

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

JÁN MAZÁK

vom 30. September 2009¹

I — Einführung

barung)³ als „deutsche Unternehmen“ auslegt und

1. Mit der vorliegenden Klage beantragt die Kommission die Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG sowie gegen die Stillhalteklausele in Kapitel 2, Nr. 13 des Anhangs XII der Akte vom 16. April 2003, mit der die Republik Polen der Europäischen Union beiträt (im Folgenden: Stillhalteklausele)², verstoßen hat, indem

— die Bundesrepublik Deutschland nach der „Arbeitsmarktschutzklausele“ die regionalen Beschränkungen für den Zugang von ausländischen Arbeitnehmern nach dem 16. April 2003, d. h. nach dem Tag der Unterzeichnung der Beitrittsakte 2003, die den Beitritt Polens zur Europäischen Union zur Folge hatte, ausgedehnt hat.

— die Bundesrepublik Deutschland in ihrer administrativen Praxis den Begriff „Unternehmen der anderen Seite“ in Art. 1 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Polen vom 31. Januar 1990 über die Entsendung von Arbeitnehmern polnischer Unternehmen zur Ausführung von Werkverträgen (im Folgenden: Verein-

2. Der vorliegende Fall wirft im Wesentlichen zwei rechtliche Probleme auf. Erstens ist zu überlegen, unter welchen Bedingungen sich im Licht der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Mitgliedstaat im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen weigern darf, Vorteile, die auf seinem eigenen Hoheits-

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — 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. 875, im Folgenden: Beitrittsakte 2003).

3 — BGBl. 1990 II, S. 602, in der Fassung vom 8. Dezember 1990 (BGBl. 1992 II, S. 93). Da durch die Änderung vom 8. Dezember 1990 Abs. 2 von Art. 1 der Vereinbarung gestrichen wurde, werde ich im Folgenden von Art. 1, nicht von Art. 1 Abs. 1 der Vereinbarung sprechen. Nur die deutsche und die polnische Fassung sind verbindlich. ... (Der Rest der Fußnote betrifft nur die englische Originalfassung der Schlussanträge.)

gebiet niedergelassene Unternehmen aus einem bilateralen Abkommen ableiten, auf Unternehmen auszudehnen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind.

aufgrund von bilateralen Vereinbarungen zur Beschränkung der Verwendung von Werkvertragsarbeitnehmern, die bei in Polen niedergelassenen Unternehmen beschäftigt sind, aufrechtzuerhalten. In Anhang XII (unter der Überschrift „Liste nach Artikel 24 der Beitrittsakte: Polen“) der Beitrittsakte 2003, Kapitel 2 („Freizügigkeit“), Nr. 13, heißt es, soweit relevant:

3. Zweitens ist zu prüfen, ob die Stillhalteklauseel Deutschland nur daran hindert, auf diesem Gebiet neue (Gesetzes- oder Verwaltungs-)Maßnahmen zu erlassen, die restriktiver sind als die im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Beitrittsakte 2003 geltenden, oder ob sie ganz allgemein jegliche Ausweitung der Zugangsbeschränkungen zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt ausschließt, die nicht auf der Verabschiedung neuer Maßnahmen, sondern auf Veränderungen der relevanten faktischen Umstände beruht, auf die die bestehenden Maßnahmen angewendet werden.

„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/EG ergeben könnten, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit polnischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 49 Absatz 1 des EG-Vertrags abweichen, um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch in Polen niedergelassene Unternehmen die zeitweilige grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Deutschland oder Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Beitrittsakte 2003*

4. Gemäß den in der Beitrittsakte 2003 festgelegten Übergangsbestimmungen haben Deutschland und Österreich u. a. das Recht — abweichend von den Bestimmungen des Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr —, nationale Maßnahmen oder Maßnahmen

...“

5. Weiter unten sieht diese Nummer die folgende Stillhalteklausele vor:

„Die Anwendung dieser Nummer darf nicht zu Bedingungen für die zeitweilige Freizügigkeit von Arbeitnehmern im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen zwischen Deutschland bzw. Österreich und Polen führen, die restriktiver sind als die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beitrittsvertrags geltenden Bedingungen.“

7. Art. 2 der Vereinbarung legt eine Quote für polnische Werkvertragsarbeitnehmer fest. Art. 2 Abs. 5 sieht vor:

„Die Bundesanstalt für Arbeit der Bundesrepublik Deutschland achtet bei der Durchführung dieser Vereinbarung in Zusammenarbeit mit dem Ministerium für Arbeit und Sozialpolitik der Republik Polen darauf, dass es nicht zu einer regionalen oder sektoralen Konzentration der beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmer kommt.

...“

B — Nationales Recht

6. Art. 1 der Vereinbarung lautet wie folgt:

„Polnischen Arbeitnehmern, die auf der Grundlage eines Werkvertrags zwischen einem polnischen Arbeitgeber und einem Unternehmen der anderen Seite für eine vorübergehende Tätigkeit entsandt werden (Werkvertragsarbeitnehmer), wird die Arbeitserlaubnis unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts erteilt.“

8. Die von der Bundesagentur für Arbeit erlassenen Durchführungsanweisungen sind u. a. im Merkblatt 16a, „Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland“ (Anlage XI), festgelegt. Dieses Merkblatt enthält eine Arbeitsmarktschutzklausel, wonach Werkverträge mit ausländischen Arbeitnehmern grundsätzlich nicht zugelassen sind, soweit sie in einem Agenturbezirk durchgeführt werden sollen, in dem die Arbeitslosenquote im Durchschnitt der letzten sechs Monate mindestens um 30 % über der Arbeitslosenquote der Bundesrepublik Deutschland gelegen hat. Die Zusammenstellung der Agenturbezirke, die unter diese Regelung fallen, wird vierteljährlich aktualisiert (Anlage XII).

