SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO

vom 27. Januar 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die dem Gerichtshof vom Arbeitsgericht Regensburg vorgelegten Vorabentscheidungsfragen betreffen die Auslegung mehrerer 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] (nachstehend: Richtlinie).

Das vorlegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob es nach der Richtlinie mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar ist, wenn eine nationale Rechtsvorschrift, die Nachtarbeit während der Schwangerschaft verbietet, es zuläßt, den zwischen einem Arbeitgeber und einer schwangeren Arbeitnehmerin in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft geschlossenen Arbeitsvertrag als nichtig anzusehen oder ihn zu kündigen.

2. Zum Verständnis der Tragweite der Frage ist es erforderlich, den gemeinschaftsrechtlichen und den nationalen rechtlichen Rahmen zusammenzufassen.

Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie „[beinhaltet] der Grundsatz der Gleichbehandlung ..., daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf". Die Anwendung dieses Grundsatzes betrifft insbesondere „die Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen" (Artikel 3 Absatz 1) sowie „die Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen" (Artikel 5 Absatz 1). Schließlich wird in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie klargestellt, daß diese „nicht den Vorschriften zum Schutze der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen[steht]".

Unter den einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften ist an erster Stelle auf § 8 Absatz 1 des Mutterschutzgesetzes hinzuweisen, wonach „werdende ... Mütter ... nicht in der Nacht zwischen 20 und 6 Uhr ... beschäftigt werden [dürfen]". Nach § 119 BGB kann, „wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war ... die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des

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

Falles nicht abgegeben haben würde" (Absatz 1); nach Absatz 2 gilt „als Irrtum über den Inhalt der Erklärung ... auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person ..., die im Verkehr als wesentlich angesehen werden". Schließlich ist auf § 134 BGB hinzuweisen, wonach „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ... nichtig [ist], wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt".

3. Ich komme jetzt zum Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache. Frau Habermann ist examinierte Altenpflegerin. Sie wurde am 23. März 1992 von der Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Niederbayern/Oberpfalz, als Nachtwache in einem Altenheim eingestellt. Der Arbeitsvertrag, wonach Frau Habermann ausschließlich im Nachtdienst eingesetzt werden sollte, wurde am 1. April 1992 wirksam. Aus einem ärztlichen Attest vom 29. Mai 1992 ergab sich, daß Frau Habermann, die seit dem 29. April wegen Krankheit nicht arbeitete, schwanger war. Die Schwangerschaft hatte nach Feststellung des nationalen Gerichts am 11. März 1992 — also zwölf Tage vor der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags — begonnen.

Unter Berufung auf § 8 Absatz 1 des Mutterschutzgesetzes teilte die Arbeiterwohlfahrt Frau Habermann mit Schreiben vom 4. Juni 1992 mit, daß der am 23. März 1992 geschlossene Arbeitsvertrag nichtig sei.

4. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß nach einhelliger Meinung in der deutschen Lehre und Rechtsprechung ein Verstoß gegen das Nachtarbeitsverbot, sofern keine besondere Ausnahmevorschrift vorliegt, gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit des Vertrags nach sich zieht. Außerdem ist im Vorlagebeschluß ausgeführt, daß das genannte Schreiben vom 4. Juni 1992 auch als Auflösung des Arbeitsvertrags ausgelegt werden könne, und zwar im Hinblick darauf, daß der Arbeitgeber den Vertrag aufgrund des Irrtums über das Vorliegen der Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person betreffe, nach § 119 Absatz 2 BGB habe anfechten können, was die Beendigung des Vertrags zur Folge habe.

Da das vorlegende Gericht Zweifel hat, ob die Rechtsprechungspraxis, die aus dem Verbot der Nachtarbeit von Schwangeren die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags oder dessen Auflösbarkeit ableite, mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sei, der durch die Gemeinschaftsrichtlinie bekräftigt werde, hat es von der Möglichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof Gebrauch gemacht.

5. Es stellt im einzelnen folgende Fragen:

1) Sind die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofes vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 zur Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 (ABl. L 39, S. 40) und ist der Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 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 so auszulegen,

daß der zwischen einem Arbeitgeber und einer schwangeren Arbeitnehmerin in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossene Arbeitsvertrag nicht wegen des aufgrund der Schwangerschaft bestehenden Beschäftigungsverbots (Nachtarbeit) unwirksam ist?

