URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

26. Februar 2008 *

In der Rechtssache C-506/06

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Obersten Gerichtshof (Österreich) mit Entscheidung vom 23. November 2006, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Dezember 2006, in dem Verfahren

Sabine Mayr

gegen

Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, L. Bay Larsen, der Richterin R. Silva de Lapuerta, der Richter K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Kūris, E. Juhász, A. Ó Caoimh (Berichterstatter), der Richterin P. Lindh und des Richters J.-C. Bonichot,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2007,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, vertreten durch Rechtsanwalt H. Hübel,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer und M. Winkler als Bevollmächtigte,

— der griechischen Regierung, vertreten durch E.-M. Mamouna, K. Georgiadis und M. Apessos als Bevollmächtigte,

— der italienischen Regierung, vertreten durch I. M. Braguglia als Bevollmächtigten im Beistand von W. Ferrante, avvocato dello Stato,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. van Beek, V. Kreuschitz und I. Kaufmann-Bühler als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 27. November 2007

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Buchst. a der 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).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau Mayr, der Klägerin des Ausgangsverfahrens, und ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, der Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG (im Folgenden: Flöckner), der Beklagten des Ausgangsverfahrens, infolge der Kündigung, die Flöckner gegenüber Frau Mayr ausgesprochen hat.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

Die Richtlinie 76/207/EWG

3 Art. 2 Abs. 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 (ABl. L 39, S. 40) bestimmt, dass „[d]er Grundsatz der Gleichbehandlung … beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf".

4 Laut ihrem Art. 2 Abs. 3 steht die Richtlinie 76/207 „nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen".

5 Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 lautet:

„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."

6 Mit Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (ABl. L 204, S. 23) wurde die Richtlinie 76/207 in der durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 (ABl. L 269, S. 15) geänderten Fassung aufgehoben.

7 Die Richtlinien 2002/73 und 2006/54 finden jedoch in zeitlicher Hinsicht keine Anwendung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.

Die Richtlinie 92/85

8 Aus dem neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 92/85 geht hervor, dass der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen weder Frauen auf dem Arbeitsmarkt benachteiligen noch die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beeinträchtigen darf.

9 Dem 15. Erwägungsgrund dieser Richtlinie zufolge kann sich die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit ihrem Zustand in Verbindung stehen, schädlich auf die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen auswirken, so dass es erforderlich ist, ihre Kündigung zu verbieten.

10 Als schwangere Arbeitnehmerin gilt laut der Definition in Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 92/85 „jede schwangere Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet“.

11 Art. 10 der Richtlinie 92/85 hat folgenden Wortlaut:

„Um den Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 die Ausübung der in diesem Artikel anerkannten Rechte in Bezug auf ihre Sicherheit und ihren Gesundheitsschutz zu gewährleisten, wird Folgendes vorgesehen:

1. Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Kündigung der Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nach Artikel 8 Absatz 1 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 gegebenenfalls die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss.

2. Wird einer Arbeitnehmerin im Sinne des Artikels 2 während der in Nummer 1 genannten Zeit gekündigt, so muss der Arbeitgeber schriftlich berechtigte Kündigungsgründe anführen.

3. Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 vor den Folgen einer nach Nummer 1 widerrechtlichen Kündigung zu schützen."

12 Art. 12 der Richtlinie 92/85 lautet:

„Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jede Arbeitnehmerin, die sich durch die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus dieser Richtlinie für beschwert hält, ihre Rechte gerichtlich und/oder entsprechend den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gebräuchen durch Befassung anderer zuständiger Stellen geltend machen kann."

Nationales Recht

13 § 10 des Mutterschutzgesetzes (MSchG) hat folgenden Wortlaut:

„(1) Dienstnehmerinnen kann während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung rechtswirksam nicht gekündigt werden, es sei denn, dass dem Dienstgeber die Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung nicht bekannt ist.

