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. Dieser Übergang ist sowohl für den Veräußerer und den Erwerber als auch für die Arbeitnehmervertreter — die keine abweichende Vereinbarung mit dem Veräußerer oder dem Erwerber treffen dürfen — und die Arbeitnehmer selbst verbindlich; ausgenommen ist lediglich der Fall, daß letztere von der Möglichkeit Gebrauch machen, nach dem Übergang aus freiem Entschluß das Arbeitsverhältnis nicht mit dem neuen Unternehmensinhaber fortzusetzen.

2. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 ist nicht auf Übertragungen von Unternehmen anwendbar, die im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wie des in den italienischen Rechtsvorschriften über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege vorgesehenen Verfahrens stattfinden, auf die sich das Gesetz vom 3. April 1979 über die außerordentliche Verwaltung großer Unternehmen, die sich in einer Krise befinden, bezieht. Dagegen findet diese Bestimmung der genannten Richtlinie Anwendung, wenn im Rahmen einer Gesamtregelung wie derjenigen über die außerordentliche Verwaltung großer Unternehmen, die sich in einer Krise befinden, die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens angeordnet wurde, und zwar solange, wie diese Anordnung in Kraft bleibt.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-362/89 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Die anwendbare Gemeinschaftsregelung*

Die 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 (ABl. L 61, S. 26) ist nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 „auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar".

Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie bestimmt: „Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über."

Artikel 4 Absatz 1 lautet: „Der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Be-

* Verfahrenssprache: Italienisch.

triebsteils 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."

2. *Die im Ausgangsverfahren anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften*

Artikel 2112 Absatz 1 des italienischen Codice civile (Bürgerliches Gesetzbuch) bestimmt: „Hat der Veräußerer bei der Übertragung des Unternehmens nicht rechtzeitig gekündigt, so besteht der Vertrag mit dem Erwerber fort und der Arbeitnehmer behält alle Rechte, die sich aus der vor der Unternehmensübertragung erreichten Dauer der Unternehmenszugehörigkeit ergeben."

Das Decreto-legge Nr. 835 vom 9. Dezember 1986, das mit einigen Veränderungen in das Gesetz Nr. 19 vom 6. Februar 1987 umgewandelt wurde, führte jedoch von dieser Regel abweichende Bestimmungen ein; so heißt es in Artikel 3 des Gesetzes: „Wird ein Unternehmen oder ein Unternehmensteil in Durchführung von Programmen für unter außerordentlicher Verwaltung stehende Unternehmen übertragen, ... finden die Bestimmungen ... des Artikels 2112 Absatz 1 des Codice civile nur auf das nicht gleichzeitig übernommene Personal keine Anwendung ..."

Das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung von Unternehmen in der Krise wurde durch das — später mit Änderungen in das Gesetz Nr. 95 vom 3. April 1979 umgewandelte — Decreto legge Nr. 26 vom 30. Januar 1979 eingeführt. Es findet unter Ausschluß von Konkursfällen auf große Unternehmen Anwendung, bei denen das zuständige Gericht festgestellt hat, daß Zahlungsunfähigkeit vorliegt oder mindestens drei Monatslöhne nicht gezahlt worden sind. Die Einleitung des Verfahrens wird durch Ministerialdekret beschlossen; das Verfahren wird von einem oder drei vom zuständigen Ministerium ernannten und beaufsichtigten Kommissaren durchgeführt. Das Dekret, mit dem die Eröffnung des Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung verfügt wird, kann unter Berücksichtigung auch der Interessen der Gläubiger die Fortsetzung der Tätigkeit des Unternehmens für einen begrenzten Zeitraum anordnen. Der Kommissar arbeitet ein Programm aus, das einen Plan für die Sanierung des Unternehmens vorsehen kann. Vorbehaltlich der entgegenstehenden Bestimmungen des Decreto-legge vom 30. Januar 1979 unterliegt das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung den italienischen Rechtsvorschriften über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege.

Dem vorlegenden Gericht zufolge hat das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung von großen Unternehmen in der Krise einen ganz besonderen Charakter, was die Kriterien für die Unterscheidung zwischen Verfahren, die zur Liquidation führen sollen, und solchen Verfahren angeht, die darauf abzielen, das Vermögen des Schuldners zu erhalten und dem Unternehmen die Fortführung seiner Tätigkeit zu ermöglichen. Hauptzweck des Rechtsinstituts sei nämlich die Sanierung des Unternehmens, vor allem unter Berücksichtigung der Erhaltung der Arbeitsplätze; die rechtliche Regelung sei jedoch als Variante eines typischen Liquidationsverfahrens wie der Zwangsliquidation im Verwaltungswege gestaltet worden. Folgende Aspekte belegen nach den Ausführungen des Pretore Mailand den „konservierenden" Zweck des Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung:

— Wie sich aus dem Bericht zum Decreto-legge Nr. 26/1979 ergebe, verfolge das Verfahren den Zweck, die im wesentlichen gesunden Teile des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe dadurch zu erhalten, daß die Inhaberschaft von den Zahlungsunfähigen auf einen anderen Unternehmer übertragen werde, jedoch ohne die Schulden;

