

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

19. Januar 2006 (*)

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Artikel 49 EG – Freier Dienstleistungsverkehr – Unternehmen, das Arbeitnehmer beschäftigt, die Angehörige von Drittstaaten sind – Unternehmen, das Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringt – Arbeitsvisumregelung“

In der Rechtssache C-244/04

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG, eingereicht am 8. Juni 2004,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch G. Braun und E. Traversa als Bevollmächtigte,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch C.-D. Quassowski und A. Tiemann als Bevollmächtigte,

Beklagte,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann, der Richterin N. Colneric sowie der Richter J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič und E. Levits (Berichterstatter),

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,

Kanzler: R. Grass,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 15. September 2005

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat, indem sie durch ihre auf Runderlassen basierende Praxis die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind, im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung in durchgängig unverhältnismäßiger Weise einschränkt.

Rechtlicher Rahmen

- 2 Artikel 3 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L 18, S. 1) bestimmt:

„(1 Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die

Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,

festgelegt sind:

...

c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; ...

...“

- 3 Die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige eines Drittstaats sind, ist in Deutschland im Ausländergesetz in der Fassung vom 9. Januar 2002 (BGBl. 2002 I S. 361, im Folgenden: AuslG), in der Verordnung zu dessen Durchführung (im Folgenden: Durchführungsverordnung) und in einem vom Auswärtigen Amt an alle diplomatischen und berufskonsularischen Vertretungen der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Runderlass vom 15. Mai 1999 (im Folgenden: Runderlass) geregelt.
- 4 Nach den §§ 1 bis 3 AuslG bedürfen Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, für die Einreise in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und den Aufenthalt dort einer Aufenthaltsgenehmigung.
- 5 Nach § 10 AuslG benötigen Ausländer, die sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten wollen, um darin eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, eine besondere Aufenthaltsgenehmigung nach Maßgabe der Durchführungsverordnung.
- 6 Die Modalitäten der Erteilung des entsprechenden Visums sind im Runderlass geregelt, wonach die diplomatische Vertretung Deutschlands, bei der der Arbeitnehmer, der Angehörige eines Drittstaats ist, für seine Entsendung nach Deutschland ein Visum beantragt, zunächst den Antrag prüft, indem sie sich vergewissert, dass folgende Kriterien und Informationen vorliegen:
 - Beginn und Ende der Entsendung des Drittstaatsangehörigen müssen zeitlich und terminlich klar begrenzt und bestimmt sein.
 - Der Arbeitnehmer muss seit mindestens einem Jahr beim entsendenden Unternehmen beschäftigt sein.
 - Vorzulegen sind die Aufenthaltserlaubnis und gegebenenfalls die im Mitgliedstaat, in dem das entsendende Unternehmen ansässig ist, erteilte Arbeitserlaubnis, damit gewährleistet ist, dass der Betreffende nach Abschluss der Tätigkeit in Deutschland bei diesem Unternehmen weiter beschäftigt wird.
 - Der Drittstaatsangehörige muss dem staatlichen Sozialversicherungssystem des Mitgliedstaats, in dem das entsendende Unternehmen ansässig ist, oder, sofern Versicherungsfreiheit besteht, im Rahmen einer privaten Versicherung ausreichend kranken- und unfallversichert sein. Darüber hinaus muss der bestehende Versicherungsschutz auch für die beabsichtigte Tätigkeit in Deutschland Gültigkeit haben. und
 - Der Drittstaatsangehörige muss über einen Reisepass verfügen, der für die vorgesehene Aufenthaltszeit gültig ist.

Vorverfahren

- 7 Mit Mahnschreiben vom 12. Februar 1997 an die deutschen Stellen äußerte die Kommission Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Verfahrens, das von der Bundesrepublik

Deutschland bei der Entsendung von Drittstaatsarbeitnehmern durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer in ihr Hoheitsgebiet angewandt wird, mit Artikel 49 EG.

