

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Ausländerrecht

Rechtsquelle/n:

AufenthG	§ 6 Abs. 3, § 18
BeschV	§ 21
AEUV	Art. 49 ff., Art. 56 ff.

Titelzeile:

"Vander Elst-Visum" für einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer zur Erbringung einer Dienstleistung durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU

Stichworte:

Drittstaatsangehöriger; Visum; "Vander Elst-Visum"; Dienstleistungsfreiheit; Niederlassungsfreiheit; Arbeitnehmer; Entsendung; Niederlassung; Dienstleistung.

Leitsätze:

1. Die Erteilung eines Visums an einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer nach § 6 Abs. 3, § 18 AufenthG i.V.m. § 21 BeschV und den Grundsätzen der Vander Elst-Rechtsprechung des EuGH (sog. "Vander Elst-Visum") kommt nur zur Erbringung einer Dienstleistung durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU in Betracht.
2. Der unionsrechtliche Begriff der Dienstleistung umfasst nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH in Abgrenzung zum Niederlassungsrecht alle Dienstleistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat nicht in stabiler und kontinuierlicher Weise, sondern nur vorübergehend erbracht werden (vgl. u.a. EuGH, Urteile vom 11. Dezember 2003 - C-215/01, Schnitzer - Rn. 27 und vom 19. Juli 2012 - C-470/11, SIA Garkalns - Rn. 27).
3. Die Prüfung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien den für eine Dienstleistung erforderlichen vorübergehenden Charakter aufweist, obliegt den nationalen Gerichten (EuGH, Urteile vom 11. Dezember 2003 - C-215/01, Schnitzer - Rn. 33 und vom 19. Juli 2012 - C-470/11, SIA Garkalns - Rn. 30 f.).

Beschluss des 1. Senats vom 20. Juni 2019 - BVerwG 1 B 10.19



- I. VG Berlin vom 14. Februar 2017
Az: VG 15 K 193.16 V
- II. OVG Berlin-Brandenburg vom 9. November 2018
Az: OVG 6 B 10.17



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 1 B 10.19
OVG 6 B 10.17

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 20. Juni 2019

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Fricke und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Fleuß

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der
Revision im Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-
Brandenburg vom 9. November 2018 wird zurückgewie-
sen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf
5 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Das Verfahren betrifft die Erteilung eines Visums nach § 6 Abs. 3, § 18 AufenthG i.V.m. § 21 BeschV und den Grundsätzen der Vander Elst-Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) an einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer zur Erbringung einer Dienstleistung durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (sog. "Vander Elst-Visum"). Der Kläger ist ukrainischer Staatsangehöriger. Sein auf die Vander Elst-Rechtsprechung des EuGH gestützter Visumantrag wurde von der Botschaft der Beklagten in Warschau mit der Begründung abgelehnt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines "Vander Elst-Visums" nicht vorlägen, weil die geplante Entsendung des Klägers nach Deutschland nicht zur Erbringung einer Dienstleistung der in Polen ansässigen Beigeladenen erfolge. Die hiergegen erhobene und inzwischen als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführte Klage hat in der Berufungsinstanz keinen Erfolg gehabt. Das Oberverwaltungsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass nach den in der Rechtsprechung des EuGH aufgestellten Grundsätzen keine vorübergehende

Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung einer Dienstleistung im Sinne von Art. 56, 57 AEUV vorliege.

II

- 2 Die Revision ist nicht wegen der mit der Beschwerde allein geltend gemachten grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.
- 3 1. Einer Rechtssache kommt im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie eine für die erstrebte Revisionsentscheidung entscheidungserhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder im Interesse der Rechtsfortbildung revisionsgerichtlicher Klärung bedarf. Soll die grundsätzliche Bedeutung - wie hier - aus der Klärungsbedürftigkeit von Unionsrecht und der Notwendigkeit, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, hergeleitet werden, ist darzulegen, dass in dem erstrebten Revisionsverfahren zur Auslegung einer entscheidungsrelevanten unionsrechtlichen Regelung voraussichtlich eine Vorabentscheidung einzuholen sein wird und keine hinreichenden Gründe vorliegen, die die Einholung einer Vorabentscheidung entbehrlich erscheinen lassen (BVerwG, Beschlüsse vom 8. Juni 2006 - 6 B 22.06 - Buchholz 442.066 § 78 TKG Nr. 1 Rn. 6 f. und vom 10. September 2018 - 1 B 51.18, 1 PKH 40.18 - juris Rn. 3).
- 4 Daran gemessen kommt die Zulassung der Revision nicht in Betracht. Die Beschwerde regt zwar - im Einklang mit der Beklagten - eine Vorlage an den EuGH an zur Klärung der Frage,

ob Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass es der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, das einen bei ihm ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer im Voraus befristet für mehrere Monate zur Ausführung eines Werkvertrags mit Laufzeit von zwei Jahren in einen anderen Mitgliedstaat entsenden möchte, nicht entgegensteht, wenn das Unternehmen mit dem gleichen Auftraggeber bereits vorher mehrfach jeweils zeitlich befristete Werkverträge mit gleicher Laufzeit über vergleichbare Arbeiten ausgeführt hat, zur Ausführung dieser Tätigkeiten ausschließlich entsandte Arbeitnehmer eingesetzt hat und es sich

bei den Vertragsparteien um selbständige Unternehmen der gleichen Unternehmensgruppe handelt.

