Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
YVES BOT
vom 8. Mai 2014[1]

Rechtssache C-91/13

Essent Energie Productie BV
gegen
Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(Vorabentscheidungsersuchen des Raad van State [Niederlande])

„Assoziierungsabkommen EWG-Türkei — Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates — Art. 41 des Zusatzprotokolls — Stillhalteklauseln — Geltungsbereich — Freier Dienstleistungsverkehr — Art. 56 AEUV und 57 AEUV — Entsendung von Arbeitnehmern — Drittstaatsangehörige — Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für die Überlassung von Arbeitskräften“

1. Das hier zu prüfende Vorabentscheidungsersuchen wird im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Essent Energie Productie BV (im Folgenden: Essent) und dem Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Minister für Soziales und Beschäftigung, im Folgenden: Minister) über eine Geldbuße vorgelegt, die von Letzterem gegen Erstere dafür verhängt wurde, dass sie Arbeiten von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern durchführen ließ, ohne dass für diese eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden war.

2. Essent ist eine Gesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, die die ebenfalls in den Niederlanden ansässige BIS Industrial Services Nederland BV (im Folgenden: BIS) mit der Durchführung von Arbeiten beauftragte, die aus dem Aufbau von Gerüsten in ihrer in Geertruidenberg (Niederlande) befindlichen Zweigniederlassung bestanden.

3. Ausweislich eines Berichts der Arbeitsaufsicht vom 8. März 2010 wurde während einer von dieser am 15., 19. und 20. Mai 2008 bei der genannten Niederlassung durchgeführten Kontrolle festgestellt, dass 33 Drittstaatsangehörige, darunter 29 türkische Staatsangehörige, drei aus Ex-Jugoslawien stammende Staatsangehörige und ein marokkanischer Staatsangehöriger zwischen dem 1. Januar und dem 20. Mai 2008 an der Ausführung dieser Arbeiten beteiligt gewesen waren.

4. Nach ebendiesem Bericht waren die ausländischen Arbeitnehmer von der Ekinci Gerüstbau GmbH (im Folgenden: Ekinci), einem deutschen Unternehmen mit Sitz in Köln (Deutschland), bei dem diese Arbeitnehmer beschäftigt waren, an BIS entliehen worden, ohne dass eine Beschäftigungserlaubnis für diese Entleihe erteilt worden war.

1 — Originalsprache: Französisch.

5. Mit Bescheid vom 11. Mai 2010 verhängte der Minister gegen Essent eine Geldbuße von 264 000 Euro wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Erwerbstätigkeit von Ausländern (Wet arbeid vreemdelingen) vom 21. Dezember 1994[2] in seiner auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: Wav 1994) und begründete dies damit, dass diese Gesellschaft die genannten Arbeiten von ausländischen Arbeitnehmern habe durchführen lassen, für die keine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden sei, obwohl eine solche nach den niederländischen Rechtsvorschriften obligatorisch sei.

6. Gegen diesen Bescheid legte Essent Widerspruch ein.

7. Mit Bescheid vom 22. Dezember 2010 wies der Minister den Widerspruch als unbegründet zurück und begründete dies damit, dass die von Ekinci erbrachte Dienstleistung nur aus der Entsendung von Arbeitskräften im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c 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[3] bestanden habe, so dass Essent als Auftraggeber und Arbeitgeber der ausländischen Arbeitnehmer im Sinne der Wav 1994 über Beschäftigungserlaubnisse für diese Arbeitnehmer verfügen müsse.

8. Die von Essent gegen den genannten Bescheid erhobene Klage wies die Rechtbank ’s-Hertogenbosch (Niederlande) mit Entscheidung vom 27. September 2011 ab. Unter Bezugnahme auf das Urteil Vicoplus u. a.[4] entschied dieses Gericht u. a., dass der Minister zu Recht eine Geldbuße gegen Essent verhängt habe, da keine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden sei und die von Ekinci erbrachte Dienstleistung nur aus der Entsendung von Arbeitskräften im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 bestanden habe.

9. Die Rechtbank ’s-Hertogenbosch begründete dieses Ergebnis damit, dass sich, auch wenn das Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) eine aus der Entsendung polnischer Arbeitskräfte bestehende Dienstleistung betroffen habe, aus diesem Urteil ableiten lasse, dass die Art. 56 AEUV und 57 AEUV in einem Fall, der die Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer betreffe, Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, im vorliegenden Fall Art. 2 Abs. 1 Wav 1994, wonach für diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden müsse, nicht entgegenstünden.

10. Essent legte gegen die genannte Entscheidung Rechtsmittel beim Raad van State (Niederlande) ein.

11. Wie die Rechtbank ’s-Hertogenbosch ist das vorlegende Gericht der Auffassung, aus dem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) lasse sich ableiten, dass die Art. 56 AEUV und 57 AEUV einen Mitgliedstaat nicht daran hinderten, die Entsendung aus einem Drittland stammender Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in sein Hoheitsgebiet von der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig zu machen. Da sich die Frage der Vereinbarkeit des Erfordernisses einer solchen Beschäftigungserlaubnis mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV nach Auffassung des vorliegenden Gerichts klar aus dem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) ergibt, hat es die Befragung des Gerichtshofs zu diesem Aspekt daher nicht für erforderlich gehalten.

2 — Stb. 1994, Nr. 959.

3 — ABl. 1997, L 18, S. 1.

4 — C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64.

12. Es hat beschlossen, den Gerichtshof unter einem anderen Gesichtspunkt anzurufen, und ihn um Auslegung von Art. 41 des Zusatzprotokolls [5] zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei [6] einerseits und von Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung dieser Assoziation (im Folgenden: Beschluss Nr. 1/80) andererseits ersucht.

13. Diese beiden Artikel enthalten eine Stillhalteklausel, die ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot zum Gegenstand hat, ab dem Inkrafttreten der genannten Artikel neue Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, des freien Dienstleistungsverkehrs und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen der Republik Türkei und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union einzuführen.

14. Genauer gesagt heißt es in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls, der sich in dessen Titel II Kapitel II befindet:

„Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen."

15. Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 hat folgenden Wortlaut:

„Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen."

16. Gemäß Art. 16 Abs. 1 des genannten Beschlusses findet diese Vorschrift ab dem 1. Dezember 1980 Anwendung.

17. Das vorlegende Gericht möchte u. a. wissen, ob der Begriff „Arbeitgeber", wie er im niederländischen Recht entwickelt worden ist, eine neue Beschränkung im Sinne dieser Vorschriften darstellt oder nicht.

18. Sehen wir uns im Einzelnen an, über welche Bestimmungen der niederländischen Regelung Streit herrscht.

19. Am 1. Dezember 1980 war die Beschäftigung von Ausländern in den Niederlanden im Gesetz über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer (Wet arbeid buitenlandse werknemers) vom 9. November 1978 [7] geregelt.

20. Gemäß Art. 1 Buchst. b Nr. 1 Wabw gilt jede Person als Arbeitgeber im Sinne der Bestimmungen dieses Gesetzes oder der sich daraus ergebenden Bestimmungen, die durch einen Arbeitsvertrag im Hinblick auf die Durchführung einer Arbeit mit einer anderen Person verbunden ist, es sei denn, diese andere Person wird unter der Geltung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten) vom 31. Juli 1965 [8] bei einem Dritten entliehen.

21. Nach Art. 1 Buchst. b Nr. 3 Wabw gilt auch jede Person als Arbeitgeber, an die eine andere Person entliehen wird, sofern das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz auf diese Entleihe Anwendung findet.

5 — Das Protokoll ist am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichnet und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 des Rates vom 19. Dezember 1972 (ABl. L 293, S. 1) im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt worden (im Folgenden: Zusatzprotokoll). Für den europäischen Teil des Königreichs der Niederlande ist das Zusatzprotokoll am 1. Januar 1973 in Kraft getreten.

