Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 20. Mai 2015 [1]

Rechtssache C-177/14

María José Regojo Dans
gegen
Consejo de Estado

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Supremo [Spanien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Sozialpolitik — EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge — Öffentlicher Sektor — Aushilfspersonal — Paragraf 2 Nr. 1 — Paragraf 3 Nr. 1 — Einstufung als befristet beschäftigter Arbeitnehmer — Paragraf 3 Nr. 2 — Begriff der gleichen oder ähnlichen Arbeit — Besondere Art der Aufgaben — Vornahme des Vergleichs nach dem nationalen Recht — Paragraf 4 — Diskriminierungsverbot — Sachliche Gründe“

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen, das vom Tribunal Supremo (Spanien) stammt, betrifft die Auslegung der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang zur Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (im Folgenden: Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge) [2]. Diese Vereinbarung, mit der im Anschluss an den Europäischen Sondergipfel von Luxemburg danach gestrebt wird, zu „eine[m] besseren Gleichgewicht zwischen ‚Flexibilität der Arbeitszeit und Sicherheit der Arbeitnehmer‘“ [3] zu gelangen, hat zwei Ziele: Zum einen sieht sie vor, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch durch Verlängerung befristeter Arbeitsverträge ergreifen [4]; zum anderen verlangt sie, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden.

2. Zu diesem zweiten Ziel befragt das vorlegende Gericht den Gerichtshof. Dieser ist insbesondere dazu aufgerufen, den Begriff der „gleichen oder ähnlichen Arbeit/Beschäftigung“ auszulegen, der den mit einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer, der sich auf Paragraf 4 beruft, „vergleichbaren“ Dauerbeschäftigten charakterisiert, sowie sich zur Definition der „sachlichen Gründe“ zu äußern, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 175, S. 43.
3 — Präambel der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, Abs. 1.
4 — Paragraf 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.

I – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

3. Paragraf 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge definiert deren Geltungsbereich: Sie gilt „für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition".

4. Paragraf 3 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge definiert den befristet beschäftigten Arbeitnehmer und den vergleichbaren Dauerbeschäftigten. Nach Nr. 1 ist ein „befristet beschäftigter Arbeitnehmer" im Sinne der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge die „Person mit einem direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis, dessen Ende durch objektive Bedingungen wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird". Nach Nr. 2 ist ein „vergleichbarer Dauerbeschäftigter" im Sinne der Rahmenvereinbarung der Arbeitnehmer, der zum einen einen unbefristeten Arbeitsvertrag „desselben Betriebs" hat und zum anderen „in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit/Beschäftigung tätig ist, wobei auch die Qualifikationen/Fertigkeiten angemessen zu berücksichtigen sind". Paragraf 3 Nr. 2 präzisiert, dass bei Fehlen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten in demselben Betrieb „der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder in Ermangelung eines solchen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten" erfolgt.

5. Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge stellt den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern im Verhältnis zu vergleichbaren Dauerbeschäftigten auf. Seine Nr. 1 bestimmt, dass „befristet beschäftigte Arbeitnehmer … in ihren Beschäftigungsbedingungen nur deswegen, weil für sie ein befristeter Arbeitsvertrag oder ein befristetes Arbeitsverhältnis gilt, gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden [dürfen], es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt". Seine Nr. 4 präzisiert, dass „in Bezug auf bestimmte Beschäftigungsbedingungen … für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Betriebszugehörigkeitszeiten wie für Dauerbeschäftigte [gelten], es sei denn, unterschiedliche Betriebszugehörigkeitszeiten sind aus sachlichen Gründen gerechtfertigt".

B – *Nationales Recht*

6. Art. 8 der Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (Grundstatut der öffentlichen Bediensteten) vom 12. April 2007[5] (im Folgenden: LEBEP) definiert öffentliche Bedienstete als Personen, die „in der öffentlichen Verwaltung eine entgeltliche Tätigkeit im Dienst der allgemeinen Interessen ausüb[en]". Er präzisiert, dass es vier Arten öffentlicher Bediensteter gibt: die Berufsbeamten, die Beamten auf Zeit, die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst (deren Verträge unbefristet oder befristet sein können) und das Aushilfspersonal[6].

7. Art. 9 Abs. 1 LEBEP sieht vor, dass „Berufsbeamte … vom Gesetz bestimmte Personen [sind], die aufgrund eines verwaltungsrechtlich geregelten Dienstverhältnisses zu einer öffentlichen Verwaltung gehören, um auf Dauer gegen Entgelt berufliche Leistungen zu erbringen". Art. 9 Abs. 2 LEBEP präzisiert, dass „die Ausübung von Funktionen, die die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an

5 — *Boletin Oficial del Estado* Nr. 89 vom 13. April 2007.

6 — Die im spanischen Recht unter dem Namen „personal eventual" bekannte Kategorie wird hier als „Aushilfspersonal" bezeichnet.

der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben oder dem Schutz der allgemeinen Interessen des Staats und der öffentlichen Verwaltung mit sich bringen, … unter den in den Ausführungsgesetzen der jeweiligen öffentlichen Verwaltung geregelten Voraussetzungen ausschließlich den Berufsbeamten vorbehalten [sind]".

8. Art. 12 Abs. 1 LEBEP bestimmt, dass „Aushilfspersonal ist, wer aufgrund einer Ernennung und nicht auf Dauer ausschließlich Aufgaben erfüllt, die ausdrücklich als solche einer Vertrauensperson oder eines Sonderberaters eingestuft sind, und seine Vergütung aus den zu diesem Zweck bereitgestellten Haushaltsmitteln erhält". Abs. 3 dieses Artikels sieht vor, dass „die Ernennung und die Entlassung … keinen Bedingungen [unterliegen]. Die Entlassung erfolgt in jedem Fall, wenn der Amtsträger, für den die Aufgabe als Vertrauensperson oder Sonderberater erfüllt wird, entlassen wird." Nach Abs. 5 desselben Artikels finden „auf das Aushilfspersonal …, soweit es mit der Natur seines Statuts vereinbar ist, die allgemeinen Regeln für Berufsbeamte entsprechend Anwendung".

9. Vor dem Inkrafttreten der LEBEP am 13. Mai 2007 war die auf öffentliche Bedienstete anwendbare Regelung in der durch das Dekret 315/1964 vom 7. Februar 1964 erlassenen Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado [7] (Gesetz über die staatlichen Zivilbeamten, im Folgenden: LFCE) und im Gesetz 30/1984 über die Reform des öffentlichen Dienstes (Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública) vom 2. August 1984 [8] (im Folgenden: Gesetz 30/1984) enthalten. Art. 3 der LFCE unterschied Berufsbeamte von angestellten Bediensteten, wobei Letztere entweder Aushilfsbeamte oder Beamte auf Zeit sein konnten. Art. 4 LFCE sah vor, dass „Berufsbeamter ist, wer nach Ernennung kraft Gesetzes auf dauerhafte Weise Funktionen ausübt, in der Liste der entsprechenden Planstellen aufgeführt ist und feste Gehälter und Zuwendungen bezieht, die zulasten der Personalmittel des allgemeinen Staatshaushalts gehen". Zum Aushilfspersonal bestimmte Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 des Gesetzes 30/1984, dass es „nur Aufgaben [erfüllt], die ausdrücklich als solche einer Vertrauensperson oder eines Sonderberaters eingestuft werden, und für seine Ernennung und Entlassung, die keinen Bedingungen unterliegen, … ausschließlich die Minister und die Staatssekretäre bzw. die Regierungen der Autonomen Gemeinschaften und die Vorsitzenden der Gebietskörperschaften zuständig [sind]. Das Aushilfspersonal wird automatisch entlassen, wenn der Amtsträger, für den es die vertrauliche Aufgabe als Vertrauensperson oder Sonderberater erfüllt, entlassen wird."

10. Im Hinblick auf die Vergütung der öffentlichen Bediensteten behandelt Art. 23 LEBEP die „Grundbezüge" der Berufsbeamten. Er bestimmt, dass diese sich zum einen aus „dem für die Untergruppe oder die Berufsgruppe – falls es in der Berufsgruppe keine Untergruppe gibt – festgelegten Gehalt" und zum anderen aus „den Dreijahreszulagen, die in einem für jeweils drei Dienstjahre gewährten Betrag bestehen, der für jede Untergruppe oder jede Berufsgruppe – falls es in der Berufsgruppe keine Untergruppe gibt – gleich ist", zusammensetzen.

11. Die Vergütung des Aushilfspersonals wird durch die Haushaltsgesetze geregelt. Das aktuellste auf den streitigen Zeitraum anwendbare Haushaltsgesetz ist das Gesetz 2/2012 vom 29. Juni 2012 [9] (im Folgenden: Haushaltsgesetz 2012) [10]. Sein Art. 26 Abs. 4 bestimmt, dass „das Aushilfspersonal … das Gehalt sowie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld der Untergruppe oder der Berufsgruppe, der das Ministerium für Finanzen und Öffentliche Verwaltung seine Aufgaben gleichgestellt hat, [bezieht,] sowie die Zulagen, die der dem Aushilfspersonal vorbehaltenen, von ihm besetzten Arbeitsstelle

7 — *Boletin Oficial del Estado* Nr. 40 vom 15. Februar 1964.

8 — *Boletin Oficial del Estado* Nr. 185 vom 3. August 1984.

9 — *Boletin Oficial del Estado* Nr. 156 vom 30. Juni 2012.

10 — Nach Aussage der spanischen Regierung entsprechen die Haushaltsgesetze für die Wirtschaftsjahre 2008 bis 2011 in diesem Punkt weitgehend dem Haushaltsgesetz 2012.

entsprechen … Berufsbeamte, die im aktiven Dienst oder im Rahmen einer Abordnung Stellen besetzen, die dem Aushilfspersonal vorbehalten sind, beziehen Grundbezüge entsprechend ihrer Untergruppe oder ihrer Berufsgruppe, gegebenenfalls einschließlich der Dreijahresdienstalterszulagen, sowie der Zulagen, die der von ihnen besetzten Arbeitsstelle entsprechen."

II – **Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

12. Frau Regojo Dans ist als Angehörige des Aushilfspersonals seit dem 1. März 1996 beim Consejo de Estado beschäftigt. Dort besetzt sie die Stelle der Leiterin des Sekretariats des Ständigen Ratsmitglieds und Präsidenten der zweiten Abteilung. Zuvor war sie, ebenfalls als Angehörige des Aushilfspersonals, vom 4. Juli 1980 bis zum 1. März 1996 beim Tribunal Constitucional beschäftigt, mit einer kurzen Unterbrechung vom 7. bis zum 26. April 1995, während der sie als Arbeitnehmerin im öffentlichen Dienst beim Consejo Económico y Social arbeitete.

13. Am 25. Januar 2012 stellte Frau Regojo Dans beim Consejo de Estado einen schriftlichen Antrag auf Anerkennung ihres Anspruchs auf Dreijahresdienstalterszulagen für den Zeitraum, den sie als öffentliche Bedienstete beschäftigt gewesen sei, d. h. 31 ½ Jahre zum Zeitpunkt der Antragstellung, und Zahlung des auf die letzten vier Jahre entfallenden Betrags.

14. Mit Entscheidung vom 24. Juli 2012 lehnte der Präsident des Consejo de Estado ihren Antrag ab.

15. Frau Regojo Dans erhob vor dem vorlegenden Gericht eine verwaltungsgerichtliche Klage, mit der sie u. a. geltend machte, dass die Weigerung, ihren Anspruch auf die Dreijahresdienstalterszulage anzuerkennen, eine Ungleichbehandlung mit anderen öffentlichen Bediensteten darstelle, und dass eine solche Ungleichbehandlung gegen Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verstoße.

16. Das Tribunal Supremo hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Erfasst die Definition des „befristet beschäftigten Arbeitnehmers" in Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge das „Aushilfspersonal", das gegenwärtig in Art. 12 LEBEP geregelt ist, sowie das „Aushilfspersonal", das zuvor in Art. 20 Abs. 2 des Gesetzes 30/1984 geregelt war?

