



Eingangsdatum : 30/07/2019

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
SUD EUROPSKE UNIE
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 29. Juli 2019¹

Rechtssache C-16/18

**Michael Dobersberger,
Beteiligte:
Magistrat der Stadt Wien**

(Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofs [Österreich])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Erbringung von Catering-Services in internationalen Zügen – Richtlinie 96/71/EG – Anwendungsbereich – Freier Dienstleistungsverkehr – Art. 56 AEUV“

¹ Originalsprache: Englisch.

I. Einleitung

1. In ihrem 1934 veröffentlichten Roman „Mord im Orient-Express“ ging Agatha Christie nicht darauf ein, wo der Mord genau begangen wurde. Bekannt ist nur, dass er in einem Zug geschah – dem Orient-Express auf der Simplonroute, der auf dem Weg von Istanbul nach Calais mehrere Länder durchquert –, und zwar irgendwo, bevor oder nachdem der Zug im damaligen Jugoslawien gestoppt wurde. Der Leser erfährt jedoch nicht, in welchem Land der Mord stattfand. Auf diese Frage, die für das bei einem anschließenden Strafverfahren anzuwendende nationale Strafrecht von entscheidender Bedeutung gewesen wäre, erstreckten sich die Ermittlungen von Hercule Poirot eindeutig nicht. Und sie war auch zweifellos für die Dynamik und den Nervenkitzel des Romans unerheblich. Für Agatha Christie spielte die Geografie keine Rolle.

2. Die im Mittelpunkt des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichtshofs (Österreich) stehende Frage ist weniger fesselnd, aber von größerer Bedeutung für das Funktionieren des Binnenmarkts und den freien Dienstleistungsverkehr: Sind die Bestimmungen der „Entsenderichtlinie“, d. h. der Richtlinie 96/71/EG², auf einen Sachverhalt anwendbar, bei dem ein internationaler Zug auf dem Weg von Budapest nach München Österreich durchquert, so dass jeder Grenzübertritt – genau wie beim Orient-Express – rechtliche Implikationen hätte? Vielleicht nicht für die Definition von „Mord“, aber definitiv für die Anwendung des Arbeitsrechts und arbeitsrechtlicher Strafvorschriften.

3. In diesen Schlussanträgen werde ich den Standpunkt vertreten, dass eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 fällt. Auch im vorliegenden Fall spielt die Geografie keine Rolle.

II. Rechtsrahmen

A. Unionsrecht

4. Art. 1 („Anwendungsbereich“) der Richtlinie 96/71 bestimmt:

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

² 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).

(2) Diese Richtlinie gilt nicht für Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine.

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

- a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
- b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
- c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

(4) Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat darf keine günstigere Behandlung zuteilwerden als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat.“

5. Art. 2 („Begriffsbestimmung“) der Richtlinie 96/71 lautet:

„(1) Im Sinne dieser Richtlinie gilt als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

(2) Für die Zwecke dieser Richtlinie wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.“

6. Art. 3 („Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“) der Richtlinie 96/71 sieht in Abs. 1 vor:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren,

die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,

festgelegt sind:

- a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
- b) bezahlter Mindestjahresurlaub;
- c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
- d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
- e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
- f) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
- g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

Zum Zweck dieser Richtlinie wird der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird.“

B. Österreichisches Recht

7. § 7b des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes³ in der im Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: AVRAG) betrifft die Ansprüche von Arbeitnehmern gegen ausländische Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums. Er sieht im Wesentlichen vor, dass ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend

³ BGBl. Nr. 459/1993.

Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Mindestentgelt hat, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Überdies gilt eine Person mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums als Österreich hinsichtlich der ihr überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, als Arbeitgeber. Arbeitgeber haben die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme zu melden. Eine solche Meldung hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten: (i) Name, Anschrift und Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers, (ii) Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer, (iii) Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses bei dem Arbeitgeber, (iv) Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich) und (v) Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrags. Arbeitgeber haben, sofern für die entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über ihre Anmeldung zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung [EWG] Nr. 1408/71⁴, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung [EG] Nr. 883/04⁵) sowie eine Abschrift der Entsendemeldung am Arbeits- oder Einsatzort im Inland bereitzuhalten oder sie den Organen der Abgabebehörden unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen.

8. In Bezug auf die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen sieht § 7d AVRAG insbesondere vor, dass Arbeitgeber während des gesamten Zeitraums der Entsendung den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits- oder Einsatzort bereithalten müssen.

⁴ Verordnung des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. 1971, L 149, S. 2).

⁵ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. 2004, L 166, S. 1).

III. Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

9. Die Henry am Zug Hungary Kft. (im Folgenden: Henry am Zug) mit Sitz in Budapest (Ungarn) entsandte von 2012 bis 2016 Arbeitnehmer ungarischer Staatsangehörigkeit, die ihr in den meisten Fällen von einem anderen ungarischen Unternehmen überlassen wurden, nach Österreich zur Arbeitsleistung (Bordservice, Zubereitung und Verkauf von Speisen und Getränken) in Zügen der Österreichischen Bundesbahnen (im Folgenden: ÖBB).

10. Mit den angefochtenen Straferkenntnissen wurde Herr Dobersberger, der Revisionswerber, als Geschäftsführer von Henry am Zug schuldig erkannt, dass Henry am Zug in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeberin im Sinne des § 7b AVRAG am 28. Januar 2016 bei einer Kontrolle im Hauptbahnhof Wien (Österreich) entgegen dieser Vorschrift i) nicht bis eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich eine Meldung an die zuständige österreichische Behörde betreffend die genannte Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer erstattet habe, ii) am inländischen Einsatzort keine Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung bereitgehalten habe und iii) am genannten Einsatzort nicht den Arbeitsvertrag, Lohnzahlungsnachweise und Unterlagen über die Lohneinstufung in deutscher Sprache bereitgehalten habe.

11. Der Auftrag zur Erbringung der genannten Dienstleistungen war von der ÖBB der D. GmbH (einem Unternehmen mit Sitz in Österreich) erteilt und von dieser im Wege von Subaufträgen bzw. einer Unterauftragskette (über eine weitere Gesellschaft mit Sitz in Österreich) an Henry am Zug weitergegeben worden. Diese erbrachte die Dienstleistungen mit ungarischen Arbeitskräften in Zügen der ÖBB, die nach Salzburg oder München fahren, deren Ausgangs- oder Endbahnhof jeweils Budapest war und die im Hauptbahnhof Wien hielten.

12. Der Verwaltungsgerichtshof ist der Auffassung, dass der Erfolg der Revision von der Auslegung der Richtlinie 96/71 und des Art. 56 AEUV abhängt. Mit Beschluss vom 15. Dezember 2017, beim Gerichtshof eingegangen am 9. Januar 2018, hat er folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erfasst der Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71, insbesondere deren Art. 1 Abs. 3 Buchst. a, auch die Erbringung von Dienstleistungen wie die Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken, das Bordservice oder Reinigungsleistungen durch die Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens mit Sitz im Entsendemitgliedstaat (Ungarn) zur Erfüllung eines Vertrages mit einem Schienenverkehrsunternehmen mit Sitz im Aufnahmemitgliedstaat (Österreich), wenn diese Dienstleistungen in internationalen Zügen, die auch durch den Aufnahmemitgliedstaat fahren, erbracht werden?
2. Erfasst Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie auch den Fall, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat die in Frage 1 genannten Dienstleistungen nicht in Erfüllung eines Vertrages mit dem im

- Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Schienenverkehrsunternehmen, dem die Dienstleistungen letztlich zugutekommen (Dienstleistungsempfänger), erbringt, sondern in Erfüllung eines Vertrages mit einem weiteren im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, das seinerseits in einem Vertragsverhältnis (Subauftragskette) mit dem Schienenverkehrsunternehmen steht?
3. Erfasst Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie auch den Fall, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat zur Erbringung der in Frage 1 genannten Dienstleistungen nicht eigene Arbeitnehmer einsetzt, sondern Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens, die ihm noch im Entsendemitgliedstaat überlassen wurden?
 4. Unabhängig von den Antworten zu den Fragen 1 bis 3: Steht das Unionsrecht, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 und 57 AEUV), einer nationalen Regelung entgegen, die den Unternehmen, welche Arbeitskräfte in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zur Erbringung einer Dienstleistung entsenden, die Einhaltung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie und die Einhaltung begleitender Verpflichtungen (wie insbesondere jene zur Erstattung einer Meldung betreffend die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften an eine Behörde des Aufnahmemitgliedstaates und jene zur Bereithaltung von Unterlagen über die Höhe der Entlohnung und über die Anmeldung zur Sozialversicherung dieser Arbeitskräfte) zwingend auch für jene Fälle vorschreibt, in denen (erstens) die grenzüberschreitend entsendeten Arbeitskräfte zum fahrenden Personal eines grenzüberschreitend tätigen Schienenverkehrsunternehmens oder eines Unternehmens, das typische Dienstleistungen eines Schienenverkehrsunternehmens (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken; Bordservice) in dessen die Grenzen der Mitgliedstaaten überquerenden Zügen erbringt, gehören und in denen (zweitens) der Entsendung entweder überhaupt kein Dienstleistungsvertrag oder zumindest kein Dienstleistungsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger zugrunde liegt, weil die Leistungspflicht des entsendenden Unternehmens gegenüber dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger im Wege von Subaufträgen (einer Unterauftragskette) begründet wird, und in denen (drittens) die entsendete Arbeitskraft nicht in einem Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen steht, sondern in einem Arbeitsverhältnis zu einem Drittunternehmen, das seine Arbeitnehmer dem entsendenden Unternehmen noch im Mitgliedstaat des Sitzes des entsendenden Unternehmens überlassen hat?
13. Herr Dobersberger, die österreichische, die tschechische, die deutsche, die französische, die ungarische und die polnische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Parteien haben,

mit Ausnahme der französischen und der polnischen Regierung, auch an der mündlichen Verhandlung am 12. März 2019 teilgenommen.