- 5 Dem Vorbringen im Beschwerdeverfahren zu dieser auf einen konkreten Einzelfall bezogenen Frage ist aber nicht die voraussichtliche Notwendigkeit zur Einholung einer Vorabentscheidung nach Art. 267 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung von 2008 (ABl. C 115 S. 47) - AEUV - in einem zukünftigen Revisionsverfahren zu entnehmen. Allein der Umstand, dass die Beschwerde der Auffassung ist, dass unter den hier gegebenen Umständen möglicherweise die Dienstleistungsfreiheit zur Anwendung komme, begründet keine Vorlagepflicht. Nach ständiger Rechtsprechung ist der EuGH nicht zur Entscheidung über die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Unionsrecht befugt. Er kann dem vorliegenden Gericht nur Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die Frage der Vereinbarkeit für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu beurteilen (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94 [ECLI:EU:C:1995:411], Gebhard - Rn. 19).
- 6 a) Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist in der Rechtsprechung des EuGH - auch für die vorliegende Fallkonstellation - hinreichend geklärt.
- 7 Hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 ff. AEUV (früher: Art. 49 ff. EG-Vertrag) in Abgrenzung zum Niederlassungsrecht in Art. 49 ff. AEUV (früher: Art. 43 ff. EG-Vertrag) ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit entweder der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit unterfällt (EuGH, Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94 - Rn. 20) und die Vorschriften über die Dienstleistungen gegenüber denen über das Niederlassungsrecht subsidiär sind, weil für die Dienstleistungsfreiheit schon nach dem Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 AEUV erforderlich ist, dass der Erbringer und der Empfänger der betreffenden Dienstleistung in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten "ansässig" sind und weil nach Art. 57 AEUV die Vorschriften über die Dienstleistungen nur Anwendung finden, wenn die Vorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anwendbar sind ("unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit"; vgl. EuGH, Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94 - Rn. 22; s.a. Urteile vom

12. Dezember 1996 - C-3/95 [ECLI:EU:C:1996:487], Reisebüro Broede - Rn. 19, vom 11. Dezember 2003 - C-215/01 [ECLI:EU:C:2003:662], Schnitzer - Rn. 26 und vom 11. März 2010 - C-384/08 [ECLI:EU:C:2010:133], Attanasio - Rn. 39).

- 8 Das Niederlassungsrecht kann sowohl juristischen als auch natürlichen Personen zustehen, die Angehörige eines Mitgliedstaats der EU sind. Es umfasst grundsätzlich die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten jeder Art, die Gründung und Leitung von Unternehmen und die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Hoheitsgebiet jedes anderen Mitgliedstaats. Folglich kann eine Person in mehreren Mitgliedstaaten niedergelassen sein. Der unionsrechtliche Begriff der Niederlassung ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ein sehr weiter Begriff, der für Angehörige eines Mitgliedstaats die Möglichkeit impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Union im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird (EuGH, Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94 - Rn. 23 bis 25; s.a. Urteile vom 12. Dezember 1996 - C-3/95 - Rn. 20, vom 14. September 2006 - C-386/04 [ECLI:EU:C:2006:568], Stauffer - Rn. 18, vom 11. Oktober 2007 - C-451/05 [ECLI:EU:C:2007:594], ELISA - Rn. 59, vom 11. März 2010 - C-384/08 - Rn. 36 und vom 26. Oktober 2010 - C-97/09 [ECLI:EU:C:2010:632], Schmelz - Rn. 37). Hierfür bedarf es der tatsächlichen Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit (EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991 - C-221/89 [ECLI:EU:C:1991:320], Factortame - Rn. 20; s.a. Urteile vom 12. September 2006 - C-196/04 [ECLI:EU:C:2006:544], Cadbury Schweppes - Rn. 54 und vom 22. November 2018 - C-625/17 [ECLI:EU:C:2018:939], Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG - Rn. 35). Eine ständige Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat muss nicht die Form einer Zweigniederlassung oder Agentur angenommen haben (EuGH, Urteile vom 11. Oktober 2007 - C-451/05, - Rn. 59 und vom 8. September 2010 - C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 [ECLI:EU:C:2010:504], Stoß u.a. - Rn. 59); sie muss sich aber auf der Grundlage objektiver und nachprüfbarer Anhaltspunkte feststellen lassen, die sich u.a. auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins in Form von Geschäfts-

räumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen (EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2010 - C-97/09 - Rn. 38).

