

## SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

WALTER VAN GERVEN

vom 7. März 1990\*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Die Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik (nachstehend: „Beitrittsakte“) bestimmt, daß Artikel 48 EWG-Vertrag für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen Spanien und Portugal einerseits und den anderen Mitgliedstaaten andererseits nur eingeschränkt anwendbar ist. Dagegen enthält die Beitrittsakte keine Einschränkungen hinsichtlich der Geltung der Artikel 59 ff. EWG-Vertrag auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs. Mit den vom Tribunal administratif Versailles (nachstehend: „vorlegendes Gericht“) gestellten Fragen wird der Gerichtshof gebeten, die Folgen näher darzulegen, die sich aus den genannten Bestimmungen der Beitrittsakte für die Erbringer von Dienstleistungen aus der Gemeinschaft (in dem Fall, mit dem das vorliegende Gericht befaßt ist: aus Portugal) ergeben, die auf portugiesische oder spanische Arbeitnehmer zurückgreifen.

### Hintergrund

2. Die portugiesische Gesellschaft Rush Portuguesa Lda (nachstehend: „Firma Rush“) ist ein Bauunternehmen, das insbesondere öffentliche Bauaufträge übernimmt. Sie schloß mit einem französischen Unternehmen eine Reihe von Subunternehmerverträgen über Arbeiten auf verschiedenen Baustellen der Atlantik-Strecke des französischen TGV („Train de Grande Vitesse“ = Hochgeschwindigkeitszug). Zur Durchführung dieser Arbeiten ließ sie eine Anzahl von Arbeitnehmern portugiesischer Staatsangehörigkeit aus Portugal nach Frankreich kommen. Das vorliegende Gericht bittet den

Gerichtshof, bei der Beantwortung der Vorlagefragen davon auszugehen, daß diese Arbeitnehmer nach Erbringung ihrer Dienstleistungen unverzüglich nach Portugal zurückkehren werden.

Die Dienststellen der französischen Gewerbeaufsicht nahmen im September und im Dezember 1986 zwei Kontrollen vor, bei denen sie feststellten, daß die Firma Rush insgesamt 58 portugiesische Arbeitnehmer beschäftigte, die nicht im Besitz der nach Artikel L 341.6 des französischen Code du travail (Arbeitsgesetzbuch) erforderlichen Arbeitserlaubnis waren. Wegen weiterer Einzelheiten der von diesen Arbeitnehmern erfüllten Aufgaben verweise ich auf Abschnitt I, Nr. 2, des Sitzungsberichts. Der genannte Artikel des Arbeitsgesetzbuchs steht in Kapitel I von dessen Buch III, Titel IV, das die „ausländischen Arbeitskräfte und [den] Schutz der inländischen Arbeitskräfte“ zum Gegenstand hat. Er untersagt es, in Frankreich Ausländer zu beschäftigen, die nicht über eine Arbeitserlaubnis verfügen, wenn das französische Recht oder völkerrechtliche Verträge eine derartige Erlaubnis vorschreiben. Der Firma Rush wird weiterhin ein Verstoß gegen Artikel L 341.9 vorgeworfen, der dem Office national d'immigration (Staatliches Einwanderungsamt; nachstehend: „ONI“), heute „Office de migration internationale“ (Amt für Ein- und Auswanderung) genannt, ein Monopol für die Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte in Frankreich und für deren Verbringung nach Frankreich verleiht.

Aufgrund der anlässlich dieser Kontrollen errichteten Protokolle forderte das ONI von der Firma Rush die Entrichtung eines „Sonderbeitrags“ nach Artikel L 341.7 des

\* Originalsprache: Niederländisch.

Arbeitsgesetzbuchs. Wie der Vertreter der französischen Regierung in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, stellt dieser Beitrag eine Geldbuße dar. Er beläuft sich mindestens auf das 500fache des garantierten Mindestlohns, wie er in Artikel L 141.8 des Arbeitsgesetzbuchs festgelegt ist. Aus den Akten geht weiterhin hervor, daß sich die der Firma Rush auferlegte Geldbuße auf insgesamt 1,5 Millionen FF beläuft. Die Firma Rush klagt bei dem vorlegenden Gericht auf Aufhebung dieser Geldbuße.

3. Es darf bei den weiteren Erörterungen nicht übersehen werden, daß die sich im Ausgangsrechtsstreit stellende Frage lediglich die Rechtmäßigkeit des der Firma Rush auferlegten Sonderbeitrags betrifft. Das vorlegende Gericht wünscht, genauer gesagt, zu erfahren, ob ein Erbringer von Dienstleistungen in dieser Weise dafür bestraft werden darf, daß er portugiesische Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis beschäftigt hat. Im vorliegenden Verfahren geht es also *nicht* um die Frage, ob die Tätigkeit der Firma Rush erlaubt ist und/oder von Frankreich einer vorherigen behördlichen Genehmigung unterworfen werden darf; Qualifikation und Zulässigkeit der Tätigkeit der Firma Rush als „Zeitarbeitsunternehmen“ oder sogar als Arbeitsvermittler nach französischem Recht (ungeachtet der Staatsangehörigkeit der von der Firma beschäftigten Personen) sowie die Vereinbarkeit der einschlägigen französischen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht sind für die Beantwortung der Vorlagefragen unerheblich.

Ebensowenig scheint der Ausgangsrechtsstreit die Frage zu betreffen, ob ein Mitgliedstaat bei der Erteilung einer Erlaubnis eine Gebühr erheben darf. Allerdings kann der letzte Teil der zweiten Vorlagefrage so gelesen werden, daß das vorlegende Gericht zu wissen begehrt, ob ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen davon abhängig machen kann, daß für die Erteilung von Arbeitserlaubnissen an die Arbeiter des Leistungserbringers eine bestimmte Gebühr an die Einwanderungsbehörde gezahlt wird.

Nach den vor dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen soll diese Frage in Zusammenhang mit dem erwähnten Monopol des ONI für die Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte in Frankreich und für ihre Verbringung nach Frankreich gestellt worden sein und überdies die (geringfügige) Abgabe betreffen, die nach Artikel L 341.8 des Arbeitsgesetzbuchs bei der Verlängerung von Arbeitserlaubnissen erhoben wird. Ich werde am Ende meiner Ausführungen ganz kurz auf diese Frage zurückkommen (siehe unten, Nr. 22).

#### Anwendbare Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts

4. Grundsätzlich kann man einem Unternehmen aus der Gemeinschaft, das in einem anderen Mitgliedstaat (dem „Aufnahmemitgliedstaat“) als demjenigen, in dem es seinen Sitz hat (dem „Herkunftsstaat“), eine Dienstleistung erbringt, nicht das Recht verweigern, für die Zwecke dieser Dienstleistung Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten anzuwerben und im Aufnahmemitgliedstaat zu beschäftigen. Nach Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 68/360/EWG<sup>1</sup> (siehe auch unten, Nr. 5 am Ende) hat der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, diesen Arbeitnehmern eine Aufenthaltserlaubnis auszustellen (deren Gültigkeitsdauer auf die voraussichtliche Dauer des Beschäftigungsverhältnisses beschränkt werden kann).

