SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 5. Februar 1998 *

Inhaltsverzeichnis

I — Das Ausgangsverfahren vor den nationalen Gerichten ..... I - 4188

II — Die Vorlagefragen ..... I - 4190

III — Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ..... I - 4191

IV — Die nationalen Vorschriften ..... I - 4192

V — Im Vorabentscheidungsverfahren eingereichte Erklärungen ..... I - 4195

VI — Prüfung der Vorlagefragen ..... I - 4197

A — Vorbemerkungen ..... I - 4197

B — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendung der Rechte nach der Richtlinie 76/207 bei schwangeren Arbeitnehmerinnen oder Wöchnerinnen I - 4201

1. Zu den Urteilen Dekker und Hertz, in denen der Gerichtshof die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen, als diskriminierend behandelt hat, nicht aber ihre Entlassung wegen Arbeitsunfähigkeit nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs, auch wenn die Erkrankung auf die Entbindung zurückzuführen war ..... I - 4201

2. Zum Urteil Habermann-Beltermann, in dem der Gerichtshof die Nichtigerklärung oder Anfechtung eines Arbeitsvertrags infolge des gesetzlichen Verbotes der Nachtarbeit für schwangere Frauen als diskriminierend behandelt hat ..... I - 4207

3. Zum Urteil Webb, in dem der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß die Situation einer schwangeren Frau, die unfähig ist, die Aufgabe zu erfüllen, für die sie eingestellt wurde, nicht mit der eines Mannes verglichen werden kann, der aus medizinischen oder anderen Gründen ebenfalls insoweit unfähig ist ..... I - 4208

4. Zum Urteil Larsson, in dem der Gerichtshof die Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit einer Arbeitnehmerin infolge der Schwangerschaft vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs zum Zweck der Entlassung nicht als diskriminierend betrachtet hat. ..... I - 4209

* Originalsprache: Spanisch.

C — Zur ersten Vorlagefrage des House of Lords: Entlassung einer Schwangeren wegen der durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit ..... I - 4213

D — Zur zweiten Vorlagefrage des House of Lords: Entlassung einer Schwangeren während des Zeitraums, in dem sie bei Erfüllung der Voraussetzungen nach nationalem Recht der Arbeit wegen Schwangerschaft oder Entbindung hätte fernbleiben können ..... I - 4219

VII — Ergebnis ..... I - 4222

1. Widerspricht es dem Gemeinschaftsrecht, konkret den Bestimmungen der Richtlinie 76/207/EWG (nachstehend: Richtlinie 76/207) [1], daß ein Arbeitgeber eine schwangere Arbeitnehmerin wegen einer auf die Schwangerschaft zurückzuführenden Arbeitsunfähigkeit entläßt, wenn deren Dauer den Zeitraum überschreitet, der nach den Vereinbarungen des Arbeitsvertrags zur Entlassung der Arbeitnehmer wegen Krankheit berechtigt? Dies ist allgemein formuliert die Vorabentscheidungsfrage, die das House of Lords Ihnen vorgelegt hat.

I — Das Ausgangsverfahren vor den nationalen Gerichten

2. Der Sachverhalt ist nach der Darstellung im Vorlagebeschluß folgender: Frau Brown, die Klägerin des Ausgangsverfahrens (nachstehend: Klägerin), war bei der Rentokil Limited, der Beklagten des Ausgangsverfahrens, die inzwischen Rentokil Initial UK Limited (nachstehend: Rentokil oder Beklagte) heißt, als Fahrerin beschäftigt. Ihre Arbeit bestand hauptsächlich darin, „Sanitact"-Einheiten zu transportieren und in Geschäften und anderen Zentren auszutauschen. Sie wurde schwanger und teilte dies dem Unternehmen im August 1990 mit.

In der Folge begann sich die Schwangerschaft wegen gewisser, miteinander in Zusammenhang stehender Ursachen, die sich den Akten nicht entnehmen lassen, zu komplizieren. Vom 16. August 1990 an legte die Klägerin nacheinander für jeweils vier Wochen Atteste vor, die als Diagnose „Schwangerschaftssymptome", „Blutverluste infolge der Schwangerschaft" und „Rückenschmerzen infolge der Schwangerschaft" aufwiesen. Von da an bis zum Zeitpunkt ihrer Entlassung war die Klägerin arbeitsunfähig.

3. Die Beklagte hatte in die Arbeitsverträge ihrer Arbeitnehmer eine Klausel aufgenommen, wonach jeder Beschäftigte, gleichgültig, ob Mann oder Frau, entlassen wurde, wenn er/sie der Arbeit wegen Arbeitsunfähigkeit mehr als 26 Wochen ohne Unterbrechung fernblieb. Am 9. November 1990 führte die Klägerin ein Gespräch mit zwei leitenden Angestellten von Rentokil, die ihr mitteilten,

1 — Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40).

daß die Hälfte des Zeitraums von 26 Wochen bereits abgelaufen sei und ihr Beschäftigungsverhältnis am 8. Februar des folgenden Jahres enden werde, wenn sie nicht bis zu diesem Zeitpunkt im Anschluß an eine unabhängige ärztliche Untersuchung, die ihre Arbeitsfähigkeit bescheinige, ihre Arbeit wiederaufnehme. Dies wurde ihr durch ein Schreiben vom selben Tag bestätigt.

Die Klägerin nahm nach Erhalt dieses Schreibens ihre Arbeit nicht wieder auf. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen wurde, daß die Klägerin vor Ablauf der 26 Wochen ihre Arbeit wiederaufnehmen würde.

4. Aufgrund der vorgenannten Klausel wurde die Klägerin noch während ihrer Schwangerschaft durch ein Schreiben vom 30. Januar 1991 mit Wirkung vom 8. Februar 1991 entlassen. Ihre Niederkunft fand am 22. März 1991 statt.

5. Wenn man, so das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß, davon ausgehe, daß der 22. März 1991 auch der Zeitpunkt der voraussichtlichen Niederkunft sei, wäre die Klägerin, wenn sie am 30. Dezember 1990 seit zwei Jahren beschäftigt gewesen wäre, berechtigt gewesen, der Arbeit wegen der Schwangerschaft ab der elften Woche vor der Niederkunft [2] fernzubleiben und ihre Arbeit zu jedem beliebigen Zeitpunkt innerhalb der auf die Entbindung folgenden 29 Wochen wiederaufzunehmen (right to return to work). Mangels entsprechender Beschäftigungszeit habe die Klägerin diese Rechte nicht in Anspruch nehmen können. Wenn sie nicht entlassen worden wäre, hätte sie indessen Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen das Unternehmen gehabt.

6. Das Industrial Tribunal wies die Klage gegen die Kündigung, die auf Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gestützt war, mit folgender Begründung ab: „In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem krankheitsbedingte Fehlzeiten mit einer Schwangerschaft zusammenhängen, aber lange vor der Anwendbarkeit der gesetzlichen Mutterschutzvorschriften begonnen und danach ununterbrochen fortgedauert haben, kann die danach erfolgte Entlassung nicht mit der Begründung, daß sie auf die Schwangerschaft zurückzuführen sei, automatisch als diskriminierend eingestuft werden."

7. Das Employment Appeal Tribunal wies die Berufung der Klägerin durch Entscheidung vom 23. März 1992 zurück. Dieses Gericht hielt sich für durch das Urteil des Court of Appeal in der Sache Webb/EMO Air Cargo UK Limited aus dem Jahr 1992 gebunden und führte aus, das Instanzgericht sei angesichts der gegenwärtigen Rechtslage zum richtigen Ergebnis gelangt.

8. Im Urteil der Extra Division des Court of Session vom 18. Januar 1995 gelangte Lord Allanbridge zu der vorläufigen Schlußfolge-

2 — Gemäß Section 33 des Employment Protection (Consolidation) Act 1978.

rung, daß im Fall von Frau Brown keine Diskriminierung im Sinne des Sex Discrimination Act 1975 vorliege. Außerdem sei die klare Unterscheidung, die der Gerichtshof im Urteil Hertz [3] zwischen der Schwangerschaft und den durch die Schwangerschaft verursachten Krankheiten getroffen habe, auch auf die Klage von Frau Brown anzuwenden. Deshalb könne die Klägerin, deren Fehlzeiten auf eine Krankheit zurückzuführen seien und die wegen dieser Krankheit im Februar 1991 entlassen worden sei, aufgrund des vorliegenden Sachverhalts mit ihrer Klage keinen Erfolg haben.

II — Die Vorlagefragen

9. Zur Entscheidung des Rechtsstreits hat das House of Lords, das über die angefochtene Entscheidung vom 18. Januar 1995 zu befinden hat, nach Anhörung der Parteien dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. a) Widerspricht es den Artikeln 2 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften, wenn eine Arbeitnehmerin zu irgendeinem Zeitpunkt während ihrer Schwangerschaft aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch diese Schwangerschaft verursachten Krankheit entlassen wird?

b) Ist die Frage 1a anders zu beantworten, wenn die Arbeitnehmerin gemäß einer Vertragsbestimmung entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Zahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen?

2. a) Widerspricht es den Artikeln 2 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207, wenn eine Arbeitnehmerin, der das Recht, wegen Schwangerschaft oder Entbindung für den im nationalen Recht festgelegten Zeitraum der Arbeit fernzubleiben, nicht zusteht, weil sie die nach dem nationalen Recht hierfür erforderliche Beschäftigungszeit nicht zurückgelegt hat, während dieses Zeitraums aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft verursachten Krankheit entlassen wird?

b) Ist die Frage 2a anders zu beantworten, wenn die Arbeitnehmerin gemäß einer Vertragsbestimmung entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Zahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen?

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

III — Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts

Die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, deren Auslegung für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist, finden sich allesamt in der Richtlinie 76/207. Es handelt sich um Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 5 Absätze 1 und 2, die wie folgt lauten:

„Artikel 2

(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- und Familienstand — erfolgen darf.

(2) ...

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

„Artikel 5

(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.

(2) Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen,

a) daß die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden;

b) daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Bestimmungen in Tarifverträgen oder Einzelarbeitsverträgen, in Betriebsordnungen sowie in den Statuten der freien Berufe nichtig sind, für nichtig erklärt oder geändert werden können;

c) ..."

10. Am 19. Oktober 1992 erließ der Rat die Richtlinie 92/85/EWG [4] zum Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (nachstehend: Richtlinie 92/85), die die Mitgliedstaaten verpflichtete, spätestens am 19. Oktober 1994 die notwendigen Vorschriften einzuführen, u. a. damit den Arbeitnehmerinnen ein Mutterschaftsurlaub von mindestens vierzehn Wochen ohne Unterbrechung zusteht, die sich auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung beziehen und von denen zwei obligatorisch sind. Sie legt ebenfalls ein Verbot der Entlassung schwangerer Arbeitnehmerinnen fest, das wie folgt lautet:

„Artikel 10

...

1. Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Kündigung der Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 [schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen] während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten; davon ausgenommen sind die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind, wobei gegebenfalls die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muß."

4 — 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).

11. Da Frau Brown aufgrund der 1991 geltenden Grundsätze entlassen wurde, wäre es nicht von Nutzen, sich mit der Auslegung dieser Vorschriften zu befassen.

IV — Die nationalen Vorschriften

12. Die im Ausgangsverfahren maßgebenden nationalen Vorschriften sind die des Sex Discrimination Act 1975 (nachstehend: Gesetz von 1975), des Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (nachstehend: Gesetz von 1978) und des Social Security Act 1986 (nachstehend: Gesetz von 1986).

Das Gesetz von 1975 bestimmt in Sections 1 und 5, daß eine Frau aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert wird, wenn sie bei den Wirkungen nach diesem Gesetz schlechter behandelt wird als ein Mann. Der Vergleich der Situationen bei Personen unterschiedlichen Geschlechts oder Zivilstands ist so durchzuführen, daß die Umstände beider Fälle gleich oder materiell nicht verschieden sind.

Zu den Rechten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft

bestimmte das Gesetz von 1978 zum Zeitpunkt der Entlassung von Frau Brown, daß eine Arbeitnehmerin, die der Arbeit aus Gründen der Schwangerschaft oder der Entbindung fernbleibt, auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren kann, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

— daß sie unabhängig davon, ob sie tatsächlich arbeitet oder nicht, zum Zeitpunkt des Beginns der elften Woche vor dem voraussichtlichen Termin der Entbindung in einem Beschäftigungsverhältnis steht;

— daß sie zu Beginn dieser elften Woche für einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren beschäftigt war;

— daß sie dem Arbeitgeber mindestens 21 Tage vor Einstellung der Arbeit schriftlich mitteilt,

— daß ihre Abwesenheit auf Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführen ist,

— daß sie beabsichtigt, an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren,

— die Woche der voraussichtlichen Entbindung und, wenn diese bereits stattgefunden hat, den Tag der Niederkunft;

— daß sie auf Verlangen des Arbeitgebers ein ärztliches Attest vorlegt, in dem die Woche der voraussichtlichen Entbindung angegeben wird.

