



Ausarbeitung

**Möglichkeit der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in
einem anderen Mitgliedstaat als dem ihres rechtmäßigen
(Erwerbs-)Aufenthaltes**

**Möglichkeit der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in
einem anderen Mitgliedstaat als dem ihres rechtmäßigen
(Erwerbs-)Aufenthaltes**

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 131/18
Abschluss der Arbeit: 15. Oktober 2018
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Arbeitnehmerfreiheit für Drittstaatsangehörige	4
2.1.	Arbeitnehmerfreiheit gemäß Art. 45 AEUV	4
2.1.1.	Ausschließliche Anwendbarkeit auf Unionsbürger	4
2.1.2.	Arbeitnehmerfreiheit auf völkertraglicher Grundlage	5
2.1.3.	Arbeitnehmerfreiheit für Familienangehörige von Unionsbürgern	6
2.2.	Sekundärrecht	6
2.2.1.	DaueraufenthaltsRL	7
2.2.2.	Blue Card Richtlinie	8
2.3.	Zwischenergebnis	8
3.	Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit	8
3.1.	Dienstleistungsfreiheit	9
3.2.	Unterscheidung von Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung	10
3.2.1.	Definition und Abgrenzung	11
3.2.2.	Bedeutung der Abgrenzung	12
3.3.	Zur Rechtfertigung arbeitsmarktpolitischer Einschränkungen der Arbeitnehmerentsendung und -überlassung	13
3.3.1.	Traditionelle Arbeitnehmerentsendung	14
3.3.2.	Arbeitnehmerüberlassung	15
3.4.	Zwischenergebnis	17

1. Fragestellung

Der Fachbereich ist um Beantwortung der Frage ersucht worden, welche Möglichkeiten auf unionsrechtlicher Ebene bestehen, um Drittstaatsangehörige, die sich in einem Mitgliedstaat recht-mäßig aufzuhalten und dort zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind, in anderen Mitgliedstaaten beschäftigen zu können. Zu klären sei insbesondere, inwieweit der andere Mitgliedstaat die (abhängige) Beschäftigung des Drittstaatsangehörigen von der Einhaltung von Vorschriften abhängig machen kann, die auf arbeitsmarktpolitischen Erwägungen beruhen (bspw. in Form einer Arbeits-¹ oder Beschäftigungserlaubnis²).

Im Folgenden wird zunächst untersucht, ob und inwieweit Drittstaatsangehörigen in der oben beschriebenen Situation ein aus dem Unionsrecht folgendes, eigenes Recht auf Aufnahme und Ausübung abhängiger Beschäftigung in anderen Mitgliedstaaten – quasi eine Arbeitnehmerfreizügigkeit für Drittstaatsangehörige – zusteht (2.). Sodann ist zu klären, ob und inwieweit Drittstaatsangehörige im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in anderen Mitgliedstaaten beschäftigt werden können (3.).

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit für Drittstaatsangehörige

Zu unterscheiden ist im Folgenden zwischen der primärrechtlich vorgesehenen Arbeitnehmerfreizügigkeit (2.1.) und den sekundärrechtlich geregelten Möglichkeiten (2.2.).

2.1. Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV

2.1.1. Ausschließliche Anwendbarkeit auf Unionsbürger

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV gewährt das Recht auf Aufnahme und Ausübung einer unabhängigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat und die damit verbundenen Rechte auf Einreise und Aufenthalt.³ Allerdings können sich auf diese Grundfreiheit nur Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU berufen.⁴ Für Staatsangehörige von Drittstaaten ergeben sich aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit keine originären Rechte.⁵ Insbesondere findet sich für die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine mit Art. 56 Abs. 2 AEUV vergleichbare Regelung, nach der das Europäische Parlament und der Rat beschließen können, dass das Kapitel über die Dienstleistungsfreiheit auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche Drittstaatsangehörige und innerhalb der Union ansässig sind.

¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 1, 30.

² Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 2, 21.

³ Brechmann in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016, Art. 45 AEUV, Rn. 2.

⁴ EuGH, Urt. v. 5.07.1984, Rs. 238/83 (Maede), Rn. 7; EuGH, Urt. v. 29. 10.1998, Rs. C-230/97 (Awoyemi), Rn. 29.

⁵ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 42. Ergänzungslieferung September 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 28. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 93.