III — Vorgerichtliches Verfahren und Gerichtsverfahren

9. Mit Schreiben vom 3. April 1996 machte die Kommission die deutsche Bundesregierung darauf aufmerksam, dass ihre Auslegung der Vereinbarung dem Anschein nach gegen Art. 49 EG verstoße. In ihrem Schreiben vom 28. Juni 1996 bestritt die Bundesregierung den Standpunkt der Kommission.

10. Am 12. November 1997 gab die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab und räumte Deutschland eine Beantwortungsfrist von 12 Monaten ein. Nach einem Treffen zwischen Vertretern der Kommission und der Bundesrepublik am 5. Mai 1998 wies Deutschland in seinem Schreiben vom 19. Juli 1998 darauf hin, dass eine politische Lösung im Rahmen des Europaabkommens vom 16. Dezember 1991 zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften sowie ihren Mitgliedstaaten auf der einen Seite und der Republik Polen auf der anderen Seite angestrebt werde. Die Versuche, das Problem auf politischer Ebene zu lösen, scheiterten jedoch.

11. Polen trat der Europäischen Union am 1. Mai 2004 bei. Auf Anfrage der Kommission vom 15. Juni 2004 teilte die deutsche Bundesregierung mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 mit, sie halte bezüglich der Vereinbarung an ihrer bisherigen Auslegungspraxis fest; zudem habe sie zu Recht davon ausgehen können, dass nach so langer Zeit keine

Grundlage mehr für die Fortsetzung des Vertragsverletzungsverfahrens bestehe.

12. In einem ergänzenden Aufforderungsschreiben vom 10. April 2006 machte die Kommission die Bundesregierung darauf aufmerksam, dass abgesehen von dem offensichtlichen Verstoß gegen Art. 49 EG auch die deutsche Verwaltungspraxis bei der Durchführung der Vereinbarung mit der Stillhalteklauselel unvereinbar scheine. Nach Ansicht der Kommission verstoße die Ausweitung von regionalen Beschränkungen gemäß der auf Art. 2 Abs. 5 der Vereinbarung gestützten und in den Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit enthaltenen Arbeitsmarktschutzklausel gegen das Verschlechterungsverbot.

13. Mit Schreiben vom 8. Juni 2006 bestritt die Bundesregierung diesen Standpunkt mit dem Argument, dass die Anwendung der bilateralen Vereinbarung auf alle Mitgliedstaaten und deren Unternehmen nicht sachgerecht sei.

14. In ihrer ergänzenden mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 wiederholte die Kommission ihre Vorwürfe. Da die Bundesregierung in einer Mitteilung vom 19. Februar 2007 bei ihrem Standpunkt blieb, erhob die Kommission die vorliegende Klage, die bei der Kanzlei des Gerichtshofs am 5. Dezember 2007 einging.

IV — Prüfung

A — Zur Zulässigkeit

1. Hauptargumente der Parteien

15. Die deutsche Regierung trägt zunächst vor, dass die Klage, jedenfalls hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen Art. 49 EG, unzulässig sei.

16. Ihrer Ansicht nach habe die Kommission ihr Klagerecht verwirkt, indem sie den beanstandeten Verstoß gegen Art. 49 EG fast sieben Jahre nicht weiter verfolgt habe. In Anbetracht der Verschleppung des Verfahrens und der spezifischen Umstände des vorliegenden Falles habe die deutsche Regierung in der Tat berechtigterweise annehmen können, dass die Kommission diesen Vorwurf fallen gelassen habe. Dieses berechnete Vertrauen sei durch das Schreiben von Kommissar Monti aus dem Juli 1998 bestärkt worden, worin er angegeben habe, dass er eine Aufhebung der Vereinbarung nicht begrüßen und bis November 1998 abwarten würde, ob eine andere Lösung gefunden werde. Bis April 2003, als klar geworden sei, dass Deutschland die Vereinbarung nicht mehr habe kündigen können, ohne gegen die Stillhalteklausele zu verstoßen, seien jedoch keine weiteren Schritte unternommen worden. Dadurch habe die Kommission nach Auffassung der deutschen Regierung absichtlich ihr Vertrauen missbraucht.

17. Die Kommission weist diesen Standpunkt mit dem Argument zurück, ihre Vorgangsweise habe Deutschland nicht zu dem berechtigten Vertrauen veranlassen können, dass das Verfahren abgeschlossen sei. Unter Betonung des Ermessensspielraums, den die Kommission in Bezug darauf genieße, welchen Zeitpunkt sie für die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage wähle, macht sie geltend, dass die Verfahrensverzögerungen im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen gewesen seien.

2. Würdigung

18. Zu Beginn sei daran erinnert, dass es nach dem System des Art. 226 EG in dem von der Rechtsprechung anerkannten Ermessen der Kommission steht, erstens, ob sie eine Vertragsverletzungsklage erheben wird, und zweitens, wann sie diese Klage einreichen wird.⁴

19. Was insbesondere den letzteren Gesichtspunkt betrifft, ist die Kommission somit nicht verpflichtet, das Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraums einzuleiten, sofern nicht ein Fall vorliegt, in dem eine zu

⁴ — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 10. Mai 2001, Kommission/Niederlande (C-152/98, Slg. 2001, I-3463, Randnr. 20), und vom 16. Mai 1991, Kommission/Niederlande (C-96/89, Slg. 1991, I-2461, Randnr. 15).

lange Dauer des in Art. 226 EG vorgesehenen Vorverfahrens es dem betroffenen Staat erschweren könnte, die Argumente der Kommission zu widerlegen, und damit die Verteidigungsrechte verletzen würde. Dass dies der Fall ist, hat der betroffene Mitgliedstaat nachzuweisen.⁵

20. Meines Erachtens hat jedoch die deutsche Regierung keine Umstände angegeben, die belegen würden, dass die Dauer des Vorverfahrens im vorliegenden Fall ihre Verteidigungsrechte verletzt habe.