(2) Eine Kündigung ist auch rechtsunwirksam, wenn die Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung dem Dienstgeber binnen fünf Arbeitstagen nach Ausspruch der Kündigung, bei schriftlicher Kündigung binnen fünf Arbeitstagen nach deren Zustellung, bekannt gegeben wird. Die schriftliche Bekanntgabe der Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung ist rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Fünftagefrist zur Post gegeben wird. Wendet die Dienstnehmerin die Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung innerhalb der Fünftagefrist ein, so hat sie gleichzeitig durch eine Bestätigung des Arztes die Schwangerschaft oder die Vermutung der Schwangerschaft nachzuweisen oder die Geburtsurkunde des Kindes vorzuweisen. Kann die Dienstnehmerin aus Gründen, die nicht von ihr zu vertreten sind, dem Dienstgeber die Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung nicht innerhalb der Fünftagefrist bekannt geben, so ist die Bekanntgabe rechtzeitig, wenn sie unmittelbar nach Wegfall des Hinderungsgrundes nachgeholt wird."

14 Nach § 17 Abs. 1 Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) können entwicklungsfähige Zellen, das sind gemäß § 1 Abs. 3 FMedG befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen, bis zu zehn Jahre aufbewahrt werden.

15 Gemäß § 8 FMedG darf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur mit Zustimmung der Partner durchgeführt werden, wobei die Zustimmung der Frau bis zur Einbringung der entwicklungsfähigen Zellen in ihren Körper widerrufen werden kann.

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

16 Frau Mayr war seit dem 3. Januar 2005 bei Flöckner als Kellnerin beschäftigt.

17 Im Rahmen eines Versuchs zur künstlichen Befruchtung und nach einer rund eineinhalb Monate dauernden Hormonbehandlung wurde bei Frau Mayr am 8. März 2005 eine Follikelpunktion vorgenommen. Vom 8. bis 13. März 2005 wurde sie von ihrem Hausarzt krankgeschrieben.

18 Am 10. März 2005 teilte Flöckner Frau Mayr während eines Telefonats mit, dass ihr zum 26. März 2005 gekündigt werde.

19 Mit Schreiben vom selben Tag informierte Frau Mayr Flöckner darüber, dass für den 13. März 2005 geplant sei, im Rahmen einer künstlichen Befruchtung befruchtete Eizellen in ihre Gebärmutter einzusetzen.

20 Laut Vorlageentscheidung steht fest, dass die Eizellen, die Frau Mayr entnommen worden waren, an dem Tag, an dem ihr gekündigt wurde, am 10. März 2005, bereits von den Samenzellen ihres Partners befruchtet und demnach schon zu diesem Zeitpunkt *in vitro* befruchtete Eizellen vorhanden waren.

21 Am 13. März 2005, also drei Tage, nachdem Frau Mayr von ihrer Kündigung erfahren hatte, wurden zwei Embryonen in ihre Gebärmutter eingesetzt.

22 Frau Mayr verlangte von Flöckner die Zahlung ihres Lohns und ihrer aliquoten Jahresremuneration und machte insoweit geltend, dass die am 10. März 2005 ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam sei, weil ihr ab dem 8. März 2005, dem Tag, an dem ihre Eizellen *in vitro* befruchtet worden seien, der Schutz des § 10 Abs. 1 MSchG zukomme.

23 Flöckner wies dieses Begehren mit der Begründung zurück, dass die Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch nicht vorgelegen habe.

24 Das erstinstanzlich angerufene Landesgericht Salzburg gab der Klage von Frau Mayr ausgehend von der Erwägung statt, dass der in § 10 MSchG verankerte Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs mit der Befruchtung der Eizelle beginne. Darin sehe diese Rechtsprechung den Beginn einer Schwangerschaft. Nach Ansicht des Landesgerichts Salzburg muss dies auch im Fall der In-vitro-Fertilisation gelten. Verlaufe der Embryotransfer nicht erfolgreich, gehe der Kündigungsschutz ohnedies verloren.

25 Das als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen entscheidende Oberlandesgericht Linz hob jedoch das Urteil des Landesgerichts Salzburg auf und wies die Klage von Frau Mayr mit der Begründung ab, dass eine Schwangerschaft — unabhängig von der Frage, ab welchem Zeitpunkt der Schwangerschaft tatsächlich hormonelle Veränderungen einträten — losgelöst vom weiblichen Körper denkunmöglich sei und demzufolge die Schwangerschaft im Fall einer In-vitro-Fertilisation mit dem Einsetzen des befruchteten Eis beginne. Der Schutz vor Kündigung des Dienstverhältnisses setze daher erst mit diesem Zeitpunkt ein.

