SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 19. Juni 2008 [1]

I — Einleitung

1. Das dänische Højesteret befragt den Gerichtshof zur Auslegung von Art. 8 der Richtlinie 91/533/EWG [2] im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens, in dem der Kläger, Ruben Andersen, die Unanwendbarkeit eines Tarifvertrags, mit dem die Richtlinie umgesetzt wurde, geltend macht, der für ihn nachteilig sei, da er im Gegensatz zum nationalen Gesetz vorsehe, dass der Arbeitgeber auf eine entsprechende Mahnung einen fehlerhaften Arbeitsvertrag berichtigen könne.

2. Das vorlegende Gericht möchte daher wissen, ob es unerlässlich ist, dass ein Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehört, damit ein Tarifvertrag, mit dem die Richtlinie umgesetzt wird, auf ihn angewendet werden kann. Auf diesen Aspekt beziehen sich die ersten beiden Vorlagefragen.

3. Herr Andersen beruft sich zudem auf den angeblich „befristeten" Charakter seines Arbeitsverhältnisses, der ihn von der in der Richtlinie niedergelegten Pflicht entbinde, den Arbeitgeber zu mahnen. Das vorlegende Gericht hat Zweifel hinsichtlich der Bedeutung der Begriffe „befristeter Arbeitsvertrag" und „befristetes Arbeitsverhältnis" im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie, da die in der dänischen Fassung dieser Bestimmung verwendete Terminologie „midlertidig arbejdskontrakt" und „midlertidigt ansættelsesforhold" bislang in keiner anderen Gemeinschaftsbestimmung verwendet wurde, und stellt drittens die Frage, ob sich die Begriffe auf alle befristeten oder nur auf kurzzeitige Beschäftigungsverhältnisse beziehen.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Die Richtlinie 91/533, die die Nrn. 9 und 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grund-

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (ABl. L 288, S. 32).

rechte der Arbeitnehmer [3] weiterentwickelt, wurde geschaffen, um im Rahmen der Europäischen Union die in einigen Mitgliedstaaten bereits eingeführte Verpflichtung zu vereinheitlichen, die Beschäftigungsverhältnisse bestimmten Förmlichkeiten zu unterziehen, um die Arbeitnehmer besser vor etwaiger Unkenntnis ihrer Rechte zu schützen (zweiter und sechster Erwägungsgrund). Konkret sollen mit ihr die Unterschiede zwischen nationalen Rechtsvorschriften zur Unterrichtung über die wesentlichen Aspekte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses beseitigt werden.

5. Nach Art. 1 gilt die Richtlinie „für jeden Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis hat“ (Abs. 1), wenngleich die Mitgliedstaaten ihre Anwendung ausschließen können, wenn a) die Gesamtdauer höchstens einen Monat beträgt und/oder die Wochenarbeitszeit höchstens 8 Stunden beträgt oder b) es sich um eine Gelegenheitsarbeit handelt, sofern objektive Gründe die Nichtanwendung rechtfertigen.

6. Durch Art. 2 wird der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer „über die wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses in Kenntnis zu setzen“ (Abs. 1); dazu zählt dessen vorhersehbare Dauer, wenn der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis befristet ist (Abs. 2 Buchst. e). Die Unterrichtung erfolgt schriftlich in einer der in Art. 3 der Richtlinie vorgesehenen Formen.

3 — Angenommen durch den Europäischen Rat in Straßburg am 9. Dezember 1989.

7. Art. 8, auf den sich die Vorlagefragen beziehen, regelt die Verteidigung der durch die Richtlinie verliehenen Rechte und verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass der Einzelne seine Rechte gerichtlich geltend machen kann (Abs. 1). Abs. 2 der Bestimmung schreibt vor, dass eine gerichtliche Geltendmachung möglich ist, wenn eine Mahnung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber innerhalb von 15 Tagen ohne Antwort geblieben ist. Diese Voraussetzung gilt jedoch weder für im Ausland tätige Arbeitnehmer, noch „für Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis“ oder Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegt.

8. Gemäß Art. 9 der Richtlinie hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, um ihr spätestens am 30. Juni 1993 nachzukommen, oder sich „spätestens zu diesem Zeitpunkt“ zu vergewissern, dass die Sozialpartner „im Vereinbarungswege“ die erforderlichen Maßnahmen einführen, wobei die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorkehrungen treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die in der Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden.

B — *Die dänische Regelung*

9. Bei der Umsetzung von Art. 9 der Richtlinie 91/533 hat sich die dänische Rechtsordnung für eine Doppelstrategie entschieden: Zum einen erging ein Gesetz über die

Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen [4], zum anderen wurden Tarifverträge für verschiedene Sektoren abgeschlossen.

a) Das dänische Unterrichtungspflichtgesetz

10. Nach dem dänischen Unterrichtungspflichtgesetz kann der Arbeitnehmer ohne vorherige Mahnung des Arbeitgebers unmittelbar das Gericht anrufen.

11. Nach seinem § 1 Abs. 3 gilt das Gesetz nur subsidiär; ihm geht jeder Tarifvertrag, der eine Verpflichtung des Arbeitgebers enthält, dem Arbeitnehmer Auskunft über das Beschäftigungsverhältnis zu geben, vor, sofern er Bestimmungen enthält, die denen der Richtlinie 91/533 entsprechen.

b) Der KTO-Vertrag

12. Zu den Tarifverträgen, mit denen die Richtlinie in das dänische Recht umgesetzt wurde, gehört der am 9. Juni 1993 zwischen der Amtsråtsforening (Verband der Amtsbezirke), der Kommunernes Landsforening (nationaler Kommunalverband), den Städten Kopenhagen und Frederiksberg sowie dem Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte (Gewerkschaft der kommunalen Beamten und Vertragsarbeiter) geschlossene Tarifvertrag (im Folgenden: KTO-Vertrag). Nach Angaben des Højesteret wenden die dänischen Gemeinden diesen Tarifvertrag auf alle ihre Mitarbeiter an, unabhängig davon, ob sie Mitglieder einer Gewerkschaft sind [5].

13. Hat eine Gebietskörperschaft den vorgeschriebenen Beschäftigungsnachweis nicht rechtzeitig oder unvollständig oder fehlerhaft ausgestellt, kann sie ihn nach dem KTO-Vertrag innerhalb von 15 Tagen nach Mahnung durch den Arbeitnehmer erneut ausstellen. Andernfalls kann der Arbeitnehmer seine Rechte gerichtlich geltend machen.

