SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 18. Februar 1997 *

1. Die Vorabentscheidungsfrage, über die der Gerichtshof in dieser Rechtssache zu entscheiden hat, ist vom Sø- og Handelsret in Dänemark vorgelegt worden, das um Auslegung einiger Vorschriften 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 [1] (im folgenden: Richtlinie 76/207) ersucht.

2. Diese Vorabentscheidungsfrage stellt sich in einem Rechtsstreit vor dem Sø- og Handelsret, in dem sich der Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark als Beauftragter von Helle Elisabeth Larsson als Klägerin und der Dansk Handel & Service als Beauftragter der Føtex Supermarked A/S als Beklagter gegenüberstehen.

3. Nach dem Vorlagebeschluß wurde Frau Larsson im März 1990 als Angestellte von der Firma Føtex eingestellt. Im August des folgenden Jahres teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, daß sie schwanger sei.

Während der Schwangerschaft war sie zweimal krank geschrieben. Die erste Krankschreibung dauerte 18 Tage (vom 7. bis 24. August 1991). Die zweite Krankschreibung beruhte auf einer durch die Schwangerschaft verursachten Beckenlockerung und dauerte ungefähr viereinhalb Monate (vom 4. November 1991 bis 15. März 1992). Am folgenden Tag begann ihr Mutterschaftsurlaub; die Entbindung erfolgte am 2. April 1992.

4. Der Mutterschaftsurlaub von 24 Wochen, auf den sie Anspruch hatte, lief am 18. September 1992 ab. Im Anschluß daran nahm sie ihren Jahresurlaub bis zum 16. Oktober.

Während des Mutterschaftsurlaubs und des Jahresurlaubs wurde Frau Larsson wegen der Beckenlockerung behandelt. Sie war nach Ablauf des Jahresurlaubs weiter krank geschrieben und wurde erst zum 4. Januar 1993 wieder für arbeitsfähig erklärt.

5. Am 10. November 1992, also weniger als einen Monat nach Ablauf ihres Jahresurlaubs, übersandte ihr der Arbeitgeber ein

* Originalsprache: Spanisch.

1 — ABl. L 39, S. 40.

Schreiben, in dem er ihr mitteilte, daß sie Ende Dezember entlassen werde. Die Entlassung wurde wie folgt begründet:

„Deine lange Abwesenheit sowie der Umstand, daß es kaum wahrscheinlich ist, daß Du zu einem späteren Zeitpunkt wieder — gesundheitlich — in der Lage sein wirst, Deine Arbeit zufriedenstellend zu verrichten ...“

6. Frau Larsson erhob gegen die Entlassung eine Klage, mit der sie geltend machte, diese verstoße gegen das nationale Gleichbehandlungsgesetz, und mit der sie Schadensersatz in Höhe von 172 602 DKR, d. h. 78 Wochenlöhnen, verlangte. Darauf entgegnete die Beklagte, daß — unbeschadet der Vorschriften des innerstaatlichen Rechts — die Richtlinie 76/207 der Entlassung einer Frau aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs nicht entgegenstehe und daß das dänische Recht keine spezifischen Vorschriften enthalte, die einen besonderen Schutz der Frau vorsähen, die sich in dieser Lage befinde.

7. Die Parteien ersuchten das Sø- og Handelsret, dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 zur Vorabentscheidung vorzulegen. Das Sø- og Handelsret führte in einem Schreiben vom 4. April 1995 aus, daß die Vorlage dieser Frage aufgrund des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark [2] (im folgenden: Urteil Hertz) nicht erforderlich sei.

Die Beklagte teilte in einem Schriftsatz mit, daß sie den Standpunkt des Gerichts akzeptiere, während die Klägerin mit Schriftsatz vom 6. Juli 1995 erneut um Vorlage an den Gerichtshof ersuchte und ausführte, nach dem genannten Urteil sei zu unterscheiden zwischen Krankheiten, die während des Mutterschaftsurlaubs aufträten, und solchen, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs aufträten und eine Folge der Schwangerschaft oder der Entbindung seien.

8. Das Sø- og Handelsret wies den Antrag auf Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage durch Beschluß vom 16. August 1995 zurück, da es der Auffassung war, daß kein Grund für die Annahme bestehe, daß der Gerichtshof den Standpunkt, den er in dem genannten Urteil eingenommen hatte, ändern werde. Dieser Beschluß wurde von der Klägerin vor dem Højesteret angefochten, der dem Rechtsmittel stattgab.

