SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS
vom 24. September 1998 *

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 8182

II — Gemeinschaftsrecht ..... I - 8182

III — Anwendbares nationales Recht ..... I - 8183

A — Deutsches Recht ..... I - 8183

B — Spanisches Recht ..... I - 8184

IV — Sachverhalt und Vorabentscheidungsfragen ..... I - 8185

A — Verbundene Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97 ..... I - 8185

1. Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal) ..... I - 8185

2. Rechtssache C-229/96 (Santner) ..... I - 8186

3. Rechtssache C-74/97 (Gómez Montaña) ..... I - 8187

B — Verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 ..... I - 8188

1. Rechtssache C-173/96 (Sánchez Hidalgo) ..... I - 8188

2. Rechtssache C-247/96 (Ziemann) ..... I - 8190

V — Antworten auf die Vorabentscheidungsfragen ..... I - 8193

A — Zur Notwendigkeit der Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen .... I - 8193

B — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes ..... I - 8193

C — Verbundene Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97 ..... I - 8201

1. Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal) ..... I - 8201

2. Rechtssache C-229/967 (Santner) ..... I - 8205

3. Rechtssache C-74/97 (Gómez Montaña) ..... I - 8207

D — Verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 ..... I - 8208

1. Rechtssache C-173/96 (Sánchez Hidalgo) ..... I - 8208

2. Rechtssache C-247/96 (Ziemann) ..... I - 8210

VI — Entscheidungsvorschlag ..... I - 8217

* Originalsprache: Griechisch.

I — Einleitung

1. In der vorliegenden Rechtssache wird der Gerichtshof um 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] (im folgenden: Richtlinie) ersucht.

2. Die durch die vorliegenden Rechtssachen aufgeworfenen Fragen sind großenteils durch das jüngst ergangene Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 1997 in der Rechtssache C-13/95 (Süzen) [2] entschieden worden.

3. Bezüglich der ersten drei verbundenen Rechtssachen ist zu bemerken, daß der Gerichtshof noch keine Gelegenheit gehabt hat, sich mit dem Fall auseinanderzusetzen, daß ein Unternehmen, das ein anderes mit der Reinigung seiner Räumlichkeiten beauftragt hat, beschließt, den betreffenden Vertrag zu kündigen und die Reinigungsarbeiten selbst zu übernehmen (Rückübertragung).

4. In den anderen beiden verbundenen Rechtssachen geht es wiederum um die Frage der Unternehmensnachfolge bei der Durchführung einer Tätigkeit. In der Rechtssache C-247/96 (Ziemann) wird jedoch zu klären sein, was unter dem Begriff der übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zu verstehen ist.

II — Gemeinschaftsrecht

5. Aus der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie [3] ergibt sich, daß diese „die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten" soll.

6. In Teil I der Richtlinie, durch den deren Anwendungsbereich festgelegt wird, bestimmt Artikel 1: „Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inha-

1 — ABl. L 61, S. 26.

2 — Slg. 1997, I-1259. Mit seinen beiden Fragen in jener Rechtssache, die der Gerichtshof zusammen prüfte, ersuchte das vorlegende Gericht um Auskunft darüber, ob die Richtlinie auch für den Fall gilt, daß ein Auftraggeber, der die Reinigung von Räumlichkeiten einem Unternehmer übertragen hat, den Vertrag mit diesem kündigt und zur Durchführung der Arbeiten einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmer schließt, ohne daß dieser Vorgang mit einer Übertragung materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer verbunden ist.

3 — Die Richtlinie wurde jüngst geändert, um u. a. der Rechtsprechung des Gerichtshofes Rechnung zu tragen. Es handelt sich um die Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998, ABl. L 201, S. 88.

ber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar." [4]

9. Schließlich schränkt die Richtlinie gemäß ihrem Artikel 7 nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein, für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften anzuwenden oder zu erlassen.

7. Im Teil II der Richtlinie mit der Überschrift „Wahrnehmung der Ansprüche der Arbeitnehmer" bestimmt Artikel 3 Absatz 1: „Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über."

III — Anwendbares nationales Recht

A — *Deutsches Recht*

8. Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt: „Der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils stellt als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung dar. Diese Bestimmung steht etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen."

10. Die Richtlinie ist durch § 613a BGB in deutsches Recht umgesetzt worden. Dort heißt es:

[Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang]

„(1) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des

4 — Artikel 1 Absatz 1 in der Fassung der Richtlinie 98/50 lautet:
„a) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens-bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.
b) Vorbehaltlich Buchstabe a) und der nachstehenden Bestimmungen dieses Artikels 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.
c) Diese Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Bei der Übertragung von Aufgaben im Zuge einer Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden oder bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere handelt es sich nicht um einen Übergang im Sinne dieser Richtlinie."

Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein ...“ [5]

11. Ferner bestimmt § 613a BGB:

„(2) Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach Absatz 1, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht.

(3) ...

(4) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.“

B — *Spanisches Recht*

12. Die Richtlinie ist durch Artikel 44 des Estatuto de los Trabajadores [6] in spanisches Recht umgesetzt worden. Er sieht folgendes vor:

„Wechselt der Inhaber eines Unternehmens, eines Betriebes oder einer selbständigen Produktionseinheit des Unternehmens, so führt dies nicht automatisch zum Erlöschen des Arbeitsverhältnisses, sondern der neue Unternehmer tritt in die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten des früheren Unternehmers ein ...

2. ...“

5 — In derselben Vorschrift heißt es dann weiter: „Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags, dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.“

6 — Arbeitnehmerstatut, gebilligt durch Real Decreto Legislativo Nr. 1/1995, *Boletín Oficial del Estado* (im folgenden: BOE) vom 29. März 1995.

IV — Sachverhalt und Vorabentscheidungsfragen

A — *Verbundene Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97*

1. Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal)

13. Prudencia Gómez Pérez und María Gómez Pérez waren seit mehreren Jahren bei dem Unternehmen Contratas y Limpiezas S. L. (im folgenden: Contratas y Limpiezas), einem Unternehmen für die Reinigung von Gebäuden und Geschäftsräumen, beschäftigt. Beide Arbeitnehmerinnen gehörten zur Berufsgruppe der Reinigungskräfte.

14. Die beiden Arbeitnehmerinnen waren damit beauftragt, im Rahmen eines Reinigungsvertrags zwischen Contratas y Limpiezas und der Firma Francisco Hernández Vidal SA (im folgenden: Hernández Vidal), die Kaugummi und Süßwaren herstellt, deren Räumlichkeiten zu reinigen.

15. Der fragliche Reinigungsvertrag, der am 1. Januar 1992 geschlossen worden war [7] und jährlich erneuert werden konnte, wurde am 2. Januar 1995 von Hernández Vidal gekündigt, die selbst für die Reinigung ihrer Räumlichkeiten sorgen und dazu neue Arbeitnehmer einstellen wollte. [8] Weder dieses Unternehmen noch Contratas y Limpiezas wollten von diesem Tag an das Arbeitsverhältnis mit Prudencia und María Gómez Pérez fortsetzen. [9]

16. Die beiden Arbeitnehmerinnen erhoben gegen beide Unternehmen beim Juzgado de lo Social Nr. 5 Murcia Klage wegen rechtswidriger Entlassung. Mit Urteil vom 23. März 1995 erklärte dieses Gericht die Entlassung der beiden Arbeitnehmerinnen nur in bezug auf Hernández Vidal für rechtswidrig. Diese wurde verurteilt, die beiden Arbeitnehmerinnen weiterzubeschäftigen oder ihnen bestimmte Abfindungen zu gewähren und ihnen ihr Arbeitsentgelt für die Zeit von der Entlassung bis zur Zustellung des Urteils zu zahlen.

7 — Im Ausgangsverfahren trugen Prudencia und María Gómez Pérez vor, sie hätten seit 1983 bzw. 1987 für Hernández Vidal gearbeitet, und 1992 sei ein neuer Vertrag mit diesem Unternehmen geschlossen worden.

8 — In der mündlichen Verhandlung betonten Prudencia und Maria Gómez Pérez, daß Hernández Vidal nach Übernahme der Tätigkeit der Reinigung ihrer Räumlichkeiten in Eigenregie neue Arbeitnehmer eingestellt habe, die von ihnen eingewiesen worden seien.

9 — Wie Hernández Vidal (in Abschnitt II Nr. 3 ihrer schriftlichen Erklärungen) erläutert, unterliegt die Übertragung der Reinigung von Gebäuden und Räumlichkeiten nach spanischem Recht einer besonderen, für die Arbeitnehmer günstigeren Regelung. Es handelt sich um Artikel 13 der Ordenanza Laboral para Limpieza de Edificios y Locales (Verordnung über die soziale Absicherung der Arbeitnehmer im Bereich der Reinigung von Gebäuden und Räumlichkeiten, gebilligt durch Beschluß vom 15. Februar 1975 und in Kraft getreten gemäß Feststellungsbeschluß vom 28. Dezember 1994) und Artikel 37 des Convenio Colectivo para Limpieza de Edificios y Locales de la Región de Murcia (Tarifvertrag für die Arbeitnehmer im Bereich der Reinigung von Gebäuden und Räumlichkeiten in der Region Murcia).
Artikel 13 der Ordenanza sieht vor, daß ein Unternehmen, in dem der Reinigungsdienst von einer Vertragspartei durchgeführt wird, bei Übernahme dieser Tätigkeit in eigene Regie nicht verpflichtet ist, das Personal zu behalten, das bis dahin die fraglichen Dienste für Rechnung der anderen Vertragspartei ausführte, wenn es die Reinigungsarbeiten durch eigene Arbeitnehmer ausführen läßt. Dagegen muß es diese Arbeitnehmer der anderen Vertragspartei übernehmen, wenn es neues Personal für die Durchführung der Reinigungsarbeiten einstellen will.
Ferner bestimmt Artikel 13 der Ordenanza, daß die neue Vertragspartei im Vertrag über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen die Arbeitnehmer eines für fremde Rechnung Reinigungsdienste erbringenden Unternehmens zu übernehmen hat, die bezüglich des Arbeitsverhältnisses bei Vertragsende nicht mehr diesem Unternehmen unterstehen.
Artikel 37 des Tarifvertrags bestimmt, daß die neue Vertragspartei bei Beendigung eines Vertrages über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen die in einem Betrieb tätigen Arbeitnehmer übernimmt, also in alle Rechte und Pflichten der früheren Vertragspartei eintritt.

17. Hernández Vidal war der Ansicht, daß kein Übergang eines Unternehmens oder Betriebsteils vorliege, so daß sie nicht als Erwerber angesehen werden könne. Sie legte daher gegen das genannte Urteil beim Tribunal Superior de Justicia Murcia Rechtsmittel ein.

18. Da die sozialrechtliche Abteilung des Tribunal Superior de Justicia Murcia der Ansicht ist, daß die Entscheidung des bei ihr anhängigen Rechtsstreits von der Lösung des sich stellenden Problems der Auslegung der Richtlinie abhänge, hat sie den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Ist die Arbeitstätigkeit, die im Reinigungsdienst für die Räumlichkeiten eines Unternehmens besteht, dessen hauptsächliche Tätigkeit im vorliegenden Fall nicht die Reinigung ist, sondern die Herstellung von Kaugummi und Süßwaren, das jedoch ständig der genannten Nebentätigkeit bedarf, ein „Betriebsteil"?

2. Kann ferner der Begriff „vertragliche Übertragung" die Auflösung eines handelsrechtlichen Vertrages über die Leistung des Reinigungsdienstes nach drei Jahren mit jährlicher Verlängerung nach Ablauf des dritten Jahres durch Entscheidung des dienstberechtigten Unternehmens umfassen, und falls diese Frage bejaht wird, kann dies davon abhängen, daß das dienstberechtigte Unternehmen die Reinigung durch seine eigenen Arbeitnehmer oder aufgrund eines neuen Vertragsabschlusses durch andere durchführen läßt?

2. Rechtssache C-229/96 (Santner)

19. Friedrich Santner war seit 1980 als Reinigungskraft beschäftigt, zunächst bei der Dörhöffer + Schmitt GmbH (im folgenden: Dörhöffer + Schmitt), dann bei der B + S GmbH (im folgenden: B + S), die durch eine Betriebsaufspaltung aus Dörhöffer + Schmitt hervorgegangen war.

20. Herr Santner reinigte im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses ausschließlich Badehäuser der Hoechst AG, die mit den beiden vorgenannten Unternehmen nacheinander Reinigungsverträge geschlossen hatte.

21. Die Hoechst AG kündigte jedoch ihren Vertrag mit B + S und organisierte die Reinigungsarbeiten in ihren Badehäusern um. Sie werden nunmehr teils von ihren eigenen Arbeitnehmern, teils in Kooperation mit anderen Fremdfirmen geleistet.

22. B + S kündigte am 27. April 1995 den Arbeitsvertrag mit Herrn Santner. Nach

dessen Ansicht ist ein Unternehmensübergang erfolgt und muß das Arbeitsverhältnis mit der Hoechst AG fortgesetzt werden. Deshalb erhob er beim Arbeitsgericht Frankfurt am Main Klage gegen das Unternehmen.

23. Da dieses Gericht der Ansicht ist, daß die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Lösung des sich stellenden Problems der Auslegung der Richtlinie 77/187 abhänge, hat es den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Können die Reinigungsaufgaben einzelner Betriebsteile eines Betriebes, wenn sie nach Kündigung der vertraglichen Übertragung auf eine Fremdfirma wieder vom Unternehmer selbst ausgeführt werden, einem Betriebsteil im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG gleichgestellt werden?

2. Gilt dies auch dann, wenn diese Reinigungsaufgaben einzelner Betriebsteile des Betriebes dann nach Rückübertragung auf den Unternehmer wieder in den Reinigungsaufgaben des gesamten Betriebes aufgehen?

3. Rechtssache C-74/97 (Gómez Montaña)

24. Die Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Nationale spanische Eisenbahngesellschaft; im folgenden: RENFE) hatte für die Zeit vom 16. Oktober 1995 bis 15. Oktober 1996 die Reinigung und Unterhaltung des Bahnhofs Pontevedra vertraglich dem Reinigungsunternehmen Claro Sol SA (im folgenden: Claro Sol) übertragen.

25. Claro Sol übernahm aufgrund des Vertrages Mercedes Gómez Montaña und beschäftigte sie mit der Reinigung und Unterhaltung des genannten Bahnhofs.

