SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
vom 8. Juli 1999 *

1. Das Industrial Tribunal Leeds (Vereinigtes Königreich) hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 77/187/EWG [1] über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen vorgelegt. Es geht im wesentlichen um die Frage, ob ein Übergang im Sinne der Richtlinie vorliegt, wenn der Vorgang zwischen zwei Gesellschaften stattfindet, die nicht nur demselben Konzern angehören, sondern auch denselben Eigentümer, dasselbe Management sowie dieselben Anlagen haben und die teilweise der gleichen Tätigkeit nachgehen.

I — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

2. Dem Rechtsstreit, in dem sich die Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts stellt, liegt eine Klage vor dem Industrial Tribunal Leeds zugrunde, mit der eine Reihe von Arbeitnehmern gemäß Artikel 11 des Employment Protection (Consolidation) Act 1978 die Feststellung ihrer Beschäftigungsbedingungen bei der Beklagten, der Amalgamated Construction Co. Ltd (im folgenden: ACC), begehren. Das Gericht hat daher zu klären, ob die Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981, durch die die Richtlinie in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde, auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar ist.

3. Wie aus den Angaben im Vorlagebeschluß hervorgeht, wurde nach der Verstaatlichung der Kohleindustrie der Untertagebau in diesem Bereich größtenteils von der British Coal vorgenommen. Die für den Zugang zu den Kohlevorkommen und deren Abbau erforderlichen Bauarbeiten und Ingenieurleistungen wurden zunächst durch Einsatz eigener Arbeitskräfte vom Zecheneigentümer selbst ausgeführt. Später wurde damit begonnen, Fremdunternehmen in Anspruch zu nehmen.

4. Die ACC ist eines dieser Unternehmen. Sie ist seit 25 Jahren im Bergbausektor tätig. Sie führte vor allem für die British Coal und später, als die RJB Mining (UK) Ltd (im folgenden: RJB) nach Privatisierung der

* Originalsprache: Spanisch.

1 — 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 (ABl. L 61, S. 26).

British Coal im Jahre 1994 einen Teil von deren Vermögen erwarb, für diese Gesellschaft Arbeiten aus. Die ACC ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der AMCO Corporation plc (im folgenden: AMCO). Diese besitzt eine weitere 100%ige Tochtergesellschaft, die AM Mining Services Ltd (im folgenden: AMS). Der AMCO-Konzern besteht aus rund zehn weiteren Gesellschaften. Er hat eine gemeinsame Verwaltung, die für die Tochtergesellschaften bestimmte Aufgaben zentral wahrnimmt, wie z. B. die Personalverwaltung, die Lohnzahlung und die Buchhaltung.

5. Die Tätigkeit der ACC besteht hauptsächlich darin, Streckenvortriebsarbeiten auszuführen und Tunnels zu bohren. Es handelt sich um einen Bereich des Wettbewerbs, in dem die Arbeiten fast immer im Wege der Ausschreibung vergeben werden, ohne daß irgendeine Sicherheit besteht, daß der Zecheneigentümer, wenn der laufende Vertrag abgelaufen ist, den Auftrag erneut an dasselbe Unternehmen vergibt. Offensichtlich besteht jedoch die Tendenz, die Verträge zu erneuern, und sei es auch nur deswegen, weil der Zecheneigentümer das Unternehmen selbst kennt und weiß, daß es auf diese Weise zwischen den alten und den neuen Verträgen keine Übergangszeit gibt, so daß die Kontinuität der Arbeiten gewährleistet ist. Das Industrial Tribunal stellt im Vorlagebeschluß fest, daß die ACC in einem Vergabeverfahren niemals einen Auftrag verloren hat.

6. Die AMS, die andere in diesem Rechtsstreit in Frage stehende Tochtergesellschaft, ist demgegenüber wesentlich jüngeren Datums. Sie wurde 1993 gegründet, um mit anderen Unternehmen bei der Ausführung von Arbeiten im Zusammenhang mit der Schließung von Zechen wie das Zuschütten von Stollen in Wettbewerb zu treten. Anders als die ACC sollte sie jedoch grundsätzlich keine Grubenarbeiten ausführen. Als sie ihre Tätigkeiten aufnahm, hatte sie eine eigene Rechtspersönlichkeit, eigene Beschäftigte und eigene Beschäftigungsbedingungen. Sie konnte erfolgreich neue Verträge abschließen und ausführen. Sie beschäftigte 1993 ungefähr 150 Arbeitnehmer.

7. Die Dauer der jeweiligen Arbeiten ist in den betreffenden Verträgen festgelegt. Mit der Vergabe des Auftrags ist dessen Dauer bekannt, und der Belegschaft wird vorsorglich das Kündigungsschreiben ausgehändigt. Einige Kläger arbeiteten mehrere Jahre unter solchen unsicheren Beschäftigungsbedingungen.

Als der Ablauf einer ganzen Reihe von Verträgen im Oktober 1994 bevorstand, zeigte die ACC der zuständigen Behörde sowie der National Union of Mineworkers (im folgenden: NUM) [2], der Gewerkschaft der meisten der betroffenen Arbeitnehmer, 92 mögliche Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen an.

8. Im August 1994 schrieb die British Coal die Vergabe eines Auftrags über umfang-

2 — Das nationale Gericht weist in seinem Vorlagebeschluß darauf hin, daß zwar die ACC und der AMCO-Konzern die Anerkennung der NUM bestreiten, daß es seiner Auffassung nach aber bewiesen sei, daß diese Gewerkschaft von ihnen in der Praxis über Jahre hinweg so behandelt worden sei, als hätten sie sie anerkannt. Es sei nicht ersichtlich, warum die Beklagte es für angebracht gehalten habe, die Kündigungen der NUM in der gesetzlich vorgeschriebenen Form anzuzeigen, wenn sie sie als Gewerkschaft nicht anerkenne.

reiche Bohrarbeiten in der Kohlenzeche Prince of Wales aus. Die ACC war der Auffassung, mit den anderen Unternehmen nur dann konkurrieren zu können, wenn sie ein Angebot abgebe, dem deutlich geringere Lohnkosten als bei den vorangegangenen Aufträgen zugrunde lagen. Sie gab daher ein Angebot ab, in dem bestimmt war, daß der Vertrag nicht von ihren eigenen Arbeitnehmern, sondern von den Arbeitnehmern der AMS ausgeführt wird, deren Arbeitsbedingungen denen der Belegschaft der anderen Konkurrenten entsprechen [3].

Die ACC erhielt den Auftrag und übertrug ihre Rechte auf die AMS [4]. Nach dieser Übertragung gab es nicht mehr ausreichend Arbeit für alle Beschäftigten der ACC; einige von ihnen wurden entlassen. Ihnen wurde mitgeteilt, daß sie nach einer Unterbrechung von einem Wochenende von der AMS wieder eingestellt werden könnten [5].

9. Gegen Ende März 1995 lief ein weiterer der ACC erteilter Auftrag aus, den diese von ihrem eigenen Personal ausführen ließ; sie zeigte daher dem Arbeitsministerium und der NUM die aus wirtschaftlichen Gründen beabsichtigten Entlassungen an [6]. Zu dieser Zeit schloß die RJB mit der ACC neue Verträge aufgrund von Angeboten ab, die die Arbeitsbedingungen der AMS enthielten. Wie zuvor wurden die Arbeitskräfte, die von der ACC entlassen worden waren, sofort von der AMS zu den bei dieser geltenden Beschäftigungsbedingungen eingestellt, und diejenigen, die einen Anspruch hierauf hatten, erhielten Kündigungsabfindungen, die von der ACC gezahlt wurden. Auch in diesem Fall war, obwohl die Änderung im Zusammenhang mit dem gerade in Kraft getretenen Vertrag stand, die Art der Arbeit in der Zeche dieselbe, so daß es zwischen den beiden Beschäftigungen keine wirkliche Unterbrechung gab [7].