— das unter außerordentlicher Verwaltung stehende Unternehmen könne von den Kreditinstituten für die Wiederinbetriebnahme und den Ausbau von industriellen Anlagen, Gebäuden und Ausrüstungen Geldbeträge erhalten, die vom Staat, der hierfür die Bürgschaft übernehme, zurückzuzahlen seien;

— der Schutz der Gläubigerinteressen sei weniger ausgeprägt als in anderen Liquidationsverfahren: Namentlich werde den Gläubigern jegliche Mitwirkung bei den Entscheidungen über die Fortführung der Tätigkeit des Unternehmens verweigert, und sie hätten keine Garantie dafür, daß diese Fortführung ihre Interessen in angemessener Weise berücksichtige;

— das Gesetz begünstige die Alternative der Fortsetzung der Tätigkeit des Unternehmens in so starkem Maße, daß es sich nicht näher mit der entgegengesetzten, theoretisch möglichen Alternative befasse und nichts über die Folgen sage, die sich ergäben, wenn der Sanierungsplan sich als undurchführbar erweise, nachdem die Fortführung der Unternehmenstätigkeit angeordnet worden sei.

3. *Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens*

Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind Arbeitnehmer der unter außerordentlicher Verwaltung stehenden Firma Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (im folgenden: EMG). Seit 1985 ist ihr Arbeitsverhältnis bei dieser Firma unterbrochen; sie werden für ihre gesamte Arbeitszeit von der Cassa integrazione guadagni straordinaria (im folgenden: CIGS) bezahlt.

Die Firma EMG sowie andere Firmen der Marelli-Gruppe wurden durch Dekret des Industrieministers vom 26. Mai 1981, mit dem das Unternehmen ermächtigt wurde, seine Tätigkeit fortzusetzen, dem Verfahren der außerordentlichen Verwaltung unterworfen.

Nachdem die Angelegenheiten aller anderen Firmen der Gruppe wieder geordnet worden waren, blieb 1985 lediglich die Firma EMG diesem Verfahren unterworfen. Im September 1985 wurden sie an eine neue, zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft, die Firma Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA (im folgenden: Nuova EMG) veräußert, die sich in der Folgezeit in zwei weitere Gesellschaften teilte, die ABB Tecnomasio SpA und die ABB Industria Srl.

In Durchführung des Veräußerungsvertrags und gemäß den in Zusammenhang mit diesem Vertrag mit den Gewerkschaften geschlossenen Vereinbarungen übernahm die erwerbende Gesellschaft 940 Beschäftigte.

Für die der veräußernden Firma verbleibenden 518 Beschäftigten sah eine dieser Gewerkschaftsvereinbarungen neben der fortdauernden Übernahme der Lohnkosten durch die CIGS verschiedene Maßnahmen vor, die das Problem des zu hohen Personalbestands endgültig lösen sollten.

Die Kläger des Ausgangsverfahrens, die noch bei der unter außerordentlicher Verwaltung stehenden EMG beschäftigt sind und deren Arbeitsverhältnis unterbrochen bleibt, stellten beim Pretore Mailand einen Antrag auf Feststellung, daß ihr Arbeitsverhältnis vom Zeitpunkt der Veräußerung des industriellen Komplexes an, mit dem ihre Stellung verknüpft war, mit der erwerbenden Gesellschaft fortbestanden hatte.

Sie machten geltend, auf sie sei Artikel 2112 Absatz 1 des Codice civile anwendbar, nicht

aber die abweichende Bestimmung des Decreto-legge Nr. 835/1986.

Angesichts dieses Vorbringens ist der Pretore Mailand der Auffassung, daß es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Auslegung der Richtlinie 77/187 des Rates vom 14. Februar 1977 ankomme.

Er hat daher mit Beschluß vom 23. Oktober 1989 das Verfahren bis zum Erlaß einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes über folgende Fragen ausgesetzt:

1) Sieht Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse, die bei dem übertragenen Unternehmen zum Zeitpunkt seines Übergangs bestanden haben, auf den Erwerber vor?

2) Ist diese Richtlinie auf Unternehmensübertragungen anwendbar, die von unter außerordentlicher Verwaltung bestehenden Unternehmen vorgenommen werden?

4. *Das Verfahren vor dem Gerichtshof*

Der Beschluß des Pretore Mailand ist am 17. November 1989 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die EWG-Satzung des Gerichtshofes haben schriftliche Erklärungen abgegeben die Kläger des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Alfonso Ognibene, Mailand, die Beklagten des Ausgangsverfahrens, vertreten durch die Rechtsanwälte Giacinto Favalli und Salvatore Trifirò, Mailand, die französische Regierung, vertreten durch Claude Chavance, Hauptattaché der Zentralverwaltung bei der Direktion für Rechtsangelegenheiten des Außenministeriums, als Bevollmächtigten, die italienische Regierung, vertreten durch Oscar Fiumara, Avvocato dello Stato, als Bevollmächtigten, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater Giuliano Marenco im Beistand von Karen Banks, Juristischer Dienst der Kommission, als Bevollmächtigte.