IV. Würdigung

14. Diese Rechtssache wirft grundlegende Fragen in Bezug auf die Richtlinie 96/71 auf: Inwieweit gilt die Richtlinie für ein Unternehmen in einer Situation, in der der entsandte Arbeitnehmer seinen Pflichten in einem Zug nachkommt, dessen Fahrt im Herkunftsland beginnt und der wieder dorthin zurückkehrt, ohne dass der Arbeitnehmer ihn, bildlich gesprochen, jemals verlässt?

A. Zulässigkeit der Fragen

15. Die französische Regierung hält die ersten drei zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen für unzulässig, wobei sie im Wesentlichen geltend macht, dass die Richtlinie 96/71 nicht regelt, welche Kontrollmaßnahmen nationale Behörden ergriffen, um die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sicherzustellen. Sie nimmt in diesem Zusammenhang Bezug auf das Urteil De Clercq u. a.⁶.

16. In der Regel sind Vorlagen zur Vorabentscheidung zulässig; nur in seltenen, außergewöhnlichen Fällen lehnt der Gerichtshof ihre Beantwortung ab⁷. Für sie spricht eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit⁸. Nur in vom Gerichtshof selbst so bezeichneten „Ausnahmefällen“⁹ hat er es daher abgelehnt, Fragen in hypothetischen Fällen zu beantworten, wenn die aufgeworfenen Fragen für die Entscheidung des Rechtsstreits irrelevant waren, wenn sie nicht hinreichend klar formuliert waren oder wenn keine hinreichende Klarheit über den Sachverhalt bestand¹⁰.

17. Der vorliegende Fall gehört zu keiner dieser Kategorien. Überdies betraf die Rechtssache De Clercq u. a.¹¹, wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung zutreffend hervorgehoben hat, Kontrollmaßnahmen, während es bei den Fragen 1 bis 3 im vorliegenden Verfahren um die umfassendere Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 96/71 auf eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens geht.

⁶ Urteil vom 3. Dezember 2014 (C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 42 bis 48).

⁷ Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache AY (C-268/17, EU:C:2018:317, Nr. 26).

⁸ Vgl. z. B. Urteil vom 17. April 2018, Krüsemann u. a. (C-195/17, C-197/17 bis C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 bis C-286/17 und C-290/17 bis C-292/17, EU:C:2018:258, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁹ Vgl. Urteil vom 5. Juni 1997, Celestini (C-105/94, EU:C:1997:277, Rn. 22).

¹⁰ Vgl. ebd. und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹¹ Urteil vom 3. Dezember 2014 (C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 42 bis 48).

18. Alle Fragen des vorlegenden Gerichts sind somit zulässig.

B. Richtlinie 96/71 und freier Dienstleistungsverkehr

19. Bevor ich mich den vier Fragen des vorlegenden Gerichts zuwende, halte ich Vorbemerkungen zu einigen wesentlichen Merkmalen der Richtlinie 96/71 für hilfreich, auf die ich bei der anschließenden Analyse Bezug nehmen werde.

20. Es gibt ein Spannungsverhältnis zwischen den Freiheiten des Binnenmarkts, insbesondere dem freien Dienstleistungsverkehr gemäß Art. 56 AEUV, und der Richtlinie 96/71, das, auch wenn es vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung und vom Gesetzgeber scheinbar aufgelöst wurde, gleichwohl zu gewissen Reibungen führt.

1. Ziele

21. Der Binnenmarkt, der – je nach Blickwinkel – das Mittel oder den Zweck des europäischen Integrationsprozesses darstellt, ist für die Rechtsordnung der Union von so fundamentaler Bedeutung, dass er als gegeben angesehen wird und nichts weniger als das zentrale Organisationsprinzip der Verträge darstellt¹². Im Regelfall werden Wirtschaftsteilnehmer entweder auf der Grundlage harmonisierter Standards tätig¹³ oder, wenn es keine solchen Standards gibt, im Einklang mit ihren lokalen Standards. Im letztgenannten Fall kommt das Herkunftslandprinzip zum Tragen, was bedeutet, dass es in der Regel ausreicht, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer die lokalen Regelungen einhält. Dies ermöglicht es den Wirtschaftsteilnehmern, im gesamten Binnenmarkt zu gleichen Bedingungen miteinander zu konkurrieren.

22. Der Grundgedanke der Richtlinie 96/71 ist im Kern ein ganz anderer; mit ihr sollen einige der (normalen) Folgen der Anwendung des freien Dienstleistungsverkehrs abgemildert werden: In Bezug auf bestimmte Aspekte des Arbeitsrechts soll nicht das Herkunftslandprinzip gelten, sondern das Bestimmungslandprinzip. Dies führt naturgemäß zu einem rechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Art. 56 AEUV¹⁴ und der Richtlinie 96/71.

23. Im Hinblick darauf, dass in den Erwägungsgründen der Richtlinie ein dreifaches Ziel genannt wird, und zwar die Förderung des länderübergreifenden

¹² Vgl. auch meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen X und Visser (C-360/15 und C-31/16, EU:C:2017:397, Nr. 1).

¹³ D. h.: Rechtsinstrumente im Sinne von Art. 288 AEUV, die anhand einer Rechtsgrundlage und nach einem im AEU-Vertrag vorgesehenen Verfahren erlassen werden.

¹⁴ Oder gegebenenfalls den Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006, L 376, S. 36).

Dienstleistungsverkehrs¹⁵ im Rahmen eines fairen Wettbewerbs¹⁶ unter Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer¹⁷, ist darauf hinzuweisen, dass diese drei Aspekte der Sache nach in diametralem Gegensatz zueinander stehen¹⁸. Die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer fördert nicht den länderübergreifenden Dienstleistungsverkehr, sondern schränkt ihn ein und stellt in diesem Kontext einen Rechtfertigungsgrund (d. h. einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses) dafür dar.

24. Infolgedessen halte ich es für sachgerechter, die Richtlinie 96/71 als Maßnahme anzusehen, mit der die widerstreitenden Ziele des freien Dienstleistungsverkehrs und des Schutzes der Rechte der Arbeitnehmer miteinander in Einklang gebracht werden sollen.

25. Aber über *welche* Arbeitnehmer reden wir? Die Arbeitnehmer im Herkunftsland des Dienstleistungserbringers, die in das Bestimmungsland, in dem die Dienstleistung erbracht wird, *entsandt* werden, oder die Arbeitnehmer im Bestimmungsland? Nimmt man die Richtlinie beim Wort, sind es zweifellos die Arbeitnehmer im Herkunftsland¹⁹. Der jeder Form der Entsendung zugrunde liegende Gedanke ist somit folgender: Ein Arbeitnehmer sollte im Verhältnis zum Arbeitnehmer vor Ort persönlich keinen Einkommens- oder sonstigen das Arbeitsverhältnis betreffenden Verlust erleiden. Die Lebenshaltungskosten können höher sein als im Entsendemitgliedstaat. Deshalb gilt das Bestimmungslandprinzip, um jede mögliche Ungleichbehandlung abzumildern.

26. Lassen Sie uns nun einen Schritt zurückgehen und uns kurz vorstellen, dass keine Harmonisierung erfolgt sei, d. h., es gibt die Richtlinie 96/71 nicht, und dass Mitgliedstaat A Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat (B), die im Kontext des freien Dienstleistungsverkehrs in Mitgliedstaat A entsandt wurden, seinem Arbeitsrecht unterwerfen möchte. Dies würde zweifellos eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen. Wie könnte diese

¹⁵ Vgl. fünfter Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71. Vgl. überdies Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 20. März 2013, Norwegen/Jonsson, E-3/12, EFTA Ct. Rep., Rn. 58: „Die Richtlinie 96/71 soll *primär* den freien Dienstleistungsverkehr schützen und nicht die Arbeitnehmer.“ Hervorhebung nur hier.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Vgl. Erwägungsgründe 5 und 13 der Richtlinie 96/71.