6 — Das Abkommen ist am 12. September 1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits sowie von den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und von der Gemeinschaft andererseits unterzeichnet und durch den Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963 (ABl. 1964, 217, S. 3685) im Namen der Letztgenannten geschlossen, gebilligt und bestätigt worden.

7 — Stb. 1978, Nr. 737, im Folgenden: Wabw.

8 — Stb. 1965, Nr. 379, im Folgenden: Arbeitskräfteüberlassungsgesetz.

22. Gemäß Art. 4 Wabw ist es einem Arbeitgeber untersagt, einen Ausländer ohne Erlaubnis des zuständigen Ministers zu beschäftigen.

23. Gemäß Art. 1.1 Buchst. b des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes gilt als Überlassung von Arbeitskräften die entgeltliche Entleihe von Arbeitskräften an eine andere Person im Hinblick auf die Durchführung einer Arbeit in deren Unternehmen, die nicht aufgrund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Arbeitsvertrags erfolgt und dort üblicherweise durchgeführt wird.

24. Im vorliegenden Fall gilt die Fassung der Wav 1994, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 25. Juni 2009[9] am 1. Juli 2009 in Kraft war.

25. Gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. b Nr. 1 Wav 1994 ist Arbeitgeber, wer in Ausübung eines Amts oder Berufs oder in seinem Betrieb einen anderen beschäftigt.

26. Nach Art. 2 Abs. 1 Wav 1994 ist es einem Arbeitgeber untersagt, einen Ausländer in den Niederlanden ohne Beschäftigungserlaubnis zu beschäftigen.

27. Dieses Verbot gilt jedoch nicht in Bezug auf einen Ausländer, der im Rahmen einer transnationalen Dienstleistung vorübergehend eine Arbeit in den Niederlanden für einen Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Union als dem Königreich der Niederlande verrichtet, sofern es sich nicht um eine Dienstleistung handelt, die aus der Überlassung von Arbeitskräften besteht.

28. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Wav 1994 gilt das genannte Verbot ferner nicht für einen Ausländer, für den nach den Bestimmungen eines mit anderen Staaten geschlossenen Abkommens oder eines Beschlusses einer völkerrechtlichen Organisation, das bzw. der das Königreich der Niederlande bindet, keine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden kann.

29. Aus dieser Darstellung der nationalen Vorschriften geht hervor, dass Arbeitgeber vor dem Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 1/80 gemäß Art. 1 Buchst. b Nr. 1 Wabw über eine Beschäftigungserlaubnis verfügen mussten, wenn sie einen Arbeitnehmer aufgrund eines Arbeitsvertrags beschäftigten, es sei denn, der Arbeitnehmer wurde unter der Geltung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes einem Dritten überlassen. Gemäß Art. 1 Buchst. b Nr. 3 Wabw war in einem solchen Fall Arbeitgeber im Sinne dieses Gesetzes, wem der Ausländer überlassen worden war. Hieraus ergibt sich, dass BIS, der die ausländischen Arbeitnehmer von Ekinci überlassen worden sind, bereits vor dem Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 1/80 erlaubnispflichtiger Arbeitgeber gewesen wäre.

30. Wie das vorlegende Gericht ausführt, geht aus den Materialien zu den Art. 1 und 2 Wav 1994 hervor, dass erlaubnispflichtiger Arbeitgeber ist, wer einen Ausländer tatsächlich beschäftigt, und dass dieser Arbeitgeber jederzeit für das Vorliegen der erforderlichen Beschäftigungserlaubnis verantwortlich ist. Das Bestehen eines Arbeitsvertrags oder eines Unterordnungsverhältnisses sei insoweit unerheblich. Die Verrichtung von Arbeit im Auftrag oder zugunsten eines Arbeitgebers sei für die tatsächliche Arbeitgeberschaft bereits ausreichend. Das vorlegende Gericht stellt klar, dass diese Anpassung der nationalen Regelung deshalb notwendig gewesen sei, weil Arbeitgeber in der Praxis – auf Schleichwegen und durch komplizierte Konstruktionen – stets nach einem Weg gesucht hätten, dem Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis im Fall der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer zu entgehen. Die Lösung habe in der Wahl einer weiten Definition des Begriffs des Arbeitgebers bestanden, der für das Fehlen von Beschäftigungserlaubnissen für bei ihm beschäftigte Drittstaatsangehörige haftbar gemacht werden könne.

9 — Stb. 2009, Nr. 265.

31. Angesichts dieses weiten Arbeitgeberbegriffs der Wav 1994 gilt das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis in einem Fall wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht nur für das entleihende Unternehmen – hier BIS – sondern auch für die übrigen Arbeitgeber in der Beschäftigungskette, einschließlich des Auftraggebers – hier Essent.

32. Das vorlegende Gericht erläutert, dass es sich vor die Frage gestellt sehe, ob die Ausweitung des Arbeitgeberbegriffs durch die Wav 1994 als neue Beschränkung im Sinne der in Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 und in Art. 41 des Zusatzprotokolls enthaltenen Stillhalteklausel anzusehen sei, und ob die Verhängung einer Geldbuße gegen Essent daher gegen diese Artikel verstoße. Aus Sicht von Essent bewirke die nach dem Inkrafttreten der genannten Artikel vorgenommene Ausweitung des Begriffs des Arbeitgebers, der für das Fehlen von Beschäftigungserlaubnissen für die bei ihm beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer haftbar gemacht werden könne, eine Beschränkung des Zugangs türkischer Arbeitnehmer zum niederländischen Arbeitsmarkt.

33. Im Vorfeld der Frage, ob diese Ausweitung des Arbeitgeberbegriffs eine gegen Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 und Art. 41 des Zusatzprotokolls verstoßende neue Beschränkung darstellt, möchte das vorlegende Gericht ferner wissen, ob Essent befugt ist, sich auf diese Artikel zu berufen.

34. Unter diesen Umständen hat der Raad van State beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Kann sich in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ein Auftraggeber, der nach Art. 2 Abs. 1 Wav 1994 als Arbeitgeber der betreffenden türkischen Arbeitnehmer anzusehen ist, gegenüber dem niederländischen Staat auf die Stillhalteklausel des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 oder die Stillhalteklausel des Art. 41 des Zusatzprotokolls berufen?

2. a) Ist die Stillhalteklausel des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 oder die Stillhalteklausel des Art. 41 des Zusatzprotokolls dahin auszulegen, dass sie der Einführung eines an Auftraggeber gerichteten Verbots im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Wav 1994 entgegensteht, Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittlands, in diesem Fall der Republik Türkei, ohne Beschäftigungserlaubnis in den Niederlanden Arbeiten verrichten zu lassen, wenn diese Arbeitnehmer bei einem deutschen Unternehmen beschäftigt sind und über ein niederländisches entleihendes Unternehmen für den Auftraggeber in den Niederlanden arbeiten?

   b) Ist es in diesem Zusammenhang von Belang, dass es einem Arbeitgeber bereits vor dem Inkrafttreten sowohl der Stillhalteklausel des Art. 41 des Zusatzprotokolls als auch der Stillhalteklausel des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 untersagt war, einen Ausländer ohne Beschäftigungserlaubnis aufgrund eines Arbeitsvertrags zu beschäftigen, und dass dieses Verbot ebenfalls vor dem Inkrafttreten der Stillhalteklausel des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 auf entleihende Unternehmen, an die Ausländer entsandt werden, ausgedehnt worden ist?

I – **Würdigung**

35. Der Umstand, dass ein einzelstaatliches Gericht eine Vorlagefrage ihrer Form nach unter Bezugnahme auf bestimmte Vorschriften des Unionsrechts formuliert hat, hindert den Gerichtshof nicht daran, diesem Gericht unabhängig davon, worauf es in seinen Fragen Bezug genommen hat, alle Auslegungshinweise zu geben, die ihm bei der Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache von Nutzen sein können. Der Gerichtshof hat insoweit aus dem gesamten vom einzelstaatlichen Gericht vorgelegten Material, insbesondere der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer

Auslegung bedürfen [10].

