

(88) Jede – auch noch so geringe – den Waren wegen des Überschreitens der Grenze einseitig auferlegte finanzielle Belastung stellt unabhängig von ihrer Bezeichnung und der Art ihrer Erhebung, wenn sie kein Zoll im eigentlichen Sinne ist, eine Abgabe zollgleicher Wirkung dar (vgl. in diesem Sinne Urteile Stadtgemeinde Frohnleiten und Gemeindebetriebe Frohnleiten, C-221/06, EU:C:2007:657, Rn. 27, sowie Orgacom, C-254/13, EU:C:2014:2251, Rn. 23).

(89) Hierzu ist daran zu erinnern, dass das entscheidende Merkmal einer Abgabe mit gleicher Wirkung in dem Umstand liegt, dass sie speziell das ausländische Erzeugnis, nicht aber das gleichartige inländische trifft (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Frankreich, 90/79, EU:C:1981:27, Rn. 12 und 13, sowie Orgacom, C-254/13, EU:C:2014:2251, Rn. 28).

(90) Der Gerichtshof hat allerdings anerkannt, dass eine Abgabe, die bei Fehlen eines gleichen oder gleichartigen inländischen Erzeugnisses auf ein aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführtes Erzeugnis erhoben wird, keine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt, wenn sie zu einem allgemeinen inländischen Abgabensystem gehört, das Erzeugnisgruppen systematisch nach objektiven Kriterien unabhängig vom Ursprung der Erzeugnisse erfasst (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Frankreich, 90/79, EU:C:1981:27, Rn. 14, sowie CRT France International, C-109/98, EU:C:1999:199, Rn. 13).

(91) Es ist jedoch festzustellen, dass die durch das KernbrStG eingeführte Steuer nicht wegen der Tatsache erhoben wird, dass der Kernbrennstoff eine Grenze überquert, sondern, wie sich aus § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes ergibt, wegen seiner Verwendung für die gewerbliche Stromerzeugung, ohne dass nach der Herkunft dieses Brennstoffs unterschieden wird. Ebenso nimmt das KernbrStG keine solche Unterscheidung hinsichtlich des Steuersatzes oder des Steuerschuldners vor.

(92) Daraus folgt, dass die durch das KernbrStG eingeführte Steuer keine Abgabe zollgleicher Wirkung im Sinne von Art. 93 Abs. 1 EA darstellt.

(93)–(100) ... [betr. Art. 191 EA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Protokolls].

(101) Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob die durch das KernbrStG eingeführte Steuer die Wirkung hat, die Verwirklichung des mit der EAG verfolgten und in Art. 1 Abs. 2 EA vorgesehenen Ziels, die für die schnelle Bildung und Entwicklung von Kernindustrien erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, und die Erfüllung der in Art. 2 Buchst. d EA vorgesehenen Pflicht der EAG, für die regelmäßige und gerechte Versorgung aller Benutzer der Gemeinschaft mit Erzen und Kernbrennstoffen Sorge zu tragen, zu gefährden.

(102) Hierzu ist zum einen festzustellen, dass die kombinierte Anwendung von Art. 192 Abs. 2 EA und Art. 1 Abs. 2 EA weder zur Folge hat, den Mitgliedstaaten aufzugeben, den Umfang ihrer Nutzung von Kernbrennstoff beizubehalten oder zu steigern, noch, ihnen zu verbieten, diese Nutzung zu besteuern, was die Wirkung hätte, diese kostspieliger und damit weniger attraktiv zu machen.

(103) Zum anderen ist die Durchführung der in Art. 2 Buchst. d EA vorgesehenen Verpflichtung in Kapitel 6 des Titels II des EAG-Vertrags geregelt, das die Art. 52 bis 76 umfasst und durch das ein gemeinsames System zur Versorgung mit Erzen, Ausgangsstoffen und besonderen spaltbaren Stoffen eingeführt wird (ENU/Kommission, C-357/95 P, EU:C:1997:144, Rn. 2).