5. Bei Unternehmen, die für die Erbringung von Dienstleistungen auf spanische und portugiesische Arbeitnehmer zurückzugreifen wünschen, ist jedoch bis 1993 den Vorschriften der Beitrittsakte Rechnung zu tragen<sup>2</sup>. Artikel 215 der Beitrittsakte enthält

1 — Richtlinie des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 13).

2 — Im folgenden werde ich nur noch von portugiesischen Arbeitnehmern sprechen. Da die Artikel 55 bis 58 der Beitrittsakte wörtlich mit deren Artikeln 215 bis 218 übereinstimmen, gelten meine Ausführungen auch für die spanischen Arbeitnehmer.

eine Einschränkung der durch Artikel 48 EWG-Vertrag gewährleisteten Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen Portugal und den zehn „alten“ Mitgliedstaaten. Nach dieser Bestimmung ist Artikel 48 EWG-Vertrag nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Artikel 216 bis 219 der Beitrittsakte anwendbar. Artikel 216 dieser Akte lautet wie folgt:

„1. Die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft sind ... in [den anderen Mitgliedstaaten] gegenüber portugiesischen Staatsangehörigen erst ab 1. Januar 1993 anwendbar.

... [Die] anderen Mitgliedstaaten können bis zum 31. Dezember 1992 ... gegenüber portugiesischen Staatsangehörigen die innerstaatlichen ... Bestimmungen beibehalten, welche die Einreise zum Zweck einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis und/oder den Zugang zu einer solchen Tätigkeit von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen.“

Die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 erkennen in Einklang mit Artikel 49 EWG-Vertrag allen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten das Recht zu, in einem anderen Mitgliedstaat eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis unter den gleichen Voraussetzungen wie die Angehörigen dieses Staates aufzunehmen und auszuüben. Es handelt sich mit anderen Worten um Bestimmungen, die den in Artikel 48 Absätze 2 und 3 EWG-Vertrag aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung konkretisieren.

Ferner heißt es in Artikel 218 der Beitrittsakte, daß, soweit Bestimmungen der Richtlinie 68/360 von denjenigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 1612/68 nicht zu tren-

nen sind, deren Anwendung durch Artikel 216 dieser Akte aufgeschoben wird, die zehn „alten“ Mitgliedstaaten von diesen Bestimmungen in dem Umfang abweichen können, wie es zur Anwendung von Artikel 216 notwendig ist.

Artikel 1 der Richtlinie 68/360 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen zu beseitigen, auf die die Verordnung Nr. 1612/68 Anwendung findet. Wie bereits ausgeführt, enthält Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie eine konkrete Anwendung dieser Vorschrift hinsichtlich derjenigen Arbeitnehmer, die sich bei einem Erbringer von Dienstleistungen oder für dessen Rechnung in einem Beschäftigungsverhältnis befinden.

#### Zur ersten und zur zweiten Vorlagefrage

6. Aufgrund der vorstehend zitierten Bestimmungen der Beitrittsakte hat das ONI gegenüber der Firma Rush die vorerwähnten Vorschriften des Arbeitsgesetzbuchs angewendet und ihr wegen eines Verstoßes hiergegen die in Artikel L 341.7 vorgesehene Geldbuße auferlegt. Vor dem vorliegenden Gericht hat die Firma Rush geltend gemacht, die Verhängung einer derartigen Geldbuße sei mit dem durch die Artikel 59 bis 66 EWG-Vertrag gewährleisteten Grundsatz der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs unvereinbar, dessen Geltung durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt oder aufgeschoben worden sei. Um über diese Meinungsverschiedenheit entscheiden zu können, hat das vorliegende Gericht dem Gerichtshof drei Vorlagefragen gestellt, deren Wortlaut in Abschnitt I, Nr. 4, des Sitzungsberichts wiedergegeben ist. Ich werde mich nur mit der ersten und der zweiten Frage beschäftigen; auf die dritte Frage, die meiner Meinung für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit unerheblich ist, werde ich in Punkt 23 kurz eingehen.

Im wesentlichen soll der Gerichtshof klären, in welchem Umfang die sich aus der Beitrittsakte ergebenden Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs Unternehmen aus der Gemeinschaft entgegengehalten werden können, die sich mit Arbeitnehmern portugiesischer Staatsangehörigkeit in einen der „alten“ Mitgliedstaaten zu begeben wünschen, um dort Dienstleistungen zu erbringen. Das vorliegende Gericht fragt insbesondere, ob ein „alter“ Mitgliedstaat i) es einem Unternehmen aus der Gemeinschaft, das in seinem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringt, verbieten kann, zu diesem Zweck portugiesisches Personal zu beschäftigen, oder ii) diese Dienstleistung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig machen kann, insbesondere davon, daß das Unternehmen an Ort und Stelle Personal einstellt, Arbeitserlaubnisse für sein portugiesisches Personal beantragt oder Beiträge an die Einwanderungsbehörde entrichtet. Wörtlich genommen, betreffen die Fragen des vorlegenden Gerichts das Recht *portugiesischer* Leistungserbringer, portugiesische Arbeitnehmer in einen „alten“ Mitgliedstaat zu bringen. Ich möchte aber bereits an dieser Stelle betonen, daß die gemeinschaftsrechtliche Lösung nicht je nachdem unterschiedlich sein kann, ob es sich um Leistende aus Portugal oder aus einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft handelt, da die Beitrittsakte die Anwendbarkeit der Artikel 59 bis 66 EWG-Vertrag in keiner Weise einschränkt und die erwähnten Bestimmungen dieser Akte lediglich das Aufenthaltserrecht von portugiesischen Arbeitnehmern — ohne Rücksicht darauf, wer sie beschäftigt — beschränken.

7. Meine nun folgenden Ausführungen gliedern sich so: In einem ersten Teil werde ich die Rechtsprechung des Gerichtshofes in Erinnerung rufen, die sich näher zur Tragweite der Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr äußert, und besonderes Augenmerk auf die Rechtslage der Erbringer von Dienstleistungen richten, die sich an den Ort, an dem die Leistungen erbracht werden sollen, mit Bediensteten be-

geben, die sich nicht auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer berufen können (unten, Nrn. 8 bis 11). Diese Rechtsprechung, die auch vor den Parteien des Ausgangsverfahrens zur Sprache gebracht worden ist, ist zweckmäßigerweise kurz zu kommentieren, weil sie den Hintergrund bildet, vor dem sich der vorliegende Prozeß abspielt. In einem zweiten und wichtigsten Teil werde ich auf die Auswirkungen der Artikel 216 ff. der Beitrittsakte auf diese „allgemeine Regelung“ eingehen (unten, Nrn. 12 bis 18). In einem dritten Teil werde ich die Schlußfolgerungen aus dieser Prüfung hinsichtlich der Befugnis der „alten“ Mitgliedstaaten ziehen, eine Geldbuße zu verhängen (unten, Nrn. 19 bis 21). Schließlich werde ich kurz dazu Stellung nehmen, ob ein Mitgliedstaat von einem Dienstleistungen erbringenden Arbeitgeber eine Gebühr für die Erteilung einer Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis fordern darf (unten, Nr. 22).