4 — Bekanntmachung Nr. 385 vom 11. Mai 1994, „Antsættelsesbevislov"; im Folgenden: „dänisches Unterrichtungspflichtgesetz".

5 — Dies wurde in der mündlichen Verhandlung von den Vertretern der dänischen Regierung und der Kommunernes Landsforening bestätigt.

III — Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und die Vorlagefragen

14. Ruben Andersen wurde als Empfänger von Geldleistungen zur sozialen Mindestsicherung im Rahmen von fünf Maßnahmen der beruflichen Wiedereingliederung zur individuellen Ausbildung am Arbeitsplatz in der Gemeinde Skælskør herangezogen. Die entsprechenden fünf Verträge wurden für Zeiträume zwischen einem und zwölf Monaten abgeschlossen, doch hatte wegen wiederholten Fernbleibens von Herrn Andersen vom Arbeitsplatz kein Vertrag länger als einen Monat Bestand.

15. Für jedes dieser Beschäftigungsverhältnisse wurde Herrn Andersen ein Arbeitsvertrag ausgehändigt, der den Anforderungen des Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 91/533 nicht entsprach. Nachdem er die Gemeinde darauf aufmerksam gemacht hatte, erhielt er innerhalb von 15 Tagen entsprechend berichtigte neue Arbeitsverträge.

16. Herr Andersen war jedoch der Ansicht, dass der KTO-Vertrag nicht auf ihn anwendbar sei [6], und erhob deshalb unter Berufung auf das dänische Unterrichtungspflichtgesetz unmittelbar Klage auf eine Entschädigung. Das Gesetz schreibt die im KTO-Vertrag vorgesehene Mahnung des Arbeitgebers nicht vor, so dass die von der Gemeinde Skælskør vorgenommene Berichtigung nach Auffassung des Klägers unwirksam war.

17. Nachdem die Klage in erster Instanz abgewiesen worden war, legte Herr Andersen Berufung beim Højesteret ein, das zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Richtlinie 91/533 abhänge, und dem Gerichtshof gemäß Art. 234 EG drei Vorabentscheidungsfragen vorgelegt hat:

1. Ist davon auszugehen, dass ein Tarifvertrag, mit dem die Richtlinie 91/533 umgesetzt werden soll, nach Art. 8 Abs. 1 dieser Richtlinie nicht auf einen Arbeitnehmer anwendbar ist, der nicht Mitglied einer am Tarifvertrag beteiligten Organisation ist?

2. Für den Fall einer Verneinung der ersten Frage: Bedeutet die in Art. 8 Abs. 2 enthaltene Wendung „Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegt“, dass die Bestimmungen eines Tarifvertrags, die die Verpflichtung zur vorherigen Mah-

6 — In der mündlichen Verhandlung zog der Anwalt Herrn Andersens die Möglichkeit, den Tarifvertrag auf Arbeitnehmer anzuwenden, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, nicht in Zweifel, fügte allerdings hinzu, dass der Tarifvertrag in diesem Fall nicht anwendbar sei, da er keine Sanktionsbestimmungen enthalte. Er bestätigte ebenso, dass er die Umsetzung der Richtlinie mit dem KTO-Vertrag nicht für fehlerhaft halte.

nung des Arbeitgebers betreffen, nicht auf einen Arbeitnehmer anwendbar sind, der nicht Mitglied einer am Tarifvertrag beteiligten Organisation ist?

3. Beziehen sich die Begriffe „befristeter Arbeitsvertrag“ und „befristetes Arbeitsverhältnis“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie auf kurzzeitige oder aber auf andere Beschäftigungsverhältnisse, beispielsweise auf alle zeitlich begrenzten Beschäftigungsverhältnisse? Im erstgenannten Fall: Nach welchen Kriterien ist zu entscheiden, ob das Beschäftigungsverhältnis zeitweilig (kurzzeitig) ist?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

18. Der Vorlagebeschluss ist am 3. Juli 2007 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofs eingetragen worden.

19. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Kommission sowie die italienische und die schwedische Regierung haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

20. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2008 sind die Vertreter von Herrn Andersen und der Kommunernes Landsforening sowie die Bevollmächtigten des Königreichs Dänemark und der Kommission erschienen, um mündliche Ausführungen zu machen.

V — Prüfung der Vorlagefragen

A — *Zur ersten Frage*

21. Mit der ersten Vorlagefrage möchte das Højesteret erfahren, ob nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 91/533 ein Tarifvertrag, mit dem diese Gemeinschaftsvorschrift in das nationale Recht umgesetzt wird, nur auf Arbeitnehmer anwendbar ist, die Mitglied einer der an ihm beteiligten Gewerkschaften sind.

22. Alle Beteiligten, die schriftliche Erklärungen in diesem Vorabentscheidungsverfahren eingereicht haben, schlagen vor, die Frage zu verneinen. Art. 8 Abs. 1 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die innerstaatlichen Vorschriften erlassen, die erforderlich sind, damit die Betroffenen ihre Rechte gerichtlich geltend machen können. Welches Rechtsinstrument zur Erreichung dieses Ziels verwendet wird, ist nach der Gemeinschaftsnorm unerheblich.

23. Im Einklang mit Art. 137 Abs. 3 EG überlässt Art. 9 der Richtlinie 91/533 es den Mitgliedstaaten, in welcher Weise sie die Richtlinie umsetzen, entweder unmittelbar durch den Erlass der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder dadurch, dass den Sozialpartnern der Abschluss von Vereinbarungen überlassen wird [7].

24. Diese Möglichkeit, die Umsetzung der Gemeinschaftsvorschriften an Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter zu „delegieren", ist in der Rechtsprechung in der Vergangenheit mehrfach untersucht worden [8]. Der Gerichtshof hat insbesondere hervorgehoben, dass sie die Mitgliedstaaten nicht davon befreit, durch geeignete Rechts- und Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer in vollem Umfang in den Genuss des Schutzes der Richtlinie kommen, und dabei präzisiert, dass, wenn die Umsetzung gleichzeitig mit einem Gesetz und einem oder mehreren Tarifverträgen erfolgt, die „staatliche Garantie" in allen Fällen gelten muss, in denen, aus welchen Gründen auch immer, ein wirksamer Schutz nicht auf andere Weise gewährleistet ist.