(104) Den dem Gerichtshof vorliegenden Angaben ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die durch das KernbrStG eingeführte Steuer, die, wie KLE bemerkt, gewiss bewirkt, dass die Verwendung von Kernbrennstoff für die gewerbliche Stromerzeugung kostspieliger ist, eine Verletzung der in diesen Bestimmungen genannten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten darstellt oder allgemein die Grundsätze dieser Regelung, insbesondere den in Art. 52 EA genannten Grundsatz des gleichen Zugangs zu den

Versorgungsquellen oder die in den Art. 67 EA und 69 EA genannten Grundsätze bezüglich der Preisbildung, verletzt. Wie die Kommission bemerkt hat, kann diese Steuer nämlich nicht die Versorgung der Betreiber von Kernkraftwerken mit Kernbrennstoff beeinträchtigen, da sie nicht auf den Erwerb von Kernbrennstoff erhoben wird, sondern auf dessen Verwendung.

(105) Daraus folgt, dass diese Steuer die Erfüllung der in Art. 2 Buchst. d EA vorgesehenen Pflicht der EAG, für die regelmäßige und gerechte Versorgung aller Benutzer der Gemeinschaft mit Erzen und Kernbrennstoffen Sorge zu tragen, nicht gefährden kann.

(106) Nach alledem ist auf die vierte Frage zu antworten ... (s. Tenor, unter 4.).

■ Dienstleistungsfreiheit: Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung i. R. eines Dienst-/Werkvertrags – Österreich darf Arbeitskräfteüberlassung nicht nur in empfindlichen Sektoren einschränken – „Martin Meat“

EuGH (4. Kammer), Urteil vom 18. 6. 2015 – Rs. C-586/13; Martin Meat kft gegen Géza Simonfay, Ulrich Salburg

Tenor

1. Kapitel 1 Nrn. 2 und 13 des Anhangs X der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge ist dahin auszulegen, dass die Republik Österreich nach Kapitel 1 Nr. 2 dieses Anhangs berechtigt ist, die Arbeitskräfteüberlassung in ihrem Hoheitsgebiet einzuschränken, auch wenn diese Überlassung keinen empfindlichen Sektor im Sinne von Kapitel 1 Nr. 13 dieses Anhangs betreffen sollte.

2. Für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen einzustufen ist, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u.a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.

ECLI:EU:C:2015:405

Beitrittsakte von 2003 Anhang X Kapitel 1 Nrn. 2 und 13; Richtlinie 96/71/EG Art. 1 Abs. 3 Buchst. a und c

Aus den Gründen

(1) Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Kapitel 1 Nrn. 2 und 13 des Anhangs X der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (ABl. 2003, L 236, S. 33, im Folgenden: Beitrittsakte von 2003) und von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L 18, S. 1) vor dem Hintergrund des Urteils *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64).

(2) Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der *Martin Meat kft* (im Folgenden: *Martin Meat*) auf der einen und Herrn *Simonfay* und Herrn *Salburg* auf der anderen Seite über die Entschädigung von *Martin Meat* für eine Geldbuße, die sie zu zahlen hat, weil sie ungarische Arbeitnehmer nach Österreich entsandt hatte, ohne eine Beschäftigungsbewilligung für diese erhalten zu haben.

Rechtlicher Rahmen*Unionsrecht**Beitrittsakte von 2003*

(3) Art. 24 der Beitrittsakte von 2003 bestimmt:

„Die in den Anhängen V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII und XIV zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen finden auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung.“

(4) Anhang X der Beitrittsakte von 2003 trägt die Überschrift „Liste nach Artikel 24 der Beitrittsakte: Ungarn“. Kapitel 1 („Freizügigkeit“) dieses Anhangs sieht in den Nrn. 1, 2, 5 und 13 vor:

„1. Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71... gelten [Art. 45 AEUV und Art. 56 Abs. 1 AEUV] zwischen Ungarn einerseits und Belgien, der Tschechischen Republik, Dänemark, Deutschland, Estland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, Polen, Portugal, Slowenien, der Slowakei, Finnland, Schweden und dem Vereinigten Königreich andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

2. Abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 [des Rates vom 15. 10. 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2)] und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang ungarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden ...

5. Ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2 genannten Zeitraums von fünf Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen beibehält, kann im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Maßnahmen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Artikel 1 bis 6 der Verordnung [Nr. 1612/68] ...

13. Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf ihren Arbeitsmärkten zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71... ergeben könnten, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit ungarischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von [Art. 56 Abs. 1 AEUV] abweichen, um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch in Ungarn niedergelassene Unternehmen die zeitweilige grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Deutschland oder Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt.