26. Vorher war Frau Gómez Montaña jahrelang Arbeitnehmerin der verschiedenen Claro Sol vorausgehenden Dienstleistungsunternehmen.

27. Nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums entschloß sich die RENFE, ihren Vertrag mit Claro Sol nicht zu erneuern und die Reinigung und Unterhaltung des Bahnhofs Pontevedra selbst zu übernehmen.

28. Am 1. Oktober 1996 teilte Claro Sol Frau Gómez Montaña mit, daß aufgrund des Verlustes des fraglichen Auftrags zum 15. Oktober 1996 auch ihr Arbeitsvertrag ablaufe.

29. Frau Gómez Montaña erhob daraufhin gegen Claro Sol und die RENFE beim Juzgado de lo Social Nr. 1 Pontevedra Klage wegen rechtswidriger Kündigung [10].

30. Das vorlegende Gericht erläutert, daß in ähnlichen Rechtssachen wie der vorliegenden die Rechtsprechung gewöhnlich zur Verneinung der Anwendbarkeit von Artikel 44 des Estatuto de los Trabajadores neige, da man es mit der Beendigung eines Werk- oder eines Dienstvertrags im Sinne von Artikel 42 des genannten Estatuto zu tun habe [11].

31. Da das vorlegende Gericht der Ansicht ist, daß die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Lösung des sich stellenden Problems der Auslegung der Richtlinie abhänge, hat es dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Wird die Beendigung eines Subunternehmervertrags mit einem Reinigungsunternehmen, die Grund für die Entlassung der vom Subunternehmen beschäftigten Arbeitnehmerin war, und die Übernahme der Reinigungstätigkeit durch das Hauptunternehmen, ein Eisenbahntransportunternehmen, mit seinen eigenen Beschäftigten vom Geltungsbreich der Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 erfaßt?

B — *Verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96*

1. Rechtssache C-173/96 (Sánchez Hidalgo)

32. Die Stadt Guadalajara betraute mit der Dienstleistung der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befinden, die Sociedad Cooperativa Minerva (im folgenden: Minerva). Diese beschäftigte hierzu seit mehreren Jahren Francisca Sánchez Hidalgo und vier weitere Arbeitnehmerinnen als Haushilfekraft.

33. Nach Ablauf des Auftrags betraute die Stadt Guadalajara ab 1. September 1994 die Asociación de Servicios al Minusválido (im folgenden: Aser) mit der fraglichen Dienstleistung.

10 — Artikel 6 Absatz 1 des Texto Final del XIV Convenio Colectivo de „Contratas Ferroviarias 1994" (BOE vom 25. Januar 1995, Nr. 21, Abschnitt 217) sieht vor, daß der neue Unternehmer in die Rechte und Pflichten des vorherigen Unternehmers eintritt, die sich aus dem schon bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben; dabei hat er das im übergehenden Betrieb oder Betriebsteil beschäftigte Personal zu übernehmen. Nach Artikel 23 Absatz 1 des Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de Pontevedra (Tarifvertrag für den Bereich der Reinigung von Gebäuden und Räumlichkeiten in der Provinz Pontevedra, *Información Laboral* 1996, Nr. 4090, S. 8586) übernimmt vom Ablauf des Reinigungsvertrags an der neu beauftragte Unternehmer die im ausscheidenden Unternehmen tätigen Arbeitnehmer und tritt in die Rechte und Pflichten des früheren Arbeitgebers ein, sofern eine der darin aufgestellten Voraussetzungen erfüllt ist. Nach Absatz 3 erfolgt kein Eintritt, wenn der neue Unternehmer erstmals die Reinigung übernimmt und sich nicht vertraglich zur Unterhaltung der Räumlichkeiten verpflichtet hat.

11 — In Artikel 42 des Estatuto ist bezüglich der Beendigung des Werk- oder des Dienstvertrags vorgesehen: „Der Hauptunternehmer ... haftet während des Jahres, das auf die Beendigung seines Auftrags folgt, als Gesamtschuldner für die Lohn- und Gehaltsverpflichtungen, die die Subunternehmer gegenüber ihren Arbeitnehmern eingegangen sind, und für die Verpflichtungen gegenüber der Sozialversicherung während der Geltungsdauer des Vertrages innerhalb der Grenzen dessen, was gegolten hätte, wenn es sich um sein festangestelltes Personal der gleichen Kategorie oder auf den gleichen Arbeitsplätzen gehandelt hätte."

34. Aser stellte dann Frau Sánchez Hidalgo und die anderen vier Arbeitnehmerinnen im Rahmen von Teilzeitverträgen für die Erbringung der gleichen Dienstleistungen ein, ohne die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit bei ihrem vorherigen Arbeitgeber anzuerkennen.

35. Da die fünf Arbeitnehmerinnen die Nichtberücksichtigung dieser Betriebszugehörigkeit für einen Verstoß gegen Artikel 44 des Estatuto de los Trabajadores hielten, erhoben sie beim Juzgado de lo Social Guadalajara Klage auf Feststellung, daß im Verhältnis zwischen der Arbeitgeberin Minerva und Aser ein Eintritt in die Arbeitsverhältnisse stattgefunden hat.

36. Das Gericht wies ihre Klage durch Urteil vom 6. Juli 1995 ab, weil die Voraussetzungen für einen Unternehmensübergang im Sinne des nationalen Rechts nicht erfüllt seien.

37. Frau Sánchez Hidalgo und die anderen vier Arbeitnehmerinnen legten gegen dieses Urteil beim Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha Rechtsmittel ein.

38. Dieses verweist in seinem Vorlagebeschluß auf die Rechtsprechung des Tribunal Supremo [12], wonach der in Artikel 44 des Estatuto de los Trabajadores vorgesehene Schutz nur zu gewähren sei, a) wenn Betriebsmittel von einem kontrahierenden Unternehmen auf ein anderes übertragen würden [13], b) wenn die maßgebliche Regelung für den betreffenden Wirtschaftszweig (derzeit nur noch der Tarifvertrag) dies vorsehe oder c) wenn die Ausschreibungsbedingungen für die neue Auftragsvergabe dies ausdrücklich vorsähen. Die vorliegende Rechtssache entspreche keinem dieser Fälle.

39. Wenngleich anscheinend kein wesentlicher Unterschied zwischen dem Wortlaut der beiden (der gemeinschaftlichen und der innerstaatlichen) Regelungen über den Anwendungsbereich der gemeinschaftlichen Rechtsangleichungsregelung und des zu deren Umsetzung erlassenen innerstaatlichen Rechts bestehe, scheine sich die Auslegung, die durch die Rechtsprechung im innerstaatlichen spanischen Recht und auf Gemeinschaftsebene vorgenommen werde, doch hinsichtlich der Anwendbarkeit der genannten Regelung auf bestimmte Fälle zu unterscheiden, bei denen wie hier nacheinander verschiedenen Unternehmen aufgrund verschiedener Ausschreibungen der Auftrag für die Erbringung einer Dienstleistung für Rechnung eines bestimmten Hauptunternehmens erteilt werde, ob es sich bei diesem — wie in der Praxis sehr oft — nun um ein öffentliches oder aber um ein privates Unternehmen handele.

12 — Urteil des spanischen Tribunal Supremo vom 14. Dezember 1994.

13 — Das vorlegende Gericht erläutert, daß der für den Fall der Unternehmenssukzession vorgesehene Rechtsschutz nicht eingreife, wenn nur ein Wechsel des Unternehmens, dem im Ausschreibungsverfahren der Zuschlag erteilt worden sei und das mit der Ausführung einer Tätigkeit beauftragt sei, ohne Übertragung von Aktiva stattfinde.

40. Die Zweifel des vorlegenden Gerichts ergeben sich daraus, daß der Gerichtshof seiner Ansicht nach anscheinend die Anwendbarkeit der Richtlinie im Fall einer bloßen Nachfolge in der Ausübung einer Tätigkeit unabhängig von jeder Übertragung von Betriebsmitteln bejaht [14].

41. Da die sozialrechtliche Abteilung des Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha der Ansicht ist, daß die Entscheidung des bei ihr anhängigen Rechtsstreits von der Lösung des sich stellenden Problems der Auslegung der Richtlinie abhänge, hat sie den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Frage ersucht:

Fällt es in den Anwendungsbereich des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977, wenn ein Unternehmen die bisher für Rechnung einer Gemeinde in deren Auftrag vorgenommene Erbringung der Dienstleistung der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befinden, beendet und einem anderen Unternehmen ein neuer Auftrag für diese Dienstleistung erteilt wird, ohne daß materielle Betriebsmittel übertragen werden und ohne daß im Tarifvertrag oder in den Ausschreibungsbedingungen etwas über die Verpflichtung des neuen mit der Dienstleistung beauftragten Unternehmens zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis mit den Arbeitnehmern des bisher beauftragten Unternehmens ausgesagt wird?

14 — Es verweist u. a. auf die Urteile vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Daddy's Dance Hall, Slg. 1988, 739), vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting, Slg. 1992, I-3189) und vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-392/92 (Schmidt, Slg. 1994, I-1311).

2. Rechtssache C-247/96 (Ziemann)

42. Horst Ziemann arbeitete von 1979 bis 1995 ununterbrochen als Wachmann eines Sanitätsdepots der Bundeswehr in Efringen-Kirchen. Während dieser Zeit war er sukzessive bei den fünf Bewachungsunternehmen beschäftigt, die nacheinander den Bewachungsauftrag für dieses Depot erhalten hatten, zuletzt von 1990 bis 1995 für die Ziemann Sicherheit GmbH (nachstehend: Ziemann GmbH).

43. Am 30. September 1995 kündigte die Bundeswehr den mit der Ziemann GmbH geschlossenen Bewachungsvertrag und vergab den fraglichen Auftrag im Wege einer neuen Ausschreibung an die Firma Horst Bohn Sicherheitsdienst (nachstehend: Bohn).

44. Diese übernahm die für das Depot eingesetzten Wachleute der Ziemann GmbH bis auf drei Arbeitnehmer, darunter Herrn Ziemann.

45. Die Ziemann GmbH, die ungefähr 160 Arbeitnehmer an weiteren Wachobjekten beschäftigt, die zum Teil jedoch weit von Efringen-Kirchen entfernt sind, kündigte

Herrn Ziemann das Arbeitsverhältnis zum 30. September 1995.

46. Herr Ziemann erhob am 9. Oktober 1995 beim Arbeitsgericht Lörrach Klage auf Feststellung, daß die Kündigung unwirksam ist. Seiner Ansicht nach stellt nämlich der Verlust des Wachauftrags der Ziemann GmbH für das Depot in Efringen-Kirchen in Verbindung mit der Vergabe dieses Auftrags an Bohn einen Übergang eines Betriebsteils im Sinne von § 613a Absatz 1 BGB und der Richtlinie 77/187 dar; die Firma Ziemann GmbH habe ihn unter Verstoß gegen § 613a Absatz 4 BGB aus mit diesem Betriebsübergang zusammenhängenden Gründen entlassen.

47. Die beiden Unternehmen, die Ziemann GmbH und Bohn, meinen demgegenüber, daß ein Betriebsübergang im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, es zwischen ihnen keine rechtlichen Beziehungen bestünden.

48. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere aus dem Urteil Schmidt vom 14. April 1994, ergebe sich, daß die Richtlinie immer dann anwendbar sei, wenn ein Unternehmen wie hier eine von verschiedenen Unternehmen bis dahin ausgeübte Tätigkeit fortsetze oder wiederaufnehme. Den Umstand, daß in der vorliegenden Rechtssache eine auf Nachfolge beruhende Wiederaufnahme der betreffenden Tätigkeit durch verschiedene Unternehmen vorliege, während es im Fall Schmidt [15] um die Filiale einer Sparkasse gegangen sei, die die Reinigung ihrer Räumlichkeiten erstmalig einem Fremdunternehmen übertragen habe, hält das vorlegende Gericht in diesem Zusammenhang nicht für maßgebend.

49. In seinem Vorlagebeschluß weist es auf die völlige Übereinstimmung zwischen den Tätigkeiten hin, die von den verschiedenen Unternehmen, die nacheinander die Bewachung des Sanitätsdepots in Efringen-Kirchen übernommen hätten, ausgeübt worden seien.

50. Im einzelnen führt das vorlegende Gericht aus, der Bewachungsvertrag zwischen der Bundeswehr, die das Sanitätsdepot betreibe, und dem jeweiligen Bewachungsunternehmen werde von der zuständigen Wehrbereichsverwaltung im Zuge der Ausschreibungen detailliert vorformuliert. In der Ausschreibung würden die Wachaufgaben, der Umfang des Einsatzes der Wachleute, die Anzahl der Wachleute und der Begleithunde, die Anforderungen an das Wachpersonal [16], Qualifikationsvoraussetzungen des Wachpersonals, Ausstattungsvoraussetzungen, Belehrungen, Kontrollen und Ausbildung an der Waffe detailliert vom Auftraggeber vorgegeben und nach Vergabe des Auftrags vertraglich vereinbart.

51. Ferner führt das vorlegende Gericht aus, die Durchführung des Vertrages erfolge nach

15 — Bereits in Fußnote 14 angeführtes Urteil.

16 — Es handelt sich um § 2 des im Vorlagebeschluß angeführten Bewachungsvertrags vom 2. Januar 1990.

den von der Bundeswehr gesetzten Bedingungen, insbesondere auf einer besonderen gesetzlichen Grundlage, nämlich dem Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen (UZwGBw) vom 12. August 1965 [17].

52. Schließlich legt das vorlegende Gericht dar, der Spielraum für die Gestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber werde nicht nur durch die Vorgaben des UZwGBw und die Auftragsvorgaben relativ weitgehend geregelt, sondern unterliege dabei auch, gleich wer der Arbeitgeber des Wachpersonals sei, den für allgemeinverbindlich erklärten Regelungen des Rahmentarifvertrags und der Lohntarifverträge für das Bewachungsgewerbe.

53. Sodann erklärt das Gericht, es neige dazu, davon auszugehen, daß es sich um einen Betriebsteil der Bundeswehr, nämlich die „Bewachung", handele. Es möchte ferner die Auffassung vertreten, daß in Anbetracht der von der Bundeswehr vorgegebenen Definition des Auftrages, der Identität der räumlichen und sächlichen Mittel und des bislang seit Jahren verwendeten gleichen Wachpersonals die fragliche „betriebliche Einheit" ihre Identität bewahre, auch wenn jeweils ein anderer Arbeitgeber den Betriebsteil tatsächlich weiterführe.

17 — BGBl. I S. 796.

