SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER vom 18. Januar 2000 *

A — Einführung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren geht es vor allem um die Frage, ob die Richtlinie 77/187/EWG über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen auch bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen angewandt werden kann. In diesem Zusammenhang geht es insbesondere um die Auslegung der Artikel 1 und 3 der Richtlinie. Artikel 1 spricht von einer vertraglichen Betriebsübertragung, während der Übergang im streitgegenständlichen Ausgangsfall durch Gesetz erfolgte; Artikel 3 bezieht sich auf Arbeitnehmer, während die Kläger des Ausgangsverfahrens zur Zeit des Betriebsübergangs im Jahre 1993 wohl Staatsbedienstete waren.

B — Gesetzliche Bestimmungen

I — *Gemeinschaftsrecht*

Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen [1]

2. Die Richtlinie hat in den fallerheblichen Passagen folgenden Wortlaut:

„Teil I

Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Artikel 1

(1) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Be-

* Originalsprache: Deutsch.

1 — ABl. L 61, S. 26.

triebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.

...

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie gelten folgende Begriffsbestimmungen:

a) Veräußerer ist jede natürliche oder juristische Person, die auf Grund eines Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 als Inhaber aus dem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil ausscheidet.

...

Teil II

Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer

Artikel 3

(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.

...

(2) Nach dem Übergang im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedin-

gungen begrenzen, sofern dieser nicht weniger als ein Jahr beträgt.

...

Artikel 4

(1) 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.

..."

II — *Nationales Recht*

3. Italien hat die Richtlinie durch eine Änderung des Artikels 2112 Codice civile in nationales Recht umgesetzt. Wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, wurde der sachliche Anwendungsbereich des Artikels 2112 Codice civile zu einem späteren Zeitpunkt auf den Übergang von Tätigkeiten öffentlicher Einrichtungen auf private Einrichtungen erstreckt, wenn nicht Spezialvorschriften eine andere Regelung treffen. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts „enthält das Gesetz Nr. 58 vom 29.1.1992 eine Sonder- und Ausnahmeregelung für den Übergang der Tätigkeit der Bereitstellung von Fernmeldediensten von der ASST [einer staatlichen Einrichtung] auf die später als Iritel bezeichnete Gesellschaft [des Privatrechts], die sich von der allgemeinen Regelung für Betriebsübergänge nach Artikel 2112 c.c. unterscheidet", da es „insbesondere — anders als Artikel 2112 c.c. — keine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vor[sieht]". Dieses Gesetz Nr. 58/92 überträgt lediglich den Tarifparteien die Aufgabe, den ehemaligen Beschäftigten der ASST im Rahmen der Tarifverhandlungen Bezüge zu sichern, die insgesamt nicht unter den Bezügen liegen, die sie früher erhalten haben. Außerdem gibt das Gesetz Nr. 58/92 den Beschäftigten der ASST einen Anspruch auf Auszahlung der Dienstaltersentschädigung.

4. Im Gesetz Nr. 58/92 (Artikel 4) war vorgesehen, daß die Iritel SpA (im folgenden: Iritel) ein Jahr lang die zuvor bei der ASST Beschäftigten im Rahmen ihrer Tätigkeit weiterbeschäftigen sollte und daß diejenigen Arbeitnehmer, die nach Ablauf dieses Jahres keinen Antrag auf Verbleib im öffentlichen Dienst gestellt haben würden (in diesem Fall sollten sie in der öffentlichen Verwaltung und innerhalb der Provinz ein neues Amt übernehmen), von der Iritel übernommen werden sollten.

C — Sachverhalt

5. Die Kläger des Ausgangsverfahrens, Renato Collino und Luisella Chiappero (im folgenden: die Kläger), waren vom 6. Dezember 1965 bzw. vom 11. Dezember 1966 bis zum 31. Oktober 1993 bei der Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (ASST) beschäftigt, die als staatliche Einrichtung landesweit die öffentlichen Fernmeldeanlagen verwaltet, installiert und betrieben hatte. Im Zuge der Privatisierung der Telekommunikationsdienste und der Auflösung der ASST erteilte der Minister für Post und Fernmeldewesen aufgrund des Gesetzes Nr. 58/92 durch Dekret vom 29. Dezember 1992 der Iritel, einer Gesellschaft des Privatrechts, die ausschließliche Konzession, die bisher von der ASST ausgeübten Tätigkeiten zu übernehmen und fortzuführen. Die Iritel war zuvor ebenfalls aufgrund des Gesetzes Nr. 58/92 vom Istituto per la ricostruzione industriale (IRI), einer staatlichen Holding, gegründet worden und befand sich mit ihrem gesamten Kapital in Staatsbesitz.

6. Am 1. November 1993 wurden die Kläger auf denselben Arbeitsplätzen, die sie zuvor bei der ASST innehatten, von der Iritel weiterbeschäftigt, nachdem ihnen die bei der ASST zustehende Dienstaltersentschädigung ausgezahlt worden war. Am 16. Mai 1994 wurden sie anläßlich der Übernahme von Iritel durch die ebenfalls zur IRI gehörende Società italiana per le telecomunicazioni p.a. (SIP) von der SIP übernommen. Später wurde die SIP in Telecom Italia SpA umbenannt, bei der die Kläger bis zu ihrem Eintritt in den Ruhestand am 30. November 1996 beschäftigt blieben.

7. Wie von der Beklagten vorgetragen und von den Klägern nicht bestritten wurde, sah das italienische Recht die Möglichkeit vor, die nach Ablauf der Tätigkeit beim alten Arbeitgeber ASST ausgezahlte Dienstaltersentschädigung zum Zwecke der einheitlichen Berechnung innerhalb einer Frist von 30 Tagen beim neuen Arbeitgeber Iritel wieder einzuzahlen.

8. Ausweislich des Vorlagebeschlusses der Pretura circondariale Pinerolo (im folgenden: Pretura) verfolgen die Kläger mit ihrer am 16. Oktober 1997 gegen die Telecom Italia SpA (im folgenden: Beklagte) eingereichten Klage zwei Ziele, die sich beide auf die Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses beim alten und neuen Arbeitgeber stützen. Zum einen begehren sie eine Neuberechnung ihrer von der Dienstaltersstufe abhängigen Erhöhungen der Löhne und Gehälter seit dem 1. November 1993 unter Zugrundelegung ihres beim alten Arbeitgeber erworbenen Dienstalters. Zum anderen beantragen sie, die nach dem Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst am 31. Oktober 1993 erhaltene Dienstaltersentschädigung bei der Beklagten einzahlen zu dürfen, um dann eine auf der Grundlage ihrer gesamten Beschäftigungszeit bis zum Eintritt in den Ruhestand berechnete, günstigere Dienstaltersentschädigung zu erhalten. Nach Ansicht der Kläger handelt es sich bei der Übertragung der Aufgaben der ASST zunächst auf die Iritel und dann auf die SIP um einen Betriebsübergang, so daß ihre gesamte Be-

schäftigungszeit seit der Einstellung bei der ASST bis zur Pensionierung bei der Beklagten als ununterbrochenes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei.

9. Das vorlegende Gericht fragt sich, ob eine staatliche Regelung, wie sie das Gesetz Nr. 58/92 vorsieht, mit den Vorschriften der Richtlinie vereinbar ist, und ob im Falle der Unvereinbarkeit statt der nationalen Vorschriften die Regelung der Richtlinie als vorrangige Norm des Gemeinschaftsrechts anzuwenden ist.

10. Die Pretura legt dem Gerichtshof daher folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

a) Fällt ein entgeltlicher, durch staatliches Gesetz genehmigter und durch Dekret eines Ministers angeordneter Übergang eines Unternehmens, das von einer unmittelbar staatlichen öffentlichen Einrichtung auf eine privatrechtliche Gesellschaft übertragen wird, die einer anderen öffentlichen Einrichtung gehört, die alle ihre Aktien hält, in den Geltungsbereich von Artikel 1 der Richtlinie 77/187/EWG, wenn die privatrechtliche Gesellschaft aufgrund einer Verwaltungskonzession mit der Tätigkeit, die Gegenstand des Übergangs ist, betraut wird?

Falls die Frage a zu bejahen ist:

b1) Ist nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/187 unbedingt von einer obligatorischen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber auszugehen mit der Folge, daß dem Arbeitnehmer die seit seiner Einstellung beim Veräußerer erreichte Dienstaltersstufe erhalten bleibt und er Anspruch auf eine einzige Dienstaltersentschädigung hat, die nach seiner gesamten Beschäftigungszeit beim Veräußerer und beim Erwerber zu berechnen ist?

b2) Ist Artikel 3 Absatz 1 jedenfalls dahin auszulegen, daß zu den „Rechten" des Arbeitnehmers, die auf den Erwerber übergehen, auch vorteilhafte Rechtspositionen wie eine erreichte Dienstaltersstufe gehören, die der Arbeitnehmer beim Veräußerer erworben hat, wenn nach den für den Erwerber geltenden Tarifverträgen wirtschaftliche Ansprüche von dieser Dienstaltersstufe abhängen?

11. Am Verfahren haben sich die Kläger, die Beklagte, die Regierungen Finnlands, Österreichs und des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission beteiligt. Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat ihre Stellungnahme auf die erste Vorlage-

frage beschränkt. Auf das Vorbringen der Beteiligten wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung einzugehen sein.

D — Rechtliche Würdigung

I — *Zur Zulässigkeit der Vorlage*

Vortrag der Beteiligten

12. Nach Auffassung der Beklagten sind die beiden dem Gerichtshof vorgelegten Fragen unzulässig, da sich in dem Ausgangsrechtsstreit ausschließlich Privatrechtssubjekte gegenüberstünden. Die Vorschriften der Richtlinie könnten aus diesem Grund in keinem Fall von dem vorlegenden Gericht für die Lösung des Rechtsstreits herangezogen werden.

13. In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte darüber hinaus vorgetragen, die Fragen b1 und b2 seien nicht entscheidungserheblich. Was die Frage der Dienstaltersentschädigung angehe, so werde von den Klägern etwas beantragt, was nach nationalem Recht bereits gewährt werde, nämlich die Wiedereinzahlung der Abfindung bei der Iritel, um so eine nach der gesamten Dienst- und Arbeitszeit berechnete Abfindung zu erhalten. Die Frage, weshalb die Kläger im Ausgangsverfahren ihre Abfindung nicht wieder eingezahlt hätten, sei eine tatsächliche und keine rechtliche Frage.