Folgende Dienstleistungssektoren können von der Abweichung betroffen sein: ...

– in Österreich: [Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen, Be- und Verarbeitung von Natursteinen, Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen, Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige, Schutzdienste, Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln, Hauskrankenpflege, Sozialwesen] ...“

(5) Anhang XII der Beitrittsakte von 2003 trägt die Überschrift „Liste nach Artikel 24 der Beitrittsakte: Polen“. Diese Liste umfasst in Bezug auf die Republik Polen Bestimmungen, die mit den die Republik Ungarn betreffenden Bestimmungen im Wesentlichen übereinstimmen.

Richtlinie 96/71

(6) In Art. 1 der Richtlinie 96/71 heißt es:

„1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden ...

3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, 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, oder ...

c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeit[s]unternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht ...“

Österreichisches Recht

(7) Nach § 3 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (BGBl. Nr. 196/1988, im Folgenden: AÜG) ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(8) § 4 AÜG lautet:

„1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.“

(9) § 18 Abs. 1 bis 11 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (BGBl. Nr. 218/1975) in seiner auf den Sachverhalt anwendbaren Fassung (im Folgenden: AuslBG) sieht die Fälle vor, in denen ein Ausländer einer Beschäftigungs- oder einer Entsendebewilligung bedarf.

(10) § 18 Abs. 12 AuslBG bestimmt:

„Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind und
2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs. 1 Z 1 bis 3 und Abs. 2 des Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.“

(11) § 32a Abs. 6 AuslBG ist eine Übergangsbestimmung, die die Mitgliedstaaten betrifft, die der Europäischen Union am 1. 5. 2004 beigetreten sind. Er bestimmt:

„Für die Beschäftigung von [Unionsbürgern] gemäß Abs. 1 oder von Drittstaatsangehörigen, die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Tschechischen Republik, in der Republik Estland, in der Republik Lettland, in der Republik Litauen, in der Republik Ungarn, in der Republik Polen, in der Republik Slowenien oder in der Slowakischen Republik zur vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen in einem Dienstleistungssektor, für den nach Nr. 13 des Übergangsarrangements zum Kapitel Freizügigkeit im Beitrittsvertrag (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte in den Anhängen V und VI, VIII bis X sowie XII bis XIV) Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gemäß [Art. 56 AEUV] zulässig sind, in das Bundesgebiet entsandt werden, ist § 18 Abs. 1 bis 11 anzuwenden.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

(12) Im Jahr 2007 schloss die Alpenrind GmbH (im Folgenden: Alpenrind), eine auf die Zerlegung von Fleisch und die Vermarktung von verarbeitetem Fleisch spezialisierte Gesellschaft österreichischen Rechts, mit der in Ungarn ansässigen Gesellschaft Martin Meat einen Vertrag. Nach diesem Vertrag sollte Martin Meat pro Woche 25 Rinderhälften verarbeiten und verkaufsfertig verpacken.

(13)–(15) Die Verarbeitungs- und die Verpackungstätigkeiten fanden in den in Salzburg (Österreich) gelegenen Räumlichkeiten des Schlachthofs von Alpenrind statt. Diese Räumlichkeiten und die für die genannten Tätigkeiten erforderlichen Maschinen wurden von Martin Meat gemietet, die Alpenrind einen pauschalen Mietzins zahlte. Alpenrind trug die Betriebskosten für die Räumlichkeiten. Das bei den genannten Tätigkeiten benutzte Material wie Messer, Sägen und Schutzkleidung gehörte Martin Meat. Diese Tätigkeiten wurden durch die ungarischen

Arbeitnehmer von Martin Meat ausgeführt. Der Vorarbeiter von Alpenrind erteilte dem Vorarbeiter von Martin Meat Weisungen hinsichtlich der zu verarbeitenden Rinderhälften und der Art und Weise der Verarbeitung. Anschließend organisierte der Vorarbeiter von Martin Meat die Arbeit dieser Arbeitnehmer, denen er Weisungen erteilte. Alpenrind kontrollierte die Qualität der geleisteten Arbeit. Die Vergütung für die von Martin Meat erbrachten Dienstleistungen berechnete sich nach der Menge des verarbeiteten Fleisches. Sie wurde herabgesetzt, wenn die Qualität des verarbeiteten Fleisches unzureichend war.