#### **Der gemeinschaftliche Besitzstand („*acquis communautaire*“) im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs**

8. Es bedarf gleich zu Beginn der Feststellung, daß die streitigen Bestimmungen des französischen Rechts keine (formelle) Diskriminierung nichtfranzösischer Erbringer von Dienstleistungen beinhalten. Diese Bestimmungen erlegen nämlich allen Arbeitgebern eine Geldbuße auf, die in Frankreich Ausländer ohne Aufenthaltserlaubnis beschäftigen. Das Verbot gilt also für französische wie für nichtfranzösische Arbeitgeber, die Dienstleistungen erbringen, in gleicher Weise. Der Gerichtshof hat jedoch klargestellt, daß eine auf den ersten Blick nicht diskriminierende innerstaatliche Rechtsvorschrift, die normalerweise auf eine dauerhafte Tätigkeit von Unternehmen mit Sitz in dem betroffenen Mitgliedstaat gemünzt ist, nicht stets in vollem Umfang auf in diesem Mitgliedstaat vorübergehend durch Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten ausgeübte Tätigkeiten angewendet werden kann. So hat der Gerichtshof in seinem Ur-

teil in der Rechtssache Webb (unter Bezugnahme auf sein früheres Urteil in der Rechtssache van Wesemael<sup>3</sup>) festgestellt, daß:

„... der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden [darf], die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des genannten Staats tätigen Personen oder Unternehmen verbindlich sind, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist“.<sup>4</sup>

In einem späteren Urteil hat der Gerichtshof dem hinzugefügt, daß die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen sachlich geboten sein müssen, um den Schutz von Interessen zu gewährleisten, die vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts aus billigenswert sind<sup>5</sup>.

In seinem Urteil der Rechtssache Webb hat der Gerichtshof außerdem für Recht erkannt, daß die Anwendung innerstaatlicher Maßnahmen, auch wenn diese im Allgemeininteresse erlassen wurden und auf den ersten Blick allgemein anwendbar erscheinen, nicht zu einer bloßen Wiederholung der im Staat der Niederlassung geltenden Vorschriften führen darf. Hiermit wollte der Gerichtshof eine verschleierte Diskriminierung von Leistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Erbringern von Dienstleistungen verhindern<sup>6</sup>. Es ist erwähnenswert, daß der Gerichtshof am gleichen Tag auch eine Entscheidung in der Rechtssache Frans-Niederlandse Maat-

schappij voor Biologische Producten erlassen und einen analogen Grundsatz hinsichtlich des freien Warenverkehrs aufgestellt hat: Die Mitgliedstaaten dürfen von einem Importeur nicht ohne Not die Wiederholung technischer oder chemischer Analysen verlangen, wenn die gleichen Analysen bereits in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt worden sind<sup>7</sup>.

9. Die in der Rechtssache Webb aufgestellten Grundsätze sind in dem 1982 ergangenen Urteil in der Rechtssache Seco<sup>8</sup> näher ausgeführt. Der diesem Rechtsstreit zugrundeliegende Sachverhalt weist eine gewisse Ähnlichkeit mit demjenigen des vorliegenden Rechtsstreits auf.

Im Ausgangsrechtsstreit in der Rechtssache Seco ging es um folgenden Sachverhalt: Französische Unternehmen hatten verschiedene zeitweise Tätigkeiten in Luxemburg ausgeübt und dafür Arbeitnehmer aus Drittländern eingesetzt, die während der Durchführung der Arbeiten in Luxemburg nach den französischen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit pflichtversichert waren. Der Rechtsstreit betraf Bestimmungen des luxemburgischen Rechts, denen zufolge im Falle zeitweiliger Tätigkeiten auf luxemburgischem Hoheitsgebiet die Arbeitgeber ausländischer Arbeitnehmer verpflichtet waren, den auf sie entfallenden Arbeitgeberanteil an den Sozialbeiträgen zur Alters- und Invaliditätsversicherung zu entrichten, ohne daß dadurch jedoch für die betroffenen Arbeitnehmer ein Anspruch auf einen sozialen Vorteil begründet wurde<sup>9</sup>. Es stellte sich nun die Frage, ob eine solche Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, dies insbesondere angesichts der Tatsache, daß

3 — Urteil vom 18. Januar 1979 in den verbundenen Rechtssachen 110/78 und 111/78, van Wesemael, Slg. 1979, 35.

4 — Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80, Slg. 1981, 3305, Randnr. 17; siehe auch das vorgenannte Urteil vom 18. Januar 1979 in den Rechtssachen 110/78 und 111/78 sowie das spätere Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, insbesondere Randnr. 27.

5 — Siehe das Urteil vom 4. Dezember 1986, Kommission/Deutschland, Randnr. 27.

6 — Siehe Randnr. 20 des Urteils.

7 — Siehe das Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 272/80, Slg. 1981, 3277, insbesondere Randnrn. 13 bis 15.

8 — Urteil vom 3. Februar 1982 in den verbundenen Rechtssachen 62/81 und 63/81, Slg. 1982, 223.

9 — Siehe Randnr. 3 des Urteils. Wie sich weiterhin aus dem Urteil ergibt, waren die genannten luxemburgischen Rechtsvorschriften erlassen worden, weil für die Arbeitgeber kein Anreiz geschaffen werden sollte, sich ausländischer Arbeitskräfte zu bedienen, um die von ihnen, den Arbeitgebern, zu tragenden Soziallasten zu verringern (siehe Randnr. 4 des Urteils).

derartige Bestimmungen die wirtschaftlichen Vorteile aufheben, die der Arbeitgeber daraus ziehen könnte, daß er sich nicht an die Mindestlohnregelung des Staates hält, in dem die Dienstleistung erbracht wird.

10. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil den bereits in dem Urteil in der Rechtssache Webb aufgestellten Grundsatz bekräftigt, daß die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr nicht nur jede auf der Staatsangehörigkeit des Leistenden beruhende offene Diskriminierung verbieten, sondern auch alle versteckten Formen von Diskriminierung, die zwar scheinbar auf neutralen Kriterien beruhen, tatsächlich jedoch zum selben Ergebnis führen<sup>10</sup>. Anschließend hat der Gerichtshof ausgeführt:

„Dies ist ... der Fall, wenn die für im Inland ansässige Leistende bestehende Verpflichtung zur Zahlung des Arbeitgeberanteils an den Beiträgen zur Sozialversicherung auf Arbeitgeber ausgedehnt wird, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und bereits nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats für dieselben Arbeitnehmer und dieselben Beschäftigungszeiten vergleichbare Beiträge zu entrichten hat. Unter diesen Umständen stellt sich die Regelung des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, wirtschaftlich gesehen nämlich als eine zusätzliche Belastung für die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber dar, die im Ergebnis stärker belastet werden als die im Inland ansässigen Leistenden.“<sup>11</sup>

Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, daß der betroffene Staat selbst dann, wenn es ihm freisteht, *Arbeitnehmern*, die Staatsangehörige von Drittländern sind, sowohl die Einreise in sein Staatsgebiet als auch die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit völlig zu untersagen, diese Befugnis nicht dazu benutzen darf, um dem aus einem anderen Mitgliedstaat kommenden *Erbringer von Dienstleistungen* eine diskriminierende Belastung aufzuerlegen<sup>12</sup>.

11. Vergleicht man die Situation in der Rechtssache Seco mit dem Sachverhalt, der dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegt, so stellt man eine gewisse Ähnlichkeit fest. Auch im vorliegenden Falle geht es darum, welche Befugnisse die Mitgliedstaaten (hier: die „alten“ Mitgliedstaaten) bezüglich des Erlasses von Maßnahmen für die Durchführung von Arbeiten im Lohn- oder Gehaltsverhältnis behalten, die die Erbringung von Dienstleistungen durch ein Unternehmen erschweren, das Personal beschäftigt, das sich nicht auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer berufen kann. Das hierzu im Urteil in der Rechtssache Seco aufgestellte Kriterium besagt, daß die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften, die auf den ersten Blick unterschiedslos anwendbar zu sein scheinen, nicht zu einer verschleierte Diskriminierung der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen führen darf. In der Rechtssache Seco ging es um eine solche Diskriminierung, weil die Verpflichtung in anderen Mitgliedstaaten ansässiger Arbeitgeber, einen Arbeitgeberbeitrag für Arbeitnehmer zu entrichten, für die bereits im Mitgliedstaat des Sitzes Beiträge entrichtet wurden, diesen Arbeitgebern eine schwerere Belastung auferlegte als ihren auf inländischem Gebiet ansässigen Konkurrenten, die nur in einem einzigen Mitgliedstaat Beiträge zu entrichten hatten. Eine solche Situation ist allerdings im vorliegenden Fall *nicht* gegeben: Vorschriften wie die betroffenen französischen Bestimmungen beinhalten keine „bloße Wiederholung“ bereits im Herkunftsmitgliedstaat entrichteter Beiträge oder bereits in diesem Staat erfüllter Anforderungen; sie haben daher als solche für die ausländischen Erbringer von Dienstleistungen keine Wettbewerbsnachteile im Verhältnis zu französischen Erbringern von Dienstleistungen zur Folge.

Diese Unterscheidung ändert jedoch nichts an der Gültigkeit des oben erwähnten, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum freien Dienstleistungsverkehr aufgestellten Grundsatzes: Jede Einschränkung dieser Freiheit muß durch das Allgemeininteresse

10 — Randnr. 8 des Urteils.

11 — Randnr. 9 des Urteils.

12 — Randnrn. 11 und 12 des Urteils.

gerechtfertigt und zum Schutz der von ihr verfolgten Interessen notwendig sein. Überdies können die Mitgliedstaaten von ihren Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Einwanderung und des Zugangs zu unselbständigen Erwerbstätigkeiten nicht zu dem Zweck Gebrauch machen, den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringern von Dienstleistungen eine diskriminierende Belastung aufzuerlegen. Auch ist bei den anderen vom Vertrag gewährleisteten Freiheiten anerkannt, daß den Mitgliedstaaten zwar bestimmte Regelungs- und Sanktionsbefugnisse verblieben sind, daß aber die Anwendung derartiger innerstaatlicher Maßnahmen nicht dazu führen darf, eine durch den Vertrag gewährleistete Freiheit zu machen oder ihr ohne Notwendigkeit Hindernisse in den Weg zu legen<sup>13</sup>.

Unter diesem Gesichtspunkt einer möglichst weitgehenden Beachtung einer durch den Vertrag gewährleisteten Freiheit werde ich nunmehr untersuchen, welche auf der Grundlage der Beitrittsakte getroffenen Maßnahmen der „alten“ Mitgliedstaaten gegenüber in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Erbringern von Dienstleistungen zulässig sind.

### Der Einfluß der Beitrittsakte auf den freien Dienstleistungsverkehr

12. Wie oben (Nr. 5) dargelegt, ermächtigt die Beitrittsakte die „alten“ Mitgliedstaaten, bis 1993 innerstaatliche Vorschriften beizubehalten, die die Einwanderung von portugiesischen Staatsangehörigen sowie deren Zugang zu einer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machen. Zu diesem Zweck

bleiben die Mitgliedstaaten befugt, portugiesischen Arbeitnehmern die in der Richtlinie 68/360 vorgesehene Aufenthaltserlaubnis zu verweigern. Es erscheint mir selbstverständlich, daß eine Regelung, die auf einer vorherigen Aufenthaltserlaubnis beruht, nur dann wirksam funktionieren kann, wenn ihre Beachtung auch den Arbeitgebern portugiesischer Staatsangehöriger vorgeschrieben wird, gleichviel ob es sich um „inländische“ Arbeitgeber oder um solche aus einem anderen Mitgliedstaat handelt. In den meisten Fällen wird es ja der Arbeitgeber sein, der die Aufenthaltserlaubnis beantragt; überdies kann man davon ausgehen, daß die Mehrzahl der Arbeitnehmer eines in einem anderen Mitgliedstaat tätig werdenden Erbringers von Dienstleistungen sich *auf Wunsch ihres Arbeitgebers* zur Arbeit in diesen Mitgliedstaat begeben.

Welches ist die Ratio der Artikel 216 ff. der Beitrittsakte? Die Rechtsprechung des Gerichtshofes versteht sie als eine (eng auszulegende) Ausnahme vom Grundsatz der Freizügigkeit der (portugiesischen) Arbeitnehmer, mit der Störungen auf den Arbeitsmärkten der „alten“ Mitgliedstaaten durch den massenhaften Zustrom von portugiesischen Arbeitssuchenden verhindert werden sollen<sup>14</sup>. Zu diesem Zweck hat die Beitrittsakte eine Übergangszeit eingeführt, während der der Ortswechsel von Arbeitskräften eingeschränkt ist.