Zur Entlassung bestimmte das Gesetz von 1978 zu der im vorliegenden Fall maßgeblichen Zeit, daß eine Arbeitnehmerin dann als unrechtmäßig entlassen zu gelten hat, wenn unmittelbarer oder mittelbarer Grund ihrer Entlassung ihre Schwangerschaft war, falls sie nicht zum Zeitpunkt der Entlassung infolge der Schwangerschaft unfähig war, ihre Arbeit angemessen zu verrichten, oder wenn sie infolge ihrer Schwangerschaft nach diesem Zeitpunkt ihre Arbeit nicht fortsetzen konnte, ohne daß sie oder ihr Arbeitgeber gegen eine Pflicht oder Beschränkung nach oder infolge einer Rechtsvorschrift verstoßen hätte. Das vorlegende Gericht stellt klar, daß Frau Brown, um sich auf das Recht berufen zu können, nicht unrechtmäßig entlassen zu werden, zur maßgeblichen Zeit zwei Beschäftigungsjahre ohne Unterbrechung hätte aufweisen müssen, was bei ihr nicht der Fall war.

Die später erfolgte Änderung der Vorschriften dieses Gesetzes über die unrechtmäßige Kündigung, mit der die Bestimmungen der Richtlinie 92/85 umgesetzt werden sollten, trat am 10. Juni 1994 in Kraft.

Schließlich bestimmte das Gesetz von 1986, soweit hier maßgeblich, daß eine unselbständig Beschäftigte Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

— Sie war bei dem Arbeitgeber ohne Unterbrechung für einen Zeitraum von mindestens 26 Wochen beschäftigt, der mit der Woche unmittelbar vor Beginn der 14. Woche vor der voraussichtlichen Entbindung endet, hat aber ihre Arbeit wegen der Schwangerschaft oder Entbindung ganz oder teilweise aufgegeben;

— sie hat Wochenlohn für einen Zeitraum von acht Wochen erhalten, der mit der Woche unmittelbar vor Beginn der 14. Woche vor der voraussichtlichen Entbindung endet, und dieser Lohn liegt nicht unter der Mindestlohngrenze, die vor Beginn dieser 14. Woche galt;

— sie hat den Beginn der 11. Woche vor der voraussichtlichen Entbindung erreicht oder ist vor diesem Zeitpunkt entbunden worden;

— sie hat ihrem Arbeitgeber mitgeteilt, daß sie ihre Arbeit wegen ihrer Schwangerschaft oder Entbindung einstellt.

Das Mutterschaftsgeld wird für eine Höchstdauer von 18 Wochen gezahlt, die normalerweise mit der 11. Woche, auf keinen Fall aber später als mit der sechsten Woche vor der voraussichtlichen Entbindung beginnt. Es sind zwei Arten von Leistungen vorgesehen, die als höherer und als niedrigerer Satz bekannt sind. Der höhere Satz entspricht neun Zehnteln des normalen Wochenlohns der Frau während eines Acht-Wochen-Zeitraums vor der 14. Woche, die der voraussichtlichen Entbindung vorausgeht, und der niedrigere Satz, der einen festen Betrag darstellt, ist dann anzuwenden, wenn er sich als höher erweist als der höhere Satz. Die Arbeitnehmerin, die vor Beginn der 14. Woche vor der vermutlichen Entbindung zwei Jahre ohne Unterbrechung bei einem Arbeitgeber beschäftigt war, der ihr diese Leistung zu erbringen hat, erhält den höheren Satz während der ersten sechs Wochen und im übrigen den niedrigeren Satz. Die Arbeitnehmerin, deren Arbeitsvertrag mit ihrem Arbeitgeber eine wöchentliche Arbeitszeit von weniger als 16 Stunden aufweist, hat keinen Anspruch auf eine Leistung nach dem höheren Satz. Die Arbeitnehmerin, die Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat, ohne Anrecht auf den höheren Satz zu haben, erhält den niedrigeren Satz.

Nach Aktenlage belief sich der Betrag des Mutterschaftsgeldes nach dem niedrigeren Satz 1996 auf 54,55 UKL wöchentlich [5].

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, Artikel 1(2)(c) und 10, ab 7. April 1996. Der vorherige Betrag belief sich auf 52,50 UKL (Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, Artikel [10]). Der zu der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit geltende Betrag ist den Akten nicht zu entnehmen.

V — Im Vorabentscheidungsverfahren eingereichte Erklärungen

13. Schriftliche Erklärungen innerhalb der Frist des Artikels 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes sowie mündliche Erklärungen in der Sitzung haben abgegeben die Klägerin und die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission.

14. Die Klägerin ist aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die ich später untersuchen werde, der Auffassung, daß die Entlassung einer Schwangeren wegen einer durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit gegen die Richtlinie 76/207 verstoße und eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, weil die Schwangerschaft ein Tatbestand sei, der nur bei Frauen gegeben sein könne. Sie hält es ebenfalls für einen Verstoß gegen diese Richtlinie, eine schwangere Arbeitnehmerin wegen der auf ihren Zustand zurückzuführenden Arbeitsunfähigkeit zu entlassen, wenn sie wegen unzureichender Dauer der Beschäftigungszeit der Arbeit aufgrund der Schwangerschaft oder der Entbindung nicht für die nach nationalem Recht vorgesehene Dauer fernbleiben dürfe, falls die Entlassung in diesem Zeitraum stattfinde. Sie ist schließlich der Meinung, daß es ohne jede Bedeutung für diesen Standpunkt sei, daß die Entlassung aufgrund der Anwendung einer Klausel des Arbeitsvertrags stattgefunden habe, die es dem Arbeitgeber gestatte, einen Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf dessen Geschlecht zu entlassen, wenn er eine bestimmte Anzahl von Wochen ununterbrochen der Arbeit ferngeblieben sei.

15. Nach Auffassung der Beklagten erhält man den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Arbeitnehmerrechte der Klägerin, wenn man von dem Zeitpunkt ihrer voraussichtlichen Entbindung elf Wochen zurückgehe. Da sie am 30. Dezember 1990 nicht auf eine ununterbrochene Beschäftigungszeit von zwei Jahren bei diesem Unternehmen habe zurückblicken können, habe sie nicht das Recht haben können, sich wegen der Schwangerschaft von ihrem Arbeitsplatz entfernen und auf diesen zurückkehren zu können, noch sich auf die Vorschriften über die unrechtmäßige Entlassung berufen können, mit denen schwangere Frauen gegen Entlassungen aufgrund ihres Zustands geschützt werden sollten. Allerdings habe sie Anrecht auf Mutterschaftsgeld zu dem niedrigeren Satz zu Lasten des Staates.

Angesichts der Umstände, in denen sich die Klägerin befunden habe, sei ihre Entlassung nicht auf ihre Schwangerschaft zurückzuführen, sondern auf deren anormalen Verlauf, der sie etwa von der achten Woche an daran gehindert habe, ihrer Arbeit nachzugehen. Die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit habe über der unter normalen Umständen voraussehbaren und ganz außerhalb des Zeitraums gelegen, der normalerweise für eine Abwesenheit der Schwangeren von ihrem Arbeitsplatz wegen der Schwangerschaft und der Entbindung zugestanden werde. Grund der Entlassung sei die Erkrankung der Klägerin während ihrer Schwangerschaft und die Überschreitung der bei Arbeitsunfähigkeit vorgesehenen Höchstfrist von 26 Wochen gewesen.

Aufgrund der gleichen Rechtsprechung, auf die sich die Klägerin für ihre gegenteilige Auffassung stützt, vertritt die Beklagte den Standpunkt, daß die Klausel der mit ihren Arbeitnehmern geschlossenen Arbeitsverträge, die die Entlassung der Klägerin

gestattet habe, als sie 26 Wochen Fehlzeiten aufgewiesen habe, nicht diskriminierend sei. Als Beleg führt sie das Beispiel eines Arbeitgebers an, der drei schwangere Arbeitnehmerinnen einstellt. Die erste, die eine starke Konstitution aufweise, habe bis zum Beginn des Zeitraums, in dem sie der Arbeit wegen Schwangerschaft oder Entbindung fernbleiben dürfe, keinerlei Fehlzeiten, die zweite habe wegen schwangerschaftsbedingter Gesundheitsprobleme einige Fehlzeiten bis zum Beginn der Schwangerschaftsschutzfrist, und die dritte entspreche dem Fall der Klägerin, deren durch die Schwangerschaft bedingte Arbeitsunfähigkeit 26 Wochen übersteige und die unter den gleichen Voraussetzungen entlassen worden sei wie ein männlicher Arbeitnehmer, der die gleiche Fehlzeit wegen Erkrankung aufweise. Warum sollte ein Verhalten mit diesen Merkmalen als Diskriminierung nach dem Geschlecht betrachtet werden? Man würde ganz im Gegenteil, wenn man die Klägerin anders behandelte als die anderen schwangeren Arbeitnehmerinnen oder die Arbeitnehmer männlichen Geschlechts, eine positive Diskriminierung einführen, die nur für eine bestimmte Gruppe von Schwangeren und nicht für alle gelten würde.

Es müsse unterschieden werden zwischen einer Erkrankung wie der der Klägerin, die sie praktisch während der gesamten Schwangerschaft an der Arbeit gehindert habe, und den sogenannten „normalen Risiken der Schwangerschaft", für die sie als Beispiele das morgendliche Übelsein bei Beginn der Schwangerschaft und die Müdigkeit an deren Ende anführt, die darüber hinaus nicht bei allen Schwangerschaften aufträten. Auf diesem Unterschied müsse ihrer Auffassung nach die Antwort an das House of Lords beruhen.

Zu dem Umstand, daß die Klägerin zu einem Zeitpunkt entlassen wurde, zu dem sie bei ausreichender Beschäftigungszeit ihrem Arbeitsplatz wegen der Schwangerschaft hätte fernbleiben dürfen, macht die Beklagte geltend, daß es bei dem damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts ausschließlich Sache der Mitgliedstaaten gewesen sei, die Voraussetzungen, unter denen eine Arbeitnehmerin eine solche Abwesenheit hätte beanspruchen dürfen, sowie deren Dauer festzulegen. In Ausübung dieser Befugnis habe das Vereinigte Königreich das gesetzliche Erfordernis einer zweijährigen Beschäftigungszeit aufgestellt. Auf jeden Fall sei die Klägerin wegen krankheitsbedingter Abwesenheit während der in ihrem Arbeitsvertrag festgelegten Anzahl von Wochen entlassen worden und nicht wegen ihrer Fehlzeiten in dem kurzen Zeitraum, für den sie bei entsprechender Berechtigung zur Abwesenheit wegen Schwangerschaft der Arbeit hätte fernbleiben dürfen.

16. Das Vereinigte Königreich weist darauf hin, daß die Zeit, in der die Klägerin infolge ihrer Schwangerschaft vorübergehend arbeitsunfähig gewesen sei, eindeutig länger sei als die Zeit, die nach nationalem Recht für eine Abwesenheit der Arbeitnehmerin vom Arbeitsplatz wegen Schwangerschaft oder Entbindung vorgesehen sei. Bei der Beantwortung der Vorlagefragen sei zu unterscheiden zwischen einer Entlassung wegen der normaler Risiken und üblichen Beeinträchtigungen infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung, z. B. der Abwesenheit zur Durchführung der üblichen ärztlichen Untersuchungen und kleineren Abwesenheiten wegen morgendlicher Übelkeit und vor und nach der Entbindung, und der Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen einer Erkrankung im Zusammenhang oder ohne Zusammenhang mit der Schwangerschaft. Im ersten Fall handele es sich um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, während es sich im zweiten Fall

um eine rechtmäßige Entlassung handele, falls ein männlicher Arbeitnehmer mit einer zeitlich vergleichbaren Arbeitsunfähigkeit nicht besser behandelt werde. Es sei Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob die Fehlzeiten der Klägerin durch ein übliches Schwangerschaftsrisiko gerechtfertigt seien.