(16)–(17) Nachdem Martin Meat bei den österreichischen Behörden Entsendebescheinigungen beantragt hatte, teilten diese Martin Meat mit, dass sie die Vertragsbeziehungen von Martin Meat zu Alpenrind nicht als eine mit der Erbringung einer Dienstleistung einhergehende Entsendung von Arbeitskräften ansehe, die lediglich eine Entsendebescheinigung nach § 18 Abs. 12 AuslBG erfordere, sondern als eine Überlassung von Arbeitskräften im Sinne von § 4 AÜG, wofür nach den den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffenden Übergangsbestimmungen der Beitrittsakte von 2003, wie sie mit § 32a Abs. 6 AuslBG umgesetzt worden seien, Beschäftigungsbewilligungen erforderlich gewesen wären. Alpenrind wurde deshalb eine Geldbuße von mehr als 700 000 Euro auferlegt. Aufgrund des zwischen Alpenrind und Martin Meat geschlossenen Vertrags oblag Martin Meat die Zahlung dieser Geldbuße.

(18) Martin Meat beschloss, gegen ihre Rechtsberater, Herrn Simonfay und Herrn Salburg, eine Haftungsklage beim vorlegenden Gericht einzureichen. Diese hatten ihr vor dem Vertragsabschluss mitgeteilt, dass für die Durchführung dieses Vertrags, der den Einsatz von ungarischen Arbeitnehmern in dem österreichischen Schlachthof vorsah, keine Beschäftigungsbewilligungen erforderlich seien. Sie waren der Auffassung, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Tätigkeit nicht in die durch die Beitrittsakte von 2003 als empfindlich eingestufteten Dienstleistungssektoren falle und dass die in Aussicht genommene Vertragsbeziehung keine Arbeitnehmerüberlassung beinhalte.

(19) Unter diesen Umständen hat das Pesti központi kerületi bíróság (Zentrales Bezirksgericht von Pest) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Liegt nach dem Unionsrecht, insbesondere nach der im Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64) vorgenommenen Definition der Arbeitskräfteüberlassung, eine Überlassung von Arbeitskräften vor, wenn sich der Auftragnehmer verpflichtet, mit eigenen Arbeitnehmern in Räumlichkeiten, die er im Schlachthof des Auftraggebers von diesem gemietet hat, Rinderhälften zu verarbeiten und als verkaufsfertige Fleischpakete zu verpacken, dem Auftragnehmer eine Vergütung nach Kilogramm verarbeiteten Fleisches zusteht und er, falls das Fleisch mangelhaft verarbeitet wird, dulden muss, dass die für die Fleischverarbeitung vereinbarte Vergütung gemindert wird, sofern außerdem berücksichtigt wird, dass der Auftragnehmer im Aufnahmemitgliedstaat ausschließlich für denselben Auftraggeber Dienstleistungen erbringt und der Auftraggeber die Qualitätskontrolle der Fleischverarbeitung übernimmt?

2. Findet der fundamentale Grundsatz des Urteils *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64), wonach die Überlassung von Arbeitskräften für die Geltungsdauer der die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffenden Übergangsbestimmungen, die in der Beitrittsakte von 2003 vorgesehen sind, eingeschränkt werden kann, auch auf die Entsendung von Arbeitnehmern Anwendung, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung von einem Unternehmen mit Sitz in einem der Union am 1. 5. 2004 beigetretenen Mitgliedstaat nach Österreich entsandt werden, wenn diese Entsendung in einer nach der Beitrittsakte von 2003 nicht geschützten Branche stattfindet?

Zu den Vorlagefragen*Zur zweiten Frage*

(20) Mit seiner zweiten Frage, die an erster Stelle zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Kapitel 1 Nrn. 2 und 13 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 dahin auszulegen ist, dass die Republik Österreich nach Kapitel 1 Nr. 2 dieses Anhangs berechtigt ist, die Arbeitskräfteüberlassung in ihrem Hoheitsgebiet einzuschränken, auch wenn diese Überlassung keinen empfindlichen Sektor im Sinne von Kapitel 1 Nr. 13 dieses Anhangs betreffen sollte.

