1. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen verwehrt es einem Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt des Übergangs im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie beim Veräußerer beschäftigt ist, nicht, dem Übergang seines Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen.

   Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch nicht, die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall vorzusehen, daß ein Arbeitnehmer sich frei dafür entscheidet, den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Erwerber fortzusetzen. Die Richtlinie steht dem auch nicht entgegen. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, was in einem solchen Fall mit dem Arbeitsvertrag oder dem Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer geschieht.

2. Unter „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie 77/187 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen sind die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats in dem Sinne zu verstehen, in dem sie von den Gerichten dieses Staates ausgelegt werden.

SITZUNGSBERICHT
in den verbundenen Rechtssachen C-132/91, C-138/91 und C-139/91 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Die anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften*

Die Richtlinie 77/187/EWG 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. L 61, S. 26) soll „die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten" (zweite Begründungserwägung).

Nach Artikel 1 Absatz 1 ist sie auf den „Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inha-

* Verfahrenssprache: Deutsch.

ber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar".

Gemäß Artikel 3 Absatz 1 gehen „die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis ... auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über". Nach Artikel 3 Absatz 2 erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

Die Richtlinie sieht außerdem in Artikel 4 Absatz 1 vor, daß der Übergang als solcher für den Veräußerer oder Erwerber keinen Grund zur Kündigung darstellt, wobei jedoch Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, erfolgen können.

Nach Artikel 7 schränkt die Richtlinie „nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen".

2. *Die auf die Ausgangsrechtsstreitigkeiten anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften*

§ 613a BGB, der den Betriebsübergang betrifft, lautet in der Fassung des arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetzes vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1308) wie folgt:

„Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags, dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird." ...

Aus den Vorlagebeschlüssen des Arbeitsgerichts Hamburg (Rechtssachen C-138/91 und C-139/91) geht hervor, daß das Bundesarbeitsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung die Auffassung vertritt,

„daß dann, wenn ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übertragen wird, der Widerspruch eines in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmers den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber ausschließt und das Arbeitsverhältnis zu dem Veräußerer bestehenbleibt (vgl. grundsätzlich BAG AP Nr. 1 zu § 613a BGB, zuletzt BAG AP Nr. 55 zu § 613a BGB)".

3. *Der Sachverhalt der Ausgangsrechtsstreitigkeiten*

— in der Rechtssache C-132/91

Aus den Akten geht hervor, daß Herr Katsikas, der Kläger des Ausgangsverfahrens, als Koch in einem Restaurant beschäftigt war, das Herr Konstantinidis, der Beklagte des Ausgangsverfahrens, in Lichtenfels betrieb.

Herr Konstantinidis beauftragte Herrn Mitossis vertraglich damit, den Betrieb unter seiner Aufsicht ab 2. April 1990 zu leiten. In dem Vertrag zwischen Herrn Konstantinidis und Herrn Mitossis verpflichtete der letztgenannte sich dazu, Herrn Konstantinidis von allen Verpflichtungen aus dem Betrieb des Restaurants, insbesondere von der Zahlung der Löhne und Gehälter, ab 2. April 1990 freizustellen.

Herr Katsikas, der verlangt hatte, in einem anderen von Herrn Konstantinidis betriebenen Restaurant beschäftigt zu werden, wurde von diesem am 26. Juni 1990 entlassen. Herr Konstantinidis behauptet, er habe dabei im Namen von Herrn Mitossis gehandelt.

Herr Katsikas erhob Klage beim Arbeitsgericht Bamberg (Kammer Coburg) mit dem Ziel, die Zahlung verschiedener Bezüge zu erreichen, die ihm seiner Ansicht nach für die Zeit vor seiner Entlassung und die ihm zustehende Kündigungsfrist geschuldet werden.

Herr Konstantinidis machte zu seiner Verteidigung geltend, er sei zum Zeitpunkt der Entlassung nicht Arbeitgeber des Klägers des Ausgangsverfahrens gewesen, da er seinen Betrieb an Herrn Mitossis übertragen habe.

Unter diesen Voraussetzungen hat das Arbeitsgericht Bamberg (Kammer Coburg) dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Kann nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 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 (Richtlinie 77/187/EWG) ein zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG beim Veräußerer beschäftigter Arbeitnehmer dem Übergang der Rechte und Pflichten des Veräußerers auf den Erwerber mit der Folge widersprechen, daß der Übergang der Rechte und Pflichten des Veräußerers auf den Erwerber *nicht* stattfindet?

