

Aktenzeichen: 2 AZR 449/91
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Beschluß vom 21. Mai 1992
- 2 AZR 449/91 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 03. Februar 1991
- 3 Ca 351/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 03. Juli 1991
- 8 Sa 32/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang (§ 613 a BGB) und Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Gesetz:

BGB § 613 a; KSchG § 1 Abs. 3; EG-Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 Art. 3, 7, 8

Leitsätze:

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts, der an der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts zur Begründung eines Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang (vgl. BAGE 26, 301 = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB; Urteil vom 21. Juli 1977 - 3 AZR 703/75 - AP Nr. 8 zu § 613 a BGB; Urteil vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB; Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 275/78 - AP Nr. 21 zu § 613 a BGB; BAGE 45, 140 = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB; BAGE 53, 252 = AP Nr. 55 zu § 613 a BGB; BAGE 61, 369 = AP Nr. 81 zu § 613 a BGB) festhalten will, ruft gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag den Europäischen Gerichtshof zur Interpretation der Art. 3 und 7 der Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 des Rates der Europäischen Gemeinschaft mit folgenden Fragen an:

1. Steht es Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Februar 1977 entgegen, wenn ein zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie 77/187/EWG beim Veräußerer beschäftigter Arbeitnehmer dem Übergang der Rechte und Pflichten aus dem zwischen ihm und dem Veräußerer bestehenden Arbeitsvertrag auf den Erwerber mit der Folge widerspricht, daß der Übergang dieser Rechte und Pflichten des Veräußerers auf den Erwerber nicht stattfindet?

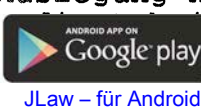
2. Wenn Frage 1. bejaht wird: Ist ein im nationalen Recht eines Mitgliedstaates vorgesehenes Widerspruchsrecht im vorstehenden Sinne eine für die Arbeitnehmer günstigere Regelung im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG?

3. Wenn Frage 2. bejaht wird: Sind Art. 7 und 8 der Richtlinie 77/187/EWG dahingehend auszulegen, daß es sich um ausdrückliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften handeln muß?

4. Wenn Frage 3. verneint wird: Ist es mit Art. 7 und 8 der Richtlinie 77/187/EWG vereinbar, daß die Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten durch Auslegung nationaler Rechts-



Neuwa-Gesetzesvorhaben
"Kommunen" im Sinne der Richt-
über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



2 AZR 449/91

8 Sa 32/91 Hamburg

Verkündet am
21. Mai 1992

Noll,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. März 1992 durch den Vorsitzenden Rich-

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und Dr. Bobke-von Camen beschlossen:

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts, der an der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts zur Begründung eines Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang (vgl. BAGE 26, 301 = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB; Urteil vom 21. Juli 1977 - 3 AZR 703/75 - AP Nr. 8 zu § 613 a BGB; Urteil vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB; Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 275/78 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB; BAGE 45, 140 = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB; BAGE 53, 252 = AP Nr. 55 zu § 613 a BGB; Senatsurteil vom 20. April 1989 - 2 AZR 431/88 - AP Nr. 81 zu § 613 a BGB, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) festhalten will, ruft gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag den Europäischen Gerichtshof zur Interpretation der Art. 3 und 7 der Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 des Rates der Europäischen Gemeinschaft mit folgenden Fragen an:

1. Steht es Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Februar 1977 entgegen, wenn ein zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie 77/187/EWG beim Veräußerer beschäftigter Arbeitnehmer dem Übergang der Rechte und Pflichten aus dem zwischen ihm und dem Veräußerer bestehenden Arbeitsvertrag auf den Erwerber mit der Folge widerspricht, daß der Übergang dieser Rechte und Pflichten des Veräußerers auf den Erwerber nicht stattfindet?
2. Wenn Frage 1. bejaht wird: Ist ein im nationalen Recht eines Mitgliedstaates vorgesehenes Widerspruchsrecht im vorstehenden Sinne eine für die Arbeitnehmer günstigere Regelung im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG?
3. Wenn Frage 2. bejaht wird: Sind Art. 7 und 8 der Richtlinie 77/187/EWG dahingehend auszulegen, daß es sich um ausdrückliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften handeln muß?
4. Wenn Frage 3. verneint wird: Ist es mit Art. 7 und 8 der Richtlinie 77/187/EWG vereinbar, daß die Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten durch Auslegung nationaler Rechts- oder Verwaltungsvorschriften für die Arbeitnehmer günstigere "Regelungen" im Sinne der Richtlinie im Wege der Rechtsfortbildung ermitteln?



G r ü n d e :

A.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung des Klägers durch die Beklagte und im Zusammenhang damit, ob zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs das Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB auf den Erwerber des von der Beklagten verkauften Betriebsteils "Stauerei" übergegangen ist.

Der Kläger war seit November 1971 als Hafenarbeiter im Betriebsteil Stauerei der Beklagten beschäftigt, den diese mit Wirkung zum 1. Oktober 1990 an das Unternehmen Carl Tiedemann GmbH & Co. verkaufte. In der in diesem Zusammenhang getroffenen Betriebsvereinbarung vom 27. September 1990 zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat der Firmengruppe, der sie angehört, heißt es unter 1.:

"Die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer, die dem Betriebsteil Stauerei der Firma P zuzuordnen sind (...) gehen nach § 613 a BGB auf die Firma C (GmbH & Co) über, sofern diese Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nicht widersprechen."

Zuvor hatte die Beklagte mit Schreiben vom 30. August 1990 den Kläger über den beabsichtigten Verkauf und dessen Folgen informiert. In dem Schreiben heißt es u.a.:

"Sie haben die Möglichkeit, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die Firma C (GmbH & Co.) zu widersprechen. Der Widerspruch muß schriftlich erfolgen und binnen drei Wochen



bei der Personalabteilung - Frau Fengefisch
(...) - eingegangen sein. Die Frist endet am
Donnerstag, dem 20. September 1990. (...).

Da für die Arbeitsplätze im Bereich Stauerei
künftig bei P keine Beschäftigung mehr vorhan-
den sein wird, behält sich Ihr heutiger Arbeitge-
ber P vor, für den Fall Ihres Widerspruchs das
Arbeitsverhältnis mit Ihnen zu kündigen."

Mit Schreiben vom 4. September 1990 widersprach der Kläger
dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Firma C

. Daraufhin leitete die Beklagte das Anhörungsverfahren zu
der beabsichtigten ordentlichen Kündigung ein und teilte dies dem
Kläger in einem Schreiben vom 27. September 1990 vorab mit. Nach
Widerspruch des Betriebsrates kündigte die Beklagte dem Kläger
sodann mit Schreiben vom 8. Oktober 1990 ein "eventuell noch be-
stehendes Arbeitsverhältnis vorsorglich fristgerecht" zum 30. Ju-
ni 1991 und vertrat in diesem Schreiben nunmehr die Auffassung,
die bislang von der deutschen Rechtsprechung eingeräumte Möglich-
keit, dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen des
§ 613 a BGB zu widersprechen, sei aufgrund höherrangigen EG-
Rechts außer Kraft getreten, so daß ein Arbeitsverhältnis mit ihr,
das sie kündigen könne, nicht mehr existiere.

Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Sozial-
widrigkeit dieser Kündigung geltend gemacht und die Auffassung
vertreten, das bisher vom Bundesarbeitsgericht bejahte Wider-
spruchsrecht bestehe trotz der Rechtsprechung des EuGH fort. Die
ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stelle sich als
günstigere Regelung im Sinne von Art. 7 der EG-Richtlinie 77/187
dar. Unabhängig davon habe die Beklagte ihm jedoch in der Be-
triebsvereinbarung ein Widerspruchsrecht zugestanden und ihn



zudem im Schreiben vom 30. August 1990 ausdrücklich darüber be-
lehrt. Die Kündigung selber sei unwirksam, weil die soziale Aus-
wahl im Verhältnis zu den Arbeitnehmern Sch , E , L
und C fehlerhaft getroffen worden sei. Auch sei noch genü-
gend Arbeit bei der Beklagten vorhanden, entweder im Stauereibe-
reich oder im verbliebenen Kaibetrieb.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der
Parteien durch die ordentliche Kündigung der
Beklagten vom 8. Oktober 1990, zugegangen am
10. Oktober 1990, nicht aufgelöst ist, sondern
fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu
unveränderten Arbeitsbedingungen als Schauer-
mann und Decksmann weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich darauf berufen, mit dem Verkauf der Stauerei
sei der Arbeitsplatz des Klägers weggefallen; eine andere Be-
schäftigungsmöglichkeit bestehe nicht. Der Rechtsauffassung des
Klägers über das Bestehen eines Widerspruchsrechtes ist die Be-
klagte entgegengetreten und hat umfassend zur Frage der sozialen
Rechtfertigung der Kündigung und zur Sozialauswahl vorgetragen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage unter Hinweis auf ein feh-
lendes Widerspruchsrecht des Klägers abgewiesen. Die Berufung des
Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom
Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision wendet sich der Kläger



nur noch gegen die Abweisung des Klageantrages zu 1., während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

B.

Das Bundesarbeitsgericht ruft gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag den Europäischen Gerichtshof mit den eingangs formulierten Fragen an, weil es sich bei der Entscheidung zugunsten einer der Parteien - auch bei eventueller Zurückverweisung des Rechtsstreits gemäß § 565 ZPO - unter Beachtung der Art. 3 und 7 der Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Unternehmens- und Betriebsübergang (ABl. EG Nr. L 61 S. 26 vom 5. März 1977) daran durch die bisherige Interpretation des Gerichtshofes in der Entscheidung vom 5. Mai 1988 (Rechtssachen 144/87 und 145/87 - EuGH Slg. 1988, 2577) aus den nachfolgenden Gründen gehindert sieht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört und die soziale Auswahl zutreffend vorgenommen habe. Durch den Verkauf der Staurei an die C GmbH & Co. sei nämlich das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Wirkung zum 1. Oktober 1990 gemäß § 613 a BGB auf den Käufer übergegangen. Ein Widerspruchsrecht gegen diese Betriebsteil-Übernahme stehe dem Kläger im Hinblick auf die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Auslegung der EG-Richtlinie 77/187 vom 14. Februar 1977 durch den EuGH nicht zu.

Der EuGH habe in seiner Vorabentscheidung vom 5. Mai 1988 (EuGH Slg. 1988, S. 2559) Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187 dahin ausgelegt, daß der Veräußerer nach dem Zeitpunkt des Übergangs von seinen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag allein auf Grund des Überganges befreit sei, selbst wenn die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer dem nicht zustimmen oder Einwände dagegen erheben würden. Diese Auslegung durch den EuGH sei für die nationalen Gerichte verbindlich. Mithin sei die Beklagte nicht mehr Arbeitgeber des Klägers und seine Klage schon deshalb abzuweisen.

Über Art. 7 der besagten EG-Richtlinie sei das vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelte und bestätigte Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nicht zu retten, denn die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stelle keine günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschrift im Sinne dieses Artikels dar. Die EG-Richtlinie von 1977 folge der Norm des § 613 a BGB, die der Gesetzgeber durch § 122 BetrVG vom 15. Dezember 1972 eingeführt habe. Bei der Umsetzung dieser EG-Richtlinie durch das EG-Anpassungsgesetz von 1980 (BGBl I, S. 1308) habe der Bundesgesetzgeber nicht die Gelegenheit ergriffen, § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB zu ändern und zum Beispiel ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer ausdrücklich festzuschreiben, obwohl ihm die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bekannt gewesen sei. Da Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gerade auf das Vorbild des § 613 a BGB in



der Fassung von 1972 zurückgehe, gelte der Grundsatz, daß nationale Ausführungsgesetze von Richtlinien im Lichte des Wortlautes und Zwecks der Richtlinie auszulegen seien. Angesichts der Entstehungsgeschichte des § 613 a BGB lasse sich nicht überzeugend argumentieren, der Gesetzgeber habe die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruchsrecht auch für den Fall aufrecht erhalten wollen, daß dieses nicht dem wortgleichen Art. 3 der Richtlinie entspreche.

Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) stehe dieser Rechtsauffassung nicht entgegen. Selbst wenn man davon ausgehe, daß sich die EG-Richtlinie an der nationalen Verfassung messen lassen müsse, sei festzustellen, daß mit § 613 a BGB gerade der Schutz von Arbeitnehmern bezweckt worden sei, mithin diese Norm bereits Ausdruck des Schutzgebotes aus Art. 20 GG sei. Aus dieser Zielsetzung des § 613 a BGB sei dann aber nicht unter Hinweis auf die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit ein Rechtsfolgen-Verweigerungsrecht in Form eines allgemeinen Widerspruchsrechts ableitbar, wodurch der Arbeitnehmer auf die Rechtswohlthat dieser Vorschrift verzichten könne.

Die Beklagte habe dem Kläger schließlich nicht einzelvertraglich ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Als sie sich eine Kündigung für den Fall eines Widerspruchs durch den Kläger vorbehalten habe, habe sie sich lediglich die Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts zu eigen gemacht, von der sie nach Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH vom 5. Mai 1988 wieder abgerückt sei. Auch in der Betriebsvereinbarung habe die Beklagte ihren Ar-



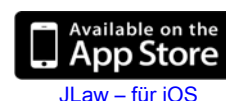
beitnehmern kein selbständiges Widerspruchsrecht eingeräumt.

II. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts will der Senat weder im Ergebnis noch in der Begründung folgen.

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur noch der oben wiedergegebene Klageantrag zu 1., wie sich aus dem Revisionsantrag ergibt. Der Kläger hat vorliegend eine Kündigungsschutzklage gemäß § 4 Satz 1 KSchG mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO verbunden, gerichtet auf die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz. Beide Klagen sind zulässig.

a) Ihnen fehlt nicht etwa das Rechtsschutzinteresse, weil ein Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs infolge des vorangegangenen Betriebsüberganges möglicherweise gar nicht mehr bestanden hat. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Kündigungszuganges ist gerade auch Streitgegenstand der miteinander verbundenen Klagen (vgl. Senatsurteil vom 12. Juni 1986 - 2 AZR 426/85 - AP Nr. 17 zu § 4 KSchG 1969) und damit zugleich Begründetheitsfrage. In einem derartigen Fall reicht im Rahmen der Zulässigkeit der Klage die schlüssige Behauptung, das Arbeitsverhältnis bestehe fort, aus.

b) Insbesondere fehlt auch der gegenüber der Kündigungsschutzklage weitergehenden allgemeinen Feststellungsklage nicht das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses (vgl. dazu Senatsurteil vom

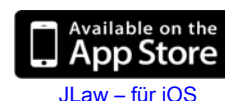


21. Januar 1988, BAGE 57, 231, 240 f. = AP Nr. 19 zu § 4 KSchG 1969, zu B II 2 c der Gründe). Der Kläger hat nämlich vorgetragen, ihm sei bereits im Kündigungsschreiben mitgeteilt worden, daß auch noch ein Anhörungsverfahren zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund eingeleitet worden sei. Insofern bestand für ihn die hinreichend konkrete Gefahr, die Beklagte werde sich im Verlaufe des Prozesses auf weitere Beendigungstatbestände berufen.

2. Ob die Klage begründet ist, kann der Senat nicht ohne Anrufung des EuGH entscheiden. Insbesondere kann er die Revision nicht schon deshalb gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG in Verbindung mit § 563 ZPO zurückweisen, weil etwa die Kündigung wirksam und die Klage damit im Ergebnis - wenn auch aus einem anderen Grunde - ebenfalls unbegründet wäre. Für eine derartige abschließende Feststellung fehlt es an einem hinreichenden Tatsachenvortrag der Parteien zur Frage der Sozialauswahl und warum der Kläger dem Betriebsübergang widersprochen hat.

a) Der Kläger hat sich gegenüber der betriebsbedingten Kündigung der Beklagten u.a. darauf berufen, Gesichtspunkte der sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) seien nicht ausreichend berücksichtigt worden und hat die Namen und Sozialdaten von vier, seiner Ansicht nach weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmer genannt.

