SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 11. Juni 1996 *

A — Einführung

1. Im vorliegenden Fall handelt es sich um das erste Vorabentscheidungsersuchen aus den neuen deutschen Ländern. Es wurde vom Arbeitsgericht Halberstadt gemäß Artikel 177 EGV vorgelegt und befaßt den Gerichtshof mit Fragen zur Auslegung 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]

2. In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit wendet sich Frau Henke gegen die Gemeinde Schierke [2] und die Verwaltungsgemeinschaft „Brocken". Die Klägerin war seit Mai 1992 bei der Gemeinde Schierke als Sekretärin des Bürgermeisters tätig. Wie der Anwalt der Klägerin in der mündlichen Verhandlung weiter erläuterte, war sie als Sekretärin und Sachbearbeiterin im Bereich Wirtschaftsförderung und Fremdenverkehrsangelegenheiten beschäftigt. Wie der Anwalt des weiteren ausführte, war sie auch nicht die einzige Angestellte der Gemeindeverwaltung, was sich bereits aus der Tatsache ableiten lasse, daß es — wie bereits in den Schriftsätzen erwähnt — bei der Gemeinde Schierke einen Personalrat gab.

3. Am 1. Juli 1994 schloß sich die Gemeinde Schierke mit anderen Gemeinden der Region zur Verwaltungsgemeinschaft „Brocken" zusammen. Eine solche Möglichkeit ist in §§ 75 ff. der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt vom 5. Oktober 1993 [3] — im folgenden GO LSA — vorgesehen. Eine auf diese Weise durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung gebildete Verwaltungsgemeinschaft besitzt als Körperschaft des öffentlichen Rechts eigene Rechtspersönlichkeit mit Dienstherrenfähigkeit. Sie wird zur Verbesserung der Verwaltungsarbeit von kleineren Gemeinden gebildet. Zu ihren Tätigkeiten gehört die Erledigung der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises der Mitgliedsgemeinden. Die Verwaltungsgemeinschaft kann aber auch Aufgaben erledigen, die zum eigenen Wirkungskreis der Mitgliedsgemeinden gehören und die ihr die Mitgliedsgemeinden übertragen. Ob diese

* Originalsprache: Deutsch.

1 — ABl. L 61, S. 26.

2 — Es handelt sich dabei um die bereits von Goethe in seinem „Faust" erwähnte Gemeinde. Mephistopheles nimmt Faust zur Walpurgisnacht ins Harzgebirge in die „Gegend von Schierke und Elend" mit. Siehe dazu: Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, vor Zeile 3835. Die Gemeinde Elend gehört ebenfalls zu der Verwaltungsgemeinschaft „Brocken".

3 — GVBl. LSA Nr. 43/1993, S. 568 ff.

Aufgaben übertragen werden und wenn ja, in welchem Umfang, liegt im Ermessen der Gemeinden.

4. Im vorliegenden Fall wurden sämtliche Aufgaben der Gemeinde Schierke an die Verwaltungsgemeinschaft übertragen. Die Gemeindeverwaltung Schierke wurde aufgelöst, der gesamte Aktenbestand ging auf die Verwaltungsgemeinschaft über; anstelle des hauptamtlichen Bürgermeisters wurde ein ehrenamtlicher Bürgermeister in Schierke eingesetzt.

5. Der Klägerin wurde eine Stelle bei der Verwaltungsgemeinschaft „Brocken" angeboten. Diese lehnte sie mit der Begründung ab, sie könne nur eine Stelle in Schierke selbst annehmen, da sie ihr Kind betreuen müsse. Eine Stelle bei der Außenstelle der Verwaltungsgemeinschaft in Schierke, für die sie sich beworben hatte, erhielt die Klägerin nicht. Nach Angaben des Anwaltes von Frau Henke in der mündlichen Verhandlung werden in Schierke weiterhin Aufgaben der Wirtschaftsförderung und Fremdenverkehrsangelegenheiten bearbeitet, letztere überwiegend für die Gemeinde Schierke selbst.

6. Am 5. Juli 1994 kündigte die Gemeinde Schierke den Arbeitsvertrag von Frau Henke. Daraufhin rief die Klägerin das Arbeitsgericht an. Sie machte geltend, ihr Arbeitsvertrag sei bei der Bildung der Verwaltungsgemeinschaft auf letztere übergegangen, weshalb die Gemeinde Schierke den Arbeitsvertrag nicht kündigen könne.

7. Das Arbeitsgericht Halberstadt legte daraufhin folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1) Handelt es sich um einen Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie des Rates 77/187/EWG vom 14. Februar 1977, wenn infolge der Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft gemäß § 75 Absatz 1 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt vom 5. Oktober 1993 (GO LSA), GVBl. LSA, S. 568 ff., diese die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises der Mitgliedsgemeinden gemäß § 77 Absatz 1 GO LSA erfüllt und die nach Maßgabe des § 77 Absatz 2 GO LSA übertragenen Aufgaben des eigenen Wirkungskreises der Mitgliedsgemeinden durchführt?

2) Falls die Frage 1 bejaht wird:

Beruht der Übergang auf einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG, weil die Verwaltungsgemeinschaft durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung gebildet worden ist?

B — Stellungnahme

8. Mit der Bitte um Auslegung des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie stellt das vorlegende Gericht die Frage nach dem allgemeinen Anwendungsbereich der Richtlinie.

Artikel 1 Absatz 1 lautet:

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

9. Daraus ergeben sich drei Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie:

— Es muß ein Unternehmen im Sinne der Richtlinie vorliegen.

— Dieses Unternehmen muß übergegangen sein.

— Es muß sich dabei um eine vertragliche Übertragung oder Verschmelzung handeln.

10. Die ersten beiden Voraussetzungen sind im Rahmen der ersten Vorlagefrage zu prüfen, während die zweite Vorlagefrage sich mit der dritten Voraussetzung befaßt.

Zum Begriff des Unternehmens

11. Ich möchte zunächst auf den Unternehmensbegriff der Richtlinie 77/187 eingehen, da sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach dem allgemeinen Anwendungsbereich der Richtlinie stellt. Hier wird zu entscheiden sein, ob die Richtlinie auf den Bereich des öffentlichen Rechts der Mitgliedstaaten, hier speziell auf eine Gemeindeverwaltung, Anwendung finden kann. Mit anderen Worten: ob eine Gemeinde ein Unternehmen im Sinne der Richtlinie sein kann.

12. Eine Definition des Begriffs „Unternehmen" findet sich weder in der Richtlinie selbst noch an anderer Stelle des kodifizierten Gemeinschaftsrechts, abgesehen von Artikel 196 EAGV, der hier jedoch nicht einschlägig ist. Allerdings gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung des Gerichtshofes

zum Unternehmensbegriff. Dabei sind zunächst verschiedene Unternehmensbegriffe zu unterscheiden. Einige Urteile befassen sich mit dem Begriff im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 59 EG-Vertrag, andere im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften der Artikel 85 ff. EG-Vertrag.

13. Was den Unternehmensbegriff der Richtlinie 77/187 anbetrifft, so ist zunächst auf das Urteil in der Rechtssache Redmond Stichting [4] zu verweisen. In diesem Urteil hat der Gerichtshof implizit entschieden, daß eine Gewinnerzielungsabsicht bei der Ausübung der Tätigkeiten nicht erforderlich sei, um eine Einrichtung als Unternehmen im Sinne der Richtlinie 77/187 ansehen zu können. Es ging in diesem Fall um eine Stiftung, die sich insbesondere mit der Hilfeleistung für Süchtige befaßte. Trotz fehlender Gewinnerzielungsabsicht hat der Gerichtshof hier die Unternehmenseigenschaft bejaht. Diese Entscheidung wurde im Jahr 1994 erneut bestätigt, als der Gerichtshof in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich) [5] bezüglich des Unternehmensbegriffes der Richtlinie ausdrücklich auf das Urteil Redmond Stichting verwies.