10. Einige Zeit später zeigte sich die RJB wegen der von einigen Vertragspartnern, darunter der AMS, verwendeten Arbeitsbedingungen und wegen deren Verschlechterung besorgt. Sie war der Auffassung, daß den Arbeitnehmern dieser Gesellschaften allgemein die Motivation fehle und daß dies vielleicht damit zu tun habe, daß die ihnen angebotenen Arbeitsbedingungen weit ungünstiger seien als diejenigen, die sie vorher gekannt hätten. Der Zecheneigentümer übersandte daher an alle Subunter-

3 — Sowohl der British Coal als auch der RJB war die Absicht der ACC bekannt, die Rechte aus dem Vertrag auf die AMS zu übertragen. Vor der Ausschreibung hatten hierüber Unterredungen stattgefunden, und obwohl weder die British Coal noch die RJB Einwände dagegen hatten, daß die AMS Subunternehmerin wird, zogen sie es vor, daß die ACC auch weiterhin als Bieterin auftrat.

4 — Wie es im Bergbausektor üblich ist, stellt der Zecheneigentümer die Anlagen und die Ausrüstung größtenteils zur Verfügung. Die AMS konnte dadurch, daß sie Subunternehmerin wurde, die gesamte Ausrüstung, die der ACC zuvor überlassen worden war, sowie andere Teile der Anlagen und Ausrüstung, die weiterhin im Eigentum der ACC standen, unentgeltlich benutzen.

5 — In diesem Punkt hält das Industrial Tribunal es aufgrund der ihm vorgelegten Beweismittel für erwiesen, daß den Arbeitnehmern diese Änderung nur in der Weise mitgeteilt wurde, daß sie über ihren Wechsel von der ACC zur AMS informiert wurden. Es gab weder eine ausdrückliche Wiedereinstellung in Form eines Gesprächs noch irgendwelche Schritte, die man logischerweise hätte erwarten können, wenn es wirklich eine Unterbrechung zwischen den beiden Beschäftigungen gegeben hätte. Die von der ACC zur AMS versetzten Arbeitnehmer erhielten Kündigungsabfindungen, die aufgrund der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit bei der ACC errechnet wurden, und begannen mit der Arbeit für die AMS zu den bei dieser geltenden Beschäftigungsbedingungen, die weit ungünstiger waren als die der ACC.

6 — Es ist lang her, daß Sir Harold Macmillan, Earl of Stockton und britischer Premierminister von 1957 bis 1963, behaupten konnte: „Es gibt drei Institutionen, die kein vernünftiger Mensch offen herausfordern wird: die römisch-katholische Kirche, die Brigade of Guards und die National Union of Mineworkers." *The Observer*, 22. Februar 1981.

7 — Das Industrial Tribunal stellt fest, daß unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsbeginns und des Vertragsendes sich die Vorbereitungs- und Reinigungsarbeiten, die am Anfang und am Ende eines jeden Vertrages durchgeführt wurden, überschnitten hätten und daß kaum gesagt werden könne, ob während dieser Zeit ein bestimmter Arbeitnehmer dem alten oder dem neuen Auftrag unterlegen habe und ob er für die ACC oder für die AMS gearbeitet habe. Dies gelte um so mehr, als der gewöhnliche Betrieb dieser Zeche in den Händen des Managements der ACC gelegen habe, das die Arbeitskräfte je nach den Erfordernissen des Augenblicks eingesetzt habe.

nehmer ein Rundschreiben mit der Empfehlung, ihren Arbeitnehmern einen bezahlten Mindesturlaub zu gewähren und die Arbeitsbedingungen auch in anderer Hinsicht zu verbessern. Diese Änderungen führten dazu, daß sich der Vorsprung, den bestimmte, mit der ACC konkurrierende Bergwerksunternehmen hatten, verringerte, und die RJB regte an, daß die Verträge künftig von der ACC und nicht von der AMS ausgeführt würden.

11. Die ACC beteiligte sich an neuen Ausschreibungen für Arbeiten in derselben Zeche. Ihre Angebote berücksichtigten die in den Arbeitsbedingungen eingetretenen Veränderungen und die Tatsache, daß sie an die AMS keine Subunternehmerverträge mehr vergeben würde. Sie benötigte jedoch Arbeitskräfte, da sie einen großen Teil ihrer Arbeitnehmer anläßlich der Übertragung der vorherigen Verträge auf die AMS entlassen hatte. Sie warb keine auswärtigen Arbeitskräfte an, sondern stellte zu den von ihr zu dieser Zeit verwendeten Bedingungen die Arbeitnehmer ein, die für die AMS gearbeitet hatten und deren Beschäftigungszeit ablief. Diese Beschäftigungsbedingungen waren in verschiedener Hinsicht besser als die der AMS, jedoch nicht so günstig wie die, die bei ihr vor 1994 gegolten hatten [8].

8 — A. Smith bemerkte bereits 1776: „What are the common wages of labour, depends everywhere upon the contract usually made between those two parties, whose interests are by no means the same. The workmen desire to get as much, the masters to give as litte as possible. The former are disposed to combine in order to raise, the latter in order to lower the wages of labour. It is not, however, difficult to foresee which of the two parties must, upon all ordinary occasions, have the advantage of the dispute, and force the other into a compliance with their terms." *An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations*, Ed. A. Skinner, Pelican Classics, 1979, S. 169.

12. Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind 23 Bergarbeiter, die bis zu ihrer Entlassung für die ACC gearbeitet hatten, die sodann von der AMS zu weniger günstigen Arbeitsbedingungen eingestellt wurden und die, nachdem sie von dieser entlassen worden waren, von der ACC wieder eingestellt wurden.

II — Vorlagefragen

13. Zur Entscheidung dieses Rechtsstreits hat das Industrial Tribunal Leeds das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Richtlinie 77/187/EWG über erworbene Rechte auf zwei Gesellschaften desselben Konzerns mit gemeinsamem Eigentümer und Management, gemeinsamen Gebäuden und gemeinsamer Arbeit anwendbar oder sind diese Gesellschaften ein einziges Unternehmen im Sinne der Richtlinie? Liegt insbesondere ein Unternehmensübergang im Sinne der Richtlinie vor, wenn die Gesellschaft A einen wesentlichen Teil ihrer Belegschaft auf die Gesellschaft B innerhalb desselben Konzerns überträgt?