Infolge der Entscheidung des Højesteret erließ das Sø- og Handelsret am 19. Dezember 1995 einen neuen Beschluß, mit dem er

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

dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorlegte:

Erfaßt Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 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 die Entlassung aufgrund von Fehlzeiten nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs, wenn diese auf einer Krankheit beruhen, die in der Zeit der Schwangerschaft aufgetreten ist und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs angedauert hat, wobei die Entlassung nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs erfolgt ist?

9. Artikel 1 der Richtlinie 76/207 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie hat zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird. Dieser Grundsatz wird im folgenden als ‚Grundsatz der Gleichbehandlung' bezeichnet.

(2) ..."

10. In Artikel 2 heißt es:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe-oder Familienstand — erfolgen darf.

(2) ...

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

(4) ..."

11. Artikel 5 Absatz 1 lautet:

„(1) 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."

12. Die Klägerin und die Beklagte des Ausgangsverfahrens, das Vereinigte Königreich, die niederländische Regierung und die Kommission haben innerhalb der dafür in Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes festgesetzten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht; die Klägerin und die Beklagte, die dänische Regierung, das Vereinigte Königreich und die Kommission haben in der Sitzung mündliche Ausführungen gemacht.

13. Die Klägerin führt aus, das Urteil Hertz sei so zu verstehen, daß der Gerichtshof dort zwischen Krankheiten, die auf Schwangerschaft oder Entbindung beruhten, während der Schwangerschaft oder des Mutterschaftsurlaubs aufträten und nach Ablauf dieses Zeitraums geheilt würden, einerseits und Krankheiten, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs aufträten, andererseits unterscheide. Andernfalls würde die Antwort auf die Frage, ob der Schutz, den eine kranke Arbeitnehmerin genieße, den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entspreche, ausschließlich von der Dauer des Mutterschaftsurlaubs abhängen, die jeder Mitgliedstaat festsetze.

Im Ausgangsverfahren sei die einzige Fehlzeit, die berücksichtigt werden dürfe, diejenige, die Mitte Oktober 1992 begonnen habe, d. h. die Zeit nach der Schutzfrist, die die Schwangerschaft und den Mutterschaftsurlaub umfasse, und nach Beendigung des Jahresurlaubs. Am 10. November, als ihr die Entlassung mitgeteilt worden sei, sei die Klägerin weniger als vier Wochen krank geschrieben gewesen; diese Fehlzeit sei sehr kurz und hätte, wenn es sich um einen Mann gehandelt hätte, keinesfalls zur Entlassung geführt.

14. Die Beklagte trägt vor, zu dem Zeitpunkt, zu dem sie Frau Larsson die Entlassung mitgeteilt habe, seien ihr die genauen Gründe für ihre Krankmeldung während der Schwangerschaft und nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs unbekannt gewesen. Unter Berücksichtigung des Wortlauts der Bestimmung der Richtlinie 76/207, um deren Auslegung das vorlegende Gericht ersuche, der Vorarbeiten, die zum Erlaß der Richtlinie geführt hätten, des Urteils Hertz und der Schlußanträge des Generalanwalts Darmon in derselben Rechtssache sei die Vorabentscheidungsfrage zu verneinen. Der Umstand, daß Frau Larsson der Arbeit während der Schwangerschaft sowie während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs aufgrund einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit ferngeblieben sei, verleihe ihr keine andere Rechtsstellung als der Klägerin in der Rechtssache Hertz, denn beide seien nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs in Anwendung des dänischen Rechts entlassen worden, das die Frau gegen eine Entlassung wegen Abwesenheit vom Arbeitsplatz aufgrund von Schwangerschaft und Entbindung nur während eines Zeitraums schütze, der spätestens 24 Wochen nach der Entbindung ende.

15. In der mündlichen Verhandlung hat sich die dänische Regierung auf die Prüfung zweier Aspekte der vorliegenden Rechtssache konzentriert. Erstens hat sie auf die unterschiedlichen Sachverhalte hingewiesen, die zur Entlassung von Frau Hertz und zur Entlassung von Frau Larsson geführt hätten, da jene mehrere Monate nach Wiederaufnahme der Arbeit erkrankt sei und in einem Jahr 100 Arbeitstage krank geschrieben gewesen sei, während Frau Larsson während der Schwangerschaft erkrankt sei und keine Gelegenheit erhalten habe, nach der Entbindung an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren, da sie weniger als vier Wochen nach dem Zeitpunkt, als sie dies hätte tun müssen, entlassen worden sei. Zweitens müßten die Abwesenheitszeiten von Frau Larsson in vier verschiedene Perioden aufgeteilt werden, nämlich die durch die Schwangerschaft verursachte Fehlzeit vor der Entbindung, den Mutterschaftsurlaub, den Jahresurlaub und die Fehlzeit im Anschluß an diesen infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit; diese letzte Fehlzeit sei die einzige, die für eine Entlassung berücksichtigt werden dürfe.

