

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

16.06.2008

Geschäftszahl

8ObA27/08s

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden und den Hofrat Dr. Spenling und die Hofrätin Dr. Glawischnig sowie die fachkundigen Laienrichter Prof. Mag. Dr. Thomas Keppert und Mag. Canan Aytekin-Yildirim als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Sabine M*****, vertreten durch Dr. Sabine Berger, Rechtsanwältin in Salzburg, gegen die beklagte Partei Bäckerei und Konditorei Gerhard F***** OHG, *****, vertreten durch Liebscher Hübel & Lang, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen 2.937,97 EUR brutto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 1. Februar 2006, GZ 11 Ra 108/05i-13, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 25. Juli 2005, GZ 56 Cga 171/05x-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I) Das mit Beschluss vom 23. 11. 2006, 8 ObA 39/06b, gemäß § 90a GOG ausgesetzte Revisionsverfahren wird von Amts wegen wieder aufgenommen.

II) Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 333,12 EUR (darin 55,52 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text**Entscheidungsgründe:**

Die Klägerin war ab 3. 1. 2005 bei der beklagten Partei als Kellnerin beschäftigt. In der Vergangenheit hatte sie bereits zwei Versuche einer künstlichen Befruchtung unternommen. Nach einer rund eineinhalb Monate dauernden Hormonbehandlung wurde am 8. 3. 2005 neuerlich eine Follikelpunktion vorgenommen. Vom 8. 3. 2005 bis 13. 3. 2005 wurde die Klägerin von ihrem Hausarzt krank geschrieben. Am 13. 3. 2005 wurden zwei Embryonen in den Uterus der Klägerin transferiert. Anlässlich eines Telefonats am 10. 3. 2005 wurde die Klägerin von der beklagten Partei zum 26. 3. 2005 gekündigt. Mit Schreiben vom selben Tag informierte die Klägerin die beklagte Partei von der für den 13. 3. 2005 geplanten „künstlichen Befruchtung“. Es ist davon auszugehen, dass zum Kündigungszeitpunkt die der Klägerin entnommenen Eizellen bereits mit den Samenzellen ihres Partners verschmolzen waren, also „Embryonen in vitro“ vorhanden waren.

Die Klägerin begehrt von der beklagten Partei Lohn und aliquote Jahresremuneration im Gesamtbetrag von 2.937,97 EUR brutto sA. Die am 10. 3. 2005 ausgesprochene Kündigung sei rechtsunwirksam, weil ihr ab der am 8. 3. 2005 stattgefundenen Befruchtung der Eizellen in vitro, der Kündigungsschutz nach § 10 Abs 1 Mutterschutzgesetz (MSchG) zukomme.

Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung, weil zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung eine Schwangerschaft (noch) nicht vorgelegen habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es ging davon aus, dass der in § 10 MSchG verankerte Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs mit der Befruchtung der Eizelle beginne, weil der Gesetzgeber auf den schützenswerten Zustand der Frau, ab der grundsätzlich zu einer Geburt führenden Empfängnis, bis zum Eintritt der Geburt abstelle. Der Zweck des MSchG liege darin, die wirtschaftliche Existenz der Mutter zu sichern; es sei daher teleologisch auf den frühestmöglichen Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Beginn einer Schwangerschaft angenommen werden könne. Wenn dies bei einer In-utero-Konzeption der

Zeitpunkt der Befruchtung sei, müsse dies auch im Fall der In-vitro-Fertilisation gelten. Verlaufe der Embryotransfer nicht erfolgreich, gehe der Kündigungsschutz ohnedies verloren.

Das Berufungsgericht änderte über Berufung der beklagten Partei das erstgerichtliche Urteil im klageabweisenden Sinn ab und ließ die ordentliche Revision zu.