25. Der Umsetzung der Richtlinie durch einen Tarifvertrag steht folglich nichts entgegen, sofern der Mitgliedstaat gewährleistet, dass alle Normadressaten der Richtlinie die sich aus ihr ergebenden Vorteile aufgrund eines Tarifvertrags oder einer subsidiären nationalen Vorschrift geltend machen können.

26. Darüber hinaus nimmt die Richtlinie keine personenbezogene Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche der eventuellen Tarifverträge oder der nationalen Umsetzungsbestimmungen vor und verbietet es auch nicht, dass ein derartiger Tarifvertrag auf Arbeitnehmer anwendbar ist, die nicht Mitglied der Gewerkschaften sind, die an seiner Aushandlung beteiligt waren.

27. Der Rechtsprechung lässt sich ebenso wenig entnehmen, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung denjenigen, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, den Zugang zum tarifvertraglichen Schutz versagt. Gewiss, in den zuvor zitierten Urteilen sind ganz bestimmte Fälle erwähnt worden, in denen die (durch das Umsetzungsgesetz gewährte) „staatliche Garantie" angewendet werden musste: „*wenn die Arbeitnehmer keiner Gewerkschaft angehören*, der in Rede stehende Sektor keinem Tarifvertrag unterliegt oder der Grundsatz des gleichen Entgelts nicht garantiert ist".

28. Unter diesen Prämissen hat der Gerichtshof daran erinnert, dass es letztlich Aufgabe eines jeden Staates ist, zu gewährleisten, dass keine Gruppe aus dem Schutzbereich der Richtlinie fällt, und beispielhaft einige Fälle aufgezählt, in denen dem Arbeitnehmer nur der gesetzliche Schutz zur Verfügung steht.

7 — Dies sieht auch der letzte Erwägungsgrund vor.

8 — Urteile vom 30. Januar 1985, Kommission/Dänemark (143/83, Slg. 1985, 427), vom 28. März 1985, Kommission/Belgien (215/83, Slg. 1985, 1039), vom 10. Juli 1986, Kommission/Italien (235/84, Slg. 1986, 2291), und vom 28. Oktober 1999, Kommission/Griechenland (C-187/98, Slg. 1999, I-7713).

Das ist der Fall, wenn es keinen Tarifvertrag gibt, ein bestehender Tarifvertrag nicht alle in der Richtlinie niedergelegten Rechte umfasst oder wenn er auf eine bestimmte Kategorie von Arbeitnehmern des Sektors, wie diejenigen, die keiner Gewerkschaft angehören, nicht anwendbar ist.

29. Kurzum, es ist Aufgabe einer jeden Rechtsordnung, die Verbindlichkeit und den Anwendungsbereich der Tarifverträge zu bestimmen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat dies so entschieden und sich damit dem Diktat der Logik gebeugt, denn die Koexistenz sehr unterschiedlicher Auffassungen zu Kollektivverhandlungen in der Union erschwert extrem eine vom rein innerstaatlichen Recht losgelöste Antwort [9].

30. Mit der notorischen Ausnahme des Vereinigten Königreichs, wo dem Tarifvertrag jede normative Kraft, einschließlich vertraglicher Natur, abgesprochen wird [10], gilt in den meisten Ländern der Europäischen Union weiterhin die berühmte Charakterisierung Carneluttis: „Der Tarifvertrag ist ein Hybrid mit der Seele eines Gesetzes und dem Körper eines Vertrags.“ [11]

31. Größere Unterschiede sind in Bezug auf die Wirksamkeit dieser Vereinbarungen festzustellen, konkret auf die Möglichkeit ihrer Erstreckung über die Vertragsparteien hinaus (z. B. auf diejenigen, die nicht den am Abschluss beteiligten Gewerkschaften angehören, oder auf die Angehörigen von Organisationen, die nicht an den Verhandlungen teilgenommen hatten). Einige Mitgliedstaaten schließen eine Ausdehnung völlig aus, während andere verschiedene Mechanismen zu ihrer Durchführung vorsehen (durch Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung, durch Beitritt oder automatisch durch die hohe Repräsentativität der Unterzeichner) [12].

32. Wenn sich — wie in einigen Mitgliedstaaten — nicht gewerkschaftszugehörige Arbeitnehmer nicht auf einen Tarifvertrag berufen können, kommt die zu diesem Zweck erlassene staatliche Bestimmung ins Spiel; anderenfalls findet das Umsetzungsgesetz nur subsidiär Anwendung. Dies scheint in dem Rechtsstreit, der diesem Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegt, der Fall zu sein [13]; allerdings hat das nationale Gericht

9 — Díez-Picazo weist zutreffend darauf hin, dass der Ursprung der Normen oder der Rechtsquellen die Machtverteilung innerhalb einer Gesellschaft widerspiegele, „einerseits ein vor allem politisches Problem, andererseits eine soziologische Frage“ (Díez-Picazo und Ponce de León, L. M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* 3. Aufl., Ed. Ariel, 1993, S. 136).

10 — In diesem Sinne führen Deakin und Morris aus, die Grundlage für die normative Wirkung eines Tarifvertrags befinde sich auf dem Niveau des Individualarbeitsvertrags, denn Ersterem fehle es an der „Regelungswirkung“, die ihm in anderen Systemen zukomme (Deakin, S., und Morris, G., *Labour Law,* 2. Aufl., Butterworths, 1998, S. 261). Im Einklang damit fügt Pitt hinzu, dass diese Besonderheit der britischen Arbeitsbeziehungen im europäischen Bereich fast einzigartig ist und gelegentlich zu Problemen bei der Umsetzung von Richtlinien führt (Pitt, G., *Employment Law,* 5. Aufl., Thomson — Sweet & Maxwell, 2004, S. 120).

11 — Carnelutti, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro,* Padua, 1927, S. 108.

12 — Eine vergleichende Untersuchung des rechtlichen Status und der Möglichkeit einer Ausdehnung von Tarifverträgen in den 27 Mitgliedstaaten findet sich in der von der Kommission ausgearbeiteten Studie *Industrial Relations in Europe 2006 (Table 2.1: Normative function of collective bargaining: legal status and extension procedures as examples),* die die Beklagte des Ausgangsverfahrens vorgelegt hat.