2) Verstößt es insbesondere gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Artikel 3 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207,

a) falls der mit der schwangeren Arbeitnehmerin abgeschlossene Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen das während der Schwangerschaft zum Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin bestehende Beschäftigungsverbot (Nachtarbeit) als nichtig anzusehen wäre,

b) falls der Arbeitgeber aufgrund seines Irrtums über das Bestehen einer Schwangerschaft bei Vertragsabschluß den Arbeitsvertrag anfechten und damit dessen Beendigung herbeiführen könnte?

Aus der Formulierung dieser beiden Fragen ergibt sich ohne weiteres, daß sie keine getrennte Beantwortung erfordern, da in der ersten Frage die Fragestellungen allgemeiner gefaßt sind, die in der zweiten Frage dann näher ausgeführt werden. Ich bin daher der Auffassung, daß es genügt, die zweite Frage zu prüfen, da mit ihr das Problem aufgeworfen wird, ob die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag (der mit einer Schwangeren geschlossen wurde, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Schwangerschaft keine Kenntnisse hatte) gemäß § 134 BGB als nichtig anzusehen (Fallgestaltung a), oder die Möglichkeit für den Arbeitgeber, den fraglichen Vertrag gemäß Artikel 119 BGB anzufechten und seine Auflösung zu verlangen (Fallgestaltung b), mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar ist.

6. Zunächst ist aber auf eine von der Arbeiterwohlfahrt aufgeworfene Grundsatzfrage einzugehen, die geltend macht, daß die Lösung des Ausgangsrechtsstreits nicht von der Richtlinie 76/207 abhängen könne, da es sich um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen handele und der Gerichtshof bis jetzt die horizontale Direktwirkung dieser Richtlinie verneint habe.

Es scheint mir allerdings nicht richtig zu sein, das Problem als ein solches der „horizontalen Wirkung" der Richtlinie darzustellen, da, wie bereits erwähnt, die Möglichkeit, die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags in einem Fall wie dem vorliegenden geltend zu machen, von der Auslegung abhängt, die die obersten deutschen Gerichte (auch) diesen in Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Vorschriften (die, soweit ersichtlich, ordnungsgemäß umgesetzt worden ist) gegeben haben.

Ich bin nämlich der Auffassung, daß das nationale Gericht im vorliegenden Fall festzustellen hat, ob gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der in der Richtlinie 76/207 bestätigt wird, und folglich gemäß den zur Durchführung der Richtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften, die Frau einen Anspruch darauf hat, den Arbeitsplatz zu behalten. In einer solchen Situation kann, wie der Gerichtshof bereits vor längerer Zeit erklärt hat, „eine Auslegung der Richtlinie unabhängig von ihren Wirkungen ... für das nationale Gericht zweckmäßig sein, damit sichergestellt wird, daß das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz gemeinschaftskonform ausgelegt und angewendet wird" [2].

Hinzu kommt, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, daß ein nationales Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts „seine Auslegung ... 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].

2 — Urteil vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 111/75, Mazzalai (Slg. 1976, 657, Randnr. 10).

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

In einem Fall wie dem vorliegenden stellt sich also kein Problem der „horizontalen" Wirkungen der fraglichen Richtlinie, da das nationale Gericht bei der Anwendung der einschlägigen nationalen Vorschriften, insbesondere des § 8 des Mutterschutzgesetzes, seine Auslegung am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten hat.

7. Ich komme jetzt zur eigentlichen Frage. Das vorlegende Gericht zeigt auf, wie der Umstand, daß ein Arbeitsvertrag mit einer schwangeren Arbeitnehmerin aufgrund der Tatsache, daß sie während der Schwangerschaft ihre vertragsgemäß geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen darf, als nichtig angesehen wird, für Frauen wegen ihres Geschlechts bereits den Zugang zu bestimmten Arbeitsplätzen erschweren kann, weil die bei Vertragsabschluß bestehende (wenn auch unbekannte) Schwangerschaft die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hätte. Frauen wäre somit wegen der Schwangerschaft der Zugang zu bestimmten Arbeitsplätzen verwehrt, auch wenn die Arbeitsleistung nur vorübergehend nicht erbracht werden kann.

So gesehen käme die Nichtigerklärung, soweit sie ex tunc wirkt und somit dieselbe Wirkung hat, als wäre kein Vertrag geschlossen worden, einer Verweigerung der Einstellung gleich. Die Auflösung des Vertrags wegen des Irrtums über das Vorliegen der Schwangerschaft, mit der das Arbeitsverhältnis mit Wirkung ex nunc beendet wird, wäre dagegen einer Kündigung gleichzusetzen.