Die dänische Regierung hat dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Vorabentscheidungsfrage dahin zu beantworten, daß die Richtlinie 76/207 der Entlassung einer Arbeitnehmerin nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs entgegensteht, wenn diese Entlassung mit ihren Fehlzeiten während der Schwangerschaft infolge einer schwangerschaftsbedingten Krankheit und/oder ihren Fehlzeiten während des Mutterschaftsurlaubs begründet werde.

16. Das Vereinigte Königreich führt aus, es sei nicht danach zu unterscheiden, ob die Krankheit der Betroffenen zum ersten Mal während des Mutterschaftsurlaubs oder danach aufgetreten sei. Das Urteil Hertz des Gerichtshofes beruhe auf dem Grundsatz, daß die Richtlinie vorschreibe, daß die Frauen vor einer Ungleichbehandlung aufgrund der Schwangerschaft und der Risiken und Folgen, die mit diesem Zustand verbunden seien, geschützt werden sollten. Dieser Schutz schließe die Gewährung eines Mutterschaftsurlaubs durch die Mitgliedstaaten ein, dessen Dauer es der Frau ermögliche, sich von den normalen Folgen der Schwangerschaft zu erholen. Die Richtlinie 76/207 gehe nicht weiter, da die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 2 Absatz 3, wenn sie dies wünschten, einen weitergehenden Schutz einführen könnten, dazu jedoch nicht verpflichtet seien.

Folglich müsse eine Frau, die außerhalb des ihr nach dem nationalen Recht zustehenden Mutterschaftsurlaubs an einer schwangerschaftsbedingten Krankheit leide, ebenso behandelt werden wie jeder andere kranke Arbeitnehmer unabhängig von seinem Geschlecht, wobei es insoweit unerheblich sei, ob die Krankheit während des Schwangerschaftsurlaubs oder nach dessen Ablauf aufgetreten sei. Das Vereinigte Königreich schlägt vor, die Vorabentscheidungsfrage dahin zu beantworten, daß Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 der Richtlinie 76/207 vorbehaltlich der Vorschriften des nationalen Rechts im

Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie der Entlassung einer Frau wegen Fehlzeiten außerhalb des im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Mutterschaftsurlaubs nicht entgegensteht, auch wenn diese auf einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit beruhen, vorausgesetzt, daß der Mutterschaftsurlaub ausreicht, um es der Frau zu ermöglichen, sich von den normalen Folgen der Schwangerschaft zu erholen, und daß ein Mann, der während eines vergleichbaren Zeitraums — den Mutterschaftsurlaub nicht mitgerechnet — krank gemeldet war, ebenfalls entlassen worden wäre.

17. Die niederländische Regierung trägt vor, wenn es um Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs gehe, verstoße die Entlassung nicht gegen Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207. Die Mitgliedstaaten könnten nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie Vorschriften zum besonderen Schutz der Frauen bei Schwangerschaft und Entbindung erlassen, seien jedoch dazu nicht verpflichtet. Sie fügt hinzu, nach Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 92/85/EWG [3] seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis spätestens 19. Oktober 1994 die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Kündigung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten; dies gelte nicht in nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefällen, die in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen seien, wobei gegebenenfalls die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen müsse.

Nach Auffassung der niederländischen Regierung ist dies der Zeitraum, den der Gemeinschaftsgesetzgeber für den notwendigen Schutz der Arbeitnehmerinnen gegen Entlassungen wegen Fehlzeiten aufgrund der Schwangerschaft oder der Entbindung für ausreichend hält, ohne daß er den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlege, den Arbeitnehmerinnen einen weitergehenden Schutz zu gewähren. Aus diesem Grund schlägt die Regierung vor, die Vorabentscheidungsfrage zu verneinen.

18. Die Kommission beanstandet, daß in der vorliegenden Rechtssache keine Angaben über die das fragliche Arbeitsverhältnis betreffenden nationalen Rechtsvorschriften und vertraglichen Bestimmungen gemacht worden seien, und insbesondere, daß nichts dazu vorgetragen worden sei, ob Krankheitszeiten während der Schwangerschaft bei der Berechnung der krankheitsbedingten Fehlzeiten mit Fehlzeiten wegen Krankheit nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs zusammengerechnet werden dürften.

