# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 28. Januar 1999 *

1. Nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [1] gilt allgemein, daß ein Arbeitnehmer dem Sozialversicherungssystem des Staates unterliegt, in dem er beschäftigt ist (Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a). Wird er jedoch von „einem Unternehmen, dem [er] gewöhnlich angehört", zur Ausführung von Arbeiten vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat entsandt, unterliegt er weiterhin dem Sozialversicherungssystem des ersten Staates (Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a) [2].

2. Der vorliegende Fall betrifft die Auslegung der letztgenannten Vorschrift (Entsenderegelung), die zu Bedenken geführt hat, ob die Regelung von Arbeitgebern mißbraucht wird, die Dienstleistungen in dem einen Staat anbieten, sich selbst aber in einem anderen niederlassen wollen, in dem die Sozialversicherungskosten niedriger sind. Die Anwendung der Entsenderegelung wird durch eine Bescheinigung des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden sind, gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 574/72 [3] (Bescheinigung E 101) bescheinigt. Ebenso haben sich Fragen ergeben, inwieweit diese Bescheinigungen andere Mitgliedstaaten binden.

## Sachverhalt

3. Fitzwilliam Executive Search (im folgenden: Fitzwilliam) ist ein Zeitarbeitsunternehmen, das Arbeitnehmer sowohl in Irland als auch in den Niederlanden zur Verfügung stellt. Das Unternehmen wurde 1989 in Irland gegründet. Es ist eine Gesellschaft irischen Rechts. 1991 begann es, Arbeitnehmer auch in die Niederlande zu entsenden. Von 1993 bis 1996 lag sein Umsatz in den Niederlanden über dem in Irland. Offensichtlich entsendet Fitzwilliam nur in Irland wohnhafte irische Arbeitnehmer und beabsichtigt nicht die Entsendung von Arbeitnehmern, die in den Niederlanden wohnen.

4. Die Geschäftsräume von Fitzwilliam befinden sich in Dublin. Sie sind in einem fünfstöckigen Gebäude auf einer Fläche von 200 $m^2$ untergebracht, wo 20 Ange-

* Originalsprache: Englisch.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und ihre Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 (ABl. L 230, S. 6, Anhang I).

2 — Voraussetzung ist, daß die voraussichtliche Dauer der Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und er nicht eine andere Person ablöst, für die die Entsendungszeit abgelaufen ist.

3 — Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates, siehe Fußnote 1, Anhang II.

stellte arbeiten. Obwohl Fitzwilliam auch zwei Vertreter in den Niederlanden hat, dienen diese nach Aussage des Unternehmens nur als Kontaktstelle und können die Gesellschaft nicht binden.

5. In den Niederlanden stellt Fitzwilliam Arbeitskräfte hauptsächlich im Agrar- und Gartenbaubereich zur Verfügung. In Irland ist sie in anderen Bereichen tätig. Nach Ansicht des Unternehmens sind die in beiden Staaten ausgeführten Arbeiten vergleichbar, da sie keine große Ausbildung erforderten. Die in den Niederlanden ausgeführten Arbeiten seien für Niederländer offensichtlich wenig attraktiv und würden oft von illegalen Arbeitskräften aus Drittländern ausgeführt. Nach Aussage des niederländischen Sozialversicherungsträgers, der im Ausgangsrechtsstreit Beklagter ist und jetzt Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (im folgenden: LISV) heißt, werden die von Fitzwilliam in Irland zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer hauptsächlich in der Computerindustrie eingesetzt.

6. Das Irish Department of Social Welfare [4] stellte E-101-Bescheinigungen darüber aus, daß die von Fitzwilliam in die Niederlande entsandten Arbeitnehmer weiterhin den irischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegen. Das LISV erkannte jedoch die Gültigkeit der Bescheinigungen nicht an. Nach seiner Ansicht fallen die von Fitzwilliam entsandten Arbeitnehmer nicht unter die Entsenderegelung. Ohne Rücksprache mit dem Irish Department of Social Welfare verlangte es Sozialversicherungsbeiträge für diese Arbeitnehmer. Fitzwilliam erhob Klage gegen diese Entscheidung bei der Arrondissementsrechtbank Amsterdam, die im Rahmen dieses Verfahrens die nachstehenden Fragen dem Gerichtshof vorgelegt hat.

7. Fitzwilliam macht geltend, sie sei ständig durch die vielen Besuche und Untersuchungen des LISV belästigt worden; aufgrund unangekündigter Besuche des LISV bei ihren Kunden hätten letztere sich gefragt, ob das Geschäftsgebaren des Unternehmens rechtmäßig sei. Fitzwilliam habe sich deswegen bei der Kommission beschwert.

8. Die von der Arrondissementsrechtbank vorgelegten Fragen lauten:

1. a) Kann der in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verwendete Begriff „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört", in der Weise ausgelegt werden, daß nähere, in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannte Erfordernisse oder Voraussetzungen aufgestellt werden?

4 — Jetzt: Department of Social, Community and Family Affairs.

b) Wenn ja:

i) Können die Behörden eines Mitgliedstaats diese Erfordernisse oder Voraussetzungen eigenständig formulieren?

ii) Dürfen bei der Auslegung des in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 verwendeten Begriffes „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört", quantitative Erfordernisse — gleichviel ob sie auf dem Beschluß Nr. 128 beruhen oder nicht — aufgestellt werden, die sich auf die in den verschiedenen Mitgliedstaaten ausgeübten Tätigkeiten, den erzielten Umsatz und die beschäftigten Personen beziehen?

iii) Darf in diesem Zusammenhang das Erfordernis aufgestellt werden, daß die vom Arbeitgeber in den verschiedenen Mitgliedstaaten ausgeübten Tätigkeiten genau dieselben Tätigkeiten betreffen?

iv) Falls die unter ii und iii genannten Erfordernisse nicht aufgestellt werden dürfen, welche Erfordernisse oder Erfordernisse welcher Art dürfen dann aufgestellt werden?

v) Müssen diese — eventuell — aufzustellenden Erfordernisse dem Arbeitgeber vor Beginn der Tätigkeiten mitgeteilt werden?

c) Wenn nein:

i) Steht den ausführenden Trägern in Anbetracht Ihrer Urteile in den Rechtssachen 19/67 (Van der Vecht) und 35/70 (Manpower) noch irgendein Auslegungsspielraum hinsichtlich des in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 verwendeten Begriffes „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört", zu?

ii) Wenn ja, welcher?