14. Die finnische Regierung hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß über die Entscheidungserheblichkeit einer Vorlagefrage allein der nationale Richter zu entscheiden habe.

15. Die Kommission verweist schließlich darauf, daß neben der Möglichkeit, das nationale Recht unangewendet zu lassen und nach der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie zu fragen, auch die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts existiere. Sie bestätigt jedoch auch, daß anhand der Formulierungen im Vorlagebeschluß davon ausgegangen werden könne, daß der vorlegende Richter eine solche Möglichkeit im vorliegenden Fall ausschließe. Dies sei aber in vielen Rechtssachen der Fall gewesen, in denen der Gerichtshof schließlich doch auf die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung hingewiesen habe. Grundsätzlich bestehe bei den nationalen Richtern eher die Tendenz, das nationale Recht unangewendet zu lassen und statt dessen die Richtlinie unmittelbar anzuwenden.

16. Die Kommission ist jedoch der Meinung, daß auch im vorliegenden Fall der nationale Richter auf die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung hingewiesen werden sollte. Sie bezieht sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Urteile Carbonari [2] und Spano [3]. Letz-

2 — Urteil vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-131/97 (Slg. 1999, I-1103).

3 — Urteil vom 7. Dezember 1995 in der Rechtssache C-472/93 (Slg. 1995, I-4321).

teres habe ebenfalls die Richtlinie 77/187 zum Gegenstand gehabt und dieselbe Vorschrift des italienischen Rechts, nämlich Artikel 2112 des Codice civile. In diesem Urteil habe der Gerichtshof die Einrede der Unzulässigkeit unter Hinweis auf die richtlinienkonforme Auslegung verworfen.

17. Im vorliegenden Fall gehe es darum, daß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie durch Artikel 2112 des Codice civile korrekt in nationales Recht umgesetzt worden sei. Das Problem sei somit nicht die Umsetzung der Richtlinie, sondern die Sonderregelung, die von Artikel 2112 abweiche und in dem Gesetz Nr. 58/92 enthalten sei. Der nationale Richter habe somit das Problem, zwei innerstaatliche Regelungen auszulegen und zu entscheiden, welche er auf den vorliegenden Fall anwende. Das Problem liege dann aber nicht in der unmittelbaren Wirkung von Artikel 3 der Richtlinie, sondern in einer Auslegung des nationalen Rechts dahin gehend, daß es mit der Richtlinie konform sei. Dieses Prinzip der richtlinienkonformen Auslegung habe der Gerichtshof immer in einer sehr weiten Form angewandt.

18. In den beiden Urteilen Spano und Carbonari — so die Kommission weiter — habe der Gerichtshof den italienischen Richter implizit dazu ermächtigt, zwei nationale Regelungen unangewendet zu lassen, die nicht korrekte Abweichungen von der allgemeinen Umsetzungsregelung der Richtlinie vorsahen. Diese Nichtanwendung des nationalen Rechts sei jedoch nicht zugunsten der Anwendung einer Regelung der Richtlinie vorgenommen worden, sondern zugunsten der Anwendung anderer nationaler Regelungen, die vollkommen konform mit den Bestimmungen der Richtlinie gewesen seien. Dies habe nichts mit der Direktwirkung von Richtlinien zu tun, und somit stelle sich das Problem der Direktwirkung zwischen Privaten im vorliegenden Fall nicht.

Stellungnahme

19. Was das Vorbringen der Beklagten zur Unerheblichkeit der Fragen B1 und B2 angeht, kann auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes verwiesen werden, wonach die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen in erster Linie dem nationalen Richter obliegt[4], der aufgrund seiner unmittelbaren Kenntnis des Sachverhalts und des Parteienvortrags die Entscheidungserheblichkeit besser beurteilen kann als der Gerichtshof[5]. Der Gerichtshof überprüft lediglich, ob das vorlegende Gericht den ihm gemeinschaftsrechtlich eingeräumten Ermessensspielraum nicht evident mißbraucht. Daher sind solche Vorlagefragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts oder zur Gültigkeit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts unzulässig, die offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Wirklichkeit oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stehen und folglich für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nicht objektiv erforderlich sind[6]. Ein solcher Mißbrauchsfall liegt hier aber nicht vor. Vielmehr läßt sich der zwischen der Vorlage und dem Ausgangsrechtsstreit bestehende Zusammenhang aus dem Vorlagebeschluß

4 — Ständige Rechtsprechung seit Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (Van Gend und Loos, Slg. 1963, 3, 23 f.).

5 — Urteil vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347, Randnr. 25).

6 — Urteile vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 (Salonia, Slg. 1981, 1563, Randnr. 6) und vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93 (Corsica Ferries Italia, Slg. 1994, I-1783, Randnr. 14 mit weiteren Nachweisen); Beschluß vom 26. Januar 1990 in der Rechtssache C-286/88 (Falciola, Slg. 1990, I-191, Randnr. 8) sowie Urteil in der Rechtssache C-472/93 (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 15).

selbst entnehmen. Vom Ergebnis der Auslegung der Richtlinie hängt es nämlich ab, ob und wie eine nationale Regelung wie das Gesetz Nr. 58/92 von dem vorlegenden Gericht anzuwenden ist.

20. Was dagegen die Frage angeht, ob im vorliegenden Fall die Richtlinie überhaupt Anwendung finden kann, weil es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt, so ist dies eigentlich kein Problem der Zulässigkeit. Es geht vielmehr um die Frage der Wirkung von Richtlinien, hier insbesondere um die Problematik der Wirkung eventuell nicht vollständig umgesetzter Richtlinien im innerstaatlichen Recht.

21. Da sich im Ausgangsrechtsstreit zwei Privatrechtssubjekte gegenüberstehen, geht die Beklagte offenbar davon aus, daß eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie im vorliegenden Fall zu einer sogenannten „unmittelbaren Horizontalwirkung" von Richtlinien führen würde, die die Rechtsprechung des Gerichtshofes abgelehnt hat [7] und die deshalb zu verneinen sei.

22. Bevor auf die Problematik der Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten einzugehen ist, stellt sich die Frage, ob es sich bei der privatrechtlich organisierten Beklagten auch materiell um eine Privatperson handelt. Denn die Rechtsprechung des Gerichtshofes geht im Zusammenhang mit der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien von einem weiten Staatsverständnis aus. Danach umfaßt der Staat nicht nur Behörden [8], staatliche Einrichtungen [9] und Gebietskörperschaften [10], sondern auch staatliche Unternehmen [11]. Dazu hat der Gerichtshof ausgeführt, daß die Möglichkeit, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinienbestimmung zu berufen, unabhängig davon besteht, „in welcher Eigenschaft — als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger — der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muß nämlich verhindert werden, daß der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann" [12]. Entsprechend hat der Gerichtshof entschieden, daß „jedenfalls eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt, zu den Rechtssubjekten [gehört], denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können" [13].

23. Für dieses weite Staatsverständnis spricht schließlich auch, daß die Sanktion der unmittelbaren Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten nur dann ihre volle Wirksamkeit entfaltet, wenn sie den Staat immer und unabhängig davon trifft, in welcher

7 — Urteile vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 24 f.) und vom 7. März 1996 in der Rechtssache C-192/94 (El Corte Inglés, Slg. 1996, I-1281, Randnrn. 15 ff.).

8 — Urteile vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723) und vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651).

9 — Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635).

10 — Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88 (Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839).

11 — Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster u. a., Slg. 1990, I-3313).

12 — Urteil in der Rechtssache C-188/89 (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 17) und in der Rechtssache 152/84 (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 49).

13 — Urteil in der Rechtssache C-188/89 (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 20).

konkreten rechtlichen Form er handelt. Immer wenn der Sache nach, mittelbar oder unmittelbar, der Staat hinter einer Einrichtung oder einem Unternehmen steht und diese bzw. dieses kontrolliert, handelt es sich nicht mehr um einen einzelnen Privaten. Nach diesen Maßstäben hat das vorlegende Gericht zu überprüfen, ob die Iritel, deren Rechtsnachfolger die Beklagte ist, überhaupt als Privatperson anzusehen ist.

24. Wie sich bereits aus dem Vorlagebeschluß ergibt, war die Iritel zwar in privatrechtlicher Form organisiert, ihre gesamten Aktien gehörten aber einer öffentlichen Einrichtung. Außerdem war die von der Iritel übernommene Tätigkeit von der Erteilung einer Verwaltungskonzession abhängig. Diese beiden Gesichtspunkte legen die Vermutung nahe, daß die Iritel staatlich kontrolliert und beherrscht wurde. Da dies nach Angaben der Kommission auch für die jetzige Beklagte gilt, würde sich an dieser Betrachtung auch dann nichts ändern, wenn man statt auf die Iritel auf die Beklagte abstellte.

25. Für den Fall, daß das vorlegende Gericht aber zu dem Ergebnis gelangt, daß es sich bei der Iritel um eine echte Privatperson handelt, ist im folgenden zu untersuchen, inwieweit die Richtlinie auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten Auswirkungen haben kann.

26. In diesem Zusammenhang hat die Kommission zu Recht das Urteil Spano zitiert, in dem der Gerichtshof ausführt, daß er zwar „in ständiger Rechtsprechung für Recht erkannt hat, daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Bürger begründen kann, so daß ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist (siehe insbesondere Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 20); er hat jedoch auch für Recht erkannt, daß ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationales [*sic*] Rechts — gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt — dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muß, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 Absatz 3 des Vertrages nachzukommen (Urteil Faccini Dori, a. a. O., Randnr. 26)“ [14].

27. Der Hinweis der Kommission auf das Urteil in der Rechtssache C-131/97 [15] ist dagegen nur insofern einschlägig, als das vorlegende Gericht dort nach der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie gefragt hatte und der Gerichtshof es in seiner Entscheidung letztlich auf die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung verwiesen hat. Das Urteil gibt darüber hinaus keine weiteren Hinweise für die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits, da die zugrundeliegenden Fallkonstellationen nicht vergleichbar sind.

28. Im vorliegenden Fall ist jedoch fraglich, ob der Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen richtlinienkonformen Auslegung ausreicht, wenn der vorlegende Richter angedeutet hat, er halte eine solche konforme Auslegung des nationalen Rechts nicht für möglich. Die Kommission weist zwar darauf hin, daß der Gerichtshof bisher

14 — Urteil in der Rechtssache C-472/93 (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 17).