14. In diesen beiden Urteilen war der Gerichtshof jedoch nicht mit dem Bereich der öffentlichen Verwaltung befaßt, weshalb sie auch keinerlei Hinweis dafür enthalten, ob die Richtlinie in diesem Bereich Anwendung findet oder nicht. Neben der Aussage, daß eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist, nennen sie keinerlei Kriterien für die Prüfung der Unternehmenseigenschaft.

15. Das Vereinigte Königreich hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, die Rechtsprechung zu Artikel 85 bezüglich des Unternehmensbegriffs sei auf die Richtlinie 77/187 übertragbar. Es stützt sich dabei auf das Urteil in der Rechtssache C-382/92 [6]. Der Gerichtshof hat dort zu der Frage, ob eine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich sei, ausgeführt, er habe bereits in wettbewerbsrechtlichen Fällen und sozialrechtlichen Fällen zumindest implizit festgestellt, daß eine solche nicht erforderlich sei. Daraus schließt das Vereinigte Königreich, die Feststellungen der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff des Artikels 85 seien auch auf den Begriff des Unternehmens in der Richtlinie 77/187 anwendbar.

16. Es erscheint mir fraglich, ob man so weitreichende Konsequenzen alleine aus der genannten Formulierung ableiten kann. Im übrigen würde dies im vorliegenden Fall auch nicht sehr viel weiterführen, da auch im Rahmen des Artikels 85 nicht entschieden wurde, ob ein Teil der öffentlichen Verwaltung, zum Beispiel eine Gemeinde, ein Unternehmen im Sinne des Artikels 85 ist.

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

5 — Urteil vom 8. Juni 1994 in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1994, I-2435, Randnr. 44).

6 — Rechtssache C-382/92 (zitiert in Fußnote 5).

Zwar ging es in dem Urteil General Motors [7] um die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben durch ein privates Unternehmen. Dabei wurde Artikel 86 im konkreten Fall für anwendbar angesehen und damit eine Unternehmenseigenschaft nicht ausgeschlossen. Anzumerken ist, daß es nicht um die Frage ging, ob eine Organisationseinheit, die normalerweiser die öffentlich-rechtlichen Funktionen wahrnimmt, als Unternehmen anzusehen ist, sondern der Fall genau umgekehrt gelagert war. Schon aus diesem Grunde erscheint es mir hier wenig hilfreich, auf die Rechtsprechung zu Artikel 85 zurückzugreifen. Dies um so mehr, da der Gerichtshof selbst, wie die Kommission zutreffend vorträgt, die allgemeine Regel aufgestellt hat, daß dem Begriff „Unternehmen" die Bedeutung beizumessen ist, die angesichts des Zwecks der betroffenen Gemeinschaftsregeln und ihrer praktischen Wirksamkeit am geeignetsten ist [8]. Das heißt für den hier vorliegenden Fall, daß man anhand der Richtlinie selbst entscheiden muß, ob sie auf eine Gemeindeverwaltung Anwendung finden soll oder nicht.

17. Die Bundesregierung lehnt eine solche Anwendung von vornherein ab. Ihrer Meinung nach erfasse die Richtlinie nicht hoheitliches Handeln, wie es im vorliegenden Fall vom hauptamtlichen Bürgermeister der Gemeinde Schierke ausgeübt worden sei. Dazu trägt sie vor, der Bürgermeister sei für die Erteilung von Baugenehmigungen, die Finanz- und auch Liegenschaftsverwaltung sowie die Bearbeitung der Rechtsstreitigkeiten der Gemeinde zuständig. Diese Aufgaben seien Teile der kommunalen Selbstverwaltung, weshalb der Bürgermeister auf jeden Fall (auch) hoheitlich handele. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes müsse es sich beim Übergang eines Unternehmens aber um die Übertragung einer *wirtschaftlichen* Einheit handeln. Das heißt, es müsse ein Zusammenhang mit der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestehen.

18. Als weiteres Argument führt die Bundesregierung an, daß die Richtlinie auf Artikel 100 EG-Vertrag gestützt sei. Dieser ist Rechtsgrundlage für Richtlinien zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, „die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken". Gemeinden nähmen bei der Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Aufgaben aber gerade nicht am Gemeinsamen Markt teil. Es bestehe auch kein Bezug der hoheitlichen Gemeindetätigkeit zu den Tätigkeiten der Gemeinschaft nach Artikel 3 EG-Vertrag.

19. Des weiteren trägt die Bundesregierung vor, die gemeindliche Tätigkeit sei durch nationale Gesetze abschließend geregelt, weshalb sie nicht Bestandteil der gemeinschaftlichen Wirtschaftsordnung sein könne und auch nicht vom Rat geregelt werden dürfe.

7 — Urteil vom 13. November 1975 in der Rechtssache 26/75 (General Motors, Slg. 1975, 1367).

8 — Urteil vom 2. Oktober 1991 in der Rechtssache C-7/90 (Vandevenne, Slg. 1991, I-4371, Randnr. 6).

20. Auch der Wortlaut der Richtlinie spricht nach Meinung der Bundesregierung gegen eine Anwendung im vorliegenden Fall. Es sei dort die Rede von „Unternehmen", „Betrieb", „Betriebsteilen" und vom „Inhaberwechsel". Es würden also Begriffe verwendet, die auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar seien.

21. Weiterhin ist die Bundesregierung der Ansicht, daß es auch nicht erforderlich war, in dieser Richtlinie eine Bereichsausnahme für die Arbeitnehmer der öffentlichen Verwaltung vorzusehen, da es von vornherein nur um die Übertragung wirtschaftlicher Einheiten gehe und die Richtlinie vom Regelungszweck her somit auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung finden sollte.

22. Es erscheint mir nicht richtig, die Anwendbarkeit der Richtlinie auf den vorliegenden Fall generell abzulehnen, wie es die Bundesregierung tut. Es wird nicht bestritten — auch nicht von der Bundesregierung —, daß eine Gemeinde durchaus wirtschaftlich tätig sein kann. Der Klägervertreter hat in der mündlichen Verhandlung einige Beispiele für Aufgaben der Gemeinde genannt, die erwerbswirtschaftlichen Charakter haben. Es sind dies Verkauf oder Vermietung oder Verpachtung gemeindeeigener Grundstücke, Häuser oder Wohnungen, Vermietung des Gemeindesaales an private Veranstalter von Festlichkeiten, Tätigkeiten zur Förderung des Fremdenverkehrs als eine Art von Werbungsmanagement und viele Dienstleistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, wie Kindertagesstätten, kulturelle Angebote, Parkraumbewirtschaftung und öffentlicher Personennahverkehr. Hierbei sind auch die klassischen Bereiche Abfallbeseitigung und Wasserwirtschaft zu nennen. Das heißt, selbst wenn man das Ausüben einer wirtschaftlichen Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendung der Richtlinie ansieht, könnte man eine Gemeinde durchaus als Unternehmen im Sinne der Richtlinie behandeln. Es ist deshalb fraglich, ob man die Gemeinde und ihre Angestellten nur deshalb aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen soll, weil die Gemeinde auch hoheitlich tätig wird. Dies ist um so mehr fraglich, als — wie der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat — die Gemeinden nach der Gemeindeordnung und der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt keine hoheitlichen Aufgaben im engeren Sinne (Polizei, Strafvollzug, Militär) ausüben.