Daraufhin hatte die Beklagte zunächst vorgetragen, sämtliche Arbeitsplätze in der Stauerei seien weggefallen; mit den im verbliebenen Kaibetrieb beschäftigten Arbeitnehmern, unter ihnen die vom Kläger benannten, seien die Mitarbeiter der Stauerei nicht zu



vergleichen. Sie sei nicht gehalten, geringerwertige Arbeitsplätze für den Kläger freizukündigen. Zweitinstanzlich hatte sie dann weiter behauptet, in ihrem früheren Teilbetrieb "Kaibereich" betreibe sie keine eigenen Geschäfte mehr. Die bei ihr nach wie vor beschäftigten Mitarbeiter dieses Teilbereiches kämen im Rahmen einer Ausleihe tatsächlich fast ausschließlich bei der Firma HHLA zum Einsatz. Dort sei ein Einsatz des Klägers (zu unveränderten Arbeitsbedingungen) nicht möglich. Im Rahmen der Sozialauswahl habe sie auf den überwiegenden zeitlichen Arbeitsaufwand und den überwiegenden Arbeitsort abgestellt und sei dabei zu dem Ergebnis gekommen, die Mitarbeiter der übergegangenen Stauerei und die Mitarbeiter des verbliebenen Kaibetriebes führten qualitativ grundlegend verschiedenartige Arbeiten aus.

Damit hat die Beklagte weder präzise und nachvollziehbar dargelegt, daß und warum der Kläger mit den von ihm genannten Kaimitarbeitern nicht vergleichbar ist, noch, daß trotz bestehender Vergleichbarkeit seine Weiterbeschäftigung einer Änderungskündigung zum Zwecke der Herabgruppierung bedürfe. Die soziale Auswahl erstreckt sich innerhalb des Betriebes nur auf Arbeitnehmer, die miteinander verglichen werden können. Vergleichbar sind solche Arbeitnehmer, die austauschbar sind (vgl. Senatsurteil vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu III der Gründe, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - AP Nr. 4 zu § 22 KO) richtet sich die Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen



und somit nach der bislang ausgeübten Tätigkeit. Es ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, die Funktion eines anderen Arbeitnehmers wahrnehmen kann. Das ist nicht nur bei Identität des Arbeitsplatzes, sondern auch dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Fähigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Der Vergleich vollzieht sich insoweit auf derselben Ebene der Betriebshierarchie (sog. horizontale Vergleichbarkeit). Wie der Senat im Urteil vom 7. Februar 1985 (- 2 AZR 91/84 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl) betont hat, scheidet eine Vergleichbarkeit nach diesen Kriterien nicht nur dann aus, wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu schlechteren Arbeitsbedingungen möglich ist. Dies gilt vielmehr in allen Fällen, in denen eine anderweitige Beschäftigung nur auf Grund einer Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit nur durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung in Betracht kommt (Senatsurteil vom 29. März 1990, aaO).

Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte bisher nicht hinreichend substantiiert, inwiefern sich Kai- und Stauereiarbeit hinsichtlich des "überwiegenden Arbeitsortes und Arbeitsaufwandes" unterscheiden, mit der Folge, daß ihre Wertung (qualitativ unterschiedliche Tätigkeiten, Geringwertigkeit der Kaiarbeit) nicht nachvollziehbar ist, zumal der Kläger als Stauereiarbeiter - wie wohl auch für Kaiarbeiter üblich - unter dem Oberbegriff "Hafenarbeiter" eingestellt war (siehe Anhörungsschreiben an den Betriebsrat), unstreitig auch schon an den Kaianlagen gearbeitet



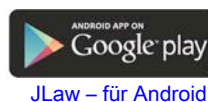
hat und - soweit bisher ersichtlich - auch lohntariflich offenbar mit einem Kaiarbeiter gleichbehandelt wurde.

Daß eine künftige Weiterbeschäftigung des Klägers als Kaiarbeiter einer Änderungskündigung bedarf, hat die Beklagte ebenfalls nicht substantiiert dargelegt. Die erst zweitinstanzlich vorgetragene Behauptung, sie habe ihre im Kaibereich verbliebenen Arbeitnehmer an die HHLA ausgeliehen (warum nicht auch den Kläger?), beruht offensichtlich auf einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Laufe dieses Prozesses und bedarf einer Erläuterung.

Sofern der Kläger die soziale Auswahl rügt (§ 1 Abs. 2 KSchG) und sich auf die Arbeitnehmer Sch , E , L und C beruft, hat die Beklagte - insofern vom Kläger unwidersprochen - darauf hingewiesen, mit dem Arbeitnehmer Sch

könne sich der Kläger schon deshalb nicht vergleichen, weil dieser Großgerätefahrer (Van Carrier) sei. Im übrigen komme er als solcher nur im Kaibereich zum Einsatz, ebenso wie die Arbeitnehmer E , L und C reine Kaimitarbeiter seien. Die Vergleichbarkeit dieser Arbeitnehmer mit dem Kläger erscheint daher aufklärungsbedürftig.

b) Wäre von einer Vergleichbarkeit dieser Arbeitnehmer auszugehen, so stellt sich das Problem, ob der Kläger, dem ohne Widerspruch gegen die Betriebsübernahme ein Arbeitsplatz bei dem Übernehmer erhalten geblieben wäre, sich auf eine mangelnde Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) mit Erfolg berufen könnte. Diese in der bisherigen Rechtsprechung wohl noch nicht entschiedene Frage,



wird in der einschlägigen arbeitsrechtlichen Literatur kontrovers behandelt (vgl. z. B. Bauer, DB 1983, 714 f.; Helpertz, DB 1990, 1562 f.; Hutzler, BB 1981, 1470, 1471; Kreitner, Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S. 162 ff.; Linck, Die soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung, 1990, S. 35, 36; Pietzko, Der Tatbestand des § 613 a BGB, 1988, S. 304 ff.; Tschöpe, Rechtsfolgen eines arbeitnehmerseitigen Widerspruchsrechts beim Betriebsinhaberwechsel, S. 45 - 48; Wickler, Arbeitgeberkündigung bei Betriebsinhaberwechsel, S. 114 f., 118). Die Stellungnahmen, die sämtlich die vom EuGH verneinte Möglichkeit eines Widerspruchs als gegeben voraussetzen, reichen von der Auffassung, der widersprechende Arbeitnehmer könne sich nicht auf § 1 Abs. 3 KSchG berufen, bis zu der Ansicht, die Aufgabe des Arbeitsplatzes beim Übernehmer sei im Rahmen der Sozialauswahl zu Lasten des widersprechenden Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Vielen Kommentierungen ist gemeinsam, daß sie auf die Berechtigung des Widerspruchs gegen die Betriebsübernahme abstellen und deshalb nach den Gründen fragen, warum der Arbeitnehmer dem Betriebs(teil)-Übergang widersprochen hat. Der Senat neigt ebenfalls zu der Auffassung, daß - bejaht man überhaupt das Widerspruchsrecht - die Gründe für den Widerspruch Berücksichtigung finden müssen (vgl. dazu etwa die bei Kreitner, aaO, S. 164 genannten Motivationen). Diese Gründe sind von den Vorinstanzen - von ihrem Standpunkt eines fehlenden Widerspruchsrechts aus zu Recht - nicht zum Gegenstand der Entscheidung gemacht worden. Dem bisherigen Vortrag des Klägers läßt sich nur entnehmen, er habe die Arbeitsbedingungen beim Übernehmer deshalb als schlechter angesehen, weil dort die Stauereiarbeiten zumindest überwiegend von Hand und ohne maschinelle Hilfe ausgeführt werden müßten. Die Be-



klagte hat sich dazu bisher nicht erklärt, so daß den Parteien unter Beachtung der §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO ggf. Gelegenheit zu weiterer Stellungnahme zu geben wäre. Auch deshalb wäre der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Mithin hängt die Entscheidung des Senats (im Sinne des Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag) von der Auslegung der Art. 3 und 7 der EG-Richtlinie 77/187 ab. Denn wenn der Senat den Vorinstanzen, die die Rechtsprechung des EuGH für den vorliegenden Fall als einschlägig ansehen und Art. 7 der Richtlinie nicht anwenden wollen, folgen würde, wäre die Revision ohne weiteres zurückzuweisen.