2. a) Ist eine vom dafür zuständigen Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Bescheinigung im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 hinsichtlich der darin festgelegten Rechtsfolgen für die Behörden eines anderen Mitgliedstaats unter allen Umständen bindend?

b) Wenn nein:

i) Unter welchen Umständen ist dies nicht der Fall?

ii) Können die Behörden eines Mitgliedstaats den Beweiswert der Bescheinigung ohne Einschaltung des Trägers, der die Bescheinigung ausgestellt hat, unberücksichtigt lassen?

iii) Wenn nein, was muß die Einschaltung des Trägers, der die Bescheinigung ausgestellt hat, umfassen?

9. Schriftliche Erklärungen sind eingereicht worden von den Parteien, der belgischen, der französischen, der deutschen, der irischen, der niederländischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs sowie von der Kommission. Mit Ausnahme der belgischen Regierung waren alle, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, in der mündlichen Verhandlung anwesend.

**Die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen**

10. Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 enthält die allgemeine Regel, daß Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach Titel II der Verordnung.

11. Die allgemeine Regelung der Verordnung Nr. 1408/71 für die Bestimmung der für Wanderarbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit findet sich in Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a. Diese Vorschrift lautet wie folgt:

„Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat."

12. Somit gelten normalerweise die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats. Artikel 14 sieht jedoch eine „Sonderregelung für andere Personen als Seeleute, die eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausüben", vor. Absatz 1 Buchstabe a dieses Artikels, um den es im vorliegenden Fall geht, enthält folgende Regelung für entsandte Arbeitnehmer.

„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 diese Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist."

13. Streitig ist im konreten Fall insbesondere die Wendung „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört".

14. Der Vorläufer der Verordnung Nr. 1408/71, die Verordnung Nr. 3 [5], enthielt eine ähnliche Regelung. Von Bedeutung ist der Wortlaut dieser Regelung, da die wichtigsten Urteile des Gerichtshofes zu dieser Frage zu der Verordnung Nr. 3 und nicht zu der Verordnung Nr. 1408/71 ergangen sind. Artikel 13 Buchstabe a der Verordnung Nr. 3 lautet:

„Werden Arbeitnehmer oder ihnen Gleichgestellte, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats wohnen, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats von einem Unternehmen beschäftigt, das im Hoheitsgebiet des ersten Staates einen Betrieb hat, dem die Arbeitnehmer gewöhnlich angehören, so gelten für sie die Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob sie in seinem Hoheitsgebiet beschäftigt wären, sofern die voraussichtliche Beschäftigung im Hoheitsgebiet des zweiten Staates zwölf Monate nicht übersteigt ..."

15. Diese Bestimmung wurde später durch die Verordnung Nr. 24/64 [6] geändert und wurde Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 3. Die geänderte Fassung lautete:

„Wird ein Arbeitnehmer oder ein ihm Gleichgestellter, der in einem Unternehmen beschäftigt ist, das im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einen Betrieb hat, dem er gewöhnlich angehört, von diesem Unternehmen zur Verrichtung einer Arbeit für das Unternehmen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt, so gelten für ihn weiterhin die Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob er noch in dessen Hoheitsgebiet beschäftigt wäre, sofern die voraussichtliche Dauer der von

5 — Verordnung des Rates vom 25. September 1958 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. 1958, Nr. 30, S. 561).

6 — Verordnung Nr. 24/64/EWG des Rates vom 10. März 1964 zur Änderung des Artikels 13 der Verordnung Nr. 3 und des Artikels 11 der Verordnung Nr. 4 (Rechtsvorschriften, die auf entsandte Arbeitnehmer sowie auf Arbeitnehmer anzuwenden sind, die ihre Berufstätigkeit gewöhnlich in mehreren Mitgliedstaaten ausüben) (ABl. 1964, Nr. 47, S. 746).

ihm zu verrichtenden Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und der Arbeitnehmer nicht entsandt wird, um einen anderen Arbeitnehmer abzulösen, bei dem die Zeit, für die er entsandt worden ist, abgelaufen ist."

16. Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 ist durch Beschlüsse der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (im folgenden: Verwaltungskommission) ausgelegt worden. Diese Beschlüsse ergingen gemäß Artikel 81 der Verordnung Nr. 1408/71 (früher Artikel 43 der Verordnung Nr. 3). Nummer 1 des Beschlusses Nr. 128 [7] der Verwaltungskommission, der in dem entscheidungserheblichen Zeitraum galt, bestimmte:

„Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a) ... der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 findet auch auf einen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats versicherten Arbeitnehmer Anwendung, der in dem Mitgliedstaat, in dem das Unternehmen seinen Sitz oder eine Betriebsstätte hat, eingestellt wird, um in einen anderen Mitgliedstaat ... entsandt zu werden, ... sofern

a) zwischen diesem Unternehmen und dem Arbeitnehmer während der Dauer der Entsendung weiterhin eine arbeitsrechtliche Bindung besteht;

b) dieses Unternehmen seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich im ersten Mitgliedstaat ausübt, das heißt im Falle eines Unternehmens, dessen Geschäftstätigkeit darin besteht, anderen Unternehmen vorübergehend Arbeitnehmer zu überlassen, daß es gewöhnlich Personal im Gebiet dieses Staates niedergelassenen Entleihern zur Beschäftigung in diesem Gebiet zur Verfügung stellt." [8]

17. Dieser Beschluß ist jetzt durch den Beschluß Nr. 162 [9] ersetzt worden. Letzterer ist ähnlich gefaßt, wenn auch bemerkenswert ist, daß in der englischen Fassung die Wendung „normally makes staff available" durch die Wendung „usually makes staff available" ersetzt wurde. Nach diesem Beschluß muß ein Unternehmen, dessen Tätigkeit in etwas anderem als der vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern an andere Unternehmen besteht, „seine wesentliche Geschäftstätigkeit" im Gebiet des ersten Mitgliedstaats ausüben und dort „üblicherweise" sein Personal beschäftigen.

18. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß nach ständiger Rechtsprechung solche Beschlüsse den Sozialversicherungsträgern ein Hilfsmittel an die

7 — Beschluß Nr. 128 vom 17. Oktober 1985 zur Durchführung des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a und des Artikels 14b Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates hinsichtlich der auf entsandte Arbeitnehmer anzuwendenden Rechtsvorschriften (ABl. 1986, C 141, S. 6).

8 — Betrifft nur die englische Fassung des Beschlusses.

9 — Beschluß Nr. 162 vom 31. Mai 1996 zur Auslegung des Artikels 14 Absatz 1 und des Artikels 14b Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates hinsichtlich der auf entsandte Arbeitnehmer anzuwendenden Rechtsvorschriften (ABl. L 241, S. 28).

Hand geben können, sie aber nicht verpflichten können, bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts bestimmte Methoden anzuwenden oder von einer bestimmten Auslegung auszugehen (Urteile Van der Vecht [10] und Romano [11]).

19. Wie bereits festgestellt, wird die Anwendbarkeit der Entsenderegelung auf einen einzelnen Arbeitnehmer durch eine Bescheinigung nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 574/72 bestätigt. Nach dieser Vorschrift stellt auf Antrag des Arbeitnehmers oder seines Arbeitgebers der „Träger, den die zuständige Behörde desjenigen Mitgliedstaats bezeichnet, dessen Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden sind, ... eine Bescheinigung darüber aus, daß und bis zu welchem Zeitpunkt diese Rechtsvorschriften weiterhin für den Arbeitnehmer gelten".

**Zur ersten Frage**

20. Mit dem ersten Teil seiner ersten Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob die Wendung „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört", in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 durch nähere, in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannte Erfordernisse oder Voraussetzungen ergänzt werden kann.

21. Selbstverständlich können die Bestimmungen einer Verordnung nicht anders als durch andere gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen ergänzt werden. Wenn es einem Mitgliedstaat freistünde, nähere Erfordernisse oder Voraussetzungen aufzustellen, würde dies die einheitliche Anwendung der betreffenden Verordnung vollkommen in Frage stellen und deren Zweck beeinträchtigen. Klar ist dies vor allem bei Titel II der Verordnung Nr. 1408/71, um den es im vorliegenden Fall geht. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes stellen die Bestimmungen des Titels II ein vollständiges und einheitliches System von Kollisionsnormen dar, das bezweckt, daß die Arbeitnehmer, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, dem System der sozialen Sicherheit eines einzigen Mitgliedstaats unterworfen sind, so daß die Kumulierung anwendbarer nationaler Vorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden [12]. Der vorliegende Fall zeigt anschaulich, wie dieses Ziel vereitelt werden könnte, wenn ein Mitgliedstaat zusätzliche Bedingungen aufstellen sollte: Ständen diese Bedingungen nicht im Einklang mit der Verordnung, könnte dies dazu führen, daß ein Arbeitnehmer gleichzeitig mehr als nur einem Sozialversicherungssystem unterläge.

22. Auch die Verwaltungskommission [13] kann keine näheren Erfordernisse oder Voraussetzungen aufstellen, da sie nur für Fragen nach der Auslegung von Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 zuständig ist.

10 — Urteil vom 5. Dezember 1967 in der Rechtssache 19/67 (Slg. 1967, 462).

11 — Urteil vom 14. Mai 1981 in der Rechtssache 98/80 (Slg. 1981, 1241, Randnr. 20).

12 — Vgl. z. B. Urteil vom 16. Februar 1995 in der Rechtssache C-425/93 (Calle Grenzshop Andresen, Slg. 1995, I-269, Randnr. 9).

13 — Siehe vorstehend, Nr. 16.

23. Wie jedoch Fitzwilliam ausgeführt hat, kann die erste Frage insgesamt gesehen als Frage nach der Auslegung des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a verstanden werden, d. h., welche Kriterien anzuwenden sind, um festzustellen, ob ein Arbeitnehmer gewöhnlich einem Unternehmen angehört. Den übrigen Teil der ersten Frage möchte ich deshalb auf dieser Grundlage beantworten.

24. Hierfür kann die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes als Richtschnur dienen.

25. Der Gerichtshof stellte bereits in zwei früheren Urteilen (Van der Vecht [14] und Manpower [15]) einige Grundsätze heraus, die für den Sachverhalt im vorliegenden Fall von Bedeutung sind. Auch wenn diese Urteile vor vielen Jahren ergangen sind und den Vorläufer der Verordnung Nr. 1408/71, die Verordnung Nr. 3, betrafen (tatsächlich unterschieden sich die in diesen beiden Fällen streitigen Bestimmungen ebenfalls leicht voneinander, da die Rechtssache Manpower die Verordnung Nr. 3 in der Verfassung der Verordnung Nr. 24/64 betraf), waren die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 3 denen des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 doch ähnlich.

26. Die ursprüngliche Fassung der Verordnung Nr. 3 enthielt nicht das Wort „entsandt". Wie der Generalanwalt Dutheillet de Lamothe in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Manpower ausgeführt hat, wurde dieser Begriff aufgenommen, um Mißbräuche des Systems zu verhindern. Er wies darauf hin, daß einige Unternehmen „im Ausland Baustellen [eingerichtet hatten] und ... das entsandte Personal immer wieder aus[wechselten], soweit dies notwendig war, damit dieses Personal weiterhin den Rechtsvorschriften des Heimatlandes unterstellt blieb, wo die Sozialabgaben weniger hoch waren als im Beschäftigungsland. Solche Praktiken wurden insbesondere in Frankreich in der Bau- und Holzindustrie festgestellt." [16] Ergänzend sei bemerkt, daß in die geänderte Fassung der Verordnung Nr. 3 auch die Bestimmung aufgenommen wurde, daß Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a keine Anwendung findet, wenn der Arbeitnehmer entsandt wurde, um einen anderen Arbeitnehmer abzulösen, bei dem die Zeit, für die er entsandt wurde, abgelaufen war.