2. Gilt für dieses „Aushilfspersonal" der Grundsatz der Nichtdiskriminierung nach Paragraf 4 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge in dem Sinne, dass ihm die Bezüge zuerkannt und gezahlt werden, die den Berufsbeamten, den unbefristet eingestellten Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst, den Beamten auf Zeit und den befristet eingestellten Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst als Dienstalterszulage gezahlt werden?

3. Fällt die für dieses „Aushilfspersonal" geltende Regelung in den beiden zuvor angeführten spanischen Gesetzen, nach der seine Ernennung und Entlassung aufgrund der Vertrauensstellung keinen Bedingungen unterliegt, unter die sachlichen Gründe, die nach Paragraf 4 eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können?

17. Zu diesen Fragen haben Frau Regojo Dans, die spanische und die italienische Regierung sowie die Europäische Kommission schriftliche Erklärungen abgegeben.

III – **Rechtliche Würdigung**

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

18. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Arbeitnehmer, der eine Aufgabe „als Vertrauensperson oder Sonderberater“ wahrnimmt, als „befristet beschäftigter Arbeitnehmer“ im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge einzustufen ist.

19. Mir scheint, dass sich hinter dieser Frage zwei verbergen. Die eine bezieht sich auf die Einstufung des Aushilfspersonals als „Arbeitnehmer“, die andere auf seine Einstufung als „befristet beschäftigter“ Arbeitnehmer im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.

1. Zur Einstufung als „Arbeitnehmer“

20. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts können Angehörige des Aushilfspersonals nur dann als „Arbeitnehmer“ im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge eingestuft werden, wenn bei ihnen eines oder mehrere der drei folgenden Kriterien vorliegen: eine Tätigkeit, die einem Beruf des Privatsektors gleichgestellt werden kann, ein Unterordnungsverhältnis und eine Vergütung, die für sie eine Quelle des Lebensunterhalts darstellt [11].

21. Allerdings definiert weder Paragraf 3 Nr. 1 noch ein anderer Paragraf der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge den Arbeitnehmer. Paragraf 2 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung bestimmt nämlich, dass der „Arbeitsvertrag oder [das Arbeits]-verhältnis“ der „gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition“ entspricht. Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/70 präzisiert, dass „bezüglich der in der Rahmenvereinbarung [über befristete Arbeitsverträge] verwendeten, jedoch nicht genau definierten Begriffe … es diese Richtlinie … den Mitgliedstaaten [überlässt], diese Begriffe entsprechend ihrem nationalen Recht und/oder ihrer nationalen Praxis zu definieren“. Im Urteil Sibilio hat der Gerichtshof, zur Einordnung des Verhältnisses zwischen den mit sozial nützlichen Arbeiten betrauten Arbeitnehmern und der italienischen Verwaltung befragt, entschieden, dass die Definition eines der

11 — Die Vorlage zur Vorabentscheidung führt aus, dass die Schwierigkeit darin liege, ob „die Merkmale des Vertrauens und der besonderen Beratungstätigkeit, die es im spanischen Recht kennzeichnen, dazu [zwingen], dem Aushilfspersonal den beruflichen Charakter abzusprechen, der den Definitionen des ‚befristet beschäftigten Arbeitnehmers‘ und des ‚vergleichbaren Dauerbeschäftigten‘ in Paragraf 3 Nr. 1 und 2 der Rahmenvereinbarung zugrunde liegt“. Ein solcher „beruflicher Charakter“ zeichne sich durch die oben in Nr. 20 aufgeführten drei Kriterien aus.

Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge unterfallenden Arbeitsvertrags oder -verhältnisses nach deren Paragraf 2 Nr. 1 den Mitgliedstaaten und/oder den Sozialpartnern obliegt [12]. Es ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts, das allein für die Auslegung des innerstaatlichen Rechts zuständig ist [13], sich zur Einstufung des Aushilfspersonals als „Arbeitnehmer“ zu äußern.

22. Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis zu definieren, kennt nur eine Einschränkung: Wie der Gerichtshof im Urteil Sibilio entschieden hat, dürfen sie nicht willkürlich eine Personengruppe von dem durch die Richtlinie 1999/70 und die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gewährten Schutz ausnehmen [14]. Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/70 präzisiert nämlich, dass die Mitgliedstaaten die von dieser Rahmenvereinbarung nicht definierten Begriffe definieren, vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der betreffenden Rahmenvereinbarung. Die Definition des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses im innerstaatlichen Recht darf daher nicht die Ziele oder die praktische Wirksamkeit dieser Rahmenvereinbarung gefährden. So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten öffentliche Bedienstete nicht von dem durch die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gewährten Schutz ausnehmen können: „Die Definition des Begriffs ‚befristet beschäftigter Arbeitnehmer‘ im Sinne der Rahmenvereinbarung [über befristete Arbeitsverträge] in deren Paragraf 3 Nr. 1 erfasst alle Arbeitnehmer, ohne danach zu unterscheiden, ob sie an einen öffentlichen oder an einen privaten Arbeitgeber gebunden sind“ [15]. Ferner hat der Gerichtshof im Urteil Sibilio darauf hingewiesen, dass die Italienische Republik keine andere formale Einstufung außer der des „Arbeitsverhältnisses“ verwenden konnte, wenn „diese formale Einstufung lediglich fiktiv ist und somit ein echtes Arbeitsverhältnis im Sinne des [italienischen] Rechts verbirgt“ [16]. Im Urteil O’Brien, in dem der Gerichtshof über das Verhältnis zu befinden hatte, das zwischen Teilzeitrichtern und der irischen Verwaltung besteht, hat er festgestellt, dass Irland dessen Einstufung als Arbeitsverhältnis nur dann verweigern könne, „wenn das in Rede stehende Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das zwischen den Beschäftigten, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, und ihrem Arbeitgeber besteht“ [17]. Um diesen Vergleich durchzuführen, habe

12 — Urteil Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148, Rn. 45).

13 — Der Gerichtshof hat zwar entschieden, dass „die Richtlinie 1999/70 und die Rahmenvereinbarung [über befristete Arbeitsverträge] auf alle Arbeitnehmer anwendbar [sind], die entgeltliche Arbeitsleistungen im Rahmen eines mit ihrem Arbeitgeber bestehenden befristeten Arbeitsverhältnisses erbringen“ (Urteile Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 28, Angelidaki u. a., C-378/07 bis C-380/07, EU:C:2009:250, Rn. 114, Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres, C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 42, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 40, Valenza u. a., C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 33, Mascolo u. a., C-22/13, C-61/13, C-63/13 und C-418/13, EU:C:2014:2401, Rn. 68, Beschluss León Medialdea, C-86/14, EU:C:2014:2447, Rn. 39, und Urteil Nisttahuz Poclava, C-117/14, EU:C:2015:60, Rn. 31).
Er hat aber nie präzisiert, was als „Arbeitsleistung“ und „Entgeltlichkeit“ zu verstehen ist: Eine derart allgemeine Definition scheint mir kaum in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten einzugreifen.
Im Übrigen weise ich darauf hin, dass sich eine solche Definition von der vom Gerichtshof im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwendeten unterscheidet, die auf ein drittes Kriterium abstellt, nämlich das der Unterordnung (Urteil Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, Rn. 17). Wie Generalanwältin Kokott und Generalanwalt Poiares Maduro hervorheben, ist der Begriff des „Arbeitnehmers“ kein einheitlicher Begriff: Er variiert in Abhängigkeit des in Rede stehenden Rechtsinstruments der Union (Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Wippel, C-313/02, EU:C:2004:308, Nr. 43, und Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:3, Nr. 11). Möglicherweise ist im Verzicht auf dieses dritte Kriterium eine Absicht des Gerichtshofs zu sehen, die Entwicklung von „atypischen“ Arbeitsverhältnissen zu berücksichtigen, bei denen die Unterscheidung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ihren Sinn verliert: vgl. Barnard, C., *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2012, S. 144 und 152-154.

14 — Urteil Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148, Rn. 51).

15 — Urteil Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 40).

16 — Urteil Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148, Rn. 49).

17 — Das Urteil O’Brien erging nicht in Auslegung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, sondern der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. 1998, L 14, S. 9) (im Folgenden: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit). Dies ist jedoch ohne Bedeutung. Denn der Wortlaut von Paragraf 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (nach dem „die vorliegende Vereinbarung … für Teilzeitbeschäftigte [gilt], die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen“) ist sehr nah an dem von Paragraf 2 Nr. 1 der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Rahmenvereinbarung. Im Übrigen zitiert der Gerichtshof im Urteil Sibilio das Urteil O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 51).

das vorlegende Gericht die Modalitäten der Ernennung und der Abberufung der Richter, die Art und Weise, in der ihre Arbeit organisiert ist (Stundenanzahl, Arbeitszeiten, Flexibilität) und den Umstand, dass sie Anspruch auf Sozialleistungen hätten (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsgeld), zu berücksichtigen [18].

23. Mit anderen Worten, auch wenn der Gerichtshof nach Paragraf 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge das Arbeitsverhältnis nicht definiert, verlangt er dennoch, dass eine solche Definition nicht willkürlich angewandt wird: Er verlangt, dass die Kriterien des „Arbeitsverhältnisses", wie sie im anwendbaren nationalen Recht definiert sind, auf alle Personen, die sich auf den Schutz dieser Rahmenvereinbarung berufen, in gleicher Weise angewandt werden [19].

24. Daher ist dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass es zwar den Mitgliedstaaten obliegt, den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis zu definieren, es sich aber zu vergewissern hat, dass eine solche Definition nicht zum willkürlichen Ausschluss einer Personengruppe, im vorliegenden Fall des Aushilfspersonals, von dem durch die Richtlinie 1999/70 und die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gewährten Schutz führt. Sofern das Verhältnis zwischen dem Aushilfspersonal und der öffentlichen Verwaltung nicht wesentlich anders ist als das zwischen den Arbeitgebern und den Personen, die nach spanischem Recht zur Gruppe der Arbeitnehmer gehören, muss ihm nämlich ein solcher Schutz zuerkannt werden.

25. Wie das vorlegende Gericht hervorhebt, können die Angehörigen des Aushilfspersonals nicht aufgrund ihres Statuts als öffentlich Bedienstete von den Vorteilen der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ausgeschlossen werden [20].

26. Es kann dies jedoch sein, wenn sein Verhältnis zur öffentlichen Verwaltung substanziell von dem Verhältnis abweicht, das die nach spanischem Recht als solche eingestuften Arbeitnehmer an ihre Arbeitgeber bindet. Hierzu weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass Berufsbeamte nach Art. 9 Abs. 1 LEBEP mittels „eines verwaltungsrechtlich geregelten Dienstverhältnisses" an die öffentliche Verwaltung gebunden sind „um auf Dauer *gegen Entgelt berufliche Leistungen* zu erbringen" [21]. Daher obliegt dem vorlegenden Gericht die Beurteilung, ob das Verhältnis des Aushilfspersonals zur öffentlichen Verwaltung substanziell von dem in Art. 9 Abs. 1 LEBEP beschriebenen Verhältnis abweicht.

27. Ich sehe jedoch nicht, aus welchen Gründen die grundsätzliche Einstufung als Aufgabe einer Vertrauensperson oder eines Sonderberaters nicht die Ausübung von „beruflichen Leistungen" abdecken sollte, was auch die Auffassung des vorlegenden Gerichts zu sein scheint. Ich merke ferner an, dass Art. 26 Abs. 4 des Haushaltsgesetzes 2012 bestimmt, dass „[d]as Aushilfspersonal … das Gehalt … der Untergruppe oder der Berufsgruppe, die das Ministerium für Finanzen und Öffentlichen seine Aufgaben gleichgestellt hat, [bezieht] …": Die Grundvergütung des Aushilfspersonals ist also identisch mit der der in die gleiche Gruppe eingestuften Berufsbeamten. Es scheint mir, dass die Modalitäten der Ernennung und der Abberufung, aus denen der Gerichtshof einen Gesichtspunkt macht, der bei der Prüfung der substanziellen Abweichung zu berücksichtigen ist, in der vorliegenden Rechtssache nicht berücksichtigt werden müssen. Die Modalitäten der Abberufung sind nämlich für

18 — Urteil O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 45 und 46).