2.1.2. Arbeitnehmerfreizügigkeit auf völkervertraglicher Grundlage

Drittstaatsangehörigen kann durch völkerrechtliche Abkommen eine Rechtsstellung eingeräumt werden, die in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit der der Unionsbürger vergleichbar ist. So genießen Staatsbürger Islands, Liechtensteins und Norwegens nach Art. 28 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)⁶ dieselben Freizügigkeitsrechte wie EU-Arbeitnehmer.⁷ Staatsangehörige der Schweiz haben aufgrund des 1999 geschlossenen sogenannten Freizügigkeitsabkommens zwischen der EU und der Schweiz⁸ Freizügigkeitsrechte entsprechend Art. 45 AEUV.⁹

Aus den von der EU in weitem Umfang mit Drittstaaten geschlossenen Assoziierungsabkommen geht in aller Regel kein Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt hervor.¹⁰ Auch das Assoziierungsabkommen mit der Türkei¹¹, welches für die Rechtslage in Deutschland von besonderer praktischer Bedeutung ist,¹² begründet für türkische Staatsbürger keine Rechtsstellung, die in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit denen der Angehörigen der EWR-Staaten sowie der Schweiz vergleichbar ist. Denn die Vorschriften des Abkommens und des Zusatzprotokolls¹³, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betreffen, sind nicht unmittelbar anwendbar.¹⁴ Andere Vorschriften des vom Assoziationsrat zur Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gefassten Beschlusses 1/80¹⁵ wurden vom EuGH zwar für unmittelbar anwendbar erklärt,¹⁶ allerdings bleiben die dort gewährten Rechte auf den aufnehmenden Mitgliedstaat beschränkt und gewähren somit kein Recht auf Weiterwanderung.¹⁷

⁶ [Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum](#), ABl.EG 1994, Nr. L 1/3 (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

⁷ EuGH, Urt. v. 16.09.2004, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Rn. 30.

⁸ [Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit](#), ABl.EU 2002, Nr. L 114/6 (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

⁹ Brechmann in: Calliess/Ruffert (Fn. 3), Art. 45 AEUV, Rn. 38.

¹⁰ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 45 AEUV, Rn. 33.

¹¹ [Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei](#), ABl.EG 1964, P 217/3687 (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

¹² Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 45 AEUV, Rn. 35.

¹³ [Assoziation EWG – Türkei, Zusatzprotokoll](#), ABl. EG 1972, Nr. L 293/4 (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

¹⁴ EuGH, Urt. v. 30.09.1987, Rs. 12/86 (Demirel), Rn. 25.

¹⁵ Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung einer Assoziation, Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1981, S. 4 ff.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 20.09.1990, Rs. C-192/89 (Sevinc), Rn. 26.

¹⁷ Franzen in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 45 AEUV, Rn. 58 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH.

Schließlich gibt es auch Abkommen, die nicht von der EU, sondern von ihren Mitgliedstaaten geschlossen werden, die eine Meistbegünstigungsklausel enthalten, welche gewöhnlich bewirkt, dass die von dem Vertragspartner mit anderen Staaten vereinbarten Vergünstigungen auch den Angehörigen des jeweils anderen Vertragspartners zugutekommen.¹⁸ Für die von den Mitgliedstaaten der EU abgeschlossenen Abkommen wird eine solche Wirkung jedoch verneint, da die Verträge des europäischen Primärrechts nicht mit normalen bilateralen Staatenbeziehungen vergleichbar sind.¹⁹

2.1.3. Arbeitnehmerfreizügigkeit für Familienangehörige von Unionsbürgern

Schließlich kann auch für Drittstaatsangehörige, die nicht Staatsangehörige Islands, Liechtensteins, Norwegens oder der Schweiz sind, der personelle Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit eröffnet sein, wenn sie Familienangehörige von EU-Bürgern sind.

Nach Art. 24 Abs. 1 S. 2 der RL 2004/38/EG²⁰ haben Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder Daueraufenthalt genießen, einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats,²¹ der sich auch auf die Aufnahme und Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit erstreckt.

2.2. Sekundärrecht

Die Kompetenzgrundlage, die es der EU ermöglicht, Drittstaatsangehörigen, die bereits in einem Mitgliedstaat als Arbeitnehmer tätig sind, das Weiterwandern in andere Mitgliedstaaten zu erlauben, findet sich nicht im Kapitel über die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern im fünften Titel des AEUV über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 bis 89 AEUV).²² Art. 79 Abs. 2 Buchst. a) und b) AEUV bilden die Kompetenzgrundlage für die Gestaltung der Situation von Drittstaatsangehörigen in der EU unabhängig von ihrer Eigenschaft als Familienangehörige von Unionsbürgern. Dabei enthält Art. 79 Abs. 2 lit. b) AEUV unter anderem auch die Kompetenz zur Festlegung der Bedingungen, unter denen sich Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, in den anderen Mitgliedstaaten frei bewegen und aufzuhalten dürfen.

¹⁸ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 45 AEUV, Rn. 31.

¹⁹ Randelzhofer in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 43. Ergänzungslieferung 1981, Art. 11 GG, Rn. 114.

²⁰ [Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung \(EWG\) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien \[...\], ABl.EU 2004 Nr. L 158/77](#) (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

²¹ Familienangehörige sind in Art. 2 Nr. 2 der RL definiert. Für die Voraussetzungen, die für ein Recht auf Aufenthalt bzw. Daueraufenthalt erfüllt sein müssen, siehe Kapitel III bzw. IV der Richtlinie.

