SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI vom 28. Oktober 1987 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Arbejdsret (Arbeitsgericht) Kopenhagen ersucht Sie um Auslegung der Richtlinie 77/187 des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. 1977, L 61, S. 26), um entscheiden zu können, ob diese Richtlinie Arbeitnehmer schützt, die zum Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens dort nicht beschäftigt sind. Der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht weist zwei ungewöhnliche Merkmale auf: Der ihm zugrunde liegende Übergang betrifft eine Gaststätte, die nur einige Monate im Jahr geöffnet ist, und erfolgte nach der Kündigung eines Vertrags über die Verpachtung des Unternehmens nach Vertragsverletzungen des Pächters.

Im Jahr 1980 verpachtete Ella Marie Hannibalsen die Gaststätte Ny Mølle Kro, deren Eigentümerin sie ist, an Frau Inger Larsen. Diese verpflichtete sich einige Monate später gegenüber dem Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke (Gewerkschaft für das Hotel- und Gaststättengewerbe), die zwischen dieser Gewerkschaft und dem Arbeitgeberverband für das Hotel- und Gaststättengewerbe geschlossenen Kollektivverträge auf ihre Arbeitnehmer anzuwenden, soweit sie dieser Gewerkschaft angehörten. Zu Beginn des Jahres 1981 kam Frau Larsen ihren Verpflichtungen gegenüber der Verpächterin nicht nach, die daraufhin den Pachtvertrag kündigte und den Betrieb der Gaststätte wieder übernahm, indem sie sie wie üblich in der Sommersaison geöffnet hielt. So war die Lage, als sie im Mai 1983 Frau Ketty Hansen als Kellnerin gegen einen Lohn von 195 DKR täglich, zuzüglich einer Umsatzbeteiligung, einstellte. Das Arbeitsverhältnis sollte vorbehaltlich einer Verlängerung bis zum 1. September 1983 dauern, doch wurde es am 19. August dadurch von Frau Hansen beendet, daß sie nicht mehr zur Arbeit erschien.

Nachdem die Landsorganisation i Danmark (Dänischer Gewerkschaftsbund, im folgenden: LO) festgestellt hatte, daß der Frau Hansen ausgezahlte Lohn nicht dem Tariflohn entsprach, verklagte sie Frau Hannibalsen vor dem Arbejdsret Kopenhagen auf Zahlung des Differenzbetrags. Die Klägerin machte geltend, daß nach den dänischen Rechtsvorschriften über die Übertragung von Unternehmen die 1980 zwischen Frau Larsen und der Gewerkschaft für das Hotel- und Gaststättengewerbe geschlossene Vereinbarung für die Eigentümerin und gegenwärtige Geschäftsführerin der Gaststätte Ny Mølle Kro verbindlich sei, so daß die tarifvertraglichen Bestimmungen auf sie Anwendung fänden. Die Beklagte verneinte, daß die — ihr im übrigen unbekannte — Vereinbarung ihr entgegengehalten werden könnte.

Da das Arbejdsret der Ansicht ist, daß für die Entscheidung des Rechtsstreits eine Auslegung der Richtlinie 77/187 erforderlich ist, hat es am 12. November 1986 beschlossen, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1) Umfaßt die Wendung ‚Übergang ... auf einen anderen Inhaber durch vertragli-

* Aus dem Italienischen übersetzt.

che Übertragung oder durch Verschmelzung' in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen den Fall, daß der Eigentümer eines verpachteten Unternehmens den Pachtvertrag infolge von Verstößen des Pächters gegen diesen Vertrag aufhebt und anschließend selber den Betrieb des Unternehmens übernimmt?

2) Findet die Richtlinie Anwendung, wenn das übertragene Unternehmen zum Zeitpunkt des Übergangs vorübergehend geschlossen war, so daß zum betreffenden Zeitpunkt keine Arbeitnehmer in dem Unternehmen beschäftigt waren?