2. Wenn die Frage 1 zu bejahen ist: Nach welchen Kriterien ist zu entscheiden,

ob ein solcher Übergang stattgefunden hat? Liegt ein Unternehmensübergang insbesondere unter folgenden Umständen vor?

a) Während eines bestimmten Zeitraums wurden die in Frage kommenden Arbeitnehmer von der Gesellschaft A wegen angeblichen Arbeitsmangels entlassen, und es wurde ihnen eine Beschäftigung bei der Konzerngesellschaft B angeboten, deren Unternehmenstätigkeit räumlich getrennt oder Teil der Unternehmenstätigkeit der Gesellschaft A ist, nämlich der Streckenvortrieb in Bergwerken.

b) Zwischen den Gesellschaften A und B fand keine Übertragung von Gebäuden, kein Wechsel von Führungskräften, keine Übertragung der Infrastruktur, von Material oder Wirtschaftsgütern statt, und der überwiegende Teil der bedeutenden Wirtschaftsgüter, die von beiden Gesellschaften beim Vortrieb der Hauptstollen eingesetzt wurden, wurde von einem Dritten, dem Grubenbetreiber geliefert.

c) Die Gesellschaft A blieb der einzige Vertragspartner des Dritten und Auftraggebers, der das Unternehmen mit Arbeiten im Rahmen von Bauprojekten betraute, die auf „gleitender" Basis durchgeführt wurden.

d) Der Wechsel der Arbeitnehmer von der Gesellschaft A zur Gesellschaft B und der Beginn und/oder das Ende der Verträge, aufgrund deren die Arbeiten durchgeführt wurden, fielen zeitlich kaum oder überhaupt nicht zusammen.

e) Die Gesellschaft A und die Gesellschaft B haben die gleiche Leitung und die gleichen Gebäude.

f) Nach ihrer Anstellung bei der Gesellschaft B führen die Arbeitnehmer die Arbeit sowohl für die Gesellschaft A als auch für die Gesellschaft B je nach Bedarf der örtlichen Leitung aus, die für beide Gesellschaften verantwortlich ist.

g) Die Arbeiten wurden ständig weitergeführt, und es gab zu keinem Zeitpunkt eine Unterbrechung der Tätigkeiten oder eine Änderung der Art, in der diese durchgeführt wurden.

III — Gemeinschaftsrecht

14. Das Industrial Tribunal Leeds fragt nicht nach der Auslegung einer besonderen Bestimmung, da es sich auf die Richtlinie 77/187 insgesamt bezieht. Im Hinblick auf den Wortlaut der Fragen wird sich der

Gerichtshof mit folgenden Bestimmungen befassen müssen:

Artikel 1

„(1) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.

...“

Artikel 3

„...

(2) Nach dem Übergang... erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

...“

Artikel 4

„(1) Der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils stellt als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung dar. Diese Bestimmung steht etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen.

...“

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

15. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens haben die Kläger und die beklagte Gesellschaft des Ausgangsverfahrens, die französische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission innerhalb der Frist des Artikels 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes schriftliche Erklärungen eingereicht.

In der Sitzung vom 16. Juni 1999 haben die Vertreter der Kläger und der beklagten Gesellschaft des Ausgangsverfahrens sowie

die Vertreter der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission mündliche Ausführungen gemacht.

V — Prüfung der Vorlagefragen

16. Mit seinen beiden Fragen, die meines Erachtens gemeinsam zu prüfen sind, möchte das Industrial Tribunal Leeds wissen, ob ein Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 zwischen zwei Gesellschaften desselben Konzerns mit gemeinsamem Eigentümer und Management, gemeinsamen Gebäuden und gemeinsamer Tätigkeit vorliegen kann, wenn die eine Gesellschaft einen wesentlichen Teil ihrer Belegschaft auf die andere überträgt; es möchte ferner wissen, welches die Kriterien für einen Übergang sind und ob unter den Umständen des vorliegenden Falles ein Übergang vorliegt.

17. Zunächst habe ich darauf hinzuweisen, daß es nicht Sache des Gerichtshofes, ist zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall ein Übergang stattgefunden hat oder nicht. Diese Aufgabe obliegt dem Gericht, das den Rechtsstreit in der Sache zu entscheiden hat und hierbei die vom Gerichtshof in seinem Urteil gegebenen Auslegungshinweise berücksichtigen muß.

18. Es ist das erste Mal, daß dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 77/187 in einem Zusammenhang vorgelegt wurde, in dem der angenommene Übergang zwischen Gesellschaften desselben Konzerns stattfand.

Mit Ausnahme der Beklagten haben alle, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß die Tatsache, daß der Übergang eines Unternehmens, eines Betriebes oder Betriebsteils zwischen zwei Unternehmen desselben Konzerns stattfindet, der Anwendung der Richtlinie 77/187 nicht entgegenstehen könne. Ich kann schon jetzt sagen, daß ich mit dieser Beurteilung einverstanden bin, sei es auch nur, weil die Richtlinie diese Möglichkeit nicht ausschließt und, da diese Gesellschaften genau wie alle anderen Gegenstand einer vertraglichen Übertragung oder Verschmelzung sein können, es keinen Grund gibt, ihre Arbeitnehmer vom Schutz der Richtlinie auszunehmen. Aber dies sind nicht die einzigen Gründe, wie ich im folgenden ausführen werde.

19. Die Richtlinie 77/187 wurde vom Rat auf der Grundlage des Artikels 100 EG-Vertrag (jetzt Artikel 94 EG) erlassen, um bei einem Wechsel in der Person des Unternehmensinhabers die Stabilität der Beschäftigung der Arbeitnehmer vor allem durch Wahrung ihrer Ansprüche zu gewährleisten.

In der Präambel der Richtlinie wird darauf hingewiesen, daß zwischen den Mitgliedstaaten in bezug auf den Umfang des Arbeitnehmerschutzes auf diesem Gebiet weiterhin Unterschiede bestehen und daß diese Unterschiede, weil sie sich auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes unmittelbar auswirken können, verringert

werden sollten. Der Erlaß der Richtlinie wurde bereits in der Entschließung des Rates vom 21. Januar 1974 über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm vorgesehen [9]. Ihr Zweck wird vor allem in Artikel 3 Absatz 1, dem zufolge die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergehen, sowie in Artikel 4 Absatz 1 zum Ausdruck gebracht, wonach der Übergang als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung darstellt.

20. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bestätigt, daß die Richtlinie 77/187 die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Unternehmensinhabers gewährleisten soll, indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Inhaber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren [10]. Sie will jedoch kein für die gesamte Gemeinschaft aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen. Sie kann daher nur in Anspruch genommen werden, um sicherzustellen, daß der betroffene Arbeitnehmer in seinen Rechtsbeziehungen zum Erwerber in gleicher Weise geschützt ist, wie er es nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats in seinen Beziehungen zum Veräußerer war [11].

21. Gemäß Artikel 1 Absatz 1 findet die Richtlinie 77/187 auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung Anwendung. In den sonstigen Bestimmungen der Richtlinie wird jedoch nicht erläutert, was unter Unternehmen, Betrieb, Betriebsteil und vertraglicher Übertragung zu verstehen ist. Erst der Gerichtshof gab diesen Begriffen in zahlreichen Urteilen einen gemeinschaftlichen Inhalt [12].

22. Die Richtlinie 98/50/EG [13], mit der wichtige Änderungen in die Richtlinie 77/187 eingefügt wurden, enthält bereits einige Definitionen — insbesondere die des „Übergangs“ [14], des „Unternehmens“ [15] und des „Arbeitnehmers“ [16] —, die die Richtlinie verbessern und ergänzen und mit denen die Rechtsprechung des Gerichtshofes kodifiziert wird. Für die Umsetzung der Richtlinie 98/50 in inner-

9 — ABl. C 13, S. 1.

10 — Urteile vom 17. Dezember 1987 in der Rechtssache 287/86 (Ny Mølle Kro, Slg. 1987, 5465, Randnr. 12) und vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Tellerup, „Daddy's Dance Hall“, Slg. 1988, 739, Randnr. 9).

11 — Urteil Daddy's Dance Hall (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 16) und Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84 (Danmols Inventar, Slg. 1985, 2639, Randnr. 26).