Nach Auffassung der Kommission verlangt die Beantwortung der Vorabentscheidungsfrage eine Stellungnahme zu zwei Aspekten: Erstens sei klarzustellen, ob die im Urteil Hertz entwickelten Grundsätze auch in

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.

einem Fall anwendbar seien, in dem die Krankheit bereits während der Schwangerschaft aufgetreten sei, während des Mutterschaftsurlaubs fortbestanden habe und erst nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs geheilt worden sei, und zweitens sei festzustellen, ob es gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße, wenn der Arbeitgeber bei der Berechnung der Fehlzeiten, die nach nationalem Recht die Entlassung rechtfertigten, sowohl die Fehlzeiten zwischen dem Beginn der Schwangerschaft und dem Beginn des Mutterschaftsurlaubs als auch die Dauer des Mutterschaftsurlaubs berücksichtige. Zur Begründung der Entlassung von Frau Larsson sei auf ihre „lange Abwesenheit" hingewiesen worden; unter Berücksichtigung der Tatsache, daß ihr Mutterschaftsurlaub am 18. September 1992 abgelaufen sei und sie danach einen Monat Jahresurlaub genommen habe, sei sie jedoch zum Zeitpunkt der Mitteilung ihrer Entlassung der Arbeit weniger als einen Monat wegen Krankheit ferngeblieben.

19. Die Kommission vertritt die Auffassung, daß sich der Arbeitgeber, wenn er die Zeit des Mutterschaftsurlaubs als Fehlzeit für die Entlassung berücksichtige, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zuschulden kommen lasse, da die Entlassung in diesem Fall auf einen Umstand gestützt werde, der nur Frauen betreffe. Soweit es um eine Entlassung aufgrund von Fehlzeiten infolge einer allgemeinen Krankheit während der Schwangerschaft gehe, habe das Gemeinschaftsrecht vor Inkrafttreten der Richtlinie 92/85 der Entlassung einer Frau nicht entgegengestanden, wenn Männer unter den gleichen Voraussetzungen entlassen worden wären. Für den Fall einer Krankheit, die auf der Schwangerschaft beruhe und vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs auftrete, vertritt die Kommission nach Prüfung mehrerer möglicher Lösungen die Meinung, daß es aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes gegen die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 verstoße, wenn der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Entlassung Fehlzeiten einer schwangeren Frau wegen Krankheit berücksichtigte, sofern die Krankheit auf der Schwangerschaft beruhe. Nach der Überzeugung der Kommission stellt das in Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 92/85 ausgesprochene Verbot der Entlassung einer Frau in der Zeit zwischen dem Beginn der Schwangerschaft und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs nur eine Bestätigung des vorherigen Rechtszustands dar.

Die Kommission hat dem Gerichtshof vorgeschlagen, auf die Vorabentscheidungsfrage zu antworten, daß Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 der Entlassung einer Frau nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs aufgrund einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegensteht, sofern diese Entlassung nicht ganz oder teilweise mit Fehlzeiten während der Schwangerschaft oder des Mutterschaftsurlaubs begründet wird.

20. In ihren Erklärungen vor dem Gerichtshof haben beide Parteien des Ausgangsverfahrens sowie das Vereinigte Königreich, die niederländische Regierung und die Kommission darauf hingewiesen, daß die Frage, die in der Rechtssache Hertz vorgelegt und entschieden worden sei, und die Frage, die hier vorgelegt worden sei, weitgehend übereinstimmten. Ich stimme ihnen darin zu, daß die beiden Rechtssachen einige Ähnlichkeiten aufweisen. Zwischen ihnen besteht jedoch ein grundlegender Unterschied, den ich ausführlich behandeln werde.

21. In der Rechtssache Hertz lag folgender Sachverhalt vor: Frau Hertz war am 15. Juli 1983 als teilzeitbeschäftigte Kassiererin und Verkäuferin in einem Supermarkt angestellt worden. Ein Jahr später brachte sie nach einer komplizierten Schwangerschaft, in der sie in Absprache mit ihrem Arbeitgeber die meiste Zeit über krank geschrieben war, ein Kind zur Welt. Nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs, der 24 Wochen von der Entbindung an dauerte, nahm Frau Hertz Ende 1983 ihre Arbeit wieder auf. Bis Juni 1984 hatte sie keine gesundheitlichen Probleme. Von Juni 1984 bis Juni 1985 war sie an 100 Arbeitstagen krank geschrieben. Zwischen den Parteien war unstreitig, daß die Krankheit eine Folge ihrer Schwangerschaft und Entbindung war.

