

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

YVES BOT

vom 22. März 2007¹

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wird der Gerichtshof erneut um Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen² gebeten.

2. Der Oberste Gerichtshof (Österreich) möchte vom Gerichtshof wissen, ob eine Gesamtheit, die aus einem Teil des Verwaltungspersonals und einem Teil der Leiharbeitnehmer eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens besteht, eine wirtschaftliche Einheit darstellen kann und ob deshalb bei einem Übergang auf ein anderes Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen die Richtlinie 2001/23 auf sie Anwendung findet.

I — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

3. Nach dem Wortlaut ihres dritten Erwägungsgrundes soll die Richtlinie 2001/23 die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten.

4. Diese Richtlinie ersetzt die Richtlinie 77/187/EWG des Rates³, die aus Gründen der Klarheit und Zweckmäßigkeit geändert wurde.

5. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/23, der im Wesentlichen Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 77/187 übernimmt, ist die

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 82, S. 16.

3 — Richtlinie 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).

Richtlinie 2001/23 „auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar“. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie gilt als Übergang „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“⁴.

beim Übergang eines Unternehmens, eines Betriebs oder eines Unternehmens- oder Betriebsteils die Rechte und Pflichten des Veräußerers⁶ aus einem zum Zeitpunkt dieses Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergehen.

B — Nationales Recht

6. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Leiharbeitsverhältnisse nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/23 ausschließen, wenn ein Verleihunternehmen übertragen wird.

8. In Österreich wurde die Richtlinie 2001/23 durch das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (im Folgenden: AVRAG)⁷ umgesetzt.

7. Um die Fortsetzung der Arbeitsverträge oder Arbeitsverhältnisse mit dem Erwerber⁵ zu gewährleisten, stellt Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie den Grundsatz auf, dass

9. Art. 3 Abs. 1 AVRAG bestimmt, dass, wenn ein Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht, dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Daraus ergibt sich eine Haftung des Erwerbers für die aus dem Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Übergangs noch offenen Ansprüche.

4 — Nach dem achten Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/23 wird mit Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der juristische Begriff des Übergangs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt. Durch diese Klärung wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187 nicht geändert.

5 — In Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/23 wird der Erwerber definiert als „jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund [des] Übergangs ... als Inhaber in das Unternehmen, den Betrieb oder den Unternehmens- bzw. Betriebsteil eintritt“.

6 — In Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/23 wird der Veräußerer definiert als „jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund [des] Übergangs ... als Inhaber aus dem Unternehmen, dem Betrieb oder dem Unternehmens- bzw. Betriebsteil ausscheidet“.

7 — BGBl. 456/1993.

10. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist diese Bestimmung in Übereinstimmung mit der Richtlinie 2001/23 unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen.

men zu gründen, da sich Mayer in finanziellen Schwierigkeiten befand. Die Princess Personal Service GmbH (im Folgenden: PPS) wurde also gegründet, um den Bedarf von ILL zu decken. Herr und Frau S. übernahmen dann bei PPS die Funktionen des gewerberechtl. Geschäftsführers und der handelsrechtl. Geschäftsführerin. ILL beendete die Arbeitsverhältnisse mit Mayer und wurde Hauptkunde von PPS.

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

A — *Sachverhalt*

11. Das Unternehmen Mayer & Co. GmbH (im Folgenden: Mayer) ist ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen. Vor dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Übergang bestand es u. a. aus dem Geschäftsführer Herrn S., der Assistentin der Geschäftsleitung Frau S., der Ehefrau von Herrn S., einem Filialleiter und Kundenbetreuern.

12. Mayer beschäftigte außerdem 180 Leiharbeiter. Von diesen 180 Arbeitnehmern waren ungefähr 60 für Rechnung der Fa. Industrie Logistik Linz GmbH & Co. KG (im Folgenden: ILL), der Hauptkundin von Mayer, entsandt.