21. Hierzu ist erstens festzustellen, dass der von der deutschen Regierung eingewendete Umstand, dass während des Vorverfahrens die Stillhalteklausele in Kraft getreten sei — so dass Deutschland die Vereinbarung mit Polen nicht mehr habe kündigen können —, es als solcher der deutschen Regierung nicht erschweren konnte, die Vorwürfe und Argumente der Kommission zu widerlegen. Zweitens verfasste die Kommission 2006 ein ergänzendes Aufforderungsschreiben und eine ergänzende mit Gründen versehene Stellungnahme, worin die ursprünglichen Vorwürfe im Wesentlichen wiederholt wurden, womit der deutschen Regierung erneut

Gelegenheit gegeben wurde, ihren Standpunkt zu verteidigen.

22. Was als nächstes das Argument der deutschen Regierung betrifft, dass sie unter den Rahmenbedingungen des vorliegenden Falles berechtigterweise habe annehmen können, dass das Verfahren abgeschlossen sei, folgt aus dem der Kommission zustehenden Ermessen hinsichtlich der Einleitung von Verletzungsverfahren, dass eine Zeit der Untätigkeit der Kommission im Rahmen des Vorverfahrens für sich allein — sogar bei mehrjähriger Dauer — kein berechtigtes Vertrauen des betreffenden Mitgliedstaats begründet, dass die Kommission das Verfahren nicht fortsetzen wird. Dies trifft insbesondere in einem Fall wie hier zu, wo aus der Akte ersichtlich ist, dass während des von der deutschen Regierung angesprochenen Zeitraums zwischen 1997 und dem Beitritt Polens Anstrengungen unternommen wurden, eine politische Lösung im Zusammenhang mit dem Europaabkommen vom 16. Dezember 1991 zu finden und den beanstandeten Verstoß auf diese Weise abzustellen.

23. Zuletzt ist es in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Schreibens von Kommissar Monti im Juli 1998, auf das sich die deutsche Regierung ebenfalls beruft, gefestigte Rechtsprechung, dass ein Mitgliedstaat — sogar unter der Annahme, dass er sich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen kann, um eine Feststellung einer von ihm begangenen Vertragsverletzung nach Art. 226

⁵ — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Juli 2007, *Kommission/Deutschland* (C-490/04, Slg. 2007, I-6095, Randnr. 26), und vom 5. November 2002, *Kommission/Österreich* (C-475/98, Slg. 2002, I-9797, Randnr. 36).

EG zu verhindern⁶ — nicht auf Verletzung dieses Grundsatzes pochen kann, wenn ihm nicht durch die betreffende Gemeinschaftsverwaltung konkrete Zusicherungen gemacht wurden.⁷

B — Zur Begründetheit

1. Verstoß gegen Art. 49 EG

24. Es genügt, hierbei anzumerken, dass die deutsche Regierung nicht einmal behauptet hat, dass die Kommission eine konkrete Zusicherung im oben genannten Brief in der Form gemacht habe, dass die erhobenen Vorwürfe fallen gelassen würden oder das Verfahren eingestellt würde. Kommissar Monti gibt im Wesentlichen in diesem Schreiben vielmehr zu verstehen, dass er anstelle der Aufhebung der Vereinbarung eine konstruktive Lösung dieses durch die Art der Anwendung dieser Vereinbarung in Deutschland entstandenen Problems bevorzugen würde, während er gleichzeitig klar macht, dass es in dieser Situation nicht möglich sei, das Verfahren einzustellen.

25. Meines Erachtens folgt aus alledem, dass die von der deutschen Regierung eingewendete Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen ist.

6 — Vgl. in diesem Zusammenhang Urteil vom 18. Januar 2001, Kommission/Spanien (C-83/99, Slg. 2001, I-445, Randnr. 25), und Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juni 1985, Kommission/Niederlande (288/83, Slg. 1985, 1761, Randnr. 22).

7 — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 16. Dezember 2008, Masdar (C-47/07 P, Slg. 2008, I-9761, Randnr. 81), und vom 18. Juli 2007, EAR (C-213/06 P, Slg. 2007, I-6733, Randnr. 33).

a) Hauptargumente der Beteiligten

26. Im ersten Teil des Klagevorwurfs macht die Kommission im Wesentlichen geltend, dass es deutsche Verwaltungspraxis sei, Art. 1 der Vereinbarung dahin gehend auszulegen, dass nur deutsche Unternehmen Werkverträge im Sinne der Vereinbarung abschließen könnten. Folglich würden Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten — es sei denn, sie gründeten eine Tochtergesellschaft in Deutschland — daran gehindert, von der ihnen nach Art. 49 EG gewährten Dienstleistungsfreiheit durch Abschluss von in Deutschland auszuführenden Werkverträgen im Sinne der Vereinbarung mit polnischen Unternehmen und somit unter Inanspruchnahme der Quote polnischer Werkvertragsarbeitnehmer Gebrauch zu machen.

27. Nach Ansicht der Kommission besteht darin eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Sitzes eines Unternehmens, die nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit nach Art. 46 EG in Verbindung mit Art. 55 EG gerechtfertigt ist.