19 — Vgl. Robin-Olivier, S., „Le droit social de l'Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs ?", *Revue trimestrielle du droit européen*, 2012, S. 480. Die Autorin weist zum Urteil O'Brien darauf hin, dass „das Geschick des Gerichtshof in dieser Rechtssache darin besteht, gestützt auf die Forderung nach einer inneren Kohärenz an das nationale Recht sogar eine Kontrolle innerhalb dieses Rechts vorzunehmen". Generalanwalt Poiares Maduro spricht, bezogen auf Paragraf 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge von einer „bedingten Verweisung" auf das nationale Recht (Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:3, Nr. 15).

20 — Urteile Adeneler u. a. (C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 54), Marrosu und Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517, Rn. 39), Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518, Rn. 32), Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 25), Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 38), Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235, Rn. 34), Fiamingo u. a. (C-362/13, C-363/13 und C-407/13, EU:C:2014:2044, Rn. 29) und Mascolo u. a. (C-22/13, C-61/13, C-63/13 und C-418/13, EU:C:2014:2401, Rn. 67).

21 — Hervorhebung nur hier.

die Feststellung maßgeblich, ob die Angehörigen des Aushilfspersonals „befristet beschäftigte" Arbeitnehmer sind, und nicht für die Feststellung, ob sie „Arbeitnehmer" sind; hierzu weise ich darauf hin, dass das Urteil O'Brien in Auslegung der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und nicht in Auslegung der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge erging. Auch wenn die Modalitäten der Ernennung sich unterscheiden, da das Aushilfspersonal – anders als die Berufsbeamten – nicht durch Auswahlverfahren eingestellt wird, scheint mir, dass sie nicht von Belang sind, da das Aushilfspersonal ähnliche Leistungen wie die Berufsbeamten erbringt und ähnlich vergütet wird.

28. Ich komme jetzt zum zweiten Element des Begriffs „befristet beschäftigter Arbeitnehmer" im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, nämlich dem „Ende [des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses]". Im Gegensatz zum Begriff „Arbeitnehmer" wird der des Endes des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses in der Rahmenvereinbarung definiert.

2. Zur Einstufung als „befristet beschäftigter" Arbeitnehmer im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge

29. Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge definiert einen befristet beschäftigten Arbeitnehmer als einen Arbeitnehmer, der durch einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis, „dessen Ende durch objektive Bedingungen wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird", an den Arbeitgeber gebunden ist.

30. Im vorliegenden Fall kann das Beschäftigungsverhältnis des Aushilfspersonals in zwei Fällen beendet werden: automatisch bei einer Abberufung des Vorgesetzten und nach freier Entscheidung des Vorgesetzten (gemäß der Ausdrucksweise der italienischen Regierung handelt es sich um eine Abberufung *ad nutum*). Art. 12 Abs. 3 LEBEP bestimmt nämlich, dass „die Ernennung und die Entlassung … keinen Bedingungen [unterliegen]. Die Entlassung erfolgt in jedem Fall, wenn der Amtsträger, für den es die Aufgabe als Vertrauensperson oder Sonderberater erfüllt, entlassen wird". Gleiches galt unter dem Gesetz 30/1984. Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 des Gesetzes 30/1984 bestimmte nämlich, dass „Ernennung und Entlassung … keinen Bedingungen unterliegen [und hierfür] … ausschließlich die Minister und Staatssekretäre bzw. die Regierungen der Autonomen Gemeinschaften und die Vorsitzenden der Gebietskörperschaften zuständig sind. Das Aushilfspersonal wird automatisch entlassen, wenn der Amtsträger, für den es die Aufgabe als Vertrauensperson oder Sonderberater erfüllt, entlassen wird."

31. Die Einstufung des Aushilfspersonals als „befristet beschäftigte" Arbeitnehmer im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge wird zwar nicht vom vorlegenden Gericht thematisiert, sondern von der spanischen Regierung. Es scheint mir jedoch erforderlich, näher auf diesen Punkt einzugehen. Ferner haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens und die Kommission Erklärungen zu diesem Punkt abgegeben. Nach Angaben der Klägerin wurde er ebenfalls im Rahmen des nationalen Verfahrens erörtert.

32. Die spanische Regierung macht geltend, dass die Angehörigen des Aushilfspersonals nicht als „befristet beschäftigte Arbeitnehmer" im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge angesehen werden könnten. Sie geht nämlich davon aus, dass der Grundsatz der einer im freien Ermessen stehenden Entlassung sei und dementsprechend das Ende des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine „objektive Bedingung" im Sinne dieser Vorschrift bestimmt werde. Der Umstand, dass die Entlassung des Aushilfspersonals „in jedem Fall" automatisch infolge der Entlassung des Vorgesetzten erfolge, ändere nichts an dieser Schlussfolgerung.

33. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens betont, dass das Aushilfspersonal nach Art. 12 Abs. 1 LEBEP seine Aufgaben nicht auf Dauer ausübe. Die im freien Ermessen stehende Entlassung werde, wie die automatische Entlassung bei Entlassung des Vorgesetzten, durch objektive Bedingungen bestimmt. Die Klägerin scheint also davon auszugehen, dass die vom Vorgesetzten getroffene Entlassungsentscheidung selbst eine „objektive Bedingung" im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge darstellt.

34. Ich teile die Ansicht der Klägerin nicht, nach der die im freien Ermessen stehende Entlassung durch den Vorgesetzten, ohne dass dieser Gründe anzugeben hätte, im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge durch „objektive Bedingungen bestimmt" sei. Zwar sind die in dieser Bestimmung genannten Fälle („Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses") nicht abschließend: Paragraf 3 Nr. 1 stellt dieser Aufzählung nämlich das Wort „wie" voran. Allerdings schließt die Möglichkeit des Vorgesetzten, in freiem Ermessen das Aushilfspersonal zu entlassen, die Möglichkeit ein, es nicht zu entlassen: Es ist nicht sicher, dass der Vorgesetzte sich für eine solche Entlassung entscheidet. Daher kann die im freien Ermessen stehende Entlassung des Aushilfspersonals meiner Ansicht nach nicht als durch eine „objektive Bedingung" im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung bestimmt angesehen werden [22].

35. Allerdings stellt die Entlassung des Vorgesetzten eine objektive Bedingung dar, die automatisch die Entlassung des Aushilfspersonals zur Folge hat. Da also einer der beiden vom spanischen Recht vorgesehenen Fälle der Entlassung im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge das Ende des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses bestimmt, sind die Angehörigen des Aushilfspersonals als „befristet beschäftigte" Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmung einzustufen. Im Übrigen verweist der spanische Gesetzgeber selbst auf den akzessorischen Charakter der im freien Ermessen stehenden Entlassung durch den Vorgesetzten, da Art. 12 Abs. 3 LEBEP bestimmt, dass die Entlassung in jedem Fall bei einer Entlassung des Vorgesetzten erfolgt. Die Möglichkeit einer freien Entlassung scheint mir im Übrigen hier sehr unwahrscheinlich, da sie während der 16 Jahre, die die Klägerin beim Consejo de Estado verbracht hat, nicht eingetreten ist.

36. Nachdem ich vorstehend die Anwendbarkeit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge auf das Aushilfspersonal geprüft habe, werde ich nun untersuchen, ob die Klägerin Gegenstand einer von Paragraf 4 dieser Rahmenvereinbarung verbotenen schlechteren Behandlung war.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage*

37. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob der in Paragraf 4 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge genannte Grundsatz der Nichtdiskriminierung dahin auszulegen ist, dass dem Aushilfspersonal die Dreijahresdienstalterszulage, die den Berufsbeamten, den Beamten auf Zeit und den befristet und unbefristet eingestellten Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gezahlt wird, nicht vorenthalten werden darf.

22 — Hierzu weise ich darauf hin, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit einem Arbeitnehmer, der durch einen unbefristeten Vertrag eingestellt und während der Probezeit gekündigt wurde, entschieden hat, dass die Probezeit, während der er jederzeit kündbar war, keinen befristeten Vertrag darstellt. „Die Probezeit dient … im Wesentlichen der Überprüfung der Eignung und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, während der befristete Arbeitsvertrag verwendet wird, wenn das Ende des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses durch objektive Bedingungen bestimmt wird" (Urteil Nisttahuz Poclava, C-117/14, EU:C:2015:60, Rn. 36).

38. Mir scheint jedoch, dass eher in Bezug auf Paragraf 4 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung als auf seine Nr. 4 zu prüfen ist, ob die Weigerung des spanischen Gesetzgebers, dem Aushilfspersonal die streitige Zulage zu gewähren, eine Diskriminierung darstellt. Diese Nr. 4 enthält nämlich das gleiche Verbot wie die Nr. 1[23], betrifft allerdings Betriebszugehörigkeitszeiten „in Bezug auf bestimmte Beschäftigungsbedingungen", wohingegen die Nr. 1 allgemein die „Beschäftigungsbedingungen" betrifft. Eine Zulage ist jedoch kein Kriterium für die Betriebszugehörigkeitszeit. Die streitige Zulage wird dem Aushilfspersonal nicht aufgrund einer unzureichenden Betriebszugehörigkeitszeit verweigert, sondern weil seine Angehörigen keine Berufsbeamten sind. Ferner hat der Gerichtshof in den vier Rechtssachen, in denen er über eine Betriebszugehörigkeitsprämie zu befinden hatte, die Prüfung anhand von Paragraf 4 Nr. 1 der betreffenden Rahmenvereinbarung vorgenommen[24].

39. Insoweit hat der Gerichtshof entschieden, dass „die Rahmenvereinbarung [über befristete Arbeitsverträge], insbesondere ihr Paragraf 4, bezweckt, [den Grundsatz der Nichtdiskriminierung] auf befristet beschäftigte Arbeitnehmer anzuwenden, um zu verhindern, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis von einem Arbeitgeber benutzt wird, um diesen Arbeitnehmern Rechte vorzuenthalten, die Dauerbeschäftigten zuerkannt werden"[25]. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist[26]. Ich werde daher erstens prüfen, ob das Aushilfspersonal sich in einer mit der eines Berufsbeamten, eines Beamten auf Zeit oder eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst vergleichbaren Situation befindet, und zweitens, ob eine unterschiedliche Behandlung vorliegt. Bejahendenfalls werde ich im Rahmen der Beantwortung der dritten vom vorlegenden Gericht gestellten Vorlagefrage prüfen, ob eine solche unterschiedliche Behandlung durch „sachliche Gründe" im Sinne von Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gerechtfertigt werden kann.

1. Zur Vergleichbarkeit der Situationen

40. Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verbietet eine ungünstigere Behandlung eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers im Vergleich zu einem vergleichbaren Dauerbeschäftigten. Paragraf 3 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung definiert den „vergleichbaren Dauerbeschäftigten" als „Arbeitnehmer desselben Betriebs mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag oder -verhältnis, der in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit/Beschäftigung tätig ist, wobei auch die Qualifikationen/Fertigkeiten angemessen zu berücksichtigen sind". Er stellt klar: „Ist in demselben Betrieb kein vergleichbarer Dauerbeschäftigter vorhanden, erfolgt der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder in Ermangelung eines solchen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten."

41. Die Definition des „vergleichbaren" Dauerbeschäftigten wirft meines Erachtens zwei Probleme auf, die ich nacheinander prüfen werde, nämlich, was eine „gleiche oder ähnliche" Arbeit ist und in welchem Bereich der vergleichbare Dauerbeschäftigte zu suchen ist, wenn in demselben Betrieb (im vorliegenden Fall dem Consejo de Estado) keiner vorhanden ist.

23 — Der Gerichtshof hat entschieden, dass „Paragraf 4 [Nr.] 4 … dasselbe Verbot [wie die Nr. 1] hinsichtlich der bestimmte Beschäftigungsbedingungen betreffenden Betriebszugehörigkeitszeiten [enthält]" (Urteile Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 64, und Valenza u. a., C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 39, sowie Beschluss Bertazzi u. a., C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 29).