Mit Schreiben vom 20. Mai 1990 hat die italienische Regierung gemäß Artikel 95 der Verfahrensordnung beantragt, daß der Gerichtshof über die vorliegende Rechtssache in Vollsitzung entscheidet.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Zusammenfassung der vor dem Gerichtshof abgegebenen schriftlichen Erklärungen

Nach Ansicht der Regierungen der Französischen und der Italienischen Republik sowie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften ist die erste Vorlagefrage nur dann von Bedeutung, wenn die zweite bejaht wird; diese müsse daher beantwortet werden, bevor gegebenenfalls die erste Frage beantwortet werde.

Daher werden zunächst die Erklärungen zur zweiten Vorlagefrage wiedergegeben.

Zur zweiten Vorlagefrage

1. Die *Kläger des Ausgangsverfahrens* geben zunächst eine eingehende Darstellung der italienischen Rechtsvorschriften und ihrer Entwicklung, und machen im Anschluß hieran geltend, das italienische Gesetz Nr. 19/1987 verfolge den Zweck, das Fortbestehen des Unternehmens zu sichern; alle in dem Gesetz zugunsten von Unternehmen in der Krise vorgesehenen wirtschaftlichen und fiskalischen Eingriffe strebten eben dieses Ziel an. Die Leitung des Unternehmens in Krisenzeiten werde von einem öffentlichen Organ, dem Sonderkommissar, wahrgenommen, dessen Hauptaufgabe es sei, die Produktionsstruktur zu sanieren und das Unternehmen wieder in den Markt hineinzuführen.

Es treffe zu, daß das Instrumentarium, für das sich der italienische Gesetzgeber entschieden habe, im Rahmen des Möglichen typischen Rechtsinstituten des Konkursverfahrens entlehnt sei. Dieser Umstand sei jedoch angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofes bedeutungslos (siehe Urteile vom 7. Februar 1985 in den Rechtssachen 135/83, Abels, Slg. 1985, 469, und 179/83, Industriebond, Slg. 1985, 511).

Zur Erläuterung der Wirkungen der Anwendung des Gesetzes Nr. 19/1987 beschreiben die Kläger des Ausgangsverfahrens die Lage der am Übergang des Unternehmens interessierten Arbeitnehmer wie folgt. Durch die Veräußerung werde der betriebliche Komplex (oder ein selbständiger Zweig hiervon) übertragen. Nur ein Teil der Arbeitnehmer folge dem veräußerten Unternehmen. Die übrigen unterstünden weiterhin dem Sonderkommissar und setzten ihr Arbeitsverhältnis lediglich zu dem Zweck fort, Lohnzahlungen von der CIGS zu erhalten. Da sich die Aufgabe des Sonderkommissars darauf beschränke, das Unternehmen, vor allem im Wege der Veräußerung, wieder auf den Markt zu bringen, liege es auf der Hand, daß das Arbeitsverhältnis der beim Übergang des Unternehmens nicht vom neuen Inhaber übernommenen Arbeitnehmer nur noch rein formal bestehe. Da das übertragene Unternehmen nicht mehr existiere, könnten diese Arbeitnehmer nicht wieder mit irgendeiner produktiven Tätigkeit beschäftigt werden und würden entlassen, sobald die CIGS-Regelung nicht mehr auf sie angewendet werden könne. Sie würden daher endgültig aus dem Unternehmen ausgeschlossen, und dies habe seine Ursache gerade im Übergang des Unternehmens, was mit den Bestimmungen der Richtlinie unvereinbar sei (siehe Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Abels, a. a. O., Randnr. 18).

Weiterhin regelten die italienischen Vorschriften nicht die Modalitäten der Übernahme der Arbeitnehmer beim Übergang des Unternehmens und äußerten sich namentlich nicht zu den Kriterien für die Auswahl der übernommenen Arbeitnehmer; überdies sähen sie nicht die vorherige Anhörung der Gewerkschaften vor. Diese Lage gebe Anlaß zu zwei Bemerkungen. Zum einen stelle es einen Verstoß gegen Artikel 6 Absätze 1 und 2 der Richtlinie vom 14. Februar 1977 dar, daß keine Verpflichtung bestehe, mit den Gewerkschaften zu verhandeln (siehe Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 235/84, Kommission/Italien, Slg. 1986, 2291). Zum anderen bleibe die Auswahl derjenigen Arbeitnehmer, die vom neuen Inhaber übernommen würden, dem Ermessen des Veräußerers und des Erwerbers überlassen. Die ausgeschlossenen Arbeitnehmer würden zu Opfern einer Art verschleierter Massenentlassung, die nicht der Massenentlassung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie gleichgesetzt werden könne, da sie in bezug sowohl auf die Notwendigkeit, Personal zu entlassen, als auch auf die Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer jeder richterlichen Kontrolle entzogen sei.

Die italienische Regelung sei daher nicht mit der Richtlinie vereinbar; diese finde auch dann Anwendung, wenn das veräußerte Unternehmen dem Verfahren der außerordentlichen Verwaltung unterliege. Der italienische Staat könne nicht einwenden, die Vorschriften seien aus objektiven Gründen, die mit der gegenwärtigen sozialen und wirtschaftlichen Lage des Landes zusammenhingen, rechtmäßig. Der Gerichtshof habe ein derartiges Vorbringen bereits im Zusammenhang mit der Mißachtung der Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 48, S. 29) zurückgewiesen (Urteil vom 6. November 1985 in der Rechtssache 131/84, Kommission/Italien, Slg. 1985, 3531).