3. Folgt man andererseits der Rechtsprechung des EuGH, wonach das Arbeitsverhältnis ipso jure auf den Betriebsübernehmer übergeht, so wäre dem Einwand des Klägers, es bestünden trotz des Verkaufs der Stauerei noch anderweite Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten und deren Kündigung stelle sich deshalb nicht als ultima ratio dar, ohne nähere Prüfung von vornherein der Boden entzogen. Auch unter diesem Gesichtspunkt (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 1 Abs. 2 KSchG) wäre die Frage nach dem Bestehen eines Widerspruchsrechtes von erheblicher Bedeutung.

Allerdings kann sich der Kläger im Streitfall auf eine solche Beschäftigungsmöglichkeit nicht mit Erfolg berufen:

Es ist unstreitig, daß der bisherige Beschäftigungsbereich des Klägers, nämlich der Betriebsteil Stauerei an die Firma C & Co. veräußert worden ist (§ 613 a BGB). Damit ist eine Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers bei der Beklagten entfallen, wobei die wirtschaftliche Notwendigkeit dieser Ausglie-



derung des Betriebsteils Stauerei vom Kläger nicht in Zweifel gezogen wird. Sie ist auch von der Beklagten mit nachvollziehbaren Überlegungen (vgl. dazu BAGE 55, 262 = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) glaubhaft gemacht worden. Damit ist ein Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers im Sinne der Senatsrechtsprechung entfallen (BAG Urteil vom 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Es wäre nunmehr Sache des Klägers gewesen, darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung bei der Beklagten auf einem freien Arbeitsplatz vorstelle (Senatsurteil vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - AP, aaO, zu B II 4 der Gründe). Dazu hat der Kläger sich auf zwei Umstände berufen:

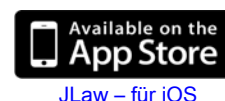
a) Er habe ca. ein Drittel seiner Zeit an den Kaianlagen der E gearbeitet, wo er auch weiterhin einsetzbar sei. Dazu gilt folgendes: Die beklagte P -GmbH arbeitet zusammen in einem Konzern mit mehreren Kaibetrieben, nämlich u.a. der E KGaA und der H KGaA; es handelt sich also um selbständige juristische Personen. Die Beklagte räumt ein, den Kläger in der Vergangenheit innerhalb des Gesamtkonzerns in Spitzenzeiten ausnahmsweise auch bei der E KGaA eingesetzt zu haben, sie bestreitet aber ausdrücklich, der Kläger habe ein Drittel seiner Arbeitszeit am Kontainerterminal von E verbracht. Da der Kläger im vorliegenden Prozeß nicht etwa vorgetragen hat, die beteiligten Firmen bildeten einen einheitlichen Betrieb im Sinne der §§ 1, 23 KSchG (vgl. dazu Senatsurteile vom 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - BAGE 55, 117 = AP Nr. 30 zu § 15 KSchG, m. w. N. und vom 13. Juni 1985 - 2 AZR 452/84 - AP Nr. 10



zu § 1 KSchG 1969), wofür als Indiz u. a. die Existenz eines gemeinsamen Betriebsrates sprechen könnte, insbesondere liege etwa eine vertragliche Absprache oder eine Selbstbindung der Beklagten, z. B. aufgrund vorausgegangenen Verhaltens vor, seine Unterbringung bei der E KGaA zu versuchen (Senatsurteil vom 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern), kann die Beklagte auf die angebliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei der E KGaA nicht mit Erfolg verwiesen werden.

b) Der Kläger hat ferner geltend gemacht, die Beklagte beschäftige regelmäßig 60 - 80 Arbeitnehmer aus einer Einsatzreserve der Gesamthafenbetriebsgesellschaft (GHB), auf die nunmehr zugunsten festangestellter Kräfte verzichtet werden könne. Damit hat der Kläger nicht auf eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit an einem freien Arbeitsplatz hingewiesen. Außerdem hat die Beklagte - übrigens schon im Anhörungsschreiben gegenüber dem Betriebsrat - vortragen, die Beschäftigung von GHB-Mitarbeitern erfolge immer nur aushilfsweise und in Auslastungsspitzen. Es sei aber nicht möglich, die Personalstärke an Spitzenauslastungen zu orientieren, weil ansonsten in beschäftigungsschwächeren Zeiten permanenter Beschäftigungsmangel auftreten würde, die Mitarbeiter aber gleichwohl Garantielohnzahlungen erhielten. Dem ist der Kläger nicht mehr entgegengetreten, so daß jedenfalls von einem mangelnden Bestreiten dieser Sachdarstellung der Beklagten auszugehen wäre (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Anderweitige freie Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten hat der Kläger mithin nicht konkret genannt. Die Ent-



scheidung des Senats hängt also davon ab, ob der Kläger sich mit Erfolg auf eine mangelnde Sozialauswahl (II 2 a und b) berufen kann. Deshalb muß der Senat zu der Frage Stellung nehmen, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs aufgrund Widerspruchsrechts des Klägers überhaupt noch bestand.

4. In die Rechte und Pflichten aus dem im November 1971 unstreitig entstandenen Arbeitsverhältnis könnte mit Wirkung vom 1. Oktober 1990 gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB die C GmbH & Co. eingetreten sein.

a) Zwischen den Parteien unstreitig ist die Rechtstatsache des Übergangs des Betriebsteils Stauerei durch Rechtsgeschäft. Diese Annahme ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Da der Kläger am 4. September 1990 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, kommt es maßgeblich auf das Bestehen eines den Übergang seines Arbeitsverhältnisses hindern- den Widerspruchsrechtes an.

aa) Dem Kläger ist ein solches Widerspruchsrecht nicht etwa einzelvertraglich oder durch die Betriebsvereinbarung vom 27. September 1990 eingeräumt worden.

Zunächst ist die Auslegung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, die Beklagte habe im Schreiben vom 30. August 1990 den Kläger lediglich informatorisch auf die nach ihrer Ansicht bestehende Rechtslage hingewiesen, jedoch



keine Willenserklärung abgeben wollen. Das ergibt sich aus der Erläuterung zu § 613 a BGB in dem besagten Schreiben. Der sich unmittelbar anschließende Bezug auf die Widerspruchsmöglichkeit rechtfertigt die Auslegung, die Beklagte habe lediglich auf das von der Rechtsprechung dem Gesetz, nämlich § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB entnommene Widerspruchsrecht hinweisen wollen. Dies war dem Kläger auch erkennbar, weil die Beklagte ihm für den Fall eines Widerspruches zugleich eine Kündigung in Aussicht gestellt hat. Vor diesem Hintergrund konnte der Kläger nicht ernsthaft darauf vertrauen, die Beklagte habe ihm selbständig konstitutiv ein Widerspruchsrecht einräumen wollen.

