SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER vom 23. Februar 2006 [1]

1. Mit der vorliegenden Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat, indem sie die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen davon abhängig macht, dass dieses Unternehmen ein als „EU-Entsendebestätigung" bezeichnetes Dokument erhalten hat, das die zuständigen österreichischen Behörden nur bei Erfüllung zweier Voraussetzungen erteilen, deren eine die Dauer des Bestehens und den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse zwischen dem Unternehmen und diesen Arbeitnehmern betrifft und deren andere darin besteht, dass Letztere für die Dauer ihrer künftigen Entsendung systematisch der im österreichischen Staatsgebiet geltenden Beschäftigungsregelung unterworfen werden. Daneben beantragt die Kommission, festzustellen, dass dieser Mitgliedstaat gegen die genannten Verpflichtungen dadurch verstoßen hat, dass er die Erteilung von Einreise- und Aufenthaltstiteln an Angehörige eines Drittstaats, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen entsandt worden sind, verbietet, wenn die Betreffenden ohne Sichtvermerk eingereist sind.

2. Während der erste im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Klagegrund etwa vergleichbar ist mit denjenigen, die vom Gerichtshof in den Urteilen Kommission/Luxemburg vom 21. Oktober 2004 [2] und Kommission/Deutschland vom 19. Januar 2006 [3] geprüft worden sind, ist der zweite Klagegrund neu, auch wenn er einige Gemeinsamkeiten mit dem in der letztgenannten Rechtssache geltend gemachten Klagegrund aufweist. Mit diesem zweiten Klagegrund ersucht die Kommission den Gerichtshof um Prüfung der Frage, ob eine nationale Regelung, die bezweckt, die Beachtung der Vorschriften über die Kontrolle der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats sicherzustellen, mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar ist.

I — Nationales Recht

3. In Österreich ist die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Rechtssache C-445/03 (Slg. 2004, I-10191).

3 — Rechtssache C-244/04 (Slg. 2006, I-885).

einem anderen Staat ansässiges Unternehmen im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) [4] sowie im Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) [5] geregelt.

4. § 18 Absatz 1 AuslBG stellt den Grundsatz auf, dass die Entsendung von Ausländern in das österreichische Staatsgebiet durch ein Unternehmen, das seinen Betriebssitz nicht in Österreich hat, von einer vorherigen Bewilligung abhängig ist. Mehrere Ausnahmen von diesem Grundsatz sind zugunsten bestimmter Unternehmen oder Tätigkeiten vorgesehen.

5. Zu diesen Ausnahmen zählt die des § 18 Absatz 12 AuslBG (in der seit dem 1. Januar 1998 geltenden Neufassung), der die Entsendung von Drittstaatsangehörigen durch ein ausländisches Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung im österreichischen Staatsgebiet regelt. Dieser Vorgang unterliegt einem besonderen Verfahren der so genannten EU-Entsendebestätigung und nicht dem für die Entsendung von Ausländern geltenden allgemeinen Verfahren, das, wie wir gesehen haben, ein Genehmigungsverfahren ist.

6. Das Verfahren der EU-Entsendebestätigung, um das es bei der vorliegenden Klage geht, läuft wie folgt ab.

7. Zunächst hat das in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich ansässige Unternehmen, das eine Entsendung vornehmen will, dieses Vorhaben der zuständigen nationalen Stelle, nämlich der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, vorher anzuzeigen.

8. Sodann hat diese Geschäftsstelle dem betreffenden Unternehmen ein als „EU-Entsendebestätigung" bezeichnetes Dokument auszustellen, das als Bestätigung der Anzeige beschrieben wird. Die Erteilung dieses Dokuments innerhalb von sechs Wochen nach Eingang der genannten Anzeige ist von der Erfüllung zweier Voraussetzungen abhängig. Diese in § 18 Absatz 13 AuslBG aufgeführten Voraussetzungen sind Folgende.

9. Erstens ist erforderlich, dass „der Ausländer im Staat des Betriebssitzes ordnungsgemäß und dauerhaft seit mindestens einem Jahr in einem direkten Arbeitsverhältnis zum entsendenden Arbeitgeber steht oder mit diesem einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat und über die entsprechenden Bewilligungen des Entsendestaates für die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen verfügt".

4 — BGBl. 218/1975.
5 — BGBl. 459/1993.

10. Zweitens sind die betreffenden Arbeitnehmer für die Dauer ihrer künftigen Entsendung den Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nach österreichischem Recht zu unterwerfen.

11. Außer diesen mit dem Verfahren der EU-Entsendebestätigung zusammenhängenden Anforderungen hat das in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums ansässige Unternehmen, das seine Arbeitnehmer nach Österreich entsenden will, dies nach § 7b Absätze 3 und 9 AVRAG der dem Bundesministerium für Finanzen unterstehenden Zentralen Koordinierungsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung zu melden; andernfalls kann eine Geldstrafe gegen das Unternehmen verhängt werden. Diese Meldung, die zu der im Rahmen des Verfahrens der EU-Entsendebestätigung an eine andere Dienststelle gerichteten hinzutritt, ist grundsätzlich spätestens eine Woche vor Aufnahme der Arbeit im Rahmen der Entsendung zu machen. Sie muss eine Reihe von Angaben über die an der Entsendung beteiligten Personen sowie über die Modalitäten der Entsendung enthalten [6]. Diese Meldung ist vom Adressaten sodann an verschiedene Träger der sozialen Sicherheit sowie an die Arbeitsinspektion weiterzugeben.

12. Überdies müssen Angehörige von Drittstaaten, insbesondere diejenigen, die in Österreich erwerbstätig sind, ohne dort zu wohnen, nach dem Fremdengesetz (FrG) [7] Inhaber eines Einreise- und eines Aufenthaltstitels sein, sofern nicht eine zwischenstaatliche Vereinbarung etwas anderes bestimmt [8].

13. § 10 Absatz 1 Z 3 FrG bestimmt: „Die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels ist zu versagen, wenn ... der Aufenthaltstitel [außer für bestimmte Personalkategorien] nach sichtvermerksfreier Einreise ... erteilt werden soll." Damit steht diese Bestimmung der Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels an einen Drittstaatsangehörigen, der von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen entsandt worden ist, dann entgegen, wenn der Betreffende in das österreichische Staatsgebiet eingereist ist, ohne zuvor den erforderlichen Sichtvermerk erhalten zu haben. Anders gesagt: Ist der Betreffende illegal in das Staatsgebiet eingereist, ohne zuvor für diese Einreise und den anschließenden Aufenthalt eine Erlaubnis erhalten zu haben, kann seine Situation nicht mehr an Ort und Stelle durch Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels regularisiert werden.

II — Vorverfahren

14. Nach einem Schriftwechsel mit der Republik Österreich und dem Eingang einer

6 — Diese in § 7b Absatz 4 AVRAG aufgeführten Angaben sind Folgende: 1. Name und Anschrift des Arbeitgebers, 2. Name des Beauftragten, 3. Name und Anschrift des inländischen Auftraggebers, 4. die Namen, Geburtsdaten und Sozialversicherungsnummern der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer, 5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung in Österreich, 6. die Höhe des dem einzelnen Arbeitgeber gebührenden Entgelts, 7. Ort der Beschäftigung in Österreich, 8. sofern es sich um Bauarbeiten handelt, die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers.

7 — BGBl. I, 75/1997.

8 — Vgl. § 2 Absatz 1 in Verbindung mit §§ 5 Absätze 1 und 2 sowie 7 Absatz 4 Z 4 FrG.

Beschwerde forderte die Kommission diesen Mitgliedstaat mit Schreiben vom 14. Juli 1997 und 2. Juli 1998 [9] zur Äußerung auf, da sie der Auffassung war, dass Österreich gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen habe.

15. Da die Antwort der Republik Österreich sie nicht überzeugte, richtete die Kommission an diese mit Schreiben vom 5. April 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, mit der sie sie aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um ihren Verpflichtungen aus Artikel 49 EG binnen zwei Monaten nach Eingang dieses Schreibens nachzukommen.

16. Die österreichischen Behörden wiesen darauf hin, dass sie nicht beabsichtigten, die fragliche nationale Regelung zu ändern; daraufhin hat die Kommission mit am 5. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangener Klageschrift die vorliegende Klage eingereicht.

17. Nachdem das Königreich der Niederlande durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 26. Oktober 2004 als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Republik Österreich zugelassen worden ist, hat es seinen Streithilfeantrag mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 zurückgenommen, so dass es durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 4. Februar 2005 als Streithelfer gestrichen worden ist.

III — Die Klage

18. Die Kommission stützt ihre Klage, wie gesagt, auf zwei Gründe, die sich zum einen auf das Verfahren der EU-Entsendebestätigung und zum anderen darauf beziehen, dass es einem entsandten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer nicht möglich sei, seine Situation hinsichtlich seiner Einreise in das österreichische Staatsgebiet und seines dortigen Aufenthalts an Ort und Stelle zu regularisieren. Ich werde diese beiden Klagegründe nacheinander prüfen.

A — *Zum ersten Klagegrund hinsichtlich des Verfahrens der EU-Entsendebestätigung*

1. Vorbringen der Beteiligten

19. Mit ihrem ersten Klagegrund wirft die Kommission der Republik Österreich vor, dadurch gegen Artikel 49 EG verstoßen zu haben, dass sie die Entsendung drittstaats-

9 — Das zweite Schreiben — vom 2. Juli 1998 — berücksichtigt die am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Änderungen des AuslBG, mit denen (wie ich bereits in Nr. 5 dieser Schlussanträge ausgeführt habe) in Bezug auf Drittstaatsangehörige, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich ansässigen Unternehmen entsandt werden, das „Bewilligungsverfahren" durch das Verfahren der „EU-Entsendebestätigung" ersetzt worden ist.

angehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen davon abhängig macht, dass dieses eine EU-Entsendebestätigung erhalten hat, deren Erteilung zum einen voraussetzt, dass die betreffenden Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr in einem Arbeitsverhältnis zu diesem Unternehmen stehen oder mit ihm einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen haben, und zum anderen, dass sie für die Dauer der künftigen Entsendung der in Österreich geltenden Lohn- und Beschäftigungsregelung unterworfen werden.