Abschließend ersuchen die Kläger des Ausgangsverfahrens den Gerichtshof, für Recht zu erkennen, daß die Richtlinie 77/187 auf Unternehmensübertragungen anwendbar ist, die von unter außerordentlicher Verwaltung im Sinne des Gesetzes Nr. 95 vom 3. April 1979 stehenden Unternehmen vorgenommen werden.

2. Nach Ansicht der *Beklagten des Ausgangsverfahrens* geht der Vorlagebeschluß von einem unrichtigen und abwegigen Verständnis des Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung aus.

Die italienische Rechtslehre sei einstimmig der Auffassung, daß es sich um ein Konkursverfahren zu Liquidationszwecken handele. Nach den hervorragendsten Sachkennern ziele das Verfahren in erster Linie auf die Liquidation; es sei liquidatorischer oder hauptsächlich liquidatorischer und lediglich hilfsweise sichernder Natur. Wenn die Liquidation während eines begrenzten Zeitraums mit einer als normal geltenden Fortführung des sich in Schwierigkeiten befindenden Unternehmens einhergehe, so lediglich zu dem Zweck, nicht das Unternehmen, sondern — im Wege ihrer Veräußerung an Dritte — die Produktionsmittel zu erhalten. Angestrebt werde also nicht die Sanierung des Unternehmens, sondern allenfalls, soweit sich die erwünschten Ziele verwirklichen ließen, die bloße Erhaltung betrieblicher Komplexe mit allem, was dazugehöre.

Diese Auslegung des italienischen Gesetzes finde ihre Grundlage bereits in dessen Wortlaut, der ausdrücklich auf das Konkursgesetz verweise.

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens ersuchen daher den Gerichtshof, die zweite Vorlagefrage zu verneinen.

3. Die *französische Regierung* nimmt Bezug auf das Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Abels (a. a. O.) und bemerkt, auch wenn der Gerichtshof bisher den aus Anlaß des Konkurses erfolgenden Übergang von Unternehmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187 ausgeschlossen habe, so habe er hiervon doch nicht die dem Konkurs vorausgehenden Verfahren, die auf die Wiederaufnahme der Tätigkeit zielten, ausnehmen wollen, wie das „redressement judiciaire" (gerichtliche Sanierung) in Frankreich oder, soweit man sich hierüber anhand des Vorlagebeschlusses ein Urteil bilden könne, die Anordnung der außerordentlichen Verwaltung für ein Unternehmen in Italien. Die Richtlinie gelte daher für eine im Rahmen dieses Verfahrens durchgeführte Übernahme, wenn sie im Wege der vertraglichen Veräußerung oder der Verschmelzung zustande komme.

Die französischen Rechtsvorschriften seien zu dem Zwecke ergänzt worden, sie in Einklang mit den Bestimmungen von Artikel 3

Absatz 1 der Richtlinie zu bringen. Zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Übernahme der bei dem veräußerten Unternehmen zum Zeitpunkt des Übergangs noch bestehenden Arbeitsverhältnisse seien vorgesehen:

— Die erste beziehe sich auf das Dreiecksverhältnis, innerhalb dessen ein Wechsel des Arbeitgebers eintrete, ohne daß die einander ablösenden Arbeitgeber untereinander eine Vereinbarung getroffen hätten;

— die zweite betreffe die Verfahren der gerichtlichen Sanierung und Liquidation. Bei Abschluß dieser Verfahren und unter Berücksichtigung der zuvor vom Handelsgericht genehmigten Entlassungen sei der neue Arbeitgeber an die Verpflichtungen gebunden, die der alte Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern habe, deren Arbeitsverträge im Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens noch fortbestünden, wenn zwischen dem alten und dem neuen Arbeitgeber im Hinblick auf eine Veräußerung oder eine Verschmelzung der beiden Unternehmen eine Vereinbarung getroffen worden sei.

Auch wenn die italienischen Rechtsvorschriften für unter außerordentliche Verwaltung gestellte Gesellschaften diese nicht ipso jure unter die durch die Richtlinie vom 14. Februar 1977 eingeführte Regelung fallen ließen, müsse doch entsprechend angenommen werden, daß die Bestimmungen Anwendung fänden, wenn diese Vorschriften zu einer vertraglichen Übertragung oder zu einer Verschmelzung führten.

Die französische Regierung schlägt daher folgende Antwort vor:

Die Richtlinie 77/187 findet auf den Übergang eines Unternehmens, das Gegenstand einer gerichtlichen Sanierung oder einer außerordentlichen Verwaltung ist, nur dann Anwendung, wenn dieser Übergang im Wege einer vertraglichen Übertragung vom veräußernden auf das erwerbende Unternehmen oder durch Verschmelzung beider Unternehmen erfolgt.