27. Nach der ursprünglichen Fassung der Verordnung Nr. 3 galten die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften desjenigen Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, *dem der Arbeitnehmer gewöhnlich angehörte, einen Betrieb hatte* und in dem der Arbeitnehmer *wohnte*, wenn letzterer von dem Unternehmen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt wurde, sofern die voraussichtliche Beschäftigung in dem zweiten Staat zwölf Monate nicht überschritt. Die geänderte Fassung dieser Verordnung bestimmte, daß für einen Arbeitnehmer das System der sozialen Sicherheit desjenigen Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen *einen Betrieb hat,*

14 — Zitiert in Fußnote 10.

15 — Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 35/70 (Slg. 1970, 1251).

16 — Schlußanträge, Slg. 1970, 1264.

*dem der Arbeitnehmer gewöhnlich angehört*, weiterhin gilt, als ob er *noch* in diesem Staat beschäftigt wäre, wenn er von diesem Unternehmen zur Verrichtung einer Arbeit für das Unternehmen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats *entsandt* wird, sofern die voraussichtliche Dauer der von ihm verrichteten Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und der Arbeitnehmer nicht entsandt wird, um einen anderen Arbeitnehmer abzulösen, bei dem die Zeit, für die er entsandt worden ist, abgelaufen ist.

28. Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 sieht die Fortgeltung der Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaats vor, *in dem eine Person von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, beschäftigt wird,* wenn diese Person von diesem Unternehmen in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats *entsandt* wird, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist.

29. Nach der vorstehend angeführten Rechtsprechung ist die Anwendung der Entsenderegelung nicht ausgeschlossen,

— wenn der Arbeitnehmer von einem Zeitarbeitsunternehmen in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird (Urteil Manpower, Randnrn. 13 bis 15),

— wenn der Arbeitnehmer für Arbeiten im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Sitzstaats des ihn beschäftigenden Unternehmens eingestellt worden ist (Urteile Van der Vecht, S. 473, und Manpower, Randnr. 14) oder

— wenn die betreffende Arbeit sich von der Arbeit unterscheidet, die normalerweise in dem betreffenden Unternehmen verrichtet wird (Urteil Van der Vecht, S. 473).

30. Der Gerichtshof stellte fest, daß die Entsenderegelung „dazu dienen [soll], Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu überwinden, die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung zu fördern und dabei administrative Schwierigkeiten für die Arbeitnehmer, die Unternehmen und die Sozialversicherungsträger zu vermeiden" (Urteil Manpower, Randnr. 10). Müßte, so der Gerichtshof weiter, das System der sozialen Sicherheit desjenigen Staates angewandt werden, in den der Arbeitnehmer zur Verrichtung von Arbeiten von kurzer Dauer entsandt werde, würde dieser Arbeitnehmer häufig benachteiligt, da die innerstaatlichen Rechtsvorschriften im allgemeinen bestimmte Sozialleistungen bei kurzer Versicherungsdauer nicht gewährten (Urteil Manpower, Randnrn. 11 und 12).

31. Aufgrund dieser Erwägungen des Gerichtshofes können die Bestimmungen des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a nach meiner Meinung nicht mit der Begründung eng ausgelegt werden, daß sie — wie die belgische und die deutsche Regierung vorgetragen haben — eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung der Verordnung (wonach die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats gelten) darstellen. Ich bin der Auffassung, daß Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a *Lex specialis* ist, die mit

den grundlegenden Zielen der Verordnung völlig im Einklang steht und die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer — und auch eine andere Grundfreiheit des Vertrages, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr — fördern soll. Die Begriffe des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a sollten daher nicht eng ausgelegt, sondern es sollte von ihrer normalen Bedeutung ausgegangen werden.

32. Der Gerichtshof hat auch Hinweise für die Auslegung der Wendung in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört" gegeben. Um zu entscheiden, ob ein Arbeitnehmer von einem Unternehmen, dem er gewöhnlich angehört, in den Aufnahmestaat entsandt worden ist, kommt es darauf an, ob sich aus den gesamten Umständen des Beschäftigungsverhältnisses ergibt, daß er während der Entsendezeit diesem Unternehmen unterstanden hat (Urteil Van der Vecht, S. 479). Für das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zwischen dem ins Ausland entsandten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber spricht insbesondere der Umstand, daß der Arbeitgeber den Lohn zahlt und den Arbeiter im Falle etwaiger schuldhafter Handlungen entlassen kann, die er sich bei der Verrichtung seiner Arbeit bei der Entleiherfirma zuschulden kommen läßt; von Bedeutung ist auch, daß die Entleiherfirma nicht Schuldner des Arbeitnehmers, sondern nur seines Arbeitgebers ist (Urteil Manpower, Randnrn. 18 und 19). Fitzwilliam schließt aus der Betonung des Verhältnisses zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem Unternehmen in dem ersten Staat, daß es nicht von Bedeutung ist, auf welche Weise das Unternehmen mit dem ersten Staat verbunden ist.

33. Der Gerichtshof stellte jedoch im Zusammenhang mit der Verordnung Nr. 3 auch fest, daß die Entsenderegelung auf Arbeitnehmer beschränkt ist, die von „normalerweise in ihrem Sitzstaat tätigen Unternehmen eingestellt wurden" (Urteil Manpower, Randnr. 16). Bemerkenswert ist, daß das Erfordernis, daß das Unternehmen in dem betreffenden Mitgliedstaat tätig sein muß, vom Gerichtshof wegen des Erfordernisses in der Verordnung Nr. 3, daß das Unternehmen einen Betrieb in diesem Staat haben muß, aufgestellt worden war. Ich bin jedoch der Ansicht, daß der Gerichtshof mit dieser Voraussetzung, wie die Kommission ausgeführt hat, von der Entsenderegelung Fälle ausschließen wollte, in denen das Unternehmen nur formell im ersten Staat anwesend ist. Daher das Erfordernis, daß das Unternehmen „normalerweise" im Sitzstaat tätig sein muß. Die Verwendung des Begriffes „normalerweise" bedeutet offensichtlich nicht, daß das Unternehmen in erster Linie im ersten Staat tätig ist. Auch ist kein Raum für ein quantitatives Erfordernis z. B. bezüglich des in einem bestimmten Mitgliedstaat erzielten Umsatzes. Verlangt wird allein, daß im ersten Staat wirklich eine Geschäftstätigkeit ausgeübt wird.