28. Hierzu weist die Kommission insbesondere das Argument zurück, dass die angefochtene Regelung, wonach das Vertrags- bzw. Kundenunternehmen seinen Sitz in Deutschland haben muss, notwendig sei, um die korrekte Umsetzung der Vereinbarung ordnungsgemäß zu kontrollieren, die wirksame Durchsetzung der Haftung des Unternehmens für die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Ahndung von Rechtsverstößen zu gewährleisten oder die unrichtige Anwendung oder Umgehung der in der Beitrittsakte verankerten Übergangsregelungen zu verhindern.

29. Schließlich erinnert die Kommission daran, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der fundamentale Grundsatz der Gleichbehandlung einen an einem zweiseitigen Abkommen beteiligten Mitgliedstaat dazu zwingt, den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten die gleichen Vorteile zu gewähren, die auch seinen eigenen Staatsangehörigen aufgrund dieses Abkommens zustehen, es sei denn, er kann eine objektive Rechtfertigung für seine Weigerung vorbringen.⁸ Eine solche objektive Rechtfertigung liegt jedoch hier nicht vor.

30. Die polnische Regierung, die durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 2. Juli 2008 als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden ist, stimmt im Wesentlichen mit diesen Argumenten überein. Sie weist insbesondere darauf hin, dass die Vereinbarung nicht dergestalt sei, dass die Ausweitung ihrer Vorteile auf Staatsangehörige anderer Mit-

gliedstaaten das Gleichgewicht und die Gegenseitigkeit dieser Vereinbarung im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs gefährden würde.⁹ Die Vereinbarung basiere in Wirklichkeit nicht auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit.

31. Die deutsche Regierung wendet sich gegen den von der Kommission und der polnischen Regierung vertretenen Standpunkt. Zuallererst betont sie, dass es zutreffend sei, Art. 1 der Vereinbarung im Licht seines Wortlauts dahin gehend auszulegen, dass er sich auf deutsche Unternehmen beziehe. Darüber hinaus sei in dieser Regelung keine nach Art. 49 EG verbotene Diskriminierung zu sehen, insbesondere da sich Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten und deutsche Unternehmen gegenüber der Vereinbarung nicht in einer vergleichbaren Lage befänden.

32. Die deutsche Regierung trägt vor, dass aufgrund des besonderen Charakters des hier vorliegenden zweiseitigen Abkommens und der Gegenseitigkeit, auf der es beruhe, die Vorteile aus diesem Abkommen nicht Staatsangehörigen oder Unternehmen aller anderen Mitgliedstaaten eingeräumt werden könnten.¹⁰ Darüber hinaus würden die in der Beitrittsakte 2003 enthaltenen Übergangsvorschriften ausgehöhlt. Auch wenn man die Art und Weise, wie die Vereinbarung in Deutschland angewendet werde, als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ansähe, wäre diese

8 — Hier wird insbesondere auf das Urteil vom 15. Januar 2002, *Gottardo* (C-55/00, Slg. 2002, I-413, Randnrn. 32 bis 34), verwiesen.

9 — Dabei bezieht sie sich u. a. auf das Urteil *Gottardo*, in Fn. 8 angeführt, sowie die Urteile vom 5. November 2002, *Kommission/Deutschland* (C-476/98, Slg. 2002, I-9855), und vom 5. Juli 2005, D. (C-376/03, Slg. 2005, I-5821).

10 — Hierbei wird insbesondere hingewiesen auf die Schlussanträge von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache *Grana-Nova* (C-23/92, Slg. 1993, I-4505, Nr. 12) und das Urteil D., in Fn. 9 angeführt, Randnrn. 61 ff.

Beschränkung in jedem Fall nach Art. 46 EG in Verbindung mit Art. 55 EG durch das Erfordernis gerechtfertigt, die Durchführung der Vereinbarung ordnungsgemäß zu kontrollieren und u. a. die wirksame Durchsetzung der Haftung des Vertrags- bzw. Kundenunternehmens für die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Ahndung von Rechtsverstößen zu gewährleisten.

überschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern — bei der Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland die nach dieser Vereinbarung zugelassene Quote an polnischen Arbeitnehmern zur Verfügung steht, wohingegen diese Möglichkeit Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, bei der Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland nicht offensteht, es sei denn, sie gründen ein Tochterunternehmen in diesem Mitgliedstaat.

b) Würdigung

33. Zunächst sollte daran erinnert werden, dass nach ständiger Rechtsprechung der freie Dienstleistungsverkehr insbesondere die Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber dem Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands voraussetzt, dass er in einem anderen als dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist.¹¹

34. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass in der von der Kommission beanstandeten deutschen Verwaltungspraxis nur deutsche Unternehmen — d. h. Unternehmen mit Sitz in Deutschland — Werkverträge mit polnischen Unternehmen im Sinne des Abkommens schließen können und ihnen damit — trotz der Übergangsregelungen gemäß der Beitrittsakte 2003 über die zeitweilige grenz-

35. Die beanstandete Verwaltungspraxis hinsichtlich des Abschlusses von Werkverträgen mit polnischen Unternehmen für die Dienstleistungserbringung in Deutschland trifft daher eindeutig eine Unterscheidung auf der Grundlage des Sitzes des dienstleistungserbringenden Unternehmens und kann damit — soweit der Sitz eines Unternehmens seine „Staatsangehörigkeit“ bestimmt¹² — eine nach Art. 49 EG verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen.

36. Daher ist zu prüfen, ob die deutsche Regierung Gründe vorgetragen hat, die dennoch eine überzeugende Rechtfertigung für

11 — Vgl. insbesondere Urteile vom 25. Juli 1991, Säger (C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12), Kommission/Niederlande (C-353/89, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 14), vom 4. Mai 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 13), und Kommission/Deutschland (C-490/04, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 83).