54. Da das Arbeitsgericht Lörrach der Ansicht ist, daß die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Lösung des sich bei der Auslegung der Richtlinie stellenden Problems abhänge, hat es den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Ist Artikel 1 Absatz 1 und somit auch Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie des Rates 77/187/EWG (ABl. L 61, S. 26) auch auf den Übergang von Betriebsteilen wie die Wachaufgaben einer militärischen Einrichtung anwendbar, wenn eine direkte vertragliche Übertragung zwischen Nachfolgeauftragsunternehmen (Bewachungsunternehmen) nicht besteht?

2. Gilt dies jedenfalls dann, wenn der Betriebsteil nach Beendigung des Auftrags an den Auftraggeber zurückfällt und sodann in unmittelbarem zeitlichem Anschluß wieder ein Dienstleistungsauftrag mit im wesentlichen gleichen inhaltlichen Vorgabenkonditionen einem Nachfolgeauftragnehmer übertragen wird?

3. Ist jedenfalls dann ein Betriebsübergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 des Rates zu bejahen, wenn im wesentlichen immer die gleichen Arbeitnehmer die gleichen Wachaufgaben unter im wesentlichen gleichen Konditionen, die weitgehend vom Auftraggeber bestimmt werden, verrichten?

V — Antworten auf die Vorabentscheidungsfragen

A — *Zur Notwendigkeit der Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen*

55. Die meisten der in den anhängigen Rechtsstreitigkeiten vorgelegten Fragen mit Ausnahme des in der Rechtssache C-247/96 (Ziemann) aufgeworfenen Problems der übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit könnten anhand der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und insbesondere seines Urteils vom 11. März 1997 in der Rechtssache C-13/95 (Süzen) [18] beantwortet werden. Das genannte Urteil enthält meines Erachtens detaillierte richtungsweisende Grundsätze für die nationalen Gerichte, die sowohl die anzuwendenden Kriterien als auch die Art und Weise von deren Prüfung betreffen. Trotzdem haben die nationalen Gerichte unter Berufung auf substantielle Besonderheiten des Sachverhalts und vor allem die Art und Weise, in der der Übergang erfolgte, auf Entscheidung über die Vorabentscheidungsfragen bestanden.

56. Meines Erachtens sind den nationalen Gerichten angesichts der vorliegenden Rechtsprechung des Gerichtshofes, aufgrund deren sich die meisten der in den anhängigen Rechtssachen vorgelegten Fragen klären lassen, allgemeine Antworten zu erteilen, indem ihnen die Auslegungselemente für die Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten an die Hand gegeben werden, anhand deren sie dann die Subsumtion vornehmen, und der Gerichtshof darf demnach nicht selbst subsumieren. Eine Subsumtion durch den Gerichtshof würde dessen Rolle, wie sie in Artikel 177 EG-Vertrag niedergelegt ist, verfälschen und die Aufgabe des nationalen Gerichts als in der Gemeinschaftsrechtsordnung allgemein für das Gemeinschaftsrecht zuständiges Gericht schmälern. Denn „[o]ffensichtlich hat der Gerichtshof" — ebenfalls nach Artikel 177 — „niemals versucht, völlig an die Stelle der nationalen Gerichte zu treten; er pflegt die Entscheidung über bestimmte Fragen seit jeher dem vorlegenden Gericht zu überlassen." [19]

B — *Die Rechtsprechung des Gerichtshofes*

57. Gleich eingangs ist zu bemerken, daß — gemäß Artikel 100 EG-Vertrag, der die Rechtsgrundlage für die Richtlinie darstellt — Maßstab dafür, ob eine bestimmte Tätigkeit unter die Richtlinie fällt, lediglich die Frage ist, ob es sich dabei um eine zum Wirtschaftsleben gehörende Tätigkeit im

18 — Bereits in Fußnote 2 angeführtes Urteil.

19 — So führte Generalanwalt Jacobs in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache C-338/95 (S. I. Wiener, Slg. 1997, I-6495, Nr. 45) aus, wo er die allgemeinere Frage der zutreffenden Aufgabenverteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten und der Zurückhaltung aufwarf, die der Gerichtshof an den Tag zu legen hat, indem er seine Aufmerksamkeit auf die entscheidenden gemeinschaftsrechtlichen Fragen konzentriert (Nrn. 8 ff.), wenngleich sich der Gerichtshof dieser Linie nicht anschloß (Urteil vom 20. November 1997, Slg. 1997, I-6495). Jacobs fuhr fort (Nr. 45): „Steht es dem Gerichtshof frei, Fragen umzuformulieren und in manchen Fällen eine Antwort zu erteilen, die erheblich vom Wortlaut der vorgelegten Frage abweicht, um auf die wesentlichen gemeinschaftsrechtlichen Aspekte einzugehen, so muß er meines Erachtens auch berechtigt sein, Zurückhaltung zu üben und sich auf allgemeinere Auslegungsfragen zu beschränken."

Sinne von Artikel 2 des Vertrages [20] handelt. Es steht außer Zweifel, daß Reinigungsarbeiten, Arbeiten der Unterhaltung [21] und der Bewachung verschiedener Räumlichkeiten und die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befinden, Beispiele derartiger wirtschaftlicher Tätigkeiten sind.

58. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [22] „die Richtlinie 77/187 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."

59. Überdies hat der Gerichtshof wiederholt entschieden [23]: „Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie ist, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird."

60. Gemäß der soeben angeführten Rechtsprechung setzt die Bejahung des Übergangs eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils grundlegend zweierlei voraus: a) Das Unternehmen, der Betrieb oder der Betriebsteil muß von vornherein eine wirtschaftliche Einheit darstellen; b) diese wirtschaftliche Einheit und ihre Identität müssen nach dem Inhaberwechsel erhalten geblieben sein.

61. Außerdem ist, wie wiederholt entschieden worden ist [24], „die Richtlinie 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. Somit setzt die Anwendung der Richtlinie nicht voraus, daß zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen; die Übertragung kann auch *in zwei Schritten unter Einschaltung eines Dritten*, wie z. B. des Eigentümers oder des Verpächters der Betriebsmittel, *erfolgen*" (Hervorhebung von mir).

20 — Der Begriff „Wirtschaftsleben" im Sinne von Artikel 2 EG-Vertrag umfaßt, wie im übrigen der Gerichtshof annimmt, jede Arbeits- oder Dienstleistung; siehe z. B. die Urteile vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 196/87 (Steymann, Slg. 1988, 6159, Randnr. 10) und vom 14. Juli 1976 in der Rechtssache 13/76 (Donà, Slg. 1976, 1333, Randnr. 12).

21 — Zum Beispiel von Fotokopiergeräten, Aufzügen und elektrischen Vorrichtungen eines Unternehmens.

22 — Siehe Urteil vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 101/87 (Bork International u. a., Slg. 1988, 3057, Randnr. 13). Siehe auch die Urteile vom 5. Mai 1988 in den verbundenen Rechtssachen 144/87 und 145/87 (Berg, Slg. 1988, 2559, Randnr. 12) und vom 14. November 1996 in der Rechtssache C-305/94 (Rotsart de Hertaing, Slg. 1996, I-5927, Randnr. 16).

23 — Siehe das in Fußnote 2 angeführte Urteil Süzen (Randnr. 10) und die Urteile vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers, Slg. 1986, 1119, Randnrn. 11 f.) 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).

24 — Siehe z. B. die Urteile Süzen (Randnr. 12) und Merckx und Neuhuys (Randnr. 28).

62. Somit geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes klar hervor, daß die Art und Weise des Übergangs eines Unternehmens unerheblich ist und daß die Richtlinie in allen Fällen anwendbar ist, in denen die natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt [25]. Soweit also im voraus eine wirtschaftliche Einheit besteht und deren Identität nach dem Übergang erhalten bleibt, ist die Art und Weise des Übergangs von minimalem Interesse [26].

63. Die Richtlinie enthält jedoch keine Definitionen der Begriffe „Unternehmen", „Betrieb" und „Betriebsteil". Der Gerichtshof gibt in seiner Rechtsprechung ein Bündel von Kriterien für die Frage an die Hand, wann ein „Unternehmen", ein „Betrieb" oder ein „Betriebsteil" und wann eine „vertragliche Übertragung" oder unter welchen Voraussetzungen ein „Übergang" vorliegt.

64. Es sei daran erinnert, daß Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Schmidt [27] ausgeführt hat, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „den drei Begriffen ‚Unternehmen', ‚Betrieb' oder ‚Betriebsteil' ein gemeinsamer Begriff zugrunde liegt, nämlich der der ‚wirtschaftlichen Einheit', ein Begriff, der meines Erachtens auf ein Minimum an *organisatorisch selbständiger* Einheit verweist, die entweder allein bestehen oder Teil eines umfassenderen Unternehmens sein kann."

65. Der Gerichtshof hat jedoch entschieden [28]: „Die Anwendung der Richtlinie setzt voraus, daß es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit geht, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist ... Der Begriff Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung." [29]

66. Meines Erachtens sollte der Gerichtshof entscheiden, daß sich der Begriff der wirtschaftlichen Einheit nicht nur auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Gegenständen *zusammen* bezieht, da sonst ganze Tätigkeitsbereiche außerhalb des Schutzbereichs der Richtlinie blieben, bei denen die menschliche Arbeitskraft das Wichtigste ist, während die materiellen oder immateriellen Elemente unbeachtlich sind.

67. Bei dem ersten vom Gerichtshof aufgestellten Kriterium, inwiefern ein Betriebsteil oder ein Betrieb vorliegt, ist meines Erachtens die Besonderheit der jeweiligen wirtschaftlichen Tätigkeit, so z. B. der Reinigung bestimmter Räumlichkeiten, zu berücksichtigen. Grundsätzlich handelt es sich, außer

25 — Siehe z. B. die bereits angeführten Urteile Merckx und Neuhuys (Fußnote 23) und Süzen (Fußnote 2).

26 — So wurde z. B. im Urteil vom 17. Dezember 1987 in der Rechtssache 287/86 (Ny Mølle Kro, Slg. 1987, 5465, Randnr. 14 und vor allem Randnr. 15) entschieden, daß die Richtlinie auf den Fall anwendbar ist, daß der Eigentümer den Betrieb eines verpachteten Unternehmens nach Verstößen des Pächters gegen den Pachtvertrag wieder übernimmt.

27 — Nr. 13.

28 — Siehe z. B. Urteil vom 19. September 1995 in der Rechtssache C-48/94 (Rygaard, Slg. 1995, I-2745, Randnrn. 20 f.) und das schon in Fußnote 2 angeführte Urteil Süzen (Randnr. 13).

29 — Wie es bezeichnenderweise in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 98/50 heißt, gilt als Übergang im Sinne der Richtlinie „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit".

wenn sich aus den Umständen das Gegenteil ergibt, gemäß dem zutreffenden Vorbringen der Kommission um Tätigkeiten, bei denen der menschliche Faktor das Wichtigste ist, während die Sachelemente (Geräte usw.) eindeutig von geringer Bedeutung sind.

68. Es gibt also bestimmte Tätigkeiten, bei denen im Fall der Übertragung die materielle Seite dessen, was die übergehende Tätigkeit ausmacht, nur minimal in Erscheinung tritt. Das wesentliche an diesen Unternehmen und das, was ihren Wirkungskreis bestimmt, ist die *minimale Qualifikation* der bei ihnen Beschäftigten. Zu dieser Kategorie gehört mit Sicherheit z. B. auch der Reinigungsdienst.

69. Ferner schließt die Tatsache, daß es in einem Unternehmen, das Dienstleistungen der Reinigung erbringt, keine konkreten Betriebsmittel materieller Art (Gebäude, technische Instrumente usw.) oder immaterieller Art (Know-how, Ansehen, Kundenstamm usw.) gibt oder daß die vom auftraggebenden Unternehmen dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Mittel von geringerer Bedeutung sind [30], nicht aus, daß es sich bei der Dienstleistung um eine eigenständige, organisierte wirtschaftliche Einheit handelt. Anderenfalls käme meines Erachtens in ganzen Gruppen von Unternehmen mit den oben genannten Merkmalen der Schutz durch die Richtlinie nicht zum Tragen, und den Arbeitnehmern in solchen Unternehmen, die den Schutz durch die Richtlinie verstärkt benötigen, würde dieser im wesentlichen entzogen, weil es dort an weiteren materiellen oder immateriellen wesentlichen Betriebsmitteln fehlt.

70. Daher ist meines Erachtens in aller Deutlichkeit festzustellen, daß in bestimmten Bereichen, in denen die Tätigkeit im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft gestützt ist, der Gedanke der Arbeitnehmergruppe im Sinne einer Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft miteinander verbunden sind [31], von entscheidender Bedeutung ist [32]. Folglich kann eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, die jahrelang an einer bestimmten Arbeitsstätte eine gemeinsame Tätigkeit entfalten, d. h. ein gemeinsames Ziel verfolgen, auch dann eine wirtschaftliche Einheit darstellen und damit unter die Richtlinie fallen, wenn es keine anderen (materiellen oder immateriellen) Betriebsmittel gibt.

71. Im übrigen ergibt sich dies unmittelbar aus dem Urteil Süzen [33], wo es heißt: „Da eine wirtschaftliche Einheit ... 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."

30 — Zum Beispiel die Verwendung elektrischer Energie durch den Auftragnehmer und die entsprechende Inanspruchnahme des elektrischen Stroms, der Heizung und der Kühlschränke des auftraggebenden Unternehmens, in dessen Räumen die Dienstleistungen der Reinigung und Wartung usw. angeboten werden.

31 — Urteil Süzen, Randnr. 21.

32 — Siehe dahin gehend Vivien Shrubsall, „Competitive tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive", Aufsatz in der Zeitschrift *The Modern Law Review* 1998, S. 85, 88.

33 — Randnr. 18.

72. Überdies obliegt die Beantwortung der Frage, ob die Richtlinie *konkret* Anwendung findet, nach ständiger Rechtsprechung dem vorlegenden Gericht, das die tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen hat, die der Gerichtshof in Randnummer 13 des Urteils Spijkers wie folgt aufgeführt hat: „Für die Feststellung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Es ist jedoch klarzustellen, daß alle diese Umstände *nur Teilaspekte der vorzunehmenden globalen Bewertung* sind und deshalb nicht isoliert beurteilt werden können" [34] (Hervorhebung von mir).