34. Selbstverständlich gibt es keinen Grund, im Fall der Verordnung Nr. 1408/71 von strengeren Voraussetzungen auszugehen, da Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a insoweit keine Voraussetzungen aufstellt und anders als Artikel 13 der Verordnung Nr. 3 nicht einmal verlangt, daß die Agentur in dem betreffenden Mitgliedstaat „einen Betrieb hat". Da aber Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a so auszulegen ist, daß er nur die redlichen Fälle

der Entsendung erfassen soll, läßt er sich insbesondere aufgrund des Ausdrucks „Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört", so verstehen, daß das Unternehmen im ersten Staat tätig sein muß. Das Erfordernis, daß das Unternehmen in dem betreffenden Mitgliedstaat wirklich eine Geschäftstätigkeit ausübt, läßt sich meines Erachtens damit rechtfertigen, daß die Risiken eines Mißbrauchs vermieden und Unternehmen ausgeschlossen werden sollen, die nicht tatsächlich anwesend sind. Weiter reicht das Erfordernis aber nicht.

35. Es ist vorgetragen worden, daß zur Bekämpfung der Gefahr von Mißbräuchen quantitative Voraussetzungen notwendig seien, z. B. bezüglich des Umfangs der Tätigkeiten des Zeitarbeitsunternehmens in den einzelnen Mitgliedstaaten, insbesondere des Anteils am Gesamtumsatz, und der Zahl der in den betreffenden Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer.

36. Tatsächlich wurden diese Kriterien vom LISV angewandt. In einem Beschluß vom 13. Juni 1997 erklärte er, den Beschluß Nr. 162 der Verwaltungskommission wie folgt auszulegen[17]. Der Ausdruck „gewöhnlich ... ausübt" bedeute, daß der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeiten des Unternehmens in dem Entsendestaat liegen müsse. Ob dies der Fall sei, sei in jedem einzelnen Fall anhand der tatsächlichen Umstände festzustellen. Folgende Tatsachen und Umstände könnten dabei u. a. von Bedeutung sein: wo und von wem das Unternehmen gegründet worden sei; seit wann das Unternehmen im Entsendestaat tätig sei; welche Tätigkeiten es im Entsende- bzw. in den Niederlanden ausübe; Verhältnis des Jahresumsatzes in den Niederlanden zu dem im Entsendestaat; das zahlenmäßige Verhältnis zwischen den Zeitarbeitnehmern, die jährlich im Entsendestaat beschäftigt würden, und denen, die jährlich in die Niederlande entsandt würden; ob das Unternehmen im Entsendestaat eine eigene Verwaltung und ein Betriebsgebäude habe; ob das Unternehmen in den Niederlanden eine Niederlassung, eine feste Vertretung, eine Geschäftsstelle und/oder ein Betriebsgebäude habe; ob das Personal in den Niederlanden oder im Entsendestaat angeworben werde und ob das Unternehmen im Entsendestaat Sozialbeiträge entrichte.

37. Obwohl dieser Beschluß des LISV später ergangen ist als die konkrete Entscheidung im Fall Fitzwilliam, um die es in dieser Rechtssache geht, scheint der LISV bei seiner Entscheidung über Fitzwilliam ähnliche Kriterien angewandt zu haben, zumindest, was den Anteil des Umsatzes von Fitzwilliam in den Niederlanden am Gesamtumsatz, die Zahl der in den Niederlanden beschäftigten Arbeitnehmer und die Art der Beschäftigung in den Niederlanden betrifft.

38. Für die Anwendbarkeit dieser Kriterien haben sich, allerdings in unterschiedlichem Maße, die niederländische, die deutsche und die belgische Regierung ausgesprochen. Meines Erachtens ist es jedoch unmöglich, diese Erfordernisse in den Wortlaut des Artikels 14 Absatz 1 Buchstabe a hineinzulesen.

17 — Vgl. vorstehend, Nr. 16.

39. Jedenfalls können, wie Fitzwilliam ausgeführt hat, die relativen Zahlen der in jedem der beiden Staaten beschäftigten Arbeitnehmer und/oder die Höhe des Umsatzes von einem Jahreszeitraum zum nächsten erheblich schwanken, und es wäre unannehmbar, wenn der Status des Arbeitnehmers auf dieser Grundlage wechselte. Wie die irische Regierung festgestellt hat, würde dies das Ziel der Entsenderegelung vereiteln, nämlich verwaltungsmäßige Schwierigkeiten zu vermeiden, die entstehen würden, wenn für jeweils eine kurze Zeit von dem Sozialversicherungssystem des einen Mitgliedstaats zu dem eines anderen gewechselt werden müßte [18].

40. Ebenso kann auch die Art der Tätigkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht von Bedeutung sein. Der Gerichtshof stellte nämlich bereits fest, daß dies für die Anwendung der Entsenderegelung kaum von Bedeutung sei (Urteil Van der Vecht). Dieser Lösungsansatz ist ausgesprochen klug, insbesondere da es bestimmte Tätigkeiten nur oder hauptsächlich in einigen Mitgliedstaaten gibt. Die Tulpenernte in den Niederlanden mag ein Beispiel dafür sein. Es läßt sich kaum ernsthaft die Ansicht vertreten, daß ein Arbeitnehmer von einem Unternehmen in einen anderen Mitgliedstaat nur deshalb nicht im Sinne von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a „entsandt" werden kann, weil die Art der dort für das Unternehmen ausgeführten Arbeit sich von den Tätigkeiten des Unternehmens im ersten Staat unterscheidet.

