



## Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN  
ELEANOR SHARPSTON  
vom 15. Januar 2015<sup>1</sup>

**Rechtssache C-586/13**

**Martin Meat  
gegen  
Géza Simonfay  
und  
Ulrich Salburg**

(Vorabentscheidungsersuchen des Pesti Központi Kerületi Bíróság [Ungarn])

„Freier Dienstleistungsverkehr — Entsendung von Arbeitnehmern — Beitrittsakte von 2003 — Übergangsmaßnahmen — Zugang ungarischer Staatsangehöriger zum Arbeitsmarkt der Staaten, die zum Zeitpunkt des Beitritts der Republik Ungarn bereits Mitgliedstaaten der Union waren — Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung für die Überlassung von Arbeitskräften — Richtlinie 96/71/EG — Art. 1 Abs. 3 — Übergangsmaßnahmen bezüglich der Freizügigkeit in Österreich“

1. In einem Verfahren beim Pesti Központi Kerületi Bíróság (Zentrales Bezirksgericht von Pest) (Ungarn) (im Folgenden: vorlegendes Gericht) klagt die Martin Meat Kft (im Folgenden: Martin Meat), ein auf Fleischverarbeitung spezialisiertes ungarisches Unternehmen, auf Feststellung der zivilrechtlichen Haftung ihrer Rechtsanwälte mit der Begründung, diese hätten Martin Meat nicht darauf hingewiesen, dass der Vertrag des Unternehmens mit der Alpenrind GmbH (im Folgenden: Alpenrind), einem Schlachthof in Österreich, eine Überlassung ungarischer Arbeitnehmer darstelle, die infolgedessen ohne eine Beschäftigungsbewilligung nicht in Österreich beschäftigt werden dürften. Das vorlegende Gericht ersucht den Gerichtshof um Hinweise zur Auslegung von Anhang X Kapitel 1 der Beitrittsakte von 2003<sup>2</sup>, in dem Übergangsmaßnahmen bezüglich der Freizügigkeit im Rahmen des Beitritts Ungarns zur Europäischen Union geregelt sind.

2. Das vorlegende Gericht möchte erstens wissen, ob eine „Überlassung“ der Arbeitnehmer von Martin Meat in Österreich vorliegt (was entsprechend dem Urteil *Vicoplus u. a.*<sup>3</sup> bedeuten würde, dass Österreich nach Anhang X Kapitel 1 Nr. 2<sup>4</sup> dafür eine Beschäftigungsbewilligung zur Voraussetzung machen durfte), oder ob es sich vielmehr um eine „Entsendung“ nach Österreich handelt. Der Gerichtshof soll also die Kriterien für die Abgrenzung zwischen „Überlassung“ und „Entsendung“ von Arbeitnehmern präzisieren.

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 (Beitrittsakte von 2003) (ABl. 2003, L 236, S. 33). Im Folgenden werden die Staaten, die zum Zeitpunkt dieses Beitritts bereits Mitgliedstaaten der Union waren, als „alte Mitgliedstaaten“ und die Staaten, die der Union am 1. Mai 2004 beigetreten sind, als „neue Mitgliedstaaten“ bezeichnet.

3 — Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64).

4 — Siehe unten, Nr. 29.

3. Zweitens fragt das nationale Gericht, ob die in Anhang X Kapitel 1 Nr. 13 vorgesehene Sonderregelung in Form von übergangsweise geltenden Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften nach Österreich und Deutschland in bestimmten empfindlichen Sektoren Konsequenzen für den Anwendungsbereich von Anhang X Kapitel 1 Nr. 2 hat. Das vorlegende Gericht wirft die Frage auf, ob bereits die bloße Existenz dieser Sonderregelung dazu führt, dass Österreich in anderen Sektoren (etwa in der Fleischverarbeitungsbranche) nicht nach Nr. 2 berechtigt ist, die Überlassung ungarischer Arbeitskräfte in seinem Hoheitsgebiet während des fünfjährigen Übergangszeitraums nach dem Beitritt einzuschränken.

## Unionsrecht

### *Beitrittsakte von 2003*

4. In Anhang X der Beitrittsakte von 2003 sind die Übergangsmaßnahmen aufgeführt, die im Rahmen des Beitritts Ungarns zur Europäischen Union Anwendung finden. In diesem Anhang bestimmt Nr. 1 des Kapitels 1 („Freizügigkeit“) im Wesentlichen, dass hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 96/71/EG<sup>5</sup> die Bestimmungen der jetzigen Art. 45 AEUV und 56 Abs. 1 AEUV zwischen Ungarn und den anderen Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Zyperns) in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nrn. 2 bis 14 gelten.

5. Die Nrn. 2 und 5 über die Freizügigkeit von Arbeitnehmern bestimmen insbesondere Folgendes<sup>6</sup>:

„2. Abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68<sup>7</sup> ] und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die [alten] Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang ungarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die [alten] 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 (EWG) Nr. 1612/68.“

5 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl.1997, L 18, S. 1).

6 — Die Nrn. 3, 4, 6 bis 12 und 14 sind im vorliegenden Verfahren nicht einschlägig.

7 — Verordnung des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2). Diese Verordnung wurde aufgehoben durch die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141, S. 1), die jedoch auf das Ausgangsverfahren zeitlich nicht anwendbar ist.

6. Nr. 13 betrifft die Dienstleistungsfreiheit mit zeitweiliger Entsendung ungarischer Arbeitnehmer nach Österreich und Deutschland in den in der genannten Nummer aufgeführten empfindlichen Sektoren<sup>8</sup>. Es heißt dort:

„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 ungarischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel [56 Absatz 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.

...“

7. Die Liste der Dienstleistungssektoren, die in Österreich von der Abweichung betroffen sein können, umfasst gärtnerische Dienstleistungen, Be- und Verarbeitung von Natursteinen, Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen, Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige, Schutzdienste, Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln, Hauskrankenpflege sowie Sozialwesen.

#### *Richtlinie 96/71*

8. Im dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 wird darauf hingewiesen, dass die Verwirklichung des Binnenmarkts einen dynamischen Rahmen für die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen bietet. Das veranlasst eine wachsende Zahl von Unternehmen, Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu entsenden, der nicht der Staat ist, in dem sie normalerweise beschäftigt werden.

9. Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie 96/71 für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsenden. Nach Art. 1 Abs. 3 findet die Richtlinie Anwendung, soweit solche 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

...