17. Die Kommission vertritt den Standpunkt, es gebe keinen objektiven Grund für eine unterschiedliche Behandlung innerhalb des Zeitraums der Schwangerschaft zwischen der Zeit, die verlaufe, bis die Arbeitnehmerin ihren Arbeitsplatz verlassen dürfe, und der Zeit zu unterscheiden, die von da ab bis zur Entbindung verlaufe. Ebensowenig scheint ihr eine Unterscheidung zwischen den Entlassungen, die mit einer Schwangerschaft begründet werden, und solchen Entlassungen gerechtfertigt, die mit einer durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit begründet werden, solange sie während der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin ausgesprochen werden, da die Gesundheitsprobleme, die die Schwangerschaft hervorrufe, auf eine für Frauen typische Situation sowohl vor als auch während der Zeit ihrer Abwesenheit vom Arbeitsplatz zurückzuführen seien. Die Anwendung der für Arbeitnehmer im allgemeinen bei Krankheit geltenden Regelung auf Arbeitnehmerinnen, die sich in der Situation der Klägerin befänden, stelle eine Diskriminierung der Frauen dar, da es sich um unterschiedliche Situationen handele.

Dieser Standpunkt werde durch Artikel 10 der Richtlinie 92/85 bestätigt, der die Entlassung von Arbeitnehmerinnen in der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verbiete. Obwohl die Frist für die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht durch die Mitgliedstaaten zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht abgelaufen gewesen sei, müßten ihre Bestimmungen bei der Auslegung der Richtlinie 76/207 berücksichtigt werden.

VI — Prüfung der Vorlagefragen

A — *Vorbemerkungen*

18. Bevor ich mich mit der Problematik dieser Vorlagefragen befasse, möchte ich einige Vorbemerkungen machen.

19. Die erste bezieht sich auf den Vorlagebeschluß, der in den Einzelheiten, die er über den Sachverhalt mitteilt, ausgesprochen zurückhaltend ist. Es wird z. B. nicht gesagt, wie lange die Klägerin bereits schwanger war, als ihre Arbeitsunfähigkeit begann, noch, welcher Zeitpunkt für die Niederkunft vorgesehen war oder ob bei der Klägerin eine Risikoschwangerschaft bestand. Außerdem bin ich der Meinung, daß die Gründe, die offenbar in den aufeinanderfolgenden ärztlichen Bescheinigungen angegeben waren, nämlich „Schwangerschaftssymptome", „Blutverluste infolge der Schwangerschaft" und „Rückenschmerzen infolge der Schwangerschaft", wenn sie wirklich die einzigen waren, vor allem der erste und der dritte, wenig überzeugend erscheinen, um einen Arzt zu veranlassen, der Arbeitnehmerin während 26 Wochen ohne

Unterbrechung ständig die Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen. Ebensowenig steht fest, ob die Klägerin sich am Ende der 26-Wochen-Frist der vorgesehenen unabhängigen ärztlichen Untersuchung unterzogen hat und, falls ja, welches das Ergebnis war.

In meinen Augen hatte diese Untersuchung den Zweck, dem Unternehmen eine unabhängige Meinung über die Möglichkeiten der Heilung des Arbeitnehmers im Hinblick auf dessen Wiedereingliederung in den Betrieb zu verschaffen, und ihn dann zu entlassen, wenn das Ergebnis der Untersuchung voraussehen läßt, daß kurz- oder mittelfristig an eine Wiedereingliederung nicht zu denken ist. Wäre dies anders, so hätte man es eher mit einer disziplinarischen Entlassung wegen Krankheit als mit einer Entlassung zu tun, die ihre Rechtfertigung in einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers fände.

Wenn die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin tatsächlich auf die Schwangerschaft zurückzuführen war, und es gibt keinen Grund für die Annahme, es sei nicht so gewesen, dann hätte man logischerweise davon ausgehen können, daß diese Unfähigkeit mit der Entbindung beendet sein würde. Warum aber wurde sie dann anderthalb Monate vor ihrer Niederkunft entlassen? Einfach nur, weil sie bereits 26 Wochen gefehlt hatte, oder nicht eher deswegen, weil ihr die nationalen Vorschriften ohnehin nicht das Recht auf eine Wiedereingliederung einräumten, da sie keine zweijährige Beschäftigungszeit in diesem Unternehmen aufweisen konnte?

Es handelt sich mithin um Tatsachen, die das vorlegende Gericht im Licht der Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Gerichtshof zu beurteilen haben wird. Ich muß allerdings sagen, daß eine Kenntnis dieser Tatsachen nützlich gewesen wäre.

20. Die zweite Bemerkung hat mit der Notwendigkeit zu tun, den Anwendungsbereich der Richtlinien 76/207 und 92/85 im Licht des Inhalts ihrer Bestimmungen und ihres Zweckes [6] ein für allemal gegeneinander abzugrenzen. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens meint, die Auswirkungen des Urteils in dieser Rechtssache seien sehr begrenzt, da die Richtlinie 92/85 die Mitgliedstaaten verpflichte, spätestens am 19. Oktober 1994 die Entlassung der schwangeren Arbeitnehmerin, die entbunden hat, auch während der Stillzeit zu verbieten. Die Klägerin habe ganz einfach Pech gehabt, daß bei ihrer Entlassung diese Richtlinie noch nicht erlassen gewesen sei.

Diesem Standpunkt vermag ich nicht zu folgen, da die Bestimmungen beider Richtlinien voneinander abweichen und auch ihre Zielsetzung nicht dieselbe ist.

21. Die Richtlinie 76/207, deren Rechtsgrundlage Artikel 235 EG-Vertrag ist, stellt

6 — Diese Notwendigkeit wurde, als die Richtlinie 92/85 noch nicht mehr als ein Vorhaben war, bereits von Shaw, J., „Pregnancy discrimination in sex discrimination", *European Law Review*, 1991, S. 313 bis 320, insbesondere S. 318, hervorgehoben.

nämlich eine Maßnahme der Gemeinschaft dar, die seinerzeit notwendig erschien, um den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die sonstigen Arbeitsbedingungen zu verwirklichen [7]. Die einzigen zulässigen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung sind in den Absätzen 2, 3 und 4 des Artikels 2 enthalten und betreffen konkret die beruflichen Tätigkeiten, für die das Geschlecht aufgrund der Art der Tätigkeit eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, die Vorschriften zum Schutz der Frau insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie die Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in der Richtlinie geregelten Bereichen beeinträchtigen. Es handelt sich in allen Fällen um Maßnahmen, deren Erlaß beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten ist.

22. Demgegenüber erging die Richtlinie 92/85 auf der Rechtsgrundlage des Artikels 118a des Vertrages, der den Rat verpflichtet, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zu fördern, um die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen; sie ist die zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG [8], nach deren Artikel 15 besonders gefährdete Risikogruppen gegen die speziell sie bedrohenden Gefahren geschützt werden müssen.

Zweck der Richtlinie 92/85 ist die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz. Sie hat daher einen ausgesprochenen Schutzcharakter und stellt eine unterschiedliche Behandlung von Frauen sicher, die sich in einer dieser Situationen befinden. In der neunten Begründungserwägung erkennt der Richtliniengeber ferner an, daß dieser Schutz Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligen und die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht beeinträchtigen darf.

Unter Berücksichtigung der Gefahr, die eine mögliche Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen darstellt, einschließlich des besonders schwerwiegenden Risikos, daß eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlaßt wird, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber, wie der Gerichtshof bereits im Urteil Webb [9] ausgeführt hat, in Artikel 10 der Richtlinie 92/85 einen

7 — Dritte Begründungserwägung.

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

9 — Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567, Randnrn. 21 und 22).

besonderen Schutz für die Frau vorgesehen, indem er das Verbot der Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verfügt hat, von dem keine Ausnahme in diesem Zeitraum vorgesehen ist, soweit es sich nicht um mit dem Zustand der Betroffenen nicht in Zusammenhang stehende Ausnahmefälle handelt.

Aus diesem Grund bleiben Artikel 5 der Richtlinie 76/207 und dessen Auslegung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes weiter von wesentlicher Bedeutung, wenn es um die Klärung der Frage geht, ob Zeiträume, in denen eine schwangere Arbeitnehmerin infolge ihrer Schwangerschaft arbeitsunfähig war, zu den Zeiten vor der Schwangerschaft und nach ihrem Mutterschaftsurlaub hinzugerechnet werden dürfen, um Fehlzeiten zu errechnen, die eine Entlassung rechtfertigen.

23. Ist das Entlassungsverbot des Artikels 10 der Richtlinie 92/85 erst in nationales Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt, so kann Artikel 5 der Richtlinie 76/207, der den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bezüglich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen festlegt, nicht weiter auf die Fälle von Entlassungen einer schwangeren Frau angewandt werden.

Zweifellos löst das Verbot der Entlassung nach Artikel 10 der Richtlinie 92/85 nicht das Problem der Frau, die nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs ihre Arbeit ganz normal wiederaufgenommen hat und dann entlassen wird, weil sie im vergangenen Jahr abschnittsweise während der Anzahl der in den nationalen Vorschriften vorgesehenen Wochen arbeitsunfähig war. Wird nun in solchen Fällen die Frau unter denselben Voraussetzungen wie ein Mann entlassen, der für die gleiche Anzahl von Wochen erkrankt war, wenn bei der Arbeitnehmerin die Zeit berücksichtigt wird, in der sie auf Anordnung des Arztes das Bett hüten mußte, z. B. weil bei ihr die Gefahr einer Fehlgeburt bestand?

24. Meine dritte Bemerkung bezieht sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 76/207 in Fällen, in denen es um die Einstellungsrechte schwangerer Arbeitnehmerinnen oder Wöchnerinnen geht. Es mag auf den ersten Blick nicht außergewöhnlich erscheinen, daß die einzigen vier Urteile zu diesem Gegenstand, die vor Ablauf der Frist für die Einreichung schriftlicher Erklärungen in der vorliegenden Rechtssache verkündet worden sind, nämlich die Urteile Dekker [10], Hertz [11], Habermann-Beltermann [12] und Webb [13], den Parteien des Ausgangsverfahrens, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission Gelegenheit gegeben haben, so unterschiedliche Positionen zu vertreten. Erstaunlicher, ja besorgniserregend ist, daß sich alle für ihre Standpunkte auf die gleichen Urteilspassagen bezogen haben.

Ich bin daher der Auffassung, daß es sich der Gerichtshof neben der Beantwortung der

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

11 — Zitiert in Fußnote 3.

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

13 — Zitiert in Fußnote 9.

Vorlagefragen des House of Lords angelegen sein lassen sollte, die bisherige Rechtsprechung um der Rechtssicherheit willen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen.

B — *Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendung der Rechte nach der Richtlinie 76/207 bei schwangeren Arbeitnehmerinnen oder Wöchnerinnen*

1. Zu den Urteilen Dekker und Hertz, in denen der Gerichtshof die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen, als diskriminierend behandelt hat, nicht aber ihre Entlassung wegen Arbeitsunfähigkeit nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs, auch wenn die Erkrankung auf die Entbindung zurückzuführen war

25. Am 8. November 1990 hat der Gerichtshof zwei Urteile verkündet, die im Bereich des europäischen Sozialrechts, der sich mit der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsrecht befaßt, nachhaltigen Eindruck hinterlassen haben. Es waren die ersten, in denen es um die Auslegung der Richtlinie 76/207, konkret um das Recht auf Zugang zur Arbeit oder auf Beibehaltung des Arbeitsplatzes in ganz ausschließlich weiblich geprägten Situationen ging, wie es Schwangerschaft und Mutterschaft nun einmal sind. Beide Urteile sind ein Beleg für die These von Lucinda M. Finley, die sich in dem folgenden Satz zusammenfassen läßt: „The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace." [14]

26. Es handelt sich um die Urteile Dekker [15] und Hertz [16]. Im Urteil Dekker hat der Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage beantwortet, die ihm vom Hoge Raad der Niederlande in einer Sache vorgelegt worden war, in der Frau Dekker, die sich um eine Stelle als Erzieherin in einer Bildungsstätte für junge Erwachsene beworben und der Auswahlkommission mitgeteilt hatte, daß sie seit drei Monaten schwanger sei, von dieser dann aber trotzdem als am besten geeignete Bewerberin für diese Tätigkeit vorgeschlagen worden war, gegen die den Abschluß eines Arbeitsvertrags ablehnende Entscheidung der Bildungsstätte Klage erhoben hatte, die damit begründet worden war, daß sie zum Zeitpunkt ihrer Bewerbung um diese Stelle bereits schwanger gewesen sei. Diese Ablehnung erfolgte, nachdem der Arbeitgeber in Erfahrung gebracht hatte, daß der für ihn zuständige Versicherer ihm die Zahlungen der Tagesentschädigung an die wegen Schwangerschaft und Entbindung von der Arbeit freigestellte Arbeitnehmerin nicht erstatten würde. Die anwendbaren nationalen Vorschriften gestatteten es nämlich dem Versicherungsträger, die Rückzahlung von Tagesentschädigungen an den Arbeitgeber ganz oder teilweise abzulehnen, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers binnen sechs Monaten nach Vertragsschluß eingetreten war, falls zu diesem Zeitpunkt der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers es erlaubte, das Auftreten der Arbeits-

14 — Finley, L. M., „Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate", *Columbia Law Review*, Band 86: 1118, S. 1119.