2) Wenn Frage 1 verneint wird:

   Ist ein im nationalen Recht eines Mitgliedstaates vorgesehenes Widerspruchsrecht im vorstehenden Sinne eine für die Arbeitnehmer günstigere Regelung im Sinne des Artikels 7 der Richtlinie 77/187/EWG?

3) Wenn Frage 2 bejaht wird:

   Ist Artikel 7 der Richtlinie 77/187/EWG dahin gehend auszulegen, daß es sich um *ausdrückliche* (günstigere) Rechts- oder Verwaltungsvorschriften handeln muß?

4) Wenn Frage 3 verneint wird:

Ist Artikel 7 der Richtlinie 77/187/EWG dahin gehend auszulegen, daß die Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten durch Auslegung nationaler Rechts- oder Verwaltungsvorschriften für die Arbeitnehmer günstigere „Regelungen" im Sinne des Artikels 7 der Richtlinie 77/187/EWG schaffen können?

— in den Rechtssachen C-138/91 und C-139/91

Herr Skreb und Herr Schroll (im folgenden: Kläger) sind zwei Arbeitnehmer der Firma PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH (im folgenden: PCO), bei der sie als Stapler- und Schwerstaplerfahrer beschäftigt und überwiegend im Stauereibereich dieser Firma tätig waren.

Mit Wirkung vom 1. Oktober 1990 übertrug die Firma PCO den Stauereibereich ihres Betriebs auf die Firma Carl Tiedemann GmbH & Co. (im folgenden: Tiedemann).

Die Kläger widersprachen ebenso wie andere Arbeitnehmer gemäß § 613a Absatz 1 BGB dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Firma Tiedemann.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 1990 kündigte die Firma PCO die Arbeitsverträge der Kläger.

Diese erhoben daraufhin beim Arbeitsgericht Hamburg Klage auf Feststellung, daß ihre Kündigung sozial nicht gerechtfertigt ist, und machten insbesondere geltend, es gebe genügend Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb und es seien dort Stellen frei.

Demgegenüber macht die Firma PCO geltend, die Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 stehe dem entgegen, daß ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses bei einem Betriebsübergang widersprechen könne.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat sich daraufhin zum einen gefragt, ob das dem Arbeitnehmer durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zuerkannte Widerspruchsrecht mit Artikel 3 Absatz 1 dieser Richtlinie, so wie ihn der Gerichtshof in seinem Urteil vom 5. Mai 1988 in den verbundenen Rechtssachen 144/87 und 145/87 (Berg und Busschers, Slg. 1988, 2559) ausgelegt hat, vereinbar ist, und zum anderen, ob Artikel 7 der Richtlinie der nationalen Rechtsordnung die Möglichkeit einräumt, dem Arbeitnehmer im Falle des Betriebsübergangs ein Widerspruchsrecht zuzuerkennen und ihm dadurch das Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer zu erhalten.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat dem Gerichtshof daher in beiden Rechtssachen folgende Frage vorgelegt:

Bildet die Einräumung eines Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers, mit dem dieser den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber im Falle eines Betriebsübergangs ausschließen kann, eine günstigere Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie 77/187/EWG?

4. *Das Verfahren vor dem Gerichtshof*

Der Beschluß des Arbeitsgerichts Bamberg vom 7. Mai 1991 ist am 22. Mai bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen. Die Beschlüsse des Arbeitsgerichts Hamburg vom 4. April 1991 sind am 27. Mai 1991 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Die Rechtssachen C-138/91 und C-139/91 sind durch Beschluß des Gerichtshofes vom 19. Juni 1991 miteinander verbunden worden. Die Rechtssachen C-138/91 und C-139/91 sind durch Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 3. Oktober 1991 mit der Rechtssache C-132/91 verbunden worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben schriftliche Erklärungen eingereicht:

— in allen drei Rechtssachen: die deutsche Regierung, in den Rechtssachen C-138/91 und C-139/91 vertreten durch Ministerialrat Ernst Röder, Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigten, und in der Rechtssache 132/91 vertreten durch Ministerialrat Ernst Röder und Regierungsdirektor Joachim Karl, Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigte, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Karen Banks und Bernd Langeheine, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte;

— in den Rechtssachen C-138/91 und C-139/91: die Kläger des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Klaus Bertelsmann, Anwaltsbüro Bertelsmann und Gäbert, Hamburg.