<sup>8</sup> — Diese Regelung unterscheidet sich von den in Anhang X Kapitel 2 vorgesehenen spezifischen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger (ABl. L 84, S. 22) und die Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. L 126, S. 1). Dieses Kapitel ist im vorliegenden Verfahren ebenfalls nicht einschlägig.

- 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 Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.“

10. In Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 ist der Begriff „entsandter Arbeitnehmer“ definiert als „jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet“.

### **Österreichisches Recht**

11. Nach § 3 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. In § 4 Abs. 2 AÜG sind entsprechende Beurteilungskriterien aufgeführt.

12. Gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, das auf Arbeitnehmer aus neuen Mitgliedstaaten Anwendung fand, für die Übergangsmaßnahmen im Bereich der Freizügigkeit galten, benötigten solche Arbeitnehmer im Fall einer Entsendung aus einem anderen EU-Mitgliedstaat im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags lediglich eine Entsendebescheinigung. Handelte es sich hingegen um eine Überlassung im Sinne des AÜG, war für die Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich.

### **Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

13. Im Jahr 2007 schloss Martin Meat einen Vertrag mit Alpenrind (im Folgenden: Vertrag von 2007). Im Rahmen dieses Vertrags sollte Martin Meat in Räumlichkeiten, die sie im Salzburger Schlachthof von Alpenrind anmietete, pro Woche 25 Rinderhälften verarbeiten und in Stücke geschnitten verpacken. Martin Meat sollte den Vertrag von 2007 mit eigenem Personal, nämlich ungarischen Arbeitskräften, erfüllen.

14. Die Martin Meat zustehende Vergütung berechnete sich nach der Menge des verarbeiteten Fleisches. Alpenrind war zur Herabsetzung der Vergütung berechtigt, wenn das Fleisch qualitativ schlecht verarbeitet war. Martin Meat stellte einen Teil der für die Verarbeitung erforderlichen Ausrüstungsgegenstände und Werkzeuge zur Verfügung, ihre Arbeitnehmer benutzten aber auch die Maschinen von Alpenrind.

15. Darüber hinaus war die Arbeitsorganisation Aufgabe von Martin Meat, deren Vorarbeiter den einzelnen Arbeitnehmern Weisungen erteilte. Der Vorarbeiter von Alpenrind erteilte dem Vorarbeiter von Martin Meat Weisungen, welches Fleisch auf welche Weise zu verarbeiten war.

16. Martin Meat ließ sich von Géza Simonfay und Ulrich Salburg (im Folgenden: Rechtsanwälte) in der Frage rechtlich beraten, ob die grenzüberschreitende Beschäftigung der Arbeitnehmer von Martin Meat in Österreich zum Zweck der Erfüllung des Vertrags von 2007 den in Österreich übergangsweise geltenden Beschränkungen unterliegt und insbesondere ob für diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung benötigt werde.

17. Die Rechtsanwälte teilten Martin Meat mit, dass aufgrund des Umstands, dass die Tätigkeiten der Fleischverarbeitung und -verpackung nicht in den in Anhang X Kapitel 1 Nr. 13 der Beitrittsakte von 2003 aufgeführten geschützten Sektoren stattfänden und im Rahmen des Vertrags von 2007 nicht eine Überlassung der Arbeitnehmer, sondern deren Entsendung erfolge, seien diese bereits vor dem 1. Mai 2011 (dem Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Beitritt Ungarns zur Union) berechtigt, in Österreich ohne Beschäftigungsbewilligung zu arbeiten<sup>9</sup>.

18. Die österreichischen Behörden gelangten jedoch zu der Auffassung, dass der Vertrag von 2007 eine Überlassung von Arbeitskräften in Österreich darstelle und demzufolge für die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer in Salzburg eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich sei. Gegen Alpenrind wurde deshalb eine Geldbuße von 700 000 Euro verhängt, die gemäß dem Vertrag von 2007 Martin Meat zu tragen hatte. Die von Alpenrind gegen den Bußgeldbescheid in Österreich eingelegten Rechtsmittel wurden zurückgewiesen, u. a. auch in letzter Instanz vom Verwaltungsgerichtshof.

19. Im Ausgangsverfahren verklagt Martin Meat nunmehr die Rechtsanwälte vor den ungarischen Gerichten auf Ersatz des Schadens, der ihr durch die ihrer Ansicht nach mangelhafte Rechtsberatung entstanden sei. In diesem Zusammenhang hat das vorlegende Gericht um eine Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Liegt nach dem Unionsrecht, insbesondere nach der im Urteil *Vicoplus* u. a. 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., wonach die Überlassung von Arbeitskräften für die Geltungsdauer der die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffenden Übergangsbestimmungen, die in den Beitrittsverträgen der am 1. Mai 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten vorgesehen sind, eingeschränkt werden kann, auch auf die Entsendung von Arbeitnehmern Anwendung, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung von einem Unternehmen mit Sitz in einem [neuen] Mitgliedstaat nach Österreich entsandt werden, wenn diese Entsendung in einer nach den Beitrittsverträgen nicht geschützten Branche stattfindet?

20. Die Rechtsanwälte, Österreich, Deutschland, Polen, Ungarn und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und nebst Martin Meat auch in der Sitzung vom 9. Oktober 2014 mündlich verhandelt.

<sup>9</sup> — Da das Rechtsgutachten selbst offenbar nicht Bestandteil der beim Gerichtshof hinterlegten nationalen Gerichtsakten ist, habe ich meiner Sachverhaltsdarstellung die Angaben in der Vorlageentscheidung und die von den Rechtsanwälten eingereichten Erklärungen zugrunde gelegt.



## Würdigung

### Vorbemerkungen

21. In Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 werden alle unter dessen Abs. 3, einschließlich dessen Buchst. a und c, fallenden Sachverhalte als „Entsendung“ qualifiziert. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich jedoch den von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 erfassten Sachverhalt als „Entsendung (von Arbeitnehmern)“ und den von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c erfassten Sachverhalt als „Überlassung (von Arbeitnehmern bzw. Arbeitskräften)“ bezeichnen. Um mich klar auszudrücken, werde ich außerdem im Fall der Entsendung von „Dienstleister“ und „Kunde“ und im Fall der Überlassung von „Arbeitskräfteüberlasser“ und „verwendendem Unternehmen“ sprechen.