¹⁸ Vgl. Tscherner, E. M., *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, Sellier European law publishers, München, 2012, S. 63. Vgl. auch Krebber, S., „Die Bedeutung von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz für das Arbeitskollisionsrecht“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, 2001, S. 22 bis 28, speziell S. 23 bis 24.

¹⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:291, Nr. 171) und Schlussanträge von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Kommission/Luxemburg (C-319/06, EU:C:2007:516, Nr. 33).

Beschränkung gerechtfertigt werden? Unter Berufung auf die Rechte der Arbeitnehmer aus Mitgliedstaat B?

27. In einer solchen Situation könnte man argumentieren, dass es schwer vorstellbar wäre, dass sich Mitgliedstaat A auf den zwingenden Grund des Schutzes der Rechte der Arbeitnehmer aus Mitgliedstaat B berufen könnte. Es wäre legitim, die Frage zu stellen, ob es wirklich Sache von Mitgliedstaat A – im Kontext der Entsendung als Teil der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs durch den Arbeitgeber – ist, zu wissen, was das Beste für die Arbeitnehmer aus Mitgliedstaat B ist. Ein solcher Ansatz könnte bevormundend oder gar anmaßend erscheinen. Überdies gibt es die heikle Frage der Zuständigkeit: Man könnte argumentieren, dass Mitgliedstaat A grundsätzlich nur in der Lage sein sollte, gewöhnlich in diesem Mitgliedstaat tätige Arbeitnehmer zu schützen, während die in einem anderen Mitgliedstaat (B) tätigen Arbeitnehmer, die – im Kontext der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs durch ihren Arbeitgeber – in Mitgliedstaat A entsandt werden, normalerweise nicht zu denen gehören sollten, die dieser Mitgliedstaat schützen kann²⁰.

28. Ich würde jedoch argumentieren, dass solche Bedenken zerstreut werden können und dass es überdies eine ständige Rechtsprechung gibt, wonach ein Mitgliedstaat den freien Dienstleistungsverkehr beschränken kann, um die Arbeitnehmer des Entsendemitgliedstaats zu schützen. Der Gerichtshof hat nämlich zu Sachverhalten sowohl vor als auch nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie 96/71²¹ entschieden, dass der „Schutz der Arbeitnehmer“²², „Gründe des Allgemeininteresses, die sich aus dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer ergeben“²³, oder der „soziale Schutz der Arbeitnehmer

²⁰ Außerdem sollten die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. 2008, L 177, S. 6, im Folgenden: Rom-I-Verordnung) im Auge behalten werden. Nach diesen Bestimmungen unterliegt ein Individualarbeitsvertrag dem von den Parteien gewählten Recht (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung) oder, mangels Rechtswahl, „dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet.“ Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung. Zum Wechselspiel zwischen dieser Verordnung und der Richtlinie 96/71 vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache Sähköalojen ammattiliitto (C-396/13, EU:C:2014:2236, Nrn. 50 und 51).

²¹ Die Richtlinie 96/71 musste bis zum 16. Dezember 1999 umgesetzt werden; vgl. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie.

²² Vgl. z. B. Urteile vom 15. März 2001, Mazzoleni und ISA (C-165/98, EU:C:2001:162, Rn. 27), vom 25. Oktober 2001, Finalarte u. a. (C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, EU:C:2001:564, Rn. 33), vom 24. Januar 2002, Portuguesa Construções (C-164/99, EU:C:2002:40, Rn. 20), und vom 12. Oktober 2004, Wolff & Müller (C-60/03, EU:C:2004:610, Rn. 35).

²³ Vgl. Urteil vom 3. Februar 1982, Seco und Desquenne & Giral (62/81 und 63/81, EU:C:1982:34, Rn. 10).

des Baugewerbes²⁴ Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können; dies impliziert, dass es um die Arbeitnehmer des Herkunfts-/Entsendemitgliedstaats geht und nicht um die Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaats.

29. Ein Paradigmenwechsel fand im Urteil *Laval un Partneri*²⁵ statt, in dem der Gerichtshof entschied, dass im „Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaats gegen ein etwaiges *Sozialdumping* ... ein zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegen kann, der grundsätzlich eine Beschränkung einer der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermag²⁶. Abgesehen davon, dass der Gerichtshof nicht näher definierte oder erläuterte, was unter „Sozialdumping“ zu verstehen ist, ist diese Rechtssache aus drei Gründen bemerkenswert. Erstens nimmt der Gerichtshof der Sache nach mit dem Begriff „Sozialdumping“ einen neuen zwingenden Grund des Allgemeininteresses in seine Rechtsprechung auf. Dies ist natürlich grundsätzlich ohne Weiteres möglich, da es keine erschöpfende Aufzählung der zwingenden Gründe gibt und es dem Gerichtshof freisteht, im Zuge gesellschaftlicher Entwicklungen neue Gründe anzuerkennen. Zweitens ist dieser neu aufgenommene zwingende Grund des Allgemeininteresses wirtschaftlicher Art, was im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs steht, wonach Ziele rein wirtschaftlicher Art keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen können, die eine Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen vermögen²⁷. Die Verhinderung von „Sozialdumping“ ähnelt nämlich eher dem wirtschaftlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung des Arbeitsfriedens, den der Gerichtshof nicht als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt hat²⁸. Drittens hat der Gerichtshof, methodisch betrachtet, nicht ausdrücklich gesagt, dass „Sozialdumping“ künftig einen neuen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen soll. Vielmehr hat er diesen neuen zwingenden Grund für den Aufnahmemitgliedstaat aus der bestehenden Rechtsprechung zum Schutz von Arbeitnehmern des Entsendemitgliedstaats abgeleitet. „Sozialdumping“ und der Schutz von Arbeitnehmern des Entsendemitgliedstaats sind jedoch zwei völlig verschiedene Dinge.

²⁴ Vgl. Urteile vom 28. März 1996, *Guiot* (C-272/94, EU:C:1996:147, Rn. 15), und vom 23. November 1999, *Arblade u. a.* (C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 51).

²⁵ Urteil vom 18. Dezember 2007 (C-341/05, EU:C:2007:809).

²⁶ Ebd., Rn. 103. Hervorhebungen nur hier.

²⁷ Vgl. z. B. Urteile vom 26. April 1988, *Bond van Adverteerders u. a.* (352/85, EU:C:1988:196, Rn. 34), vom 6. März 2018, *SEGRO und Horváth* (C-52/16 und C-113/16, EU:C:2018:157, Rn. 123), und vom 21. Mai 2019, *Kommission/Ungarn* (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen) (C-235/17, EU:C:2019:432, Rn. 121).

²⁸ Vgl. Urteil vom 5. Juni 1997, *SETTG* (C-398/95, EU:C:1997:282, Rn. 23).

30. Ich möchte hervorheben, dass ich das Erfordernis, Arbeitnehmer im Kontext des freien Dienstleistungsverkehrs zu schützen, voll und ganz verstehe und unterstütze und in keiner Weise in Frage zu stellen gedenke. Dagegen ist der Begriff „Sozialdumping“ mit Vorsicht zu genießen und eng auszulegen. Einem Binnenmarkt, der durch den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Produktionsfaktoren gekennzeichnet ist, wohnt die Gefahr inne, dass „Sozialdumping“ zu einem eher politischen als rechtlichen Begriff wird, auf den typischerweise in Wirtschaftsordnungen mit einer gut entwickelten Infrastruktur zurückgegriffen wird. Dabei besteht die Gefahr, dass in einseitiger Weise vor allem die Perspektive des Aufnahme(mitglied)staats berücksichtigt wird²⁹. Plakativ ausgedrückt: Was für manche „Sozialdumping“ ist, ist für andere schlicht „Beschäftigung“.

31. Wird das Konzept des „Sozialdumping“ dergestalt zu weit angewandt, würde dies auf nichts weniger als den Schutz der heimischen Industrie vor preisgünstigerem Wettbewerb aus einem anderen Mitgliedstaat hinauslaufen; ein solcher Schutz kann normalerweise im Unionsrecht keinen Bestand haben³⁰. Wie der Begriff „Dumping“ impliziert, muss eine negative Absicht bestehen, den Wettbewerb zu beseitigen – und nicht nur, von besseren Bedingungen zu profitieren. Das Erfordernis, „Sozialdumping“ zu verhindern, kann jedoch nicht gegen einen Dienstleistungserbringer verwendet werden, der schlicht die durch den Binnenmarkt gebotenen Möglichkeiten zu seinem wirtschaftlichen Vorteil nutzt – und dem seines Kunden, des Dienstleistungsempfängers³¹. Schließlich liegt dem Binnenmarkt der Grundsatz des komparativen Vorteils zugrunde³².

32. Um auf die Richtlinie 96/71 zurückzukommen: Ihr proklamiertes Ziel, entsandte Arbeitnehmer, d. h. die Arbeitnehmer des Herkunftsmitgliedstaats, zu schützen, scheint mir nur ein Teil der Wahrheit zu sein, denn die Richtlinie soll auch „Sozialdumping“ verhindern.

