

Rechtsprechung mit Anmerkungen

Arbeitsrecht

Arbeitnehmer-Entsendegesetz/Dauer des Vorverfahrens/ Bestimmtheit der Klageschrift

Art. 49 EG; Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1992; § 2 AEntG

1. Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen, dass sie eine Bestimmung wie § 3 Abs. 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 26. Februar 1996 erlassen hat, nach der ausländische Zeitarbeitsunternehmen nicht nur die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Entleiher in Deutschland, sondern auch jede Änderung seines Einsatzorts anmelden müssen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 3. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt zwei Drittel der Kosten. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ein Drittel der Kosten.
 4. Die Französische Republik trägt ihre eigenen Kosten.
- Urteil des EuGH vom 18.7.2007 – Rs. C-490/04 Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ Bundesrepublik Deutschland – mit Anmerkung von Prof. Dr. Andreas Hänlein, Kassel

Sachverhalt/Vorverfahren*

[1] Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, dass sie Rechtsvorschriften erlassen hat, nach denen

- ausländische Unternehmen selbst dann verpflichtet sind, für ihre entsandten Arbeitnehmer Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, wenn sie nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaats ihres Arbeitgebers einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen (§ 1 Abs. 3 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996 [BGBl. I S.227, im Folgenden: Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder AEntG]);
- ausländische Unternehmen verpflichtet sind, den Arbeitsvertrag oder die nach dem Recht des Wohnsitzlands des Arbeitnehmers im Rahmen der Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Ar-

beitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (ABl. L 288, S.32) erforderlichen Unterlagen, die Lohnabrechnungen, die Arbeitszeitnachweise, die Nachweise über erfolgte Lohnzahlungen sowie alle sonstigen Unterlagen, die von den deutschen Behörden verlangt werden, ins Deutsche übersetzen zu lassen (§ 2 AEntG);

- ausländische Zeitarbeitsunternehmen verpflichtet sind, eine Anmeldung nicht nur vor jeder Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Entleiher in Deutschland vorzunehmen, sondern auch vor jeder Beschäftigung auf einer Baustelle durch den Entleiher (§ 3 Abs. 2 AEntG).

[11] Aufgrund zahlreicher Beschwerden wies die Kommission die deutschen Behörden mit einem Mahnschreiben vom 12. November 1998 und einem ergänzenden Mahnschreiben vom 17. August 1999 auf die Unvereinbarkeit verschiedener Bestimmungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit Art. 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 49 EG) hin.

[12] Da die Kommission die Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland in deren Schreiben vom 8. März, 4. Mai und 25. Oktober 1999 für unzureichend hielt, forderte sie diese mit einer mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 25. Juli 2001 auf, die Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um dieser Stellungnahme binnen zwei Monaten nach deren Eingang nachzukommen.

[13] Mit Schreiben vom 1. Oktober 2001, 10. Dezember 2001, 3. Februar 2003 und 4. Dezember 2003 übermittelte die Bundesrepublik Deutschland der Kommission ihre Erklärungen zu der mit Gründen versehenen Stellungnahme. Mit Schreiben vom 23. Januar 2004 notifizierte sie der Kommission eine aufgrund des Erlasses des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2848) geänderte Fassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes.

[14] Nachdem sie festgestellt hatte, dass die ursprünglich gerügten Verstöße durch die Novellierung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nur zum Teil abgestellt wurden, hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

EG-Vertrag

[2] Art. 49 EG bestimmt:

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

...“

Richtlinie 96/71/EG

[3] Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

* Die Randnummern beziehen sich auf die Textzeichen in der EuGH-Entscheidung.

16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L 18, S. 1) „für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer ... in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden“.

[4] Art. 3 („Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“) dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

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

festgelegt sind:

...

b) bezahlter Mindestjahresurlaub;

...

d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;

...“

[5] Art. 4 („Zusammenarbeit im Informationsbereich“) der Richtlinie sieht vor:

„(1) Zur Durchführung dieser Richtlinie benennen die Mitgliedstaaten gemäß ihren Rechtsvorschriften und/oder Praktiken ein oder mehrere Verbindungsbüros oder eine oder mehrere zuständige einzelstaatliche Stellen.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen die Zusammenarbeit der Behörden vor, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften für die Überwachung der in Artikel 3 aufgeführten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zuständig sind. Diese Zusammenarbeit besteht insbesondere darin, begründete Anfragen dieser Behörden zu beantworten, die das länderübergreifende Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern, einschließlich offenkundiger Verstöße oder Fälle von Verdacht auf unzulässige länderübergreifende Tätigkeiten, betreffen.

...“

Nationales Recht

[6] Bei Ablauf der Frist, die der Bundesrepublik Deutschland in der ihr zugestellten mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war, war die Entsendung von Arbeitnehmern in diesem Mitgliedstaat durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geregelt.

[7] Nach § 1 Abs. 1 AEntG gelten für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge des Baugewerbes, die die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld zum Gegenstand haben, auch für Arbeitge-

ber mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden.

[8] § 1 Abs. 3 AEntG bestimmt:

„Sind im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaubsansprüchen nach Absatz 1 die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch allgemeinverbindliche Tarifverträge einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien übertragen, so finden die Rechtsnormen solcher Tarifverträge auch auf einen ausländischen Arbeitgeber und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung, wenn in den betreffenden Tarifverträgen oder auf sonstige Weise sichergestellt ist, dass

1. der ausländische Arbeitgeber nicht gleichzeitig zu Beiträgen nach dieser Vorschrift und Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung im Staat seines Sitzes herangezogen wird und
2. das Verfahren der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien eine Anrechnung derjenigen Leistungen vorsieht, die der ausländische Arbeitgeber zur Erfüllung des gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Urlaubsanspruchs seines Arbeitnehmers bereits erbracht hat.

...“

[9] § 2 Abs. 3 AEntG sieht vor:

„Jeder Arbeitgeber mit Sitz im Ausland ist verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung der Rechtspflichten nach § 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2a Satz 2 und Abs. 3a Satz 5 erforderlichen Unterlagen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers im Geltungsbereich dieses Gesetzes, mindestens für die Dauer der gesamten Bauleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre in deutscher Sprache, auf Verlangen der Prüfbehörde auch auf der Baustelle bereitzuhalten.“

[10] § 3 Abs. 2 AEntG schließlich sieht vor:

„Überlässt ein Verleiher mit Sitz im Ausland einen oder mehrere Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einem Entleiher im Geltungsbereich dieses Gesetzes, so hat er ... vor Beginn jeder Bauleistung der zuständigen Behörde der Zollverwaltung schriftlich eine Anmeldung in deutscher Sprache mit folgenden Angaben zuzuleiten:

1. Namen, Vornamen und Geburtsdaten der von ihm in den Geltungsbereich dieses Gesetzes überlassenen Arbeitnehmer,
2. Beginn und Dauer der Überlassung,
3. Ort der Beschäftigung (Baustelle),

...“

Aus den Entscheidungsgründen

Zulässigkeit

[15] Die deutsche Regierung erhebt vier Einreden der Unzulässigkeit, die sich auf die Wahl von Art. 49 EG als Maßstab für die Prüfung der Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-

Entsendegesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht, die unangemessene Dauer des Vorverfahrens, die Unbestimmtheit der Klageschrift und die Änderung des Gegenstands der ersten Rüge der Kommission beziehen.

Wahl von Art. 49 EG als Maßstab für die Prüfung der Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht

[16] Die deutschen Behörden vertreten die Auffassung, dass die fraglichen Bestimmungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vorrangig anhand der Richtlinie 96/71 zu prüfen seien, die speziell die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung betreffe. Im Einzelnen hätte die Kommission darlegen müssen, dass die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe oder dass die fraglichen Bestimmungen nicht im Einklang mit der Richtlinie angewandt würden.

[17] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 96/71 die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten koordinieren soll, indem sie eine Liste der nationalen Vorschriften aufstellt, die ein Mitgliedstaat auf die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen anwenden muss, die im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in sein Hoheitsgebiet entsenden.