22. Zunächst ist, obwohl das vorlegende Gericht diese Problematik nicht anspricht, die Vorfrage zu klären, ob Martin Meat, die sich auf Fleischverarbeitung spezialisiert, in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 fällt, soweit sie im Sinne dieser Vorschrift Arbeitnehmer überlässt. Diese Frage stellt sich deshalb, weil in der englischen Sprachfassung dieser Vorschrift von Handlungen die Rede ist, die von „a temporary employment undertaking or placement agency“ vorgenommen werden, was nahelegt, dass ausschließlich Unternehmen erfasst werden, die sich auf die Überlassung von Arbeitnehmern spezialisieren. Allerdings findet sich in mehreren anderen Sprachfassungen des 1996 erlassenen Art. 1 Abs. 3 Buchst. c eine weiter gefasste Formulierung, die darauf hindeutet, dass die Bestimmung auf alle Unternehmen Anwendung findet, die Arbeitnehmer in einem Mitgliedstaat überlassen (also auch auf Unternehmen, die nicht auf Überlassung von Arbeitskräften spezialisiert sind)<sup>10</sup>.

23. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet es die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung und damit Auslegung des Unionsrechts, im Fall von Zweifeln eine Bestimmung in einer ihrer Fassungen isoliert zu betrachten, und gebietet vielmehr, sie unter Berücksichtigung ihrer Fassungen in den anderen Amtssprachen auszulegen und anzuwenden<sup>11</sup>. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Unionstexts voneinander ab, so muss die fragliche Vorschrift nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört<sup>12</sup>.

24. Angesichts dessen lässt sich wohl feststellen, dass Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 nicht allein auf Unternehmen Anwendung findet, die sich auf die Überlassung (oder Zurverfügungstellung) von Arbeitnehmern spezialisieren. Ziel der Richtlinie war, wie sich aus ihren Erwägungsgründen 6 und 13 ergibt, den mit der Transnationalisierung der Arbeitsverhältnisse entstehenden Problemen durch eine Koordinierung der Gesetze der Mitgliedstaaten zu begegnen, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Aufnahmestaat von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer dorthin entsenden<sup>13</sup>. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn diese zwingenden Bestimmungen auf die Arbeitsverhältnisse zwischen einem Unternehmen und den Arbeitnehmern, die es in einem Aufnahmemitgliedstaat überlässt, nur deshalb keine Anwendung finden, weil sich das Unternehmen nicht auf die Überlassung spezialisiert (sondern vielmehr z. B. einem Unternehmen Arbeitskräfte überlässt, das in derselben Branche wie das überlassende

10 — Vgl. z. B. die französische Sprachfassung („détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition“), die niederländische Sprachfassung („als uitzendbedrijf of als onderneming van herkomst, een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming“), die deutsche Sprachfassung („als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden“), die italienische Sprachfassung („distaccino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori“) bzw. die schwedische Sprachfassung („I egenskap av företag för uthyrning av arbetskraft eller företag som ställer arbetskraft till förfogande“) (Hervorhebung nur hier).

11 — Vgl. z. B. Urteil Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233, Rn. 13 und die dort angeführte Rechtsprechung).

12 — Urteil Profisa (EU:C:2007:233, Rn. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809, Rn. 59).

Unternehmen tätig ist, seinen Sitz aber in einem anderen Mitgliedstaat hat). Ebenso würden die eigenständigen bei der Entsendung und Überlassung übergangsweise geltenden Einschränkungen der Freizügigkeit, die in mehreren Anhängen der Beitrittsakte von 2003 geregelt sind, größtenteils ins Leere laufen.

25. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass Anhang X Kapitel 1 der Beitrittsakte von 2003 verschiedene Phasen der übergangsweise geltenden Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorsieht, nämlich einen ersten Zeitraum vom 1. Mai 2004 bis 30. April 2006, einen zweiten Zeitraum vom 1. Mai 2006 bis 30. April 2009 und einen letzten Zeitraum vom 1. Mai 2009 bis 30. April 2011. Das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren betrifft die grenzüberschreitende Beschäftigung im Jahr 2007 und damit den zweiten Zeitraum der Übergangsmaßnahmen (d. h. Anhang X Kapitel 1 Nr. 2), in dem die alten Mitgliedstaaten Maßnahmen anwenden konnten, um den Zugang ungarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln, und daher von Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 1612/68<sup>14</sup> abweichen durften, ohne dass ein Fall schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarkts (oder die Gefahr derartiger Störungen) nachgewiesen werden musste.

### *Richtungweisende Rechtsprechung*

26. Im Urteil *Vicoplus u. a.* hat der Gerichtshof sowohl den Anwendungsbereich der übergangsweise geltenden Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Rahmen des Beitritts der Republik Polen zur Europäischen Union als auch die Kriterien für die Abgrenzung zwischen der Überlassung und der Entsendung von Arbeitnehmern klargestellt. Die Gedankenführung des Gerichtshofs gilt entsprechend auch für den Beitritt der Republik Ungarn zur Europäischen Union, da die Bestimmungen von Anhang X Kapitel 1 der Beitrittsakte von 2003 inhaltlich denen des Anhangs XII Kapitel 2 entsprechen<sup>15</sup>.

27. Zunächst erinnert der Gerichtshof an seine Rechtsprechung, wonach die Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Verwender geschlossen wird, eine Berufstätigkeit darstellt, die grundsätzlich als Dienstleistung im Sinne von Art. 57 AEUV anzusehen ist<sup>16</sup>. In diesem Zusammenhang sei eingeschoben, dass es nach ständiger Rechtsprechung Art. 56 AEUV zuwiderläuft, dass ein Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, die zur Erbringung von Dienstleistungen auf seinem Gebiet tätig werden und die Angehörige von Drittstaaten ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigen, dazu verpflichtet, für diese Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis einzuholen<sup>17</sup>.

14 — Die Bestimmungen des Ersten Teils Titel 1 der Verordnung Nr. 1612/68 („Zugang zur Beschäftigung“) regeln den Zugang zum Arbeitsmarkt als solchen, die Art. 7 bis 9 (Titel II) haben die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Arbeitnehmern zum Gegenstand. Die Art. 10 bis 12 (in einigen, aber nicht allen Fassungen bezeichnet als „Titel III“) betreffen die Familienangehörigen von Arbeitnehmern. Die Art. 7 bis 12 unterlagen nicht der Übergangsregelung des Anhangs X Kapitel 1 und waren daher ab 1. Mai 2004 auf ungarische Arbeitnehmer anwendbar. Vgl. entsprechend zu den Übergangsmaßnahmen nach dem Beitritt der Portugiesischen Republik zur Gemeinschaft Urteil *Lopes da Veiga* (9/88, EU:C:1989:346, Rn. 9 und 10).

