

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 10. Juli 1997 \*

1. Der Sø- og Handelsret (dänisches See- und Handelsgericht) hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag eine auf verschiedene Sachverhalte zielende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, um vier bei ihm anhängige Rechtsstreitigkeiten entscheiden zu können, in denen es um die arbeitsrechtlichen Ansprüche weiblicher Angestellter während der Schwangerschaft geht.

Bevor ich diese Frage beantworte, werde ich die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften und die den vier Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Tatsachen schildern und hierbei den Darlegungen des Vorlagebeschlusses folgen.

**Die nationalen Rechtsvorschriften**

*A — Das Gesetz Nr. 516 vom 23. Juli 1987 über das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgebern und Angestellten*

2. Das Arbeitsverhältnis der Klägerinnen fällt unter das Gesetz Nr. 516 vom 23. Juli

1987, durch das die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Angestellten geregelt werden (im folgenden: Angestellten-gesetz), das für eine große Zahl von kaufmännischen und Büroangestellten gilt und neben anderen arbeitsrechtlichen Fragen solche der Kündigung, der Kündigungsabfindung, der Vertragsverletzung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die Entlassung wegen Krankheit, des Schutzes bei Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs regelt.

Die Rechtsstellung kranker und wegen Schwangerschaft und Entbindung arbeitsunfähiger weiblicher Angestellter bestimmt sich ferner nach dem Gesetz Nr. 639 vom 17. Juli 1992 über gleiches Entgelt für Männer und Frauen, mit dem die Richtlinie 75/117/EWG<sup>1</sup> in das dänische Recht umgesetzt wurde, dem Gesetz Nr. 244 vom 19. April 1989 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Hinblick u. a. auf die Beschäftigung und den Mutterschaftsurlaub, das das dänische Recht der Richtlinie 76/207/EWG<sup>2</sup> anpaßte, sowie dem Gesetz

1 — Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

2 — 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).

\* Originalsprache: Spanisch.

Nr. 852 vom 20. Dezember 1989 über Tagegeld bei Krankheit und Entbindung (im folgenden: Tagegeldgesetz).

stellte hat dem Arbeitgeber mindestens drei Monate vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin anzugeben, wann sie ihren Mutterschaftsurlaub antreten will.

3. Das Angestelltengesetz, das dem Vorlagebeschluß zufolge auf die Klägerinnen angewandt wurde, regelt in Artikel 5 die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit und ihre Folgen; Absatz 1 dieses Artikels lautet wie folgt: „Ist der Angestellte wegen Krankheit außerstande, seine Arbeit zu verrichten, so ist das darauf beruhende Fernbleiben von der Arbeit als rechtlich anerkannte Verhinderung des Angestellten anzusehen, es sei denn, er hat die Krankheit während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt oder bei Antritt seiner Arbeit arglistig verschwiegen, daß er an der betreffenden Krankheit litt.“

Nach Absatz 2 Satz 1 dieses Artikels ist der „Arbeitgeber ... im Fall der Schwangerschaft einer Angestellten verpflichtet, ihr die Hälfte des Gehalts zu zahlen, wenn sie arbeitsunfähig ist, und zwar während eines Zeitraums von höchstens fünf Monaten innerhalb der drei vor und der drei nach der Entbindung liegenden Monate“. Nach Satz 2 gilt diese „Verpflichtung auch, wenn der Arbeitgeber, obwohl die Angestellte nicht arbeitsunfähig ist, meint, sie nicht weiter beschäftigen zu können“.

Der Begriff Krankheit umfaßt jedes körperliche oder seelische Leiden und jede körperliche oder seelische Schwäche, die nach ärztlicher Beurteilung dazu führt, daß der Angestellte seine Arbeit nicht verrichten kann. Im Krankheitsfall bezieht der Angestellte sein volles Gehalt; der Arbeitgeber hat Anspruch auf die Erstattung des Tagegeldes, einer Leistung der sozialen Sicherheit, die er dem Angestellten gegebenenfalls gewährt hat.

#### B — Das Tagegeldgesetz

5. Arbeitnehmer haben in verschiedenen Fällen Anspruch auf Tagegeld, nämlich

4. Artikel 7 des Angestelltengesetzes regelt die arbeitsrechtliche Stellung der weiblichen Angestellten während der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs. Die Ange-

— nach Artikel 5: „Tagegeld wegen Krankheit“ wird gezahlt, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit in vollem Umfang arbeitsunfähig ist;

- nach Artikel 12 Absatz 1: „Tagegeld wegen Mutterschaft“ erhalten Frauen von dem Zeitpunkt an, von dem angenommen wird, daß er vier Wochen vor der Entbindung liegt;
- 6. Wie das vorlegende Gericht erklärt, bestehen bei auf Schwangerschaft oder Entbindung zurückzuführender Arbeitsunfähigkeit nicht die gleichen Gehaltsansprüche wie bei Arbeitsunfähigkeit aus Krankheitsgründen. Praktisch kann sich die Arbeitsunfähigkeit der Schwangeren in folgender Weise auswirken:
  - Ist die Arbeitsunfähigkeit nicht durch die Schwangerschaft verursacht und tritt sie vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs ein, findet Artikel 5 des Angestelltengesetzes Anwendung; die Frau hat Anspruch auf das volle Gehalt.
  - Ist die Arbeitsunfähigkeit durch die Schwangerschaft verursacht und tritt sie vor Beginn der drei der Entbindung vorausgehenden Monate ein, so hat die Angestellte keinerlei Gehaltsansprüche, jedoch einen Anspruch auf Tagegeld.
  - Tritt die Arbeitsunfähigkeit innerhalb der drei Monate ein, die dem voraussichtlichen Datum der Entbindung vorausgehen, so hat der Arbeitgeber gemäß Artikel 7 Absatz 2 Satz 1 des Angestelltengesetzes das halbe Gehalt zu zahlen.
- nach Artikel 12 Absatz 2: vor diesem Zeitpunkt ist Frauen „vorzeitiges Tagegeld wegen Mutterschaft“ auszuzahlen,
- 1. wenn die Schwangerschaft nach ärztlichem Bericht pathologisch verläuft, so daß bei einer Fortsetzung der Beschäftigung Gefahr für die Gesundheit der Frau oder der Leibesfrucht besteht, oder
- 2. wenn aufgrund der besonderen Natur der Arbeit eine Gefahr für die Leibesfrucht besteht oder die geltenden Rechtsvorschriften die Frau daran hindern, während der Schwangerschaft weiterhin ihre Arbeit zu verrichten, und der Arbeitgeber ihr keine andere angemessene Beschäftigung angeboten hat.

Wird die Arbeit wegen Schwangerschaft, Entbindung oder Adoption eingestellt, so ist das Tagegeld von der Gemeinde zu zahlen.

Wie das vorlegende Gericht weiterhin ausführt, ist die Angestellte auf Verlangen des

Arbeitgebers verpflichtet, ihre — ärztlich zu untersuchende — Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Sie muß die Gründe für ihre Arbeitsunfähigkeit nicht benennen, jedoch angeben, ob diese in Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht.

soweit vorliegend von Interesse, folgendes vor:

Den Angestellten stehen die Rechte aus Tagegeld- und Angestelltengesetz zu.

*C — Das Rundschreiben Nr. 191 der Sociale Ankestyrelse vom 27. Oktober 1994 über das Tagegeld wegen Krankheit und Mutterschaft*

7. Das Rundschreiben Nr. 191 vom 27. Oktober 1994 über das Tagegeld wegen Krankheit und Mutterschaft (im folgenden: Rundschreiben Nr. 191) enthält in seinem Kapitel 8 in den Punkten 171, 172 und 175<sup>3</sup> eine Reihe von Durchführungsbestimmungen über die Gewährung von Tagegeld vor Beginn des dem voraussichtlichen Datum der Entbindung vorausgehenden Vierwochenzeitraums. Diese Bestimmungen sehen,

171. Die Frau hat Anspruch auf vorzeitiges Tagegeld wegen Mutterschaft, wenn die Schwangerschaft pathologisch verläuft, so daß bei einer Fortsetzung der Beschäftigung Gefahr für die Gesundheit der Frau oder der Leibesfrucht besteht. Als Beispiele werden in diesem Absatz folgende Fälle angeführt: drohende Fehlgeburt; Mehrfachschwangerschaft, bei der die erhöhte Gefahr einer Fehl- oder einer Frühgeburt besteht; Schwangerschaftsvergiftung mit erhöhtem Blutdruck, Eiweiß im Urin und/oder Wasser im Körper; besondere Fälle heftigen und/oder häufigen Erbrechens, die den Allgemeinzustand beeinträchtigen und zur Arbeitsunfähigkeit führen; Scheidenblutungen; verfrühter Abgang des Mutterkuchens, Beckenvorfall sowie schwere psychische Leiden im Zusammenhang mit der Schwangerschaft, insbesondere Fälle des Schwangerschaftsstresssyndroms, die derart intensive Symptome aufweisen, daß sie unter den Begriff der Krankheit subsumiert werden können.