3) Ist die Frage 2 anders zu beantworten, wenn es um ein Unternehmen geht, das regelmäßig einen Teil des Jahres geschlossen ist, wie z. B. ein Hotel, eine Pension oder ein Restaurant, das nur in der Sommersaison geöffnet ist?

4) Ist Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie so zu verstehen, daß die aufgrund eines Kollektivvertrages für den Veräußerer verbindlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen vom Erwerber unabhängig davon aufrechterhalten werden müssen, daß zum Zeitpunkt des Übergangs keine Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt waren?"

In unserem Verfahren haben schriftliche Erklärungen eingereicht die LO, die Dansk Arbejdsgiverforening (Dänische Arbeitgebervereinigung, im folgenden DA), die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und die britische Regierung. Die drei Erstgenannten haben sich darüber hinaus in der mündlichen Verhandlung geäußert.

2. Einige Worte zu den Rechtsvorschriften, die im Ausgangsverfahren und in den Fragen des nationalen Gerichts angeführt worden sind. Das Gesetz Nr. 111 vom 21. März 1979, mit dem Dänemark die Richtlinie 77/187 umgesetzt hat, legt seinen eigenen Anwendungsbereich durch den mittelbaren Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie, d. h. Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 1 Absatz 1, fest. Nach der ersten Bestimmung gehen „die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs ... bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis ... aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über". Nach der zweiten Bestimmung ist die „Richtlinie ... auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar".

Schließlich heißt es in Artikel 3 Absatz 2: „Nach dem Übergang ... erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags ... in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren."

3. Außer der DA sind die Verfahrensbeteiligten der Auffassung, daß die erste Frage zu bejahen sei. Ich bin ebenfalls für diese Lösung; jedoch halte ich es im Gegensatz zur Kommission und zur britischen Regierung nicht für richtig, sich dabei auf den Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 zu stützen.

Wie Randnummer 11 des Urteils vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83 (Abels, Slg. 1985, 469) bestätigt, ist der Wortlaut nicht entscheidend, da zwar in einigen Fassungen der Ausdruck „vertragliche Übertragung" verwandt wird, in anderen hingegen — in der englischen und in der dänischen — sehr viel weitere Begriffe („legal transfer" und „overdragelse") ge-

wählt worden sind. Im vorliegenden Fall scheint die Verpächterin zwar wieder in den Besitz der Gaststätte gelangt sein, indem sie sich auf eine im Pachtvertrag enthaltene Kündigungsklausel berufen hat, so daß man die Gemeinschaftsregelung für anwendbar halten müßte, auch wenn man die strengere Formulierung für richtig hielte. Ich meine jedoch, daß man der weiten Auslegung unserer Vorschrift durch den Gerichtshof nicht gerecht würde, wenn man sich auf ein solches Argument stützte. Diese weite Auslegung erlaubt, die Art des Rechtsgrundes — Vertrag oder Verfügung von Todes wegen, Verwaltungsakt oder richterliche Entscheidung —, aufgrund dessen ein Unternehmer dem anderen nachfolgt, völlig unberücksichtigt zu lassen.

Diese Auslegung — die konkret darin besteht, den Schwerpunkt in der Bestimmung auf den untechnischen Begriff „Übergang" zu legen und die vertragliche Übertragung und die Verschmelzung nur als Beispiele aufzufassen — findet im übrigen ihre feste Stütze im Sinn und Zweck der Richtlinie. Nach der unlängst ergangenen Entscheidung vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers, Slg. 1986, 1119, Randnr. 15) war es die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers, „die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten". Weiter heißt es dann: „Daraus folgt, daß das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang ... handelt, darin besteht, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt".