15 — Dies gilt auch für die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus der Tschechischen Republik (Anhang V Kapitel 1), Estland (Anhang VI Kapitel 1), Lettland (Anhang VIII Kapitel 1), Litauen (Anhang IX Kapitel 2), Slowenien (Anhang XIII Kapitel 2) und der Slowakei (Anhang XIV Kapitel 1).

16 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

17 — Urteile *Vander Elst* (C-43/93, EU:C:1994:310, Rn. 26), *Kommission/Luxemburg* (C-445/03, EU:C:2004:655, Rn. 24) und *Kommission/Österreich* (C-168/04, EU:C:2006:595, Rn. 40).

28. Im Weiteren führt der Gerichtshof aus, dass ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, zwar Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des AEU-Vertrags ist, jedoch Tätigkeiten ausübt, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen<sup>18</sup>. Obwohl das Beschäftigungsverhältnis mit dem überlassenden Unternehmen weiterbesteht, wird der im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 überlassene Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre<sup>19</sup>.

29. Maßnahmen eines alten Mitgliedstaats zur Beschränkung der Überlassung von Arbeitskräften, die Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten sind, müssen deshalb als Maßnahmen angesehen werden, die *den Zugang dieser Staatsangehörigen zum Arbeitsmarkt* des betreffenden alten Mitgliedstaats *regeln*. Im Hinblick auf den ungarischen Beitritt (der hier an die Stelle des polnischen tritt) bedeutet dies, dass solche Maßnahmen insbesondere Anhang X Kapitel 1 Nr. 2 der Beitrittsakte von 2003 unterliegen<sup>20</sup>. Demzufolge sind die alten Mitgliedstaaten während der Übergangszeit von fünf Jahren nach dem Beitritt berechtigt, die Überlassung ungarischer Arbeitskräfte in ihren Hoheitsgebieten von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig zu machen<sup>21</sup>. Im Gegensatz hierzu betrifft die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags nicht den Zugang zu den Arbeitsmärkten der alten Mitgliedstaaten. Sie kann daher nicht aufgrund jener Bestimmungen den übergangsweise geltenden Beschränkungen unterliegen.

30. Diese Schlussfolgerung steht auch in Einklang mit der Zielsetzung von Anhang X Kapitel 1 Nr. 2, mit dem (ebenso wie mit Anhang XII Kapitel 2 Nr. 2 betreffend den Beitritt Polens) verhindert werden soll, dass nach dem Beitritt in den alten Mitgliedstaaten infolge einer sofortigen beträchtlichen Zuwanderung ungarischer Arbeitnehmer Störungen auf dem Arbeitsmarkt auftreten<sup>22</sup>. Ein überlassener Arbeitnehmer tritt unmittelbar in Wettbewerb mit den örtlichen Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats<sup>23</sup>. Es wäre daher gekünstelt, danach zu unterscheiden, ob die betreffenden Arbeitnehmer mittelbar über einen Arbeitskräfteüberlassungsvertrag oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats eintreten. Diese (potenziell beträchtliche) Zuwanderung kann in beiden Fällen zu Störungen auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats führen. Würde die Überlassung von Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich des Anhangs X Kapitel 1 Nr. 2 der Beitrittsakte von 2003 ausgeschlossen, bestünde die Gefahr, dass dieser Vorschrift ein Großteil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen würde<sup>24</sup>.

31. Im Urteil *Vicoplus u. a.* definiert der Gerichtshof die Überlassung von Arbeitnehmern als eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der überlassene Arbeitnehmer im Dienst des Arbeitskräfteüberlassers bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird (*erstes Kriterium*), und deren wesentliches Merkmal darin besteht, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des Arbeitskräfteüberlassers ist (*zweites Kriterium*) und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt (*drittes Kriterium*)<sup>25</sup>. Ob der Arbeitnehmer mit Beendigung der Entsendung wieder in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückkehrt und ob eine Entsprechung der vom Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat erfüllten Aufgaben und der Haupttätigkeit des Arbeitgebers besteht, sind dem Gerichtshof zufolge dagegen keine entscheidenden Kriterien<sup>26</sup>.

18 — Urteile *Rush Portuguesa* (C-113/89, EU:C:1990:142, Rn. 16) und *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 30).

19 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 31).

20 — Urteile *Rush Portuguesa* (EU:C:1990:142, Rn. 14 und 16) und *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 32).

21 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 41).

22 — Urteile *Lopes da Veiga* (EU:C:1989:346, Rn. 10) und *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

23 — Schlussanträge des Generalanwalts Bot in den Rechtssachen *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2010:510, Nr. 71).

24 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 35). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Bot in den Rechtssachen *Vicoplus u. a.* (EU:C:2010:510, Nr. 51).

25 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 51).

26 — Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 49 und 50).



*Zweite Frage: Durfte Österreich im Jahr 2007 die Überlassung ungarischer Arbeitnehmer in seinem Hoheitsgebiet in allen Sektoren beschränken?*

32. Ich werde zunächst die zweite Frage behandeln. Die Rechtsanwälte tragen im Wesentlichen vor, dass im Gegensatz zu den anderen alten Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Deutschlands) Österreich die Überlassung ungarischer Arbeitnehmer in seinem Hoheitsgebiet während des fünfjährigen Zeitraums nach dem Beitritt (also gestützt auf Anhang X Kapitel 1 Nr. 2) nur habe beschränken können, wenn die grenzüberschreitende Beschäftigung der betreffenden Arbeitnehmer in einem der in Anhang X Kapitel 1 Nr. 13 aufgeführten empfindlichen Sektoren erfolge. Es sei mit der in Nr. 13 vorgesehenen Sonderregelung unvereinbar, Österreich Beschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung in allen Sektoren zu gestatten. Wenn diese Auffassung zutrifft, ist es ohne Belang, ob der Vertrag von 2007 eine Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Österreich wäre dann in keinem Fall berechtigt gewesen, aufgrund von Anhang X Kapitel 1 Nr. 2 eine Beschäftigungserlaubnis für die Arbeitnehmer von Martin Meat zu verlangen. Falls die Auffassung der Rechtsanwälte hingegen nicht zutrifft und falls es sich bei dem Vertrag von 2007 nicht um eine Überlassung, sondern um eine Entsendung von Arbeitnehmern handelt, hilft Anhang X Kapitel 1 Nr. 13 nicht weiter, da die Fleischverarbeitung nicht zu den von dieser Bestimmung erfassten empfindlichen Sektoren gehört.