(21) Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 sieht insoweit eine Ausnahme von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vor, als die Anwendbarkeit der Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 1612/68 auf ungarische Staatsangehörige übergangsweise ausgesetzt wird. Nach dieser Bestimmung dürfen die Mitgliedstaaten in einem Zeitraum von zwei Jahren ab dem 1. 5. 2004 nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang ungarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Außerdem können die Mitgliedstaaten nach der genannten Bestimmung solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts der Republik Ungarn zur Union weiter anwenden.

(22) Kapitel 1 Nr. 13 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 wiederum sieht eine Ausnahme von der Dienstleistungsfreiheit vor, sofern die Erbringung der Dienstleistung mit einer vorübergehenden Entsendung von Arbeitskräften verbunden ist. Diese Vorschrift gilt nur für die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Österreich und ist das Ergebnis von Verhandlungen, die die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Österreich geführt haben, um eine Übergangsregelung für sämtliche von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71 erfassten Dienstleistungen vorzusehen (vgl. entsprechend Urteil *Vicoplus* u. a., C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 40). In Kapitel 1 Nr. 13 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 werden die empfindlichen Sektoren aufgeführt, bei denen diese beiden Mitgliedstaaten das Recht haben, die Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf Dienstleistungen, die mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften erbracht werden, zu beschränken. Die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 stellt eine solche Dienstleistung dar.

(23) Im Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 32) hat der Gerichtshof in Bezug auf Maßnahmen, die das Königreich der Niederlande hinsichtlich polnischer Arbeitnehmer getroffen hatte, entschieden, dass eine mitgliedstaatliche Regelung, die die Überlassung ausländischer Arbeitskräfte von einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht, als Maßnahme anzusehen ist, die den Zugang polnischer Staatsangehöriger zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats im Sinne von Kapitel 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003 regelt, wobei es sich, was die Republik Polen betrifft, um eine Vorschrift handelt, die mit der in der vorliegenden Rechtssache anwendbaren Bestimmung von Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X dieser Beitrittsakte im Wesentlichen übereinstimmt.

(24) Aus dieser Feststellung ergab sich, dass das Recht, die Überlassung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 zu beschränken, nicht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich, die insoweit eine spezielle Ausnahme ausgehandelt hatten, vorbehalten war, sondern sich auf alle anderen Staaten erstreckte, die zum Zeitpunkt des Beitritts der Republik Polen bereits Mitglieder der Union waren (vgl. in diesem Sinne Urteil *Vicoplus* u. a., C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 40).

(25) Da Kapitel 2 Nrn. 2 und 13 des Anhangs XII der Beitrittsakte von 2003 im Wesentlichen mit Kapitel 1 Nrn. 2 und 13 des Anhangs X dieser Beitrittsakte übereinstimmt, gelten die die Republik Polen betreffenden Ausführungen im Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64) entsprechend für die Republik Ungarn.

(26) Folglich sind die Staaten, die zum Zeitpunkt des Beitritts der Republik Ungarn bereits Mitglieder der Union waren, berechtigt, die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 nach Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 zu beschränken.

(27) Der Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Österreich eine spezielle Ausnahme ausgehandelt haben, die sich in Kapitel 1 Nr. 13 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 wiederfindet und die bestimmte empfindliche Sektoren betrifft, bei denen diese beiden Mitgliedstaaten das Recht haben, die Dienstleistungsfreiheit mit Entsendung von Arbeitskräften zu beschränken, vermag ihnen jedoch nicht das Recht zu nehmen, die Überlassung von Arbeitskräften gemäß Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 zu beschränken, das im Gegensatz zu Kapitel 1 Nr. 13 des Anhangs X nicht auf bestimmte empfindliche Sektoren beschränkt ist.

(28) Diese Schlussfolgerung steht im Einklang mit der Zielsetzung von Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003, mit dem verhindert werden soll, dass nach dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Union in den alten Mitgliedstaaten infolge einer sofortigen beträchtlichen Zuwanderung von Arbeitnehmern, die Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten sind, Störungen auf dem Arbeitsmarkt auftreten (vgl. entsprechendes Urteil *Vicoplus* u. a., C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 34).