41. Von denen, die Erklärungen eingereicht haben, scheint allgemein akzeptiert zu sein, daß „Briefkastenfirmen" (z. B. Unternehmen, die nur formell in einem bestimmten Mitgliedstaat anwesend sind, um dort Verwaltungsvorgänge abwickeln zu können) nicht in den Genuß der Entsenderegelung kommen dürfen.

42. Es ist jedoch nicht geltend gemacht worden, daß Fitzwilliam bloß eine „Briefkastenfirma" sei. Darüber hinaus enthält Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung selbst einige Sicherungen gegen diese Art von Mißbrauch: erstens darf die voraussichtliche Dauer der Arbeit zwölf Monate nicht überschreiten, und zweitens darf der Arbeitnehmer nicht eine andere Person ablösen, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Darüber hinaus hat der Gerichtshof, wie bereits dargelegt [19], die Notwendigkeit hervorgehoben, daß zwischen dem betreffenden Unternehmen und dem zu entsendenden Arbeitnehmer eine tatsächliche Bindung besteht.

43. Wie die Kommission ausgeführt hat, bilden diese Einschränkungen einen bedeutsamen Schutz gegen einen Mißbrauch des Systems. Ich sehe weiter für die Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften keine Notwendigkeit, die Entscheidung eines Unternehmens, in welchem Staat es sich niederlassen und Arbeitnehmer beschäftigen will, einzuschränken, wenn wie hier dieser Staat die Niederlassung des Unternehmens anerkennt und gegen die Anwendung seiner eigenen sozialversicherungsrechtlichen Vor-

18 — Urteil Manpower, zitiert in Fußnote 15, Randnr. 10.

19 — Siehe oben, Nr. 32.

schriften keine Einwände hat und das Unternehmen zumindest einen Teil seiner Geschäftstätigkeit in diesem Staat ausübt.

44. Die niederländische Regierung macht geltend, die strenge Begrenzung der Entsenderegelung sei aus Gründen des Allgemeininteresses erforderlich und es reiche nicht aus, bloß die „Briefkastenfirmen" auszuschließen. Ich teile nicht die Ansicht, daß die Regelung eng auszulegen ist, und zwar aus folgenden Gründen.

45. Das einzige Problem, um das es in Fällen wie dem vorliegenden geht, ist, wessen System der sozialen Sicherheit anzuwenden ist. Möglicherweise wären in einigen Fällen die Vorschriften des Staates, in den der Arbeitnehmer entsandt wird, für ihn günstiger. Der Ausschluß dieser Vorschriften beeinträchtigt jedoch nicht das Allgemeininteresse [20] (selbst im Hinblick auf die Arbeitnehmer stellte der Gerichtshof nämlich in seinem Urteil Manpower [21] fest, daß die Anwendung des Systems der sozialen Sicherheit des Staates, in den der Arbeitnehmer entsandt werde, letztlich „dem Arbeitnehmer ... häufig nachteilig [wäre], weil die innerstaatlichen Rechtsvorschriften im allgemeinen bestimmte Sozialleistungen bei kurzer Versicherungsdauer nicht gewähren" [22]). Auch zerstört der Ausschluß der Vorschriften nicht das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit des Aufnahmestaats, da der Staat, der weiterhin die Beiträge erhält, die Kosten der Behandlung oder Leistungen trägt, die für den entsandten Arbeitnehmer im Aufnahmestaat anfallen [23].

46. Die niederländische Regierung hält dem entgegen, daß die Anwendung der Entsenderegelung im vorliegenden Fall niederländische Unternehmen benachteilige, da diese höhere Sozialversicherungskosten zu tragen hätten und nicht auf der gleichen Grundlage konkurrieren könnten. Das ist jedoch bloß eine natürliche Folge des Binnenmarktes [24]. Wie die Kommission in der Sitzung ausgeführt hat, haben die Mitgliedstaaten durch die Beibehaltung ihrer Zuständigkeit für Angelegenheiten der sozialen Sicherheit Unterschiede zwischen den Systemen der einzelnen Mitgliedstaaten zwangsläufig in Kauf genommen. Sie können jetzt Unternehmen oder Arbeitnehmern, die von den ihnen nach dem Vertrag zustehenden grundlegenden Freiheiten Gebrauch machen, nicht vorwerfen, daß die Ausübung dieser Freiheiten dem betreffenden Unternehmen oder Arbeitnehmern einen Vorteil bringt.

47. Alles in allem halte ich es für richtig, an dem Erfordernis festzuhalten, das der Gerichtshof in seinem Urteil Manpower in bezug auf die Verordnung Nr. 3 aufgestellt hat, daß nämlich das Unternehmen normalerweise in dem Staat tätig sein muß, dessen Rechtsvorschriften als weiterhin

20 — Vgl. jedoch die Urteile vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299) und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV 10, Slg. 1994, I-4795).

21 — Randnr. 12.

22 — Vgl. jedoch den Hinweis des Gerichtshofes auf das Allgemeininteresse bezüglich des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer im Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94 (Guiot, Slg. 1996, I-1905, Randnrn. 16 und 17).

23 — Vgl. jedoch den Hinweis des Gerichtshofes auf die Notwendigkeit, die Kohärenz der anwendbaren Steuerregelungen zu wahren, im Urteil vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90 (Bachmann, Slg. 1992, I-249).

24 — Vgl. in einem anderen Zusammenhang die Schlußanträge des Generalanwalts La Pergola vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-212/97 (Centros, Slg. 1999, I-1459).

anwendbar erklärt worden sind. Dies sollte jedoch nicht so verstanden werden, daß das Unternehmen gewöhnlich im Sinne von hauptsächlich in diesem Staat tätig ist, sondern einfach so, daß es tatsächlich dort eine Tätigkeit ausübt. Diese Ansicht wird wohl auch von der irischen, der französischen Regierung und der des Vereinigten Königreichs vertreten. Die Kommission meint, daß das Unternehmen wesentliche Tätigkeiten im ersten Staat ausüben muß und nicht nur eine formelle, verwaltungsmäßige Verbindung zu diesem Staat haben darf.