20. Zur Stützung dieses Klagegrundes macht die Kommission geltend, entgegen der Behauptung der österreichischen Regierung habe das Verfahren der EU-Entsendebestätigung keinen rein deklaratorischen Charakter, sondern es führe zu einer echten Genehmigungsentscheidung, deren Erlass von der Erfüllung verschiedener Voraussetzungen abhänge. Dieses Genehmigungserfordernis bewirke eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, da es angesichts des Verwaltungsaufwands, der Kosten und der Fristen, die sich aus ihm ergäben, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen davon abhalte, ihre Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen nach Österreich zu entsenden.

21. Diese Beschränkung stehe unabhängig davon, ob sie diskriminierend sei [10], jedenfalls außer Verhältnis zu den Zielen des Schutzes der Arbeitnehmer und der Verhinderung von Missbräuchen, die mit der Zwangseinführung der EU-Entsendebestätigung und den damit verbundenen Voraussetzungen und Anforderungen angeblich verfolgt würden.

22. Das Erfordernis der Beachtung der in Österreich vorgesehenen Lohn- und Beschäftigungsbedingungen sei überflüssig, da es bereits bei der Kontrolle berücksichtigt werde, die mit dem AVRAG zum Zweck der Durchführung 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 [11] im fraglichen Bereich eingeführt worden sei.

23. Das zusätzliche Erfordernis der Dauerhaftigkeit der Arbeitsverhältnisse zwischen dem betreffenden Unternehmen und den vom Entsendevorhaben erfassten Arbeitnehmern mache nicht nur die Möglichkeit einer Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer in bestimmten Sektoren illusorisch, sondern benachteilige diese Arbeitnehmer auch eher, als dass es sie schütze.

24. Die Republik Österreich räumt zwar ein, dass das Verfahren der EU-Entsendebestäti-

10 — Wie die Kommission in Randnr. 35 der Klageschrift hervorgehoben hat, lässt sie bei ihrer Herangehensweise außer Betracht, ob die fragliche nationale Regelung möglicherweise auch diskriminierend ist.

11 — ABl. 1997, L 18, S. 1.

gung geeignet sei, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken, stellt jedoch in Abrede, dass diese Maßnahme zu dem von ihr verfolgten Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer außer Verhältnis stehe. Dieses Verfahren, das ein Anzeigeverfahren sei, entspreche nicht nur nicht dem Verfahren nach dem AVRAG, das keine Kontrolle der Einhaltung der Lohn- und Beschäftigungsbedingungen vorsehe, sondern stehe auch in vollem Einklang mit dem Urteil Vander Elst des Gerichtshofes vom 9. August 1994 [12], wonach die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer, die keinem Genehmigungserfordernis unterliege, nur erfolgen dürfe, wenn diese Arbeitnehmer bei Dienstleistungen erbringenden Unternehmen ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt seien.

2. Würdigung

25. Meiner Ansicht nach ist der erste Klagegrund begründet.

26. Vor einer Prüfung der Frage, ob — wie ich meine — die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr der fraglichen nationalen Regelung über die Entsendung von Arbeitnehmern entgegenstehen, werde ich zunächst prüfen, ob diese Vorschriften hier überhaupt einschlägig sind.

a) Anwendbarkeit der Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr auf die Entsendung von Arbeitnehmern

27. Der Gerichtshof hat in Randnummer 25 des Urteils Kommission/Luxemburg ausgeführt, dass die Entsendung von Arbeitnehmern mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen nicht auf Gemeinschaftsebene harmonisiert sei, da der von der Kommission am 12. Februar 1999 vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates auf diesem Gebiet nicht angenommen worden sei [13]. Wie der Gerichtshof vor kurzem klargestellt hat, gilt diese Feststellung nach wie vor [14]. Die Kommission hat nämlich diesen Vorschlag schließlich im August 2004, d. h. einige Monate nach Einreichung der vorliegenden Vertragsverletzungsklage, wieder fallen gelassen.

28. Was die Richtlinie 96/71 angeht, so ist sie zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer anwendbar, also insbesondere auch auf solche,

12 — Rechtssache C-43/93 (Slg. 1994, I-3803).

13 — ABl. C 67, S. 12.

14 — Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 32).

die Angehörige von Drittstaaten sind, doch ist das von ihr geschaffene Harmonisierungsvorhaben nicht ganz, sondern nur zum Teil verwirklicht worden [15].

29. Daraus folgt, dass die Entsendung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung tatsächlich unter die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr fällt.

30. Meines Erachtens hindern diese Vorschriften des EG-Vertrags, wie die Kommission mit ihrem ersten Klagegrund geltend macht, die Mitgliedstaaten daran, die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen davon abhängig zu machen, dass dieses eine EU-Entsendebestätigung erhalten hat, deren Erteilung zum einen voraussetzt, dass die betreffenden Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr in einem Arbeitsverhältnis zu diesem Unternehmen stehen oder mit ihm einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen haben, und zum anderen, dass sie für die Dauer der künftigen Entsendung der im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats geltenden Lohn- und Beschäftigungsregelung unterworfen werden.

15 — Entgegen dem Richtlinienvorschlag von 1999, der, wie wir gesehen haben, kürzlich wieder fallen gelassen worden ist, sieht die Richtlinie 96/71 kein besonderes Verfahren für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung vor. Diese Richtlinie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, Arbeitnehmern, die in diesem Rahmen entsandt werden, grundsätzlich die Anwendung bestimmter Vorschriften, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dessen Hoheitsgebiet die genannte Leistung erbracht wird, zu ihren Gunsten zu garantieren, soweit es um bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geht. Im Übrigen überlässt sie es zwar den Mitgliedstaaten, die Einhaltung dieser Bestimmungen zu überwachen, doch darf dies, wie ihre 12. Begründungserwägung betont, nur unter Einsatz von Mitteln geschehen, die diesem Zweck angemessen sind, die also nicht die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr verletzen.

31. Dies möchte ich nunmehr in der Weise darlegen, dass ich zunächst die beschränkende Wirkung des streitigen Verfahrens der EU-Entsendebestätigung und sodann dessen etwaige Rechtfertigung sowie gegebenenfalls seine Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf bestimmte Ziele des Allgemeininteresses prüfen werde.

b) Beschränkende Wirkung des streitigen Verfahrens der EU-Entsendebestätigung für den freien Dienstleistungsverkehr

32. Nach ständiger Rechtsprechung stellt eine Regelung eines Mitgliedstaats, die die Erbringung bestimmter Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar [16].

33. Entgegen der Auffassung der österreichischen Regierung kann jedoch in dem Erfordernis nach § 18 Absatz 12 AuslBG, vor der Entsendung eine EU-Entsendebestätigung einzuholen, keine bloße Verpflichtung

16 — Vgl. u.a. Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 14), vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-355/98 (Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-1221, Randnr. 35), vom 20. Februar 2001 in der Rechtssache C-205/99 (Analir u.a., Slg. 1999, I-1271, Randnr. 22), vom 29. Mai 2001 in der Rechtssache C-263/99 (Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4195, Randnr. 21) sowie — zur Entsendung von Arbeitnehmern — Urteile Vander Elst (Randnr. 15), Kommission/Luxemburg (Randnr. 24) und Kommission/Deutschland (Randnr. 34).

zur Anzeige bei den zuständigen Verwaltungsbehörden gesehen werden.

34. Zwar setzt, wie ich ausgeführt habe [17], die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung voraus, dass der Arbeitgeber, der die Entsendung vornehmen will, diese bereits den zuständigen Verwaltungsbehörden angezeigt hat, doch müssen diese Behörden diese Entsendebestätigung erst noch erteilen. Da diese Erteilung von der Erfüllung mehrerer Voraussetzungen abhängt und die genannten Behörden zu prüfen haben, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, steht außer Zweifel, dass eine solche Bestätigung als Genehmigung durch die Verwaltung und nicht nur als automatisch oder systematisch zu erteilende Bescheinigung der zuvor erforderlichen Vornahme der Anzeige anzusehen ist [18].

35. Folglich behindert § 18 Absatz 12 AuslBG die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen und damit die gewerbliche Erbringung von Dienstleistungen durch dieses.

36. Das gilt umso mehr, als sich die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung nach dieser Bestimmung bis zu sechs Wochen nach Eingang der zuvor erforderlichen Anzeige hinziehen kann. Wie die Kommission hervorgehoben hat, kann sich eine solche Dauer vor allem bei Wartungsdienstleistungen, die meistens dringend angefordert werden, als besonders lang erweisen.

37. Somit ist festzustellen, dass die fragliche nationale Regelung dadurch, dass sie die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer von der vorherigen Einholung einer Genehmigung der Verwaltung abhängig macht, schon aus diesem Grund den freien Dienstleistungsverkehr beschränkt.

38. Zu dieser Beschränkung aufgrund des Erfordernisses der Genehmigung durch die Verwaltung treten noch die Erfordernisse, die sich aus den besonderen Voraussetzungen für ihre Erteilung nach § 18 Absatz 13 AuslBG ergeben, deren eine, wie ich bereits ausgeführt habe, die Dauer des Bestehens und den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse zwischen dem Unternehmen und den von der geplanten Entsendung erfassten Arbeitnehmern betrifft und deren andere darin

17 — Siehe Nr. 7 dieser Schlussanträge.