- 9 Dagegen sehen die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen für den Fall, dass sich der Erbringer einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begibt, vor, dass dieser seine Tätigkeit dort vorübergehend ausübt (vgl. Art. 57 Abs. 3 AEUV; früher: Art. 50 Abs. 3 EG-Vertrag). Soweit die Leistungserbringung in diesem Mitgliedstaat nicht stabil und kontinuierlich ist, sondern vorübergehend bleibt, fällt dies weiterhin unter die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen (EuGH, Urteile vom 13. Februar 2003 - C-131/01 [ECLI:EU:C:2003:96], Kommission/Italien - Rn. 23 und vom 11. Dezember 2003 - C-215/01 - Rn. 27). Diese erfassen alle Dienstleistungen, die nicht in stabiler und kontinuierlicher Weise von einem Berufsdomizil/einer Niederlassung im Empfängermitgliedstaat aus angeboten werden (EuGH, Urteile vom 29. April 2004 - C-171/02 [ECLI:EU:C:2004:270], Kommission/Portugal - Rn. 25, vom 10. Mai 2012 - C-357/10 bis 359/10 [ECLI:EU:C:2012:283], Duomo Gpa u.a. - Rn. 31 und vom 19. Juli 2012 - C-470/11 [ECLI:EU:C:2012:505], SIA Garkalns - Rn. 27). Dabei kommt es nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH für den vorübergehenden Charakter der Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat nicht nur auf die Dauer der Leistung, sondern auch auf ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität an und schließt der vorübergehende Charakter der Leistung für den Dienstleistenden nicht die Möglichkeit aus, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94 - Rn. 26 f.; s.a. Urteile vom 12. Dezember 1996 - C-3/95 - Rn. 21 und vom 11. Dezember 2003 - C-215/01 - Rn. 28). Der Begriff "Dienstleistung" kann somit Dienstleistungen ganz unterschiedlicher Art umfassen, einschließlich solcher, deren Erbringung sich über einen längeren Zeitraum, bis hin zu mehreren Jahren, erstreckt, z.B., wenn es sich um Dienstleistungen handelt, die im Rahmen eines Großbauprojekts erbracht werden. Auch Leistungen, die ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Wirtschaftsteilnehmer mehr oder weniger häufig oder regelmäßig, auch über einen längeren Zeitraum, für Personen erbringt, die in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, können Dienstleistungen sein,

etwa die entgeltliche Beratung oder Auskunftserteilung. Das Unionsrecht enthält keine Vorschrift, die eine abstrakte Bestimmung der Dauer oder Häufigkeit ermöglicht, ab der die Erbringung einer Dienstleistung oder einer bestimmten Art von Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr als eine Dienstleistung angesehen werden kann. Folglich reicht allein die Tatsache, dass ein in einem Mitgliedstaat niedergelassener Wirtschaftsteilnehmer gleiche oder ähnliche Dienstleistungen mehr oder weniger häufig oder regelmäßig in einem anderen Mitgliedstaat erbringt, ohne dass er dort über eine Infrastruktur verfügt, die es ihm erlauben würde, in diesem Mitgliedstaat in stabiler und kontinuierlicher Weise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, nicht aus, um ihn als in diesem Mitgliedstaat niedergelassen anzusehen (EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - C-215/01 - Rn. 30 bis 32; s.a. Urteile vom 10. Mai 2012 - C-357/10 bis 359/10 - Rn. 32, vom 19. Juli 2012 - C-470/11 - Rn. 28 und vom 30. April 2014 - C-475/12 [ECLI:EU:C:2014:285], UPC DTH Sàrl - Rn. 74 f.).