4. Die *Regierung der Italienischen Republik* schildert zunächst die Hauptmerkmale des Verfahrens der „außerordentlichen Verwaltung sich in Schwierigkeiten befindender großer Unternehmen" und führt aus, die streitige Regelung verfolge offensichtliche wirtschafts- und sozialpolitische Ziele. Es handele sich darum, soweit wie möglich die gesunden Teile von Unternehmen oder Unternehmensgruppen durch Übertragung auf einen neuen Unternehmer zu erhalten, um die wirtschaftlichen und sozialen Nachteile zu begrenzen, die die Einstellung der Tätigkeit von Großunternehmen mit sich bringen könne, und zwar nicht nur für den Sektor, auf dem sie tätig seien, und für die unmittelbar betroffenen Arbeitsplätze, sondern auch wegen ihrer Auswirkungen auf die Zulieferer und ganz allgemein auf die gesamte Volkswirtschaft.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteile vom 7. Februar 1985 in den Rechtssachen Abels und Industriebond, a. a. O.) sei die Richtlinie vom 14. Februar 1977 nicht „in Fällen des Übergangs ... im Rahmen eines Konkursverfahrens anzuwenden, das auf die Verwertung des Schuldnervermögens unter der Aufsicht des zuständigen Gerichts gerichtet ist". Sie sei dagegen in denjenigen Fällen anwendbar, in denen der Übergang in einem Verfahren vor sich gehe, in dem die gerichtliche Kontrolle weniger weit reiche und mit dem „in erster Linie die Sicherung der Vermögensmasse und gegebenenfalls die Weiterführung des Unternehmens [angestrebt wird], indem die Zahlungsverpflichtungen gemeinschaftlich gestundet werden, um eine Regelung zu finden, die den Betrieb des Unternehmens für die Zukunft sicherstellt".

Das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung sei für die Anwendung der Richtlinie aus folgenden Gründen den Konkursverfahren gleichzusetzen: Der Übergang erfolge nicht aus dem freien Willen der Beteiligten, sondern im Rahmen und aufgrund eines Konkursverfahrens (gleichgültig sei, ob dieses unter Kontrolle der Verwaltung oder unter gerichtlicher Kontrolle stattfinde); es handele sich nicht um einen Übergang mit dem Ziel einer bloßen betrieblichen Neustrukturierung, sondern um einen Übergang, der durch die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens notwendig geworden sei; wenn das fragliche Verfahren an die Stelle eines Konkursverfahrens trete oder den Konkurs ausschließe, so nicht, um das Unternehmensvermögen zu erhalten, sondern mit Rücksicht auf weiter gespannte wirtschafts- und sozialpolitische Interessen.

Die Vorlagefrage sei daher wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht, die in ihr enthaltenen Vorschriften auch auf einen Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen anzuwenden, der im Rahmen eines Konkursverfahrens wie des in dem italienischen Gesetz Nr. 95 vom 3. April 1979 vorgesehenen Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung erfolgt.

Die italienische Regierung räumt jedoch ein, daß die Mitgliedstaaten befugt seien, die Grundsätze der Richtlinie in ihren Rechtsvorschriften autonom anzuwenden.

5. Die *Kommission* weist darauf hin, daß sie in dem vorgerichtlichen Verfahren, das dem eine Vertragsverletzung Italiens feststellenden Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 235/84 (a. a. O.) vorausgegangen sei, eingeräumt habe, daß die italienische Regelung von der Richtlinie vom 14. Februar 1977 abweichen dürfe, wenn sich eine solche Abweichung streng auf die als sich „im Zustand der Krise befindenden" erklärten Unternehmen beschränke, wenn sie durch das Erfordernis gerechtfertigt sei, der Erhaltung der Arbeitsplätze vor dem Schutz der von den Arbeitnehmern gegenüber dem Veräußerer erworbenen Rechte Vorrang einzuräumen, und wenn sie mit der Garantie verbunden werde, die sich aus der Notwendigkeit einer vorherigen Zustimmung der Gewerkschaften ergebe.

Die Kommission habe in ihren Ausführungen in der Rechtssache Abels (Urteil vom 7. Februar 1985, a. a. O.) die gleichen Überlegungen vorgetragen und vorgeschlagen, die Richtlinie dahin auszulegen, daß verhältnismäßig viele Sachverhalte einschließlich der Konkursverfahren und der Verfahren zur Abwendung eines Konkurses von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen blieben. Der Gerichtshof sei diesem Vorbringen jedoch nur für die Konkursverfahren gefolgt, während er die Richtlinie als auf Verfahren wegen Zahlungsaufschubs anwendbar angesehen habe.

Schließlich weist die Kommission darauf hin, daß sie gegen Italien wegen Artikel 3 des Gesetzes Nr. 19 vom 6. Februar 1987 ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet habe, weil das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung, soweit es die Fortsetzung der Produktionstätigkeit vorsehe, in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle, so daß die Bestimmung, die es erlaube, nur einen Teil derjenigen Beschäftigten zu übernehmen, deren Verträge im Zeitpunkt des Übergangs noch fortbestünden, mit der Richtlinie unvereinbar sei.

Die Kommission greift die vom vorlegenden Gericht dargelegten Umstände auf, die je nach dessen Auffassung die konservierende

Zielsetzung des Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung bezeugten, und erklärt, sie wolle sich bemühen, dem Gerichtshof die Antwort auf eine Frage aufzuzeigen, deren Problematik ihren Grund in der komplexen und mehrdeutigen Natur dieses Verfahrens habe.