24 — Urteile Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 47) und Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 50); Beschlüsse Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 32) und Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 37). Vgl. insbesondere Rn. 50 des Urteils Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres: „Soweit das vorlegende Gericht in einer Rechtsstreitigkeit über den Anspruch von Beamten auf Zeit auf Dienstalterszulage um Auslegung des Begriffs ‚unterschiedliche Betriebszugehörigkeitszeiten' in Paragraf 4 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung ersucht, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass eine Dienstalterszulage wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die nach dem nationalen Recht nur dauerbeschäftigtem Statuspersonal der Gesundheitsdienste und nicht Zeitpersonal zustand, unter den Begriff ‚Beschäftigungsbedingungen' in Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung fällt".

25 — Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 23).

26 — Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 65).

a) Zur „gleichen oder ähnlichen“ Arbeit im Sinne von Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge

42. Die Beurteilung des „gleichen oder ähnlichen“ Charakters der Tätigkeit, die vom befristet beschäftigten Arbeitnehmer, der sich für das Opfer einer Diskriminierung hält, und dem „vergleichbaren“ Dauerbeschäftigten ausgeübt wird, obliegt grundsätzlich dem vorlegenden Gericht [27]. Allerdings hindert das den Gerichtshof nicht daran, dem vorlegenden Gericht eine Richtschnur für seine Auslegung zu geben [28]. Er hat dementsprechend darauf hingewiesen, dass „zur Feststellung, ob die Arbeitnehmer in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit tätig sind, zu prüfen ist, ob sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können“ [29].

43. Worin bestehen „Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen“ genau?

44. Im Beschluss Montoya Medina bestätigt der Gerichtshof die Analyse des vorlegenden Gerichts, das sich auf eine „Untersuchung des Rechtsposition der unbefristeten Dozenten und der befristeten Dozenten“ gestützt hatte, um festzustellen, dass „beide Rechtspositionen die gleiche akademische Qualifikation voraussetzen – da in beiden Fällen eine Promotion verlangt wird –, eine ähnliche Berufserfahrung – drei Jahre in einem Fall und zwei Jahre im anderen – und die Ausübung einer Lehr- und Forschungstätigkeit“ [30]. Der Gerichtshof verlangt vom vorlegenden Gericht nicht, eine vertiefte Prüfung der von befristeten und unbefristeten Dozenten verrichteten Aufgaben (z. B. eine Prüfung, ob sie ein oder mehrere Fächer unterrichten, auf welchem Niveau sie unterrichten, ob sie Doktorarbeiten betreuen) oder ihrer Ausbildung (z. B. wie viele Jahre Erfahrung sie tatsächlich haben) vorzunehmen [31].

45. Im Urteil O’Brien hat der Gerichtshof hingegen eine weiter gehende Prüfung der von den in Rede stehenden Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeit vorgenommen. Er hat festgestellt, dass die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung erläutert haben, dass die Arbeit der Teilzeitrichter und der Vollzeitrichter identisch sei und in denselben Gerichten und denselben Sitzungen ausgeübt werde [32]. Im Unterschied zu seinem Vorgehen im Beschluss Montoya Medina begnügt sich der Gerichtshof hier also nicht mit der bloßen Ausübung eines gleichen Berufs (dem des Richters). Nachdem er festgestellt hat, dass sich die in Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit vorgesehenen Kriterien auf „die inhaltliche Tätigkeit“ beziehen, versichert er sich mittels einer Prüfung der Gerichte und der Sitzungen, in denen diese Tätigkeit ausgeübt wird, dass sie „inhaltlich“ gleich sind [33].

46. Zum ersten Mal hat sich der Gerichtshof in einem Urteil zur Auslegung von Art. 157 Abs. 1 AEUV auf die „Art [der Arbeit], Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen“ bezogen [34]. Art. 157 Abs. 1 AEUV sieht den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen „bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ vor. Im Übrigen verweist der Beschluss Montoya Medina bei den

27 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 39); Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 67); Beschluss Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 44); Urteil Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 43); Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 33) und Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 32).

28 — Urteil Marrosu und Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517, Rn. 54).

29 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 37); Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 66); Beschluss Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 43); Urteil Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 42); Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 32) und Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 31).

30 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 38).

31 — Einem ähnlichen Ansatz folgt der Gerichtshof im Beschluss Lorenzo Martínez, in dem er „auf der Grundlage der vom vorlegenden Gericht eingereichten Informationen“ feststellt, dass die Berufsbeamten und die Beamten auf Zeit der Autonomen Gemeinschaft Kastilien-León sich in einer vergleichbaren Situation befinden, da sie „ähnliche Funktionen“ (Lehrtätigkeit) ausüben, wobei diese Funktionen keine „unterschiedlichen akademischen Qualifikationen oder eine unterschiedliche Erfahrung“ erfordern. Vgl. Beschluss Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 45 und 46).

32 — Urteil O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 62).

33 — Urteil O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 61).

34 — Urteil Royal Copenhagen (C-400/93, EU:C:1995:155, Rn. 33).

Ausführungen, wonach die Situationen unter Berücksichtigung dieser drei Faktoren zu vergleichen sind, auf das Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [35], das in Auslegung von Art. 157 Abs. 1 AEUV ergangen ist [36]. Mir scheint es daher angezeigt, die Rechtsprechung zu diesem Artikel zu untersuchen, umso mehr, als es wenige Urteile zur Auslegung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge gibt, in denen der Gerichtshof die von den in Rede stehenden Arbeitnehmern ausgeübte „Arbeit" prüft [37].

47. Im Urteil Brunnhofer hatte der Gerichtshof über die Situation einer Klägerin zu befinden, die bei einer österreichischen Bank für die Kontrolle der Kredite der Auslandsabteilung zuständig war und vorgab, Opfer einer Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts zu sein. Sie trug vor, dass ihre Situation mit der eines männlichen Kollegen vergleichbar sei, der bei der gleichen Bank angestellt und in die gleiche Tätigkeitsgruppe des anwendbaren Tarifvertrags eingestuft gewesen sei, eine Gruppe, die die Angestellten mit bankfachlicher Ausbildung zusammenfasste, die selbständig qualifizierte Tätigkeiten erledigten. Der Gerichtshof hat vom vorlegenden Gericht verlangt, zu beurteilen, ob die von der Klägerin und ihrem zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen verrichtete Arbeit vergleichbar ist, obwohl dieser Großkunden betreute und dafür über eine Handlungsvollmacht verfügte, während die Klägerin, die in der Kreditkontrolle tätig war, weniger Kundenkontakt hatte und keine nach außen verbindlichen Zusagen abgeben konnte [38]. Wie man sieht, schließt der Gerichtshof nicht aus, dass die in Rede stehenden Arbeitnehmer trotz Ausübung desselben Berufs (im Bankbereich) keine gleiche Arbeit ausüben: Er versteht diese daher, wie mir scheint, restriktiv, da er die Unterschiede zwischen den verrichteten Aufgaben berücksichtigt (die Kreditkontrolle und die Verwaltung von Kundenvermögen) wie auch die Handlungsvollmacht und die Befugnisse der betroffenen Arbeitnehmer.

48. Ebenso scheint mir der Gerichtshof im Urteil Kenny eine restriktive Beurteilung der „gleichen Arbeit" vorgenommen zu haben. In dieser Rechtssache hielten sich Beamtinnen des irischen Justizministeriums für Opfer einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung, da sie niedrigere Bezüge erhielten als ihre männlichen Kollegen, die als nicht dem Justizministerium, sondern der Polizei angehörende Beamte mit der Ausführung der gleichen Aufgaben, nämlich Verwaltungsaufgaben, betraut waren. Der Gerichtshof hat das vorlegende Gericht aufgefordert, zum einen den Unterschied in der beruflichen Qualifikation zwischen den Beamten des Justizministeriums und den Polizisten zu berücksichtigen, und zum anderen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass einige der Polizisten, denen Verwaltungsaufgaben zugewiesen waren, auch andere, operative Aufgaben zu erfüllen hatten, wie die Kommunikation mit Europol und Interpol, und dass alle Polizisten unter außergewöhnlichen Umständen für den operativen Bedarf zum Außendienst herangezogen werden konnten [39]. Der Gerichtshof schließt somit nicht aus, dass die in Rede stehenden Arbeitnehmer trotz Ausübung gemeinsamer identischer Aufgaben (Verwaltungsaufgaben) nicht die gleiche Arbeit ausüben: Er

35 — Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:241).

36 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 37).

37 — Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass nach Auffassung des Gerichtshofs der Umstand, dass die Klägerin, die vorher beim gleichen Arbeitgeber unbefristet beschäftigt war, die gleiche Stelle im Rahmen eines befristeten Vertrags bekleidete, ein Hinweis auf eine ähnliche oder die gleiche Arbeit ist (da die Klägerin in den vorzeitigen Ruhestand gehen wollte, handelte es sich um einen Teilzeitvertrag): Sowohl die Art der Arbeit als auch die Arbeitsbedingungen waren identisch, da es sich um die gleiche Stelle handelte (Urteil Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 33). Der Gerichtshof scheint im umgekehrten Fall, in dem die Klägerinnen zunächst vom gleichen Arbeitgeber befristet beschäftigt waren und angaben, im Rahmen ihrer unbefristeten Verträge die gleichen Aufgaben wahrzunehmen, den gleichen Ansatz zu verfolgen (Urteil Valenza u. a., C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 47, und Beschluss Bertazzi u. a., C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 36). Allerdings beziehen sich diese Rechtssachen auf besondere Einzelfälle, in denen die gleiche Person die gleiche Arbeit im Rahmen eines anderen Vertragstypus verrichtete: Sie sind uns daher keine große Hilfe.

38 — Urteil Brunnhofer (C-381/99, EU:C:2001:358, Rn. 50).

39 — Urteil Kenny u. a. (C-427/11, EU:C:2013:122, Rn. 30 und 33).

versteht diese restriktiv, wobei er die Erledigung anderer, unterschiedlicher Aufgaben (Polizeiaufgaben) berücksichtigt. In der Rechtssache Kenny könnte die Lösung des vorlegenden Gerichts allerdings davon abhängen, in welchem Verhältnis die von den in Rede stehenden Mitgliedern der Polizei erledigten Verwaltungs- zu ihren Polizeiaufgaben stehen [40].

49. In der vorliegenden Rechtssache scheint mir eher dem Ansatz des Gerichtshofs im Beschluss Montoya Medina zu folgen zu sein als dem in den Urteilen O'Brien, Brunnhofer und Kenny: Der Begriff der „gleichen oder ähnlichen" Arbeit im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge muss meiner Ansicht nach Gegenstand einer weiten Auslegung sein, die zu keiner Prüfung der von den in Rede stehenden Arbeitnehmern erledigten Aufgaben Anlass gibt.

50. Nach ständiger Rechtsprechung zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge muss nämlich „[i]n Anbetracht der Ziele [dieser] Rahmenvereinbarung [ihr] Paragraf 4 … als Ausdruck eines Grundsatzes des Sozialrechts der Union verstanden werden, der nicht restriktiv ausgelegt werden darf" [41]. Der Gerichtshof hat dem in Paragraf 4 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung genannten Begriff der „Beschäftigungsbedingungen" somit eine weite Auslegung gegeben: Er hat entschieden, dass das entscheidende Kriterium für die Feststellung, ob eine Maßnahme eine Beschäftigungsbedingung darstellt, gerade das Kriterium der Beschäftigung, d. h. das zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber begründete Arbeitsverhältnis ist [42]. Er hat daraus gefolgert, dass eine Dienstalterszulage [43], Versorgungsbezüge (solange sie von dem Beschäftigungsverhältnis abhängen und nicht Ausfluss eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit sind) [44], eine Entschädigung, die den rechtswidrigen Rückgriff auf einen befristeten Arbeitsvertrag wiedergutmachen soll [45], und die Kündigungsfrist von befristeten Verträgen [46] als Beschäftigungsbedingungen anzusehen sind. Er hat u. a. im Urteil Nierodzik darauf hingewiesen, dass eine Auslegung von Paragraf 4 Nr. 1, nach der die Kündigungsbedingungen eines befristeten Vertrags von der Definition des Begriffs „Beschäftigungsbedingungen" nicht erfasst würden, darauf hinausliefe, den Geltungsbereich des befristet beschäftigten Arbeitnehmern gewährten Schutzes vor Diskriminierungen entgegen dem Ziel dieser Vorschrift einzuschränken" [47]. Eine ähnliche Feststellung kann, wie mir scheint, für den Begriff der „gleichen oder ähnlichen" Arbeit getroffen werden, deren Ausübung den in Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge genannten „vergleichbaren Dauerbeschäftigten" definiert: Eine Auslegung dieser Bestimmung, die den Dauerbeschäftigten, der nicht genau die gleichen Aufgaben ausführt, von der Definition des Begriffs des „vergleichbaren Dauerbeschäftigten" ausschlösse, würde entgegen dem Ziel von Paragraf 4 dieser Rahmenvereinbarung dazu führen, dessen Geltungsbereich einzuschränken. Eine solche Auslegung entzöge nämlich dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer, der sich für das Opfer einer Diskriminierung hält, den Vergleichsbeschäftigten, sobald die ausgeübten Tätigkeiten nicht genau die gleichen wären.