12 — Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteil vom 28. Januar 1986, Kommission/Frankreich (270/83, Slg. 1986, 273, Randnr. 18), und vom 12. April 1994, Halliburton Services/Staatssecretaris van Financiën (C-1/93, Slg. 1994, I-1137, Randnr. 15).

die Tatsache liefern können, dass Deutschland nur seinen eigenen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, Arbeiten auf seinem Hoheitsgebiet in Zusammenarbeit mit polnischen Unternehmen und deren Beschäftigten als Untervertragspartner gemäß der Vereinbarung durchzuführen.

37. Hierzu ist zuallererst anzumerken, dass der Umstand, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen durch die Gründung von Tochterunternehmen in Deutschland auch in den Genuss der Vereinbarung kommen können, die hier vorliegende Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann, da, wie der Gerichtshof zutreffend entschieden hat, das Erfordernis, eine ständige Zweigstelle oder ein Tochterunternehmen zu gründen, direkt dem Grundkonzept der Dienstleistungsfreiheit zuwiderläuft.¹³

38. Soweit die deutsche Regierung als Nächstes versucht, ihre Weigerung, den in Rede stehenden Vorteil auch Unternehmen einzuräumen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, dadurch zu rechtfertigen, dass dieser Vorteil auf den Bestimmungen eines internationalen zweiseitigen Abkommens beruht, ist anzumerken, dass die Mitgliedstaaten — wie aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und aus seiner Bestätigung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt — bei der Durchführung der Vereinbarungen, die sie aufgrund von internationalen Abkommen eingegangen sind, unabhängig davon, ob es sich um ein Abkommen zwischen Mitgliedstaaten oder ein Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat

und einem oder mehreren Drittstaaten handelt, vorbehaltlich des Art. 307 EG ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht beachten müssen.¹⁴

39. Dementsprechend hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass ein Mitgliedstaat sogar bei Umsetzung einer internationalen Übereinkunft an den Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in den Grundfreiheiten verankert ist, gebunden bleibt und daher im Prinzip verpflichtet ist, Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten oder allenfalls in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen oder ansässigen Unternehmen dieselben Vorteile einzuräumen, die seine eigenen Staatsangehörigen oder Unternehmen nach einer bestimmten Übereinkunft genießen.

40. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Matteucci* hinsichtlich eines Kulturabkommens zwischen zwei Mitgliedstaaten, wonach bestimmte Stipendien ausschließlich Staatsangehörigen dieser beiden Staaten vorbehalten waren, entschieden, dass die Behörden dieser beiden Mitgliedstaaten wegen des in den Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit festgelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung gegenüber nationalen Arbeitnehmern verpflichtet waren, den Vorteil dieser Stipendien auf in ihrem Hoheitsgebiet ansässige Arbeitnehmer der Gemeinschaft auszudehnen.¹⁵ Der Gerichtshof hat außerdem beginnend mit der Rechtssache *Saint-Gobain ZN* in ständiger Rechtsprechung

13 — Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteile des Gerichtshofs vom 9. März 2000, Kommission/Belgien (C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Randnr. 27), und vom 4. Dezember 1986, Kommission/Deutschland (205/84, Slg. 1986, 3755, Randnr. 52).

14 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Gottardo, in Fn. 8 angeführt, Randnr. 33; vgl. in diesem Zusammenhang auch meine jüngsten Schlussanträge vom 25. Juni 2009 in der Rechtssache Bogiatzi (C-301/08, beim Gerichtshof anhängig, Nr. 55).

15 — Urteil vom 27. September 1988, *Matteucci* (235/87, Slg. 1988, 5589, Randnr. 16).

festgestellt, dass der in Art. 43 EG verankerte Grundsatz der Inländerbehandlung einen Mitgliedstaat, der an einem mit einem Drittstaat geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen beteiligt ist, verpflichtet, die in diesem Abkommen vorgesehenen Vorteile den Betriebsstätten von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen unter den gleichen Voraussetzungen wie Unternehmen zu gewähren, die in dem am Abkommen beteiligten Mitgliedstaat ansässig sind.¹⁶ Ebenso hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Gottardo* hinsichtlich eines zweiseitigen internationalen Abkommens über soziale Sicherheit in Bezug auf die Berücksichtigung von Versicherungszeiten entschieden, dass der fundamentale Grundsatz der Gleichbehandlung diesen Mitgliedstaat dazu verpflichtet, Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten dieselben Vorteile zu gewähren, die auch seinen eigenen Staatsangehörigen nach diesem Abkommen zustehen, es sei denn, er kann eine objektive Rechtfertigung für seine Weigerung vorbringen.¹⁷

41. Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass Deutschland nach dem, wie oben dargelegt, auch in Art. 49 EG verankerten Grundsatz der Inländerbehandlung¹⁸ grundsätzlich verpflichtet ist, den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, die weder einen Sitz noch ein Tochterunternehmen in Deutschland haben — unter den gleichen Voraussetzungen wie Unternehmen mit Sitz in Deutschland —, die von diesem Abkommen vorgesehenen Vorteile zu gewähren, d. h. die Möglichkeit zu eröffnen, mit in Polen niedergelassenen Unternehmen in Deutschland auszuführende Werkverträge zu schließen und dabei polnische Arbeit-

nehmer nach Maßgabe der in dieser Vereinbarung festgelegten Quote zu verwenden.