73. Aus der genannten Rechtsprechung ergibt sich eindeutig, daß sich bei Verträgen über die Erbringung einer Leistung aus dem Umstand allein, daß die vom alten und die vom neuen Unternehmer übernommene Arbeit gleichartig ist, nicht ableiten läßt, daß ein Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliegt. Der Gerichtshof hat im Urteil Süzen [35] bezeichnenderweise entschieden: „Eine Einheit darf nämlich nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Ihre Identität ergibt sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln." [36]

74. Wenn z. B. das gesamte Reinigungsunternehmen übertragen wird, so bedeutet dies,

34 — Siehe auch Urteil Redmond Stichting, angeführt in Fußnote 14 (Randnr. 24), Urteil vom 12. November 1992 in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask, Slg. 1992, I-5755, Randnr. 20) und Urteil Süzen, angeführt in Fußnote 2 (Randnr. 14).

35 — Randnr. 15.

36 — Im Urteil Schmidt (Randnr. 17) verwies der Gerichtshof unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung (siehe die Urteile Spijkers, Randnr. 11, und Redmond Stichting, Randnr. 23) darauf, daß „sich die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ... *u. a.* daraus [ergibt], daß dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird" (Hervorhebung von mir). Er fuhr fort, im Ausgangsverfahren in der Rechtssache Schmidt, bezüglich dessen der Vorlagebeschluß alle notwendigen Angaben enthalte, stelle „die Gleichartigkeit der vor und nach der Übertragung ausgeführten Reinigungsaufgaben, die im übrigen durch das der betreffenden Arbeitnehmerin unterbreitete Angebot der Weiterbeschäftigung zum Ausdruck kommt, ein typisches Merkmal eines Vorgangs dar, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt und der Arbeitnehmerin, deren Tätigkeitsbereich übertragen wurde, den ihr durch diese Richtlinie eingeräumten Schutz bietet". Jedoch beweist der vom Gerichtshof verwendete Ausdruck „u. a." meines Erachtens, daß die Fortführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht das allein entscheidende Kriterium dafür darstellt, daß ein Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils vorliegt, und daß weitere tatsächliche Umstände zu berücksichtigen sind. In dem genannten Fall zog der Gerichtshof auch das der einzigen Arbeitnehmerin des konkreten Betriebsteils unterbreitete Angebot der Weiterbeschäftigung hinzu. Im Urteil Süzen (Randnr. 21) wurde die Erheblichkeit dieses Umstands, jedoch unter Mitberücksichtigung einer Reihe sonstiger Umstände, bestätigt. Zu der scharfen Kritik, die das Urteil Schmidt hervorrief (siehe z. B. die Untersuchung von Jean Déprez, „Transfert d'entreprise. La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 février 1977 et de l'article L 122-12, al. 2 du code du travail: jurisprudence française et communautaire" in RJS, 5/95, S. 315. Siehe ferner Manfred Zuleeg, „Ist der Standard des deutschen Arbeitsrechts durch europäische Rechtsprechung bedroht? Bemerkungen zum Urteil Christel Schmidt des Europäischen Gerichtshofs" in *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, S. 41, und Bernd Waas, „Betriebsübergang durch ‚Funktionsnachfolge'?", in EuZW 17/1994, S. 528.
Es ist bezeichnend, daß bald nach Erlaß des Urteils Schmidt infolge der negativen Reaktionen, die dieses hervorrief, im Vorschlag 94/C 274/08 einer Richtlinie der Kommission zur Änderung der Richtlinie 77/187 (KOM(94) 300 endg. — 94/0203[CNS], ABl. C 274 vom 1. Oktober 1994, S. 10) eine Vorschrift (Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2) stand, in der folgendes ausgeführt wurde: „Als Übergang im Sinne dieser Richtlinie wird der Übergang einer Tätigkeit angesehen, die vom Übergang einer Wirtschaftseinheit, die ihre Identität bewahrt, begleitet wird. Der alleinige Übergang einer Tätigkeit des Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils, unabhängig davon, ob sie mittelbar oder unmittelbar ausgeübt wird, stellt als solcher keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar." Dieser Vorschlag wurde sowohl vom Rat (ABl. C 33 vom 3. Februar 1997, S. 81, wo nach der Wiedergabe der entsprechenden Änderung, der Änderung 4, der betreffende Unterabsatz schließlich gestrichen wurde) als auch zuvor vom Ausschuß der Regionen (ABl. C 100 vom 2. April 1996, S. 25, Abschnitt 1.1.) und vom Wirtschafts- und Sozialausschuß (ABl. C 133 vom 31. Mai 1995, S. 13, Abschnitte 1.2.3. und 1.3.) stark kritisiert und letztlich nicht in den Text der Richtlinie 98/50 aufgenommen.

daß sämtliche darin beschäftigte Arbeitnehmer mit übergehen. Außerdem handelt es sich bei seinen wichtigsten Betriebsmitteln um den Auftragsbestand, den Kundenstamm, die Organisation der Arbeiten seines Personals usw. Hier stellt sich in der Tat kein Problem der Auslegung oder der Anwendung der Richtlinie. Dagegen tritt ein Problem auf, wenn es sich um die Reinigung eines oder mehrerer Betriebe handelt und die Übertragung, d. h. konkret: der Verlust, des Auftrags an einen Konkurrenten nur einen Kunden, z. B. die Reinigung nur einer Anlage eines Unternehmens, betrifft.

75. Im Urteil Süzen [37] hat der Gerichtshof ausgeführt: „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."

76. Der Gerichtshof hat im Urteil Süzen [38] auf folgendes hingewiesen: „Zwar gehört die Übertragung von Betriebsmitteln auch zu den Kriterien, die von dem innerstaatlichen Gericht bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen sind, ob tatsächlich ein Unternehmensübergang vorliegt; das Fehlen derartiger Betriebsmittel schließt aber einen Übergang im Sinne der Richtlinie nicht notwendigerweise aus."

77. Sodann hat der Gerichtshof im Urteil Süzen [39] erneut festgestellt, daß „das innerstaatliche Gericht bei der Bewertung der maßgeblichen Tatsachen u. a. die Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebes zu berücksichtigen [hat]. 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 angewendet 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."

78. An dieser Stelle ist, meine ich, auf die in der Theorie und der Praxis daraus erwachsende Unsicherheit hinzuweisen, daß als Kriterium dafür, ob die vom alten Auftragnehmer für die Erbringung von Dienstleistungen zusammengestellte Einheit Gegenstand eines Übergangs im Sinne der Richtlinie ist, unter bestimmten Bedingungen der Umstand herangezogen wird, daß der neue Auftragnehmer willentlich die meisten Arbeitnehmer übernommen hat, denen sein Vorgänger eigens die Durchführung seines Auftrags übertragen hatte.

37 — Randnr. 16.

38 — Randnr. 17. Siehe auch die in den Fußnoten 14 und 23 bereits angeführten Urteile Schmidt (Randnr. 16) sowie Merckx und Neuhuys (Randnr. 21).

39 — Randnr. 18.

79. Tatsächlich hat der Gerichtshof im Urteil Süzen [40] zu dieser Frage auf folgendes hingewiesen: „Zu den Umständen, die bei der Feststellung eines Übergangs im Sinne der Richtlinie zu berücksichtigen sind, gehören außer dem Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und der Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes u. a. auch die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Unternehmensinhaber ...“ Sodann fuhr er fort [41]: „Soweit in bestimmten Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellt, kann eine solche Einheit ihre Identität 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. Denn in diesem Fall erwirbt — entsprechend den Ausführungen im Urteil Rygaard ..., Randnummer 21 — der neue Unternehmensinhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt.“

80. Die Verwendung dieses Kriteriums ruft meines Erachtens jedoch deshalb Unsicherheit hervor, weil der Schutz durch die Richtlinie im wesentlichen vom Willen der Beteiligten abhinge, wenn man für die Bejahung eines Übergangs besonders darauf abstellen würde, ob der Rechtsnachfolger oder der neue Auftragnehmer die Arbeitnehmer des Veräußerers oder des alten Auftragnehmers übernehmen wollte. Dies könnte, wie zu Recht auch verschiedene Mitgliedstaaten in ihren schriftlichen Erklärungen hervorgehoben haben, zu der Schlußfolgerung führen, daß es für den Schutz durch die Richtlinie darauf nicht entscheidend ankommen könne, da die Folge der Anwendung der Richtlinie eine Voraussetzung für ihre Anwendung darstellen würde [42]. Man könnte also geltend machen, daß dieses unlogische Ergebnis, dieser Zirkelschluß, eindeutig dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zuwiderläuft, der auf einen Schutz der Arbeitnehmer für den Fall abzielte, daß es durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung zu einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens, des Betriebes oder des Betriebsteils kommt. Ferner dürfen die für die Arbeitnehmer ungünstigen Folgen nicht übersehen werden, die sich ergeben würden, wenn das Kriterium der Personalübernahme als grundlegendes Kriterium für die Anwendung der Richtlinie akzeptiert würde. [43]

81. Somit besteht meines Erachtens eine gewisse Konfusion zwischen dem Gedanken der Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Unternehmensinhaber als Kriterium für die Anwendung der Schutzbestimmungen der Richtlinie einerseits und dem Zweck dieser Schutzbestimmungen, d. h. dem den Arbeitnehmern wegen des Übergangs gewährten Schutz, andererseits.

40 — Randnr. 20. Siehe auch das in Fußnote 23 angeführte Urteil Spijkers (Randnr. 13).

41 — Randnr. 21.

42 — Siehe in diesem Sinn z. B. den Aufsatz von Patricia Pochet, „CICE: l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique“ in der Zeitschrift *Droit Social*, November 1994, S. 931, 934, wo gerade von einem Denkfehler (Petitio principii) die Rede ist. Siehe auch die Untersuchung von Vivien Shrubsall zu diesem Punkt, a. a. O., S. 87.

43 — Jedenfalls würde sich dann die Frage stellen, wer im Fall der Entlassung die Abfindungen zahlt.

82. In seinem Urteil Rotsart de Hertaing vom 14. November 1996 [44], das allerdings die Auslegung des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie betraf, umging der Gerichtshof diese Klippe und entschied unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung [45], daß „beim Übergang eines Unternehmens die Arbeitsverträge oder -verhältnisse, die zwischen dem Personal und dem übertragenen Unternehmen bestehen, nicht mit dem Veräußerer fortgeführt werden können und ipso iure mit dem Erwerber fortgesetzt werden". [46] Er gelangte daher zu dem Ergebnis, daß „alle zum Zeitpunkt des Übergangs eines Unternehmens zwischen dem Veräußerer und den Beschäftigten des übertragenen Unternehmens bestehenden Arbeitsverträge oder -verhältnisse bereits aufgrund der bloßen Tatsache des Übergangs automatisch auf den Erwerber übergehen". [47] Bedeutsamerweise führte der Gerichtshof im selben Urteil weiter aus [48], daß „der Übergang der Arbeitsverträge aufgrund des zwingenden Charakters des durch die Richtlinie geschaffenen Schutzes — wenn den Arbeitnehmern dieser Schutz nicht genommen werden soll — nicht vom Willen des Veräußerers oder des Erwerbers abhängig gemacht werden kann und daß insbesondere der Erwerber diesem Übergang nicht in der Weise entgegentreten kann, daß er sich weigert, seine Verpflichtungen zu erfüllen".

83. Die vorliegenden Rechtssachen sind durch die Besonderheit gekennzeichnet, daß es um Unternehmen, Betriebe oder Betriebsteile geht, in denen der menschliche Faktor Arbeitskraft das beherrschende Merkmal darstellt, während die materiellen und immateriellen Betriebsmittel von geringerer Bedeutung oder fast inexistent sind.

84. Aus den genannten Gründen bin ich der Ansicht, daß bei Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, bei denen der menschliche Faktor Arbeitskraft das beherrschende Merkmal darstellt, dem Vorhandensein einer vom Erwerber oder dem neu beauftragten Unternehmen übernommenen Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft miteinander verbunden sind, schwerwiegende Bedeutung beizumessen ist. Somit ist anhand dieses Merkmals zu prüfen, ob ein Übergang eines Unternehmens, eines Betriebes oder eines Betriebsteils vorliegt, d. h., dies und nicht das meines Erachtens weniger wichtige Merkmal der Übernahme einer bestimmten, wenn auch die Hauptbelegschaft ausmachenden Anzahl von Personen durch den neuen Unternehmensinhaber muß das Kriterium für die Anwendung der Richtlinie darstellen.

85. Auf diese Weise vermeidet man Phänomene wie z. B., daß der Erwerber nach Gutdünken bestimmte Personen mit besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten auswählt und die nicht oder nur minimal qualifizierten Arbeitnehmer entläßt und damit den Arbeitnehmern den Schutz durch die Richtlinie entzieht, die ihn stärker benötigen [49].

44 — Bereits in Fußnote 22 angeführtes Urteil, Randnr. 18. Jene Rechtssache betraf die Frage, ob die Richtlinie im Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers einer Gesellschaft anwendbar ist, die zwar aufgelöst wurde, deren Tätigkeit aber von einer neu gegründeten Gesellschaft fortgeführt wurde, die sich in denselben Räumen niederließ.

45 — Siehe Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-362/89 (D'Urso, Slg. 1991, I-4105, Randnr. 12).

46 — Siehe auch die Ausführungen von Vivien Shrubsall hierzu in dem in Fußnote 32 angeführten Aufsatz, S. 87.

47 — Siehe die schon angeführten Urteile D'Urso (Randnr. 20) und Rotsart de Hertaing (Randnr. 18).

48 — Randnr. 20.

49 — Siehe in diesem Sinn Vivien Shrubsall, a. a. O., S. 92.

86. Ich verkenne keineswegs, daß das Willenselement, d. h. das, was die Vertragsparteien (der Erwerber oder der Auftraggeber und der Veräußerer oder der neue Auftragnehmer) gewollt oder getan haben, wiederum als eines der Elemente für die Entscheidung darüber ins Spiel kommt, ob ein Übergang vorliegt. Dieses Element läßt sich nicht ausklammern. Die willentliche Übernahme der Gesamtheit oder des Hauptteils (der Anzahl und den Fähigkeiten nach) des Personals stellt zweifellos einen wichtigen Gesichtspunkt dar, der das Tatsachengericht dazu veranlassen muß, aufmerksam zu prüfen, ob eventuell noch andere Aspekte vorliegen, die den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit kennzeichnen können. Dem wende ich mich daher nun wegen der Besonderheit des Unternehmens oder des Betriebes, um die es im vorliegenden Fall geht, verstärkt zu. Ich möchte daran erinnern, daß der Gerichtshof im Urteil Spijkers u. a. diesen Gesichtspunkt anführt.