²² Siehe hierzu Aumann, Zugang zum Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige, ZESAR 2014, S. 421 (422 f.).

Im Folgenden werden die Möglichkeiten dargestellt, die die beiden Rechtsakte, die auf dieser Grundlage erlassen wurden, die Daueraufenthaltsrichtlinie (2.2.1.) und die Blue Card Richtlinie (2.2.2.), Drittstaatsangehörigen eröffnen, von einem Mitgliedstaat der EU in einen anderen weiterzuwandern.

2.2.1. DaueraufenthaltsRL

Die Voraussetzungen, unter denen Personen, die legal in einem Mitgliedstaat beschäftigt sind, in einem zweiten Mitgliedstaat beruflich tätig werden können, sind in der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen²³ (im Folgenden: DaueraufenthaltsRL) geregelt.

Nach Art. 14 Abs. 1 der DaueraufenthaltsRL erwirbt ein langfristig Aufenthaltsberechtigter das Recht, sich länger als drei Monate im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten als desjenigen, der ihm die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt hat, aufzuhalten, sofern er die in Kapitel III der Richtlinie festgelegten Bedingungen erfüllt.

Um sich überhaupt in einem zweiten Mitgliedstaat dauerhaft aufzuhalten und beruflich tätig werden zu können, muss der betreffende Drittstaatsangehörige also erst einmal im ersten Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erlangt haben. Die Voraussetzungen hierfür sind in Art. 4 ff. der DaueraufenthaltsRL festgelegt und sehen unter anderem einen fünfjährigen ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates vor. Die DaueraufenthaltsRL gewährt also nur Drittstaatsangehörigen, die sich bereits aufgrund nationaler Regelungen rechtmäßig in einem Mitgliedstaat der EU aufzuhalten, das Recht in einen anderen Mitgliedstaat weiterzuwandern. Drittstaatsangehörige können sich nicht auf sie berufen, um erstmals ein Aufenthaltsrecht in der EU oder Zugang zum Arbeitsmarkt zu erhalten.

Zu den Bedingungen aus Kapitel III zählt unter anderem, dass der Aufenthalt im zweiten Mitgliedstaat zur Ausübung eines der in Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) bis c) der DaueraufenthaltsRL genannten Zwecke erfolgt.

Bei Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen stellt der zweite Mitgliedstaat nach Art. 19 Abs. 2 der DaueraufenthaltsRL dem langfristig Aufenthaltsberechtigten einen verlängerbaren Aufenthaltstitel aus. Der Drittstaatsangehörige hat dann nach Art. 21 Abs. 1 der DaueraufenthaltsRL ein Recht auf Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen des zweiten Mitgliedstaates in den in Art. 11 der DaueraufenthaltsRL genannten Bereichen, also unter anderem beim Zugang zu einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit, wenn diese nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Gemäß Art. 21 Abs. 2 der DaueraufenthaltsRL haben sie auch Zugang zum Arbeitsmarkt nach Abs. 1.

Allerdings erlaubt Art. 14 Abs. 3 der DaueraufenthaltsRL es den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausübung von Erwerbstätigkeiten, Bedürfnisprüfungen durchzuführen und ihr nationales Recht

²³ [ABl.EU 2004 Nr. L 14/44](#) (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

anzuwenden, sodass ein automatischer Zugang zum Erwerbsleben in anderen Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.²⁴

2.2.2. Blue Card Richtlinie

Die Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung²⁵ (im Folgenden: Blue Card Richtlinie) sieht in ihrem Art. 18 Abs. 1 vor, dass Inhaber einer Blue Card sich nach achtzehn Monaten des rechtmäßigen Aufenthalts im ersten Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in einem anderen als dem ersten Mitgliedstaat niederlassen können.

Die Bedingungen, die erfüllt sein müssten, sind nach Art. 18 Abs. 2 der Blue Card Richtlinie die Beantragung einer Blue Card im zweiten Mitgliedsstaat spätestens einen Monat nach Einreise und die Erbringung des Nachweises, dass die Voraussetzungen von Art. 5 der Blue Card Richtlinie in Bezug auf den zweiten Mitgliedstaat erfüllt sind.

2.3. Zwischenergebnis

Soweit Drittstaatsangehörigen nicht aufgrund völkervertraglicher Abkommen der EU oder wegen familiärer Beziehungen zu Unionsbürgern ein Recht auf unionsinterne Freizügigkeit, sog. Weiterwanderung, zukommt, kann sich ein solches allenfalls aus den auf Grundlage von Art. 79 Abs. 2 Buchst. b) AEUV ergangenen Rechtsakten ergeben, der Daueraufenthaltsrichtlinie und der Blue Card-Richtlinie. Beide Maßnahmen gestatten Drittstaatsangehörigen eine sog. Weiterwanderung jedoch nur in begrenztem Umfang,²⁶ da die Mitgliedstaaten insbesondere das Recht haben, die Beschäftigung des Drittstaatsangehörigen von aufenthaltsrechtlichen Vorschriften und einer Bedürfnisprüfung des Arbeitsmarkts abhängig zu machen.

3. Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit

Eine Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaaten als dem ihres rechtmäßigen (Erwerbs-)Aufenthalts kommt außerhalb des oben unter 2. beschriebenen Rahmens auch auf Grundlage der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 f. AEUV in Betracht. Danach können bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen auch drittstaatsangehörige Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringens zum Einsatz gelangen. Ungeachtet der Staatsangehörigkeit der eingesetzten Arbeitnehmer unterscheidet man dabei die klassische Arbeitnehmerentsendung und die sog. Arbeitnehmerüberlassung. Anders als bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die bei beiden Formen daraus folgende Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat jedoch nicht auf Dauer angelegt.

Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über die Struktur der Dienstleistungsfreiheit sowie die hier besonders relevanten Elemente dieser Grundfreiheit gegeben (3.1.). Anschließend

²⁴ Weiß in: Streinz (Fn. 17), Art. 79 AEUV, Rn. 27.

²⁵ [ABl.EU 2009 Nr. L 155/17](#) (letztmaliger Abruf am 15.10.18).

²⁶ So auch Thym in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 79 AEUV, Rn. 31.

ist auf die Unterscheidung von klassischer Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung einzugehen (3.2.). Schließlich ist zu untersuchen, inwieweit diese beiden Formen der Dienstleistungserbringung beim Einsatz von Drittstaatsangehörigen mitgliedstaatlichen Beschränkungen in Gestalt von arbeitsmarktpolitischen Beschäftigungserlaubnissen etc. unterworfen werden können (3.3.).

3.1. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 f. AEUV gewährleistet den grenzüberschreitenden Austausch von Dienstleistungen im Binnenmarkt. Einem Dienstleistungserbringer räumt sie hierzu u. a. das Recht ein, seine Dienstleistung in einem anderen als seinem Sitzmitgliedstaat erbringen zu können.²⁷

Unter den Begriff der Dienstleistungen fallen in Anlehnung an die in Art. 57 AEUV geregelten Vorgaben hierzu alle selbständigen, nichtkörperlichen entgeltlichen Leistungen, die bei Grenzüberschreitung des Dienstleistungserbringens²⁸ zudem nur vorübergehender Natur sein dürfen (vgl. Art. 57 Abs. 3 AEUV).²⁹

Für den hier vorliegenden Kontext ist von Bedeutung, dass der Dienstleistungserbringer die Dienstleistung nicht persönlich erbringen muss (und im Fall einer juristischen Person auch nicht kann). Er hat vielmehr das Recht hierfür (auch) seine Angestellten einzusetzen, die dann die vereinbarte Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat ausführen.³⁰ Während der Dienstleistungserbringer als natürliche Person die Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 56 Abs. 1 AEUV) oder als juristische Person die Staatszugehörigkeit eines Mitgliedstaates aufweisen muss (vgl. Art. 55 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV),³¹ gilt dies für dessen Angestellte nicht. Das bedeutet, dass auch der Einsatz von Drittstaatsangehörigen von der Dienstleistungsfreiheit umfasst wird, soweit allein

²⁷ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. 2018, Rn. 1020 ff.; aus der Rechtsprechung siehe EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 39.

²⁸ Siehe zu anderen, hier nicht weiter relevanten Modalitäten grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 27), Rn. 1030 f.

²⁹ Dieses Kriterium ergibt sich aus der Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Diese erfasst ebenfalls die Ausübung selbständiger Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat. Hier erfolgt dies jedoch auf Dauer, vgl. dazu Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 27), Rn. 978, 1026.

³⁰ Vgl. Brors in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Auflage 2018, Rn. 548, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³¹ Vgl. Art. 56 Abs. 2 AEUV, wonach die Dienstleistungsfreiheit sekundärrechtlich erstreckt werden kann „auf Erbringer von Dienstleistungen [...], welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind.“

das Verhältnis zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem -empfänger unter Art. 56 f. AEUV fällt.³²

Die Dienstleistungsfreiheit schützt ihre Berechtigten ausweislich ihres Wortlauts vor „Beschränkungen“, wobei es in erster Linie um entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten geht.³³ Verboten sind danach zum einen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Diskriminierungsverbot).³⁴ Zum anderen sind auch unterschiedslose Maßnahmen der Mitgliedstaaten von Art. 56 Abs. 1 AEUV erfasst, die geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Beschränkungsverbot).³⁵

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können jedoch gerechtfertigt werden.³⁶ Diskriminierung sowie unterschiedslose Beschränkungen lassen sich zunächst an den im AEUV ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit (vgl. Art. 52 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 62 AEUV) rechtfertigen. Unterschiedslos eingreifende Maßnahmen können darüber hinaus am Maßstab der ungeschriebenen sog. zwingenden Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.³⁷ In beiden Fällen muss darüber hinaus noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden.³⁸