23. Man kann eine Anwendung der Richtlinie auf den Bereich der gemeindlichen Tätigkeit auch nicht — wie die Bundesregierung es tut — mit der Begründung ablehnen, es fehle an der Kompetenz des Rates zur Regelung dieses Bereichs. Es handelt sich hier vom Ausgangspunkt her nicht um eine Richtlinie des Rates für den öffentlichen Bereich, sondern um eine Richtlinie zum Schutz der Arbeitnehmer, die sich eventuell auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung erstreckt. Es wird — wenn überhaupt erforderlich — später zu prüfen sein, ob eine solche Erstreckung noch von der Rechtsgrundlage der Richtlinie, nämlich Artikel 100 EG-Vertrag, gedeckt ist.

24. Auch für das Argument der Bundesregierung bezüglich der Bereichsausnahme lassen sich überzeugende Gegenargumente finden. So ist die Kommission der Meinung, daß die Richtlinie auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung gerade deshalb Anwendung findet, weil dieser Bereich nicht ausdrücklich ausgenommen ist. Als Beispiel führt sie die Richtlinie bezüglich der Regelung bei Massenentlassungen [9] an, in der der Bereich der öffentlichen Verwaltung ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich herausgenommen ist. Die Richtlinie 77/187 selbst nennt nur eine Ausnahme, in Artikel 1 Absatz 3, die sich auf die Seeschiffahrt bezieht. Aus diesem Grunde ist die Kommission der Meinung, daß die Richtlinie auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung prinzipiell anwendbar sei.

25. Allerdings unterscheidet auch sie bestimmte Bereiche, je nachdem, ob eine hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgeübt werde oder nicht. Nach Meinung der Kommission fallen deshalb nur rein hoheitliche Funktionen, zum Beispiel die des Bürgermeisters, der Polizei oder des Gefängnispersonals, nicht unter die Richtlinie 77/187. Dagegen unterlägen der Richtlinie Bereiche der Verwaltung, die im klassischen Sinne wirtschaftlich tätig sind, zum Beispiel Eigenbetriebe wie Abfallbeseitigung, Wasserwerke und Verkehrsunternehmen; aber auch Bereiche mit hoheitlichen Aufgaben gehörten hierzu, und zwar wenn die Tätigkeiten von Personen erledigt werden, die nach den nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften als Arbeitnehmer geschützt sind (hierzu zählt nach Meinung der Kommission zum Beispiel die Sekretärin des Bürgermeisters, die als Angestellte beschäftigt ist) oder wenn die Tätigkeiten von Personen erledigt werden, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes keine hoheitlichen Funktionen ausüben und deren Tätigkeiten vom Prinzip her von einem privaten Unternehmen und mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeführt werden könnten. Hierzu rechnet die Kommission beispielsweise die Tätigkeit der verbeamteten Sekretärin des Bürgermeisters, deren Tätigkeit auch von einem externen Bürodienstleistungsunternehmen verrichtet werden könnte.

26. Selbst für den Fall, in dem unstreitig eine hoheitliche Tätigkeit vorliegt, bejaht die Kommission die Anwendbarkeit der Richtlinie, wenn dieser Bereich privatrechtlich organisiert wird. Als Beispiel nennt die Kommission hierbei die Privatisierung von staatlichen Gefängnissen.

27. Eine ähnliche Meinung vertrat auch das Vereinigte Königreich in der mündlichen Verhandlung. Dabei wurde zwar nicht strikt zwischen dem Unternehmensbegriff und dem Begriff des Übergangs eines solchen Unternehmens unterschieden, dennoch läßt sich aus dem Vortrag ableiten, daß eine

9 — Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 48, S. 29) zuletzt geändert durch die Richtlinie 92/56/EWG des Rates vom 24. Juni 1992 (ABl. L 245, S. 3).

Abteilung, die im wesentlichen oder lediglich Regierungstätigkeiten ausübt, das heißt Tätigkeiten, die von Natur her keine wirtschaftlichen Tätigkeiten sind, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen soll. Auch der Verweis auf die Rechtssache Eurocontrol [10] zeigt, daß nach Meinung des Vereinigten Königreichs eine Differenzierung nach hoheitlicher und nicht hoheitlicher Tätigkeit vorgenommen werden sollte. In diesem Urteil wurden Tätigkeiten in bezug auf die Kontrolle und die Überwachung von Luftraum als Ausübung typischerweise hoheitlicher Vorrechte angesehen, die nicht wirtschaftlicher Art seien.

28. Hierzu muß angemerkt werden, daß es sich bei diesem Urteil um ein Urteil zum Unternehmensbegriff des Artikels 85 handelt. Ob dieser Begriff auf die Richtlinie übertragbar ist, ist, wie bereits oben erläutert, fraglich. Es bleibt jedoch festzuhalten, daß nach Meinung des Vereinigten Königreichs die Anwendung der Richtlinie davon abhängig gemacht werden muß, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird oder eine Tätigkeit, die typischerweise die einer öffentlichen Verwaltung ist.

29. Das Kriterium der hoheitlichen Tätigkeit bzw. der typischen Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung scheint mir für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs der Richtlinie 77/187 nicht der richtige Ausgangspunkt zu sein. Dies ergibt sich meines Erachtens schon aus rein praktischen Überlegungen. Abgesehen vom klassischen Bereich der Eigenbetriebe und dem Bereich der rein hoheitlichen Funktion erscheint mir die Abgrenzung im einzelnen sehr schwierig und nicht immer durchführbar. Denn selbst im Bereich der hoheitlichen Tätigkeit hat es in den letzten Jahren einen enormen Wandel gegeben. Tätigkeiten, die noch vor einigen Jahren als rein hoheitliche angesehen wurden, werden inzwischen von Privatunternehmen ausgeführt. Als Beispiel möchte ich hier die Deutsche Bundespost nennen, die inzwischen privatisiert wurde (Telekom, Post-Bank, Post-AG), obwohl man noch vor einigen Jahren davon ausging, daß sie rein hoheitliche Tätigkeiten ausübt. Die Kommission selbst nennt ein weiteres Beispiel, nämlich die Privatisierung von Gefängnissen. Das heißt, das Kriterium der hoheitlichen Tätigkeit ist sehr schwer zu bestimmen, da es einem ständigen Wandel unterworfen ist. Was heute als rein hoheitlich gilt, kann schon in einigen Jahren von einem privaten Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeführt werden. Dabei ist es auch nicht ausgeschlossen, daß man Aufgaben, die von einem Privatunternehmen ausgeführt werden, in einiger Zeit wieder als hoheitliche Funktionen ansieht. Es ist daher kaum zu begründen, weshalb die Angestellten, die diese Tätigkeiten ausüben, einmal unter den Schutz der Richtlinie fallen und nach Änderung der Auffassung bezüglich des hoheitlichen Charakters der Tätigkeit, diesen Schutz nicht mehr genießen sollen. Des weiteren ist es fraglich, wie ein Arbeitnehmer einzustufen wäre, der sowohl hoheitliche als auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

10 — Urteil vom 19. Januar 1994 in der Rechtssache C-364/92 (SAT/Eurocontrol, Slg. 1994, I-43).