48. Ich halte es, wenn überhaupt, im vorliegenden Fall nicht für erforderlich, den Mindestumfang und die Art der im Entsendestaat auszuübenden Tätigkeiten zu bestimmen, da Fitzwilliam nicht nur als Gesellschaft in Irland eingetragen ist, sondern dort auch in erheblichem Umfang Verwaltungspersonal beschäftigt und dem irischen Markt eine große Zahl von Arbeitnehmern zur Verfügung stellt. Außerdem sind die in die Niederlande entsandten Arbeitnehmer Iren, die in Irland wohnen. Es gibt keinen Hinweis, daß Fitzwilliam nur eine „Briefkastenfirma" ist. Die Anwendung der in die Verordnung Nr. 1408/71 eingebauten Sicherungsmaßnahmen trägt jedenfalls in großem Maße dazu bei, Mißbräuche der Entsenderegelung zu verhindern.

## Zur zweiten Frage

49. Bei der zweiten Frage des nationalen Gerichts geht es darum, wieweit Mitgliedstaaten durch die von anderen Mitgliedstaaten ausgestellten E-101-Bescheinigungen gebunden sind. Wie gesagt, werden diese Bescheinigungen nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 574/72 ausgestellt [25]; sie bescheinigen, daß ein bestimmter Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsandt worden ist und daß die Rechtsvorschriften des Entsendestaats weiterhin für ihn gelten.

50. Die Frage, welche Bedeutung solche Bescheinigungen haben, ist bereits ausführlich von Generalanwalt Lenz in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Calle Grenzshop Andresen [26] und von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Barry Banks u. a. [27] erörtert worden.

51. Der Gerichtshof hat sich mit der Natur verschiedener anderer Bescheinigungen befaßt, die Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit ausgestellt hatten [28]. Wie Generalanwalt Lenz jedoch in der Rechtssache Calle Grenzshop Andresen [29] ausgeführt hat, sind Art und Zweck der Bescheinigungen sehr unterschiedlich. Eine abstrakte Antwort auf die Frage der Rechtswirkung solcher Bescheinigungen ist

25 — Siehe oben, Nr. 19.

26 — Rechtssache C-425/93, siehe Fußnote 12. Vgl. das in der Sammlung auf S. 289 f. wiedergegebene Formular E 101.

27 — Rechtssache C-178/97, Schlußanträge vom 24. November 1998.

28 — Zum Beispiel Urteile vom 11. März 1982 in der Rechtssache 93/81 (Knoeller, Slg. 1982, 951), vom 8. Juli 1992 in der Rechtssache C-102/91 (Knoch, Slg. 1992, I-4341) und vom 2. Mai 1996 in der Rechtssache C-206/94 (Paletta, Slg. 1996, I-2357).

29 — Vgl. Nrn. 56 und 57 der Schlußanträge.

daher unmöglich. Der einzige gemeinsame Grundsatz ist, wie der Gerichtshof in der Rechtssache Knoeller [30] festgestellt hat, daß die rechtliche Bedeutung des jeweiligen Formblatts im Lichte der Artikel 48 bis 51 EG-Vertrag zu bestimmen ist, die die Grundlage der Verordnung Nr. 1408/71 darstellen.

52. Die Artikel 48 bis 51 sollen natürlich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sicherstellen. Es ist klar, daß die gleichzeitige Anwendung von mehr als einem System der sozialen Sicherheit auf Wanderarbeitnehmer die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen würde; ein grundlegendes Prinzip der Verordnung Nr. 1408/71 (niedergelegt in Artikel 13 Absatz 1) ist, daß nur die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats anwendbar sind.

53. Eine E-101-Bescheinigung gibt an, welches System der sozialen Sicherheit auf einen entsandten Arbeitnehmer angewandt wird. Mit den Worten von Generalanwalt Lenz: „Wenn die Aussage des Formblatts E 101 von der Behörde eines anderen Mitgliedstaats nicht anerkannt wird, kann das nur bedeuten, daß die das Formblatt beurteilende Stelle eine andere Rechtsordnung als die in dem Formblatt für anwendbar erachtet, was gerade zur Doppelversicherung mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen führen kann." [31] Nach Ansicht des Generalanwalts verstößt dieses Ergebnis gegen die Ziele der Artikel 48 bis 51 EG-Vertrag.

54. Nach meiner Meinung ist klar, daß die Behörde eines Mitgliedstaats rechtswidrig handelt, wenn sie sich einseitig weigert, eine von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats ausgestellte Bescheinigung E 101 anzuerkennen. Insbesondere halte ich es für wesentlich, daß die nationalen Behörden bei einem Streit über die anwendbaren Rechtsvorschriften diese Frage untereinander klären. Es sollte ausgeschlossen sein, daß jeder Staat von dem betreffenden Arbeitnehmer Beiträge verlangt und es diesem überläßt, die Sache, eventuell gerichtlich, zu klären. Wie Fitzwilliam in der Sitzung ausgeführt hat, wäre eine solche Lösung, auch wenn zu Unrecht entrichtete Beiträge zurückgefordert werden können, wahrscheinlich unpraktisch, langwierig und teuer. Sie widerspräche damit dem Ziel der Entsenderegelung, „Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu überwinden ... und dabei administrative Schwierigkeiten für die Arbeitnehmer, die Unternehmen und die Sozialversicherungsträger zu vermeiden" [32].

55. Nach meiner Ansicht darf der Aufnahmestaat sein eigenes System der sozialen Sicherheit erst anwenden, wenn die Bescheinigung E 101, die ein anderer Mitgliedstaat ausgestellt hat, von der ausstellenden Behörde zurückgenommen worden ist. Die Tatsache, daß die Bescheinigung auf einem Standardformular basiert, das von der Verwaltungskommission erstellt worden ist, deren Entscheidungen nationale Behörden nicht binden können, ist ohne Bedeutung, da die Bescheinigung durch das Ausfüllen des Formblatts durch den zuständigen Träger

30 — Randnr. 9.

31 — Nr. 61 der Schlußanträge.