15 — Zitiert in Fußnote 10.

16 — Zitiert in Fußnote 3.

unfähigkeit in diesem Zeitraum vorauszusehen. Da keine Ausnahme für Schwangerschaft bestand, wurde die Arbeitsunfähigkeit wegen Mutterschaft wie Arbeitsunfähigkeit wegen voraussehbarer Krankheit behandelt.

Das vorlegende Gericht stellte, soweit hier von Belang, die Frage, ob die Ablehnung des Abschlusses eines Vertrages mit der Bewerberin seitens des Arbeitgebers einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 76/207 darstellt.

27. Im zweiten Urteil ging es um eine Vorabentscheidungsfrage, die das Højesteret von Dänemark vorgelegt hatte, um den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zwischen Frau Hertz und ihrem ehemaligen Arbeitgeber, der Aldi Marked K/S, entscheiden zu können. Die Arbeitnehmerin war im Juli 1982 als teilzeitbeschäftigte Kassiererin und Verkäuferin eingestellt worden und brachte im Juni 1983 nach einer komplizierten Schwangerschaft, in deren Verlauf sie in Absprache mit ihrem Arbeitgeber die meiste Zeit über krank gemeldet war, ein Kind zur Welt. Ende 1983, nach Beendigung ihres Mutterschaftsurlaubs, nahm Frau Hertz ihre Arbeit wieder auf und hatte bis Juni 1984 keine gesundheitlichen Probleme. Während des folgenden Jahres war sie an 100 Arbeitstagen krank gemeldet, was zu ihrer Entlassung führte, die, wie die Arbeitgeberin erklärte, der normalen Praxis entsprach, Mitarbeiter, die häufig krank seien, zu entlassen. Zwischen den Parteien war unstreitig, daß die Fehlzeiten der Klägerin zwischen Juni 1984 und Juni 1985 auf Folgeerscheinungen der Entbindung im Jahr 1983 zurückzuführen waren.

Das vorlegende Gericht stellte die Frage, ob Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 auch Entlassungen aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit erfasse und, falls ja, ob dieser Schutz gegen Entlassungen aufgrund einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit ohne zeitliche Begrenzung gelte.

28. Generalanwalt Darmon, der in beiden Rechtssachen gemeinsame Schlußanträge vorgetragen hat, gab einen unschätzbaren allgemeinen Überblick über die Mutterschaft und den Platz, der ihr angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im wirtschaftlichen und sozialen Leben der europäischen Gesellschaften zukommt [17], und dieser Überblick ist heute noch aktuell. Nachdem er die Frage gestellt hatte, ob es irgendein Ereignis geben könne, das enger mit dem Frausein zusammenhänge, und ob sich eine Gleichbehandlung von Männern und Frauen ohne Berücksichtigung der Mutterschaft vorstellen lasse, ist er in der Rechtssache Dekker zu dem Schluß gelangt, daß die Weigerung, mit einer Bewerberin wegen ihrer bevorstehenden Mutterschaft einen Arbeitsvertrag zu schließen, und damit die Berücksichtigung eines Ereignisses, das ausschließlich Frauen betrifft, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.

29. In der Rechtssache Hertz ging es seiner Meinung nach in vielleicht noch dringliche-

17 — Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in den Rechtssachen Hertz und Dekker (zitiert in den Fußnoten 3 und 10, I-3956, insbesondere I-3960, Nrn. 21 ff.).

rer Weise um die schwierige Aufgabe der Versöhnung des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit den Erfordernissen des Wirtschaftslebens, und dazu meinte er: „Wie soll man die nach dem Mutterschaftsurlaub liegenden, aber unmittelbar auf Schwangerschaft und Entbindung zurückzuführenden Krankheitszeiten bewerten? Muß man auf sie die, um es so auszudrücken, ‚allgemeine' Regelung über Fehlzeiten wegen Krankheit anwenden?" [18]

Das Ergebnis, zu dem er in dieser Rechtssache gelangt ist, ist das Gegenteil des Ergebnisses in der Rechtssache Dekker, d. h., daß die Entlassung einer Arbeitnehmerin außerhalb des Mutterschaftsurlaubs wegen Fehlzeiten infolge einer auf Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführenden Krankheit keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

30. Ich muß gleichwohl darauf hinweisen, daß diese bündige Behauptung auf eine Argumentation zurückzuführen ist, der durchgehend der Gedanke zugrunde liegt, daß es sich um Fehlzeiten der Arbeitnehmerin infolge einer Krankheit handelt, die zwar auf die Schwangerschaft oder die Entbindung zurückgeht, aber erst *nach Beendigung* des Mutterschaftsurlaubs auftritt. In Nummer 43 dieser Schlußanträge heißt es nämlich: „Ich war nahe daran — warum sollte ich es nicht zugeben?—, Ihnen eine Lösung vorzuschlagen, der zufolge ein unmittelbar, sicher und vorwiegend auf Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführender pathologischer Zustand eine Art ‚Immunität' in dem Sinne genießt, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung es einem Arbeitgeber verwehrt, *die betroffene Arbeitnehmerin während einer mit dem fraglichen Vorgang beginnenden angemessenen Frist zu entlassen.*" [19]

18 — Nr. 40.

19 — Alle Hervorhebungen von mir.

In Nummer 45 wird ausgeführt, daß, „[w]enn nämlich *die durch die Entbindung ausgelösten Komplikationen* sehr ernsthafter Natur sind, ... die Arbeitnehmerin jahrelang arbeitsunfähig sein [könnte], ohne daß ihr Arbeitgeber rechtlich in der Lage wäre, sie zu entlassen", und in Nummer 46, daß „eine Lösung, die einigen Frauen zugute käme, *die unter schweren, nach der Geburt eingetretenen Komplikationen zu leiden haben* — das heißt, den Statistiken zufolge, eine Lösung, die auf einen zum Glück äußerst geringen Prozentsatz der in Betracht kommenden Fälle anwendbar wäre —, Gefahren für die Gesamtheit der Frauen heraufbeschwören könnte, die einen Zugang zum Arbeitsmarkt suchen".

In der folgenden Nummer bleibt bei der Frage, welche Kriterien der Gerichtshof bei der Entscheidung anwenden könnte, in welchen Fällen für die Krankheit der bei der Mutterschaft gewährte Schutz zugebilligt werden muß und wie lange dieser Schutz andauert, der zugrundeliegende Gedanke stets die Anwendung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, wenn die Arbeitnehmerin erst ihren Mutterschaftsurlaub beendet hat.

In Nummer 48 schlägt er dann als Lösung eine Unterscheidung vor zwischen den normalen Risiken von Schwangerschaft und Entbindung, „die mit diesen Vorgängen üblicherweise verbunden sind und mitunter Anlaß zur Gewährung eines zusätzlichen Mutterschaftsurlaubs geben" — bei diesen Risiken hat das Gemeinschaftsrecht nach seiner Ansicht Schutz zu bieten, da sie an der Besonderheit der Mutterschaft teilhaben —, und solchen pathologischen Zuständen, die nicht zu den üblichen Risiken der Schwangerschaft gehören und daher ebenso zu behandeln sind wie „gewöhnliche" Krankheiten. Er hat hinzugefügt: „Wenn das innerstaatliche Recht keine Bestimmungen enthält,

die der Frau einen besonderen Schutz gewähren, muß der Arbeitgeber das Recht haben, seine Angestellte *nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs* ... zu entlassen. *Wenn die Arbeitnehmerin daher ihre Ansprüche auf die verschiedenen Mutterschaftsurlaube ausgeschöpft hat, lassen sich krankheitsbedingte Fehlzeiten, auch wenn sie auf Schwangerschaft und Entbindung zurückzuführen sind, nicht mehr den normalen Risiken der Mutterschaft zurechnen und müssen infolgedessen ebenso behandelt werden wie diejenigen aller anderen Arbeitnehmer*, es sei denn, der staatliche Gesetzgeber führte auf der Grundlage von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie besondere Schutzmaßnahmen ein."

31. Beide Urteile sind in Vollsitzung ergangen, und der Gerichtshof ist seinem Generalanwalt gefolgt. Die Sitzung fand am 3. Oktober 1989 statt, und die Schlußanträge wurden am 14. November desselben Jahres vorgetragen. Daß bis zum Erlaß der Urteile ein Jahr verging, ist meines Erachtens ein Indiz für die Schwierigkeiten, die in diesen Rechtssachen, insbesondere in der Rechtssache Hertz, zu bewältigen waren, wie der Gerichtshof in Randnummer 7 dieses Urteils auch anerkennt, und sie könnten auch die Sparsamkeit der Argumentation erklären, die für beide Urteile kennzeichnend ist.

32. Im Urteil Dekker ist der Gerichtshof davon ausgegangen, daß die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, daß eine Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen Schwangerschaft im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat und daß eine solche Diskriminierung nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden kann, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde [20].

33. Begründung und Tenor des Urteils Hertz verdienen zweifellos besondere Aufmerksamkeit. Ich möchte daran erinnern, daß die Standpunkte der Parteien, wie sie den Randnummern 8 und 9 des Urteils zu entnehmen sind, zum einen dahin gingen, daß die Entlassung einer Frau infolge ihrer Schwangerschaft, ihrer Entbindung oder wiederholter Fehlzeiten aufgrund einer auf die Schwangerschaft oder die Entbindung zurückzuführenden Krankheit unabhängig davon, wann die Krankheit auftritt, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoße, da ein männlicher Arbeitnehmer solche Beeinträchtigungen nicht erleiden und folglich aus solchen Gründen auch nicht entlassen werden könne, zum anderen dahin, daß es einem Arbeitgeber nicht allein deshalb verwehrt sein könne, eine Arbeitnehmerin aufgrund von zahlreichen Fehlzeiten wegen Krankheit zu entlassen, weil die Krankheit auf die Schwangerschaft oder die Entbindung zurückzuführen sei: Das Verbot einer solchen Entlassung, das einen Arbeitgeber noch Jahre nach der Entbindung treffen könnte, könnte nicht nur organisatorische Schwierigkeiten und unzumutbare Folgen für die Arbeitgeber hervorrufen, sondern sich auch negativ auf die Beschäftigung von Frauen auswirken.

34. Dieses Urteil ist von grundlegender Bedeutung, wenn es darum geht, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei der Beschäftigung mit der

20 — Zitiert in Fußnote 10, Randnr. 12.

Rolle der Frauen im Fortpflanzungsprozeß miteinander in Einklang zu bringen. In Randnummer 13 heißt es nämlich, daß „die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft ebenso wie die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt", in Randnummer 14, daß „dagegen die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen Krankheit, die nicht durch eine Schwangerschaft oder Entbindung verursacht sind, keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar[stellt], sofern auch Männer unter der gleichen Voraussetzung aufgrund solcher Fehlzeiten entlassen würden", und in Randnummer 15 schließlich, daß „die Richtlinie [76/207] nicht den Fall [betrifft], daß eine Krankheit durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht worden ist".

35. In den Randnummern 16 und 17 wird meines Erachtens die Richtung für eine Auslegung dieses Urteils angegeben. Dort heißt es wörtlich:

„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.

Männliche und weibliche Arbeitnehmer sind nämlich 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."

36. Die Schwierigkeit, die bei der Beurteilung der Tragweite dieses Urteils entsteht, ist allerdings die, daß die Klarstellung bezüglich des Zeitpunkts, zu dem die Krankheit auftritt, im Tenor des Urteils nicht enthalten ist, in dem sich der Gerichtshof darauf beschränkt, die Vorlagefrage, deren Formulierung der Gerichtshof wörtlich übernimmt, genau so zu beantworten, wie sie gestellt wurde, nämlich mit den Worten: „Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG ... steht 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 entgegen."

Auf diese offensichtliche Inkongruenz, die leicht zu erklären ist, wenn man berücksich-

tigt, daß der Gerichtshof sich in den Randnummern 16 und 17 voll der Umstände des Ausgangsverfahrens bewußt war, während er sich im Tenor streng darauf beschränkt, die Vorlagefrage so, wie sie das vorlegende Gericht gestellt hat, zu beantworten [21], sind die entgegengesetzten Auslegungen zurückzuführen, auf die sich die Parteien in dem Verfahren berufen, mit dem ich mich hier beschäftige.

37. Für mich besteht kein Zweifel, daß dieses Urteil nicht nur nach dem Inhalt des Tenors ausgelegt werden kann, sondern daß auch berücksichtigt werden muß, daß der Gerichtshof in Randnummer 16 in aller Deutlichkeit ausgeführt hat, daß bei Krankheiten, die erst nach dem Mutterschaftsurlaub auftreten, kein Anlaß besteht, zwischen durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten und anderen Krankheiten zu unterscheiden.