33. Anders als die Rechtsanwälte sehe ich keinen Grund, weshalb die Nr. 13, die ausschließlich die *Dienstleistungsfreiheit* in bestimmten empfindlichen Sektoren in Österreich und Deutschland betrifft, die diesen beiden Mitgliedstaaten aufgrund von Anhang X Kapitel 1 Nr. 2 eingeräumte allgemeine Möglichkeit beschneiden sollte, während des fünfjährigen Zeitraums nach dem Beitritt die grenzüberschreitende Beschäftigung ungarischer Arbeitnehmer in ihren Hoheitsgebieten zu regeln<sup>27</sup>. Meines Erachtens haben die beiden Nummern schlichtweg unterschiedliche Anwendungsbereiche.

34. Diese Schlussfolgerung steht nicht nur mit der Systematik von Kapitel 1<sup>28</sup> und dem Wortlaut von Nr. 2 (mit dem keine Differenzierung unter den 15 alten Mitgliedstaaten vorgenommen wird), sondern auch mit dem Zweck von Nr. 2 in Einklang. Wie der Gerichtshof im Urteil *Vicoplus u. a.* klargestellt hat, können sowohl Entscheidungen einzelner Arbeitnehmer, eine neue Stelle anzutreten, als auch die Überlassung von Arbeitnehmern zu Störungen der Arbeitsmärkte in den alten Mitgliedstaaten führen<sup>29</sup>. Außerdem hatten Österreich und Deutschland schon früh Übergangsmaßnahmen befürwortet, um die Arbeitsmärkte vor dem zu erwartenden Zustrom von Arbeitnehmern aus den neuen Mitgliedstaaten nach deren Beitritt zur Union zu schützen<sup>30</sup>. Es erscheint kaum denkbar, dass sie Absprachen zugestimmt hätten, aufgrund deren sie während des Zeitraums von fünf Jahren nach dem Beitritt *weniger* Handlungsspielraum als die anderen alten Mitgliedstaaten zur Regelung des Zustroms ungarischer Arbeitnehmer zu ihrem Hoheitsgebiet haben, und ich sehe keinen zwingenden Grund dafür, den Wortlaut in diesem Sinne auszulegen.

35. Die Antwort auf die zweite Frage in der von mir umformulierten Fassung lautet daher „ja“.

*Erste Frage: Welche Faktoren sind für die Beurteilung maßgeblich, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt?*

36. Wie bereits dargelegt, hat der Gerichtshof im Urteil *Vicoplus u. a.* drei kumulativ heranzuziehende Kriterien für die Feststellung einer Arbeitskräfteüberlassung genannt<sup>31</sup>.

27 — Vgl. Urteil *Vicoplus u. a.* (EU:C:2011:64, Rn. 41).

28 — Siehe oben, Nrn. 4 bis 7.

29 — Siehe oben, Nr. 30.

30 — Currie, S., *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, Farnham, 2008, S. 21 f.

31 — Siehe oben, Nr. 31.

37. Das *erste Kriterium* ist zur Abgrenzung zwischen der Überlassung und der Entsendung von Arbeitnehmern untauglich. Beide Fälle setzen das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen den betreffenden Arbeitnehmern und dem sie entsendenden oder überlassenden Unternehmen voraus. Ich werde mich deshalb auf das *zweite* und das *dritte Kriterium* konzentrieren.

38. Vorab sei darauf hingewiesen, dass es bei der Prüfung der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a oder c der Richtlinie 96/71 erfasst wird, nicht allein auf die Bedingungen des Dienstleistungsvertrags ankommen kann. Zu untersuchen sind vielmehr die Modalitäten der Vertragserfüllung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände. Andernfalls hätten die Vertragsparteien die Möglichkeit, die gestützt auf die Beitrittsakte von 2003 übergangsweise eingeführten Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch eine clevere Vertragsgestaltung zu umgehen.

39. Was das *zweite Kriterium* angeht, unterscheidet der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u. a. zwischen „der Überlassung und einem vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Arbeiten auszuführen, ... wobei ein Ortswechsel zu diesem Zweck ... unter Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 fällt“. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass in letzterem Fall „die Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat durch ihren Arbeitgeber ... mit einer vom Arbeitgeber dort erbrachten Dienstleistung *einher[geht]*“ während bei einer Überlassung „der Wechsel der Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat ... *der eigentliche Gegenstand* einer länderübergreifenden Dienstleistung ist“<sup>32</sup>.

40. Ausgangspunkt ist also die Frage, ob im Einzelfall das Schwergewicht auf der Erbringung einer Dienstleistung liegt, die *nicht* in der Überlassung von Arbeitskräften an ein verwendendes Unternehmen besteht<sup>33</sup>. Bei der Prüfung des „eigentlichen Gegenstands“ des Vertrags ist ein entscheidender Faktor, ob der Vertrag auf ein bestimmtes, von der Überlassung der Arbeitskräfte unterscheidbares Ergebnis abzielt und ob die Vergütung des Dienstleisters auf diesem Ergebnis beruht. Selbstverständlich beruht der Preis bestimmter Dienstleistungen im Wesentlichen auf dem für ihre Erbringung erforderlichen Arbeitsaufwand (der sich in einigen Fällen an der Anzahl der Arbeitskräfte ablesen lässt). Das impliziert jedoch nicht zwangsläufig eine Arbeitnehmerüberlassung, selbst wenn der Dienstleistungsvertrag (oder der Kostenvoranschlag) auf diese Angaben Bezug nehmen sollte. Entscheidend ist, ob der Preis, zu dessen Zahlung sich der Kunde verpflichtet, die Gegenleistung für eine Dienstleistung darstellt, die gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständig ist.