13 — Nach seinem § 1 Abs. 3 gilt das dänische Unterrichtungspflichtgesetz subsidiär gegenüber den Tarifverträgen, mit denen die Richtlinie 91/533 umgesetzt wird; der sogenannte KTO-Vertrag ist, wie das Højesteret mitteilt, auf alle kommunalen Arbeitnehmer anwendbar, unabhängig davon, ob sie gewerkschaftlich organisiert sind oder nicht.

diese Frage zu untersuchen.

33. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 91/533 stellt es den Mitgliedstaaten folglich frei, einen Tarifvertrag, mit dem das nationale Recht an die Richtlinie angepasst werden soll, auf diejenigen auszudehnen, die nicht Mitglied einer der an seiner Aushandlung beteiligten Gewerkschaften sind. Ist ein Tarifvertrag, durch den die Richtlinie in angemessener Weise umgesetzt wird, auf einen Arbeitnehmer unabhängig von dessen Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft anwendbar, schließt seine Anwendbarkeit grundsätzlich die des subsidiären nationalen Gesetzes aus.

B — *Zur zweiten Frage*

34. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, die gerichtliche Geltendmachung der in ihr anerkannten Rechte von einer vorangehenden Formalität abhängig zu machen, die darin besteht, dem Arbeitgeber eine zusätzliche Frist von 15 Tagen einzuräumen, damit er auf die Mahnung des betroffenen Arbeitnehmers reagieren kann. Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 sieht jedoch drei Ausnahmen vor, denn die Mahnung wird weder von im Ausland tätigen Arbeitnehmern noch von Arbeitnehmern „mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis“ oder von Arbeitnehmern, „deren Arbeitsverhältnis keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegt“, verlangt. Das nationale Gericht bittet um Aufschluss über die Reichweite und den Sinn und Zweck dieser Ausnahmen.

35. Die zweite Vorlagefrage ist mit den Überlegungen verflochten, die zur vorhergehenden Frage angestellt worden sind. Nunmehr will das Højesteret wissen, ob die in Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 91/533 enthaltene Wendung „Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegt“ denjenigen, der nicht Mitglied der an der Aushandlung des Tarifvertrags beteiligten Gewerkschaften ist, von der Verpflichtung zur Mahnung entbindet.

36. Meiner Ansicht nach muss die Antwort negativ ausfallen, denn auch nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie ist die Gewerkschaftszugehörigkeit kein entscheidender Faktor für den Schutz des Arbeitnehmers durch einen Tarifvertrag, mit dem die Gemeinschaftsbestimmung umgesetzt wird.

37. Der Wortlaut der Bestimmung ist eindeutig. Sie verwendet die Worte „Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis *keiner* tarifvertraglichen Regelung *unterliegt*“ [14]. Aus den in Abschnitt V Buchst. A dieser Schlussanträge dargelegten Gründen kann nicht angenommen werden, dass sich dieser Satzteil ausschließlich auf Arbeitnehmer, die einer

14 — Ebenso eindeutig sind die französische („non couverts par“), die englische („not covered by“) und die spanische Fassung („no estén cubiertos por“).

Gewerkschaft angehören, bezieht. Die Richtlinie konkretisiert nicht die Bestimmung des Personenkreises der Tarifverträge, mit denen sie umgesetzt wird, sondern überlässt diese den nationalen Gesetzgebern; folglich steht Art 8. Abs. 2 der Anwendung der Bestimmungen eines Tarifvertrags — gegebenenfalls einschließlich solcher, die eine Mahnung des Arbeitgebers als Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung vorsehen — auf Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, nicht entgegen.

38. Es bleibt die Frage offen, ob dieser Gedanke mit dem Ziel der Richtlinie, das mit der vorherigen Mahnung verfolgt wird, vereinbar ist.

39. Die Vorarbeiten erhellen diesen Punkt nicht, denn die Mahnung wurde bei Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens hinzugefügt, weshalb dieser Aspekt in den Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses [15] und des Europäischen Parlaments [16] nicht zur Sprache gebracht wird. Jedoch ist es, wie die Kommission zutreffend in ihren schriftlichen Erklärungen bemerkt, nicht schwer, festzustellen, dass mit der Maßnahme Rechtsstreitigkeiten dadurch vermieden werden sollen, dass Streitigkeiten auf weniger kostspieligen und komplexen Wegen gelöst werden als dem Rechtsweg. Dieser allgemeine prozessökonomische Zweck tritt allerdings hinter das höhere Ziel der Richtlinie zurück, das im Schutz der Interessen der Arbeitnehmer besteht. Aufgrund dessen soll durch Art. 8 Abs. 2 vermieden werden, dass die Mahnung eine übermäßige Formalität darstellt, die in der Praxis die Verteidigung der Rechte der Arbeitnehmer, die sich in einer weniger günstigen Lage befinden, erschwert.

40. Angesichts dessen sollte von einem Arbeitnehmer, der nicht dem Tarifvertrag für den Sektor unterliegt, nicht verlangt werden, vor Erhebung der Klage das Unternehmen zu mahnen. Aufgrund des Umstands, dass er nicht durch die Bestimmungen des Tarifvertrags begünstigt wird, befindet er sich in einer schwächeren Position, die sich verschärfen würde, wenn er dem Arbeitgeber eine zweite Möglichkeit einräumen müsste, seine Fehler zu korrigieren.

41. Für die Entscheidung, ob eine vorherige Mahnung erforderlich ist, kommt es daher nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer Mitglied einer Gewerkschaft ist, sondern ob der Tarifvertrag auf ihn Anwendung findet, was, wie ich in Abschnitt V Buchst. A dieser Schlussanträge ausführlich dargelegt habe, von einer Mitgliedschaft unabhängig ist. Ein Arbeitnehmer, auf den der Tarifvertrag anwendbar ist, genießt unabhängig davon, ob er gewerkschaftlich organisiert ist, einen ausreichenden Schutz, der nicht dadurch geschwächt wird, dass dem Arbeitgeber weitere 15 Tage eingeräumt werden: Die Ausnahme hat in diesem Fall keinen Sinn. Wer jedoch nicht dem Tarifvertrag unterliegt (weil er keiner Gewerkschaft beigetreten ist oder aus einem anderen Grund), dem ist die Möglichkeit einzuräumen, unmittelbar zur Verteidigung seiner Rechte die Gerichte anzurufen.