30. Aus diesem Grunde scheint mir ein anderer Ansatz geeigneter zu sein. Meiner Meinung nach ist es sinnvoller, anhand des Zwecks der Richtlinie zu prüfen, ob eine Gemeinde ein Unternehmen im Sinne der Richtlinie sein kann oder nicht. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat [11], ergibt sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 77/187, daß es deren Ziel ist, zu verhindern, daß Strukturveränderungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes sich zum Nachteil der Arbeitnehmer der betroffenen Unternehmen auswirken. Das heißt, im Vordergrund steht der Schutz der Arbeitnehmer. Daß die Richtlinie eine sozialrechtliche Bedeutung hat, ergibt sich ebenfalls aus der Tatsache, daß sie — wie auch von der Kommission vorgetragen — in der Entschließung des Rates über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm angekündigt wurde [12].

Der fünfte Erwägungsgrund der Richtlinie bezieht sich auf Artikel 117 des Vertrages. Dieser lautet:

„Die Mitgliedstaaten sind sich über die Notwendigkeit einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen. ...“

31. Zwar wird im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie darauf hingewiesen, daß sich die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bezüglich des Arbeitnehmerschutzes auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes unmittelbar auswirken. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Zweck der Richtlinie lediglich darin besteht, das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu sichern. Vielmehr geht es hauptsächlich um den Schutz der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen.

Artikel 117 hat eine doppelte — wirtschaftliche und soziale — Zweckbestimmung. Die soziale Zweckbestimmung geht dahin, die Lebens- und Beschäftigungsbedingungen zu verbessern. Ebenso soll — und das ist die wirtschaftliche Zweckbestimmung — verhindert werden, daß der unterschiedliche Entwicklungsstand der Arbeits- und Sozialgesetzgebung in den Mitgliedstaaten zu Wettbewerbsnachteilen der Unternehmen in Mitgliedstaaten mit hohem Schutzstandard führt oder gar noch schwerwiegendere Störungen des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes verursacht. Auch hieraus wird deutlich, daß der Schutzzweck der Richtlinie darin besteht, die Arbeitnehmer beim Übergang eines Unternehmens zu schützen. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie auf den Personenkreis abzustellen, der von ihr geschützt werden soll, nämlich die Arbeitnehmer. Auch die Kommission hat in ihrem Schriftsatz einen ähnlichen Ansatz erwähnt.

11 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83 (Abels, Slg. 1985, 469, Randnr. 18).

12 — ABl. C 13 vom 12. Februar 1974, S. 1.

32. Wenn man davon ausgeht, daß es Sinn und Zweck der Richtlinie ist, die Arbeitnehmer beim Übergang eines Unternehmens zu schützen, muß dieser Schutz allen Arbeitnehmern zugute kommen, die nach den nationalen Vorschriften als Arbeitnehmer geschützt sind. In letzter Konsequenz bedeutet das aber, daß die Richtlinie immer dann Anwendung findet, wenn in einem Unternehmen oder einer Organisationseinheit Personen tätig sind, die nach den nationalen Vorschriften als Arbeitnehmer geschützt sind. Das wiederum heißt, daß die Richtlinie auf die Organisationseinheiten anwendbar ist, die Arbeitnehmer im Sinne der nationalen Schutzvorschriften beschäftigen. Auf diese Weise ist gewährleistet, daß alle Arbeitnehmer, die nach nationalen Vorschriften schutzwürdig sind, auch den Schutz der Richtlinie genießen.

33. Betrachtet man den Schutzzweck der Richtlinie, so ist nicht einzusehen, weshalb Angestellte der öffentlichen Verwaltung — entsprechend dem Vortrag der Bundesregierung — nur aus dem Grunde aus dem Schutzbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden sollten, weil ihre Behörde *auch* hoheitlich tätig wird. Dies widerspräche meiner Meinung nach eindeutig dem Schutzzweck der Richtlinie. Es sollte deshalb nicht nach hoheitlicher oder wirtschaftlicher Tätigkeit unterschieden werden, sofern die Begriffsbestimmung „Unternehmen" in Rede steht, sondern allein auf den Arbeitnehmerbegriff abgestellt werden. Ebenso sollte man nicht zwischen Angestellten des öffentlichen Dienstes und Angestellten im Bereich des Privatrechts unterscheiden. Dies würde ebenfalls zu Ergebnissen führen, die dem Schutzzweck der Richtlinie widersprächen, zumal eine solche Unterscheidung nicht in allen Mitgliedstaaten existiert (im Vereinigten Königreich zum Beispiel gibt es keine Unterscheidung danach, ob ein Erwerbstätiger im öffentlichen Dienst oder in der Privatwirtschaft beschäftigt ist).

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, daß in der Bundesrepublik selbst im Bereich des öffentlichen Dienstes privatrechtliche Tarifverträge auf die Beschäftigungsverhältnisse der Angestellten Anwendung finden können.

34. Das heißt, nur wenn man auf den Arbeitnehmerbegriff abstellt, ist eine einheitliche Anwendung der Richtlinie innerhalb der Gemeinschaft gemäß ihrem Schutzzweck möglich. Die von mir im Vorhergehenden geschilderten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von hoheitlichen Tätigkeiten zu nicht-hoheitlichen Tätigkeiten (Nr. 29) würden dabei erst gar nicht entstehen.

35. Diese Meinung vertrat auch Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Redmond Stichting [13]. Er kam zu dem Ergebnis, daß der Unternehmensbegriff der Richtlinie weit auszulegen sei und daß es für die Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte natürliche oder juristische Person ein Unternehmen im Sinne einer Richtlinie ist, die wie die vorliegende eine ausgesprochen soziale Zielrichtung hat, darauf ankomme, ob eine oder mehrere Personen die Eigenschaft eines Arbeitnehmers dieser natürlichen oder juristischen Person

13 — Schlußanträge vom 24. März 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Slg. 1992, I-3189, I-3196).

im Rahmen eines Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie hätten. Er führte weiter aus, der Begriff Arbeitnehmer erfasse hierbei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes im Unterschied zu diesem Begriff in Artikel 48 EWG-Vertrag alle Personen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat als Arbeitnehmer aufgrund der nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften geschützt sind.

36. Letzteres wurde übrigens vom Gerichtshof bereits im Jahr 1985 [14] entschieden und 1986 [15] bestätigt. Im Urteil Danmols Inventar ging es um die Definition des Begriffes Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 77/187. Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang auf die Begründungserwägungen, denen zufolge die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers gewährleistet werden soll. Daraus ergibt sich, so der Gerichtshof, daß die Richtlinie nur eine teilweise Harmonisierung vornimmt, indem sie hauptsächlich den den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährten Schutz auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. Sie verfolge somit das Ziel, soweit wie möglich den Fortbestand des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form sicherzustellen, um zu verhindern, daß die von dem Unternehmensübergang betroffenen Arbeitnehmer allein aufgrund dieses Übergangs schlechter gestellt werden. Sie wolle jedoch kein für die gesamte Gemeinschaft einheitliches Schutzniveau schaffen. Daraus folgert der Gerichtshof, daß sich auf die Richtlinie nur diejenigen Personen berufen können, die auf die eine oder andere Weise nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats als Arbeitnehmer geschützt sind.

37. Neben der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne der Richtlinie ergibt sich aus diesem Urteil, daß der Schutzzweck der Richtlinie darin besteht, die Arbeitnehmer beim Übergang des Unternehmens zu schützen und den Fortbestand des Arbeitsvertrags soweit wie möglich sicherzustellen. Dies ist, wie oben erwähnt, nur dann möglich, wenn man für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie alleine auf den Arbeitnehmerbegriff abstellt.