²⁹ Zum Begriff „Sozialdumping“ vgl. auch Ryszka, J., *Prawa społeczne pracowników a prawa pracodawców-przedsiębiorców na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, C. H. Beck, Warschau, 2018, S. 277 bis 278.

³⁰ Vgl. in diesem Sinne Krebber, S., a. a. O., S. 23 bis 24.

³¹ In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit entschieden hat, dass es „für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen [kann], wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit.“ Vgl. Urteil vom 9. März 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, Rn. 27).

³² Vgl. Müller-Graff, P.-Chr., „Die Verfassungsziele der Europäischen Union“, Rn. 113, in Dausen, M. A., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, EL 31*, C. H. Beck, München, 2016.

2. *Rechtsgrundlage und Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs*

33. Nach Art. 58 Abs. 1 AEUV gelten für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels (des Vertrags) über den Verkehr, d. h. von Titel VI des Dritten Teils des AEU-Vertrags³³. Dabei ist die Hauptrechtsgrundlage für die Umsetzung der Verkehrspolitik der Union, zu der der freie Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs gehört, Art. 91 AEUV³⁴. Ich habe an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass die rechtliche Folge von Art. 58 Abs. 1 AEUV darin besteht, dass der Vertrag im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs keine unmittelbare Wirkung hat³⁵. Diese rechtliche Folge ist weitreichend, denn sie führt dazu, dass sich Wirtschaftsteilnehmer vor nationalen Gerichten nicht auf die Art. 56 ff. AEUV berufen können³⁶. Die Anwendung der für den freien Dienstleistungsverkehr geltenden Grundsätze muss daher nach dem AEU-Vertrag durch die Verwirklichung einer gemeinsamen Verkehrspolitik erreicht werden³⁷. Sobald Harmonisierungsmaßnahmen erlassen wurden, sind sie natürlich im Licht von Art. 56 AEUV auszulegen³⁸.

34. Vor diesem Hintergrund hätte ich gedacht, dass die Harmonisierung von Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs, auch als Teil einer umfassenderen Harmonisierungsmaßnahme, auf Art. 91 AEUV gestützt werden müsse.

35. Die Richtlinie 96/71 beruht jedoch allein auf den Art. 53 Abs. 1 und 62 AEUV und nicht auch auf Art. 91 AEUV. Das Gleiche gilt für die Richtlinie 2014/67/EU³⁹. Die logische Schlussfolgerung daraus wäre, dass diese Richtlinien Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs nicht harmonisieren. Nebenbei bemerkt nimmt die auf den gleichen Rechtsgrundlagen wie die Richtlinien 96/71 und 2014/67 beruhende Richtlinie 2006/123, die sogenannte

³³ Art. 90 bis 100 AEUV.

³⁴ Vgl. Müller-Graff, P.-Chr., in R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, C. H. Beck, 3. Aufl., München, 2018, Artikel 58 AEUV, Rn. 1.

³⁵ Vgl. Urteil Parlament/Rat (13/83, EU:C:1985:220, Rn. 62 und 63).

³⁶ Vgl. meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen *Trijber und Harmsen* (C-340/14 und C-341/14, EU:C:2015:505, Nr. 27).

³⁷ Vgl. Urteil vom 7. November 1991, *Pinaud Wieger* (C-17/90, EU:C:1991:416, Rn. 7). Dies schließt jedoch eine unmittelbare Anwendung der Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassung nicht aus, vgl. Urteil vom 22. Dezember 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb* (C-338/09, EU:C:2010:814, Rn. 33).

³⁸ Vgl. auch Kainer, F., Persch, J., „Der Verkehr im Binnenmarktrecht: Sonderfall oder Dienstleistung? – Anstöße für eine Reform der Art. 90 ff. AEUV“, *Europarecht*, 2018, S. 33 bis 61, speziell S. 34.

³⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 („IMI-Verordnung“) (ABl. 2014, L 159, S. 11).

„Dienstleistungsrichtlinie“, Verkehrsdienstleistungen ausdrücklich aus⁴⁰. Meines Erachtens hat das den eben angegebenen Grund: Die Art. 53 Abs. 1 und 62 AEUV erstrecken sich offenbar nicht auf Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs.

36. Der Unionsgesetzgeber scheint jedoch auf einem anderen Standpunkt zu stehen. Zunächst schließt die Richtlinie 96/71 „Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine“ *expressis verbis* von ihrem Anwendungsbereich aus⁴¹. Ich werde auf diese Bestimmung später zurückkommen, aber ich kann bereits an dieser Stelle sagen, dass der Ausschluss von Unternehmen der Handelsmarine darauf schließen lässt, dass der Gesetzgeber andere Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs zumindest grundsätzlich einbeziehen wollte. In ähnlicher Weise nimmt die Richtlinie 2014/67 ganz selbstverständlich Bezug auf „mobile Arbeitnehmer im Transportgewerbe“⁴².

37. Wie dem auch sei: Während man nur spekulieren kann, weshalb Art. 91 AEUV nicht als Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinie 96/71 herangezogen wurde⁴³, werden Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs im Allgemeinen nicht als dem Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 entzogen angesehen. Ich möchte dies in den vorliegenden Schlussanträgen nicht in Frage stellen⁴⁴. Es scheint nämlich rechtlich allgemein anerkannt zu sein, dass Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs grundsätzlich unter die Richtlinie fallen.

3. *Im konkreten Fall: Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs?*

38. Gleichwohl möchte ich schon in diesem Stadium prüfen, ob die hier in Rede stehenden Dienstleistungen „Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs“ darstellen.

39. Wie oben bereits dargelegt, gelten nach Art. 58 Abs. 1 AEUV für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des

⁴⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123.

⁴¹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/71.

⁴² Vgl. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/67.

⁴³ Eine mögliche Erklärung ist, dass Art. 75 EG-Vertrag, der Vorgänger von Art. 91 AEUV, in der zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie 96/71, d. h. nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht am 1. November 1993, geltenden Fassung dem Verfahren der Zusammenarbeit nach Art. 189c EG-Vertrag unterlag, während Art. 57 Abs. 2 EG-Vertrag, der Vorgänger von Art. 53 Abs. 1 AEUV, dem Mitentscheidungsverfahren nach Art. 189b EG-Vertrag unterlag. Das erstgenannte, durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführte und später durch den Vertrag von Lissabon abgeschaffte Verfahren sah weniger Rechte für das Europäische Parlament vor als das letztgenannte. Vielleicht wollte der Gesetzgeber diese beiden Verfahren beim Erlass der Richtlinie 96/71 nicht nebeneinander anwenden.

⁴⁴ Derzeit gilt jedenfalls für die Art. 53 Abs. 1, 62 und 91 AEUV übereinstimmend das ordentliche Gesetzgebungsverfahren.

Titels (des Vertrags) über den Verkehr, d. h. von Titel VI des Dritten Teils des AEU-Vertrags⁴⁵.

40. Catering- und Reinigungsleistungen in einem Zug stellen eindeutig keine *Verkehrsdienstleistungen* in dem Sinne dar, dass Personen oder Gegenstände von A nach B befördert werden⁴⁶. Der Gerichtshof hat jedoch ausgeführt, dass der Begriff „Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs“ „nicht nur jede körperliche Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs umfasst, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer solchen Handlung verbunden ist“⁴⁷. Aufgrund dessen hat der Gerichtshof z. B. Tätigkeiten der technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen als „Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs“ eingestuft⁴⁸, da sie „eine vorgelagerte und unverzichtbare Bedingung für die Ausübung der Haupttätigkeit, nämlich den Transport“, sind⁴⁹.

41. Ich entnehme der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass Dienstleistungen, die ihrem Wesen nach eine (tatsächliche oder rechtliche) *conditio sine qua non* für Beförderungstätigkeiten sind, als Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs angesehen werden.

42. Dies lässt sich von den in Rede stehenden Dienstleistungen nicht sagen. Sie werden als Bordservices unabhängig von der Verkehrsleistung erbracht. Menschen essen und trinken überall, auch in Zügen. Räumlichkeiten müssen sauber gehalten werden, auch in Zügen. Das Anbieten von Speisen und Getränken und die Reinigung von Zügen sind reine Zusatzleistungen zur Beförderung. Oder, plakativ ausgedrückt, in einem Zug müssen keine Getränke angeboten werden, und ein Zug muss nicht gereinigt werden, damit die Beförderung stattfinden kann. Es ist allenfalls umgekehrt. Im Ergebnis bedeutet die bloße Tatsache, dass Speisen und Getränke in einem Beförderungsmittel angeboten werden und dass dieses Beförderungsmittel gereinigt wird, nicht, dass eine „Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs“ vorliegt.

⁴⁵ Art. 90 bis 100 AEUV.

⁴⁶ Zum Begriff „Verkehr“ vgl. auch meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen *Trijber und Harmsen* (C-340/14 und C-341/14, EU:C:2015:505, Nrn. 30 ff.).