15 — Zitiert in Fußnote 2.

diese Möglichkeit sehr weit ausgedehnt hat, doch stößt auch die richtlinienkonforme Auslegung in bestimmten Fällen an ihre Grenzen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes findet sie jedenfalls dort ihre Grenze, wo sie dazu führt, daß dem einzelnen eine in einer nicht umgesetzten Richtlinie aufgestellte Verpflichtung entgegengehalten wird. [16] Weitere Begrenzungen dieser Pflicht sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot, auf die der Gerichtshof bei Fällen aus dem Bereich des Strafrechts hingewiesen hat. [17] Insofern gelten für die Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung dieselben Schranken wie für die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen. Denn auch für die unmittelbare Wirkung hat der Gerichtshof entschieden, daß die Richtlinienbestimmung selbst keine Verpflichtungen für den einzelnen begründen darf. [18] Verwiese man den nationalen Richter im vorliegenden Fall lediglich auf die richtlinienkonforme Auslegung, so würde man ihm unter Umständen keine ausreichende Hilfestellung zur Lösung des nationalen Rechtsstreits geben, wie es im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) gerade beabsichtigt ist.

29. Es ist jedoch auf die Besonderheit des vorliegenden Falles hinzuweisen, in dem es nicht um die direkte Anwendung einer bisher nicht in nationales Recht umgesetzten Richtlinienvorschrift geht. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist vielmehr die Frage, ob eine im nationalen Recht vorgesehene Sonderregelung, wenn sie mit der Richtlinie unvereinbar ist, unangewendet bleiben muß und statt dessen die gemeinschaftsrechtskonforme allgemeine nationale Umsetzungsbestimmung angewendet werden soll.

30. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind alle Organe eines Mitgliedstaats gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, alle zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Richtlinie geeigneten Maßnahmen zu treffen. [19] Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes läßt den Schluß zu, daß daraus auch die Pflicht resultiert, der Richtlinie entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen. [20] Freilich können sich aus einer derartigen Richtlinienbefolgung mittelbare bzw. faktische Belastungen oder Verpflichtungen für den einzelnen ergeben. Dies ist aber gemeinschaftsrechtlich unschädlich, solange die auf der Richtlinie beruhende Rechtswirkung für den einzelnen durch das nationale Recht vermittelt wird.

31. Deshalb muß auch eine nationale Regelung wie die des Gesetzes Nr. 58/92, wenn sie mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, von dem nationalen Gericht unangewendet bleiben. Wie sich aus dem

16 — Urteil vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-168/95 (Arcaro, Slg. 1996, I-4705, Randnr. 42).

17 — Urteil vom 8. Oktober 1987 in der Rechtssache 80/86 (Kolpinghuis Nijmwegen BV, Slg. 1987, 3969, Randnrn. 13 f.).

18 — Urteil in der Rechtssache 80/86 (zitiert in Fußnote 17, Randnrn. 6 ff.); Urteil in der Rechtssache 152/84 (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 48); Urteil in der Rechtssache C-168/95 (zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 36 ff.).

19 — Seit Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26); zuletzt bestätigt durch Urteil in der Rechtssache C-131/97 (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 48).

20 — Vgl. Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-129/94 (Bernáldez, Slg. 1996, I-1829) und Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-194/94 (CIA Security International, Slg. 1996, I-2201, Randnrn. 42 ff.).

Vorlagebeschluß der Pretura ergibt, fiele damit die Regelung aus dem Gesetz Nr. 58/92, also die Sonderregelung zu Artikel 2112 Codice civile, weg, und diese allgemeine Vorschrift, mit der die Richtlinie in das nationale Recht umgesetzt wurde, käme zur Anwendung. Die Verpflichtung zur Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer resultiert folglich aus der Anwendung des nationalen Zivilrechts, das zur Umsetzung der Richtlinie erlassen wurde. Eine Begründung von Verpflichtungen für den einzelnen unmittelbar durch die Richtlinie selbst ist damit nicht verbunden.

II — *Zu Frage a*

32. Diese Frage betrifft die Anwendbarkeit der Richtlinie auf die Privatisierung staatlicher öffentlicher Einrichtungen (im Bereich der Telekommunikationsdienste), wenn die vorher durch eine öffentliche Einrichtung betriebene Tätigkeit nunmehr von einer Gesellschaft des Privatrechts ausgeübt wird, deren alleiniger Anteilseigner eine andere öffentliche Einrichtung ist.

Sachlicher Anwendungsbereich

— Vortrag der Beteiligten

33. Die Kläger bejahen die Anwendbarkeit der Richtlinie im vorliegenden Fall. Die Übertragung der von der ASST erledigten Aufgaben im Bereich der öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen auf die Iritel stelle einen Betriebsübergang im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie dar, da die Übertragung entgeltlich und unter Wahrung der Identität der übertragenen wirtschaftlichen Einheit erfolgt sei. Alle Betriebsmittel und Rechte seien aufgrund des Gesetzes Nr. 58/92 auf die Iritel übergegangen. Ebenso seien quasi alle Beschäftigten der ASST von Iritel übernommen worden und hätten in denselben Räumlichkeiten dieselben Tätigkeiten ausgeübt wie zuvor bei der ASST. Die Kläger berufen sich in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1986 in der Rechtssache 24/85 (Spijkers) [21].

34. Nach Auffassung der Kläger ist es für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie unerheblich, daß der Betriebsübergang nicht durch einen Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber, sondern in der Folge einer Konzessionserteilung erfolgte. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Daddy's Dance Hall) entschieden hat, finde die Richtlinie auch Anwendung, „wenn nach Beendigung eines nicht übertragbaren Pachtverhältnisses der Inhaber des Unternehmens dieses an einen neuen Pächter verpachtet, der das Unternehmen

21 — Slg. 1986, 1119.

ohne Unterbrechung mit demselben Personal ... fortführt"[22]. Es komme dabei auch nicht darauf an, ob der Veräußerer eine Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts sei. „Veräußerer" könne gemäß Artikel 2 der Richtlinie jede natürliche oder juristische Person sein.

35. Schließlich machen die Kläger geltend, daß das Gesetz Nr. 58/92 keine gegenüber Artikel 2112 Codice civile abweichende vorrangige Sondervorschrift enthalte, sondern lediglich dessen allgemein anwendbare Regelungen zum Betriebsübergang wiedergebe. Dies habe zur Folge, daß Artikel 2112 des Codice civile auf die Privatisierung der ASST und die Übertragung ihrer Aufgaben auf die Iritel Anwendung finde.

36. Die Beklagte lehnt die Anwendung der Richtlinie auf die streitgegenständliche Fallkonstellation ab. Nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie sei ein Übergang durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung unabdingbare Anwendungsvoraussetzung der Richtlinie. Da die Übertragung der Aufgaben von der ASST auf die Iritel aber aufgrund des Gesetzes Nr. 58/92 und der ministeriellen Konzessionserteilung, also aufgrund staatlicher Maßnahmen erfolgt sei, sei diese Voraussetzung nicht gegeben. Zwar habe der Gerichtshof den Begriff der „vertraglichen Übertragung" immer weit ausgelegt. Dennoch kann nach Auffassung der Beklagten nicht darauf verzichtet werden, daß der Übertragungsakt sich auf eine Willensübereinstimmung zwischen Veräußerer und Erwerber zurückführen läßt.

37. Darüber hinaus liege ein Betriebsübergang nur vor, wenn der Übertragungsgegenstand eine wirtschaftliche Einheit bilde. Die von der ASST auf die Iritel übertragenen Aufgaben seien aber nicht wirtschaftlicher Natur. Vielmehr handele es sich beim Betrieb und bei der Installation des Fernsprechnetzes um eine dem öffentlichen Zweck dienende und im Allgemeininteresse zu erfüllende Aufgabe. Die ASST habe daher mit ihren Tätigkeiten kein wirtschaftliches Ziel verfolgt.

38. Die Kommission, die österreichische und die finnische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs halten die Richtlinie auf eine Fallkonstellation wie die des Ausgangsrechtsstreits für anwendbar.

39. Die österreichische und die finnische Regierung betonen, daß die Wahrung einer bereits vor dem Übergang bestehenden wirtschaftlichen Einheit das entscheidende Kriterium für die Feststellung eines Betriebsübergangs sei. Von der Erfüllung dieser Voraussetzung könne aufgrund der Ausführungen des vorlegenden Gerichts ausgegangen werden.

40. Nach Auffassung aller drei beteiligten Regierungen und der Kommission ist es für die Anwendbarkeit der Richtlinie ohne Belang, daß es sich bei der ASST um einen Teil der öffentlichen Verwaltung gehandelt hat. Wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 15. Oktober 1996 in der Rechtssache C-298/94 (Henke)[23] ergebe, das die Übertragung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben einer Gemeinde auf eine

22 — Slg. 1988, 739, Randnr. 11; in diesem Fall wurde also zwischen altem und neuem Arbeitgeber direkt kein Vertrag geschlossen.

23 — Slg. 1996, I-4989.

Verwaltungsgemeinschaft betraf, komme es für die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht auf die Organisationsform des Veräußerers, sondern allein auf die Art und Natur der übertragenen Tätigkeit an. Danach sei lediglich die Übertragung hoheitlicher Aufgaben vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen. Diese Auffassung habe der Gerichtshof in einem neueren Urteil vom 10. Dezember 1998 [24] bestätigt.

41. Im übrigen werde eine Differenzierung zwischen der Übertragung von Arbeitsplätzen aus dem öffentlichen Bereich in den privaten und Übertragungen von einem Privatunternehmen auf ein anderes dem Schutzzweck der Richtlinie nicht gerecht, die die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Unternehmensinhabers gewährleisten wolle. Aus demselben Grund sei es auch irrelevant, daß Alleineigentümer der in privatrechtlicher Form gegründeten Iritel eine öffentliche Einrichtung sei.

42. In diesem Zusammenhang weist die österreichische Regierung auch darauf hin, daß die Richtlinie 98/50/EG zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG [25] nur die Rechtsprechung des Gerichtshofes übernommen habe. Denn in der fünften Begründungserwägung werde ausgeführt, daß Rechtssicherheit und Transparenz „im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs" eine ausdrückliche Regelung vorzusehen verlangen. Auch die Natur der übergegangenen Tätigkeiten führe nicht zum Ausschluß der Anwendbarkeit der Richtlinie. Denn bei der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation handele es sich jedenfalls nicht um Verwaltungsaufgaben mit hoheitlichem Charakter.