87. Im übrigen wird auf diese Weise der Grundsatz der wirtschaftlichen Freiheit, der Vertragsfreiheit und demgemäß der Übernahme des mit dieser Freiheit einhergehenden Unternehmerrisikos einerseits mit dem Grundsatz der Rechtsnachfolge im Fall eines Übergangs und des Schutzes der Arbeitnehmer andererseits in Einklang gebracht.

C — *Verbundene Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97*

88. Der Gerichtshof hat noch niemals Gelegenheit gehabt, sich mit dem Fall zu befassen, daß ein Unternehmen, das ein anderes Unternehmen mit der Reinigung seiner Räumlichkeiten betraut hat, beschließt, den betreffenden Vertrag zu kündigen und selbst die Reinigungsarbeiten zu übernehmen (Rückübertragung) [50].

1. *Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal)*

a) Beantwortung der ersten Vorabentscheidungsfrage

89. Bezüglich der ersten Vorabentscheidungsfrage, die dahin geht, ob es für die Anwendung der Richtlinie darauf ankommt, daß es sich um eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung oder um eine Haupttätigkeit handelt, ist die Rechtsprechung meines Erachtens eindeutig. [51]

90. Im Urteil Redmond Stichting hat der Gerichtshof festgestellt, daß es der Anwendbarkeit der Richtlinie nicht zwangsläufig

50 — In der Rechtssache Schmidt ging es tatsächlich um den genau entgegengesetzten Fall, daß ein Unternehmer einen anderen vertraglich mit der Ausführung der Reinigungsarbeiten betraute, die er zuvor unmittelbar erledigte (contracted out, externalisation), wenngleich diese Arbeiten vor dem Übergang von einer einzigen Arbeitnehmerin ausgeführt wurden. Im Urteil Süzen handelte es sich um einen Unternehmer, der die Reinigung seiner Räumlichkeiten zunächst einem ersten Unternehmer übertrug, dann aber seinen Vertrag mit diesem kündigte, um einen neuen Vertrag über die Durchführung gleichartiger Reinigungsarbeiten mit einem zweiten Unternehmer zu schließen.

51 — Ich darf daran erinnern, daß es in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 98/50 heißt, daß als Übergang im Sinne der Richtlinie gilt: „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen *Haupt- oder Nebentätigkeit*" (Hervorhebung von mir).

entgegensteht, daß ein Unternehmen [52] nur einen Teil seiner Tätigkeiten (konkret: nur die von ihm erbrachten Hilfeleistungen für Süchtige, nicht aber die für die Organisation einer Begegnungs- und Erholungsstätte notwendigen Tätigkeiten) auf ein anderes Unternehmen überträgt. Der Gerichtshof hat weiter festgestellt [53], daß der bloße Umstand, daß die Tätigkeiten der Organisation einer Begegnungs- und Erholungsstätte *„eine selbständige Aufgabe* bildeten, der Anwendung der genannten Bestimmungen der Richtlinie nicht im Wege steht. Diese regeln nämlich nicht nur den Übergang von Unternehmen, sondern auch den von Betrieben oder Betriebsteilen; solchen können *Tätigkeiten besonderer Art* gleichgestellt werden" [54].

91. Im Urteil Watson Rask [55] hat der Gerichtshof [56] folgendes ausgeführt: „Überträgt ein Unternehmer durch Vertrag einem anderen Unternehmer die Verantwortung für die Bewirtschaftung einer Einrichtung seines Unternehmens wie einer Kantine und übernimmt der Letztgenannte damit die Arbeitgeberpflichten gegenüber den dort beschäftigten Arbeitnehmern, so kann ein solcher Vorgang in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wie er in Artikel 1 Absatz 1 festgelegt ist. Daß der in diesem Fall übertragene *Tätigkeitsbereich* für das übertragende Unternehmen *nur von untergeordneter Bedeutung* ist und nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck steht, kann nicht zum Ausschluß dieses Vorgangs vom Anwendungsbereich der Richtlinie führen." [57]

92. Infolgedessen bin ich angesichts der oben (unter B) angestellten Untersuchung der Ansicht, daß die in der Reinigung der Räumlichkeiten eines Unternehmens bestehende Tätigkeit, auf die dieses Unternehmen ständig angewiesen ist, wenngleich seine Haupttätigkeit in etwas anderem besteht, dann, wenn tatsächlich eine auf Dauer angelegte Gesamtheit von Arbeitnehmern vorhanden ist, d. h. wenn eine wirtschaftliche Einheit besteht und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt, trotz fehlender Übertragung anderer wichtiger materieller oder immaterieller Betriebsmittel unter die Richtlinie fallen kann.

b) Beantwortung der zweiten Vorabentscheidungsfrage

93. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts umfaßt zwei Teile. Mit dem ersten wird gefragt, ob der Begriff „vertragliche Übertragung" die Auflösung eines Vertrages über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen umfassen kann; der zweite geht für den Fall der Bejahung der ersten

52 — In jener Rechtssache handelte es sich um eine niederländische Stiftung zur Hilfeleistung für Süchtige.

53 — Randnr. 30.

54 — Hervorhebung von mir.

55 — Diese bereits in Fußnote 34 angeführte Rechtssache (C-209/91) betraf die Firma Philips, die aufgrund eines Vertrages den Betrieb der vier Kantinen für ihre Beschäftigten dem Verpflegungsunternehmen ISS übertragen hatte. Im Zusammenhang damit hatte ISS sich verpflichtet, die in den betreffenden Kantinen arbeitenden (ca. 10) Beschäftigten von Philips zu übernehmen und ihnen dieselben Arbeitsbedingungen zu gewähren, während Philips einen monatlichen Festbetrag und eine bestimmte Sachleistung erbringen sollte. Bei dieser handelte es sich darum, daß Philips ISS bestimmte Räume und Ausstattungsgegenstände, Strom, Heizung, Telefon und Umkleideräume zur Verfügung stellte und sich zur Abfallbeseitigung verpflichtete sowie ISS bestimmte Verbrauchsgegenstände zum Großhandelspreis bereitstellte. Der Gerichtshof entschied, daß die Richtlinie auf diesen Fall anwendbar ist.

56 — Randnr. 17.

57 — Hervorhebung von mir.

Teilfrage dahin, ob dies davon abhängen kann, daß das dienstberechtigte Unternehmen die Reinigung nunmehr durch seine eigenen Arbeitnehmer oder aber durch andere, von ihm übernommene Arbeitnehmer durchführen läßt.

94. Wie ich schon in den vorausgehenden Abschnitten erläutert habe, ist die Art und Weise des Übergangs von minimalem Interesse, wenn schon eine wirtschaftliche Einheit besteht und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt. Daß der Übergang durch einen Vertrag geregelt wird, durch den bestimmte Tätigkeiten einem Drittunternehmen übertragen worden sind, die wiederum nach der Beendigung des Vertrages das Auftraggeberunternehmen übernommen hat, ist meines Erachtens für die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht maßgebend, sofern nur die anderen zuvor untersuchten Voraussetzungen vorliegen.

95. Denn wenn ein komplettes Reinigungsunternehmen übertragen wird, so bedeutet dies, daß eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern und die wesentlichen Betriebsmittel, wie der Auftragsbestand, der Kundenstamm, die Organisation der Arbeiten des Personals usw., übergehen. In diesem Fall stellt sich kein besonderes Problem hinsichtlich der Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen der Richtlinie.

96. Problematisch wird es dann, wenn die Übertragung kein vollständiges Reinigungsunternehmen betrifft, sondern einen Teil von dessen Tätigkeit, der nur einen seiner Kunden betrifft.

97. Im Urteil Watson Rask [58] hat der Gerichtshof entschieden: „Das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang im Sinne der Richtlinie handelt, besteht darin, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was insbesondere aus der tatsächlichen Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit folgt." [59] Ferner hat er ausgeführt [60], daß sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen sind, zu denen vor allem die Übernahme oder Nichtübernahme der Belegschaft durch den neuen Inhaber gehört.

98. Gemäß dem Vertrag zwischen Hernández Vidal und Contratas y Limpiezas erledigte das Personal zwar seine Arbeiten in den Räumlichkeiten der ersteren Firma, doch unterhielt es sein Arbeitsverhältnis während der gesamten Dauer des Arbeitsvertrags mit der letzteren. Außerdem wurde nach Auflösung des Vertrages zwischen Hernández Vidal und Contratas y Limpiezas kein Angebot auf Übernahme der Betroffenen Prudencia und María Gómez Pérez gemacht.

58 — Angeführt in Fußnote 34, Randnr. 19.

59 — Siehe auch die Urteile Schmidt (Randnr. 17), Spijkers (Randnr. 11) und Redmond Stichting (Randnr. 23), oben angeführt in den Fußnoten 14, 23 und wiederum 14.

60 — Randnr. 20.

99. Meines Erachtens stellt die Gleichartigkeit der vor und der nach der Kündigung des betreffenden Vertrages von ihnen durchgeführten Reinigungsarbeiten kein ausschlaggebendes Kriterium für einen Übergang dar. Auch sonst reicht es für eine solche Entscheidung nicht aus, daß der Erwerber die Übernahme der Arbeitnehmer vorschlägt.

100. Meiner Auffassung nach ist das nationale Gericht dafür zuständig, in derartigen Fällen anhand der vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien, insbesondere anhand des Vorliegens einer vom Erwerber oder dem neu beauftragten Unternehmen übernommenen Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft miteinander verbunden sind, darüber zu entscheiden, ob ein Betriebsteil oder ein Betrieb vorhanden ist und dann übergegangen ist, so daß die Arbeitnehmer in den Schutz der Richtlinie gelangen.

101. Zum zweiten Teil der vorgelegten Frage ist wohl nur darauf hinzuweisen, daß die Richtlinie nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes bei jedem Wechsel des Unternehmensinhabers anwendbar ist, ohne daß unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber erforderlich sind. [61]

102. Für die Feststellung, ob die Voraussetzungen für den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit erfüllt sind, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang ausgeübten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Alle diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert beurteilt werden. [62]

103. Wegen der Besonderheit der Reinigungstätigkeit wird schwerwiegende Bedeutung in geringerem Maß der Übertragung bestimmter körperlicher Gegenstände (Elektrogeräte und andere für die Reinigung verwendete Apparate) und in stärkerem Maß der Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, dem Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang ausgeübten Tätigkeit zukommen. In jedem Fall wird das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung aller zuvor dargelegten Auslegungsaspekte zu klären haben, ob im jeweiligen Rechtsstreit ein Übergang stattfand.

61 — Siehe z. B. die bereits in den Fußnoten 23, 14, 22 und wiederum 14 angeführten Urteile Merckx und Neuhuys (Randnr. 30), Daddy's Dance Hall (Randnr. 10), Bork International (Randnr. 14) und Redmond Stichting (Randnr. 13).

62 — Siehe insbesondere die schon in den Fußnoten 23 und 14 angeführten Urteile Spijkers (Randnr. 13) und Redmond Stichting (Randnr. 24).

104. Abschließend möchte ich darauf hinweisen, daß die Richtlinie auf die Sicherung eines Mindestschutzes für die Arbeitnehmer in bezug auf die Wahrung ihrer Rechte beim Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils abzielt. Nach ständiger Rechtsprechung [63] „sind ... die Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere die über den Schutz der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung aufgrund des Übergangs, als zwingend in dem Sinne anzusehen, daß von ihnen nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden darf". Jedoch schränkt die Richtlinie gemäß ihrem Artikel 7 nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein, für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften anzuwenden oder zu erlassen.

2. *Rechtssache C-229/967 (Santner)*

a) Zur ersten Frage

105. Die erste Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die Reinigungsaufgaben einzelner Betriebsteile eines Betriebes einem Betriebsteil im Sinne der Richtlinie gleichgestellt werden können, wenn sie nach Kündigung der vertraglichen Übertragung auf eine Fremdfirma wieder vom Unternehmen selbst durchgeführt werden.

106. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß die Anzahl der Arbeitnehmer eines Betriebes kein maßgebendes Kriterium dafür darstellt, ob eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes [64] vorliegt, wenn deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist [65].

107. Jedoch hat das nationale Gericht zu prüfen, ob gemäß den obigen Darlegungen eine organisierte Gesamtheit von Personen und Gegenständen oder aber lediglich eine Gesamtheit von durch die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit mit gemeinsamer Zielsetzung als miteinander verbunden angesehenen Arbeitnehmern vorliegt und damit eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit besteht, und dann, ob diese Einheit ihre Identität bewahrt.

108. Ferner möchte ich feststellen, daß im vorliegenden Fall der Umstand, daß Hoechst die Reinigungsarbeiten in seinen Räumlichkeiten nach der Kündigung der vertraglichen Übertragung auf eine Fremdfirma zum Teil von seinen eigenen Arbeitnehmern durchführen läßt, das Vorliegen eines Betriebsteils im Sinne der Richtlinie nicht ausschließt. Bei

63 — Siehe z. B. das in Fußnote 14 angeführte Urteil Daddy's Dance Hall (Randnr. 14) und Urteil vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-319/94 (Dethier Équipement, Slg. 1998, I-1061, Randnr. 40).

64 — Siehe z. B. die in den Fußnoten 28 und 2 angeführten Urteile Rygaard (Randnr. 20) und Süzen (Randnr. 13).

65 — In der Rechtssache Schmidt, angeführt in Fußnote 14, hinderte der Umstand, daß die Arbeit des Reinigens von einer einzigen Arbeitnehmerin ausgeführt wurde, den Gerichtshof nicht daran, zu entscheiden (Randnr. 15), daß eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit vorliegt. Auch wies er darauf hin, daß der durch die Richtlinie gewährte Schutz nicht von der Anzahl der in dem übertragenen Unternehmensteil beschäftigten Arbeitnehmer abhängen kann.

diesem handelt es sich um den Teil, der den Reinigungsdienst konkreter Arbeitnehmer in den Badehäusern ausmacht, für den die Herrn Santner nachfolgenden Arbeitgeber die Verantwortung übernahmen. Der Schutz der Richtlinie erstreckt sich auf die diesem Teil des Unternehmens zugewiesenen Personen, denn „[d]as Arbeitsverhältnis wird", wie auch der Gerichtshof entschieden hat [66], „inhaltlich durch die Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmens- oder Betriebsteil gekennzeichnet, dem er zur Erfüllung seiner Aufgabe angehört".