(29) Zudem kann, wie die Generalanwältin in Nr. 34 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, nicht davon ausgegangen werden, dass die Ausnahme, die die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Österreich – die zu den ersten Mitgliedstaaten gehörten, die Übergangsmaßnahmen befürwortet hatten, um die Arbeitsmärkte vor dem zu erwartenden Zustrom von Arbeitnehmern aus den neuen Mitgliedstaaten nach deren Beitritt zur Union zu schützen – ausgehandelt haben, ihnen weniger Handlungsspielraum zur Regelung des Zustroms ungarischer Arbeitnehmer zu ihrem Hoheitsgebiet belässt als den Mitgliedstaaten, die keine derartige Ausnahme ausgehandelt haben.

(30) In Anbetracht dessen ist auf die zweite Frage zu antworten ... (s. Tenor, unter 1.).

Zur ersten Frage

(31) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es in einem Vorabentscheidungsverfahren Aufgabe des Gerichtshofs ist, dem nationalen Gericht die Tragweite der unionsrechtlichen Bestimmungen zu erläutern, um ihm eine ordnungsgemäße Anwendung dieser Bestimmungen auf den ihm vorliegenden Sachverhalt zu ermöglichen, nicht aber, diese Anwendung selbst vorzunehmen, zumal der Gerichtshof nicht immer über die hierfür erforderlichen Angaben verfügt (Urteil *Omni Metal Service*, C-259/05, EU:C:2007:363, Rn. 15).

(32) Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.

(33) Insoweit ergibt sich aus dem Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), 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 Dienst-

leistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

(34) Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.

(35) Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt.

(36) Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

(37) Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.

(38) Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält – was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint –, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

(39) Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist.

(40) Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass da-

mit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil *Vicoplus* u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C: 2011:64, Rn. 51) genannten 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.

(41) Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten ... (s. Tenor, unter 2.).

■ EWS-Kommentar

Von Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, und
Christian Andorfer, Rechtsanwalt, Mannheim*

I. Das Problem

Mit der Erweiterung der EU zum 1. 5. 2004 befürchteten die bisherigen Mitgliedstaaten, aber hauptsächlich Deutschland und Österreich, einen ungebremsten Zustrom osteuropäischer Arbeiter auf den inländischen Arbeitsmarkt und damit nicht zu kontrollierende wirtschaftliche Risiken. Aus diesem Grunde bewirkten sie im Rahmen der Beitrittsverträge (ABl. L 236 v. 23. 9. 2003) eine Abschottung der heimischen Arbeitsmärkte für osteuropäische Arbeitnehmer (z. B. Anhang X, Kapitel 1 für Ungarn, Anhang XII, Kapitel 2 für Polen). Beim Beitritt von Bulgarien und Rumänien zum 1. 1. 2007 wurde ähnlich verfahren (Anhang VI, Kapitel 1 für Bulgarien, Anhang VII, Kapitel 1 für Rumänien, ABl. L 157 v. 21. 6. 2005). Nicht von dieser Abschottung betroffen war der Dienstleistungssektor – mit Ausnahme einzelner Sektoren in Deutschland und Österreich –, soweit er nicht Arbeitnehmerüberlassung betraf. Osteuropäische Unternehmen konnten ohne Erfordernis von Arbeitserlaubnissen im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen Personal entsenden. Die Arbeitnehmerüberlassung nahm hingegen eine Sonderstellung ein. Einerseits ist sie eine Dienstleistung, andererseits wirkt sie wegen der besonderen Beziehungen unmittelbar auf die Verhältnisse am Arbeitsmarkt ein (EuGH Rs. C-307/09 bis C-309/09, *Vico Plus* u. a., EU:C: 2011:64). Aus letzterem Grunde benötigte man hierfür ebenfalls Arbeitserlaubnisse.

Für die Praxis ergab sich daher die Frage der Abgrenzung von Werk-/Dienstverträgen und Arbeitnehmerüberlassung, nicht zuletzt auch deshalb, weil eine Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig illegal war und damit zu weiteren Problemen straf- und bußgeldrechtlicher Art führte. Diese Thematik ist bis heute virulent, da zum einen noch zahlreiche Altfälle hiervon betroffen sind, zum anderen eine Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) nach wie vor illegal ist und schließlich die Abgrenzung Eingang in den Koalitionsvertrag gefunden hat und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf dieser Grundlage einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorlegen möchte.

In Österreich ging man nach § 4 Abs. 2 AÜG von einer eigenartigen Konstruktion aus, wonach selbst bei Vorliegen und Erfüllung von Werkverträgen eine Arbeitskräfteüberlassung gegeben sein sollte, wenn ein bestimmtes Erscheinungsbild vorlag. Diese Vorschrift ist, wie der Urteilsfall zeigt, von vornherein nicht nachvollziehbar.