42. Zugegebenermaßen hat der Gerichtshof, wie die deutsche Regierung vorgetragen hat, entschieden, dass das Gleichgewicht und die Gegenseitigkeit eines zweiseitigen internationalen Abkommens, das zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat geschlossen wurde, eine objektive Rechtfertigung für die Weigerung eines an diesem Abkommen beteiligten Mitgliedstaats darstellen kann, die Vorteile, die seine eigenen Staatsangehörigen daraus ableiten, auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu gewähren.¹⁹

43. Es ist jedoch anzumerken, dass diese Rechtfertigung im Hinblick auf internationale Übereinkünfte formuliert wurde, die mit einem oder mehreren Drittstaaten geschlossen wurden, und somit im Einklang mit der in Art. 307 EG verankerten Ausnahme bezweckte, zu verhindern, dass die Rechte eines Drittstaats aus einer solchen Übereinkunft beeinträchtigt oder diesem Drittstaat neue Verpflichtungen auferlegt werden.²⁰

44. Im Gegensatz dazu ist die Vereinbarung ein Abkommen zwischen nur zwei Mitgliedstaaten, die somit beide nach Art. 10 EG gehalten sind, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag zu treffen und einander dabei zu unterstützen.²¹

16 — Vgl. Urteil vom 21. September 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, Slg. 1999, I-6161, Randnrn. 57 bis 59), sowie Urteile *Kommission/Deutschland*, in Fn. 9 angeführt, Randnr. 149, und *Gottardo*, in Fn. 8 angeführt, Randnr. 32.

17 — Urteil *Gottardo*, in Fn. 8 angeführt, Randnr. 34.

18 — Siehe oben, Nr. 33.

19 — Vgl. in diesem Sinne Urteile *Gottardo*, in Fn. 8 angeführt, Randnr. 36, und *Saint-Gobain ZN*, in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 59 und 60.

20 — Vgl. in diesem Sinne Urteile *Gottardo*, in Fn. 8 angeführt, Randnrn. 36 und 37, *Saint-Gobain ZN*, in Fn. 16 angeführt, Randnr. 59; vgl. auch zum Zweck von Art. 307 EG Urteil vom 14. Januar 1997, *Centro-Com* (C-124/95, Slg. 1997, I-81, Randnrn. 55 und 56).

21 — Vgl. hierzu Urteil *Matteucci*, in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 19 bis 22. Es macht dabei keinen Unterschied, dass die Vereinbarung geschlossen worden war, bevor Polen Mitgliedstaat wurde.

45. Wie die polnische Regierung richtig bemerkt hat, sollte in diesem Zusammenhang darüber hinaus im Auge behalten werden, dass die Ausweitung der nach der Vereinbarung vorgesehenen Möglichkeit, Werkverträge mit polnischen Unternehmen abzuschließen, auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen für sich genommen nicht die für polnische Werkvertragsarbeitnehmer nach Art. 2 Abs. 5 der Vereinbarung festgelegte Quote beeinflusst. Abgesehen davon kann sogar dann, wenn Deutschland die Vereinbarung unter der Voraussetzung geschlossen hat, dass nur deutsche Unternehmen davon profitieren würden, dieser Umstand nicht ausreichen, um unter den vorliegenden Gegebenheiten die Anwendung eines im EG-Vertrag verankerten fundamentalen Grundsatzes zu übergehen.

46. Folglich sind meines Erachtens die von der deutschen Regierung vorgebrachten, auf dem Charakter und der Gegenseitigkeit der vorliegenden zweiseitigen Vereinbarung beruhenden Argumente zurückzuweisen.

47. Soweit die deutsche Regierung als Nächstes die Verpflichtung, den von der Vereinbarung vorgesehenen Vorteil auch den in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen zu gewähren, mit der Begründung bestreitet, dass solche Unternehmen nicht in einer vergleichbaren Lage mit den unter die Vereinbarung fallenden deutschen Unternehmen seien, hat der Gerichtshof in einer Reihe von Urteilen betreffend Vergünstigungen aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen in der Tat entschieden, dass es nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, wenn die betreffende Vergünstigung Personen vorenthalten wird, die in einem dritten Mitgliedstaat ansässig sind, da diese

sich nicht in einer vergleichbaren Lage wie die von diesem Abkommen erfassten Personen befinden.²²

48. Diese Rechtsprechung muss jedoch im Licht der ihr zugrunde liegenden spezifischen Umstände gesehen werden und kann meines Erachtens nicht einfach auf den Kontext des vorliegenden Falls übertragen werden. Insbesondere ist hierbei darauf hinzuweisen, dass diese Urteile Doppelbesteuerungsabkommen betrafen und aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs klar hervorgeht, dass auf dem Gebiet des Steuerrechts der Wohnort oder der Ort der Niederlassung als Anknüpfungspunkt zum Zweck der Aufteilung der Steuerhoheit dienen kann.²³ In Bezug auf Vergünstigungen aufgrund von Besteuerungsabkommen folgt daraus, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat Ansässiger oder ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen in einer Lage sein kann, die sich objektiv von jener unterscheidet, in der sich die Personen oder Unternehmen befinden, die in einem an einer solchen Übereinkunft beteiligten Mitgliedstaat ansässig oder niedergelassen sind, so dass dementsprechend keine Gleichbehandlung hinsichtlich der nach diesem Abkommen gewährten Vergünstigungen erforderlich ist.²⁴

49. Im vorliegenden Fall scheint es hingegen keinen guten Grund zur Annahme zu geben,

22 — Vgl. in diesem Sinne Urteil D., in Fn. 9 angeführt, Randnrn. 59 bis 63, sowie Urteile vom 12. Dezember 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, Slg. 2006, I-11673, Randnrn. 88 bis 93), und vom 20. Mai 2008, *Orange European Smallcap Fund NV* (C-194/06, Slg. 2008, I-3747, Randnr. 51).

23 — Vgl. in diesem Sinne Urteile D., in Fn. 9 angeführt, Randnr. 52, Urteil *Saint-Gobain ZN*, in Fn. 16 angeführt, Randnr. 56.