43. Die Kommission und die Regierung des Vereinigten Königreichs sind der Meinung, die von der ASST auf die Iritel übertragenen Aufgaben im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen und der Betrieb des öffentlichen Telefonnetzes seien eindeutig Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur. Das spiegele sich auch darin wider, daß die Übertragung gegen Entgelt erfolgt sei. Daher stünden der Anwendbarkeit der Richtlinie insoweit keine Hindernisse entgegen.

44. Die finnische Regierung und die Kommission weisen unter Berufung auf das Urteil vom 8. Juni 1994 in der Rechtssache C-382/92 (Kommission/Vereinigtes Königreich) [26] zudem darauf hin, daß die Richtlinie auf alle öffentlichen und privaten Unternehmen anwendbar sei, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, und zwar unabhängig von der Frage der Gewinnerzielungsabsicht. Daraus folge, daß, selbst wenn die Wahrnehmung der auf die Iritel übertragenen Aufgabe der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation im Allgemeininteresse erfolgte und einem öffentlichen Zweck diente, allein dadurch der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eingeengt werde. Die Notwendigkeit einer Konzessionserteilung schließe die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit ebenfalls nicht aus, sondern diene lediglich der Überwachung im Interesse des Verbraucherschutzes.

24 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 (Hidalgo u. a., Slg. 1998, I-8237).

25 — ABl. L 201, S. 88.

26 — Slg. 1994, I-2435.

45. Schließlich stehe das Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber der Anwendung der Richtlinie nicht entgegen. Das Merkmal „vertragliche Übertragung" in Artikel 1 der Richtlinie müsse aufgrund der Unterschiede zwischen den verschiedenen Sprachfassungen und der unterschiedlichen Begriffsinhalte in den Mitgliedstaaten nicht wörtlich, sondern im Lichte ihres Zweckes und ihrer Systematik ausgelegt werden. Die österreichische Regierung, die finnische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs berufen sich insbesondere auf die Urteile vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 135/83 (Abels)[27], vom 10. Februar 1988 in der Rechtssache 324/86 (Daddy's Dance Hall)[28], vom 19. Mai 1992 in der Rechtssache C-29/91 (Redmond Stichting)[29] und vom 11. März 1997 in der Rechtssache C-13/95 (Ayse Süzen)[30]. Wie sich aus dieser Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe, könne auf das Erfordernis einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber verzichtet werden, so daß auch eine gesetzliche Übertragung mit anschließender Konzessionsgewährung in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen könne.

— Stellungnahme

46. Einleitend soll kurz darauf hingewiesen werden, daß die von den Klägern aufgeworfene Frage des Verhältnisses von Artikel 2112 Codice civile zum Gesetz Nr. 58/92 sich nach nationalem Recht beantwortet. Die Frage, ob das Gesetz Nr. 58/92 tatsächlich eine vorrangige, von Artikel 2112 Codice civile abweichende Spezialregelung enthält, ist somit nicht vom Gerichtshof, sondern vom vorlegenden Gericht zu entscheiden.

a) Zur Frage des Betriebsübergangs

47. An dieser Stelle ist zunächst daran zu erinnern, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Betriebsübergang vorliegt, wenn eine wirtschaftliche Einheit nach dem Inhaberwechsel fortbesteht und dabei ihre Identität bewahrt. Bei der Prüfung dieser Voraussetzung stellt der Gerichtshof in einer Gesamtbetrachtung auf „sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen"[31] ab. Es kommt also insbesondere darauf an, inwieweit materielle oder immaterielle Betriebsmittel übertragen wurden, inwieweit der Hauptteil der Belegschaft beim neuen Arbeitgeber weiterbeschäftigt wird oder bis zu welchem Grad die Tätigkeit des neuen Inhabers der früheren Tätigkeit entspricht[32]. Aufgrund des Vorlagebeschlusses ist davon auszugehen, daß die Übertragung der ASST auf die Iritel nach diesen Kriterien als Betriebsübergang zu qualifizieren ist.

48. Ferner ist der von allen Beteiligten mit Ausnahme der Beklagten vorgebrachten Auffassung zu folgen, wonach es bei der Definition des Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie nicht darauf ankommt, ob es sich beim Veräußerer um eine öffentlichrechtliche oder privatrechtliche juristische Person handelt. Dies ergibt sich bereits aus

27 — Slg. 1985, 469.
28 — Zitiert in Fußnote 22.
29 — Slg. 1992, I-3189.
30 — Slg. 1997, I-1259.
31 — Urteil in der Rechtssache C-13/95 (zitiert in Fußnote 30, Randnr. 14).
32 — Urteil in der Rechtssache C-13/95 (zitiert in Fußnote 30, Randnr. 14).

dem Wortlaut der Definition des Veräußerers in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie. Nach dieser Vorschrift sind alle — und nicht etwa nur privatrechtliche — juristischen Personen als Veräußerer im Sinne der Richtlinie erfaßt. Dieses Ergebnis wird durch den Schutzzweck der Richtlinie bestätigt. Zweck der Richtlinie ist es nämlich, die Rechte der Arbeitnehmer in allen Fällen zu schützen, in denen sie den typischen Risiken ausgesetzt sind, die regelmäßig aus einem Inhaberwechsel in der Unternehmensführung resultieren. Auf diesen Schutzzweck hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zum Betriebsübergang immer wieder hingewiesen. [33] Angesichts dieses Schutzzwecks kann es nicht darauf ankommen, ob der Veräußerer dem Staat oder der Privatwirtschaft zuzuordnen ist.

49. Daran ändert auch der Hinweis der Beklagten nichts, die ASST habe selbst keine Rechtspersönlichkeit gehabt. Zwar kommt nach der Definition des Artikels 2 Buchstabe a der Richtlinie nur eine natürliche oder juristische Person als Veräußerer in Betracht. Diese Voraussetzung trifft aber jedenfalls auf den Staat zu, von dem die ASST als öffentliche Einrichtung geführt und kontrolliert wurde. Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache C-298/94 [34]. Dort hat der Gerichtshof entschieden, daß Umstrukturierungsprozesse innerhalb der öffentlichen Verwaltung, wie die Übertragung von Verwaltungsaufgaben zwischen verschiedenen Stellen der Verwaltung, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. In seiner Begründung hat der Gerichtshof vor allem darauf abgestellt, daß die Umstrukturierung keine wirtschaftlichen Tätigkeiten betraf. Daraus kann geschlossen werden, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht durch den Veräußerer und seine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht geprägt wird, solange dieser eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Entscheidend ist also nicht die Art des Veräußerers, sondern die Art der ausgeübten Tätigkeit. Hoheitliche Tätigkeiten können nicht Gegenstand eines Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie sein.

50. Diese Abgrenzung ist in dem Urteil Hidalgo u. a. [35] bestätigt worden. In diesem Fall ging es zum einen um die Frage, ob es sich um einen Betriebsübergang handelt, wenn eine Einrichtung des öffentlichen Rechts einen Auftrag über einen Haushilfedienst für Personen in einer Notlage nach Ablauf des Vertrages mit einem Privatunternehmen einem weiteren privaten Unternehmen überträgt. Zum anderen ging es um die Auftragsvergabe seitens der Bundeswehr an verschiedene Bewachungsunternehmen. Der Gerichtshof hat hier unter Verweis auf das Urteil Henke entschieden: „Auch daß der fragliche Auftrag durch eine Einrichtung des öffentlichen Rechts vergeben worden ist, steht der Anwendung der Richtlinie 77/187 nicht entgegen, da weder die häusliche Hilfe für Personen in einer Notlage noch die Bewachung hoheitliche Tätigkeiten sind." [36]

51. Untersucht man nun in einem nächsten Schritt die Natur der übergegangenen Tätigkeit im Ausgangsverfahren, so ist das Ergebnis eindeutig. Wie die meisten Verfahrensbeteiligten zu Recht vorgebracht

33 — Vgl. etwa Urteile in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 9) und in der Rechtssache C-13/95 (zitiert in Fußnote 30, Randnr. 10).

34 — Urteil in der Rechtssache C-298/94 (zitiert in Fußnote 23).

35 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 (zitiert in Fußnote 24).

36 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 (zitiert in Fußnote 24, Randnr. 24).

haben, handelt es sich bei den von der ASST auf die Iritel übergegangenen Telekommunikationsdienstleistungen nicht um hoheitliche Aufgaben, sondern um wirtschaftliche Tätigkeiten. Die Iritel und später die Beklagte haben dieselben Tätigkeiten wie die ASST mit wirtschaftlicher Zielsetzung verfolgt. Genau darin besteht auch der Zweck einer Privatisierung. Es wäre ein recht befremdliches Ergebnis, wenn man unterstellen wollte, daß im Fall der ASST eine Privatisierung hoheitlicher Aufgaben stattgefunden habe. Außerdem geht auch die den Privatisierungsmaßnahmen im Telekommunikationssektor zugrunde liegende Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste [37] vom wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit aus. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß die Natur der übergegangenen Tätigkeit im Ausgangsverfahren nicht geeignet ist, die Anwendung der Richtlinie auszuschließen.

b) Zur Frage der „vertraglichen Übertragung"

52. Was das weitere Erfordernis eines vertraglichen Übergangs angeht, so ist auf das Urteil Redmond Stichting [38] zu verweisen. Dort ging es um die Frage, ob es sich um einen Betriebsübergang handelt, wenn eine Gemeinde die Gewährung von Subventionen an eine Stiftung einstellt und vom gleichen Zeitpunkt an diese Subventionen einer anderen, auf demselben Gebiet tätigen Stiftung gewährt. Die Einstellung der Unterstützung führte dazu, daß die zuerst genannte Stiftung, die sich insbesondere mit der Hilfeleistung für Süchtige befaßte, ihre Tätigkeit vollständig und endgültig beendete. Dabei war von beiden Stiftungen — juristischen Personen — und der subventionierenden Einrichtung — der Gemeinde — nicht nur beabsichtigt und vereinbart worden, „die Klienten/Patienten der ersten juristischen Person soweit wie möglich auf die zweite ... ‚überzuleiten', sondern auch, die durch die erste juristische Person von dieser subventionierenden Einrichtung gemieteten unbeweglichen Sachen anschließend an die zweite juristische Person zu vermieten und so weit wie möglich ... von ‚der Kenntnis und den Mitteln (z. B. Personal)' der ersten juristischen Person Gebrauch zu machen" [39]. Die bei der ersten Stiftung aufgrund von Arbeitsverträgen beschäftigten Arbeitnehmer, die von der zweiten Stiftung nicht übernommen wurden und gegen die auf Auflösung der Arbeitsverträge geklagt wurde, beriefen sich auf die Regelungen des niederländischen Rechts zur Umsetzung der Richtlinie.