Sicher ist dies auch das Verständnis der Lehre, die sich mit der Kommentierung dieses Urteils befaßt hat, da sämtliche von mir konsultierten Autoren in mehr oder weniger kritischer Form darauf bestehen, daß der Gerichtshof sich mit seiner Feststellung, daß Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 Entlassungen aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegensteht, auf Fehlzeiten der Arbeitnehmerin bezieht, die *nach* dem Mutterschaftsurlaub liegen [22].

38. Dies ist auch die Auslegung des Urteils Hertz durch Generalanwalt Tesauro in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Webb [23]. In Nummer 13 zweiter Absatz führt er dort aus, daß der Gerichtshof in diesem Urteil festgestellt habe, daß die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen einer Krankheit, die allerdings durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht worden sei, keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, wenn diese Fehlzeiten nach dem Mutterschaftsurlaub lägen [24], und fügt in Fußnote 12 hinzu: „Das fragliche

21 — Die Frage war wie folgt formuliert: „Erfaßt Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates ... eine Entlassung aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit?"

22 — Jacqmain, J., *Chroniques de droit social*, 1991, S. 49 und 50, Nr. 4; Devos, D., *Journal des tribunaux du travail*, 1991, S. 121 und 122, Nr. 3; Shaw, J., a. a. O., S. 313 bis 320, insbesondere S. 317; Traversa, E., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, S. 425 bis 439, insbesondere S. 436; Kilpatrick, C., „How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period", *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, S. 81 ff., insbesondere S. 84; Burrows, N. & Mair, J., *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, S. 155; Nielsen, R., *Common Market Law Review*, 1992, S. 160 bis 169, insbesondere S. 164; More, G., „Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law", *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, S. 48 bis 56, insbesondere S. 53 und 54; Bolger, M., „Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination", *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, S. 383; Rodríguez-Piñeiro, M., „Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", *Relaciones Laborales*, Band I, 1991, S. 33 ff., insbesondere S. 8; Flynn, L., „Pregnancy and Dismissal: Rejecting the ‚Sick Male' comparison", *Irish Law Times*, November 1994, S. 257; Van Kraay, F., „The Difference Between Pregnant Women and Sick Men", *Law Teacher*, 1995, Band 29, S. 92 ff., insbesondere S. 93; McGlynn, C. M. S., „Webb v EMO: a hope for the Future", *Northern Ireland Legal Quaterly*, 1995, S. 50 ff., insbesondere S. 54; Boch, C., *Common Market Law Review*, 1995, S. 547 ff., insbesondere S. 558; Hervey, T., *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, S. 67; Szyszczak, E., „Community Law on Pregnancy and Maternity", *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, S. 51 ff., insbesondere S. 54, sowie Bolger, M., *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, S. 65 und 66.

23 — Schlußanträge in der Rechtssache Webb (zitiert in Fußnote 9, I-3569 ff.).

24 — Die gleiche Aussage von Generalanwalt Tesauro findet sich in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Habermann-Beltermann (zitiert in Fußnote 12, I-1659 ff.).

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." In Nummer 14 betont er dann noch, daß, „[s]oweit sich ... 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, ... daraus erst recht [folgt], daß die Schwangerschaft nicht mit einer Krankheit gleichgesetzt werden kann".

39. Die von einem Teil der Lehre [25] unterstrichene Antinomie zwischen den Urteilen Dekker und Hertz besteht darin, daß der Gerichtshof im ersten Urteil die auf die Schwangerschaft zurückzuführende Verweigerung der Einstellung als unmittelbare Diskriminierung bewertet hat, da diese nur Frauen entgegengehalten werden könne, während er im zweiten Urteil festgestellt hat, daß bei einer Entlassung nicht zwischen der Krankheit infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung und anderen Krankheiten zu unterscheiden sei, wenn die Krankheit nach dem Mutterschaftsurlaub auftrete —, obwohl doch nur bei Frauen eine Krankheit auftreten kann, die auf eine Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführen ist; diese Antinomie kann meines Erachtens nur aufgrund einer Auslegung beseitigt werden, wonach der Grund für diese Unterscheidung darin besteht, daß die Frau sich nach der Entbindung und nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs nicht in einem anderen physiologischen Zustand befindet als männliche Arbeitnehmer und von diesem Augenblick an nicht mehr nach dem Ursprung der Krankheit zu unterscheiden ist. Es wäre folglich ein mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zu vereinbarendes Privileg, wenn eine Arbeitnehmerin nur deshalb, weil sie irgendwann in ihrem Leben entbunden hat, für den Rest ihres Arbeitslebens eine Art Krankenversicherung in Anspruch nehmen könnte, die dazu führte, daß ihr insoweit die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht zugerechnet würden, deren Ursprung in einer Schwangerschaft oder einer Entbindung liegen könnte.

25 — Jacqmain, J., a. a. O., S. 50; More, G., a. a. O., S. 55; Shaw, J., a. a. O., S. 320; Traversa, E., a. a. O., S. 436; McGlynn, C. M. S., a. a. O., S. 54 f.; Boch, C., a. a. O., S. 559; Kilpatrick, C., a. a. O., S. 85; Szyszczak, E., a. a. O., S. 54, sowie Burrows, N. & Mair, J., a. a. O., S. 155.

2. Zum Urteil Habermann-Beltermann, in dem der Gerichtshof die Nichtigerklärung oder Anfechtung eines Arbeitsvertrags infolge des gesetzlichen Verbotes der Nachtarbeit für schwangere Frauen als diskriminierend behandelt hat

40. Im Urteil Habermann-Beltermann vom 5. Mai 1994 [26] hat der Gerichtshof die ihm vom Arbeitsgericht Regensburg vorgelegten Fragen beantwortet, die sich auf einen Arbeitsvertrag unbestimmter Dauer zwischen einem Arbeitgeber und einer schwangeren Arbeitnehmerin bezogen. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages,

26 — Zitiert in Fußnote 12.

dem zufolge die Arbeitsleistung nachts zu erbringen war, war beiden Vertragsparteien die Schwangerschaft unbekannt. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob die Artikel 2 Absatz 1, 3 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 es ausschließen, daß dieser Vertrag infolge des Verbotes der Nachtarbeit, das nach nationalem Recht für Schwangere und stillende Mütter gilt, für nichtig erklärt oder vom Arbeitgeber wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Vertragspartners zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angefochten werden kann.

Der Gerichtshof hat festgestellt, daß das Nachtarbeitsverbot, da es sich um einen Vertrag mit unbestimmter Dauer handele, nur für eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrages beschränkte Zeit wirke, und hat daraus geschlossen, daß es dem mit Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 verfolgten Schutzzweck zuwiderlaufen und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit 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 konkrete Antwort, die der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht gegeben hat, war die, daß die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 es ausschließen, daß ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit, der sich auf eine nachts zu verrichtende Arbeit bezieht und zwischen einem Arbeitgeber und einer schwangeren Arbeitnehmerin in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft geschlossen wurde, wegen des nach dem nationalen Recht während der Schwangerschaft und des Stillens geltenden Nachtarbeitsverbots für nichtig erklärt wird und daß er vom Arbeitgeber aufgrund eines Irrtums über die wesentlichen Eigenschaften der Arbeitnehmerin bei Vertragsschluß angefochten wird.

3. Zum Urteil Webb, in dem der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß die Situation einer schwangeren Frau, die unfähig ist, die Aufgabe zu erfüllen, für die sie eingestellt wurde, nicht mit der eines Mannes verglichen werden kann, der aus medizinischen oder anderen Gründen ebenfalls insoweit unfähig ist

41. Am 14. Juli 1994 hat der Gerichtshof das Urteil Webb verkündet [27], in dem die Vorlagefrage des House of Lords über die Auslegung der Richtlinie 76/207 zur Entscheidung eines bei diesem anhängigen Rechtsstreits beantwortet wurde, bei dem sich ein Arbeitgeber und eine auf unbestimmte Zeit eingestellte Arbeitnehmerin gegenüberstanden, die nach dem Vorbringen des Arbeitgebers zu dem besonderen Zweck eingestellt worden war, demnächst eine andere Arbeitnehmerin während deren Schwangerschaftsurlaub zu vertreten, und die entlassen worden war, als der Arbeitgeber erfahren hatte, daß sie selbst schwanger war. In diesem Urteil hat es der Gerichtshof abgelehnt, dem Ersuchen des vorlegenden Gerichts entsprechend zu untersuchen, ob die Situation einer Frau, die infolge einer kurz nach Abschluß des Arbeitsvertrags bekanntgewordenen Schwangerschaft unfähig ist, die Aufgabe zu erfüllen, für die sie eingestellt wurde, mit der eines Mannes verglichen werden kann, der aus medizinischen

27 — Zitiert in Fußnote 9.

oder anderen Gründen ebenfalls insoweit unfähig ist. In Randnummer 25 des Urteils hat er ausgeführt, daß „... der Zustand der Schwangerschaft nicht mit einem krankhaften Zustand und erst recht nicht mit mangelnder Verfügbarkeit aus nichtmedizinischen Gründen und damit mit Umständen vergleichbar [ist], die die Entlassung einer Frau begründen könnten, ohne daß diese Entlassung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellte. In dem Urteil Hertz hat der Gerichtshof im übrigen eindeutig zwischen Schwangerschaft und Krankheit selbst dann unterschieden, wenn die Krankheit durch die Schwangerschaft verursacht wird, jedoch erst nach dem Mutterschaftsurlaub auftritt."

Der Gerichtshof ist dann in Randnummer 27 zu dem Schluß gelangt, daß sich in einer Situation wie derjenigen von Frau Webb die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht dadurch rechtfertigen lasse, daß die Arbeitnehmerin nur zeitweilig daran gehindert sei, die Arbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde.

4. Zum Urteil Larsson, in dem der Gerichtshof die Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit einer Arbeitnehmerin infolge der Schwangerschaft vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs zum Zweck der Entlassung nicht als diskriminierend betrachtet hat.

42. Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof am 29. Mai 1997 [28] das Urteil in der Rechtssache Larsson verkündet [29]. Wiederum wurde er, diesmal vom Sø- og Handelsret, um Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 und des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 im Fall einer Arbeitnehmerin ersucht, die nach Beendigung ihres Mutterschaftsurlaubs wegen relativ umfangreicher und durch ärztliche Atteste belegter Fehlzeiten infolge ihres Zustands, die zum größten Teil während der Schwangerschaft lagen, entlassen worden war. Ich möchte dieses Urteil eingehender untersuchen.

Frau Larsson war im März 1990 von der Føtex Supermarked A/S als Angestellte eingestellt worden. Im August des folgenden Jahres teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, daß sie schwanger sei. Während der Schwangerschaft war sie zweimal krank geschrieben. Die erste Fehlzeit dauerte 18 Tage, die zweite beruhte auf einem durch die Schwangerschaft verursachten Beckenvorfall und dauerte ungefähr viereinhalb Monate. Die Entbindung erfolgte am 2. April 1992. Ihr Mutterschaftsurlaub von 24 Wochen lief am 18. September 1992 ab. Im Anschluß hieran nahm sie bis zum 16. Oktober ihren Jahresurlaub. Während des Mutterschaftsurlaubs und ihres Jahresurlaubs wurde Frau Larsson wegen des Beckenvorfalls behandelt. Nach Ablauf des Jahresurlaubs war sie weiter krank geschrieben und wurde erst zum 4. Januar 1993 wieder für arbeitsfähig erklärt. Am 10. November 1992, also weniger als einen Monat nach Ablauf ihres Jahresurlaubs, übersandte ihr der Arbeitgeber ein Schreiben, in dem er ihr ihre Entlassung Ende Dezember mitteilte. Die Entlassung war mit der langen Abwesenheit sowie damit

28 — Dies war der Zeitpunkt, zu dem die Frist zur Einreichung von Erklärungen in der uns heute beschäftigenden Rechtssache ablief.

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

begründet worden, daß es kaum wahrscheinlich sei, daß sie zu einem späteren Zeitpunkt — gesundheitlich — wieder in der Lage sein werde, ihre Arbeit zufriedenstellend zu verrichten.

Die vor der Entbindung liegenden Fehlzeiten wegen schwangerschaftsbedingter gesundheitlicher Probleme können dagegen krankheitsbedingten Fehlzeiten eines Mannes nicht gleichgestellt und nicht für eine Entlassung herangezogen werden.

