SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
Christine STIX-HACKL
vom 10. November 2005 [1]

I — Einleitung

1. In der vorliegenden Rechtssache geht es im Wesentlichen um die Frage, ob einer sich in Mutterschaftsurlaub befindenden Frau eine — aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts zu beanstandende — Benachteiligung widerfährt, wenn das nationale Recht die Erlangung des Beamtenstatus — und die damit verbundenen Rechtsfolgen — an den tatsächlichen Dienstantritt knüpft.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Nationales Recht*

2. Das vorlegende Gericht hat die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften wie folgt beschrieben: Gemäß den spanischen Bestimmungen über die Vergabe von Beamtenstellen ist der Dienstantritt durch den Beamten Voraussetzung für die Entstehung seiner Rechte. Das Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias (Statut des nicht im pflegerischen Bereich tätigen Personals des Gesundheitswesens), das durch Verordnung vom 5. Juli 1971 erlassen wurde, sieht in dieser Hinsicht keine Ausnahme vor.

3. Abschnitt 9 des Beschlusses des Instituto Nacional de la Salud (im Folgenden: Insalud) vom 3. Dezember 1997, so weit darin die allgemeine Ausschreibung und die gemeinsamen Grundlagen für die Auswahlprüfungen zur Vergabe mehrerer offener Stellen verschiedener Kategorien in den vom Insalud abhängigen Einrichtungen des Gesundheitswesens veröffentlicht wurden, bestimmt im Absatz über die Ernennung und den Dienstantritt unter Nummer 2, dass die ernannten Bewerber binnen Monatsfrist ab dem Tag nach der Veröffentlichung des Beschlusses ihren Dienst antreten müssen. In Nummer 3 heißt es, dass der/die Bewerber/Bewerberin alle ihm/ihr aufgrund seiner Teilnahme an der Stellenausschreibung zustehenden Rechte verliert, wenn er/sie den Dienst nicht innerhalb der angegebenen Frist antritt, es sei denn, dies geschieht aus einem berechtigten Grund, wobei dessen Vorliegen durch die Einrichtung zu beurteilen ist, die das Auswahlverfahren durchgeführt hat.

1 — Originalsprache: Deutsch.

4. Nach Angabe des vorlegenden Gerichts werden durch diese Regelung betreffend das Auswahlverfahren die Bestimmungen des Königlichen Dekrets 118/1991 vom 25. Jänner 1991 angewandt, das in Artikel 12 Nummer 5 festlegt, dass — abgesehen von Fällen höherer Gewalt — diejenigen, die ihre Unterlagen nicht innerhalb der festgelegten Frist vorgelegt haben, nicht ernannt werden können.

B — *Gemeinschaftsrecht*

5. Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates [2] (im Folgenden: Richtlinie 76/207) zielt auf die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei den Arbeitsbedingungen und den Bedingungen des Zugangs zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen auf allen Stufen der beruflichen Rangordnung ab, steht jedoch den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegen.

6. Ferner stellt die Richtlinie 92/85/EWG des Rates [3] (im Folgenden: Richtlinie 92/85) bestimmte Mindestanforderungen für deren Schutz auf.

7. Was den Mutterschaftsurlaub anbelangt, so garantiert die Richtlinie 92/85 in Artikel 8 das Recht auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung, wovon mindestens zwei Wochen obligatorisch sind. Zudem sieht sie in ihrem Artikel 11 vor, dass während des Urlaubs nach Artikel 8 die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung sowie die anderen mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte gewährleistet sein müssen.

III — Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

8. Carmen Sarkatzis Herrero (im Folgenden: Frau Sarkatzis Herrero oder Klägerin im Ausgangsverfahren) erhob am 12. September 2003 Feststellungs- und Zahlungsklage gegen das Instituto Madrileño de la Salud (im Folgenden: Imsalud) und beantragte, den Tag ihrer Ernennung und nicht den ihres Dienstantritts für die Berechnung ihres Dienstalters bei dieser Einrichtung zu berücksichtigen.

9. Frau Sarkatzis Herrero erbrachte als Bedienstete auf Zeit Dienstleistungen in der beklagten Einrichtung, und zwar zunächst im Insalud und später — aufgrund einer von der Administración Central del Estado zum 1. Jänner 2002 vorgenommenen Übertragung der Kompetenzen und Dienstleistun-

2 — Richtlinie 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).

3 — Richtlinie 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 (ABl. L 348, S. 1).

gen im Gesundheitswesen sowie des zugehörigen Personals auf die Comunidad Autónoma Madrid — im Imsalud.