36. Aus Gründen, die ich noch darlegen werde, bin ich der Ansicht, dass Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 und Art. 41 des Zusatzprotokolls für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits unerheblich sind.

37. Die mit der vorliegenden Rechtssache aufgeworfene Problematik sollte meiner Meinung nach vielmehr im Hinblick auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV behandelt werden.

A – *Zu den anwendbaren unionsrechtlichen Vorschriften*

38. Es steht fest, dass es sich bei Ekinci um ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland handelt. Ausweislich des deutschen Handelsregisters ist dieses Unternehmen in den Bereichen Bau, Errichtung und Vermietung von Gerüsten tätig.

39. Ekinci hat BIS im Hinblick auf den Aufbau von Gerüsten in der Zeit vom 1. Januar bis zum 20. Mai 2008 Arbeitnehmer überlassen, die Staatsangehörige mehrerer Drittstaaten, darunter der Republik Türkei, sind.

40. Es ist unstreitig, dass die betreffenden Arbeitnehmer, die mehrheitlich aus türkischen Staatsangehörigen bestehen, in Deutschland über eine Aufenthaltserlaubnis verfügen und dort rechtmäßig beschäftigt sind.

1. Zur Nichtanwendbarkeit von Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80

41. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet die in Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 enthaltene Stillhalteklausel allgemein die Einführung neuer innerstaatlicher Maßnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat strengeren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beschlusses Nr. 1/80 in dem betreffenden Mitgliedstaat galten [11].

42. Im Übrigen hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, dass türkische Staatsangehörige im Gegensatz zu den Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten keine Freizügigkeit innerhalb der Union genießen, sondern nur im Aufnahmemitgliedstaat bestimmte Rechte besitzen [12].

43. Im vorliegenden Fall ist Aufnahmemitgliedstaat der Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit die Bundesrepublik Deutschland und damit ein Mitgliedstaat, in dem sie sich rechtmäßig aufhalten und arbeiten. Dies bedeutet, dass die genannten Arbeitnehmer die Rechte, die sie aus dem Beschluss Nr. 1/80 herleiten, gegenüber diesem Mitgliedstaat geltend machen können.

44. Darüber hinaus betrifft Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 die nationalen Maßnahmen über den Zugang zur Beschäftigung. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass dieser Artikel „nicht dazu bestimmt ist, die bereits in den Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats integrierten türkischen Staatsangehörigen zu schützen, sondern gerade für die türkischen Staatsangehörigen gelten soll, die noch keine Rechte in Bezug auf Beschäftigung und entsprechend auf Aufenthalt nach Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 genießen“ [13].

10 — Vgl. u. a. Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

11 — Vgl. u. a. Urteil Demir (C-225/12, EU:C:2013:725, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

12 — Vgl. u. a. Urteil Derin (C-325/05, EU:C:2007:442, Rn. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:583, Rn. 53).

13 — Urteil Sahin (C-242/06, EU:C:2009:554, Rn. 51).

45. Ferner ist auf die Ausführungen des Gerichtshofs in seinem Urteil Abatay u. a.[14] zu türkischen Kraftfahrern hinzuweisen, die bei einem Unternehmen mit Sitz in der Türkei angestellt sind und in Deutschland grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr durchführen. Er hat zunächst hervorgehoben, dass sich diese türkischen Kraftfahrer „nur für sehr kurze Zeit auf deutschem Gebiet [befinden], um aus der Türkei stammende Waren dorthin einzuführen und dort zu entladen oder dort Waren aufzunehmen, um sie in Länder wie die Türkei, Iran oder Irak zu befördern“[15]. Sodann hat er festgestellt, dass sie „[n]ach jeder Fahrt … in die Türkei zurück[kehren], wo sie mit ihrer Familie wohnen oder wo das Unternehmen, bei dem sie beschäftigt sind und von dem sie entlohnt werden, seinen Sitz hat“[16], um daraus den Schluss zu ziehen, dass „[d]iese türkischen Staatsangehörigen … daher nicht die Absicht [haben], sich in den Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland als Aufnahmemitgliedstaat zu integrieren“[17].

46. „Aus Aufbau und Zielsetzung des Beschlusses Nr. 1/80 ergibt sich aber“, so der Gerichtshof, „dass beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Rahmen der Assoziation EWG-Türkei … dieser Beschluss die schrittweise Integration türkischer Arbeitnehmer in [den Aufnahmemitgliedstaat] zum wesentlichen Ziel hat, und zwar durch die Ausübung einer ordnungsgemäßen und grundsätzlich ununterbrochenen Beschäftigung“[18].

47. Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 fand daher keine Anwendung auf einen Sachverhalt, der durch die vorübergehende Anwesenheit von Arbeitnehmern türkischer Staatsangehörigkeit in Deutschland gekennzeichnet war und somit nicht als Versuch dieser Arbeitnehmer angesehen werden konnte, sich in den Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats zu integrieren.

48. Meiner Meinung nach gilt das Gleiche im Rahmen der vorliegenden Rechtssache im Hinblick auf Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, deren Aufenthalt und Beschäftigung in Deutschland – ihrem Aufnahmemitgliedstaat innerhalb der Union –rechtmäßig sind und die für eine begrenzte Zeitspanne, die der Zeit entspricht, die für den Aufbau von Gerüsten erforderlich ist, für den BIS verantwortlich war, in das niederländische Hoheitsgebiet entsandt worden sind. Nach Erfüllung dieser Aufgabe haben die betreffenden Arbeitnehmer das niederländische Hoheitsgebiet verlassen und sind nach Deutschland zurückgekehrt. Wie die niederländische Regierung zu Recht hervorhebt, haben die genannten Arbeitnehmer daher nicht die Absicht gehabt, sich in den niederländischen Arbeitsmarkt zu integrieren. Daraus folgt, dass Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits in Bezug auf die niederländischen Behörden keine Anwendung findet.

2. Zur Nichtanwendbarkeit von Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls

49. Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls enthält, wie bereits aus seinem Wortlaut hervorgeht, offenkundig eine klare, genaue und nicht an Bedingungen geknüpfte Stillhalteklausel, die es den Vertragsparteien untersagt, nach Inkrafttreten des Zusatzprotokolls neue Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen[19].

50. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs hat Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls unmittelbare Wirkung. Daher können sich türkische Staatsangehörige, auf die diese Bestimmung anwendbar ist, vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf sie berufen[20].

14 — C-317/01 und C-369/01, EU:C:2003:572.

15 — Rn. 89.

16 — Ebd.

17 — Ebd.

18 — Urteil Abatay u. a. (EU:C:2003:572, Rn. 90).

19 — Vgl. u. a. Urteil Demirkan (EU:C:2013:583, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 — Ebd. (Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51. Die Stillhalteklausel verbietet allgemein die Einführung neuer Maßnahmen, die den Zweck oder die Wirkung haben, die Ausübung dieser wirtschaftlichen Freiheiten durch türkische Staatsangehörige im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats restriktiveren Bedingungen als denen zu unterwerfen, die galten, als das Zusatzprotokoll in diesem Mitgliedstaat in Kraft trat [21].

52. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil Abatay u. a. (EU:C:2003:572) insoweit bereits entschieden, dass sich ein Unternehmen mit Sitz in der Türkei, das rechtmäßig Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat erbringt, und türkische Staatsangehörige, die bei einem solchen Unternehmen als Fernfahrer beschäftigt sind, auf Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls berufen können [22].

53. In ebendiesem Urteil hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, dass die genannte Vorschrift es verbietet, im Recht eines Mitgliedstaats für die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein Unternehmen mit Sitz in der Türkei und seine Beschäftigten, die türkische Staatsangehörige sind, den Besitz einer Arbeitserlaubnis vorzuschreiben, wenn in diesem Mitgliedstaat eine solche Arbeitserlaubnis beim Inkrafttreten des Zusatzprotokolls nicht erforderlich war [23].