13. Im Jahr 2001 schlug ILL Frau S. vor, ein neues Arbeitskräfteüberlassungsunterneh-

14. PPS übernahm 40 der 60 bei Mayer angestellten, zu ILL entsandten Leiharbeiter für Rechnung dieses Kunden. Darüber hinaus wechselten der Filialleiter von Mayer, Kundenbetreuer, andere Kunden und die zu diesen Kunden entsandten Leiharbeiter zu dem neuen Unternehmen. Insgesamt übernahm PPS ein Drittel der bei Mayer beschäftigten Arbeitnehmer.

15. Die Arbeitsverhältnisse zwischen Mayer und ihren Beschäftigten endeten am 30. November 2002; zwischen PPS und denselben Beschäftigten begannen sie am 1. Dezember 2002.

16. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2002 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen von Mayer eröffnet.

B — *Verfahren*

erstinstanzliche Entscheidung mit Urteil vom 12. Oktober 2004 bestätigte.

17. Da Mayer die letzten Entgeltansprüche von 25 von PPS übernommenen Beschäftigten nicht befriedigt hatte, erhoben diese Beschäftigten beim Landesgericht Wels Klage gegen PPS auf Zahlung dieser Gehälter.

18. Die Beschäftigten stützen ihre Ansprüche darauf, dass ein Teil von Mayer auf PPS übergegangen sei, da PPS das Verwaltungspersonal von Mayer sowie deren Kunden und die im Dienst dieser Kunden eingesetzten Arbeitnehmer übernommen habe. Folglich sei PPS in alle Rechte und Pflichten aus den früheren Arbeitsverhältnissen von Mayer eingetreten und deshalb verpflichtet, die von diesem Unternehmen nicht gezahlten Gehälter zu vergüten.

19. Mit Urteil vom 4. Mai 2004 gab das Landesgericht Wels der Klage statt. Das Erstgericht vertrat die Auffassung, dass ein Übergang eines Betriebsteils nach Art. 3 Abs. 1 AVRAG vorgelegen habe. Folglich hafte PPS für die von Mayer nicht ausgezahlten Gehälter.

20. PPS legte gegen dieses Urteil Berufung beim Oberlandesgericht Linz ein, das die

21. PPS legte daraufhin Revision beim Obersten Gerichtshof ein. Ihrer Ansicht nach liegt kein Übergang eines Betriebsteils vor, da allein der Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit den Übergang der sich aus den Arbeitsverhältnissen ergebenden Rechte und Pflichten zur Folge haben könne. Im vorliegenden Fall gebe es keine solche wirtschaftliche Einheit.

III — *Vorlagefrage*

22. Der Oberste Gerichtshof hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Handelt es sich um den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 2001/23/EG, wenn ohne abgrenzbare Organisationsstruktur beim ersten Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen im Zusammenwirken zwischen zwei Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen von dem ersten Arbeitskräfteüberlassungsunterneh-

men eine Büroangestellte, ein Filialleiter sowie Kundenbetreuer und der Geschäftsführer in das zweite Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen überwechseln und dort vergleichbare Tätigkeiten ausüben und mit ihnen ebenfalls im Zusammenwirken der beiden Unternehmen etwa ein Drittel der verliehenen Arbeitnehmer samt der dazugehörigen Kunden (mit unterschiedlichen Auftragsgrößen von drei verliehenen Arbeitnehmern bis fünfzig verliehenen Arbeitnehmern) teilweise bzw. zur Gänze überwechseln?

IV — Würdigung

23. Das vorliegende Gericht möchte vom Gerichtshof wissen, ob die Richtlinie 2001/23 in einem Fall anwendbar ist, in dem eine Gesamtheit, die aus einem Teil des Verwaltungspersonals und einem Teil der Leiharbeiter eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens besteht, zu einem anderen Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen wechselt, um dort vergleichbare Tätigkeiten für dieselben Kunden auszuüben.

24. Der Oberste Gerichtshof möchte also wissen, ob die Übernahme dieser Gesamtheit durch ein anderes Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen als Übergang einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden kann.