38. Einer Bestimmung des Unternehmensbegriffs anhand der dort beschäftigten Arbeitnehmer steht auch nicht entgegen, daß die Richtlinie auf Artikel 100 des EG-Vertrags gestützt ist. Dieser bezieht sich, wie oben erwähnt, auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes. Ein Teilaspekt des Gemeinsamen Marktes ist aber auch der Arbeitsmarkt in der Gemeinschaft bzw. die Situation der Arbeitnehmer. Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen dem Gemeinsamen Markt und der Situation der Arbeitskräfte. Wirtschaftliche Entwicklungen und Umstrukturierungen können Nachteile für die Arbeitnehmer mit sich bringen (dies zu verhindern, ist ja gerade Sinn und Zweck der Richtlinie 77/187), gleichgültig, ob diese in der Privatwirtschaft oder in der öffentlichen Verwaltung tätig sind. Diese

14 — Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84 (Danmols Inventar, Slg. 1985, 2639, Randnr. 28).

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

Nachteile können sich auf den Arbeitsmarkt der betreffenden Mitgliedstaaten oder einen Teil davon auswirken. Die Arbeitsmärkte der Mitgliedstaaten stehen dank der Freizügigkeit der Arbeitnehmer untereinander in Verbindung, so daß sich die Situation der Arbeitskräfte in den Mitgliedstaaten und die unterschiedlichen Regelungen grenzüberschreitend auswirken können [16]. Daraus läßt sich ersehen, daß eine Gemeinde, die Arbeitnehmer beschäftigt, die nationalen Schutzstandards unterliegen, auch das Funktionieren des gemeinsamen Arbeitsmarkts und damit des Gemeinsamen Marktes beeinflussen kann.

39. Andererseits können unterschiedliche Standards beim Arbeitnehmerschutz in den einzelnen Mitgliedstaaten zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Der Vertreter des Vereinigten Königreichs hat dies in der mündlichen Verhandlung zum Teil verneint. Er hat in diesem Zusammenhang auf das Urteil in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich) [17] verwiesen, in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß ein weiteres Ziel der Richtlinie darin besteht, die Belastungen, die für die Unternehmen in der Gemeinschaft mit den Schutzvorschriften verbunden sind, einander anzugleichen. Das Vereinigte Königreich schließt daraus, daß eine Gemeindeverwaltung dann nicht unter die Richtlinie fällt, wenn sie typische Tätigkeiten der Verwaltung ausführt und somit nicht mit anderen Unternehmen in Wettbewerb tritt.

40. Eine solche Unterscheidung anhand des Charakters der Tätigkeit der Verwaltung ist nicht vereinbar mit dem Hauptziel der Richtlinie, dem Arbeitnehmerschutz, wie bereits in Nummer 33 ausführlich erörtert.

41. Demnach ist die Richtlinie immer dann anwendbar, wenn in einem Unternehmen oder in einer Organisationseinheit Arbeitnehmer im Sinne der nationalen Schutzvorschriften beschäftigt sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieses Unternehmen im Bereich der öffentlichen Verwaltung tätig ist oder in der privaten Wirtschaft. Das heißt, die Richtlinie kann auch auf eine Gemeinde Anwendung finden, wenn dort Arbeitnehmer im Sinne der nationalen Schutzvorschriften beschäftigt sind. Dies nachzuprüfen, ist Sache des nationalen Gerichts.

42. Sollte der Gerichtshof dieser hier vertretenen Meinung nicht folgen und darüber hinaus eine wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie ansehen, möchte ich bezüglich dieser weiteren Voraussetzung folgendes ausführen: Selbst wenn man der Ansicht der Bundesregierung und des Vereinigten Königreichs folgt und eine wirtschaftliche Tätigkeit als grundsätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie ansieht, ändert sich das Ergebnis im vorliegenden Fall nicht, denn die Gemeinde ist im Sinne dieser Voraussetzung wirtschaftlich tätig. Wie bereits erwähnt, hat der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung sehr viele Beispiele für erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten der Gemeinde genannt. Es wird auch weder von der Bun-

16 — Vierter Erwägungsgrund der Richtlinie 77/187.
17 — Zitiert in Fußnote 5.

desregierung noch vom Vereinigten Königreich bestritten, daß die Gemeinde die genannten Tätigkeiten ausübt. Die Gemeinde nimmt damit am Wirtschaftleben teil. Der Begriff des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft wird in Artikel 2 EG-Vertrag, der die Ziele der Gemeinschaft umreißt, erwähnt. Dort wird als eine Aufgabe der Gemeinschaft festgelegt, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft zu fördern. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist der Begriff des Wirtschaftslebens dabei weit auszulegen. So wurde bereits im Urteil Donà [18] entschieden, daß „eine entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung" einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne dieser Bestimmung des EWG-Vertrags ausmache. Um eine Tätigkeit als Teil des Wirtschaftslebens ansehen zu können, reicht es demnach schon aus, daß diese Tätigkeit gegen Entgelt erfolgt. Aus dem Urteil Lawrie-Blum ergibt sich, daß dabei weder der Bereich, in dem die Tätigkeit ausgeführt wird, noch die für die Tätigkeit maßgebliche rechtliche Regelung ausschlaggebend ist. Vielmehr ist für die Anwendbarkeit des Artikels 48 EG-Vertrag — zu dem die Entscheidung in der Rechtssache Lawrie-Blum erging —, so der Gerichtshof, nur erforderlich, daß die betreffende Tätigkeit den Charakter einer *entgeltlichen* Arbeitsleistung hat. Dies gilt auch unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht wird [19]. In einer weiteren Entscheidung zu Artikel 48 hat der Gerichtshof ausgeführt, daß die Art des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, das heißt öffentlichrechtlicher Status oder privatrechtlicher Vertrag, ebenfalls nicht ausschlaggebend sei [20].

43. Zwar beziehen sich diese Urteile nicht auf die Richtlinie 77/187, jedoch stellt auch Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich) [21] darauf ab, ob eine Tätigkeit gegen Entgelt erfolgt. Auch er geht zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs davon aus, daß der EG-Vertrag nach seinem grundlegenden Artikel 2 das Wirtschaftsleben der Gemeinschaft umfasse, wobei dieser Begriff sehr weit zu verstehen sei. Um eine Tätigkeit als Teil des Wirtschaftslebens einstufen zu können, genüge es, daß sie gegen Entgelt erfolge. Der Bereich, in dem die Tätigkeit ausgeübt werde, sei nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Da die Gemeinde unstreitig Tätigkeiten gegen Entgelt ausübt, kann nicht bezweifelt werden, daß sie am Wirtschaftsleben teilnimmt. Sie ist damit also wirtschaftlich tätig und nimmt am Gemeinsamen Markt teil.

44. An diesem Ergebnis wird sich wohl selbst unter Zugrundelegung der Rechtsprechung Levin nichts ändern [22]. Dort hat der Gerichtshof für den Bereich des Artikels 48 entschieden, daß ein allzu geringer Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht mehr als Teilnahme am Wirtschaftsleben angesehen werden kann. Die Feststellung des Umfangs der wirtschaftlichen Tätigkeit ist dabei Aufgabe des nationalen Gerichts. Ich möchte hier jedoch darauf hinweisen, daß nach dem nichtbestrittenen Vortrag des Klägervertreters in der mündlichen Verhandlung wohl kaum von einem allzu geringen Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde Schierke ausgegangen werden kann.

18 — Urteil vom 14. Juli 1976 in der Rechtssache 13/76 (Donà, Slg. 1976, 1333, Randnr. 12/13).

19 — Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85 (Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnr. 20).

20 — Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 6).

21 — Schlußanträge vom 2. März 1994 in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1994, I-2435, 2438, Nrn. 22 bis 27).

22 — Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81 (Levin, Slg. 1982, 1035, Randnr. 17).