41. Generalanwalt Bot nennt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Vicoplus u. a. das Beispiel eines Dienstleistungsvertrags, durch den sich ein auf die Installation von Software spezialisiertes Unternehmen A mit Sitz in einem Mitgliedstaat verpflichtet, seine Ingenieure zu einem Unternehmen B mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zu senden, um das EDV-System von B aufzubauen. Ein solcher Vertrag beinhaltet zwar eine transnationale Beschäftigung von Arbeitnehmern, sein Gegenstand ist jedoch die Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie (womöglich verbunden mit der Lieferung elektronischer Ausstattung). Es handelt sich deshalb um eine Entsendung von Arbeitnehmern<sup>34</sup>. Nehmen wir stattdessen an, dass A sich zur Abstellung von Personal verpflichtet, das ein Jahr lang innerhalb eines auf die Entwicklung von Spielen spezialisierten Unternehmens C arbeiten soll, um bei der Entwicklung eines neuen Spiels mitzuhelfen. A erhält von C jeden Monat ein Honorar, das auf einem Pauschalbetrag pro Arbeitnehmer und Arbeitstag beruht. Der

32 — Urteil Vicoplus u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 46) (Hervorhebung nur hier).

33 — Diese Dienstleistung kann, wie im Ausgangsverfahren, in der Ausführung von Arbeiten bestehen, die zur Herstellung von Gütern führen.

34 — Schlussanträge des Generalanwalts Bot in den Rechtssachen Vicoplus u. a. (EU:C:2010:510, Nr. 65).

Gegenstand eines solchen Vertrags ist eindeutig, C bestimmtes Personal zur Verfügung zu stellen. Sofern die abgestellten Arbeitnehmer ihre Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen<sup>35</sup>, handelt es sich ohne Zweifel um eine Überlassung von Arbeitskräften.

42. Handelte es sich bei dem Vertrag von 2007 um einen Vertrag zur Verarbeitung (und Verpackung) von Fleisch oder um einen Vertrag zur Überlassung von Arbeitskräften?

43. Auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Informationen erscheint mir kaum zweifelhaft, dass es sich um einen Vertrag zur Verarbeitung (und Verpackung) von Fleisch handelte. Martin Meat war verpflichtet, jede Woche 25 Rinderhälften für Alpenrind zu verarbeiten und das Fleisch in Stücke geschnitten zu verpacken. Die Rechtsanwälte haben in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass Martin Meat nach freiem Ermessen die Anzahl der zur Erfüllung des Vertrags von 2007 erforderlichen Arbeitnehmer festgelegt habe. Zudem richtete sich die Martin Meat zustehende Vergütung nach der verarbeiteten Fleischmenge. Alpenrind war zur Herabsetzung der Vergütung berechtigt, falls das Fleisch mangelhaft verarbeitet war. Alle diese Faktoren dürften bestätigen, dass der Ortswechsel der in Rede stehenden ungarischen Arbeitnehmer nicht der „eigentliche Gegenstand“ des Vertrags von 2007 war. Er ging mit der Erbringung der in der Fleischverarbeitung und -verpackung bestehenden Dienstleistung an Alpenrind einher.

44. Die Kommission, in der mündlichen Verhandlung unterstützt von der ungarischen Regierung, macht im Wesentlichen geltend, die Abgrenzung zwischen einer Überlassung und einer Entsendung von Arbeitnehmern sei danach vorzunehmen, wer nach dem Vertrag das *wirtschaftliche Risiko* trage<sup>36</sup>. Werde dieses Risiko in erster Linie vom Dienstleister getragen, sei dies im Allgemeinen ein Indiz dafür, dass der Vertrag nicht eine Überlassung, sondern eine Entsendung von Arbeitnehmern umfasse.

45. Meines Erachtens kann dies kein entscheidender Faktor sein.

46. Der Dienstleister trägt zwar in der Regel das mit einer vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Vertrags verbundene Risiko. Trotzdem sind jedoch, wie die polnische Regierung zutreffend bemerkt, das Wesen der wirtschaftlichen Risiken bei einem Dienstleistungsvertrag und ihre Verteilung zwischen den Vertragsparteien weniger ein Merkmal, aus dem sich das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ablesen lässt, sondern eher ein Charakteristikum des Marktes für die betreffende Dienstleistung und der von den Parteien im Einzelfall vereinbarten konkreten Vertragsbedingungen.

47. So ist einerseits denkbar, dass ein Unternehmen, das Arbeitnehmer überlässt, dennoch einen Teil der Risiken bei der Vertragserfüllung trägt. Im Vertrag könnte z. B. festgelegt sein, dass die Arbeitskräfte zur Verfügung stellende Unternehmen überlassene Arbeitnehmer, die der Arbeit (etwa im Krankheitsfall) fernbleiben, auf eigene Kosten ersetzen oder alternativ das verwendende Unternehmen entschädigen muss. Ein solches Detail ändert nichts am Vertragsgegenstand, der in der Überlassung von Arbeitnehmern besteht.

48. Andererseits kann es vorkommen, dass ein wesentlicher Teil der wirtschaftlichen Risiken bei der Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags vom Kunden zu tragen ist. So hätte der Vertrag von 2007 beispielsweise vorsehen können, dass Alpenrind das Risiko einer etwaigen Produktionsverzögerung trägt, die durch die vorübergehende Nichtverfügbarkeit der Beschäftigten von Martin Meat bedingt ist, oder dass Alpenrind die gesamte für die Fleischverarbeitung und -verpackung erforderliche Ausrüstung

35 — Siehe hierzu unten, Nrn. 52 bis 56.

36 — Den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten lässt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob es sich dabei um ein zusätzliches (viertes) Kriterium oder um ein Element des im Urteil *Vicoplus* u. a. (EU:C:2011:64) genannten zweiten Kriteriums handeln soll.

anschaffen und versichern muss<sup>37</sup>. Allein der Umstand, dass sich der Kunde zur Tragung wirtschaftlicher Risiken verpflichtet, ändert jedoch noch nichts am Vertragsgegenstand, der meiner Ansicht nach in der Erbringung einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung besteht.

49. Entsprechend kommt es für die Abgrenzung zwischen einer Überlassung und einer Entsendung auch nicht entscheidend darauf an, ob der Vertrag in den Räumlichkeiten des Kunden/verwendenden Unternehmens erfüllt wird, ob in diesem Fall Miete gezahlt wird, ob die betreffenden Arbeitnehmer vom Kunden/verwendenden Unternehmen geschult werden und ob es sich um den einzigen Kunden/das einzige verwendende Unternehmen im Aufnahmemitgliedstaat handelt. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen jedes einzelnen dieser Faktoren dürfte vom Markt für die in Rede stehende Dienstleistung und von den Vertragsbedingungen abhängen.