24 — Vgl. hierzu auch Urteil vom 12. Mai 1998, *Gilly* (C-336/96, Slg. 1998, I-2793, Randnr. 30), und Urteil *Kommission/Frankreich*, in Fn. 12 angeführt, Randnr. 19.

dass die Lage eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens ohne Tochterunternehmen in Deutschland hinsichtlich der Möglichkeit, Verträge mit polnischen Unternehmen im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland abzuschließen, nicht vergleichbar wäre mit jener eines Unternehmens mit Sitz in Deutschland. Meiner Ansicht nach kann daher nicht behauptet werden, dass aufgrund der mangelnden Vergleichbarkeit der betroffenen Unternehmen die hier vorliegende unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Vereinbarung keine Diskriminierung darstellen könne.

50. Soweit schließlich die deutsche Regierung die vorliegende Praxis auf der Grundlage von Art. 46 EG in Verbindung mit Art. 55 EG zu rechtfertigen sucht, ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbar sind, wenn sie unter eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung fallen, wie z. B. Art. 46 EG, auf den Art. 55 EG verweist. Hierbei können nach Art. 46 EG, der eng auszulegen ist, diskriminierende Vorschriften nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein.²⁵ Überdies muss ein Mitgliedstaat neben den Rechtfertigungsgründen, die er für eine Ausnahme vom Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit geltend machen kann, eine Untersuchung zur Zweck-

mäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Maßnahme vorlegen sowie genaue Tatsachen zur Stützung seines Vorbringens anführen.²⁶

51. Im vorliegenden Fall hat die deutsche Regierung im Wesentlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Vereinbarung, nämlich bei der wirksamen Anwendung und Durchsetzung des nationalen Rechts und insbesondere der Haftung der Unternehmen für die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und der Ahndung von Rechtsverstößen geltend gemacht.

52. Diese Belange sind jedoch von keinem der in Art. 46 EG ausdrücklich angeführten Gründe gedeckt. Soweit man sie als vom Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 46 EG erfasst ansehen könnte, hat der Gerichtshof dieses Konzept eng ausgelegt und insbesondere gefordert, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.²⁷ Die von der deutschen Regierung vorgebrachten Umstände erfüllen diese Erfordernisse nicht und können nicht als ausreichend betrachtet werden, um eine Ausnahme vom fundamentalen Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Wie darüber hinaus die Kommission und die

25 — Vgl. u. a. Urteil Kommission/Deutschland, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 86, und Urteil vom 21. Mai 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Slg. 2002, I-3193, Randnr. 31).

26 — Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteil vom 19. Juni 2008, Kommission/Luxemburg (C-319/06, Slg. 2008, I-4323, Randnr. 51).

27 — Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteile vom 19. Januar 1999, Calfa (C-348/96, Slg. 1999, I-11, Randnr. 21), und Kommission/Luxemburg, in Fn. 26 angeführt, Randnr. 50.

polnische Regierung betont haben, können weder wirtschaftliche Überlegungen noch praktische Verwaltungsschwierigkeiten Gründe der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 46 EG darstellen.²⁸

Zugangs von polnischen Arbeitnehmern zum deutschen Arbeitsmarkt, die sie in eine schlechtere Lage versetze als diejenige, in der sie sich am 16. April 2003 befunden hätten — unabhängig davon, ob sich die Rechtslage oder die Verwaltungspraxis verändert habe —, verboten sei.

53. Aus alledem folgt, dass die angefochtene Verwaltungspraxis, nach der Art. 1 der Vereinbarung dahin gehend ausgelegt wird, dass nur deutsche Unternehmen Werkverträge im Sinne der Vereinbarung schließen können, einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus Art. 49 EG darstellt. Daher erscheint der erste Teil des Klagevorwurfs der Kommission begründet.

2. Verstoß gegen die Stillhalteklausele

a) Hauptargumente der Beteiligten

54. Im zweiten Teil ihres Klagevorwurfs behauptet die Kommission, dass die Arbeitsmarktschutzklausele, wie sie in der deutschen Verwaltungspraxis angewendet werde, gegen die Stillhalteklausele verstoße. Aus dem Wortlaut der Stillhalteklausele gehe eindeutig hervor, dass es sich um eine absolute Verpflichtung handle und jegliche Beschränkung des

55. Die Kommission weist darauf hin, dass gemäß der Arbeitsmarktschutzklausele, von der in der Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit kontinuierlich Gebrauch gemacht werde, Werkverträge grundsätzlich nicht zugelassen seien, wenn sie in einem Arbeitsagenturbezirk durchgeführt werden sollten, in dem die Arbeitslosenquote im Durchschnitt der letzten sechs Monate mindestens 30 % über dem Bundesdurchschnitt gelegen habe. Die Liste der unter diese Regelung fallenden Agenturbezirke werde vierteljährlich aktualisiert. Folglich sei gegen die Stillhalteklausele verstoßen worden, soweit neue Agenturbezirke zu den ab dem 16. April 2003 „gesperrten“ Bezirken hinzugekommen seien und der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt *de facto* zusätzlich eingeschränkt worden sei.

56. Die polnische Regierung stimmt im Wesentlichen mit der Kommission überein und macht geltend, dass Art. 2 Abs. 5 der Vereinbarung keine tragfähige rechtliche Grundlage für die Arbeitsmarktschutzklausele biete.

28 — Vgl. in diesem Sinne Urteile *Distribuidores Cinematográficos*, in Fn. 11 angeführt, Randnr. 21, vom 25. Juli 1991, *Mediavet* (C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 11), und vom 7. März 1991, *Masgio* (C-10/90, Slg. 1991, I-1119, Randnr. 24).