⁴⁷ Vgl. Urteil vom 15. Oktober 2015, *Grupo Itevelesa u. a.* (C-168/14, EU:C:2015:685, Rn. 46), und Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache *Grupo Itevelesa u. a.* (C-168/14, EU:C:2015:351, Nr. 28). Vgl. auch Urteil vom 20. Dezember 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C-434/15, EU:C:2017:981, Rn. 41), und Gutachten 2/15 (Freihandelsabkommen EU-Singapur) vom 16. Mai 2017 (EU:C:2017:376, Rn. 61).

⁴⁸ Vgl. Urteil vom 15. Oktober 2015, *Grupo Itevelesa u. a.* (C-168/14, EU:C:2015:685, Rn. 50).

⁴⁹ Vgl. Urteil vom 15. Oktober 2015, *Grupo Itevelesa u. a.* (C-168/14, EU:C:2015:685, Rn. 47).

C. Zum Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 – Erste Frage

43. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71, insbesondere ihres Art. 1 Abs. 3 Buchst. a, Dienstleistungen wie die Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken, Bordservice oder Reinigungsleistungen durch die Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens mit Sitz im Entsendemitgliedstaat zur Erfüllung eines Vertrags mit einem Schienenverkehrsunternehmen mit Sitz im Aufnahmemitgliedstaat erfasst, wenn diese Dienstleistungen in internationalen Zügen, die auch durch den Aufnahmemitgliedstaat fahren, erbracht werden.

44. Die Auffassungen der Parteien lassen sich in drei Gruppen einteilen.

45. Nach der ersten, von Herrn Dobersberger sowie der ungarischen, der polnischen und der tschechischen Regierung vertretenen These fallen Bordservice und Reinigungsleistungen in Zügen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71. Die Gegenmeinung wird von der österreichischen, der französischen und der deutschen Regierung vertreten. Die dritte, von der Kommission vertretene Auffassung geht dahin, dass die Richtlinie 96/71 mit Ausnahme ihrer Bestimmungen über Mindestlohnsätze und Mindestjahresurlaub in ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und c auf die Erbringung von Dienstleistungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden anwendbar sei.

46. 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 gemäß Abs. 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden. In Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 wird hinzugefügt, dass sie Anwendung findet, wenn die in Abs. 1 genannten Unternehmen 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.

47. Der entscheidende Punkt bei der ersten Frage ist, ob die Arbeitnehmer „in das Hoheitsgebiet“ eines Mitgliedstaats, und zwar in das Hoheitsgebiet der Republik Österreich, entsandt werden.

48. Der Wortlaut von Art. 1 der Richtlinie 96/71 liefert meines Erachtens kein klares Ergebnis für das zu lösende Problem. Die fraglichen Arbeitnehmer befinden sich zwar während der Durchquerung von Österreich rechtlich und physisch im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats und unterliegen im Prinzip dessen Gerichtsbarkeit. Da sie sich jedoch physisch hauptsächlich im Zug aufhalten und in ihren Herkunftsmitgliedstaat zurückkehren, ist für mich schwer nachvollziehbar, dass sie wirklich „in das Hoheitsgebiet“ von Österreich entsandt

werden. Sie werden allenfalls „in das Hoheitsgebiet“ des Zuges entsandt, der dann eben Österreich durchquert.

49. Im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts ist nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch ihr Kontext und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, und insbesondere deren Entstehungsgeschichte⁵⁰.

50. Namentlich die österreichische Regierung hat vorgetragen, die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Dienstleistungen fielen unter die Richtlinie 96/71, weil diese nach ihrem Art. 1 Abs. 2 nicht für Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine gelte. Da die Richtlinie 96/71 diesen speziellen Tätigkeitssektor ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausnehme, müsse sie im Umkehrschluss für alle anderen gelten.

51. Ich könnte mich dieser Argumentation nur dann anschließen, wenn die Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/71 insoweit Aufschlüsse bieten würde. Dies ist aber leider nicht der Fall, da auch die Entstehungsgeschichte in diesem Punkt kein klares Ergebnis liefert.

52. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/71, der weder im ursprünglichen Vorschlag der Kommission⁵¹ enthalten war noch in der Stellungnahme des Parlaments in erster Lesung, wurde vom Rat in seinem Gemeinsamen Standpunkt⁵² zum geänderten Vorschlag der Kommission⁵³ hinzugefügt und blieb mit dem vom Rat vorgeschlagenen Wortlaut in der Richtlinie, bis sie erlassen wurde. Es ist kein Nachweis dafür ersichtlich, dass diese Ausnahme erschöpfend im Sinne eines Ausschlusses anderer möglicher Ausnahmen sein sollte⁵⁴.

⁵⁰ Vgl. z. B. Urteil vom 17. April 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁵¹ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Brüssel, 1. August 1991, KOM(91) 230 endg.

⁵² Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 32/96, vom Rat festgelegt am 3. Juni 1996 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 96/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1996, C 220, S. 1, Abschnitt III.2.1.b).

⁵³ Vgl. Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Brüssel, 15. Juni 1993, KOM(93) 225 endg.

⁵⁴ An diesem Punkt sollte hinzugefügt werden, dass es entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass die Kommission in ihrem ursprünglichen Vorschlag von 1991 „Mitglieder des nicht ortsfesten Personals von Unternehmen, die im internationalen Personen- und Güterverkehr zu Wasser, zu Land und in der Luft tätig sind“, ausnehmen wollte und auf deren Ausschluss in ihrem geänderten Vorschlag von 1993 verzichtete. Die von der deutschen Regierung angeführte Passage ist in Nr. 23 der Begründung des Richtlinienvorschlags von 1991 zu finden. Dagegen konzentriert sich die Begründung des

53. Herr Dobersberger trägt vor, sein Standpunkt, wonach der vorliegende Fall außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 96/71 liege, werde durch die Ausnahme bestätigt, die im Addendum zum Protokoll über die 1948. Tagung des Rates in Brüssel am 24. September 1996 (9916/96 ADD 1) vorgesehen sei. Nach diesem Addendum fielen Arbeitnehmer, die normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten tätig seien und zum fahrenden oder fliegenden Personal eines Unternehmens gehörten, das im eigenen Namen internationale Personen- oder Güterbeförderungen auf dem Schienen-, Land-, Luft- oder Wasserweg durchführe, nicht unter Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71. In solchen Fällen liege keine Entsendung vor. Diese Ausnahme könne nur so verstanden werden, dass nicht nur das Personal eines Beförderungsunternehmens, sondern auch das Personal eines Dienstleistungsunternehmens, das im gleichen Beförderungsmittel diverse Dienstleistungen erbringe, von der Ausnahme erfasst werde und somit vom Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 ausgenommen sei.

54. Es versteht sich von selbst, dass das Protokoll einer Ratstagung keinen normativen Charakter hat. Gleichwohl liefert es nützliche Anhaltspunkte für die Absicht und die Auffassung des Gesetzgebers und für die Auslegung der von ihm erlassenen Vorschriften. In dieser Hinsicht erscheint mir die Situation so klar, dass zwei Schlüsse zu ziehen sind: Erstens können nicht nur Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden, und zweitens passen mobile Arbeitnehmer im Sinne von Arbeitnehmern, die ihren Pflichten *in* Beförderungsmitteln nachgehen, nicht so recht in die logische Struktur der Richtlinie.

55. Sodann verweist die österreichische Regierung auf Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/67, der es den Mitgliedstaaten im Kontext der zur Gewährleistung einer wirksamen Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus den Richtlinien 2014/67 und 96/71 erwachsen, notwendigen Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen gestattet, die Pflicht zur Bereithaltung oder Verfügbarmachung von Dokumenten für mobile Arbeitnehmer im Transportgewerbe vorzusehen. Daraus leitet die österreichische Regierung ab, dass der grenzüberschreitende Schienenverkehr nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 ausgenommen sei.

56. Dieses Argument überzeugt mich für sich genommen nicht. Es wird nicht näher erläutert, was unter einem „mobilen Arbeitnehmer im Transportgewerbe“ zu verstehen ist oder wie weit dieser Begriff ist. Dies ist eine Auslegungsfrage. Die Tatsache, dass den Dienstleistungserbringern in Bezug auf mobile Arbeitnehmer im Transportgewerbe bestimmte Verwaltungsanforderungen auferlegt werden

geänderten Richtlinienvorschlags von 1993 wie üblich allein auf die Änderungen gegenüber dem Vorschlag von 1991. Da es keine entsprechende Änderung gab, bedurfte es in der Begründung keiner Erwähnung der Situation des nicht ortsfesten Personals. Man kann allenfalls sagen, dass sich an der Auffassung der Kommission zum nicht ortsfesten Personal während des Entwurfsstadiums der Richtlinie bis zu ihrem Erlass nichts änderte.

können, sagt deshalb nichts darüber aus, ob eine so spezielle Situation wie die hier in Rede stehende in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 fällt. Mit anderen Worten: Ob der hier in Rede stehende Fall unter die Richtlinie 96/71 fällt, ist eine Auslegungsfrage, die durch Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/67 nicht gänzlich geklärt wird.