26 Dieses Berufungsurteil ist Gegenstand einer beim Obersten Gerichtshof erhobenen Revision. Nach dessen Rechtsprechung kommt der besondere Kündigungsschutz des § 10 MSchG nur zum Tragen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung eine Schwangerschaft tatsächlich eingetreten ist. Zweck des Mutterschutzes sei, die Gesundheit von Mutter und Kind in deren Interesse zu wahren und, im Fall des Kündigungs- und Entlassungsschutzes, die wirtschaftliche Existenz der Mutter sicherzustellen. Die Schutzbedürftigkeit für die Dauer des veränderten körperlichen Zustands der Frau bestehe unabhängig davon, ob auch schon eine Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutterschleimhaut (mit anderen Worten: die Nidation) stattgefunden habe; ob der Nachweis der Schwangerschaft leicht zu erbringen sei, sei insoweit unerheblich. Die Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutterschleimhaut sei nach herrschender wissenschaftlicher Erkenntnis nur ein Kettenglied in dem ab Empfängnis begründeten Stadium der Schwangerschaft und könne nicht für den Bereich des Kündigungsschutzes willkürlich als Zeitpunkt des Beginns der Schwangerschaft herausgegriffen werden.

27 Diese Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu § 10 MSchG stütze sich jedoch ausschließlich auf Fälle der In-utero-Konzeption, d. h. der natürlichen Empfängnis. Dieses Gericht sei jedoch zum ersten Mal mit der Frage befasst, ab welchem Zeitpunkt eine schwangere Frau im Fall einer In-vitro-Fertilisation Kündigungsschutz nach § 10 MSchG genieße.

28 Da nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs der bei ihm anhängige Rechtsstreit eine Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aufwirft, hat er beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

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 Samenzellen des Partners befruchtet wurden, also Embryonen „in vitro" vorhanden sind, diese aber noch nicht der Frau eingepflanzt wurden, um eine „schwangere Arbeitnehmerin" im Sinne des Art. 2 Buchst. a erster Halbsatz der Richtlinie 92/85?

Zur Vorlagefrage

29 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Richtlinie 92/85 und insbesondere das in Art. 10 Nr. 1 dieser Richtlinie vorgesehene Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen dahin auszulegen sind, dass sie eine Arbeitnehmerin erfassen, die sich einer In-vitro-Fertilisation unterzieht, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Befruchtung ihrer Eizellen mit den Samenzellen ihres Partners bereits stattgefunden hat, so dass *in vitro* befruchtete Eizellen existieren, diese aber noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden sind.

30 Einleitend ist festzustellen, dass als In-vitro-Fertilisation die Befruchtung einer Eizelle außerhalb des Körpers der Frau bezeichnet wird. Der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zufolge läuft dieser Vorgang in mehreren Schritten ab, darunter u. a. die hormonelle Stimulation der Eierstöcke mit dem Ziel, mehrere Eizellen gleichzeitig zur Reifung zu bringen, die Follikelpunktion, die Entnahme der Eizellen, die

Befruchtung einer oder mehrerer Eizellen mit aufbereiteten Spermien, die Einsetzung der befruchteten Eizelle oder Eizellen in die Gebärmutter — was entweder am dritten oder am fünften Tag nach Entnahme der Eizellen erfolgt, es sei denn, dass die befruchteten Eizellen in eingefrorenem Zustand aufbewahrt werden — und die Einnistung.

31 Die Richtlinie 92/85 bezweckt die Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen.

32 In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der Rechte von schwangeren Frauen oder Wöchnerinnen das Ziel verfolgt wird, Arbeitnehmerinnen vor und nach der Niederkunft zu schützen (vgl. Urteile vom 8. September 2005, McKenna, C-191/03, Slg. 2005, I-7631, Randnr. 42, und vom 11. Oktober 2007, Paquay, C-460/06, Slg. 2007, I-8511, Randnr. 28).

33 Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 92/85 hatte der Gerichtshof bereits entschieden, dass einer Frau auf der Grundlage des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und insbesondere von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 Kündigungsschutz nicht nur während des Mutterschaftsurlaubs gewährt werden muss, sondern während der gesamten Schwangerschaft. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass eine Entlassung während der entsprechenden Zeiten nur Frauen treffen kann und daher als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzusehen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. November 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88, Slg. 1990, I-3979, Randnr. 13, vom 30. Juni 1998, Brown, C-394/96, Slg. 1998, I-4185, Randnrn. 24 und 25, McKenna, Randnr. 47, und Paquay, Randnr. 29).