10. Als Frau Sarkatzis Herrero noch für das Insalud tätig war, wurden durch eine Entscheidung vom 3. Dezember 1997 verschiedene Prüfungen für Einstellungen in Dauerplanstellen dieser Einrichtung ausgeschrieben.

11. Frau Sarkatzis Herrero nahm an diesen Prüfungen teil und bekam gemäß Bescheid vom 20. Dezember 2002 eine Stelle als Verwaltungshilfskraft. Mit demselben Bescheid wurde ihr eine bestimmte Stelle zugewiesen, die sie binnen Monatsfrist antreten sollte.

12. Am 27. November 2002 wandte sich die hochschwangere Klägerin im Ausgangsverfahren an die öffentliche Einrichtung (seinerzeit bereits das Imsalud), in der sie als Bedienstete auf Zeit arbeitete, mit der Bitte um Auskunft zu ihrem Dienstverhältnis in Bezug auf ihren Dienstantritt und ihren dann bevorstehenden Mutterschaftsurlaub. Das Imsalud informierte sie am 9. Dezember 2002 dahin, dass sie dann, wenn sie sich zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Stellenvergabe im Mutterschaftsurlaub befinde, ihre Situation offen legen müsse, um die Genehmigung dafür einzuholen, dass die Einstellung um die Dauer des Mutterschaftsurlaubs verschoben werde. Gemäß dieser der Klägerin im Ausgangsverfahren erteilten Auskunft sollte sie die Stelle nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs erhalten; hiezu wird auf einen bestimmten Beschluss des Insalud vom 3. Dezember 1997 verwiesen, in dem offenbar die Kriterien dafür festgelegt sind, wie in solchen Fällen vorzugehen ist.

13. Am 20. Dezember 2002 beantragte Frau Sarkatzis Herrero, ihre Einstellung gemäß der ihr erteilten Auskunft zu verschieben. Zugleich beantragte sie, ihren Mutterschaftsurlaub bei der Berechnung des Dienstalters zu berücksichtigen, und berief sich dabei auf die spanischen Rechtsvorschriften zur Vereinbarung von Familien- und Berufsleben der Arbeitnehmer. Am 8. Jänner 2003 wurde ihr mitgeteilt, dass ihre Einstellung antragsgemäß verschoben werde, ohne dass auf ihren zweiten Antrag eingegangen wurde.

14. Davon ausgehend, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren aufgrund der Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs im Hinblick auf ihre Laufbahn und die Berechnung ihres Dienstalters benachteiligt wird, hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Gemeinschaftsvorschriften über den Mutterschaftsurlaub und die Gleichbehandlung von Männern und

Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung dahin auszulegen, dass einer Frau, die sich im Mutterschaftsurlaub befindet und in dieser Lage eine Stelle im öffentlichen Dienst erhält, dieselben Rechte zustehen müssen wie den anderen Bewerbern, die erfolgreich am Auswahlverfahren für den Zugang zum öffentlichen Dienst teilgenommen haben?

2. Stellt unabhängig davon, was für den Fall gilt, dass das Dienstverhältnis einer Bediensteten, die zum ersten Mal Zugang zu einer Beschäftigung hat, zwar wegen des Mutterschaftsurlaubs suspendiert war, aber bereits bestand, der Zugang zur Stellung als zur Belegschaft gehörende Bedienstete oder als Festangestellte eines der Rechte auf Beförderung innerhalb der Beschäftigung dar, deren Wirksamwerden nicht dadurch beeinträchtigt werden darf, dass die betreffende Frau sich im Mutterschaftsurlaub befindet?

3. Hat die Bedienstete auf Zeit, die sich zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eine Dauerplanstelle erhält, im Mutterschaftsurlaub befindet, dann, wenn im konkreten Fall die genannten Vorschriften, insbesondere die Vorschriften über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung Anwendung finden oder wenn bereits ein Beschäftigungsverhältnis besteht, einen Anspruch darauf, ihre Stelle anzutreten und verbeamtet zu werden, mit allen damit verbundenen Rechten, etwa dem Recht auf den Beginn ihrer Laufbahn und die Berechnung ihres Dienstalters ab diesem Zeitpunkt, und dies unter denselben Voraussetzungen wie die anderen Bewerber, die eine Stelle erhalten haben, unabhängig davon, dass nach den geltenden nationalen Rechtsvorschriften in ihrem Fall die Ausübung der mit der effektiven Leistung des Dienstes verbundenen Rechte bis zum tatsächlichen Dienstantritt ausgesetzt werden kann?