Im Juni 1985 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der gesetzlichen Frist von vier Monaten, indem er erklärte, der Grund für die Kündigung seien ihre wiederholten Fehlzeiten und es entspreche der üblichen Praxis, Mitarbeiter in einem solchem Fall zu entlassen.

22. Das nationale Gericht, dem dieser Rechtsstreit zur Entscheidung vorlag, ersuchte den Gerichtshof um Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207, da es wissen wollte, ob diese Bestimmungen eine Entlassung aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit erfassen und ob gegebenenfalls der Schutz gegen Entlassungen aufgrund einer derartigen Krankheit ohne zeitliche Begrenzung gilt.

23. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil wie folgt entschieden: „Bei Krankheiten, die erst nach dem Mutterschaftsurlaub auftreten, besteht kein Anlaß, zwischen durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheiten und anderen Krankheiten zu unterscheiden. Solche pathologischen Zustände fallen somit unter die allgemeine Regelung für Krankheitsfälle." [4] Auf die vorgelegten Fragen hat er geantwortet, daß Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 vorbehaltlich der Vorschriften des nationalen Rechts im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie Entlassungen aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegensteht.

24. Wenn ich die beiden Rechtssachen vergleiche, bemerke ich einige Ähnlichkeiten, da sowohl Frau Hertz als auch Frau Larsson nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs von ihrem Arbeitgeber entlassen wurden und in beiden Fällen als Grund Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit angegeben wurden.

4 — Urteil zitiert in Fußnote 2, Randnr. 16.

25. Wäre der einzige Unterschied zwischen den beiden Rechtssachen der, daß im Fall von Frau Hertz die Krankheit nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs auftrat, während die Krankheit von Frau Larsson während der Schwangerschaft auftrat, müßte die Antwort meines Erachtens in beiden Fällen die gleiche sein. Denn wie der Gerichtshof im Urteil Hertz ausgeführt hat, sind „männliche und weibliche Arbeitnehmer ... in gleichem Maß dem Krankheitsrisiko ausgesetzt. Wenn auch bestimmte Gesundheitsstörungen spezifisch für das eine oder das andere Geschlecht sind, kommt es somit lediglich darauf an, ob eine Frau unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Mann aufgrund von Fehlzeiten wegen Krankheit entlassen wird; ist dies der Fall, so liegt keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor." [5]

26. Deshalb darf sich der Gerichtshof meines Erachtens nicht darauf beschränken, die Vorabentscheidungsfrage in dieser Weise zu beantworten, sondern muß weiter in die Prüfung des vorliegenden Falles eintreten, da dies nicht der einzige Unterschied ist. Wenn wir die beiden Rechtssachen noch einmal miteinander vergleichen, wird ersichtlich, daß im Fall von Frau Hertz die Fehlzeiten wegen Krankheit, mit denen ihre Entlassung begründet wurde, insgesamt 100 Arbeitstage ausmachten, die sich auf ein Jahr verteilten und alle nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs lagen. Frau Larsson wurde dagegen weniger als einen Monat nach dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Arbeit hätte wiederaufnehmen müssen, nachdem der Mutterschaftsurlaub und der Jahresurlaub beendet waren, entlassen.

5 — Ebenda, Randnr. 17.

Aus diesem Grund halte ich es für notwendig, der Möglichkeit nachzugehen, daß zur Begründung der Entlassung von Frau Larsson nicht nur dieser Zeitraum berücksichtigt wurde, sondern auch die ungefähr fünf Monate, in denen sie während der Schwangerschaft krank geschrieben war, und außerdem zu prüfen, ob dies mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 vereinbar wäre.

27. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn das vorlegende Gericht mehr Angaben über das dänische Recht gemacht hätte, das auf Entlassungen wegen Abwesenheit vom Arbeitsplatz und insbesondere auf Entlassungen wegen Krankheit anwendbar ist. Jedenfalls ist unabhängig vom Inhalt der fraglichen Rechtsvorschriften klar, daß bei einer Entlassung männlichen und weiblichen Arbeitnehmern die gleiche Behandlung ohne Unterscheidung aufgrund des Geschlechts zuteil werden muß.

28. Damit das vorlegende Gericht eine möglichst vollständige Antwort erhält, werde ich zunächst die Situationen prüfen, in denen sich eine Arbeitnehmerin, die entbunden hat, im Hinblick auf Fehlzeiten aus medizinischen Gründen befinden kann.

