SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 1. Juni 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das vorliegende Verfahren hat eine Fallgestaltung zum Gegenstand, zu deren Beurteilung der Gerichtshof bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr Gelegenheit hatte. Es handelt sich um den Fall eines in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens, das in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen erbringt und hierfür eigene Arbeitnehmer einsetzt, die die Staatsangehörigkeit von Drittländern besitzen. In einem solchen Fall ist die Dienstleistung notwendigerweise mit einer *vorübergehenden Entsendung* der aus Drittländern stammenden Arbeitnehmer in den Mitgliedstaat verbunden, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist [1]. Dies hat zur Folge, daß, wenn das Aufnahmeland in Anwendung seiner eigenen arbeitsrechtlichen Vorschriften Bedingungen aufstellt, die die Entsendung der Arbeitnehmer in irgendeiner Form erschweren können, sich diese Bedingungen reflexartig auch als Hemmnis für die Dienstleistungserbringung durch das Unternehmen auswirken, bei dem die Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Die einschlägige nationale Regelung

2. Vor diesem Hintergrund stellen sich die Fragen, die das nationale Gericht im vorliegenden Verfahren formuliert hat. Die Fragestellung betrifft in Wirklichkeit einige spezielle Aspekte der französischen Regelung über den für Arbeitnehmer aus Drittländern bestehenden *Zugang zur Beschäftigung* im französischen Hoheitsgebiet. Diese Regelung — mit der sich der Gerichtshof zum Teil bereits in dem Urteil Rush Portuguesa befaßt hat [2] — kann wie folgt beschrieben werden.

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Es ist darauf hinzuweisen, daß der Fall der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern (der Gemeinschaft) vom Gemeinschaftsgesetzgeber auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit berücksichtigt worden ist. Artikel 14 Nr. 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (in der durch die Verordnung [EWG] Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 kodifizierten Fassung — ABl. L 230, S. 6), sieht insoweit vor:
„1. a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist ..."

2 — Urteil vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Slg. 1990, I-1417).

3. Artikel L. 341-2 des französischen Code du travail sieht vor:

„Für die Einreise nach Frankreich zum Zweck der Ausübung einer Tätigkeit als Arbeitnehmer muß der ausländische Staatsangehörige außer den Dokumenten und Sichtvermerken, die von den internationalen Übereinkünften und geltenden Verordnungen vorgeschrieben werden, einen amtlich beglaubigten Arbeitsvertrag oder eine Arbeitserlaubnis und ein ärztliches Zeugnis vorweisen."

4. Diesen Verpflichtungen der ausländischen Arbeitnehmer, die eine Arbeitnehmertätigkeit in Frankreich aufnehmen wollen, steht eine besondere Verpflichtung der Arbeitgeber gegenüber. Artikel L. 341-6 Absatz 1 lautet:

„Niemand darf einen ausländischen Staatsangehörigen einstellen oder weiterbeschäftigen, der nicht Inhaber einer Erlaubnis zur Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit in Frankreich ist, sofern der Besitz einer solchen Erlaubnis durch Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften oder internationale Verträge oder Übereinkünfte vorgeschrieben ist."

5. Für die Durchführung dieser Bestimmungen ist das Office des migrations internationales (OMI) zuständig. Das OMI, eine eng mit dem Arbeitsministerium verbundene Einrichtung des öffentlichen Rechts, hat im wesentlichen die Aufgabe, den Bereich der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, die für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach Frankreich kommen wollen, und der französischer und anderer Arbeitnehmer, die bereits in Frankreich wohnen und im Ausland arbeiten möchten, zu verwalten. In diesem Bereich besitzt das OMI ein gesetzliches Monopol [3]. Artikel L. 341-9 des Code du travail bestimmt nämlich:

„Vorbehaltlich der internationalen Übereinkünfte werden die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Beschäftigung aus den Überseegebieten stammender Arbeitnehmer und ausländischer Staatsangehöriger in Frankreich und ihrer Zuwanderung in das Mutterland sowie der Anwerbung von Arbeitnehmern gleich welcher Staatsangehörigkeit innerhalb Frankreichs für eine Beschäftigung im Ausland ausschließlich dem Office des migrations internationales übertragen. Jeder Einzelperson oder Vereinigung außer diesem Office ist die Ausübung dieser Tätigkeiten untersagt."