53. In diesem Urteil nahm der Gerichtshof ausführlich zum Begriff „vertragliche Übertragung" Stellung. Er führte zunächst aus, daß der Gerichtshof in dem Urteil in der Rechtssache Abels [40] festgestellt hat, „daß sich die Tragweite der streitigen Vorschriften wegen der Unterschiede zwischen ihren sprachlichen Fassungen und des unterschiedlichen Inhalts des Begriffs der vertraglichen Übertragung im Recht der Mitgliedstaaten nicht allein aufgrund einer wörtlichen Auslegung bestimmen läßt. Er hat diesen Begriff daher so weit ausgelegt, daß er dem Zweck der Richtlinie — Schutz der Arbeitnehmer bei Übertragung ihres

37 — ABl. L 192, S. 10.

38 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (zitiert in Fußnote 29).

39 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (zitiert in Fußnote 29, Randnr. 6).

40 — Urteil in der Rechtssache 135/83 (zitiert in Fußnote 27).

Unternehmens — gerecht wird, und hat ausgeführt, daß diese Richtlinie in allen Fällen anwendbar ist, 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." [41] Die Anwendbarkeit der Richtlinie ist dabei nicht allein deswegen ausgeschlossen, weil „die Übertragung in zwei Schritten in der Weise erfolgt, daß das Unternehmen zunächst vom Mieter auf den Eigentümer zurückübertragen wird, der es anschließend auf den neuen Eigentümer überträgt" [42]. Aufgrund dieser Überlegungen gelangte der Gerichtshof im Urteil Redmond Stichting zu der Auffassung, daß der Begriff „vertragliche Übertragung" so auszulegen ist, daß er auf „eine Situation Anwendung findet, in der eine Behörde beschließt, die Gewährung von Subventionen an eine juristische Person einzustellen, wodurch die vollständige und endgültige Beendigung der Tätigkeiten dieser juristischen Person bewirkt wird, um die Subventionen auf eine andere juristische Person zu übertragen, die einen ähnlichen Zweck verfolgt" [43].

54. Daraus läßt sich schließen, daß auch im vorliegenden Fall eine Anwendung der Richtlinie nicht daran scheitert, daß hier die Übertragung seitens des Staates durch Vergabe einer Konzession erfolgt ist. Im übrigen scheint eine Anwendung auch aufgrund des Schutzzwecks der Richtlinie geboten.

Persönlicher Anwendungsbereich — Arbeitnehmerbegriff

55. Der Vorlagebeschluß enthält keine näheren Angaben dazu, wie das Anstellungsverhältnis der Kläger beim ursprünglichen Arbeitgeber ausgestaltet war. So ist nicht ersichtlich, ob sie Beamte oder sonstige Staatsbedienstete waren. Ungeachtet dieser Unterscheidung stellt sich im vorliegenden Fall somit die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie auch im Rahmen des Arbeitnehmerbegriffs, denn es ist fraglich, ob Personen, die für ein staatliches Unternehmen gearbeitet haben, als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie angesehen werden können.

56. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nimmt die Richtlinie nur eine teilweise Harmonisierung vor, indem sie hauptsächlich den den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährten Schutz auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. Sie will kein für die gesamte Gemeinschaft aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen, woraus folgt, „daß sich auf die Richtlinie 77/187 nur Personen berufen können, die auf die eine oder andere Weise nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats als Arbeitnehmer geschützt sind. In diesem Fall stellt die Richtlinie sicher, daß ihre Rechte aus dem Arbeitsvertrag oder dem Arbeitsverhältnis nicht durch den Übergang geschmälert werden" [44].

41 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (zitiert in Fußnote 29, Randnrn. 10 f.) mit Verweis auf das Urteil vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 101/87 (Bork International, Slg. 1988, 3057, Randnr. 13).

42 — Urteil in der Rechtssache 101/87 (zitiert in Fußnote 41, Randnr. 14).

43 — Urteil in der Rechtssache C-29/91 (zitiert in Fußnote 29, Randnr. 21).

44 — Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 105/84 (Danmols Inventar, Slg. 1985, 2639, Randnrn. 26 f.)

— Vortrag der Beteiligten

57. Die finnische Regierung wie auch die Kommission sind der Meinung, daß die Kläger im Ausgangsverfahren unter den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Die finnische Regierung nimmt hierbei zunächst auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes Bezug, wonach die Richtlinie auf alle Beschäftigten oder Arbeitnehmer Anwendung finde, die nach nationalem Recht gegen Kündigung geschützt seien. Selbst wenn — so die finnische Regierung weiter — der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie nach nationalen Regelungen zu definieren sei, gebe es weder im Wortlaut der Richtlinie noch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes Hinweise darauf, daß Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst automatisch aufgrund rein formaler Überlegungen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sein sollten. Entscheidend sei die Art und Weise der ausgeübten Tätigkeit. Handele es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, so spiele es keine Rolle, daß der Arbeitgeber der Staat bzw. eine öffentliche Einrichtung sei. Man könne nicht aufgrund formaler Überlegungen alle staatlichen Bediensteten aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen.

58. Auch die Kommission stellt — nachdem sie ausgeführt hat, daß die Kläger des Ausgangsverfahrens wahrscheinlich in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis gestanden hätten, so daß sie nach italienischem Recht keine Arbeitnehmer (gewesen) seien — zunächst auf die Art der Tätigkeit ab. Die Kläger im Ausgangsverfahren könnten, da sie dieselbe Tätigkeit ausübten wie später auch die Arbeitnehmer des privaten Unternehmens, nicht aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden.

59. Die Kommission bezieht sich darüber hinaus auf die vorbereitenden Arbeiten zur Richtlinie, so auf die beiden Entwürfe von 1974 und 1975, die in Artikel 3 Absatz 1 lediglich den Begriff „Arbeitsverhältnis" enthalten hätten und so die Rechte und Pflichten aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis hätten regeln sollen. Im Laufe der Beratungen habe die französische Delegation vorgeschlagen, auch den Begriff „Arbeitsvertrag" in Artikel 3 Absatz 1 aufzunehmen. Das Begriffspaar „Arbeitsvertrag" und „Arbeitsverhältnis" sei dann auch auf Artikel 4 Absatz 2 übertragen worden. Aus den Protokollen lasse sich keine Begründung für diese Einfügung eines weiteren Begriffes erkennen. Unbestreitbar habe aber Frankreich ebenso wie Italien in den siebziger Jahren sehr viele staatliche Unternehmen betrieben, deren Arbeitsverhältnisse vom Verwaltungsrecht geregelt worden seien.

60. Nach Meinung der Kommission könne die Bedeutung der Begriffe „Arbeitsvertrag" und „Arbeitsverhältnis" nicht gleichgesetzt werden. Der Begriff „Arbeitsverhältnis" sei in Abgrenzung zum „Arbeitsvertrag" so auszulegen, daß er im Anwendungsbereich der Richtlinie alle Arbeitnehmer umfasse, deren Arbeitsverhältnis nicht durch einen Vertrag, sondern durch Verwaltungsbestimmungen geregelt sei. Dieser Begriff könne eine wichtige Auffangfunktion haben, um die Anwendbarkeit der Richtlinie auch im Fall des Übergangs staatlicher Unternehmen sicherzustellen. Auf der Grundlage dieser weiten Auslegung und analog zum Begriff des Arbeitsverhältnisses wären entspre-

chend der Zielsetzung der Richtlinie die Arbeitnehmer geschützt, die in einem staatlichen Unternehmen ähnliche Aufgaben erfüllten wie Beschäftigte privater Gesellschaften, auf die die Unternehmen übergegangen seien.

— Stellungnahme

61. Es ist fraglich, ob das Abstellen auf die Art der Tätigkeit — wirtschaftliche Tätigkeit in Abgrenzung zu hoheitlicher — alleine genügen kann, um den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zu definieren. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil Hidalgo zu verweisen.[45] Dort hat der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Richtlinie zwar bejaht, da es im damaligen Ausgangsfall nicht um eine hoheitliche Tätigkeit ging. Würde man nun alleine auf diese Art der Tätigkeit abstellen, so wären automatisch alle Beschäftigten — also Staatsbedienstete ebenso wie Arbeitnehmer —, die keine hoheitliche Tätigkeit ausüben, von der Richtlinie erfaßt. Der Gerichtshof hat aber anschließend im Urteil Hidalgo unter Bezugnahme auf das Urteil Danmols Inventar weiter geprüft, ob die Beschäftigten „als Arbeitnehmer nach nationalem Arbeitsrecht geschützt sind“[46].

62. Demnach fielen nur die Beschäftigten einer öffentlichen Einrichtung bzw. eines staatlichen Unternehmens unter die Richtlinie, die nach nationalem Recht als Arbeitnehmer geschützt sind. Alle anderen wären aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen, auch wenn sie lediglich eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten. Gerade dieser Fall wird aber bei der Privatisierung eines staatlichen Unternehmens sehr häufig auftreten.

63. Auch die von der Kommission vorgetragene Unterscheidung des Begriffspaares „Arbeitsvertrag“ und „Arbeitsverhältnis“ führt nicht unbedingt dazu, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie z. B. auch auf Staatsbedienstete ausgedehnt werden kann. Die Abgrenzung der beiden Begriffe könnte auch darin bestehen, daß der Begriff „Arbeitsverhältnis“ z. B. faktische Arbeitsverhältnisse ohne Vertragsbeziehung umfaßt. Es läßt sich jedenfalls nicht zwingend schließen, daß auch Arbeitsverhältnisse im Bereich des öffentlichen Dienstes umfaßt sein sollen.

64. Eine strenge Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs würde aber dazu führen, daß man zwischen den einzelnen Bediensteten einer öffentlichen Einrichtung differenzierte, so daß einige in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen und andere nicht. Es ist fraglich, ob eine solche Unterscheidung sinnvoll wäre.

65. Ein Grund für diese unterschiedliche Behandlung könnte das besondere Verhältnis sein, in dem Staatsbedienstete zu ihrem Arbeitgeber, dem Staat, stehen. Dieses Verhältnis kann als besonderes Treueverhältnis bezeichnet werden, dem seitens des Staates eventuell die Gewährung besonderer Privilegien für die Staatsbediensteten gegenübersteht. Legt man

45 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 (zitiert in Fußnote 24).