18 — Damit unterscheidet sich die fragliche nationale Regelung (die, wie ich in den Nrn. 4 und 5 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, seit dem 1. Januar 1998 nur für die Entsendung von Ausländern, wie Angehörigen von Drittstaaten, durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich gilt) letztlich nicht so grundlegend von der vorherigen Regelung (die für alle Entsendungen von Ausländern durch ausländische Unternehmen galt, unabhängig davon, ob mit Sitz in einem Drittstaat oder einem anderen Mitgliedstaat).

besteht, dass Letztere für die Dauer ihrer künftigen Entsendung systematisch der in Österreich geltenden Lohn- und Beschäftigungsregelung unterworfen werden [19].

39. Die Auferlegung solcher Bedingungen führt nämlich für das betroffene Unternehmen zu besonderen Belastungen in Form von Verwaltungsaufwand und Kosten, die u. a. mit der Notwendigkeit des Nachweises der Erfüllung dieser Bedingungen sowie mit dem daraus folgenden Erfordernis zusammenhängen, dass sie sich entsprechend verhalten haben müssen, indem sie mit den betreffenden Arbeitnehmern Arbeitsverhältnisse entweder mindestens ein Jahr zuvor oder unbefristet abgeschlossen haben und indem sie diese Arbeitnehmer systematisch den in Österreich geltenden Lohn- und Beschäftigungsbedingungen für die Dauer der geplanten Entsendung unterwerfen, was möglicherweise eine entsprechende Änderung der bestehenden Arbeitsverträge erforderlich gemacht hat. Solche Belastungen können in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen nur davon abhalten, drittstaatsangehörige Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen nach Österreich zu entsenden [20].

19 — Der Gerichtshof ist in den Urteilen Kommission/Italien (Randnr. 21) und Kommission/Luxemburg (Randnrn. 23 und 24) in vergleichbarer Weise vorgegangen, indem er die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die als solche schon aus dem Erfordernis einer vorherigen Genehmigung der Verwaltung fließt, von der weiteren Beschränkung unterscheidet, die sich aus den besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Genehmigung ergibt. Vgl. in diesem Sinne auch das Urteil Kommission/Deutschland.

20 — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 15. März 2001 in der Rechtsache C-165/98 (Mazzoleni und ISA, Slg. 2001, I-2189, Randnr. 24), vom 25. Oktober 2001 in den verbundenen Rechtsachen 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. 30), vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99 (Portugaia Construções, Slg. 2002, I-787, Randnr. 18) und Kommission/Luxemburg (Randnrn. 23, 24 und 30).

40. Aus alledem folgt, dass das in § 18 Absätze 12 und 13 AuslBG vorgesehene streitige Verfahren der EU-Entsendebestätigung aus verschiedenen Gründen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bewirkt.

41. Nunmehr ist zu untersuchen, ob eine solche Beschränkung gleichwohl gerechtfertigt und gegebenenfalls verhältnismäßig sein kann. Zuvor ist jedoch zu klären, welche Arten von Rechtfertigungsgründen für diese Beschränkung angeführt werden können.

c) Zu den Arten von Rechtfertigungsgründen, die für die fragliche Beschränkung angeführt werden können

42. Auf das Vorbringen der österreichischen Regierung im Vorverfahren hin hat die Kommission unabhängig von der Frage, ob die fragliche nationale Regelung diskriminierenden Charakter hat, geprüft, ob sie durch die Erfordernisse des Schutzes der Arbeitnehmer und der Verhinderung von Missbräuchen gerechtfertigt sein kann.

43. Dieses Vorgehen überzeugt mich nicht.

44. Nach herkömmlicher Rechtsprechung, auf die sich der Gerichtshof noch immer bezieht [21], ist eine nationale Regelung, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Dienstleistungsgesellschaften anders behandelt, als es für im Inland ansässige Gesellschaften vorgesehen ist, und die damit eine Diskriminierung aus Gründen der Niederlassung des Dienstleistungserbringers oder der Herkunft der Dienstleistung bewirkt, nur dann mit den Vorschriften des EG-Vertrags auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar, wenn sie auf eine im Vertrag ausdrücklich vorgesehene Ausnahme wie die des Artikels 46 Absatz 1 EG, auf den Artikel 55 EG verweist, gestützt werden kann.

45. Deshalb kann eine nationale Regelung nach Artikel 46 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 55 EG grundsätzlich nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein und nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die ihren Ursprung in der Rechtsprechung haben, wie denen, die den Schutz der Arbeitnehmer oder die Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes (die der Verhinderung von Missbräuchen dient) betreffen, da diese Kategorie von Rechtfertigungsgründen theoretisch nur zugunsten von nicht diskriminierenden Maßnahmen eingreifen kann, also solchen, die unterschiedslos anwendbar sind (die für alle Personen gelten, die ihre Dienstleistungen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats erbringen wollen, der eine Maßnahme dieser Art ergriffen hat, anders gesagt: sowohl für die in diesem Mitgliedstaat als auch für die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringer) [22].

46. Verschiedene Tendenzen in der Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr sind zwar hinsichtlich der Art der zugelassenen Rechtfertigungsgründe nicht

21 — Vgl. u. a. Urteile vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, 2085, Randnrn. 32 und 33), vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 24), vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a., Slg. 1991, I-4007, Randnr. 11) und in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 15), vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-211/91 (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-6757, Randnrn. 5, 6, 10 und 11), vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92 (Fedicine, Slg. 1993, I-2239, Randnrn. 14 bis 16), vom 14. November 1995 in der Rechtssache C-484/93 (Svensson und Gustavsson, Slg. 1995, I-3955, Randnrn. 12 und 15) und vom 21. März 2002 in der Rechtssache C-451/99 (Cura Anlagen, Slg. 2002, I-3193, Randnrn. 30 und 31). Vgl. im selben Sinne u. a. Urteile vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-224/97 (Ciola, Slg. 1999, I-2517, Randnr. 16) zu einer nationalen Regelung, die eine Diskriminierung aus Gründen des Wohnsitzes einer natürlichen Person bewirkt, die Empfänger einer Dienstleistung ist, sowie in der Rechtssache C-311/97 (Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651, Randnr. 32) in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit. Vgl. in diesem Sinne in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit außerdem Urteil vom 16. Januar 2003 in der Rechtssache C-388/01 (Kommission/Italien, Slg. 2003, I-721, Randnrn. 19 und 20) zu einer nationalen Regelung, die eine Diskriminierung insbesondere aus Gründen der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen bewirkt, die Empfänger von Dienstleistungen sind. Vgl. auch Urteil vom 14. Oktober 2004 in der Rechtssache C-36/02 (Omega, Slg. 2004, I-9609, Randnr. 29) mit einer Begründung e contrario im selben Sinne.

22 — Im Urteil Säger ist der Gerichtshof über die herkömmliche Regel der „Inländerbehandlung" hinausgegangen, indem er festgestellt hat, dass „Artikel 59 EWG-Vertrag [jetzt Artikel 49 EG] nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten — verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern" (Randnr. 12). Mit dieser weiten Auslegung der sich aus dem freien Dienstleistungsverkehr ergebenden Erfordernisse, die auch anderen vom EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten zugrunde gelegt worden ist, ist eine Lockerung der Regelung der zulässigen Rechtfertigungsgründe einhergegangen, die in der Anerkennung einer Reihe zwingender Gründe des Allgemeininteresses — zugunsten unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen — besteht, die ein eindeutig weiteres Spektrum von Rechtfertigungsgründen als das des Artikels 46 Absatz 1 EG erfasst, auf den Artikel 55 EG verweist.

völlig eindeutig [23], doch kommen in dieser Mehrdeutigkeit offenbar im Wesentlichen die Schwierigkeiten, auf die der Gerichtshof dabei gestoßen ist, bestimmte nationale Regelungen als diskriminierend zu qualifizieren, sowie sein Bestreben, die Befugnisse der Mitgliedstaaten im Bereich der unmittelbaren Steuern zu respektieren, zum Ausdruck [24].

47. Diese Überlegungen greifen jedoch bei der vorliegenden nationalen Regelung insoweit nicht Platz, als zum einen die Entsendung von Arbeitnehmern nicht in einen den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Zuständigkeitsbereich (wie den der direkten Steuern) fällt und als diese Regelung zum anderen eindeutig diskriminierend ist.

48. Nur die in einem anderen Mitgliedstaat als der Republik Österreich ansässigen Gesellschaften unterliegen nämlich offenbar dem streitigen Verfahren der EU-Entsendebestätigung. Den Akten ist bei der gegenwärtigen Aktenlage nicht zu entnehmen, dass auch die in Österreich niedergelassenen Gesellschaften, die drittstaatsangehörige Arbeitnehmer nach Österreich entsenden, diesem oder einem vergleichbaren Verfahren unterliegen.

49. Vielmehr ist die nationale Regelung, um die es im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren geht, im Gegensatz zu derjenigen, die Gegenstand des Urteils Kommission/Luxemburg [25] war, als eine Regelung anzusehen, die eine unterschiedliche Behandlung nach Maßgabe der Niederlassung der Gesellschaft vorsieht, die Dienstleistungen im Rahmen der Entsendung von Arbeitnehmern erbringen will. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist offensichtlich diskriminierend.