- 10 b) In Anwendung dieser vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Niederlassungsfreiheit ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass der laufenden Produktion von Betonfertigteilen durch die Beigeladene in Deutschland der Charakter einer vorübergehenden Dienstleistung fehlt und die geplante Entsendung des Klägers damit nicht von der Dienstleistungsfreiheit gedeckt war (UA S. 14). Dabei hat es - entgegen der Ausführungen in der Beschwerde - nicht lediglich auf die Gesamtdauer der Werkverträge abgestellt, sondern die unionsrechtlich den Gerichten der Mitgliedstaaten belassene Gesamtbetrachtung vorgenommen. In diese hat es eingestellt, dass die Beigeladene im Rahmen der immer wieder für zwei Jahre abgeschlossenen Verträge mit einer Belegschaft von 50 bis 60 Arbeitnehmern, darunter mit einem Anteil von 10 bis 15 % Drittstaatsangehörige, die turnusmäßig ausgetauscht würden, in einem abgegrenzten Bereich und einer separaten Werkhalle auf dem Gelände der B. B. GmbH & Co. KG unter der Kontrolle von drei bis vier eigenen Vorarbeitern Betonfertigteile herstelle und dabei Arbeitnehmer der deutschen Firma nur für unterstützende Arbeiten (technische Dienste, Hilfsdienste, Zulieferung, Qualitätskontrollen), nicht aber in der eigentlichen Produktion zum Einsatz kämen. Für die Unterbringung der Arbeitnehmer habe die Beigeladene ein Hotel (Wohnheim) angemietet. Die Arbeitnehmer würden je nach Arbeitsanfall in Deutschland oder dem Werk der Beige-

ladenen in Polen eingesetzt und hin und her geschickt. Diese Umstände habe der Geschäftsführer der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zutreffend mit den Worten beschrieben, dass man eigentlich seine Arbeit in zwei Werken führe. Für eine verfestigte und kontinuierliche Tätigkeit in Deutschland spreche ferner die Gestaltung der Werkverträge, die immer wieder für zwei Jahre geschlossen würden und keine abgrenzbaren Projekte zum Gegenstand hätten, sondern die laufende Produktion von Betonfertigteilen, begrenzt lediglich durch die vom zeitlichen Rahmen der einzelnen Verträge bestimmte mengenmäßige Beschränkung. Zudem füge sich die beabsichtigte Entsendung des Klägers ein in ein längerfristig angelegtes Rotationssystem von Arbeitnehmern zur Unterstützung der Produktionsstätte in Deutschland. Die Tätigkeit der Beigeladenen für die deutsche GmbH & Co. KG dauere nach den Angaben des Geschäftsführers der Beigeladenen vor dem Verwaltungsgericht seit mindestens 2009 an. Aus der von der Beklagten vorgelegten Übersicht über die seit 2012 an ukrainische Arbeitnehmer der Beigeladenen erteilten Visa nach Vander Elst ergebe sich, dass die Beigeladene kontinuierlich und durchgehend Arbeitnehmer stets an die B. B. GmbH & Co. KG entsende, um in deren Werk Betonfertigteile herzustellen. Diesen Umständen hat das Berufungsgericht in der Gesamtschau eine vom Anwendungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs nicht mehr erfasste verfestigte und auf Dauer angelegte Zuführung von Arbeitskräften zugunsten der Produktionsstätte in Deutschland entnommen.

- 11 Dass die Sachverhalte, die den vom Berufungsgericht zitierten EuGH-Entscheidungen zugrunde lagen, mit der hier vorliegenden Fallgestaltung nicht identisch waren, begründet entgegen der Auffassung der Beschwerde keine Vorlagepflicht. Denn die vom Berufungsgericht herangezogenen Ausführungen des EuGH zur Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Niederlassungsfreiheit sind abstrakt-genereller Art und beruhen - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt - auf einer seit Jahren gefestigten Rechtsprechung. Zudem weist der EuGH selbst darauf hin, dass die Prüfung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit hiernach den für eine Dienstleistung erforderlichen vorübergehenden Charakter aufweist, den nationalen Gerichten obliegt, die den Sachverhalt unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls dahingehend zu würdigen haben, ob ein Unternehmen in Anwendung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze in einem Mitgliedstaat über eine Infrastruktur verfügt, aufgrund derer es als in

diesem Mitgliedstaat niedergelassen anzusehen ist (EuGH, Urteile vom 11. Dezember 2013 - C-215/01 - Rn. 33 und vom 19. Juli 2012 - C-470/11 - Rn. 30 f.). Vor diesem Hintergrund wirft der vorliegende Fall keine unionsrechtlichen Zweifelsfragen zum Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auf, sondern betrifft lediglich die den nationalen Gerichten vorbehaltene Prüfung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze auf einen konkreten Einzelfall.

- 12 Soweit die Beschwerde der Auffassung ist, das Berufungsgericht habe die vom EuGH aufgestellten Kriterien jedenfalls nicht ausreichend in seine Entscheidung einbezogen, rechtfertigt dieses Vorbringen schon deshalb keine Zulassung der Revision, da allein eine unzutreffende Anwendung im Einzelfall keine grundsätzliche Bedeutung zu begründen vermag.
- 13 2. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 133 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO).
- 14 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren gründet auf § 47 Abs. 1 und 3 sowie § 52 Abs. 2 GKG.

Prof. Dr. Berlitz

Fricke

Dr. Fleuß