§ 10 Abs 1 MSchG lege fest, dass Dienstnehmerinnen während der Schwangerschaft nicht rechtswirksam gekündigt werden können. In der Medizin werde unter dem Begriff der Schwangerschaft der Zustand der Frau von der Konzeption bis zum Eintritt der Geburt verstanden. Auch in der vom Erstgericht zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (9 ObA 23/95) werde die Schwangerschaft als Zustand der Frau, ab der grundsätzlich zu einer Geburt führenden Empfängnis bis zum Eintritt der Geburt definiert. Unabhängig von der Frage, ab welchem Zeitpunkt der Schwangerschaft tatsächlich hormonelle Veränderungen eintreten, sei daher eine Schwangerschaft losgelöst vom weiblichen Körper denkunmöglich. Daran vermöge auch das vom Erstgericht ins Treffen geführte Argument, wonach es für den Kündigungsschutz des § 10 MSchG bedeutungslos sei, ob der natürliche Verlauf einer Schwangerschaft ab der Konzeption durch chemische, mechanische oder hormonelle Mittel beeinflusst werde, nichts zu ändern. Die genannten Einflussmöglichkeiten auf den natürlichen Verlauf einer Schwangerschaft seien nämlich nicht mit der Einflussnahme auf den Beginn der Schwangerschaft gleichzusetzen. Nach § 17 Abs 1 Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) können entwicklungsfähige Zellen, das seien nach der Legaldefinition des § 1 Abs 3 FMedG befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen, bis zu zehn Jahren aufbewahrt werden. Nach § 8 FMedG dürfe eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung überdies nur mit Zustimmung der Partner durchgeführt werden, wobei die Zustimmung der Frau bis zur Einbringung der entwicklungsfähigen Zellen in ihren Körper widerrufen werden könne. Im Fall der In-vitro-Fertilisation könne daher im Gegensatz zu einer natürlichen Befruchtung der Beginn der Schwangerschaft von der Frau willkürlich bestimmt werden. Dementsprechend werde auch in der Lehre vertreten, dass die Schwangerschaft bei In-vitro-Fertilisation mit dem Einsetzen der befruchteten Eizelle beginne, was der vom Obersten Gerichtshof vertretenen Auffassung, wonach der Beginn der Schwangerschaft im juristischen Sinn sehr früh angesetzt werde, entspreche. Zweck des Kündigungs- und Entlassungsschutzes nach den §§ 10 ff MSchG sei die Wahrung der wirtschaftlichen Existenz der Mutter. Der besondere Kündigungsschutz komme jedoch nur zum Tragen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung eine Schwangerschaft tatsächlich schon eingetreten sei; das Mutterschutzgesetz solle schwangere Arbeitnehmerinnen schützen, nicht aber vielleicht künftig schwanger werdende. Dementsprechend werde die vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung durch den Kündigungsschutz nicht berührt. Für eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 MSchG bestehe im vorliegenden Fall kein Raum. Die am 10. 3. 2005 ausgesprochene Kündigung sei daher rechtswirksam. Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht für zulässig, weil keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Anwendung des § 10 Abs 1 MSchG für den Fall der In-vitro-Fertilisation vorliege. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im klagestattgebenden Sinn abzuändern. Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

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

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

Der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 23. 11. 2006 zu 8 ObA 39/06b dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) gemäß 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 (veröffentlicht auch in NL Menschenrechte 2008, 113 ff):

„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 Oberste Gerichtshof seiner Entscheidung zugrundelegen hat (Kohlegger in Fasching/Konecny, ZPO2 Anh § 190 Rz 349 ff und Schragel, aaO § 190 Rz 5 aE; Schima, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH2 [2004], 97 f; Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht [2007], Rz 859, 860; 1 Ob 26/08t), 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“ gemäß § 10 Abs 1 MSchG nicht abweichend von dem in der „Mutterschutzrichtlinie“ verwendeten Begriff der „schwangeren Arbeitnehmerin“ zu verstehen ist. Auch entspricht es der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, 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 Klägerin 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 Obersten Gerichtshof nicht. Die qualifiziert vertretene Klägerin, 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 In-vitro-Fertilisationsbehandlung gewesen sei. Zudem ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Klägerin (unstrittig) am 10. 3. 2005 gekündigt wurde und erst (unmittelbar) danach die beklagte Partei 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.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 2 ASGG iVm §§ 41, 50 ZPO.