12 — Teils in Vorabentscheidungssachen, teils in Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten hat sich der Gerichtshof bereits bei 29 Gelegenheiten zur Richtlinie 77/187 geäußert.

13 — Richtlinie des Rates vom 29. Juni 1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187 (ABl. L 201, S. 88).

14 — Gemäß der vierten Begründungserwägung der Richtlinie 98/50 ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz erforderlich, den juristischen Begriff des Übergangs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu klären; durch diese Klärung wird der Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187 jedoch nicht geändert. Der Begriff des Übergangs im Sinne der Richtlinie 77/187 n. F. ist in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b aufgeführt: „... als Übergang [gilt]... der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“.

15 — Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 77/187 n. F. gelten ihre Bestimmungen für öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Ausdrücklich ausgenommen vom Anwendungsbereich sind die Übertragung von Aufgaben im Zuge einer Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden oder die Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere.

16 — Gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 77/187 n. F. ist „Arbeitnehmer“ jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist.

staatliches Recht ist den Mitgliedstaaten jedoch eine Frist bis zum 17. Juli 2001 gesetzt worden. Aus diesem Grund werde ich mich bei der Beantwortung der vom Industrial Tribunal Leeds vorgelegten Vorabentscheidungsfragen auf die Rechtsprechung und nicht auf diese Vorschrift stützen müssen.

23. Der Gerichtshof verzichtete frühzeitig darauf, eine besondere Definition der Begriffe zu geben, die von der Richtlinie 77/187 zur Beschreibung dessen verwendet werden, was Gegenstand des Übergangs auf einen anderen Unternehmensinhaber sein kann, d. h. die „Unternehmen", die „Betriebe" oder die „Betriebsteile". Er führte statt dessen den Begriff der „wirtschaftlichen Einheit" ein.

24. Im Urteil Spijkers [17] entschied der Gerichtshof, daß die Richtlinie 77/187 bezwecke, die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten, und daß das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang im Sinne dieser Richtlinie handele, darin bestehe, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahre. Bei der Entscheidung, ob eine noch bestehende wirtschaftliche Einheit veräußert worden sei, sei die Tatsache, daß ihr Betrieb von dem neuen Inhaber mit derselben oder einer gleichartigen Geschäftstätigkeit tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen werde, von wesentlicher Bedeutung.

25. Der Gerichtshof hat den Begriff der wirtschaftlichen Einheit in späteren Entscheidungen näher erläutert. Im Urteil Rygaard [18] stellte er fest, daß die Anwendbarkeit der Richtlinie voraussetze, daß es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit gehe, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt sei. Im Urteil Süzen [19] kam er zum Ergebnis, daß der Begriff der Einheit sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung beziehe.

26. Der Begriff des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis bei Übergang der wirtschaftlichen Einheit, bei der er beschäftigt ist, von der Richtlinie 77/187 geschützt wird, wird in den Urteilen Danmols Inventar [20] und Redmond Stichting [21] definiert. Als Arbeitnehmer werde jeder Arbeitnehmer angesehen, der nach nationalem Recht irgendeinen, wenn auch nur eingeschränkten Schutz genieße. Dieser Schutz gemäß der Richtlinie könne ihnen

17 — Urteil vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Slg. 1986, 1119, Randnrn. 11 und 12).

18 — Urteil vom 19. September 1995 in der Rechtssache C-48/94 (Slg. 1995, I-2745, Randnr. 20).

19 — Urteil vom 11. März 1997 in der Rechtssache C-13/95 (Slg. 1997, I-1259, Randnr. 13).

20 — Urteil in der Rechtssache 105/84 (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 27).

21 — Urteil vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Slg. 1992, I-3189, Randnr. 18).

nicht allein aufgrund des Übergangs entzogen oder geschmälert werden [22].

27. Im Urteil Botzen u. a. untersuchte der Gerichtshof, ob die Richtlinie 77/187 auch die Rechte und Pflichten umfaßt, die sich für den Veräußerer aufgrund eines zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrags gegenüber Arbeitnehmern ergeben, die zwar nicht zu dem übertragenen Teil des Unternehmens gehören, aber bestimmte Tätigkeiten mit Betriebsmitteln des übertragenen Teils des Unternehmens verrichteten. Unter Berufung auf das Kriterium, daß das Arbeitsverhältnis inhaltlich durch die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmens- oder Betriebsteil gekennzeichnet wird, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört, stellte der Gerichtshof fest, daß es für die Beurteilung der Frage, ob diese Rechte und Pflichten gemäß der Richtlinie 77/187 übergegangen sind, genüge, festzustellen, welchem Unternehmens- oder Betriebsteil der betreffende Arbeitnehmer angehört habe [23].

28. Zur Frage, ob das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen muß, entschied der Gerichtshof, daß — wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt sei — nur die Arbeitnehmer Ansprüche aus der Richtlinie 77/187 herleiten könnten, deren Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Übergangs bestanden habe. Die Frage, ob ein Arbeitsvertrag bestehe oder nicht, sei nach dem innerstaatlichen Recht zu beurteilen, jedoch unter dem Vorbehalt, daß die zwingenden Vorschriften der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer gegen eine wegen des Übergangs erfolgte Kündigung beachtet werden [24].

29. Zur vertraglichen Übertragung stellte der Gerichtshof fest, daß wegen der terminologischen Unterschiede zwischen den einzelnen sprachlichen Fassungen des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 und wegen der bestehenden Unterschiede in den nationalen Rechtsvorschriften zu diesem Begriff die Tragweite dieser Vorschrift sich nicht allein aufgrund einer wörtlichen Auslegung bestimmen lasse [25]. Im Urteil Bork International u. a. [26] legte er den Begriff recht weit aus, um dem Ziel der Richtlinie gerecht zu werden, nämlich dem Schutz der Arbeitnehmer beim Übergang ihres Unternehmens. Er entschied, daß die Richtlinie in allen Fällen anwendbar sei, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingehe, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechsele.

30. Beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit ist auszuführen, daß nach der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes die Richtlinie 77/187 anwend-

22 — Urteil vom 15. April 1986 in der Rechtssache 237/84 (Kommission/Belgien, Slg. 1986, 1247, Randnr. 13).

23 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 186/83 (Slg. 1985, 519, Randnr. 15).

24 — Urteil Ny Mølle Kro (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 25) und Urteil vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 101/87 (Bork International u. a., Slg. 1988, 3057, Randnr. 17).

25 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83 (Abels, Slg. 1985, 469, Randnrn. 11 bis 13).