[18] So müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie dafür sorgen, dass diese Unternehmen unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der in diesem Artikel genannten Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat festgelegt sind, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird.

[19] Die Richtlinie 96/71 harmonisiert jedoch nicht den materiell-rechtlichen Inhalt dieser nationalen Vorschriften (vgl. in diesem Sinne Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25. Juli 2003 über die Durchführung der Richtlinie 96/71 in den Mitgliedstaaten, KOM[2003] 458 endg., Punkt 2.3.1.3). Dieser Inhalt kann daher von den Mitgliedstaaten unter Beachtung des EG-Vertrags und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, im vorliegenden Verfahren also auch des Art. 49 EG, frei bestimmt werden.

[20] In ihrer Klageschrift macht die Kommission geltend, § 1 Abs. 3, § 2 und § 3 Abs. 2 AEntG seien mit dem EG-Vertrag unvereinbar, weil sie den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der Gemeinschaft unzulässig beschränkten.

[21] Beschränkungen dieser Grundfreiheit sind nach Art. 49 EG verboten. Die Kommission hat sich deshalb zu Recht auf diese Vorschrift berufen, um die Unvereinbarkeit der streitigen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht zu rügen.

[22] Die erste Unzulässigkeitseinrede der Bundesrepublik Deutschland ist daher zurückzuweisen.

Überlange Dauer des Vorverfahrens

[23] Die Bundesrepublik Deutschland hält die Klage wegen der Verzögerungen des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens, die der Kommission anzulasten seien, für unzulässig. Obwohl das Mahnschreiben, das die Kommission an sie gerichtet habe, vom 12. November 1998 datiere, habe diese ihre Klage erst am 29. November 2004 erhoben, d.h. über sechs Jahre nach Versendung des Mahnschreibens. Mit dieser sich aus diesen Verzögerungen ergebenden Nachlässigkeit habe die Kommission zum einen ihre Pflicht zur Wahrung einer angemessenen Verfahrensdauer verletzt und zum anderen gegen das Gebot der Rechtssicherheit verstoßen, auf das sich die Bundesrepublik Deutschland und die durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geschützten Arbeitnehmer berufen könnten.

[24] Nach Ansicht der deutschen Stellen hätte die Kommission das Verfahren beschleunigen können und müssen. Nach dessen Einleitung habe der Gerichtshof nämlich mehrere Urteile, die sich allgemein mit der Entsendung von Arbeitnehmern befassten, und ein Urteil speziell zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (vgl. Urteil vom 25. Oktober 2001, Finalarte u.a., C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831) erlassen. Diese Urteile hätten es ermöglichen müssen, die Angelegenheit zügiger abzuschließen.

[25] Insoweit ist jedoch zum einen darauf hinzuweisen, dass das vorprozessuale Verfahren nach Art. 226 EG dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit geben soll, seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen oder seine Verteidigungsmittel gegenüber den Rügen der Kommission wirkungsvoll geltend zu machen (Urteil vom 5. November 2002, Kommission/Österreich, C-475/98, Slg. 2002, I-9797, Randnr. 35).

[26] Zum anderen ist festzustellen, dass die Bestimmungen des Art. 226 EG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs anzuwenden sind, ohne dass die Kommission eine bestimmte Frist einhalten muss, sofern nicht ein Fall vorliegt, in dem eine zu lange Dauer des in diesem Artikel vorgesehenen Vorverfahrens es dem betroffenen Staat erschweren könnte, die Argumente der Kommission zu widerlegen, und damit die Verteidigungsrechte verletzen würde. Dass dies der Fall ist, hat der betroffene Mitgliedstaat nachzuweisen (vgl. Urteile vom 16. Mai 1991, Kommission/Niederlande, C-96/89, Slg. 1991, I-2461, Randnrn. 15 und 16, vom 21. Januar 1999, Kommission/Belgien, C-207/97, Slg. 1999, I-275, Randnr. 25, und Kommission/Österreich, Randnr. 36).

[27] Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zeit zwischen dem an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Mahnschreiben und der Klageerhebung im vorliegenden Fall in Anbetracht der vom Gerichtshof zur Entsendung von Arbeitnehmern erlassenen Urteile als zu lang zu betrachten ist, da die Bundesrepublik Deutschland keine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte aufgrund der Dauer des Vorverfahrens geltend macht und auch sonst nichts für eine solche Verletzung vorträgt.

[28] Demnach ist auch die zweite Unzulässigkeitseinrede der deutschen Regierung zurückzuweisen.

Unbestimmtheit der Klageschrift

[29] Die deutsche Regierung hält die Klage für unzulässig, weil in der Klageschrift die Rügen, über die der Gerichtshof entscheiden sollte, nicht klar angegeben seien. Insbesondere lasse die Kommission die Frage offen, ob sie nur die Bestimmungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes als solche oder auch ihre Anwendung durch die deutschen Behörden und Gerichte in konkreten Fällen beanstandete.

[30] Nach Art. 38 §1 Buchst. c der Verfahrensordnung muss die Klageschrift u.a. den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Folglich hat die Kommission in einer gemäß Art. 226 EG eingereichten Klageschrift die Rügen, über die der Gerichtshof entscheiden soll, hinreichend genau und zusammenhängend anzugeben, damit der Mitgliedstaat sich gebührend verteidigen und der Gerichtshof überprüfen kann, ob die behauptete Vertragsverletzung vorliegt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Dezember 1990, Kommission/Griechenland, C-347/88, Slg. 1990, I-4747, Randnr. 28, und vom 4. Mai 2006, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-98/04, Slg. 2006, I-4003, Randnr. 18).

[31] Im vorliegenden Fall geht aus der Begründung und den Anträgen der Klageschrift der Kommission jedoch hinreichend klar und bestimmt hervor, dass die Klage die Vereinbarkeit der §§ 1 Abs. 3, 2 und 3 Abs. 2 AEntG mit Art. 49 EG betrifft. Die Klage ist daher nicht mehrdeutig.

[32] Folglich ist auch die dritte Unzulässigkeitseinrede der deutschen Regierung zurückzuweisen.

Änderung des Gegenstands der ersten Rüge

[33] Die deutsche Regierung trägt vor, die erste Rüge sei unzulässig, weil ihr Gegenstand in der mit Gründen versehenen Stellungnahme und in der Klageschrift nicht gleichlautend formuliert sei.

[34] In der mit Gründen versehenen Stellungnahme habe die Kommission erklärt, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen habe, dass sie ausländische Unternehmen verpflichtete, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse des Baugewerbes abzuführen, „obwohl sie ihren Beschäftigten im Mitgliedstaat ihrer Niederlassung weiterhin direkt eine Urlaubsvergütung zahlen“. In der Klageschrift habe sie dagegen einen Verstoß gegen den EG-Vertrag festgestellt, der sich daraus ergebe, dass ausländische Unternehmen selbst dann verpflichtet seien, für ihre Arbeitnehmer Beiträge an die Urlaubskasse abzuführen, „wenn sie nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates ... einen im Wesentlichen gleichen Schutz“ genießen. Damit habe die Kommission den Streitgegenstand geändert und erweitert.

[35] Die Kommission entgegnet, dass die unterschiedliche Formulierung des verfügenden Teils der mit Gründen versehenen Stellungnahme und der Klageanträge keine Änderung des Streitgegenstands bedeute.

[36] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird der Gegenstand der gemäß Art. 226 EG erhobenen Klage in der Tat durch das in dieser Bestimmung vorgesehene Vorverfahren umschrieben, weshalb die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klage auf dieselben Rügen gestützt werden müssen (vgl. Urteile vom 17. November 1992, Kommission/Griechenland, C-105/91, Slg. 1992, I-5871, Randnr. 12, und vom 10. September 1996, Kommission/Belgien, C-11/95, Slg. 1996, I-4115, Randnr. 73).