Sodann werde ich für den Fall, daß bei der Entlassung von Frau Larsson die ungefähr fünf Monate mitgerechnet worden sind, in denen sie während der Schwangerschaft krank geschrieben war, anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung der Richtlinie 76/207 untersuchen, ob diese Entlassung die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgebots erfüllt oder ob sich der Arbeitgeber vielmehr einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schuldig gemacht hat, indem er eine Situation berücksichtigt hat, in der sich nur Frauen befinden können. Dabei werde ich die Auffassung von Generalanwalt Darmon [6] und von Generalanwalt Tesauro [7] — die ich teile — berücksichtigen, daß die Herstellung der vollständigen Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der Arbeit es verbietet, beim Zugang zur Beschäftigung sowie während des Beschäftigungsverhältnisses einem Umstand Rechnung zu tragen, der per definitionem nur Frauen betrifft.

Die Fehlzeiten nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs

29. Wie ich in Nummer 25 bereits ausgeführt habe, bin ich der Auffassung, daß auf die krankheitsbedingten Fehlzeiten nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs die im Urteil Hertz aufgestellten Grundsätze anzuwenden sind, und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die Krankheit aufgetreten ist und ob sie auf der Schwangerschaft oder der Entbindung beruht. Im Fall von Frau Larsson ist die Fehlzeit nach Ablauf des Jahresurlaubs für die Entlassung ebenso zu berücksichtigen, wie dies bei einem männlichen Arbeitnehmer geschehen würde.

Der Mutterschaftsurlaub

30. Bekanntlich waren die Mitgliedstaaten vor dem 19. Oktober 1994 — dem Zeitpunkt, zu dem die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 92/85 in das nationale Recht ablief — gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207, die sich, was wir nicht aus den Augen verlieren sollten, auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen u. a. hinsichtlich der Arbeitsbedingungen bezieht, befugt, Maßnahmen zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zu erlassen. Der Mutterschaftsurlaub, der im Fall von Frau Larsson nach dänischem Arbeitsrecht 24 Wochen betrug, ist das typischste Beispiel für Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Vorschrift zum Schutz der Frau erlassen haben.

Da es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung handelt, die

6 — Schlußanträge in der Rechtssache 177/88 (Dekker, Urteil vom 8. November 1990, Slg. 1990, I-3941, insb. I-3961, Randnr. 26).

7 — Schlußanträge in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Urteil vom 14. Juli 1994, Slg. 1994, I-3567, insb. I-3573, Randnr. 8).

bezweckt, die Frau nach der Entbindung während eines bestimmten Zeitraums von ihren Arbeitsverpflichtungen zu befreien, bin ich der Auffassung, daß sie nicht nur während dieses Zeitraums nicht entlassen werden darf, sondern daß ihr Fernbleiben vom Arbeitsplatz ihr auch nicht für eine spätere Kündigung angerechnet werden darf. Diese Auslegung ergibt sich unmittelbar aus folgender Feststellung des Gerichtshofes im Urteil Hertz: „Die Richtlinie ... läßt ... nationale Vorschriften zu, die den Frauen besondere Rechte wegen Schwangerschaft und Mutterschaft, so zum Beispiel einen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub, sichern. Daraus folgt, daß die Frau *während dieses ihr nach nationalem Recht zustehenden Urlaubs dagegen gesichert ist, aufgrund ihres Fernbleibens von der Arbeit entlassen zu werden ...*" [8]

Die krankheitsbedingten Fehlzeiten während der Schwangerschaft

31. Diese Frage ist im Gemeinschaftsrecht nicht geregelt, und auch der Gerichtshof hat nicht dazu Stellung genommen. Da sie nicht in jedem Mitgliedstaat geregelt ist, so daß sich wegen Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 eine Ungleichbehandlung ergibt, ist sie nach Artikel 5 Absatz 1 zu entscheiden, der den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen aufstellt.

32. Zwar verpflichtet Artikel 10 der Richtlinie 92/85 die Mitgliedstaaten, die Kündigung von Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten. Meines Erachtens enthält diese Vorschrift jedoch aus folgenden Gründen nicht die Lösung des vorliegenden Problems:

Erstens wurde Frau Larsson weder während der Schwangerschaft noch während des Mutterschaftsurlaubs entlassen, sondern nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs (wobei ich davon absehe, daß die Frist für die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie in das innerstaatliche Recht nach Eintritt der Tatsachen, die ich gerade prüfte, ablief).