45. Darüber hinaus möchte ich nochmals darauf hinweisen, daß — wie schon oben dargelegt — die Gemeinde auch durch die Beschäftigung von Arbeitnehmern am gemeinsamen Arbeitsmarkt und damit am Gemeinsamen Markt teilnimmt.

46. Eine wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde kann auch nicht deshalb verneint werden, weil die Gemeinde *auch* hoheitlich tätig wird. Es widerspräche dem Schutzzweck der Richtlinie, wenn die Arbeitnehmer nur aus dem Grunde nicht an dem Schutz der Richtlinie teilhaben sollten, weil die Gemeinde neben wirtschaftlichen auch hoheitliche Tätigkeiten ausübt.

47. Am Schutzzweck der Richtlinie scheitert im übrigen auch die Betrachtungsweise der Kommission, wonach die einzelnen Bereiche der Gemeindeverwaltung gesondert betrachtet werden sollten. In diesem Zusammenhang erörtert die Kommission die Problematik der Funktionsnachfolge, mit der der Gerichtshof bisher schon mehrfach befaßt war und, so die Kommission, in Zukunft befaßt sein wird [23]. Für die Lösung im hier vorliegenden Fall ist diese Theorie jedoch ohne Bedeutung, da zweifelsfrei feststeht, daß nicht einzelne Funktionen aus dem Unternehmen heraus übertragen werden sollten, sondern die gesamte Einheit. Eine Anwendung der von der Kommission vorgetragenen Theorie auf den hier vorliegenden Fall, in dem die gesamte Einheit übertragen werden soll, würde viele Probleme mit sich bringen. Warum sollte ein Angestellter der Gemeindeverwaltung, der vom nationalen Recht wie seine anderen Kollegen behandelt wird, aus dem Schutzbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden, nur weil er im Gegensatz zu ihnen eine hoheitliche Tätigkeit ausübt? Es ist fraglich, wie vorzugehen wäre, wenn sich die Tätigkeit des Angestellten ändert und er nun eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

Eine solche Unterteilung in einzelne Tätigkeitsbereiche ist auch aus einem anderen Grunde nicht praktisch durchführbar: Wie sollten die Angestellten einer kleinen Gemeinde, die mehrere Funktionen — und damit wirtschaftliche und hoheitliche Aufgaben — gleichzeitig ausführen, eingestuft werden? Nur wenn man vom Schutzzweck der Richtlinie absieht, wäre der einzige Grund, einen Angestellten aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, der, daß er nur in einem zu vernachlässigenden Umfang wirtschaftlich tätig wird (vgl. die Diskussion der Rechtsprechung Levin in Nr. 44). Dies festzustellen, wäre wiederum Sache des nationalen Richters.

Demnach wäre auch nach dieser Alternative die Richtlinie hier auf die Gemeinde anwendbar.

23 — In der Tat sind zur Zeit mehrere Verfahren zu dieser Fragestellung anhängig.

48. Im übrigen entspricht dem auch der Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie [24], der ausdrücklich die Anwendung auf öffentliche Unternehmen vorsieht. Wie die Kommission im sechsten Erwägungsgrund vorbringt, ist es notwendig, die bisherige Regelung zu verdeutlichen. Danach machen es Erwägungen der rechtlichen Sicherheit und Transparenz erforderlich, „ausdrücklich vorzusehen, daß die Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes für private und öffentliche Unternehmen gilt, die Wirtschaftstätigkeiten ausüben, unabhängig davon, ob sie für Erwebszwecke arbeiten oder nicht". Weiterhin ohne genauere Definition wird in den vorgeschlagenen neuen Richtlinienbestimmungen der Begriff „Unternehmen" verwendet. Es muß also auch danach bei den vom Gerichtshof bereits aufgestellten oder noch aufzustellenden Merkmalen bleiben. Zu dem von der Kommission in ihrem Vorschlag verwendeten Begriff „Wirtschaftstätigkeiten" bleibt noch folgendes anzumerken: Betrachtet man diese Formulierung im Zusammenhang mit dem Vortrag der Kommission, so ergibt sich, daß der Unternehmensbegriff nicht enger auszulegen sein soll als bisher und daß nach Auffassung der Kommission sogar hoheitliche Tätigkeiten unter diesen Begriff der Wirtschaftstätigkeiten fallen können. Nach Meinung der Kommission ist die Richtlinie auch dann anwendbar, wenn eine verbeamtete Sekretärin eine Tätigkeit ausübt, die auch ein Privatunternehmen ausüben kann. Daraus läßt sich ableiten, daß diese Sekretärin dann Wirtschaftstätigkeiten im Sinne der Richtlinie ausübt. Dies bedeutet wiederum für die Auslegung des Begriffes „Wirtschaftstätigkeiten", daß die Kommission damit die Tätigkeiten bezeichnet, die — selbst wenn es sich um hoheitliche Tätigkeiten handelt — auch von einem Privatunternehmen ausgeführt werden können. Die hier zur Debatte stehenden erwerbsmäßigen Tätigkeiten der Gemeinde fallen deshalb ohne weiteres auch unter diesen Begriff der Wirtschaftstätigkeiten. Das heißt, auch nach dem Änderungsvorschlag der Kommission wäre die Richtlinie auf den hier vorliegenden Fall anwendbar, dies vor allem auch deshalb, weil der Schutzzweck der Richtlinie unverändert bestehen bleibt.

49. Nur ergänzend möchte ich darauf hinweisen, daß das Bundesarbeitsgericht eine Meinung vertritt, die der hier entwickelten entspricht. So hat es entschieden, daß § 613 a des Bürgerlichen Gesetzbuches auf öffentliche Einrichtungen, Schulen, Streitkräfte und Ähnliches Anwendung findet. § 613 a BGB ist die Vorschrift, die die Richtlinie in nationales deutsches Recht umsetzt [25].

50. Zusammenfassend möchte ich daher noch einmal betonen, daß meines Erachtens ein Unternehmen im Sinne der Richtlinie immer dann vorliegt, wenn eine Organisationseinheit Arbeitnehmer beschäftigt, die nach den einschlägigen nationalen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften geschützt werden.

24 — Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. C 274 vom 1. Oktober 1994, S. 10 ff.).

25 — Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 1994, AZ: 8 AZR 639/92, veröffentlicht in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, S. 125 bis 127; Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Juli 1994, AZ: 8 AZR 227/93, veröffentlicht in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, S. 119; Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. September 1995, AZ: 8 AZR 928/93, veröffentlicht in *Arbeit und Recht* 1996, S. 29.

Zum Übergang des Unternehmens

51. Nachdem nun feststeht, daß im vorliegenden Fall die Gemeinde Schierke durchaus als Unternehmen im Sinne der Richtlinie einzustufen ist, stellt sich die Frage, ob ein „Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen" im Sinne der Richtlinie erfolgt ist.

52. Die Klägerin trägt hierzu vor, daß Aufgaben und dazu gehörende Mittel wie Akten, Disketten und sonstiges Verwaltungsmaterial an die Verwaltungsgemeinschaft Brocken übertragen worden seien und deshalb ein Übergang im Sinne der Richtlinie vorliege.

53. Die Kommission verweist in ihren Ausführungen zunächst auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Spijkers [26]. Danach solle ein Übergang immer dann vorliegen, wenn eine wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen die betreffenden Arbeitsverhältnisse bestehen, ihre Identität bewahrt und nur der Inhaber dieser wirtschaftlichen Einheit gewechselt hat.