Wie das vorliegende Gericht ausführt, entspricht diese Bestimmung dem dritten in der Vorlagefrage angesprochenen Fall.

172. Ist die Frau in vollem Umfang arbeitsunfähig, so erhält sie vorzeitiges Mutterschaftstagegeld, wenn die Schwangerschaft eine Krankheit (z. B. ein Rücken-, Herz-, Lungen- oder Nierenleiden), die im

<sup>3</sup> — Der Vorlagebeschluß stellt fest, daß diese Punkte inhaltlich den Punkten 90, 91 und 93 des Rundschreibens Nr. 5 vom 22. März 1990 entsprechen.

übrigen in keinem Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht, wesentlich verschlimmert oder wenn die Behandlung der Krankheit durch die Schwangerschaft erschwert wird.

Dieses Tagegeld wird auch bei Fehlzeiten gewährt, die auf Arbeitsunfähigkeit wegen Fehlgeburt einschließlich Schwangerschaftsabbruchs beruhen.

Dem vorlegenden Gericht zufolge entspricht diese Bestimmung dem ersten und dem zweiten in der Vorlagefrage angesprochenen Fall.

175. In bestimmten Fällen besteht keinerlei Anspruch auf Tagegeld, nämlich wenn es sich um Beschwerden handelt, die zum normalen Verlauf einer Schwangerschaft gehören und nicht zur Arbeitsunfähigkeit führen, z. B. Übelkeit, Unwohlsein, Erbrechen, leichte Anämie oder leicht erhöhter Blutdruck, und wenn das Fernbleiben von der Arbeit auf eine ärztliches Zeugnis gestützt wird, das Schonung empfiehlt, ohne daß dies mit einer Krankheit im eigentlichen Sinne oder besonderen Gefahren für die Leibesfrucht begründet wird.

Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts entspricht diese Bestimmung dem vierten und dem fünften in der Vorlagefrage angesprochenen Fall.

8. Wie das vorlegende Gericht ausführt, besteht zwischen einigen Sozialpartnern Uneinigkeit über die Auslegung derjenigen Bestimmungen des Angestelltengesetzes, die von der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder wegen Schwangerschaft handeln. Die Arbeitnehmer machen hierzu geltend, nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sei das dänische Angestelltengesetz dahin auszulegen, daß es Frauen das Recht gewähre, auch dann das volle Gehalt zu beziehen, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch die Schwangerschaft verursacht sei. Die Arbeitgeber vertreten demgegenüber die Auffassung, das Gemeinschaftsrecht stehe einer Auslegung dieses Gesetzes nicht entgegen, wonach Frauen im Fall einer durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf das volle Gehalt zustehe und sie auf den Bezug von Tagegeld zu verweisen seien.

**Die den beim Sø- og Handelsret anhängigen Rechtsstreitigkeiten zugrunde liegenden Sachverhalte**

9. Vier Rechtsstreitigkeiten haben zu der Vorlagefrage geführt. Die Klägerinnen sind in allen Fällen Arbeitnehmerinnen, für deren Arbeitsverhältnis das Angestelltengesetz gilt.

Bei allen sind im Verlauf der Schwangerschaft Störungen eingetreten; alle wurden vor Beginn der dem voraussichtlichen Datum der Entbindung vorausgegangenen drei Monate durch ärztliches Attest für ganz oder teilweise arbeitsunfähig erklärt. Drei der Betroffenen wurden ohne Gehaltsanspruch gegen den Arbeitgeber von der Arbeit freigestellt (erster, zweiter und vierter Rechtsstreit), während der vierten, deren lediglich teilweise Arbeitsunfähigkeit es ihr erlaubt hätte, mit reduzierter Stundenzahl weiter zu arbeiten, Arbeit und Gehalt entzogen wurden, da ihr Arbeitgeber der Auffassung war, er könne sie nicht länger beschäftigen. Die ärztlichen Diagnosen lauteten auf Beckenvorfall (erster Rechtsstreit), drohende Fehlgeburt (abortus imminens) mit Gefahr für die Gesundheit der Mutter oder der Leibesfrucht (zweiter und dritter Rechtsstreit) und schwangerschaftsbedingtes übermäßiges Erbrechen (hyperemesis gravidarum; vierter Rechtsstreit).

10. Dem Vorlagebeschluß zufolge liegt dem ersten Rechtsstreit folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin, Frau Berit Høj Pedersen, war von der Beklagten, die zu einer landesweiten Kette von Supermärkten gehört, im Dezember 1990 als Handelsgehilfin angestellt worden. Ihre Arbeit bestand hauptsächlich darin, die Waren zu ordnen und in die Regale zu stellen sowie andere im Betrieb anfallende Aufgaben allgemeiner Natur zu erfüllen.

Im Mai 1992 wurde die Klägerin schwanger. Vom 26. Juni 1992 bis zur Entbindung im Februar des folgenden Jahres war sie arbeitsunfähig; die Diagnose lautete auf Beckenvor-

fall. Die Beklagte war der Auffassung, die Fehlzeiten der Arbeitnehmerin seien auf die Schwangerschaft zurückzuführen und stellten keine eigentliche Krankheit dar, weshalb sie die Gehaltszahlungen von dem Zeitpunkt an einstellte, zu dem ihr das erste ärztliche Attest vorgelegt wurde.

Bis drei Monate vor dem voraussichtlichen Datum der Entbindung bezog die Klägerin lediglich das vorgezogene Mutterschaftstagegeld gemäß Artikel 12 Absatz 2 des Tagegeldgesetzes. Im Anschluß hieran erhielt sie bis einen Monat vor dem voraussichtlichen Datum der Entbindung überdies von ihrem Arbeitgeber gemäß Artikel 7 des Angestelltengesetzes die Hälfte ihres Gehalts. Während des Monats, der dem voraussichtlichen Datum der Entbindung vorausging, erhielt sie im Einklang mit den Bestimmungen des für sie geltenden Tarifvertrags ihr volles Gehalt.

11. In dem zweiten vom vorlegenden Gericht geschilderten Rechtsstreit ist die Klägerin Frau Bettina Andressen, die am 1. August 1991 von dem Zahnarzt Bagner als Klinikassistentin eingestellt worden war. Am 25. August 1993 wurde die Klägerin, die schwanger war, wegen drohender Fehlgeburt (abortus imminens) für arbeitsunfähig erklärt; als voraussichtliches Datum der Geburt galt der 24. April 1994. In den ihr ausgestellten ärztlichen Attesten wurde ausgeführt, eine Fortsetzung ihrer beruflichen Tätigkeit würde ihre Gesundheit oder die der Leibesfrucht gefährden. Im September 1993 stellte der Beklagte die Gehaltszahlungen ein und verwies die Klägerin auf

den Bezug vorgezogener Mutterschaftstagegelder.

12. Klägerin im dritten Rechtsstreit ist Frau Tina Pedersen, die am 1. September 1984 von dem Zahnarzt Rasmussen als Kliniklehrling eingestellt worden war. Nach Abschluß der Lehrzeit trat sie eine unter das Angestelltengesetz fallende Arbeitsstelle an. Aufgrund ihrer Schwangerschaft wurde sie am 4. Februar 1994 von ihrem Arzt wegen der Gefahr einer drohenden Fehlgeburt (abortus imminens) teilweise arbeitsunfähig geschrieben; voraussichtliches Datum der Entbindung war der 5. Juni 1994. Der Arzt erklärte, die Fortsetzung ihrer beruflichen Tätigkeit würde ihre Gesundheit und/oder die der Leibesfrucht gefährden.