23 — Diese Mehrdeutigkeit kann verschiedene Formen annehmen. In den meisten Fällen hat der Gerichtshof (ohne sich zur Frage eines diskriminierenden Charakters zu äußern) lediglich festgestellt, dass die fragliche nationale Regelung ein bloßes Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr oder eine „unterschiedliche Behandlung" darstelle, durch das oder die die Wirtschaftsteilnehmer, die von ihren Rechten aus dieser Freiheit Gebrauch machen wollten, in spezifischer Weise benachteiligt würden, und sodann geprüft, ob für die betreffende Regelung ein im EG-Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehener Rechtfertigungsgrund angeführt werden kann, um am Ende entweder zu dem Ergebnis zu gelangen, dass dies nicht der Fall sei, oder dem vorlegenden Gericht entsprechende Hinweise zu geben. In dieser Weise ist der Gerichtshof in den Urteilen vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-118/96 (Safir, Slg. 1998, I-1897, Randnrn. 24 bis 30 und 34), vom 26. Oktober 1999 in der Rechtssache C-294/97 (Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447, Randnrn. 36 ff.), vom 29. November 2001 in der Rechtssache C-17/00 (De Coster, Slg. 2001, I-9445, Randnrn. 33 bis 39), vom 3. Oktober 2002 in der Rechtssache C-136/00 (Danner, Slg. 2002, I-8147, Randnrn. 30 ff.) und vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01 (Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13031, Randnrn. 57 ff.) vorgegangen. In einigen Fällen hat der Gerichtshof zur Beantwortung des Vorbringens der Parteien die jeweilige nationale Regelung nicht nur im Hinblick auf im EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehene, sondern auch im Hinblick auf andere Arten von Rechtfertigungsgründen geprüft, wenngleich er sie dann auch als diskriminierend eingestuft hat, um am Ende daraus auf ihre fehlende Rechtfertigung zu schließen. Vgl. in diesem Sinne Urteil Svensson und Gustavsson (Randnrn. 15 ff.) sowie Urteil vom 13. November 2003 in der Rechtssache C-42/02 (Lindman, Slg. 2003, I-13519, Randnrn. 21 ff.).

24 — Vgl. hierzu die Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der genannten Rechtssache Safir (in deren Nrn. 30 bis 34 dieser die Schwierigkeiten bei der Qualifizierung bestimmter nationaler Regelungen als diskriminierend hervorgehoben hat) sowie diejenigen des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache C-446/03 (Marks & Spencer, Urteil vom 13. Dezember 2005, Slg. 2005, I-10837, I-10839, Nrn. 25 bis 32, in denen dieser zum einen auf das Zögern, das der Gerichtshof im Bestreben, die Integrität der nationalen Steuerregelungen zu wahren, im Hinblick darauf an den Tag gelegt hat, bei den direkten Steuern über die Regel der Inländerbehandlung hinauszugehen, und zum anderen auf die Schwierigkeiten bei der Feststellung einer Diskriminierung auf diesem Gebiet hingewiesen hat, die angesichts der Kriterien bestehen, die im Urteil vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93, Schumacker, Slg. 1995, I-225, aufgestellt worden sind, nach dem auf die objektiven Unterschiede zwischen den betreffenden Situationen abzuheben ist).

25 — In Randnr. 25 hat der Gerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die fragliche nationale Regelung unterschiedslos für Unternehmen, die im Ausland ansässig sind, und solche mit Sitz im Inland gilt.

50. Daraus schließe ich, dass die Erwägungen, die einem gewissen Mangel an Eindeutigkeit in der Rechtsprechung zur Art der bei Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zulässigen Rechtfertigungsgründe zugrunde gelegen haben dürften, hier nicht angebracht sind.

51. Hält man sich an die herrschende Rechtsprechung, nach der, wie gesagt, eine diskriminierende nationale Regelung auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein kann, so ist demnach zu prüfen, ob diese Voraussetzung bei der vorliegenden Beschränkung erfüllt ist, auch wenn diese Frage zwischen den Parteien des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens gar nicht erörtert worden ist.

d) Mögliche Rechtfertigung der fraglichen Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit

52. Es ist festzustellen, dass die streitige Regelung kaum mit solchen Erwägungen in Verbindung zu bringen ist.

53. Der Gerichtshof hat nämlich wiederholt festgestellt, dass diese Rechtfertigungsgründe, da sie Ausnahmen von einer durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheit darstellen, eng auszulegen sind, so dass eine Berufung etwa auf die Ausnahme der öffentlichen Ordnung nur möglich ist, „wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ [26]. Ich kann mir nicht vorstellen, dass das Erfordernis einer EU-Entsendebestätigung einer solchen besonderen Situation gerecht wird oder zumindest dem Zweck der Wahrung der öffentlichen Ordnung angemessen ist, der im Übrigen nur Erwägungen decken kann, die sich auf den Schutz der Arbeitnehmer oder die Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes beziehen. Von einer Wahrung der öffentlichen Ordnung ist meines Erachtens eher bei einer Regelung zu sprechen, die, wie jene, auf die sich der zweite Klagegrund der vorliegenden Vertragsverletzungsklage bezieht, spezifisch die Kontrolle der Einreise und des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen im Inland zum Gegenstand hat.

54. Eben wegen dieser engen Auslegung der Ausnahmen des Artikels 46 EG, wie derjenigen der öffentlichen Ordnung, meinen übrigens manche Autoren, es seien weitere Rechtfertigungsgründe zuzulassen, die genauso rechtmäßig oder zwingend seien wie die im EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehenen, um so die Regelung der für Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs geltenden Rechtfertigungsgründe unabhän-

26 — Siehe u. a. Urteile vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnrn. 33 und 35), vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-114/97 (Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 46), vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96 (Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnrn. 21und 23), vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99 (Église de scientologie, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 17) und Urteil Omega (Randnr. 30).

gig davon, ob diese Beschränkungen diskriminierend sind, zu vereinheitlichen [27].

55. Der Gerichtshof hat diesen Lösungsweg bisher nicht ausdrücklich beschritten, obwohl er hierzu, wie ich soeben unter Hinweis auf die Rechtssache Danner ausgeführt habe, eindeutig aufgefordert worden ist.

56. Ich selbst neige gegenüber dieser Aufforderung eher zur Zurückhaltung. Denn wenn der Gerichtshof ihr Folge leisten würde, ginge er über den Wortlaut des Artikels 46 EG (auf den Artikel 55 EG verweist) hinaus oder verstieße sogar gegen ihn, da er dann einräumen würde, dass nationale Rechtsvorschriften mit einer Sonderregelung für Ausländer, wie die im Streit stehenden, nach denen für in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich ansässige Dienstleistungsunternehmen, die drittstaatsangehörige Arbeitnehmer nach Österreich entsenden wollen, eine besondere Regelung gilt, aus anderen Gründen als den in Artikel 46 ausdrücklich vorgesehenen, ja dort sogar abschließend aufgeführten Gründen gerechtfertigt sein könnten.

27 — Siehe insbesondere Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der genannten Rechtssache Danner, in denen er vorgeschlagen hat, den diskriminierenden Charakter einer nationalen Regelung nicht im Stadium der Prüfung der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, sondern im späteren Stadium der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der betreffenden Beschränkung im Hinblick auf den betreffenden Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen, wobei er festgestellt hat: „Je diskriminierender die Maßnahme ist, umso unwahrscheinlicher ist es ..., dass die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht" (Nr. 40).

57. Jedenfalls würde sich meines Erachtens auch dann, wenn der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache anders entscheiden sollte, die gleiche Schlussfolgerung aufdrängen, nämlich die Feststellung, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat. Das will ich nunmehr aufzeigen, indem ich die fragliche Beschränkung an den Zielen messe, die die Republik Österreich zu verfolgen vorgibt, nämlich zum einen dem Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer und zum anderen dem der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes.

e) Mögliche Rechtfertigung der fraglichen Beschränkung aus Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer und der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes

58. Hierzu verweise ich weitgehend auf das Urteil Kommission/Luxemburg, das einige Monate nach der Klageerhebung im vorliegenden Verfahren ergangen ist.

59. In Erinnerung zu rufen sind daher die tragenden Gründe dieses Urteils (die in vollem Umfang in das kürzlich ergangene Urteil Kommission/Deutschland übernommen worden sind), bevor zu prüfen ist, welche Konsequenzen aus ihm genau für das vorliegende Verfahren zu ziehen sind.

i) Das Urteil Kommission/Luxemburg

60. Im Urteil Kommission/Luxemburg hat der Gerichtshof die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, die mit der Regelung, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, weitgehend vergleichbar ist, mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr geprüft. Nach dieser Regelung war für die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen erforderlich, dass dieses eine individuelle oder eine kollektive Arbeitserlaubnis erhielt, deren Erteilung durch die luxemburgischen Behörden u. a. von Arbeitsmarkterwägungen sowie davon abhing, dass mindestens sechs Monate vor Beginn der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen den betreffenden Arbeitnehmern und dem entsendenden Unternehmen im Rahmen unbefristeter Verträge begründet worden war.

61. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass diese nationale Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bewirke, die weder im Hinblick auf die mit ihr vorgeblich verfolgten Ziele noch im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer, noch auf das der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes verhältnismäßig sei.

62. Zu dem im Schutz der Arbeitnehmer zum Ausdruck kommenden zwingenden Grund des Allgemeininteresses hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass nach seiner Rechtsprechung „das Gemeinschaftsrecht [es] den Mitgliedstaaten weder verwehrt, ihre Rechtsvorschriften ... auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Tätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, noch verbietet, 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“ [28].

63. Das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis stellt jedoch nach Ansicht des Gerichtshofes kein geeignetes Mittel dar, um den Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Dies werde dadurch belegt, dass dann, wenn „ein Dienstleistungsunternehmen verpflichtet [würde], den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung (en) anzuzeigen, ... dies eine Maßnahme [wäre], die ebenso wirksam wäre wie die fragliche Bedingung und zugleich weniger einschneidend“ [29]. Denn eine solche Anzeige „würde es den betreffenden Behörden ermöglichen, die Einhaltung der [nationalen] Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsen-

28 — Randnr. 29 des Urteils Kommission/Luxemburg, die in Randnr. 44 des Urteils Kommission/Deutschland übernommen worden ist. Die Richtlinie 96/71 geht auf den Großteil der in dieser Randnr. 29 angeführten Rechtsprechung zurück. Vgl. in diesem Sinne Artikel 3 Absätze 1 und 7 dieser Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten, wie gesagt, dafür zu sorgen haben, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die Dienstleistungen erbringenden Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die dort vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, auch wenn deren Anwendung für sie günstiger sein sollte.