Dieser Kernbereich der Tätigkeit des OMI ist durch Artikel R. 341-9, eingefügt durch ein Dekret aus dem Jahr 1975, um die Zuständigkeit erweitert worden, „alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Empfang, der Information, der sozialen und beruflichen Eingliederung sowie der den Einwanderern möglicherweise für die Rückkehr in ihr Heimatland zu gewährenden Hilfe" zu übernehmen.

3 — Vgl. *Lamy social*, 1994, Nr. 29: „en principe, tout étranger désirant travailler en France, doit entrer le cadre de la procédure dite d'introduction organisée par l'OMI. Cet organisme détient en effet le monopole des opérations de recrutement et de l'introduction en France des étrangers. La violation de ce monopole est sanctionnée pénalement." Zu den — auch finanziellen — Folgen einer Verletzung des Monopols des OMI vgl. ebenda Nrn. 52 ff.

6. Zur Finanzierung seiner Tätigkeit stehen dem OMI gemäß Artikel R. 341-25 neben öffentlichen Zuschüssen und dem Aufkommen aus unentgeltlichen Zuwendungen Einnahmen aus kostendeckenden Gebühren („redevances représentatives de frais") oder Pauschalbeiträgen („contributions forfaitaires") zur Verfügung, die von den Arbeitgebern der durch Vermittlung des OMI beschäftigten Arbeitnehmer getragen werden.

7. Diese Bestimmungen sind unter anderem mit einem eigenen Bußgeldtatbestand bewehrt. So sieht Artikel L. 341-7 des Code du travail vor:

„Unbeschadet einer etwaigen strafrechtlichen Verfolgung hat ein Arbeitgeber, der einen ausländischen Arbeitnehmer unter Verstoß gegen Artikel L. 341-6 Absatz 1 beschäftigt hat, an das Office des migrations internationales einen Sonderbeitrag zu zahlen. Die Höhe dieses Sonderbeitrags darf das 500fache des gesetzlichen Mindeststundenlohns gemäß Artikel L. 141-8 nicht unterschreiten."

Sachverhalt

8. Herr Vander Elst, der die belgische Staatsangehörigkeit besitzt, ist in Belgien Inhaber eines Spezialabbruchunternehmens. Außer Arbeitnehmern mit belgischer Staatsangehörigkeit gehört auch eine Reihe von Arbeitnehmern mit marokkanischer Staatsangehörigkeit zur Belegschaft des Unternehmens. Letztere sind beim Unternehmen Vander Elst seit mehreren Jahren fest beschäftigt; sie halten sich rechtmäßig in Belgien auf, besitzen in diesem Land eine ordnungsgemäße Arbeitserlaubnis und haben einen ordnungsgemäßen Arbeitsvertrag geschlossen.

9. Im April 1989 sandte Herr Vander Elst für die Ausführung von Arbeiten in Frankreich, in Reims, eine Arbeitsgruppe von acht Personen, die aus vier Arbeitnehmern mit belgischer und vier mit marokkanischer Staatsangehörigkeit bestand, vor Ort.

Es ist unstreitig, daß die vier marokkanischen Arbeitnehmer zur Stammbelegschaft des Unternehmens gehörten und daß ihnen das Französische Konsulat in Brüssel den Sichtvermerk ausgestellt hatte, der für die Einreise nach Frankreich und den Aufenthalt dort während der für die Ausführung der Arbeiten nötigen Zeit vorgeschrieben war.

10. Bei einer Kontrolle, die die französische Gewerbeaufsichtsbehörde auf der Baustelle in Reims durchführte, stellte sich heraus, daß die vier erwähnten marokkanischen Arbeitnehmer nicht die nach Artikel L. 341-6 des Code du travail erforderliche Arbeitserlaubnis besaßen und für die Erbringung ihrer Arbeitsleistungen in Frankreich unter Mißachtung der für eine Beschäftigung geltenden besonderen Verfahren des Artikels L. 341-9 des Code du travail eingesetzt worden waren.

Wegen der festgestellten Unregelmäßigkeiten wurde Herrn Vander Elst die Zahlung eines Sonderbeitrags gemäß Artikel L. 341-7 in Höhe von 121 520 FF, später herabgesetzt auf 30 380 FF, auferlegt.