54. Das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit mit eigener Identität auf Seiten der Gemeinde Schierke wird für den Tätigkeitsbereich, in dem die Klägerin eingesetzt war, damit bejaht, daß die Wirtschaftsförderung und der Fremdenverkehr sowie die in dem Zusammenhang anfallenden Verwaltungsarbeiten organisatorisch zusammengefaßt waren und Betriebsmittel zur Durchführung dieser Aufgaben bereitgestellt waren. Bezüglich der Wahrung der Identität beim Übergang ist die Kommission der Ansicht, daß es nicht entscheidend darauf ankommen soll, ob die von der Klägerin in ihrem Aufgabenbereich durchgeführten Arbeiten mittlerweile von der Verwaltungsgemeinschaft ebenfalls für die restlichen Mitgliedsgemeinden mitgelöst und mitdurchgeführt werden, sondern daß all das, was vorher von der Gemeinde Schierke selbst erledigt wurde, nun in ähnlicher oder gleicher Form auch von der Verwaltungsgemeinschaft im Interesse und für die Gemeinde Schierke getan wird.

55. Auch die Regierung des Vereinigten Königreichs verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Spijkers und führt die genannten Voraussetzungen für einen Übergang eines Unternehmens auf. Allerdings kommt sie bei der Prüfung im vorliegenden Fall zu einem anderen Ergebnis als die Kommission.

Eine „Regierungskörperschaft" könne nur dann vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfaßt sein, wenn es sich um den Übergang einer stabilen wirtschaftlichen Einheit handele. Dieser Übergang müsse zumindest gewisse Tätigkeiten des Veräußerers weiterhin ermöglichen. Eine wirtschaftliche Einheit

26 — Urteil vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers, Slg. 1986, 1119, Randnrn. 11 ff.).

umfasse Geschäftsräume und/oder Vermögenswerte und/oder Beschäftigte, die wirtschaftliche Tätigkeiten weiterführen. Eine lokale „Regierungsbehörde" falle aber nicht mehr in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn sie sich vollständig oder hauptsächlich mit Tätigkeiten befasse, die typisch für die öffentliche Verwaltung seien.

56. Der Gerichtshof war bereits mehrfach mit der Problematik der Auslegung des Begriffs „*Übergang* von Unternehmen" befaßt. In den Urteilen Spijkers, Ny Mølle Kro und Redmond Stichting hat der Gerichtshof ausgeführt, daß das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang im Sinne der Richtlinie handele, darin besteht, ob die übertragene Einheit ihre Identität bewahrt [27].

Demnach ist zu prüfen, ob eine noch bestehende wirtschaftliche Einheit veräußert worden ist, was sich unter anderem daraus ergibt, daß ihr Betrieb von dem neuen Inhaber mit derselben oder einer gleichartigen Geschäftstätigkeit tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird [28].

57. Bei der Prüfung ist das Hauptaugenmerk auf die Weiterführung der Geschäftstätigkeit zu richten. Die „noch bestehende wirtschaftliche Einheit" bezeichnet in dieser Prüfungsformel das übertragene „Etwas", das entsprechend dem Wortlaut der Richtlinie ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil ist und nach dem Schutzzweck der Richtlinie, wie oben dargelegt [29], zu bestimmen ist.

58. Es müssen für die Frage der Wahrung der Identität sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnende Tatsachen berücksichtigt werden. Namentlich gehören dazu die Art des Unternehmens sowie die Handhabung der materiellen Aktiva, wie Räumlichkeiten und bewegliche Güter. Ebenso müssen auch der Wert immaterieller Aktiva, die Übernahme oder Nichtübernahme der Belegschaft oder eines Teils davon [30], der Übergang des Kundenstamms und auch der Grad der Ähnlichkeit der bisher und jetzt durch den neuen Inhaber ausgeführten Tätigkeiten berücksichtigt werden. Allerdings, so der Gerichtshof, sind dies alles nur Teilaspekte einer globalen Bewertung und daher nicht isoliert zu betrachten [31].

59. Legt man diese Kriterien dem vorliegenden Sachverhalt zugrunde, so ergeben sich nach den unstreitigen Ausführungen der Beteiligten viele Anhaltspunkte dafür, daß diese Voraussetzungen hier erfüllt sind. So wurden die Aktenbestände, Disketten und

27 — Urteil in der Rechtssache 24/85 (zitiert in Fußnote 26); Urteil vom 17. Dezember 1987 in der Rechtssache 287/86 (Ny Mølle Kro, Slg. 1987, 5465, Randnrn. 18 ff.) und Urteil in der Rechtssache Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 23).

28 — Urteile in den Rechtssachen Spijkers (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 12), Ny Mølle Kro (zitiert in Fußnote 27, Randnr. 18) und Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 23).

29 — Siehe Nrn. 32, 33 und 34.

30 — Urteil vom 7. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-171/94 und C-172/94 (Merckx, Slg. 1996, I-1253, Randnr. 26).

31 — Urteil in der Rechtssache Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 24) unter Verweis auf das Urteil in der Rechtssache Spijkers (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 13).

sonstigen Unterlagen der Gemeinde Schierke der Verwaltungsgemeinschaft überlassen. Weiterhin hat sich gezeigt, daß zumindest ein Teil der Beschäftigten übernommen worden ist und daß der Grad der Ähnlichkeit der ausgeführten Tätigkeiten beider Körperschaften sehr hoch ist, was auch dadurch belegt ist, daß *alle* Aufgaben der Gemeinde Schierke weitergeführt werden. Die Bevölkerung der Gemeinde Schierke, die in diesem Zusammenhang als der „Kundenstamm" der Verwaltung betrachtet werden muß, wird nun von der Verwaltungsgemeinschaft betreut.

Ebenso läßt sich den Ausführungen entnehmen, daß teilweise die alten Räumlichkeiten, z. B. für die Außenstellen, weiter benutzt werden.

Dies alles sind Tatsachen, die in ihrer gesamtheitlichen Betrachtung darauf schließen lassen, daß der neue „Inhaber", die Verwaltungsgemeinschaft „Brocken", die bisherige Geschäftstätigkeit wenigstens gleichartig tatsächlich weiterführt, womit vieles dafür spricht, daß die durch den Gerichtshof im Urteil Spijkers aufgestellten Kriterien erfüllt sein könnten.

Einem anzunehmenden Übergang stünde insbesondere nicht entgegen, daß die neu gebildete Verwaltungsgemeinschaft ihre Aufgaben für mehrere Gemeinden erfüllt und zum Teil Funktionen in Außenstellen ausgelagert hat.

Es ist der typische Fall und meist auch Sinn eines Unternehmensübergangs, daß eine Neustrukturierung und Reorganisation des alten Unternehmens stattfindet. Dies soll durch die Richtlinie auch nicht verhindert werden; nur soll der Arbeitnehmer vor Nachteilen durch den Übergang als solchen bewahrt werden.

Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, sind weiterhin möglich [32].

60. Grundsätzlich bleibt es allerdings Sache des nationalen Richters, all die Tatsachen zu ergründen, die dafür sprechen könnten, daß eine Einheit beim Übergang ihre Identität bewahrt hat, das heißt, daß der neue Inhaber die Geschäftstätigkeiten wenigstens in ähnlicher Weise weiterführt.

32 — Artikel 4 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 77/187.

Insofern kann es nur Aufgabe des Gerichtshofes sein, dem nationalen Gericht die bereits erwähnten, nach Gemeinschaftsrecht erforderlichen Kriterien an die Hand zu geben, um so zu einer richtlinienkonformen Entscheidung im Einzelfall zu gelangen.