3.2. Unterscheidung von Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung

Wie oben ausgeführt, werden bei dem Einsatz von Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringens zwei verschiedene Formen unterschieden: die klassische Arbeitnehmerentsendung und die sog. Arbeitnehmerüberlassung. Während eine Arbeitnehmerentsendung im Rahmen eines Dienstleistungsverhältnisses über eine andere Leistung stattfindet, stellt eine Arbeitnehmerüberlassung – in Abgrenzung dazu – als solche selbst die vereinbarte Dienstleistung dar.³⁹

³² Vgl. EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn 39; Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 78 ff. Siehe aus dem Schrifttum *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 27), Rn. 1025.

³³ Daneben ist auch die EU selbst aus der Dienstleistungsfreiheit gebunden, vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 27), Rn. 1038. Die Praxisrelevanz dieser Verpflichtungswirkung der Art. 56 f. AEUV ist jedoch gering.

³⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 27), Rn. 1039 ff., 1041 ff.

³⁵ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 44; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 27), Rn. 1049 ff.; *Brors* in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Auflage 2018, Rn. 549.

³⁶ *Brors* in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Auflage 2018, Rn. 549.

³⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 27), Rn. 1058 ff.

³⁸ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 49.

³⁹ EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 15 f.; EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 27 f. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 28 f.

3.2.1. Definition und Abgrenzung

Diese Unterscheidung wird auch in Art. 1 Abs. 3 Buchst. a und c der sog. Entsenderichtlinie 96/71⁴⁰ aufgegriffen.⁴¹ Eine traditionelle Entsendung liegt nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der RL 96/71 vor, wenn in Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung einer Dienstleistung ein in der EU ansässiges Unternehmen einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsendet, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der RL 96/71 dagegen vor, wenn das erbringende Unternehmen als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsendet, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

Die letztgenannte Definition hat der EuGH in seiner Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, „dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.“⁴²

⁴⁰ [Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen](#), ABl.EG 1997 Nr. L 18/1 (letztmaliger Abruf am 15.10.2018). Im Juni 2018 wurden Änderungen der Entsenderichtlinie beschlossen, die jedoch erst zum 20. Juli 2020 umzusetzen bzw. zu beachten sind, vgl. [Richtlinie \(EU\) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen](#), ABl.EU 2018 Nr. L 173/16 (letztmaliger Abruf am 15.10.2018). Siehe zum Kommissionsvorschlag etwa *Lhernould*, Vorschlag für die Änderung der Entsenderegeln, ZESAR 2017, S. 367 ff.

⁴¹ Zu beachten ist, dass in der Entsenderichtlinie beide Formen des Einsatzes von Arbeitnehmern durch den Dienstleistungserbringer als Entsendung bezeichnet werden. Auch in der Rechtsprechung werden die beiden Formen nicht immer begrifflich klar unterschieden.

⁴² EuGH, Urt. v. 18.06.2015, Rs. C-586/13 (Martin Meat), Rn. 33; EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vico-plus), Rn. 51.

Für die Abgrenzung zur traditionellen Entsendung sind insbesondere die Kriterien zwei und drei maßgeblich.⁴³ Im Zusammenhang mit dem zweiten Kriterium, dem eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, ist für die traditionelle Entsendung etwa typisch, dass der Dienstleistungserbringer für die Ausführung der vertraglich vereinbarten (Dienst-)Leistung haftet. Dieser Umstand tritt bei der Arbeitnehmerüberlassung zurück, da der Dienstleistungserbringer insoweit nur verpflichtet ist, dem entliehenden Unternehmen die Leiharbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, nicht aber für die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des entliehenden Unternehmens Sorge zu tragen.⁴⁴

Das Recht zur Beaufsichtigung und (An-)Leitung der entliehenen bzw. überlassenen Arbeitnehmer durch das entliehende Unternehmen ist wiederum kennzeichnend für die Arbeitnehmerüberlassung, während dem Dienstleistungsempfänger bei der traditionellen Entsendung lediglich das Recht zusteht, die ordnungsgemäße Erfüllung des Dienstleistungsvertrags zu überprüfen. In deren Rahmen kann der Empfänger den Arbeitnehmern des Erbringens allenfalls „*bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten [...] Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.*“⁴⁵

3.2.2. Bedeutung der Abgrenzung

Von Bedeutung ist diese Abgrenzung in dem hier vorliegenden Kontext⁴⁶ bisher vor allem im Zusammenhang mit dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten und der in den Beitrittsverträgen vorgesehenen Übergangsbestimmungen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und auch der weit verstandenen Entsendung gewesen. Die sich daraus ergebenden Beschränkungsmöglichkeiten für „alte“ Mitgliedstaaten waren im Fall der Arbeitnehmerüberlassung in der Regel größer.⁴⁷ Denn soweit beide Formen des unter die Dienstleistungsfreiheit fallenden grenzüberschreitenden Einsatzes von Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringens keinen expliziten (beschränkenden) Übergangsbestimmungen unterlagen,⁴⁸ konnte die Arbeitnehmerüberlassung – anders als die tra-

⁴³ Siehe hierzu insbesondere EuGH, Urt. v. 18.6.2015, Rs. C-586/13 (Martin Meat), Rn. 34 ff.

⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2015, Rs. C-586/13 (Martin Meat), Rn. 35-39.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2015, Rs. C-586/13 (Martin Meat), Rn. 40.

⁴⁶ Zu anderen, etwa sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Abgrenzung siehe etwa *Klopstock/Rittwege*, Einsatz von Fremdpersonal aus dem EU-Ausland – Alpenrind I und II – Möglichkeiten und Grenzen von A 1-Bescheinigungen für Arbeitgeber in Deutschland, NZA 2018, S. 1247 ff. Siehe zu arbeits- und sozialrechtlichen Ebene der Entsendung auch *Klein*, Regelungen zur Entsendung im europäischen Arbeits- und Sozialrecht, ZESAR 2015, S. 272 ff.

⁴⁷ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 30.

⁴⁸ Siehe hierzu etwa anlässlich der MOE-Beitrittsrunde in 2004 bspw. *Boemke*, EU-Osterweiterung und grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, BB 2006, S. 266 ff.

ditionelle Entsendung – gleichwohl durch Erfordernisse wie Beschäftigungserlaubnisse etc. eingeschränkt werden.⁴⁹ Dies ergab sich aus ihrer sachlichen Nähe zur regelmäßig für mehrere Jahre anlässlich des Beitritts ausgesetzten Arbeitnehmerfreizügigkeit. Denn auch die Arbeitnehmerüberlassung führt nach Ansicht des EuGH im Gegensatz zur traditionellen Entsendung für den überlassenen Arbeitnehmer dazu, dass dieser dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates zur Verfügung gestellt und ihm insoweit zugeführt wird.⁵⁰ Dies ergebe sich daraus, dass der überlassene „*Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einen Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet wird, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre.*“⁵¹ Daher konnten auf die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in unionsrechtlich zulässiger Weise auch einschränkende Maßnahmen in Bezug auf die von Art. 56 f. AEUV erfassste Arbeitnehmerüberlassung gestützt werden, nicht aber hinsichtlich der klassischen Entsendung.⁵²

Ob und inwieweit die Abgrenzung von klassischer Entsendung und Arbeitnehmerüberlassung auch bei dem Einsatz von Drittstaatsangehörigen von Bedeutung ist, wenn es um Einschränkungen geht, die aus arbeitsmarktpolitischen Gründen erfolgen, wird im nachfolgenden Abschnitt behandelt.

3.3. Zur Rechtfertigung arbeitsmarktpolitischer Einschränkungen der Arbeitnehmerentsendung und -überlassung

Arbeitsmarktpolitische Einschränkungen der Entsendung von drittstaatsangehörigen Angestellten durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind unmittelbar am Maßstab der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 f. AEUV zu messen. Als Prüfungsmaßstab vorrangig zu beachtendes Sekundärrecht liegt nicht vor. Grund hierfür ist, dass die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer auf der EU-Ebene bisher nicht harmonisiert wurde.⁵³ Würde die Entsenderichtlinie auch entsandte Drittstaatangehörige in personeller Hinsicht erfassen, wäre sie im Übrigen aus sachlichen Gründen nicht anwendbar. Denn sie bestimmt zum Schutz der entsandten Ar-

⁴⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 13 ff.; EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 28 ff.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 28 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 29 ff.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 31.

⁵² Vgl. EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 13 ff.; EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Rn. 24 ff., insb. Rn. 28-33, Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u. a.), Rn. 60 ff.

⁵³ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 25, EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 32; EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 49.

beitnehmer lediglich, dass bestimmte Mindestrechte in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch im Fall der Entsendung gelten; Regelungen zu administrativen Anforderungen, die ausländische Dienstleister einhalten müssen, sieht dieser Rechtsakt hingegen nicht vor.⁵⁴

Nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH stellen arbeitsmarktpolitische Restriktionen sowohl in Bezug auf entsandte⁵⁵ als auch überlassene⁵⁶ Arbeitnehmer eines Dienstleistungserbringers eine (unterschiedslose) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 f. AEUV dar. Denn derartige Restriktionen und die damit verbundenen Formalitäten und Verfahrensfristen sind laut Gerichtshof dazu geeignet, die Inanspruchnahme des Dienstleistungsverkehrs unter Einsatz von Arbeitnehmern, die Drittstaatsangehörige sind, weniger attraktiv zu machen.⁵⁷ Entscheidend ist somit, ob und ggf. unter welchen Umständen arbeitsmarktpolitische Restriktionen der Mitgliedstaaten in verhältnismäßiger Weise gerechtfertigt werden können.⁵⁸ Hierbei ist zwischen der traditionellen Entsendung (3.3.1.) und der Arbeitnehmerüberlassung (3.3.2.) zu unterscheiden.