Die deutsche Regierung hat in ihren Schriftsätzen verlangt, daß der Gerichtshof gemäß Artikel 95 § 2 der Verfahrensordnung in Vollsitzung entscheidet.

Auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts hat der Gerichtshof beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

A — *Zur ersten Frage des Arbeitsgerichts Bamberg*

1. Die *deutsche Regierung* schlägt vor, diese Frage zu bejahen. Zum einen sehe Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie die Fortführung der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverträge mit dem neuen Arbeitgeber gemäß dem Ziel der Richtlinie vor, das darin bestehe, die Ansprüche der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu wahren. Zum anderen könnten die Mitgliedstaaten diesen Grundsatz ausgestalten, entweder indem sie in der nationalen Rechtsordnung eine gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber für die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag anordneten (Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie) oder indem sie in ihrer Rechtsordnung für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften anwendeten (Artikel 7 der Richtlinie), wie das Recht des Arbeitnehmers, dem Übergang seines Arbeitsvertrags zu widersprechen.

2. Die *Kommission* schlägt vor, diese Frage zu verneinen.

Sie ist der Auffassung, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere aus den Urteilen vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Daddy's Dance Hall, Slg. 1988, 739, Randnrn. 14 und 15), vom 5. Mai 1988 in den verbundenen Rechtssachen 144/87 und 145/87 (Berg und Busschers, a. a. O., Randnr. 11) und vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache 362/90 (D'Urso und Ventadori, Slg. 1991, I-4105), gehe hervor, daß der Übergang der Verpflichtungen des Veräußerers auf den Erwerber der Verfügung der Parteien des Arbeitsvertrags entzogen sei und daß ein Arbeitnehmer diesen Übergang somit nicht verhindern könne.

B — *Zur zweiten Frage des Arbeitsgerichts Bamberg und zu den Fragen des Arbeitsgerichts Hamburg*

1. Die *deutsche Regierung* schlägt vor, diese Fragen zu bejahen. Sie bringt folgende Argumente vor:

— § 613a BGB stelle, so wie er vom Bundesarbeitsgericht ausgelegt werde, eine günstigere Vorschrift im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie dar. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ermögliche § 613a BGB dem Arbeitnehmer, den Übergang seines Arbeitsvertrags auf den Erwerber abzulehnen und sein Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer aufrechtzuerhalten.

Diese Vorschrift gewährleiste die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte, sie biete aber dem Arbeitnehmer darüber hinaus die Möglichkeit, zwischen dem alten und dem neuen Arbeitgeber zu wählen.

Daß diese Vorschrift günstig sei, werde besonders deutlich, wenn nur ein Teil des Unternehmens (Betrieb oder Betriebsteil) übertragen werde: Der Arbeitnehmer habe dann einen Anspruch darauf, in dem nicht übertragenen Teil des Unternehmens beschäftigt zu werden, wenn ein Arbeitsplatz verfügbar sei. Selbst wenn das gesamte Unternehmen übertragen werde, könne der Arbeitnehmer ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Beziehungen mit seinem alten Arbeitgeber haben, insbesondere beim Eintritt in den Ruhestand (Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers, wenn dieser Schuldner der vom Arbeitnehmer erworbenen Rechte ist; Ablehnung des Wechsels des Arbeitgebers vor der Aufgabe der Berufstätigkeit) oder wenn der Arbeitsvertrag ein Wettbewerbsverbot enthalte.

— Das Recht des Arbeitsnehmers, am bisherigen Arbeitsverhältnis festzuhalten, entspreche einem allgemeinen Grundsatz des deutschen Rechts, wonach die Übertragung eines vertraglichen Rechtsverhältnisses die Zustimmung aller Beteiligten verlange; Artikel 7 der Richtlinie lasse die Beachtung dieses Grundsatzes zu.

— Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers trage zudem den Grundsätzen der Freiheit der Person und der freien Berufswahl Rechnung, die durch die deutsche Verfassung und die Rechtsprechung des Gerichtshofes sanktioniert seien (siehe Urteil vom 14. Mai 1974 in der Rechtssache 4/73, Nold/Kommission, Slg. 1974, 491). Dieses Recht folge auch aus dem Grundsatz des Verbots der Zwangsarbeit, der in Artikel 4 Absatz 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention niedergelegt sei.