25. Dieses Gericht hat Zweifel, ob das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit auf ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen anwendbar ist, da dieser Unternehmenstyp definitionsgemäß kaum Beschäftigte in seinem Betrieb im Sinne einer organisatorischen Einheit hat und seine wirtschaftliche Tätigkeit hauptsächlich darauf beruht, den entleihenden Unternehmen Arbeitskräfte zu vermitteln.

26. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/23 setzt der Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen dreierlei voraus. Erstens muss der Übergang eine wirtschaftliche Einheit betreffen. Zweitens muss diese Einheit nach dem Übergang ihre Identität bewahrt haben. Drittens muss es sich bei diesem Übergang um eine vertragliche Übertragung handeln.

27. Folglich geht es darum, ob ein Teil des Verwaltungspersonals eines Leiharbeitsunternehmens und ein Teil seiner Leiharbeiter eine wirtschaftliche Einheit darstellen können, ob diese Einheit ihre Identität nach einem Übergang wie im Ausgangsverfahren bewahren kann und ob es sich um einen Übergang aufgrund einer vertraglichen Übertragung handelt.

A — Die Vorgaben der Rechtsprechung

1. Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit

28. Wie bereits ausgeführt, ist die Richtlinie 2001/23 nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Buchst. a „auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebs- teilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar“.

29. Zur Klärung der Begriffe Unternehmen, Betrieb und Unternehmens- oder Betriebs- teil hat der Gerichtshof sie in einem einzigen Begriff zusammengefasst, dem der „wirtschaftlichen Einheit“⁸. Ich stelle fest, dass auch der Betriebs- oder Unternehmensteil als wirtschaftliche Einheit definiert ist.

30. Der Gerichtshof hat dann näher ausgeführt, dass eine wirtschaftliche Einheit als eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten

Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit bezieht sich somit auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung⁹.

31. Der Gerichtshof hat außerdem entschieden, dass eine solche Einheit zwar hinreichend strukturiert und selbständig sein muss, aber nicht notwendigerweise bedeut- same materielle oder immaterielle Betriebs- mittel umfasst¹⁰.

32. Aus der Rechtsprechung des Gerichts- hofs ergibt sich weiter, dass das innerstaat- liche Gericht bei der Bewertung der Voraus- setzungen für das Vorliegen eines Übergangs die Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebs zu berücksichtigen hat. Ich schließe daraus, dass den im Sinne der Richtlinie 2001/23 maßgeblichen Voraussetzungen notwendigerweise je nach der ausgeübten Tätigkeit und selbst nach den angewandten Produktions- oder Betriebsmethoden un- terschiedliches Gewicht zukommt¹¹.

33. Insoweit hat der Gerichtshof ausgeführt, dass in den Branchen, in denen es im

⁸ — Wir haben gesehen, dass dieser Begriff in der Folge in Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/23 aufgenommen wurde.

⁹ — Vgl. u. a. Urteile vom 19. September 1995, *Rygaard* (C-48/94, Slg. 1995, I-2745, Randnr. 20), vom 11. März 1997, *Stüzen* (C-13/95, Slg. 1997, I-1259, Randnr. 13) und vom 15. Dezember 2005, *Güney-Görres und Demir* (C-232/04 und C-233/04, Slg. 2005, I-11237, Randnr. 32).

¹⁰ — Vgl. u. a. Urteil vom 10. Dezember 1998, *Hernández Vidal u. a.* (C-127/96, C-229/96 und C-74/97, Slg. 1998, I-8179, Randnr. 27).

¹¹ — Vgl. u. a. Urteil vom 10. Dezember 1998, *Hidalgo u. a.* (C-173/96 und C-247/96, Slg. 1998, I-8237, Randnr. 31).

Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, bei Fehlen anderer Produktionsfaktoren eine wirtschaftliche Einheit darstellen kann¹².