3.3.1. Traditionelle Arbeitnehmerentsendung

Arbeitsmarktpolitische Restriktionen werden in der Regel mit den Anliegen gerechtfertigt, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern bzw. die Stabilität des Arbeitsmarktes zu gewährleisten.⁵⁹ Derartige Beweggründe stellen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwar einen anerkannten zwingenden Grund des Allgemeinwohls dar.⁶⁰ Dieser greift jedoch bei der traditionellen Entsendung gerade nicht, denn die Angestellten des Dienstleistungserbringers verlangen in dieser Konstellation gerade „*keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgaben in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren.*“⁶¹ Hieraus folgt, dass mitgliedstaatliche Einschränkungen des Einsatzes drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer eines Dienstleistungser-

⁵⁴ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u.a.), Rn. 25 bis 27.

⁵⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 23 f.; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 33 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u.a.), Rn. 81

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 45 ff.

⁵⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (Danieli & Officine Meccaniche SpA u.a.), Rn. 81 f.

⁵⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 48.

⁵⁹ So etwa EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 27, 37; EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 45, 54.

⁶⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 38. Siehe hierzu auch im Kontext von EU-Beitritten EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 13.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 38, 43; EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 55; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 59.

bringers im Fall der klassischen Entsendung *nie* aus arbeitsmarktpolitischen Gründen gerechtfertigt werden können. Dies gilt unabhängig von der Ausgestaltung der betreffenden Regelungen und den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Es steht den Mitgliedstaaten allerdings frei, Einschränkungen der klassischen Arbeitnehmerentsendung aus anderen Gründen vorzunehmen, etwa des sozialen Schutzes der entsandten Arbeitnehmer⁶² oder um zu kontrollieren, „*ob ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt, beispielsweise dazu, sein Personal kommen zu lassen, um Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen [...].*“⁶³ Letzteres darf jedoch nicht dazu führen, dass die Dienstleistungsfreiheit hierdurch „*illusorisch gemacht und [seine] Ausübung [...] dem freien Ermessen der Verwaltung unterworfen [wird].*“⁶⁴

Darüber hinaus müssen die betreffenden Maßnahmen in jedem Fall noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Hieraus folgen hohe Anforderungen, die in der Regel solchen mitgliedstaatlichen Einschränkungen entgegenstehen, die mit Formalitäten und Verzögerungen verbunden sind, weil sie etwa über eine bloße Anzeige- und Informationsverpflichtung hinausgehen.⁶⁵

3.3.2. Arbeitnehmerüberlassung

Im Zusammenhang mit der Überlassung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers war lange Zeit unklar, ob mitgliedstaatliche Einschränkungen dieser Form der Dienstleistungsfreiheit aus arbeitsmarktpolitischen Gründen zulässig sind oder nicht.

Für eine Zulässigkeit sprach der Vergleich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu beitrittsbedingten Übergangsbestimmungen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Da diese auch die

⁶² Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 27 ff.; EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 45; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 38, 43.

⁶³ EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 39. Vgl. ferner EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 56; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 40; EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 17.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 40; EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 17.

⁶⁵ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 30 ff.; EuGH, Urt. v. 21.09.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Rn. 52; EuGH, Urt. v. 19.01.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 41 ff.

auf die Dienstleistungsfreiheit gestützte Arbeitnehmerüberlassung von Unionsangehörigen erfassen,⁶⁶ konnte hieraus der Schluss gezogen werden, dass dies erst recht für überlassene Drittstaatsangehörige gelten muss, die sich generell nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können und auch sekundärrechtlich nur ein begrenztes Recht auf Weiterwanderung haben.

Erst im Jahre 2014 hatte der Gerichtshof in der Rechtssache *Essent Energie Productie BV* erstmals die Gelegenheit, über eine solche Konstellation zu urteilen.⁶⁷ Er folgt dabei den Schlussanträgen des Generalanwaltes, der sich mit dieser Frage auseinandergesetzt hatte und zu einer anderen Beurteilung als in den Beitrittskonstellationen gelangte.⁶⁸ Während der Gerichtshof dabei – ebenso wie bei der klassischen Entsendung – nur auf den Umstand rekurierte, dass auch die überlassenen (drittstaatsangehörigen) Arbeitnehmer „keinen Zugang zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates verlangen, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren [...]“,⁶⁹ begründete der Generalanwalt sein Ergebnis hingegen vor allem mit den besonderen Zielsetzungen der Übergangsvorschriften im Falle von Beitritten neuer Mitgliedstaaten.⁷⁰ Diese liegen seiner Ansicht nach darin, den betreffenden „Arbeitsmarkt gegen eine sofortige und potenziell beträchtliche Zuwanderung von Arbeitnehmern infolge des Beitritts neuer Mitgliedstaaten zur Union zu schützen [...].“⁷¹ Bestehe eine solche Gefahr nicht, sei eine dauerhafte Aufrechterhaltung des Erfordernisses einer Beschäftigungserlaubnis für überlassene drittstaatsangehörige Arbeitnehmer im Ergebnis unverhältnismäßig.⁷² Anders als der Gerichtshof maß er dem Aspekt der begriffsnotwendigen Rückkehr der überlassenen Arbeitnehmer und dem daraus folgenden vorübergehenden Charakter der grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeit in seiner Begründung eine nur nebensächliche Bedeutung, räumte hierbei jedoch ein, dass es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung gleichwohl um eine „Form des Zugangs zum Arbeitsmarkt des Bestimmungsmitgliedstaats“ handelt.⁷³