IV — Rechtliche Würdigung

A — *Einleitende Bemerkungen zu den Vorlagefragen und zum Gang der Untersuchung*

15. Mit der ersten Vorlagefrage fragt das vorlegende Gericht an, ob aus dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Mutterschaftsurlaub folgt, dass einer Frau, die sich im Mutterschaftsurlaub befindet und in dieser Lage eine Stelle im öffentlichen Dienst erhält, dieselben Rechte zustehen müssen wie den anderen Bewerbern, die erfolgreich am Auswahlverfahren für den Zugang zum öffentlichen Dienst teilgenommen haben.

16. Es handelt sich bei der ersten Vorlagefrage um eine sehr allgemeine Fragestellung, deren Lösung unmittelbar der Rechtspre-

chung des Gerichtshofes zu entnehmen ist. Im Urteil vom 18. November 2004 in der Rechtssache Sass [4] führte der Gerichtshof aus, dass „eine Arbeitnehmerin in ihrem Arbeitsverhältnis vor jeder Benachteiligung geschützt ist, die auf der Tatsache beruht, dass sie im Mutterschaftsurlaub ist oder war" [5], ohne hiebei danach zu unterscheiden, ob die Benachteiligung ein laufendes oder ein erst im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub begründetes Arbeitsverhältnis betrifft.

17. Der Gerichtshof erinnerte in diesem Zusammenhang daran, dass „[e]ine Frau, die aufgrund ihrer durch den Mutterschaftsurlaub bedingten Abwesenheit benachteiligt wird, ... nämlich wegen ihrer Schwangerschaft und wegen dieses Urlaubs diskriminiert [wird]. Ein solches Verhalten stellt eine unmittelbar auf dem Geschlecht beruhende Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 76/207 dar." [6]

18. Wenn auch die Klägerin im Ausgangsverfahren formell eine Benachteiligung beim Zugang zu ihrer neuen Beschäftigung geltend macht — und nicht etwa im Hinblick auf das bestehende Arbeitsverhältnis, auf dessen Grundlage der Mutterschaftsurlaub gewährt wurde, wie etwa in der Rechtssache Sass —, bleibt festzuhalten, dass sie jedenfalls im Hinblick auf den Zugang zum neuen Beamtenverhältnis — nach ihrem Vorbringen „aufgrund ihrer durch den Mutterschaftsurlaub bedingten Abwesenheit" benachteiligt worden sein soll, sodass zunächst grundsätzlich eine Übertragung der Lösung aus dem Urteil Sass nahe liegend erscheint.

19. Die erste Vorlagefrage wurde allerdings durch das vorlegende Gericht in der dritten Vorlagefrage in Bezug auf allfällige konkrete Ansprüche der Klägerin im Ausgangsverfahren konkretisiert. Das vorlegende Gericht möchte dort nämlich im Wesentlichen erfahren, ob das Gemeinschaftsrecht dem Erfordernis eines tatsächlichen Dienstantritts zwecks Eintritt in eine Beamtenlaufbahn nach nationalem Recht insoferne entgegensteht, als es zu einer — im Vorabentscheidungsersuchen näher beschriebenen — Benachteiligung von Frauen, die ihren Dienst aus Gründen eines Mutterschaftsurlaubs nicht antreten können, führt. Um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben zu können, ist das Benachteiligungsverbot mit Blick auf die vom nationalen Richter beschriebene — konkrete — Benachteiligung zu erläutern, weshalb die erste und die dritte Vorlagefrage gemeinsam behandelt werden können.

20. Allerdings ist vorab zu klären, im Lichte welcher Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die vorstehend dargestellte Fragestellung zu prüfen ist. In der ersten Vorlagefrage ist insoweit nur von den „Gemeinschaftsvor-

4 — Rechtssache C-284/02 (Slg. 2004, I-11143).

5 — Randnr. 35.

6 — Randnr. 36.

schriften über den Mutterschaftsurlaub und [der] Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung" die Rede, während in der dritten Vorlagefrage letztere Vorschriften hervorgehoben werden. Die zweite Vorlagefrage betrifft die einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts insoferne, als das vorlegende Gericht mit dieser Frage im Wesentlichen erfahren möchte, ob die Stellung der Klägerin im Ausgangsverfahren als Zugang zu einer neuen Beschäftigung anzusehen ist oder vielmehr als Beförderung innerhalb eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses.