8. Zwar ist unabhängig von der formalen juristischen Einordnung die tatsächliche Folge in beiden Fällen der Verlust des Arbeitsplatzes. Ich halte es jedoch für erforderlich, das Problem entsprechend dem Ersuchen des vorlegenden Gerichts unter Berücksichtigung beider Fälle zu prüfen.

Der Fall der Verweigerung der Einstellung wird von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie erfaßt, in dem der Grundsatz der Gleichbehandlung in bezug auf die Bedingungen des Zugangs zu den Arbeitsplätzen einschließlich der Auswahlkriterien enthalten ist. In dem Urteil Dekker, auf das das vorlegende Gericht in seiner ersten Frage verweist und in dem über die Auslegung dieser Vorschrift zu befinden war, hat der Gerichtshof festgestellt, daß „die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt" [4], die als solche mit der Richtlinie unvereinbar ist. Folglich darf die Schwangerschaft bei der Verweigerung der Einstellung nicht in Betracht gezogen werden, und zwar offensichtlich unabhängig von der Art der Tätigkeit.

9. Der vorliegende Fall liegt jedoch, jedenfalls auf den ersten Blick, insofern anders als der in der Rechtssache Dekker, als die Verweigerung der Einstellung keine unmittelbare und sofortige Folge der Schwangerschaft, sondern des Nachtarbeitsverbots für Schwangere ist, das jedoch als Folge der Schwangerschaft gilt. Folglich würde die Nichtbefolgung des Nachtarbeitsverbots letztlich zu einem grundlegenden Fehler des Arbeitsverhältnisses führen.

Da die Fortsetzung der Nachtarbeit gegen eine Vorschrift des Strafrechts verstoßen würde, ist im Laufe des Verfahrens vorgetragen worden, daß in einem so gelagerten Fall nicht von einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts die Rede sein könne, zumal Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Befugnis lasse, Vorschriften zum Schutz der Frau, die die „Schwangerschaft und Mutterschaft" beträfen, zu erlassen oder beizubehalten.

10. Hierzu ist festzustellen, daß die Rechtmäßigkeit der deutschen Vorschrift, die Schwangeren die Nachtarbeit verbietet, im Hinblick auf Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie völlig unstreitig ist. Es geht nämlich um eine Rechtsvorschrift, die den Arbeitnehmerinnen, die sich in einer solchen Lage befinden, besonderen Schutz gewährt, und die damit eindeutig unter die in der Richtlinie vorgesehene Ausnahme fällt.

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu fragen, ob es legitim ist, die fragliche Ausnahme so anzuwenden, daß ein mit einer Schwangeren geschlossenen Arbeitsvertrag für nichtig erklärt oder aufgelöst werden kann. Dies ist die Grundfrage, die sich im vorliegenden Fall stellt.

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

11. In dieser Hinsicht weise ich vor allem darauf hin, daß es, wie der Gerichtshof hervorgehoben hat [5], die besondere Verfassung der Frau in der Zeit vor und unmittelbar nach der Entbindung ist, die besonders geschützt wird und so Gegenstand einer Ungleichbehandlung sein kann. Bei richtiger Betrachtung können die in Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie erlassenen Rechtsvorschriften also nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung bezeichnet werden, da sie vielmehr dazu dienen, die materielle Wirksamkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten, indem sie die zu seiner Verwirklichung erforderliche „Ungleichheit" zulassen. Es handelt sich letztlich um Fälle, in denen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen eine andere Behandlung zulässig oder geboten ist, um eine materielle Gleichbehandlung zu erreichen und keine formale, die das Gegenteil von Gleichheit darstellen würde.