- 8 Da sie die Antwort der deutschen Stellen auf dieses Mahnschreiben nicht für stichhaltig hielt, richtete die Kommission am 7. August 1998 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik Deutschland, mit der sie sie aufforderte, ihren Verpflichtungen innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Stellungnahme nachzukommen.
- 9 Nachdem die deutsche Regierung die mit Gründen versehene Stellungnahme mit Schreiben vom 5. November 1998 beantwortet hatte, in dem sie ihren bisherigen Standpunkt im Wesentlichen aufrechterhielt, richtete die Kommission am 24. Mai 2000 und am 17. September 2001 ergänzende Auskunftsersuchen an die Bundesrepublik Deutschland. Die Kommission stellte fest, dass sich die Rechtslage in bestimmten Punkten merklich fortentwickelt habe, und beschloss, ihre Rügen auf die Unvereinbarkeit des präventiven Charakters der Kontrolle durch die diplomatischen Stellen Deutschlands und des Erfordernisses einer einjährigen Vorbeschäftigungszeit bei dem Unternehmen, das die Entsendung von Arbeitnehmern beabsichtige, mit Artikel 49 EG zu konzentrieren.
- 10 Da die Kommission die Antworten, die von der deutschen Regierung auf die ergänzenden Auskunftsersuchen insbesondere mit Schreiben vom 28. November 2001 erteilt worden waren, nicht für ausreichend hielt, um ihre verbleibenden Bedenken auszuräumen, beschloss sie, die vorliegende Klage einzureichen.

Zur Klage

Vorbringen der Parteien

- 11 Die Kommission macht geltend, die deutschen Behörden benachteiligten durch ihre Praxis, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Dienstleistungserbringer für eine Entsendung ihrer Mitarbeiter aus Drittstaaten besonderen Erfordernissen zu unterwerfen, diese Dienstleistungserbringer gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Wettbewerbern, die ihr Personal ungehindert einsetzen könnten, um dort eine Dienstleistung zu erbringen.
- 12 Derartige Beschränkungen seien nach Artikel 49 EG verboten, sofern sie nicht aufgrund von Artikel 46 EG in Verbindung mit Artikel 55 EG – im Fall diskriminierender Beschränkungen – oder aufgrund in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelter anderer zwingender Gründe des Allgemeininteresses – im Fall nicht diskriminierender Beschränkungen – gerechtfertigt seien.
- 13 Im vorliegenden Fall stellten sowohl die Praxis, die in der vor der Entsendung stattfindenden Prüfung bestimmter Kriterien bestehe, als auch die Beschränkung der Entsendung auf Arbeitnehmer, die seit mindestens einem Jahr bei dem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, das die Dienstleistungen erbringe, beschäftigt seien, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, die nach den in der vorstehenden Randnummer angeführten Bestimmungen nicht zu rechtfertigen sei.
- 14 Was erstens das Erfordernis einer der Entsendung vorausgehenden Kontrolle angehe, so sei zwar nicht zu beanstanden, dass die entsandten Arbeitnehmer, die Angehörige von Drittstaaten seien, einer Kontrolle nach den vom Gerichtshof im Urteil vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93 (Vander Elst, Slg. 1994, I-3803) aufgestellten Kriterien unterzogen würden, wohl aber, dass diese Kontrolle vor der Entsendung der Arbeitnehmer nach Deutschland vorgenommen werde.
- 15 Eine nach der Entsendung erfolgende Kontrolle wäre nämlich ebenso wirksam, um den deutschen Behörden zu ermöglichen, sich zu vergewissern, dass die Arbeitnehmer in den Herkunftsmitgliedstaat zurückgekehrt seien, sie wäre jedoch weniger einschneidend als die jetzige Maßnahme einer präventiven Kontrolle.
- 16 Zweitens stelle es eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, dass ein Unternehmen nur seit mindestens einem Jahr bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer aus Drittstaaten entsenden dürfe.