34. Außerdem hat der Gerichtshof entschieden, dass die Anwendung der Richtlinie 77/187¹³ nicht schon deshalb ausgeschlossen werden kann, weil die betreffende Arbeit von einem einzigen Arbeitnehmer ausgeführt wird. Eine wirtschaftliche Einheit kann somit aus nur einem einzigen Arbeitnehmer bestehen.

35. Meiner Ansicht nach ist daher bei einem Übergang eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils, dessen Tätigkeit im Wesentlichen auf der menschlichen Arbeitskraft beruht, weniger die Organisationsstruktur der Einheit als vielmehr die Ausübung einer eigenständigen wirtschaftlichen Tätigkeit maßgebend.

2. Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit

36. Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23 ist, ob die

fragliche Einheit nach dem Übergang ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb von dem Erwerber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird¹⁴.

37. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Übergang erfüllt sind und ob die Identität der wirtschaftlichen Einheit bewahrt wurde, sind die Besonderheiten des betreffenden Unternehmens oder Betriebs zu berücksichtigen, und es ist zu untersuchen, ob sämtliche Mittel übergegangen sind, die zur Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit erforderlich sind¹⁵.

38. Beim Übergang einer wirtschaftlichen Einheit, deren Betriebsmittel im Wesentlichen in der menschlichen Arbeitskraft bestehen, ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen hat, dem sein Vorgänger gezielt die wirtschaftliche Tätigkeit zugewiesen hatte¹⁶.

12 — Urteil Sützen (Randnr. 21).

13 — Vgl. Urteil vom 14. April 1994, Schmidt (C-392/92, Slg. 1994, I-1311, Randnr. 15).

14 — Vgl. u. a. Urteil vom 18. März 1986, Spijkers (24/85, Slg. 1986, 1119, Randnrn. 11 und 12), sowie Urteile Rygaard (Randnr. 15) und Sützen (Randnr. 10).

15 — Vgl. u. a. Urteil Hidalgo u. a. (Randnr. 31 und die dort zitierte Rechtsprechung).

16 — Vgl. u. a. Urteil Hidalgo u. a. (Randnr. 32 und die dort zitierte Rechtsprechung).

39. Ferner ist der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten zu berücksichtigen¹⁷.

3. Übergang durch eine vertragliche Übertragung

40. Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Begriff der vertraglichen Übertragung im Licht des Aufbaus und der Zielsetzung der Richtlinie 77/187 zu beurteilen ist¹⁸. Um die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie zu bewahren, hat er diesen Begriff sehr weit ausgelegt.

41. Die Fälle, in denen der Gerichtshof die Richtlinie für anwendbar erklärt hat, sind zahlreich und vielfältig¹⁹. So hat er z. B. entschieden, dass weder dem Fehlen einer

vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber noch der fehlenden Übertragung des Eigentums eine ausschlaggebende Bedeutung für die Anwendung der Richtlinie 77/187 zukommt²⁰.

42. Die Richtlinie ist nach der Rechtsprechung somit in allen Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt²¹.

43. Entscheidend für eine vertragliche Übertragung ist somit nicht das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, sondern ein Wechsel der für den Betrieb des Unternehmens verantwortlichen Person.

44. Nachdem diese Vorgaben näher bestimmt wurden, ist zu untersuchen, ob der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Übergang die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie 2001/23 erfüllt.

17 — Vgl. u. a. Urteil vom 20. November 2003, Abler u. a. (C-340/01, Slg. 2003, I-14023, Randnr. 33).

18 — Vgl. u. a. Urteil vom 7. Februar 1985, Abels (135/83, Slg. 1985, 469, Randnrn. 12 und 13).

19 — Vgl. u. a. Nr. 30 der Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Allen u. a. (Urteil vom 2. Dezember 1999, C-234/98, Slg. 1999, I-8643).

20 — Vgl. zum Fehlen einer vertraglichen Beziehung Urteil Hidalgo u. a. (Randnrn. 22 und 23 sowie die dort zitierte Rechtsprechung) und zur fehlenden Eigentumsübertragung Urteil vom 17. Dezember 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Slg. 1987, 5465, Randnr. 12).