Aus diesem nicht zu bestreitenden Zweck der Vorschrift ergibt sich nach meiner Auffassung jedenfalls grundsätzlich, daß mit Rücksicht auf die Mutterschaft, also zum Schutz der Frauen erlaubte „Diskriminierungen" nicht in einer Weise durchgeführt werden dürfen, die sie vom Arbeitsmarkt ausschließen. Ein solches Ergebnis liefe nämlich ganz offensichtlich der Zielsetzung der Richtlinie (die Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu gewährleisten) und der Zielsetzung der Ausnahme (die Ungleichbehandlung *zugunsten* der Schwangeren zuzulassen, um diese besondere körperliche Verfassung zu schützen) zuwider. Die materielle Gleichheit von Mann und Frau in der Arbeitswelt erfordert nämlich, daß eine Tatsache, die — definitionsgemäß — nur die Frauen betrifft, nicht berücksichtigt wird, auch nicht im Hinblick auf den Zeitpunkt des Zugangs zur Arbeit. Und, es sei nochmals gesagt, es wäre paradox, wenn die Anerkennung der sozialen Funktion der Mutterschaft und der daraus folgende Schutz der Schwangeren umgekehrt zu deren Ausschluß vom Arbeitsmarkt führen würde.

12. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu dem Ergebnis, daß das an sich zulässige Nachtarbeitsverbot nicht in einer Weise angewendet werden darf, die die Wirksamkeit eines Vertrags über Nachtarbeit mit einer Schwangeren in Frage stellt, sondern nur als Verbot der tatsächlichen Leistung von Nachtarbeit [6]. Mit anderen Worten darf die zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung von Nachtarbeit, die sich aus dem besonderen Schutz der Schwangeren ergibt, weder als Rechtfertigung für die Verweigerung der Einstellung herangezogen werden noch das wirksame Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses behindern.

Der in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung schließt somit die Möglichkeit aus, die Schwangerschaft zum Zweck der Verweigerung der Einstellung zu berücksichtigen. Dies bedeutet außerdem, daß die Kenntnis von der Schwangerschaft bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses völlig unmaß-

5 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25).

6 — Die nationale Vorschrift enthält im übrigen das Verbot, Schwangere in der Nacht zu beschäftigen, und nicht das Verbot, sie einzustellen.

geblich ist und daß die Auflösung eines Arbeitsvertrags erst recht nicht als rechtmäßig angesehen werden kann, wenn die Betroffene bei der Unterzeichnung des Vertrags von ihrer Schwangerschaft keine Kenntnis hatte.

13. Zu den Fällen der Auflösung ist außerdem auf Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie hinzuweisen, der die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich der Entlassungsbedingungen verbietet. Insoweit hat der Gerichtshof in seinem Urteil „Hertz" festgestellt, daß „die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft ebenso wie die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen ..., eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt" [7]. Der Gerichtshof hat also auch die Entlassung wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und somit als mit der Richtlinie unvereinbar angesehen.

Nun kann die Auflösung eines Arbeitsvertrags allein wegen der Tatsache, daß die betreffende Arbeitnehmerin schwanger ist, zumindest im Grundsatz nichts anderes als eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. Dies ist im vorliegenden Fall besonders offensichtlich. Insoweit genügt nämlich schon der Hinweis, daß die Hinnahme der Vertragsauflösung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person, wobei die fragliche Eigenschaft gerade die Schwangerschaft ist, zwangsläufig bedeutet, daß nur Frauen sich in einer solchen Lage befinden können [8]. Außerdem schließt das deutsche Mutterschutzgesetz, wie das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß hervorhebt, die Entlassung wegen Schwangerschaft aus (§ 9).

14. Hier ist auch die 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 [9] von Bedeutung. Sie bestimmt nämlich, daß einer Schwangeren, die nachts arbeitet, das Recht gewährt werden muß, an einen Arbeitsplatz mit Tagarbeit umgesetzt oder beurlaubt zu werden (Artikel 7), ohne daß dies zum Verlust des Arbeitsplatzes führen darf (Artikel 10).

Auch wenn diese Richtlinie noch nicht in Kraft getreten ist (ihre Umsetzung in das innerstaatliche Recht muß bis Oktober 1994 gewährleistet sein), bestätigen die genannten Vorschriften die hier vertretene Auslegung von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207, daß die Auflösung des Arbeitsvertrags wegen Schwangerschaft nicht zulässig ist, auch wenn die Nachtarbeit gesetzlich verboten ist.

7 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-179/88 (Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund, Slg. 1990, I-3979, Randnr. 13).

8 — Insoweit sei darauf hingewiesen, daß das Bundesarbeitsgericht, das sich selbst auf das Urteil „Hertz" bezieht, unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung entschieden hat, daß sich ein Arbeitgeber zur Auflösung eines mit einer Schwangeren geschlossenen Arbeitsvertrags nicht mit der Begründung auf § 119 Absatz 2 BGB stützen kann, er sei arglistig über das Bestehen der Schwangerschaft getäuscht worden (Urteil vom 15. Oktober 1992, 2 AZR 227/92).