57. Der Schlüssel zum Verständnis und zur Beantwortung der ersten Frage liegt in der Erkenntnis, dass die Situation „hochmobiler Arbeitnehmer“, um einen von der tschechischen Regierung in ihren Ausführungen verwendeten Begriff zu benutzen, nicht zur logischen Struktur der Richtlinie 96/71 passt. Die Situation hochmobiler Arbeitnehmer wie der hier in Rede stehenden unterscheidet sich deutlich von der anderer mobiler Arbeitnehmer.

58. Der Unterschied zwischen solchen hochmobilen Arbeitnehmern und anderen mobilen Arbeitnehmern besteht darin, dass ihr Arbeitsort in Wirklichkeit unerheblich ist. Es spielt keine Rolle, ob sich das Beförderungsmittel, in dem sie ihren Pflichten nachgehen, zu einem bestimmten Zeitpunkt gerade in Ungarn, Österreich oder Deutschland befindet. Anders ausgedrückt passt die gesamte Logik des Herkunfts- oder Entsendelands und des Bestimmungslands auf eine solche Situation nicht, da es kein Bestimmungsland gibt: Der Zug fährt in Budapest ab. Er kehrt nach Budapest zurück. Das Bestimmungsland ist allenfalls Ungarn selbst. Herkunfts- und Bestimmungsland stimmen überein. Für mich ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Situation der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall von der von Personen unterscheidet, die beispielsweise in der Budapester Straßenbahn arbeiten.

59. In diesem Kontext möchte ich darauf hinweisen, dass nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer gilt, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

60. In der mündlichen Verhandlung ist insbesondere von der ungarischen Regierung die Ansicht vertreten worden, dass es in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens gar nicht möglich sei, den Mitgliedstaat zu bestimmen, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer *normalerweise* arbeite, da die Situation in internationalen Zügen aus den oben geschilderten Gründen so speziell sei. So weit würde ich allerdings nicht gehen. Nach meinem Verständnis ist der normale Arbeitsort Ungarn. Hier und von hier aus beginnen die fraglichen Arbeitnehmer mit ihrer Arbeit, beladen die Züge, überwachen die Lagerbestände usw. Entscheidend ist, dass sie hier ihren (wirtschaftlichen) Lebensmittelpunkt haben. Hier zahlen sie für ihre Unterkunft und kaufen ihre Lebensmittel ein. Für sie sind daher allein die Lebenshaltungskosten in Ungarn maßgebend. Dass sie sich an manchen Arbeitstagen vorübergehend in Österreich befinden, hat keinen Einfluss auf ihre Lebenshaltungskosten.

61. Infolgedessen verpufft der gesamte Zweck der Richtlinie 96/71, so dass sie schlicht keine Rolle spielen sollte.

62. Abschließend möchte ich kurz auf das Vorbringen der Kommission eingehen, wonach die Richtlinie grundsätzlich Anwendung finde, aber wegen der Besonderheiten, die sich aus der hochmobilen Natur der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden grenzüberschreitenden Dienstleistungen ergäben, und wegen ihrer unzureichenden Verbindung zum Hoheitsgebiet des „Aufnahmemitgliedstaats“ die Anwendung von Mindestlohnsätzen und Vorschriften über den bezahlten Mindesturlaub nicht gerechtfertigt sei. Die Kommission leitet dies aus Art. 56 AEUV ab, in dessen Licht sie die Richtlinie auslegen möchte.

63. Ich stimme diesem Ansatz nicht zu.

64. Angesichts des oben geschilderten natürlichen Spannungsverhältnisses zwischen Art. 56 AEUV und der Richtlinie 96/71 würde eine Auslegung der Richtlinie im Licht des freien Dienstleistungsverkehrs die Sache komplizierter machen, statt zu ihrer Klärung beizutragen. Im Extremfall könnte eine solche À-la-carte-Anwendung der Richtlinie 96/71 im Licht von Art. 56 AEUV dazu führen, dass keine der Richtlinienbestimmungen Anwendung fände. Dies würde die Rechtssicherheit untergraben, denn die Richtlinie wurde gerade erlassen, um detailliert vorzuschreiben, was im Kontext der Entsendung von Arbeitnehmern erlaubt ist und was nicht.

65. Ich schlage daher vor, auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71 Dienstleistungen wie die Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken, Bordservice oder Reinigungsleistungen durch die Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens mit Sitz im Entsendemitgliedstaat zur Erfüllung eines Vertrags mit einem Schienenverkehrsunternehmen mit Sitz im Aufnahmemitgliedstaat nicht erfasst, wenn diese Dienstleistungen in internationalen Zügen, die auch durch den Aufnahmemitgliedstaat fahren, erbracht werden.

D. Zu Subauftragsketten – Zweite und dritte Frage

66. Da die Bestimmungen der Richtlinie 96/71 in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens keine Anwendung finden, sind die zweite und die dritte Frage hypothetischer Art und brauchen vom Gerichtshof nicht beantwortet zu werden – es sei denn, der Gerichtshof käme in Bezug auf die erste Frage zu einem anderen Ergebnis, und zwar dem, dass die Richtlinie 96/71 auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Dann müssten die Bestimmungen der Richtlinie, die Gegenstand der zweiten und der dritten Frage sind, geprüft werden.

67. Die zweite und die dritte Frage haben ein ähnliches Thema, denn beide betreffen Subauftragsketten und die Struktur vertraglicher Beziehungen in den verschiedenen Stadien der Entsendung von Arbeitnehmern.

1. *Zweite Frage*

68. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 den Fall erfasst, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat die Dienstleistungen nicht in Erfüllung eines Vertrags mit dem im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, dem die Dienstleistungen letztlich zugutekommen (Dienstleistungsempfänger), erbringt, sondern in Erfüllung eines Vertrags mit einem weiteren im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, das seinerseits in einem Vertragsverhältnis (Subauftragskette) mit dem Schienenverkehrsunternehmen steht.

69. Diese Frage ist vor dem Hintergrund des nationalen Rechts zur Umsetzung der Richtlinie 96/71 zu sehen. Das vorlegende Gericht ersucht indirekt um die Klärung der Frage, ob die Richtlinie korrekt in österreichisches Recht umgesetzt wurde.

70. Insoweit geht es insbesondere um die Wendung „im Rahmen eines Vertrags ...“, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem ... Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde“.

71. Wie oben geschildert, gibt es nämlich keinen Vertrag *zwischen* der ÖBB und Henry am Zug, sondern diese beiden Unternehmen sind stattdessen durch eine Kette von drei Verträgen miteinander verbunden: Es gibt einen Vertrag zwischen der ÖBB und D. (mit Sitz in Österreich) über Bordservices sowie die Zubereitung und den Verkauf von Speisen und Getränken in den Zügen der ÖBB, der von D. mittels Subaufträgen über H. (ein weiteres Unternehmen mit Sitz in Österreich) auf Henry am Zug (mit Sitz in Ungarn) überging.

72. Die Frage ist, ob dieses Geflecht von Subaufträgen dazu führt, dass der vorliegende Fall nicht unter Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 fällt.

73. Ich denke nicht.

74. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts haben alle in die Subauftragskette einbezogenen Unternehmen ihren Sitz in Österreich, dem Land, in das die Arbeitnehmer entsandt werden. Es kann daher keine Rolle spielen, ob die ÖBB, in deren Zügen die Arbeitnehmer ihre Dienstleistungen erbringen, oder ein anderes in Österreich tätiges Unternehmen einen Vertrag mit Henry am Zug geschlossen hat. Die Entsendung findet in jedem Fall im Rahmen eines Vertrags zwischen dem Entsendeunternehmen Henry am Zug und einem im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger statt.

75. Ob die ÖBB und Henry am Zug unmittelbar durch einen Vertrag miteinander verbunden sind oder über eine Kette von Verträgen, läuft auf das Gleiche hinaus. Für die Zwecke von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a gibt es einen Vertrag *zwischen* ihnen.

2. *Dritte Frage*

76. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 auch den Fall erfasst, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat keine eigenen Arbeitnehmer einsetzt, sondern Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens, die ihm noch im Entsendemitgliedstaat überlassen wurden.

77. Auch diese Frage ist vor dem Hintergrund des nationalen Rechts zur Umsetzung der Richtlinie 96/71 zu sehen. Das vorlegende Gericht ersucht wiederum indirekt um die Klärung der Frage, ob die Richtlinie korrekt in österreichisches Recht umgesetzt wurde.

78. Diesmal möchte das vorlegende Gericht Klarheit über die Auslegung der Wendung „sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“ erhalten.

79. Wie oben geschildert, greift Henry am Zug zum Teil auf eigene Arbeitnehmer zurück und zum Teil auf Arbeitnehmer einer anderen Gesellschaft. Das vorlegende Gericht nimmt an, dass dies mangels eines grenzüberschreitenden Elements nicht unter Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 fällt. Die Überlassung fand nämlich in Ungarn statt⁵⁵.