[37] Dieses Erfordernis kann jedoch nicht so weit gehen, dass in jedem Fall eine völlige Übereinstimmung zwischen dem verfügenden Teil der mit Gründen versehenen Stellungnahme und den Anträgen in der Klageschrift bestehen muss, sofern nur der Streitgegenstand nicht erweitert oder geändert worden ist (Urteile vom 29. September 1998, Kommission/Deutschland, C-191/95, Slg. 1998, I-5449, Randnr. 56, und vom 6. November 2003, Kommission/Spainien, C-358/01, Slg. 2003, I-13145, Randnr. 28).

[38] Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der mit Gründen versehenen Stellungnahme, dass die Kommission im Vorverfahren beanstandete, dass die den ausländischen Unternehmen in § 1 Abs. 3 AEntG auferlegte Verpflichtung, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, zu einer doppelten Urlaubsvergütung führe, und zwar sowohl im Sitzmitgliedstaat als auch im Entsendemitgliedstaat, und dass diese Doppelzahlung nur dann vermieden werde, wenn es im Sitzmitgliedstaat eine der deutschen Urlaubskasse vergleichbare Einrichtung gebe. Auch in ihrer Klageschrift rügt die Kommission die Doppelbelastung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer nach Deutschland entsendet, und die zu enge Fassung der in § 1 Abs. 3 AEntG vorgesehenen Befreiung von der Beitragspflicht.

[39] Die Kommission hat somit den Streitgegenstand nicht erweitert oder geändert und folglich nicht gegen Art. 226 EG verstoßen.

[40] Demnach ist auch die vierte Unzulässigkeitseinrede der deutschen Regierung zurückzuweisen und die Klage der Kommission für zulässig zu erklären.

Begründetheit

Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an die deutsche Urlaubskasse (§ 1 Abs. 3 AEntG)

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

[41] Die Kommission trägt vor, die in § 1 Abs. 3 Satz 1 AEntG vorgesehene Befreiung von der Beitragspflicht sei zu eng gefasst, so dass es zu einer mit Art. 49 EG unvereinbaren Doppelbelastung des Arbeitnehmer nach Deutschland entsendenden Arbeitgebers kommen könne. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz müsste in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, die Arbeitnehmer entsendeten, nicht nur dann von der Beitragspflicht befreien, wenn sichergestellt sei, dass sie im Niederlassungsstaat Beiträge zu einem vergleichbaren System entrichteten, sondern auch dann, wenn es in diesem Staat Regelungen gebe, die zwar nicht auf vom Arbeitgeber gezahlten Beiträgen beruhten, dem Arbeit-

nehmer aber dennoch einen dem deutschen Niveau entsprechenden Schutz seiner Urlaubsansprüche böten.

[42] Die deutsche Regierung entgegnet, die Kommission habe keine konkreten Beweise dafür erbracht, dass § 1 Abs. 3 AEntG vertragswidrig sei. Diese Vorschrift werde von den nationalen Behörden und Gerichten gemeinschaftsrechtskonform angewandt.

[43] Um eine Doppelbelastung der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zu vermeiden, habe die Bundesrepublik Deutschland nämlich eine pragmatische grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit den anderen Mitgliedstaaten begründet und sogar mit einzelnen von ihnen bilaterale Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der nationalen Urlaubssysteme geschlossen.

[44] Auch die deutschen Gerichte, insbesondere das Bundesarbeitsgericht, hätten stets die vom Gerichtshof auf dem Gebiet der Entsendung von Arbeitnehmern aufgestellten Grundsätze beachtet. Sie hätten – neben der Prüfung, ob ein bilaterales Abkommen bestehe – stets dafür gesorgt, dass dem entsandten Arbeitnehmer durch die Anwendung der deutschen Regelung über die Urlaubsansprüche ein Vorteil erwachse, indem sie diese nur dann anwendeten, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger als die in seinem Heimatstaat geltenden Vorschriften seien.

Würdigung durch den Gerichtshof

[45] Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AEntG sind ausländische Arbeitgeber verpflichtet, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, sofern sie nicht gleichzeitig zu Beiträgen zu dieser Urlaubskasse und zu einer vergleichbaren Einrichtung im Staat des Sitzes ihres Unternehmens herangezogen werden (Nr. 1) und die Leistungen angerechnet werden, die diese Arbeitgeber zur Erfüllung der gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Urlaubsansprüche ihrer Arbeitnehmer bereits erbracht haben (Nr. 2).

[46] Der Gerichtshof hat sich im Urteil Finalarte u.a. bereits zur Vereinbarkeit dieser Bestimmung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit dem EG-Vertrag geäußert. In den Randnrn. 45, 49 und 53 dieses Urteils hat er insbesondere darauf hingewiesen, dass § 1 Abs. 3 AEntG nur unter zwei Voraussetzungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, deren Erfüllung das vorlegende Gericht zu prüfen hat. Dieses muss untersuchen, ob die deutschen Rechtsvorschriften über bezahlten Urlaub den Arbeitnehmern, die von außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistungserbringern entsandt worden sind, einen tatsächlichen zusätzlichen Schutz gewähren und ob die Anwendung dieser Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Verwirklichung des Ziels des sozialen Schutzes dieser Arbeitnehmer verhältnismäßig ist.

[47] Im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren war es Sache der Kommission, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt waren, und dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte zu liefern, anhand deren er die Vereinbarkeit der betreffenden Bestimmung mit Art. 49 EG prüfen kann.

[48] Nach ständiger Rechtsprechung ist es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG

nämlich Sache der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen. Sie muss dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren er das Vorliegen dieser Vertragsverletzung prüfen kann, wobei sie sich nicht auf Vermutungen stützen darf (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. März 1990, Kommission/Frankreich, C-62/89, Slg. 1990, I-925, Randnr. 37, und vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland, C-341/02, Slg. 2005, I-2733, Randnr. 35).

[49] Außerdem ist daran zu erinnern, dass die Bedeutung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs unter Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist (vgl. insbesondere Urteil vom 8. Juni 1994, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-382/92, Slg. 1994, I-2435, Randnr. 36, und vom 29. Mai 1997, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-300/95, Slg. 1997, I-2649, Randnr. 37).

[50] Im vorliegenden Fall hat die Kommission nicht die erforderlichen Anhaltspunkte geliefert, anhand deren die Unvereinbarkeit von § 1 Abs. 3 AEntG mit Art. 49 EG festgestellt werden könnte. Sie hat sich nämlich auf eine wörtliche Auslegung von § 1 Abs. 3 Nr. 1 AEntG beschränkt, ohne sich dazu zu äußern, ob die beiden im Urteil Finalarte u.a. aufgestellten Voraussetzungen (Randnr. 46 des vorliegenden Urteils) erfüllt sind. Die Kommission hat zur Stützung ihrer Klage weder Argumente vorgetragen noch auf nationale Gerichtsentscheidungen oder andere Gesichtspunkte verwiesen, die belegen könnten, dass § 1 Abs. 3 AEntG entgegen dem Vorbringen der deutschen Behörden in der Praxis nicht gemeinschaftsrechtskonform angewandt oder ausgelegt wird.

[51] Die Kommission macht geltend, ihre wörtliche Auslegung von § 1 Abs. 3 Nr. 1 AEntG werde durch ein Beispiel bestätigt, das die dänischen Rechtsvorschriften betreffe. In Dänemark würden die Urlaubsvergütungen nicht von einer der deutschen Urlaubskasse vergleichbaren Einrichtung an den Arbeitnehmer gezahlt. Erfolge keine Zahlung durch den Arbeitgeber selbst, könne der Arbeitnehmer die Zahlung durch den Arbeitgeberverband verlangen. Trotz dieser Garantie sei ein in Dänemark ansässiger Arbeitgeber, der Arbeitnehmer nach Deutschland entsende, verpflichtet, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen. Diese Beitragspflicht habe lediglich dadurch vermieden werden können, dass zwischen dem Königreich Dänemark und der Bundesrepublik Deutschland ein Verwaltungsabkommen über die gegenseitige Anerkennung der nationalen Systeme zur Sicherung des bezahlten Urlaubs geschlossen worden sei. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verbiete jedoch, dass die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte vom Abschluss von Verwaltungsabkommen abhingen.