34 Gerade in Anbetracht der Gefahr, die eine mögliche Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen darstellt, einschließlich des besonders schwerwiegenden Risikos, dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 10 der Richtlinie 92/85 einen 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 (vgl. Urteile vom 14. Juli 1994, Webb, C-32/93, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 21, Brown, Randnr. 18, vom 4. Oktober 2001, Tele Danmark, C-109/00, Slg. 2001, I-6993, Randnr. 26, McKenna, Randnr. 48, und Paquay, Randnr. 30).

35 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 10 der Richtlinie 92/85 für diesen Zeitraum keine Ausnahme oder Abweichung vom Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen vorsieht, außer in nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefällen und unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung schriftlich angibt (Urteile Webb, Randnr. 22, Brown, Randnr. 18, Tele Danmark, Randnr. 27, und Paquay, Randnr. 31).

36 Ob eine Arbeitnehmerin auch unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens den von Art. 10 der Richtlinie 92/85 vorgeschriebenen Kündigungsschutz genießt, muss mit Blick auf die Ziele, die die Richtlinie und insbesondere deren Art. 10 verfolgt, bestimmt werden.

37 Sowohl aus dem Wortlaut von Art. 10 der Richtlinie 92/85 als auch dem von dieser vorrangig verfolgten Ziel, das in Randnr. 31 des vorliegenden Urteils wiedergegeben wird, ergibt sich, dass der von diesem Artikel gewährte Kündigungsschutz voraussetzt, dass die in Rede stehende Schwangerschaft begonnen hat.

38 Insoweit ist festzustellen, dass zwar — wie die österreichische Regierung ausgeführt hat — das Thema des Umgangs mit künstlichen Befruchtungen und mit entwicklungsfähigen Zellen in vielen Mitgliedstaaten gesellschaftspolitisch sehr sensibel und von deren unterschiedlichen Traditionen und Werthaltungen geprägt ist, der Gerichtshof durch das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen aber nicht dazu aufgerufen ist, auf Fragen medizinischer oder ethischer Natur einzugehen, sondern sich darauf zu beschränken hat, die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie 92/85 unter Berücksichtigung ihres Wortlauts, ihrer Systematik und ihrer Ziele juristisch auszulegen.

39 Aus dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/85 geht hervor, dass das in ihrem Art. 10 vorgesehene Kündigungsverbot verhindern soll, dass sich die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit ihrem Zustand in Verbindung stehen, schädlich auf die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen auswirken kann.

40 Unter diesen Umständen ist es offensichtlich, dass — wie im Übrigen auch die österreichische Regierung vorträgt — vom frühestmöglichen Zeitpunkt des Vorliegens einer Schwangerschaft auszugehen ist, um die Sicherheit und den Schutz der schwangeren Arbeitnehmerinnen zu gewährleisten.

41 Selbst wenn man annähme, dass der genannte Zeitpunkt bei einer In-vitro-Fertilisation der Zeitpunkt der Einsetzung der befruchteten Eizellen in die Gebärmutter der Frau ist, kann jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht davon ausgegangen werden, dass eine Arbeitnehmerin auch dann den durch Art. 10 der Richtlinie 92/85 geschaffenen Schutz genießt, wenn die *in vitro* befruchteten Eizellen zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden sind.

42 Diese Eizellen dürfen nämlich — wie aus den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen und den Nrn. 43 bis 45 der Schlussanträge des Generalanwalts hervorgeht — vor ihrer Einsetzung in die Gebärmutter der betreffenden Frau in verschiedenen Mitgliedstaaten für einen mehr oder weniger langen Zeitraum aufbewahrt werden; die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung sieht insoweit die Möglichkeit vor, die befruchteten Eizellen für maximal zehn Jahre aufzubewahren. Käme der von Art. 10 der Richtlinie 92/85 vorgeschriebene Kündigungsschutz bei einer Frau vor der Einsetzung der befruchteten Eizellen zur Anwendung, so könnte sich dies infolgedessen dahin gehend auswirken, dass dieser Schutz auch dann gewährt würde, wenn die Einsetzung aus irgendwelchen Gründen für mehrere Jahre zurückgestellt wird, oder sogar dann, wenn auf eine solche Einsetzung definitiv verzichtet, die In-vitro-Fertilisation nur vorsorglich vorgenommen worden sein sollte.