80. Es trifft zu, dass der Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 eindeutig zu sein scheint, da mit klaren Worten („sofern“)⁵⁶ „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer“ verlangt wird. Dies würde auf eine Auslegung hindeuten, wonach diese Arbeitnehmer, die nicht unmittelbar bei Henry am Zug selbst beschäftigt sind, nicht unter Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 fielen⁵⁷.

81. Auch wenn der Wortlaut dieser Bestimmung eindeutig erscheinen mag, schlage ich dem Gerichtshof gleichwohl vor, eine über ihn hinausgehende Betrachtung anzustellen. Meines Erachtens kann es keinen Zweifel an der Anwendbarkeit der Richtlinie 96/71 geben, und zwar aus folgenden Gründen.

⁵⁵ Die insbesondere von der deutschen Regierung vertretene Gegenansicht hebt hervor, dass Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 nicht nur auf den Sitz eines Unternehmens (Ungarn im Fall von Henry am Zug) Bezug nehme, sondern alternativ auch auf das Gebiet, in dem ein Unternehmen tätig sei (was – da es eine Kette von Verträgen gibt – im Fall von Henry am Zug Österreich sein könnte). Welcher dieser beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, da dies nicht Teil der Frage des vorlegenden Gerichts ist.

⁵⁶ Das vorlegende Gericht spricht in diesem Zusammenhang von einer *conditio sine qua non*.

⁵⁷ Meines Erachtens kann aus der Tatsache, dass in Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 die Begriffe „Vertrag“ und „Arbeitsverhältnis“ verwendet werden, nicht geschlossen werden, dass „Arbeitsverhältnis“ keinen Rechtsbegriff darstelle. Das Wort „Arbeitsverhältnis“ kennzeichnet nämlich ein förmliches Rechtsverhältnis zwischen einem Unternehmen und einem Arbeitnehmer.

82. Betrachtet man Inhalt und Zweck der Richtlinie 96/71, ist es für die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs irrelevant, ob ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen selbst Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsendet oder ob dies indirekt geschieht, indem sie einem anderen Unternehmen überlassen werden. In beiden Fällen wird eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbracht, die in den Anwendungsbereich von Art. 56 AEUV fällt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 sollte deshalb dahin ausgelegt werden, dass sie sich auf alle dem freien Dienstleistungsverkehr unterliegenden vorübergehenden Entsendungen erstreckt. Wie oben dargelegt, soll die Richtlinie 96/71 u. a. ein „faïres“ Gleichgewicht zwischen der freien Ausübung des Dienstleistungsverkehrs durch Entsendeunternehmen einerseits und dem sozialen Schutz entsandter Arbeitnehmer andererseits gewährleisten. Für das Erfordernis, entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmeland in den Genuss eines Mindestmaßes genau definierter Schutzvorschriften kommen zu lassen, spielt es keine Rolle, ob der Arbeitnehmer unmittelbar von seinem Arbeitgeber in ein Aufnahmeland entsandt wird oder von einem Unternehmen, dem er überlassen wurde⁵⁸.

83. Ich schlage daher vor, auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 auch den Fall erfasst, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat keine eigenen Arbeitnehmer einsetzt, sondern Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens, die ihm noch im Entsendemitgliedstaat überlassen wurden.

E. Zu Art. 56 AEUV – Vierte Frage

84. Mit seiner vierten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 56 AEUV einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Unternehmen, die Arbeitskräfte in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zur Erbringung einer Dienstleistung entsenden, die Einhaltung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 und die Einhaltung begleitender Verpflichtungen (wie insbesondere jene zur Erstattung einer Meldung betreffend die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften an eine Behörde des Aufnahmemitgliedstaats und jene zur Bereithaltung von Unterlagen über die Höhe der Entlohnung und über die Anmeldung zur Sozialversicherung dieser Arbeitskräfte) zwingend auch für Fälle vorschreibt, in denen

- erstens die grenzüberschreitend entsandten Arbeitskräfte zum fahrenden Personal eines grenzüberschreitend tätigen Schienenverkehrsunternehmens oder eines Unternehmens gehören, das typische Dienstleistungen eines Schienenverkehrsunternehmens (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken; Bordservice) in dessen die Grenzen der Mitgliedstaaten überquerenden Zügen erbringt,

⁵⁸ Diese Auslegung wird überdies bestätigt durch das Urteil vom 14. November 2018, Danieli & C. Officine Meccaniche u. a. (C-18/17, EU:C:2018:904, Rn. 30 ff.).

- zweitens der Entsendung entweder überhaupt kein Dienstleistungsvertrag oder zumindest kein Dienstleistungsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger zugrunde liegt, weil die Leistungspflicht des entsendenden Unternehmens gegenüber dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger im Wege von Subaufträgen (einer Unterauftragskette) begründet wird, und
- drittens der entsandte Arbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen steht, sondern in einem Arbeitsverhältnis zu einem Drittunternehmen, das seine Arbeitnehmer dem entsendenden Unternehmen noch im Mitgliedstaat des Sitzes des entsendenden Unternehmens überlassen hat.

85. Diese Frage ist „unabhängig“ von den Antworten auf die ersten drei Fragen gestellt worden. Bei meiner Analyse der ersten Frage bin ich zu dem Ergebnis gekommen, dass die Richtlinie 96/71 im vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Dementsprechend werde ich meine Würdigung der vierten Frage auf die Alternative beschränken, dass die Richtlinie 96/71 nicht anwendbar ist.

86. Bevor ich mich der Prüfung von Art. 56 AEUV zuwende, möchte ich klarstellen, dass der Prüfungsmaßstab in der Tat Art. 56 AEUV ist und nicht die Richtlinie 2006/123.

1. Zur Richtlinie 2006/123

87. Nach ihrem Art. 1 Abs. 6 berührt die Richtlinie 2006/123 nicht das Arbeitsrecht, d. h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz, und über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Unionsrechts angewandt werden.

88. Wie der Gerichtshof entschieden hat, unterscheidet Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2006/123 „nicht zwischen Vorschriften des materiellen Arbeitsrechts und Vorschriften, die die Maßnahmen zur Durchsetzung des materiellen Arbeitsrechts regeln oder die die Wirksamkeit von Sanktionen im Fall seiner Nichtbeachtung gewährleisten“⁵⁹.

89. Vor diesem Hintergrund kann meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen, dass die fragliche Maßnahme von dieser Bestimmung erfasst wird und daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123 fällt⁶⁰.

⁵⁹ Vgl. Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik (C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 32).

⁶⁰ Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2006/123 im Licht ihres 14. Erwägungsgrundes – wie Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der

2. *Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs*

90. Art. 56 AEUV verlangt bekanntlich nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung von Dienstleistungserbringern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistungserbringer und für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten eines Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen⁶¹.

91. Würde von einem Unternehmen verlangt, die fraglichen österreichischen Maßnahmen einzuhalten, würde dies zweifellos eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne dieser Definition darstellen. Die Tätigkeit von Henry am Zug würde nämlich im Verhältnis zu ihren Tätigkeiten in Ungarn weniger attraktiv gemacht.

92. In diesem Zusammenhang sollte hervorgehoben werden, dass der Gerichtshof die folgenden nationalen Maßnahmen als Beschränkung im Sinne von Art. 56 AEUV eingestuft hat: nationale Maßnahmen, wonach Dienstleistungserbringer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, die ihre Belegschaft, bestehend aus legal in diesem anderen Mitgliedstaat wohnenden und arbeitenden Staatsangehörigen eines Drittstaats, entsenden möchten, Arbeitserlaubnisse einholen müssen⁶², Visaerfordernisse und Vorabkontrollen von Drittstaatsangehörigen im Kontext der Entsendung⁶³ und insbesondere eine österreichische Maßnahme, wonach die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat voraussetzt, dass dieses Unternehmen über eine „EU-Entsendebestätigung“ verfügt⁶⁴. Keiner der drei angeführten Fälle fiel unter die Richtlinie 96/71, da die

Rechtssache Čepelnik (C-33/17, EU:C:2018:311, Nrn. 50 und 53) zutreffend ausgeführt hat – nicht festlegt, „dass das Gebiet des Arbeitsrechts insgesamt vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen ist“, und dass diese Richtlinie „den Mitgliedstaaten somit keineswegs einen Freibrief für eine Anwendung ihres Arbeitsrechts ohne Rücksicht auf mögliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt [gibt], sondern ... nur eine beschränkte Ausnahme vor[sieht]“.

⁶¹ Dies ist ständige Rechtsprechung. Vgl. z. B. Urteile vom 17. Juli 2008, Kommission/Frankreich (C-389/05, EU:C:2008:411, Rn. 57), und vom 9. August 1994, Vander Elst (C-43/93, EU:C:1994:310, Rn. 14). Die Ursprünge dieser Rechtsprechung lassen sich zurückverfolgen bis zum Urteil vom 25. Juli 1991, Säger (C-76/90, EU:C:1991:331, Rn. 12), oder sogar bis zum Urteil vom 3. Dezember 1974, van Binsbergen (33/74, EU:C:1974:131, Rn. 10 und 11).