— Das Widerspruchsrecht stelle keinen Verzicht auf die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte, sondern eine alternative Form des Schutzes des Arbeitsverhältnisses dar. Es verstoße daher nicht gegen die vom Gerichtshof im Urteil vom 10. Februar 1988 (Daddy's

Dance Hall, a. a. O.) formulierten Grundsätze.

— Wenn das Wahlrecht als eine Vergünstigung im Sinne der Richtlinie angesehen werde, müsse dieses Wahlrecht sich auch auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer erstrecken können.

2. Die *Kommission* schlägt ebenfalls vor, die Fragen zu bejahen.

Sie trägt vor, zwar könne es als günstiger für den Arbeitnehmer angesehen werden, wenn er über eine weitere Gestaltungsmöglichkeit verfüge, sofern man annehme, daß der Arbeitnehmer von dieser Möglichkeit den besten Gebrauch machen werde; man könne aber ebensogut der Auffassung sein, daß eine solche Möglichkeit für ihn die Gefahr einer Entlassung heraufbeschwöre, was dem Ziel der Richtlinie, das Arbeitsverhältnis zu erhalten, widerspreche.

Aus dem Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84 (Danmols Inventar, Slg. 1985, 2639, Randnr. 16) gehe jedoch hervor, daß das Ziel der Richtlinie dem nicht entgegenstehe, daß ein Arbeitnehmer sich frei dafür entscheide, nicht mit dem Betriebserwerber zu arbeiten und damit darauf verzichte, den ihm gebotenen Schutz in Anspruch zu nehmen. Im Lichte dieses Urteils sei die Randnummer 12 des Urteils vom 25. Juli 1991 (D'Urso, a. a. O.) zu lesen, wonach im Falle des Betriebsübergangs das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer nicht aufrechterhalten werden könne.

Weder das Urteil vom 5. Mai 1988 (Berg und Busschers, a. a. O.), das vom Arbeitsgericht Hamburg in seinen Vorlagebeschlüssen erwähnt werde, noch das Urteil vom 10. Februar 1988 (Daddy's Dance Hall, a. a. O.) sprächen gegen diese Lösung. In der Rechtssache Berg und Busschers sei es nämlich darum gegangen, ob der Übergang der Rechte von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhänge, und in der Rechtssache Daddy's Dance Hall um die Befugnis des Arbeitnehmers, nur auf bestimmte Rechte zu verzichten.

Man könne bejahen, daß das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers „günstiger" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie sei, wenn es in allen Fällen eine Verbesserung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie bewirke (Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses und Schutz vor Kündigung). Mindestens vier Vorbedingungen müßten dann erfüllt sein:

1) Die Gefahr der Kündigung sei für den Arbeitnehmer beim Veräußerer und beim Erwerber gleich groß;

2) der Veräußerer sei verpflichtet, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortzuführen;

3) das Arbeitsverhältnis werde unter den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Voraussetzungen fortgesetzt;

4) der Veräußerer könne dem Arbeitnehmer nicht nur wegen des Betriebsübergangs kündigen.

Ob die erste Bedingung erfüllt sei, sei besonders schwierig zu beurteilen, und das System sei damit wenig praktikabel.

Außerdem verstoße ein derartiger „bevormundender" Ansatz gegen den Grundsatz, wonach ein Arbeitnehmer nicht gezwungen werden könne, im Dienst eines Arbeitgebers zu bleiben. Dieser Grundsatz werde durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sanktioniert, wonach keinem Arbeitnehmer ein allgemeiner oder besonderer Bestandsschutz aufgedrängt werden dürfe.

Man könne auch annehmen, daß der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht nicht einsetzen werde, wenn ein ernstzunehmendes Risiko bestehe, daß ihm vom Veräußerer gekündigt werde; selbst wenn ihm gekündigt werde, stehe er nicht schlechter da als ein Arbeitnehmer, der sich dafür entscheide, sein Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer oder dem Erwerber aufzulösen (Urteil vom 11. Juli 1985, Danmols Inventar, a. a. O.).