21. Anzumerken ist hier allerdings, dass diese zweite Vorlagefrage insoferne als hypothetische Frage formuliert ist, als das vorlegende Gericht die Frage „unabhängig davon, was für den Fall gilt" stellt. Die Frage weist nichtsdestotrotz einen engen Zusammenhang zum Ausgangsfall auf, da sie — wie bereits angedeutet — letztlich darauf abzielt, zu erfahren, ob die Pragmatisierung der Klägerin im Ausgangsverfahren, nachdem sie bereits vor ihrem Mutterschaftsurlaub auf derselben Dienststelle als Vertragsbedienstete tätig war, letztlich als Fortsetzung einer beruflichen Tätigkeit im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses, oder vielmehr — gerade aufgrund der grundlegenden Änderungen ihrer rechtlichen Stellung — als Zugang zu einer neuen beruflichen Tätigkeit anzusehen ist.

22. Da die zweite Vorlagefrage somit Voraussetzung ist für die Beantwortung der ersten und dritten Vorlagefrage, erscheint es zweckmäßig, zunächst den rechtlichen Rahmen abzustecken und bereits in diesem Zusammenhang die zweite Vorlagefrage zu beantworten.

B — *Zu den einschlägigen Rechtsvorschriften*

23. Das vorlegende Gericht bezieht sich in seinem Vorabentscheidungsersuchen wiederholt auf die Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub[7] (im Folgenden: Richtlinie 96/34). Es weist insbesondere darauf hin, dass nach dieser Richtlinie grundsätzlich ein Anspruch darauf bestehe, nach dem Elternurlaub an denselben oder einen entsprechenden Arbeitsplatz zurückzukehren. Das vorlegende Gericht zitiert auch Paragraph 2 Nummer 6 des Anhangs Teil II der Rahmenvereinbarung zur Richtlinie 96/34, wonach „[d]ie Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben, ... bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen [bleiben]. Im Anschluss an den Elternurlaub finden diese Rechte mit den Änderungen Anwendung, die sich aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten ergeben."

7 — ABl. L 145, S. 4.

24. Hiezu ist jedoch anzumerken, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren sich in der Zeit, in der sie ihren Dienst antreten sollte, im Mutterschaftsurlaub — und nicht im Elternurlaub — befand, sodass die Richtlinie 96/34 — wie auch von der Beklagten im Ausgangsverfahren, der spanischen Regierung und der Kommission vertreten — nicht als entscheidungserheblich angesehen werden kann.

25. Soweit das vorlegende Gericht sich auf die „Gemeinschaftsvorschriften über den Mutterschaftsurlaub" bezieht, ersucht es offenbar um eine Auslegung der Richtlinie 92/85. Ob diese Richtlinie auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist, hängt wiederum davon ab, ob die von der Klägerin im Ausgangsverfahren geltend gemachte Benachteiligung sich auf Rechte bezieht, die dem durch die Richtlinie 92/85 gewährten Schutz [8] zuzuordnen sind.

26. In diesem Zusammenhang erscheint von Bedeutung, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren als Vertragsbedienstete in den Genuss eines Mutterschaftsurlaubs kam. Sie hat jedoch nicht geltend gemacht, dass ihre Rechte aus der Richtlinie 92/85 [9] in Bezug auf das bestehende Beschäftigungsverhältnis verletzt worden seien. Die Wiedereingliederung der jungen Mutter in ihr bestehendes Arbeitsverhältnis wird durch die Richtlinie 92/85 nicht ausdrücklich geregelt. Erst die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [10], die den wesentlichen Regelungsgehalt der Richtlinie 92/85 übernommen und in der Richtlinie 76/207 kodifiziert hat, sieht einen Anspruch auf eine Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz vor, wobei die Bedingungen hiefür zu keiner Verschlechterung der Stellung der Betroffenen führen dürfen: Artikel 2 der Richtlinie 76/207 in der Fassung der Richtlinie 2002/73 sieht nämlich u. a. vor, dass „Frauen im Mutterschaftsurlaub ... nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs Anspruch darauf [haben], an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind, zurückzukehren, und darauf, dass ihnen auch alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, auf die sie während ihrer Abwesenheit Anspruch gehabt hätten, zugute kommen.

Die ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG gilt als Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie."

8 — Es sei an dieser Stelle an den Schutzzweck des Mutterschaftsurlaubs nach der Richtlinie 92/85 erinnert: „[Der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub] dient zum einen dem Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft und zum anderen dem Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die an die Schwangerschaft und die Entbindung anschließt." — so das Urteil vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-342/01 (Merino Gómez, Slg. 2004, I-2605, Randnr. 32) m. w. N. auf die Urteile vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25), vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-136/95 (Thibault, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 25) und vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-411/96 (Boyle u. a., Slg. 1998, I-6401, Randnr. 41).