13. Klägerin im vierten Rechtsstreit ist Frau Pia Sørensen, die am 1. August 1989 bei der Beklagten, der Hvitfeldt Guld og Sølv Aps, als Lehrling eingetreten war. Nach Ablauf der Lehrzeit wurde sie auf unbestimmte Zeit als Verkäuferin auf einer unter das Angestelltengesetz fallenden Stelle eingestellt. Mitte Januar 1994 stellte sie aufgrund starker Übelkeit fest, daß sie schwanger war. Aufgrund eines ärztlichen Attestes vom 25. Januar 1994 wurde sie wegen starker Übelkeit und heftigen Erbrechens, zu denen noch eine rapide, die Aufnahme in ein Krankenhaus erforderlich machende Gewichtsabnahme hinzutrat, für vier Wochen arbeitsunfähig geschrieben. Am 4. März 1994 wurde bei ihr ein Gesundheit von Mutter und Leibesfrucht gefährdendes, schwangerschaftsbedingtes übermäßiges Erbrechen (hyperemesis gravidarum) diagnostiziert; sie wurde daher mit Rücksicht auf ihre Schwangerschaft für viereinhalb Monate arbeitsunfähig geschrieben. Ab Februar 1994 stellte die Beklagte die Gehaltszahlung ein.

### Die Vorlagefrage

Die Klägerin teilte dem Beklagten ihre Situation telefonisch mit und informierte ihn darüber, daß sie ihre Arbeit mit reduziertem Stundenplan wiederaufzunehmen wünsche. Der Beklagte erklärte, er sei nicht bereit, sie auf Teilzeitbasis zu beschäftigen; er müsse eine Vollzeiteratzkraft einstellen, da die Klägerin seiner Ansicht nach nicht in der Lage sei, ihre Arbeit in normaler Weise zu leisten. Später teilte er der Klägerin mit, er habe auf Vollzeitbasis eine Ersatzkraft eingestellt, die die Stelle der Klägerin während ihrer Abwesenheit einnehmen werde; er werde ihr Gehalt nicht weiterzahlen und verweise sie deswegen auf den Bezug vorgezogener Mutterschaftstagegelder.

14. Der Sø- og Handelsret hat diese Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht das Gemeinschaftsrecht, namentlich Artikel 119 EG-Vertrag sowie die Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG und

92/85/EWG<sup>4</sup>, nationalen Rechtsvorschriften entgegen, nach denen der Arbeitgeber von der Lohnfortzahlung an schwangere Arbeitnehmerinnen befreit ist, wenn

eigentlichen Sinne oder besonderen Gefahren für die Leibesfrucht begründet wird,

1. die Fehlzeiten darauf beruhen, daß die Schwangerschaft eine Krankheit, die im übrigen in keinem Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht, wesentlich verschlimmert,
2. die Fehlzeiten auf einer Krankheit beruhen, die durch die Schwangerschaft verursacht worden ist,
3. die Fehlzeiten darauf beruhen, daß die Schwangerschaft einen krankheitsmäßigen Verlauf nimmt und daß die weitere Beschäftigung eine Gefahr für die Gesundheit der Frau oder der Leibesfrucht mit sich bringen würde,
4. die Fehlzeiten auf gewöhnlichen Schwangerschaftsbeschwerden bei einer normal verlaufenden Schwangerschaft beruhen, bei der im übrigen keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt,
5. die Fehlzeiten auf dem ärztlichen Urteil beruhen, daß die Leibesfrucht geschont werden muß, wobei das ärztliche Urteil jedoch nicht mit einer Krankheit im

6. die Fehlzeiten darauf beruhen, daß der Arbeitgeber allein aufgrund der Schwangerschaft meint, für die Arbeitskraft der schwangeren Arbeitnehmerin keine Verwendung zu haben, obwohl diese nicht arbeitsunfähig ist,

und wenn in den Fällen 1 bis 3 und 6 der Staat der schwangeren Arbeitnehmerin Tagelohn zu demselben Satz gewährt, den sie bei Krankheitsurlaub erhalten würde, in den Fällen 4 und 5 dagegen kein Tagelohn vom Staat gewährt wird und wenn der Arbeitgeber im übrigen nach dem nationalen Recht zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet ist.

#### Das anwendbare Gemeinschaftsrecht

15. Artikel 119 des Vertrages bestimmt:

„Jeder Mitgliedstaat wird ... den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten.

<sup>4</sup> — 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).



Unter ‚Entgelt‘ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar und unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.

...“

sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten stellt in ihrem Artikel 2 fest:

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

16. In Artikel 1 der Richtlinie 75/117 heißt es:

...

„Der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen ... bedeutet bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen.

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

...“

...“

In Artikel 5 der Richtlinie heißt es:

17. Die Richtlinie 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskri-

minierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.

...“

18. Die Richtlinie 92/85 vom 19. Oktober 1992, die auf die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und der Gesundheit in Zusammenhang mit der Beschäftigung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen abzielt, war bis spätestens zwei Jahre nach ihrem Erlaß, d. h. bis zum 19. Oktober 1994, in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen.

Meines Erachtens ist diese Richtlinie aus zeitlichen Gründen auf die Sachverhalte, die den Ausgangsrechtsstreitigkeiten zugrunde liegen, nicht anwendbar, da, wie den Ausführungen des vorlegenden Gerichts im Vorlagebeschluß zu entnehmen ist, sich die arbeitsrechtlichen Forderungen der Arbeitnehmerinnen auf den Zeitraum der Schwangerschaft beschränken und die Entbindung in allen Fällen vor dem 19. Oktober 1994 stattgefunden hat. Es steht auch nicht fest, ob die dänischen Rechtsvorschriften zu diesem Zeitpunkt bereits angepaßt worden waren.

19. Innerhalb der Frist des Artikels 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft haben die Klägerinnen und Beklagten der Ausgangsverfahren (jeweils gemeinsam), die

französische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung sind die Anwälte der Klägerinnen und der Beklagten sowie die Vertreter der französischen Regierung und der Kommission erschienen.

20. Die Klägerinnen, die jeden der sechs in der Vorlagefrage genannten Fälle untersuchen, vertreten folgende Auffassung:

— Wenn die durch ärztliches Attest bestätigte Arbeitsunfähigkeit einer Frau darauf zurückzuführen sei, daß die Schwangerschaft eine Krankheit, die mit ihr nicht zusammenhänge, erheblich verschlimmere (Fall Nr. 1), oder auf eine durch die Schwangerschaft verursachte Krankheit zurückgehe (Fall Nr. 2) — Fälle, in denen der Staat der Frau einen Tagegeldbetrag gewährt, der ebenso hoch ist wie der Betrag, den sie bei Entlassung wegen Krankheit erhalten würde —, so widerspreche es dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere Artikel 119 des Vertrages, wenn die nationalen Rechtsvorschriften den Unternehmer von der Zahlung des gesamten Gehalts frestellten, wenn man berücksichtige, daß den Arbeitnehmerinnen dieses Recht zustehen würde, wenn ihre Arbeitsunfähigkeit in keinem Zusammenhang mit der Schwangerschaft stünde.

— Sei die Arbeitsunfähigkeit darauf zurückzuführen, daß die Schwangerschaft einen pathologischen Verlauf nehme, so daß eine Weiterbeschäftigung eine Gefahr für die Gesundheit der Frau und/oder der Leibesfrucht mit sich bringen würde (Fall

Nr. 3) — ein Fall, in dem der Staat der Schwangeren einen Tagegeldbetrag in gleicher Höhe wie bei Entlassung wegen Krankheit gewähre —, so sei es mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, daß die Frauen lediglich dieses Tagegeld beziehen könnten, während den übrigen Arbeitnehmern im Krankheitsfall das volle Gehalt gezahlt werde, denn Schwangerschaft sei eine Situation, die nur die Frauen betreffe.

— Beruhten die Fehlzeiten auf gewöhnlichen Schwangerschaftsbeschwerden bei einer normal verlaufenden Schwangerschaft, die nicht zur Arbeitsunfähigkeit führten (Fall Nr. 4), oder auf einem ärztlichen Attest, in dem Schonung empfohlen werden, ohne daß dies durch das Vorliegen einer Krankheit im eigentlichen Sinne oder besondere Gefahren für die Leibesfrucht begründet werde (Fall Nr. 5) — Fälle, in denen die Frauen einen Anspruch auf Tagegeld hätten —, so müßten sie einer Krankheit gleichgestellt werden, obwohl kein wirklicher pathologischer Zustand vorliege, da eine innerstaatliche Vorschrift, die es zulasse, daß weibliche Angestellte in einer solchen Lage weder Gehalt noch Tagegeld bezögen, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang stehe.