Das in Ungarn ansässige Unternehmen *Martin Meat* hatte im Ausgangsfall zwei Rechtsanwälte beauftragt, zu überprüfen, ob nach österreichischem Recht für den Werkvertrag mit dem

* Prof. Dr. *Tuengerthal* ist an der internationalen Berufsakademie in Darmstadt als Dozent tätig und Inhaber der Kanzlei Prof. Dr. *Tuengerthal* & Kollegen in Mannheim. Rechtsanwalt *Andorfer* ist Mitarbeiter der Kanzlei und Co-Autor in Ignor/Mosbacher „Handbuch Arbeitsrecht“, Kapitel 7 Illegale Arbeitnehmerentsendung.

Schlachthof der österreichischen Alpenrind GmbH Arbeitserlaubnisse erforderlich waren. Die Anwälte hatten dies verneint. Die österreichischen Behörden kamen jedoch zur gegenteiligen Ansicht. Da Martin Meat aufgrund vertraglicher Vereinbarung die Zahlung der der Alpenrind GmbH auferlegten Geldbuße (mehr als 700 000 Euro) erbringen musste, nahm das Unternehmen seine Rechtsanwälte in Ungarn in Regress. Das zentrale Bezirksgericht von Pest wollte vom EuGH zum einen wissen, ob unter den gegebenen Voraussetzungen eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Zum anderen wollte es wissen, ob eine Arbeitskräfteüberlassung entsandter Arbeitnehmer nach Österreich eingeschränkt werden kann, wenn diese Entsendung nicht in einer von den Beitrittsakten geschützten Branche stattfindet.

II. Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH schloss sich inhaltlich den Schlussanträgen der Generalanwältin Sharpston an und setzte seine Rechtsprechung nach dem Urteil *Vicoplus u.a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64) fort.

Zunächst prüfte er, ob nach den Beitrittsakten für Österreich die Arbeitnehmerüberlassung durch das Erfordernis von Arbeitserlaubnissen auch außerhalb der benannten Sektoren eingeschränkt werden kann. Dabei stellte der EuGH zunächst auf Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 ab, der Ausnahmen von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer für den Zeitraum von 2 Jahren vorsah. Des Weiteren stellte er fest, dass Kapitel 1 Nr. 13 des Anhangs X der Beitrittsakte von 2003 für Deutschland und Österreich eine Ausnahme von der Dienstleistungsfreiheit vorsah, wonach für gewisse Sektoren diese eingeschränkt war und Arbeitserlaubnisse erforderlich wurden. Sodann spannte er den Bogen zum Urteil *Vicoplus u.a.* Dort hatte der EuGH in Bezug auf die Republik Polen, deren Beitrittsakte nahezu identisch mit der vorliegenden für Ungarn war, darauf abgestellt, dass eine derartige Beschäftigungserlaubnis den Zugang polnischer Staatsangehöriger zum Arbeitsmarkt regelt und dies mit Kapitel 1 Nr. 2 des Anhangs X der Beitrittsakte übereinstimmt, die (Alt-)Mitgliedstaaten mit hin zu entsprechenden Einschränkungen berechtigt waren. In Bezug auf Deutschland und Österreich hielt der EuGH fest, dass dadurch, dass gewisse Sektoren von der Dienstleistungsfreiheit ausgenommen werden sollten, nicht darauf geschlossen werden könne, dass Deutschland und Österreich im Hinblick auf die restlichen Wirtschaftsbereiche keinerlei Einschränkungen wollten. Im Gegenteil hatten Deutschland und Österreich gerade diese Sektoren aufgenommen, um sich vermehrt gegen den Zustrom ausländischer Arbeitnehmer zu schützen. Daher konnte ihnen nicht unterstellt werden, dass die Arbeitnehmerüberlassung in anderen Sektoren nicht einschränkbar sein sollte.