Im Ergebnis zutreffend, allerdings ohne Begründung, ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, daß die Betriebsvereinbarung vom 27. September 1990 dem Kläger ebenfalls kein Widerspruchsrecht gewährt. Selbst wenn zunächst unterstellt wird, die Betriebsvereinbarung räume den Arbeitnehmern der Beklagten ein selbständiges Widerspruchsrecht ein, so wäre dieses frühestens am 27. September 1990, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Betriebsvereinbarung (vgl. Punkt 15 der Betriebsvereinbarung), der Fall gewesen. Der Kläger hat jedoch bereits vorher und nur einmal, und zwar am 4. September 1990, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Zu diesem Zeitpunkt existierte ein Widerspruchsrecht aufgrund rechtsgültiger Betriebsvereinbarung noch nicht. Abgesehen davon räumt die Betriebsvereinbarung dem Kläger nach ihrem Inhalt kein Widerspruchsrecht ein. Insofern gelten die zum vertraglichen Widerspruchsrecht vorstehend behandelten Auslegungsgrundsätze entsprechend, da auch die Betriebsvereinbarung unter Ziff. 1 ausdrücklich nur auf die ge-



setzliche Regelung in § 613 a BGB Bezug nimmt. Hinzu kommt, daß die Betriebsvereinbarung insgesamt ganz offensichtlich darauf ausgerichtet ist (siehe Ziff. 2), die Rechtsstellung derjenigen Arbeitnehmer abzusichern, wenn nicht sogar zu verbessern, deren Arbeitsverhältnisse auf die Firma C übergehen, nicht jedoch den übergangsunwilligen Arbeitnehmern ein konstitutives Widerspruchsrecht einzuräumen. Dafür spricht schließlich auch, daß die Betriebsvereinbarung erst drei Tage vor dem geplanten Übergang in Kraft getreten ist.

bb) Entscheidend ist demnach, ob dem Kläger ein Widerspruchsrecht aus § 613 a BGB zusteht, das in dieser Vorschrift ausdrücklich nicht normiert ist.

(1) Das Bundesarbeitsgericht (vgl. BAGE 26, 301 = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB; Urteil vom 21. Juli 1977 - 3 AZR 703/75 - AP Nr. 8 zu § 613 a BGB; Urteil vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB; Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 275/78 - AP Nr. 21 zu § 613 a BGB; BAGE 45, 140 = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB; BAGE 53, 251 = AP Nr. 55 zu § 613 a BGB; BAGE 61, 369 = AP Nr. 81 zu § 613 a BGB, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) hat aber dem Arbeitnehmer in ständiger Rechtsprechung ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumt. Die wesentlichen Gründe dafür waren stichwortartig zusammengefaßt: Kein aufgezwungener Schuldnerwechsel (analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB); kein "Verkauf" des Arbeitnehmers gegen seinen Willen (Art. 1, 2 GG); höchstpersönlicher Charakter der



Dienstleistung; Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG); Möglichkeit des Verzichts auf den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz; Entstehungsgeschichte des § 613 a BGB. Insoweit wird auf die ausführliche Begründung in den o.g. Entscheidungen verwiesen.

Ein Teil der Literatur (vgl. etwa Palandt/Putzo, BGB, 50. Aufl., § 613 a Rz 15; MünchKomm-Schaub, BGB, 2. Aufl., § 613 a Rz 41; Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., § 613 a Rz 121; KR-Wolf, 3. Aufl., § 613 a BGB Rz 61) ist dieser Rechtsprechung gefolgt. Teilweise (vgl. die umfangreichen Nachweise bei Moll, AnwBl. 1991, 296, Rz 119) hat diese Rechtsprechung Kritik erfahren. Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit dieser Kritik auseinandergesetzt, jedoch die bisherige Rechtsprechung fortgeführt (vgl. Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 275/78 - AP Nr. 21 zu § 613 a BGB, zu III der Gründe und BAGE 45, 140, 142 f. = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB, zu II 2 der Gründe; zur dogmatischen Begründung des Widerspruchsrechtes vgl. aus neuerer Zeit ferner Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 14. Februar 1991 - 25 b Ca 352/90 - EzA § 613 a BGB Nr. 92, zu 1 der Gründe, das der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt ist). Der Senat fügt ergänzend hinzu, daß dem Arbeitnehmer, was besonders beim Betriebsteilübergang deutlich wird, ein erhebliches Stück an Bestandsschutz genommen wird, wenn nicht mehr das ultima-ratio-Prinzip und die Grundsätze über die Sozialauswahl gelten (vgl. oben zu II 2 und 3), sondern von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber ipso jure auszugehen wäre.



(2) Soweit den Befürwortern eines Widerspruchsrechtes insbesondere ein Verstoß gegen die EG-Richtlinie 77/187/EWG (ABl. EG Nr. L 61/S. 26 - 28) vom 14. Februar 1977 vorgeworfen wird (vgl. etwa Anm. Birk zu AP Nr. 10 zu § 613 a BGB), gibt die Entscheidung des EuGH vom 5. Mai 1988 (EuGH Slg. 1988, S. 2559) Anlaß, die bisherige Rechtsprechung in diesem Punkt zu überprüfen.

Die maßgeblichen Bestimmungen der EG-Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen lauten:

Art. 3

- (1) Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Art. 1 Abs. 1 bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß der Veräußerer auch nach dem Übergang im Sinne des Art. 1 Abs. 1 neben dem Erwerber für Pflichten aus einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis einzustehen hat.

- (2) (...)

Art. 7

Diese Richtlinie schränkt nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen.

Art. 8

- (1) Die Mitgliedstaaten setzen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, um dieser Richtlinie binnen zwei Jahren nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen, und unterrichten hiervon unverzüglich die Kommission.



- (2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der Rechts- und Verwaltungsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

In diesem Zusammenhang hat die Fünfte Kammer des EuGH am 5. Mai 1988 (aaO) im Verfahren der Vorabentscheidung auf Vorlage eines niederländischen Gerichtes entschieden:

1. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187 zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Unternehmensübergang ist dahin auszulegen, daß der Veräußerer nach dem Zeitpunkt des Übergangs von seinen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder dem Arbeitsverhältnis allein auf Grund des Übergangs befreit ist, selbst wenn die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer dem nicht zustimmen oder Einwände dagegen erheben, jedoch vorbehaltlich des Rechts der Mitgliedstaaten, die gesamtschuldnerische Haftung des Veräußerers und des Erwerbers ab dem Zeitpunkt des Übergangs vorzusehen.

(...)

Zur Begründung hat der EuGH ausgeführt, die Richtlinie solle die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens gewährleisten, indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräume, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart worden seien. Sie bezwecke jedoch nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrages oder -verhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall, daß die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht für den Erwerber fortsetzen wollten. Auf einen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten allgemein anerkannten schuldrechtlichen Grundsatz, wonach der Schuldnerwechsel nur mit Zustimmung des



Gläubigers erfolgen könne, könne nicht abgestellt werden. Ohne auf die Tragweite dieses Grundsatzes eingehen zu müssen, genüge es, festzustellen, daß die beim Übergang eines Unternehmens oder Betriebs auf einen anderen Unternehmensinhaber anwendbaren Bestimmungen den Bestand der Arbeitsverhältnisse, die Teil der übertragenen wirtschaftlichen Einheit sind, im Interesse der Beschäftigten wahren sollen. Aus diesem Grunde sehe die Richtlinie unter Hintanstellung des von den Klägern der Ausgangsverfahren angezogenen Grundsatzes vor, daß die Pflichten auch aus den Arbeitsverträgen ipso jure auf den Erwerber übergehen. Im übrigen gebe Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 77/187 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die gesamtschuldnerische Haftung des Veräußerers und des Erwerbers nach dem Übergang vorzusehen, und gestatte es ihnen somit, die Regel, wonach der Übergang ipso jure erfolge, mit Grundsätzen ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung in Einklang zu bringen.

(3) Ob mit dieser Entscheidung des EuGH das vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers wegen Verstoßes gegen die EG-Richtlinie hinfällig geworden ist, ist in der Folgezeit lebhaft diskutiert worden.