51. Mir scheint, dass eine weite Auslegung des Begriffs der „gleichen oder ähnlichen" Arbeit auch zur Folge hat, dass die Ausübung einer zweiten, von der gemeinsamen Tätigkeit verschiedenen Tätigkeit nicht auf das Fehlen einer solchen Arbeit schließen lässt, wenn diese zweite Tätigkeit lediglich eine Nebentätigkeit darstellt, d. h. der betroffene Arbeitnehmer ihr weniger Zeit widmet als der

40 — Der Gerichtshof stellt fest (und weist somit darauf hin, dass es sich um einen maßgeblichen Faktor handelt), dass ihm „die Zahl der … Mitglieder [der Polizei], die nur Verwaltungsaufgaben erfüllen, und die Zahl derjenigen, die daneben operative Aufgaben wie die Kommunikation mit dem Europäischen Polizeiamt (Europol) oder Interpol wahrnehmen sollen" unbekannt ist. Vgl. Urteil Kenny u. a. (C-427/11, EU:C:2013:122, Rn. 32).

41 — Urteile Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 38) und Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 49); Beschlüsse Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 31) und Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 36); Urteile Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830, Rn. 33) und Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 24).

42 — Urteile Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830, Rn. 35) und Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 25).

43 — Urteil Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 48).

44 — Urteil Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, Rn. 134).

45 — Urteil Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830, Rn. 36).

46 — Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 29).

47 — Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 27).

gemeinsamen Tätigkeit. Ebenso erlaubt die bloß mögliche Ausübung einer zweiten, von der gemeinsamen Tätigkeit verschiedenen Tätigkeit es meiner Ansicht nach nicht, auf das Fehlen einer gleichen oder ähnlichen Arbeit zu schließen. Eine solche Lösung steht im Einklang mit dem Urteil O'Brien, in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass „sich nicht die Auffassung vertreten [lässt], dass sich Vollzeitrichter und [Teilzeitrichter] aufgrund ihrer unterschiedlichen beruflichen Laufbahn und der den [Teilzeitrichtern] jederzeit offenstehenden Möglichkeit, den Beruf des Rechtsanwalts auszuüben, nicht in einer vergleichbaren Situation befänden“ [48].

52. Die erledigten Aufgaben sind dennoch vom vorlegenden Gericht zu berücksichtigen. Allerdings sind sie dies nicht für die Feststellung, ob der befristet beschäftigte Arbeitnehmer eine gleiche oder ähnliche Arbeit zu der des vergleichbaren Dauerbeschäftigten ausübt, sondern für die Prüfung, ob die Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann. Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge sieht nämlich eine zweistufige Prüfung vor: Zunächst geht es um die Beurteilung, ob der in Rede stehende befristet beschäftigte Arbeitnehmer in Bezug auf eine Beschäftigungsbedingung gegenüber einem vergleichbaren Dauerbeschäftigten schlechter behandelt wird, sodann um die Prüfung, ob eine solche Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann.

53. Hierzu weise ich darauf hin, dass der Gerichtshof, wenn er sich im Rahmen der Prüfung der Ungleichbehandlung, wie wir gesehen haben, auf die „Art der Arbeit“ [49] bezieht, bei der Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung auf die „besondere Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung befristete Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmale“ [50] Bezug nimmt: Die Verwendung unterschiedlicher Begriffe (die „Arbeit“ und die „Aufgaben“) legt nahe, dass die Prüfung der Ungleichbehandlung sich auf den Vergleich der „Arbeit“, allgemein gesprochen, beschränken muss, wohingegen die Prüfung der Rechtfertigung die ausgeübten „Tätigkeiten“ zu berücksichtigen hat, deren „besondere“ Art unterstrichen wird. Die „Tätigkeiten“ dürfen also bei der Prüfung der Ungleichbehandlung nicht berücksichtigt werden.

54. Ich möchte betonen, dass dasselbe Merkmal nicht gleichzeitig berücksichtigt werden kann, um zunächst eine Ungleichbehandlung festzustellen, und sodann, um sie zu rechtfertigen. Wenn die Situation der in Rede stehenden Arbeitnehmer als vergleichbar eingestuft wurde, bedeutet dies, dass sie eine gleiche oder ähnliche Arbeit im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ausüben. Die Ungleichbehandlung kann damit nicht im Folgenden durch die

48 — Urteil O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 62).

49 — Vgl. Nr. 42 der vorliegenden Schlussanträge.

50 — Vgl. Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 73): „Nach [dem Begriff der sachlichen Gründe] muss die festgestellte Ungleichbehandlung durch das Vorhandensein genau bezeichneter, konkreter Umstände gerechtfertigt sein, die die betreffende Beschäftigungsbedingung in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien für die Prüfung der Frage kennzeichnen, ob diese Ungleichbehandlung einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist. Diese Umstände können sich etwa *aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung befristete Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen* oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben“ (Hervorhebung nur hier). Vgl. auch Urteile Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 53) und Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 55); Beschlüsse Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 41) und Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 48); Urteil Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 51) und Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 40).

unterschiedliche Art der ausgeübten Arbeit gerechtfertigt sein [51]. Eine Ungleichbehandlung könnte nur dann durch die unterschiedliche Art der ausgeübten Arbeit gerechtfertigt werden, wenn man der gleichen oder ähnlichen Arbeit auf jeder der beiden Stufen der von Paragraf 4 verlangten Prüfung einen unterschiedlichen Inhalt gäbe: die bloße „Art der Arbeit" für die Feststellung der Ungleichbehandlung, die „besondere Art der Aufgaben" für deren Rechtfertigung [52].

55. Eine alternative Lösung bestünde darin, die ausgeübte Arbeit lediglich für die Feststellung einer Ungleichbehandlung zu berücksichtigen: Diese dürfte somit nur durch die Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels eines Mitgliedstaats [53] gerechtfertigt werden und nicht durch die unterschiedliche Art der Arbeit. In diesem Fall wäre es möglich, die besondere Art der Aufgaben für die Feststellung der Ungleichbehandlung zu berücksichtigen. Eine solche Annahme entspricht meines Erachtens allerdings nicht der Zielsetzung der Rahmenvereinbarung, wie sie in deren Paragraf 1 Buchst. a definiert ist, nämlich durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern. Eine solche Zielsetzung erfordert, wie wir gesehen haben, eine weite Auslegung von Paragraf 4 dieser Rahmenvereinbarung. Das scheint im Übrigen auch der vom Gerichtshof gewählte Weg zu sein: Wenn er diesen Paragraf 4 auslegt, prüft er die besondere Art der Aufgaben im Rahmen der Rechtfertigung [54].

51 — Der Gerichtshof hat allerdings auch entschieden, dass „die Art der Aufgaben, die der [in Rede stehende befristet beschäftigte Arbeitnehmer] … und die Art der Berufserfahrung, die er dabei erwarb, … nicht nur einen Faktor dar[stellen], der eine unterschiedliche Behandlung gegenüber de[m vergleichbaren Dauerbeschäftigten] sachlich rechtfertigten könnte. Sie gehören auch zu den Kriterien, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Situation des Betroffenen mit der diese[s Dauerbeschäftigten] vergleichbar ist." (Urteile Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 69, Valenza u. a., C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 44, und Beschluss Bertazzi u. a., C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 34).
Vgl. hierzu Tobler, C. „The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach", in: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser Press, 2013, S. 443-469: „recently, the Court confirmed in another context that the same factual elements may be relevant in the analytically different contexts of comparability and objective justification (Rosado Santana, para. 69), *which is rather confusing*" (S. 464) (Hervorhebung nur hier).
Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich diese Ausführungen in den in Rede stehenden Urteilen *vor* den Ausführungen zur „besonderen Art der Aufgaben", in Nr. 53 der vorliegenden Schlussanträge angeführt, finden, nach denen die „Aufgaben" für die Feststellung berücksichtigt werden, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Daher sind die Ausführungen zur „besonderen Art der Aufgaben" meines Erachtens als Präzisierung zu den Ausführungen hinsichtlich der „Art der Aufgaben" zu verstehen.

52 — Generalanwalt Cosmas hat die Aufmerksamkeit des Gerichtshofs in der Rechtssache Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, die sich auf die Auslegung von Art. 157 Abs. 1 AEUV bezog, auch auf diesen Punkt gelenkt: Die Art der Arbeit und die Arbeitsbedingungen können nur dann Gegenstand einer „zweifachen Verwendung" sein, nämlich gleichzeitig zum Vergleich der Arbeitsleistungen und zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung verwendet werden, wenn sie für jede dieser Verwendungen unterschiedlich definiert werden. Nach Ansicht des Generalanwalts „[hat d]ie Möglichkeit dieser zweifachen Verwendung des Kriteriums der Berufsbildung … jedoch nur dann einen Sinn, wenn man davon ausgeht, dass dieses Kriterium im Rahmen dieser beiden Verwendungen nicht denselben Inhalt hat". Im betreffenden Fall wurde die gleiche Tätigkeit (Psychotherapie) von Ärzten und Diplompsychologen (mithin keinen Ärzten) ausgeübt. Der Generalanwalt schlug vor, die Berufsausbildung sowohl für die Feststellung, ob es sich um vergleichbare Situationen handele, als auch gegebenenfalls für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu berücksichtigen. Er regte daher an, dem Kriterium der Berufsausbildung für jede der beiden Stufen einen unterschiedlichen Inhalt zu geben: Eine Vergleichbarkeit der Situationen konnte seiner Ansicht nach nur ausgeschlossen werden, wenn die Berufsausbildung „grundlegend anders" war, wohingegen eine Rechtfertigung zugelassen werden konnte, wenn die Berufsausbildung lediglich „anders" war (Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas in der Rechtssache Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, EU:C:1999:8, Rn. 33).
Der Gerichtshof übernimmt die vom Generalanwalt vorgeschlagene Unterscheidung nicht: Er geht davon aus, dass die Situationen nicht vergleichbar sind, und äußert sich daher nicht zur Rechtfertigung und deren Kriterien (Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, EU:C:1999:241, Rn. 20). Zu diesem Punkt war er auch in den Urteilen Royal Copenhagen (C-400/93, EU:C:1995:155, Rn. 42) und JämO (C-236/98, EU:C:2000:173, Rn. 48 und 52) nicht klarer.

53 — Vgl. Nr. 86 der vorliegenden Schlussanträge.

54 — Eine Berücksichtigung der „besonderen Art der Aufgaben" nicht für die Feststellung, ob die Situationen vergleichbar sind, sondern für die Prüfung, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, könnte zu einer Erleichterung der dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer obliegenden Beweislast führen. Dies scheint mir im Einklang mit der Zielsetzung der Rahmenvereinbarung, wie sie in deren Paragraf 1 Buchst. a definiert wird, zu stehen. Zwar sagt diese Rahmenvereinbarung nichts über die Verteilung der Beweislast, und auch die hierzu ergangene Rechtsprechung enthält hierzu keine Klarstellung. Allerdings scheint es mir, dass der befristet beschäftigte Arbeitnehmer, der sich für das Opfer einer Diskriminierung hält, Schwierigkeiten mit dem Nachweis haben könnte, dass er genau die gleichen Aufgaben ausführt wie der vergleichbare Dauerbeschäftigte, dem der ihm vorenthaltene Vorteil gewährt wird, insbesondere, wenn dieser in einem anderen Betrieb arbeitet. Von ihm zu verlangen, dass er nicht nur nachweist, eine gleiche oder ähnliche Arbeit auszuüben, sondern dass er genau die gleichen Aufgaben ausführt, könnte es ihm in der Praxis erschweren, den Schutz von Paragraf 4 dieser Rahmenvereinbarung einzufordern.