Zweitens sieht die Richtlinie 92/85, die eine eindeutige Schutzregelung enthält, eine unterschiedliche Behandlung zugunsten der schwangeren Frauen, der Wöchnerinnen und der stillenden Frauen vor, die insbesondere bezweckt, deren Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz zu fördern. Der Gesetzgeber selbst führt in der neunten Begründungserwägung aus, daß dieser Schutz Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligen und die Richtlinien über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht beeinträchtigen darf.

8 — Urteil Hertz, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 15 (Hervorhebung von mir).

Und schließlich bleibt — selbst für den Fall, daß das genannte zeitlich begrenzte Entlassungsverbot, das dadurch gerechtfertigt ist, daß die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit ihrem Zustand in Verbindung stehen, sich schädlich auf die physische und psychische Verfassung der Arbeitnehmerin auswirken kann [9], im vorliegenden Fall anwendbar ist — weiter unklar, ob krankheitsbedingte Fehlzeiten während der Schwangerschaft bei der Berechnung der Fehlzeiten, die eine Entlassung nach Abschluß des Mutterschaftsurlaubs rechtfertigen, mit solchen vor oder nach der Schwangerschaft zusammengezählt werden dürfen.

33. Für die Entscheidung der Frage, ob die krankheitsbedingten Fehlzeiten während der Schwangerschaft als Fehlzeiten angesehen werden können, die zu einer Entlassung führen, die die Voraussetzungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen erfüllt, ist nach der Ursache der Krankheit zu unterscheiden. Meines Erachtens besteht kein objektiver Grund dafür, die krankheitsbedingten Zeiten des Fernbleibens einer schwangeren Frau vom Arbeitsplatz für die Entlassung nicht ebenso zu berücksichtigen, wie dies auch bei einem Mann geschehen würde, selbst wenn der Arbeitgeber seit dem 19. Oktober 1994 das Ende ihres Mutterschaftsurlaubs abwarten muß, um die Frau zu entlassen. Ich glaube vielmehr, daß die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen diese Berücksichtigung erfordert.

34. Können krankheitsbedingte Fehlzeiten einer schwangeren Frau nun ebenso behandelt werden, wenn die Krankheit auf der Schwangerschaft beruht?

Diese Frage ist aus zwei Gründen zu verneinen.

35. Der erste Grund ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der, auch wenn er zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen hat, sehr klar zum Ausdruck gebracht hat, wie die Entlassung einer Frau aufgrund ihrer Schwangerschaft zu qualifizieren ist. Es handelt sich um die Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 76/207, die sich, soweit hier erheblich, wie folgt zusammenfassen läßt:

— Die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, während die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen Krankheit, die nicht durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht sind, keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund

9 — Fünfzehnte Begründungserwägung.

des Geschlechts darstellt, sofern auch Männer unter den gleichen Voraussetzungen aufgrund solcher Fehlzeiten entlassen würden [10];

— die Schwangerschaft ist nicht mit einem krankhaften Zustand und auch nicht mit mangelnder Verfügbarkeit aus nichtmedizinischen Gründen vergleichbar, also mit Umständen, die die Entlassung einer Frau begründen können, ohne daß diese Entlassung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt [11];

— die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin läßt sich weder dadurch rechtfertigen, daß ein gesetzliches Verbot, das wegen der Schwangerschaft aufgestellt worden ist, die Arbeitnehmerin zeitweilig daran hindert, eine Nachtarbeit zu verrichten, noch dadurch, daß sie unfähig ist, eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrags zu erfüllen [12].

36. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung wäre es meines Erachtens widersprüchlich, einerseits zu behaupten, daß die Entlassung einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, daß die Schwangerschaft nicht mit einer Krankheit verglichen werden kann oder daß die Entlassung einer schwangeren Frau nicht damit gerechtfertigt werden kann, daß sie unfähig ist, eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrags zu erfüllen, und andererseits zu akzeptieren, daß die Zeiten, in denen die schwangere Frau wegen einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit vom Arbeitsplatz fernbleiben mußte, für eine Entlassung berücksichtigt werden, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs ausgesprochen wird.

37. Der zweite Grund ergibt sich aus der Anwendung des in Artikel 5 Absatz 1 verankerten Grundsatzes der Gleichbehandlung, der besagt, daß bei einer Entlassung Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden müssen.

