SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI vom 9. Februar 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Mit zwei Urteilen vom 1. Mai 1987 ersucht Sie der Hoge Raad der Nederlanden um Auslegung einiger Bestimmungen der Richtlinie 77/187 des Rates vom 14. Februar 1977 zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Unternehmensübergang (ABl. L 61, S. 26).

Hier der Sachverhalt. Im Februar und im März 1982 wurden Herr Berg und Herr Busschers von Herrn Besselsen in dessen Diskothek Besi Mill in Ermelo als Arbeitskräfte eingestellt, der eine als Betriebsleiter und der andere als Teilzeitbeschäftigter. Am 15. Februar 1983 übertrug Besselsen den Betrieb aufgrund eines Mietkaufvertrags auf die Summerland BV, eine offene Handelsgesellschaft im Besitz von Herrn Manshanden und Herrn Tweehuijzen. Einige Monate später beantragten und erwirkten die beiden Arbeitnehmer beim Kantonrechter von Harderwijk, daß der Veräußerer und die Erwerber als Gesamtschuldner zur Zahlung des ihnen für die Zeit vom 15. Februar bis zum 25. November 1983 geschuldeten Monatslohns verurteilt wurden. Am selben Tag erklärte das Gericht auf Antrag von Besselsen den Vertrag wegen Nichterfüllung seitens der Käufer für aufgelöst.

Im Berufungsverfahren wurde die Entscheidung, durch die die Verurteilung zur Zahlung des Arbeitsentgelts ausgesprochen worden war, aufgehoben. Gegen das Berufungsurteil legten Berg und Busschers Rechtsmittel beim Hoge Raad ein. Dieser hat Ihnen gemäß Artikel 177 Absatz 3 EWG-Vertrag folgende Fragen vorgelegt:

a) Ist Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 dahin auszulegen, daß der Veräußerer nach dem Übergang des Unternehmens für die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nicht mehr einzustehen hat? Wenn ja, bedarf es für die Haftungsbefreiung des Veräußerers der Zustimmung des Arbeitnehmers? Wenn nein, kann der Eintritt dieser Rechtsfolge durch den Widerspruch des Arbeitnehmers verhindert werden, mit dem Ergebnis, daß er im Dienst des Veräußerers bleibt?

b) Stellt der Mietkaufvertrag einen Fall des Unternehmensübergangs im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie dar, und bewirkt die gerichtliche Auflösung dieses Vertrags ihrerseits einen Übergang mit der Folge, daß die Pflichten, die sich für den Mietkäufer aus dem zum Zeitpunkt der Auflösung bestehenden Arbeitsvertrag ergeben, wieder auf den Verkäufer übergehen?

Die Parteien der Ausgangsverfahren, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs, die niederländische und die portugiesische Regierung haben schriftliche Erklärungen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung ist nur die Kommission aufgetreten.

* Aus dem Italienischen übersetzt.

2. Erinnern wir uns daran, daß die Richtlinie 77/187 nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 „auf den Übergang von Unternehmen ... auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar" ist. In diesen Fällen gehen „die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs ... bestehenden Arbeitsvertrag ... auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über. Die Mitgliedstaaten können [jedoch] vorsehen, daß der Veräußerer auch nach dem Übergang ... neben dem Erwerber für Pflichten aus einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis einzustehen hat" (Artikel 3 Absatz 1 Unterabsätze 1 und 2).

Zur ersten Frage führen Berg und Busschers aus, im Falle der Übertragung werde der Veräußerer von seinen Pflichten gegenüber den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern nur mit deren Zustimmung befreit. Dagegen hängt nach Ansicht der übrigen Beteiligten diese Befreiung nicht vom Willen der übernommenen Arbeitnehmer ab, deren etwaiger Widerspruch nicht bewirke, daß sie im Dienst des Veräußerers blieben.