42. Die grammatische und teleologische Auslegung der streitigen Bestimmung führt zu dem Ergebnis, dass für das Absehen vom Erfordernis der Mahnung nicht die Mitglied-

15 — ABl. 1991, C 159, S. 32.
16 — ABl. 1991, C 240, S. 21.

schaft in einer Gewerkschaft ausschlaggebend ist, sondern die Frage, ob der Betreffende einem Tarifvertrag unterliegt, mit dem erhöhten Schutz, den dieses Instrument gewährleistet.

C — *Zur dritten Frage*

43. Die dritte Frage des Højesteret zielt ab auf die Präzisierung der Reichweite einer anderen Ausnahme vom Erfordernis der Mahnung nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 91/533.

44. Der Zweifel beruht auf der Verwendung der Begriffe „midlertidig arbejdskontrakt" und „midlertidigt ansættelsesforhold" („contrato o relación laboral temporal"), die dem Gemeinschaftsrecht bislang unbekannt waren. Das nationale Gericht möchte wissen, ob sich die Richtlinie damit auf sämtliche befristeten Arbeitsverhältnisse („relaciones laborales de duración determinada") bezieht oder nur auf kurzzeitige Beschäftigungen.

1. Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 umfasst nicht alle „befristeten Arbeitsverträge" und „befristeten Arbeitsverhältnisse"

45. Die rechtliche Kategorie „befristetes Arbeitsverhältnis" existiert in vielen nationalen Rechtsordnungen und wurde durch die Richtlinien 75/129/EWG [17], 91/383/EWG [18] und 1999/70/EG [19] in das Gemeinschaftsrecht aufgenommen.

46. Gegenüber den unbefristeten Arbeitsverträgen, die die am weitesten verbreitete Art der Bindung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern darstellen, stellen sich die für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen in gewisser Weise als außergewöhnlich dar, denn sie befriedigen den tatsächlichen Bedarf des Arbeitgebers und des Marktes. Trotz der derzeitigen Tendenz zu einer „Flexibilisierung" des Sozialrechts [20] orientiert sich die Arbeitsgesetzgebung vieler Mitgliedstaaten am Grundsatz fester Beschäftigungsverhältnisse, der den Rückgriff auf befristete Verträge begrenzt. Das spanische Arbeitnehmerstatut [21] z. B. beschränkt den Abschluss befristeter Verträge auf die in seinem Art. 15 vorgesehenen Fälle. Art. L-1242-1 des französischen *Code du travail* bestimmt, dass befristete Arbeitsverträge nicht abgeschlossen werden dürfen, um über einen längeren Zeitraum einen Arbeitsplatz zu besetzen, der

17 — Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 48, S. 29).

18 — Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (ABl. L 206, S. 19).

19 — Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. L 175, S. 43).

20 — Einer ihrer herausragendsten Aspekte ist nach Alonso Olea die weiträumige Zulassung von zeitlich begrenzten Arbeitsverträgen, denn „der Arbeitgeber entlastet sich so teilweise vom Risiko, das sich aus dem Grad der wirtschaftlichen Tätigkeit ergibt, indem er seine Personalstärke — allgemein und nicht im Einzelfall — an seine Schwankungen anpasst". Er erkennt jedoch an, dass das Zurückweichen des Stabilitätsgrundsatzes heute mit Zuschüssen für unbefristete Verträge gebremst wird (Alonso Olea, M., und Casas Baamonde, M. E., *Derecho del Trabajo*, 19. Aufl., Ed. Civitas, Madrid, 2001, S. 251).

21 — Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Neufassung des Gesetzes über das Arbeitnehmerstatut), gebilligt durch das Real Decreto legislativo (Königliches Gesetzesdekret) 1/1995 vom 24. März 1995 (BOE vom 29. März 1995).

mit der üblichen und dauerhaften Tätigkeit des Unternehmens in Verbindung steht, und beschränkt ihre Zulässigkeit auf die in Art. L-1242-2 genannten Fälle, zur Ausübung einer „bestimmten vorübergehenden Tätigkeit", und die besonderen Voraussetzungen des Art. L-1242-3.

47. Diese Schutzdimension nivelliert die Rechte der sogenannten „fest angestellten" Beschäftigten und derjenigen, die befristete Arbeitsverträge haben. Das Gemeinschaftsrecht bestätigt diese Philosophie ohne Umschweife in der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999 [22]. In seiner Präambel wird zum Ausdruck gebracht, dass der Wille der Sozialpartner darin besteht, „einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert". Diese Gleichstellungsregel findet sich z. B. in Art. 15 Abs. 6 des spanischen Arbeitnehmerstatuts, in Art. L-1242-14 des französischen *Code du travail*, in den *Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002* des britischen Rechts und in der kommunalen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, mit der die Richtlinie 1999/70 im dänischen Recht umgesetzt worden ist [23].

48. Ich habe in Abschnitt V Buchst. B dieser Schlussanträge darauf hingewiesen, dass mit den Ausnahmen von dem Erfordernis der vorherigen Mahnung in Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 91/533 verhindert werden soll, dass die Erfüllung der einer Klage vorangehenden Formalitäten dem Schutz der am meisten benachteiligten Arbeitnehmer im Wege steht. Deshalb wäre es nicht gerechtfertigt, alle Beschäftigten mit befristeten Arbeitsverträgen von dem Erfordernis der Mahnung freizustellen, denn wenn sie dieselben Rechte haben, müssen für sie auch dieselben formellen Pflichten gelten.

49. Die innere Kohärenz des Gemeinschaftsrechts erfordert dies. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die Richtlinien 75/129, 91/383 und 1999/70 in unterschiedlichem Kontext den Begriff der „befristeten" Arbeitsverträge enthalten. Die Richtlinie 91/383, die nur einige Monate älter ist als die, die im vorliegenden Fall untersucht wird, unterscheidet zwischen „befristeten" Arbeitsverhältnissen („de duración determinada") und solchen, die mit sogenannten „Leiharbeitsunternehmen" („empresas de trabajo temporal") geschlossen werden, wobei sie die Erstgenannten als diejenigen charakterisiert, die auf einem Vertrag beruhen, in dem das Vertragsende nach objektiven Bedingungen festgelegt wird, wie das Erreichen eines bestimmten Datums, ein bestimmter Arbeitsauftrag oder ein bestimmtes Ereignis (Art. 1) [24]. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber, hätte er sich in der in Rede stehenden Richtlinie auf alle befristeten Arbeitsverträge beziehen wollen, dieselben Worte gewählt hätte wie zuvor in den Richtlinien 91/383 und 75/129 [25] und

22 — Durch die bereits zitierte Richtlinie 1999/70.