- 17 Zum einen reflektiere diese Beschränkung des Entsenderechts keinesfalls die vom Gerichtshof im Urteil Vander Elst aufgestellten Kriterien und mache das Recht neu gegründeter Unternehmen auf Inanspruchnahme des freien Dienstleistungsverkehrs illusorisch.
- 18 Hinsichtlich der Rechtfertigung dieses zweiten Erfordernisses weist die Kommission zum anderen darauf hin, dass der Gerichtshof im Urteil vom 21. Oktober 2004 in der Rechtssache C-445/03 (Kommission/Luxemburg, Slg. 2004, I-10191) den seiner Natur nach wirtschaftlichen Grund des Schutzes des inländischen Arbeitsmarktes ausdrücklich zurückgewiesen habe, da der entsandte Arbeitnehmer keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats begehre, in dem die Dienstleistung zu erbringen sei.
- 19 Die deutsche Regierung hält es erstens für fraglich, dass das gegenwärtige Verfahren, nach dem ein Arbeitnehmer, der Drittstaatsangehöriger sei, für eine Entsendung nach Deutschland ein „Vander-Elst-Visum“ benötige, um in Deutschland arbeiten zu können, zu einer nennenswerten Beschränkung führe.
- 20 Denn dieses Verfahren entspreche den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, wie sie sich insbesondere aus der auf das Urteil Vander Elst zurückgehenden Rechtsprechung ergäben, und betreffe nur wenige Fälle, nämlich zum einen die entsandter Arbeitnehmer, die nicht über ein Schengen-Visum verfügten, und zum anderen die Fälle von Drittstaatsangehörigen, die zwar über einen von einem Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitel verfügten, jedoch für einen längeren Zeitraum als drei Monate in das deutsche Hoheitsgebiet entsandt seien. Außerdem sei der für die Erteilung eines „Vander-Elst-Visums“ zuständigen Behörde kein Ermessen eingeräumt, so dass diese Erteilung quasi automatisch und innerhalb äußerst kurzer Zeit erfolge.
- 21 Zweitens sei die Begründetheit der Rügen der Kommission selbst dann zu verneinen, wenn eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegen sollte.
- 22 Was das Erfordernis einer der Entsendung vorausgehenden Kontrolle angehe, so solle mit einem solchen Verfahren nur überprüft werden, dass dem Dienstleistenden das Privileg der Dienstleistungsfreiheit für die Entsendung zustehe. Hierdurch könne verhindert werden, dass bei der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen Anforderungen des Gemeinschafts- und des nationalen Rechts umgangen würden.
- 23 Es handele sich somit um eine geeignete und erforderliche Maßnahme, da die Drittstaatsangehörigen allein durch Vorlage eines Reisepasses oder eines bloßen Einreisevisums für das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats nicht nachweisen könnten, dass sie in dem Mitgliedstaat, in dem ihr Arbeitgeber ansässig sei, ordnungsgemäß beschäftigt seien.
- 24 Auch sei eine nachträgliche, anlässlich der Meldung bei den Meldebehörden erfolgende Kontrolle nicht so wirksam. Diese Meldepflicht beziehe sich nämlich zum einen auf die Wohnsitznahme, die entsandte Arbeitnehmer gar nicht anstrebten, und falle zum anderen in die Zuständigkeit der Länder, die aber für die Einreise von Ausländern nach und deren Aufenthalt in Deutschland nicht zuständig seien. Daher würde eine im Stadium der Meldung stattfindende nachträgliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Entsendung zu Rechtsunsicherheit für das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige entsendende Unternehmen führen, da es vor der Entsendung seiner Arbeitnehmer nach Deutschland nicht wüsste, ob sich diese bis zum Abschluss der Dienstleistungserbringung, für die sie entsandt worden seien, dort aufhalten dürften.
- 25 Im Gegensatz zur Kommission hält die deutsche Regierung das genannte Urteil Kommission/Luxemburg nicht für einschlägig zur Beurteilung der Praxis in Deutschland, die Gegenstand der Klage sei. Im vorliegenden Fall gehe es nämlich nicht um eine Arbeitserlaubnis im Sinne der luxemburgischen Rechtsvorschriften, sondern nur um ein Visum, mit dem die Prüfung bestimmter zusätzlicher Kriterien verbunden sei. Auch sei in jener Rechtssache die Erteilung der Arbeitserlaubnis von der Beurteilung von Lage, Entwicklung und Organisation des Arbeitsmarktes durch die zuständige Verwaltung abhängig gewesen. So verhalte es sich im vorliegenden Fall jedoch nicht, da sich die Praxis der deutschen Behörden ausschließlich auf Erfordernisse des Allgemeininteresses gründe.