56. Meines Erachtens ist daher dem vorlegenden Gericht mitzuteilen, dass der Begriff „der gleichen oder ähnlichen Arbeit“ im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge in Anbetracht der Ziele dieser Rahmenvereinbarung nicht eng ausgelegt werden darf. Die besondere Art der von den in Rede stehenden Arbeitnehmern ausgeübten Aufgaben kann daher nicht bei der Feststellung berücksichtigt werden, ob sie eine gleiche oder ähnliche Arbeit ausüben. Sie kann hingegen bei der Feststellung berücksichtigt werden, ob die Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe im Sinne von Paragraf 4 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann. Ebenso erlaubt die tatsächliche oder bloß mögliche Ausübung einer zweiten, von der gemeinsamen Tätigkeit verschiedenen Zweittätigkeit nicht, auf das Fehlen einer solchen Arbeit zu schließen, sofern die Zweittätigkeit nur eine Nebentätigkeit darstellt, d. h. der in Rede stehende Arbeitnehmer auf sie weniger Zeit verwendet als auf die gemeinsame Tätigkeit.

57. Der Berufsausbildung kann meiner Ansicht nach nur eine nachrangige Bedeutung im Vergleich zur Art der Arbeit eingeräumt werden, wenn es um die Feststellung geht, ob die Situationen vergleichbar sind. Eine Annahme, wie sie der Gerichtshof im Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse getroffen hat, nach der sich ein Arzt und ein Psychologe, obwohl sie eine exakt gleiche Tätigkeit ausüben, lediglich deshalb nicht in einer vergleichbaren Situation befinden, weil sie über unterschiedliche Diplome verfügen[55], erscheint mir angreifbar. Dies würde auf die Annahme hinauslaufen, dass ihre Arbeit aufgrund ihrer unterschiedlichen Berufsausbildung tatsächlich unterschiedlich wäre, nicht etwa weil sie einen unterschiedlichen Gegenstand hätte (die ausgeübte Tätigkeit war die gleiche: Psychotherapie), sondern weil sie auf unterschiedliche Weise ausgeübt würde. Die Berücksichtigung nicht nur des Gegenstands der Arbeit, sondern auch der Art, wie sie ausgeübt wird, scheint mir für die Feststellung, ob eine Arbeit gleich oder ähnlich ist, nicht der Zielsetzung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge zu entsprechen, die eine weite Auslegung ihres Paragrafen 4 Nr. 1 erfordert.

58. Im vorliegenden Fall hält sich die Klägerin für das Opfer einer Diskriminierung im Vergleich zu allen anderen öffentlichen Bediensteten, die die ihr verweigerten Dreijahresdienstalterszulagen erhalten, d. h. den Berufsbeamten, den Beamten auf Zeit und den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst.

59. Allerdings kann nicht angenommen werden, dass sich die Klägerin in einer vergleichbaren Situation mit der Gesamtheit der öffentlichen Bediensteten unabhängig von deren Tätigkeit befindet: Ihre Situation ist nur mit der derjenigen öffentlichen Bediensteten vergleichbar, die eine „gleiche oder ähnliche“ Arbeit im Sinne von Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ausüben.

60. Hierzu macht die spanische Regierung geltend, dass das Aushilfspersonal nicht die gleiche oder ähnliche Arbeit ausübe wie andere öffentliche Bedienstete, da es eine besondere Arbeit verrichte, nämlich Aufgaben als Vertrauensperson oder Sonderberater.

61. Diesem Argument kann meiner Ansicht nach nicht gefolgt werden.

55 — Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:241, Rn. 20): „Wie sich den Angaben im Vorlagebeschluss entnehmen lässt, üben die … Psychologen und Ärzte zwar eine anscheinend identische Tätigkeit aus, doch stützen sie sich bei der Behandlung ihrer Patienten auf in sehr verschiedenen Fachrichtungen erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten, die bei den einen auf einem Psychologiestudium und bei den anderen auf einem Medizinstudium beruhen.“ Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas in der Rechtssache Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:8, Rn. 35): „Auch wenn sie der Sache nach anscheinend die gleiche Tätigkeit, d. h. die Psychotherapie, ausüben, haben sie grundlegend unterschiedliche Kenntnisse, Erfahrungen und damit auch therapeutische Fähigkeiten, was wesentlichen Einfluss auf die verrichtete Arbeit hat.“

62. Es trifft zwar zu, dass das Aushilfspersonal nach Art. 12 Abs. 1 LEBEP „*ausschließlich* Aufgaben erfüllt, die … als solche einer Vertrauensperson oder eines Sonderberaters eingestuft sind“ [56]. Es trifft ebenso zu, dass das Aushilfspersonal nach Art. 9 Abs. 2 dieses Gesetzes keine „Funktionen, die die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben oder dem Schutz der allgemeinen Interessen des Staats und der öffentlichen Verwaltung mit sich bringen“, ausüben darf. In einem Urteil vom 17. März 2005 hat das Tribunal Supremo präzisiert, dass „Berufshandlungen, die in die normalen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung hineinreichen, unabhängig davon, ob es sich um externe Leistungs- und Polizeiaufgaben gegenüber den Bürgern oder um interne Aufgaben der reinen Verwaltungsorganisation handelt, dem Aushilfspersonal untersagt bleiben müssen“ [57].

63. Allerdings leuchtet mir zum einen nicht ein, inwiefern das Vertrauen die Arbeit der Klägerin im Gegensatz zu der der anderen öffentlichen Bediensteten charakterisieren könnte: Das Vertrauen des Vorgesetzten ist sicherlich für die Ausübung bestimmter, von anderen öffentlichen Bediensteten ausgeführter Aufgaben notwendig [58]. Zum anderen können Angehörige des Aushilfspersonals nach der in der vorstehenden Nummer angeführten Formel des Tribunal Supremo keine normalen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen, Berufsbeamte aber sehr wohl die normalerweise dem Aushilfspersonal vorbehaltenen Aufgaben als Vertrauensperson oder Sonderberater erfüllen. Denn Art. 26 Abs. 4 des Haushaltsgesetzes 2012 erwähnt, ebenso wie Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes 22/2013 mit dem Haushaltsgesetz für 2014, „Berufsbeamte, die im aktiven Dienst oder im Rahmen einer Abordnung Stellen besetzen, die dem Aushilfspersonal vorbehalten sind“.

64. Es ist daher nicht möglich, allein auf der Grundlage des spanischen Rechts auszuschließen, dass das Aushilfspersonal eine gleiche oder ähnliche Arbeit verrichtet wie öffentliche Bedienstete. Das vorlegende Gericht hat demnach zu prüfen, ob es sich bei der tatsächlich von der Klägerin ausgeübten Arbeit, nämlich Büroarbeiten, um die gleiche oder eine ähnliche Arbeit handelt wie diejenige, die von bestimmten öffentlichen Bediensteten mit unbefristetem Vertrag ausgeübt wird.

65. Hierzu erinnere ich daran, dass die Klägerin Leiterin des Sekretariats des Ständigen Ratsmitglieds und Präsidenten der zweiten Abteilung des Consejo de Estado ist.

66. Im Consejo de Estado gibt es in der zweiten Abteilung weitere Sekretäre. Da die Klägerin nämlich „Leiterin des Sekretariats“ der zweiten Abteilung ist, bedeutet dies, dass es mehrere Sekretäre zählt. Sicherlich existieren andere Sekretäre in den anderen Abteilungen des Consejo de Estado. Das vorlegende Gericht hat daher zu prüfen, ob diese im Gegensatz zur Klägerin auf Grundlage eines unbefristeten Vertrags beschäftigt sind. Falls das der Fall sein sollte, wäre ihre Arbeit meiner Meinung nach als gleiche oder ähnliche Arbeit wie die der Klägerin anzusehen.

67. Es ist möglich, dass Unterschiede zwischen den von der Klägerin als Leiterin des Sekretariats erfüllten Aufgaben und den Aufgaben einfacher Sekretäre bestehen, die kein Sekretariat leiten. Die Klägerin könnte z. B. für die Führung des Terminplaners des Präsidenten der zweiten Abteilung und die Kontakte mit anderen Abteilungen des Consejo de Estado zuständig sein, Aufgaben, die von einfachen Sekretären nicht erfüllt werden. Allerdings scheinen mir solche Unterschiede zwischen den von einer Leiterin des Sekretariats und einfachen Sekretären erfüllten Aufgaben nicht für die Feststellung zu berücksichtigen zu sein, ob sie eine gleiche oder ähnliche Arbeit ausüben, also ob ihre Situationen vergleichbar sind, sondern nur für die Feststellung, ob eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann.

56 — Hervorhebung nur hier.

57 — Urteil des Tribunal Supremo vom 17. März 2005, Kammer für Verwaltungssachen, Siebte Abteilung, Klage Nr. 4245/1999 (ROJ STS 1711/2005).

58 — Die Klägerin gibt an, als Sekretärin keine Aufgaben als Sonderberater wahrzunehmen.

68. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass alle Sekretäre des Consejo de Estado, unabhängig davon, ob sie ein Sekretariat leiten oder nicht, mit befristeten Arbeitsverträgen angestellt sind. Falls das der Fall sein sollte, ist meines Erachtens daraus nicht zu folgern, dass sich die Klägerin nicht auf Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge berufen kann. Ihr Paragraf 3 Nr. 2 Abs. 2 sieht nämlich vor, dass, wenn „in demselben Betrieb kein vergleichbarer Dauerbeschäftigter vorhanden [ist], … der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder in Ermangelung eines solchen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten“ erfolgt. Der Consejo de Estado kann, wie mir scheint, als Äquivalent eines Betriebs im öffentlichen Sektor angesehen werden. In welchem Umkreis ist der vergleichbare Dauerbeschäftigte zu suchen, wenn beim Consejo de Estado keiner vorhanden ist: Handelt es sich um die Sekretäre der anderen spanischen beratenden Organe, die Sekretäre der spanischen Gerichte oder die Sekretäre der spanischen öffentlichen Verwaltung bei Gericht oder nicht?

b) Zum Referenzrahmen bei Fehlen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten in demselben Betrieb

69. Im Urteil Valenza, dem Beschluss Bertazzi und dem Urteil Nierodzik hat der Gerichtshof Personen als vergleichbare Dauerbeschäftigte angesehen, die für die gleiche öffentliche Regulierungsbehörde arbeiteten (die italienische Wettbewerbsbehörde und die italienische Elektrizitäts- und Gasbehörde) [59] oder dasselbe öffentliche Krankenhaus [60]. Auch wenn der Gerichtshof seine Wahl nicht begründet hat, scheint mir, dass die gleiche Regulierungsbehörde oder das gleiche Krankenhaus als Äquivalent zu demselben Betrieb, der in Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge genannt wird, angesehen werden können.

70. Allerdings hat der Gerichtshof in den Beschlüssen Montoya Medina und Lorenzo Martínez sowie im Urteil Rosado Santana als vergleichbare Dauerbeschäftigte im Fall eines befristet beschäftigten Dozenten der Universität von Alicante die „unbefristet beschäftigten Dozenten des universitären Lehrpersonals [der gleichen] Autonomen Gemeinschaft“ [61] angesehen. Für eine nichtuniversitäre Lehrerin, die an einer öffentlichen Lehranstalt der Autonomen Gemeinschaft Kastilien-León tätig war, hat der Gerichtshof die Berufsbeamten des „nichtuniversitären Lehrpersonals [der gleichen] Autonomen Gemeinschaft“ als vergleichbare Beschäftigte angesehen [62]. Für einen Beamten auf Zeit der Autonomen Gemeinschaft Andalusien hat der Gerichtshof die Berufsbeamten der gleichen Autonomen Gemeinschaft und der gleichen Laufbahngruppe als vergleichbare Beschäftigte angesehen [63]. Obwohl der Gerichtshof auch hier seine Wahl nicht erläutert, scheint mir, dass diese Arbeitnehmer nicht als Angehörige desselben Betriebs oder seines öffentlichen Äquivalents angesehen werden können: Wenn dies die Absicht des Gerichtshofs gewesen wäre, hätte er auf die Arbeitnehmer derselben Universität oder derselben Lehranstalt abgestellt.