26 — Urteil vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 101/87 (zitiert in Fußnote 24, Randnr. 13).

bar ist auf den Übergang eines Unternehmens im Rahmen eines Zahlungsaufschubs [27], auf den Fall, daß der Eigentümer den Betrieb eines verpachteten Unternehmens nach Verstößen des Pächters gegen den Pachtvertrag wieder übernimmt [28], wenn nach Beendigung eines nicht übertragbaren Pachtverhältnisses der Inhaber des Unternehmens dieses an einen neuen Pächter verpachtet, der das Unternehmen ohne Unterbrechung mit demselben Personal, dem zuvor bei Beendigung des ersten Pachtverhältnisses gekündigt worden war, fortführt [29], auf die Übertragung eines Unternehmens aufgrund eines Mietkaufvertrags und auf die Rückübertragung dieses Unternehmens infolge der Auflösung des Mietkaufvertrags durch gerichtliche Entscheidung [30], wenn der Eigentümer des Unternehmens dieses nach der Kündigung oder Aufhebung eines Mietvertrags wieder in Besitz nimmt, um es danach an einen Dritten zu verkaufen, der den seit dem Ende des Mietvertrags eingestellten Betrieb des Unternehmens kurz darauf mit gut der Hälfte des Personals, das in dem Unternehmen des früheren Mieters beschäftigt war, fortführt [31], wenn im Rahmen einer Regelung über die außerordentliche Verwaltung großer Unternehmen, die sich in einer Krise befinden, die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens unter der Leitung eines Kommissars nach dem Verfahren der außerordentlichen Verwaltung angeordnet wurde, und zwar so lange, wie diese Anordnung in Kraft bleibt [32], auf eine Situation, in der eine Behörde beschließt, die Gewährung von Subventionen an eine Stiftung einzustellen, die sich hauptsächlich mit der Hilfeleistung für Süchtige befaßt und deren einzige Einkünfte die Subventionen sind, wodurch die vollständige und endgültige Beendigung ihrer Tätigkeiten bewirkt wird, um diese Subventionen auf eine andere Stiftung zu übertragen, die einen ähnlichen Zweck verfolgt [33], wenn ein Unternehmer durch Vertrag einem anderen Unternehmer die Verantwortung für die Bewirtschaftung einer zuvor von ihm selbst geleiteten innerbetrieblichen Dienstleistungseinrichtung gegen Entgelt und verschiedene Leistungen, die in dem Vertrag zwischen den beiden Unternehmen im einzelnen geregelt sind, überträgt [34], auf den Fall, daß ein Unternehmen, das eine Berechtigung zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen für ein bestimmtes Gebiet besitzt, seine Tätigkeit einstellt und die Vertriebsberechtigung sodann auf ein anderes Unternehmen über-

27 — Urteil Abels (zitiert in Fußnote 25, Randnr. 30), Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 179/83 (FNV, Slg. 1985, 511, Randnr. 7) und Urteil Botzen (zitiert in Fußnote 23, Randnr. 9). Die Richtlinie ist jedoch nicht anwendbar auf einen Übergang im Rahmen eines Konkursverfahrens, das auf die Verwertung des Schuldnervermögens unter der Aufsicht des zuständigen Gerichts gerichtet ist.

28 — Urteil Ny Mølle Kro (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 15).

29 — Urteil Daddy's Dance Hall (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 11).

30 — Urteil vom 5. Mai 1988 in den Rechtssachen 144/87 und 145/87 (Berg und Busschers, Slg. 1988, 2559, Randnr. 20).

31 — Urteil Bork International u. a. (zitiert in Fußnote 24, Randnr. 20).

32 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-362/89 (D'Urso u. a., Slg. 1991, I-4105, Randnr. 34). Dagegen ist die Richtlinie 77/187 nicht auf Übertragungen von Unternehmen anwendbar, die im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wie des in den italienischen Rechtsvorschriften über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege vorgesehenen Verfahrens stattfinden, auf die sich das Gesetz vom 3. April 1979 über die außerordentliche Verwaltung großer Unternehmen, die sich in einer Krise befinden, bezieht. Ebenso wie das Konkursverfahren zielt dieses Verfahren nämlich auf die Liquidation des Schuldnervermögens ab, um die Gläubiger kollektiv abzufinden.

33 — Urteil Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 21).

34 — Urteil vom 12. November 1992 in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask und Christensen, Slg. 1992, I-5755, Randnr. 21). Der Vertrag zwischen Philips und ISS sah vor, daß ISS den Betrieb der Kantinen von Philips übernahm (insbesondere die Aufstellung des Speiseplans, den Einkauf, die Zubereitung und die Ausgabe des Essens, sämtliche Aufgaben der Verwaltung sowie die Einstellung und die Ausbildung des Personals), indem sie die von Philips angestellten Mitarbeiter zu denselben Bedingungen bezüglich Entgelt und Betriebszugehörigkeitsdauer übernahm. Philips sollte an ISS einen monatlichen Festbetrag zur Deckung der gewöhnlichen Betriebsausgaben zahlen und die Auslagen für verschiedene Waren wie Einweggeschirr und -verpackungen, Servietten oder Reinigungsmittel erstatten. Darüber hinaus stellte sie ISS die von dieser akzeptierten Verkaufs- und Produktionsräume, die für den Kantinenbetrieb erforderliche Einrichtung, Strom, Heizung und Telefon unentgeltlich zur Verfügung und verpflichtete sich zur allgemeinen Instandhaltung der Räume und Einrichtungen sowie zur Abfallbeseitigung.

tragen wird, das — ohne Übertragung von Aktiva — einen Teil der Belegschaft übernimmt und für das bei der Kundschaft geworben wird [35], beim Übergang eines Unternehmens, das sich im Zustand der gerichtlichen Liquidation befindet, wenn die Tätigkeit des Unternehmens weitergeführt wird [36], sowie auf den Fall, daß eine Gesellschaft in freiwilliger Liquidation ihre Aktiva ganz oder teilweise auf eine andere Gesellschaft überträgt, die sodann dem Arbeitnehmer Weisungen erteilt, deren Ausführung die Gesellschaft in Liquidation anordnet [37].

31. Dagegen stellt die mit Zustimmung des Bauherrn zwecks Fertigstellung der von einem anderen Unternehmen begonnenen Arbeiten erfolgte Übernahme von zwei hierfür eingesetzten Lehrlingen und einem Angestellten sowie des hierfür verwendeten Materials keinen Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 dar. Eine solche Übertragung könnte nur dann unter die Richtlinie fallen, wenn sie mit der Übertragung einer organisierten Gesamtheit von Faktoren einherginge, die eine dauerhafte Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens erlauben würde. Im Urteil Rygaard hat der Gerichtshof eindeutig entschieden, daß der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit voraussetze, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt sei, und daß dies bei einem Unternehmen, das eine seiner Baustellen einem anderen Unternehmen zwecks Fertigstellung übertrage, nicht der Fall sei [38].

32. Im Urteil Schmidt [39] entschied der Gerichtshof, daß ein Fall, in dem ein Unternehmer durch Vertrag einem anderen Unternehmer die Verantwortung für die Erledigung der früher von ihm selbst wahrgenommenen Reinigungsaufgaben überträgt, auch dann dem Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187 unterliege, wenn diese Aufgaben vor der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt worden seien. Bei dieser Gelegenheit bestätigte der Gerichtshof, daß die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage sei, ob es sich um den Übergang eines Unternehmens handele. Diese Identität ergebe sich u. a. daraus, daß dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen werde. Der Gerichtshof hat die meines Erachtens recht weitgehende Auffassung vertreten, daß weder die Tatsache, daß die übertragene Tätigkeit nur einen Tätigkeitsbereich darstellt, der für das übertragende Unternehmen von untergeordneter Bedeutung ist und nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck steht, noch der Umstand, daß die fragliche Tätigkeit vor der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin ausgeführt wurde, noch die Tatsache, daß keine Vermögensgegenstände übertragen wurden, genügten, um diesen Vorgang vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen.

35 — Urteil vom 7. März 1996 in den Rechtssachen C-171/94 und C-172/94 (Merckx und Neuhuys, Slg. 1996, I-1253, Randnr. 32).

36 — Urteil vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-319/94 (Dethier Équipement, Slg. 1998, I-1061, Randnr. 32).

37 — Urteil vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-399/96 (Europièces, Slg. 1998, I-6965, Randnr. 36).

38 — Urteil vom 19. September 1995 in der Rechtssache C-48/94 (zitiert in Fußnote 18, Randnrn. 20 bis 23).