- 26 Bei dem Erfordernis eines mindestens ein Jahr vor der Entsendung geschlossenen Arbeitsvertrags handele es sich um eine Umsetzung der vom Gerichtshof im Urteil Vander Elst aufgestellten Voraussetzung einer ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung.
- 27 Diese Voraussetzung stelle ein geeignetes und wirksames Mittel zur Erreichung verschiedener im Allgemeininteresse liegender Ziele dar. Zum einen trage sie zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer bei, indem sie die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen daran hindere, Personal ausschließlich zum Zweck der Entsendung einzustellen. Zum anderen ermögliche sie es den Mitgliedstaaten, beim Zugang von Drittstaatsangehörigen zu ihrem Arbeitsmarkt ihre entsprechenden Kontrollrechte zu wahren.
- 28 Insoweit sei die vom Gerichtshof im Urteil Kommission/Luxemburg herangezogene Lösung auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Denn in jener Rechtssache sei es die kumulative Wirkung der verschiedenen Anforderungen der luxemburgischen Regelung gewesen, die das gesamte Verfahren im Hinblick auf die mit dieser Regelung verfolgten Ziele unverhältnismäßig gemacht habe.
- 29 In diesem Zusammenhang erklärt sich die deutsche Regierung bereit, die Dauer der vor einer Entsendung erforderlichen Vorbeschäftigungszeit auf sechs Monate zu verringern.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 30 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Artikel 49 EG-Vertrag nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. u. a. Urteil vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99, Portugaia Construções, Slg. 2002, I-787, Randnr. 16).
- 31 Eine in einem Bereich, der nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene ist, getroffene nationale Regelung, die unterschiedslos für alle im betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, kann jedoch trotz ihrer den freien Dienstleistungsverkehr beschränkenden Wirkung gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht und dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und sofern sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (vgl. Urteile vom 23. November 1999 in den Rechtssachen C-369/96 und C-376/96, Arblade u. a., Slg. 1999, I-8453, Randnrn. 34 und 35, sowie Portugaia Construções, Randnr. 19).
- 32 Da der Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige eines Drittstaats sind, im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung bisher nicht auf Gemeinschaftsebene harmonisiert worden ist, ist die Vereinbarkeit der nach der Praxis der deutschen Behörden geltenden Anforderungen mit Artikel 49 EG an den in den beiden vorstehenden Randnummern in Erinnerung gerufenen Grundsätzen zu messen.

Zum präventiven Charakter der Kontrolle der Beachtung der nach der Praxis der deutschen Behörden geltenden Anforderungen
- 33 Zunächst nimmt es der Praxis der deutschen Behörden im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten nicht ihren den Dienstleistungsverkehr beschränkenden Charakter, dass sie nur einen beschränkten Personenkreis betrifft, dass das Verfahren der Erteilung eines „Vander-Elst-Visums“ höchstens sieben Tage dauert und dass der zuständigen Behörde hinsichtlich der Erteilung dieses Visums kein Ermessen eingeräumt ist.
- 34 Der Gerichtshof hat nämlich zur Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige eines Drittstaats sind, durch ein in der Gemeinschaft ansässiges Dienstleistungsunternehmen bereits entschieden, dass eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung der

Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Artikel 49 EG darstellt (vgl. Urteile Vander Elst, Randnr. 15, und Kommission/Luxemburg, Randnr. 24).