23 — Nach den Angaben im Vorabentscheidungsersuchen unterscheiden sich in Dänemark die Bedingungen befristeter Arbeitsverträge von denen unbefristeter lediglich darin, dass ein Beendigungszeitpunkt festgelegt ist; im Falle einer Kündigung gilt die gleiche Kündigungsfrist und der gleiche Schutz gegen Entlassungen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes. Jedoch fügt das Højesteret hinzu, dass bei sogenannten Mehrjahresarbeitsverträgen, die üblicherweise mit Personen, die Leitungsfunktionen ausüben sollen, auf fünf Jahre geschlossen werden, der Arbeitnehmer eine besondere Jahreszulage erhält, die sein Arbeitsentgelt gegenüber dem Entgelt, das ein aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrags tätiger entsprechender Arbeitnehmer erhält, um 15 % bis 25 % erhöht.

24 — Art. 3 der bereits zitierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung hat einen sehr ähnlichen Wortlaut.

25 — Deren Art. 1 Abs. 2 Buchst. a spricht von „Arbeitsverträgen, die für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossen werden".

Jahre später in der Richtlinie 1999/70. Aus diesem Grund hat die Beklagte des Ausgangsverfahrens zutreffend vorgetragen, dass der Gebrauch des neuen Begriffs „trabajo temporal“ („Leiharbeit“) nicht das Ergebnis einer einfachen sprachlichen Entwicklung ist, sondern zwangsläufig auf eine begriffliche Unterscheidung zielt.

50. Die Fassung der Richtlinie 91/533 in deutscher Sprache lässt gewisse Zweifel entstehen, denn wie in den Richtlinien 75/129, 1999/70 und 91/383 wird darin die Wendung „mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis“ gebraucht, die der allgemeinen Gattung der „contratos de duración determinada“ gleichsteht. Es handelt sich jedoch um eine eindeutige Ausnahme unter den verschiedenen Fassungen der Norm, denn sowohl im Französischen („contrat ou relation de travail temporaire“), Englischen („temporary contract or employment relationship“), Italienischen („contratto o rapporto di lavoro temporaneo“), Portugiesischen („contrato ou relação de trabalho temporários“) oder Finnischen („tilapäinen työsopimus“) wird von Wendungen Gebrauch gemacht, die der spanischen Wendung „contrato temporal“ entsprechen, was darauf schließen lässt, dass die deutsche Fassung wahrscheinlich auf einer freien Übersetzung beruht, die nicht mit den anderen Sprachfassungen übereinstimmt.

2. Die Bestimmung bezieht sich auf „kurzzeitige Arbeitsverhältnisse“

51. Wird demnach unter „befristeter Vertrag“ („contrato temporal“) im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie nicht jeder Vertrag verstanden, der für einen im Voraus festgelegten Zeitraum abgeschlossen wird, muss festgestellt werden, welche Arbeitsverhältnisse von diesem Begriff umfasst sind, der bis jetzt im Gemeinschaftsrecht nicht verwendet wurde.

52. Das vorlegende Gericht schlägt als Alternative „kurzzeitige Beschäftigungsverhältnisse“ vor, bei denen sich der Betroffene in der Regel in einer weniger günstigen Lage befindet.

53. Das Problem hat seinen Ursprung darin, dass diese Kategorie nicht in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auftritt, die sogar manchmal die Wendungen „contrato temporal“ und „contrato de duración determinada“ gleichbedeutend verwenden. Das dänische Recht regelt hingegen einen Typ von Arbeitsverhältnissen von bestimmter Dauer, die das Højesteret in seinem Vorlagebeschluss als „zeitweilige Arbeitsverhältnisse“ qualifiziert, die durch ihre kurze Dauer, häufig durch Entlohnung auf Stundenbasis und insbesondere dadurch gekennzeichnet sind, dass sie gewöhnlich weniger günstigen Bedingungen unterliegen als denen der anderen Arbeitnehmer.

54. Mir ist mit Ausnahme der in Rede stehenden Richtlinie nicht bekannt, dass im europäischen Sozialrecht einer eigenständigen Vertragsart das Adjektiv „temporal“ hinzugefügt wurde, außer mit Bezug auf Arbeitsverhältnisse der sogenannten „empresas de trabajo temporal“ („Leiharbeitsunter-

nehmen“) (die in Art. 1 der Richtlinie 91/383 definiert sind). Eine der Besonderheiten dieses singulären Arbeitsverhältnisses besteht (wenn auch nicht von Rechts wegen, so jedenfalls tatsächlich) in der Unsicherheit der Beschäftigung [26]. Dieser Umstand lässt mich zusammen mit anderen der Annahme zuneigen, dass Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 91/533 das Ziel verfolgt, dass kurzzeitig Beschäftigte wegen ihrer höheren Schutzbedürftigkeit einen unmittelbaren und einfacheren Zugang zu den Gerichten haben.

55. Die wiederholten Versuche des Gemeinschaftsgesetzgebers und der Mitgliedstaaten selbst, einen übermäßigen Rückgriff auf kurzlebige Verträge zu verhindern und insbesondere die Technik auszurotten, eine Stelle durch Aneinanderreihung von Zeitverträgen auf unbestimmte Zeit zu besetzen, zeigen, dass ein Arbeitnehmer mit einem kurzzeitigen Arbeitsvertrag trotz der großen Grundsatzerklärungen viel gefährdeter und schutzloser ist als einer, der einen Vertrag mit langer Dauer hat.

56. Folglich erweist sich meiner Ansicht nach der geringere Schutz der Beschäftigten mit kurzzeitigen Verträgen als wesentliches Kriterium, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass diese Arbeitsverhältnisse diejenigen sind, die Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie vom Erfordernis der vorherigen Mahnung ausnimmt.

57. Der Begriff „contrato o relación laboral temporal“ („befristeter Arbeitsvertrag“ oder „befristetes Arbeitsverhältnis“) findet sich auch in Art. 2 Abs. 2 Buchst. e der Richtlinie 91/533. Bei der Aufzählung der Angaben, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mindestens mitteilen muss, gibt die Bestimmung die „vorhersehbare Dauer“ des Arbeitsvertrags an, wenn „der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis befristet“ ist. Es wäre nicht verwunderlich, wenn die Richtlinie auch hier den Schutz der Beschäftigten mit Verträgen, die sich durch ihre kurze Dauer auszeichnen, beschränken wollte, bei denen es sich nützlicher erweist, wenn der Arbeitnehmer von Anfang an klar den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags vor Augen hat. Der nationale Gesetzgeber kann jedoch diese Unterrichtungspflicht auf alle befristeten Verträge erstrecken.