Man könnte allenfalls das Widerspruchsrecht auf die Fälle beschränken, in denen der Veräußerer mindestens noch einen anderen Betrieb besitze, der den Arbeitnehmer aufnehmen könne. Wie das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 6. Februar 1980 entschieden habe, könne der Arbeitnehmer ein Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer haben, selbst wenn der übertragene Betrieb dessen einziger Betrieb sei, insbesondere wenn der Arbeitnehmer in den Ruhestand trete oder Wettbewerbsverbote zu beachten habe.

Es gebe daher keinen Grund, ein nach nationalem Recht vorgesehenes Widerspruchsrecht nicht als eine für den Arbeitnehmer „günstigere Vorschrift" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie anzusehen.

3. Die *Kläger der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen C-138/91 und C-139/91* sind ebenfalls der Auffassung, daß die Fragen des Arbeitsgerichts Hamburg zu bejahen seien. Sie schlagen daher vor, zu antworten, daß die Einräumung eines Widerspruchsrechts für den Arbeitnehmer, mit dem dieser den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber im Falle eines Betriebsübergangs ausschließen könne, eine günstigere Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie 77/187/EWG darstelle.

Vorab weisen die Kläger des Ausgangsverfahrens darauf hin, daß das Arbeitsgericht Hamburg in einem sehr detaillierten Urteil vom 14. Februar 1991 (Verfahren 25b Ca 358/90) entschieden habe, daß das Widerspruchsrecht im deutschen Recht eine für die Arbeitnehmer günstigere Vorschrift im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie darstelle, und der Klage eines der Arbeitnehmer der Firma PCO gegen die Kündigung stattgegeben habe, die ihm gegenüber nach seinem Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Carl Tiedemann GmbH ausgesprochen worden sei.

Durch Artikel 3 der Richtlinie werde den Arbeitnehmern kein Recht zum Widerspruch gegen den Betriebsübergang eingeräumt, wie der Gerichtshof im Urteil vom 5. Mai 1988 (Berg und Busschers, a. a. O.) entschieden habe.

Die Regelungen des § 613a BGB in der Auslegung des Bundesarbeitsgerichts seien für den Arbeitnehmer günstigere Vorschriften im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die bereits vor Einführung des § 613a in das Bürgerliche Gesetzbuch (durch § 122 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972) bestanden habe und seither bestätigt worden sei (insbesondere nach der Änderung des § 613a durch das zur Umsetzung der Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 erlassene Gesetz vom 21. August 1980 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang), könne das Arbeitsverhältnis — und nicht nur einzelne Rechte und Pflichten — ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht auf einen anderen Arbeitgeber übertragen werden. Das Bundesarbeitsgericht habe in ständiger Rechtsprechung und in allen seinen Senaten das dem Arbeitnehmer zuerkannte Widerspruchsrecht mit Grundprinzipien des deutschen Rechts und insbesondere mit der durch Artikel 12 des Grundgesetzes garantierten Berufsfreiheit begründet.

Diese Auslegung, deren Richtigkeit in der vorliegenden Rechtssache nicht zur Debatte stehe, stelle eine „günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschrift" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie dar.

Erstens sei jede Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer günstiger als das völlige Fehlen einer Wahlmöglichkeit.

Das Widerspruchsrecht ermögliche dem Arbeitnehmer, soweit wie möglich, von demselben Arbeitgeber zu ähnlichen oder gleichen Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden. In der Praxis spiele das Widerspruchsrecht eine wichtige Rolle, wenn Beschäftigungsmöglichkeiten in den nicht übertragenen Betriebsteilen bestünden, wenn der Arbeitnehmer der Auffassung sei, daß der neue Arbeitgeber in Kürze seine Verpflichtungen nicht mehr erfüllen könne, und die Gefahr bestehe, daß er seinen Arbeitsplatz verliere, wenn dieser übertragen werde, oder wenn die Übertragung allein das Ziel habe, sich von nicht rentablen zum Konkurs verurteilten Einheiten zu trennen, um Kosten aufgrund von Zahlungsverpflichtungen aus einem Sozialplan zu sparen.

Zweitens verstoße das Widerspruchsrecht nicht gegen die Regelungen in Artikel 3 der Richtlinie, die verhindern sollten, daß Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlören oder aufgrund des Betriebsübergangs zu ungünstigeren Konditionen beschäftigt würden. Die im deutschen Recht anwendbaren Vorschriften erhielten dem Arbeitnehmer die in Artikel 3 der Richtlinie vorgesehene Garantie und räumten ihm zusätzlich die freie Entscheidung darüber ein, bei seinem alten Arbeitgeber zu verbleiben. Durch diese Vorschriften verliere der Arbeitnehmer kein — subjektives oder objektives — Recht, vielmehr würden dadurch seine rechtlichen Möglichkeiten erweitert.