[52] Diesem Vorbringen kann indessen nicht gefolgt werden. Aus den Akten ergibt sich nämlich, dass in Dänemark ein Fonds besteht (Arbejdsmarkedets Feriefond), der mit der deutschen Urlaubskasse vergleichbar ist, und dass die dänischen Unternehmen, die in diesen Fonds einzahlen, nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AEntG, wie er nach dem genannten Ver-

waltungsabkommen angewandt wird, von der Beitragspflicht gegenüber der deutschen Urlaubskasse befreit sind.

[53] Darüber hinaus widerspricht es zwar dem Gebot der Rechtssicherheit, dass die Rechte Einzelner nach dem Gemeinschaftsrecht in ihrer Ausübung von Voraussetzungen und Grenzen abhängen, die in nationalen Verwaltungsvorschriften geregelt sind (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. April 1993, Kommission/Italien, C-306/91, Slg. 1993, I-2133, Randnr. 14, und vom 8. Juli 1999, Kommission/Frankreich, C-354/98, Slg. 1999, I-4927, Randnr. 11), doch lassen sich die Probleme, die sich im Rahmen der länderübergreifenden Entsendung von Arbeitnehmern beim Vergleich der nationalen Urlaubsregelungen stellen können, in Ermangelung einer entsprechenden Harmonisierung nicht ohne wirksame Zusammenarbeit der Behörden der Mitgliedstaaten lösen (vgl. in diesem Sinne Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25. Juli 2003). Der Abschluss von Verwaltungsabkommen, die die gegenseitige Anerkennung solcher Regelungen gewährleisten soll, gehört zu dieser Zusammenarbeit und, allgemeiner gesagt, zur Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten in den vom Gemeinschaftsrecht erfassten Bereichen.

[54] Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Kommission nicht nachgewiesen hat, dass ausländische Unternehmen auch dann Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abführen müssen, wenn die von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer nach dem Recht des Sitzstaats dieser Unternehmen einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen.

[55] Die erste Rüge der Kommission geht daher fehl.

Verpflichtung zur Bereithaltung bestimmter Unterlagen in deutscher Sprache auf der Baustelle (§2 Abs. 3 AEntG)

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

[56] Die Kommission macht geltend, die Verpflichtung ausländischer Unternehmen, alle nach §2 Abs. 3 AEntG erforderlichen Unterlagen, d.h. den Arbeitsvertrag (oder ein gleichwertiges Dokument nach der Richtlinie 91/533), Lohnabrechnungen, Arbeitszeit- und Lohnzahlungsnachweise sowie alle anderen von den deutschen Behörden geforderten Unterlagen, ins Deutsche übersetzen zu lassen, stelle eine ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Beschränkung der nach Art. 49 EG garantierten Dienstleistungsfreiheit dar.

[57] Was die fehlende Rechtfertigung dieser Bestimmung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes angehe, habe der Gerichtshof im Urteil vom 23. November 1999, Arblade u.a. (C-369/96 und C-376/96, Slg. 1999, I-8453), entschieden, dass die Verpflichtung ausländischer Unternehmen, Unterlagen im Aufnahmemitgliedstaat aufzubewahren, nicht damit begründet werden könne, dass die Erfüllung der Überwachungsaufgaben der Behörden dieses Staates allgemein erleichtert werden solle. Wenn aber das Erfordernis, Unterlagen

aufzubewahren, nicht mit diesem Ziel gerechtfertigt werden könne, dann sei auch die mindestens ebenso aufwendige zwingende Verpflichtung, alle Unterlagen zu übersetzen, nicht zu rechtfertigen.

[58] Zur Verhältnismäßigkeit der fraglichen Bestimmung trägt die Kommission – wiederum unter Bezugnahme auf das Urteil Arblade u.a. – vor, die allgemeine Übersetzungspflicht sei durch das in Art. 4 der Richtlinie 96/71 vorgesehene System der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten überflüssig geworden.

[59] Die Bundesrepublik Deutschland, unterstützt von der Französischen Republik, macht geltend, dass die in §2 Abs. 3 AEntG vorgesehene Übersetzungspflicht mit Art. 49 EG vereinbar sei.

[60] Diese Verpflichtung solle eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Rechtspflichten nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz ermöglichen und somit einen wirksamen Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten. Die Kontrollbehörden müssten in der Lage sein, die fraglichen Unterlagen zu lesen und zu verstehen, was verlange, dass sie übersetzt seien. Die Wirksamkeit der Kontrolle dürfe nicht von den Fremdsprachenkenntnissen der Kontrollbehörden auf den jeweiligen Baustellen abhängen.

[61] Die deutsche und die französische Regierung tragen vor, das Urteil Arblade u. a. lasse keine unmittelbaren Rückschlüsse in Bezug auf die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit von §2 Abs. 3 AEntG zu.

[62] Schließlich sind die deutsche und die französische Regierung der Ansicht, dass die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden nach Art. 4 der Richtlinie 96/71 die den ausländischen Arbeitgebern auferlegte Übersetzungspflicht nicht ersetzen könne.

Würdigung durch den Gerichtshof

[63] Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Art. 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. Urteile vom 25. Juli 1991, Säger, C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12, vom 28. März 1996, Guiot, C-272/94, Slg. 1996, I-1905, Randnr. 10, und vom 19. Januar 2006, Kommission/Deutschland, C-244/04, Slg. 2006, I-885, Randnr. 30).

[64] Auch wenn eine Harmonisierung in diesem Bereich fehlt, darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags doch nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die

Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Arblade u. a., Randnrn. 34 und 35, vom 24. Januar 2002, Portugaia Construções, C-164/99, Slg. 2002, I-787, Randnr. 19, und vom 21. Oktober 2004, Kommission/Luxemburg, C-445/03, Slg. 2004, I-10191, Randnr. 21).

[65] Schließlich muss die Anwendung der nationalen Regelungen eines Mitgliedstaats auf die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Dienstleistenden geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Säger, Randnr. 15, vom 31. März 1993, Kraus, C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32, und vom 30. November 1995, Gebhard, C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37).

[66] Im vorliegenden Fall ergibt sich aus § 2 Abs. 3 AEntG, dass ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber, der Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt, verpflichtet ist, bestimmte Unterlagen für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer, mindestens für die Dauer der gesamten Bauleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, in deutscher Sprache, auf Verlangen der Prüfbehörde auch auf der Baustelle bereitzuhalten. Wie die deutsche Regierung in der Sitzung ausgeführt hat, ohne dass ihr die Kommission widersprochen hätte, handelt es sich bei diesen Unterlagen um den Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen sowie die Arbeitszeit- und Lohnzahlungsnachweise.

[67] Da es in diesem Bereich keine gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahmen gibt, ist daher, um die Begründetheit der zweiten Rüge der Kommission beurteilen zu können, zunächst zu prüfen, ob die in dieser Bestimmung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gestellten Anforderungen restriktive Auswirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr haben, und dann gegebenenfalls, ob in dem betreffenden Tätigkeitsbereich zwingende Gründe des Allgemeininteresses derartige Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. Ist dies der Fall, ist schließlich zu prüfen, ob das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschränkende Vorschriften erreicht werden kann.

[68] Erstens ist festzustellen, dass die fragliche Bestimmung durch die Verpflichtung zur Übersetzung der genannten Unterlagen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

[69] Diese Verpflichtung verursacht nämlich Kosten sowie zusätzlichen finanziellen und administrativen Aufwand für die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, so dass diese den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgebern unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt sind und somit von der Erbringung von Dienstleistungen in diesem Mitgliedstaat abgehalten werden können.

[70] Zweitens jedoch ist zu beachten, dass § 2 Abs. 3 AEntG ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt, nämlich den sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes und die Kontrolle der Gewährleistung dieses Schut-

zes. Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass dieses Ziel zu den zwingenden Gründen gehört, die solche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen (vgl. Urteile vom 3. Februar 1982, Seco und Desquenne & Giral, 62/81 und 63/81, Slg. 1982, 223, Randnr. 14, vom 27. März 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Randnr. 18, Guiot, Randnr. 16, und Arblade u. a., Randnr. 51).