58. Demnach gesellt sich zum Faktor des höheren oder geringeren Grads der Beschäftigungsstabilität ein anderer, streng chronologischer, denn es erscheint vernünftig, dass man einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag nach kurzer Zeit endet, nicht weitere 15 Tage warten lässt, bevor er seine Rechte gerichtlich geltend machen kann. Zusam-

26 — Alonso Olea und Casas Baamonde weisen darauf hin, dass der Rohcharakter dieser „Dreiecksbeziehungen“ „den Tribut darstellt, den das Recht dafür zahlt, dass es verheimlicht, dass es private Arbeitsvermittlungsagenturen zulässt“ (Alonso Olea, M., und Casas Baamonde, M. E., a. a. O., S. 527).

menfassend soll verhindert werden, dass die genannte Formalität die widersinnige Folge hat, dass, wenn der Arbeitnehmer Klage erheben kann, sein Vertrag bereits beendet ist [27].

3. Kriterien für die nähere Bestimmung eines (kurzzeitigen) befristeten Beschäftigungsverhältnisses

61. Die Wendung „kurzzeitiger Vertrag" ist jedoch nicht klarer als die Wendung „befristeter Vertrag", so dass die Suche nach bestimmten Regeln zur genaueren Eingrenzung unerlässlich ist, wie am Ende der Vorlagefrage angedeutet wird.

59. Folglich beziehen sich die Begriffe „befristeter Arbeitsvertrag" bzw. „befristetes Arbeitsverhältnis" in der Richtlinie 91/533 nicht auf jede Art von befristeten Arbeitsverhältnissen, sondern nur auf kurzzeitige.

62. Keine der von den Beteiligten, die in diesem Vorabentscheidungsverfahren schriftliche Erklärungen eingereicht haben, hierzu vorgeschlagenen Antworten erscheint mir vollständig zufriedenstellend.

60. Dieser Schluss erscheint auch nicht inkohärent im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der bereits einmal die Begriffe „zeitlich befristete Beschäftigung" und „auf einen kurzen Zeitraum befristetes Beschäftigungsverhältnis" verwendet hat, um auf eine zweieinhalb Monate ausgeübte Beschäftigung Bezug zu nehmen [28]. Diese Wortwahl war vielleicht durch den Wortlaut der Vorlagefrage bedingt, aber der Präzedenzfall zeigt jedenfalls, dass die vorgeschlagene Lösung eine gewisse innere Logik aufweist.

63. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens ist in Übereinstimmung mit dem dänischen Wortlaut der Richtlinie der Auffassung, dass jeder Arbeitnehmer in diesem Sinne befristet beschäftigt ist, mit dem ein Vertrag über einen kurzen Zeitraum unter Bedingungen abgeschlossen wird, die merklich ungünstiger sind als die eines für eine bestimmte Dauer Beschäftigten. Diese Lösung entspricht den oben genannten Auslegungskriterien, führt aber meiner Meinung nach zu einem neuen hermeneutischen Problem, denn es müsste in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob die vereinbarten Beschäftigungsbedingungen günstig genug sind, um das Erfordernis der vorherigen Mahnung zu bejahen.

27 — Demselben Zweck dient Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie, wonach die Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Vertrag vor Ablauf einer Frist von zwei Monaten nach Aufnahme der Arbeit erfolgen muss, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf dieser Frist endet.

28 — Urteil vom 6. November 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Slg. 2003, I-13187, Randnrn. 18 und 25). Auch Generalanwalt Geelhoed hat in den Schlussanträgen in dieser Rechtssache vom 27. Februar 2003 von einem „Beschäftigungsverhältnis für einen bestimmten Zeitraum" gesprochen (Nr. 52).

64. Die italienische Regierung schlägt vor, den in Rede stehenden Satz im Licht des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 91/533 auszulegen, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, seine Anwendung auszuschließen für Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis, a) dessen Gesamtdauer höchstens einen Monat beträgt und/oder dessen Wochenarbeitszeit höchstens acht Stunden beträgt oder b) der/das eine Gelegenheitsarbeit betrifft, sofern objektive Gründe die Nichtanwendung rechtfertigen. Diese Auslegung scheint den Willen der Verfasser der Gemeinschaftsnorm nicht allzu sehr zu respektieren, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen wollten, bestimmte Beschäftigungsverhältnisse von der Anwendbarkeit der Richtlinie auszuschließen (die im zitierten Art. 1 Abs. 2 geregelten Fälle) und eine andere Art von Verträgen, die sogenannten befristeten (neben den der im Ausland tätigen Arbeitnehmer und denen, die keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegen) von einem formellen Erfordernis freizustellen. Es würde jeder Logik entbehren, wenn ein langfristig (oder sogar unbefristet) beschäftigter Arbeitnehmer, dessen Wochenarbeitszeit weniger als acht Stunden beträgt, nicht verpflichtet wäre, sich an den Arbeitgeber zu wenden, bevor er die Gerichte anruft.

65. Bei einer alternativen Lösung würde die Höchstdauer eines Vertrags festgelegt, der im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie noch „befristet" ist, und vorab eine Zahl nach Maßgabe der Argumente in Abschnitt V Buchst. C dieser Schlussanträge bestimmt. Die Grenze für die Annahme, dass ein Beschäftigungsverhältnis „befristeten" Charakter hat, wäre beispielsweise mit einem Jahr zu beziffern in dem Sinne, dass für einen Arbeitnehmer, der für einen kürzeren Zeitraum beschäftigt wird, die Gefahr besteht, dass er im Falle von Vorkommnissen, wegen deren er gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen muss, und von dem man verlangt, dem Arbeitgeber eine „Gnadenfrist" für eine Korrektur zu gewähren, während der Laufzeit seines Vertrags nicht die Gerichte anrufen könnte. Darüber hinaus ist derjenige, der für weniger als zwölf Monate beschäftigt ist, in einer unsichereren Position als jemand, der *rebus sic stantibus* eine längere Zugehörigkeit zu dem Unternehmen vereinbart hat.