43. Das vorlegende Gericht stellte die Frage, ob die genannten Bestimmungen der Richtlinie 76/207 die Entlassung aufgrund von Fehlzeiten nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs erfassen, wenn diese auf einer Krankheit beruhen, die in der Zeit der Schwangerschaft aufgetreten ist und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs angedauert hat und der Grund für die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs ausgesprochene Entlassung war. Es ist darauf hinzuweisen, daß das vorlegende Gericht seine Frage auf Fehlzeiten nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs bezog.

Ich habe daher folgende Antwort auf die Frage des vorlegenden Gerichts vorgeschlagen: „Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 ... 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."

44. In meinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache [30] habe ich dem Gerichtshof vorgeschlagen, auf der Grundlage der Rechtsprechung in den Urteilen Hertz, Webb und Habermann-Beltermann 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 einen Schlußstrich in dem Moment zu ziehen, 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.

45. Um das Vorbringen der Klägerin des Ausgangsverfahrens zu widerlegen, die sich darauf berufen hatte, im Urteil Hertz sei eine Unterscheidung nach dem Zeitpunkt des Auftretens oder der Manifestation der Krankheit getroffen worden, hat der Gerichtshof im Urteil Larsson ausgeführt, er habe „lediglich aufgrund des ihm seinerzeit vorgelegten Sachverhalts entschieden, daß unter dem Gesichtspunkt des in der Richtlinie [76/207] aufgestellten Grundsatzes der Gleichbehandlung kein Anlaß besteht, zwischen Krankheiten, die durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht sind, und anderen Krankheiten zu unterscheiden. Diese Auslegung wird im übrigen dadurch bestätigt, daß sich im Tenor des Urteils Hertz kein Hinweis auf den Zeitpunkt des

30 — Schlußanträge vom 18. Februar 1997 (Slg. 1997, I-2759).

Auftretens oder der Manifestation der Krankheit findet." [31]

46. Später wird im Urteil der Standpunkt der Klägerin des Ausgangsverfahrens, der dänischen Regierung und der Kommission angeführt, die vorgetragen hatten, es wäre jedenfalls mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, wenn der Arbeitgeber bei der Berechnung des Zeitraums, der die Entlassung nach nationalem Recht rechtfertige, Fehlzeiten vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Beginn des Mutterschaftsurlaubs berücksichtigen könnte. Nach den Akten des Ausgangsverfahrens habe Frau Larsson vor ihrer Entlassung weniger als vier Wochen wegen Krankheit gefehlt, wenn die genannten Zeiträume sowie die vier Wochen Jahresurlaub nicht berücksichtigt würden.

47. Der Gerichtshof hat insoweit darauf hingewiesen, daß eine Frau während des ihr nach nationalem Recht zustehenden Mutterschaftsurlaubs gegen eine Entlassung wegen Fernbleibens von der Arbeit geschützt ist und es dem Zweck des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie, der nationale Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, erlaube, zuwiderlaufen und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nehmen würde, wenn man es zuließe, daß Fehlzeiten während dieses Zeitraums zur Rechtfertigung einer späteren Entlassung berücksichtigt werden könnten [32]. Außerhalb des Mutterschaftsurlaubs nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten und sofern keine nationalen oder gegebenenfalls gemeinschaftlichen Vorschriften bestünden, die den Frauen einen besonderen Schutz gewährleisteten, genössen die Arbeitnehmerinnen aufgrund der Richtlinie 76/207 keinen besonderen Schutz gegen eine Entlassung wegen Fernbleibens von der Arbeit infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit.

48. Der Gerichtshof hat hieraus abgeleitet, daß „der in der Richtlinie verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung es nicht verbietet, Fehlzeiten einer Arbeitnehmerin vom Beginn ihrer Schwangerschaft bis zum Beginn des Mutterschaftsurlaubs bei der Berechnung des Zeitraums, der ihre Entlassung nach nationalem Recht rechtfertigt, zu berücksichtigen", und dem vorlegenden Gericht geantwortet, daß Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie vorbehaltlich der Vorschriften des nationalen Rechts im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 dieser Richtlinie einer Entlassung aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegensteht, auch wenn diese Krankheit in der Zeit der Schwangerschaft aufgetreten ist und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs angedauert hat [33].

49. Ich gestehe freimütig, daß es mir schwerfällt, diese Darlegungen mit der Linie der Rechtsprechung in Einklang zu bringen, die der Gerichtshof bis zur Verkündung dieses in den vorstehenden Abschnitten dargestellten Urteils verfolgt hat. Im Urteil Larsson

31 — Zitiert in Fußnote 29, Randnr. 17.

32 — A. a. O., Randnr. 22.

33 — A. a. O., Randnrn. 24 und 26.

scheint er nicht nur einen ganz anderen als den Standpunkt zu vertreten, wie er sich bei einfacher Durchsicht der früheren Urteile ergibt, sondern auch unmittelbar der Auslegung dieser Urteile zu widersprechen, wie sie sowohl seine Generalanwälte als auch die zahlreichen Autoren, die sich mit ihrer Kommentierung befaßt haben, bisher zugrunde gelegt haben.

Ich weise mit einiger Besorgnis ferner darauf hin, daß der Gerichtshof in Randnummer 20, wenn er ausführt, daß die Richtlinie Entlassungen aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegenstehe, auch wenn diese Krankheit in der Zeit der Schwangerschaft aufgetreten sei und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs angedauert habe, einen Hinweis darauf vermissen läßt, wann diese Fehlzeiten eingetreten sind.

Auch im Rahmen der Randnummer 23 stellt der Gerichtshof, wenn er ausführt, daß die Arbeitnehmerinnen, sofern keine nationalen oder gegebenenfalls gemeinschaftlichen Vorschriften bestehen, außerhalb des Mutterschaftsurlaubs aufgrund der Richtlinie keinen Schutz gegen eine Entlassung wegen Fernbleibens von der Arbeit infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit genießen, nicht klar, zu welchem Zeitpunkt diese Fehlzeiten eingetreten sind.

Ebenso fehlt in Randnummer 24, wenn der Gerichtshof dort feststellt, daß der in der Richtlinie verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung es nicht verbietet, Fehlzeiten einer Arbeitnehmerin vom Beginn ihrer Schwangerschaft bis zum Beginn des Mutterschaftsurlaubs bei der Berechnung des Zeitraums, der ihre Entlassung nach nationalem Recht rechtfertigt, zu berücksichtigen, ein Hinweis darauf, ob diese Fehlzeiten infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit entstanden sind.

Schließlich gibt der Tenor des Urteils keine vollständige Antwort auf die Frage des vorlegenden Gerichts, die dieses *für Entlassungen nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs* infolge von Fehlzeiten gestellt hatte, die aufgrund einer während der Schwangerschaft aufgetretenen und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs andauernden Krankheit eingetreten sind, die die Ursache *für die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs erfolgte Entlassung gewesen ist*, und auf die der Gerichtshof geantwortet hat, daß die Bestimmungen der Richtlinie einer Entlassung aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit nicht entgegenstehen, auch wenn diese Krankheit in der Zeit der Schwangerschaft aufgetreten ist und noch während und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs angedauert hat. Diese Antwort bezieht sich somit weder auf den Zeitpunkt der Entstehung der Fehlzeiten noch auf den Zeitpunkt der Entlassung.

50. Ich bin angesichts der Mängel, die das Urteil Larsson aufweist, nicht der Meinung, daß dieses Urteil für die Annahme ausreicht, der Gerichtshof habe in seiner Rechtsprechung eine Kehrtwendung vollziehen wollen. Schließlich ist es für mich um der Rechtssicherheit willen von großem Interesse, daß sich der Gerichtshof eindeutig zum Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in seiner Anwendung auf Entlassungen von Arbeitnehmerinnen äußert, die während der Schwangerschaft oder nach dem Mutterschaftsurlaub erfolgen und bei denen vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs liegende Fehlzeiten infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten

Arbeitsunfähigkeit berücksichtigt worden sind. Genau dies ist nämlich im Fall von Frau Brown geschehen.

51. Letztlich geht es hier um eine Aufgabe, die uns alle angeht und der sich die Organe der Europäischen Union so ernsthaft zugewandt haben, nämlich um die Beseitigung der Spuren der Diskriminierung der Frau im Laufe der Jahrhunderte [34].

C — *Zur ersten Vorlagefrage des House of Lords: Entlassung einer Schwangeren wegen der durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit*

52. Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht in Erfahrung bringen, ob es dem in der Richtlinie 76/207 verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen widerspricht, eine Arbeitnehmerin während ihrer Schwangerschaft wegen Fehlzeiten infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit zu entlassen, und ob es für die Beantwortung dieser Frage von Bedeutung ist, daß die Entlassung aufgrund einer Vertragsklausel erfolgt, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer bestimmten Anzahl von Wochen ununterbrochenener Fehlzeiten zu entlassen.

53. Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts hätte die Entlassung von Frau Brown zweifellos verhindert, wenn bei Eintritt der Komplikationen ihrer Schwangerschaft die Frist für die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 92/85 bereits abgelaufen gewesen wäre. Diese war damals aber nicht einmal erlassen. Das anzuwendende Gemeinschaftsrecht findet sich daher ausschließlich in der Richtlinie 76/207.

54. Ich erinnere hier daran, daß nach Artikel 5 der Richtlinie 76/207 die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen bedeutet, daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.

Ausgehend von der Prämisse, daß die Gleichbehandlung, wie sie der Verfassungsgerichtshof eines der Mitgliedstaaten umschrieben hat, „... keine Realität und kein abstraktes, mathematisches Konzept, sondern die Behandlung des Ungleichen als ungleich und die des Gleichen oder Ähnlichen als gleich bedeutet" [35], und unter Berücksichtigung der ständigen Rechtspre-

34 — Miguel de Cervantes Saavedra z. B. spricht in Kapitel LI des ersten Teils seines Werkes *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, als er den Ziegenhirten die Geschichte von Leandra erzählen läßt, von „dem allgemeinen Charakter der Weiber, der sie immer auf Unheil und Unordnung führt". Dann folgt er einem anderen, leichteren und, wie ihm scheint, richtigeren Weg und spricht „schlecht vom Leichtsinn der Weiber..., von ihrer Unbeständigkeit, Hinterlist, ihren unerfüllten Versprechungen, ihrer Treulosigkeit, und wie sie so wenig ihre ausschweifenden Wünsche im Zaume zu halten wissen" (Übersetzung Ludwig Tieck, Ausgabe Wiesbaden 1975).

35 — Urteil des spanischen Tribunal Constitucional 29/1987 vom 6. März 1987, Absatz 5 Buchstabe b (BOE vom 24. März 1987).

chung des Gerichtshofes, wonach „... eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, daß unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder daß dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird" [36], werde ich nunmehr prüfen, ob die Entlassung einer schwangeren Frau wegen der durch ihren Zustand verursachten Arbeitsunfähigkeit unter den gleichen Bedingungen stattfindet wie die Entlassung eines Mannes wegen einer Arbeitsunfähigkeit von gleicher Dauer, die auf eine Krankheit zurückzuführen ist.

55. Im Gegensatz zu dem, was Frau Hertz geschah, deren auf die Entbindung zurückgehende Arbeitsunfähigkeit einige Zeit nach Beendigung ihres Mutterschaftsurlaubs begann, zeigten sich bei Frau Brown die Komplikationen, die ihre Schwangerschaft begleiteten und sie während eines großen Teils davon daran hinderten zu arbeiten, recht früh. Den Akten ist zu entnehmen, daß sie während der 26 Wochen arbeitsunfähig war, die bei Anwendung der Klausel, die die Firma Rentokil in ihre Arbeitsverträge aufnahm, ihre Entlassung rechtfertigten, und die Entbindung darüber hinaus mit einer Verspätung von sechs Wochen stattfand. Geht man davon aus, daß die durchschnittliche Dauer einer Schwangerschaft 38 Wochen beträgt, so läßt sich errechnen, daß sie lediglich in den ersten fünf oder sechs Wochen arbeiten konnte.

56. So, wie die Dinge liegen, frage ich mich, ob es noch notwendig ist, etwas so Offensichtliches wie die Feststellung zu wiederholen, daß die Schwangerschaft eine Situation ist, die nur Frauen betrifft, weil sie die einzigen sind, die sich in diesem Zustand befinden können. Die Schwangerschaft ist nicht nur eine ausschließlich den Frauen vorbehaltene biologische Situation, sondern auch ein zeitlich begrenzter Zustand, in dessen Verlauf sich nicht nur die allzu bekannten morgendlichen Übelkeiten, sondern auch Komplikationen wie das Risiko einer Fehlgeburt oder vorzeitige Wehen infolge von Streß auftreten, die die Frau für zwei oder drei Monate oder auch für die gesamte Zeit der Schwangerschaft zu absoluter Ruhe zwingen.