Die Vorlagefragen

11. In dem Rechtsstreit, der durch die von Herrn Vander Elst gegen diesen Bescheid erhobene Anfechtungsklage eingeleitet wurde, hat das Tribunal administratif Châlons-sur-Marne das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, deren Gegenstand folgendermaßen umschrieben werden kann:

Wenn ein Unternehmen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen erbringt und hierfür Arbeitnehmer entsendet, die die Staatsangehörigkeit von Drittländern besitzen und bei dem Unternehmen ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt sind, stehen dann die Artikel 59 ff. EWG-Vertrag der Anwendung einer nationalen Regelung wie der oben beschriebenen französischen entgegen, die zum einen den Einsatz dieser Arbeitnehmer von Voraussetzungen wie

— der Verpflichtung, sich zwecks Ausstellung einer Arbeitserlaubnis an eine nationale Behörde zu wenden, die ein Monopol für die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Drittländern besitzt,

— der Verpflichtung, an diese Behörde ein Entgelt für die Verwaltungshandlung zu zahlen,

abhängig macht und nach der zum anderen der Einsatz dieser Arbeitnehmer, wenn die genannte Arbeitserlaubnis für sie nicht eingeholt wurde, mit einer Geldbuße geahndet wird?

Zusammenfassung der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Dienstleistungsverkehrs

12. Es ist unstreitig, daß es in der vorliegenden Rechtssache um die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Artikel 59 ff. EWG-Vertrag geht. Denn bei der Tätigkeit, die hier in Frage steht, handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die gegen Entgelt von einem Unternehmen ausgeübt wird, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Leistung zu erbringen ist, niedergelassen ist [4].

13. Vor der Prüfung der Frage, ob die streitige französische Regelung ein mit den Rech-

4 — Vgl. zum Begriff der „Dienstleistung" im Sinne der Artikel 59 ff. zuletzt Urteil vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-275/92 (Schindler, Slg. 1994, I-1039).

ten, die den einzelnen durch die Artikel 59 ff. gewährleistet werden, unvereinbares Hemmnis darstellt, erscheint demnach ein kurzer Überblick über die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf diesem Gebiet sinnvoll.

Dazu ist zunächst festzustellen, daß der Gerichtshof mehrfach ausgeführt hat, daß der Zweck dieser Bestimmungen im wesentlichen darin liegt, durch die Beseitigung staatlicher Maßnahmen, die den grenzüberschreitenden Austausch von Dienstleistungen behindern können, die vollständige Integration des europäischen Marktes zu bewirken. Unter diesem Blickwinkel hat der Gerichtshof betont, daß Artikel 59 — im übrigen nicht anders als Artikel 48 — den Gemeinschaftsbürgern die Ausübung jeder Art von Erwerbstätigkeit im gesamten Gebiet der Gemeinschaft erleichtern soll und jeder nationalen Regelung entgegensteht, die sie bei der Ausdehnung ihrer Tätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats hinaus benachteiligen könnte [5].

14. Im Einklang mit dieser Zielsetzung hat der Gerichtshof sodann näher entwickelt, welche Tragweite den sich aus den Artikeln 59 ff. ergebenden Rechten zukommt. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet Artikel 59 EWG-Vertrag zunächst sowohl offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit als auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen [6].

15. Der Gerichtshof hat weiterhin — unter Bestätigung der auf dem Gebiet des Warenverkehrs seit langem anerkannten Grundsätze der *gegenseitigen Anerkennung* und der *Verhältnismäßigkeit* für den Bereich des Dienstleistungsverkehrs — festgestellt, daß der durch die Artikel 59 ff. gewährleistete freie Dienstleistungsverkehr auch die Beseitigung solcher Beschränkungen umfaßt, die sich daraus ergeben können, daß auf einen in einem Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden unterschiedslos anwendbare Vorschriften des Mitgliedstaats angewandt werden, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist.

Wie sich aus der neuesten Rechtsprechung ergibt [7], können nämlich, solange die für Dienstleistungen geltenden Vorschriften nicht harmonisiert sind und auch keine Gleichwertigkeitsregelung erlassen worden ist, Beschränkungen der vom EWG-Vertrag in diesem Bereich garantierten Freiheit daher rühren, daß innerstaatliche Vorschriften, die alle im Inland ansässigen Personen erfassen, auf im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässige Erbringer von Dienstleistungen angewandt werden, die bereits den Vor-

5 — Vgl. Urteile vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Webb, Slg. 1981, 3305), vom 7. Juli 1988 in der Rechtssache 143/87 (Stanton, Slg. 1988, 3877) und vom 20. Mai 1992 in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3351).