109. Somit bin ich der Ansicht, daß auf diese Frage die gleiche Antwort zu geben ist wie auf die erste Frage in der Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal).

b) Zur zweiten Frage

110. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob auf die erste Frage anders zu antworten ist, wenn die Reinigungsaufgaben einzelner Betriebsteile eines Betriebes nach Rückübertragung auf den Unternehmer wieder in den Reinigungsaufgaben des gesamten Betriebes aufgehen.

111. Nach Ansicht der deutschen Regierung ist die Richtlinie nicht anwendbar, da es an der nach dem Übergang ihre Identität bewahrenden organisatorischen Einheit fehle, weil die Reinigungstätigkeit zwischen Hoechst, das sie durch eigene Arbeitskräfte durchführen lasse, und Fremdfirmen aufgeteilt worden sei. Dieser Ansicht stimmt auch die Kommission zu.

112. Aus den Akten ergibt sich, daß Hoechst Herrn Santner nicht seine Übernahme vorschlug [67] und zwar mit eigenen Arbeitnehmern sämtliche Arbeiten zum Reinigen der Badehäuser übernahm, diese Arbeiten dann aber teils eigenen Arbeitnehmern [68], teils Drittunternehmen übertrug. Es ist auch nicht ersichtlich, daß etwa andere körperliche oder organisatorische Dinge nach der Kündigung des Vertrages auf Hoechst zurückübertragen worden wären.

113. Dazu möchte ich bemerken, daß es Sache des vorlegenden Gerichts ist, anhand der verschiedenen vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien gemäß meinen vorangehenden Ausführungen unter Berücksichtigung der Besonderheit des Betriebes und der Tätigkeit des Reinigens bestimmter Räumlichkeiten darüber zu entscheiden, inwiefern die Identität des Betriebes fortbesteht.

114. Jedoch bestimmt Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie zwar, daß der Übergang eines

66 — Siehe Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 186/83 (Botzen, Slg. 1985, 519, Randnr. 15) und das in Fußnote 14 angeführte Urteil Schmidt (Randnr. 13).

67 — Also das Gegenteil dessen, was im Fall Schmidt geschehen war.

68 — Laut den Akten handelte es sich um eigens für diesen Zweck ausgebildete Schwerbehinderte.

Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils als solcher für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung darstellt, aber dann wird festgestellt, daß diese Bestimmung etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegensteht. Außerdem steht diese Möglichkeit der Entlassung von Arbeitnehmern, wie auch der Gerichtshof entschieden hat [69], sowohl dem Veräußerer als auch dem Erwerber zu.

3. *Rechtssache C-74/97 (Gómez Montaña)*

115. Das vorlegende Gericht fragt, ob die Beendigung eines Subunternehmervertrags mit einem Reinigungsunternehmen, die Grund für die Entlassung der vom Subunternehmen beschäftigten Arbeitnehmerin war, und die Übernahme der Reinigungstätigkeit durch das Hauptunternehmen, ein Eisenbahntransportunternehmen, mit seinen eigenen Beschäftigten unter die Richtlinie fällt.

116. Zunächst möchte ich feststellen, daß es gemäß der vorangehenden Untersuchung für die Antwort auf die Frage nicht darauf ankommt, daß die RENFE die Arbeiten der Reinigung des Bahnhofs Pontevedra selbst übernahm, statt sie wiederum einem Fremdunternehmen zu übertragen.

117. Ferner bin ich aufgrund der tatsächlichen Umstände, die vom vorlegenden Gericht dargelegt und durch die schriftlichen Erklärungen der Verfahrensbeteiligten erläutert worden sind, der Ansicht, daß die Entscheidung der RENFE, die Reinigung und Unterhaltung des Bahnhofs selbst zu übernehmen, eindeutig eine Fortsetzung einer wirtschaftlichen Tätigkeit darstellt. Jedoch muß das vorlegende Gericht prüfen, ob gemäß meinen vorangehenden, sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebenden Ausführungen ein Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit von Claro Sol auf die RENFE vorlag. Denn aus dem Vorlagebeschluß geht hervor, daß nur die Verantwortung für die Reinigung und Unterhaltung des Bahnhofs von Claro Sol auf die RENFE übertragen wurde und daß erstere lediglich einen Auftrag an das Hauptunternehmen verlor, wobei dieser Verlust für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie darstellt.

118. Mithin hat das zuvor beauftragte Unternehmen Claro Sol zwar einen Kunden verloren, besteht aber in vollem Umfang weiter, ohne daß einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übergegangen wäre. [70]

69 — Siehe das in Fußnote 63 angeführte Urteil Dethier Équipement (Randnr. 37).

70 — Siehe auch Randnr. 16 des bereits in Fußnote 2 angeführten Urteils Süzen.

119. Jedoch hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob Claro Sol für die Erbringung dieser Leistungen, d. h. die Durchführung dieser Arbeiten, eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern (sei es Personal mit bloßen Durchführungsaufgaben, sei es Verwaltungspersonal) und irgendwelche, wenn auch weniger bedeutende Aktiva (Werkzeuge, Geräte) benötigte.

120. Ferner hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, und sei es auch nur ein von der Anzahl und den Zuständigkeiten der Arbeitnehmer her gesehen bedeutsamer Teil davon, oder irgendwelche Bewirtschaftungsmethoden oder Arten der Arbeitsorganisation übertragen wurden, so daß aufgrund einer Gesamtbeurteilung dieses Indizienbündels entschieden werden kann, ob ein Übergang vorlag.

121. Demnach obliegt es dem vorlegenden Gericht, anhand der zuvor angeführten Kriterien darüber zu befinden, ob unter Berücksichtigung dessen, daß die RENFE die Reinigung des Bahnhofs Pontevedra durch eigenes Personal übernahm und Frau Gómez Montaña nach der Beendigung des Vertrages mit Claro Sol, das während der gesamten Dauer des Auftrags die Arbeitgeberin von Frau Gomez Montaña war, nicht einstellte, nach dem Übergang eine wirtschaftliche Einheit besteht. Wenn die genannten Kriterien nicht erfüllt sind, kann dies für das vorlegende Gericht nur zu verneinen sein.

122. Wie schon dargelegt, steht der Umstand, daß die Reinigungstätigkeit gegenüber der Haupttätigkeit der RENFE, dem Eisenbahntransport, von sekundärer Bedeutung ist, gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht der Annahme entgegen, daß ein Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils im Sinne der Richtlinie vorliegen kann. Auch kommt der Anzahl der im konkreten Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer keine besondere Bedeutung zu, sofern weitere Gesichtspunkte vorhanden sind, anhand deren über das Vorliegen eines Übergangs entschieden werden kann.

123. Abschließend möchte ich darauf hinweisen, daß die Richtlinie gemäß ihrem Artikel 7 nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten einschränkt, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen.

D — *Verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96*

1. *Rechtssache C-173/96 (Sánchez Hidalgo)*

124. Die Beantwortung der Frage des vorlegenden Gerichts setzt zum einen eine Gesamtbeurteilung nach den verschiedenen vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien für das Vorliegen eines Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteils und zum anderen die Prüfung der Frage voraus, ob die übergegangene wirtschaftliche Einheit auch nach dem Übergang ihre Identität bewahrt.

125. Aus den Akten geht hervor, daß es sich um eine Tätigkeit handelt, deren Hauptmerkmal der menschliche Faktor ist, während die Elemente materieller Art (Räumlichkeiten, technische Ausstattung, Arbeitsorganisation, Know-how usw.) von geringerer Bedeutung sind.

126. Wenn es sich somit um eine Branche handelt, in der es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, ist das Kriterium der Arbeitnehmergruppe im Sinne einer Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft miteinander verbunden sind [71], von entscheidender Bedeutung. Die Entscheidung darüber, ob eine solche organisierte Gesamtheit besteht, ist Sache des vorlegenden Gerichts. Der Umstand, daß das betreffende Personal insgesamt vom neuen Unternehmer beschäftigt wird, kann ein charakteristisches Element für die Schlußfolgerung sein, daß ein Übergang im Sinne der Richtlinie vorliegt, obwohl keine anderen bedeutenden materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übergegangen sind.

127. Das vorlegende Gericht hat ferner zu prüfen, ob eine Gleichartigkeit der vor und der nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten besteht [72] und von welcher Struktur die fraglichen Unternehmen sind, d. h. wie sie mit Personal besetzt sind usw ... [73].

128. Somit obliegt es dem vorlegenden Gericht, darüber zu entscheiden, ob ein Betriebsteil übergegangen ist, indem es ein Gesamturteil darüber anstellt, ob die Dienstleistung der häuslichen Hilfe weiterhin von derselben Gruppe von Hilfskräften, eventuell mit Unterstützung weiterer Arbeitnehmer, durchgeführt wird, ob weiterhin dieselbe Arbeitszeit gilt, ob die Personen, denen diese Dienstleistungen erbracht werden, dieselben sind usw.

129. Überdies stellt es meines Erachtens auch keinen bedeutenden Gesichtspunkt dar, der einen Unterschied für die Antwort machen und folglich den Schutz der Richtlinie ausschließen würde, daß die Stadt Guadalajara die fragliche Dienstleistung erst nach einer neuen Ausschreibung auf ein anderes Unternehmen übertragen hat; es reicht aus, daß von der einen Beauftragung zur anderen nicht besonders viel Zeit verstrichen ist.

130. Somit bedarf es eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Beendigung einer vertraglichen Beauftragung und der Übertragung der Tätigkeit an ein neues Unternehmen. Wieviel Zeit verstreichen darf, hat im Rahmen seiner Zuständigkeit auf der Grundlage des Sachverhalts und der Art des Betriebes, um den es in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit geht, das vorlegende Gericht zu entscheiden; es reicht aus, daß

71 — Siehe das bereits in Fußnote 2 angeführte Urteil Süzen (Randnr. 21).

72 — Konkret hat das vorlegende Gericht die besonderen Merkmale der Tätigkeit zu prüfen, die zunächst Minerva und dann Aser im Rahmen ihres Vertrages mit der Stadt Guadalajara ausübten, d. h. ob diese Dienstleistungen der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befanden, gleich waren.

73 — Die Kommission hat (in Abschnitt III Nr. 8 ihrer schriftlichen Erklärungen) vorgetragen, Aser erkläre in seinem Bericht an die Stadt, daß seine Struktur auf einer Reihe von Gruppen von Hilfskräften für die Erbringung von Dienstleistungen der häuslichen Hilfe, einem Koordinator und einem technischen Team beruhe, das sich aus ausgebildeten Beschäftigten (Sozialarbeitern, Psychologen usw.) zusammensetze.

der maßgebliche Zweck der Schutzbestimmungen der Richtlinie für die Arbeitnehmer gewahrt wird. [74]

131. Ferner stellt es auch keinen bedeutenden Gesichtspunkt dar, der einen Unterschied für die Antwort machen würde, daß der Tarifvertrag oder die Ausschreibungsbedingungen nichts über die Pflicht des neuen, wie oben dargelegt, nach einer Ausschreibung mit der Dienstleistung betrauten Unternehmens zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis mit den Arbeitnehmern des vorherigen Auftragnehmers aussagen. Denn „aufgrund des zwingenden Charakters des durch die Richtlinie geschaffenen Schutzes" kann die Anwendung der Richtlinie, „wenn den Arbeitnehmern dieser Schutz nicht genommen werden soll" [75], nicht vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein solcher Voraussetzungen im Tarifvertrag oder in den Ausschreibungsbedingungen abhängig gemacht werden. Vielmehr bestimmt sich die Feststellung, ob ein Übergang vorliegt, aufgrund eines Bündels zusammen zu bewertender Merkmale des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens der anhängigen Rechtssache [76].

2. *Rechtssache C-247/96 (Ziemann)*

132. Die Besonderheit dieses Rechtsstreits besteht hauptsächlich darin, daß über die anzuwendenden Bedingungen und ihre Anwendung zum einen — in der Ausschreibung — hinsichtlich der Organisierung und zum anderen hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit der Bewachung des Sanitätsdepots in Efringen-Kirchen durch den jeweiligen Zuschlagsempfänger (Auftragnehmer) ganz weitgehend die auftraggebende Behörde (die Bundeswehr) bestimmt.

133. Mit seinen Fragen spricht das vorlegende Gericht im wesentlichen zwei Probleme an. Zunächst ist zu prüfen, worin im Rahmen des Übergangs eines Betriebes wegen eines Inhaberwechsels die Bedeutung des Begriffes „wirtschaftliche Einheit" besteht; darum geht es im wesentlichen im ersten Teil von Frage 1 und in Frage 3. Sodann ist zu prüfen, inwiefern dem Umstand Bedeutung zukommt, daß der Inhaberwechsel mittels einer Ausschreibung erfolgt und daß keine direkte vertragliche Beziehung zwischen den Auftragsunternehmen besteht, die nacheinander den betreffenden Bewachungsauftrag im Sanitätsdepot der Bundeswehr durchführen; dies wird im zweiten Teil von Frage 1 und in Frage 2 angesprochen.

a) Der Begriff der übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit

134. Als erstes fragt das vorlegende Gericht zunächst, ob die Richtlinie auch auf den Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils wie die Aufgaben der Bewachung eines Sanitätsdepots der Bundeswehr anwendbar ist (erster Teil von Frage 1), wenn im wesentlichen immer die gleichen Arbeitnehmer die

74 — Diese Frage wird ausführlicher unten im Zusammenhang mit der Rechtssache C-247/96 (Ziemann) erörtert.

75 — Siehe das oben in Fußnote 22 angeführte Urteil Rotsart de Hertaing (Randnr. 20).

76 — Es ist darauf hinzuweisen, daß die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen (Abschnitt 1 Nr. 4) unter Berufung auf den Bericht von Aser gegenüber der Stadt Guadalajara vorträgt, daß Aser die Gruppe von Hilfskräften, die während der Auftragsdauer mit der Dienstleistung betraut gewesen sei, voll beibehalten werde.

gleichen Wachaufgaben unter im wesentlichen gleichen Konditionen, die weitgehend vom Auftraggeber bestimmt werden, verrichten (Frage 3).

135. Da der Auftraggeber (die Bundeswehr) bis in Einzelheiten die Regeln für die Organisation und die Durchführung bestimmter Tätigkeiten, die im wesentlichen immer dieselben Arbeitnehmer ausüben, festlegt, hat der Gerichtshof die Frage zu beantworten, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, deren Übergang unter die Richtlinie fällt. Ist dies nicht der Fall, d. h. wenn keine wirtschaftliche Einheit vorliegt, kommt eine Anwendung der Schutzbestimmungen der Richtlinie nicht in Betracht.