46 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-173/96 und C-247/96 (zitiert in Fußnote 24, Randnr. 24) mit Verweis auf das Urteil in der Rechtssache 105/84 (zitiert in Fußnote 44) und das Urteil in der Rechtssache C-29/91 (zitiert in Fußnote 29).

diese Überlegungen zugrunde, so wären die Staatsbediensteten nicht als schutzbedürftig anzusehen. Sie sind in der Regel auch nicht von Betriebsübergängen und Fusionen von Unternehmen betroffen. Man könnte somit hier davon ausgehen, daß die Richtlinie auf die Beschäftigten der ehemals staatlichen Telefongesellschaft keine Anwendung findet.

66. Es kann jedoch nicht grundsätzlich vorausgesetzt werden, daß ein Bediensteter des öffentlichen Dienstes aufgrund seiner besonderen Stellung durch das nationale Recht auch im Fall der Privatisierung adäquat geschützt ist. Der vorliegende Fall stellt somit gerade in bezug auf den Arbeitnehmerbegriff einen Sonderfall dar. Hier sind Personen, die im öffentlichen Dienst tätig sind, von einem Betriebsübergang betroffen, der sich für sie dahin gehend auswirkt, daß sie aus ihrer eventuell privilegierten Stellung, die aus ihrem „besonderen Treueverhältnis" zum Arbeitgeber resultiert, in ein normales privatrechtliches Arbeitsverhältnis überwechseln. Das heißt, nach abgeschlossener Privatisierung sind sie unstreitig Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob die strenge formale Abgrenzung anhand des bisherigen Arbeitnehmerbegriffs auch hier vorgenommen werden soll. Dies würde dazu führen, daß die Richtlinie im Fall der Privatisierung nicht anwendbar wäre, während im umgekehrten Fall — wenn Arbeitnehmer aus einem privaten Arbeitsverhältnis in ein Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst überwechseln — wohl zumindest der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet wäre. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob Staatsbedienstete, die von der Privatwirtschaft übernommen werden, nicht ebenso schutzwürdig sind wie Arbeitnehmer der Privatwirtschaft, die in ein besonders geschütztes Verhältnis als Staatsbedienstete überwechseln.

67. In diesem Zusammenhang muß bedacht werden, was die Richtlinie bezweckt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes soll die Richtlinie die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens gewährleisten, indem sie ihnen die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren.[47] Die Arbeitsverträge oder-verhältnisse werden dabei ipso jure mit dem Erwerber fortgesetzt.[48]

68. Wenn sich aus der Rechtsprechung ergibt, daß die Richtlinie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Inhaber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren[49], so heißt dies, daß es keine Änderung der Entgeltbedingungen und keine Änderung der Zusammensetzung des Arbeitsentgelts geben darf.[50] Ferner dürfen den Arbeitnehmern keine Nachteile entstehen, auch wenn diese durch Vorteile an anderer Stelle ausgeglichen werden.[51] Dies bedeutet, daß es aufgrund des Übergangs keinerlei Änderung der Arbeitsbedingungen geben kann.

47 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-362/89 (D'Urso, Slg. 1991, I-4105, Randnr. 9) und Urteil vom 5. Mai 1988 in den verbundenen Rechtssachen 144/87 und 145/87 (Berg u. a., Slg. 1988, 2559, Randnrn. 12 und 13).

48 — Urteil in der Rechtssache C-362/89 (zitiert in Fußnote 47, Randnr. 12).

49 — Urteil in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 9).

50 — Urteil vom 12. November 1992 in der Rechtssache C-209/91 (Watson Rask und Christensen, Slg. 1992, I-5755, Randnr. 31).

51 — Urteil in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 15).

69. Für den vorliegenden Fall der Privatisierung eines staatlichen Unternehmens würde dies bedeuten, daß bei Anwendung der Richtlinie alle Vergünstigungen, die den Bediensteten im öffentlichen Dienst gewährt wurden, zunächst unverändert in den Bereich der Privatwirtschaft übertragen würden.

70. Anderenfalls würde man — bei einer strengen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs — den staatlichen Bediensteten im Fall der Privatisierung keinerlei Schutz gewähren, obwohl sie ihre besondere Stellung gegenüber dem Staat verlieren.

71. Aus der Tatsache, daß die Richtlinie den hier vorliegenden Fall der Privatisierung nicht ausdrücklich erwähnt, läßt sich nicht schließen, daß die Bediensteten in einem solchen Fall vom Schutz der Richtlinie ausgeschlossen werden sollen. Die Richtlinie stammt aus dem Jahr 1977, d. h. aus einer Zeit, als Privatisierungen staatlicher Betriebe noch nicht üblich waren. Man könnte deshalb davon ausgehen, daß ein solcher Fall bei Erlaß der Richtlinie gar nicht in Betracht gezogen wurde.

72. Allerdings muß darauf hingewiesen werden, daß in der neuen Richtlinie von 1998 [52] kein erweiterter Arbeitnehmerbegriff enthalten ist. Die neue Richtlinie ist zwar auf den Fall des Ausgangsrechtsstreits noch nicht anwendbar, da sie erst später in Kraft getreten ist. Es ergibt sich aber aus den Begründungserwägungen dieser Richtlinie [53], daß sie eine Klärung des Arbeitnehmerbegriffs im Lichte der (zwischenzeitlichen) Rechtsprechung des Gerichtshofes vornehmen soll. Die Schwierigkeit der Definition eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs wurde wohl schon bei der Erarbeitung der Richtlinie 77/187 erkannt. Inwieweit dabei und bei der Erarbeitung der Richtlinie 98/50 in Betracht gezogen wurde, auch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes dem Schutz der Richtlinie — insbesondere im Fall der Privatisierung — zu unterstellen, bleibt aber fraglich. Der Gesetzgeber hat es jedenfalls versäumt, eine entsprechend klare Regelung zu treffen. Daraus könnte man drei mögliche Schlußfolgerungen ziehen. Zum einen könnte man folgern, daß Staatsbedienstete bewußt nicht unter den Schutz der Richtlinie fallen sollten. Es ist ebenfalls denkbar, daß keine Einigung darüber erzielt werden konnte, ob — und gegebenenfalls wie — Staatsbedienstete von der Richtlinie erfaßt werden sollen. Eine dritte Erklärungsmöglichkeit geht schließlich dahin, daß es wegen der verschiedenen nationalen Ausgestaltungen nicht gelang, den Arbeitnehmerbegriff zu harmonisieren.

73. Wurde nun in der ursprünglichen und zur Lösung des vorliegenden Rechtsstreits einschlägigen Richtlinie noch gänzlich auf die Definition des Arbeitnehmerbegriffs durch den Gemeinschaftsgesetzgeber verzichtet, so beschränkt sich die neue Richtlinie darauf, eine in der Rechtsprechung für eine bestimmte Fallkonstellation entwickelte Definition des Arbeitnehmerbegriffs zu kodifizieren. Da der Gerichtshof jedoch bisher nicht mit Fragen der Privatisierung befaßt war, kann ein solcher Fall nicht vom Arbeitnehmerbegriff, wie er sich aus der Rechtsprechung ergibt, umfaßt sein.

74. Im übrigen ging es in der Rechtssache 105/84 [54], in der der Gerichtshof seinen

52 — Zitiert in Fußnote 25.

53 — Sechste Begründungserwägung.

54 — Zitiert in Fußnote 44.

bisherigen Arbeitnehmerbegriff definiert hat, um eine völlig andere Fallkonstellation. Dort war die Frage zu klären, ob derjenige, der eine Beteiligung von 50 % an der betreffenden Gesellschaft hält, beim Betriebsübergang als Arbeitnehmer anzusehen ist. Die Definition des Arbeitnehmerbegriffs erfolgte daher gerade nicht im Hinblick auf die Abgrenzung gegenüber den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, sondern lediglich in der Perspektive einer Abgrenzung von Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern.

75. Gegen eine Ausdehnung des bisherigen Arbeitnehmerbegriffs könnte allerdings die Formulierung der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung[55] sprechen. Sie regelt in Artikel 1 Absatz 3 ihren Anwendungsbereich dahin gehend, daß sie auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche Anwendung findet. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf Artikel 2 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit[56]. Auch dort sind private und öffentliche Tätigkeitsbereiche genannt. Außerdem ist vorgesehen, daß die Richtlinie 89/391 keine Anwendung findet, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst zwingend entgegenstehen. Weil also in der Richtlinie 93/104 der öffentliche Dienst eigens erwähnt ist und damit alle Beschäftigten privater und öffentlicher Tätigkeitsbereiche erfaßt sind, könnte man aus dem Fehlen einer Erwähnung des öffentlichen Dienstes in der Richtlinie 77/187 schließen, daß dort eine Erstreckung des Arbeitnehmerbegriffs auf den öffentlichen Dienst nicht gewollt ist.

76. Angesichts der besonderen Rechte, die Staatsbedienstete genießen, — z. B. die Unkündbarkeit — wäre es vorstellbar, daß sie gerade nicht unter die Richtlinie zur Wahrung der Ansprüche beim Unternehmensübergang fallen sollen. Allerdings wird die Unkündbarkeit nicht ausschließlich im öffentlichen Dienst gewährt. Es ist durchaus denkbar, daß auch in der Privatwirtschaft aufgrund langer Betriebszugehörigkeit nach tarifvertraglichen Regeln ein Schutz gewährt wird, der der Unkündbarkeit praktisch gleichzustellen ist. Auch dies zeigt, daß nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, daß Staatsbedienstete stets privilegiert und daher auch im Fall eines Betriebsübergangs besonders geschützt sind.