29 — Randnr. 31 des Urteils Kommission/Luxemburg, übernommen in Randnr. 45 des Urteils Kommission/Deutschland.

dung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Regeln auf diesem Gebiet unterliegt" [30].

64. Der Gerichtshof hat hinzugefügt, dass die für die Erteilung dieser Arbeitserlaubnis aufgestellte Bedingung, dass unbefristete Arbeitsverträge bestehen müssten, durch die die betroffenen Arbeitnehmer seit mindestens sechs Monaten vor Beginn der Entsendung mit dem entsendenden Unternehmen verbunden seien, über das hinausgehe, was im Namen der sozialen Sicherheit verlangt werden könne. Für diese Auffassung hat der Gerichtshof die drei folgenden Gründe angeführt.

65. Erstens „erschwert diese Bedingung ... in den Sektoren, in denen aufgrund der Besonderheiten der fraglichen Tätigkeit häufig auf kurzfristige oder projektbezogene Verträge zurückgegriffen wird, die Entsendung von Arbeitnehmern aus einem Drittstaat nach Luxemburg zum Zweck der Erbringung von Dienstleistungen erheblich" [31].

66. Zweitens „wirkt sich [diese] Bedingung ... nachteilig auf die Lage von Unternehmen aus, die erst vor kurzem gegründet worden sind und die unter Einsatz von Arbeitnehmern aus einem Drittstaat eine Dienstleistung in Luxemburg erbringen möchten" [32].

67. Drittens „berücksichtigt sie nicht die Maßnahmen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, insbesondere im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Entlohnung, denen ein Unternehmen, das eine Entsendung vornehmen will, im Herkunftsstaat aufgrund des Rechts dieses Mitgliedstaats oder eines gegebenenfalls zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem betreffenden Drittstaat geschlossenen Kooperationsabkommens unterliegt und deren Anwendung geeignet ist, eine ernstliche Gefahr der Ausbeutung von Arbeitnehmern sowie der Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen auszuschalten" [33].

68. Der Gerichtshof hat daraus gefolgert, dass weder das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis noch das diesem entsprechende Erfordernis bezüglich der Dauer des Bestehens und des Fortbestands der Arbeitsverhältnisse zwischen den von der Entsendung betroffenen Arbeitnehmern und dem entsendenden Arbeitgeber im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer verhältnismäßig sei.

69. Gleiches gilt nach Auffassung des Gerichtshofes auch für das Ziel, eine Destabilisierung des örtlichen Arbeitsmarktes durch den Zustrom von Arbeitnehmern aus Drittstaaten zu verhindern.

70. Denn „das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, [ist] zwar ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ... Die Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unterneh-

30 — Ibidem.

31 — Randnr. 33.

32 — Randnr. 34.

33 — Randnr. 35.

men beschäftigt und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, verlangen aber keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren." [34]

71. Der Gerichtshof hat allerdings auf die bereits ergangene Entscheidung hingewiesen, „dass ein Mitgliedstaat kontrollieren darf, ob ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt, beispielsweise dazu, sein Personal kommen zu lassen, um Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen[, sofern bei dieser Kontrolle] die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen [beachtet werden], wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, der nicht illusorisch gemacht und dessen Ausübung nicht dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden darf" [35].

72. Der Gerichtshof geht jedoch davon aus, dass die fragliche luxemburgische Regelung die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen in zweierlei Hinsicht überschreite. Zum einen sei „das Erfordernis, eine Arbeitserlaubnis zu erhalten, aufgrund der damit verbundenen Formalitäten und Verfahrensfristen geeignet, die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit in Luxemburg mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats unattraktiv werden zu lassen", so dass sich diese Grundfreiheit als illusorisch erweise [36]. Zum anderen sei die Inanspruchnahme dieser Freiheit in das Ermessen der örtlichen Verwaltung gestellt, da sie der Erteilung einer Arbeitserlaubnis durch diese unterliege, die nach wie vor nur in Ausnahmefällen erfolge und von der Lage auf dem Arbeitsmarkt abhänge, wie sie von der Verwaltung selbst beurteilt werde.

73. Die Voraussetzung hinsichtlich der Dauer des Bestehens sowie des Fortbestands der Arbeitsverhältnisse zwischen den betreffenden Arbeitnehmern und dem entsendenden Arbeitgeber (von deren Erfüllung die Erteilung einer Arbeitserlaubnis abhängt) ist vom Gerichtshof als unverhältnismäßig im Hinblick auf das Ziel angesehen worden, sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer nach ihrer Entsendung in den Herkunftsmitgliedstaat zurückkehren.

74. Dazu hat der Gerichtshof ausgeführt: „Würde ein Dienstleistungsunternehmen nämlich verpflichtet, den örtlichen Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgeht, dass die betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von dem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben, insbesondere, was Aufenthalt, Arbeitserlaubnis und soziale Absicherung angeht, so böte dies den örtlichen Behörden auf weniger einschneidende Art und Weise als die fraglichen Bedingungen, aber genauso wirksam die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat

34 — Randnr. 38 unter Bezugnahme auf das Urteil vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417, Randnrn. 13 und 15) sowie die Urteile Vander Elst (Randnr. 21) und Finalarte u. a. (Randnr. 22).

35 — Randnrn. 39 und 40 unter Bezugnahme auf das Urteil Rush Portuguesa (Randnr. 17).

36 — Randnr. 41.

ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist.“ [37] Er hat hinzugefügt: „In Verbindung mit den Angaben des betreffenden Unternehmens zum vorgesehenen Zeitraum der Entsendung ... würden diese Angaben es den luxemburgischen Behörden ermöglichen, gegebenenfalls die Maßnahmen zu ergreifen, die am Ende des jeweiligen Zeitraums geboten sind.“ [38]

75. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass weder das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis noch das diesem entsprechende Erfordernis betreffend das Bestehen und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den von der Entsendung betroffenen Arbeitnehmern und dem entsendenden Arbeitgeber im Hinblick auf das Ziel, eine Destabilisierung des Arbeitsmarktes zu verhindern, verhältnismäßig sei.

76. Der Gerichtshof ist damit zur selben Feststellung wie beim Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer gelangt. Seine Schlussfolgerung lautete daher, dass das Großherzogtum Luxemburg gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen habe.

ii) Aus dem Urteil Kommission/Luxemburg zu ziehende Konsequenzen

77. Falls der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache die fragliche nationale Regelung im Hinblick auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie die des Schutzes der Arbeitnehmer oder der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes, prüfen sollte, wäre diese Rechtsprechung weitgehend übertragbar. Die daraus zu ziehenden Konsequenzen wären folgende: Weder das Erfordernis einer EU-Entsendebestätigung noch die Bedingungen ihrer Erteilung sind im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer und das der Verhinderung einer Destabilisierung des Arbeitsmarktes verhältnismäßig, so dass die Republik Österreich dann tatsächlich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat.

78. Es kann sogar davon ausgegangen werden, dass das, was für die fragliche luxemburgische Regelung gilt, erst recht auf die streitige österreichische Regelung zutrifft.

79. Denn die in der österreichischen Regelung vorgesehenen Voraussetzungen für die Erteilung der fraglichen vorherigen Genehmigung sind in mancher Hinsicht noch einschneidender als die nach der luxemburgischen Regelung.

80. Zunächst sind die Voraussetzung eines unbefristeten Arbeitsvertrags und diejenige, die sich auf die Dauer des Bestehens der Arbeitsverhältnisse zwischen den betroffenen Arbeitnehmern und dem entsendenden Arbeitgeber vor der Entsendung bezieht, im österreichischen Recht systematisch vorgeschrieben, während sie im luxemburgischen Recht nur bei einem Antrag auf kollektive

37 — Randnr. 46, weiter ausgeführt in Randnr. 41 des Urteils Kommission/Deutschland.

38 — Ibidem.

Arbeitserlaubnis, nicht aber bei einem solchen auf individuelle Arbeitserlaubnis vorgesehen sind.

81. Überdies ist die in der österreichischen Regelung vorgesehene Voraussetzung hinsichtlich der Vertragsdauer, selbst wenn sie zu der eines unbefristeten Arbeitsvertrags nicht kumulativ hinzutritt, strenger als diejenige nach der luxemburgischen Regelung, da das Arbeitsverhältnis seit einem Jahr und nicht erst seit sechs Monaten bestehen muss [39].

82. Schließlich wird in der fraglichen nationalen Regelung im Gegensatz zur Rechtssache Kommission/Luxemburg die weitere Voraussetzung aufgestellt, dass die betreffenden Arbeitnehmer für die Dauer ihrer Entsendung systematisch der österreichischen Lohn- und Beschäftigungsregelung unterworfen werden. Diese zusätzliche Voraussetzung beschränkt die Entsendung von Arbeitnehmern durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen und damit die gewerbliche Erbringung von Dienstleistungen durch dieses noch weiter. Diese Voraussetzung ist darüber hinaus im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer unverhältnismäßig, da sie sich zum einen auf eine Regelung der vorherigen Genehmigung durch die Verwaltung bezieht und zum anderen systematischen Charakter hat, so dass sie nicht auf das den betreffenden Arbeitnehmern zugute kommende Schutzniveau in dem Mitgliedstaat, in dem das sie beschäftigende Dienstleistungsunternehmen ansässig ist, Rücksicht nimmt [40].