6 — Vgl. Urteile vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401) und vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/88 (Kommission/Italien, Slg. 1989, 4035). Beide Urteile betrafen Sachverhalte einer indirekten Diskriminierung, d. h. einer Diskriminierung, die sich aus Kriterien ergab, die, obgleich sie nicht auf die Staatsangehörigkeit des Dienstleistenden abstellten, de facto zu einem ähnlichen Ergebnis führten: Im ersten Fall war ein bestimmter Anteil von öffentlichen Bauaufträgen Unternehmen vorbehalten worden, deren Sitz in der Region lag, in der die Arbeiten durchgeführt wurden; im zweiten Fall war ein Teil öffentlicher Lieferaufträge Unternehmen vorbehalten worden, die ganz oder überwiegend in staatlichem Besitz standen.

7 — Vgl. insb. Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Gouda, Slg. 1991, I-4007) und in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069).

schriften dieses Mitgliedstaats genügen müssen.

Derartige Beschränkungen fallen unter das Verbot des Artikels 59, sofern die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften auf ausländische Dienstleistende nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist oder soweit den Erfordernissen, die diesen Vorschriften zugrunde liegen, bereits durch die Vorschriften Rechnung getragen ist, denen der Dienstleistende in dem Staat, in dem er ansässig ist, unterliegt. Dementsprechend ist nachzuweisen, daß die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften (auf die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistenden) zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet ist und das Maß des dafür Erforderlichen nicht überschreitet; mit anderen Worten, das gleiche Ergebnis darf nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreichbar sein [8].

16. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine bestimmte nationale Regelung nach den genannten Kriterien auf eine Dienstleistung, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen erbracht wird, *anwendbar* ist, sofern

i) diese Regelung keine — formale oder materielle — Diskriminierung des im anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden bewirkt

ii) und, falls es sich um eine auf jeden im Inland tätigen Dienstleistenden unterschiedslos anwendbare Regelung handelt, die Anwendung der nationalen Vorschriften

a) zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses Rechnung trägt

b) und nicht durch Maßnahmen ersetzt werden kann, die den Dienstleistungsverkehr weniger beschränken.

Die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die streitige Regelung

17. Im vorliegenden Fall ist offenkundig, daß sich die in Frage stehende nationale Regelung auf den freien Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft beschränkend auswirkt. Wie erwähnt, hat der Gerichtshof bereits im Urteil Rush Portuguesa die französischen Vorschriften geprüft, nach denen Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten,

8 — Vgl. Urteile vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659), in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709) und in der Rechtssache C-159/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-691).

die unter Entsendung eigener Arbeitnehmer in Frankreich Dienstleistungen erbringen wollen, verpflichtet sind, sich an das OMI zu wenden und für die entsandten Mitarbeiter eine Arbeitserlaubnis einzuholen. Der Gerichtshof hat dazu festgestellt:

„Die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag [hindern] einen Mitgliedstaat daran, es einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen zu verbieten, mit seinem gesamten Personal in das Gebiet des erstgenannten Staates einzureisen, oder die Einreise des betroffenen Personals von einschränkenden Bedingungen wie der Bedingung der Einstellung von Personal an Ort und Stelle oder der Pflicht zur Einholung einer Arbeitserlaubnis abhängig zu machen. Durch die Auferlegung solcher Bedingungen wird nämlich *der Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat gegenüber seinen im Aufnahmeland ansässigen Konkurrenten, die sich ihres eigenen Personals ungehindert bedienen können, diskriminiert und seine Fähigkeit, die Leistungen zu erbringen, beeinträchtigt*" (Hervorhebung von mir).

Der Gerichtshof geht bei seiner Beurteilung von der Voraussetzung aus, daß die in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, die — wie das Unternehmen Rush Portuguesa oder das Unternehmen Vander Elst — unter Entsendung *eigener Arbeitnehmer* Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen wollen, im Land ihrer Niederlassung die für die Einstellung von (ausländischen und einheimischen) Arbeitnehmern vorgeschriebenen rechtlichen Verfahren *schon* abgewickelt und den damit verbundenen Verwaltungs-und Kostenaufwand *schon* getragen haben. Für diese Unternehmen besteht folglich, da sie ihre eigenen festen Mitarbeiter einsetzen, keine Notwendigkeit, sich an die Arbeitsbehörden des Aufnahmelandes zu wenden und sich den entsprechenden Verfahren zu unterziehen: Wird dies dagegen — wie durch die streitige französische Regelung — für sie zur Pflicht gemacht, so bedeutet dies eine *Verdoppelung* der Belastungen und Formalitäten, die jeder Rechtfertigung entbehrt und geeignet ist, diese Unternehmen im Wettbewerb gegenüber den inländischen Dienstleistenden zu benachteiligen.

