



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 18. September 2014¹

Rechtssache C-396/13

**Sähköalojen ammattiliitto ry
gegen
Elektrobudowa Spółka Akcyjna**

(Vorabentscheidungsersuchen des Satakunnan käräjäoikeus [Finnland])

„Freizügigkeit der Arbeitnehmer — Entsandte Arbeitnehmer — Lohnforderungen aus einem Arbeitsverhältnis — Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom-I-Verordnung) — Rechtswahl — Art. 8 — Auf Individualarbeitsverträge anwendbares Recht — Art. 14 — Übertragung von Lohnforderungen auf eine Gewerkschaft — Art. 23 — Spezielle Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse — Richtlinie 96/71/EG — Art. 3 — Begriff der Mindestlohnsätze — Ermessen der Mitgliedstaaten — Freier Dienstleistungsverkehr — Sozialer Schutz der Arbeitnehmer“

Inhaltsverzeichnis

I – Rechtlicher Rahmen	3
A – Unionsrecht	3
1. Rom-I-Verordnung	3
2. Richtlinie 96/71	3
B – Finnisches Recht	5
II – Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen	6
III – Würdigung	8
A – Hintergrund	8
1. Die Paradoxie der Richtlinie 96/71	9
2. Die Lösung der Rechtsprechung	10

¹ — Originalsprache: Englisch.

B – Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 als spezielle Kollisionsnorm	12
C – Mindestlohnsätze	15
1. Allgemein verbindliche Tarifverträge im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71	15
2. Begriff	16
3. Die Bestandteile des Mindestlohns	18
a) Lohneinstufung und Einordnung von Arbeitnehmern in Lohngruppen	19
b) Urlaubsgeld und das Problem konkurrierender Mindestmaße	20
c) Weitere Zulagen für Arbeitsaufträge	21
i) Tagegeldpauschale	23
ii) Wegezeitentschädigung	23
4. Berücksichtigung von Unterbringung und Essensgutscheinen bei der Berechnung des Mindestlohns	25
5. Die Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung gemäß Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71	26
IV – Ergebnis	27

1. Ein in Polen ansässiges Unternehmen entsendet Arbeitnehmer zur Ausführung von Arbeiten auf der Baustelle eines Kernkraftwerks nach Finnland. Nach „allgemein verbindlichen“ Tarifverträgen² für die betreffende Branche in Finnland haben die Arbeitnehmer bestimmte Rechte einschließlich des Anspruchs auf einen Mindestlohn, der sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzt. Die Lohnforderungen, die auf diesen Tarifverträgen beruhen, übertragen die Arbeitnehmer später einer finnischen Gewerkschaft. Die Gewerkschaft erhebt sodann Klage gegen den Arbeitgeber, um diese Rechte durchzusetzen.

2. Es stellen sich zwei Fragen. Erstens bittet das vorlegende Gericht um Hinweise hinsichtlich der Wahl des für die Übertragung von Lohnforderungen geltenden Rechts. Während die Übertragung auf einen Dritten (hier: Gewerkschaft) nach finnischem Recht zulässig ist und in diesem speziellen Kontext sogar eine verbreitete Praxis darstellt, ist sie nach polnischem Recht offensichtlich verboten³. Zweitens möchte das vorlegende Gericht wissen, wie der Begriff der Mindestlohnsätze im Sinne der Richtlinie 96/71 auszulegen ist. Die Richtlinie verpflichtet den Aufnahmemitgliedstaat, den in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern ein Mindestmaß an Schutz (u. a. in Bezug auf den Lohn) zu gewährleisten. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof nun die Möglichkeit, seine umfangreiche Rechtsprechung in diesem Bereich zu überprüfen und, soweit dies möglich ist, eine positive Definition des Begriffs der Mindestlohnsätze im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern vorzunehmen.

2 – Vgl. Art. 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 (ABl. 1997, L 18, S. 1).