Bestätigt wurde die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Essent Energie Productie BV* bisher zwar nicht. Ein vergleichbarer Fall ist allerdings derzeit vor dem Gerichtshof anhängig. Die Schlussanträge zu der Rechtssache *Danieli & Officine Meccaniche SpA* liegen seit kurzem bereits

⁶⁶ Siehe hierzu oben unter 3.2.2., S. 12 f.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV).

⁶⁸ Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge vom 8.05.2014 zu EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 111 ff.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 51.

⁷⁰ Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge vom 8.05.2014 zu EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 113 ff.

⁷¹ Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge vom 8.05.2014 zu EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 117.

⁷² Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge vom 8.05.2014 zu EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 118-122.

⁷³ Generalanwalt *Yves Bot*, Schlussanträge vom 8.05.2014 zu EuGH, Rs. C-91/13 (Essent Energie Productie BV), Rn. 123 f.

vor. Und auch in diesen vertritt der Generalanwalt die gleiche Linie wie im Fall *Essent Energie Productie BV*.⁷⁴ Zusätzlich zu den Argumenten in den Schlussanträgen zu dieser Rechtssache verweist er darauf, dass Drittstaatsangehörige „anders als Unionsbürger, die durch Überlassung Zutritt zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaats erlangen könnten, weil sie grundsätzlich über das Recht auf Freizügigkeit verfügen, [...] sich [...] innerhalb der Europäischen Union nicht frei bewegen [können].“⁷⁵

Sollte der EuGH auch im Fall *Danieli & Officine Meccaniche SpA* dem Generalanwalt und seiner in der Rechtssache *Essent Energie Productie BV* erstmals eingeschlagenen Rechtsprechungslinie folgen, hätte das zur Folge, dass die Arbeitnehmerüberlassung drittstaatsangehöriger Personen ebenso wie die klassische Entsendung von den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht aus arbeitsmarktpolitischen Gründen beschränkt werden kann. Möglich wären dann lediglich Einschränkungen aus anderen Gründen wie etwa dem Schutz der überlassenen Arbeitnehmer oder zur Kontrolle, ob das überlassene Unternehmen „den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistungen nutzt [...].“⁷⁶

Dies ergibt sich jetzt schon auf Grundlage der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Essent Energie Productie BV*,⁷⁷ so dass – vorbehaltlich des noch ausstehenden Urteils in der Rechtssache *Danieli & Officine Meccaniche SpA* – davon ausgegangen werden kann, dass die Anforderungen an mitgliedstaatliche Einschränkungen sowohl bei der klassischen Arbeitnehmerentsendung als auch bei der Arbeitnehmerüberlassung von Drittstaatsangehörigen parallel laufen. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.⁷⁸

3.4. Zwischenergebnis

Aus der bisherigen Rechtsprechung folgt, dass der Einsatz von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern eines Dienstleistungserbringers im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 f. AEUV weder in der Form der klassischen Entsendung noch der Arbeitnehmerüberlassung von Seiten der Mitgliedstaaten Restriktionen unterworfen werden kann, die allein arbeitsmarktpolitischer Natur sind. Einschränkungen aus anderen Gründen, etwa des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer oder der Kontrolle, ob der Dienstleistungserbringer seine grundfreiheitlichen Rechte nicht zu anderen Zwecken als der Erbringung der vereinbarten Dienstleistung nutzt, sind zulässig, solange sie den (strengen) Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.

– Fachbereich Europa –

⁷⁴ Siehe Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (*Danieli & Officine Meccaniche SpA* u. a.), Rn. 74 ff., insb. Rn. 84 ff.

⁷⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 26.04.2018 zu EuGH, Rs. C-18/17 (*Danieli & Officine Meccaniche SpA* u. a.), Rn. 85 aE., siehe ferner Rn. 92 ff.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (*Essent Energie Productie BV*), Rn. 52.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 8.05.2014, Rs. C-91/13 (*Essent Energie Productie BV*), Rn. 52 ff.

⁷⁸ Siehe oben unter 3.3.2., S. 15 f.