18. Diese beschränkende Wirkung kann nur verstärkt werden durch den — im Urteil Rush Portuguesa nicht geprüften — Umstand, daß der Arbeitgeber dem OMI nach Artikel R. 341-25 des französischen Code du travail ein Entgelt für das arbeitsbehördliche Tätigwerden zu zahlen hat und daß weiterhin nach Artikel L. 341-7 des Code Arbeitgebern, die unter Verletzung des Beschäftigungsmonopols des OMI Arbeitnehmer ohne die vorgeschriebene Arbeitserlaubnis einsetzen, eine Geldbuße auferlegt wird.

Diese Belastungen — und insbesondere das in Artikel R. 341-25 vorgeschriebene Entgelt — könnten gerechtfertigt sein, wenn das OMI dem Unternehmen die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte, für die es das gesetzliche Monopol besitzt, *tatsächlich* vermitteln würde. Das ist aber nicht der Fall bei Unternehmen, die sich — wie das Unternehmen Vander Elst — auf die vorübergehende Entsendung eigener Mitarbeiter nach Frankreich beschränken: Da diese Unternehmen

auf dem französischen Arbeitsmarkt keinen Arbeitnehmer anzuwerben brauchen, *nehmen sie keinerlei Dienstleistung des OMI in Anspruch und verletzen kein Monopol.*

19. Die Regierungen, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, sind indessen der Ansicht, daß sich die Erwägungen des Gerichtshofes im Urteil Rush Portuguesa nicht auf den vorliegenden Fall übertragen ließen. Tatsächlich handelte es sich bei den entsandten Arbeitnehmern in der Rechtssache Rush Portuguesa um portugiesische Staatsangehörige und obgleich die portugiesischen Arbeitnehmer seinerzeit aufgrund einer besonderen Übergangsregelung noch nicht alle Rechte der Arbeitnehmer der Gemeinschaft genossen, konnte doch der bloße Umstand, daß sie die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Gemeinschaft besaßen, einen stärkeren Schutz der Dienstleistungsfreiheit für das Unternehmen, bei dem sie beschäftigt waren, rechtfertigen.

Der Einwand erscheint nicht ganz begründet. Zunächst ist in allgemeiner Hinsicht festzustellen, daß in der vorliegenden Rechtssache — ebenso wie in der Rechtssache Rush Portuguesa — nicht *eigene* Rechte der *Arbeitnehmer* in Frage stehen, sondern Rechte der *Unternehmen*, bei denen die Arbeitnehmer beschäftigt sind. Der Gerichtshof hat insoweit grundsätzlich entschieden, daß

„ein Mitgliedstaat ... seine Kontrollbefugnisse, die er hinsichtlich der Beschäftigung von Angehörigen von Drittstaaten ausübt, nicht dazu benutzen [darf], um einem Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats, das gemäß den Artikeln 59 und 60 EWG-Vertrag die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs in Anspruch nehmen kann, eine diskriminierende Belastung aufzuerlegen" [9].

Aus dieser Sicht erscheinen etwaige Unterschiede in der Rechtsstellung der entsandten Arbeitnehmer — wie sie sich angeblich daraus ergeben, daß im einen Fall einer Übergangsregelung unterliegende Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats und im anderen Fall Arbeitnehmer aus Drittländern betroffen sind — gänzlich bedeutungslos. Entscheidend ist vielmehr die Feststellung, ob und inwieweit die Anwendung der (den Zugang zur Beschäftigung regelnden) nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu einer ungerechtfertigten Beschränkung der Rechte führt, die die Artikel 59 ff. EWG-Vertrag den *Unternehmen* der Gemeinschaft gewährleisten.