Drittens stehe das Widerspruchsrecht im Einklang mit den Zielen der Richtlinie, die, wie der Gerichtshof im Urteil vom 5. Mai 1988 (Berg und Busschers, a. a. O.) entschieden habe, „die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens gewährleisten [soll], indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren", die „jedoch nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrages oder -verhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall [bezweckt], daß die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht für den Erwerber fortsetzen wollen". Dies sei genau das, was mit dem Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber nach deutschem Recht bezweckt werde, wie in der Lehre ausgeführt werde.

Viertens seien die Regelungen in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie inhaltlich ausschließlich zwingend für die Arbeitgeber und nicht für die Arbeitnehmer, die andere im innerstaatlichen Recht gegebene Optionen wahrnehmen könnten, wenn diese für ihre Interessen günstiger seien.

Fünftens habe das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Februar 1980 (AP Nr. 21 zu Artikel 613a BGB, II 2 a) wie folgt entschieden:

„Welchen Inhalt Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 hat, braucht jedoch abschließend nicht entschieden zu werden. Artikel 7 der Richtlinie läßt den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft die Freiheit, für Arbeitnehmer günstigere Vorschriften anzuwenden oder zu erlassen. Die Gewährung eines Widerspruchsrechts an den Arbeitnehmer durch die deutsche Rechtsordnung wäre eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung und verstößt schon deshalb nicht gegen das Recht der Europäischen Gemeinschaft."

Schließlich stelle die Auslegung einer rechtlichen Regelung durch die Rechtsprechung eine „Rechts- oder Verwaltungsvorschrift" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie dar. Nach allgemeiner Ansicht seien Gegenstand der Rechtsangleichung nach Artikel 100 EWG-Vertrag alle Rechtsnormen der Mitgliedstaaten, das heißt ebenso geschriebenes Recht wie ungeschriebenes Recht und Rechtssätze, und die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht könne sowohl durch Gesetzesrecht als auch durch Richterrecht erfolgen. Auch sei das den deutschen Arbeitnehmern zuerkannte Widerspruchsrecht keine reine Schöpfung des Richterrechts, denn die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stütze sich auf die Auslegung von vorhandenen Vorschriften (§§ 415 und 612 Absatz 1 BGB und Artikel 12 GG) und selbst wenn man annehme, daß es sich um Richterrecht im eigentlichen Sinne handle, so sei dies als eine „Vorschrift" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie anzusehen, wie das Arbeitsgericht Hamburg in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 14. Februar 1991 (Verfahren 25b Ca 358/90) festgestellt habe.

C — *Zur dritten und zur vierten Frage des Arbeitsgerichts Bamberg*

— Die *Kommission* prüft diese beiden Fragen zusammen und schlägt vor, sie dahin zu beantworten, daß durch die Rechtsprechung der Gerichte eines Mitgliedstaats entwickelte Grundsätze unter den Begriff „günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie fielen.

Bei den Vorlagefragen gehe es nicht um die Umsetzung der in der Richtlinie formulierten Vorschriften in deutsches Recht, sondern um die Nutzung einer durch diese Richtlinie eröffneten Option durch einen Mitgliedstaat.

Die sich aus einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung ergebenden Rechtsgrundsätze könnten durchaus „günstigere Vorschriften" im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie darstellen.

— Die *deutsche Regierung* beantwortet die beiden Fragen jeweils getrennt.

Sie schlägt vor, die dritte Frage zu verneinen. Zum einen gebiete der Wortlaut des Artikels 7 keine enge Auslegung. Zum anderen liefe eine solche Auslegung dem Sinn der Richtlinie zuwider.

Sie schlägt vor, die vierte Frage zu bejahen.

Die Auslegung durch das Gericht konkretisiere die jeweilige Norm und es sei rechtlich unerheblich, ob der „günstige" Inhalt der Vorschrift sich aus dem Wortlaut der Norm selbst oder erst aus deren Interpretation durch die Gerichte ergebe.

F. Grévisse
Berichterstatter