136. Wenn zwei Unternehmen nacheinander die Durchführung einer Tätigkeit übernehmen, ist es für die Anwendung der Richtlinie zuallererst erforderlich, daß das erste Unternehmen hierzu eine hinreichend organisierte (wirtschaftliche) Einheit gebildet hat.

137. Es geht darum, ob der Einfluß, den der Auftraggeber auf die Organisation und die Durchführung dieser Tätigkeit durch den Zuschlagsempfänger (Auftragnehmer) ausübt, in bestimmten Fällen bewirken kann, daß dem letzteren seine Handlungsfreiheit und damit seine Möglichkeit, für die Durchführung der Tätigkeit eine organisierte wirtschaftliche Einheit zu bilden, genommen ist.

138. Die Ziemann GmbH äußert Zweifel daran, daß die Richtlinie auf öffentlichrechtliche Einrichtungen wie die Bundeswehr anwendbar ist.

139. Sowohl die Ziemann GmbH als auch die deutsche Regierung vertreten die Ansicht, daß es sich bei der Bewachung des Sanitätsdepots nicht um eine wirtschaftliche Einheit handele, da sie angesichts des Einflusses, den die Bundeswehr auf die Organisation und die Durchführung der betreffenden Arbeiten ausgeübt habe, nicht selbständig funktionsfähig gewesen sei. Es habe sich also um einen Übergang der Vertragsbeziehung und nicht eines Betriebes oder Betriebsteils gehandelt.

140. Die Kommission vertritt die Ansicht, zwar liege eine wirtschaftliche Einheit vor, diese sei aber nicht übergegangen, sondern habe der Bundeswehr, die ihr das erforderliche Minimum an organisatorischer Struktur und Selbständigkeit zuführe, gehört und gehöre ihr weiter.

141. Wie schon dargelegt, hat der Gerichtshof entschieden [77]: „Die Anwendung der Richtlinie setzt voraus, daß es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit geht, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung

77 — Siehe z. B. die schon in den Fußnoten 28 und 2 angeführten Urteile Rygaard (Randnr. 20) und Süzen (Randnr. 13).

einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung."

i) Der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit"

142. Es genügt also nicht, daß lediglich eine einfache Nachfolge zwischen Unternehmern in der Ausübung der gleichen Tätigkeit vorliegt, sondern der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit erforderlich ist, d. h. einer organisierten Gesamtheit von Personen und/oder Gegenständen, die die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht und auf das gleiche Ziel ausgerichtet ist. Wie ich ferner schon oben dargelegt habe, kann bei Tätigkeiten, bei denen die menschliche Arbeitskraft größere Bedeutung hat, das Vorliegen materieller oder immaterieller Betriebsmittel nicht entscheidend sein.

143. Infolgedessen kommt, wie auch die Kommission zu Recht vorträgt (Nr. 22 ihrer schriftlichen Erklärungen), der Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils vom ersten auf das zweite Auftragsunternehmen (d. h. von der Ziemann GmbH auf Bohn) nur dann in Betracht, wenn es sich zum einen bei der Abteilung „Bewachung" des Sanitätsdepots Efringen-Kirchen um eine wirtschaftliche Einheit und mithin um einen Betriebsteil im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie handelt und zum anderen die Ziemann GmbH auch Inhaber dieses Betriebsteils war, bevor er auf Bohn überging. Wenn dagegen die Bundeswehr trotz der sukzessiven Übertragungen der Leitung des Betriebsteils „Bewachung" auf verschiedene Unternehmen dessen Inhaber geblieben sein sollte, so kommt kein Übergang eines Unternehmensteils in Betracht.

144. Wie schon ausgeführt, besteht die einem Unternehmen übertragene Tätigkeit der Bewachung bestimmter Räumlichkeiten in der Erbringung von Dienstleistungen und stellt somit eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Wenn diese Tätigkeit, mit der ein bestimmtes, wenn auch gegenüber dem Hauptziel des Unternehmens untergeordnetes Ziel verfolgt wird, durch eine organisierte Einheit, d. h. eine organisierte Gesamtheit von Personen und/oder Betriebsmitteln, durchgeführt wird, so stellt diese Einheit eine wirtschaftliche Einheit dar, die gemäß der Terminologie der Richtlinie das Fundament jedes Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils darstellt.

145. Mit Sicherheit muß eine wirtschaftliche Einheit organisiert sein, d. h. eine, wenn auch nur sehr geringe, organisatorische Struktur aufweisen, damit sie ein Unternehmen, einen Betrieb oder einen Betriebsteil darstellt.

146. Dabei könnten für sie vor allem die konkrete Personaleinteilung, die Dauer und die Fortführung der Ausübung der Tätigkeit, das Vorhandensein eines Arbeitsprogramms mit einem bestimmten Zeitplan, die Personalauswahl und der Einsatz der ausgewählten Personen für bestimmte Tätigkeiten von Bedeutung sein. Diese rein beispielhaft angeführten Gesichtspunkte bedürfen jeweils einer Verifizierung durch das nationale Gericht.

147. Angesichts der im Vorlagebeschluß dargelegten tatsächlichen Umstände bin ich, insoweit mit der Kommission übereinstimmend, der Ansicht, daß „die Bewachung" des konkreten Sanitätsdepots eine wirtschaftliche Einheit darstellen kann. Zu diesem Ergebnis gelange ich aufgrund der Tatsache, daß die Bewachung des konkreten Ortes seit langem einer bestimmten Gesamtheit von Wachleuten übertragen ist, wenngleich deren Pflichten im UZwGBw und im Dienstleistungsvertrag festgelegt sind. Außerdem wird das Wachpersonal laut den Akten aufgrund der Fähigkeit zur Erbringung der konkreten Dienstleistungen ausgewählt, ausgebildet und eingesetzt. Dieses Personal arbeitet gemäß einem festgelegten Bewachungsplan und hat die festgelegten Arbeitszeiten und konkrete Leitlinien einzuhalten.

ii) Zu der Frage, ob die Bundeswehr Inhaber des Betriebsteils „Bewachung" geblieben oder ob dieser an das jeweils beauftragte Unternehmen übergegangen ist

148. Die Kommission vertritt die Ansicht, im vorliegenden Fall liege angesichts des vom vorlegenden Gericht beschriebenen Sachverhalts kein Übergang eines Betriebsteils von der Bundeswehr auf das erste und später, nach Übertragung, das zweite Unternehmen vor. Die wirtschaftliche Einheit „Bewachung" des Sanitätsdepots Efringen-Kirchen sei größtenteils von seiner organisatorischen Struktur und seiner Selbständigkeit her gesehen wegen der Besonderheit der Bundeswehr als auftraggebende Behörde dauerhaft in diese eingegliedert. Daher liege kein Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils an die Unternehmen Ziemann GmbH und Bohn vor.

149. Dieser Ansicht ist meines Erachtens nicht zu folgen. Ich bin zu der Auffassung gelangt, daß eine wirtschaftliche Einheit, bestehend in der Bewachung des der Bundeswehr gehörenden Sanitätsdepots Efringen-Kirchen, vorliegt. Wie starken Einfluß die Bundeswehr insbesondere durch die im Bewachungsvertrag enthaltenen Regelungen auf die Organisation dieser wirtschaftlichen Einheit auch ausübt, genügt dies meines Erachtens nicht, um den Schutz auszuschließen, den die Richtlinie beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen gewährt.

150. Ich glaube daher, daß der von der auftraggebenden Behörde (Bundeswehr) ausgeübte Einfluß [78], so bedeutend er auch sein

78 — Der Bewachungsvertrag zwischen der Bundeswehr, die das Sanitätsdepot betreibt, und dem jeweiligen Bewachungsunternehmen wird von der zuständigen Wehrbereichsverwaltung im Zuge der Ausschreibungen detailliert vorformuliert. In der Ausschreibung werden die Wachaufgaben, der Umfang des Einsatzes der Wachleute, die Anzahl der Wachleute und Begleithunde, die Anforderungen an das einzusetzende Wachpersonal, Qualifikationsvoraussetzungen des Wachpersonals, Ausstattungsvoraussetzungen, Belehrungen, Kontrollen und Ausbildung an der Waffe detailliert vom Auftraggeber vorgegeben, und sie werden nach Vergabe des Auftrags vertraglich vereinbart. Der Auftraggeber (die Bundeswehr) stellt innerhalb der Einrichtungen des Sanitätsdepots den Wachraum, die Toilettenanlagen, den Ruheraum und Kleiderspinde zur Verfügung. Der Auftragnehmer kann nur mit schriftlicher Genehmigung des Auftraggebers Wachpersonal einsetzen, muß Ersatzpersonal zuvor dem Auftraggeber melden und muß auf Weisung des Auftraggebers, was dieser jederzeit verlangen kann, Wachpersonen von der Beschäftigung ausschließen und ersetzen. Außerdem erfolgt die Durchführung des Bewachungsauftrags, wie das vorlegende Gericht erläutert, nach den von der Bundeswehr gesetzten Bedingungen, insbesondere auf einer besonderen gesetzlichen Grundlage, dem UZwGBw.

mag, nicht jeden Handlungsspielraum des Auftragnehmers beseitigt, was uns an der Annahme hindern würde, daß der Auftragnehmer bestimmte Organisationsbefugnisse über die in der Bewachung des Sanitätsdepots bestehende wirtschaftliche Einheit hat.

151. Wie das vorlegende Gericht angibt, ist der Auftragnehmer zwar gehalten, solches Wachpersonal nicht bei anderen Liegenschaften einzusetzen, doch könnte es sich so z. B. auch bei der Bewachung einer Bank verhalten. Der Auftragnehmer muß eine bestimmte Ausstattung mit Dienstbekleidung, Armbinde, Handwaffe, Schlagstock, Signalpfeife, Stablampe, Verbandspäckchen, Kontrollgeräten usw. stellen. All dies sind Umstände, die mit Sicherheit zur Klärung der Frage, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, zusammen zu bewerten sind, wobei die organisatorische Verantwortung für die betreffende Einheit, wenn auch nur bis zu einem gewissen Grad, dem Auftragnehmer obliegt.

152. Außerdem legt auch bei der Übertragung von Dienstleistungen z. B. der Reinigung oder der Bewachung in manchen Einrichtungen [79] sehr oft der Auftraggeber den Zeitplan für die Arbeiten fest, ge- oder verbietet die Verwendung bestimmter Rohstoffe oder verlangt die Beachtung bestimmter elementarer Sicherheitsregeln; letzteres kann ihn ferner zu der Vorgabe veranlassen, daß das die Dienstleistungen erbringende Personal seiner Zulassung unterliegt oder Personen, die nichts mit dem Gegenstand der Dienstleistung zu tun haben, das Betreten der zu reinigenden Räume verboten ist. Entsprechendes könnte auch in dem Fall festzustellen sein, daß ein Unternehmen die Pflege der Gärten eines Geschäftsmannes oder einer Privatperson oder die Verantwortung für den Betrieb einer Bewirtungseinrichtung in den Räumen eines Unternehmens übernimmt.

153. Aus alledem folgt meines Erachtens, daß das erste Auftragsunternehmen über einen gewissen, wenn auch begrenzten, Spielraum für die Festlegung der Organisation der wirtschaftlichen Einheit „Bewachung" und der Art und Weise der Durchführung der entsprechenden Aufgaben verfüge. Außerdem sind die Aufgaben des Auftragnehmers nicht ausschließlich darauf beschränkt, dem Auftraggeber entgeltlich die Wachleute, die durch einen Arbeitsvertrag mit ihm verbunden sind, für die Einheit „Bewachung" des Auftraggebers zur Verfügung zu stellen; das entgegengesetzte Vorbringen der Kommission ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

154. Falls sich die Bundeswehr dafür entscheidet, die Verantwortung für die Verwaltung eines bestimmten Dienstes unter den vom — im übrigen für die Sachverhaltsermittlung zuständigen — vorlegenden Gericht dargelegten Bedingungen vertraglich einem Unternehmer (dem ersten Auftragnehmer) zu übertragen, und die wirtschaftliche Einheit auch nach dem Übergang ihre Identität bewahrt und der Auftragnehmer zugleich eine gewisse, wenn auch begrenzte Organisationsbefugnis über diese wirtschaftliche Einheit behält, kann demgemäß angenommen werden, daß die betreffende wirtschaftliche Einheit nach der ersten Übertragung nicht der Bundeswehr verblieb.

79 — Zum Beispiel in einem Museum, einer Bank oder einer Wohnanlage.

iii) Der Übergang eines Betriebsteils

155. Aufgrund der vorangehenden Untersuchung bin ich der Ansicht, daß in dem vom vorlegenden Gericht beschriebenen Fall eine wirtschaftliche Einheit bei dem ersten Auftragsunternehmen gegeben war, die in der Bewachung des Sanitätsdepots Efringen-Kirchen bestand.

156. Zur Prüfung der Frage, ob nach der Vertragskündigung ein Übergang von dem ersten auf das zweite Auftragsunternehmen vorlag, müssen wir jedoch die verschiedenen Kriterien heranziehen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergeben. Diese hat das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung der Besonderheit der Tätigkeit, um die es im vorliegenden Fall geht, zusammen zu bewerten. Wie sich aus den Akten ergibt, handelt es sich also um eine Tätigkeit, bei der der menschliche Faktor das Wichtigste ist, während die materiellen oder immateriellen Elemente eindeutig von geringerer Bedeutung sind.

157. Es handelt sich mit anderen Worten um eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, die speziell mit einer gemeinsamen Tätigkeit befaßt sind. Mir ist daher nicht ersichtlich, weshalb diese Gesamtheit, die eine wirtschaftliche Einheit darstellt, nicht — von der Gleichartigkeit der verrichteten Arbeiten einmal abgesehen — immer dann sollte übergehen können, wenn der neue Unternehmer alle oder die (nach Anzahl und Fähigkeiten) meisten vom vorherigen Auftragnehmer speziell mit der Vertragserfüllung betrauten Arbeitnehmer übernimmt, was es ihm ermöglicht, die Tätigkeit der Bewachung des konkreten Sanitätsdepots der Bundeswehr dauerhaft fortzusetzen, wenngleich keine bedeutenden materiellen oder immateriellen Güter auf ihn übertragen werden.