20. Der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, daß zwischen der Situation der portugiesischen Arbeitnehmer in der Rechtssache Rush Portuguesa und der der marokkanischen Arbeitnehmer im vorliegenden Verfahren in bezug auf die streitigen französischen Vorschriften kein echter Unterschied besteht: Hinsichtlich der Anwendung dieser Vorschriften — insbesondere der obligatorischen Einschaltung des OMI bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und des Verbots, Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis zu beschäftigen — befanden sich die einen wie die anderen in der gleichen Lage.

9 — Urteil vom 3. Februar 1982 in den verbundenen Rechtssachen 62/81 und 63/81 (Seco und Desquenne, Slg. 1982, 223).

Die portugiesischen Arbeitnehmer unterlagen nämlich einer Übergangsregelung, nach der sie nicht die Rechte der übrigen Arbeitnehmer der Gemeinschaft aus den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft [10] besaßen. Sie hatten insbesondere keinen Anspruch auf Gleichbehandlung beim *Zugang zur Beschäftigung* (gemäß Artikel 1 der Verordnung), weshalb für sie „ein besonderes Verfahren für die Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer" (im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung) vorgesehen werden durfte; auf der anderen Seite stand ihnen die Gleichbehandlung bei der *Ausübung der Beschäftigung* (wie vor allem hinsichtlich der Bedingungen der Vergütung, der Kündigung, der beruflichen Wiedereingliederung, der sozialen und steuerlichen Vorteile usw.) gemäß den Artikeln 7 ff. der Verordnung in vollem Umfang zu. Eben weil die Artikel 1 bis 6 der Verordnung für diese Arbeitnehmer nicht galten, konnten diese keinen *originären* Anspruch auf Nichtanwendung der Vorschriften des französischen Code du travail über die obligatorische Einschaltung des OMI und den Arbeitserlaubnisvorbehalt auf ihren Fall geltend machen; sie konnten aber einen solchen Anspruch aus *abgeleitetem* Recht geltend machen, sofern sie — wie in dem vom Gerichtshof geprüften Fall — bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt waren.

Ähnlich haben die vom Unternehmen Vander Elst beschäftigten marokkanischen Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu den Gemeinschaftsangehörigen, soweit die Voraussetzungen und Verfahren des *Zugangs zur Beschäftigung* in Frage stehen. Nach den Artikeln 40 und 41 des Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko [11] genießen sie die Gleichbehandlung nur in bezug auf die *Arbeits-und Vergütungsbedingungen und die Bedingungen der sozialen Sicherheit.*

Hinsichtlich der Anwendung der französischen Vorschriften über den Zugang ausländischer Staatsangehöriger zur Beschäftigung ist der Status der marokkanischen Mitarbeiter des Unternehmens Vander Elst somit genau der gleiche wie der der portugiesischen Mitarbeiter des Unternehmens Rush Portuguesa.

In beiden Fällen war es ohne weiteres mit dem Status dieser Arbeitnehmer vereinbar, daß die französischen Behörden den Zugang zur Beschäftigung kontrollierten und beschränkten; in beiden Fällen konnte die Anwendung dieser nationalen Vorschriften aber deshalb in Konflikt mit den Artikeln 59 ff. EWG-Vertrag geraten, weil die betroffenen Arbeitnehmer von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen vorübergehend für die Erbringung von Dienstleistungen nach Frankreich entsandt wurden.

10 — ABl. L 257, S. 2.

11 — Unterzeichnet am 27. April 1976 in Rabat und im Namen der Gemeinschaft genehmigt mit Verordnung (EWG) Nr. 2211/78 des Rates vom 26. September 1978 (ABl. L 264, S. 1).

Die zur Rechtfertigung der streitigen Regelung vorgebrachten Gründe

21. Die im vorliegenden Verfahren beteiligten Regierungen haben weiterhin vorgetragen, die Anwendung der fraglichen französischen Vorschriften sei zur Wahrung bestimmter Anliegen von allgemeinem Interesse erforderlich, und zwar insbesondere im Zusammenhang mit der Kontrolle der Zu-und Abwanderung von Angehörigen von Drittstaaten, mit dem störungsfreien Funktionieren des Arbeitsmarktes und mit dem Schutz der Arbeitnehmer und des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen.