Nunmehr geht es darum, dies näher zu prüfen, wie die Wechselwirkung zwischen dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs — der nach der von mir angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes nur im unbedingt notwendigen Maß eingeschränkt werden darf — einerseits und den Maßnahmen andererseits zu beurteilen ist, die die „alten“ Mitgliedstaaten aufgrund

13 — Im Bereich der Freizügigkeit der Personen lassen sich die Urteile vom 7. Juli 1976 in der Rechtssache 118/75, Watson und Belmann, Slg. 1976, 1185, insbesondere Randnrn. 17 bis 21, vom 3. Juli 1980 in der Rechtssache 157/79, Pieck, Slg. 1980, 2171, und vom 12. Dezember 1989 in der Rechtssache C-265/88, Messner, Slg. 1989, 2409, anführen. Was den freien Warenverkehr betrifft, sei auf die Urteile vom 11. November 1981 in der Rechtssache 203/80, Casati, Slg. 1981, 2595, insbesondere Randnr. 27, sowie vom 15. Dezember 1976 in der Rechtssache 41/76, Donckerwolcke, Slg. 1976, 1921, insbesondere Randnrn. 32 bis 38, verwiesen.

14 — Siehe die Urteile vom 27. September 1989 in der Rechtssache 9/88, Lopes da Veiga, Slg. 1989, 2989, insbesondere Randnr. 10, und vom 23. März 1983 in der Rechtssache 77/82, Peskeloglou, Slg. 1983, 1085, insbesondere Randnr. 12, in der es um die Auslegung einer analogen Bestimmung der Akte über den Beitritt Griechenlands ging.

der — dem Gerichtshof zufolge eng auszulegenden — Bestimmungen der Beitrittsakte treffen können. Bevor ich meine eigene Auffassung dazu darlege, will ich mein Augenmerk zunächst auf die Standpunkte richten, die vor dem Gerichtshof vertreten worden sind. In einem Punkt besteht Übereinstimmung: Wollte man die Beitrittsakte in dem Sinne auslegen, daß es weiterhin im Ermessen der Mitgliedstaaten stünde, ob sie allen von einem Erbringer von Dienstleistungen beschäftigten portugiesischen Arbeitnehmern die Aufenthaltserlaubnis zu verweigern gedenken, und daß diese Mitgliedstaaten den Leistenden somit zwingen könnten, nur mit Arbeitskräften aus den „alten“ Mitgliedstaaten zu arbeiten, so liefe dies darauf hinaus, den freien Dienstleistungsverkehr für diejenigen Dienstleistungen zu unterbinden, die einen Ortswechsel von Arbeitnehmern voraussetzen. Die in der Beitrittsakte festgelegten Einschränkungen können daher einer bestimmten Gruppe von portugiesischen Arbeitnehmern nicht entgegengehalten werden. Wenn es jedoch darum geht, diese Gruppe näher zu bestimmen, gehen die Auffassungen stark auseinander.

13. Die radikalste Haltung zugunsten des freien Dienstleistungsverkehrs tritt in den Erklärungen der Firma Rush zutage. Diese behauptet nämlich, die fraglichen Bestimmungen der Beitrittsakte schränkten die Anwerbung und Beschäftigung von portugiesischen Staatsangehörigen *durch einen Erbringer von Dienstleistungen* nicht im geringsten ein. Die Firma Rush gelangt zu diesem Ergebnis aufgrund folgender Überlegungen: Die Anwesenheit von Bediensteten der Firma Rush in Frankreich habe mit der Durchführung von Artikel 48 EWG-Vertrag nichts zu tun. Die Betroffenen hätten keine Arbeit in Frankreich gesucht und keinen Zugang zum französischen Arbeitsmarkt gehabt. Sie hätten nämlich ein Arbeitsverhältnis in Portugal, in dessen Rahmen sie vorübergehend nach Frankreich kämen, um dort — im Dienst der Firma Rush — eine Reihe von Dienstleistungen zu erbringen, ohne jedoch für sich das Recht zu beanspruchen, sich für unbegrenzte Zeit als Arbeitnehmer in Frankreich niederzulassen. Überdies seien ihre Arbeitsverhältnisse por-

tugiesisch bestimmt: Sie würden in Portugal bezahlt, hätten dort ihre Steuern zu entrichten und blieben weiterhin dem portugiesischen System der sozialen Sicherheit angeschlossen. Aus alledem leitet die Firma Rush ab, daß ihre Arbeitnehmer nicht als „Arbeitnehmer“ im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 angesehen werden dürften, so daß die Bestimmungen der Beitrittsakte über die portugiesischen Arbeitnehmer auf sie nicht anwendbar seien.

14. Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Der Gerichtshof hat stets nachdrücklich betont, daß der gemeinschaftsrechtliche Begriff des „Arbeitnehmers“ einen weiten Inhalt hat und alle Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten erfaßt, die auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats eine tatsächliche und echte unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben<sup>15</sup>. Ob das Unternehmen, in dessen Dienst diese Arbeit geleistet wird, in anderen Mitgliedstaaten tätig ist oder aber seinen Sitz in dem Mitgliedstaat hat, in dem die Arbeit geleistet wird, spielt hierbei keine Rolle. In Übereinstimmung hiermit heißt es in den Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 1612/68, daß „allen Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten ... das Recht zuerkannt werden [muß], eine von ihnen gewählte Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft auszuüben“, und weiterhin, daß „dieses Recht ... gleichermaßen Dauerarbeitnehmern, Saisonarbeitern, Grenzarbeitnehmern oder Arbeitnehmern zu[steht], die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben“. Die Vorschriften der Verordnung Nr. 1612/86 sind daher zweifellos auch zum Schutz von Arbeitnehmern eines Leistungserbringers wie der Firma Rush bestimmt. Wie ich jedoch dargelegt habe, setzt Artikel 216 der Beitrittsakte die Anwendung dieser Vorschriften über das Recht der portugiesischen Arbeitnehmer, eine unselbständige Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet eines der „alten“ Mitgliedstaaten aufzunehmen oder auszuüben, bis 1993 aus (siehe oben, Nr. 5). Dem Arti-

<sup>15</sup> — Siehe zum Beispiel das Urteil vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 139/85, Kempf, Slg. 1986, 1741, insbesondere Randnrn. 8 bis 14, mit Verweisung auf das Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81, Levin, Slg. 1982, 1035.



kel 216 liegt somit der gleiche weite Begriff des „Arbeitnehmers“ zugrunde wie dem Artikel 48 EWG-Vertrag.