— Beruhten die Fehlzeiten der betroffenen Frau darauf, daß der Arbeitgeber allein aufgrund der Schwangerschaft meine, für die Arbeitskraft der Arbeitnehmerin keine Verwendung zu haben, obwohl bei ihr die Voraussetzungen für eine Entlassung nicht vorlägen (Fall Nr. 6) — ein

Fall, in dem der Staat ihr ein Tagegeld in Höhe des Betrages gewähre, den sie bei einer Entlassung wegen Krankheit erhalten würde —, so widerspreche es dem Gemeinschaftsrecht, wenn das nationale Recht eine arbeitsfähige Angestellte nötige, sich mit einem niedrigeren Gehalt zufriedenzugeben als dem ihr zustehenden, da sich lediglich Frauen in einer solchen Situation befinden könnten.

In der mündlichen Verhandlung hat der Anwalt des Handels- og Kontorfunktionæres Forbund i Danmark, der die Klägerinnen Høj Pedersen, Andressen und Pedersen im ersten, im zweiten und im dritten Ausgangsrechtsstreit vertritt, den Gerichtshof darüber unterrichtet, daß diese Rechtssachen dem staatlichen Rat für Rechtsmedizin, dem höchsten Organ für medizinische Fragen, die Privatpersonen betreffen, unterbreitet worden sei, und daß dieser — nach der Befassung des Gerichtshofes mit der Vorlagefrage — entschieden habe, daß die Klägerinnen jeweils aus Gründen, die mit der Schwangerschaft zusammenhingen und als Krankheit angesehen werden könnten, ihrer Arbeitsstelle ferngeblieben seien.

21. Die Beklagten tragen vor, wegen Schwangerschaft arbeitsunfähige weibliche Angestellte könnten nicht als krank angesehen werden; ihre Gehaltsansprüche fielen daher nicht unter Artikel 119 des Vertrages. Da lediglich Frauen einen Anspruch auf Vergütung für durch Schwangerschaft bedingte Fehlzeiten haben könnten, lasse sich kein Vergleich mit Gehaltsansprüchen männlicher Arbeitnehmer, die sich in einer gleichartigen Situation befänden, ziehen, so daß nicht von Diskriminierung beim Entgelt die Rede sein könne.

Hilfsweise machen die Beklagten geltend, es gebe objektive Gründe dafür, den Klägerinnen nicht das volle Gehalt zu zahlen: Die dänische Rechtsordnung gehe von einer angemessenen, der Billigkeit entsprechenden Aufteilung der mit der Schwangerschaft verbundenen Risiken und wirtschaftlichen Lasten zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern und Gesellschaft aus; wenn den Arbeitnehmerinnen bei Schwangerschaft nicht das volle Gehalt gezahlt werde, so sei dies keine Diskriminierung, sondern darauf zurückzuführen, daß die Schwangerschaft auf dem Arbeitsmarkt einen Sonderfall bilde, der nicht in vollem Umfang zu Lasten des Arbeitgebers gehen dürfe; schließlich müsse bedacht werden, daß die Schwangerschaft von den Arbeitnehmerinnen normalerweise absichtlich herbeigeführt werde, so daß die mit diesem Zustand verbundenen Fehlzeiten nicht einer unvorhergesehenen Krankheit gleichgestellt werden könnten.

22. Die französische Regierung untersucht, ob das Entgelt, das bei auf Schwangerschaft beruhender Arbeitsunfähigkeit gezahlt werde, ein Entgelt im Sinne von Artikel 119 Absatz 2 des Vertrages darstelle. Sowohl nach dem Wortlaut der Vorschrift als auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei die Frage zu bejahen. Wenn das der schwangeren Frau, deren Arbeitsunfähigkeit durch die Schwangerschaft verursacht sei, gezahlte Tagegeld niedriger sei als das Gehalt, das sie beziehen würde, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einer nicht mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit beruhe, so stehe diese unterschiedliche Behandlung durch die dänischen Rechtsvorschriften im Widerspruch zum Grundsatz des gleichen Entgelts; objektive Gründe, die diese Differenzierung zum Nachteil der schwangeren Frauen rechtfertigen könnten, seien nicht ersichtlich.

23. Nach Ansicht des Vereinigten Königreichs muß zwischen zwei Sachverhalten unterschieden werden: zum einen dem Fernbleiben der Frau von ihrem Arbeitsplatz während des vom nationalen Recht vorgeschriebenen Mutterschaftsurlaubs, zum anderen dem Fernbleiben außerhalb dieses Zeitraums.

Bleibe die Betroffene während des Mutterschaftsurlaubs — also in der Zeit, in der normalerweise die typischen mit Schwangerschaft und Geburt zusammenhängenden Beschwerden auftraten — ihrem Arbeitsplatz fern, so gewährten ihr weder Artikel 119 des Vertrages noch die Richtlinien 75/117 und 76/207 einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Zahlung des vollen Gehalts oder einer Beihilfe in Höhe der Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit; ebenso wenig garantierten sie ihr ein Entgelt in bestimmter Höhe. Diesen Vorschriften sei nur die Forderung zu entnehmen, daß das Entgelt oder die Leistung, das die Frau während dieses Zeitraums erhalte, nicht so niedrig sein dürfe, daß es sie praktisch daran hindere, ihr Recht auf Mutterschaftsurlaub auszuüben; für die Entscheidung über den konkreten Betrag, der der Frau unter diesen Umständen zu zahlen sei, sei dagegen der nationale Gesetzgeber zuständig.

Dagegen müsse die Frau, die ihrem Arbeitsplatz außerhalb des Mutterschaftsurlaubs wegen einer durch die Schwangerschaft verursachten Krankheit fernbleibe, ebenso wie jeder andere arbeitsunfähige männliche oder weibliche Angestellte behandelt werden.

Im Ergebnis ist das Vereinigte Königreich der Auffassung, daß eine innerstaatliche Bestimmung, nach der eine Frau, die außerhalb des Zeitraums des Mutterschaftsurlaubs ihrem Arbeitsplatz wegen einer auf Schwangerschaft beruhenden Krankheit fernbleibe, ein niedrigeres Entgelt beziehe als ein kranker männlicher Arbeitnehmer, oder eine Frau, deren Krankheit nicht mit der Schwangerschaft im Zusammenhang stehe, gegen Artikel 119 des Vertrages und die Richtlinien 75/117 und 76/207 verstoße.

24. Die Kommission regt an, die Unterfragen 1 bis 3 aus folgenden Gründen gemeinsam zu beantworten: Bei allen gehe es um ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit; die Arbeitsunfähigkeit sei auf eine mit der Schwangerschaft im Zusammenhang stehende oder durch sie verschlimmerte Krankheit zurückzuführen; der Staat gewähre den Frauen, die sich in einer dieser Situationen befänden, pro Tag den gleichen Betrag wie denjenigen, den er ihnen bei Entlassung wegen Krankheit gewähren würde; schließlich befreie das Angestelltengesetz den Arbeitgeber von der Verpflichtung, das volle Gehalt zu zahlen, wenn die Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit der Schwangerschaft stehe.

Hierzu führt sie zunächst aus, das Gehalt, das der Arbeitgeber nach Artikel 5 des Angestelltengesetzes dem erkrankten Arbeitnehmer oder nach Artikel 7 dieses Gesetzes der schwangeren Angestellten zahle, falle unter den Begriff des Entgelts gemäß Artikel 119 des Vertrages, so wie ihn der Gerichtshof ausgelegt habe. Zweitens seien die in den Unterfragen 1 bis 3 bezeichneten Sachverhalte denjenigen vergleichbar, in denen ein Arbeitnehmer gleich welchen Geschlechts seine Tätigkeit aus Krankheitsgründen unter-

brechen müsse. Nach Artikel 7 Absatz 2 des Angestelltengesetzes brauche der Arbeitgeber Frauen, die infolge einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit an der Arbeit gehindert seien, während eines bestimmten Zeitraums nur die Hälfte des Gehalts zu zahlen. Da nur Frauen schwanger sein könnten, begründe die Vorschrift damit eine unmittelbare Diskriminierung, die darin bestehe, daß unterschiedliche Regeln auf vergleichbare Situationen angewendet würden; sie sei daher mit Artikel 119 des Vertrages vereinbar, und zwar auch dann, wenn der Staat Tagegeld zahle, denn Artikel 5 des genannten Gesetzes verpflichte den Arbeitgeber, den Arbeitnehmern, die wegen Krankheit entlassen würden, das gesamte Gehalt zu bezahlen.