50. Arbeitnehmer, die einem verwendenden Unternehmen überlassen werden, arbeiten zwar häufig in dessen Räumlichkeiten und verwenden dessen Ausrüstung, jedoch muss dies nicht immer der Fall sein. Angenommen, die Vergütung von Martin Meat hätte auf einem Honorar pro Arbeitnehmer und Tag beruht und ihre Arbeitnehmer hätten der Aufsicht und Leitung von Alpenrind unterstanden, so dass von einer Überlassung der Arbeitnehmer von Martin Meat an Alpenrind auszugehen wäre. Dies würde auch dann gelten, wenn die betreffenden Arbeitnehmer die Arbeiten für Alpenrind in Räumlichkeiten von Martin Meat verrichtet hätten. Umgekehrt ist es nicht ungewöhnlich, dass entsandte Arbeitnehmer eines Dienstleisters in den Räumlichkeiten des Kunden arbeiten und dessen Werkzeuge und Ausrüstungsgegenstände benutzen.

51. Ebenso ist nicht entscheidend, dass die betreffenden Arbeitnehmer vom Kunden/verwendenden Unternehmen geschult werden. Ob dieser Umstand von Bedeutung ist, hängt von der in Rede stehenden Tätigkeit und den Vertragsbedingungen ab. So ist z. B. vorstellbar, dass die Parteien eines Vertrags, in dessen Rahmen eine Entsendung von Arbeitnehmern erfolgt, vereinbaren, dass der Kunde eine Schulung über Arbeitsschutzmaßnahmen am Arbeitsplatz oder über seine Geschichte und Unternehmensstrategie durchführt. Ebenso ist sowohl im Fall einer Überlassung als auch im Fall einer Entsendung denkbar, dass der Dienstleister/Arbeitskräfteüberlasser nur einen Kunden/ein verwendendes Unternehmen im Aufnahmemitgliedstaat hat, was u. a. durch die Kapazitäten des Dienstleisters/Arbeitskräfteüberlassers, das Wesen der betreffenden Dienstleistungen oder schlichtweg durch den Umstand bedingt sein mag, dass der Dienstleister/Arbeitskräfteüberlasser im Aufnahmemitgliedstaat (noch) nicht bekannt ist.

52. Das *dritte Kriterium* stellt darauf ab, ob der Arbeitnehmer „unter der Aufsicht und Leitung“ des verwendenden Unternehmens arbeitet<sup>38</sup>.

53. Bei einer Überlassung ist es das verwendende Unternehmen, das die Arbeit organisiert, dem einzelnen Arbeitnehmer Weisungen erteilt, wie er seine Aufgaben zu erfüllen hat, und kontrolliert, ob er diese Weisungen befolgt<sup>39</sup>. Den Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil *Vicoplus* u. a.<sup>40</sup> zufolge „folgt [dies] zwingend daraus, dass ein solcher Arbeitnehmer seine Arbeit nicht im Rahmen einer Dienstleistung verrichtet, die sein Arbeitgeber im Aufnahmemitgliedstaat erbringt“.

37 — Ich will nicht spekulieren, ob der Vertrag von 2007 solche Bedingungen enthielt oder nicht. Ich weiß es nicht, und im Übrigen sind alle Tatsachenfeststellungen Sache des nationalen Gerichts. Ich verwende diese Beispiele lediglich zur Veranschaulichung meiner Gedankenführung.

38 — Urteil *Vicoplus* u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 47 und 48). Vgl. auch Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (ABl. L 327, S. 9).

39 — Nach der Formulierung von Generalanwalt Bot in seinen Schlussanträgen in den Rechtssachen *Vicoplus* u. a. (EU:C:2010:510, Nr. 63) muss eine „tatsächliche Unterordnung des Arbeitnehmers gegenüber dem verwendenden Unternehmen hinsichtlich der Organisation, der Ausführung und der Bedingungen der Arbeit“ gegeben sein.

40 — Urteil *Vicoplus* u. a. (EU:C:2011:64, Rn. 47).



54. Wie sich dieser Aussage entnehmen lässt, sind das zweite und das dritte Kriterium eng miteinander verknüpft. Der Vertragsgegenstand liefert in der Regel nützliche Anhaltspunkte dafür, wer die Aufsicht über den/die betreffenden Arbeitnehmer ausübt und die Leitung innehat. Falls sich die Vergütung im Wesentlichen nach dem Umfang der von den einzelnen Arbeitnehmern verrichteten Arbeit und nicht nach einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung bemisst, wird das verwendende Unternehmen höchstwahrscheinlich von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Arbeitnehmern genaue Weisungen zu erteilen, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben, und auch die Befolgung dieser Weisungen überwachen. Dadurch will das verwendende Unternehmen schlichtweg die überlassenen Arbeitskräfte optimal einsetzen. Wird die Vergütung hingegen anhand einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung berechnet, werden die Arbeitnehmer sehr wahrscheinlich unter der Aufsicht und Leitung des Dienstleisters verbleiben. In diesem Fall ist es der Dienstleister und nicht der Kunde, der ein Interesse daran hat, dass seine Arbeitnehmer möglichst effizient für die Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistung eingesetzt werden.

55. In diesem Zusammenhang ist zu unterscheiden zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags. Wie die Rechtsanwälte zutreffend hervorheben, ist es üblich, dass der Kunde auf die eine oder andere Weise überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann je nach den Umständen der Kunde den Arbeitnehmern des Dienstleisters bestimmte Weisungen bezüglich der Modalitäten der Erfüllung des Dienstleistungsvertrags erteilen. Das stellt jedoch keine „Leitung“ und „Beaufsichtigung“ der Arbeitnehmer des Dienstleisters dar. Die Arbeitnehmer blieben dem Dienstleister untergeordnet, der allein befugt ist, die seiner Ansicht nach angemessenen Maßnahmen gegen diejenigen Arbeitnehmer zu treffen, die ihre Aufgaben nicht pflichtgemäß erfüllen.