9 — Es handelt sich um den Anspruch auf Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder den Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung sowie die Gewährleistung der anderen mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte. Ferner ist auf den Kündigungsschutz hinzuweisen.

10 — Richtlinie vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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 269, S. 15). Da die Umsetzungsfrist dieser Richtlinie erst am 1. Oktober 2005 abgelaufen ist, ist diese Richtlinie auf den Ausgangsfall *nicht* unmittelbar anwendbar.

27. Aber auch ohne diese Klarstellung aufgrund der Richtlinie 2002/73 erscheint die Rückkehr einer jungen Mutter an ihren Arbeitsplatz nach dem Mutterschaftsurlaub in unmittelbarem Regelungszusammenhang zum Anspruch auf Mutterschaftsurlaub zu stehen. Ohne den Anspruch auf eine Rückkehr ohne Benachteiligung wäre der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub illusorisch, da die Möglichkeit einer „Auszeit" mit dem Risiko einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen behaftet wäre, was Frauen mit großer Wahrscheinlichkeit davon abhalten könnte, in Mutterschaftsurlaub zu gehen.

28. Die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses bzw., wie im Ausgangsfall, eines Beamtenverhältnisses in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub unterscheidet sich aber deutlich von der Rückkehr zum früheren — oder zu einem gleichwertigen — Arbeitsplatz nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs: Die Pragmatisierung begründet ein neues Dienstverhältnis. Sowohl die Beklagte im Ausgangsverfahren als auch die spanische Regierung verweisen auf grundlegende Unterschiede zwischen der Rechtslage eines Vertragsbediensteten und derjenigen eines Beamten, die nach ihrem Dafürhalten im nationalen Recht bestehen, sodass ihrer Ansicht nach das neue Beschäftigungsverhältnis nicht als Fortführung des alten angesehen werden kann [11]. Wenn auch die Auslegung des Gemeinschaftsrechts sich nicht an nationalem Recht orientieren kann, verdeutlichen diese Ausführungen jedenfalls den anzunehmenden „Bruch" zwischen alter und neuer Beschäftigung, zumal die Pragmatisierung nur nach Durchführung eines Auswahlverfahrens — und nach erfolgter Ernennung — erfolgen kann, und nie aufgrund einer Beförderung aus dem früheren Dienstverhältnis.

29. Der Umstand, dass das Beamtenverhältnis im vorliegenden Fall bei derselben Dienststelle begründet worden ist, bei der die Klägerin zuvor als Vertragsbedienstete tätig war, kann nicht maßgeblich sein: Die Frage nach einer allfälligen Benachteiligung aufgrund des Erfordernisses eines tatsächlichen Dienstantritts hätte sich genauso gestellt, wenn die Klägerin im Ausgangsverfahren die Dienststelle gewechselt hätte, was wiederum deutlich macht, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Rückkehr zum früheren Arbeitsplatz geht, sondern um den Zugang zu einer neuen Beschäftigung.

30. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich weiters, dass die Weigerung, ein Arbeitverhältnis mit einer Schwangeren zu begründen, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/85 fällt. Im Urteil vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache Jiménez Melgar [12] hat der Gerichtshof insbesondere festgehalten, dass die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzes nach Artikel 10 der Richtlinie 92/85 fällt; gleichwohl hat er deutlich gemacht, dass „so weit die Nichterneuerung ... ihren Grund in der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat, ... sie eine unmittelbare

11 — Dies berührt allerdings nicht die allfällige Berücksichtigung vergangener Beschäftigungen zwecks Einstufung oder Berechnung des Dienstalters.

12 — Rechtssache C-438/99 (Slg. 2001, I-6915).

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar[stellt], die gegen die Artikel 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG verstößt". Im Urteil vom 3. Februar 2000 in der Rechtssache Mahlburg [13] war der Gerichtshof bereits zu dem Schluss gekommen, dass „Artikel 2 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG ... [es] verbietet, eine Schwangere deshalb nicht auf eine unbefristete Stelle einzustellen, weil sie für die Dauer der Schwangerschaft wegen eines aus ihrem Zustand folgenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots auf dieser Stelle von Anfang an nicht beschäftigt werden darf". Die Weigerung, eine Frau aufgrund ihrer Schwangerschaft [14] einzustellen, ist somit am Maßstab des Gleichbehandlungsgebots der Richtlinie 76/207 zu prüfen.