Zu den Unterfragen 4 und 5 bemerkt die Kommission, hier habe man es weder mit einer wirklichen Arbeitsunfähigkeit noch mit ärztlich bescheinigten Krankheiten zu tun, sondern mit Sachverhalten, die sich dem Fernbleiben der Frau von ihrem Arbeitsplatz während des Mutterschaftsurlaubs gleichstellen ließen. Da sich die Lage einer Frau in diesem Fall nicht mit der eines erkrankten männlichen Arbeitnehmers vergleichen lasse, stelle der Umstand, daß der Frau kein Gehaltsanspruch zuerkannt werde, keine Verletzung von Artikel 119 des Vertrages dar.

Zu dem in der sechsten Unterfrage genannten Fall führt die Kommission folgendes aus: Nach Artikel 7 Absatz 2 des Angestelltengesetzes brauche ein Arbeitgeber, der meine, eine schwangere Frau nicht weiter beschäftigen zu können, obwohl sie nicht für arbeitsunfähig erklärt worden sei, dieser während eines begrenzten Zeitraums nur die Hälfte

des Gehalts weiterzuzahlen; die Vorschrift begründe damit eine unmittelbare Diskriminierung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, die mit Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 unvereinbar sei. Sie könne auch nicht als eine dem Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft dienende Bestimmung im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie angesehen werden, da es sich um eine Entscheidung handle, die der Arbeitgeber einseitig und im eigenen Interesse treffe.

Zur Richtlinie 92/85 vertritt die Kommission die Auffassung, daß die Sachverhalte der Ausgangsverfahren zeitlich vor der Angleichung des dänischen Rechts an die Bestimmungen der Richtlinie lägen. Jedenfalls sei Artikel 7 Absatz 2 des Angestelltengesetzes, indem er dem Arbeitgeber die Befugnis einräume, darüber zu entscheiden, ob er eine schwangere Arbeitnehmerin weiterbeschäftigen wolle, solange sie sich in diesem Zustand befinde, mit den Bestimmungen dieser Richtlinie unvereinbar.

### Untersuchung der Vorlagefrage

25. Bevor ich mit der Prüfung der Vorlagefrage beginne, muß ich darauf verweisen, daß das vorlegende Gericht das Verfahren in vier Rechtssachen ausgesetzt, jedoch eine Frage

aufgeworfen hat, die sechs verschiedene Sachverhalte betrifft. Hierzu sei folgendes klargestellt:

1. Die Fälle 4 und 5 stehen in keinerlei Zusammenhang mit diesen vier anhängigen Rechtsstreitigkeiten, da sich keine der Klägerinnen in einer dieser Situationen befunden hat. Aus diesem Grund sollte der Gerichtshof prüfen, ob die Vorlagefrage hinsichtlich dieser beiden Fälle zulässig ist.
2. Die sechste Unterfrage, die dem Sachverhalt des dritten Rechtsstreits entspricht, muß insofern anhand des Grundsatzes der Gleichbehandlung beantwortet werden, als sie sich auf den von der Richtlinie 76/207 geregelten Zugang zur Beschäftigung und zu den Arbeitsbedingungen bezieht, denn die Weigerung, das Gehalt zu zahlen, ist meines Erachtens lediglich die Folge der Weigerung, die Betroffene zu beschäftigen.
3. Vergleicht man die Sachverhalte der drei übrigen Rechtsstreitigkeiten mit den in den Unterfragen 1 bis 3 aufgeführten Fällen, so sieht man, daß sich die den Klägerinnen gestellten Diagnosen in die Fälle 2 und 3, nicht jedoch in den Fall 1 einfügen. Trotz alledem bin ich mit der Kommission der Meinung, daß diese drei Unterfragen anhand des in Artikel 119 des Vertrages aufgestellten und in der Richtlinie 75/117 näher ausgeführten Grundsatzes des gleichen Entgelts gemeinsam beantwortet werden können

und müssen, wenn man sie nach ihren gemeinsamen Merkmalen einordnet: Das Fernbleiben der Frau ist durch eine ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit gerechtfertigt, die Arbeitsunfähigkeit wurde durch die Schwangerschaft verursacht, der Arbeitgeber ist deswegen befugt, die Gehaltszahlungen einzustellen, und er bliebe zur Zahlung des vollen Gehalts verpflichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf eine nicht mit der Schwangerschaft zusammenhängende Krankheit zurückzuführen wäre.

Fällen ist der Arbeitgeber von der Pflicht zur Gehaltszahlung freigestellt; die weiblichen Angestellten haben gegenüber dem Staat keinen Anspruch auf Tagegeld.

27. Dem Vorlagebeschluss ist jedoch zu entnehmen, daß bei keiner der Klägerinnen in den fraglichen vier Rechtssachen eine normal verlaufende Schwangerschaft vorlag und daß allen ein ärztliches Attest ausgestellt wurde, das sie ganz oder teilweise für arbeitsunfähig erklärte. Für keine der Klägerinnen traf daher einer der vorstehend genannten Sachverhalte zu.

Ich will mich nunmehr — in dieser Reihenfolge — mit der Zulässigkeit der Vorlagefrage hinsichtlich der Unterfragen 4 und 5, der Antwort auf die Unterfragen 1 bis 3 und schließlich der Beantwortung der Unterfrage 6 befassen.

Es handelt sich um theoretische Fälle, die das vorlegende Gericht dem Gerichtshof vorlegt, um alle Anwendungsmöglichkeiten des Rundschreibens Nr. 191 zu erfassen, die jedoch in keinem Zusammenhang mit den vier Rechtssachen stehen, die das Gericht in seinem Beschluss schildert. In der Tat führt das Gericht selbst aus, der vierte und der fünfte Teil der vorgelegten Frage entsprächen der in Punkt 175 des Rundschreibens enthaltenen Bestimmung, die genau auf diese beiden Fälle abzielt.

#### *A — Zur Zulässigkeit der Vorlagefrage hinsichtlich der Unterfragen 4 und 5*

26. Diese beiden Unterfragen betreffen jeweils die Fälle, in denen das Fernbleiben der Frau von ihrem Arbeitsplatz auf im Rahmen einer normal verlaufenden Schwangerschaft auftretende, nicht zur Arbeitsunfähigkeit führende gewöhnliche Beschwerde zurückzuführen ist oder in denen es durch ein ärztliches Attest gerechtfertigt ist, das Schonung empfiehlt, ohne daß dies mit einer Krankheit im eigentlichen Sinne oder besonderen Gefahren für die Leibesfrucht begründet wird. In beiden

28. Zu den jeweiligen Aufgaben der innerstaatlichen Gerichte und des Gerichtshofes im Verfahren der Zusammenarbeit nach Artikel 177 des Vertrages besteht eine gefestigte Rechtsprechung. Hiernach besitzt das innerstaatliche Gericht, das allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts verfügt, die besseren Voraussetzungen, um im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls sowohl die Notwendigkeit

einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen<sup>5</sup>; Sache des Gerichtshofes ist es dagegen, die Begleitumstände, unter denen das innerstaatliche Gericht die Vorlagefrage aufgeworfen hat, zu untersuchen, um seine eigene Zuständigkeit prüfen zu können. Der Geist der Zusammenarbeit, in dem das Vorabentscheidungsverfahren stattfinden soll, verlangt nämlich auch, daß das innerstaatliche Gericht seinerseits auf die besondere Aufgabe Rücksicht nimmt, die der Gerichtshof in diesem Bereich erfüllt; er soll zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beitragen, nicht aber zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen Stellung nehmen.<sup>6</sup>

29. In Anbetracht dieser Aufgabe hat der Gerichtshof entschieden, er könne sich nicht zu Vorlagefragen innerstaatlicher Gerichte äußern, wenn die erbetene Auslegung oder Prüfung der Gültigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Norm in keinerlei Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stehe<sup>7</sup> oder wenn er ersucht werde, eine Frage hypothetischer Natur zu entscheiden, ohne über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben zu verfügen, deren er für eine sachgerechte Beantwortung bedürfe<sup>8</sup>. Der Gerichtshof hat hierzu weiterhin ausgeführt, es sei unerlässlich, daß das vorlegende Gericht die Gründe

darlege, aus denen es eine Beantwortung seiner Frage als für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ansehe; nur so könne der Gerichtshof prüfen, ob die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts einen Bezug zu den tatsächlichen Gegebenheiten und dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits aufweise. Stelle sich heraus, daß die vorgelegte Frage für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung offensichtlich nicht erheblich sei, müsse der Gerichtshof feststellen, daß er keine Entscheidung treffen könne<sup>9</sup>.