Ich schließe mich der zweiten Auffassung an. Bekanntlich fassen die Rechtsordnungen zahlreicher Mitgliedstaaten die Übertragung eines Vertrags als einen mehrseitigen Vertrag auf und verlangen deshalb die Zustimmung des Dritten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Erlaß der Richtlinie 77/187 dem Rechnung getragen hat: Die Mitgliedstaaten behalten nämlich die Möglichkeit, vorzusehen, daß der Veräußerer nach dem Übergang des Unternehmens *neben dem Erwerber* für die Pflichten aus den übertragenen Arbeitsverträgen einzustehen hat (Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2). Die diesem Vertragspartner somit auferlegte Haftung bedingt jedoch nicht die Wirksamkeit des Übergangs — dieser entfaltet seine Wirkungen mit Abschluß der Übertragung —, sondern *kommt* zu der Haftung des Veräußerers aus dem Übergang gemäß Unterabsatz 1 dieser Bestimmung *hinzu*.

Aus diesen Bestimmungen — so haben Sie erklärt — „ergibt sich, daß die Richtlinie das Ziel hat, die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers dadurch zu gewährleisten, daß sie es ihnen ermöglicht, ihre Tätigkeit für den Erwerber unter den gleichen Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren. Sie will [daher] ... die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form sicherstellen ..." (so das Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83, Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, Slg. 1985, 469, Randnr. 18, und das Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar, Slg. 1985, 2639, Randnr. 15).

Deutlicher konnte es nicht gesagt werden. In unserem Fall bin ich deshalb der Ansicht, a) daß der Veräußerer eines Unternehmens nach dem Gemeinschaftsrecht von seinen Pflichten gegenüber den übernommenen Arbeitnehmern — vorbehaltlich der in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Ausnahmeregelungen — befreit wird; b) daß der Übergang dieser Pflichten auf den Erwerber unabhängig von der Zustimmung der übernommenen Arbeitnehmer erfolgt und durch deren Widerspruch nicht verhindert werden kann. Anderenfalls würde nämlich das mit der Richtlinie verfolgte Ziel — die Förderung der Unternehmensmobilität unter Wahrung der Rechte des Unternehmenspersonals — nicht erreicht, da zuvor die Zustimmung aller betroffenen Arbeitnehmer eingeholt werden müßte.

3. Die erste Frage des zweiten Fragenkomplexes ist leicht zu beantworten. Der Vertrag, auf den sich die Fragen des vorlegen-

den Gerichts beziehen, ist nichts anderes als ein Unterfall des Kaufvertrags, aufgrund dessen der Käufer das Eigentum an der Sache mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate erwirbt, die damit verbundenen Risiken aber zum Zeitpunkt der Lieferung übernimmt. Es steht also außer Zweifel, daß dieser Vertrag, wenn er ein Unternehmen zum Gegenstand hat, einen Fall des Übergangs im Sinne der Richtlinie 77/187 darstellt.

Interessanter ist die zweite Frage. Sie geht dahin, ob dieser Fall auch dann gegeben ist, wenn derselbe Vertrag *ope iudicis* wegen Nichterfüllung seitens des Käufers aufgelöst wird. In diesem Zusammenhang ist an das Urteil vom 17. Dezember 1987 in der Rechtssache 287/86 (Ny Mølle Kro, Slg. 1987, 5465) zu erinnern: Darin haben Sie ausgeführt, daß „la reprise, par le propriétaire, de l'exploitation de l'entreprise cédée à bail, à la suite d'une violation du contrat de bail par le locataire-gérant" unter den Begriff der „vertraglichen Übertragung" im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie falle, da „une telle reprise intervient, elle aussi, sur la base du contrat de bail" (Randnr. 14).