- 35 Zwar sind, wie die deutsche Regierung geltend macht, die administrativen und finanziellen Belastungen, die mit einer vorhergehenden Kontrolle, wie sie im Rahmen der Praxis der deutschen Behörden durchgeführt wird, verbunden sind, nicht von der gleichen Art wie die Belastungen, die vom Gerichtshof im Urteil Kommission/Luxemburg geprüft worden sind, doch ist ein solches Verfahren trotzdem geeignet, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit mittels entsandter Arbeitnehmer, die Drittstaatsangehörige sind, zu erschweren oder ganz unmöglich zu machen, und zwar insbesondere dann, wenn eine zügige Erbringung der betreffenden Dienstleistung geboten ist.
- 36 Es ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt hat, zu kontrollieren, ob die nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Erbringung von Dienstleistungen beachtet worden sind. Ebenso hat er die Berechtigung von Kontrollmaßnahmen anerkannt, die erforderlich sind, um die Beachtung von Anforderungen zu überprüfen, die selbst durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind (Urteil Arblade u. a., Randnr. 38). In Randnummer 17 des Urteils vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417) hat der Gerichtshof jedoch auch festgestellt, dass diese Kontrollen die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen beachten müssen und die Dienstleistungsfreiheit nicht illusorisch machen dürfen.
- 37 Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, die sich aus der Praxis der deutschen Behörden ergeben, durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt sind und ob sie gegebenenfalls erforderlich sind, um dieses Ziel effektiv und mit den geeigneten Mitteln zu verfolgen (vgl. Urteile vom 25. Oktober 2001 in den Rechtssachen C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Finalarte u. a., Slg. 2001, I-7831, Randnr. 37, und Kommission/Luxemburg, Randnr. 26).
- 38 Im vorliegenden Fall werden von der deutschen Regierung Gründe angeführt, die sich auf die Verhinderung von Umgehungen des freien Dienstleistungsverkehrs, auf den Schutz der Arbeitnehmer und auf die Rechtssicherheit beziehen.
- 39 Erstens beruft sich die deutsche Regierung auf die Notwendigkeit, zu überprüfen, ob ein Dienstleistungserbringer, der in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässig sei, die Dienstleistungsfreiheit nicht zu einem anderen Zweck als dem nutze, zu dem sie eingeführt worden sei, etwa dazu, sein Personal kommen zu lassen, um es auf dem nationalen Arbeitsmarkt zu vermitteln. Dabei geht sie davon aus, dass die Kontrollen insoweit gerechtfertigt seien, als mit ihnen die Umsetzung eines gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisses bezweckt werde, nämlich zu prüfen, ob die betreffenden Arbeitnehmer vor ihrer Entsendung nach Deutschland im Sinne des Urteils Vander Elst „ordnungsgemäß und dauerhaft“ in dem Mitgliedstaat beschäftigt gewesen seien, in dem der Leistungserbringer ansässig sei.
- 40 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass ein Mitgliedstaat kontrollieren darf, ob ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das Arbeitnehmer, die Angehörige eines Drittstaats sind, in ihn entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt (Urteile Rush Portuguesa, Randnr. 17, und Kommission/Luxemburg, Randnr. 39).
- 41 Wie jedoch der Generalanwalt in Nummer 27 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, böte eine Verpflichtung des Dienstleistungsunternehmens, eine einfache vorherige Erklärung dahin gehend abzugeben, dass der Aufenthalt, die Arbeiterlaubnis und die soziale Absicherung der betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von diesem Unternehmen beschäftigt werden, ordnungsgemäß sind, den nationalen Behörden auf weniger einschneidende Art und Weise als die Kontrolle vor der Entsendung, aber genauso wirksam die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 46). Eine solche Verpflichtung würde es den nationalen Behörden ermöglichen, diese Angaben nachträglich zu überprüfen und die im Fall einer rechtswidrigen Beschäftigung dieser Arbeitnehmer gebotenen Maßnahmen zu ergreifen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung könnte auch die einfache Übersendung der

erforderlichen Schriftstücke verlangt werden, insbesondere wenn die Dauer der Entsendung keine wirksame Vornahme einer solchen Kontrolle zulässt.