38. Wie ich bereits ausgeführt habe, wurde Frau Larsson nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs wegen ihrer — mit den Worten ihres Arbeitgebers — „langen Abwesenheit" entlassen. Es ist jedoch unstreitig, daß ihr die Entlassung weniger als vier Wochen nach dem Zeitpunkt mitgeteilt wurde, zu dem sie nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs und des Jahresurlaubs die Arbeit wieder hätte aufnehmen müssen.

Zum Zeitpunkt der Mitteilung der Entlassung konnte ihre Abwesenheit von ihrem Arbeitplatz nur als lang angesehen werden, wenn bei der Berechnung zumindest die fast fünf Monate, in denen sie krank geschrieben

10 — Urteil Hertz, zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 13 und 14.

11 — Urteil Webb, zitiert in Fußnote 7, Randnr. 25.

12 — Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 25) und Urteil Webb, zitiert in Fußnote 7, Randnr. 26.

war, bevor ihr Mutterschaftsurlaub begann, und von denen viereinhalb Monate der schwangerschaftsbedingten Beckenlockerung zuzuschreiben sind, sowie vielleicht, wenn auch nicht notwendigerweise, der Mutterschaftsurlaub berücksichtigt wurden. Ich glaube nicht, daß der Jahresurlaub berücksichtigt worden ist.

39. Für die Prüfung der Frage, ob eine unter diesen Umständen ausgesprochene Entlassung die Voraussetzungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen erfüllt oder ob es sich um eine diskriminierende Entlassung handelt, ist, wie ich bereits in Nummer 28 ausgeführt habe, davon auszugehen, daß die Herstellung der vollständigen Gleichheit von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern es verbietet, beim Zugang zur Beschäftigung sowie während des Beschäftigungsverhältnisses eine Situation zu berücksichtigen, in der sich per definitionem nur Frauen befinden können.

40. Die Schwangerschaft ist ein zeitlich begrenzter Zustand, in dem sich nur Frauen befinden können und der sie nicht abstrakt, sondern sehr konkret betrifft und der als leicht einzustufende Beschwerden bis hin zu wirklichen gesundheitlichen Problemen mit sich bringt, die manche Frauen zwingen, ihrem Arbeitsplatz eine längere oder kürzere Zeit unter größeren oder geringeren Schmerzen fernzubleiben, um die Schwangerschaft nicht zu gefährden.

41. Es erscheint mir selbstverständlich, daß, da die Schwangerschaft eine Situation darstellt, in der sich nur Frauen befinden können, die damit zusammenhängenden gesundheitlichen Probleme nicht unter die allgemeine, für Männer und Frauen geltende Regelung für Krankheitsfälle fallen können.

Wenn nämlich bei der Begründung einer Entlassung die Fehlzeiten der Schwangeren wegen schwangerschaftsbedingter gesundheitlicher Probleme den krankheitsbedingten Fehlzeiten eines Mannes gleichgestellt würden, würden dieselben Vorschriften über die Berechnung der Fehlzeiten, die zu einer Entlassung führen können, auf verschiedene Situationen — Schwangerschaft und Krankheit — angewandt, was eine unmittelbare Diskriminierung der Frau aufgrund des Geschlechts darstellen würde.

42. Aus diesen beiden Gründen bin ich der Auffassung, daß für die Anwendung des in Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 verankerten Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen ein Schlußstrich in dem Moment zu ziehen ist, in dem der Mutterschaftsurlaub abläuft. Von diesem Zeitpunkt an fällt jede Krankheit, an der eine Frau leidet, unabhängig davon, ob sie auf der Schwangerschaft oder der Entbindung beruht, unter die allgemeine, auf alle Arbeitnehmer anwendbare Regelung. Die vor der Entbindung liegenden Fehlzeiten wegen schwangerschaftsbedingter gesundheitlicher Probleme können dagegen krankheitsbedingten Fehlzeiten eines Mannes gleichgestellt und für eine Entlassung herangezogen werden.

Schlußantrag

Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Sø- og Handelsret folgende Antwort zu geben:

Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 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 steht der Entlassung einer Frau aufgrund von Fehlzeiten nach dem Mutterschaftsurlaub nicht entgegen, wenn diese Fehlzeiten auf einer Krankheit beruhen, die während der Schwangerschaft aufgetreten ist und während und nach dem Mutterschaftsurlaub fortbestanden hat, sofern bei der Berechnung der Zeiten der Abwesenheit vom Arbeitsplatz für die Entlassung die Fehlzeiten vor der Entbindung infolge von schwangerschaftsbedingten gesundheitlichen Problemen nicht berücksichtigt werden.