30. Aufgrund dieser Rechtsprechung und da keine der Klägerinnen der Ausgangsverfahren sich in einer der in den Unterfragen 4 und 5 der Vorlagefrage bezeichneten Situationen befunden hat — denn bei keiner von ihnen lag eine normal verlaufende Schwangerschaft vor, vielmehr wurden alle durch ärztliches Attest für ganz oder teilweise arbeitsunfähig erklärt —, meine ich, daß eine Antwort, mit der der Gerichtshof das auf diese beiden Fälle anwendbare Gemeinschaftsrecht auslegen würde, dem vorlegenden Gericht für die Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtsstreitigkeiten nicht von Nutzen wäre. Aus diesem Grund schlage ich dem Gerichtshof vor, die Unterfragen 4 und 5 der Vorlagefrage für unzulässig zu erklären.

## B — Zu den Unterfragen 1 bis 3 der Vorlagefrage

31. Die Unterfragen 1 bis 3 beziehen sich auf Artikel 7 Absatz 2 Satz 1 des dänischen Angestelltengesetzes, der bei einer durch

5 — Urteile vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347, Randnr. 25), vom 28. November 1991 in der Rechtssache C-186/90 (Durighello, Slg. 1991, I-5773, Randnr. 8) und vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 15).

6 — Urteile vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnrn. 18 und 20), vom 3. Februar 1983 in der Rechtssache 149/82 (Robards, Slg. 1983, 171, Randnr. 19) und in der Rechtssache Lourenço Dias (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 17).

7 — Urteile vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 (Salonia, Slg. 1981, 1563, Randnr. 6), in der Rechtssache Durighello (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 9), vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-129/94 (Ruiz Bernáldez, Slg. 1996, I-1829, Randnr. 7) und vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-104/95 (Kontogeorgas, Slg. 1996, I-6643, Randnr. 11).

8 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnrn. 32 und 33).

9 — Urteil Lourenço Dias (zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 19 und 20).



ärztliches Attest bescheinigten, mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Arbeitsunfähigkeit die Betroffenen gehaltlich schlechter stellt. Diese Vorschrift hatte es den Arbeitgebern der Klägerinnen Høj Pedersen (erster Rechtsstreit), Andressen (zweiter Rechtsstreit) und Sørensen (vierter Rechtsstreit) — bei denen während der Schwangerschaft jeweils Beckenvorfall, drohende Fehlgeburt (abortus imminens) und schwangerschaftsbedingtes übermäßiges Erbrechen (hyperemesis gravidarum) diagnostiziert worden war und die ihre berufliche Tätigkeit hatten aufgeben müssen —, gestattet, die Gehaltszahlungen einzustellen und die Betroffenen auf den Bezug vorgezogenen Mutterschaftstagegeldes zu verweisen.

32. Ich entnehme dem Wortlaut und der Begründung der Vorlagefrage, daß das vorlegende Gericht mit diesen drei Unterfragen wissen möchte, ob Artikel 119 des Vertrages und die Richtlinie 75/117 einer nationalen Rechtsvorschrift entgegenstehen, nach der Arbeitgeber, wenn die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit einer Schwangeren mit der Schwangerschaft im Zusammenhang steht, nur zur Zahlung der Hälfte des Gehalts verpflichtet ist, und zwar während eines innerhalb der drei der Entbindung vorausgehenden und der drei ihr folgenden Monate liegenden Zeitraums von höchstens fünf Monaten, während er im Fall einer nicht mit der Schwangerschaft im Zusammenhang stehenden Arbeitsunfähigkeit seinen Angestellten das volle Gehalt zu zahlen hat.

33. Es bedarf zunächst einer Klarstellung hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, um deren Auslegung ersucht wird. Der Vorlagebeschluß nimmt sowohl auf Artikel 119 des Vertrages als auch auf die

Richtlinie 75/117 Bezug. Wie der Gerichtshof jedoch festgestellt hat, berührt die Richtlinie 75/117, deren Zweck darin besteht, die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer festzulegen, in keiner Weise den Inhalt oder die Tragweite dieses Grundsatzes, so wie er in Artikel 119 des Vertrages niedergelegt ist<sup>10</sup>.

Alles, was zur Anwendung des Begriffes des Entgelts nach Artikel 119 des Vertrages in bezug auf die gestellten Fragen gesagt wird, gilt daher in gleicher Weise für die Richtlinie 75/117.

34. Fraglos gehört der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit zu den Grundlagen der Gemeinschaft<sup>11</sup>. Dieser Artikel geht von einem weiten Entgeltbegriff aus: „Unter ‚Entgelt‘ sind ... die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.“ Der Gerichtshof hat diesen Begriff ergänzt und schließt seit 1971 „gegenwärtige und künf-

10 — Urteile vom 11. März 1981 in der Rechtssache 69/80 (Worringham und Humphreys, Slg. 1981, 767, Randnr. 21), vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911, Randnr. 22), vom 3. Dezember 1987 in der Rechtssache 192/85 (Newstead, Slg. 1987, 4753, Randnr. 20) und vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache Barber (C-262/88, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 11).

11 — Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne, Slg. 1976, 455, Randnr. 12).

tige“ Vergütungen ein<sup>12</sup>; 1990 hat der Gerichtshof weiter ausgeführt, daß vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis geleistete Zahlungen unter den Begriff des Entgelts fallen, gleichviel „ob sie aufgrund eines Arbeitsvertrags, kraft einer Rechtsvorschrift oder freiwillig geleistet werden“<sup>13</sup>.

Seither hat der Gerichtshof entschieden, daß folgende Leistungen (die Aufzählung ist nur beispielhaft und nicht erschöpfend) unter den Begriff des Entgelts fallen: Vergünstigungen im Reiseverkehr, die ein Bahnunternehmen seinen Angestellten beim Eintritt in den Ruhestand gewährt und auf deren Angehörige erstreckt<sup>14</sup>; die Zahlungen, die ein Arbeitgeber an einen gekündigten Arbeitnehmer leistet, und Renten, die aufgrund privater betrieblicher Systeme gezahlt werden<sup>15</sup>; Entschädigungen, die ein Unternehmer den Mitgliedern des Betriebsrats in Form von bezahltem Urlaub oder der Vergütung für Überstunden aufgrund der Teilnahme an Schulungsveranstaltungen gewährt, bei denen für die Arbeit im Betriebsrat erforderliche Kenntnisse vermittelt werden, obwohl die Betroffenen während dieser Veranstaltungen keine der in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehenen Tätigkeiten ausüben<sup>16</sup>; der Anspruch auf Anschluß an ein Betriebsrentensystem<sup>17</sup>; die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber im

Krankheitsfall<sup>18</sup>; schließlich die Leistung, die der Arbeitgeber aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder von Tarifverträgen einer Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs zahlt<sup>19</sup>.

35. Das Diskriminierungsverbot des Artikels 119 steht einer Regelung entgegen, die es erlaubt, Männern und Frauen ein unterschiedliches Entgelt zu zahlen, obwohl sie eine gleichwertige Arbeit verrichten<sup>20</sup>. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß Artikel 119 Absatz 1 des Vertrages, ohne daß es gemeinschaftsrechtlicher oder nationaler Durchführungsvorschriften bedürfte, unmittelbar auf alle Formen direkter und offener Diskriminierung anwendbar ist, die sich unter alleinigem Rückgriff auf die in dieser Bestimmung aufgestellten Kriterien der Gleichheit der Arbeit und des Entgelts nachweisen lassen<sup>21</sup>.

36. Seit dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Rinner-Kühn<sup>22</sup> besteht keinerlei

12 — Urteil vom 25. Mai 1971 in der Rechtssache 80/70 (Defrenne, Slg. 1971, 445, Randnr. 6).

13 — Urteil Barber (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 20).

14 — Urteil vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81 (Garland, Slg. 1982, 359, Randnr. 9).

15 — Urteil Barber (zitiert in Fußnote 10, Randnrn. 20 und 30).

16 — Urteile vom 4. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/90 (Bötel, Slg. 1992, I-3589, Randnrn. 14 und 15) und vom 6. Februar 1996 in der Rechtssache C-457/93 (Lewark, Slg. 1996, I-243, Randnr. 23).

17 — Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 22) sowie vom 28. September 1994 in den Rechtssachen C-57/93 (Vroege, Slg. 1994, I-4541, Randnr. 15) und C-128/93 (Fisscher, Slg. 1994, I-4583, Randnr. 12).

18 — Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 7).

19 — Urteil vom 13. Februar 1996 in der Rechtssache C-342/93 (Gillespie u. a., Slg. 1996, I-475, Randnr. 14).

