

Antrag, die angefochtene E im klagestattgebenden Sinn abzuändern. Die Bekl beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision der Kl ist zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Die Kl bekämpft – zusammengefasst – die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsauffassung unter Hinweis auf die Rspr des OGH (9 ObA 23/95), wonach der Kündigungsschutz gem § 10 Abs 1 MSchG ab dem Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle zum Tragen komme. Der Umstand, dass der Zeitpunkt der Befruchtung bei einer IVF klar feststellbar sei, während bei einer In-utero-Konzeption lediglich mit medizinischen Berechnungsvorgängen ermittelt werden könne, dürfe nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung führen.

Der OGH hat mit Beschluss vom 23.11.2006 zu 8 ObA 39/06b dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) gem Art 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Handelt es sich bei einer Arbeitnehmerin, die sich einer In-vitro-Fertilisation unterzieht, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ihre Eizellen bereits mit den Spermazellen des Partners befruchtet wurden, also Embryonen ‚in vitro‘ vorhanden sind, diese aber noch nicht der Frau eingepflanzt wurden, um eine ‚schwängere Arbeitnehmerin‘ iSd Art 2 lit a erster Halbsatz der RL 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung des Sicherheits- und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (10. Einzelrichtlinie iSd Art 16 Abs 1 der RL 89/391/EWG)?“

Der EuGH hat diese mit Urteil vom 26.2.2008, C-506/06, wie folgt beantwortet [...]:

„Die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung des Sicherheits- und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie iSd Art 16 Abs 1 der Richtlinie 89/391/EWG) und insbesondere das in Art 10 Nr 1 dieser Richtlinie enthaltene Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen sind dahin auszulegen, dass sie nicht eine Arbeitnehmerin erfassen, die sich einer Befruchtung in vitro unterzieht, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Befruchtung ihrer Eizellen mit den Spermazellen ihres Partners bereits stattgefunden hat, sodass in vitro befruchtete Eizellen existieren, diese aber noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden sind.

Jedoch stehen Art 2 Abs 1 und Art 5 Abs 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 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 der Kündigung einer Arbeitnehmerin entgegen, die sich unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens in einem vorgerückten Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation befindet, nämlich zwischen der Follikelpunktion und der sofortigen Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter, sofern nachgewiesen ist, dass die Tatsache, dass sich die Betreffende einer solchen Behandlung unterzogen hat, der hauptsächliche Grund für die Kündigung ist.“

Nach Vorliegen dieses Urteils, dessen Rechtsauffassung der OGH seiner E zugrunde zu legen hat

[...], ist das ausgesetzte Revisionsverfahren von Amts wegen wieder aufzunehmen (vgl 10 ObS 94/04b; 10 ObS 46/06x). Es ist davon auszugehen, dass der Begriff der „Schwangerschaft“ gem § 10 Abs 1 MSchG nicht abweichend von dem in der „Mutterschutzrichtlinie (-RL)“ verwendeten Begriff der „schwangeren Arbeitnehmerin“ zu verstehen ist. Auch entspricht es der Rspr des OGH, den Kündigungsschutz des § 10 MSchG nur einer Frau angedeihen zu lassen, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits schwanger war. Eine vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung wird durch den Kündigungsschutz nicht berührt (9 ObA 8/96; 9 ObA 23/95 = SZ 68/74; RIS-Justiz RS0070722; Langer in Ercher/Stech/Langer, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz § 10 MSchG Rz 15 mwN; siehe auch Ercher/Stech, Beginn der Schwangerschaft und des Kündigungsschutzes, ASoK 2007, 104 [107]). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass sich die Kl nicht auf den Kündigungsschutz des § 10 Abs 1 MSchG berufen kann, erweist sich damit als zutreffend.

Die vom EuGH (in seinem 2. Rechtssatz) aufgeworfene Frage eines möglichen verpönten Motives stellt sich für den OGH nicht. Die qualifiziert vertretene Kl, die den Diskriminierungstatbestand zu behaupten und glaubhaft zu machen hat (vgl Ercher/Stech, Beginn der Schwangerschaft und des Kündigungsschutzes bei In-vitro-Fertilisation, ASoK 2008, 131 [134]), hat nämlich zu keinem Zeitpunkt vorgebracht, dass das (hauptsächliche) Motiv für ihre Kündigung die IVF-Behandlung gewesen sei. Zudem ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Kl (unstrittig) am 10.3.2005 gekündigt wurde und erst (unmittelbar) danach die Bekl von der geplanten „künstlichen Befruchtung“ informierte. Der ausschließlich auf § 10 Abs 1 MSchG gestützten Klage kommt daher aus den oben angeführten Gründen keine Berechtigung zu. Der Revision ist sohin nicht Folge zu geben. [...]

Anmerkung

1. Differenzierendes Begriffsverständnis des OGH

Mit diesem Urteil äußerte sich der OGH erstmals zu der Frage, wann eine mittels IVF ermöglichte Schwangerschaft und der damit einhergehende besondere Kündigungsschutz des § 10 Abs 1 MSchG beginnen. Seiner Auffassung nach ist die Einbringung der befruchteten Eizelle(n) – in der Terminologie des FMedG: der entwicklungsfähigen Zelle(n) (vgl § 1 Abs 3 FMedG) – in die Gebärmutter der Arbeitnehmerin (AN), also der sog Embryotransfer der insofern entscheidende Vorgang. Die Rspr geht damit mit weitgehender Zustimmung im Schrifttum (vgl Ercher/Stech, Beginn der Schwangerschaft und des Kündigungsschutzes bei In-vitro-Fertilisation, ASoK 2008, 131 [134]; Langer in Ercher/Stech/Langer, Mutterschutzgesetz [2005] § 10 Rz 16; Maurer, Beginn der Schwangerschaft und des Kündigungsschutzes bei In-vitro-Fertilisation, RdW 2007, 166; aA allerdings Reiner, Kündigungsschutz während In-vitro-Fertilisation: Mutterschutz oder nur Diskriminierungsschutz? Zugleich eine Besprechung der Rs Mayr, ÖJZ 2008,