15. Die restriktivste Auslegung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs findet sich in den Ausführungen der französischen Regierung. Nach dieser Auslegung sind nur diejenigen Arbeitnehmer eines Erbringers von Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der Beitrittsakte ausgeschlossen, die bei den betroffenen Unternehmen eine „Vertrauensstellung“ bekleiden, und zwar deswegen, weil zufolge jener Auslegung die genannten Personen dem Erbringer der Dienstleistungen gleichzustellen sind. Diese Personen können also — so jedenfalls verstehe ich die Argumentation der französischen Regierung — aus der Richtlinie 73/148/EWG<sup>16</sup> ein Aufenthaltsrecht als Erbringer von Dienstleistungen ableiten. Der französischen Regierung zufolge handelt es sich lediglich um einen sehr beschränkten Personenkreis, nämlich um diejenigen Personen, die innerhalb des Unternehmens leitende Funktionen ausüben und für das Unternehmen gegenüber Dritten Personen Verpflichtungen eingehen können. Dieser einschränkende Auffassung kann ich mich ebenfalls nicht anschließen, wie alsbald deutlich werden wird, wenn ich meine eigene Auffassung darlege. In der Tat trägt eine derartige Auffassung dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs, auf den sich die Firma Rush berufen kann, nicht hinreichend Rechnung.

16. Eine „mittlere Lösung“ wird von der Kommission vertreten, die aus dem Anwendungsbereich der Beitrittsakte das „spezialisierte“ sowie dasjenige Personal herausnehmen will, das in dem Unternehmen, das die Dienstleistung erbringt, eine „Vertrauensstellung“ bekleidet. Die Kommission schlägt

16 — Richtlinie des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs. Artikel 4 dieser Richtlinie gewährt den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen wünschen, ein Aufenthaltsrecht.

insbesondere vor, auf das „Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“ zurückzugreifen, das der Rat 1962 beschlossen hat<sup>17</sup>. In Abschnitt II dieses Programms heißt es wie folgt:

„Vor Ablauf des zweiten Jahres der zweiten Stufe der Übergangszeit sollen [die] Rechts- und Verwaltungsvorschriften abgeändert werden, soweit sie ... diese Angehörigen [d. h. die der Mitgliedstaaten] oder die Personen, die über besondere berufliche Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen oder eine Vertrauensstellung bekleiden und den Leistungserbringer begleiten oder die Leistung für dessen Rechnung erbringen, an der Erbringung von Dienstleistungen hindern.“

Diese Bestimmung bietet einen interessanten Vergleichspunkt mit der vorliegenden Rechtssache, da sie auf die Überlegung zurückgeht, daß es dem Leistenden — wenn er einen *sinnvollen* Gebrauch des Rechts auf freie Erbringung von Dienstleistungen machen will — freistehen muß, auf bestimmte Arten von Personal zurückzugreifen, auch wenn für dieses Personal nicht die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gelten. (Das erwähnte allgemeine Programm wurde nämlich 1962 beschlossen, das heißt vor der aufgrund der Artikel 48 und 49 EWG-Vertrag durchgeführten Liberalisierung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer.) Dieser Vergleich kann sicherlich nicht bis ins letzte durchgehalten werden, da die angeführte Bestimmung zu einem Zeitpunkt erlassen wurde, in dem auch der freie Dienstleistungsverkehr noch nicht verwirklicht war. In der vorliegenden Rechtssache sind wir gleichsam einen Schritt weiter: Der freie Dienstleistungsverkehr ist zwar *in vollem Umfang* verwirklicht, stößt aber auf Einschränkungen, die sich aus einer (vorübergehend) unvollkommenen Anwendbarkeit des Grundsatzes der Freizügigkeit der (portugiesischen) Arbeitnehmer ergeben.

17 — ABl. 1962, S. 32.

17. Jedoch weisen die in dem Allgemeinen Programm aufgeführten Kriterien in die richtige Richtung, so daß ich sie zum Ausgangspunkt meiner eigenen Beurteilung machen will. Sie gehen nämlich von der meines Erachtens zutreffenden Auffassung aus, daß die Tätigkeit eines *Unternehmens* nicht völlig losgelöst von den Menschen betrachtet werden kann, die die Tätigkeit dieses Unternehmens tragen. Diese Überlegung gilt erst recht für einen Erbringer von Dienstleistungen, der grundsätzlich nicht ständig in dem Mitgliedstaat anwesend ist, in dem die Dienstleistung erbracht wird<sup>18</sup>, und dessen Unternehmenstätigkeit somit weitgehend von seiner Mobilität bei der Überschreitung der Staatsgrenzen abhängt. Will man dem Recht der Unternehmen auf freien Dienstleistungsverkehr demgemäß einen „sinnvollen“ Inhalt geben, so muß der Erbringer von Dienstleistungen meines Erachtens die Möglichkeit haben, dasjenige Personal, das den „Kern“ seines Unternehmens ausmacht, nach Belieben einzusetzen, da es für eine wirksame Ausübung der Tätigkeit des Unternehmens unerlässlich ist.

Dies scheint mir für diejenigen Bediensteten zuzutreffen, die in dem Unternehmen mit leitenden Aufgaben betraut sind oder zum Vertrauenspersonal oder zum vertrauten Personal des Unternehmens gehören. Entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung handelt es sich hier nicht nur um Personen, die ermächtigt sind, für das Unternehmen gegenüber Dritten Verpflichtungen einzugehen. Unter die Bezeichnung „leitendes Personal“ fallen meines Erachtens auch Arbeitnehmer, denen das Unternehmen die Verantwortung für die Ausführung der Dienstleistungen übertragen hat und die gegenüber dem übrigen Personal, das für die Durchführung der Arbeiten des Unternehmens eingesetzt wird, die Unternehmenstätigkeit leiten und beaufsichtigen. Unter die Bezeichnung „Vertrauenspersonal

oder vertrautes Personal“ fallen meiner Meinung nach auch die Arbeitnehmer, die eine Stelle innehaben, deren Wahrnehmung ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Unternehmen und/oder dem Arbeitgeber erfordert<sup>19</sup>. Soweit die Anwesenheit dieser Personen im Aufnahmemitgliedstaat für die effiziente Ausführung der Dienstleistungen erforderlich ist, kann dieser Staat ihnen die — eventuell auf die voraussichtliche Dauer der Arbeiten beschränkte — Aufenthaltserlaubnis nicht verweigern.

Ebensowenig kann der Aufnahmemitgliedstaat meiner Ansicht nach Arbeitnehmern die Aufenthaltserlaubnis verweigern, die über für die Erbringung der Dienstleistung wesentliche Spezialkenntnisse oder besondere Fähigkeiten verfügen und nur unter großen Schwierigkeiten oder mit beträchtlichen Kosten auf dem Arbeitsmarkt der „alten“ Mitgliedstaaten angeworben werden könnten. Unter „besonderen Fähigkeiten“ sind hohe fachliche Qualifikationen oder wenig verbreitete fachliche Qualifikationen für Tätigkeiten oder Berufe zu verstehen, die besondere Fachkenntnisse erfordern<sup>20</sup>. Eine solche besondere Qualifikation kann sich insbesondere aus der Tatsache ergeben, daß das Unternehmen erhebliche Investitionen vorgenommen hat, um den betreffenden Arbeitnehmer anzuwerben oder auszubilden, und muß naturgemäß unter Berücksichtigung der Tätigkeit des Unternehmens und der Art der zu erbringenden Dienstleistungen beurteilt werden.