43 Aber auch wenn die Richtlinie 92/85 auf eine Situation wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht anwendbar ist, kann sich der Gerichtshof entsprechend seiner Rechtsprechung veranlasst sehen, Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, auf die das vorlegende Gericht bei der Darlegung seiner Frage nicht Bezug genommen hat (Urteile vom 12. Dezember 1990, SARPP, C-241/89, Slg. 1990, I-4695, Randnr. 8, und vom 26. April 2007, Alevizos, C-392/05, Slg. 2007, I-3505, Randnr. 64).

44 Im Verlauf des Verfahrens vor dem Gerichtshof haben die griechische und die italienische Regierung sowie die Kommission vorgeschlagen, dass sich eine Arbeitnehmerin, wenn sich für sie in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden kein Kündigungsschutz aus der Richtlinie 92/85 ableiten lässt, möglicherweise auf den mit der Richtlinie 76/207 gewährten Schutz vor geschlechtsbedingter Diskriminierung berufen kann.

45 Insoweit ist daran zu erinnern, dass nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 „[d]er Grundsatz der Gleichbehandlung … beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf". Gemäß Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie beinhaltet „[d]ie Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen …, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden".

46 Wie aus Randnr. 33 des vorliegenden Urteils hervorgeht, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass einer Frau auf der Grundlage des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und insbesondere von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 Kündigungsschutz nicht nur während des Mutterschaftsurlaubs gewährt werden muss, sondern während der gesamten Schwangerschaft. Da die Kündigung wegen Schwangerschaft oder aus einem im Wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund nur bei Frauen in Betracht kommt, stellt sie nach Auffassung des Gerichtshofs eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (vgl. in diesem Sinne Urteile Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Randnr. 13, Brown, Randnrn. 16, 24 und 25, McKenna, Randnr. 47, und Paquay, Randnr. 29).

47 Da in der Vorlageentscheidung die Gründe, aus denen Flöckner Frau Mayr gekündigt hat, nicht genannt werden, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, die maßgeblichen Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits festzustellen und im Hinblick darauf, dass die Kündigung der Klägerin erfolgte, während diese krankgeschrieben war, um sich einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation zu unterziehen, zu prüfen, ob die Tatsache, dass sich die Klägerin einer solchen Behandlung unterzogen hat, der hauptsächliche Grund für ihre Kündigung ist.

48 Falls dies der Beweggrund für die Kündigung der Klägerin sein sollte, muss festgestellt werden, ob dieser Grund ohne Unterschied auf Arbeitnehmer beider Geschlechter Anwendung findet oder ob er im Gegenteil nur für eines der beiden Geschlechter gilt.

49 Der Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass männliche und weibliche Arbeitnehmer in gleichem Maß dem Krankheitsrisiko ausgesetzt sind und daher keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, wenn eine Arbeitnehmerin unter den gleichen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer aufgrund von Fehlzeiten wegen Krankheit entlassen wird (vgl. Urteil Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Randnr. 17).

50 Zwar können Arbeitnehmer beider Geschlechter aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein, ihre Arbeit auszuüben. Jedoch betreffen die Maßnahmen, die im Ausgangsverfahren in Rede stehen, nämlich eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau, unmittelbar nur Frauen. Folglich stellt die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die hauptsächlich aus dem Grund erfolgt, dass sie sich diesem wichtigen Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation unterzieht, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

51 Einem Arbeitgeber zu erlauben, einer Arbeitnehmerin unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu kündigen, widerspräche im Übrigen dem Schutzzweck, den Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 verfolgt — soweit jedenfalls die Behandlung zur In-vitro-Fertilisation und insbesondere die in der vorstehenden Randnummer erwähnten spezifischen Maßnahmen, die eine solche Behandlung beinhaltet, der hauptsächliche Grund für die Kündigung sind.

52 Demzufolge stehen Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 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.

53 In Anbetracht des Vorstehenden ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 92/85 und insbesondere das in Art. 10 Nr. 1 dieser Richtlinie enthaltene Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen dahin auszulegen sind, 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 Samenzellen ihres Partners bereits stattgefunden hat, so dass *in vitro* befruchtete Eizellen existieren, diese aber noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden sind.

54 Jedoch stehen Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 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.

Kosten

55 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

Die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 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 Samenzellen ihres Partners bereits stattgefunden hat, so dass *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. 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 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.

Unterschriften