[71] Dadurch, dass § 2 Abs. 3 AEntG zur Aufbewahrung der fraglichen Unterlagen in der Sprache des Aufnahmemitgliedstaats auf der Baustelle verpflichtet, soll es den zuständigen Behörden dieses Staates nämlich ermöglicht werden, am Beschäftigungsort die Kontrollen durchzuführen, die erforderlich sind, um die Einhaltung der nationalen Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen über die Entlohnung und die Arbeitszeit, zu gewährleisten. Solche Kontrollen vor Ort würden in der Praxis übermäßig erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, wenn diese Unterlagen in der Sprache des Sitzstaats des Arbeitgebers vorgelegt werden könnten, die die Beamten des Aufnahmemitgliedstaats womöglich nicht beherrschen.

[72] Daraus folgt, dass die in § 2 Abs. 3 AEntG vorgesehene Pflicht gerechtfertigt ist.

[73] Dieses Ergebnis wird durch das Urteil Arblade u. a. nicht in Frage gestellt.

[74] Zwar hat der Gerichtshof in Randnr. 76 des Urteils Arblade u. a. entschieden, dass es zur Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die in der Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, bestimmte Unterlagen am Wohnsitz einer im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden natürlichen Person bereitzuhalten, nicht genügt, dass das Vorhandensein dieser Unterlagen in diesem Staat geeignet ist, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der Behörden dieses Staates im Allgemeinen zu erleichtern. Es ging dort jedoch um die dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtung, bestimmte Unterlagen auch dann noch für die zuständigen Behörden bereitzuhalten, wenn er im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigte.

[75] Dies ist hier jedoch nicht der Fall, da § 2 Abs. 3 AEntG dazu verpflichtet, Unterlagen in deutscher Sprache für die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer und für die Dauer der Bauleistung bereitzuhalten. Wie sich aus Randnr. 74 des vorliegenden Urteils ergibt, beschränkt sich diese Vorschrift außerdem nicht darauf, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der zuständigen deutschen Behörden im Allgemeinen zu erleichtern; sie soll vielmehr die Kontrolle der Baustellen durch diese Behörden in der Praxis ermöglichen.

[76] Drittens ist festzustellen, dass nach dieser Vorschrift nur vier Dokumente (der Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen sowie die Arbeitszeit- und Lohnzahlungsnachweise) übersetzt werden müssen, die nicht übermäßig lang sind und üblicherweise unter Verwendung von formelhaften Wendungen erstellt werden. Da § 2 Abs. 3 AEntG dem Arbeitnehmer nach Deutschland entsendenden Arbeitgeber somit keinen großen administrativen oder finanziellen Aufwand verursacht, geht er nicht über das hinaus, was zur

Erreichung des verfolgten Ziels des sozialen Schutzes erforderlich ist.

[77] Schließlich gibt es nach der geltenden Rechtslage keine weniger einschränkenden Maßnahmen, mit denen dieses Ziel erreicht werden kann.

[78] Das in Art. 4 der Richtlinie 96/71 vorgesehene System der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs zwischen den nationalen Behörden macht die den außerhalb Deutschlands ansässigen Arbeitgebern auferlegte Übersetzungspflicht nicht überflüssig. Aus den Akten geht nämlich hervor, dass die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz von den Arbeitgebern verlangten Unterlagen sich nicht im Besitz dieser Behörden befinden, die somit nicht in der Lage sind, sie zusammen mit einer Übersetzung innerhalb angemessener Fristen den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten zu übermitteln.

[79] Wie der Generalanwalt in Nr. 86 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, gibt es außerdem gegenwärtig keine gemeinschaftsrechtliche Norm, die im Fall der Entsendung von Arbeitnehmern die Verwendung mehrsprachiger Unterlagen vorschreibt.

[80] Nach alledem ist die zweite Rüge der Kommission zurückzuweisen.

Verpflichtung der ausländischen Zeitarbeitsunternehmen, den jeweiligen Einsatzort der entsandten Arbeitnehmer anzumelden (§3 Abs. 2 AEntG)

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

[81] Die Kommission macht geltend, dass die den ausländischen Zeitarbeitsunternehmen auferlegte Verpflichtung, den zuständigen Behörden nicht nur die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Entleiher, sondern auch den Wechsel des Arbeitnehmers von einer Baustelle zur anderen zu melden, während für die in Deutschland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen keine solche zusätzliche Pflicht bestehe, eine Maßnahme darstelle, die die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung gegenüber einer Leistungserbringung im Inland erschwere. Für diese unterschiedliche Behandlung gebe es keinen stichhaltigen Grund.

[82] Die Bundesrepublik Deutschland entgegnet, dass die Meldepflicht nach §3 Abs. 2 AEntG mit Art. 49 EG vereinbar sei. Diese Verpflichtung sei durch die Notwendigkeit wirksamer Kontrollen und im Interesse eines stärkeren Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt. Darüber hinaus sei sie für das betroffene Zeitarbeitsunternehmen nicht mit übermäßigem Aufwand verbunden.

Würdigung durch den Gerichtshof

[83] Nach ständiger Rechtsprechung setzt der freie Dienstleistungsverkehr insbesondere die Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber dem Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands voraus, dass er in einem anderen als dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist (vgl. Urteile vom 25. Juli 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*,

C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 10, *Kommission/Niederlande*, C-353/89, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 14, und vom 4. Mai 1993, *Distribuidores Cinematográficos*, C-17/92, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 13).

[84] Insoweit ist festzustellen, dass §3 Abs. 2 AEntG eine Benachteiligung der außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistungserbringer zur Folge hat.

[85] Nach dieser Bestimmung müssen die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Zeitarbeitsunternehmen nämlich nicht nur Beginn und Dauer der Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Entleiher in Deutschland bei den zuständigen deutschen Behörden schriftlich anmelden, sondern auch den Einsatzort und jede Änderung dieses Ortes, während für die in Deutschland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen diese zusätzliche Pflicht – die stets den Entleihern obliegt – nicht besteht.

[86] Der Gerichtshof hat aber bereits entschieden, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbar sind, wenn sie unter eine ausdrückliche Ausnahmerebestimmung fallen, wie z.B. Art. 46 EG, auf den Art. 55 EG verweist (vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 18. Juni 1991, *ERT*, C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 24, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Randnr. 11, und vom 21. März 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, Slg. 2002, I-3193, Randnr. 31). Nach Art. 46 EG, der eng auszulegen ist, können diskriminierende Vorschriften aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein.

[87] Im vorliegenden Fall hat die deutsche Regierung nichts vorgetragen, was unter einen dieser Gründe fallen könnte.

[88] Demnach ist die dritte Rüge der Kommission begründet.

[89] – [92] ...

Anmerkung

1.

Das Urteil beendet einen fast zehn Jahre währenden Streit zwischen der EG-Kommission und der Bundesrepublik Deutschland über die Bewertung verschiedener Vorschriften des deutschen Arbeitnehmerentsendegesetzes. Bekanntlich hatte Deutschland bereits vor der Gemeinschaft Regelungen verabschiedet, die aus dem Ausland nach Deutschland entsandten Bauarbeitern bestimmte Mindestarbeitsbedingungen gewährleisten sollen. Das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) ist am 1. März 1996 in Kraft getreten, die Entsenderrichtlinie 96/71 datiert vom Dezember 1996 und war bis zum Dezember 1999 von den Mitgliedstaaten umzusetzen. Aus Sicht der Kommission hatte das deutsche Regelwerk jedoch in mehrfacher Hinsicht die von der Dienstleistungsfreiheit gezogenen Grenzen überschritten. Sie hatte deshalb zunächst mit zwei Mahnschreiben aus den Jahren 1998 und 1999 ein

Vorverfahren eingeleitet und dann im Jahr 2001 in Form einer „mit Gründen versehenen Stellungnahme“ hinsichtlich einer ganzen Reihe von Regelungen des AEntG die Unvereinbarkeit mit Art. 59 EG (jetzt Art. 49 EG) gerügt¹. Teilweise erledigten sich diese Rügen durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt², das u.a. Veränderungen am AEntG vornahm, und zwar ausdrücklich auch, um europarechtliche Angriffsflächen zu beseitigen³. Hinsichtlich dreier aus Sicht der Kommission fortbestehender Vertragsverletzungen reichte sie im November 2004 Klage gegen die Bundesrepublik ein⁴. Im gerichtlichen Verfahren konnte die Kommission ihren Standpunkt immerhin teilweise durchsetzen.