18. Dieser Auslegung liegt die Überlegung zugrunde, daß das — durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkte — Recht auf freien

19 — Diese Umschreibung ist an die Definition des Vertrauenscharakters einer Stelle angelehnt, wie sie im Anhang zur Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 gegeben wird. Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe a dieser Verordnung schließt Stellenangebote, die auf den Namen lauten und Stellen mit Vertrauenscharakter betreffen, von der in den Artikeln 15 und 16 enthaltenen Ausgleichsregelung aus.

20 — Diese Umschreibung lehnt sich ebenfalls an die Ausnahmeregelung in Artikel 16 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 an, der Stellenangebote, die auf den Namen lauten und mit der „Spezialisierung“ der angebotenen Stelle zusammenhängen, von der Ausgleichsregelung ausschließt.

18 — Siehe das bereits in Fußnote 4 angeführte Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache Kommission/Deutschland, insbesondere Randnrn. 19 bis 21.

Dienstleistungsverkehr nach der vorhin oben angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht in einem Maße beeinträchtigt werden darf, daß die Wettbewerbsfähigkeit des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens übermäßig gemindert und so jenem Recht seine praktische Wirksamkeit genommen würde. Ich bin außerdem der Ansicht, daß die Einschränkung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr nicht weiter gehen darf, als notwendig ist, um der Ratio der Beitrittsakte gerecht zu werden. Gegenüber einer Regelung, die es den Unternehmen der Gemeinschaft gestattet, für die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat auf leitendes oder mit dem Unternehmen durch ein Vertrauensverhältnis verbundenes Personal und auf Arbeitnehmer zurückzugreifen, die über besondere, für die Ausführung der Dienstleistungen wesentliche Qualifikationen verfügen und auf dem örtlichen Arbeitsmarkt nicht leicht zu finden sind, ist aber die Furcht vor einem erheblichen oder gar massenhaften Zustrom portugiesischer Arbeitssuchender, der zu Störungen auf den Arbeitsmärkten der alten Mitgliedstaaten führen würde, nicht begründet. Diese Kriterien werden ja vor allem den Dienstleistungen erbringenden (hier) portugiesischen Unternehmen zugute kommen und sich nicht dahin auswirken, daß zugleich den Dienstleistungen erbringenden Unternehmen aus den „alten“ Mitgliedstaaten das Potential des portugiesischen Arbeitsmarktes erschlossen wird.

Es trifft zu, daß die Ausnahme von dem in der Beitrittsakte ausgesprochenen grundsätzlichen Verbot, wie sie sich aus den vorstehend dargelegten Kriterien ergibt, insofern ein wenig „selektiv“ ist, als sie hauptsächlich denjenigen portugiesischen Unternehmen zugute kommen wird, die Dienstleistungen erbringen, welche keinen Ortswechsel einer großen Zahl von Arbeitnehmern erfordern. Das ist jedoch die unvermeidliche Folge der Lösung, für die sich die Beitrittsakte entschieden hat, um während

eines Übergangszeitraums die Mobilität portugiesischer Arbeitskräfte zu bremsen und so Störungen auf den Arbeitsmärkten der „alten“ Mitgliedstaaten zu verhindern.

#### Welche Sanktionen sind zulässig?

19. Die bisherige Untersuchung beantwortet die Frage, welchen Arten von Arbeitnehmern die „alten“ Mitgliedstaaten eine Aufenthaltserlaubnis erteilen müssen. Aus den Akten geht jedoch hervor, daß die Firma Rush für keinen der von ihr nach Frankreich mitgebrachten Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis beantragt hat und daß auch die Arbeitnehmer selbst keinen solchen Antrag gestellt haben. Ob unter solchen Umständen die Verhängung einer Geldbuße in Form eines „Sonderbeitrags“ zulässig ist, wie das ONI ihn erhoben hat, muß für diejenigen Arbeitnehmer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nicht versagt, und diejenigen, denen sie versagt werden darf, getrennt geprüft werden.

20. Wenden wir uns zunächst den Arbeitnehmern zu, denen eine Aufenthaltserlaubnis nicht versagt werden darf. Was die Erbringung der fraglichen Dienstleistung betrifft, so kann ihnen das Recht, am Ort der Dienstleistung eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, nicht bestritten werden; sie haben daher Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 68/360. Der Gerichtshof hat mehrfach entschieden, daß die Ausstellung einer solchen Erlaubnis nur deklaratorische Wirkung hat und nicht einer Erlaubnis gleichgestellt werden kann, wie sie für Ausländer im allgemeinen vorgesehen ist<sup>21</sup>. Der Gerichtshof hat hieraus abgeleitet, daß Sanktionen für die Nichtbeachtung der für die Feststellung des Aufenthaltsrechts eines unter dem Schutz des Gemeinschafts-

21 — Siehe das Urteil vom 3. Juli 1980 in der Rechtssache 157/79, Pieck, Slg. 1980, 2171, insbesondere die Randnrn. 11 bis 13, mit Verweisung auf das Urteil vom 14. Juli 1977 in der Rechtssache 8/77, Sagulo, Slg. 1977, 1495.

rechts stehenden Arbeitnehmers vorgeschriebenen Formalitäten nicht strenger sein dürfen als diejenigen Sanktionen, die bei geringfügigen Rechtsverstößen von Inländern gelten (Erfordernis der Vergleichbarkeit)<sup>22</sup>. Ferner hat der Gerichtshof festgestellt, daß es unzulässig wäre, an derartige Rechtsverstöße eine Sanktion zu knüpfen, die gegenüber der Schwere des Rechtsverstoßes so unverhältnismäßig wäre, daß sie zum Hindernis für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer würde. Schon deshalb wäre die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder die Ausweisung nicht gerechtfertigt<sup>23</sup>.

Die in den angeführten Urteilen aufgestellten Grundsätze können nach meinem Dafürhalten auch auf die Sanktion gegen den *Arbeitgeber* übertragen worden, der es unterläßt, (deklaratorische) Erlaubnisse für Arbeitnehmer zu beantragen. Hieraus folgt, wie ich meine, daß eine Sanktion, wie diejenige, um die es im Ausgangsverfahren geht, nicht zulässig ist: Sie zielt nämlich auf die Aufrechterhaltung der Befugnis der staatlichen Behörden, die beantragte Erlaubnis nach ihrem Ermessen zu erteilen oder zu verweigern. Zulässig wäre dagegen z. B. eine leichte Strafe wie diejenige, die der Aufnahmemitgliedstaat gegen seine eigenen Angehörigen verhängt, wenn sie es unterlassen, einen Personalausweis zu beantragen oder verlängern zu lassen.