Mit anderen Worten soll mit der Richtlinie erreicht werden, daß der Wechsel des Eigentümers — oder im weiteren Sinne des Inhabers — des Unternehmens für die im Rahmen dieses Unternehmens bestehenden Arbeitsverhältnisse ohne Bedeutung ist. Welcher Akt auch immer schließlich zu dem Übergang führt, dieser muß neutral oder, wenn Sie so wollen, schmerzlos sein: die Arbeitnehmer dürfen dadurch nicht berührt werden, d. h. entlassen werden oder eine ungünstigere Behandlung erfahren. Die einzige Voraussetzung, von der der Gerichtshof diesen Schutz abhängig macht, ist die Fähigkeit des übertragenen Unternehmens, seine „Identität" zu bewahren, d. h. funktions- und leistungsfähig zu bleiben. Infolgedessen hat der Gerichtshof in seinen Urteilen Abels (a. a. O., Randnr. 23), Wendelboe (vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 19/83, Slg. 1985, 457, Randnr. 10) und Spijkers (a. a. O., Randnr. 11) diese Voraussetzung im Fall eines in Konkurs geratenen Unternehmens oder einer Gesellschaft in Liquidation nicht als erfüllt angesehen.

4. Die zweite und die dritte Frage, in denen es darum geht, ob die Richtlinie auf Unternehmen anwendbar ist, die während des Übergangs geschlossen waren und daher keine Arbeitnehmer beschäftigt hatten, und ob in diesem Zusammenhang ihr Saisoncharakter von Bedeutung ist, lassen sich zusammen behandeln.

Auch hier vertritt die DA die engste Auffassung. Nach ihrer Meinung genügen die Schließung des Unternehmens und der daraus sich ergebende Umstand, daß zum Zeitpunkt des Übergangs keine Arbeitnehmer beschäftigt sind, um die Anwendbarkeit des Grundsatzes des Artikels 3 Absatz 1 zu verneinen; zwar seien Bedenken möglich, ob dieser Standpunkt nicht zur Umgehung des in der Richtlinie vorgesehenen Schutzes führen könne (z. B. wenn die Unterbrechung des Betriebs von kurzer Dauer sei und das Unternehmen mit derselben Belegschaft wieder eröffnet werde), doch sei sicher auch richtig, daß eine solche Gefahr nicht bei saisonweise betriebenen Unternehmen bestehe, die Arbeitnehmer nur für die Monate einstellten, in denen sie geöffnet seien. Die anderen Beteiligten sind der entgegengesetzten Ansicht: Teils entschieden,

teils mit Vorbehalten vertreten sie alle die Auffassung, daß nicht das Fehlen von Arbeitnehmern entscheidend sei, sondern der Fortbestand oder der zeitweilige Bestand ihrer Arbeitsverhältnisse und daß die saisonbedingte Schließung des Unternehmens nicht automatisch die Beendigung der während seiner Öffnung begründeten Arbeitsverhältnisse bedeute.

Ich meine, daß der klare Wortlaut des Artikels 3 Absatz 1 die Berücksichtigung nur eines einziges Umstandes verlangt: Der *rechtliche* Bestand der Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens (siehe zur Untersuchung der verschiedenen sprachlichen Fassungen der Bestimmung das genannte Urteil Wendelboe, Randnrn. 13 und 14). Die Richtlinie betrifft mit anderen Worten die Arbeitnehmer, die sich am Tage es Übergangs in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Veräußerer befinden: Sind solche vorhanden, gehen die Pflichten des Veräußerers ihnen gegenüber auf den Erwerber über und lassen sich diesem entgegenhalten; gibt es keine solchen Arbeitnehmer, ist der Erwerber von jeder Verpflichtung frei. Daß das Unternehmen geschlossen war und daher in ihm keine Arbeitnehmer *tätig* — d. h. tatsächlich anwesend — waren, kann dann wohl ein Umstand sein, dem bei der Beurteilung der Frage Rechnung zu tragen ist, ob es sich um eine leistungsfähige „wirtschaftliche Einheit" handelt oder ob es bald vom Markt verschwunden sein wird. Dies wird aber, wenn nicht der zweite Fall gegeben ist, keine Rolle für die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Richtlinie spielen.