66. Nach meinem Dafürhalten ist es jedoch nicht Aufgabe des Gerichtshofs, diese Regelungslücke zu füllen. Tatsächlich kommt es selten vor, dass der Gerichtshof an die Stelle des Gesetzgebers tritt und bindend eine Frist festlegt. Dies war in dem Urteil Grundig Italiana [29] der Fall, einer Entscheidung, die ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Recheio — Cash & Carry vom 11. Dezember 2003 kritisiere [30], denn die Auslegung des Gemeinschaftsrechts obliegt dem Gerichtshof, der den nationalen Gerichten genaue Orientierungen gibt, wie dieses Recht anzuwenden ist, ohne dass er in irgendeiner Weise befugt wäre, „sich in diesen rechtlichen Vorgang einzumischen. Andernfalls würde er die Grundlagen dieses Instruments der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten missachten, das eine strikte Achtung der jeweiligen Zuständigkeitsbereiche erfordert. Mit Entscheidungen dieser Art verhält sich der Gerichtshof in Wirklichkeit genauso wie bei einer Klage, indem er sich außerhalb der Bestimmungen des Vertrages Befugnisse zur unbeschränkten Rechtsprechung einräumt. Dies ist ein ernster Verstoß gegen die souveräne Kompetenz des nationalen Gerichts zur Entscheidung des Ausgangsverfahrens" (Nr. 35).

29 — Urteil vom 24. September 2002 (C-255/00, Slg. 2002, I-8003).
30 — Urteil vom 17. Juni 2004 (C-30/02, Slg. 2004, I-6051).

67. Angesichts des Schweigens des Gemeinschaftsgesetzgebers haben die nationalen Stellen diese Grenze für jeden Einzelfall mit Rücksicht auf die üblichen Fristen im jeweiligen Tätigkeitsbereich und die charakteristischen Merkmale des betreffenden Vertrags zu ziehen.

68. Herr Andersen erinnert in seinen schriftlichen Erklärungen daran, dass die in Rede stehenden Tarifverträge im Rahmen einer im Lov om aktiv socialpolitik (Gesetz über aktive Sozialpolitik) vorgesehenen Unterstützungsmaßnahme für Arbeitslose abgeschlossen worden seien. Nach dieser Regelung dürften sich Verträge über berufliche Wiedereingliederungsmaßnahmen nur auf Tätigkeiten beziehen, die nicht im Rahmen eines normalen Arbeitsvertrags ausgeübt werden könnten. Der Kläger des Ausgangsverfahrens folgert aus dieser unterschiedlichen Rechtsnatur, dass ein Vertrag über berufliche Wiedereingliederungsmaßnahmen naturgemäß befristet sei. Im vorliegenden Fall habe das Højesteret die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses zwischen Herrn Andersen und der Gemeinde Skælskør gegeneinander abzuwägen, doch könne der Gerichtshof nicht weiter gehen, als diesen Umstand hervorzuheben.

69. Bei der Beurteilung des ihm vorliegenden Sachverhalts hat das vorlegende Gericht verschiedene Urteile zum Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen. Sie alle sind im Kontext der Freizügigkeit ergangen, sind aber bei der Auslegung des europäischen Sozialrechts sehr nützlich.

70. Zum einen sind die Urteile Lawrie-Blum und Bernini [31] zu nennen. Danach ist, wer im Rahmen einer Berufsausbildung ein Praktikum ableistet, als Arbeitnehmer anzusehen, wenn das Praktikum unter den Bedingungen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durchgeführt wird. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Produktivität eines Praktikanten schwach ist, dass er nur eine reduzierte Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet und dass er infolgedessen nur eine beschränkte Vergütung erhält. Allerdings wird auch verlangt, dass der Betroffene im Rahmen des Praktikums genügend Stunden geleistet hat, um sich mit der Arbeit vertraut zu machen.

71. Auf der anderen Seite ist das Urteil Bettray zu nennen (wenngleich der ihm zugrunde liegende Sachverhalt nicht vollständig mit dem des vorliegenden Rechtsstreits übereinstimmt) [32]. Im Zusammenhang mit der niederländischen Sonderregelung für Maßnahmen der sozialen Arbeitsbeschaffung hat der Gerichtshof festgestellt, dass die im Rahmen dieser Bestimmungen ausgeübten Tätigkeiten nicht als tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden könnten, da sie nur ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung der Arbeitnehmer in das Arbeitsleben darstellten und die entgeltliche Arbeit, die auf die körperlichen und geistigen Möglichkeiten des Einzelnen zugeschnitten sei, den Betroffenen früher oder später wieder in die Lage versetzen solle, einer gewöhnlichen Beschäftigung nachzugehen oder eine Lebensweise zu finden, die so normal wie möglich sei.

31 — Urteile vom 3. Juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Slg. 1986, 2121), und vom 26. Februar 1992, Bernini (C-3/90, Slg. 1992, I-1071).

32 — Urteil vom 31. Mai 1989, Bettray (344/87, Slg. 1989, 1621).

VI — Ergebnis

72. Entsprechend den dargestellten Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Højesteret wie folgt zu beantworten:

1. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen stellt es den Mitgliedstaaten frei, einen Tarifvertrag, mit dem die Bestimmungen der Richtlinie in nationales Recht umgesetzt werden, auf einen Arbeitnehmer auszudehnen, der nicht Mitglied einer an ihm beteiligten Organisation ist.

2. Die Wendung „Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis keiner tarifvertraglichen Regelung unterliegt“ in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie ist nicht dahin auszulegen, dass die Bestimmungen eines Tarifvertrags, die die Verpflichtung zur vorherigen Mahnung des Arbeitgebers betreffen, nicht auf einen Arbeitnehmer anwendbar sind, der nicht Mitglied einer am Tarifvertrag beteiligten Organisation ist.

3. Die Begriffe „befristeter Arbeitsvertrag“ und „befristetes Arbeitsverhältnis“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie beziehen sich nicht auf jede Art von zeitlich begrenzten Beschäftigungsverhältnissen, sondern ausschließlich auf kurzzeitige Beschäftigungsverhältnisse. Bei der Feststellung, ob ein Beschäftigungsverhältnis kurzzeitig befristet ist, sind die für den jeweiligen Tätigkeitsbereich üblicherweise vereinbarte Dauer sowie die charakteristischen Merkmale und die Natur des Vertrags zu erwägen.