9 — ABl. L 348, S. 1.

15. Im Laufe des Verfahrens ist auch die Auffassung vertreten worden, daß die Nichtigerklärung des Arbeitsvertrags oder seine Kündigung in einem Fall wie dem vorliegenden nicht als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen werden dürfe, weil sie durch einen Umstand (gesetzliches Verbot einer bestimmten Beschäftigungsart) begründet seien, der für einen männlichen Arbeitnehmer in der gleichen Lage dieselbe Folge hätte.

Diese Auffassung halte ich für unbegründet, und ich glaube nicht, daß sich für sie das Urteil „Hertz" [10] anführen läßt, in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen Krankheit — auch wenn diese durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht sind — keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, sofern die Fehlzeiten nach dem Mutterschaftsurlaub auftreten und unter den gleichen Voraussetzungen auch zur Entlassung eines Mannes führen würden. In einem solchen Fall würden nämlich dieselben Voraussetzungen (eine bestimmte Anzahl von Fehlzeiten in einem bestimmten Zeitraum) auf Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts angewendet. Im vorliegenden Fall betrifft die Beendigung des Arbeitsvertrags dagegen eine Voraussetzung (Schwangerschaft), die mit Sicherheit nur für Frauen gilt.

16. Es bedarf wohl kaum des Hinweises, daß zur Rechtfertigung der behaupteten Diskriminierung auch nicht der finanzielle Schaden angeführt werden kann, der dem Arbeitgeber dadurch entsteht, daß er eine Arbeitnehmerin eingestellt hat, die während der gesamten Schwangerschaft in Urlaub ist, obwohl einzuräumen ist, daß der Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses in einer Situation wie der vorliegenden zu einer Erhöhung der finanziellen Belastung führt, die sich insbesondere für kleinere Unternehmen als erheblich erweisen kann.

Der Gerichtshof hat nämlich in dieser Hinsicht bereits festgestellt, 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." [11] Diese Überlegungen gelten auch für den vorliegenden Fall, da es auf den Umstand, daß die finanziellen Aufwendungen bei längeren Fehlzeiten höher ausfallen werden, aus dieser Sicht nicht ankommt.

17. Schließlich halte ich auch das Argument der Arbeiterwohlfahrt für unerheblich, wonach die hier vertretene Lösung zu Mißbrauch seitens der Frauen führen könnte. Es versteht sich nämlich von selbst, daß nicht von Mißbrauch die Rede sein kann, wenn anerkannt wird, daß schwangere Frauen —

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

11 — Urteil vom 8. November 1990 (Dekker, a. a. O., Randnr. 12).

allein wegen der Schwangerschaft — ihr Recht, eingestellt zu werden und ihren Arbeitsplatz zu behalten, nicht verlieren.

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, daß eine Frau wirklich die Geburt eines Kindes nach der Möglichkeit einer Nachtarbeit „programmiert", wäre ihr auch die Fähigkeit zuzugestehen, die Berechnung so vorzunehmen, daß sie erst nach der Unterzeichnung des Vertrags schwanger wird: Dies würde ihr die Probleme ersparen, denen Frau Habermann gegenübersteht. Es bedarf wohl kaum des Hinweises, daß es genügt hätte, wenn die Schwangerschaft nicht am 11., sondern am 24. März, dem Tag nach der Vertragsunterzeichnung, begonnen hätte, um vor einer Vertragsanfechtung sicher zu sein. Im Ergebnis sehe ich in dem Hinweis auf eine fernliegende und unwahrscheinliche Mißbrauchsmöglichkeit nichts, was zur Lösung des vorliegenden Rechtsproblems beitragen könnte.

18. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich vor, die Fragen des Arbeitsgerichts Regensburg wie folgt zu beantworten:

1) Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG stehen der Auslegung einer nationalen Rechtsvorschrift entgegen, die zur Nichtigkeit eines mit einer Schwangeren geschlossenen Arbeitsvertrags führt, soweit sich diese Nichtigkeit nur aus dem zum Schutz von Schwangeren erlassenen Verbot der Leistung von Nachtarbeit ergibt.

2) Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG sind dahin auszulegen, daß sie der Auflösung eines mit einer Schwangeren geschlossenen Arbeitsvertrags wegen des Irrtums über das Bestehen einer Schwangerschaft entgegenstehen.