71. Ich nehme hingegen zur Kenntnis, dass die Arbeitsbedingungen der in Rede stehenden Beschäftigten in den in der vorhergehenden Nummer angeführten Rechtssachen durch den gleichen Rechtstext oder einen Rechtstext desselben Urhebers geregelt waren. Die Arbeitsbedingungen der befristet beschäftigten Dozenten der Autonomen Gemeinschaft Valencia wurden von demselben Dekret der Regierung dieser Autonomen Gemeinschaft geregelt [64]. Die Vergütung der Beamten auf Zeit und der Berufsbeamten der Autonomen Gemeinschaft Kastilien-León wurde von demselben spanischen Gesetz (dem in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden LEBEP) und demselben

59 — Urteil Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 43) und Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 33).

60 — Urteil Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, Rn. 32).

61 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 39).

62 — Beschluss Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 46).

63 — Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 67 und 83).

64 — Beschluss Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 13).

jährlichen Dekret dieser Autonomen Gemeinschaft geregelt [65]. Die Berechnung des Dienstalters der Beamten auf Zeit und der Berufsbeamten der Autonomen Gemeinschaft Andalusien wurde, auch wenn sie offenbar in zwei Rechtstexten kodifiziert ist, vom spanischen Gesetzgeber geregelt [66]. In diesen Rechtssachen wollte der Gerichtshof daher, wie mir scheint, den Referenzrahmen so definieren, dass er die Arbeitnehmer umfasste, deren Beschäftigungsbedingungen vom gleichen Rechtstext oder durch einen Rechtstext desselben Urhebers geregelt wurden wie die Beschäftigungsbedingungen des befristet beschäftigten Arbeitnehmers, der sich für das Opfer einer Diskriminierung hielt.

72. Eine solche Definition des Referenzrahmens kann mit einer ähnlichen Überlegung erklärt werden, wie sie der Gerichtshof im Urteil Lawrence [67] angestellt hat. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 157 Abs. 1 AEUV nur auf Personen anwendbar ist, die für den gleichen Arbeitgeber arbeiten. Wenn die in Rede stehenden Arbeitnehmer nämlich in Diensten verschiedener Arbeitgeber stehen, lassen sich die Unterschiede in der Vergütung nicht auf ein und dieselbe Quelle zurückführen. Daher fehlt eine Einheit, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wiederherstellen könnte. In den oben in Nr. 70 angeführten Rechtssachen konnten die Beschäftigungsbedingungen sehr wohl auf dieselbe Quelle zurückgeführt werden, sei es auf die Regierung der betroffenen Autonomen Gemeinschaft, sei es auf den spanischen Gesetzgeber. Der Gerichtshof präzisiert im Übrigen im Urteil Lawrence, dass die Unterschiede in der Vergütung in drei Fällen auf ein und dieselbe Quelle zurückzuführen sein können: wenn sie „ihren Ursprung unmittelbar *in Rechtsvorschriften* oder in Kollektivverträgen haben, sowie in dem Fall, dass die Arbeit in ein und demselben privaten oder öffentlichen Betrieb oder Dienst verrichtet wird“ [68]. Der Gesetzgeber kann also nach Auffassung des Gerichtshofs als ein und dieselbe Quelle angesehen werden, die den Vergleich mit der Gesamtheit der Beschäftigten gestattet, deren Vergütungsbedingungen er festgelegt hat.

73. Eine solche Definition des Referenzrahmens findet ebenfalls eine Stütze in Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge. Dieser sieht vor, dass bei Fehlen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten innerhalb desselben Betriebs der Vergleich gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen erfolgt. Als vergleichbare Dauerbeschäftigte die Beschäftigten anzusehen, deren Beschäftigungsbedingungen in demselben Gesetz wie die des befristet beschäftigten Arbeitnehmers festgelegt werden, läuft genau darauf hinaus, den Referenzrahmen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen zu definieren.

74. Mir scheint daher, dass ein vergleichbarer Dauerbeschäftigter, wenn er nicht innerhalb desselben Betriebs gefunden werden kann, unter den Beschäftigten zu suchen ist, deren Beschäftigungsbedingungen derselben Quelle zugeordnet werden können. Bezogen auf den öffentlichen Sektor, in dem die Beschäftigungsbedingungen von der öffentlichen Verwaltung definiert werden [69], erlaubt eine solche Lösung eine weite Definition des Referenzrahmens in Übereinstimmung mit den Zielen der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge. Ich würde den Ansatz des

65 — Beschluss Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 10 bis 17).

66 — Urteil Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557, Rn. 10 bis 12).

67 — Urteil Lawrence u. a. (C-320/00, EU:C:2002:498, Rn. 18). Vgl. auch Urteil Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, Rn. 46).

68 — Urteil Lawrence u. a. (C-320/00, EU:C:2002:498, Rn. 17). Hervorhebung nur hier.

69 — Hierzu weise ich darauf hin, dass die Definition des Referenzrahmens unter Einschluss der Arbeitnehmer, deren Beschäftigungsbedingungen ein und derselben Quelle zugeordnet werden können, auf den Privatsektor angewendet, zur Definition eines engen Rahmens führen kann. Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge bestimmt nämlich, dass bei Fehlen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten in demselben Betrieb der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags erfolgt: Wenn es sich bei dem „anwendbaren Tarifvertrag“ um einen Unternehmenstarifvertrag handelt, wird der Referenzrahmen auf Arbeitnehmer des betroffenen Unternehmens begrenzt. Ferner kann die Definition des Referenzrahmens in Abhängigkeit von der Quelle der Beschäftigungsbedingungen dazu führen, für die gleiche Arbeit (Sekretär) einen engeren Rahmen für Arbeitnehmer des Privatsektors (für die befristet beschäftigten Sekretäre des Privatsektors die unbefristet beschäftigten Sekretäre des gleichen Unternehmens, wenn der anwendbare Tarifvertrag ein Unternehmenstarifvertrag ist) anzunehmen als für die Arbeitnehmer des öffentlichen Sektors (für die befristet beschäftigten Sekretäre des öffentlichen Sektors die unbefristet beschäftigten Sekretäre der gesamten öffentlichen Verwaltung). Allerdings scheinen mir diese Konsequenzen aus Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge zu folgen. Diese sieht nämlich einen Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder gemäß den einzelstaatlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten vor: Sie stellt es damit den Mitgliedstaaten frei, den Referenzrahmen zu definieren.

Gerichtshofs in den oben in Nr. 70 angeführten Rechtssachen lediglich in einem Punkt einschränken: Es scheint mir, dass zur Einhaltung des Wortlauts von Paragraf 3 Nr. 2 dieser Rahmenvereinbarung zu prüfen ist, ob ein vergleichbarer Dauerbeschäftigter in demselben Betrieb vorhanden ist, d. h. bezogen auf den öffentlichen Sektor, in derselben Behörde, derselben Verwaltung oder derselben Abteilung, bevor ein solcher Beschäftigter unter denen gesucht wird, deren Beschäftigungsbedingungen derselben Quelle zugerechnet werden können.

75. Hier ist also zunächst beim Consejo de Estado ein vergleichbarer Dauerbeschäftigter zu suchen. Wenn beim Consejo de Estado keiner vorhanden ist, ist er unter den Beschäftigten zu suchen, deren Beschäftigungsbedingungen vom LEBEP (das die Vergütung der Berufsbeamten definiert und präzisiert, dass die Regelungen der Berufsbeamten grundsätzlich auf das Aushilfspersonal anwendbar sind) und den Haushaltsgesetzen (die die Vergütung des Aushilfspersonals regeln und es von der streitigen Dreijahresdienstalterszulage ausschließen) geregelt werden. Die Vergütungsbedingungen des Aushilfspersonals und der Berufsbeamten haben die gleiche Quelle, nämlich den spanischen Gesetzgeber. Mir scheint, dass bei Fehlen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten beim Consejo de Estado zunächst unter den Sekretären der anderen spanischen beratenden Organe und der spanischen Gerichte ein solcher zu suchen ist. Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verlangt nämlich, dass ein solcher Arbeitnehmer in demselben Betrieb zu suchen ist, d. h. im kleinstmöglichen Rahmen, bevor der Referenzrahmen ausgedehnt wird. Daher scheint es mir dem Geist von Paragraf 3 Nr. 2 dieser Rahmenvereinbarung zu entsprechen, den Arbeitnehmer im Bereich der anderen spanischen beratenden Organe und der spanischen Gerichte zu suchen, bevor die Suche gegebenenfalls auf die Beamten anderer Behörden ausgedehnt wird.

76. Nachdem ich aufgezeigt habe, mit welchen Dauerbeschäftigten die Situation der Klägerin zu vergleichen ist, und zu welchen Bedingungen, werde ich mich nachstehend der Prüfung zuwenden, ob die Klägerin schlechter behandelt wurde.

2. Zur Ungleichbehandlung

77. Der Ausgangsrechtsstreit betrifft die Zuteilung der in Art. 23 LEBEP vorgesehenen Dreijahresdienstalterszulage.

78. Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verbietet eine Diskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern in ihren Beschäftigungsbedingungen. Der Gerichtshof hat entschieden, dass eine Dienstalterszulage eine „Beschäftigungsbedingung“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt [70]. Im Urteil Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres hatte der Gerichtshof insbesondere über die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Dreijahresdienstalterszulage zu befinden (auch wenn die Kläger in diesem Urteil Beamte auf Zeit waren, wohingegen Frau Regojo Dans Angehörige des Aushilfspersonals ist) [71].

79. Art. 23 Buchst. b LEBEP sieht vor, dass die Berufsbeamten Anspruch auf eine Dreijahresdienstalterszulage haben, und definiert diese als einen „für jeweils drei Dienstjahre gewährten Betrag …, der für jede Untergruppe oder jede Berufsgruppe – falls es in der Berufsgruppe keine Untergruppe gibt – gleich ist“. Art. 25 Abs. 1 LEBEP bestimmt, dass die Beamten auf Zeit die Dreijahresdienstalterszulagen erhalten. Art. 26 Abs. 4 des Haushaltsgesetzes 2012, der die Vergütung des Aushilfspersonals betrifft, erwähnt die Dreijahresdienstalterszulage hingegen nicht: Wie im Übrigen auch das vorlegende Gericht erläutert, erhält das Aushilfspersonal sie daher nicht.

70 — Urteile Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 47-48) und Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 50) sowie Beschlüsse Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167, Rn. 32) und Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67, Rn. 37).

71 — Urteil Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819, Rn. 20).

80. Es liegt also eine Ungleichbehandlung zwischen den Angehörigen des Aushilfspersonals, die, wie wir gesehen haben, „befristet beschäftigte“ Arbeitnehmer im Sinne von Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge sind und die streitige Zulage nicht erhalten, und den Berufsbeamten vor, die sie erhalten und bei denen außer Frage steht, dass sie Dauerbeschäftigte sind.

81. Die Beamten auf Zeit, die die streitige Zulage erhalten, sind hingegen befristet beschäftigte Beamte [72]. Die Ungleichbehandlung zwischen dem Aushilfspersonal und den Beamten auf Zeit fällt daher nicht unter Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, nach dem die befristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht schlechter behandelt werden dürfen als vergleichbare *Dauer*beschäftigte [73].

82. Gleichermaßen kann für die Vertragsbeamten nur eine Ungleichbehandlung mit den unbefristet beschäftigten Bediensteten vorliegen (Art. 8 Abs. 2 Buchst. c LEBEP sieht nämlich vor, dass die Verträge der Vertragsbediensteten entweder befristet oder unbefristet sind), soweit sie die streitige Zulage erhalten.