54. Aus seinem Wortlaut folgt, dass sich Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls in das Ziel der Beseitigung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Vertragsparteien einfügt [24]. Insbesondere verbietet es diese Vorschrift den Mitgliedstaaten, nach dem Inkrafttreten des Zusatzprotokolls neue Hindernisse für die Erbringung von Dienstleistungen durch natürliche oder juristische Personen mit Sitz in der Türkei und für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zur dortigen Erbringung von Dienstleistungen für Rechnung eines Unternehmens mit Sitz in der Türkei einzuführen [25].

55. Im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits ist die einzige Anknüpfung an die Republik Türkei darin zu sehen, dass sich unter den von Ekinci in das niederländische Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern mehrheitlich türkische Staatsangehörige befinden. Dieses Anknüpfungskriterium ist jedoch nicht ausreichend, um den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Sachverhalt in den Anwendungsbereich von Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls fallen zu lassen.

56. Hierfür hätte das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zwischen der Republik Türkei und dem Königreich der Niederlande nachgewiesen werden müssen, was der Fall gewesen wäre, wenn die türkischen Staatsangehörigen, um die es hier geht, Selbständige, die eine Dienstleistung in diesem Mitgliedstaat erbringen, oder von einem Unternehmen mit Sitz in der Türkei entsandte abhängig beschäftigte Arbeitnehmer gewesen wären.

57. Da die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs durch einen türkischen Staatsangehörigen im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits nicht in Rede steht, ist die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls nach meinem Dafürhalten daher ausgeschlossen.

21 — Ebd. (Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 — Rn. 105 und 106.

23 — Rn. 117 sechster Gedankenstrich.

24 — Urteil Demirkan (EU:C:2013:583, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung). In ebendiesem Urteil hat der Gerichtshof jedoch ausgeführt, dass „sich Zielsetzung und Kontext von Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls grundlegend von denen des Art. 56 AEUV [unterscheiden], insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf Dienstleistungsempfänger“ (Rn. 49). Daher ist „der Begriff ‚freier Dienstleistungsverkehr‘ in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls dahin auszulegen …, dass er nicht die Freiheit türkischer Staatsangehöriger umfasst, sich als Dienstleistungsempfänger in einen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen“ (Rn. 63).

25 — Zur letztgenannten Fallkonstellation vgl. Urteil Soysal und Savatli (C-228/06, EU:C:2009:101).

3. Zur Anwendbarkeit der Art. 56 AEUV und 57 AEUV

58. Wie wir gesehen haben, hat das vorlegende Gericht in der Begründung seiner Vorlageentscheidung auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV Bezug genommen. Es hat jedoch davon abgesehen, den Gerichtshof zu diesem Gesichtspunkt zu befragen, und die Auffassung vertreten, aus dem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) gehe klar hervor, dass diese Artikel einen Mitgliedstaat nicht daran hinderten, die Entsendung aus einem Drittstaat stammender Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in sein Hoheitsgebiet von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig zu machen.

59. Meines Erachtens zieht das vorlegende Gericht die Anwendung der Art. 56 AEUV und 57 AEUV zu Recht in Betracht. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich nämlich, dass die Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleihunternehmen geschlossen wird, eine Berufstätigkeit darstellt, die die in Art. 57 Abs. 1 AEUV niedergelegten Voraussetzungen erfüllt und daher als Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist [26].

60. Im Rahmen der vorliegenden Rechtssache erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern durch ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland an ein Entleihunternehmen mit Sitz in den Niederlanden. Eine solche Dienstleistung zwischen zwei Unternehmen mit Sitz in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten fällt ohne jeden Zweifel in den Anwendungsbereich der Art. 56 AEUV und 57 AEUV. Der Umstand, dass die Entsendung von Arbeitskräften drittstaatsangehörige Arbeitnehmer betrifft, ist insoweit bedeutungslos. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt nämlich, dass die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Rahmen einer Dienstleistung im Hinblick auf die Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr zu beurteilen ist [27].

61. Das vorlegende Gericht vertritt hingegen zu Unrecht die Auffassung, die Rechtsprechung des Gerichtshofs erlaube bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine klare Antwort auf die Frage, ob die niederländische Regelung, soweit sie verlangt, dass für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die Gegenstand einer Überlassung zwischen zwei Unternehmen mit Sitz in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten sind, eine Beschäftigungserlaubnis vorliegt, im Einklang mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV steht.

62. Entgegen den Ausführungen des vorlegenden Gerichts bin ich insbesondere der Ansicht, dass sich die Antwort auf die in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfenen Fragen nicht klar aus dem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) ergibt. Ich werde weiter unten Gelegenheit haben, klarzustellen, inwiefern die Lösung, die der Gerichtshof in der Rechtssache gewählt hat, in der dieses Urteil ergangen ist, eng von dem ihr eigenen Kontext, nämlich der Anwendung von Übergangsbestimmungen im Anschluss an den Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Union, abhing.

63. Die im Rahmen der vorliegenden Rechtssache zu entscheidende Hauptfrage ist somit bislang weiterhin ohne klare Antwort von Seiten des Gerichtshofs, was es, um dem vorlegenden Gericht eine für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits sachdienliche Antwort geben zu können, rechtfertigt, dass der Gerichtshof die von diesem zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen neu formuliert. Daher sollte der Gerichtshof auf die Frage antworten, ob die Art. 56 AEUV und 57 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegenstehen, die die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in das Hoheitsgebiet dieses Staates von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht.

26 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Luxemburg (C-445/03, EU:C:2004:655).

64. Wie Essent in ihren Erklärungen in erster Linie geltend macht, wird der Gerichtshof zu bestimmen haben, ob das von den niederländischen Behörden aufgestellte Erfordernis von Beschäftigungserlaubnissen unter den Umständen des vorliegenden Falls, nämlich der Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein deutsches Unternehmen an ein Entleihunternehmen mit Sitz in den Niederlanden, das Arbeiten für Rechnung eines anderen Unternehmens durchführt, das seinen Sitz ebenfalls in den Niederlanden hat, mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV vereinbar ist oder nicht.

B – *Zur Vereinbarkeit der niederländischen Regelung mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV*

65. Wir haben gesehen, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Sachverhalt unter die Art. 56 AEUV und 57 AEUV fällt. Vor der Prüfung, ob die niederländische Regelung mit diesen Artikeln vereinbar ist oder nicht, ist zunächst darzulegen, weshalb Essent meiner Meinung nach als befugt anzusehen ist, sich im Rahmen des Ausgangsverfahrens auf die genannten Artikel zu berufen.

1. Zur Möglichkeit für Essent, sich im Rahmen des Ausgangsverfahrens auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV zu berufen

66. Die vorliegende Rechtssache fügt sich in den Kontext einer Unternehmenskette ein. So hat ein Auftraggeber – im vorliegenden Fall Essent – einen Unterauftrag für den Aufbau von Gerüsten in einer seiner Niederlassungen an ein anderes Unternehmen – BIS – erteilt. Zur Durchführung dieses Auftrags hat BIS auf die Dienste eines Unternehmens mit Sitz in Deutschland – Ekinci – zurückgegriffen, damit dieses ihr Arbeitskräfte zur Verfügung stelle.

67. In einem solchen Kontext ist die niederländische Regelung fortentwickelt worden, um dem Auftraggeber die Haftung aufzuerlegen, wenn eine Arbeit von Drittstaatsangehörigen durchgeführt wird, ohne dass für diese eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden ist. Der Grund hierfür liegt in dem Willen der niederländischen Behörden, zu verhindern, dass das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer durch die Einbeziehung einer Vielzahl von Unternehmen in die Erfüllung eines Auftrags umgangen werden kann.

68. Im vorliegenden Fall hat die Anwendung der niederländischen Regelung durch die zuständigen nationalen Behörden diese veranlasst, nur den Auftraggeber, nämlich Essent, mit der Zahlung einer Geldbuße wegen fehlender Beschäftigungserlaubnisse zu belegen, nicht aber BIS als das Unternehmen, das die von Ekinci zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte entliehen hat.