- 42 Mithin geht die der Entsendung vorausgehende Kontrolle, die sich aus der Praxis der deutschen Behörden ergibt, über das hinaus, was zur Verhinderung der Missbräuche erforderlich ist, zu denen es bei der Durchführung des freien Dienstleistungsverkehrs kommen kann.
- 43 Zweitens macht die deutsche Regierung zur Rechtfertigung der Praxis einer der Entsendung vorausgehenden Kontrolle Gründe des Schutzes der Arbeitnehmer geltend.
- 44 In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof zwar entschieden, dass zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, auch der Schutz der Arbeitnehmer gehört (Urteil Arblade u. a., Randnr. 36), doch verwehrt das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten weder, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbstständige Tätigkeit ausüben – unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist –, noch verbietet es ihnen, die Einhaltung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen, wenn sich herausstellt, dass der durch sie gewährte Schutz nicht durch entsprechende oder im Wesentlichen vergleichbare Verpflichtungen gewährleistet wird, denen das Unternehmen bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt (Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 29).
- 45 Würde jedoch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Dienstleistungsunternehmen parallel zu der Verpflichtung nach Randnummer 41 des vorliegenden Urteils verpflichtet, den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die die Entsendung rechtfertigende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, so wäre dies ein angemesseneres, weil weniger einschneidendes, aber genauso wirksames Mittel als die der fraglichen Entsendung vorausgehende Kontrolle. Dadurch würde es den örtlichen Behörden ermöglicht, die Einhaltung der deutschen Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Vorschriften auf diesem Gebiet unterliegt (Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 31).
- 46 Es ist somit festzustellen, dass die der Entsendung vorausgehende Kontrolle über das zur Verfolgung des Zieles des Schutzes der Arbeitnehmer Erforderliche hinausgeht.
- 47 Drittens macht die deutsche Regierung geltend, dass eine der Entsendung vorausgehende Kontrolle den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungsunternehmen die Garantie gebe, dass die Entsendung rechtmäßig erfolge, und ihnen die Gewissheit verschaffe, dass sie für die gesamte Dauer der Dienstleistung über ihr gesamtes Personal verfügen könnten.
- 48 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigende Kontrollmaßnahmen mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen können, sofern dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist (Urteil Portugaia Construções, Randnr. 19).
- 49 Sicher haben sowohl der Aufnahmemitgliedstaat als auch das Dienstleistungsunternehmen ein Interesse daran, sich vor der Entsendung Gewissheit darüber zu verschaffen, dass die Arbeitnehmer, die Angehörige eines Drittstaats sind, unter rechtmäßigen Bedingungen entsandt werden.
- 50 Wie der Generalanwalt in Nummer 28 seiner Schlussanträge festgestellt hat, tragen jedoch die Unternehmen, die diese Rechtsvorschriften nicht beachten, die Verantwortung für eine unter rechtswidrigen Bedingungen erfolgte Entsendung.
- 51 Daher lässt sich die vorherige Kontrollmaßnahme, wie sie sich aus der Praxis der deutschen Behörden bei der Entsendung von Arbeitnehmern, die Drittstaatsangehörige sind, ergibt, nicht mit der Notwendigkeit rechtfertigen, Gewissheit darüber zu erlangen, dass diese

Entsendung rechtmäßig erfolgt, und stellt daher im Hinblick auf die von der Bundesrepublik Deutschland verfolgten Ziele ein unverhältnismäßiges Mittel dar.

Zum Erfordernis einer mindestens einjährigen Vorbeschäftigungszeit bei dem entsendenden Unternehmen