83. Nach der Prüfung einer Ungleichbehandlung wende ich mich nunmehr deren Rechtfertigung zu.

C – *Zur dritten Vorlagefrage*

84. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob die Regelung der freien Ernennung und Entlassung des Aushilfspersonals einen sachlichen Grund darstellt, der die Ungleichbehandlung im Sinne von Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge rechtfertigen kann.

72 — Im Urteil Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, EU:C:2010:819) hat der Gerichtshof entschieden, dass die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge auf spanische Beamte auf Zeit (deren Beschäftigungsbedingungen wie in der vorliegenden Rechtssache durch das LEBEP geregelt wurden) anwendbar ist.

73 — Ich weise darauf hin, dass die Situation, über die der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache zu befinden hat, sich von der unterscheidet, die zum Beschluss Rivas Montes (C-178/12, EU:C:2013:150) geführt hat.
In diesem Beschluss hatte der Gerichtshof über eine spanische Bestimmung zu befinden, die bezogen auf Berufsbeamte die Berücksichtigung aller vorherigen Dienstzeiten für die Berechnung einer Dienstalterszulage vorsah, unabhängig davon, in welcher Behörde sie geleistet worden waren. Für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sah die gleiche Bestimmung hingegen lediglich die Berücksichtigung der Dienstzeiten vor, die in der gleichen Behörde geleistet worden waren. Der Gerichtshof hat entschieden, dass er nicht dafür zuständig ist, sich zur Vereinbarkeit dieser spanischen Bestimmung mit Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge zu äußern. Er hat hervorgehoben, dass die Vertragsbediensteten entweder befristet oder unbefristet eingestellt wurden, und dass alle Vertragsbediensteten gleich behandelt wurden (nur die in der gleichen Behörde geleisteten Dienstzeiten wurden berücksichtigt). Er hat daraus gefolgert, dass die angebliche Ungleichbehandlung sich nicht auf die befristete oder unbefristete Dauer des Arbeitsverhältnisses gründete, sondern auf dessen Rechtsnatur (seinen status- oder vertragsrechtlichen Charakter). Eine solche Ungleichbehandlung unterfiel damit nicht dem Unionsrecht.
Im Beschluss Rivas Montes, in dem sich ein befristet beschäftigter Vertragsbediensteter auf diesen Paragraf 4 berufen hatte, waren nicht alle Vertragsbediensteten befristet beschäftigt: Einige von ihnen waren unbefristet beschäftigt; dennoch wurden alle gleich behandelt. In der vorliegenden Rechtssache hingegen, in der sich eine Angehörige des Aushilfspersonals auf eben diesen Paragraf 4 beruft, sind alle Angehörigen des Aushilfspersonals befristet beschäftigt und alle werden gleich behandelt (keiner hat Anspruch auf die streitige Zulage).
Die vom Gerichtshof im Beschluss Rivas Montes gewählte Lösung scheint mir in jedem Fall angreifbar zu sein. Da die Klägerin befristet eingestellt wurde und bestimmte Dauerbeschäftigte (die Berufsbeamten) die Vergünstigung erhalten, die ihr verwehrt wird, wäre meines Erachtens die Feststellung vorzugswürdig gewesen, dass die Merkmale einer von Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verbotenen Ungleichbehandlung vorlagen. Frau Rivas Montes den Schutz dieses Paragrafen 4 abzusprechen, wie dies der Gerichtshof getan hat, läuft darauf hinaus, zu verlangen, dass *alle* vergleichbaren Dauerbeschäftigten (Berufsbeamte und unbefristete Vertragsbedienstete) und nicht nur *bestimmte* vergleichbare Dauerbeschäftigte (die Berufsbeamten die Vergünstigung erhalten, die dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer, der sich als Opfer einer Diskriminierung sieht, verwehrt wird. Hier handelt es sich, wie mir scheint, um eine restriktive Auslegung dieses Paragrafen 4, obwohl die Ziele und die persönliche Wirksamkeit dieser Rahmenvereinbarung zu einer weiten Auslegung dieses Paragrafen anhalten. Schließlich weise ich darauf hin, dass in dem Beschluss Vino, auf den sich der Gerichtshof im Beschluss Rivas Montes stützt, kein Dauerbeschäftigter die Vergünstigung erhielt, die der Kläger beanspruchte, da eine solche Vergünstigung in der verpflichtenden Angabe des Grundes im befristeten Arbeitsvertrag bestand, aus dem dieser befristet geschlossen wurde (das Fehlen einer solchen Angabe zog eine Entfristung des Vertrags nach sich). Es handelte sich also sehr wohl um eine Ungleichbehandlung zwischen bestimmten befristet beschäftigten Arbeitnehmern (denen, die – wie der Kläger – im Dienst der italienischen Post standen, für die ein Rechtstext vorsah, dass der Vertrag den Grund für die Befristung nicht nennen musste) und anderen befristet beschäftigten Arbeitnehmern (die, die in den Genuss der Vorschriften des allgemeinen Rechts kamen, d. h. die, in deren Vertrag der Grund angegeben werden musste, aus dem er befristet wurde). Vgl. Beschluss Vino (C-20/10, EU:C:2010:677, Rn. 15, 16 und 57).

85. Paragraf 4 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung bestimmt, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer bezogen auf die Beschäftigungsbedingungen nicht schlechter behandelt werden dürfen als vergleichbare Dauerbeschäftigte, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

86. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Begriff „sachlicher Grund“ so zu verstehen, dass eine Ungleichbehandlung nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass sie in einer allgemeinen und abstrakten nationalen Rechtsnorm wie einem Gesetz oder einem Tarifvertrag vorgesehen ist. Die Ungleichbehandlung muss durch genau bezeichnete, konkrete Umstände gerechtfertigt sein, die die betreffende Beschäftigungsbedingung in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien kennzeichnen. Sie muss ferner dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, d. h. einem echten Bedarf entsprechen und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein. „Sachliche Gründe“ im Sinne von Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge können u. a. „die besondere Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung befristete Verträge geschlossen worden sind“, sowie die „Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels eines Mitgliedstaats“ sein [74].

87. Die dem Aushilfspersonal eigene Regelung der freien Ernennung und Entlassung kann keinen „sachlichen Grund“ im Sinne von Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge darstellen. Es entspricht nämlich ständiger Rechtsprechung, dass die bloße temporäre Natur eines Arbeitsverhältnisses zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern und Dauerbeschäftigten ausreichen zu lassen, die Ziele der Richtlinie 1999/70 und dieser Rahmenvereinbarung ihrer Substanz berauben würde und auf die Fortschreibung einer für befristet beschäftigte Arbeitnehmer ungünstigen Situation hinausliefe [75].

88. Das Ziel, die Treue des Personals mittels der streitigen Zulage zu belohnen, scheint mir hingegen, wie die spanische Regierung vorbringt, ein sozialpolitisches Ziel zu sein, das die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Die nationale Maßnahme muss jedoch auch zur Erreichung eines solchen Ziels geeignet und verhältnismäßig sein. Ich erinnere daran, dass die Klägerin, die ein Dienstalter von 31 ½ Jahren in der spanischen öffentlichen Verwaltung hat, die streitige Zulage nie erhalten hat. Ich bezweifle daher die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

89. Die besondere Art der Aufgaben stellt, wie wir gesehen haben, einen „sachlichen Grund“ im Sinne von Paragraf 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge dar. Es wird dem vorlegenden Gericht zukommen, festzustellen, ob die von der Klägerin durchgeführten Aufgaben eine Verweigerung der streitigen Zulage rechtfertigen können. Soweit sich die Aufgaben der Klägerin von denen anderer Sekretäre unterscheiden, weise ich allerdings darauf hin, dass dies der Fall ist, weil sie im Gegensatz zu den anderen Sekretären über Vorrechte aufgrund ihrer Kontroll- und Weisungsbefugnisse verfügt. Mir erschließt sich jedoch nicht, inwiefern die Ausübung zusätzlicher Aufgaben die Ablehnung einer Zusatzvergütung rechtfertigen könnte.

IV – **Ergebnis**

90. Unter Berücksichtigung der gesamten vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Tribunal Supremo wie folgt zu antworten:

1. Paragraf 2 Nr. 1 und Paragraf 3 Nr. 1 der im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 enthaltenen EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge sind dahin auszulegen, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, den Arbeitsvertrag

74 — Urteile Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 50 und 51) und Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 39 und 40).

75 — Urteil Valenza u. a. (C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Rn. 52) und Beschluss Bertazzi u. a. (C-393/11, EU:C:2013:143, Rn. 41).

oder das Arbeitsverhältnis zu definieren. Es obliegt jedoch dem vorlegenden Gericht, sich zu vergewissern, dass eine solche Definition nicht dazu führt, dass die Gruppe des Aushilfspersonals willkürlich von dem durch die Richtlinie 1999/70 und die Rahmenvereinbarung gewährten Schutz ausgenommen wird. Dem Aushilfspersonal ist nämlich dann ein solcher Schutz zuzugestehen, wenn das Verhältnis zwischen ihm und der öffentlichen Verwaltung nicht wesentlich anders ist als das zwischen den Arbeitgebern und den Personen, die nach spanischem Recht zur Gruppe der Arbeitnehmer gehören.

2. Paragraf 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung ist dahin auszulegen, dass die automatische Entlassung des Arbeitnehmers aufgrund der Entlassung seines Vorgesetzten eine objektive Bedingung darstellt, die das Ende des Arbeitsverhältnisses bestimmt, selbst wenn das Arbeitsverhältnis auch durch bloße Entscheidung des Vorgesetzten beendet werden kann.

3. Für die Prüfung, ob Arbeitnehmer eine „gleiche oder ähnliche“ Arbeit im Sinne von Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung verrichten, ist unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie der Art der Arbeit, den Ausbildungsanforderungen und den Arbeitsbedingungen, zu prüfen, ob diese Arbeitnehmer als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können. Der Begriff der „gleichen oder ähnlichen“ Arbeit darf in Anbetracht der Ziele der Rahmenvereinbarung nicht eng ausgelegt werden. Für die Feststellung, ob die Arbeitnehmer eine „gleiche oder ähnliche“ Arbeit ausüben, dürfen daher die besondere Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung der befristete Vertrag geschlossen wurde, und deren Wesensmerkmale nicht berücksichtigt werden. Ebenso wenig darf die tatsächliche oder bloß mögliche Ausübung einer von der gemeinsamen Tätigkeit verschiedenen Zweittätigkeit berücksichtigt werden, solange sie nur eine Nebentätigkeit zu der gemeinsamen Tätigkeit darstellt.

4. Paragraf 3 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung ist dahin auszulegen, dass, wenn in derselben Behörde oder derselben Dienststelle einer öffentlichen Verwaltung kein vergleichbarer Dauerbeschäftigter vorhanden ist, dieser unter den Dauerbeschäftigten zu suchen ist, deren Beschäftigungsbedingungen von demselben Urheber definiert wurden und die eine gleiche oder ähnliche Arbeit verrichten.

5. Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung ist dahin auszulegen, dass eine Dienstalterszulage unter den Begriff der „Beschäftigungsbedingung“ im Sinne dieser Bestimmung fällt.

6. Eine Regelung der freien Ernennung und Entlassung befristet beschäftigter Arbeitnehmer kann keinen sachlichen Grund darstellen, der eine Ungleichbehandlung im Sinne von Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung rechtfertigt. Das Ziel, die Treue des Personals gegenüber der öffentlichen Verwaltung zu belohnen, stellt hingegen einen solchen sachlichen Grund dar. Die Weigerung, einem Bediensteten, der mehr als 30 Dienstjahre in der öffentlichen Verwaltung geleistet hat, eine Dienstalterszulage zu gewähren, kann jedoch nicht als zur Erreichung eines solchen Ziels geeignet angesehen werden. Die besondere Art der Aufgaben, für deren Erfüllung der befristete Vertrag geschlossen wurde, und deren Wesensmerkmale stellen einen „sachlichen Grund“ im Sinne von Paragraf 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung dar. Die Ausübung von Vorrechten durch den befristet beschäftigten Arbeitnehmer, über die der vergleichbare Dauerbeschäftigte nicht verfügt, kann allerdings keine schlechtere Behandlung des Ersteren rechtfertigen.