SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 15. Oktober 1996 *

I — Einleitung

1. Mit den Vorabentscheidungsfragen, die Gegenstand der vorliegenden Rechtssache sind, wird der Gerichtshof darum ersucht, den Anwendungsbereich 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 [1] (im folgenden: Richtlinie) genauer zu bestimmen und insbesondere zu entscheiden, ob die Kündigung eines Reinigungsauftrags gegenüber einem Unternehmen und seine anschließende Vergabe an ein anderes Unternehmen unter den Begriff „Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen" „durch vertragliche Übertragung" im Sinne der genannten Richtlinie fällt.

II — Sachverhalt

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Frau Ayse Süzen, war von der Beklagten seit April 1987 als Reinigungskraft in der Aloisiuskolleg GmbH, einem kirchlich getragenen Gymnasium, für das die Beklagte einen Reinigungsauftrag erhalten hatte, in Bonn-Bad Godesberg eingesetzt.

Mit Schreiben vom 15. Februar 1994 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß dieser Reinigungsauftrag voraussichtlich am 30. Juni 1994 enden werde und sie daher gezwungen sei, das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist vorsorglich mit Ablauf des 30. Juni 1994 zu beenden. Die Beklagte bot der Klägerin in diesem Schreiben jedoch an, das Arbeitsverhältnis für den Fall aufrechtzuerhalten, daß der Reinigungsauftrag wieder an sie vergeben werde.

Das Auftragsverhältnis mit dem Aloisiuskolleg endete für die Beklagte tatsächlich am 30. Juni 1994. Das Aloisiuskolleg übertrug das Auftragsverhältnis dann ab dem 1. August 1994 der Firma Lefarth GmbH, der Streithelferin auf Seiten der Beklagten im Ausgangsverfahren. Die Klägerin hat daher bei dem vorlegenden Gericht Klage auf Feststellung erhoben, daß die Kündigung wegen Mißachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht wirksam ist.

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 61, S. 26.

3. Um entscheiden zu können, ob die Kündigung der Klägerin rechtmäßig war, ist — so das vorlegende Gericht — zunächst festzustellen, ob in der Kündigung des Reinigungsauftrags gegenüber der Beklagten und in der anschließenden Übertragung dieses Auftrags auf die Streithelferin ein Übergang eines Betriebes oder eines Betriebsteils im Sinne der Richtlinie zu sehen ist. Gelangt man zu einer solchen Schlußfolgerung — so weiter das vorlegende Gericht —, so würde das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Streithelferin im Ausgangsverfahren unverändert fortbestehen. Aus diesem Grund hat das vorlegende Gericht es für erforderlich gehalten, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1) Liegt unter Zugrundelegung der Entscheidungen des Gerichtshofes vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-392/92 und vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 auch dann ein Anwendungsfall der Richtlinie 77/187/EWG vor, wenn ein Unternehmen einem Fremdunternehmen das Auftragsverhältnis kündigt, um dieses dann einem anderen Fremdunternehmen zu übertragen?

2) Ist auch dann eine vertragliche Übertragung im Sinne der Richtlinie bei einem in Frage 1 gekennzeichneten Vorgang gegeben, wenn keine sachlichen oder immateriellen Betriebsmittel übertragen werden?

III — Die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt:

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

Artikel 4 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie bestimmt:

„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 — Prüfung der Streitigkeit

4. Die Fragen des vorlegenden Gerichts stellen den Gerichtshof vor die Wahl zwischen zwei theoretisch gangbaren Alternativen. Zum einen kann man — wie ich noch genauer erklären werde — annehmen, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes uns dazu veranlaßt, in dem Vorgang, der Ausgangspunkt des vorliegenden Rechtsstreits ist, einen Unternehmensübergang zu sehen. Unser Fall wäre damit sogleich unter die durch die Richtlinie geregelten Tatbestände subsumiert. Zum anderen bietet der Fall uns Gelegenheit, über die Kriterien nachzudenken, die in den die Materie betreffenden Entscheidungen aufgestellt worden sind. Der Begriff des Unternehmensübergangs, auf den wir in der Richtlinie stoßen, ist nämlich genauer zu bestimmen. Gewiß ist, wer das Gemeinschaftsrecht auslegt, dazu aufgefordert, diesen Begriff so zu definieren, wie es das System und insbesondere die Vorschrift der Richtlinie gebietet, die zum Schutz des Arbeitnehmers erlassen worden ist, um auszuschließen, daß die Übertragung als solche einen Grund für die Kündigung durch den Veräußerer oder den Erwerber darstellt. Die Übertragung des Unternehmens oder des Betriebes ist ein rechtsgeschäftlicher Akt, dessen typischer Inhalt vom Gemeinschaftsgesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, sondern vorausgesetzt wird. Nun hat der Gerichtshof aber wiederholt darauf hingewiesen, daß der in die Richtlinie aufgenommene Begriff der Übertragung eines Unternehmens sich wegen „des unterschiedlichen Inhalts des Begriffs der vertraglichen Übertragung im Recht der Mitgliedstaaten nicht allein aufgrund einer wörtlichen Auslegung" der Vorschrift bestimmen läßt [2]. Der Umstand, daß der Begriff der Übertragung eines Unternehmens in den nationalen Rechtsordnungen jeweils unterschiedlich verstanden wird und daß das Gemeinschaftsrecht seinerseits zur Definition dieses Begriffes nicht auf eine dieser Rechtsordnungen verwiesen hat, schließt meines Erachtens jedoch nicht aus, daß die Richtlinie diesen Begriff mit einer genauen technischen Bedeutung verwendet hat. Im übrigen nicht anders als den anderen im Wortlaut der Vorschrift neben der Übertragung vorgesehenen Begriff, nämlich den der Verschmelzung. Bei der Auslegung steht man daher vor der Aufgabe, den wesentlichen und nicht reduzierbaren Inhalt des Begriffs des Unternehmensübergangs durch vertragliche Übertragung zu bestimmen. Dies ist ein vorab zu prüfender Punkt und auf ihn muß sich daher meines Erachtens die Lösung des Falles stützen.

5. Vollzieht man den Weg der Rechtsprechung nach, so zeigt sich ganz offensichtlich, daß der Gerichtshof sich darum bemüht hat, den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen nicht formalistisch zu betrachten, um eine auf starre Kriterien gestützte Definition des Vorgangs zu vermeiden. Es zeigt sich vielmehr die Tendenz, diesen Begriff auszuprobieren und ihn nach und nach bei seiner Verwendung nach Maßgabe der Besonderheiten des konkreten Falles abzugrenzen. In dieser seiner Auslegungstätigkeit will der Gerichtshof sicherstellen, daß eine möglichst breite Grundlage für die Bewertung jedes Einzelfalles besteht, ohne zweckdienliche Gesichtspunkte für die durchgeführte Qualifizierung des Geschäfts auszulassen, mit dem die Übertragung durchgeführt wird, die — darauf ist hinzuweisen — in den meisten Fällen ein komplex ausgestaltetes Geschäft ist. Der Gerichtshof hat sich häufig darauf beschränkt, die Kriterien anzugeben, die das nationale Gericht anzuwenden hat, um den Einzelsachverhalt unter den einen oder den anderen der für das Gemeinschaftsrecht erheblichen Tatbestände zu subsumieren. Unter dem gleichen Gesichtspunkt überläßt der Gerichtshof diesem Gericht, das Dominus litis im Vorabentscheidungsverfahren ist, die Aufgabe, diese Feststellung zu treffen, wobei er anerkennt, daß dieses Gericht über die tatsächlichen Angaben verfügt, die für die genaue Rekonstruktion der zugrundeliegenden rechtsgeschäftlichen Gegebenheiten von Bedeutung sind.

2 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83 (Abels, Slg. 1985, 469) und Urteil vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting, Slg. 1992, I-3189).

Die genannten Kriterien sind vor allem im Urteil Spijkers [3] wiedergegeben worden, wonach „sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden" müssen. In diese Richtung ist auch die spätere Rechtsprechung ständig gegangen [4].

6. Ebenso ist aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes [5] zu entnehmen, daß eine untergeordnete Dienstleistungseinrichtung eines Unternehmens, wenn ein Dritter mit der entsprechenden Dienstleistung betraut wird, als solche einen eigenen selbständigen wirtschaftlichen und funktionalen Gehalt besitzt und die so qualifizierte Tätigkeit unter die Kategorie subsumiert wird, die im Sinne der Richtlinie erheblich ist. Im Urteil Schmidt [6], das im übrigen vom vorlegenden Gericht in den Vorabentscheidungsfragen ausdrücklich zitiert wird, geht man sogar soweit, diese Rechtsnatur auch einer nur von einem Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeit zuzuerkennen.

Eine andere Gegebenheit in dem vom Gerichtshof auf diesem Gebiet erlassenen Entscheidungen besteht darin, daß die Art der Übertragung, mit der der Übergang bewirkt wird, unerheblich ist. Genauer gesagt ist der Umstand als nicht erheblich angesehen worden, daß der Übergang des Unternehmens oder eines Unternehmensteils unmittelbar zwischen zwei Rechtssubjekten, einem Veräußerer und einem Erwerber, eintritt oder daß der Übergang der Inhaberstellung, der mit verschiedenen vertraglichen Mechanismen bewirkt werden kann, nur mittelbar erfolgt und dabei ein dreiseitiges Rechtsgeschäft begründet wird. Beispiele für diese weite Auslegung durch den Gerichtshof sind die Urteile in den Rechtssachen Daddy's Dance Hall [7], Bork [8], Redmond Stichting [9] und Merckx [10].

7. Die Kriterien, die der Gerichtshof bei anderen Anlässen, insbesondere in der Rechtssache Schmidt, formuliert hat, können — darauf habe ich bereits hingewiesen — dazu verwendet werden, um den Fall, mit dem wir uns hier befassen, als den zuvor entschiedenen analog zu behandeln und ihn unter die Regelung in der Richtlinie zu subsumieren. Dies wäre eine bequeme Lösung. Ich muß aber sagen, daß diese Lösung mich aus mehr als einem Grund erstaunt. Die Vergabe von Dienstleistungen (welcher Art auch immer), die das Unternehmen benötigt, an einen anderen ist eine in einer Konkurrenzwirtschaft getroffene Entscheidung, die den Wettbewerb zwischen mehreren Bewerbern garantiert. Ich sehe nicht, wie sich dann rechtfertigen ließe, daß derjenige, an den die Dienstleistung vergeben wird, gezwungen ist, auch das Personal des Unternehmens zu behalten, das zuvor die gleichen Dienstleistungen erbracht hat, dem aber gekündigt worden ist oder dem jedenfalls nicht der Zuschlag in der aus diesem Anlaß durchgeführten Ausschreibung erteilt worden ist.

Abgesehen davon fehlt es im vorliegenden Fall vollständig an Beziehungen zwischen den zwei Firmen, die sich bei der Erbringung der Dienstleistung abgewechselt haben. Der einzige Gesichtspunkt, der in gewisser Weise

3 — Urteil vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers, Slg. 1986, 1119, insbesondere Randnr. 13).

4 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting, a. a. O.) und Urteil vom 12. November 1992 in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask und Christensen, Slg. 1992, I-5755).

5 — Urteil in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask und Christensen, a. a. O.).

6 — Urteil vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-392/92 (Slg. 1994, I-1311).

7 — Urteil vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Daddy's Dance Hall, Slg. 1988, 739).

8 — Urteil vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 101/87 (Bork, Slg. 1988, 3057).

9 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting, a. a. O., zitiert in Fußnote 2).

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

eine Verbindung zwischen ihnen herstellen könnte, besteht eigentlich allein darin, daß der Auftraggeber, dem gegenüber die Dienstleistung erbracht wird, derselbe ist [11]. Meines Erachtens genügt dies aber nicht, um den vorliegenden Fall den Fällen gleichzustellen, die der Gerichtshof zuvor in den Rechtssachen Daddy's Dance Hall, Schmidt und Merckx geprüft hat. Man wird nämlich feststellen, — die Beklagte in der vorliegenden Rechtssache hat im übrigen darauf hingewiesen —, daß in den in der Vergangenheit vom Gerichtshof entschiedenen Fällen stets jedenfalls eine Verbindung mit einer Körperschaft bestand, von der die Unternehmen, von denen angenommen wurde, daß zwischen ihnen ein Übergang erfolgt sei, tatsächlich abhängig waren. Dies war z. B. auch in der zitierten Rechtssache Redmond Stichting der Fall: Zwei Stiftungen erhielten ihre wirtschaftlichen Mittel vom Staat (richtiger: von der Gemeinde Groningen), der auf diese Weise Herr über ihr Bestehen war und von dem das Verhalten der Stiftungen abhing. Man hat folglich — sei es auch implizit — annehmen können, daß die Übertragung in diesem Fall aufgrund der Gemeinsamkeit der Interessen und der Einheitlichkeit des Willens, in Wirklichkeit desjenigen des Staates, erfolgt war, von dem die Stiftungen die Mittel für ihren Unterhalt erhielten. Die beiden Stiftungen arbeiteten im Rahmen ihrer gemeinsamen Abhängigkeit von der öffentlichen Hand miteinander zusammen und hatten in der Tat eine Vereinbarung über die Übertragung der Kenntnisse und der Mittel getroffen.

Dieses Willenselement, mag es in der Form einer Vereinbarung bei einer Übertragung zum Ausdruck kommen oder aufgrund einer Verschmelzung vorliegen, kennzeichnet aber den Übergang eines Unternehmens oder eines Unternehmenszweigs und fehlt offensichtlich im vorliegenden Fall.

8. Noch ein für unseren Fall grundlegender Aspekt, der mit der zweiten Frage des vorlegenden Gerichts zusammenhängt, verdient jedoch einige weitere Erwägungen, und zwar der Aspekt, der gerade den Begriff der Übertragung eines Unternehmens, eines Betriebes oder eines Betriebsteils betrifft. Wie wir gesehen haben, legt der Gerichtshof diesen Begriff weit aus und vertritt im übrigen die Auffassung, daß die Merkmale der Übertragung Fall für Fall festzustellen sind. Dies ist eine Auffassung, die eine sachgerechte Flexibilität bei der Anwendung der Kriterien auf die verschiedenen Fallgestaltungen zuläßt, die sich im Rahmen der Wirtschaft der Gemeinschaft ergeben können. Dieser Vorzug der Lösung steht aber dem nicht entgegen, daß jedoch — darauf habe ich hingewiesen, — der *wesentliche* Inhalt des Übergangs eines Unternehmens zu ermitteln ist. Es ist zu klären, von welcher unabdingbaren Voraussetzung die Anwendung der Richtlinie abhängig ist. Meines Erachtens ist aber durch das vom Gerichtshof im Urteil Spijkers aufgestellte Kriterium nicht der Schlußstrich unter die Unterscheidung zwischen dem Fall, in dem das Unternehmen oder der Betrieb übertragen werden, und dem Fall gezogen worden, in dem die Merkmale eines solchen Geschäfts nicht vorliegen.

9. Aus diesem Grund bin ich der Ansicht, daß der Übergang eines Unternehmens besser im Verhältnis zu anderen Sachverhalten, die nicht unter die Regelung der Richtlinie fallen, zu definieren und zu kennzeichnen ist. Der vorliegende Fall ist im übrigen sinnbildlich für die Notwendigkeit, den Begriff, der uns hier interessiert, durch genaue Markierungen abzugrenzen. Die Kündigung eines Auftragsverhältnisses mit einem Unternehmen und die anschließende Vergabe des Auftrags an ein anderes Unternehmen, wie

11 — Vgl. in diesem Zusammenhang, wie der Gerichtshof im Urteil vom 19. September 1995 in der Rechtssache C-48/94 (Rygaard, Slg. 1995, I-2745) einen Fall gelöst hat, der eine weitgehende Ähnlichkeit mit dem hier geprüften aufwies.

sie im vorliegenden Fall zum Ausdruck kommen, ist eine Sache, die Übertragung eine andere Sache.

Das wesentliche Mindestmerkmal des letztgenannten rechtsgeschäftlichen Begriffes ist — darin stimme ich mit den Ausführungen der britischen, der französischen und der deutschen Regierung sowie der Beklagten im Ausgangsverfahren überein — in der *tatsächlichen* Übertragung von materiellen oder immateriellen Vermögensgegenständen zu sehen, natürlich immer auf der *auf Willensentscheidungen beruhenden* Grundlage des Verhältnisses, das zwischen Veräußerer und Erwerber bestehen muß. Ein anderes Kriterium, wie z. B. die bloße Fortführung der zuvor von dem anderen Unternehmen ausgeübten Tätigkeit, ohne daß eine Übertragung von Vermögensgegenständen oder Rechten vorliegt, bietet keine ausreichende Gewähr für eine Unterscheidung der beiden Fälle [12]. Jedoch trifft das Gegenteil zu: Der Übergang von materiellen oder immateriellen Vermögensgegenständen von einem Rechtssubjekt auf ein anderes kann, verbunden mit der Fortsetzung der betreffenden Tätigkeit, ohne weiteres das Unterscheidungsmerkmal dafür darstellen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie vorliegen.

Der Schlußfolgerung, zu der ich jetzt gelangt bin, steht nach meiner Betrachtungsweise in keiner Weise die Erwägung entgegen, daß die Unternehmen, die Dienstleistungen der hier in Frage stehenden Art erbringen, durch einen sehr geringen Grad der Bildung von Anlagevermögen gekennzeichnet sind. Die Übertragung von Rechten und von Vermögensgegenständen, die zur Bildung und zur Identifizierung des Unternehmens beitragen, gibt es jedenfalls auch — sei sie auch nur von ganz geringem Umfang — beim Übergang von Unternehmen oder von Betrieben, die im Dienstleistungssektor tätig sind.

10. Eine letzte Überlegung zum Gesichtspunkt der Übernahme des Personals. Das Ziel, das mit der Richtlinie angestrebt wird, besteht ohne Zweifel darin, die Erhaltung des Arbeitsplatzes in den in der Richtlinie vorgesehenen Fällen zu sichern. 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. Es handelt sich um einen Umstand, der für sich allein noch keine Aussage in dem Sinne enthält, daß hier ein Unternehmensübergang mit der notwendigen Folge vorliegt, daß das Beschäftigungsverhältnis des von dem Unternehmen, das in die Ausübung der in Frage stehenden Tätigkeit oder Dienstleistung eintritt, nicht übernommenen Personals bestehen bleibt. Wenn überhaupt — dies hat der Gerichtshof in mehreren Fällen festgestellt [13] — kann die Übernahme der Hauptbelegschaft durch das letztgenannte Unternehmen nur ein Beurteilungskriterium darstellen, das zusammen mit anderen in der Rechtsprechung definierten Kriterien zu berücksichtigen ist, um festzustellen, ob eine Fortführung der Tätigkeit vorliegt oder nicht. Nur wenn die Tätigkeit weitergeführt wird und gleichzeitig ein Unternehmen dem anderen Unternehmen immaterielle und materielle Vermögensgegenstände übertragen hat, wird ein Übergang eines Unternehmens, eines Betriebes oder eines Betriebsteils im Sinne der Richtlinie vorliegen.

12 — Urteil in der Rechtssache C-48/94 (Rygaard, a. a. O., zitiert in Fußnote 11).

13 — Urteil in der Rechtssache C-24/85 (Spijkers, a. a. O., zitiert in Fußnote 11), und Urteil in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask und Christensen, a. a. O., zitiert in Fußnote 4).

V — Anträge

11. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof daher vor, die Fragen des Arbeitsgerichts Bonn wie folgt zu beantworten:

Die Kündigung eines Reinigungsauftrags gegenüber einem Unternehmen und die anschließende Vergabe dieses Auftrags an ein anderes Unternehmen fällt, wenn keine sonstigen Gesichtspunkte vorliegen, die zu einer anderen Qualifizierung des Sachverhalts führen können, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187/EWG.