31. Wenn die Richtlinie 92/85 keine Anwendung auf die Weigerung gründet, eine Frau einzustellen, die entweder schwanger ist oder sich in Mutterschaftsurlaub befindet, dürfte dies erst recht für den Fall gelten, dass eine Einstellung zwar stattfindet, aber unter solchen Bedingungen, die auf eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schließen lassen. Im vorliegenden Fall wurde Frau Sarkatzis Herrero die Einstellung zwar nicht verweigert, da insbesondere ihr Antrag auf Zulassung eines verzögerten Dienstantritts positiv beschieden worden ist [15]. Sie macht jedoch eine Benachteiligung geltend, so weit ihr durch ihren Mutterschaftsurlaub bedingter verspäteter Dienstantritt ihr im Hinblick auf ihre künftige Laufbahn und Dienstaltersberechnung zum Nachteil gereichen könnte. Auf diese Art der Benachteiligung im Rahmen einer neuen Beschäftigung ist die Richtlinie 92/85 also jedenfalls nicht anwendbar.

32. Die wesentliche Rechtsfrage im vorliegenden Fall ist somit, ob Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 3 der Richtlinie 76/207 es verbieten, im Hinblick auf den Beginn einer Beamtenlaufbahn und die Berechnung des Dienstalters auf den tatsächlichen Dienstantritt abzustellen.

33. Zwar geht es im vorliegenden Fall um den Zugang zum öffentlichen Dienst; der Gerichtshof hat jedoch bereits im Urteil vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache Kommission/Deutschland [16] mit Blick auf die „allgemeine Bedeutung" der in der Richtlinie 76/207 festgelegten Grundsätze festgestellt, dass „die Richtlinie 76/207 — wie im Übrigen auch die Richtlinie 75/117 — für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse gilt" [17].

13 — Rechtssache C-207/98 (Slg. 2000, I-549).

14 — Die Weigerung, eine sich in Mutterschaftsurlaub befindende Frau einzustellen, erscheint insoferne mit der schwangerschaftsbedingten Einstellungsverweigerung vergleichbar, als die Schwangerschaft den Mutterschaftsurlaub bedingt.

15 — Dass es sich insoweit nach nationalem Recht offenbar um eine Ermessensentscheidung handelt, dürfte im Falle einer Ablehnung kaum mit dem Diskriminierungsverbot der Richtlinie 76/207 und dem Schutzzweck der Richtlinie 92/85 zu vereinbaren sein; diese Frage stellt sich im Anlassfall jedoch nicht.

16 — Rechtssache 248/83 (Slg. 1985, 1459).

17 — Randnr. 16.

C — *Das gemeinschaftsrechtliche Benachteiligungsverbot*

34. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 verbietet jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wobei Artikel 3 ff. der Richtlinie 76/207 die Bereiche umschreiben, in denen keine Diskriminierung erfolgen darf. Danach sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen in folgenden Fällen verboten: bei den Bedingungen (einschließlich der Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen) für den Zugang zur Beschäftigung, beim Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung, Ausbildung, Weiterbildung und Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung, bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen und bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmerorganisation oder Ähnlichem.

35. Der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist zu entnehmen, dass die Nichteinstellung einer Frau aufgrund ihrer Schwangerschaft unter das Diskriminierungsverbot des Artikels 2 Absätze 1 und 3 und des Artikels 3 der Richtlinie 76/207 fällt [18]. In der Rechtssache Mahlburg [19] hatte der Beklagte die Nichteinstellung u. a. damit zu rechtfertigen versucht, dass ein Beschäftigungsverbot zum Schutz der Schwangeren bestand. Hiezu führte der Gerichtshof aus, dass „... die Anwendung der Vorschriften zum Schutz der werdenden Mutter für diese keine Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung mit sich bringen darf und einem Arbeitgeber nicht erlaubt, die Einstellung einer schwangeren Bewerberin deshalb abzulehnen, weil er diese aufgrund eines aus der Schwangerschaft folgenden Beschäftigungsverbots auf dem auf unbestimmte Zeit zu besetzenden Arbeitsplatz nicht von Anfang an und für die Dauer ihrer Schwangerschaft beschäftigen darf".

36. Der besondere Schutz, der Schwangeren oder jungen Müttern zukommt — und dessen Legitimität Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 im Hinblick auf den Nichtdiskriminierungsgrundsatz ausdrücklich anerkennt —, darf diesen also nicht zum Nachteil gereichen, was der Gerichtshof bereits im Urteil Thibault [20] zum Ausdruck gebracht hatte, in dem er feststellte, dass „die Ausübung der Rechte, die Frauen nach Maßgabe des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie gewährt werden, nicht zu Nachteilen beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen führen darf und dass die Richtlinie insofern auf eine inhaltliche, nicht formelle Gleichheit abzielt" [21].