56. Im Hinblick auf das Ausgangsverfahren geht insbesondere aus der Vorlageentscheidung und aus den mündlichen Ausführungen von Martin Meat hervor, dass der Vorarbeiter von Alpenrind dem Vorarbeiter von Martin Meat Weisungen erteilte, welches Fleisch auf welche Weise zu verarbeiten war, und überprüfte, ob die hergestellten Fleischpackungen diesen Weisungen entsprachen. Alpenrind belehrte offenbar auch über Arbeitsschutzvorschriften, die die Arbeitnehmer von Martin Meat bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beachten hatten. Martin Meat hat in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass sie für die Arbeitsorganisation verantwortlich geblieben sei, wobei ihr Vorarbeiter die Aufgaben auf die Arbeitnehmer verteilt und ihnen auf Ungarisch individuelle Weisungen erteilt habe, auf welche Weise das Fleisch (entsprechend den Weisungen von Alpenrind) zu verarbeiten und zu verpacken gewesen sei, und die Befolgung dieser Weisungen überwacht habe. Es ist nicht vorgetragen worden, dass Alpenrind individuelle Maßnahmen gegen die Arbeitnehmer von Martin Meat erlassen konnte. Die dem Gerichtshof vorliegenden Angaben deuten tendenziell darauf hin, dass die von Alpenrind erteilten Weisungen die von Martin Meat ausgeübte Aufsicht über ihre Arbeitnehmer und deren Leitung unberührt ließen.

57. Letztlich ist die Beurteilung dieser Tatsachen Sache des nationalen Gerichts. Allerdings habe ich auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Angaben wenig Bedenken, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass die im Ausgangsverfahren streitige grenzüberschreitende Beschäftigung der Arbeitnehmer eine Entsendung (im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71) und nicht eine Überlassung (im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c) darstellte.

58. Sollte sich der Gerichtshof meiner Auffassung anschließen und sollte das nationale Gericht aufgrund des Sachverhalts feststellen, dass es sich bei dem Vertrag von 2007 nicht um eine Überlassung, sondern um eine Entsendung der Arbeitnehmer von Martin Meat an Alpenrind handelte, bedarf es einer Untersuchung der Konsequenzen. Ich habe ausgeführt, dass die Rechtsanwälte fälschlicherweise zu der Ansicht gelangt sind, dass Österreich aufgrund der Regelung in Anhang X Kapitel 1 Nr. 13 der Beitrittsakte von 2003 daran gehindert sei, sich auf Nr. 2 in Bezug auf wirtschaftliche Tätigkeiten zu berufen, die nicht in den in Nr. 13 aufgeführten empfindlichen Sektoren



stattfinden. Gleichwohl war ihre Rechtsberatung zutreffend, als sie Martin Meat mitteilten, dass die österreichischen Behörden nicht befugt seien, eine Beschäftigungsbewilligung für die ungarischen Arbeitskräfte von Martin Meat zu verlangen, um den Vertrag von 2007 mit Alpenrind erfüllen zu können. Das hat vermutlich zur Folge, dass die Rechtsanwälte nicht haften, da das in der Rechtsberatung mitgeteilte Ergebnis (keine Beschäftigungsbewilligung erforderlich) zutreffend ist, auch wenn die Begründung dieses Ergebnisses vielleicht teilweise falsch gewesen sein mag.

59. Gleichwohl verhängten die österreichischen Behörden gegen Alpenrind eine Geldbuße in Höhe von 700 000 Euro mit der Begründung, dass keine Beschäftigungsbewilligung für die Arbeitskräfte von Martin Meat vorliege – eine Geldbuße, die gemäß den Bedingungen des Vertrags von 2007 von Martin Meat getragen wurde. Die gegen die Verhängung dieser Geldbuße eingelegten Rechtsmittel blieben ohne Erfolg. Insbesondere der österreichische Verwaltungsgerichtshof, der in letzter Instanz über das Rechtsmittel entschied, richtete kein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof. Der Verwaltungsgerichtshof ging vermutlich davon aus, dass die Rechtslage nach dem Unionsrecht in diesem Punkt gegenüber Alpenrind (und damit Martin Meat) als „*acte clair*“ zu betrachten sei.

60. Das Ergebnis ist zutiefst bedauerlich. Eine Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs im Geiste von Art. 267 Abs. 3 AEUV hätte rechtzeitig zu den erforderlichen Hinweisen geführt, die Sache zugunsten von Alpenrind zu entscheiden, und der Bußgeldbescheid wäre aufgehoben worden. Stattdessen hat Martin Meat jetzt eine erhebliche Geldbuße zu zahlen, die nach dem Vorstehenden nicht hätte verhängt werden dürfen, da das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung für die Arbeitskräfte von Martin Meat gegen Anhang X der Beitrittsakte von 2003 verstößt. Gegebenenfalls muss Martin Meat nunmehr in Österreich anwaltlich prüfen lassen, welche Erfolgsaussichten bestehen, Österreich vor den österreichischen Gerichten im Rahmen der Staatshaftung in Anspruch zu nehmen, wobei die Kriterien zu berücksichtigen sind, die der Gerichtshof aufgestellt hat in seiner Rechtsprechung zur Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die den Einzelnen aufgrund einer Verletzung des Unionsrechts durch ein in letzter Instanz entscheidendes nationales Gericht entstehen<sup>41</sup>.

## Ergebnis

61. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Pesti Központi Kerületi Bíróság vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Der freie Dienstleistungsverkehr und die Definition des Begriffs der Dienstleistungen nach den Art. 56 AEUV bzw. 57 AEUV verwehrten es der Republik Österreich nicht, während der in Anhang X Kapitel 1 Nr. 2 der Beitrittsakte von 2003 vorgesehenen Übergangszeit in ihrem Hoheitsgebiet für eine Überlassung – im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG – von Arbeitnehmern, die ungarische Staatsangehörige sind, die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung zu verlangen.
2. Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei einer Dienstleistung mit zeitweiliger grenzüberschreitender Beschäftigung von Arbeitnehmern um eine Überlassung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c oder eine Entsendung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 nach den vom Gerichtshof im Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64) genannten Kriterien handelt, haben die nationalen Behörden insbesondere zu berücksichtigen, ob der Vertrag auf ein bestimmtes, von der Überlassung der Arbeitskräfte unterscheidbares Ergebnis abzielt, ob die Vergütung auf diesem Ergebnis beruht sowie wer *de facto* die Arbeit organisiert, den betreffenden Arbeitnehmern Weisungen erteilt, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben, und kontrolliert, ob sie die Arbeit entsprechend diesen Weisungen verrichten.

41 — Vgl. u. a. Urteile *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 53 bis 56) und *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03, EU:C:2006:391, Rn. 32).