(a) In der Rechtsprechung ist diese Frage kontrovers entschieden. Der Senat hat die Frage im Urteil vom 18. Oktober 1990 (aaO, zu II 3 der Gründe) mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offen gelassen. Das Arbeitsgericht Hamburg (vgl. Urteil vom 14. Februar 1991, aaO) und das Landesarbeitsgericht Berlin (Urteil vom 12. Juni 1991 - 2 Sa 19/91 - LAGE Nr. 23 zu § 613 a BGB) gehen davon aus, die Einräumung eines Widerspruchsrechts stelle



jedenfalls eine günstigere Regelung im Sinne des Art. 7 der EG-Richtlinie dar und bejahen aufgrund dessen auch weiterhin ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers. Demgegenüber haben etwa die Zweite Kammer des Arbeitsgerichts Hamburg (vgl. Beschluß vom 4. April 1991 - 2 Ca 362/90 -) und das Arbeitsgericht Bamberg (Beschluß vom 7. Mai 1991 - 4 Ca 452/90 C - DB 1991, 1382) den jeweiligen Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH Fragen zum Widerspruchsrecht in bezug auf die EG-Richtlinie zur Entscheidung vorgelegt. Die Dritte Kammer des Arbeitsgerichts Hamburg und die Achte Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamburg haben im vorliegenden Rechtsstreit ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers unter Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung verneint.

(b) Die arbeitsrechtliche Literatur bietet ein ähnlich uneinheitliches Bild. Während zunächst überwiegend die Auffassung vertreten wurde, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers sei aufgrund der Entscheidung des EuGH überholt (vgl. Bauer, NZA 1990, 881 und NZA 1991, 139; Meilicke, DB 1990, 1770 und DB 1991, 1326; Berger-Delhey sowie Gaul, Anm. zu EuGH Urteil vom 5. Mai 1988, EzA § 613 a BGB Nr. 89), wird inzwischen überwiegend die Ansicht geäußert, das Urteil des EuGH zwingt das Bundesarbeitsgericht nicht zu einer Änderung seiner Rechtsprechung (vgl. Oetker, NZA 1991, 137; Hitzfeld, BB 1991, 201; Heither, NZA 1991, 136; Hommelhoff, AcP 1992, 71, 89, 90; Däubler, NZA 1991, 134; Jaeger, Betriebsrat 1990, 137, 138 f.; Joost, ZIP 1991, 220; Löw, DB 1991, 546; Moll, AnwBl. 1991, 282). Dabei wird allerdings teilweise die Meinung vertreten, das Bundesarbeitsgericht habe die Frage, ob das Widerspruchsrecht von dem Günstigkeitsvorbehalt gedeckt sei, bei näch-



ster Gelegenheit dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen. Ähnlich äußern sich Lenz/Möller, DB 1990, Beilage 15, S. 10; Peterreck, Anm. zum Urteil vom 18. Oktober 1990 - 2 AZR 172/90 - EzA § 613 a BGB Nr. 91), die immerhin an dem Fortbestand des Widerspruchsrechtes zweifeln, ohne abschließend zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

(c) Die Bundesregierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben in Stellungnahmen zu den beim EuGH anhängigen Vorlagebeschlüssen der Arbeitsgerichte Hamburg und Bamberg die Ansicht vertreten, die Einräumung eines Widerspruchsrechtes des Arbeitnehmers im Falle eines Betriebsüberganges stelle eine günstigere Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG dar.

(4) Die Anerkennung eines solchen im Wege der Auslegung des § 613 a BGB ermittelten Widerspruchsrechtes könnte mit der Richtlinie 77/187/EWG vereinbar sein (Frage 1).

(a) Sowohl die Richtlinie nach ihrer Umsetzung durch das EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I, 1308), als auch deren Auslegung durch den EuGH sind nach den Grundsätzen der richtlinienkonformen Auslegung bei der Interpretation des nationalen Rechtes zu berücksichtigen. Das folgt aus Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag, nach dem die Richtlinien der Umsetzung in das nationale Recht bedürfen, in Verbindung mit Art. 5 EWG-Vertrag. Das Bundesverfassungsgericht (vgl. Beschluß vom 8. April 1987, BVerfGE 75, 223) hat insoweit ausgeführt, da die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, ihr innerstaatliches Recht den Richtlinien anzupassen,



träfen im Regelfall die Wirkungen der Richtlinien den Marktbürger erst auf dem Weg der von dem jeweiligen Mitgliedstaat ergriffenen Vollzugsmaßnahmen; dabei seien die Richtlinien für die Auslegung der mitgliedstaatlichen Durchführungsregelung insoweit von Bedeutung, als die Gerichte entsprechend der aus Art. 5 EWG-Vertrag folgenden Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue diejenige Auslegung des nationalen Rechtes zu wählen hätten, die dem Inhalt der Richtlinie in der ihr vom EuGH gemäß Art. 177 EWG-Vertrag gegebenen Auslegung entspreche. Nur für den Fall einer nicht ordnungsgemäß, zumal nicht fristgerecht erfolgten Vollziehung von Richtlinien durch einen Mitgliedstaat habe der EuGH dem privaten Einzelnen das Recht zuerkannt, sich vor den mitgliedstaatlichen Gerichten gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht auf durch die Richtlinien auferlegte Verpflichtungen zu berufen, sofern diese klar und unbedingt seien und zu ihrer Anwendung insoweit keines Ausführungsaktes mehr bedürften.

(b) Nach dem Urteil des EuGH vom 5. Mai 1988 (aaO) läßt sich die vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 6. Februar 1980, aaO, zu III 2 a der Gründe) angedeutete, aber letztlich offen gelassene Frage, ob die Zulässigkeit des aus § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB hergeleiteten Widerspruchrechtes dem Inhalt des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie entspricht, nach Auffassung des Senats nicht ohne weiteres bejahen. Entgegen Heither (NZA 1991, 137), Däubler (aaO, 135) und Jaeger (aaO, 138) betrifft das EuGH-Urteil nicht allein Fragen der Haftung des Erwerbers auf der Rechtsfolgenseite der Richtlinie, sondern berührt auch das nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts für den Übergang eines Arbeitsverhältnisses erforderliche negative Tatbestandsmerkmal "fehlender



Widerspruch". Denn wenn der Betriebsveräußerer nach dem Zeitpunkt des Überganges von seinen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag befreit ist (vgl. den 1. Leitsatz des EuGH-Urteils vom 5. Mai 1988, aaO), ohne daß es auf Einwände der Arbeitnehmer ankäme, folgt daraus, daß auch der Übergang der Arbeitsverhältnisse selbst unabhängig von solchen Einwänden ist. Die Pflichtenbefreiung setzt nämlich denknotwendig den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber voraus (so auch Oetker, aaO, 137 f.; ihm folgend Bauer, NZA 1991, 139 f.; vgl. auch Moll, aaO, 296). Selbst wenn man insoweit eine "aufgespaltene" Widerspruchsmöglichkeit in Betracht zieht (Arbeitnehmer widerspricht dem Übergang nicht, wohl aber der Enthftung des Veräußerers, mit der Folge einer Gesamtschuld), wobei sich der EuGH ausdrücklich nur zur Frage des Widerspruchs gegen die Enthftung des Veräußerers geäußert hat, bleibt festzuhalten, daß der EuGH den vom Bundesarbeitsgericht zur Begründung eines den Übergang des Arbeitsverhältnisses hindernden Widerspruchsrechtes u.a. herangezogenen Grundsatz des aufgezwungenen Schuldnerwechsels als nicht tragend befunden hat (vgl. Erwägungsgrund 13 des Urteils vom 5. Mai 1988, aaO). Der EuGH hat ferner darauf hingewiesen, die Richtlinie bezwecke nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrages oder -verhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall, daß die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht für den Erwerber fortsetzen wollten. Falls der EuGH auch in künftigen Fällen dem Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie kein irgendwie geartetes Widerspruchsrecht entnimmt (vgl. Löw, aaO, 546 f.), hätte dies zur Folge, daß der inhaltsgleiche § 613 a Abs. 1 BGB gemäß Art. 5 EWG-Vertrag richtlinienkonform ebenso ausgelegt werden müßte. Der demnach drohende



Konflikt zwischen den Verpflichtungen zur verfassungskonformen Auslegung einerseits und zur richtlinientreuen Auslegung nationalen Rechts andererseits, müßte sich jedoch mit Hilfe des Art. 7 der Richtlinie lösen lassen (Fragen zu 2 bis 4).