57. Die deutsche Regierung betont im Gegensatz dazu, dass sich weder die Rechtslage in Deutschland noch die Verwaltungspraxis, mit der Art. 2 Abs. 5 der Vereinbarung umgesetzt werde, seit dem 4. Januar 1993 hinsichtlich des Zugangs zum Arbeitsmarkt im Rahmen dieser Vereinbarung geändert habe. Unter diesen Umständen könne nicht behauptet werden, dass die Stillhalteklausele verletzt worden sei, da ein solcher Verstoß die Verabschiedung von Gesetzes- oder Verwaltungsmaßnahmen durch den betreffenden Mitgliedstaat voraussetze. Im vorliegenden Fall hätten sich jedoch nur die faktischen Umstände geändert, nämlich die Situation auf dem deutschen Arbeitsmarkt.

b) Würdigung

58. Es sollte von vornherein im Auge behalten werden, dass es hier nicht Aufgabe des Gerichtshofs ist, festzustellen, ob die in den Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit enthaltene Arbeitsmarktschutzklausel und ihre Anwendung in der deutschen Verwaltungspraxis eine korrekte Umsetzung von Art. 2 Abs. 5 der Vereinbarung darstellt, der die Quote für polnische Werkvertragsarbeiter festlegt²⁹, sondern ob diese Verwaltungspraxis gegen die Stillhalteklausele verstößt.

59. In dieser Hinsicht ist anzumerken, dass die Arbeitsmarktschutzklausel unstrittig be-

reits vor dem Datum der Unterzeichnung der Beitrittsakte 2003 in Kraft war und von den deutschen Behörden angewendet wurde sowie seit diesem Zeitpunkt unverändert geblieben ist.

60. Der Vorwurf der Kommission bezieht sich jedoch genauer gesagt auf die Tatsache, dass der Liste von Bezirken, für die Werkverträge nach der Vereinbarung nicht zugelassen sind, seit 16. April 2003 neue Agenturbezirke hinzugefügt worden sind, wodurch der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt *de facto* zusätzlich eingeschränkt wurde.

61. Ich teile den Standpunkt der Kommission nicht, dass darin ein Verstoß gegen die Stillhalteklausele liegt.

62. Wie die deutsche Regierung betont hat, werden die von der Arbeitsmarktschutzklausel erfassten Bezirke gemäß den von den deutschen Behörden angewendeten Durchführungsanweisungen in einer vierteljährlich aktualisierten Liste veröffentlicht. Diese Liste und ihre Aktualisierungen sind daher bloß die Folge der Anwendung der in den Durchführungsanweisungen verankerten Regelung, wonach Werkverträge nicht zugelassen sind, wenn sie in einem Arbeitsagenturbezirk durchgeführt werden sollten, in dem die Arbeitslosenquote im Durchschnitt der letzten sechs Monate mindestens 30 % über dem Bundesdurchschnitt gelegen hat — dementsprechend hat sie in diesem Sinn bloß deklaratorischen Charakter. Mit anderen Worten, die beanstandete Hinzufügung von

29 — Vgl. hierzu Urteile *Centro-Com*, in Fn. 20 angeführt, Randnr. 58, vom 28. März 1995, *Evans Medical and Macfarlan Smith* (C-324/93, Slg. 1995, I-563, Randnr. 29), vom 14. Dezember 2000, *Algemene Maatschappij voor Investering (AMID)* (C-141/99, Slg. 2000, I-11619, Randnr. 18).

„gesperren“ Bezirken ab dem 16. April 2003 stellt nur eine Folge der Anwendung derselben Bedingungen oder Beschränkungen auf sich verändernde faktische Umstände — nämlich den Anstieg der Arbeitslosenrate in einigen Bezirken — dar, wie sie in der Verwaltungspraxis bereits vor diesem Datum angewendet worden waren.

V — Kosten

63. Obwohl diese Hinzufügung von Bezirken zugegebenermaßen dazu führen kann, dass *de facto* weniger polnische Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland entsendet werden können³⁰, kann man sie nicht als restriktivere „Bedingungen“ für die zeitweilige Freizügigkeit von Arbeitnehmern ansehen, die durch die Stillhalteklauselel verhindert werden sollen. Es liegt allgemein in der Natur rechtlicher Bedingungen, dass sie auch einen Nachteil für diejenigen mit sich bringen können, für die sie geschaffen wurden, wenn sich die einschlägige Sachlage ändert, ohne dass sich jedoch die Bedingungen selbst geändert haben oder restriktiver geworden sind.

64. Nach alledem ist der zweite Teil des Klagevorwurfs, mit dem die Kommission geltend macht, dass Deutschland die Stillhalteklauselel verletzt habe, als unbegründet zurückzuweisen.

65. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Der Gerichtshof kann nach Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist.

66. Im vorliegenden Fall sollte die Kommission insoweit, als sie mit einem der beiden Klagevorwürfe obsiegt hat, zur Tragung der einen Hälfte der Kosten und die Bundesrepublik Deutschland zur Tragung der anderen Hälfte verurteilt werden.

67. Die Republik Polen trägt gemäß Art. 69 § 4 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten.

30 — Aber auch umgekehrt.

VI — Ergebnis

68. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor,

1. festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, indem sie in ihrer Verwaltungspraxis den Begriff „Unternehmen der anderen Seite“ in Art. 1 der Regierungsvereinbarung zwischen Deutschland und Polen vom 31. Januar 1990 über die Entsendung von Arbeitnehmern von polnischen Unternehmen zur Ausführung von Werkverträgen als „deutsche Unternehmen“ auslegt;
2. die Klage im Übrigen abzuweisen;
3. der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der Bundesrepublik Deutschland jeweils die Hälfte der Kosten aufzuerlegen;
4. der Republik Polen ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.