21. Anders verhält es sich bei den Arbeitnehmern, denen gegenüber der Mitgliedstaat die Befugnis behält, eine Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis nach seinem Ermessen abzulehnen. Das erwähnte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit kommt hier insofern nicht zum Zuge, als sich die Betroffenen nicht auf das durch den Vertrag verliehene und gewährleistete Recht auf Freizügigkeit

der Arbeitnehmer berufen können. Dagegen ist auch hier der Grundsatz zu beachten, wonach die verhängte Strafe nicht in einem solchen Mißverhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen darf, daß sie den freien *Dienstleistungsverkehr* gefährden würde.

### **Darf für die Erteilung einer Erlaubnis eine Gebühr erhoben werden?**

22. Wie angekündigt, will ich mich noch kurz der Frage zuwenden, ob die Mitgliedstaaten die Erteilung einer Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis an portugiesische Staatsangehörige davon abhängig machen dürfen, daß ihr Arbeitgeber bestimmte Gebühren entrichtet.

Wiederum ist eine Unterscheidung danach zu treffen, ob es sich um Arbeitnehmer handelt, denen eine Erlaubnis verweigert werden darf. Was diejenigen Arbeitnehmer betrifft, die Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis hatten, kann auf Artikel 9 der Richtlinie 68/360/EWG verwiesen werden, wonach die Mitgliedstaaten die fraglichen Dokumente entweder unentgeltlich oder gegen Entrichtung eines Betrages zu erteilen haben, der die Gebühr für die Ausstellung von Personalausweisen für Inländer nicht übersteigen darf.

Was die Arbeitnehmer betrifft, denen die Mitgliedstaaten die Aufenthaltserlaubnis verweigern dürfen, so kann die Erteilung einer Erlaubnis meines Erachtens mit der Erhebung einer vom Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer zu entrichtenden Gebühr verknüpft werden, wenn eine solche Gebühr unterschiedslos von inländischen Arbeitgebern und Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten erhoben wird und ihr Betrag im Verhältnis zu ihrem Zweck nicht unverhältnismäßig hoch ist. Es ist selbstverständlich Sache der innerstaatlichen Gerichte, diese Kriterien anzuwenden.

22 — Siehe das in Fußnote 21 angeführte Urteil in der Rechtssache 157/79, Randnrn. 15 bis 19.

23 — Siehe das Urteil in der Rechtssache 157/79, a. a. O., sowie das in der Fußnote 13 angeführte Urteil in der Rechtssache Messner, Randnr. 14.

### Zur dritten Frage

23. Mit dieser Frage wünscht das vorliegende Gericht zu erfahren, ob die Arbeitnehmer der Firma Rush, deren Beschäftigung zur Erhebung eines Sonderbeitrags durch das ONI geführt hat, im Sinne des Anhangs der Verordnung Nr. 1612/68 dem spezialisierten Personal oder dem eine Vertrauensstellung bekleidenden Personal zugeordnet werden können.

Mit gutem Grund haben sowohl die Firma Rush als auch die portugiesische und die französische Regierung bemerkt, daß dieser Anhang (ebenso wie Artikel 16 Absatz 3 der Verordnung, auf den er sich bezieht) ledig-

lich das Funktionieren der sogenannten Ausgleichsregelung betrifft (siehe die Artikel 15 und 16 der Verordnung). Bei dem „Ausgleichsverfahren“ handelt es sich um ein innergemeinschaftliches Arbeitsvermittlungsverfahren, das einen Informationsaustausch zwischen den insoweit zuständigen Dienststellen der einzelnen Mitgliedstaaten vorsieht. Die Regeln, nach denen sich dieses Verfahren richtet, sind für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit ohne Belang. Dagegen können die in dem genannten Anhang enthaltenen Definitionen der Begriffe „Spezialisierung“ und „Vertrauenscharakter der angebotenen Stelle“ Anregungen für die Umschreibung derjenigen Gruppen von Arbeitnehmern geben, die eine Dienstleistung erbringendes Unternehmen bereits vor 1993 auf dem portugiesischen Markt anwerben darf (siehe oben, Nr. 17).

### Ergebnis

24. Ich schlage Ihnen vor, die Vorlagefrage des Tribunal administratif Versailles wie folgt zu beantworten:

„Die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag sowie die Artikel 215 bis 218 der am 12. Juni 1985 unterzeichneten Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik sind dahin auszulegen, daß ein in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ansässiger Erbringer von Dienstleistungen sich für die Zwecke einer in einem anderen Mitgliedstaat (dem Aufnahmemitgliedstaat) zu erbringenden Dienstleistung von portugiesischen Arbeitnehmern begleiten lassen kann, die zum leitenden Personal oder zu dem Personal gehören, das zu dem Unternehmen in einem besonderen Vertrauensverhältnis steht oder über für die zu erbringende Dienstleistung wesentliche besondere Qualifikationen verfügt und nur unter großen Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt der alten Mitgliedstaaten angeworben werden könnte, sofern die Anwesenheit dieser Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat für die effiziente Ausübung der Tätigkeit des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens erforderlich ist. Was diese Arbeitnehmer betrifft, so darf der Aufnahmemitgliedstaat die Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne von Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 68/360 von keinerlei Bedingungen abhängig machen. Unterläßt es der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber, ein derartiges Dokument zu beantragen, so kann er lediglich mit Sanktionen belegt werden, die nicht schwerer sind als diejenigen, die wegen vergleichbarer leichter Rechtsver-

stöße gegen Inländer verhängt werden. Gemäß Artikel 9 der Richtlinie 68/360 muß das Dokument unentgeltlich oder gegen Entrichtung eines Betrages erteilt werden, der die Gebühr für die Ausstellung von Personalausweisen für Inländer nicht übersteigt.

Was die übrigen Gruppen von portugiesischen Arbeitnehmern betrifft, so behalten die anderen Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 1993 die Befugnis, die Einwanderung zum Zwecke der Ausübung einer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig zu machen und die Beachtung dahin gehender Vorschriften auch Erbringern von Dienstleistungen vorzuschreiben, die diese Arbeitnehmer beschäftigen. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften darf jedoch nicht mit einer Sanktion geahndet werden, die in einem solchen Mißverhältnis zur Schwere des Verstoßes steht, daß der freie Dienstleistungsverkehr gefährdet würde. Die Erteilung dieser Erlaubnis kann mit der Erhebung einer vom Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer zu entrichtenden Gebühr verknüpft werden, wenn eine solche Gebühr unterschiedslos von inländischen Arbeitgebern und von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten erhoben wird und ihre Höhe nicht außer Verhältnis zu ihrem Zweck steht.“