Zur Kontrolle der Zu-und Abwanderung von Angehörigen von Drittstaaten

22. Insoweit ist zunächst festzustellen, daß die streitigen französischen Bestimmungen, die die Einschaltung des OMI und die Einholung einer Arbeitserlaubnis zur Pflicht machen (und die Entrichtung der entsprechenden Gebühr sowie die Ahndung der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen vorsehen), zu den Rechtsvorschriften gehören, die die Voraussetzungen des Zugangs zur Beschäftigung regeln; hingegen liegt ihr Zweck offenbar nicht darin, die Einreise von Angehörigen von Drittstaaten in das Inland und ihren Aufenthalt dort zu kontrollieren.

23. Abgesehen davon verfügen die Mitgliedstaaten aber auch über *andere* Instrumente, um die Zu-und Abwanderung von Angehörigen von Drittstaaten in ihrem Gebiet zu kontrollieren. Die — in den Artikeln 48 Absatz 2 und 56 Absatz 1 EWG-Vertrag ausdrücklich erwähnten — Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gestatten es den Mitgliedstaaten nämlich, für die Zu-und Abwanderung dieses Personenkreises besondere Kontrollen und Erlaubnisse vorzuschreiben, so insbesondere Einreisevisa und Aufenthaltserlaubnisse. Demgemäß haben die französischen Stellen im übrigen eine Visumspflicht für die Angehörigen verschiedener Drittstaaten geschaffen, darunter insbesondere für marokkanische Staatsangehörige (im vorliegenden Fall ist außerdem unstreitig, daß die beim Unternehmen Vander Elst beschäftigten marokkanischen Arbeitnehmer das Visum, das für die Einreise nach Frankreich und den Aufenthalt dort während der für die Ausführung der Arbeiten nötigen Zeit vorgeschrieben war, beim zuständigen Konsulat beantragt und erhalten haben).

Daraus folgt, daß die streitigen Vorschriften auch in dieser Hinsicht lediglich eine unnötige *Verdoppelung* von Kontrollen bewirken, die bereits mit anderen, besser geeigneten Instrumenten durchgeführt werden.

Zu den Erfordernissen des Schutzes des inländischen Arbeitsmarktes

24. Sowohl die französische als auch die deutsche Regierung haben geltend gemacht, wenn einem in einem anderen Mitgliedstaat

ansässigen Unternehmen gestattet würde, eigene Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit von Drittländern zur Erbringung von Dienstleistungen in andere Mitgliedstaaten zu entsenden, so könne dies Störungen auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes zur Folge haben.

Dieser Einwand erscheint indessen nicht begründet. Wie bereits ausgeführt und wie auch die Kommission vorträgt, *tritt* das Unternehmen, das zur Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat *eigene* Arbeitnehmer einsetzt, auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes *in keiner Weise in Erscheinung*. In einem solchen Fall sind die Arbeitnehmer nämlich im Mitgliedstaat der Niederlassung nach den dort geltenden Verfahren eingestellt worden und werden nur vorübergehend in das Land entsandt, in dem die Dienstleistung erbracht wird. Diese Erwägung findet im übrigen eine Bestätigung im Urteil Rush Portuguesa, in dem der Gerichtshof im Hinblick auf den vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern, die zur Ausführung von Arbeiten in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, darauf hingewiesen hat, daß diese Arbeitnehmer „nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunftsland zurück[kehren], ohne zu irgendeinem Zeitpunkt auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats aufzutreten".

25. Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist weiterhin geltend gemacht worden, auch wenn die in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen nach den Artikeln 59 ff. EWG-Vertrag berechtigt wären, eigene Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen vorübergehend in andere Mitgliedstaaten zu entsenden, so müsse doch den Behörden des Aufnahmelandes die Befugnis zugestanden werden, zu überprüfen, ob das betroffene Unternehmen das ihm durch den EWG-Vertrag zuerkannte Recht nicht *mißbrauche*. Insbesondere müßten die Behörden des Aufnahmelandes nachprüfen können, ob das Unternehmen sich dieses Recht nicht nur zunutze mache, um eigene Beschäftigte in einen anderen Mitgliedstaat zu senden und ihnen dort eine Anstellung zu verschaffen oder sie anderen Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

26. Dazu ist zu sagen, daß der Gerichtshof im Urteil Rush Portuguesa die Berechtigung von Kontrollen zu diesem Zweck anerkannt hat. Allerdings hat er klargestellt:

„Bei solchen Kontrollen sind jedoch die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen zu beachten, 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."