Zur vertraglichen Übertragung

61. Nach diesen Ausführungen ist meiner Meinung nach dem Vorlagegericht in Beantwortung der Frage 1 zu erwidern, daß es sich um einen Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 handelt, wenn — bei einem freiwilligen Zusammenschluß von zwei oder mehreren selbständigen Gemeinden zu einer Verwaltungsgemeinschaft — die Gemeinden Personen beschäftigen, die nach den innerstaatlichen Vorschriften als Arbeitnehmer geschützt sind, und die Tätigkeiten der bestehenden Gemeinden tatsächlich weitergeführt werden.

Dabei müssen sämtliche den betreffenden Vorgang (die Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft) kennzeichnenden Tatsachen global berücksichtigt werden, namentlich die Art und der Umfang der übertragenen Befugnisse, die ausgeübten Tätigkeiten, der räumliche Zuständigkeitsbereich, die Verfügungsbefugnis über Akten und sonstige Verwaltungsmittel sowie die Übernahme der Belegschaft. Diese tatsächlichen Umstände festzustellen, ist Sache des innerstaatlichen Gerichts.

62. Nach Auffassung der Klägerin beruht der Übergang im Sinne der Richtlinie auf einer vertraglichen Übertragung. Das Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt habe eine Umstrukturierung durch Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft zugelassen, sie sei jedoch aufgrund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung erfolgt. Es gehe also nicht um den schlichten Vollzug eines bindenden Gesetzesbefehls, sondern den Gemeinden sei der Weg eröffnet, nach eigenem Ermessen Art und Umfang der Neuorganisation selbst zu gestalten und zu bestimmen. Die beteiligten Gemeinden seien dabei gleichberechtigte Partner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.

63. Die Kommission verweist zunächst auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Rechtssachen Abels und Redmond Stichting [33]. Sie argumentiert weiter, wenn ein Unternehmen im Sinne der Richtlinie auch die öffentliche Verwaltung sein könne, sei nicht einzusehen, warum mit „vertraglicher Übertragung" in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie nur eine privatrechtliche gemeint sein solle. Der Richtlinie selbst lasse sich eine solche Beschränkung jedenfalls nicht entnehmen; sie wäre im übrigen auch nicht mit dem Schutzzweck der Richtlinie vereinbar.

33 — Zitiert in Fußnoten 11 und 4.

Darüber hinaus sei der öffentlich-rechtliche Vertrag eine Vorbedingung für den Eintritt der nachfolgenden gesetzlichen Wirkung. Im Rahmen dieser Vorstufe verfügten die Gemeinden über gewisse Regelungsspielräume, das heißt, die Anwendbarkeit der Richtlinie hinge zunächst von den Verhandlungsergebnissen der Gemeinden ab.

64. Die Bundesregierung macht geltend, es liege vielmehr eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung zur Gründung einer Verwaltungsgemeinschaft vor, die die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im gemeindlichen Wirkungskreis zum Gegenstand habe. Eine vertragliche Vereinbarung im Sinne der Richtlinie sei somit nicht gegeben.

65. Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden. Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung [34], zuletzt in seinem Urteil in der Rechtssache Merckx festgestellt hat, ist der Begriff der *vertraglichen Übertragung* weit auszulegen, da die sprachlichen Fassungen der Richtlinie voneinander abweichen und dieser Begriff im Recht der Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedeutung hat. Die Auslegung muß dabei dem Zweck der Richtlinie, nämlich dem Schutz der Arbeitnehmer bei einer Übertragung ihres Unternehmens, gerecht werden. Daher ist die Richtlinie in allen Fällen anwendbar, „in denen die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt." [35]

Ausgehend vom bereits dargestellten Schutzzweck der Richtlinie, die jeden Arbeitnehmer, der nach nationalem Recht geschützt ist, vor Nachteilen aufgrund des Unternehmensübergangs bewahren möchte, steht fest, daß sowohl die Arbeitnehmer eines privatrechtlichen wie auch diejenigen eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens diesen Schutz erfahren sollen. Hierauf basierend kann es keinen Unterschied machen, ob die Vereinbarung zwischen altem und neuem „Inhaber" nach privatem oder öffentlichem Recht des betreffenden Mitgliedstaats zu beurteilen ist.

66. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn tatsächlich — wie in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht — nach dem sächsisch-anhaltinischen Gesetz durch Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft ein Teil der Aufgaben kraft Gesetzes übergeht. Zunächst möchte ich betonen, daß es nicht Aufgabe des Gerichtshofes sein kann, die einschlägigen Normen des Landesgesetzes zu ermitteln und zu prüfen. Dies liegt allein in der Zuständigkeit innerstaatlicher Gerichte.

67. Was an dieser Stelle allerdings gesagt werden kann, ist, daß die mündliche

34 — Rechtssache Abels (zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 11 bis 13); Rechtssache Redmond Stichting (zitiert in Fußnote 4, Randnrn. 10 f.).

35 — Rechtssache Merckx (zitiert in Fußnote 30, Randnr. 28).

Verhandlung ebenfalls ergeben hat, daß die Gemeinden frei bestimmen konnten, ob überhaupt Aufgaben, Tätigkeiten und Befugnisse übergehen sollten und falls ja, in welchem Umfang. Bezüglich der Aufgaben, die nach Bildung der Verwaltungsgemeinschaft kraft Gesetzes übergehen, ist zu sagen, daß die Gemeinden bei Bildung der Verwaltungsgemeinschaft im Bewußtsein der durch die getroffenen Vereinbarungen herbeigeführten Rechtsfolge handelten. Durch die Bildung der Verwaltungsgemeinschaft durch Vertrag wurden erst die Voraussetzungen für den Übergang der Aufgaben kraft Gesetzes geschaffen. Die Gemeinden haben folglich auch insoweit wissentlich und willentlich zusammengewirkt, um die gesetzliche Folge eintreten zu lassen. Das heißt, im vorliegenden Falle könnte man selbst dann von einer vertraglichen Übertragung der Aufgaben ausgehen, wenn das Landesgesetz eine Übertragung der Aufgaben kraft Gesetzes vorsähe.

68. Übertragen also Körperschaften des öffentlichen Rechts, hier Gemeinden, Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung und sind davon nach nationalem Recht geschützte Arbeitnehmer betroffen, so ist die Anwendung der Richtlinie eröffnet.

69. Dem vorlegenden Gericht ist damit auf seine zweite Frage zu antworten, daß, sofern Frage 1 bejaht wird, der Übergang auch dann auf einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG beruht, wenn die Verwaltungsgemeinschaft durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung gebildet worden ist.

C — Schlußantrag

70. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die vom vorlegenden Gericht gestellten Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu beantworten:

1) Es handelt sich um einen Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977, wenn — bei einem freiwilligen Zusammenschluß von zwei oder mehreren selbständigen Gemeinden zu einer Verwaltungsgemeinschaft — die Gemeinden Personen beschäftigen, die nach den innerstaatlichen Vorschriften als Arbeitnehmer geschützt sind, und die Tätigkeiten der bestehenden Gemeinden tatsächlich weitergeführt werden.

Dabei müssen sämtliche den betreffenden Vorgang (die Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft) kennzeichnenden Tatsachen global berücksichtigt werden, namentlich die Art und der Umfang der übertragenen Befugnisse, die ausgeübten Tätigkeiten, der räumliche Zuständigkeitsbereich, die Verfügungsbefugnis über Akten und sonstige Verwaltungsmittel sowie die Übernahme der Belegschaft. Diese tatsächlichen Umstände festzustellen, ist Sache des innerstaatlichen Gerichts.

2) Der Übergang beruht auch dann auf einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG, wenn die Verwaltungsgemeinschaft durch freiwillige öffentlich-rechtliche Vereinbarungen der Mitgliedsgemeinden gebildet worden ist, selbst wenn infolgedessen ein Teil der Aufgaben kraft Gesetzes übergeht.