37. Zu den besonderen Vorschriften zum Schutz der Frau nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 zählen Rechtsvorschriften

18 — Urteil Mahlburg (zitiert in Fußnote 13), Randnr. 30.
19 — Urteil zitiert in Fußnote 13.
20 — Zitiert in Fußnote 8.
21 — Randnr. 26.

über den Mutterschaftsurlaub [22]. Im Urteil in der Rechtssache Sass [23] betreffend die Anrechnung von Mutterschaftsurlaubszeiten zwecks Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe knüpfte der Gerichtshof an seine Rechtsprechung insbesondere in der Rechtssache Thibault an und führte aus, dass „eine Arbeitnehmerin in ihrem Arbeitsverhältnis vor jeder Benachteiligung geschützt ist, die auf der Tatsache beruht, dass sie im Mutterschaftsurlaub ist oder war" [24]. Zur Erklärung fügte der Gerichtshof hinzu, „eine Frau, die aufgrund ihrer durch den Mutterschaftsurlaub bedingten Abwesenheit benachteiligt wird, [werde] nämlich wegen ihrer Schwangerschaft und wegen dieses Urlaubs diskriminiert. Ein solches Verhalten stellt eine unmittelbar auf dem Geschlecht beruhende Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 76/207 dar." [25] Der Gerichtshof stellte abschließend fest, dass die Inanspruchnahme eines Mutterschaftsurlaubs „zum einen weder das Arbeitsverhältnis der betreffenden Frau noch die Anwendung der damit verknüpften Rechte unterbricht und zum anderen nicht zu einer Benachteiligung der Frau führt" [26].

38. Die Rechtssache Sass unterscheidet sich allerdings von der vorliegenden Rechtssache insoferne, als dort der Mutterschaftsurlaub zu einer Benachteiligung in einem bestehenden Arbeitsverhältnis führte, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs zutreffend hervorgehoben hat.

39. Wenn aber die Richtlinie 76/207 auf eine „inhaltliche, nicht formelle Gleichheit" abzielt, sind deren Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 3 dahin gehend auszulegen, dass diese Artikel jegliche Benachteiligung der betreffenden Frau aufgrund oder im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme eines Mutterschaftsurlaubs als gesetzlichen Schutzurlaub verbieten, ohne dass es hiebei darauf ankommt, ob die Benachteiligung das bestehende oder ein neues Arbeitsverhältnis betrifft. Dies ergibt sich auch aus dem in Randnummer 48 des Urteils Sass formulierten Grundsatz, so weit der Gerichtshof dort zwischen der Unterbrechung des bestehenden Arbeitsverhältnisses sowie der Anwendung der damit verknüpften Rechte zum einen und der Benachteiligung der Frau zum anderen unterscheidet.

40. Nationale Rechtsvorschriften sind dementsprechend so auszugestalten, dass die Inanspruchnahme eines Mutterschaftsurlaubs sich nicht negativ auf die Rechte einer Frau anlässlich ihrer Pragmatisierung auswirkt.

41. Das vorlegende Gericht beschreibt die Benachteiligung, die der Klägerin im Ausgangsverfahren widerfahren sein soll, wie folgt: Die Klägerin befand sich in der Zeit, die für ihren Dienstantritt vorgesehen war [27],

22 — Siehe bereits das Urteil Thibault (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 24.

23 — Zitiert in Fußnote 4.

24 — Randnr. 35.

25 — Randnr. 36.

26 — Randnr. 48.

27 — Ein Monat ab dem 20. Dezember 2002.

in Mutterschaftsurlaub. Da ihr eine Verschiebung des Dienstantritts zugestanden wurde, trat die Klägerin im Ausgangsverfahren am 5. April 2003 ihren Dienst tatsächlich an. Das nationale Recht knüpft jedoch offenbar [28] verschiedene Rechtsfolgen betreffend die Entstehung des Beamtenverhältnisses einerseits und die Rechte [29] hieraus andererseits an den tatsächlichen Dienstantritt an. Da im vorliegenden Fall die Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs zu einem späteren Dienstantritt geführt hat, führt die Anknüpfung des nationalen Rechts an diesen tatsächlichen Dienstantritt letztlich dazu, dass die Laufbahn erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt und das Dienstalter — vorbehaltlich einer Berücksichtigung früherer Beschäftigungen im öffentlichen Dienst entsprechend dem Vortrag der spanischen Regierung [30] — ebenfalls ab diesem Zeitpunkt berechnet wird — mit entsprechenden Folgen für die Gewährung von dienstaltersabhängigen Bestandteilen der Besoldung bzw. für die Beförderungsfähigkeit. Ausgehend von den Annahmen des vorlegenden Gerichts führt die Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs so also durchaus zu einer Benachteiligung der betreffenden Frau.