69. Würde Essent – dem einzigen Unternehmen, das von den niederländischen Behörden zur Verantwortung gezogen worden ist – in diesem Kontext die Möglichkeit verwehrt, sich auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV zu berufen, um die gegen sie verhängte Geldbuße anzufechten, liefe dies darauf hinaus, den Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr die Wirksamkeit zu nehmen.

70. Damit würde hingenommen, dass Essent aufgrund des Umstands, dass sie sich an der Spitze der Kette der betreffenden Unternehmen befindet und ihr die Arbeitnehmer daher nicht unmittelbar überlassen werden, an der Geltendmachung ihres einzigen Verteidigungsgrundes, nämlich der Art. 56 AEUV und 57 AEUV, gehindert wird, obwohl das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für die entsandten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in der Sache im Hinblick auf diese Artikel zu beurteilen ist.

71. Da nach der niederländischen Regelung der Auftraggeber für ein Fehlen von Beschäftigungserlaubnissen für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer haftbar gemacht werden kann, ist er daher gegebenenfalls der Einzige, der sich in sinnvoller Weise auf diese Artikel berufen kann. Würde ihm diese Möglichkeit versagt, liefe dies darauf hinaus, anzuerkennen, dass das mit der niederländischen Regelung eingeführte System, das darin besteht, Verantwortlichkeiten in der Kette bis hoch zum Auftraggeber zuzuweisen, die Beibehaltung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs erlaubt.

72. Würde die Möglichkeit, sich auf die Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr zu berufen, allein auf unmittelbare Vertragspartner beschränkt, liefe dies auf eine Verkennung der Tatsache hinaus, dass, wie die vorliegende Rechtssache zeigt, mehrere Gesellschaften in den Unterauftragsketten beteiligt sein können. Es sind daher nicht selten mehr als vier Ebenen zwischen den Beschäftigten und dem Auftraggeber auszumachen [28].

73. Aufgrund dieser Praxis - einer potenziellen Quelle für Missbrauch und Umgehung der Sozialvorschriften - ermöglicht es die niederländische Regelung, den Auftraggeber für den Fall haftbar zu machen, dass Beschäftigungserlaubnisse für bei einem der Unterauftragnehmer beschäftigte Drittstaatsangehörige nicht beantragt worden sind.

74. Damit fügt sich die niederländische Regelung in eine Tendenz ein, die in den aktuellen Diskussionen im Hinblick auf eine Änderung der unionsrechtlichen Vorschriften über die Entsendung von Arbeitnehmern, von denen eine der möglichen Entwicklungen gerade darin bestünde, die Haftung des Auftraggebers zu verschärfen, zum Ausdruck kommt.

75. Die vergleichsweise flexible Rechtsprechung, die der Gerichtshof zu Personen entwickelt hat, die befugt sind, sich auf die Vorschriften des AEU-Vertrags über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu berufen, spricht meines Erachtens für einen weiten Ansatz bei der Möglichkeit der Geltendmachung der Art. 56 AEUV und 57 AEUV.

76. So hat der Gerichtshof auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Auffassung vertreten, dass „[e]s … zwar fest[steht], dass die Freizügigkeitsrechte [des Art. 45 AEUV] den Arbeitnehmern … zustehen, doch … dieser Vorschrift kein Hinweis darauf zu entnehmen [ist], dass sich nicht auch andere Personen auf sie berufen könnten“ [29]. Er hat infolgedessen entschieden, dass sich „nicht nur die Arbeitnehmer selbst auf Art. 45 AEUV berufen [können], sondern auch deren Arbeitgeber. Das Recht der Arbeitnehmer, bei Einstellung und Beschäftigung nicht diskriminiert zu werden, kann nämlich nur dann seine volle Wirkung entfalten, wenn die Arbeitgeber ein entsprechendes Recht darauf haben, Arbeitnehmer nach Maßgabe der Bestimmungen über die Freizügigkeit einzustellen.“ [30]

77. Der Gerichtshof hat daher zwischen Personen, die in den Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV fallen, und solchen unterschieden, die sich auf diesen Artikel berufen können. Die zweite Gruppe ist größer, um die praktische Wirksamkeit des genannten Artikels zu gewährleisten [31].

78. Dies hat meines Erachtens konsequenterweise auch auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs zu gelten. Auf diese Grundfreiheit muss sich eine Person, die formal nicht zu ihren Adressaten gehört, berufen können. Der freie Dienstleistungsverkehr verfolgt nämlich wie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein Ziel des Allgemeininteresses, das in der Errichtung eines

28 — Vgl. Muller, F., „L’affaire Flamanville: détachement ou fraude sociale?“, *Droit social*, Nr. 7/8, 2012, S. 675, insbes. S. 685.

29 — Vgl. u. a. Urteil Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

30 — Vgl. u. a. Urteil Las (C-202/11, EU:C:2013:239, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 — In seinem Urteil ITC (C-208/05, EU:C:2007:16) hat der Gerichtshof daher anerkannt, dass sich ein privater Arbeitsvermittler, der einen Vermittlungsvertrag mit einem Arbeitsuchenden geschlossen hat, auf die Rechte berufen kann, die Art. 45 AEUV unmittelbar den Arbeitnehmern der Union einräumt (Rn. 25).

Binnenmarkts besteht. Die Verfolgung dieses Ziels rechtfertigt die Erstreckung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Unionsrechts auf andere Personen als Erbringer und Empfänger von Dienstleistungen, die gleichwohl eine erhebliche Beziehung zu einer solchen Person haben [32].

79. Würde Essent die Möglichkeit verwehrt, sich auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV zu berufen, liefe dies darauf hinaus, anzuerkennen, dass der Bestimmungsmitgliedstaat die Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr durch die Wahl einer weit gefassten Definition des Arbeitgeberbegriffs um ihre Wirkung bringen und das Verbot der Beschränkungen dieser in Art. 56 AEUV vorgesehenen Grundfreiheit umgehen könnte [33].

80. Daher muss sich ein Auftraggeber wie Essent auf die Rechte berufen können, die Erbringern und Empfängern von Dienstleistungen durch die Art. 56 AEUV und 57 AEUV unmittelbar verliehen werden.

81. Insoweit ist die Feststellung, dass weder Ekinci noch BIS am Ausgangsrechtsstreit beteiligt sind, nach meinem Dafürhalten nicht entscheidend. Sie lässt das Interesse, das Essent als Auftraggeber, der wegen des Fehlens von Beschäftigungserlaubnissen mit einer Strafe belegt worden ist, an einer Entscheidung der Frage hat, ob das Erfordernis derartiger Erlaubnisse im Einklang mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV steht, nämlich nicht entfallen. Mit anderen Worten: Diese Frage ist für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits, der die Rechtmäßigkeit der gegen Essent verhängten Geldbuße betrifft, von unmittelbarem Nutzen.

2. Zum Vorliegen eines Hindernisses für den freien Dienstleistungsverkehr

82. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Art. 56 AEUV nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit verlangt, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [34].

83. Der Gerichtshof hat zur Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem Mitgliedstaat der Union ansässiges Dienstleistungsunternehmen jedoch bereits entschieden, dass eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung dieser Freiheit im Sinne von Art. 56 AEUV darstellt [35].

84. Wie wir zuvor gesehen haben, ist es einem Arbeitgeber nach Art. 2 Abs. 1 Wav 1994 untersagt, einen Ausländer in den Niederlanden ohne Beschäftigungserlaubnis zu beschäftigen. Dieses Verbot gilt jedoch nicht in Bezug auf einen Ausländer, der im Rahmen einer transnationalen Dienstleistung vorübergehend eine Arbeit in den Niederlanden für einen Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Union als dem Königreich der Niederlande verrichtet, sofern es sich nicht um eine Dienstleistung handelt, die aus der Überlassung von Arbeitskräften besteht.