20 — Urteil Gillespie u. a., Randnr. 15.

21 — Urteil Defrenne (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 18) sowie Urteile vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79 (Macarthy, Slg. 1980, 1275, Randnr. 10), Worringham und Humphreys (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 23) und Jenkins (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 17).

22 — Zitiert in Fußnote 18. Es ging dort um das deutsche Gesetz über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, aufgrund dessen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der nach seinem Arbeitsantritt ohne Verschulden arbeitsunfähig wird, für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zu sechs Wochen lang den Arbeitslohn mit der Maßgabe zu zahlen hat, daß der Versicherungsträger ihm einen Teil des Lohns vergütet, wenn das Unternehmen weniger als zwanzig Personen beschäftigt.

Zweifel daran, daß die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber während der krankheitsbedingten Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers unter den Begriff des Entgelts im Sinne von Artikel 119 des Vertrages fällt. Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber an eine schwangere Frau, deren Arbeitsunfähigkeit auf der Schwangerschaft beruht, ebenfalls unter diesen Begriff fällt.

37. Nach der streitigen dänischen Rechtsvorschrift beschränkt sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers in diesem Fall auf die Hälfte des Gehalts, zu zahlen während eines Zeitraums von höchstens fünf Monaten innerhalb der drei der Entbindung vorausgehenden und der drei ihr folgenden Monate. Es handelt sich folglich, um auf die Definition des Entgelts in Artikel 119 zurückzukommen, um einen Lohn- oder Gehaltsanteil, den der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses und kraft einer Rechtsvorschrift dem Arbeitnehmer unmittelbar zahlt. Ich meine daher, daß die Weiterzahlung des Gehalts in diesem Fall ebenfalls unter diesen Begriff des Entgelts fällt. Die Frage, die jetzt noch zu entscheiden ist, geht dahin, ob eine schwangere Frau, deren Arbeitsunfähigkeit auf der Schwangerschaft beruht, Anspruch darauf hat, hinsichtlich ihres Gehalts ebenso behandelt zu werden wie ein Mann, der wegen Krankheit arbeitsunfähig ist.

38. Der Gerichtshof hat mehrfach über die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen

Arbeitnehmern in Fällen entschieden, in denen es um die arbeitsrechtlichen Ansprüche einer schwangeren Frau ging. Bisher ging es jedoch in all diesen Fällen um das Recht auf Zugang zur Beschäftigung oder auf gleiche Arbeitsbedingungen, wie es in der Richtlinie 76/207 niedergelegt ist <sup>23</sup>.

39. Weiterhin hat der Gerichtshof im Urteil Gillespie <sup>24</sup> den Grundsatz des gleichen Entgelts im Hinblick auf die der Frau während des Mutterschaftsurlaubs gewährte Leistung ausgelegt. Er hat dort entschieden, daß „sich die Frauen während eines in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Mutterschaftsurlaubs in einer besonderen Situation [befinden], die verlangt, daß ihnen ein besonderer Schutz gewährt wird, die jedoch nicht mit der Situation eines Mannes oder mit der einer Frau, die tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz arbeitet, gleichgesetzt werden kann“, und daß, da die Richtlinie 92/85 aus zeitlichen Gründen auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar war, „weder Artikel 119 EWG-Vertrag noch Artikel 1 der Richtlinie 75/117 verlangten, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten“ <sup>25</sup>.

40. Aufgrund dieser Auslegung ist klar, daß sich die Klägerinnen während ihres Mutterschaftsurlaubs weder auf Artikel 119 des Vertrages noch auf die Richtlinie 75/117 berufen konnten, um einen Anspruch auf die Zahlung des vollen Gehalts geltend zu

23 — Es handelt sich um die Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Dekker, Slg. 1990, I-3941), vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567) und vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-400/95 (Larsson, Slg. 1997, I-2757).

24 — Zitiert in Fußnote 19.

25 — A. a. O., Randnrn. 17, 19 und 20.

machen, da die besondere Lage, in der sie sich während dieses Zeitraums befanden, nicht derjenigen eines Mannes gleichgestellt werden konnte, der tatsächlich einen Arbeitsplatz innehatte.

41. Es stellt sich die Frage, ob die auf einer Schwangerschaft beruhende Arbeitsunfähigkeit der schwangeren Frau einem „vorzeitigen“ Mutterschaftsurlaub gleichzustellen ist; in diesem Fall könnte die Frau sich ebenfalls nicht auf die angeführten Bestimmungen berufen, um einen Anspruch auf Zahlung des vollen Lohnes geltend zu machen.

Meiner Meinung nach ist die Frage aus verschiedenen Gründen zu verneinen: erstens, weil die Zeitspanne des Mutterschaftsurlaubs von vornherein festgelegt ist und nicht von der Zeit abhängt, die die einzelne Betroffene benötigt, um sich von den Folgen der Entbindung zu erholen, während die Dauer der durch die Schwangerschaft verursachten Arbeitsunfähigkeit der Schwangeren lediglich davon abhängt, wie lang man den Zeitraum für ihre Erholung einschätzt; zweitens, weil die Gewährung von Mutterschaftsurlaub nicht voraussetzt, daß die betroffene Frau krank ist, während Voraussetzung für die Erteilung eines die Arbeitsunfähigkeit einer Schwangeren bescheinigenden ärztlichen Attests ist, daß ein schwerwiegendes gesundheitliches Problem vorliegt; schließlich, weil die Frau während des Mutterschaftsurlaubs nicht nur von der Arbeit, sondern auch von jeder mit ihrem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehenden Verpflichtung freigestellt ist, während die arbeitsunfähig geschriebene schwangere Frau, gleichviel worauf die Arbeitsunfähigkeit zurückzuführen ist, verpflichtet ist, an ihrer Genesung mitzuwirken, indem

sie sich der vom Arzt verordneten Behandlung unterwirft.

42. Worin unterscheidet sich aber während der Schwangerschaft und vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs die auf der Schwangerschaft beruhende Arbeitsunfähigkeit einer Frau von der eines erkrankten Mannes?

Ich muß gestehen, daß ich bei einem Vergleich keinerlei Unterschied zwischen der auf der Schwangerschaft beruhenden Arbeitsunfähigkeit einer schwangeren Frau und der Arbeitsunfähigkeit eines kranken Mannes zu sehen vermag. Beide leiden nämlich an einer durch ärztliches Attest festgestellten Krankheit; beide sind deshalb vorübergehend nicht in der Lage, ihre Beschäftigung auszuüben; sie sind zwar arbeitsunfähig, doch steht vernünftigerweise zu erwarten, daß sowohl die Frau, deren Gesundheit durch die Schwangerschaft beeinträchtigt ist, als auch der erkrankte Mann sich erholen und ihre Arbeit wieder aufnehmen, weil die Arbeitsunfähigkeit normalerweise damit endet, daß der Arzt die Genesung des Arbeitnehmers feststellt.

43. Im Ergebnis befindet sich die infolge ihrer Schwangerschaft laut ärztlichem Zeugnis arbeitsunfähige schwangere Frau von ihrem arbeitsrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen her gesehen in einer ganz anderen Lage als eine Frau, die ihren

Mutterschaftsurlaub angetreten hat, und im wesentlichen in der gleichen Lage wie ein Mann, der infolge einer Krankheit arbeitsunfähig ist.

*C — Zum sechsten in der Vorlagefrage genannten Fall*

44. Die streitige nationale Vorschrift begründet aber eine je nach der Ursache der Krankheit unterschiedliche Behandlung beim Gehalt; in der Praxis werden die Gehaltsansprüche einer arbeitsunfähigen schwangeren Frau niedriger sein als diejenigen eines kranken Mannes oder ebenso hoch wie diese, je nachdem, ob die Krankheit der Frau im Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht oder nicht. Da es sich um ein Entscheidungskriterium handelt, das auf eine Situation abstellt, in der sich nur Frauen befinden können, liegt hierin eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die im Widerspruch zu Artikel 119 des Vertrages steht und deshalb durch nichts gerechtfertigt werden kann.

45. Aus den dargelegten Gründen schlage ich vor, die Unterfragen 1 bis 3 der Vorlagefrage dahin zu beantworten, daß der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte und in Artikel 1 der Richtlinie 75/117 näher ausgeführte Grundsatz des gleichen Entgelts einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift entgegensteht, wonach in Fällen, in denen die durch ärztliches Attest bescheinigte Arbeitsunfähigkeit einer schwangeren Frau im Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht, der Arbeitgeber während eines innerhalb der ersten drei Monate vor und der ersten drei Monate nach der Entbindung liegenden Zeitraums von bis zu fünf Monaten lediglich zur Zahlung der Hälfte des Gehalts verpflichtet ist, während er seinen Arbeitnehmern im Fall einer nicht mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit das volle Gehalt zu zahlen hat.