21 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Juni 1988, Bork International (101/87, Slg. 1988, 3057, Randnr. 13) und vom 7. März 1996, Merckx und Neuhuys (C-171/94 und C-172/94, Slg. 1996, I-1253, Randnr. 28 und die dort zitierte Rechtsprechung).

B — *Anwendung der Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall*

1. Zum Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit

45. Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 91/383/EWG des Rates²² definiert Leiharbeitsverhältnisse als Verhältnisse zwischen einem Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber einerseits und einem Arbeitnehmer andererseits, wobei Letzterer zur Verfügung gestellt wird, um für und unter der Kontrolle eines entleihenden Unternehmens, dem Kunden, zu arbeiten. Die Besonderheit eines solchen Unternehmens beruht somit auf einem Dreiecksverhältnis zwischen dem Arbeitgeber, dem Angestellten und dem Kunden.

46. Eine weitere Besonderheit eines Leiharbeitsunternehmens ergibt sich daraus, dass für seine Dienstleistungstätigkeit, die darin besteht, Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, nur wenige Arbeitnehmer im eigenen Betrieb und ein sehr geringes Anlagevermögen erforderlich sind.

47. Trotz dieser Besonderheiten besteht jedoch meines Erachtens kein Zweifel daran, dass ein Leiharbeitsunternehmen als wirtschaftliche Einheit angesehen werden kann.

48. Zunächst erinnere ich daran, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2001/23 Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse nicht allein deshalb vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen können, weil es sich um Leiharbeitsverhältnisse und bei dem übertragenden Unternehmen um das Verleihunternehmen handelt.

49. Weiter setzt eine wirtschaftliche Einheit, wie bereits ausgeführt, die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit voraus. Dies ist hier der Fall, da die aus dem Teil des Verwaltungspersonals und dem Teil der Leiharbeitnehmer bestehende Gesamtheit des Leiharbeitsunternehmens den entleihenden Unternehmen gegen ein Entgelt Arbeitskräfte zur Verfügung stellt und so einen Teil des Umsatzes von Mayer erwirtschaftet²³.

50. Schließlich scheint die aus Verwaltungspersonal und Leiharbeitnehmern bestehende Einheit bei PPS völlig eigenständig weitergearbeitet zu haben. Denn diese Einheit, die von Mayer abgetrennt wurde, hat ihre wirtschaftliche Tätigkeit bei PPS fortgesetzt. Sie arbeitet somit bei Mayer ebenso gut wie bei

22 — Richtlinie vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (ABl. L 206, S. 19).

23 — Dazu hat der Gerichtshof im Übrigen im Urteil vom 11. Dezember 1997, Job Centre (C-55/96, Slg. 1997, I-7119) entschieden, dass im Wettbewerbsrecht der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit umfasst und dass die Arbeitsvermittlung eine wirtschaftliche Tätigkeit ist (Randnm. 21 und 25).

PPS. Sie ist selbständig und besteht durchaus auch außerhalb von Mayer.

51. Meiner Ansicht nach stellt daher eine Gesamtheit, die zum Teil aus Verwaltungspersonal und zum Teil aus Leiharbeitnehmern eines Leiharbeitsunternehmens besteht und die eine eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, eine wirtschaftliche Einheit im Sinne eines Betriebsteils dar.

2. Zur Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit

52. Um zu ermitteln, ob die Identität einer wirtschaftlichen Einheit, deren Betriebsmittel im Wesentlichen in der menschlichen Arbeitskraft bestehen, nach dem Übergang bewahrt wurde, ist, wie wir gesehen haben, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu prüfen, ob der Arbeitgeber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen hat, das vor dem Übergang der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit zugewiesen war.