77. Andererseits ist es das Ziel der Richtlinie, die von einem Betriebsübergang Betroffenen besonders zu schützen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes[57] die betroffenen Arbeitnehmer wegen des Schutzzwecks nicht einmal selbst auf die Rechte verzichten können, die ihnen aufgrund der Richtlinie zustehen, und daß eine Verkürzung dieser Rechte sogar mit ihrer Zustimmung unzulässig ist. Andererseits weist der Gerichtshof darauf hin, daß die Richtlinie nur eine teilweise Harmonisierung vornimmt, indem sie hauptsächlich den den Arbeit-

55 — ABl. L 307, S. 18.
56 — ABl. L 183, S. 1.
57 — Urteil in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnrn. 15 bis 17).

nehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährten Schutz auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. „Die Richtlinie kann daher nur in Anspruch genommen werden, um sicherzustellen, daß der betroffene Arbeitnehmer in seinen Rechtsbeziehungen zum Erwerber in gleicher Weise geschützt ist, wie er es nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats in seinen Beziehungen zum Veräußerer war. Soweit daher nach nationalem Recht unabhängig vom Fall des Unternehmensübergangs das Arbeitsverhältnis, insbesondere hinsichtlich des Kündigungsschutzes, zum Nachteil des Arbeitnehmers abgeändert werden kann, wird diese Möglichkeit nicht allein dadurch ausgeschlossen, daß das Unternehmen in der Zwischenzeit übertragen und die Vereinbarung daher mit dem neuen Unternehmensinhaber geschlossen worden ist. Da der Erwerber nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie in die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus dem Arbeitsverhältnis eintritt, kann dieses gegenüber dem Erwerber in demselben Umfang geändert werden, wie dies gegenüber dem Veräußerer möglich war; der Unternehmensübergang als solcher stellt jedoch keinesfalls einen Grund für eine solche Änderung dar.“ [58]

78. Auch die Richtlinie selbst sieht vor, daß die Arbeitsbedingungen aus anderen, vom Betriebsübergang unabhängigen Gründen geändert werden können. So ist nach Artikel 4 Absatz 1 eine Kündigung allein aufgrund des Unternehmensübergangs nicht möglich. Etwaige Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen werden jedoch durch die Richtlinie nicht untersagt. Ferner müssen zwar nach Artikel 3 Absatz 2 auch die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu dessen Kündigung oder Ablauf in dem gleichen Maß aufrechterhalten werden, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Nach Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 können die Mitgliedstaaten den Zeitraum der Aufrechterhaltung allerdings begrenzen, sofern dieser nicht weniger als ein Jahr beträgt.

79. Eine Anwendung der Richtlinie auch auf staatliche Bedienstete, die mit dem Unternehmen in die Privatwirtschaft überwechseln, würde somit nicht zu einer übermäßigen Ausweitung des Schutzes durch die Richtlinie führen. Da — wie bereits erörtert — bei einer engen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs der Schutzzweck der Richtlinie im vorliegenden Fall nicht erfüllt werden kann, sollte man davon ausgehen, daß zumindest die Rechte, um die es im vorliegenden Fall geht, aus Gründen der allgemeinen Zielsetzung der Richtlinie umfaßt sind. [59]

58 — Siehe Fußnote 57.

59 — Dafür könnten auch die Begründungen des Rates von 1974 zum Vorschlag für die Richtlinie zum Betriebsübergang sprechen. Dort wird ausgeführt, die Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten im Bereich der Unternehmenskonzentration würden die Interessen der Arbeitnehmer nicht ausreichend beachten. Dies sei *insbesondere* der Fall, wenn die Veränderungen nach den Regeln des Zivil- und Handelsrechts vorgenommen würden. Damit wird zwar der Bereich des Zivil- und Handelsrechts betont. Dies deutet aber andererseits darauf hin, daß auch an andere Bereiche gedacht wurde, so daß der Bereich des öffentlichen Rechts wohl nicht ausgeschlossen werden sollte [KOM (74) 351 endg.].

80. All diese Überlegungen zeigen auch, daß es sinnvoll wäre, gerade bei Richtlinien zum Schutz der Arbeitnehmer einen einheitlichen — weiten — Arbeitnehmerbegriff zu definieren.

81. Abschließend sei hier noch angemerkt, daß die Anwendung der Richtlinie auch nicht deshalb ausgeschlossen werden kann, weil die Kläger nach italienischem Recht die Möglichkeit gehabt hätten, im öffentlichen Dienst zu verbleiben. Da die Kläger in diesem Fall ein neues Amt in der Verwaltung übernommen hätten, wäre der Verbleib im öffentlichen Dienst notwendig mit einen Wechsel des Arbeitsplatzes und der Tätigkeit und möglicherweise sogar einem Ortswechsel verbunden gewesen. Wenn die Kläger ihr bisheriges Tätigkeitsfeld unter geringstmöglichen Veränderungen der äußeren Rahmenbedingungen beibehalten wollten, dann blieb ihnen keine andere Wahl, als aus dem öffentlichen Dienst auszuscheiden und ihre bisherige Tätigkeit im Rahmen eines privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses bei der Iritel fortzusetzen. In einer solchen Lage soll der Arbeitnehmer durch die Richtlinie geschützt werden. Es wäre nicht konsequent, ihm diesen Schutz nur deshalb zu versagen, weil er ein Weiterbeschäftigungsangebot — in einem anderen Tätigkeitsbereich — des Veräußerers und früheren Arbeitgebers nicht angenommen hat. Dieses Ergebnis findet auch seine Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Rechtsfolgen des Unternehmensübergangs unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers eintreten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber freiwillig nicht fortsetzen will[60]. Der vorliegende Fall liegt aber genau umgekehrt. Die vom Betriebsübergang Betroffenen widersprechen nicht der Weiterbeschäftigung durch den Erwerber, sondern haben ein Angebot zum Verbleib beim Veräußerer nicht genutzt. Dies beeinträchtigt ihre Rechtsstellung nach der Richtlinie nicht.

82. Aufgrund der vorangegangenen Überlegungen erscheint es hier angebracht, die Staatsbediensteten, die aufgrund der Privatisierung in private Arbeitsverhältnisse überwechseln, unter den Schutz der Richtlinie zu stellen.

83. Auf die Frage a ist daher zu antworten, daß ein entgeltlicher, durch staatliches Gesetz genehmigter und durch Dekret eines Ministers angeordneter Übergang eines Unternehmens, das von einer unmittelbar staatlichen öffentlichen Einrichtung auf eine privatrechtliche Gesellschaft übertragen wird, die einer anderen öffentlichen Einrichtung gehört, die alle ihre Aktien hält, in den Geltungsbereich von Artikel 1 der Richtlinie 77/187 fällt, wenn die privatrechtliche Gesellschaft aufgrund einer Verwaltungskonzession mit der Tätigkeit, die Gegenstand des Übergangs ist, betraut wird.

III — *Zu Frage b1*

84. Im Rahmen der Frage b stellt sich das Problem, wie die Ansprüche, die übergehen, im einzelnen ausgestaltet sind, d. h. welche Arbeitsbedingungen erhalten blei-

60 — Urteil in der Rechtssache C-362/89 (zitiert in Fußnote 47, Randnr. 11).

ben. Die Frage b1 betrifft den Anspruch der Kläger auf Zahlung einer bestimmten Dienstaltersentschädigung und deren Berechnung.

Vortrag der Beteiligten

85. Die Kläger stellen hierbei auf den zwingenden Charakter von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie ab, woraus sie folgern, daß die von der ASST auf Iritel übergegangenen Bediensteten sich auf ihre Dienstaltersstufe berufen können, um eine einheitliche Dienstaltersentschädigung zu erhalten. In der mündlichen Verhandlung haben die Kläger zwar eingeräumt, daß nach italienischem Recht eine einheitliche Berechnung der Dienstaltersentschädigung möglich gewesen wäre. Dies hätte aber die Wiedereinzahlung der von der ASST ausbezahlten Dienstaltersentschädigung beim neuen Arbeitgeber innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach dem Betriebsübergang vorausgesetzt. Diese Frist sei jedoch viel zu kurz bemessen gewesen, weshalb die Kläger nicht rechtzeitig hätten handeln können.

86. Die Beklagte weist darauf hin, daß die Kläger nach italienischem Recht eine einheitliche Dienstaltersentschädigung hätten erhalten können, wenn sie die von der ASST erhaltene Dienstaltersentschädigung wieder eingezahlt hätten. Was dagegen die Verpflichtungen aus der Richtlinie angehe, so müsse nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie der Erwerber den Arbeitnehmern die Rechte gewähren, die unmittelbar vor dem Übergang beim Veräußerer bestanden hätten. Die Richtlinie bezwecke aber nicht, dem Arbeitnehmer, der seine Rechte aus dem vorherigen Arbeitsverhältnis behalte, rückwirkend noch Vorteile seines neuen Arbeitgebers für die vor dem Übergang liegende Beschäftigungszeit dazuzugewähren. Die Dienstaltersentschädigung dürfe deshalb für die Jahre vor dem Übergang nur nach den Kriterien der ASST und für die Zeit nach dem Übergang nach den Regeln berechnet werden, die bei Iritel und dann bei der Beklagten galten bzw. gelten.

87. Die österreichische und die finnische Regierung sind wie die Kläger der Meinung, Artikel 3 bewirke, daß alle Rechte und Vorteile, die an das Dienstalter gebunden sind, übergehen bzw. aufrechterhalten werden. Die österreichische Regierung erinnert in diesem Zusammenhang daran, daß die Richtlinie einer späteren Änderung des Arbeitsvertrags durch den Erwerber aber nicht entgegensteht, wenn das nationale Recht eine solche Änderung unabhängig vom Übergang des Unternehmens zulasse.

88. Die Kommission trägt vor, daß der Erwerber aufgrund des Artikels 3 der Richtlinie durch die Gesamtheit der Verpflichtungen des Veräußerers, die sich aus dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben, gebunden sei. Sie macht jedoch geltend, daß

das Gesetz Nr. 58/92 diesbezüglich nicht ganz eindeutige Regelungen treffe.

89. Aus der Rechtsprechung ergebe sich jedoch der Übergang aller Verpflichtungen aus dem Vertrag auf den Erwerber, was nach Artikel 3 Absatz 2 auch auf Kollektivverträge ausgedehnt worden sei. Daraus könne man schließen, daß die Dienstaltersstufe im Hinblick auf die Dienstaltersentschädigung erhalten bleibe. Dies gebe den Arbeitnehmern das Recht auf Auszahlung einer einzigen Dienstaltersentschädigung, die die Dienstjahre beim alten wie beim neuen Arbeitgeber umfasse.

Stellungnahme

90. In diesem Zusammenhang ist nochmals an die bereits in den Nummern 67 und 68 dargestellte Rechtsprechung des Gerichtshofes zu erinnern, wonach die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in seiner ursprünglichen Form sichergestellt werden soll[61] und die Möglichkeit eingeräumt werden soll, das Beschäftigungsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortzusetzen[62]. Denn Sinn und Zweck des Artikels 3 der Richtlinie ist der Schutz der Arbeitnehmer vor den spezifischen, aus der Situation des Betriebsübergangs resultierenden Risiken. Daher will die Vorschrift den Bestand des Arbeitsverhältnisses in vollem Umfang garantieren und jegliche Änderung der Arbeitnehmerrechte allein aufgrund des Übergangs ausschließen.