83. Wie im Übrigen die Kommission betont hat, ist das Dienstleistungsunternehmen bereits verpflichtet, gegenüber den nationalen Behörden im Rahmen einer vorherigen Meldung bestimmte Angaben, etwa zur Höhe des dem Arbeitnehmer für die Dauer der künftigen Entsendung geschuldeten Entgelts, zu machen [41]. Diese Formvoraussetzung, die im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 96/71 eingeführt worden ist und von der Kommission nicht beanstandet wird, trägt erheblich dazu bei, gegebenenfalls zu gewährleisten, dass die im Inland geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, indem sie die Kontrollen erleichtert, die von den zuständigen Behörden in dem Entsendezeitraum, wie er in der genannten Meldung angegeben worden ist, vor Ort vorgenommen werden können. Vom Dienstleistungsunternehmen darüber hinaus zu verlangen, dass es im Rahmen eines Verfahrens der vorherigen Genehmigung durch die Verwaltung systematisch nachweist, dass es diese Voraussetzungen bei der künftigen Entsendung einhält, geht über das hinaus, was zum Schutz der Arbeitnehmer erforderlich ist.

39 — Hierauf hat Generalanwalt Geelhoed in Nr. 34 seiner Schlussanträge in der genannten Rechtssache Kommission/Deutschland aufmerksam gemacht, in der es um eine gleichartige Voraussetzung dahin gehend ging, dass die betreffenden Arbeitnehmer im entsendenden Unternehmen seit mindestens einem Jahr beschäftigt sein mussten, wobei dort nicht die Voraussetzung des Abschlusses unbefristeter Arbeitsverträge aufgestellt war, die kumulativ oder alternativ zu erfüllen gewesen wäre.

40 — Vgl. in diesem Sinne Randnr. 29 des Urteils Kommission/Luxemburg, wiedergegeben in Nr. 62 dieser Schlussanträge. Die streitige Voraussetzung geht auch über die Bestimmungen hinaus, die in der Richtlinie 96/71 zum Schutz der Arbeitnehmer vorgesehen sind, da sie nicht nur systematischen Charakter hat und damit entgegen Artikel 3 Absatz 7 dieser Richtlinie die Anwendung im entsendenden Mitgliedstaat geltender günstigerer Bedingungen ausschließt, sondern außerdem zum System einer vorherigen Genehmigung durch die Verwaltung gehört, was nach dieser Richtlinie kein angemessenes Mittel darstellt, um die Einhaltung der betreffenden Lohn- und Beschäftigungsbedingungen sicherzustellen.

41 — Siehe Nr. 11 und Fußnote 6 dieser Schlussanträge.

84. Ich folgere daraus, dass der Gerichtshof, sollte er die fragliche nationale Regelung im Hinblick auf die Ziele des Schutzes der Arbeitnehmer und der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes prüfen, nur zu dem Ergebnis gelangen kann, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat.

85. Entgegen der Auffassung der österreichischen Regierung kommt es meines Erachtens nicht darauf an, dass die Erteilung der streitigen Arbeitserlaubnis — anders als nach der nationalen Regelung, um die es im Urteil Kommission/Luxemburg ging — nicht in das Ermessen der örtlichen Verwaltung gestellt ist [42] und damit nicht von Erwägungen wie solchen, die die Lage des Arbeitsmarktes betreffen, abhängig ist, sondern nur der objektiven Prüfung unterliegt, ob die Voraussetzungen hinsichtlich der Dauer des Bestehens oder des Fortbestands der Arbeitsverhältnisse sowie hinsichtlich der Unterwerfung der betreffenden Arbeitnehmer unter die im Inland geltende Lohn-, Beschäftigungs- und sozialversicherungsrechtliche Regelung für die Dauer ihrer Entsendung erfüllt sind.

86. Nimmt man nämlich an, dass das Verfahren der EU-Entsendebestätigung, wie die österreichische Regierung vorträgt, in dem Bemühen eingeführt worden ist, zu kontrollieren, dass das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, das Arbeitnehmer eines Drittstaats in das österreichische Hoheitsgebiet entsendet, die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Dienstleistung — wie etwa demjenigen, sein Personal kommen zu lassen, um Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen — in Anspruch nimmt, so bleibt doch zu berücksichtigen, dass solche Kontrollen, wie der Gerichtshof in Randnummer 40 des Urteils Kommission/Luxemburg in Erinnerung gerufen hat, im Hinblick auf das Ziel, eine Destabilisierung des heimischen Arbeitsmarktes zu verhindern, nur zulässig sind, wenn hierbei die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen beachtet werden, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben.

87. Der Gerichtshof hat dieser Art von Kontrollen zwei Grenzen gesetzt. Die eine lässt es nicht zu, dass die Inanspruchnahme der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs vom Ermessen der Verwaltung abhängig gemacht wird. Die andere verhindert, dass diese durch den EG-Vertrag garantierte Grundfreiheit illusorisch gemacht wird. Für eine Zulässigkeit der fraglichen Kontrollen genügt es also nicht, dass dabei keinerlei Ermessen ausgeübt wird. Darüber hinaus dürfen sie den freien Dienstleistungsverkehr nicht illusorisch machen. Das ist jedoch meines Erachtens bei der Kontrolle, die im Rahmen des Verfahrens der EU-Entsendebestätigung durchgeführt wird, gerade der Fall.

88. Der Gerichtshof hat nämlich, wie bereits ausgeführt, in Randnummer 41 des Urteils Kommission/Luxemburg betont, dass „das Erfordernis, eine Arbeitserlaubnis zu erhalten, aufgrund der damit verbundenen Formalitäten und Verfahrensfristen geeignet [ist], die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit [im betreffenden Hoheitsge-

42 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 33).

biet] mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats unattraktiv werden zu lassen".

89. Diese Feststellung zu der fraglichen luxemburgischen Regelung trifft auch auf die streitige österreichische Regelung zu, berücksichtigt man die Formalitäten und Fristen, die für das Verfahren der EU-Entsendebestätigung gelten, das, wie wir gesehen haben, ein Arbeitserlaubnisverfahren darstellt [43]. Wie die Kommission ausgeführt hat, machen solche Zwänge den Rückgriff auf Entsendungen und damit die Inanspruchnahme der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs insbesondere in den Tätigkeitsbereichen illusorisch, in denen es zu punktuellen Einsätzen von sehr kurzer Dauer oder zu Dringlichkeitseinsätzen kommen kann.

90. Das gilt hier umso mehr, als die Erteilung einer solchen Arbeitserlaubnis, wir erinnern uns, insbesondere an den Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge oder daran geknüpft ist, dass seit mindestens einem Jahr Arbeitsverhältnisse zwischen den vom Entsendevorhaben betroffenen Arbeitnehmern und dem die Entsendung planenden Unternehmen bestehen. Solche Bedingungen sind, auch wenn sie nur alternativ und nicht kumulativ (wie diejenigen, die in der Regelung vorgesehen waren, die Gegenstand des Urteils Kommission/Luxemburg ist) gelten, zugleich geeignet, den freien Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren, wie im Bauwesen oder im Informatiksektor, illusorisch zu machen, in denen, wie die Kommission hervorgehoben hat, oft von kurzfristigen oder projektbezogenen Verträgen Gebrauch gemacht wird, so dass kaum jemals eine dieser Voraussetzungen erfüllt sein wird, erst recht dann, wenn die eine Entsendung planenden Unternehmen neu gegründet wurden und somit keine andere Möglichkeit als die des Abschlusses entsprechender unbefristeter Verträge hätten (da sie sich dann nicht auf seit mehr als einem Jahr bestehende Arbeitsverhältnisse mit den betreffenden Arbeitnehmern berufen könnten).

91. Im Übrigen ist festzustellen, dass diese Voraussetzung, die sich auf die Dauer des Bestehens oder den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den betreffenden Arbeitnehmern und dem Dienstleistungsunternehmen bezieht, im Hinblick auf das Ziel unverhältnismäßig ist, sicherzustellen, dass diese Arbeitnehmer nach ihrer Entsendung in den Herkunftsmitgliedstaat zurückkehren, damit die Stabilität des Arbeitsmarktes gewahrt bleibt [44].

92. Dieser Feststellung steht meiner Ansicht nach das Urteil Vander Elst, auf das sich die österreichische Regierung beruft, nicht entgegen. Zwar hat sich der Gerichtshof in diesem Urteil entsprechend der Anregung des vorlegenden Gerichts im Wesentlichen auf den Umstand gestützt, dass die betreffenden marokkanischen Arbeitnehmer ordnungsgemäß und dauerhaft von dem Dienstleistungen erbringenden belgischen Unter-

43 — Vgl. Nrn. 7 und 8 sowie 34 bis 36 dieser Schlussanträge.

44 — Ich verweise auf die Randnrn. 45 und 46 des Urteils Kommission/Luxemburg, in denen weniger einschneidende, aber ebenso wirksame Maßnahmen wie die fraglichen Voraussetzungen angesprochen werden. Festzustellen ist außerdem, dass im AVRAG (siehe Nrn. 11 und 83 dieser Schlussanträge) vergleichbare Maßnahmen vorgesehen sind.

nehmen beschäftigt waren, um das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe der Verhinderung einer Destabilisierung des Arbeitsmarktes und des Schutzes der Arbeitnehmer zu verneinen, die von der französischen Regierung zur Verteidigung der Regelung angeführt worden waren, nach der die Entsendung dieser Arbeitnehmer von der Einholung einer Arbeitserlaubnis bei den französischen Behörden abhing. Es geht jedoch zu weit, daraus aufgrund einer Auslegung e contrario, wie sie von der österreichischen Regierung befürwortet wird, herleiten zu wollen, dass das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis, deren Erteilung davon abhängig gemacht wird, dass ein ordnungsgemäßes und dauerhaftes Arbeitsverhältnis besteht, wie es in der streitigen österreichischen Regelung vorgesehen ist, unter anderen Umständen als den im Urteil Vander Elst ausdrücklich in Betracht gezogenen zulässig wäre. Jedenfalls wird diese Auffassung in den Urteilen Kommission/Luxemburg und Kommission/Deutschland ausdrücklich zurückgewiesen [45].