53. Im Ausgangsverfahren wurden die Büroangestellten, die Kundenbetreuer und die Arbeitnehmer, die für Rechnung der Kunden mit der Wahrnehmung besonderer Aufgaben betraut waren, für die gleichen Tätigkeiten und für Rechnung derselben Kunden eingesetzt. Darüber hinaus ergibt sich aus den Akten, dass alle Arbeitnehmer, die von

Mayer zu PPS wechselten, für Aufgaben eingesetzt waren, die besondere Fachkenntnisse erforderten, wie Kranführer oder Gabelstaplerfahrer. Daraus schließe ich, dass diese Arbeitnehmer wegen ihrer Fachkenntnisse übernommen wurden.

54. Die Gemeinschaft der Arbeitnehmer bestand somit nach dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Übergang fort, da das Verwaltungspersonal und die Leiharbeitnehmer ihre Aufgaben behielten und die Leiharbeitnehmer weiterhin zu denselben Kunden entsandt wurden.

55. Die Identität der wirtschaftlichen Einheit ist daher meines Erachtens nach dem Übergang bewahrt worden.

3. Zum Übergang durch vertragliche Übertragung

56. Wie ausgeführt, setzt eine vertragliche Übertragung nach der weiten Auslegung dieses Begriffs, die der Gerichtshof vorgekommen hat, um die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie zu gewährleisten, einen

Wechsel der für den Betrieb des Unternehmens verantwortlichen Person voraus.

57. Die Merkmale des Ausgangsverfahrens entsprechen durchaus dieser Auslegung des Gerichtshofs, da sich aus der Vorlageentscheidung ergibt, dass PPS durch die Übernahme der Tätigkeit einer wirtschaftlichen Einheit von Mayer und die Weiterführung ihres Betriebs in der gleichen Form für diese wirtschaftliche Einheit verantwortlich geworden ist und neue Arbeitsverhältnisse mit den ursprünglich bei Mayer beschäftigten Angestellten und Arbeitern begründet hat.

58. Zudem würde ein enges Verständnis des Begriffs der vertraglichen Übertragung im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis führen. Das vorlegende Gericht weist in seiner Vorlagefrage nämlich darauf hin, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Übergang „im Zusammenwirken zwischen zwei Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen“ erfolgt.

59. Beständen im Übrigen Zweifel am Bestehen einer solchen vertraglichen Übertragung, wären andere Merkmale zu berücksichtigen, die ebenfalls zu diesem Ergebnis führen würden.

60. Man kann nämlich nicht umhin, festzustellen, dass der Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen von Mayer und derjenige der Durchführung des oben beschriebenen Unternehmensübergangs übereinstimmen.

61. Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass dieses Vorgehen gewählt wurde, um eine wirtschaftliche Tätigkeit wieder aufzunehmen und befreit von den zuvor aufgelaufenen und nicht beglichenen Verbindlichkeiten gewinnbringend auszuüben.

62. Nach dem Grundsatz *fraus omnia corrumpit* kann eine solche Situation, wenn sie vom nationalen Gericht so gesehen werden müsste, nicht zur Folge haben, dass die Rechte der Arbeitnehmer beeinträchtigt werden, welche rechtliche Konstruktion auch immer gewählt wurde, um die Wirkung der einschlägigen Rechtsvorschriften, darunter u. a. die der Bestimmungen der Richtlinie 2001/23, zu umgehen.

63. Nach alledem bin ich der Ansicht, dass die Richtlinie 2001/23 in einem Fall anwendbar ist, in der eine Gesamtheit, die aus einem Teil des Verwaltungspersonals und einem Teil der Leiharbeiter eines Leiharbeitsunternehmens besteht, zu einem anderen Leiharbeitsunternehmen wechselt, um dort vergleichbare Tätigkeiten im Dienste derselben Kunden auszuüben.

V — Ergebnis

64. Unter diesen Umständen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des Obersten Gerichtshofs wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen findet Anwendung, wenn eine Gesamtheit, die aus einem Teil des Verwaltungspersonals und einem Teil der Leiharbeiter eines Leiharbeitsunternehmens besteht, zu einem anderen Leiharbeitsunternehmen wechselt, um dort vergleichbare Tätigkeiten im Dienste derselben Kunden auszuüben.