57. Der Gerichtshof hat in dem häufig zitierten Urteil Hertz überzeugend ausgeführt, daß „die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund häufiger Fehlzeiten wegen Krankheit, die nicht durch eine Schwangerschaft oder Entbindung verursacht sind, keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar[stellt], sofern auch Männer unter den gleichen Voraussetzungen aufgrund solcher Fehlzeiten entlassen würden" [37].

58. Läßt sich demgegenüber sagen, daß die Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin aufgrund wiederholter Fehlzeiten wegen einer Krankheit, *die auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist*, unter den gleichen Voraussetzungen wie die eines Mannes stattfindet, der eine Fehlzeit wegen Krankheit von gleicher Dauer aufweist? Meiner Meinung nach, nicht.

36 — Urteil vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30).

37 — Zitiert in Fußnote 3, Randnr. 14.

59. Ohne mich in Dinge einmischen zu wollen, die nur von Medizinern beurteilt werden können, möchte ich darauf hinweisen, daß zwar, wie der Gerichtshof im Urteil Webb [38] ausgeführt hat, die Schwangerschaft absolut nicht mit einem pathologischen Zustand verglichen werden kann, niemandem aber die sog. „Risikoschwangerschaften" unbekannt sein können, die etwa vorliegen, um einige nicht erschöpfende Beispiele anzuführen, wenn vorher Früh- oder Fehlgeburten eingetreten waren, wenn die Plazenta tiefer sitzt als normal, wenn die Frau eine In-vitro-Fertilisation erfahren hat oder an Herzerkrankungen oder Diabetes leidet. Diese Schwangerschaften sind nicht dadurch gekennzeichnet, daß sie eine „Erkrankung" der Frau auslösen, sondern sie zwingen sie normalerweise, sich einer strengen ärztlichen Überwachung zu unterwerfen und in einigen der genannten Fälle während einiger Monate und bisweilen während der gesamten Schwangerschaft sich völlige Ruhe aufzuerlegen [39].

Ebensowenig kann ich der Meinung folgen, daß eine Frau in derartigen Situationen, in denen sie nicht an irgendeiner Krankheit leidet, sondern ganz einfach schwanger ist, bei einer Entlassung wegen wiederholter Fehlzeiten unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Mann entlassen wird, der eine Fehlzeit wegen Krankheit von gleicher Dauer aufweist. Die gleiche Argumentation muß gelten, wenn die Arbeitsunfähigkeit darauf zurückzuführen ist, daß die Schwangerschaft eine bereits bestehende Erkrankung verschlimmert oder Zustände hervorruft, die als wirkliche Krankheit betrachtet werden können.

38 — Zitiert in Fußnote 9, Randnr. 25.

39 — Frauen, bei denen die Schwangerschaft zu einer so lange anhaltenden Arbeitsunfähigkeit führt, sind glücklicherweise zahlenmäßig gering vertreten, da man mit etwa 10 % bis 15 % aller Fälle rechnet.

60. Obwohl nämlich die Situation einer schwangeren Arbeitnehmerin, die durch ihre Schwangerschaft an der Arbeit gehindert ist, und die des kranken Arbeitnehmers insoweit übereinstimmen, als vorübergehend keiner von beiden seine Arbeitspflichten erfüllen kann, sind beide Situationen doch durch erhebliche Unterschiede gekennzeichnet: Nur die Frauen können sich während ihres Berufslebens in einer Lage befinden, in der eine auf eine Schwangerschaft zurückzuführende Arbeitsunfähigkeit eintritt, und in der Mehrzahl der Fälle endet die durch die Schwangerschaft bedingte Arbeitsunfähigkeit zu einem mit mehr oder weniger großer Genauigkeit voraussehbaren Zeitpunkt, der Entbindung.

61. Diese Faktoren scheinen in den nationalen Vorschriften der meisten Mitgliedstaaten zu der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit berücksichtigt worden zu sein, die sich ziemlich ähnlich waren und sich von denen im Vereinigten Königreich und in Irland geltenden grundlegend unterschieden.

So galt in Deutschland ein besonderer Schutz für Frauen vom Beginn der Schwangerschaft bis nach der Entbindung, da eine Entlassung in dieser Zeit von einer Verwaltungsgenehmigung abhängig war. In Dänemark hielt es das Arbeitsministerium für diskriminierend, zum Zweck der Entlassung Fehlzeiten infolge einer durch eine Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit vor der Entbindung zu berücksichtigen. In Frankreich konnte ein Arbeitgeber eine Schwangere während ihres Mutterschaftsurlaubs und während vier Wochen danach nicht entlassen. In Griechenland war die Entlassung einer schwangeren Frau bis zu einem Jahr

nach der Entbindung sowie infolge von Fehlzeiten aufgrund einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Arbeitsunfähigkeit untersagt. In Italien erstreckte sich das Verbot der Entlassung vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des ersten Lebensjahres des Kindes, und eine Frau konnte in diesem Zeitraum nach der Rechtsprechung auch nicht wegen Überschreitung der Höchstfehltage bei Krankheit entlassen werden. In den Niederlanden war die Entlassung einer Frau während der Schwangerschaft, des Mutterschaftsurlaubs und der folgenden sechs Wochen verboten. In Portugal konnte ein Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit nur entlassen werden, wenn diese absolut und endgültig war, und die Entlassung schwangerer Frauen war verboten, wenn ihre Arbeitsunfähigkeit durch die Schwangerschaft oder durch eine Erkrankung im Zusammenhang mit der Schwangerschaft verursacht war. Schließlich hat sich in Spanien die Rechtsprechung, auch wenn es keine besonderen Vorschriften über den Kündigungsschutz schwangerer Frauen gab, geweigert, Entlassungen wegen Fehlzeiten infolge einer durch Risikoschwangerschaften oder Krankheiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit als wirksam anzuerkennen.

Bei den drei neuen Mitgliedstaaten galt in Österreich ein besonderer Schutz für Frauen vom Beginn der Schwangerschaft bis nach der Entbindung, da in diesem Zeitraum die Entlassung von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig war. In Finnland war die Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Arbeitsunfähigkeit davon abhängig, daß dieser eine wesentliche und dauerhafte Minderung seiner Arbeitsfähigkeit aufwies. In Schweden schließlich rechtfertigte die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit die Entlassung nicht, wenn der Arbeitnehmer wahrscheinlich gesunden würde, und eine Frau konnte nicht wegen einer durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit entlassen werden.

62. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens macht geltend, die Entlassung von Frau Brown sei auf die „Anormalität" ihrer Schwangerschaft zurückzuführen. Wenn man ihr wegen des Ursprungs ihrer Arbeitsunfähigkeit eine andere Behandlung angedeihen lasse als schwangeren Arbeitnehmerinnen, deren Schwangerschaft sie nicht an der Arbeit hindere, oder kranken Arbeitnehmern, stelle dies eine positive Diskriminierung dar, die nur einen bestimmten Teil der Frauen betreffe.

Mit diesem Standpunkt kann ich mich aus zwei Gründen nicht einverstanden erklären. Zunächst ist zu bedenken, daß die Richtlinie 76/207 den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen verankert und daß bei der Suche nach einem Parameter für den Vergleich die Feststellung von Parallelen oder Unterschieden zwischen zwei Frauen mit mehr oder weniger leichten oder problematischen Schwangerschaften nicht weiterhilft, weil Bezugspunkt stets der männliche Arbeitnehmer bleibt. Zweitens sind bezüglich der Entlassung, wie bereits in der vorangegangenen Nummer ausgeführt, die Situation einer schwangeren Frau, deren Schwangerschaft sie an der Arbeit hindert, und die eines kranken Mannes im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung gemäß der Richtlinie nicht miteinander vergleichbar.

63. Ebensowenig bin ich mit dem Standpunkt des Vereinigten Königreichs einverstanden, das eine Unterscheidung zwischen der Entlassung aufgrund der normalen Risiken und der gewöhnlichen Beschwerden, die Schwangerschaft und Entbindung begleiten und für die sie als Beispiel Fehlzeiten aufgrund ärztlicher Routineuntersuchungen und kleinere Fehlzeiten infolge morgendlicher Übelkeiten angeführt werden, und der Entlassung einer Frau aufgrund einer Krankheit vorschlägt, gleichgültig, ob diese mit der Schwangerschaft in Verbindung steht oder nicht. Ursprung dieses Differenzierungsversuchs sind wohl die Nummern 47 und 48 der Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in den Rechtssachen Dekker und Hertz, in denen dieser im Rahmen der Rechtssache Hertz die Möglichkeit der Bestimmung der Dauer des Mutterschaftsschutzes untersucht hat [40].

64. Ohne darauf abstellen zu wollen, daß es zweifelhaft ist, ob eine Frau wegen Fehlzeiten infolge ärztlicher Routineuntersuchungen oder kleinerer Fehlzeiten aufgrund morgendlicher Übelkeiten [41] entlassen werden könnte, beruht meines Erachtens der Standpunkt des Vereinigten Königreichs auf einer Auslegung, die den Zusammenhang außer acht läßt. Generalanwalt Darmon hat nämlich, wie ich bereits in Nummer 30 dieser Schlußanträge ausgeführt habe, vorgeschlagen, zwischen den normalen Risiken der Schwangerschaft und der Entbindung einerseits, d. h. den normalen, mit diesen Zuständen verbundenen Komplikationen, die manchmal zur Gewährung eines zusätzlichen Mutterschaftsurlaubs führen und eines gemeinschaftsrechtlichen Schutzes bedürfen, weil sie Teil der Besonderheit der Mutterschaft sind, und den pathologischen Zuständen andererseits zu unterscheiden, die nicht den normalen Risiken der Schwangerschaft entsprechen und daher die gleiche Behandlung erfahren müssen wie Erkrankungen nach „allgemeinem Recht".

Nun darf man allerdings nicht außer acht lassen, daß Frau Hertz infolge einer Arbeitsunfähigkeit entlassen worden war, die zwar durch die Entbindung verursacht war, sie aber erst nach ungefähr einem Jahr nach Beendigung ihres Mutterschaftsurlaubs an der Arbeit hinderte. Dies war auch meines Erachtens der Grund, weshalb Generalanwalt Darmon später hinzufügte, daß die Fehlzeiten wegen Krankheit, wenn die Arbeitnehmerin alle gesetzlichen Möglichkeiten des Mutterschaftsurlaubs ausgenutzt habe, nicht als zu den normalen Risiken der Mutterschaft gehörend behandelt werden könnten, auch wenn sie auf die Schwangerschaft oder die Entbindung zurückzuführen seien.

65. Ich bin ferner der Auffassung, daß, wenn man schon zwischen den normalen Risiken der Schwangerschaft und der Entbindung und den pathologischen Zuständen unterscheiden möchte, die nicht zu den normalen Risiken der Schwangerschaft zählen, chronologisch vorgegangen werden muß: Zu den erstgenannten Risiken gehören notwendig diejenigen, die auftreten, während sich die Frau in einem dieser Zustände befindet, d. h., während sie schwanger ist und während des Mutterschaftsurlaubs, während zu den zweitgenannten Risiken alle die gehören, die nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs auftreten, auch wenn ihre Ursache Schwangerschaft oder Entbindung sein mögen.

40 — Zitiert in Fußnote 17.

41 — Diese morgendlichen Übelkeiten können in heftiger und langanhaltender Form auch über die ersten drei Monate hinaus auftreten und in bestimmten Fällen einen Krankenhausaufenthalt notwendig machen.

66. Aus den dargelegten Gründen bin ich der Auffassung, daß die Entlassung einer Frau während ihrer Schwangerschaft wegen einer Arbeitsunfähigkeit, die durch ihre Schwangerschaft verursacht ist, da dies eine Situation ist, in der sich nur Frauen befinden können, eine unmittelbare Diskriminierung darstellt, die gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie verstößt.

67. Ich möchte klarstellen, daß die von mir vorgeschlagene Auslegung meiner Meinung nach die einzige ist, die Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 und der Linie der Rechtsprechung des Gerichtshofes bis zum Urteil Larsson gerecht wird. Wenn dem nicht so wäre und die künftige Beschäftigung einer Frau, die schwanger wird, davon abhängig sein könnte, daß ihre Schwangerschaft keine weiteren Komplikationen aufweist, müßte ich mich wohl im Gefolge von Papinian zu der Feststellung verstehen, daß es trotz der vergangenen Jahrhunderte „in unserem [gemeinschaftlichen] Recht viele Punkte gibt, in denen die Stellung der Frau schlechter ist als die der Männer" [42].

68. Das vorlegende Gericht stellt weiterhin die Frage, ob es für die Beantwortung dieser Frage von Bedeutung ist, daß die Entlassung aufgrund einer Vertragsklausel erfolgt, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer bestimmten Anzahl von Wochen ununterbrochenener Fehlzeiten zu entlassen.