Einige Aspekte dieses Verfahrens rückten es in die Nähe des Konkursverfahrens. So setze seine Einleitung eine richterliche Entscheidung voraus, die die Zahlungsunfähigkeit oder das Ausbleiben der Zahlung von mindestens drei Monatslöhnen feststelle; das Ministerialdekret, das die Einleitung des Verfahrens verfüge, sei dem die Zwangsliquidation im Verwaltungswege anordnenden Beschluß gleichgestellt; ganz allgemein unterliege dieses Verfahren grundsätzlich den Rechtsvorschriften über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege, die ein Konkursverfahren mit Liquidationscharakter sei.

Andererseits sei es problematisch, den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsatz, wonach der Konkurs außerhalb des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsrichtlinie liege, auf das Verfahren der außergewöhnlichen Verwaltung zu erstrecken. Die Einleitung eines solchen Verfahrens werde nämlich von der Regierung beschlossen; sein Ablauf sei nicht der Kontrolle des Richters, sondern derjenigen der Verwaltung unterworfen; das Unternehmen werde keinesfalls notwendigerweise der Liquidation zugeführt, sondern müsse einem Sanierungsplan unterworfen werden, und die Fortsetzung der betrieblichen Tätigkeit könne für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren genehmigt werden. In Wirklichkeit verfolge die außerordentliche Verwaltung das doppelte Ziel, das Unternehmen, wenn möglich, am Leben zu erhalten und es nur dann — bei Schutz der Gläubiger — zu liquidieren, wenn sich dies als unmöglich erweise.

Die Kommission prüft diese verschiedenen Gesichtspunkte im Lichte des Urteils vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Abels (a. a. O.) und stellt hierbei folgendes fest:

— Einerseits hätte die kumulative Anwendung der beiden Gesichtspunkte, auf die die Unanwendbarkeit der Richtlinie gestützt werde — zum einen die richterliche Kontrolle, zum anderen der Liquidationszweck —, zur Folge, daß nicht nur die außerordentliche Verwaltung, sondern auch die Zwangsliquidation im Verwaltungswege unter die Richtlinie fiele, da letztere keiner richterlichen Kontrolle, sondern einer Kontrolle durch die Verwaltung unterliege. Die Zwangsliquidation im Verwaltungswege sei jedoch ein Alternativverfahren zum Konkurs und müsse daher, was den Anwendungsbereich der Richtlinie betreffe, ebenso behandelt werden wie dieser. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, müsse im Falle eines Konflikts zwischen den beiden Gesichtspunkten der richterlichen Kontrolle und des Liquidationszwecks dem letztgenannten Gesichtspunkt der Vorrang eingeräumt werden.

— Wende man andererseits auf die außerordentliche Verwaltung das Kriterium an, daß die Richtlinie auf Unternehmensübergänge Anwendung finde, die im Rahmen von auf die Erhaltung des Unternehmens zielenden Verfahren erfolgten, nicht dagegen auf solche in Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Unternehmens, so komme man zwangsläufig zu der Feststellung, daß es unmöglich sei, das Problem im Wege einer für alle Verfahrensstadien gültigen Antwort zu lösen. In der Tat werde dieses Verfahren einerseits in der Hoffnung eingeleitet, daß das Unternehmen saniert werden könne, was die Möglichkeit rechtfertige, die zeitweise Fortsetzung der betrieblichen Tätigkeit zu genehmigen, und rücke somit in die Nähe der kontrollierten Verwaltung, die ihrerseits namentlich wegen des mit ihr verbundenen Schuldenmoratoriums dem — nach dem Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Abels unter die Richtlinie fallenden — Zahlungsaufschubverfahren gleichgesetzt werden könne; auf der anderen Seite sei die Sanierung des Unter-

nehmens im Rahmen der außerordentlichen Verwaltung nur eine Möglichkeit, und die Genehmigung zur Fortführung der Tätigkeit des Unternehmens könne abgelehnt werden, auslaufen oder widerrufen werden.

Es müsse daher zwischen den beiden folgenden möglichen Phasen des Verfahrens unterschieden werden:

a) Wenn und solange die Tätigkeit des Unternehmens fortgesetzt werde, müßten Unternehmensübertragungen in vollem Umfang den Grundsätzen der Richtlinie unterliegen.

b) Sei dagegen die Tätigkeit des Unternehmens nicht von vornherein genehmigt worden, oder sei die ursprüngliche Genehmigung ausgelaufen oder widerrufen worden, so falle das Unternehmen unter die Vorschriften über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege, das heißt, es unterliege einem Liquidationsverfahren, das dem Konkursverfahren gleichzusetzen sei. In einem solchen Falle liege der Übergang außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie.

Gegen diese Lösung könne nicht eingewandt werden, die Abweichung vom Grundsatz des automatischen Übergangs der Arbeitsverträge komme letztlich den Arbeitsplätzen zugute, da sie es gestatte, Entlassungen zu vermeiden und den Arbeitnehmern die Vorteile der CIGS-Regelung zu erhalten. Ein solches Vorbringen sei aus den beiden folgenden Gründen zurückzuweisen: Zum einen könnten die Mitgliedstaaten das in der Richtlinie vorgesehene System nicht durch ein anderes ersetzen, weil dieses den angestrebten Zielen besser entspreche. Zum anderen könnten die mit den der CIGS angeschlossenen Arbeitnehmern bestehenden Arbeitsverhältnisse in dem Stand, in dem sie sich befänden, auf den neuen Unternehmer übertragen werden; eine solche Übertragung dürfte im übrigen für den Erwerber keine wirtschaftliche Belastung darstellen, die die Übertragung gefährden könne.