158. Zu diesem Ergebnis gelangt man außerdem auch aufgrund des Umstandes, daß laut Vorlagebeschluß im wesentlichen immer dieselben Arbeitnehmer die gleichen Wachaufgaben unter im wesentlichen gleichen Bedingungen verrichten, wenn letztere auch weitgehend vom Auftraggeber bestimmt werden. [80]

b) Die Art und Weise der Bewirkung des Übergangs

i) Zum zweiten Teil von Frage 1

159. Der zweite Teil von Frage 1 des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die Richtlinie anwendbar ist, wenn sich der Übergang nicht direkt zwischen zwei Unternehmen vollzieht, sondern durch die Kündigung des Vertrages mit einem und nachfolgender Zuschlagserteilung im Ausschreibungsverfahren an ein anderes Unternehmen.

160. Ich möchte im vorliegenden Fall lediglich darauf hinweisen, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen, wie sie der Gerichtshof für die Prüfung der Frage, ob ein Übergang vorliegt, aufgestellt und im Urteil Süzen erläutert hat, die Art und Weise des Übergangs,

80 — Das vorlegende Gericht hat (in Abschnitt II Nr. 4) dargelegt, daß Bohn nach Ansicht von Herrn Ziemann 9 von 12 Arbeitnehmern für die „Bewachung" des Sanitätsdepots Efringen-Kirchen weiterbeschäftigte und daß nur die Arbeitsverträge von Herrn Ziemann und einem anderen älteren Arbeitnehmer gekündigt wurden, weil Herr Ziemann der Bundeswehr für die Wachdienste zu alt war. Außerdem hat die Kommission (in Nr. 7 ihrer schriftlichen Erklärungen) vorgetragen, daß ein dritter Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch aus dem Unternehmen ausgeschieden sei.

d. h. ob er durch Vertragskündigung, Ausschreibung und Neubeauftragung eines anderen Unternehmens des betreffenden Marktes erfolgt ist, wie schon ausgeführt, von minimalem Interesse ist. Infolgedessen müssen auch im vorliegenden Fall mutatis mutandis die Grundsätze gelten, die im Fall der Kündigung eines (Bewachungs-)Vertrages mit nachfolgender Neubeauftragung ohne Ausschreibung gelten. Im übrigen bedarf es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes für eine „vertragliche Übertragung" [81] im Sinne der Richtlinie keiner direkten vertraglichen Beziehung zwischen dem alten und dem neuen die betreffenden Dienstleistungen erbringenden Unternehmer [82].

ii) Zu Frage 2: die Bedeutung des Zeitablaufs zwischen den beiden Aufträgen

161. Mit Frage 2 begehrt das vorlegende Gericht ergänzend um Auskunft darüber, ob es für die Anwendbarkeit der Richtlinie darauf ankommt, daß im fraglichen Rechtsstreit der in der Bewachung des konkreten Sanitätsdepots bestehende Betriebsteil nach Kündigung des Vertrages mit dem ersten Unternehmen [83] an den Auftraggeber [84] zurückfällt und dann *in unmittelbarem zeitlichem Anschluß* einem anderen Auftragnehmer [85] wieder ein Dienstleistungsauftrag mit im wesentlichen gleichen Konditionen erteilt wird. Es wird somit gefragt, ob es für den Übergang des in der Bewachung des konkreten Sanitätsdepots bestehenden Betriebsteils und demgemäß für den Übergang eines Betriebsteils per Ausschreibung entscheidend darauf ankommt, daß *in unmittelbarem zeitlichem Anschluß* einem anderen Auftragnehmer ein neuer Dienstleistungsauftrag mit im wesentlichen gleichen Konditionen erteilt wird.

162. Meines Erachtens bedarf es eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Beendigung einer vertraglichen Beauftragung und der Auftragserteilung an einen neuen Unternehmer. Wieviel Zeit verstreichen darf, hat im Rahmen seiner Zuständigkeit auf der Grundlage des Sachverhalts und der Art des Betriebes, um den es in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit geht, das nationale Gericht zu entscheiden.

163. Auf jeden Fall ist meines Erachtens die nützliche Wirkung der Schutzvorschriften der Richtlinie für die Arbeitnehmer beim Übergang eines Betriebes zu erhalten. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Anwendbarkeit

81 — Der Gerichtshof legt den Begriff „vertragliche Übertragung" wegen der Unterschiede zwischen den verschiedenen sprachlichen Fassungen weit aus, so daß seine Auslegung dem Zweck der Richtlinie, die Arbeitnehmer zu schützen, entspricht. In ständiger Rechtsprechung heißt es daher: „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"; siehe z. B. die Urteile Bork International (angeführt in Fußnote 22, Randnr. 13) und Redmond Stichting (angeführt in Fußnote 14, Randnr. 11).

82 — So hat der Gerichtshof entschieden, daß die Richtlinie anwendbar ist, wenn ein Pachtvertrag über ein Restaurant gekündigt wird und dies mit dem Abschluß eines neuen Pachtvertrags mit einem anderen Unternehmer einhergeht (Urteil Daddy's Dance Hall, angeführt in Fußnote 14), wenn ein Mietvertrag gleichzeitig mit einem Verkauf durch den Eigentümer gekündigt wird (Urteil Bork International, angeführt in Fußnote 22) oder auch dann, wenn eine Behörde die Gewährung von Subventionen an eine juristische Person einstellt und dadurch die vollständige und endgültige Beendigung der Tätigkeiten dieser juristischen Person bewirkt, um die Subventionen auf eine andere juristische Person zu übertragen, die einen ähnlichen Zweck verfolgt (Urteil Redmond Stichting, angeführt in Fußnote 14). In dem schon in Fußnote 23 angeführten Urteil Merckx und Neuhuys vom 7. März 1996 (Randnrn. 30 und 32) hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß die Richtlinie auf den Fall anwendbar ist, daß ein Unternehmen, das eine Berechtigung zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen für ein bestimmtes Gebiet besitzt, seine Tätigkeit einstellt und die Vertriebsberechtigung dann auf ein anderes Unternehmen übertragen wird, das — ohne Übertragung von Aktiva — einen Teil der Belegschaft übernimmt und für das bei der Kundschaft geworben wird.

83 — Im vorliegenden Fall die Ziemann GmbH.

84 — Also die Bundeswehr.

85 — Im vorliegenden Fall die Firma Horst Bohn.

der Richtlinie dann ausgeschlossen wäre, wenn ein „Bewachungs"vertrag von langer Dauer, der in einem Unternehmen von einer besonderen Bewachungseinheit durchgeführt wird, ohne sofortigen Übergang auf ein neues „Bewachungs"unternehmen gekündigt wird. Es obliegt, wie die Kommission zu Recht vorgetragen hat (Nr. 47 ihrer schriftlichen Erklärungen) [86], dem vorlegenden Gericht, bei der Prüfung der Identität des Betriebsteils vor und nach dem Übergang zu klären, wie lange dieser enge zeitliche Zusammenhang besteht.

164. Doch scheint sich im vorliegenden Fall gemäß den Angaben im Vorlagebeschluß diese Frage nicht zu stellen, da der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Kündigung des Vertrages der Bundeswehr mit dem ersten Auftragnehmer (der Ziemann GmbH) [87] und der Neubeauftragung des anderen Unternehmens (Bohn) wegen der ohne jede Übergangszeit aufeinanderfolgenden Übertragung [88] auf die beiden Unternehmen mutmaßlich gegeben war [89].

VI — Entscheidungsvorschlag

165. Nach alledem schlage ich vor, folgende Antworten zu erteilen:

A — Verbundene Rechtssachen C-127/96, C-229/96 und C-74/97

1. Antwort auf Frage 1 in der Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal) und Frage 1 in der Rechtssache C-229/96 (Santner)

Artikel 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von

86 — Die Kommission weist zu Recht darauf hin (Nr. 48 ihrer schriftlichen Erklärungen), daß sich aus der Art des Betriebsübergangs und der Qualifikation des vom neuen Auftragnehmer übernommenen Personals Anhaltspunkte für die Bestimmung des Zeitraums ergeben könnten, innerhalb dessen im konkreten Fall noch ein Betriebsübergang nach Beendigung des alten Auftrags und bis zum Beginn des neuen Auftrags möglich sei. So könne etwa bei einem Betriebsübergang, bei dem der neue Auftragnehmer erst im Wege eines umfangreichen Ausschreibungsverfahrens zu ermitteln sei, ein längerer Zwischenraum zu veranschlagen sein als beim Übergang eines Betriebsteils durch direkten Wechsel des Auftragnehmers. Der Zwischenzeitraum könne auch dann etwas großzügiger zu bemessen sein, wenn die auf den neuen Vertragspartner übertragenen Aufgaben eine hohe Qualifikation verlangten und es daher notwendig machten, länger nach einem geeigneten Unternehmen oder einem möglichst fähigen Auftragnehmer zu suchen als bei Tätigkeiten, die von mehr Unternehmen oder Auftragnehmern verrichtet werden könnten.

87 — Sie erfolgte am 30. September 1995.

88 — Laut Kommission wurde Bohn am 1. Oktober 1995 beauftragt.

89 — Die Klage von Herrn Ziemann gegen die Ziemann GmbH und Bohn wurde am 9. Oktober 1995 eingelegt.

Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, daß die in der Reinigung der Räumlichkeiten eines Unternehmens bestehende Tätigkeit, die dieses Unternehmen ständig benötigt, wenngleich seine Haupttätigkeit in etwas anderem besteht, unter die Richtlinie fallen kann, wenn eine auf Dauer angelegte Gesamtheit von Arbeitnehmern mit gleicher Zielsetzung vorhanden ist, d. h. wenn eine wirtschaftliche Einheit besteht und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt.

2. Antwort auf Frage 2 in der Rechtssache C-127/96 (Hernández Vidal), auf Frage 2 in der Rechtssache C-229/96 (Santner) und auf die Frage in der Rechtssache C-74/97 (Gómez Montaña)

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 hat die Bedeutung, daß die Richtlinie dann keine Anwendung findet, wenn ein Unternehmer, der die Reinigung eigener Räumlichkeiten einem anderen Unternehmer übertragen hatte, den Vertrag mit diesem kündigt und selbst die Durchführung gleichartiger Arbeiten übernimmt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eigene oder aber um hinzugezogene Arbeitnehmer handelt, sofern mit diesem Vorgang weder eine Veräußerung bedeutender materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen an den anderen Unternehmer noch, in Branchen, in denen die Gesamtheit der Arbeitnehmer wie bei Reinigungsdiensten das grundlegende Element darstellt, mit der Übernahme eines — nach Anzahl und Fähigkeiten — bedeutenden Teils des vom früheren Arbeitgeber für die Erfüllung seines Vertrages eingesetzten Personals durch den neuen Unternehmensinhaber einhergeht.

B — Verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96

1. Antwort auf die Frage in der Rechtssache C-173/96 (Sánchez Hidalgo)

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 Betriebsteilen ist dahin auszulegen, daß die Erbringung von Dienstleistungen der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befinden, auch dann, wenn keine anderen bedeutenden materiellen oder immateriellen Betriebsmittel vorliegen, unter die Richtlinie fallen kann, sofern eine auf Dauer angelegte Gesamtheit von Arbeitnehmern mit gemeinsamer Zielsetzung vorhanden ist, d. h. sofern eine wirtschaftliche Einheit besteht und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt.

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 hat die Bedeutung, daß die Richtlinie dann Anwendung finden kann, wenn ein Unternehmer, der die Erbringung von Dienstleistungen der häuslichen Hilfe für Personen, die sich in einer Notlage befinden,

einem Unternehmer übertragen hatte, mit Beendigung dieser Übertragung eine neue Übertragung an einen anderen Unternehmer vornimmt, sofern der neue Unternehmensinhaber einen — nach Anzahl und Fähigkeiten — bedeutenden Teil des vom früheren Arbeitgeber für die Erfüllung dieses Vertrages eingesetzten Personals übernimmt. Dies gilt auch dann, wenn mit diesem Vorgang keine Veräußerung bedeutender materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen an den anderen Unternehmer einhergeht.

Der Schutz der Richtlinie 77/187 für Arbeitnehmer, die bei einem Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils ihren Arbeitgeber wechseln, hängt nicht davon ab, daß in einem Tarifvertrag oder in Ausschreibungsbedingungen eine Verpflichtung des neuen, nach einer Ausschreibung mit der Dienstleistung betrauten Unternehmens zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis mit den Arbeitnehmern des vorherigen Auftragsunternehmens vorgesehen ist, denn das Vorliegen des Übergangs eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils gemäß der Richtlinie bestimmt sich aufgrund eines Bündels zusammen zu bewertender Merkmale des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens, die den fraglichen Vorgang kennzeichnen.

2. Rechtssache C-247/96 (Ziemann)

a) Zum ersten Teil von Frage 1

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 Betriebsteilen ist dahin auszulegen, daß ein Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil die den Auftrag erteilende Behörde aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen unmittelbaren Einfluß auf den Auftragnehmer hinsichtlich der Vertragserfüllung ausübt. Ein solcher Fall kann unter die Richtlinie fallen, wenn eine auf Dauer angelegte Gesamtheit von Arbeitnehmern mit gleicher Zielsetzung vorhanden ist, d. h. wenn eine wirtschaftliche Einheit besteht und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt.

b) Zu Frage 3

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 hat die Bedeutung, daß die Richtlinie dann Anwendung finden kann, wenn der Auftraggeber seinen Vertrag mit dem Auftragnehmer kündigt und dieselben Arbeiten einem neuen Unternehmer überträgt,

sofern, in Branchen, in denen die Gesamtheit der Arbeitnehmer wie bei Wachdiensten das grundlegende Element darstellt und in denen im wesentlichen dieselben Arbeitnehmer dieselben Tätigkeiten am selben Ort und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen ausüben, der Vorgang mit der Übernahme eines — nach Anzahl und Fähigkeiten — bedeutenden Teils des vom früheren Arbeitgeber zur Erfüllung seines Vertrages eingesetzten Personals durch den neuen Unternehmensinhaber einhergeht.

c) Zum zweiten Teil von Frage 1 und zu Frage 2

Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 hat die Bedeutung, daß ein Unternehmensübergang nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Auftraggeber den Dienstleistungsauftrag, z. B. den Bewachungsauftrag, an den vorherigen Auftragnehmer kündigt und in angemessenem zeitlichem Abstand dazu mittels einer Ausschreibung auf einen neuen Unternehmer überträgt, ohne daß eine direkte vertragliche Übertragung von dem früheren auf den neuen Auftragnehmer besteht.