32 — Vgl. entsprechend die Nrn. 19 und 21 der Schlussanträge von Generalanwalt Fennelly in der Rechtssache Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1997:587).

33 — Vgl. entsprechend Urteil Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, Rn. 21).

34 — Vgl. u. a. Urteil dos Santos Palhota u. a. (C-515/08, EU:C:2010:589, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Österreich (C-168/04, EU:C:2006:595, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

85. Somit behält die niederländische Regelung einer Dienstleistung, die aus der Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer an ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat besteht, eine besondere Behandlung vor. Für diese Art von Dienstleistung gilt das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer weiterhin.

86. Aufgrund der von mir angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs ist anzuerkennen, dass das Erfordernis von Beschäftigungserlaubnissen für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die von einem Dienstleistungsunternehmen wie Ekinci an ein Entleihunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat wie BIS entsandt werden, aufgrund der verwaltungsbehördlichen Zwänge, die es mit sich bringt, ein von Art. 56 AEUV grundsätzlich verbotenes Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellt.

87. Die Erteilung von Beschäftigungserlaubnissen für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die einem Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat überlassen werden, ist von mehreren Voraussetzungen wie der vorherigen Prüfung, dass auf dem nationalen Arbeitsmarkt keine Arbeitskräfte verfügbar sind, sowie von Zwängen in Form von Fristen abhängig. Es handelt sich daher nicht um eine einfache Förmlichkeit. Konkret kann das Erfordernis von Beschäftigungserlaubnissen daher bewirken, dass ein Unternehmen wie Ekinci von der Ausübung seiner Dienstleistungsfreiheit abgehalten wird, da es in der Auswahl des Personals, das es einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat ohne Weiteres und kurzfristig zur Verfügung stellen kann, eingeschränkt wird.

3. Zur Rechtfertigung des Hindernisses

88. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine nationale Regelung, die in einem Bereich erlassen worden ist, der nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Unionsebene ist, und die unterschiedslos für alle im betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, jedoch trotz ihrer den freien Dienstleistungsverkehr beschränkenden Wirkung gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht und dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und wenn sie geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was dazu erforderlich ist [36].

89. Auf dem Gebiet der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung ist auf Unionsebene keine Harmonisierung erfolgt. Daher ist zu prüfen, ob die sich aus Art. 2 Abs. 1 Wav 1994 ergebenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt erscheinen und, falls ja, ob sie erforderlich sind, um dieses Ziel auf effektive Weise und mit den geeigneten Mitteln zu verfolgen.

90. Hierzu in der mündlichen Verhandlung befragt, hat sich die niederländische Regierung auf das Ziel des Schutzes ihres nationalen Arbeitsmarkts berufen.

36 — Vgl. u. a. Urteil dos Santos Palhota u. a. (EU:C:2010:589, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

91. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, zwar ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist[37], der Gerichtshof jedoch wiederholt entschieden hat, dass „die Arbeitnehmer, die bei einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt sind und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates verlangen, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren“[38].

92. Abgesehen davon hat der Gerichtshof anerkannt, dass „ein Mitgliedstaat kontrollieren [darf], ob ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und von dort Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Dienstleistung nutzt, beispielsweise dazu, sein Personal kommen zu lassen, um Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen“[39].

93. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind „[b]ei solchen Kontrollen … jedoch die vom [Unions]recht 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“[40].

94. Der Gerichtshof hat daraus wiederholt geschlossen, dass das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung entsandt werden, aufgrund der damit verbundenen Formalitäten und Verfahrensfristen geeignet ist, die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedstaaten mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats unattraktiv werden zu lassen[41]. Da ein solches Erfordernis im Hinblick auf die Ziele, die darin bestehen, zum einen die Stabilität des Arbeitsmarkts des Bestimmungsmitgliedstaats und zum anderen den sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer zu gewährleisten, unverhältnismäßig ist, ist es als Verstoß gegen die Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr erachtet worden.

95. Der Gerichtshof hat jedoch noch nicht speziell darüber zu befinden gehabt, ob die Beibehaltung des Erfordernisses einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, deren Entsendung nicht bei Gelegenheit einer grenzüberschreitenden Dienstleistung erfolgt, sondern ausschließlicher Gegenstand einer solchen Dienstleistung ist, mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV vereinbar ist.

96. Um die Neuartigkeit und die Dimension des Problems richtig erfassen zu können, ist auf die Definition des Begriffs „Überlassung von Arbeitskräften“ durch den Gerichtshof hinzuweisen.

97. In seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) hat der Gerichtshof nämlich Klarstellungen in Bezug auf die Definition des Vorgangs geliefert, der nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 darin besteht, „als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen [zu] entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“.

37 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Luxemburg (EU:C:2004:655, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

38 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Österreich (EU:C:2006:595, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).

39 — Ebd. (Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung).

40 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Luxemburg (EU:C:2004:655, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

41 — Ebd. (Rn. 41).

98. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass „die Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung ist, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt“ [42].

99. Aufgrund dieser Definition wird es dem vorlegenden Gericht zukommen, zu überprüfen, dass es mit einem Fall der Überlassung von Arbeitskräften befasst ist, der den vom Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) entwickelten Kriterien genügt.

100. Ich erinnere daran, dass nach dem Wortlaut von Art. 1.1 Buchst. b des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes als Entsendung von Arbeitskräften die entgeltliche Entleihe von Arbeitskräften an eine andere Person im Hinblick auf die Durchführung einer Arbeit in deren Unternehmen gilt, die nicht aufgrund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Arbeitsvertrags erfolgt und dort üblicherweise durchgeführt wird. Diese Definition ist meines Erachtens weniger vollständig als die vom Gerichtshof gewählte.

101. Das vorlegende Gericht wird sich daher zu vergewissern haben, dass die ausländischen Arbeitnehmer ihre Arbeit unter der Leitung und Aufsicht von BIS und nicht unter der von Ekinci durchgeführt haben.

102. Wäre von dieser zweiten Möglichkeit auszugehen, hätten wir es nämlich nicht mit einer Überlassung von Arbeitskräften zu tun, die den vom Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) entwickelten Kriterien genügt, sondern mit einem Subunternehmervertrag [43]. In einem solchen Fall unterliegt es keinem Zweifel, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die im Rahmen einer Dienstleistung entsandt werden, bereits heute verbietet.

103. Besteht die betreffende Dienstleistung hingegen, wie es der Fall zu sein scheint, wirklich und ausschließlich aus einer Überlassung von Arbeitnehmern, die den Kriterien genügt, auf die der Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) abgestellt hat, scheint die Rechtsprechung des Gerichtshofs noch zögerlich zu sein und bedarf daher einer Klarstellung.

104. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich nämlich, dass eine Dienstleistung, die aus der Überlassung von Arbeitnehmern besteht, stets als eine Dienstleistung mit besonderem Charakter betrachtet worden ist [44]. Sie ist daher Gegenstand einer spezifischen Behandlung mit auf ihren besonderen Charakter angepassten Rechtsfolgen gewesen.

105. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich im Wesentlichen ableiten, dass die Überlassung von Arbeitskräften eine Dienstleistung mit besonderem Charakter darstellt, da sie sich durch ihren Gegenstand auszeichnet, der darin besteht, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen. So gesehen kann die Überlassung von Arbeitskräften, auch wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die in erster Linie in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des AEU-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr fällt, nicht völlig losgelöst von den mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union zusammenhängenden Problemen betrachtet werden.

42 — Urteil Vicoplus u. a., EU:C:2011:64, Rn. 51.

43 — Vgl. hierzu die Nrn. 62 bis 64 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Vicoplus u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2010:510).

44 — Ich habe Gelegenheit gehabt, diesen Gesichtspunkt in den Nrn. 31 bis 43 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Vicoplus u. a. (EU:C:2010:510), auf die ich in diesem Zusammenhang Bezug nehme, auszuführen.

