselbe Wirkung hat, als wäre kein Vertrag geschlossen worden, ... einer Verweigerung der Einstellung gleich[käme]" (Nr. 7 der Schlußanträge).

17 — Urteil Habermann-Beltermann (Randnrn. 24 und 25).

18 — Vgl. Nr. 9 dieser Schlußanträge.

19 — Urteil Habermann-Beltermann (Randnr. 23).

Dieser Gesichtspunkt hatte noch größere Bedeutung im Urteil Webb[20]. In diesem Fall ging es um die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die nach der Einstellung feststellte, daß sie schwanger war. Die Kündigung wurde damit begründet, daß die Arbeitnehmerin während des Mutterschaftsurlaubs nicht die Aufgabe erfüllen konnte, für die sie vor allem eingestellt worden war, nämlich eine andere ebenfalls schwangere Arbeitnehmerin zu ersetzen. Obwohl diese Aufgabe befristet war, hatte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin gegenüber geäußert, daß das Arbeitsverhältnis auch nach diesem Zeitraum fortgesetzt würde. Folglich mußte die Arbeitsstelle als unbefristet gelten.

Aufgrund dieser Erwägungen hat der Gerichtshof festgestellt, daß „die Entlassung einer schwangeren Frau, die für unbestimmte Zeit eingestellt wurde, nicht mit ihrer Unfähigkeit begründet werden [darf], eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrags zu erfüllen. Die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ist für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages. Jedoch kann der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht von der Frage abhängen, ob die Anwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerläßlich ist, in dem sie beschäftigt ist. Die gegenteilige Auslegung würde den Bestimmungen der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit nehmen."

Der Gerichtshof hat deshalb entschieden, daß sich „die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht dadurch rechtfertigen [läßt], daß die Arbeitnehmerin nur zeitweilig daran gehindert ist, die Arbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde"[21]. Diese Feststellung in dem soeben zitierten Urteil läßt sich auf den vorliegenden Fall übertragen, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt die Geltung einer Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie ausgeschlossen werden kann.

32. Aus den vorstehenden Überlegungen und angesichts der zitierten Rechtsprechung komme ich zu dem Ergebnis, daß im vorliegenden Fall eine gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie erlassene nationale Regelung, die einer Schwangeren verbietet, bestimmte Aufgaben wahrzunehmen, die für ihre Gesundheit oder für die ihres Kindes als gefährlich gelten, nicht zur Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung herangezogen werden kann, die darin besteht, daß der Frau die Einstellung verweigert wird, weil sie die Tätigkeit zeitweise nicht ausüben kann, für die sie auf unbefristete Zeit eingestellt wurde. Ein derartiges nationales Verbot widerspräche eindeutig dem Zweck der Gemeinschaftsbestimmung, zu dessen

20 — Urteil Webb (zitiert in Fußnote 6).

21 — Urteil Webb (Randnrn. 26 und 27).

Durchführung es erlassen worden ist, und nähme dem von der Richtlinie gewährten Schutz der Mutterschaft jegliche Wirksamkeit.

33. Wie erwähnt, halte ich es hier für angebracht, noch auf eine Frage einzugehen, die in der mündlichen Verhandlung aufgeworfen worden ist. Es wurde das Problem der manchmal erheblichen Belastungen erörtert, die der Arbeitgeber zu tragen hat, um die Gleichbehandlung Schwangerer sicherzustellen und so den Schutz der Mutterschaft zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang wurde die Frage aufgeworfen, ob der Grundsatz der Nichtdiskriminierung immer Vorrang genießt oder ob unter bestimmten Umständen unmittelbare Ausnahmen gerechtfertigt sein können, um auch den Belangen der Arbeitgeber Rechnung tragen zu können.

34. Zweifellos stellt die Tatsache, daß ein Großteil der Belastungen durch den Mutterschutz häufig den Arbeitgeber trifft, ein wirkliches Problem dar, das Beachtung verdient. Gleichwohl bleiben meine Schlußfolgerungen davon unberührt. Denn die Gleichbehandlung von Mann und Frau, gerade in einer Situation wie der hier vorliegenden, stellt eine grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts dar, das nicht zugunsten derartiger Erwägungen eingeschränkt werden kann.

35. Außerdem ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zumindest hinsichtlich der wirtschaftlichen Gesichtspunkte eindeutig. Das Urteil Dekker sieht ausdrücklich vor, daß eine „Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen Schwangerschaft ... als eine Weigerung anzusehen [ist], die im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat. Eine solche Diskriminierung kann nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde“ [22].

36. Daher müßte dem in der mündlichen Verhandlung aufgeworfenen Problem mit „positiven“ Schutzmaßnahmen zugunsten der schwächeren Arbeitgeber begegnet werden, die im Rahmen der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten, unter Umständen unterstützt durch eine Zusammenarbeit auf Gemeinschaftsebene, zu treffen wären. Diesem Vorschlag möchte ich nur hinzufügen, daß derartige Maßnahmen nicht notwendigerweise dem Schutz der Frau widersprechen müßten. Meines Erachtens ließe sich auf diese Weise auch die Stellung der Frau verstärken und damit die Ursache vieler Diskriminierungen beseitigen.

22 — Urteil Dekker (Randnr. 12).

Antrag

37. Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern wie folgt zu antworten:

Die Tatsache, daß ein Arbeitgeber eine an sich für die auf einem freien Arbeitsplatz vorgesehene Tätigkeit befähigte Bewerberin deshalb nicht einstellt, weil sie schwanger ist und während der Schwangerschaft wegen eines aus dem Mutterschutzgesetz folgenden Beschäftigungsverbots auf dem zur unbefristeten Besetzung vorgesehenen Arbeitsplatz von Anfang an nicht beschäftigt werden darf, stellt eine unzulässige Diskriminierung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1996 dar.