93. Aus alledem folgt, dass die im Streit stehende nationale Regelung im Licht des (durch das Urteil Kommission/Deutschland bestätigten) Urteils Kommission/Luxemburg offensichtlich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bewirkt, die sowohl im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer als auch auf dasjenige der Wahrung der Stabilität des Arbeitsmarktes unverhältnismäßig ist.

45 — In Randnr. 55 des Urteils Kommission/Deutschland hat der Gerichtshof mit Bedacht ausgeführt, dass er „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".

94. Daher drängt sich meines Erachtens unabhängig davon, ob der Gerichtshof diese Regelung im Hinblick auf die genannten Ziele oder nur im Hinblick auf diejenigen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit prüft, dasselbe Ergebnis auf: Österreich hat gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen.

95. Aufgrund dessen halte ich jedenfalls den ersten Klagegrund der vorliegenden Klage für begründet.

B — *Zum zweiten Klagegrund: Ein entsandter drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer könne seine Situation hinsichtlich seiner Einreise in das österreichische Staatsgebiet und seines dortigen Aufenthalts nicht regularisieren*

1. Vorbringen der Parteien

96. Mit ihrem zweiten Klagegrund wirft die Kommission der Republik Österreich vor, gegen Artikel 49 EG auch insoweit verstoßen zu haben, als sie die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels an einen Staatsangehörigen eines Drittstaats, der von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen entsandt worden ist, dann, wenn der Betreffende ohne Sichtvermerk ins Inland eingereist ist, mit der Folge systematisch verbietet, dass seine Situation in keinem Fall mehr an Ort und Stelle regularisiert werden kann.

97. Zur Stützung dieses Klagegrundes trägt die Kommission vor, ein solches systematisches Verbot, das automatisch mit einer Ausweisung aus dem nationalen Hoheitsgebiet verbunden wäre, stelle eine Beschränkung der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer dar und behindere daher die gewerbliche Erbringung von Dienstleistungen durch das Unternehmen, das die Entsendung dieser Arbeitnehmer plane. Selbst wenn diese Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs einem im Allgemeininteresse liegenden Zweck entsprechen sollte, was die Kommission bezweifelt, wäre sie ihrer Ansicht nach doch unverhältnismäßig, da sie Arbeitnehmer aus Drittstaaten betreffe, die im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats der Niederlassung des Dienstleistungsunternehmens, in das sie am Ende ihrer Entsendung ihrer Bestimmung nach zurückkehrten, legalen Status hätten. Die Kommission beruft sich in diesem Zusammenhang auf das Urteil MRAX vom 25. Juli 2002 [46], in dem es um Drittstaatsangehörige, die mit Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten verheiratet waren, ging, um geltend zu machen, dass die Erteilung eines Aufenthaltstitels an einen entsandten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer ein rein deklaratorischer und kein rechtsbegründender Akt sei, so dass eine Entscheidung über die Verweigerung des Aufenthaltstitels und erst recht eine Abschiebung, die ausschließlich damit begründet würden, dass die gesetzlichen Formvorschriften über die Kontrolle von Ausländern nicht eingehalten worden seien, unverhältnismäßig wären.

98. Die österreichische Regierung räumt ein, dass das in § 10 Absatz 1 Z 3 FrG normierte Verbot der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis geeignet sei, Entsendungen von Arbeitnehmern aus Drittstaaten durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Dienstleistungsunternehmen zu beschränken, sofern dieser Staat nicht Vertragspartei der Schengener Übereinkommen sei, da dann das fragliche Verbot keine Geltung beanspruche. Dieses Verbot sei hingegen nicht unverhältnismäßig. Um die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gewährleisten, sei nämlich eine Beantragung des Sichtvermerks vor der Einreise in das Hoheitsgebiet erforderlich. Durch eine Zulassung der Möglichkeit einer Regularisierung an Ort und Stelle würde letztlich den nationalen Behörden das Recht genommen, einer Person, die eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstelle, die Aufenthaltserlaubnis zu versagen.

2. Beurteilung

99. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Bedingungen der Einreise von Drittstaatsangehörigen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und ihres Aufenthalts dort im Rahmen einer Entsendung durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Dienstleistungsunternehmen bis heute nicht auf Gemeinschaftsebene harmonisiert worden sind.

100. Tatsächlich enthält die Richtlinie 96/71 keine Bestimmung in diesem Sinne. So weist ihre 20. Begründungserwägung darauf hin, dass „die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, die die Einreise und den Aufenthalt von

46 — Rechtssache C-459/99 (Slg. 2002, I-6591, Randnr. 74).

Arbeitnehmern aus Drittländern sowie deren Zugang zur Beschäftigung regeln, von dieser Richtlinie unberührt [bleiben]".

101. Was den Vorschlag von 1999 für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Entsendung von Arbeitnehmern mit Staatsangehörigkeit eines dritten Landes im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen angeht, so sah dieser zwar, wie ich bereits ausgeführt habe, Vorschriften mit Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt dieser Arbeitnehmer vor, er wurde jedoch wieder fallen gelassen [47].

102. Damit fallen die Bedingungen der Einreise und des Aufenthalts in das bzw. dem Hoheitsgebiet des Bestimmungsmitgliedstaats der Entsendung, denen drittstaatsangehörige Arbeitnehmer unterliegen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungsunternehmen entsandt werden, tatsächlich unter die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr.

103. Es ist festzustellen, dass der Mitgliedstaat dadurch, dass er mit der fraglichen Regelung die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels an einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer, der von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen entsandt wird, systematisch dann versagt, wenn der Betreffende ohne Sichtvermerk ins Inland eingereist ist, eine Beschränkung für die Entsendung solcher Arbeitnehmer und damit für die Erbringung gewerblicher Dienstleistungen durch dieses Unternehmen einführt.

104. Indem diese Regelung nämlich jede Möglichkeit einer an Ort und Stelle erfolgenden Regularisierung der Situation des betreffenden Arbeitnehmers ausschließt, setzt sie diesen der Gefahr einer Ausweisung aus dem nationalen Hoheitsgebiet und gegebenenfalls einem Verbot der Rückkehr in dieses Gebiet oder des Aufenthalts in diesem aus. Eine solche Aussicht ist geeignet, die Durchführung der geplanten Entsendung ernsthaft zu gefährden.

105. Um solche Schwierigkeiten zu vermeiden, hat das Dienstleistungsunternehmen nur die Möglichkeit, sich vor der Entsendung zu vergewissern, dass für jeden einzelnen

47 — Siehe Nr. 27 dieser Schlussanträge. In diesem Richtlinienvorschlag war zur Erleichterung von Entsendungen die Einführung eines „EG-Dienstleistungsausweis" genannten Dokuments mit bestimmter — verlängerbarer — Gültigkeitsdauer vorgesehen. Die Behörden des Mitgliedstaats des Sitzes des Dienstleistungserbringers sollten verpflichtet sein, diesem bei Vorliegen einer Entsendeabsicht den EG-Dienstleistungsausweis auf seinen Antrag zu erteilen, sofern der Arbeitnehmer, dessen Entsendung in Betracht gezogen wird, im Hoheitsgebiet dieses Staates legalen Status hat. Im Gegenzug war in Artikel 3 Absatz 1 dieses Vorschlags vorgesehen: „Jeder Mitgliedstaat, in dem eine Dienstleistung erbracht wird, gestattet einem Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines dritten Landes ist, die Einreise und den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet zum Zweck der Erbringung einer oder mehrerer Dienstleistungen, wenn der Betreffende während der gesamten Dauer der Dienstleistung im Besitz des EG-Dienstleistungsausweises und eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ist." In diesem Sinne enthielt Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a und b dieses Vorschlags die grundsätzliche Regelung, dass „[j]eder Mitgliedstaat, in dem eine Dienstleistung erbracht wird, ... weder von dem entsandten Arbeitnehmer noch von dem Leistungserbringer als dessen Arbeitgeber ... ein Einreise- oder Ausreisevisum [oder] einen Aufenthaltstitel oder eine Aufenthaltserlaubnis [verlangt]". Nach Artikel 4 Absatz 2 des Richtlinienvorschlags sollten die Mitgliedstaaten von der fraglichen Richtlinie jedoch aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nach Modalitäten abweichen können, die mit denen der (auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten anwendbaren) Richtlinie 64/221/EG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. 1964, Nr. 56, S. 850), vergleichbar waren.

betroffenen Arbeitnehmer ein Sichtvermerk beantragt und erteilt wurde. Wie aber die Kommission vorgetragen hat, ohne dass ihr Vortrag von der österreichischen Regierung in überzeugender Weise widerlegt worden wäre, hängt die Erteilung eines Sichtvermerks grundsätzlich u. a. von der Einholung einer EU-Entsendebestätigung ab [48], die, wie wir gesehen haben, sechs Wochen ab Eingang der zuvor erforderlichen Anzeige in Anspruch nehmen kann [49]. Die Erteilung eines Sichtvermerks von der Einholung der EU-Entsendebestätigung abhängig zu machen, verstärkt somit tendenziell noch die beschränkende Wirkung des Verbotes einer Regularisierung an Ort und Stelle.