39 — Urteil vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-392/92 (Slg. 1994, I-1311). Die Klägerin war bei einer Sparkasse beschäftigt, um die Räumlichkeiten einer ihrer Filialen zu reinigen. Ihr wurde gekündigt, weil die Reinigung in Zukunft von einem Spezialunternehmen ausgeführt werden sollte, das bereits die meisten Filialen dieser Bank reinigte. Das Reinigungsunternehmen schlug der Arbeitnehmerin vor, sie zu einem höheren als dem bisher von ihr bezogenen monatlichen Arbeitsentgelt einzustellen. Die Klägerin war jedoch nicht bereit, unter diesen Bedingungen zu arbeiten, da die Vergrößerung der zu reinigenden Fläche nach ihrer Meinung in Wirklichkeit zu einer Verschlechterung ihres Stundenlohns geführt hätte, und sie erhob Kündigungsschutzklage.

33. Diese Rechtsprechung wurde jedoch ab 1997 in den Urteilen Süzen [40], Hernández Vidal u. a. [41] und Hidalgo u. a. [42] differenziert. In diesen Urteilen betonte der Gerichtshof, daß es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit gehen müsse, wobei der Begriff Einheit sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung beziehe.

Im Urteil Süzen, in dem ein einem externen Unternehmen erteilter Reinigungsauftrag gekündigt worden war und der Reinigungsauftrag danach einem anderen externen Unternehmen erteilt wurde, wies der Gerichtshof bereits darauf hin, daß allein der Umstand, daß die von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Dienstleistungen ähnlich seien, nicht den Schluß erlaube, daß der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliege, da eine Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden dürfe. Ihre Identität ergebe sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Aufgrund dieser Feststellungen gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, daß die Richtlinie 77/187 nicht für einen solchen Fall gelte, sofern dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden sei [43].

Im Urteil Hernández Vidal u. a., in dem es darum ging, daß ein Unternehmen, das für die Reinigung seiner Räumlichkeiten die Dienstleistungen eines anderen Unternehmens in Anspruch nahm, sich entschied, den Vertrag zu beenden und die Arbeiten danach selbst auszuführen, hat der Gerichtshof klargestellt, daß die wirtschaftliche Einheit zwar hinreichend strukturiert und selbständig sein müsse, daß sie aber nicht notwendigerweise bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel umfasse. In bestimmten Wirtschaftszweigen wie dem Reinigungsgewerbe träten diese Betriebsmittel nämlich oft nur in ihrer einfachsten Form in Erscheinung, und es komme dort im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Daher könne eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eine gemeinsame Aufgabe eigens auf Dauer zugewiesen sei, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne daß weitere Betriebsmittel vorhanden seien [44].

Im Urteil Hildalgo u. a. ging es um öffentliche Einrichtungen, die die Ausführung des Haushilfedienstes für Personen in einer Notlage bzw. den Bewachungsvertrag für

40 — Urteil vom 11. März 1997 in der Rechtssache C-13/95 (zitiert in Fußnote 19). Generalanwalt La Pergola führte in Nr. 10 seiner Schlußanträge zu diesem Urteil bereits folgendes aus: „Der Umstand, daß der größte Teil der mit einer spezifischen Tätigkeit betrauten Arbeitnehmer anschließend mit entsprechenden Aufgaben bei einem anderen Unternehmen beschäftigt wird, stellt nun aber meines Erachtens nicht das ausschlaggebende Kriterium, den ‚controlling test', dafür dar, daß die betreffende Tätigkeit die Merkmale der organisatorischen Selbständigkeit aufweist, die für den Begriff Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil kennzeichnend sind.... Nur wenn die Tätigkeit weitergeführt wird und gleichzeitig ein Unternehmen dem anderen Unternehmen immaterielle und materielle Vermögensgegenstände übertragen hat, wird ein Übergang eines Unternehmens... im Sinne der Richtlinie vorliegen."

41 — Urteil vom 10. Dezember 1998 in den Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97 (Slg. 1998, I-8179).

42 — Urteil vom 10. Dezember 1998 in den Rechtssachen C-173/96 und C-247/96, Slg. 1998, I-8237).

43 — Urteil Süzen (zitiert in Fußnote 19, Randnrn. 15 und 23).

44 — Urteil Hernández Vidal u. a. (zitiert in Fußnote 41, Randnr. 27).

Räumlichkeiten an zwei private Unternehmen vergeben hatten und die sich entschieden, nach Ablauf des Auftrags bzw. nach Beendigung des Vertrages den Auftrag bzw. Vertrag mit den bisherigen Unternehmen nicht zu erneuern und andere Gesellschaften zu beauftragen. In seinem Urteil stellte der Gerichtshof klar, daß das Vorliegen einer hinreichend strukturierten und selbständigen Einheit im Rahmen des beauftragten Unternehmens grundsätzlich nicht dadurch berührt werde, daß dieses Unternehmen, wie es häufig der Fall sei, von der den Auftrag erteilenden Einrichtung festgelegte genaue Verpflichtungen einzuhalten habe. Denn wenngleich der vom Auftraggeber ausgeübte Einfluß auf die vom Beauftragten zu erbringende Dienstleistung sehr weit gehen möge, bleibe dem Dienstleistungserbringer normalerweise doch eine gewisse, wenn auch eingeschränkte, Freiheit in der Organisation und Durchführung der fraglichen Dienstleistung, ohne daß sich seine Aufgabe als bloße Bereitstellung seines Personals für die auftragerteilende Einrichtung verstehen lasse [45].

34. Aus der vorstehend aufgeführten Rechtsprechung geht hervor, daß die bisher vom Gerichtshof herausgearbeiteten Kriterien für die Antwort auf die Frage, ob ein Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 vorliegt, folgende sind: Es muß eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung vorliegen; diese Einheit ist auf Dauer angelegt und nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt; die für den Betrieb der Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten eingeht, wechselt im Rahmen vertraglicher Beziehungen; die wirtschaftliche Einheit bewahrt ihre Identität, was sich sowohl daraus ergibt, daß dieselbe Tätigkeit vom neuen Inhaber weitergeführt wird, als auch daraus, daß die Kontinuität ihres Personals, ihrer Führungskräfte, ihrer Arbeitsorganisation, ihrer Betriebsmethoden und der ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmittel gegeben ist.

35. Aus dem Vorlagebeschluß geht hervor, daß die ACC jahrelang Stollenvortriebsarbeiten ausgeführt hatte und daß sie beschloß, wegen der hohen Lohnkosten für die von ihr beschäftigten Arbeitskräfte auf eine eigene Ausführung der Arbeiten zu verzichten. In dem Maße, wie die ihr übertragenen Arbeiten fertiggestellt wurden, entließ sie ihre Belegschaft und nahm parallel hierzu an einem von der RJB durchgeführten Ausschreibungsverfahren teil. Ihren Angeboten in diesem Verfahren lagen die Arbeitskosten der AMS zugrunde, der sie als Subunternehmerin die Ausführung der Verträge übertragen wollte und mit Zustimmung des Zecheneigentümers auch tatsächlich übertrug. Die aus wirtschaftlichen Gründen entlassenen Arbeitnehmer, die entsprechende Abfindungen erhielten, wurden sofort zu weniger günstigen Bedingungen, als bis dahin für sie galten, von der AMS, die für die Ausführung der Verträge Arbeitskräfte benötigte, eingestellt. Diese Sachlage, die mehrere Jahre lang bestand, war nicht vorübergehender Natur, sondern konnte als auf Dauer angelegt bezeichnet werden, zumal wenn berücksichtigt wird, daß eine Änderung erst eintrat, als der Zecheneigentümer eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer verlangte. Von diesem Zeitpunkt an nahm die ACC mit der Entscheidung, die Vorhaben wieder selbst

45 — Urteil Hidalgo u. a. (zitiert in Fußnote 42, Randnr. 27).

auszuführen, die Tätigkeit wieder auf und übernahm auch die Belegschaft, die von der AMS umgehend entlassen worden war.