Im Folgenden ging der EuGH auf die Abgrenzung von Werkverträgen/Dienstleistungsverträgen und Arbeitnehmerüberlassung ein. Hier stellte er zunächst die drei Voraussetzungen einer Arbeitnehmerüberlassung dar, welche in der Sache *Vicoplus u.a.* festgehalten wurden: Es musste sich zum einen um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des Entsendeunternehmens verbleibt und kein Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen im Aufnahmemitgliedstaat geschlossen wird. Zum anderen musste das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung ist. Drittens schließlich charakterisiert die Arbeitnehmerüberlassung, dass der Arbeitnehmer im Rahmen einer derartigen Überlassung seine Arbeit unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens ausführt. Dies vorausgeschickt, stellt der EuGH folgende Kriterien für die Abgrenzung von Werk-/Dienstverträgen und Arbeitnehmerüberlassung im Ausgangsfall auf:

Zunächst ist nach Ansicht des EuGH zu prüfen, wer die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung tragen muss. Hat sie der Dienstleistungserbringer zu tragen, spricht dies für einen Werk-/Dienstvertrag. Hat er hingegen die Folgen nicht zu tragen, spricht dies eher für Arbeitnehmerüberlassung. Des Weiteren sah es der EuGH als Indiz für einen Werkvertrag an, wenn die Vergütung nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches abhängt, sondern auch von der Qualität, da auch dies darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung verpflichtet ist. Ein weiteres Indiz sieht der EuGH darin, dass der Dienstleistungserbringer die Zahl der entsandten Arbeitnehmer bestimmt.

Auf der anderen Seite liefere weder die Tatsache, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass die Räumlichkeiten und die Maschinen gemietet wurden, einen Hinweis für die Abgrenzung. Schließlich hielt der EuGH fest, dass – wie dies auch im deutschen Recht der Fall ist – zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages zu unterscheiden ist. Dem Kunden wird das Recht eingeräumt, die Dienstleistung dahingehend zu überprüfen, ob sie vertragsgemäß erbracht wurde. Hierzu kann er auch entsprechende allgemeine Anweisungen erteilen. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt dann nicht vor, wenn der Dienstleistungserbringer beispielsweise durch einen Vorarbeiter den Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, um die Anweisungen des Kunden umzusetzen.

III. Praxisfolgen

Der EuGH stellt hier erfreulicherweise praktische Kriterien für die Abgrenzung von Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung auf. Diese sind dem deutschen Recht bereits bekannt, allerdings kommt es im Rahmen von Ermittlungsverfahren in diesem Bereich immer wieder vor, dass bei den Ermittlungsbehörden Defizite bei der Qualifikation bestehen. Daher ist die Klarstellung des EuGH zu begrüßen, insbesondere auch die Trennung zwischen arbeitsrechtlichen Weisungen und werkvertraglichen Weisungen.

Für Unternehmen, die Dienstleistungen im Aufnahmestaat erbringen, ergibt sich daraus, dass diese ein Risiko- und Qualitätsmanagement durchführen sollten, um zu zeigen, dass sie für die nicht vertragsgemäßen Leistungen einstehen. Vielfach empfiehlt sich hier eine entsprechende Dokumentation. Die Praxis zeigt nämlich, dass zwar viele Unternehmen in Form von Nachbesserungen und dergleichen für Gewährleistungsfälle eintreten, dies aber nicht dokumentieren. Im Rahmen von Zollüberprüfungen kann dieser Umstand dann nicht belegt werden, weshalb den Unternehmen unterstellt wird, dass sie einen Scheinwerkvertrag abgeschlossen haben, weil sie nicht für ihre Fehler einstehen.

Aber auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und der deutsche Gesetzgeber sollten dieses Urteil genau in den Blick nehmen. Gegenstand des Urteils war eine österreichische Regelung, die eine Arbeitnehmerüberlassung annahm, wenn gewisse Tatbestände erfüllt waren, unabhängig davon, ob tatsächlich ein Werkvertrag vorlag. Betrachtet man die in der letzten Legislaturperiode vorgeschlagenen Vermutungstatbestände (Antrag der SPD vom 19. 2. 2013, BT-Drs. 17/12378, S. 6 und Antrag der Partei „Die Linke“ vom 19. 2. 2013, BT-Drs. 17/12373, S. 3) und die wohl in die gleiche Richtung gehenden Überlegungen im Koalitionsvertrag – wonach die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien festgehalten werden sollen – könnte es sein, dass das beabsichtigte Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen bereits den Keim der EU-Rechtswidrigkeit in sich trägt.