Das Urteil der Ersten Kammer des EuGH bewegt sich in den durch verschiedene frühere Urteile vorgezeichneten Bahnen. Überraschend ist es vor allem deshalb, weil die Kammer hinsichtlich einer der drei Rügen vom Standpunkt des Generalanwalts abgewichen ist. Im Folgenden wird das Urteil in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Dienstleistungsfreiheit eingeordnet. Dabei wird sich zeigen, dass in dem Urteil zahlreiche Aspekte der Dogmatik der Dienstleistungsfreiheit anschaulich werden.

2.

a) In einer ersten Bedeutungsschicht zielt die Dienstleistungsfreiheit, die auch die Mitnahme von Arbeitnehmern durch deren ausländische Arbeitgeber umfasst⁵, auf das Verbot der Diskriminierung ausländischer Dienstleister (vgl. auch Art. 50 Abs. 2 EG)⁶. Allerdings hat der EuGH auch die Dienstleistungsfreiheit von einem bloßen Diskriminierungsverbot zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot fortentwickelt⁷. Ein bemerkenswerter Unterschied zwischen den beiden Bedeutungsgehalten besteht darin, dass Eingriffe in Form diskriminierender Regelungen sehr viel schwerer zu rechtfertigen sind als sonstige Beschränkungen: Vorschriften, die allein auf Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten anzuwenden sind, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nur dann zu rechtfertigen, wenn sie unter eine ausdrückliche

Ausnahmebestimmung des Vertrages fallen. Insoweit kommen in erster Linie Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit in Betracht (Art. 55, 46 EG)⁸.

b) Die Strenge des Diskriminierungsverbots zeigt sich darin, dass die Kommission mit ihrer Rüge im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 3 AEntG (a.F.)⁹ erfolgreich war. Diese Vorschrift statuierte eine Meldepflicht für Verleiher von Arbeitnehmern mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmer an einen Entleiher mit Sitz in Deutschland verliehen¹⁰. Hintergrund der Regelung ist § 1 Abs. 2a AEntG, wonach auch entsandte (Bau) – Leiharbeiter vom Schutzbereich des AEntG erfasst werden¹¹. Die Kommission hatte gerügt, dass die Regelung ausländische Zeitarbeitsunternehmen verpflichtet, nicht nur die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher in Deutschland anzumelden, sondern auch jeden Einsatz überlassener Arbeitnehmer auf einer konkreten Baustelle. Der EuGH sieht nun ebenfalls eine Diskriminierung darin, dass die Regelung allein Zeitarbeitsunternehmen mit Sitz im Ausland dazu verpflichtet, den Einsatzort der überlassenen Arbeitnehmer und auch jede Änderung dieses Ortes behördlich mitzuteilen. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die die Diskriminierung hätten rechtfertigen können, hatte die deutsche Regierung nicht vorgetragen (Rdnr. 86).

c) Der Aspekt der Diskriminierung EU-ausländischer Dienstleister war es übrigens auch, der die Bundesrepublik bereits im Jahr 2003 bewogen hatte, das AEntG zu ändern. Dabei ging es um § 1 Abs. 4 AEntG a.F. Nach jener Vorschrift galten die vom Arbeitgeber mit Sitz im Ausland nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit als Betrieb¹². Diese Regelung konnte ausländische „Mischbetriebe“¹³ gegenüber vergleichbaren deutschen Unternehmen benachteiligen, denn ausländische Betriebe fielen nach § 1 Abs. 4 a.F. stets unter die Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes, inländische Mischbetriebe hingegen nur bei Überwiegen des baugewerblichen Anteils ihrer Tätigkeit. Der EuGH hatte zu dieser Regelung bereits in seinem auf Vorlage des Arbeitsgerichts Wiesbaden ergangenen Urteil „Finalarte“ entschieden, dass die Vorschrift eine gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßende Ungleichbehandlung begründe¹⁴. Folgerichtig war es, die Regelung aus dem Gesetz zu streichen¹⁵.

1 Näher zum Verfahrensablauf etwa Oppermann, *Europarecht*, 3. Aufl., 2005, S. 227 ff.

2 Art. 92 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2003, BGBl. I, S. 2848.

3 Zu den erledigten Problemaspekten näher unten sub 2 c und 3 d.

4 Klage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Bundesrepublik Deutschland, eingereicht am 29.11.2004, ABl EU v. 19.2.2005, C 45/13.

5 Dies ist durch die Rechtsprechung des EuGH bereits seit langem geklärt und wird im besprochenen Urteil nicht mehr thematisiert; vgl. EuGH, Urteil vom 27.3.1990, Rs. C – 113/89 – Rush Portuguesa –, Slg. 1990, I-1439; EuGH, Urteil vom 9.8.1994 – Rs. C – 43/94 – Van der Elst –, Slg. 1994, I-3818.

6 Hierzu etwa Pache in Schulze/Zuleeg (Hg.), *Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis*, 2006, § 10, Rdnrn. 21 f. und 144; jüngst Hatje, *NJW* 2007, S. 2357, 2360 f.

7 Vgl. Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze (Hg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Kommentar, Band 1, 6. Aufl. 2003, Art. 49 EG, Rdnrn. 62 ff.; Pache in Schulze/Zuleeg (Hg.), *Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis*, 2006, § 10, Rdnrn. 23 ff. und 145; zum Begriff der Beschränkung insbesondere EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-76/90 – Saeger/Dennemeyer –, Slg. 1991, I-S. 4221, 4243, insbesondere Rdnr. 13.

8 Vgl. Pache in Schulze/Zuleeg (Hg.), *Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis*, 2006, § 10, Rdnr. 147.

9 Zur Änderung dieser Vorschrift durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes v. 25.4.2007, BGBl. I, S. 576 unten sub 4.

10 § 3 Abs. 2 AEntG war zeitgleich mit § 1 Abs. 2a AEntG eingeführt worden durch das Erste SGB III – Änderungsgesetz vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2970.

11 Zum Sinn des § 1 Abs. 2a AEntG eingehend Lakies in Däubler (Hg.), *TVG mit AEntG*, 2. Aufl., 2006, Anhang 2 zu § 5, Rdnrn. 69 ff.

12 Vgl. auch Lakies in Däubler (Hg.), *TVG mit AEntG*, 2. Aufl., 2006, Anhang 2 zu § 5 Rdnrn. 113–115.

13 Also Betriebe, die zum Teil eine baugewerbliche, zum Teil aber auch eine nicht baugewerbliche Tätigkeit ausführen.

14 EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs C – 49/98 u.a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7910, Rdnrn. 81–83.

15 Art. 92 Nr 1 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2003, BGBl. I, S.2848; dazu BT-Drs. 15/1515, S. 131.