32 — Urteil Manpower, siehe Fußnote 15, Randnr. 10.

zustande kommt und ihre Aussagekraft sich aus Artikel 11 der Verordnung Nr. 574/72 ableitet [33].

56. Die einschlägigen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergeben sich nicht nur aus der Verordnung Nr. 574/72, sondern allgemeiner aus Artikel 5 EG-Vertrag, wonach die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen treffen, die sich aus dem EG-Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Artikel 5 muß so verstanden werden, daß er die Mitgliedstaaten und insbesondere deren Sozialversicherungsträger zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, um die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften der sozialen Sicherheit durchzuführen und die Ziele der Artikel 48 bis 51 EG-Vertrag zu verwirklichen. Die Behörden des Mitgliedstaats, die die Bescheinigung E 101 ausstellen, müssen sich vergewissern, daß die Voraussetzungen für die Ausstellung vorliegen, und die Behörden des Aufnahmestaats dürfen eine ausgestellte Bescheinigung nicht einseitig unbeachtet lassen.

57. Aufgrund der Kooperationspflicht nach Artikel 5 EG-Vertrag müssen die Mitgliedstaaten einander konsultieren, wenn sie über die anwendbaren Rechtsvorschriften uneins sind. Führen die Konsultationen immer noch nicht zu einer Einigung, kann die Angelegenheit der Verwaltungskommission vorgelegt werden. Kann auch dort das Problem nicht gelöst werden, kann, wie Generalanwalt Lenz ausgeführt hat, der Streit gemäß den Artikeln 169 und 170 EG-Vertrag vor dem Gerichtshof ausgetragen werden [34].

58. Es ist vorgetragen worden, der Aufnahmestaat könne trotzdem die Anerkennung einer Bescheinigung ablehnen, wenn diese auf einem offenkundigen Irrtum beruhe. Generalanwalt Lenz hat eine solche Ausnahme ebenfalls anerkannt. Nach meiner Meinung muß jedoch in solchen Fällen der Aufnahmestaat sich noch an die Ausstellungsbehörde wenden und darf die Bescheinigung nicht einseitig ignorieren. Ist der Irrtum wirklich offenkundig oder kann der Aufnahmestaat nachweisen, daß die Bescheinigung durch einen Betrug erschlichen worden ist, wird die ausstellende Behörde die Bescheinigung ohne weiteres zurücknehmen. Sollte sie sich dennoch weigern, dies zu tun, sollte die Auseinandersetzung zwischen den zuständigen Behörden in der oben beschriebenen Weise geführt werden, da der Arbeitnehmer unter keinen Umständen gleichzeitig zwei Systemen der sozialen Sicherheit unterliegen darf.

59. Wird der Inhalt einer von einem Mitgliedstaat ausgestellten E-101-Bescheinigung von einem anderen Mitgliedstaat in Zweifel gezogen, ist es nach Ansicht der Kommission Sache des nationalen Gerichts und letztlich des Gerichtshofes, zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Verordnung erfüllt sind. Die Kommission hat jedoch nicht näher angegeben, welches der beiden nationalen Gerichte zuständig ist oder wie ein eventueller Widerspruch zwischen deren Entscheidungen zu lösen ist.

33 — Vgl. jedoch die Erwägungen des Gerichtshofes im Urteil Knoch, zitiert in Fußnote 28, Randnrn. 50 bis 54.

34 — Nr. 66 der Schlußanträge.

60. Ausgehend von meinen Überlegungen zu den Grundsätzen, die Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung beherrschen, und der Wirkung einer E-101-Bescheinigung können nur die Gerichte des ausstellenden Staates die Entscheidung über die Ausstellung der Bescheinigung überprüfen. Die Zuständigkeit der Gerichte des Aufnahmestaats ist nach meiner Meinung auf die Aufhebung einer Entscheidung beschränkt, mit der der Aufnahmestaat die Bescheinigung nicht anerkennt und auf den Arbeitnehmer sein System der sozialen Sicherheit anwendet. Diese Zuständigkeitsverteilung entspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß die Entscheidungen der Behörden eines Mitgliedstaats von den Gerichten dieses Staates zu überprüfen sind. Diese Lösung ist auch am besten geeignet, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen zu vermeiden, die Wirksamkeit der E-101-Bescheinigung zu gewährleisten und sicherzustellen, daß der Arbeitnehmer nicht entgegen dem Ziel der Verordnung Nr. 1408/71 gleichzeitig zwei Systemen der sozialen Sicherheit unterliegt.

## Ergebnis

61. Dementsprechend sind die von der Arrondissementsrechtbank Amsterdam vorgelegten Fragen nach meiner Meinung wie folgt zu beantworten:

1. Die Behörden der Mitgliedstaaten sind nicht berechtigt, Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 durch nähere, in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannte Erfordernisse oder Voraussetzungen zu ergänzen.

2. Diese Bestimmung findet Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer von einem Unternehmen beschäftigt wird, um in einen anderen Mitgliedstaat entsandt zu werden, sofern der Arbeitnehmer während des Zeitraums seiner Entsendung diesem Unternehmen weiterhin untersteht und dieses Unternehmen in dem Entsendestaat wirklich eine Geschäftstätigkeit ausübt.

3. Eine nach Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 ausgestellte Bescheinigung E 101 bleibt bis zu ihrer Rücknahme durch die ausstellende Behörde wirksam. Sind die Behörden eines anderen Mitgliedstaats der Ansicht, daß die Voraussetzungen für die Ausstellung der Bescheinigung nicht erfüllt sind, sind sie nicht berechtigt, die Bescheinigung als rechtswidrig zu behandeln, sondern müssen den ausstellenden Mitgliedstaat um Rücknahme der Bescheinigung ersuchen. Die betreffenden Mitgliedstaaten müssen versuchen, das Problem im Wege loyaler Zusammenarbeit gemäß Artikel 5 Absatz 1 EG-Vertrag zu lösen. Kommt es zu keiner Lösung, muß die Frage von den Gemeinschaftsbehörden und gegebenenfalls vom Gerichtshof entschieden werden.