Der Saisongebundenheit des Betriebs des Unternehmens kann meines Erachtens grundsätzlich auch kein größeres Gewicht beigemessen werden. Die Welt der Wirtschaft kennt nämlich Unternehmen, die ihren Arbeitnehmern einen Dauerarbeitsplatz garantieren, auch wenn sie nur in der Zeit beschäftigt werden, in der das Unternehmen arbeitet, und solche Unternehmen, die ihren Bedarf an Arbeitskräften decken, indem sie Arbeitnehmer befristet anstellen. Es steht außer Frage, daß für letztere der Gemeinschaftsschutz nicht gilt, und zwar, wie ich meine, auch dann nicht, wenn sie die durch Erfahrung begründete Erwartung haben, zu Beginn jeder Saison erneut eingestellt zu werden. Jedoch ist es Aufgabe des nationalen Gerichts, diese und die anderen von mir genannten problematischen Tatsachen aufzuklären. Ihm obliegt es, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob ein immer nur im Sommer oder im Winter bestehendes Arbeitsverhältnis, das sich Jahr für Jahr wiederholt, in der Zeit, in der das Unternehmen zwischen zwei Betriebsperioden geschlossen ist, rechtlich als fortbestehend anzusehen ist; ebenso hat es festzustellen, ob die Begründung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse, die durch kurze Zeiträume voneinander getrennt sind, und ob die Schließung des Unternehmens saisonbedingt oder außerordentlich bzw. naturgegeben oder Ausdruck einer nicht behebbaren Krise ist.

5. Die Antwort auf die letzte Frage scheint mir nunmehr auf der Hand zu liegen. Wie wir gesehen haben, wird der Anwendungsbereich der Richtlinie durch Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 festgelegt. Durch die Bestimmung, daß „nach dem Übergang ... der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags ... aufrecht[erhält]" erweitert Artikel 3 Absatz 2 also nicht den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie, sondern beschränkt sich darauf, bezüglich der tarifvertraglichen Rechte der Arbeitnehmer die Kontinuität *allein* der Arbeitsverhältnisse zu bestätigen, die zum Zeitpunkt des Übergangs *bestehen.*

Infolgedessen kann der nach dem Übergang eingestellte Arbeitnehmer keine Ansprüche

aus Kollektivverträgen herleiten, die gegenüber dem Veräußerer wirksam waren, den Erwerber aber nicht binden können. Die Bestimmung hindert den nationalen Gesetzgeber jedoch nicht, für Arbeitnehmer, die beim Veräußerer nicht beschäftigt waren, günstigere Bedingungen vorzusehen (Artikel 7).

6. Nach alledem möchte ich Ihnen vorschlagen, auf die Ihnen vom Arbejdsret Kopenhagen mit Beschluß vom 12. November 1986 in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit Landsorganisationen i Danmark gegen Ny Mølle Kro, Inhaberin Ella Marie Hannibalsen, vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

„1) Die Wendung ‚Übergang ... auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung' in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 ist dahin auszulegen, daß sie sich auf den Fall bezieht, daß der Eigentümer eines verpachteten Unternehmens den Pachtvertrag infolge von Verstößen des Pächters gegen diesen Vertrag aufhebt und anschließend das Unternehmen selbst betreibt.

2) und 3) Die Richtlinie 77/187 ist nicht auf Unternehmen anwendbar, in denen zum Zeitpunkt des Übergangs keine Arbeitnehmer beschäftigt sind; dies gilt unabhängig davon, ob sie zu diesem Zeitpunkt geschlossen sind und die Schließung saisonbedingt ist oder auf anderen Gründen beruht.

4) Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 77/187 ist dahin auszulegen, daß der Erwerber die für den Veräußerer geltenden kollektivvertraglichen Arbeits- und Entgeltbedingungen nur gegenüber den Arbeitnehmern einhalten muß, die zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs beim Veräußerer beschäftigt waren."