3.

a) Soweit die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot verstanden wird, werden an die Rechtfertigung von Eingriffen seitens der Mitgliedstaaten weniger strenge Anforderungen gestellt. Vorschriften, die den freien Dienstleistungsverkehr nur (nicht diskriminierend) beschränken, werden bereits dann hingenommen, wenn sie „durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist“¹⁶. Diesen Prüfungsmaßstab hat der EuGH u. a. in verschiedenen Entscheidungen zur Entsendung von Arbeitnehmern betont und konkretisiert¹⁷.

b) Wie die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot zu prüfen ist, lässt sich anhand der Ausführungen des EuGH zur Rüge betreffend § 2 Abs. 3 AEentG Schritt für Schritt nachvollziehen. Diese Vorschrift soll der zuständigen Behörde die Prüfung ermöglichen, ob auch ausländische Unternehmen, die Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden, ihre Rechtspflichten nach dem AEentG einhalten. Deshalb müssen diese Unternehmen die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen im Inland, auf behördliches Verlangen auch auf der Baustelle bereithalten. Die Kommission hatte eine ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darin gesehen, dass die fraglichen Unterlagen in deutscher Sprache bereitgehalten werden müssen.

aa) Der EuGH stellt zunächst überzeugend fest, dass diese Verpflichtung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt (Rdnrn. 68 f.). Obwohl die fragliche Verpflichtung ausdrücklich allein auf ausländische Arbeitgeber abzielt, sieht der EuGH darin also keine Diskriminierung, sondern (nur) eine nicht diskriminierende Beschränkung. Hinter dieser Einordnung, die für den Rechtfertigungsmaßstab wichtig ist, dürfte die – unausgesprochene – Überlegung stehen, dass die betreffenden Unterlagen bei den deutschen Arbeitgebern ohnehin in deutscher Sprache vorhanden sind und vorhanden sein müssen¹⁸; der Zwang, fremdsprachige Unterlagen ins Deutsche zu übersetzen, bewirkt also lediglich eine Gleichstellung mit den in Deutschland ansässigen Unternehmen und ermöglicht der Kontrollbehörde, die Beachtung der alle Unternehmen gleichermaßen treffenden Pflichten zur Gewährung gewisser Mindestarbeitsbedingungen gleichmäßig zu überwachen.

bb) Als „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ sieht der Gerichtshof „den sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes und die Kontrolle der Gewährleistung dieses Schutzes“ (Rdnr. 70), wobei mit Arbeitnehmern die entsandten Arbeitnehmer gemeint sind¹⁹. Damit knüpft der Gerichtshof an seine ständige Rechtsprechung an, wonach Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit etwa durch die Vorgabe gewisser Mindestarbeitsbedingungen mit dem Argument des Arbeitnehmerschutzes²⁰, nicht aber mit dem „Schutz der heimischen Wirtschaft“ gerechtfertigt werden können²¹. Die besagte Kontrolle wäre ohne deutschsprachige Unterlagen unmöglich, wenn die deutschen Beamten die Sprache des Sitzstaates des entsendenden Arbeitgebers nicht beherrschen (Rdnr. 71).

cc) Im nächsten Schritt prüft der EuGH die Frage, ob § 2 Abs. 3 AEentG hinsichtlich der dort im einzelnen benannten Dokumente, die in deutscher Sprache vorzuhalten sind, über das Maß des Erforderlichen hinausgeht. Er verneint dies, denn es handele sich um lediglich vier, nicht zu umfangreiche und ohne großen Aufwand zu übersetzende Dokumente (Rdnr. 76). Es gebe auch keine weniger einschränkende Maßnahme zur Erreichung des besagten Ziels (Rdnrn. 77–79). Auch die darin liegende Prüfung der Erforderlichkeit entspricht ständiger Rechtsprechung²².

c) Von größerem materiellen Gewicht war schließlich die vom EuGH an erster Stelle geprüfte Rüge betreffend § 1 Abs. 3 S. 1 AEentG über die Verpflichtung ausländischer Arbeitgeber, Beiträge an in Deutschland auf tarifvertraglicher Basis errichtete Urlaubskassen abzuführen. Diese Verpflichtung gilt nach dem Gesetz nur, wenn eine Doppelbelastung der Arbeitgeber ausgeschlossen wird²³, wenn nämlich „in den betreffenden Tarifverträgen oder auf sonstige Weise sichergestellt ist, dass 1. der ausländische Arbeitgeber nicht gleichzeitig zu Beiträgen nach dieser Vorschrift und Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung im Staat seines Sitzes herangezogen wird und 2. das Verfahren der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien eine Anrechnung derjenigen Leistungen vorsieht, die der ausländische Arbeitgeber zur Erfüllung des gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Urlaubsanspruchs seines Arbeitnehmers bereits erbracht hat.“ Nach der Rechtsprechung des BAG wird überdies ein „Günstigkeitsvergleich“ vorgenommen, nach dem eine Beitrags-

16 Im besprochenen Urteil Rdnr. 65; vgl. auch Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze (Hg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, Art. 49, Rdnrn. 69 ff.

17 EuGH, Urteil vom 23. 11. 1999, Rs. C-369 u. 376/96 – Arblade –, Slg. 1999, I-8453, 8513, Rdnr. 34; EuGH, Urteil vom 15. 3. 2001, Rs. C-165/98 – Mazzoleni und ISA –, Slg. 2001, I-2221, Rdnr. 24; EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7899, Rdnr. 31.

18 Vgl. nur § 28 f. Abs. 1 und 1a SGB IV.

19 EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7901, Rdnr. 41.

20 EuGH, Urteil vom 23. 11. 1999, Rs. C-369 u. 376/96 – Arblade –, Slg. 1999, I-8453, 8518, Rdnr. 51; EuGH, Urteil vom 15. 3. 2001, Rs. C-165/98 – Mazzoleni und ISA –, Slg. 2001, I-2189, 2222, Rdnr. 26; EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7899, Rdnr. 33.

21 EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7901, Rdnr. 39.

22 EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7899, Rdnr. 32; EuGH, Urteil vom 23. 11. 1999, Rs. C-369 u. 376/96 – Arblade –, Slg. 1999, I-8453, 8514, Rdnr. 35; EuGH, Urteil vom 15. 3. 2001, Rs. C-165/98 – Mazzoleni und ISA –, Slg. 2001, I-2189, 2222, Rdnr. 26.

23 Vgl. Lakies in Däubler (Hg.), TVG mit AEentG, 2. Aufl., 2006, Rdnr. 91.

pflicht des ausländischen Arbeitgebers auch dann entfällt, wenn die entsandten Arbeitnehmer nach den Regeln des Entsendelandes hinsichtlich des Urlaubs besser gestellt sind als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer nach Maßgabe der allgemeinverbindlichen Tarifverträge²⁴. In der Praxis sind überdies bilaterale Absprachen von Bedeutung, die die Vergleichbarkeit von Urlaubssystemen im Sinne von § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEntG konkretisieren und auf eine gegenseitige Freistellung entsendender Arbeitgeber von Zahlungspflichten im Zielstaat der Entsendung abzielen²⁵.

Die Kommission hatte diese Befreiungsklausel mit Blick auf solche Staaten nicht für ausreichend gehalten, in denen Arbeitnehmer über dem deutschen Niveau entsprechende Urlaubsansprüche verfügen, ohne dass diese auf Arbeitgeberbeiträgen beruhen²⁶. Die diesbezügliche Rüge der Kommission hatte Generalanwalt Colomer unterstützt; er hielt die auf Verwaltungsvereinbarungen und der Rechtsprechung des BAG beruhende Praxis für nicht hinreichend deutlich im Gesetz angelegt²⁷.

Aus systematischer Sicht beziehen sich die Rüge und die diesbezüglichen Ausführungen der Kammer erneut auf die Ebene der Rechtfertigung einer Regelung, die den freien Dienstleistungsverkehr beschränkt. Zu § 1 Abs. 3 S. 1 AEntG hatte der EuGH bereits im Urteil Finalarte entschieden, die Einbeziehung ausländischer Arbeitgeber in das Urlaubskassenverfahren sei nur zu rechtfertigen, wenn sie tatsächlich zu einem zusätzlichen Schutz der entsandten Arbeitnehmer führe und überdies im Hinblick auf dieses Ziel auch verhältnismäßig sei²⁸.