106. In seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) hat der Gerichtshof den besonderen Charakter einer Dienstleistung hervorgehoben, die aus der Überlassung von Arbeitskräften besteht. Unter Bezugnahme auf sein Urteil Webb [45] hat er darauf hingewiesen, dass „eine solche Tätigkeit Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats des Dienstleistungsempfängers haben kann“ [46]. Zum einen können nämlich, so der Gerichtshof, „auch auf Arbeitnehmer, die von Unternehmen beschäftigt werden, die Arbeitnehmer zur Verfügung stellen, eventuell die Art. 45 AEUV bis 48 AEUV und die zu deren Durchführung erlassenen Unionsverordnungen anwendbar sein“ [47]. Zum anderen „wirkt sich die Überlassung von Arbeitnehmern wegen der Besonderheiten der mit ihr verbundenen Arbeitsbeziehungen unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus“ [48].

107. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) ferner ausgeführt hat, hat er in Rn. 16 seines Urteils Rush Portuguesa [49] festgestellt, dass „ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, zwar Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des AEU-Vertrags ist, jedoch Tätigkeiten ausübt, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen“ [50].

108. Dem Gerichtshof zufolge liegt „[d]iese Feststellung … darin begründet, dass der im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 entsandte Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet wird, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre“ [51].

109. Aufgrund dieser besonderen Merkmale der Überlassung von Arbeitskräften hat der Gerichtshof in Rn. 32 seines Urteils Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) die Auffassung vertreten, dass eine mitgliedstaatliche Regelung, die die Entsendung von Arbeitnehmern mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in das Hoheitsgebiet dieses Staates von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht, „als Maßnahme anzusehen ist, die im Sinne des Kapitels 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003[[52]] den Zugang polnischer Staatsangehöriger zum Arbeitsmarkt [des erstgenannten Staates] regelt“.

110. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen: „Daher ist diese Regelung, die während der in Kapitel 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003 vorgesehenen Übergangszeit die Entsendung polnischer Staatsangehöriger im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in das Hoheitsgebiet dieses Staates weiterhin von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht, mit den Art. 56 AEUV und 57 AEUV vereinbar.“ [53]

111. Ist eine solche Argumentation, wie das vorlegende Gericht vorschlägt, automatisch auf einen Fall wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden übertragbar, in dem das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis die Entsendung von Drittstaatsangehörigen im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 betrifft?

112. Nach meinem Dafürhalten ist diese Frage zu verneinen.

45 — 279/80, EU:C:1981:314.

46 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 — Ebd.

48 — Ebd. (Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

49 — C-113/89, EU:C:1990:142.

50 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 30).

51 — Ebd. (Rn. 31).

52 — Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (ABl. 2003, L 236, S. 33, im Folgenden: Beitrittsakte von 2003).

53 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 33).

113. Es ist nämlich hervorzuheben, dass die Schlussfolgerung, zu der der Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) gelangt ist, zwar im besonderen Charakter der Dienstleistung begründet liegt, den die Überlassung von Arbeitnehmern darstellt, aber auch im Zweck der Übergangsvorschrift, zu deren Auslegung er befragt wurde.

114. Der Gerichtshof hat insoweit die Auffassung vertreten, dass die Schlussfolgerung, zu der er gelangt war, auch „in Anbetracht der Zielsetzung der fraglichen Bestimmung geboten [war], mit der verhindert werden soll, dass nach dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten in den alten Mitgliedstaaten infolge einer sofortigen beträchtlichen Zuwanderung von Arbeitnehmern, die Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten sind, Störungen auf dem Arbeitsmarkt auftreten“ [54]. Der Gerichtshof hat hinzugefügt: „Diese Zielsetzung geht u. a. aus Kapitel 2 Nr. 5 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003 hervor, da dort vorgesehen ist, dass ein Mitgliedstaat im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarkts oder der Gefahr derartiger Störungen die Maßnahmen nach Kapitel 2 Nr. 2 bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts der Republik Polen weiter anwenden kann.“ [55]

115. In Anbetracht der genannten Zielsetzung „wäre es gekünstelt, bei einem Zustrom von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats danach zu unterscheiden, ob sie im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf diesem Arbeitsmarkt führen kann“ [56]. „Würde die Überlassung von Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich des Kapitels 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003 ausgeschlossen, bestünde daher die Gefahr, dass dieser Vorschrift ein Großteil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen würde.“ [57]

116. Daher hat der Gerichtshof in seinem Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64) die Auffassung vertreten, dass die nach Art. 2 Abs. 1 Wav für die Erbringung einer in der Überlassung von Arbeitskräften bestehenden Dienstleistung erforderliche Beschäftigungserlaubnis unter Berücksichtigung des Vorbehalts zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in Kapitel 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003, der besonderen Zielsetzung dieser Vorschrift und des Erfordernisses, ihre praktische Wirksamkeit zu wahren, eine im Hinblick auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV verhältnismäßige Maßnahme darstellt.

117. Da die besondere Zielsetzung, die für den Mitgliedstaat, in dem Arbeitskräfte überlassen werden sollen, darin besteht, seinen Arbeitsmarkt gegen eine sofortige und potenziell beträchtliche Zuwanderung von Arbeitnehmern infolge des Beitritts neuer Mitgliedstaaten zur Union zu schützen, nunmehr ausscheidet, ist zu fragen, ob die dauerhafte Beibehaltung des Erfordernisses einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat überlassen werden, im Hinblick auf das Ziel verhältnismäßig ist, das darin besteht, die Stabilität des Arbeitsmarkts des Mitgliedstaats, in dem Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden sollen, allgemein zu gewährleisten.

118. Auch wenn die Überlassung von Arbeitsnehmern, da sie eine Form des Zugangs zum Arbeitsmarkt dieses Staates darstellt, für einen Übergangszeitraum nach dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Union, der durch ein gewisses und erhöhtes Risiko einer sofortigen und beträchtlichen Störung des Arbeitsmarkts des genannten Staates gekennzeichnet ist, vom Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis abhängig gemacht werden kann, bin ich jedoch der Ansicht, dass die dauerhafte Beibehaltung des Erfordernisses einer solchen Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen

54 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

55 — Ebd.

56 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 35).

57 — Ebd.

Mitgliedstaat überlassen werden, den freien Dienstleistungsverkehr übermäßig beeinträchtigt. In der letztgenannten Fallkonstellation lässt sich ein gleichgeartetes Risiko einer Beeinträchtigung der Stabilität des Arbeitsmarkts des Mitgliedstaats, in dem Arbeitskräfte überlassen werden sollen, nämlich nicht feststellen.

119. Das vorlegende Gericht zieht meines Erachtens falsche Schlüsse aus Rn. 37 des Urteils Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64). In dieser Randnummer weist der Gerichtshof unter Bezugnahme auf seine früheren Urteile darauf hin, dass „ein Mitgliedstaat – unter Wahrung der unionsrechtlichen Grenzen – in der Lage sein muss, zu prüfen, ob eine Dienstleistung nicht in Wirklichkeit auf die Überlassung von Arbeitnehmern abzielt, die keine Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen“. Das vorlegende Gericht leitet in weiter Auslegung dieses Urteils daraus ab, dass die Art. 56 AEUV und 57 AEUV einen Mitgliedstaat nicht daran hindern, die Entsendung aus einem Drittstaat stammender Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in sein Hoheitsgebiet von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig zu machen.

120. Eine solche Auslegung läuft auf die Auffassung hinaus, dass, da die Überlassung von Arbeitskräften eine Zuwanderung der betreffenden drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt des Bestimmungsmitgliedstaats bewirkt, dieser seine nationalen Maßnahmen zur Regelung des Zugangs der genannten Arbeitnehmer zu seinem Arbeitsmarkt beibehalten kann.