Diese Feststellung ist für die Antwort entscheidend, die wir dem niederländischen Gericht schuldig sind. Aus ihrer Formulierung läßt sich nämlich ableiten, daß der Gerichtshof im Einklang mit einer in der zivilrechtlichen Lehre weit verbreiteten Ansicht die Nichterfüllung als eine Störung des vertraglichen Synallagmas auffaßt und deshalb auch in dem Gegenmittel (Auflösung), das die Rechtsordnung der vertragstreuen Partei bietet, ein vertragliches Phänomen sieht. Dies bedeutet aber wiederum, daß im vorliegenden Zusammenhang das Mittel, das diese Partei einsetzt, um die Auflösung zu erreichen, keinerlei Bedeutung hat. Ob es sich wie in der Rechtssache Ny Mølle Kro um die einseitige und empfangsbedürftige Erklärung, mit der eine ausdrückliche Auflösungsklausel geltend gemacht wird, oder wie im vorliegenden Fall um eine gerichtliche Entscheidung handelt, spielt keine Rolle: Die durch die Auflösung bewirkte (Rück)übertragung des Unternehmens — und infolge dessen die „reprise de l'exploitation" durch den Eigentümer — haben ihre Wurzeln stets in einem „vertraglichen" Bereich.

Es gibt noch ein Weiteres. Für die vorgetragene Auffassung spricht auch die Vielfalt der Lösungen, die insoweit in den nationalen Rechtsordnungen zu finden sind. Einige Rechtsordnungen — wie die französische, die belgische und im Grunde auch die niederländische — kennen nur die Auflösung *ope iudicis*, andere — wie die deutsche — schreiben eine einseitige Auflösung (Rücktritt) vor, andere wiederum — wie die italienische — lassen dem betreffenden Vertragspartner die Wahl zwischen einem gerichtlichen Vorgehen und der an den anderen Vertragspartner gerichteten Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist zu leisten, bei deren Ablauf der Vertrag als aufgelöst gilt. Für diese Lösungen sind praktische Erwägungen maßgebend (der Rücktritt und die Aufforderung zur Leistung sind schneller und ökonomischer, die Einschaltung des Gerichts versetzt die säumige Partei in die Lage, sich zu verteidigen, und bietet der anderen Partei eine größere Sicherheit). Eines ist jedoch sicher: Sie beruhen nicht auf einem unterschiedlichen Verständnis von dem die Auflösung bewirkenden Vorgang und bestätigen damit, soweit es hier von Belang ist, daß es im wesentlichen nicht darauf ankommt, welches Instrument der Vertragspartner *in bonis* gebraucht.

Lassen Sie mich nach diesen Worten wiederholen, was ich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Ny Mølle Kro ausgeführt habe, daß nämlich aus der Sicht des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 die vertragliche Übertragung und die Verschmelzung nur als *Beispielsfälle* aufzufassen sind. Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat, liegt der Schwerpunkt der Bestimmung in der Tat auf dem untechnischen Begriff „Übergang", worunter im Hinblick auf die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele jeder

rechtlich relevante Akt fällt (Vertrag, Testament, Verwaltungsakt, Urteil), der einen Wechsel der Inhaberschaft an dem Unternehmen bewirkt. Die einzige Voraussetzung für den Schutz, den die Richtlinie dem Arbeitnehmer bietet, besteht also in der Fähigkeit der übertragenen wirtschaftlichen Einheit, ihre eigene Identität zu bewahren, das heißt funktions- und leistungsfähig zu bleiben. Letztlich sind die einzigen Fälle, in denen Artikel 1 immer und unzweifelhaft keine Anwendung findet, diejenigen des Unternehmens im Konkurs und der Gesellschaft in Liquidation.

4. Nach alledem schlage ich Ihnen vor, auf die vom Hoge Raad mit Urteilen vom 1. März 1987 in den Rechtsstreitigkeiten Berg und Busschers gegen Besselsen vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

„a) Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 ist dahin auszulegen, daß der Veräußerer nach dem Übergang des Unternehmens von seinen Pflichten gegenüber den übernommenen Arbeitnehmern befreit ist, vorausgesetzt, daß die einschlägigen nationalen Rechtsbestimmungen nichts anderes vorschreiben. Dabei kommt es auf die Zustimmung oder den Widerspruch des übernommenen Arbeitnehmers nicht an.

b) Artikel 1 Absatz 1 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, daß er auf den Übergang eines Unternehmens aufgrund eines Mietkaufvertrags oder aufgrund der gerichtlichen Auflösung eines solchen Vertrags anwendbar ist, vorausgesetzt, daß die auf diese Weise übertragene wirtschaftliche Einheit ihre eigene Identität bewahrt."