Dieser Ansatz wird nun insoweit etwas ausgebaut, als die erwähnte Praxis bilateraler Verwaltungsabkommen über die gegenseitige Anerkennung der Urlaubssysteme und die damit korrespondierende Freistellung der Arbeitgeber von Beitragspflichten im Endsendestaat ausdrücklich gebilligt wird (Rdnr. 53).

Im Übrigen „erinnert“ die Kammer daran, dass die Bedeutung des nationalen Rechts „unter Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist“ (Rdnr. 49)²⁹; die Kommission habe keine Belege dafür vorgelegt, dass § 1 Abs. 3 AEntG in der Praxis nicht gemeinschaftsrechtskonform angewendet werde (Rdnr. 50). Da die

deutsche Regierung sich ausdrücklich auf die erwähnte Rechtsprechung des BAG zum „Günstigkeitsvergleich“ bezogen hatte³⁰, sind die Ausführungen der Kammer offenbar so zu verstehen, dass die Rechtsprechung des BAG nicht zu beanstanden ist und dass diese Rechtsprechung auch nicht unbedingt deutlicher im Gesetzeswortlaut verankert werden muss, wengleich dies m.E. die Rechtsanwendung schon erleichtern würde.

d) Bis zur Änderung des AEntG durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt hatte das Gesetz eine Regelung enthalten, die kaum vom EuGH hätte gebilligt werden können: Bis 2003 hatte die Pflicht ausländischer Arbeitgeber, ihre entsandten Arbeitnehmer nach dem AEntG bei den deutschen Behörden anzumelden, nach dem Gesetzeswortlaut unabhängig davon bestanden, ob diese Arbeitgeber überhaupt von den materiell-rechtlichen Pflichten des Gesetzes erfasst waren. Zu Problemen hatte diese Regelung bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung geführt, hinsichtlich derer nach § 3 Abs. 2 AEntG a.F. eine ausnahmslose Pflicht zur Anmeldung der entsandten Leiharbeiter zu bestehen schien. Andererseits hatten sich Pflichten solcher Arbeitgeber zur Gewährleistung von Mindestarbeitsbedingungen nach dem AEntG nur im Bereich des Bau(neben)gewerbes ergeben können. Das BSG hatte hierzu entschieden, es sei eine nicht erforderliche und damit nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, von ausländischen Verleihern eine Anmeldung auch dann zu verlangen, wenn die Voraussetzungen für zwingende Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG objektiv nicht erfüllt seien; § 3 Abs. 2 AEntG a.F. müsse deshalb einschränkend ausgelegt werden³¹. Dieses Urteil veranlasste den Gesetzgeber – „auch mit Rücksicht auf die im EG-Vertrag garantierte Dienstleistungsfreiheit“³² – § 3 AEntG im Sinne der Auslegung durch das BSG zu ändern³³. Dementsprechend bestand für die Kommission kein Anlass, diesen Punkt vor dem EuGH zu rügen.

4.

Betrachtet man das Vertragsverletzungsverfahren in seinem gesamten Verlauf, so zeigt sich, dass sich das deutsche Recht der Arbeitnehmerentsendung mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit in mancherlei Hinsicht als korrekturbedürftig erwiesen hat. Dabei bezog sich der Korrekturbedarf auf die Kontrollprozeduren, die mit übermäßig scharfen Pflichten für die ausländischen Dienstleister verbunden waren. Allerdings hat der Gesetzgeber die problematischen Punkte bereits im Laufe des – auch aus diesem Grunde sich über Jahre ziehenden – Verfahrens bereinigt. Dies gilt auch hinsichtlich der Rüge zur „baustellengenauen“ Anmeldepflicht nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AEntG (a.F.), der einzigen Rüge, mit der sich

24 So BAG, Urteil vom 20.7.2004 – 9 AZR 343/03 –, Rdnr. 23, E 111, 247, 250 = NZA 2005, 114, 116 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 13/2414, S. 9.

25 Näher zu diesen Vereinbarungen Koberski/Asshoff/Hold, AEntG, 2002, § 1 Rdnrn. 330 ff.

26 So die Rüge in der Klageschrift, vgl. Urteil, Rdnr. 41; im Vorverfahren war die Rüge noch weniger präzise gewesen, ohne dass dies letztlich eine (unzulässige) Änderung des Streitgegenstandes bewirkt hätte (vgl. hierzu im Urteil Rdnrn. 33–40 sowie in den Schlussanträgen von Generalanwalt Colomer vom 14.12.2006 Rdnrn. 45–51).

27 Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14.12.2006, Rdnrn. 64–73.

28 EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-49/98 u. a. – Finalarte –, Slg. 2001, I-7831, 7902 f., Rdnrn. 45, 49 und 53.

29 Damit weist die Kammer die Auffassung von Generalanwalt Colomer – und auch diejenige der Kommission – zurück, dass es für den Nachweis einer Vertragsverletzung allein auf den Wortlaut der einschlägigen Vorschrift ankommen sollte; vgl. Schlussanträge vom 14.12.2006, Rdnr. 73.

30 Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14.12.2006, Rdnr. 69.

31 BSG, Urteil vom 6.3.2003 – B 11 AL 27/02 R –, SozR 4-7822 § 3 Nr. 1.

32 BT-Drs. 15/1515, S. 132.

33 Durch Art. 92 Nr. 3 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.

die Kommission beim EuGH durchsetzen konnte. Zu diesem Punkt hatte die Bundesrepublik Deutschland noch im Klageverfahren vorgetragen, die Problematik werde sich durch eine geplante Änderung dieser Vorschrift erledigen³⁴. Dieses Vorbringen hatte allerdings im Klageverfahren nicht berücksichtigt werden können, weil es im Vertragsverletzungsverfahren auf die Lage in dem betreffenden Mitgliedstaat zu dem Zeitpunkt ankommt, an dem die in der „mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission“ gesetzte Frist abgelaufen ist³⁵.

Das Vorbringen der Bundesrepublik bezog sich auf das inzwischen verabschiedete verkündete Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes³⁶. Durch dieses Gesetz wurde u.a. die Meldepflicht ausländischer Zeitarbeitsfirmen, die baustellenbezogene Meldepflicht nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AEntG inbegriffen, von diesen auf die Entleiher verlagert³⁷. Dahinter steht die Überlegung, dass der Entleiher – anders als der ausländische Verleiher – „jederzeit den Überblick über den jeweiligen Einsatzort der entliehenen Arbeitnehmer hat und damit im Vergleich zum Verleiher den Kontrollbehörden aktuellere und präzisere Informationen zur Verfügung stellen kann“³⁸. Diese Änderung führt zwar nicht dazu, dass die Dienstleistungsfreiheit von vornherein aus dem Spiel wäre, denn auch der im Inland ansässige Kunde eines Dienstleisters aus dem EU-Ausland genießt den Schutz der Dienstleistungsfreiheit³⁹. Der Generalanwalt hat jedoch in seinen Schlussanträgen erkennen lassen, dass die geplante Verlagerung der Anmeldepflicht auf den Entleiher, der über „die aktuelleren und präziseren Informationen“ zum Einsatzort der entliehenen Arbeitnehmer verfüge, das Problem entschärfen wird; die „Beschränkung“ [der Dienstleistungsfreiheit] werde dann entfallen⁴⁰.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass sich aus dem Urteil kein zwingender Handlungsbedarf zur Änderung des AEntG ergibt.

*Prof. Dr. Andreas Hänlein,
Universität Kassel*

³⁴ Dazu Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14. 12. 2006, Rdnr. 92.

³⁵ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14. 12. 2006, Rdnr. 97 mit Nachweisen in Fn. 50.

³⁶ Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 25. 4. 2007, BGBl. I, S. 576 und dazu BT-Drs. 16/3064.

³⁷ Art. 1 Nr. 4 lit. b des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerent- sendegesetzes.

³⁸ BT-Drs. 16/3064, S. 8.

³⁹ Vgl. Tiedje/Troberg, in von der Groeben/Schwarz (Hg.), Vertrag über die Empirische Union und Vertretung zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 49 EG, Rdnrn. 8 ff.

⁴⁰ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14. 12. 2006, Rdnr. 97.