36. Für die Antwort auf die Frage, ob der Übergang eines Betriebsteils der ACC auf die AMS vorliegt, hat das Industrial Tribunal Leeds zu entscheiden, ob die ursprünglich von der ACC ausgeführte Tätigkeit, die darin bestand, Stollen in der Kohlenzeche Prince of Wales zu bohren, und die die ACC im August 1994 beschloß, auf die AMS, eine 1993 gegründete Gesellschaft, zu übertragen, eine innerhalb der ACC identifizierbare, auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen mit eigener Zielsetzung darstellt, ob diese Entscheidung, einen Subunternehmer zu beauftragen, vorübergehender Natur war, weil sie auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt war, oder ob sie auf Dauer angelegt war, ob die von der ersten Gesellschaft entlassenen Arbeitnehmer, die dann von der zweiten Gesellschaft eingestellt wurden, genau die waren, die auf Dauer für die Ausführung der in Rede stehenden Tätigkeit eingesetzt wurden, und ob durch die Übernahme der in Rede stehenden Tätigkeit als Subunternehmerin, die nachfolgende Entlassung und die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer die AMS die Arbeitgeberpflichten gegenüber den für diese Tätigkeit eingesetzten Arbeitnehmern einging. Wenn das nationale Gericht zum Ergebnis kommt, daß der Stollenvortrieb in der Kohlenzeche Prince of Wales eine wirtschaftliche Einheit darstellte, hat es schließlich zu entscheiden, ob diese ihre Identität bewahrte, als die AMS als Subunternehmerin beauftragt wurde und als die ACC mit der Entscheidung, diesen Vorgang zu beenden, die Einheit wieder übernahm.

37. Daß die ACC und die AMS Gesellschaften desselben Konzerns sind, daß sie denselben Eigentümer, dasselbe Management sowie dieselben Anlagen haben und der gleichen Tätigkeit nachgehen, erschwert unbestreitbar in höchstem Maße die Aufgabe des nationalen Gerichts, ist aber nicht entscheidend, so daß ein Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 nicht ausgeschlossen werden kann.

38. Der Gerichtshof hat die nationalen Gerichte wiederholt darauf hingewiesen, daß für die Feststellung, ob die Voraussetzungen des Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit in einem bestimmten Fall erfüllt sind, sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden müssen. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Diese Umstände seien jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürften deshalb nicht isoliert beurteilt werden [46].

39. Von den sieben tatsächlichen Umständen, die das nationale Gericht dem Ge-

46 — Urteile Spijkers (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 13), Ny Mølle Kro (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 19), Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 24), Merckx und Neuhuys (zitiert in Fußnote 35, Randnr. 17), Süzen (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 14), Hidalgo u. a. (zitiert in Fußnote 42, Randnr. 29) und Hernández Vidal u. a. (zitiert in Fußnote 41, Randnr. 29).

richtshof in der zweiten Vorlagefrage zur Beurteilung unterbreitet hat, ist meines Erachtens keine ausschlaggebend für die Frage, ob ein Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 vorliegt.

40. So ist die fehlende Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen der ACC und der AMS (Buchstabe b) vielleicht darauf zurückzuführen, daß in diesem Bereich traditionell mit einer Ausrüstung gearbeitet wird, die vom Zecheneigentümer zur Verfügung gestellt wird. Auf jeden Fall geht aus den Angaben des Vorlagebeschlusses hervor, daß die AMS diese Ausrüstung, die zuvor der ACC zur Verfügung gestanden hatte, benutzen konnte; die fehlende Übertragung von Anlagen, der fehlende Wechsel des Managements und die fehlende Übertragung der Infrastruktur kann sich daraus erklären, daß beide Gesellschaften gemeinsame Anlagen, ein gemeinsames Management und eine gemeinsame Infrastruktur hatten. Zwar fand kein Übergang der Kundschaft statt (Buchstabe c); es steht jedoch fest, daß es nur einen einzigen Kunden gab und daß der Vorgang mit dessen Zustimmung erfolgte. Die fast völlig fehlende zeitliche Übereinstimmung zwischen dem Wechsel der Arbeitnehmer der ACC zur AMS und dem Anfang oder Ende der Verträge (Buchstabe d) kann, wie die Kommission ausführt, durchaus damit erklärt werden, daß der Unternehmensübergang ein vielschichtiger Rechtsvorgang ist, dessen Durchführung gewisse Zeit beanspruchen kann. Daß die ACC und die AMS die gleiche Leitung und die gleichen Gebäude hatten (Buchstabe e), hindert die eine nicht daran, auf die andere eine wirtschaftliche Einheit zu übertragen, die die beschriebenen Merkmale erfüllt. Daß die Arbeiten ohne Unterbrechung der Tätigkeiten oder Änderung der Art, in der diese ausgeführt wurden, ständig weitergeführt wurden (Buchstabe g), ist eines der Merkmale, das normalerweise zu einem Unternehmensübergang gehört.

Zu Buchstabe f der zweiten Vorlagefrage, dem zufolge die Arbeitnehmer nach ihrer Anstellung bei der AMS in gleicher Weise für die ACC und die AMS je nach Bedarf der für beide Gesellschaften verantwortlichen örtlichen Leitung arbeiteten, kann ich mich nicht äußern, da ich nicht über ausreichende Angaben zum Sachverhalt verfüge. Wenn allerdings die Tätigkeit der ACC darin bestand, Stollen in der Kohlenzeche Prince of Wales zu bohren, und die ACC hierauf verzichtete, um die Arbeiten auf die AMS als Subunternehmerin zu übertragen, indem sie sich, wie ich annehme, ihrer Belegschaft, die von der AMS eingestellt wurde, größtenteils entledigte, frage ich mich, mit welcher Tätigkeit die ACC die Belegschaft der AMS beschäftigen konnte.

41. Zu prüfen bleibt Buchstabe a der zweiten Vorlagefrage bezüglich der Entlassung der Arbeitnehmer durch die ACC und ihre spätere Einstellung durch die AMS für Stollenvortriebsarbeiten, die zuvor von der ACC durchgeführt worden waren.

42. Wie ich bereits ausgeführt habe, bestimmt Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 77/187, daß der Übergang als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung darstellt, obwohl er etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegensteht. Die Kläger des Ausgangsverfahrens aber wurden von der ACC gerade

mit der Erklärung entlassen, es lägen wirtschaftliche Gründe vor.

Diese Vorschrift ist jedoch im Rahmen des Übergangs eines Unternehmens im Sinne der Richtlinie anwendbar, und das Vorliegen eines solchen Übergangs wird von der ACC gerade bestritten. Meines Erachtens entließ die ACC ihre Belegschaft nicht nur, weil sie sie in Zukunft nicht mehr brauchen würde, da sie die Durchführung der Arbeiten auf die AMS übertragen wollte, sondern auch, weil sie dieser Gesellschaft die für die Durchführung der Verträge erforderlichen Fachkräfte zur Verfügung stellte, ohne diese suchen zu müssen. Es kann selbstverständlich nicht ausgeschlossen werden, daß sie den durch die Richtlinie aufgestellten Verpflichtungen dadurch entgehen wollte, daß sie entsprechend den Erfordernissen der Werkverträge die Arbeitnehmer von einer Gesellschaft auf die andere tatsächlich übertrug und hierbei zugleich die Löhne herabsetzte, um die Arbeitskosten zu senken.