69. Bereits aus der vorstehenden Argumentation ergibt sich meines Erachtens, daß diesem Umstand keinerlei Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage zukommt.

Diese Vertragsklausel, die für Männer wie Frauen gleichermaßen gilt, führt nämlich, wenn sie einfach die Arbeitsunfähigkeit infolge einer Schwangerschaft mit einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit gleichsetzt, zu einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da die gleiche Bestimmung auf unterschiedliche Situationen angewandt wird, wenn bei der Berechnung der Fehlzeiten infolge Arbeitsunfähigkeit, die zur Entlassung berechtigen, ein Hindernis für die Verrichtung der Arbeit berücksichtigt wird, das nur bei Frauen vorliegen kann.

70. Daß die Klausel Teil eines Arbeitsvertrags ist, ist insoweit ohne Bedeutung. Zum einen verpflichtet Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 76/207 die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen nichtig sind, für nichtig erklärt oder geändert werden können. Zum anderen hat der Gerichtshof bereits klargestellt, daß „jedes nationale Gericht bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts davon auszugehen [hat], daß der Staat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen" [43]. Schließlich gelten die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus

42 — The Digest of Justinian (Digesta Justiniani), University of Pennsylvania Press, Band I, 1. Buch (Human Status), S. 16: *„In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum."*

43 — Urteil vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20).

einer Richtlinie, das in ihr vorgegebene Ziel zu erreichen, sowie ihre Aufgabe aus Artikel 5 des Vertrages, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung dieser Verpflichtung zu treffen, für alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch für die Gerichte. Folglich hat ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts — gleichgültig, 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 auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 Absatz 3 des Vertrages nachzukommen [44].

71. Angesichts der Antwort, die ich für die erste Frage des vorlegenden Gerichts vorschlage, bedarf es einer Antwort auf die zweite nicht. Ich prüfe sie allerdings für den Fall, daß der Gerichtshof meiner Auffassung nicht folgen sollte.

D — *Zur zweiten Vorlagefrage des House of Lords: Entlassung einer Schwangeren während des Zeitraums, in dem sie bei Erfüllung der Voraussetzungen nach nationalem Recht der Arbeit wegen Schwangerschaft oder Entbindung hätte fernbleiben können*

72. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es dem in der Richtlinie 76/207 verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung widerspricht, wenn eine Arbeitnehmerin, der das Recht, wegen Schwangerschaft oder Entbindung für den im nationalen Recht festgelegten Zeitraum der Arbeit fernzubleiben, nicht zusteht, weil sie die nach dem nationalen Recht hierfür erforderliche Beschäftigungszeit nicht zurückgelegt hat, während dieses Zeitraums aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit entlassen wird, und ob es irgendeinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage hat, wenn die Arbeitnehmerin gemäß einer Vertragsbestimmung entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Anzahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen.

73. Den Angaben des Vorlagebeschlusses entnehme ich, daß das vorlegende Gericht mit seiner Frage in Erfahrung bringen möchte, ob die Richtlinie 76/207 so auszulegen ist, daß sie den Mitgliedstaaten die Pflicht auferlegt hat, in ihren nationalen Vorschriften festzulegen, daß die Arbeitnehmerinnen allein wegen der anstehenden Entbindung Anspruch auf einen Zeitraum der Abwesenheit vom Arbeitsplatz haben, ohne daß weitere Voraussetzungen aufgestellt werden dürften.

74. Zweck der Richtlinie 76/207 ist die Anwendung 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 in den Mitgliedstaaten. Gemäß Artikel 2 Absatz 3 steht die Richtlinie der Gewährung

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

besonderer Rechte für Frauen bei Schwangerschaft oder Mutterschaft durch die Mitgliedstaaten nicht entgegen. Sie behandelt daher den Erlaß von Maßnahmen zum Schutz der Frau in diesen Situationen lediglich als Ausnahme von diesem Grundsatz, verpflichtet aber die Mitgliedstaaten nicht zu gesetzgeberischen Maßnahmen in dieser Richtung und legt ebensowenig im einzelnen fest, welches diese Rechte jeweils sind und von welchen Voraussetzungen ihre Ausübung abhängig gemacht werden kann.

75. Nach der Auslegung des Gerichtshofes erkennt Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207, indem er den Mitgliedstaaten das Recht vorbehält, Vorschriften zum Schutz der Frau „bei Schwangerschaft und Mutterschaft" beizubehalten oder einzuführen, an, daß in bezug auf den Gleichheitsgrundsatz der Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft sowie der Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, berechtigt sind [45].

76. Wichtig ist ferner der Hinweis, daß der Gerichtshof im Urteil Hertz folgendes anerkannt hat: „Die Richtlinie [76/207] betrifft nicht den Fall, daß eine Krankheit durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht worden ist. Sie läßt jedoch 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. Es ist Sache jedes Mitgliedstaats, die Dauer des Mutterschaftsurlaubs so zu bemessen, daß die Arbeitnehmerinnen in der Zeit, in der mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusammenhängende Gesundheitsstörungen auftreten, der Arbeit fernbleiben dürfen." [46]

77. Die britischen Rechtsvorschriften, die zu der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit galten, berechtigten die Arbeitnehmerin, mit Beginn der elften Woche vor dem voraussichtlichen Entbindungszeitpunkt der Arbeit fernzubleiben und binnen 29 Wochen nach der Niederkunft wieder an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllte. Sie mußte nämlich in diesem Unternehmen bis zum Beginn dieser elften Woche beschäftigt gewesen sein, sie mußte zu diesem Zeitpunkt zumindest zwei Jahre ohne Unterbrechung beschäftigt gewesen sein, sie mußte das Verfahren zur Information des Arbeitgebers eingehalten haben, und sie mußte auf dessen Verlangen ein ärztliches Attest vorgelegt haben, in dem die Woche der voraussichtlichen Entbindung angegeben war [47].

45 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25), Urteile Habermann-Beltermann (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 21) und Webb (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 20).

46 — Zitiert in Fußnote 3, Randnr. 15.

47 — Es handelt sich um eine Gesetzgebung von äußerster Komplexität, die das Employment Appeal Tribunal in der Sache Lavery v Plessey Telecommunications Ltd [1982] ICR 373, 379, zu dem Ausruf veranlaßt hat: „*These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so.*"

Nach Aktenlage hätte Frau Brown, wenn sie bei Beginn der elften Woche vor dem voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung zwei Jahre bei dem Unternehmen Rentokil beschäftigt gewesen wäre, wegen ihrer bevorstehenden Mutterschaft bis zum Ablauf der 26 Wochen Fehlzeiten, die in ihrem Fall zur Entlassung führten, ihrer Arbeit fernbleiben dürfen. Es ist daher davon auszugehen, daß sie, falls ihr Recht auf Abwesenheit vom Arbeitsplatz nicht von der Erfüllung der genannten Voraussetzungen abhängig gewesen wäre, entbunden hätte und binnen der 29 Wochen, die ihrer Entbindung folgten, wieder auf ihren Arbeitsplatz hätte zurückkehren können.

Außerdem ist im Lauf des Verfahrens deutlich geworden, daß Frau Brown zu Lasten des Staates Anspruch auf Mutterschaftsgeld zum niedrigeren Satz hatte.

78. Für mich stellt sich damit die Frage, ob eine Frau, die vor der Entbindung steht, gegen eine mit ihrem Fernbleiben von der Arbeit begründete Entlassung dadurch geschützt wird, daß nach den nationalen Vorschriften ihr Arbeitsvertrag während eines bestimmten Zeitraums ruht, was notwendig bedeutet, daß sie auf ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren kann, oder ob es ausreicht, daß sie ohne Anspruch auf Rückkehr auf ihren Arbeitsplatz der Arbeit fernbleiben darf und eine Leistung zu Lasten des Staates verlangen kann.

79. Als „Mutterschaftsurlaub" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes, also als der Zeitraum, in dem sich die Frau in einer spezifischen Situation befindet, die einen besonderen Schutz erforderlich macht und die nicht mit der Situation eines Mannes oder der einer Frau gleichgesetzt werden kann, die tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz arbeitet [48], und in dem sie gegen Entlassungen aufgrund ihrer Abwesenheit vom Arbeitsplatz geschützt ist, kann meines Erachtens nur der Zeitraum nach den besonderen arbeitsrechtlichen Vorschriften des nationalen Rechts angesehen werden, in dem die Frau ihrem Arbeitsplatz mit Anspruch auf den gesamten oder teilweisen Arbeitslohn oder mit Anspruch auf bestimmte Einnahmen in Form von Leistungen der sozialen Sicherheit fernbleiben darf, ohne daß dies zum Verlust des Arbeitsplatzes führt.

80. Andererseits stellt das einfache Recht, das Frau Brown oder jeder anderen Arbeitnehmerin zustand, die ebenso wie sie nicht die notwendigen Voraussetzungen für das Ruhen des Arbeitsvertrags erfüllte, und das ihr während höchstens 18 Wochen Mutterschaftsgeld zu Lasten des Staates sicherte, wenn sie der Arbeit wegen der Entbindung fernblieb, nicht aber die Möglichkeit der Wiedereinstellung, kein spezifisches Recht dar, das die besondere biologische Situation der Frau oder die Beziehungen zwischen Mutter und Kind in der Zeit nach der Entbindung schützen sollte.

48 — Urteil vom 13. Februar 1996 in der Rechtssache C-342/93 (Gillespie u. a., Slg. 1996, I-475, Randnr. 17).

Das Recht, auf unbestimmte Zeit der Arbeit fernzubleiben und während einer begrenzten Zeit eine wirtschaftliche Leistung zu Lasten des Staates zu erhalten, ist nämlich nicht den Frauen vorbehalten, und ebensowenig setzt seine Ausübung eine Schwangerschaft oder eine Niederkunft voraus.

81. Deswegen kann der Zeitraum von elf Wochen vor dem voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung, in dem Frau Brown, wenn sie die Voraussetzungen erfüllt hätte, der Arbeit hätte fernbleiben können, meines Erachtens nicht als ein Zeitraum betrachtet werden, in dem sie gegen eine Entlassung wegen Abwesenheit vom Arbeitsplatz geschützt gewesen wäre.

82. Zudem war die Richtlinie 92/85, die konkrete Maßnahmen zum Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen vorsieht und die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen, darunter auf jeden Fall vor und/oder nach der Entbindung, zu schaffen, zu dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht erlassen.

83. Aus diesen Gründen ist für den Fall, daß der Gerichtshof der Auffassung sein sollte, daß es nicht diskriminierend ist, eine schwangere Arbeitnehmerin wegen Fehlzeiten infolge einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit zu entlassen, davon auszugehen, daß es nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 verstößt, wenn diese schwangere Arbeitnehmerin, die nicht die Voraussetzungen nach den nationalen Vorschriften in bezug auf die Dauer ihrer Beschäftigung erfüllt, um wegen der Schwangerschaft oder der Entbindung dem Arbeitsplatz fernbleiben zu dürfen, während des Zeitraums entlassen wird, für den sie dieses Recht, wenn es ihr zugestanden hätte, hätte ausüben können.

84. Ich möchte zum Schluß darauf hinweisen, daß der Umstand, daß die Arbeitnehmerin gemäß einer Vertragsbestimmung entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Anzahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten keinen Einfluß auf die Antwort haben kann, die ich für die zweite Frage vorschlage.

VII — Ergebnis

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage des House of Lords wie folgt zu beantworten:

1. a) Die Entlassung einer Frau während ihrer Schwangerschaft wegen der durch ihre Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit verstößt gegen Arti-

kel 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.

b) Für die Beantwortung der Frage ist es ohne Bedeutung, daß die Arbeitnehmerin aufgrund einer Vertragsklausel entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Anzahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen.

Sollte der Gerichtshof hingegen zu der Auffassung gelangen, daß es nicht diskriminierend ist, eine Frau während ihrer Schwangerschaft wegen der durch ihre Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit zu entlassen, schlage ich vor, die zweite Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

2. a) Es verstößt nicht gegen 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, wenn eine schwangere Arbeitnehmerin, die nicht die Voraussetzungen nach den nationalen Vorschriften in bezug auf die Dauer ihrer Beschäftigung erfüllt, um wegen der Schwangerschaft oder der Entbindung dem Arbeitsplatz fernbleiben zu dürfen, während des Zeitraums entlassen wird, für den sie dieses Recht, wenn es ihr zugestanden hätte, hätte ausüben können.

b) Für die vorstehende Antwort ist es ohne Bedeutung, daß die Arbeitnehmerin aufgrund einer Vertragsklausel entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Anzahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen.