SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED

vom 19. Juni 2003 [1]

I — Einleitung

1. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat dem Gerichtshof eine Frage nach der Reichweite 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 (im Folgenden: Richtlinie 77/187 oder Richtlinie) [2] zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Im Ausgangsverfahren stellt sich die Frage, ob ein Unternehmensübergang im Sinne der Richtlinie 77/187 vorliegt, wenn ein Unternehmen im Auftrag einer Versorgungseinrichtung Patienten und Personal verköstigt und diese Tätigkeiten zuvor von einem anderen Unternehmen verrichtet wurden. Das neue Unternehmen nutzt dabei die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Einrichtungen wie Gas, Wasser, Energie und Wirtschaftsräume mit dem erforderlichen Kücheninventar; diese wurden auch vom früheren Betreiber genutzt. Das neue Unternehmen übernimmt aber keine vom früheren Betreiber eingebrachten Betriebsmittel — Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen — und will diese auch nicht übernehmen.

3. Diese Rechtssache schließt an eine frühere Rechtsprechung des Gerichtshofes an, in der es um die Anwendung der Richtlinie 77/187 bei der Vergabe von Dienstleistungen ging. Gleichwohl bestehen deutliche Unterschiede zum Sachverhalt von Urteilen wie Süzen [3] und Temco [4]. So hat das neue Unternehmen überhaupt kein Personal von dem früheren übernommen. Betriebsmittel sind ebenfalls nicht unmittelbar vom früheren auf den neuen Betreiber übergegangen. Nur bei einem Teil der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel liegt eine Benutzung sowohl durch das frühere als auch durch das neue Unternehmen vor.

1 — Originalsprache: Niederländisch.

2 — ABl. L 61, S. 26.

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

4 — Urteil vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-51/00 (Slg. 2002, I-969).

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

4. Die Richtlinie legt notwendige Bestimmungen fest, die die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten. Sie ist nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.

5. Nach Artikel 2 Buchstabe a ist „Veräußerer" im Sinne dieser Richtlinie jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 als Inhaber aus dem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil ausscheidet. „Erwerber" im Sinne der Richtlinie ist nach Artikel 2 Buchstabe b jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 als Inhaber in das Unternehmen, den Betrieb oder Betriebsteil eintritt. Nach 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 aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über.

6. Die Richtlinie wurde zweimal geändert. Mit der Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 wurden insbesondere einige Begriffe unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes verdeutlicht [5]. Um einen einheitlichen Text zu schaffen, hob der Rat die Richtlinie 77/187 am 12. März 2001 auf und ersetzte sie durch die Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen [6].

7. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie wurde durch die Richtlinie 98/50 umnummeriert zu Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a. Mit der Richtlinie 98/50 wurde folgender neuer Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b zum Begriff „Übergang" eingefügt:

„Vorbehaltlich Buchstabe a) ... gilt als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit."

5 — Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. L 201, S. 88). Die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 98/50 lief am 17. Juli 2001 ab.

6 — ABl. L 82, S. 16. Soweit nicht anders angegeben, wird im Folgenden vom Text der ursprünglichen Richtlinie ausgegangen.

8. Ausweislich der Präambel der Richtlinie 98/50 erfolgte diese Klärung aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz, jedoch wird durch sie der Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß der Auslegung durch den Gerichtshof nicht geändert [7].

B — Nationales Recht

9. In Österreich wurde die Richtlinie 77/187 mit dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) durchgeführt. § 3 AVRAG bestimmt, dass u. a. dann, wenn ein Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht, dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Diese Bestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes richtlinienkonform unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Gerichtshofes zur Richtlinie 77/187 in der geänderten Fassung auszulegen.

7 — Vgl. vierte Begründungserwägung.

III — Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits, Verfahren und Vorlagefrage

10. Aufgrund der nuancierten Weise, in der der Gerichtshof die Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinie 77/187 ausgelegt hat, sind die Umstände des Einzelfalls von großer Bedeutung. Das vorlegende Gericht hat den Sachverhalt in der vorliegenden Rechtssache wie folgt festgestellt.

11. Der Träger eines nicht näher bezeichneten Krankenhauses (im Folgenden: Spitalserhalter) schloss 1990 mit Sanrest, einer Großküchen-Betriebsgesellschaft, eine Vereinbarung, wonach Sanrest die Lieferung und Versorgung mit Speisen und Getränken sowie die Wirtschaftsdienste, bestehend aus einer kompletten Versorgung der Patienten und des Personals, zu einem auf den Verköstigungstag pro Person berechneten Preis übernimmt. Dabei hatte sie eine bestimmte Speiseauswahl (verschiedene Diätkost) einzuhalten. Die Speiseproduktion hatte in den Betriebsräumen des Spitals zu erfolgen. Zu den Aufgaben von Sanrest gehörten die Erstellung der Speisepläne, der Einkauf, die Lagerhaltung, die Produktion, die Portionierung und der Transport der portionierten Mahlzeiten auf die Stationen — nicht jedoch die Verteilung an die Patienten —, die Ausgabe im Personalspeisesaal sowie die Reinigung des Schmutzgeschirrs und der benützten Räume. Die Räumlichkeiten selbst sowie Gas, Wasser und Energie und das notwendige Groß- und Kleininventar wurden vom Spitalserhalter zur Verfügung gestellt. Allfällige Beschädigungen dieses Inventars waren von Sanrest zu ersetzen.

Sonderleistungen waren gesondert zu vergüten. Zusätzlich übernahm Sanrest auch noch die ebenfalls im Spital befindliche Cafeteria.

12. Nachdem es Mitte 1998 zu Auseinandersetzungen zwischen dem Spitalserhalter und Sanrest gekommen war, kündigte der Spitalserhalter mit Schreiben vom 26. April 1999 den Vertrag mit Sanrest unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf. Sodann schrieb das Krankenhaus den Dienstleistungsauftrag aus. Mitte Oktober 1999 wurde der Sanrest, die sich ebenfalls an der Bewerbung im Zuge der Neuausschreibung des Auftrages beteiligt hatte, mitgeteilt, dass der Küchenbetrieb von Sodexho übernommen werde.

13. Sanrest stellte sich sodann auf den Standpunkt, dass es sich um den Fall des Übergangs eines Betriebsteils handle. Der Geschäftsführer von Sodexho lehnte jedoch die Übernahme von Material und Warenlager sowie der Arbeitnehmer von Sanrest ab. Auch erhielt er von Sanrest keinerlei Kalkulationen, Menüpläne, Diätpläne, Rezepturen oder Erfahrungsberichte. Von den sonstigen Kunden von Sanrest übernahm er nur sechs bis zehn Menüs für den beim Spital befindlichen Kindergarten.

14. Die im Rahmen des Küchenbetriebs bzw. der Cafeteria in dem Krankenhaus beschäftigten und bei Sanrest angestellten Kläger des Ausgangsverfahrens begehren die Feststellung des aufrechten Bestandes ihres Arbeitsverhältnisses zu Sodexho. Sie tragen, insoweit unterstützt durch Sanrest, vor, dass die Übernahme des Küchenbetriebs und der Cafeteria einen Betriebsübergang im Sinne von § 3 Absatz 1 AVRAG bzw. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 darstelle. Sodexho habe materielle und immaterielle Mittel und im Ergebnis eine auf Dauer angelegte Wirtschaftseinheit mit den identen Kunden übernommen. Es habe sich um einen Produktionsbetrieb mit Elementen eines Handels- und Dienstleistungsbetriebs gehandelt. Nach Ansicht der Kläger ist die Betriebsveräußerung nicht entscheidend, vielmehr sei maßgeblich, dass der für das Geschick des Betriebes Verantwortliche wechsle. Der Übergang der Belegschaft sei eine Folge und nicht Voraussetzung des Betriebsübergangs.

15. Dieser Auffassung tritt Sodexho entgegen. Sie stützt sich zusammengefasst darauf, dass sie von Sanrest weder materielle oder immaterielle Betriebsmittel wie Warenlager, Menüpläne, Diätpläne, Rezepturen, Kalkulationen oder Erfahrungsbericht noch Teile der Belegschaft übernommen habe. Die allein übernommenen Räumlichkeiten samt Geräten begründeten keine arbeitsorganisatorische Einheit im Sinne eines Betriebsübergangs. Teilweise hätten auch die vom Krankenhaus übernommenen Inventarstücke ergänzt werden müssen. Sodexho führe den Betrieb nach ihrer eigenen Organisation, mit ihrer eigenen Kalkulation und ihrem eigenen Know-how und erstelle auch eigene Speisepläne. Im Ergebnis handle es sich lediglich um einen Auftragnehmerwechsel.

16. Das Erstgericht wies das Begehren der Kläger zurück und gelangte zu der Schlussfolgerung, dass es an einem Betriebsübergang fehle. Das Berufungsgericht teilte diese Auffassung nicht und änderte das Urteil dahin ab, dass der Klage stattgegeben wurde.

IV — Vorlagefrage

17. Im Revisionsverfahren hat der Oberste Gerichtshof dem Gerichtshof mit Beschluss vom 25. Juni 2001 gemäß Artikel 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Handelt es sich um den Übergang eines Betriebsteiles im Sinne des Artikels 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 Unternehmens- oder Betriebsteilen, wenn ein Krankenhausträger, der bisher ein Großküchenunternehmen mit der Versorgung der Patienten und des Krankenhauspersonals mit Speisen und Getränken zu einem auf den Verköstigungstag pro Person bezogenen Preis beauftragt und ihm dazu Wasser und Energie sowie seine Wirtschaftsräume (Betriebsküche) samt dem erforderlichen Inventar zur Verfügung gestellt hat, nach Aufkündigung dieses Vertrages diese Aufgaben und die bisher diesem ersten Großküchenunternehmen zur Verfügung gestellten Betriebsmittel einem anderen Großküchenunternehmen überträgt, ohne dass dieses zweite Großküchenunternehmen die vom ersten Großküchenunternehmen selbst eingebrachten Betriebsmittel — Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen — übernimmt?

V — Erklärungen der Verfahrensbeteiligten

18. Schriftliche Erklärungen eingereicht haben Sodexho, Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und die Regierung des Vereinigten Königreichs. Am 15. Mai 2003 fand eine mündliche Verhandlung statt.

19. Sodexho vertritt die Ansicht, dass kein Unternehmensübergang vorliege. Es habe keinen unmittelbaren Kontakt zwischen ihr und dem früheren Betreiber der Betriebsküche und der Cafeteria gegeben, und sie habe von diesem auch keine materiellen und immateriellen Betriebsmittel übernommen.

20. Sodexho bestreitet nicht, dass die Spitalsküche und die Spitals-Cafeteria eine organisierte Gesamtheit von Personen sowie materiellen und immateriellen Betriebsmitteln zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit seien.

21. Es liege aber kein Unternehmensübergang im Sinne der Richtlinie 77/187 vor, weil die Identität des Betriebs nicht bewahrt sei.

22. Sodexho habe von Sanrest weder Personal noch Führungskräfte, Arbeitsorganisation, Betriebsmethoden oder Betriebsmittel übernommen. Sie habe lediglich die vom Spitalserhalter zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten der Betriebsküche einschließlich des erforderlichen Inventars sowie die Versorgung mit Gas, Strom und Wasser übernommen. Die zur Verfügung gestellten Betriebsmittel allein reichten jedoch nicht aus für die Schlussfolgerung, dass die Identität des Betriebes bewahrt sei. Ebenso wenig könne aus dem bloßen Umstand, dass der frühere und der neue Auftragnehmer ähnliche Leistungen erbrächten, auf Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit geschlossen werden. In der bloßen Funktionsnachfolge liege noch kein Betriebsübergang.

23. Sodexho unterscheidet zwischen verschiedenen Branchen, unter die das Restaurant und die Cafeteria fallen könnten. Dabei handele es sich um Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme, Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die materiellen Betriebsmittel ankomme, und Branchen, in denen es für die Tätigkeit auf beide Faktoren gleichermaßen ankomme. Sodexho führt selbst nicht weiter aus, zu welcher Branche das Restaurant und die Cafeteria des Krankenhauses ihrer Ansicht nach gehören.

24. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme, könne eine Gruppe von Arbeitnehmern, die dauerhaft eine gemeinsame Tätigkeit verrichteten, eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine solche Einheit bewahre ihre Identität, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführe, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Personen übernehme, die sein Vorgänger gezielt für diese Tätigkeit eingesetzt habe. Sollten das Restaurant und die Cafeteria zu diesen Branchen gehören, so könne nur die Schlussfolgerung gezogen werden, dass kein Unternehmensübergang vorliege, da das neue Unternehmen niemanden von der alten Belegschaft übernommen habe.

25. Sollten das Restaurant und die Cafeteria des Krankenhauses zu den Branchen gehören, in denen die materiellen Betriebsmittel in erheblichem Umfang zur Tätigkeit beitrügen, so müsse die Tatsache, dass diese für den ordnungsgemäßen Betrieb der Einheit unerlässlichen Mittel nicht in nennenswertem Umfang vom alten auf den neuen Auftragnehmer übergegangen seien, zu der Schlussfolgerung führen, dass diese Einheit ihre Identität nicht bewahrt habe.

26. Gehörten das Restaurant und die Cafeteria des Krankenhauses zu den Branchen, in denen es für die Tätigkeit sowohl auf menschliche Arbeitskraft als auch auf materielle Betriebsmittel ankomme, könne ebenfalls kein Unternehmensübergang vorliegen, da keine Übertragung von Personal und Betriebsmitteln vom alten auf den neuen Auftragnehmer stattgefunden habe.

27. Die Kommission vertritt die Ansicht, dass ein Unternehmensübergang vorliege. Zu dieser Schlussfolgerung gelangt sie aufgrund der nachstehend kurz wiedergegebenen Argumente.

28. Wie die anderen Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen eingereicht haben, ist die Kommission der Meinung, dass es sich um eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit handele, deren Tätigkeit nicht nur auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt sei.

29. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Übergang vorliege, sei ausschlaggebend, ob die betreffende wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahre. Dabei seien sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnende Tatsachen zu berücksichtigen.

30. Erstens sei die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes zu untersuchen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liege darin, dass die Produkte dieses Betriebes im Wesentlichen nur von einem Auftraggeber abgenommen würden und der Betrieb (Betriebsteil) sich im Betrieb des Auftraggebers befinde, dem wesentliche sachliche Betriebsmittel (Anlagegüter) gehörten, die er im Rahmen des Auftrags zur Verfügung stelle.

31. Zweitens seien die Krankenhausküche und weitere Einrichtungen, die als materielle Betriebsmittel anzusehen seien, die wesentlich zur Tätigkeit beitrügen, von Sodexho übernommen worden. Das neue Unternehmen übernehme zwar keine der vom alten Betreiber eingebrachten Betriebsmittel wie Warenbestand, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen. Diese Betriebsmittel seien jedoch von untergeordneter Bedeutung.

32. Drittens habe Sodexho die Belegschaft des früheren Unternehmensinhabers nicht übernommen. Daraus folge aber nicht, dass kein Unternehmensübergang vorliege. Ein Unternehmen, bei dem materielle Betriebsmittel oder bestimmte Produktionsmethoden wesentlich zur Tätigkeit beitrügen, könne die Identität auch dann bewahren, wenn die Belegschaft nicht übernommen werde.

33. Die von Sodexho abgelehnte Übernahme der Belegschaft laufe dem Schutz zuwider, den die Richtlinie 77/187 den Arbeitnehmern gewähren wolle, jedenfalls was nichtqualifizierte Arbeitnehmer anbelange. Die Arbeitgeber könnten die Richtlinie dadurch unterlaufen, dass sie kein Personal übernähmen und damit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen.

34. Viertens spreche die Tatsache, dass die Kunden übernommen worden seien, für die Bewahrung der Identität, ebenso wie die Tatsache, dass die verrichteten Tätigkeiten ähnlich seien und es bei ihnen zu keiner Unterbrechung gekommen sei.

35. Aus den von der Regierung des Vereinigten Königreichs eingereichten Erklärungen ergibt sich, dass das Catering für sie arbeitsintensive Branche ist. In einer solchen Branche könne ein neuer Auftragnehmer die Anwendung der Richtlinie dadurch umgehen, dass er weder wesentliche Betriebsmittel noch einen wesentlichen Teil der Belegschaft des alten Auftragnehmers übernehme. In einer solchen arbeitsintensiven Branche würde es im Allgemeinen die schutzbedürftigen weniger qualifizierten Arbeitnehmer treffen, wenn entschieden würde, dass kein Unternehmensübergang vorliege.

36. Übernehme ein neuer Auftragnehmer aber weder wesentliche Betriebsmittel noch einen wesentlichen Teil der Belegschaft des alten Auftragnehmers, liege nur die Verrichtung ähnlicher Tätigkeiten durch den alten und den neuen Auftragnehmer vor. Würde eine solche Situation von der Richtlinie 77/187 erfasst, so läge ein Unternehmensübergang bereits dann vor, wenn ähnliche Tätigkeiten verrichtet würden. Diese weite Auslegung der Richtlinie sei ebenfalls unerwünscht.

37. Die Regierung des Vereinigten Königreichs trägt folgende drei Lösungen für diese Problematik vor, führt aber nicht weiter aus, welcher der Vorzug gebühre.

38. Übernehme ein neuer Auftragnehmer weder wesentliche materielle Betriebsmittel noch einen größeren Teil des Personals, so finde kein Unternehmensübergang im Sinne der Richtlinie statt. Welchen Zweck der neue Auftragnehmer mit der Entscheidung für oder gegen eine Übernahme der Belegschaft verfolge, sei für die Beantwortung der Frage, ob ein Übergang im Sinne der Richtlinie erfolgt sei, irrelevant. Diese Antwort würde zwar für Rechtssicherheit sorgen, hätte aber zur Folge, dass neue Auftragnehmer die Möglichkeit hätten, die Richtlinie zu umgehen.

39. Der Gerichtshof könne auch feststellen, dass der Zweck, den der neue Auftragnehmer mit der Entscheidung für oder gegen eine Übernahme der Belegschaft verfolge (insbesondere, ob dies zur Umgehung der Richtlinie geschehe), ein entscheidendes Kriterium für die Frage sei, ob ein Übergang vorliege. Die Richtlinie wäre dann anwendbar, wenn i) die Belegschaft nicht von dem neuen Auftragnehmer übernommen werde, ii) ein Übergang stattgefunden hätte, wenn die Belegschaft übernommen worden wäre und iii) der Grund dafür, dass die Belegschaft nicht übernommen worden sei, die Umgehung der Richtlinie gewesen sei. Diese Antwort würde ebenfalls für Rechtssicherheit sorgen; es könnte aber praktische Schwierigkeiten geben, die wirklichen Gründe festzustellen, aus denen der neue Auftragnehmer die Belegschaft nicht übernommen habe.

40. Der Gerichtshof könnte drittens feststellen, dass der Zweck, den der neue Auftragnehmer mit der Entscheidung gegen die Übernahme der Belegschaft verfolge, eine Tatsache sei, die für die Frage, ob ein Übergang vorliege, zu berücksichtigen sei. Das nationale Gericht müsste bei dieser Frage jedoch alle Tatsachen berücksichtigen.

41. Die zweite Frage, die zu behandeln sei, ergebe sich aus der Tatsache, dass der neue Auftragnehmer wesentliche materielle Betriebsmittel (wie Küchenräume und -ausstattung) in Gebrauch nehme, die zuvor vom alten Auftragnehmer verwendet, in beiden Fällen aber vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden seien.

42. Bezüglich der Frage, wie zu beurteilen sei, dass der neue Auftragnehmer materielle Betriebsmittel übernommen habe, die zuvor vom alten Auftragnehmer verwendet, in beiden Fällen aber vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden seien, ist die Regierung des Vereinigten Königreichs der Ansicht, dass die Rechtsprechung insoweit widersprüchlich sei [8].

43. Diese Unstimmigkeit lässt sich nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Königreichs wie folgt umschreiben. Würden unentbehrliche Betriebsmittel unmittelbar vom alten auf den neuen Auftragnehmer übertragen, so sei dies eine Tatsache, die für die Frage, ob ein Übergang vorliege, ausschlaggebend sei. Würden unentbehrliche Betriebsmittel dem neuen Auftragnehmer jedoch vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt und sei es üblich, dass die wichtigsten Betriebsmittel, die für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich seien, vom Auftraggeber gestellt würden, so sei eine entsprechende Vereinbarung für die Frage, ob ein Übergang stattgefunden habe, nicht ausschlaggebend.

44. Nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Königreichs bedarf diese Frage in der vorliegenden Rechtssache der Klärung durch den Gerichtshof.

VI — Beurteilung

A — *Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Reichweite von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187*

45. In Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens ist es zweckdienlich, zunächst die wichtigsten Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsprechung zur Reichweite von Artikel 1 der Richtlinie 77/187 wiederzugeben. Dabei wird auch die Auffassung des Gerichtshofes bezüglich der Anwendung der Richtlinie auf Vorgänge im

8 — Die widersprüchliche Rechtsprechung ergibt sich nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Königreichs aus den Urteilen vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache C-234/98 (Allen u. a., Slg. 1999, I-8643, Randnr. 30) und vom 25. Januar 2001 in der Rechtssache C-172/99 (Liikenne, Slg. 2001, I-745, Randnr. 42). Im Urteil Allen u. a. hat der Gerichtshof ausgeführt: „Der Umstand, dass das Eigentum an den für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen Aktiva nicht auf den neuen Betriebsinhaber übertragen worden ist, stellt aber kein Hindernis für das Vorliegen eines Übergangs dar ... Unter diesen Umständen ist es nicht entscheidungserheblich, dass zwischen der ACC und der AMS keine Übertragung von Aktiva stattgefunden hat." Im Urteil Liikenne hat der Gerichtshof ausgeführt: „In einem Bereich wie dem des öffentlichen Linienbusverkehrs, in dem die materiellen Betriebsmittel von erheblicher Bedeutung für die Ausübung der Tätigkeit sind, schließt jedoch die Tatsache, dass diese für den ordnungsgemäßen Betrieb der Einheit unerlässlichen Mittel nicht in nennenswertem Umfang vom alten auf den neuen Auftragnehmer übergehen, aus, dass diese Einheit ihre Identität bewahrt."

Bereich der Vergabe von Dienstleistungen angesprochen. Diese immer umfangreicher werdende Rechtsprechung bietet meiner Meinung nach einen wichtigen Ansatz für die Beantwortung der Vorlagefrage.

46. Wie sich aus Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie ergibt, gelten für ihre Anwendung drei Voraussetzungen: Der Übergang muss mit einem Wechsel des Arbeitgebers verbunden sein, er muss sich auf ein Unternehmen, einen Betrieb oder einen Betriebsteil beziehen und er muss auf einem Vertrag beruhen [9].

47. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 77/187 nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „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 Richtlinie ist damit in allen Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt."

9 — Urteil Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 21).

48. Der Gerichtshof hat außerdem wiederholt entschieden, dass „für einen Übergang im Sinne der Richtlinie [entscheidend] ist, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird" [10]. Danach müssen für den Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils zwei grundlegende Voraussetzungen erfüllt sein.

49. Erstens muss es bei dem Übergang um eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit gehen, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen sowie von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung [11].

50. Zweitens muss die Frage, ob das Unternehmen übernommen wird, anhand einer Reihe tatsächlicher Umstände bestimmt werden. Um diesen Teil der Prüfung geht es in der vorliegenden Rechtssache. Der Gerichtshof hat insoweit eine Reihe von Faktoren festgelegt, die das nationale Gericht

10 — Vgl. Urteile Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 10), vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers, Slg. 1986, 1119, Randnrn. 11 und 12) und zuletzt vom 7. März 1996 in den Rechtssachen C-171/94 und C-172/94 (Merckx und Neuhuys, Slg. 1996, I-1253, Randnr. 16).

11 — Vgl. insoweit Urteil Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 23).

zu berücksichtigen hat. Betroffen sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen wie

a) die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,

b) der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter,

c) der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs,

d) die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,

e) der etwaige Übergang der Kundschaft,

f) der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten

und

g) die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

51. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb dem Gerichtshof zufolge nicht isoliert betrachtet werden [12].

B — *Ist der Wechsel des Auftragnehmers als Übergang eines Unternehmens anzusehen?*

52. Bevor ich die Frage behandle, ob die Identität des Betriebes bewahrt ist, möchte ich die Aufmerksamkeit auf die Umstände lenken, unter denen der eine Auftragnehmer an die Stelle des anderen getreten ist.

53. Das Krankenhaus hat die Verköstigung, für die es als Arbeitgeber gegenüber der Belegschaft und als Versorgungseinrichtung gegenüber den Patienten zu sorgen hat, an ein Cateringunternehmen vergeben. Das Krankenhaus ist Empfänger von Dienstleistungen und somit als Kunde dieses Unternehmens zu qualifizieren. Für den Empfang der Dienstleistungen stellt es dem Dienstleistenden wesentliche Betriebsmittel zur Verfügung. In einer solchen Lage liegt eine enge unmittelbare Beziehung zum Auftraggeber vor. Nach Beendigung des Vertrages mit dem alten Auftragnehmer wurde nach vorheriger Ausschreibung ein neuer Vertrag mit Sodexho geschlossen. Sanrest besteht dabei als Betrieb fort.

12 — Urteile Spijkers (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 13), Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 14) und Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 24).

54. Unter diesen Umständen hat der ursprüngliche Dienstleistende lediglich einen Auftrag verloren und der neue Dienstleistende einen Auftrag erhalten. Ein Cateringbetrieb wird bei mehreren Kunden an verschiedenen Orten Dienstleistungen erbringen. Der Verlust nur eines Kunden kann daher meiner Meinung nach nicht mit dem Übergang eines Unternehmens gleichgestellt werden.

55. Dieser Ausgangspunkt kann sich, wie im Folgenden noch gezeigt wird, auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes stützen, in der der Übergangsbegriff einerseits zwar weit aufgefasst, seine Reichweite aber andererseits auch begrenzt wird.

56. Die Richtlinie ist in allen Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt.

57. Ein Unternehmen muss übergehen, und zwar „durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung" (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a). Dass dieser Begriff nicht so zu verstehen ist, dass der Übergang ausschließlich aufgrund eines Vertrages stattzufinden hätte, ergab sich bereits aus der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes.

58. Ein einseitiger Rechtsakt wie die Kündigung eines Pachtvertrags erfolgt auch im Rahmen eines Vertrages und kann daher unter die Richtlinie fallen. Im Urteil Redmond Stichting [13] änderte eine niederländische Gemeinde ihre Subventionspolitik in Bezug auf Hilfeleistung für Süchtige. Sie stellte die Gewährung ihrer Subventionen an eine Stiftung ein und gewährte sie daraufhin einer anderen Stiftung. Der Gerichtshof maß bei der Feststellung der Anwendbarkeit der Richtlinie 77/187 der Tatsache Bedeutung bei, dass die alte und die neue Stiftung die „Übertragung" von Patienten, Unterkunft, Kenntnissen und Mitteln einvernehmlich geregelt hatten. Der Gerichtshof hat in dem Urteil ausgeführt, dass in diesem Fall das Erfordernis der vertraglichen Übertragung erfüllt sei: „[I]n einigen Mitgliedstaaten werden Subventionen durch einseitigen Akt unter bestimmten Voraussetzungen, in anderen aufgrund von Subventionsverträgen gewährt." In allen Fällen erfolge die Änderung des Empfängers der Subvention im Rahmen vertraglicher Abmachungen im Sinne der Richtlinie.

59. Im Urteil Merckx und Neuhuys [14] hatten der alte und der neue Konzessionsinhaber im Rahmen der Änderung eines Konzessionsvertrags für Kraftfahrzeuge eine Regelung über Kosten im Zusammenhang mit der Übernahme von Mitarbeitern getroffen, was das Vorliegen einer vertraglichen Übertragung im Sinne der Richtlinie bestätigte. In der Rechtssache Collino und Chiappero [15] erfolgte der Übergang aufgrund eines Gesetzes. Der

13 — Urteil vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting, Slg. 1992, I-3189).

14 — Zitiert in Fußnote 10.

15 — Urteil vom 14. September 2000 in der Rechtssache C-343/98 (Collino und Chiappero, Slg. 2000, I-6659).

Gerichtshof hat auch hier festgestellt, dass das Erfordernis der vertraglichen Übertragung erfüllt sei. Unter schlichter Verweisung auf das Urteil Redmond Stichting hat er ausgeführt, dass die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht aufgrund des Umstands ausgeschlossen werden könne, dass der Übergang auf einseitigen Entscheidungen staatlicher Stellen und nicht auf einer Willensübereinstimmung zwischen Parteien beruhe.

60. Es ist daher nicht erforderlich, dass zwischen dem Übertragenden und dem Übertragungsempfänger unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen. Liegt dem Übergang ein Entschluss zugrunde, so ist das Erfordernis unabhängig davon erfüllt, ob dieser Entschluss als Vereinbarung, einseitiger Rechtsakt, gerichtliche Entscheidung oder Gesetz zu bezeichnen ist. Der Übergang kann auch in zwei Phasen über einen Dritten, z. B. den Eigentümer oder Vermieter, erfolgen. Die Richtlinie kann somit auch dann anwendbar sein, wenn der Übergang in zwei Phasen über einen Dritten erfolgt.

61. Der Gerichtshof hat jedoch auch ausgeführt, dass die Reichweite des Begriffs des Unternehmensübergangs nicht unbegrenzt ist. Die Untergrenze dieser weiten Auslegung hat der Gerichtshof im Urteil Süzen [16] formuliert: „[A]llein der Umstand, dass die von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Dienstleistungen ähnlich sind, [erlaubt] nicht den Schluss, dass der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliege ... Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar. Denn das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber in vollem Umfang weiter, ohne dass einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre."

62. Im Fall zweier konkurrierender Dienstleistungserbringer, die abgesehen davon, dass sie nacheinander einen Vertrag mit demselben Kunden abgeschlossen haben, überhaupt keine weitere Beziehung zueinander haben, liegt somit kein Übergang vor.

63. Unter Berücksichtigung des Urteils Süzen gelange ich daher zu der Schlussfolgerung, dass im vorliegenden Fall kein Unternehmensübergang vorliegt, sondern nur der Verlust eines Auftrags. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich ergibt, dass die Identität des Unternehmens dennoch bewahrt ist. Dies ist vorliegend der Fall, wenn der Vertrag zwischen Krankenhaus und neuem Auftragnehmer bestimmte Klauseln enthält wie u. a. eine Verpflichtung zur Übernahme der Belegschaft oder wenn sich aus anderen Umständen doch ein Übergang (eines Teils) des Unternehmens ergibt.

16 — Urteil Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 15 und 16).

C — *Bewahrung der Identität*

64. Fest steht, dass in den Vertrag zwischen dem Krankenhaus und Sodexho keine Klauseln in Bezug auf die Belegschaft aufgenommen wurden. Somit ist zu prüfen, ob sich aus anderen Umständen ergibt, ob die Identität des Unternehmens bewahrt ist. Dies ist entscheidend für die Frage, ob ungeachtet meiner soeben getroffenen Feststellung doch ein Unternehmensübergang vorliegt. Die Bewahrung der Identität wird anhand zweier grundlegender Voraussetzungen beurteilt (vgl. Nrn. 49 bis 51). Die erste dieser Voraussetzungen ist unstreitig. Das vorlegende Gericht geht davon aus, dass der Betrieb des Caterings und der Cafeteria eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung betrifft. Das vorlegende Gericht nennt als Zweck des Unternehmens die „Versorgung der Patienten und des Personals mit Speisen zu bestimmten Preisen". Dies wird im Grunde nicht bestritten und steht im vorliegenden Verfahren auch nicht zur Diskussion.

65. In der vorliegenden Rechtssache geht es wie gesagt um die zweite Voraussetzung, nämlich ob aus anderen Tatsachen auf eine Bewahrung der Identität und damit auf eine Fortführung des Unternehmens geschlossen werden kann (vgl. Nr. 50). Die Faktoren, die der Gerichtshof bei der Feststellung berücksichtigt, ob ein Unternehmensübergang vorliegt, werde ich im Folgenden behandeln. Ich möchte noch darauf hinweisen, dass diese Faktoren im Zusammenhang zu beurteilen sind [17].

Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes

66. Der Markt für Cateringtätigkeiten ist gekennzeichnet durch ein Endprodukt, das eine Kombination aus der Lieferung von Waren — der Mahlzeiten selbst — und der Erbringung bestimmter Formen von Dienstleistungen darstellt, u. a. Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, Ausgabe der Mahlzeiten in der Betriebskantine, Erstellung der Speisepläne, Transport des Essens und Reinigungstätigkeiten. Nach dem Vorlagebeschluss handelt es sich um die Verkettung einer Reihe von Handlungen, nämlich Erstellung der Speisepläne, Einkauf, Lagerhaltung, Transport, Ausgabe der Mahlzeiten (sofern nicht unmittelbar an die Patienten) und Reinigung.

67. Denkbar ist, dass das Catering für eine Versorgungseinrichtung wie ein Krankenhaus aufgrund der spezifischen gesundheitlichen Anforderungen, die am Arbeitsplatz gestellt werden, außerdem eine Reihe besonderer Qualitätsmerkmale aufweist. Diese Anforderungen können in der besonderen Beachtung von Hygieneproblemen und spezifischen Anforderungen

17 — Urteile Spijkers (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 13), Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 14) und Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 24).

bestehen, die an Mahlzeiten für bestimmte Patientengruppen (Diät usw.) gestellt werden. Nicht ausgeschlossen ist ferner, dass das Personal einige zusätzliche Anforderungen im Zusammenhang mit Kenntnissen und Fertigkeiten auf gesundheitlichem Gebiet erfüllen muss.

68. Das vorlegende Gericht weist ausdrücklich auf die Bedeutung hin, die im vorliegenden Fall den Betriebsmitteln für die Führung des Betriebes zukommt. Es führt aus, dass ausgehend von dem Betriebszweck — der Versorgung der Patienten und des Personals mit Speisen zu bestimmten Preisen — die Betriebsküche und deren Inventar als wesentliche Betriebsmittel anzusehen seien. Die Identität wird gebildet durch ein Gefüge von Betriebsmitteln, und die Belegschaft ist ein Teil davon. Vorliegend geht es um eine Vergabe qualifizierter Dienstleistungen.

69. Nach der Rechtsprechung ist die Bewahrung der Identität in den Fällen, in denen eine Vergabe von Dienstleistungen erfolgt, in ganz erheblichem Maße an die Übertragung der Belegschaft oder an die Übertragung von Betriebsmitteln geknüpft, und zwar in Abhängigkeit von der Art des Betriebes. Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich aber von den früheren Rechtssachen, mit denen der Gerichtshof befasst war.

70. Die Rechtsprechung zu Branchen, in denen eine wirtschaftliche Einheit nahezu ausschließlich auf der Grundlage des Personals funktionieren kann, also ohne bedeutende materielle oder immaterielle Betriebsmittel, lässt sich nicht ohne weiteres auf diesen Fall übertragen. In solchen Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, stellt eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft miteinander verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit dar. Eine solche Einheit kann ihre Identität daher über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Bei einem Bewachungs- oder Reinigungsunternehmen kann eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eine gemeinsame Aufgabe eigens auf Dauer zugewiesen ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass weitere Betriebsmittel vorhanden sind [18].

71. Vergleicht man das Krankenhauscatering mit den Merkmalen z. B. der Reinigungs- und Bewachungsbranche, so kommt es mir vor, dass der Faktor „menschliche Arbeitskraft" in der Krankenhauscateringbranche von geringerer Bedeutung ist als in der Reinigungs- und Bewachungsbranche und keinesfalls den wichtigsten Faktor darstellt. Das Krankenhauscatering unterscheidet sich als Tätigkeit in zweierlei Hinsicht von Reinigungs-

18 — Vgl. Urteile Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 21), vom 10. Dezember 1998 in den Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97, Hernández Vidal u. a., Slg. 1998, I-8179, Randnr. 27) und Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 26).

und Bewachungstätigkeiten. Erstens sind dabei neben dem Faktor Arbeit die materiellen Betriebsmittel von größerer Bedeutung. Zweitens wiegen Sachverstand, Kenntnis, Planung und Organisation dort erheblich schwerer als bei Reinigungs- und Bewachungstätigkeiten.

Materielle Betriebsmittel

72. In Anbetracht der besonderen Merkmale des Cateringgewerbes sind für die Bewahrung der Identität vor allem die immateriellen Betriebsmittel, die materiellen Betriebsmittel und das Personal zu betrachten.

Immaterielle Betriebsmittel

73. Im vorliegenden Fall ist Sodexho an die Stelle von Sanrest getreten. Dabei kam es zu keinem Übergang der Organisation des Arbeitsablaufs sowie von Know-how, Rezepten, Vorräten, Kalkulationen, Speiseplänen und Diätvorschriften. Dies sind wichtige immaterielle Betriebsmittel für einen spezialisierten Cateringbetrieb. Ich stelle daher fest, dass keine Übertragung immaterieller Betriebsmittel erfolgt ist.

74. Gerade im Cateringgewerbe muss festgestellt werden, dass diese immateriellen Betriebsmittel für die Identität eines Unternehmens entscheidend sind und einen wichtigen Wettbewerbsfaktor auf diesem Markt darstellen.

75. Neben den immateriellen Betriebsmitteln sind die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel für die Ausübung der Tätigkeit von Bedeutung.

76. Das vorlegende Gericht möchte in diesem Zusammenhang insbesondere in Erfahrung bringen, welchen Einfluss der Umstand hat, dass Wasser, Gas, Energie und Wirtschaftsräume samt Inventar vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.

77. Die Kommission hat in ihren Erklärungen dargelegt, dass die Küche des Krankenhauses und weitere Einrichtungen, die als materielle Betriebsmittel in erheblichem Maße zur Tätigkeit beitrügen, von Sodexho übernommen worden seien. Diese Ausführungen beruhen meines Erachtens auf einer unrichtigen Beurteilung der Sachlage. Die Betriebsmittel werden dem Küchenbetreiber vom Auftraggeber näm-

lich nur während der Laufzeit seines Vertrages mit dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Da der Auftraggeber Eigentümer der Betriebsmittel ist, kann er nach Ablauf des Vertrages selbst wieder vollständig über sie verfügen. In der vorliegenden Situation fehlt es daher an einer Übernahme dieser Betriebsmittel.

Personal

78. Der dritte Punkt betrifft die Frage, ob nahezu die gesamte Belegschaft vom Inhaber des neuen Unternehmens übernommen wird. Im vorliegenden Fall hat Sodexho kein Belegschaftsmitglied von Sanrest übernommen. Streng genommen ist dies im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Indiz dafür, dass keine Übernahme stattgefunden hat. Dazu sind jedoch einige Randbemerkungen angebracht.

79. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die eventuelle Übernahme der Belegschaft ein tatsächlicher Umstand, dem das nationale Gericht bei der Beurteilung des betreffenden Vorgangs Rechnung tragen muss. Insoweit stellen sich jedoch zwei Probleme, die übrigens eng miteinander zusammenhängen. Die Richtlinie 77/187 soll nämlich „die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens gewährleisten ..., indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren". In der Rechtsprechung wird aber ein Unternehmensübergang angenommen, wenn ein wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen wird. Der vorliegende Fall verdeutlicht die Inkongruenz zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die Arbeitnehmer spielen bei einer Übertragung nicht nur eine subjektive Rolle als Träger von Rechten und Pflichten, sondern auch eine objektive Rolle, nämlich als übertragene oder nicht übertragene „Betriebsmittel". Dies hat zur Folge, dass die Arbeitnehmer als „Betriebsmittel" von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage sein können, ob eine Übertragung vorliegt, und damit für die Wahrung ihrer eigenen Rechte.

80. Das zweite Problem liegt in der von der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission angeführten Missbrauchsmöglichkeit. Neue Vertragspartner können die Anwendung der Richtlinie in arbeitsintensiven Branchen dadurch umgehen, dass sie die Belegschaft des alten Vertragspartners nicht übernehmen. Ich bin mir mit der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission darin einig, dass dann, wenn der Frage, ob der neue Vertragspartner die Belegschaft des alten Vertragspartner übernehmen wollte, besondere Bedeutung zuerkannt wird, um daraus auf einen etwaigen Übergang schließen zu können, der mit der Richtlinie gebotene Schutz im Kern vom Willen der Parteien abhängt.

81. Dies steht im Widerspruch zu dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber verfolgten Zweck, die Arbeitnehmer in dem Fall zu schützen, dass der Eigentümer des Unternehmens wechselt. Es darf aber auch nicht so sein, dass der Arbeitgeber in allen Fällen

verpflichtet wird, die Arbeitnehmer zu übernehmen. Dies liefe den Grundsätzen des freien Wettbewerbs insbesondere in einer Branche wie dem Cateringgewerbe zuwider, in der die Qualität der Arbeitnehmer ein wichtiger Faktor für die Qualität der Dienstleistung darstellt. Wird für eine Betriebskantine ein neues Cateringunternehmen verpflichtet, weil man z. B. mit dem Service des Personals nicht zufrieden war, so wird der neue Auftragnehmer nämlich mit dem Personal konfrontiert, mit dem der Auftraggeber nicht zufrieden war.

82. Meines Erachtens ist es daher nicht möglich, in der vorliegenden Rechtssache das Kriterium, ob die Belegschaft vom neuen Vertragspartner übernommen wird, als bestimmenden Faktor zu berücksichtigen. Erstens, weil es sich hier nicht um eine Branche handelt, die rein durch den Einsatz des Personals bestimmt wird, sondern um eine Branche, in der, wie das vorlegende Gericht bereits festgestellt hat, materielle und immaterielle Betriebsmittel für die zu verrichtende Tätigkeit ebenfalls von wesentlicher Bedeutung sind. Zweitens, weil es in dem Verfahren vor dem nationalen Gericht gerade darum geht, ob die Belegschaft übergehen musste.

83. Es muss daher aus objektiven Gründen feststehen, ob die Identität des Betriebes bewahrt ist. In diesem Zusammenhang kann die Übernahme der Belegschaft keine „Voraussetzung" für den Übergang des Unternehmens sein, da, falls die Richtlinie in der vorliegenden Rechtssache für anwendbar gehalten wird, die Übernahme der Belegschaft die logische Folge ist.

84. Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat in ihren Erklärungen dargelegt, dass eventuell auf den Willen des neuen Vertragspartners abzustellen sei. Es ist aber sehr schwer, die Absichten des neuen Vertragspartners (oder des alten Vertragspartners) festzustellen. Außerdem kann die Anwendung eines solchen subjektiven Kriteriums rasch zur Umgehung der Richtlinie führen. Der Wille des Betroffenen kann daher kein Kriterium für die Frage sein, ob ein Unternehmensübergang vorliegt.

Sonstige Umstände

85. Ein weiterer Punkt, den der Gerichtshof als mögliches Indiz für den Übergang eines Unternehmens verwendet, ist die Übernahme der Kunden. Sodexho verpflichtet sich vertraglich dazu, das Restaurant und die Cafeteria des Krankenhauses zu betreiben. Einerseits ist das Krankenhaus Kunde von Sodexho, das Krankenhaus hat bestimmte Dienstleistungen zugunsten des Personals und der Patienten an Sodexho vergeben. Andererseits bestehen die Endabnehmer des Restaurants und der Cafeteria aus dem Personal und den Patienten des Krankenhauses. Betroffen ist hier somit ein geschlossener Kundenkreis. Dieser Kreis ist vor und nach der Übertragung derselbe geblieben.

86. Bei Fällen wie dem vorliegenden, in denen zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer ein Cateringvertrag über die Leistung von Cateringdiensten geschlossen wird, die von einem Unternehmen vergeben werden, bringt es die Art der vergebenen Cateringdienstleistung mit sich, dass der Kundenkreis derselbe bleibt.

87. Schließlich ist im vorliegenden Fall nicht streitig, dass der frühere und der neue Auftragnehmer ähnliche, wenn nicht gleiche Dienstleistungen erbringen. Sodexho übernimmt in einem Krankenhaus den Betrieb der Cateringtätigkeiten von Sanrest. Auch die Dauer einer etwaigen Unterbrechung der Tätigkeiten bedarf keiner weiteren Prüfung, da keine Unterbrechung eingetreten ist.

D — *Synthese*

88. In Nummer 63 bin ich bereits zu der Schlussfolgerung gelangt, dass in dieser Rechtssache kein Unternehmensübergang vorliegt, sofern sich nicht aus anderen Tatsachen und Umständen ergibt, dass die Identität des Unternehmens doch bewahrt ist.

89. Die Rechtsprechung zur Übernahme im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie zeigt, dass der Gerichtshof die Bewahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit weit auslegt, jedoch hat die Identität ein gewisses Maß an Organisation und Dauerhaftigkeit aufzuweisen und kann nicht ausschließlich aus dem Auftrag nur eines Kunden gefolgert werden. Die Identität hat sich auch aus anderen Merkmalen wie dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation, den Betriebsmethoden und gegebenenfalls den zur Verfügung stehenden materiellen und immateriellen Betriebsmitteln zu ergeben [19]. Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar [20].

90. Den für das Vorliegen eines Übergangs im Sinne der Richtlinie maßgeblichen Kriterien kommt notwendigerweise je nach der ausgeübten Tätigkeit und selbst nach den Produktions- oder Betriebsmethoden, die in dem betreffenden Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil angewandt werden, unterschiedliches Gewicht zu. Da eine wirtschaftliche Einheit insoweit in bestimmten Branchen ohne relevante materielle oder immaterielle Betriebsmittel tätig sein kann, kann die Wahrung der Identität einer solchen Einheit über ihren Übergang hinaus nicht von der Übertragung von Betriebsmitteln abhängen [21].

91. In der vorliegenden Rechtssache führen die Tatsachen nicht zu der Feststellung, dass ein Unternehmensübergang vorliegt.

19 — Vgl. Urteile Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 15) und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-175/99 (Mayeur, Slg. 2000, I-7755, Randnr. 49) sowie meine Schlussanträge in der Rechtssache Temco (zitiert in Fußnote 4, Nr. 55).

20 — Urteile Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 15 und 16) und Liikenne (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 34).

21 — Urteile Süzen (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 18), Temco (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 25) und Hernández Vidal u. a. (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 26).

Nach dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens steht fest, dass die immateriellen Betriebsmittel wie Speisepläne, Kalkulationen und spezifisches Know-how nicht übertragen wurden. Die materiellen Betriebsmittel sind ebenfalls nicht übertragen worden. Der Auftraggeber hat diese Betriebsmittel dem neuen Cateringunternehmen zur Verfügung gestellt; sie stellen lediglich einen Umstand dar, der bei der Vertragsanbahnung eine Rolle spielt. Schließlich ist auch die Belegschaft nicht übergegangen. Ich habe bereits ausgeführt, dass in dieser Rechtssache das Kriterium, ob die Belegschaft vom neuen Vertragspartner übernommen wird, nicht als bestimmender Faktor berücksichtigt werden kann. Es geht hier nicht um eine Branche, die rein durch den Einsatz des Personals bestimmt wird, sondern um eine Branche, bei der, wie das vorlegende Gericht bereits festgestellt hat, auch materielle und immaterielle Betriebsmittel wesentlich sind für die zu verrichtende Tätigkeit. Dieses Kriterium ist in einem Fall wie dem vorliegenden außerdem nicht brauchbar, weil es im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht gerade darum geht, ob die Belegschaft mit übergehen musste.

92. Auch die sonstigen Tatsachen und Umstände führen zu keiner anderen Feststellung. Lediglich der Auftrag für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen ist übergegangen, und dies ist keinesfalls zu vergleichen mit der Übertragung eines „going concern". Die Identität des Betreibers des Restaurants und der Cafeteria hat sich wesentlich verändert. Sodexho hat nach Beendigung des Sanrestvertrags als neuer Vertragspartner des Krankenhauses den Betrieb in die Hand genommen.

93. Die Beendigung eines Auftrags gegenüber dem einen Unternehmen und die darauf folgende Beauftragung eines anderen Unternehmens, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist, ist noch keine Übertragung. Die bloße Fortsetzung einer zuvor von einem anderen Unternehmen ausgeübten Tätigkeit, ohne dass Waren oder Rechte übertragen werden, bietet keine ausreichende Gewähr, dass der eine Fall vom anderen unterschieden werden kann. Der Verlust eines Auftrags kann für sich genommen kein Indiz für einen Übergang im Sinne der Richtlinie sein.

94. Diese auf der Grundlage der bestehenden Rechtsprechung gezogene Schlussfolgerung ist meines Erachtens auch zufrieden stellend. Ich habe bereits ausführlicher dargelegt, dass der Gerichtshof meines Erachtens sowohl aus rechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Gründen Zurückhaltung bei der Anwendung der Richtlinie 77/187 auf Branchen üben sollte, in denen die zumeist befristeten vertraglichen Beziehungen wechseln können — wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist [22].

22 — Schlussanträge in der Rechtssache Temco (zitiert in Fußnote 4, insbesondere Randnrn. 33 bis 40).

VII — Ergebnis

95. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

Artikel 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 Unternehmens- oder Betriebsteilen ist so auszulegen, dass es sich um keinen Unternehmensübergang handelt, wenn ein Krankenhausträger, der bisher ein Großküchenunternehmen mit der Versorgung der Patienten und des Krankenhauspersonals mit Speisen und Getränken zu einem auf den Verköstigungstag pro Person bezogenen Preis beauftragt und ihm dazu Wasser und Energie sowie seine Wirtschaftsräume (Betriebsküche) samt dem erforderlichen Inventar zur Verfügung gestellt hat, nach Aufkündigung dieses Vertrages diese Aufgaben und die bisher diesem ersten Großküchenunternehmen zur Verfügung gestellten Betriebsmittel einem anderen Großküchenunternehmen überträgt, ohne dass dieses zweite Großküchenunternehmen die vom ersten Großküchenunternehmen selbst eingebrachten Betriebsmittel — Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen — übernimmt.