106. Gerade um solche Hindernisse nicht entstehen zu lassen, sah übrigens der Richtlinienvorschlag von 1999, wie ich bereits erwähnt habe, für die Mitgliedstaaten, in denen die betreffende Dienstleistung erbracht werden soll, ein Verbot vor, vom entsandten Arbeitnehmer oder vom Dienstleistungserbringer als Arbeitgeber ein Einreisevisum, einen Aufenthaltstitel oder eine Aufenthaltserlaubnis irgendeiner Art zu verlangen (außer wenn die gesamte Dauer der vorgesehenen Dienstleistung[en] sechs Monate innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten übersteigt) [50].

107. Eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs kann zwar aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sein, geht meines Erachtens jedoch über das hinaus, was im Namen dieser Ziele vorgeschrieben werden kann.

108. Ich erinnere nämlich daran, dass nach ständiger Rechtsprechung [51] eine Berufung auf diese Rechtfertigungsgründe nur möglich ist, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

109. Das in der fraglichen Regelung vorgesehene Verbot der Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels soll aber automatisch dann gelten, wenn ein entsandter Arbeitnehmer, der Angehöriger eines Drittstaats ist, ohne den erforderlichen Sichtvermerk in das nationale Hoheitsgebiet eingereist ist. Ein solcher Verstoß gegen den Visums-

48 — Eine etwa vergleichbare Regelung ist in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen, um die es im Urteil Kommission/Deutschland ging. Nach dieser Regelung ist für die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Dienstleistungsunternehmen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Form eines Sichtvermerks erforderlich, die ihrerseits von der Erfüllung verschiedener Voraussetzungen wie derjenigen abhängt, dass der betreffende Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei dem entsendenden Unternehmen beschäftigt ist (diese Voraussetzung kommt, wie wir gesehen haben, einer der Voraussetzungen für die Erteilung einer Entsendebestätigung in Österreich nahe).

49 — Siehe Nr. 36 dieser Schlussanträge.

50 — Dieser Richtlinienvorschlag beruht nach seiner vierten Begründungserwägung auf folgender Feststellung: „Die Dienstleistungserbringer, die einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer entsenden müssen, werden in einem Maß mit Problemen konfrontiert, dass die Unternehmen häufig gezwungen sind, auf die betreffenden Aufträge zu verzichten, oder es entstehen nachteilige Verzögerungen ...“

51 — Siehe Nr. 53 dieser Schlussanträge.

zwang, so beanstandungswürdig er sein mag[52], genügt meiner Ansicht nach jedoch nicht für eine Bejahung des Vorliegens einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt[53], und damit auch nicht für eine Rechtfertigung des streitigen Verbotes und der dieses Verbot möglicherweise begleitenden Maßnahmen (Abschiebung sowie Einreise- und Aufenthaltsverbot im nationalen Hoheitsgebiet). Das fragliche Verbot erscheint daher wegen seines automatischen Charakters als im Hinblick auf das Ziel, die öffentliche Ordnung oder Sicherheit zu wahren, unverhältnismäßig.

110. Das gilt hier umso mehr, als das genannte Verbot auch dann Anwendung finden soll, wenn der betreffende Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, von dem aus er entsandt worden ist, legalen Status hat oder wenn er eine EU-Entsendebestätigung vorlegen kann (was, wie wir gesehen haben, voraussetzt, dass das Dienstleistungsunternehmen bereits besonders einschneidenden Anforderungen nachgekommen ist); er ist in diesem Fall nämlich weit davon entfernt, eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes darzustellen, sondern bietet vielmehr gewichtige Garantien hinsichtlich seines Aufenthalts im nationalen Hoheitsgebiet und seiner Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat nach Erledigung seines Auftrags.

111. Auch bestrafen meines Wissens die meisten Mitgliedstaaten, die die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen von der Einholung eines Einreisevisums oder eines Aufenthaltstitels abhängig machen, die illegale Einreise dieser Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet nicht damit, dass sie ihnen eine Regularisierung ihrer Situation an Ort und Stelle automatisch verweigern[54]. Diese rechtsvergleichenden Angaben bestärken mich in meiner Auffassung, dass das fragliche Verbot über das hinausgeht, was zur Wahrung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich ist.

112. Hiergegen spricht auch nicht, dass sich das streitige Verbot, wie die österreichische Regierung vorträgt, grundsätzlich nicht zu Lasten drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer, die für eine bestimmte Zeit durch ein in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich ansässiges Unternehmen entsandt werden und Inhaber eines Titels sind, der sie zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet ihres Herkunftsmitgliedstaats berechtigt, auswirken soll, wenn dieser Staat Vertragsstaat der Schengener Übereinkommen, insbesondere

52 — Nach ständiger Rechtsprechung „hindert das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, die Verletzung nationaler Vorschriften zur Überwachung von Ausländern mit allen geeigneten Sanktionen zu belegen, die zur Gewährleistung der Wirksamkeit dieser Vorschriften erforderlich sein können ..., sofern diese Sanktionen verhältnismäßig sind". Vgl. Urteil MRAX (Randnr. 77 und die angeführte Rechtsprechung).

53 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75 (Royer, Slg. 1976, 497, Randnr. 47) und Urteil MRAX (Randnr. 79).

54 — Die einzigen Mitgliedstaaten, in denen es eine solche Sanktion gibt, sind offenbar die Italienische Republik, die Republik Ungarn, die Republik Polen und die Republik Slowenien. Obwohl die Erteilung eines Sichtvermerks grundsätzlich vor der Einreise in das betreffende Hoheitsgebiet — im Allgemeinen bei den konsularischen Stellen des Landes, in dem der Betreffende seinen Wohnsitz hat — beantragt werden muss, ist diese Sanktion offenbar im Königreich Belgien, in der Tschechischen Republik, im Königreich Dänemark, in der Bundesrepublik Deutschland, der Hellenischen Republik und der Französischen Republik, in Irland, im Großherzogtum Luxemburg, im Königreich Schweden sowie im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland nicht vorgesehen. Die belgischen, die dänischen und die französischen Behörden scheinen zudem auch die Möglichkeit einer Regularisierung an Ort und Stelle zuzulassen.

desjenigen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen ist [55].

113. Zwar sieht Artikel 21 Absatz 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens vor: „Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, können sich aufgrund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen [56] erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen."

114. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass Arbeitnehmer, die Angehörige von Drittstaaten im Verhältnis zur Europäischen Union sind und für einen Zeitraum von längstens drei Monaten von einem Dienstleistungsunternehmen entsandt werden, das in einem anderen Mitgliedstaat, der Vertragsstaat des Schengener Durchführungsübereinkommens ist, ansässig ist, keines irgendwie gearteten Sichtvermerks oder Aufenthaltstitels der österreichischen Behörden bedürfen, um ihren Auftrag im Rahmen dieser Entsendung erfüllen zu können. Es genügt nämlich, dass die betreffenden Arbeitnehmer, sofern sie die Voraussetzungen des Artikels 21 Absatz 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens erfüllen, Inhaber eines von den Behörden des Vertragsstaats, aus dem sie stammen, erteilten Aufenthaltstitels sind. Somit fallen diese Arbeitnehmer per definitionem nicht unter das Verbot der Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels durch die österreichischen Behörden, das im Fall einer Einreise ohne Sichtvermerk in das österreichische Staatsgebiet gilt.

115. Gleichwohl kommt es für die Beurteilung der Frage, ob die genannte Beschränkung unverhältnismäßig ist, und damit für die Beurteilung der Begründetheit des zweiten Klagegrundes auf diese Erwägung unabhängig davon, in welchem Maße das fragliche Verbot abgemildert ist (meines Erachtens übrigens nicht in sehr erheblichem Maße), nicht an. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Vertragsverletzung nämlich ungeachtet der Bedeutung oder Schwere des festgestellten Verstoßes zu bejahen [57].

116. Ich gelange deshalb zu der Schlussfolgerung, dass der zweite Klagegrund der vorliegenden Klage begründet ist.

55 — Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABl. 2000, L 239, S. 19, im Folgenden: Schengener Durchführungsübereinkommen). Alle anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Irlands, des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland sowie der neuen Mitgliedstaaten (die der Europäischen Union im Mai 2004 beigetreten sind) sind diesem Übereinkommen beigetreten.

56 — Es handelt sich um folgende Voraussetzungen: Buchstabe a: Der Betreffende muss im Besitz eines oder mehrerer gültiger Papiere seien, die zum Übertritt über die Außengrenze des Schengener Raums berechtigen; Buchstabe c: er muss gegebenenfalls die Dokumente vorzeigen, die seinen Aufenthaltszweck und die Umstände seines Aufenthalts belegen, und über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem seine Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel auf legale Weise zu erwerben; Buchstabe e: er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die nationale Sicherheit oder die internationalen Beziehungen einer der Vertragsparteien darstellen.

57 — Vgl. zur Veranschaulichung durch eine Entscheidung aus jüngerer Zeit Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-333/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-1025, Randnr. 32).

IV — Ergebnis

117. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. festzustellen, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen hat,

   — indem sie eine Regelung erlassen hat und aufrechterhält, nach der die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen davon abhängig ist, dass dieses eine „EU-Entsendebestätigung" genannte vorherige Genehmigung der Verwaltung erhalten hat, deren Erteilung zum einen voraussetzt, dass die betreffenden Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr in einem Arbeitsverhältnis zu diesem Unternehmen stehen oder mit ihm einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen haben, und zum anderen, dass sie für die Dauer der künftigen Entsendung der in Österreich geltenden Lohn- und Beschäftigungsregelung unterworfen werden;

   — indem sie eine Regelung erlassen hat und aufrechterhält, die die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels an einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer, der von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen entsandt worden ist und ohne Sichtvermerk in das nationale Hoheitsgebiet eingereist ist, mit der Folge systematisch verbietet, dass seine Situation in keinem Fall mehr an Ort und Stelle regularisiert werden kann;

2. der Republik Österreich ihre eigenen Kosten und die Kosten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften aufzuerlegen.