121. Damit wird meiner Meinung nach ein wenig zu schnell über die – vom Gerichtshof ausdrücklich erwähnte – Voraussetzung hinweggegangen, wonach die Überprüfungsbefugnis, über die die Mitgliedstaaten verfügen, die vom Unionsrecht gezogenen Grenzen beachten muss. Ich weise darauf hin, dass der Gerichtshof Gelegenheit gehabt hat, klarzustellen, dass dazu Grenzen gehören, „wie sie sich … aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, der nicht illusorisch gemacht und dessen Ausübung nicht dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden darf“ [58].

122. Auch wenn die Mitgliedstaaten mit dieser Überprüfungsbefugnis die Möglichkeit haben müssen, sich über den wirklichen Charakter einer Entsendung von Arbeitnehmern, die auf ihrem Hoheitsgebiet durchgeführt wird, zu vergewissern und infolgedessen angemessene Kontrollmaßnahmen auf sie anzuwenden, bedeutet die Anerkennung einer solchen Befugnis meines Erachtens nicht, dass die Mitgliedstaaten das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die in ihrem Hoheitsgebiet von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat überlassen werden, dauerhaft beibehalten können. Eine gegenteilige Schlussfolgerung liefe darauf hinaus, ein Unternehmen wie Ekinci davon abzuhalten, sein Personal einem Unternehmen wie BIS zur Verfügung zu stellen. Sie würde eine grenzüberschreitende Dienstleistung, die die Überlassung von Arbeitnehmern darstellt, wenn diese die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats besitzen, illusorisch machen.

123. Im Übrigen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Überlassung von Arbeitnehmern, da sie eine Dienstleistung darstellt, naturgemäß vorübergehend ist [59].

124. Auch wenn sie eine Form des Zugangs zum Arbeitsmarkt des Bestimmungsmitgliedstaats darstellt, soll den entsandten Drittstaatsangehörigen mit ihr daher in keiner Weise ermöglicht werden, sich dauerhaft in diesen Arbeitsmarkt einzugliedern.

125. Unter diesen Umständen kann der Bestimmungsmitgliedstaat nicht alle Bedingungen aufstellen, deren Erfüllung für den Fall verlangt würde, dass sich der Arbeitnehmer nachhaltig oder dauerhaft in seinen Arbeitsmarkt eingliedern wollte.

58 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Luxemburg (EU:C:2004:655, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

59 — Zum vorübergehenden Charakter der Tätigkeiten, die vom freien Dienstleistungsverkehr erfasst werden, vgl. u. a. Urteil Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 26 und 27).

126. Hierzu hat der Gerichtshof mehrfach festgestellt, dass ein Mitgliedstaat für die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Gebiet nicht die Erfüllung aller Bedingungen für eine Niederlassung verlangen kann, weil den Bestimmungen, die den freien Dienstleistungsverkehr gewährleisten sollen, andernfalls ihre praktische Wirksamkeit völlig genommen würde [60]. Entsprechend kann ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen, die aus einer Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer bestehen, meines Erachtens nicht von allen Bedingungen abhängig machen, die für den unmittelbaren Zugang dieser Arbeitnehmer zu seinem Arbeitsmarkt gelten, weil den Bestimmungen des AEU-Vertrags, die den freien Dienstleistungsverkehr gewährleisten sollen, andernfalls ihre praktische Wirksamkeit völlig genommen würde.

127. Wie die niederländische Regierung einräumt, hat BIS die beschäftigten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer nur bei dem besonderen Auftrag eingesetzt, der für Rechnung von Essent zu erfüllen war. Die ausländischen Arbeitnehmer befanden sich daher nur im Zusammenhang mit diesem besonderen Auftrag in den Niederlanden. Nach Erfüllung des genannten Auftrags haben diese Arbeitnehmer das niederländische Hoheitsgebiet verlassen und sind nach Deutschland zurückgekehrt [61]. Die niederländische Regierung stellt demnach selbst fest, dass die im Ausgangsrechtsstreit betroffenen Drittstaatsangehörigen nicht die Absicht hatten, sich in den Arbeitsmarkt des Königreichs der Niederlande einzugliedern [62].

128. Auch wenn es in einem solchen Kontext den freien Dienstleistungsverkehr nach meinem Dafürhalten übermäßig beeinträchtigt, wenn ein Mitgliedstaat ein Beschäftigungserlaubniserfordernis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die einem Unternehmen mit Sitz in diesem Mitgliedstaat von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat überlassen werden, dauerhaft beibehält, ist es in meinen Augen jedoch vorrangig, dass dem Bestimmungsmitgliedstaat Kontrollbefugnisse verliehen werden, die an den besonderen Charakter der Dienstleistung angepasst sind, um die es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften handelt.

129. Insbesondere muss der Bestimmungsmitgliedstaat in die Lage versetzt werden, zu überprüfen, ob eine Dienstleistung, die in der Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer besteht, in Wirklichkeit nicht mit dem Ziel erbracht wird, sein nationales Einwanderungsrecht und seine nationale Regelung für die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen zu umgehen. Mit anderen Worten muss es dem Bestimmungsmitgliedstaat ermöglicht werden, einer missbräuchlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs entgegenzutreten, wenn dieser allein mit dem Ziel in Anspruch genommen wird, die Beschränkungen zu umgehen, die die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen auferlegen können, die in ihrem Hoheitsgebiet einer Arbeitnehmertätigkeit nachgehen möchten.

130. Zu den Kontrollmaßnahmen, die der Bestimmungsmitgliedstaat anwenden kann, gehört die Prüfung, ob die Überlassung von Arbeitskräften zur Durchführung eines besonderen Auftrags von begrenzter Dauer bei einem Unternehmen mit Sitz in diesem Staat erfolgt.

131. Darüber hinaus ist der Bestimmungsmitgliedstaat berechtigt, die Maßnahmen anzuwenden, die erforderlich sind, um sich zu vergewissern, dass die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer am Ende ihrer Entsendung in ihren Wohnsitzmitgliedstaat zurückkehren.

132. Insoweit nehme ich auf die Maßnahmen Bezug, die der Gerichtshof als Beispiele für weniger belastende Maßnahmen als eine Beschäftigungserlaubnis angeführt hat. So hat er „die [Verpflichtung] ein[es] Dienstleistungsunternehmen[s] [erwähnt], den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der

60 — Vgl. u. a. Urteil Vander Elst (C-43/93, EU:C:1994:310, Rn. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).

61 — Vgl. Rn. 25 ihrer Erklärungen.

62 — Vgl. Rn. 26 ihrer Erklärungen.

Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen“ [63]. Nach Auffassung des Gerichtshofs würde eine solche Verpflichtung „es den betreffenden Behörden ermöglichen, die Einhaltung der … Vorschriften [des Bestimmungsmitgliedstaats] auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Regeln auf diesem Gebiet unterliegt“ [64].

133. Ferner hat der Gerichtshof als weniger belastende Maßnahme als eine Beschäftigungserlaubnis „[die Verpflichtung eines Dienstleistungsunternehmens angeführt], 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“ [65]. Nach Auffassung des Gerichtshofs böte eine solche Verpflichtung „den örtlichen Behörden auf weniger einschneidende Art und Weise als [das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis], aber genauso wirksam die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist. In Verbindung mit den Angaben des betreffenden Unternehmens zum vorgesehenen Zeitraum der Entsendung … würden diese Angaben es den … Behörden [des Bestimmungsmitgliedstaats] ermöglichen, gegebenenfalls die Maßnahmen zu ergreifen, die am Ende des jeweiligen Zeitraums geboten sind“ [66].

II – **Ergebnis**

134. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Raad van State zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Die Art. 56 AEUV und 57 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer mitgliedstaatlichen Regelung wie derjenigen im Ausgangsverfahren entgegenstehen, die die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c 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 in das Hoheitsgebiet dieses Staates von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht.

63 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Luxemburg (EU:C:2004:655, Rn. 31).

64 — Ebd.

65 — Ebd. (Rn. 46).

66 — Ebd.