Zum Abschluß schlägt die Kommission folgende Antwort vor:

Die Richtlinie 77/187/EWG ist auf Übertragungen von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen anwendbar, die im Verlauf eines Verfahrens wie desjenigen der außerordentlichen Verwaltung erfolgen, solange die Fortführung des Unternehmensbetriebs genehmigt ist. Sie findet jedoch keine Anwendung, wenn es an einer solchen Genehmigung fehlt oder wenn eine erteilte Genehmigung ausgelaufen ist oder widerrufen wurde.

Zur ersten Vorlagefrage

1. Die *Klägerinnen des Ausgangsverfahrens* meinen, die erste Frage könne nur bejaht werden.

Der Gerichtshof habe sich bereits in diesem Sinne ausgesprochen, namentlich in seinem Urteil vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 384/86 (Daddy's Dance Hall, Slg. 1988, 739). Im übrigen lasse bereits der Wortlaut der in Rede stehenden Bestimmungen der Richtlinie 77/187 keinen Raum für eine andere Auslegung, denn wenn es heiße, daß die Rechte und Pflichten aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis aufgrund des Übergangs auf den Erwerber übergingen, so solle damit nichts anderes ausgedrückt werden, als daß das Arbeitsverhältnis ohne jede Unterbrechung fortbestehe.

2. Nach Auffassung der *Beklagten des Ausgangsverfahrens* kommt eine Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie nicht in Betracht, die zu einem automatischen Übergang der bei dem übertragenen Unternehmen im Zeitpunkt der Übertragung dieses Unternehmens bestehenden Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber führen würde.

Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe (siehe die Urteile vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache Daddy's Dance Hall, a. a. O., vom 5. Mai 1988 in den verbundenen Rechtssachen 144/87 und 145/87, Berg, Slg. 1988, 2559, und vom 17. Dezember 1987 in der Rechtssache 287/86, Ny Mølle Kro, Slg. 1987, 5465), solle die Richtlinie verhindern, daß der Arbeitnehmer infolge des Übergangs seine Tätigkeit bei dem Erwerber unter ungünstigeren Umständen ausüben müsse als zuvor beim Veräußerer, nicht aber die automatische Überführung sämtlicher beim Veräußerer tätigen Arbeitnehmer in den Dienst des Erwerbers erzwingen.

Eine andere Auslegung der Richtlinie laufe darauf hinaus, sämtliche Grundsätze der unternehmerischen und letztlich auch der individuellen Freiheit dadurch zu verletzen, daß in allen Fällen des Unternehmensübergangs der automatische Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber vorgeschrieben werde. Überdies würde man sich auf diese Weise letztlich in unannehmbarer und nicht gerechtfertigter Weise über die Gewerkschaftsautonomie und die mit den Gewerkschaften getroffenen Vereinbarungen hinwegsetzen, die, wie im vorliegenden Fall, darauf abzielten, im allgemeinen Interesse Modalitäten und Umfang des Übergangs von Beschäftigten von dem einen auf das andere Unternehmen zu regeln. Schließlich würde der potentielle Erwerber von dem Erwerb des Unternehmens abgeschreckt, wenn er sämtliche Arbeitsverhältnisse übernehmen müßte: Es bestünde die Gefahr, daß sämtliche Arbeitsplätze abgebaut würden.

In Übereinstimmung mit Wortlaut, Gründen und ratio der Richtlinie sei die erste Vorlagefrage daher zu verneinen.

3. Die *Regierung der Französischen Republik* macht geltend, nach der Richtlinie sei die Übertragung eines bei dem veräußerten Unternehmen im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisses nur im Falle der Verschmelzung der Unternehmen oder der vertraglichen Übertragung obligatorisch.

Im französischen Recht seien die Bestimmungen von Artikel L 122-12 des Code du travail (Arbeitsgesetzbuch), die die Stabilität der Arbeitsplätze gewährleisten sollten, zwingendes Recht und somit für die Arbeitnehmer wie für die einander ablösenden Unternehmensinhaber verbindlich.

Hieraus folge, daß ein Arbeitnehmer vor dem Wechsel des Arbeitgebers entlassen werden könne, wenn die vom künftigen Arbeitgeber beschlossene Reorganisation dies während des Zeitraums der provisorischen Verwaltung erforderlich mache. Während des gerichtlichen Sanierungsverfahrens dürften Entlassungen nur unter gerichtlicher Kontrolle erfolgen.

Solange die Rechtslage des unter außerordentliche Verwaltung gestellten Unternehmens nicht geändert worden sei, könne dieses daher seine Beschäftigten entlassen. Nach der Übertragung oder Verschmelzung des betroffenen Unternehmens sei dagegen Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie anwendbar und die Übernahme der Arbeitsverträge obligatorisch.