43. Auf jeden Fall ist der Gerichtshof der Auffassung, daß die Arbeitnehmer eines Unternehmens, wenn sie unter Verstoß gegen Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 allein wegen des Übergangs entlassen wurden, als immer noch bei dem Unternehmen beschäftigt anzusehen sind, was zur Folge hat, daß die ihnen gegenüber bestehenden Arbeitgeberpflichten automatisch gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie vom Veräußerer auf den Erwerber übergegangen sind. Um zu bestimmen, ob die Kündigung allein durch den Übergang begründet war, sind die objektiven Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Kündigung erfolgt ist, und vor allem die Tatsache, daß die Kündigung zu einem Zeitpunkt in der Nähe des Übergangszeitpunkts wirksam geworden ist und daß die betroffenen Arbeitnehmer vom Erwerber wiedereingestellt wurden [47].

Ebenso hat der Gerichtshof festgestellt, daß sich die vom Veräußerer kurz vor dem Übergang des Unternehmens rechtswidrig gekündigten und vom Erwerber nicht übernommenen Arbeitnehmer gegenüber dem Erwerber auf die Rechtswidrigkeit der Kündigung berufen können [48].

44. Wenn das Industrial Tribunal Leeds zu dem Ergebnis kommt, daß ein Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 vorliegt, hat dies zur Folge, daß die Entlassung der Arbeitnehmer durch die ACC nichtig ist und daß ihre Arbeitsbedingungen von der Erwerbergesellschaft hätten aufrechterhalten werden müssen. Da der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus dem Arbeitsverhältnis eintritt, kann dieses gegenüber dem Erwerber in demselben Umfang geändert werden, wie es gegenüber dem Veräußerer möglich war; der Unternehmensübergang als solcher stellt jedoch keinesfalls einen Grund für eine solche Änderung dar. Die Richtlinie steht indessen einer mit dem neuen Unternehmensinhaber vereinbarten Änderung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, wenn das anwendbare innerstaatliche Recht eine solche Änderung un-

47 — Urteil Bork International u. a. (zitiert in Fußnote 24, Randnr. 18).

48 — Urteil Dethier Équipement (zitiert in Fußnote 36, Randnr. 42).

abhängig von einem Unternehmensübergang zuläßt [49].

Den vom nationalen Gericht dargelegten Tatsachen entnehme ich, daß die britischen Rechtsvorschriften es nicht zulassen, daß der Unternehmensinhaber die Arbeitsbedingungen zuungunsten seiner Arbeitnehmer ändert [50]. Andernfalls nämlich wäre es für die ACC nicht erforderlich gewesen, am Vergabeverfahren mit Angeboten teilzunehmen, denen die Arbeitskosten der AMS zugrunde lagen, und die Ausführung der Arbeiten an die AMS als Subunternehmerin zu vergeben.

45. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens macht in ihren Erklärungen geltend, daß die Richtlinie 77/187 nicht auf zwei Gesellschaften wie die ACC und die AMS, beides Tochtergesellschaften der AMCO, anwendbar sein könne, die als einheitliche wirtschaftliche Einheit betrieben würden und zur Erreichung gemeinsamer geschäftlicher Ziele zusammenarbeiteten, und daß sie nach dem Wettbewerbsrecht als ein und dasselbe Unternehmen angesehen würden. Sie meint, die AMS könne ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen, da ihre Rolle sich darauf beschränke, ein Instrument zur Erreichung der geschäftlichen Ziele des Konzerns zu sein.

46. Ich bin nicht dieser Meinung. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Viho/Kommission [51] die Auffassung vertreten, daß eine Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können [52], sondern die Anweisungen der sie kontrollierenden Gesellschaft befolgen [53]. Diese Rechtsprechung wurde jedoch im Rahmen des Wettbewerbsrechts entwickelt, in dem unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren — natürlichen oder juristischen — Personen gebildet wird [54]. Das Gericht erster Instanz hat hinzugefügt, daß bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln das einheitliche Vorgehen der Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften auf dem Markt entscheidend gegenüber der formalen Trennung dieser Gesellschaften sei, die sich aus deren eigener Rechtspersönlichkeit ergebe [55].

49 — Urteil Daddy's Dance Hall (zitiert in Fußnote 10, Randnrn. 17 und 18).

50 — Diese Bewertung ist in den Antworten bestätigt worden, die der Vertreter der Kläger des Ausgangsverfahrens und der Vertreter der Regierung des Vereinigten Königreichs auf die Fragen gegeben haben, die ich ihnen in der Sitzung gestellt hatte.

51 — Urteil vom 24. Oktober 1996 in der Rechtssache C-73/95 P (Slg. 1996, I-5457, Randnr. 16).

52 — In dieser Rechtssache stand fest, daß die Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten hielt und daß Verkaufs- und Marketingaktivitäten der Tochtergesellschaften von einer von der Muttergesellschaft bestimmten Leitung festgelegt wurden, die u. a. die Verkaufsziele, die Bruttomargen, die Verkaufskosten, den „cash flow" und die Lagerbestände überwachte. Diese Gebietsleitung schrieb auch die zu verkaufende Produktpalette vor, kontrollierte Werbeaktionen und erteilte Richtlinien für die Preise und Preisnachlässe.

53 — Diese Rechtsprechung wurde entwickelt in den Urteilen vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI/Kommission, Slg. 1972, 619, Randnrn. 133 und 134), vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 15/74 (Sterling Drug, Slg. 1974, 1147, Randnr. 41), in der Rechtssache 16/74 (Winthrop, Slg. 1974, 1183, Randnr. 32), vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87 (Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 19) und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, 803, Randnr. 35).

54 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/83 (Hydrotherm, Slg. 1984, 2999, Randnr. 11).

55 — Urteil vom 12. Januar 1995 in der Rechtssache T-102/92 (Viho/Kommission, Slg. 1995, II-17, Randnr. 50).

47. Wie deutlich wird, unterscheidet sich die Definition des Unternehmens, von dem das Wettbewerbsrecht bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) ausgeht, sehr stark von dem Begriff des Unternehmens als einer wirtschaftlichen Einheit, der vom Gerichtshof bei der Anwendung der Richtlinie 77/187 eingeführt wurde, und sie ist ohne jeden Nutzen bei der Frage, ob zwischen zwei Gesellschaften desselben Konzerns der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils stattgefunden hat, und zwar auch dann, wenn sie 100%ige Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft sind.

VI — Ergebnis

48.Nach alldem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Industrial Tribunal Leeds wie folgt zu antworten:

1. Artikel 1 Absatz 1 der 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 ist dahin auszulegen, daß sie auf zwei Gesellschaften desselben Konzerns anwendbar ist, die denselben Eigentümer, dasselbe Management sowie dieselben Anlagen haben und die der gleichen Tätigkeit nachgehen, sofern der fragliche Vorgang die von der Rechtsprechung des Gerichtshofes für das Vorliegen eines Unternehmensübergangs aufgestellten Kriterien erfüllt.

2. Es ist Sache des Industrial Tribunal Leeds, zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall diese Kriterien vorliegen, und infolgedessen auch, ob eine wirtschaftliche Einheit übertragen wurde und diese ihre Identität bewahrt hat.