27. Meines Erachtens kann der Gerichtshof diese Feststellung im vorliegenden Verfahren weiter präzisieren. Nach meiner Auffassung läßt sich insoweit sagen, daß

— im Interesse der *Wirksamkeit* derartiger Kontrollen die nationale Behörde *vorher* von der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten in das Gebiet des Aufnahmestaates zu

unterrichten ist und zu diesem Zweck verlangen kann, daß das entsendende Unternehmen eine Bescheinigung (eine Arbeitserlaubnis oder entsprechende andere Bescheinigung) einholt, mit der bestätigt wird, daß die betroffenen Arbeitnehmer *im Niederlassungsstaat ordnungsgemäße Arbeitsverträge* geschlossen haben;

— die insoweit vorgenommene Prüfung formaler Art sein muß und keine Ermessensentscheidung eröffnen darf; das bedeutet, daß die Erlaubnis für die Entsendung der Arbeitnehmer, wenn das Bestehen eines ordnungsgemäßen Arbeitsvertrags einmal festgestellt ist, *automatisch* zu erteilen ist;

— die Prüfung zügig und auf der Grundlage der „Nachweise und Sicherheiten [erfolgen muß], die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigebracht hat" [12].

Zum Schutz der Arbeitnehmer und des Wettbewerbs

28. Schließlich ist vorgetragen worden, die nationalen Vorschriften seien erforderlich, um die Arbeitnehmer zu schützen und um Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen zu vermeiden; ohne Kontrollen durch Stellen wie das OMI bestünde die Gefahr, daß die Unternehmen anderer Mitgliedstaaten Arbeitnehmer aus Drittländern zu Vergütungs-oder Arbeitsbedingungen einsetzten, die weniger günstig als die generell von den Rechtsvorschriften des Aufnahmestaates garantierten seien.

29. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß der Gerichtshof diesen Einwand bereits in den Urteilen Seco und Rush Portuguesa berücksichtigt und für ihn eine Lösung gefunden hat. So hat er insbesondere im Urteil Seco ausgeführt:

„Es steht fest, daß es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften über die Mindestlöhne oder die hierüber von den Sozialpartnern geschlossenen ... Verträge auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist; ebensowenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Einhaltung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen."

30. Der Vollständigkeit halber ist weiter darauf hinzuweisen, daß sich das Problem im vorliegenden Fall nicht stellt, da die beim Unternehmen Vander Elst beschäftigten

12 — Urteil Webb, a. a. O.

marokkanischen Arbeitnehmer einen ordnungsgemäßen Arbeitsvertrag nach belgischem Recht geschlossen haben und da Arbeitnehmer mit marokkanischer Staatsangehörigkeit nach den bereits erwähnten Artikeln 40 und 41 des Kooperationsabkommens zwischen der Gemeinschaft und dem Königreich Marokko in den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Arbeits-und Vergütungsbedingungen sowie auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit Anspruch auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Gemeinschaft haben. Daraus folgt, daß die Anwendung der einschlägigen belgischen Bestimmungen — unabhängig von der Möglichkeit, die dem „ordre public" zuzurechnenden innerstaatlichen Vorschriften über die verschiedenen Aspekte des Arbeitsverhältnisses auf vorübergehend nach Frankreich entsandte Arbeitnehmer anzuwenden — auf jeden Fall geeignet ist, erhebliche Risiken einer Ausbeutung von Arbeitnehmern und einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen auszuschalten.

Ergebnis

31. Nach alledem schlage ich vor, dem vorlegenden Gericht die folgende Antwort zu geben:

Erbringt ein Unternehmen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen und entsendet es dafür Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit von Drittländern besitzen und bei dem Unternehmen ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt sind, so stehen die Artikel 59 ff. EWG-Vertrag der Anwendung einer nationalen Regelung wie der oben beschriebenen französischen entgegen, die den Einsatz dieser Arbeitnehmer zum einen von Bedingungen wie

— der Verpflichtung, sich zwecks Ausstellung einer Arbeitserlaubnis an eine nationale Behörde zu wenden, die ein gesetzliches Monopol für die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Drittländern besitzt,

— der Verpflichtung, an diese Behörde ein Entgelt für die Verwaltungshandlung zu zahlen,

abhängig macht und die zum anderen den Einsatz dieser Arbeitnehmer, wenn die genannte Arbeitserlaubnis für sie nicht eingeholt wurde, mit einer Geldbuße belegt.