42. Zwar könnte behauptet werden, dass der Klägerin insoferne keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts widerfahren ist, als sie nicht schlechter behandelt worden ist, als ein männlicher Kollege, der seinen Dienst am selben Tag wie sie tatsächlich angetreten hat [31]; dies verkennt aber, dass gerade der Zeitpunkt des tatsächlichen Dienstantritts zwangsläufig von der Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs beeinflusst wird, so weit das nationale Recht einen „fiktiven" Dienstantritt — etwa durch Unterschrift einer Urkunde — nicht anerkennt, sodass ein Vergleich mit der Lage eines männlichen Kollegen hier nicht zielführend erscheint.

43. Abschließend ist anzumerken, dass es dem nationalen Richter obliegt, im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts den für den Eintritt in eine Beamtenlaufbahn maßgeblichen Tag so zu bestimmen, dass einer sich in Mutterschaftsurlaub befindenden Frau für den Zugang zum öffentlichen Dienst keine Benachteiligung gegenüber anderen erfolgreichen Bewerbern eines Auswahlverfahrens widerfährt.

28 — Es sei hier darauf hingewiesen, dass die Auslegung des nationalen Rechts ausschließlich dem nationalen Richter vorbehalten ist (siehe bereits das Urteil vom 13. Oktober 1976 in der Rechtssache 32/76 [Saieva, Slg. 1976, 1523, Randnr. 7]). So weit die spanische Regierung die vom vorlegenden Gericht vorgenommene Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf die Maßgeblichkeit des Dienstantritts für die Dienstaltersberechnung bestreitet — indem sie im Wesentlichen darauf verweist, dass nach dem Ley 70/1978 alle Dienstzeiten im öffentlichen Dienst, ohne Rücksicht auf die Beschäftigungsgrundlage, anerkannt werden —, erscheint dieser Vortrag insoferne ohne Bedeutung, als der Gerichtshof grundsätzlich von den Angaben im Vorabentscheidungsersuchen auszugehen hat.

29 — Nach Aktenlage handelt es sich zum einen um Besoldungsansprüche und sozialversicherungsrechtliche Leistungsansprüche und zum anderen um die Berechnung des Dienstalters, die sich letztlich auf die Besoldung aufgrund von Dienstaltersstufen auswirkt. Zum Begriff der „trienios" vgl. auch die anhängige Rechtssache C-205/04 (Kommission/Spanien).

30 — Der schriftlichen Stellungnahme der spanischen Regierung ist jedenfalls nicht zu entnehmen, inwieweit die Berechnung des Dienstalters nach nationalem Recht dem Mutterschaftsurlaub Rechnung trägt (etwa durch Anerkennung als Dienstzeit).

31 — Siehe das Urteil Sass (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 58: Der Gerichtshof vergleicht die Lage einer Frau, die den in Rede stehenden Urlaub genommen hat, mit der Lage eines männlichen Kollegen, der seine Arbeit am selben Tag wie sie aufgenommen hat.

V — Ergebnis

44. Aufgrund vorstehender Erwägungen wird vorgeschlagen, die Fragen des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

Artikel 2 Absätze 1 und 3 und Artikel 3 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 sind dahin gehend auszulegen, dass eine Bedienstete auf Zeit, die sich zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eine Dauerplanstelle erhält, im Mutterschaftsurlaub befindet, einen Anspruch auf Eintritt in die Beamtenlaufbahn mit allen damit unmittelbar und mittelbar verbundenen Rechten hat, und zwar unter denselben Voraussetzungen wie die anderen Bewerber, die gleichzeitig mit ihr eine Stelle erhalten haben, ohne dass entsprechend dem Zeitpunkt des wegen des Mutterschaftsurlaubs tatsächlichen Dienstantritts differenziert werden dürfte.

Es obliegt dem nationalen Richter, im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts den für den Eintritt in eine Beamtenlaufbahn maßgeblichen Tag so zu bestimmen, dass einer sich in Mutterschaftsurlaub befindenden Frau für den Zugang zum öffentlichen Dienst keine Benachteiligung gegenüber anderen erfolgreichen Bewerbern eines Auswahlverfahrens widerfährt.