(c) Die Zuerkennung eines Widerspruchsrechtes im Wege der Auslegung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB könnte wegen Art. 7 mit Art. 3 der Richtlinie 77/187/EWG vereinbar sein (Frage 2).

(aa) Die dem Arbeitnehmer mit dem Widerspruchsrecht eingeräumte zusätzliche Wahlmöglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber aufrechtzuerhalten, schmälert den von der EG-Richtlinie bezweckten Schutz bei der Nichtausübung des Widerspruchsrechtes nicht und ist daher insgesamt für ihn günstiger (vgl. LAG Berlin, Urteil vom 12. Juni 1991, aaO, zu 2.2.2 der Gründe; Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 13. Februar 1991, aaO, zu 2 c aa der Gründe; Oetker, aaO, 138; Däubler, aaO, 135; Moll, aaO, 296; Löw, aaO, 548; Debong, Die EG-Richtlinie über die Wahrung der Arbeitnehmeransprüche beim Betriebsübergang, 1988, S. 31; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 67). Der Arbeitnehmer hat ohne weiteres die Möglichkeit, durch Nichtausübung des ihm durch § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumten Widerspruchsrechtes in den vollen Genuß des Richtlinienenschutzes, umgesetzt in § 613 a BGB durch das EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980, zu gelangen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Die dem Arbeitnehmer bei der Ausübung des Widerspruchsrechtes oftmals drohende Kündigung durch den Veräußerer liegt demgegenüber außerhalb des Schutzzweckes der Richtlinie (vgl. EuGH-Urteil vom 5. Mai 1988, aaO, unter Erwägungsgrund 12; Stellungnahme der EG-Kommission, aaO, S. 5; Heither, aaO, 137). Das gemäß Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag für die Mitgliedstaaten allein verbindliche Ziel der Richtlinie ist die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers (vgl. Präambel der Richtlinie; EuGH Urteil vom 11. Juli 1985 - RS 105/84 - EuGH Slg. 1985, S. 2639 unter Erwägungsgrund 15; EuGH Urteil vom 5. Mai 1988, aaO, unter Erwägungsgrund 12). Der EuGH hat im Urteil vom 11. Juli 1985 (aaO, unter Erwägungsgrund 16) sinngemäß ausgeführt, dieser von der Richtlinie beabsichtigte Schutz komme dann nicht zum Tragen, wenn der Arbeitnehmer aus Anlaß des Betriebsüberganges kündigt oder mit dem Veräußerer oder Erwerber einen Aufhebungsvertrag schließt. Vor dem Hintergrund dieser Feststellung wäre der generelle Ausschluß eines Widerspruchsrechtes wertungsmäßig nicht nachvollziehbar, zumal dessen Ausübung - anders als eine Eigenkündigung oder ein Aufhebungsvertrag - den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht unmittelbar berührt und auch mittelbar nicht zwangsläufig eine Kündigung des Veräußerers nach sich ziehen muß (ebenso Arbeitsgericht Hamburg Urteil vom 14. Februar 1991, aaO, zu 2 c aa der Gründe; Däubler, aaO, 135; Lenz/Möller, aaO, S. 10). Selbst in diesem Fall kann sich der Arbeitnehmer ggf. noch auf den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz berufen (siehe oben zu II 2).



Entgegen Meilicke (DB 1991, 1326) hat sich der EuGH in seinem Urteil vom 5. Mai 1988 nicht mit dem Günstigkeitsvorbehalt gemäß Art. 7, sondern ausschließlich mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie befaßt. Aus seiner Entscheidung folgt lediglich, daß sich Arbeitnehmer, deren nationale Rechtsordnung ein Widerspruchsrecht unzweifelhaft nicht vorsieht (wie die niederländische in dem zugrundeliegenden Ausgangsverfahren) zur Begründung eines solchen nicht auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie berufen können. Damit ist jedoch nach Auffassung des Senats noch nichts darüber gesagt, ob eine nationale Regelung, die ein solches Widerspruchsrecht vorsieht, nicht mit Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 der Richtlinie vereinbar ist (vgl. Oetker, aaO, 138; Moll, aaO, 296; im Ansatz auch Löw, aaO, 547 und 548).

(bb) Auch der Einwand des unzulässigen Verzichts auf den Schutz der Richtlinie bei der Ausübung des Widerspruchsrechtes ändert die Annahme der Günstigkeit nicht. Zwar hat der EuGH in seinem Urteil vom 10. Februar 1988 (- RS 324/86 - EuGH Slg. 1988, S. 739) ausgeführt:

"Ein Arbeitnehmer kann selbst dann nicht auf die Rechte verzichten, die ihm auf Grund der zwingenden Vorschriften der Richtlinie 77/187/EWG zustehen, wenn die sich für ihn aus diesem Verzicht ergebenden Nachteile durch Vorteile solcher Art ausgeglichen werden, daß er insgesamt gesehen nicht schlechter gestellt ist."

Der dort zu beurteilende Verzicht war jedoch - anders als das hier zu beurteilende Widerspruchsrecht - nicht im nationalen Recht verankert. Die vorerwähnte Entscheidung berührt mithin ebenfalls nicht die durch Art. 7 der Richtlinie begründete Befug-



nis, im Rahmen der nationalen Rechtsordnung von den zwingenden Vorgaben der EG-Richtlinie 77/187 zu Gunsten des Arbeitnehmers abzuweichen (vgl. Oetker, aaO, 138; Stellungnahme der EG-Kommission, aaO, S. 9).

Das dem Arbeitnehmer günstigere Widerspruchsrecht beruht auf der Anwendung einer Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG - vgl. dazu Frage 3 - (ebenso: Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 14. Februar 1991, aaO, zu 2 c bb der Gründe; Oetker, aaO, 138; Joost, aaO, 222; Moll, aaO, 296; Löw, aaO, 548). Der gegenteiligen Ansicht des Berufungsgerichts sowie von Meilicke (DB 1991, 1327 f.) und Bauer (NZA 1991, 140) folgt der Senat nicht. Allerdings normiert § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB - ebenso wie der inhaltsgleiche Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie - ein Widerspruchsrecht nicht ausdrücklich; dieses beruht vielmehr auf einer richterlichen Auslegung der erstgenannten Vorschrift. Denn nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsprechung, kann sich bei der Auslegung und Anwendung einer nationalen Vorschrift auf den Günstigkeitsvorbehalt berufen (zutreffend Oetker, aaO, 138). Dies könnte die Auslegung des Art. 7 ergeben (Frage 4).

Allerdings hält der Senat den Wortlaut dieser Vorschrift nicht für ganz eindeutig. Unter "Rechtsvorschrift" könnten zwanglos nur ausdrückliche normative Regelungen des nationalen Gesetzgebers verstanden werden. Dafür lassen sich die Regelungen in Art. 8 der Richtlinie anführen. Dagegen spricht allerdings, daß Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag den staatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überläßt, wie eine Richtlinie in natio-