46. Nach meinem Verständnis möchte das vorlegende Gericht mit dieser Unterfrage wissen, ob der in der Richtlinie 76/207 niedergelegte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen einer nationalen Rechtsvorschrift wie Artikel 7 Absatz 2 Satz 2 des Angestelltengesetzes entgegensteht, nach der der Arbeitgeber einer schwangeren Arbeitnehmerin während eines innerhalb der ersten drei Monate vor und der ersten drei Monate nach der Entbindung liegenden Zeitraums von bis zu fünf Monaten nur das halbe Gehalt zu zahlen braucht, wenn er der Auffassung ist, er könne die Arbeitnehmerin nicht weiterbeschäftigen, obwohl sie nicht arbeitsunfähig ist.

Aufgrund dieser Bestimmung wurden Frau Pedersen, der Klägerin des dritten Ausgangsrechtsstreits, die seit dem 1. September 1984 für den Zahnarzt Rasmussen gearbeitet hatte und durch ärztliches Attest vom 4. Februar 1994 wegen drohender Fehlgeburt (abortus imminens) teilweise arbeitsunfähig geschrieben worden war, wobei als voraussichtlicher Tag der Entbindung der 5. Juni angenommen worden war, Weiterbeschäftigung und Gehaltszahlung verweigert, da der Arbeitgeber ihrer Bitte, mit verkürzter Arbeitszeit weiter tätig sein zu dürfen, nicht entsprochen hatte.

Wie ich bereits im zweiten Absatz von Nummer 25 ausgeführt habe, kann dieser Fall — obwohl auch hier eine Weigerung des Arbeitgebers vorliegt, der Arbeitnehmerin ihr Gehalt zu zahlen — nicht durch Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts, sondern nur anhand der Bestimmungen der Richtlinie 76/207 entschieden werden, da die Verweigerung der Gehaltszahlung lediglich die Folge der Verweigerung der Weiterbeschäftigung ist.

Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, daß Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207, in dem er den Mitgliedstaaten das Recht vorbehält, Vorschriften zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft beizubehalten oder einzuführen, den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft und der besonderen Beziehung und Kind während der auf Schwangerschaft und Entbindung folgenden Zeit als legitim anerkennt <sup>26</sup>.

47. Das vorlegende Gericht führt in seinem Vorlagebeschluß aus, nach den Vorschriften des Angestelltengesetzes liege die Entscheidung darüber, ob eine schwangere Angestellte weiterbeschäftigt werden könne oder nicht, ausschließlich beim Arbeitgeber. Die Gründe für diese Bestimmung lägen möglicherweise darin, daß der Arbeitgeber wegen der besonderen Merkmale der Arbeitsstelle von der Arbeitnehmerin eine Arbeitskapazität fordern könnte, die es rechtfertige, daß sie vor Beginn des der Entbindung vorausgehenden Zeitraums von drei Monaten zu arbeiten aufhöre, und daß der Arbeitgeber in der Lage sein müsse, die Notwendigkeit der Freistellung von der Arbeit zu rechtfertigen, ohne daß jedoch klar sei, welches die Voraussetzungen für diese Rechtfertigung seien.

Unter diese Ausnahme fallen daher nur solche Maßnahmen, die unmittelbar zum Schutz der Frauen bestimmt sind, die sich in einer dieser Situationen befinden.

48. Nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 steht der in dieser Richtlinie niedergelegte Grundsatz der Gleichbehandlung nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen. Diese Bestimmung schafft die gesetzliche Grundlage für von den Mitgliedstaaten getroffene Schutzmaßnahmen wie die ausschließlich Frauen zugute kommende Gewährung eines Mutterschaftsurlaubs.

49. Die streitige dänische Maßnahme, die die Entscheidung darüber, ob eine schwangere Arbeitnehmerin — nur wegen ihrer Schwangerschaft, denn sie braucht nicht arbeitsunfähig geschrieben zu sein — weiterbeschäftigt werden kann oder nicht, dem Ermessen des Arbeitgebers überläßt, kann nicht unter die Ausnahme von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 fallen, da sie, anstatt die schwangere Frau zu schützen, die Möglichkeit schafft, sie allein aufgrund einer Entscheidung des Arbeitgebers zeitweilig ohne Arbeit zu lassen.

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

Die genannte Vorschrift ist daher anhand anderer Bestimmungen der Richtlinie zu prüfen, die eine strenge Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Angestellten verlangen, und zwar anhand des Artikels 5 Absatz 1, wonach 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.

50. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kann „eine Diskriminierung nur darin bestehen ..., daß unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder daß dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird“<sup>27</sup>. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, stellen sowohl die Weigerung, eine Schwangere zu beschäftigen<sup>28</sup>, als auch die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft<sup>29</sup> unmittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts dar.

51. Die streitige dänische Vorschrift räumt dem Arbeitgeber die Möglichkeit ein, eine schwangere Angestellte vorübergehend von der Arbeit freizustellen, obwohl sie nicht arbeitsunfähig ist, wenn er meint, sie nicht weiter beschäftigen zu können. Diese Möglichkeit hat er dagegen nicht bei einem

männlichen Arbeitnehmer, der nicht arbeitsunfähig geschrieben wurde; beide sind arbeitsfähig und arbeitsbereit, aber die Möglichkeit, eine Weiterbeschäftigung abzulehnen, besteht lediglich bei Frauen während ihrer Schwangerschaft.

Infolgedessen begründet eine innerstaatliche Vorschrift dieses Inhalts, die männliche und weibliche Arbeitnehmer, die nicht aus gesundheitlichen Gründen ihre Tätigkeit einstellen mußten und die somit arbeitsfähig sind, unterschiedlich behandelt, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die im Widerspruch zu Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 steht, weil sie als Kriterium für ihre Anwendung einen Zustand bestimmt, in dem sich nur Frauen befinden können.

52. Aus den vorstehend dargelegten Gründen bin ich der Auffassung, daß die dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage bezüglich des in ihr genannten sechsten Falles dahin zu beantworten ist, daß der in Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 niedergelegte Grundsatz der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen einer innerstaatlichen Vorschrift entgegensteht, die die Entscheidung darüber, ob eine schwangere Arbeitnehmerin, die nicht für arbeitsunfähig erklärt worden ist, weiterbeschäftigt werden kann, in das Ermessen des Arbeitgebers stellt, der ihr während eines innerhalb der drei der Entbindung vorausgehenden und der drei ihr folgenden Monate liegenden Zeitraums von bis zu fünf Monaten nur das halbe Gehalt zu zahlen braucht.

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

28 — Urteil in der Rechtssache Dekker (zitiert in Fußnote 23).

29 — Urteile in den Rechtssachen Habermann-Beltermann und Webb (zitiert in Fußnote 23).

## Ergebnis

Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. die Vorlagefrage des Sø- og Handelsret insoweit für unzulässig zu erklären, als es sich um die Fälle 4 und 5 handelt;
2. die Vorlagefrage zu den Fällen 1, 2, 3 und 6 wie folgt zu beantworten:
  - a) Der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte und in Artikel 1 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 näher ausgeführte Grundsatz betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer steht einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift entgegen, wonach in Fällen, in denen die durch ärztliches Attest bescheinigte Arbeitsunfähigkeit einer schwangeren Frau im Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht, der Arbeitgeber während eines innerhalb der ersten drei Monate vor und der ersten drei Monate nach der Entbindung liegenden Zeitraums von bis zu fünf Monaten der Betroffenen nur das halbe Gehalt zu zahlen braucht, während er seinen Arbeitnehmern das volle Gehalt zu zahlen hat, wenn es sich um eine nicht mit der Schwangerschaft zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit handelt;
  - b) Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen steht einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift entgegen, die die Entscheidung darüber, ob eine schwangere Arbeitnehmerin, die nicht für arbeitsunfähig erklärt worden ist, weiterbeschäftigt werden kann, in das Ermessen des Arbeitgebers stellt, der ihr während eines innerhalb der drei der Entbindung vorausgehenden und der drei ihr folgenden Monate liegenden Zeitraums von bis zu fünf Monaten nur das halbe Gehalt zu zahlen braucht.