⁶² Vgl. Urteil vom 21. Oktober 2004, Kommission/Luxemburg (C-445/03, EU:C:2004:655, Rn. 23).

⁶³ Vgl. Urteil vom 19. Januar 2006, Kommission/Deutschland (C-244/04, EU:C:2006:49, Rn. 35).

⁶⁴ Vgl. Urteil vom 21. September 2006, Kommission/Österreich (C-168/04, EU:C:2006:595, Rn. 42).

Entsendung von Drittstaatsangehörigen für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen nicht auf Unionsebene harmonisiert worden war⁶⁵.

3. *Rechtfertigung?*

93. Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung können solche nationalen Rechtsvorschriften jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie auf einem zwingenden Grund⁶⁶ des Allgemeininteresses beruhen (d. h., ein Rechtfertigungsgrund vorliegt) und dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistungserbringer in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (d. h., verhältnismäßig sind)⁶⁷.

94. Die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die von der Republik Österreich als Rechtfertigung für die in Lohnkontrollen bestehende Beschränkung und die Verpflichtung, Entsendungen zu melden sowie Sozialversicherungs- und Lohnunterlagen bereitzuhalten, angeführt worden sind – Schutz der Arbeitnehmer⁶⁸, Verhinderung unlauteren Wettbewerbs⁶⁹ und Betrugsbekämpfung –, hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung als solche anerkannt.

95. Wie sich nämlich aus Rechtssachen wie *Seco* und *Desquenne & Giral*⁷⁰, *Rush Portuguesa*⁷¹, *Guiot*⁷² und *Arblade u. a.*⁷³ ergibt, können die Mitgliedstaaten mangels Harmonisierung z. B. Dienstleistungserbringer, die zur Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer beschäftigen, dazu verpflichten, diesen

⁶⁵ Vgl. z. B. Urteil vom 21. September 2006, *Kommission/Österreich* (C-168/04, EU:C:2006:595, Rn. 38).

⁶⁶ Bisweilen spricht der Gerichtshof von zwingenden „Erfordernissen“ statt „Gründen“. Der Einfachheit halber werde ich durchgängig den Begriff „Gründe“ verwenden, zumal mir dies der nunmehr üblicherweise – auch vom Unionsgesetzgeber, vgl. z. B. Art. 4 Nr. 8 der Richtlinie 2006/123 – verwendete Begriff zu sein scheint.

⁶⁷ Vgl. Urteile vom 23. November 1999, *Arblade u. a.* (C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 34 und 35), vom 24. Januar 2002, *Portugaia Construções* (C-164/99, EU:C:2002:40, Rn. 19), und vom 21. September 2006, *Kommission/Österreich* (C-168/04, EU:C:2006:595, Rn. 37).

⁶⁸ Vgl. Urteil vom 23. November 1999, *Arblade u. a.* (C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 80).

⁶⁹ Vgl. Urteil vom 12. Oktober 2004, *Wolff & Müller* (C-60/03, EU:C:2004:610, Rn. 41).

⁷⁰ Urteil vom 3. Februar 1982 (62/81 und 63/81, EU:C:1982:34, Rn. 14).

⁷¹ Urteil vom 27. März 1990 (C-113/89, EU:C:1990:142, Rn. 18).

⁷² Urteil vom 28. März 1996 (C-272/94, EU:C:1996:147, Rn. 15).

⁷³ Urteil vom 23. November 1999 (C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 41).

Arbeitnehmern das im Aufnahmemitgliedstaat bestehende Mindestentgelt zu zahlen, auch wenn die Arbeitnehmer nur vorübergehend im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätig sind und unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist⁷⁴. Die Mitgliedstaaten können solche Vorschriften auch durchsetzen.

96. Wie schon bei meiner Analyse im Kontext der ersten Frage angesprochen, läuft eine solche Rechtsprechung *de facto* darauf hinaus, Dienstleistungserbringer und ihre Beschäftigten zu verpflichten, sich vorübergehend im Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen. Dadurch wird der freie Dienstleistungsverkehr mitsamt des Herkunftslandprinzips erheblich eingeschränkt.

97. Dessen ungeachtet bliebe, wenn man im vorliegenden Fall im Einklang mit der oben genannten Rechtsprechung zu dem Ergebnis käme, dass es stichhaltige zwingende Gründe des Allgemeininteresses gibt, auf die sich die Republik Österreich berufen kann, noch die Frage, ob die getroffenen Maßnahmen in angemessenem Verhältnis zur Erreichung der verfolgten Ziele stehen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist letztlich Sache des vorlegenden Gerichts.

98. Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen scheinen mir die in Rede stehenden Maßnahmen jedoch nicht nach Art. 56 AEUV gerechtfertigt zu sein.

99. Man muss dabei, wie es das vorlegende Gericht in seiner Frage getan hat, zwischen den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer und den begleitenden Verpflichtungen unterscheiden.

100. Erstens scheinen mir die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, d. h. Vorschriften über das Entgelt⁷⁵, den Urlaub usw., schwer zu rechtfertigen zu sein, gerade wegen der fehlenden Verbindung zum österreichischen Hoheitsgebiet.

101. Infolgedessen verpufft auch der gesamte Zweck der begleitenden Verpflichtungen, so dass sie schwer zu rechtfertigen sind. Mit den fraglichen österreichischen Rechtsvorschriften wird einem Arbeitgeber eine ganze Reihe von Verpflichtungen auferlegt. Während ich gegen das Erfordernis, Unterlagen über die Anmeldung eines Arbeitnehmers zur Sozialversicherung bereitzuhalten, nichts einzuwenden habe, halte ich folgende Verpflichtungen für problematisch: die Pflicht der Arbeitgeber, die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme zu melden (erste Verpflichtung), und die Pflicht der Arbeitgeber, in deutscher Sprache am Arbeits- oder Einsatzort (i) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Lohnzettel, (ii) Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und

⁷⁴ Vgl. Urteil vom 3. Dezember 2014, De Clercq u. a. (C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁷⁵ Vgl. § 7b AVRAG.

Unterlagen betreffend dielohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts bereitzuhalten (zweite Verpflichtung).

102. Was die erste Verpflichtung angeht, ist für mich nicht ersichtlich, warum Arbeitgeber eine Woche im Voraus melden sollen, wer entsandt wird, und was die zweite Verpflichtung angeht, meine ich, dass es, wenn die fraglichen Arbeitnehmer zu ungarischen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen tätig sein können, nicht Sache der österreichischen Behörden ist, die Einhaltung dieser Bedingungen zu überprüfen.

103. Ich schlage daher vor, auf die vierte Frage zu antworten, dass Art. 56 AEUV einer nationalen Maßnahme wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, nach der die Entsendung von Arbeitnehmern nur möglich ist, wenn begleitende Verpflichtungen eingehalten werden, entgegensteht.

V. Ergebnis

104. Ich schlage dem Gerichtshof deshalb vor, die vom Verwaltungsgerichtshof (Österreich) zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen erfasst Dienstleistungen wie die Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken, Bordservice oder Reinigungsleistungen durch die Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens mit Sitz im Entsendemitgliedstaat zur Erfüllung eines Vertrags mit einem Schienenverkehrsunternehmen mit Sitz im Aufnahmemitgliedstaat nicht, wenn diese Dienstleistungen in internationalen Zügen, die auch durch den Aufnahmemitgliedstaat fahren, erbracht werden.

Art. 56 AEUV steht einer nationalen Regelung entgegen, die den Unternehmen, die Arbeitskräfte in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zur Erbringung einer Dienstleistung entsenden, die Einhaltung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 und die Einhaltung begleitender Verpflichtungen (wie insbesondere jene zur Erstattung einer Meldung betreffend die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften an eine Behörde des Aufnahmemitgliedstaats und jene zur Bereithaltung von Unterlagen über die Höhe der Entlohnung und über die Anmeldung zur Sozialversicherung dieser Arbeitskräfte) zwingend auch für Fälle vorschreibt, in denen

- erstens die grenzüberschreitend entsandten Arbeitskräfte zum fahrenden Personal eines grenzüberschreitend tätigen Schienenverkehrsunternehmens oder eines Unternehmens gehören, das typische Dienstleistungen eines Schienenverkehrsunternehmens (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und

Getränken; Bordservice) in dessen die Grenzen der Mitgliedstaaten überquerenden Zügen erbringt,

- zweitens der Entsendung entweder überhaupt kein Dienstleistungsvertrag oder zumindest kein Dienstleistungsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger zugrunde liegt, weil die Leistungspflicht des entsendenden Unternehmens gegenüber dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger im Wege von Subaufträgen (einer Unterauftragskette) begründet wird, und
- drittens der entsandte Arbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen steht, sondern in einem Arbeitsverhältnis zu einem Drittunternehmen, das seine Arbeitnehmer dem entsendenden Unternehmen noch im Mitgliedstaat des Sitzes des entsendenden Unternehmens überlassen hat.