91. Das Dienstalter als solches stellt aber noch keinen Anspruch bzw. kein Recht dar, das mit dem Betriebsübergang übergehen und gegenüber dem Erwerber geltend gemacht werden könnte. Es ist lediglich denkbar, daß Rechte übergehen können, die an das Dienstalter geknüpft sind. Das Recht des Arbeitnehmers besteht demnach in seinem Anspruch auf Zahlung einer Dienstaltersentschädigung, die Bestandteil der rechtlichen Bedingungen seines bisherigen Arbeitsverhältnisses ist. Dieser Abfindungsanspruch gliedert sich in zwei rechtlich relevante Elemente, den Anspruchsgrund und die Anspruchshöhe.

92. Besteht nun bei dem früheren Arbeitgeber und Veräußerer ein Anspruch auf Zahlung einer Dienstaltersentschädigung, so verlangt Artikel 3 der Richtlinie, daß dieser Anspruch hinsichtlich seiner beiden Elemente, also hinsichtlich des Anspruchsgrundes als auch der Anspruchshöhe übergeht, so daß er anschließend gegenüber dem Erwerber geltend gemacht werden kann. Dies bedeutet, daß der neue Arbeitgeber und Erwerber verpflichtet ist, die Höhe der auszuzahlenden Abfindungssumme nach dem Berechnungsmodus zu ermitteln, der beim Veräußerer Anwendung gefunden hat. Dabei ist das Dienstalter zu berücksichtigen. Der Erwerber ist auch an die sonstigen im übergegangenen Arbeitsverhältnis geltenden Anspruchsvoraussetzungen für die Zahlung der Dienstaltersentschädigung gebunden. Je nach Ausgestaltung im jeweiligen Arbeitsvertrag kann dies auch bedeuten, daß der neue Arbeitgeber, obwohl er selbst keine solche Regelung vorgesehen hat, für die bei ihm abgeleisteten Dienstjahre eine Dienst-

61 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 19/83 (Wendelboe, Slg. 1985, 457, Randnr. 15).

62 — Urteil in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 9).

altersentschädigung zahlen muß. Bei der Berechnung dieses Anspruchs sind auch die bereits beim Veräußerer geleisteten Dienstzeiten zu berücksichtigen.

93. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Änderung der Arbeitsbedingungen — auch zum Nachteil des Arbeitnehmers — möglich ist, wenn eine solche unabhängig vom Betriebsübergang nach nationalem Recht auch vom Veräußerer möglich war. Die Richtlinie soll nämlich den Arbeitnehmer in seinen Rechtsbeziehungen zum Erwerber nur in dem Umfang schützen, wie er nach den mitgliedstaatlichen Vorschriften gegenüber dem Veräußerer geschützt war. Daraus folgt, daß eine Änderung der Arbeitnehmerrechte durch den neuen Arbeitgeber in demselben Umfang zulässig ist, wie eine derartige Veränderung durch den Veräußerer möglich gewesen wäre.[63] Denn wenn eine Änderungsmöglichkeit der Arbeitnehmerrechte beim Veräußerer bestanden hatte, so kann diese nicht allein durch die Tatsache der Übertragung des Unternehmens für die Zukunft ausgeschlossen werden. Die Richtlinie will lediglich verhindern, daß allein der Betriebsübergang als solcher zum Anlaß genommen wird, die bestehende Situation des Arbeitnehmers zu verschlechtern, also erworbene Ansprüche zu verkürzen oder nicht mehr zu gewähren[64]. Daher steht die Richtlinie einer zeitlichen Beschränkung oder einer nicht einheitlichen Berechnung der Dienstaltersentschädigung dann nicht entgegen, wenn der neue Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen insoweit unabhängig vom Betriebsübergang ändern darf.

63 — Urteil in der Rechtssache C-209/91 (zitiert in Fußnote 50, Randnrn. 27 ff.)

64 — Urteil in der Rechtssache 324/86 (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 17).

94. Nur am Rande sei bemerkt, daß im vorliegenden Fall sowohl vom alten als auch vom neuen Arbeitgeber eine solche Dienstaltersentschädigung vorgesehen ist, wobei im Ausgangsrechtsstreit wohl nur um die jeweilige Art der Berechnung gestritten wird. Da die Rechte, so wie sie beim Veräußerer bestanden haben, unverändert übergehen, geht auch die Berechnungsmethode, die mit dem Veräußerer vereinbart war, auf den Erwerber über. Zukünftige Berechnungen bzw. Angleichungen, die lediglich in Aussicht gestellt waren, aber keinen Anspruch des Arbeitnehmers begründeten, gehen nicht über. Ausschlaggebend sind die Rechte, die gegenüber dem Veräußerer geltend gemacht werden konnten. Es besteht deshalb kein Anspruch auf Gleichstellung mit neuen (eventuell besser gestellten) Kollegen im privaten Sektor und ebensowenig ein Anspruch auf rückwirkende Ausdehnung etwaiger günstigerer Regelungen des Erwerbers auch auf die beim Veräußerer geleisteten Dienstjahre.

95. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, anhand der dargelegten Maßstäbe zu ermitteln, ob die den Klägern gewährte Entschädigung den bei der ASST geltenden Bedingungen entsprach, oder ob die Beklagte als Erwerber den Anspruch auf Dienstaltersentschädigung unabhängig vom Umstand des Betriebsübergangs in einem bei der ASST nicht zulässigen Umfang abgeändert hat. Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, daß es zu einer unzulässigen Verkürzung des Abfindungsanspruchs der Kläger gekommen ist, wäre eine Neuberechnung der Dienstaltersentschädigung unter Zugrundelegung des bei der ASST

anwendbaren Berechnungsmodus für die gesamte Beschäftigungszeit erforderlich.

96. Die Frage b1 ist deshalb dahin gehend zu beantworten, daß die Arbeitnehmer Anspruch auf Auszahlung einer einzigen Dienstaltersentschädigung haben, die die gesamte Beschäftigungszeit (beim alten und beim neuen Arbeitgeber) berücksichtigt, wenn der Arbeitsvertrag mit dem Veräußerer einen entsprechenden Anspruch gewährt hat und dieser Anspruch nicht in zulässiger Weise durch den Erwerber unabhängig vom Betriebsübergang geändert wurde.

IV — *Zu Frage b2*

97. Die zweite Teilfrage bezieht sich auf das für die Zeit nach dem Betriebsübergang für die Ermittlung der regelmäßigen Gehaltserhöhungen anzuwendende System.

Vortrag der Beteiligten

98. Die Kläger, die finnische und die österreichische Regierung sowie die Kommission bejahen auch diese Unterfrage b2 unter Verweis auf die bereits unter b1 vorgetragene Begründung.

99. Die Beklagte führt zunächst aus, daß das Dienstalter selbst weder ein Recht noch ein Vorteil, sondern lediglich ein tatsächlicher Umstand sei, an den Rechtsfolgen geknüpft werden können. Die Beklagte verweist dann auf den Tarifvertrag, der im vorliegenden Fall die Gehaltsansprüche, die sich aus dem Dienstalter ergäben, für die ehemaligen Bediensteten der ASST regele.

Stellungnahme

100. Wie bereits bei Frage b1 ausgeführt, ist der Beklagten darin zuzustimmen, daß eine erreichte Dienstaltersstufe an sich noch kein Recht des Arbeitnehmers im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 darstellt. Es müssen vielmehr bestimmte Rechte, wie z. B. ein Anspruch auf Gehaltserhöhung, an diese Dienstaltersstufe geknüpft sein, und zwar schon im Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer. Diese gehen dann auf den Erwerber über. Waren diese Ansprüche dem Veräußerer gegenüber bereits in Tarifverträgen geregelt, so bestimmt sich dieser Übergang nach Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie, wonach die Vereinbarungen auch gegenüber dem Veräußerer gelten, allerdings nur bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Tarifvertrags.

101. Ob hiervon auch zukünftige Gehaltserhöhungen umfaßt sind, bestimmt sich danach, ob sie mit dem Veräußerer in einer Art und Weise vereinbart waren, daß sie dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf diese Erhöhungen gewähren. Dies festzustellen, ist Sache des nationalen Richters. In

diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, daß eine Änderung der Arbeitsbedingungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes dann möglich ist, wenn sie auch — unabhängig vom Übergang — seitens des Veräußerers möglich gewesen wäre.

102. Auf die Frage b2 ist deshalb zu antworten, daß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie dahin auszulegen ist, daß eine erreichte Dienstaltersstufe nur im Zusammenhang mit den im Verhältnis zu dem Veräußerer daran geknüpften Rechten auf den Erwerber übergeht.

E — Ergebnis

103. Aufgrund der vorangegangenen Überlegungen schlage ich folgende Beantwortung der Vorlagefragen vor:

Unabhängig davon, wie die Richtlinie aufgrund der vorhergehenden Überlegungen Anwendung findet, ist sie jedenfalls wie folgt auszulegen:

a) Ein entgeltlicher, durch staatliches Gesetz genehmigter und durch Dekret eines Ministers angeordneter Übergang eines Unternehmens, das von einer unmittelbar staatlichen öffentlichen Einrichtung auf eine privatrechtliche Gesellschaft übertragen wird, die einer anderen öffentlichen Einrichtung ge-

hört, die alle ihre Aktien hält, und wobei die privatrechtliche Gesellschaft aufgrund einer Verwaltungskonzession mit der Tätigkeit betraut wird, die Gegenstand des Übergangs ist, fällt in den Geltungsbereich von Artikel 1 der Richtlinie 77/187/EWG.

b1) Nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie ist von einer obligatorischen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber auszugehen, wobei die Arbeitnehmer Anspruch auf Auszahlung einer einzigen Dienstaltersentschädigung haben, die die gesamte Beschäftigungszeit (beim neuen wie beim alten Inhaber) berücksichtigt, wenn der Arbeitsvertrag mit dem Veräußerer einen entsprechenden Anspruch gewährt hat.

b2) Artikel 3 Absatz 1 ist dahin auszulegen, daß eine erreichte Dienstaltersstufe nur im Zusammenhang mit den im Verhältnis zu dem Veräußerer daran geknüpften Rechten auf den Erwerber übergeht.