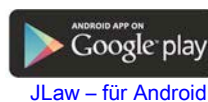
nales Recht umgesetzt wird. Dabei sind mit innerstaatlichen Stellen die Organe gemeint, die im jeweiligen Mitgliedstaat verfassungsrechtlich für die Ausführung zuständig sind, d.h. für die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 20 GG Parlament, Regierung, Verwaltung und auch die Gerichte (vgl. Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Stand Juni 1990, Art. 189 Rz 59). Allerdings ist es denkbar, daß eine Richtlinie diese Wahlfreiheit einschränkt, ohne deswegen die Rechtsnatur einer Richtlinie zu verlieren (Grabitz, aaO). Dafür, daß die Richtlinie 77/187/EWG in Art. 7 eine solche Einschränkung bei der Schaffung einer günstigeren Regelung enthält, gibt es nach Auffassung des Senats jedoch keine Anhaltspunkte. Der Begriff "Rechtsvorschrift" findet sich mehrfach im EWG-Vertrag, auf dessen Grundlage die fragliche Richtlinie erlassen worden ist. Die Präambel der Richtlinie weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Art. 100 und 117 EWG-Vertrag hin. Zu den Rechtsvorschriften im Sinne dieser Norm zählen aber auch das Gewohnheitsrecht und ungeschriebene Rechtsregeln, die sich aus der ständigen Rechtsprechung der Gerichte eines Mitgliedstaates ergeben (vgl. Groeben/Thiesing/Ellermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Art. 100 Rz 23; Grabitz, aaO, Art. 100 Rz 16 und Art. 117 Rz 6). Die Verwendung derselben Terminologie in Art. 7 deutet deshalb darauf hin, daß die von nationalen Gerichten entwickelten Rechtsregeln nicht nur Objekt der Rechtsangleichung sind, sondern daß mit ihnen auch eine Umsetzung der Richtlinien möglich ist. Darauf deutet auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie hin, deren Art. 3 Abs. 1 sich inhaltlich an § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in der Fassung vom 19. Januar 1972 orientiert hat. Dem EG-Rat dürfte bei der Schaffung der Richtlinie die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bekannt gewesen sein. Er



hat der Klassifizierung dieser Rechtsprechung als günstigere Rechtsvorschrift gleichwohl keinen Riegel vorgeschoben, weder durch einen Hinweis in der Begründung der Richtlinie, noch durch eine sprachlich präzisere Fassung des Art. 7 der Richtlinie. Offenbar sollten sämtliche staatlichen Begünstigungen zulässig sein (vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zu den Vorlagebeschlüssen des Arbeitsgerichts Hamburg, aaO, S. 6). Auch der nationale Gesetzgeber hat in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Umsetzung der Richtlinie durch das EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nicht ausgeschlossen.

Demgegenüber folgt der Senat den Überlegungen von Meilicke (DB 1991, 1327) nicht, der in der wortlautgetreuen Wiederholung des Richtlinien textes durch den Gesetzgeber in § 613 a BGB die Übernahme des gesetzgeberischen Willens des europäischen Gesetzgebers sieht, der seinerseits ein Widerspruchsrecht in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie nicht vorgesehen habe. Dabei wird nicht berücksichtigt, daß es hier nicht um die Auslegung des Art. 3 Abs. 1, sondern um diejenige des Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG geht. Der hier vertretenen Auffassung steht auch nicht das Gebot der Rechtssicherheit entgegen (so aber Meilicke, DB 1991, 1327). Die einheitliche Auslegung der Richtlinie - und dazu gehört auch der hier fragliche Art. 7 - wird nämlich durch die Möglichkeit bzw. Verpflichtung zur Anrufung des EuGH gemäß Art. 177 EWG-Vertrag gewährleistet.

(d) Der Senat hält sich gemäß Art. 177 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 Buchst. b des EWG-Vertrages zur Vorlage an den EuGH ver-



pflichtet (vgl. Löw, aaO, 548 f.; Moll, aaO, 296; Meilicke, aaO, 1328 f.; Bauer, NZA 1991, 139; wohl auch Lenz/Möller, aaO, S. 10).

(aa) Betroffen ist die Handlung eines Organs der Gemeinschaft im Sinne des Art. 177 Abs. 2 Buchst. b EWG-Vertrag. Unter dem umfassenden Begriff "Handlungen der Organe" sind nicht nur Handlungen (Urteile) des EuGH zu verstehen. Erfasst wird das gesamte sekundäre Gemeinschaftsrecht, d.h. insbesondere auch die in Art. 189 EWG-Vertrag erwähnten Rechtsakte. Handlungen eines Organs sind folglich auch Richtlinien des Rates der EG (vgl. Gröben/Thiesing/Ellermann, aaO, Art. 177 Rz 21 ff.; Grabitz, aaO, Art. 177 Rz 17 ff.). Der Senat hält deshalb die Ansicht von Hitzfeld (aaO, S. 201) für unzutreffend, eine Vorlagepflicht bestehe bereits deshalb nicht, weil der EuGH über die Auslegung des Art. 7 gar nicht entschieden habe.

(bb) Nach dem vorstehend Gesagten geht es um die Auslegung der Handlung eines Organs, nämlich des Urteils des EuGH vom 5. Mai 1988 sowie der Richtlinie 77/187/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften, und zwar in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht, dessen Entscheidung mit Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann.

(cc) Dabei sind nicht nur Auslegungsfragen im Zusammenhang mit Art. 7 der Richtlinie von Bedeutung, nämlich ob die Einräumung eines Widerspruchsrechtes günstiger ist (Frage 2), ob Art. 7 nur ausdrückliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erfasst (Frage 3) und ob speziell auch die Rechtsprechungsorgane der Mit-



gliedstaaten durch Auslegung nationaler Vorschriften günstigere Regelungen im Wege der Rechtsfortbildung ermitteln können (Frage 4). Auch die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie steht in diesem Zusammenhang in Zweifel (Frage 1), weil nach dem Urteil des EuGH vom 5. Mai 1988 nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob dieser Vorschrift die Annahme eines den Übergang des Arbeitsverhältnisses hindernden Widerspruchsrechts nach deutschem Recht entgegensteht (vgl. oben B II 4 b bb (4) (b)). Diese Frage wird in dem Moment für den Senat entscheidungserheblich, in dem der EuGH die Voraussetzungen des Art. 7 der Richtlinie verneint.

(dd) Gleichwohl wäre eine Vorlageverpflichtung zu verneinen, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt (so im Ergebnis Landesarbeitsgericht Berlin, Urteil vom 12. Juni 1991, aaO, zu 2.2.3.2 der Gründe; Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 14. Februar 1991, aaO, zu 2 d der Gründe).

Voraussetzung für eine derartige Annahme ist nach der Auffassung des EuGH (vgl. Urteil vom 6. Oktober 1982, EuGH Slg. 1982, S. 3415, 3428) die Überzeugung des innerstaatlichen Gerichts, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit besteht. Ob diese Möglichkeit besteht, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechtes und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu beurteilen.



Diese Möglichkeit ist hier entgegen der Auffassung der Revision zu verneinen. Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, daß der EuGH Art. 7 der Richtlinie 77/187/EWG noch nicht ausgelegt hat und sowohl innerhalb der nationalen Rechtsprechung als auch der Literatur unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung dieser Vorschrift sowie des Art. 3 Abs. 1 bestehen (vgl. Löw, aaO, 549). Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, bedarf es eines nicht unerheblichen Interpretationsaufwandes, um die im Gefolge des EuGH-Urteils vom 5. Mai 1988 aufgekommenen Zweifel an der Vereinbarkeit des Widerspruchsrechtes mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 der EG-Richtlinie beiseite zu räumen. Der Senat hat bisher (vgl. Urteil vom 18. Oktober 1990, aaO, zu II 3 der Gründe) unter ausdrücklichem Hinweis auf das BAG-Urteil vom 6. Februar 1980 (aaO), in welchem der Fünfte Senat die Rechtsprechung als günstigere Regelung im Sinne des Art. 7 interpretiert hatte, zum Widerspruchsrecht bemerkt, dem könnte die neuere Rechtsprechung des EuGH vom 5. Mai 1988 entgegenstehen. Mit Recht hat Löw (aaO, 549) darauf hingewiesen, die gemäß der sogenannten "acte-claire-Theorie" anerkannte Ausnahme von Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag müsse restriktiv ausgelegt werden, weil andernfalls die Zuständigkeit des EuGH ausgehöhlt und die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts gefährdet werde. Für die Richtigkeit dieser Überlegung sprechen auch die vom EuGH im Urteil vom 6. Oktober 1982 (aaO) aufgestellten engen Voraussetzungen für den Wegfall der materiellen Vorlagepflicht.

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Dr. Bensinger

Dr. Bobke-von Camen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)