Die französische Regierung schlägt dem Gerichtshof vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 77/187 ist auf den Fall einer vertraglichen Übertragung oder einer Verschmelzung von unter außerordentliche Verwaltung gestellten Unternehmen anwendbar.

4. Die *Regierung der Italienischen Republik* ist der Auffassung, die Antwort, die sie für die zweite Frage vorschlage, mache eine Antwort auf die erste Frage überflüssig.

Sie hält es jedoch für nützlich, nachstehende Überlegungen vorzutragen.

Die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie vom 14. Februar 1977 niedergelegte Regel müsse auch in Zusammenhang mit Artikel 4 Absatz 1 gelesen und verstanden werden. Hiernach fordere die Richtlinie nicht in absoluter Weise die automatische Überführung sämtlicher bei dem Unternehmen beschäftigter Arbeitnehmer in den Dienst des Erwerbers, da sie es nicht ausschließe, daß in Verbindung mit dem Unternehmensübergang Entlassungen stattfänden, die aus den in den genannten Bestimmungen aufgeführten Gründen gerechtfertigt seien.

Artikel 3 des Decreto-legge Nr. 835/1986 sehe für die bei dem Veräußerer beschäftigten Arbeitnehmer folgende Regelung vor: Würden sie gleichzeitig übernommen, so träten sie in den Dienst des Erwerbers unter Beibehaltung der Rechte, die ihnen aufgrund der vor der Übertragung erreichten Dauer ihrer Unternehmenszugehörigkeit zustünden; würden sie nicht gleichzeitig übernommen, weil sie im Hinblick auf das Ziel der Sanierung des veräußerten Unternehmens überzählig seien, so verblieben sie im Dienst des Veräußerers und behielten die ihnen aufgrund der CIGS-Regelung zustehenden Rechte; nach Ablauf der Geltung dieser Regelung könnten sie aus den gleichen Gründen entlassen werden wie den in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie genannten. Damit habe der italienische Gesetzgeber verhindern wollen, daß die überzähligen und deshalb nicht gleichzeitig übernommenen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz durch eine Massenentlassung verlören, die anderenfalls vorstellbar und im übrigen unvermeidlich gewesen wäre; indem sie bei dem veräußernden Unternehmen weiterbeschäftigt würden, könnten diese Arbeitnehmer in den Genuß der in den nationalen Rechtsvorschriften für den Fall von Unternehmenskrisen vorgesehenen sozialen Vorteile gelangen. Die nationale Regelung sei somit für die Arbeitnehmer günstiger als die Richtlinien.

Die erste Vorlagefrage sollte nach Ansicht der italienischen Regierung wie folgt beantwortet werden:

Die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 gestattet es einem Mitgliedstaat, Vorschriften zu erlassen, die für den Fall des Übergangs eines Unternehmens im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie vorsehen, daß nur ein Teil der Beschäftigten, deren Verträge im Zeitpunkt des Übergangs noch bestehen, übernommen wird, wenn es diese Beschränkung erlaubt, Entlassungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, zu vermeiden oder hinauszuschieben.

5. Die *Kommission* meint, wenn das vorlegende Gericht von einem „automatischen" Übergang der bei dem veräußerten Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber spreche, so stelle es nicht die Frage nach der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie 77/187. Vielmehr wolle es wissen, ob die Richtlinie dahin zu verstehen sei, daß der Übergang der Arbeitsverhältnisse in dem Sinn automatisch erfolge, daß es auf etwaige ausdrückliche Willensäußerungen der Beteiligten zu diesem Punkt nicht ankomme.

Der Gerichtshof habe bereits in seinem Urteil vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache Daddy's Dance Hall (a. a. O.) die zwingende Natur von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie und damit dessen Unabdingbarkeit klar festgestellt mit der Folge, daß eine etwaige gegenteilige Willensäußerung der Beteiligten bedeutungslos sei. Dieses Urteil sei durch das Urteil vom 5. Mai 1988 in der

Rechtssache Berg (a. a. O.) bestätigt worden.

Der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse beschränke sich auf die im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs bestehenden Verträge (Urteile vom 7. Februar 1985 in den Rechtssachen 19/83, Wendelboe, Slg. 1985, 457, und 186/83, Botzen, Slg. 1985, 519), wobei es sich in erster Linie nach nationalem Recht bestimme, ob ein solcher Vertrag oder ein solches Verhältnis bestehe (siehe Urteile vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Wendelboe, a. a. O., und vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84, Mikkelsen, Slg. 1985, 2639); er beschränke sich ferner auf diejenigen Arbeitnehmer, die zu dem übertragenen Teil des Unternehmens gehörten (Urteil vom 7. Februar 1985, Botzen, a. a. O.). Diese Aspekte schienen jedoch dem vorlegenden Gericht keine Zweifel zu bereiten; es beziehe sich ausdrücklich auf die zum Zeitpunkt des Übergangs bei dem übertragenen Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse.

Nach Ansicht der Kommission sollte die erste Vorlagefrage daher wie folgt beantwortet werden:

Nach Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie gehen die bei dem übertragenen Unternehmen zum Zeitpunkt seines Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber über, ohne daß es auf eine etwaige ausdrückliche Willensäußerung der Beteiligten zu diesem Punkt ankäme.

F. Grévisse
Berichterstatter