- 52 Die deutsche Regierung führt aus, mit dem Erfordernis einer mindestens einjährigen Vorbeschäftigungszeit bei dem entsendenden Unternehmen werde die auf das Urteil Vander Elst zurückgehende Rechtsprechung umgesetzt, in dem der Gerichtshof den Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt habe, zu überprüfen, ob die entsandten Arbeitnehmer, die Drittstaatsangehörige seien, über eine ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung in dem Mitgliedstaat verfügten, in dem ihr Arbeitgeber ansässig sei.
- 53 Ein solches Erfordernis stellt unstreitig eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Diese Bedingung ist nämlich für Unternehmen, die in Sektoren tätig sind, die durch häufige Verwendung kurzfristiger oder projektbezogener Verträge gekennzeichnet sind, oder für neu gegründete Unternehmen besonders nachteilig (vgl. Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 44).
- 54 Die deutsche Regierung trägt vor, dieses Erfordernis stelle ein geeignetes und effizientes Mittel dar, um die Wirksamkeit der nationalen und der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Schutzes der Arbeitnehmer zu überwachen, um die Rechte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Kontrolle des Zugangs zum inländischen Arbeitsmarkt zu wahren und um Fällen von Sozialdumping vorzubeugen.
- 55 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bundesrepublik Deutschland nicht auf die vom Gerichtshof in Randnummer 26 des Urteils Vander Elst verwendete Formulierung stützen kann, wenn sie geltend macht, dass aufgrund eines solchen Erfordernisses der Vorbeschäftigung kontrolliert werden könne, ob der entsandte Arbeitnehmer, der Angehöriger eines Drittstaats ist, über eine ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung in dem Mitgliedstaat verfüge, in dem sein Arbeitgeber ansässig sei. Wie nämlich der Generalanwalt in Nummer 38 seiner Schlussanträge festgestellt hat, ist diese Formulierung im Kontext der Frage zu sehen, die das nationale Gericht in der Rechtssache Vander Elst vorgelegt hatte. Hierbei ist zu beachten, dass der Gerichtshof den Begriff der „ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung“ nicht mit der Bedingung eines Wohnsitzes oder einer Beschäftigung im Staat der Niederlassung des Dienstleistungsunternehmens von bestimmter Dauer versehen hat.
- 56 Zu prüfen ist jedoch, ob das Erfordernis einer mindestens einjährigen Vorbeschäftigungszeit beim entsendenden Unternehmen eine geeignete Maßnahme darstellt, um die von der Bundesrepublik Deutschland genannten Ziele zu erreichen.
- 57 Im vorliegenden Fall werden als Gründe der Schutz der Arbeitnehmer, die Wahrung der Rechte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Zugangs zu ihrem Arbeitsmarkt und die Verhinderung von Sozialdumping geltend gemacht.
- 58 Dazu ist festzustellen, dass entgegen der Auffassung der deutschen Regierung der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass Rechtsvorschriften, die die Voraussetzung einer Vorbeschäftigungszeit von nur sechs Monaten aufstellen, über das hinausgehen, was im Namen des Zieles der sozialen Sicherheit der Arbeitnehmer, die Angehörige eines Drittstaats sind, verlangt werden kann (Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 33).
- 59 Des Weiteren ist hinsichtlich der Wahrung der Rechte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Zugangs zu ihrem Arbeitsmarkt daran zu erinnern, dass die entsandten Arbeitnehmer keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats verlangen (vgl. Urteile Rush Portuguesa, Randnr. 15, Vander Elst, Randnr. 21, Finalarte u. a., Randnr. 22, sowie Kommission/Luxemburg, Randnr. 38).
- 60 Außerdem ist bereits entschieden worden, dass eine solche Voraussetzung im Hinblick auf das Ziel, sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer nach der Entsendung in den Herkunftsmitgliedstaat zurückkehren, unverhältnismäßig ist (Urteil Kommission/Luxemburg, Randnr. 45).

- 61 Was schließlich den Rechtfertigungsgrund der Verhinderung von Sozialdumping betrifft, so hat der Gerichtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge über Mindestlöhne auf alle Personen erstrecken können, die, sei es auch nur vorübergehend, in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden (Urteil Arblade, Randnr. 41). Diese Befugnis wird auch in Artikel 3 der Richtlinie 96/71 anerkannt.
- 62 Insoweit würde die in den Randnummern 41 und 45 des vorliegenden Urteils genannte vorherige Erklärung, ergänzt durch die maßgeblichen Angaben zum Arbeitsentgelt und zu den Beschäftigungsbedingungen, eine den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschränkende Maßnahme darstellen, zugleich aber den örtlichen Behörden ermöglichen, sich zu vergewissern, dass die entsandten Arbeitnehmer keiner weniger günstigen Regelung als der im Entsendemitgliedstaat geltenden unterliegen.
- 63 Folglich ist das Erfordernis einer mindestens einjährigen Vorbeschäftigungszeit bei dem entsendenden Unternehmen als im Hinblick auf die Erreichung der von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Ziele unverhältnismäßig anzusehen.
- 64 Mithin ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat, indem sie sich nicht darauf beschränkt, die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind und in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen sollen, von der vorherigen Abgabe einer einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, das die Entsendung dieser Arbeitnehmer plant, abhängig zu machen, und indem sie verlangt, dass diese Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei diesem Unternehmen beschäftigt sind.

Kosten

- 65 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem entsprechenden Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen, indem sie sich nicht darauf beschränkt, die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind und in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen sollen, von der vorherigen Abgabe einer einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, das die Entsendung dieser Arbeitnehmer plant, abhängig zu machen, und indem sie verlangt, dass diese Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei diesem Unternehmen beschäftigt sind.**
- 2. Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.**

Unterschriften.

⌘ Verfahrenssprache: Deutsch.