3 – Nach Art. 84 des polnischen Arbeitsgesetzbuchs (Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141 z późn. zm, und nachfolgende Änderungen) ist es unzulässig, Lohnforderungen aus einem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen.

I – Rechtlicher Rahmen

A – Unionsrecht

1. Rom-I-Verordnung⁴

3. Die Rom-I-Verordnung regelt die Rechtswahl für vertragliche Schuldverhältnisse. Besonders relevant ist in diesem Zusammenhang Erwägungsgrund 23. Er lautet:

„Bei Verträgen, bei denen die eine Partei als schwächer angesehen wird, sollte die schwächere Partei durch Kollisionsnormen geschützt werden, die für sie günstiger sind als die allgemeinen Regeln.“

4. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht.

5. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung enthält eine Spezialvorschrift für die Wahl des auf Individualarbeitsverträge anwendbaren Rechts. Sie sieht vor:

„Individualarbeitsverträge unterliegen dem von den Parteien nach Artikel 3 gewählten Recht. Die Rechtswahl der Parteien darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach den Absätzen 2, 3 und 4 des vorliegenden Artikels mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.“

6. Art. 14 der Rom-I-Verordnung bestimmt das Recht, das auf die Übertragung von Forderungen anzuwenden ist. Art. 14 Abs. 2 bestimmt:

„Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.“

7. In Art. 23 der Verordnung heißt es:

„... berührt diese Verordnung nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.“

2. Richtlinie 96/71

8. Die Richtlinie 96/71 regelt die Entsendung von Arbeitnehmern in andere Mitgliedstaaten. Gemäß ihrem Erwägungsgrund 5 ist es Ziel der Richtlinie 96/71, die Förderung des freien länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs mit der Notwendigkeit eines fairen Wettbewerbs und Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren, in Einklang zu bringen.

⁴ — 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). Vorgänger dieser Verordnung war das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, das am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegt wurde (ABl. 1980, L 266, S. 1) (im Folgenden: Übereinkommen von Rom).

9. Ferner hat die Richtlinie 96/71 ihren Erwägungsgründen 6 und 13 zufolge das Ziel, die Gesetze der Mitgliedstaaten, die auf den länderübergreifenden Dienstleistungsverkehr anzuwenden sind, zu koordinieren. Dies geschieht durch Festlegung der für das geplante Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, insbesondere auch des Kerns zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz, das im Aufnahmeland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist.

10. Was die Frage der Wahl des anwendbaren Rechts betrifft, stellt Erwägungsgrund 11 fest, dass das Übereinkommen von Rom die Anwendung der unionsrechtlichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse auf besonderen Gebieten nicht berührt.

11. Art. 3 – soweit für den vorliegenden Fall relevant – sieht vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die ... Unternehmen[, die Arbeitnehmer entsenden,] 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:

...

b) bezahlter Mindestjahresurlaub;

c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;

...

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.

...

(7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen.

Die Entsendungszulagen gelten als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten, wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, gezahlt werden.

(8) Unter ‚für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen‘ sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

...

(10) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise

- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Absatz 1 Unterabsatz 1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt,
- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen nach Absatz 8 festgelegt sind und andere als im Anhang genannte Tätigkeit betreffen, vorzuschreiben.“

12. Im Anhang der Richtlinie sind die in Art. 3 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich genannten Tätigkeiten aufgeführt. Diese Tätigkeiten umfassen alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, wie dies im Anhang näher bestimmt ist.

B – *Finnisches Recht*

13. Das Arbeitsvertragsgesetz⁵ enthält Bestimmungen zu Arbeitsverträgen, die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossen werden. Nach Kapitel 1 § 7 des Arbeitsvertragsgesetzes können fällige Forderungen aus einem Arbeitsvertrag ohne Einwilligung der jeweils anderen Vertragspartei einem Dritten übertragen werden.

14. Kapitel 2 § 7 des Arbeitsvertragsgesetzes enthält Vorschriften hinsichtlich der allgemeinen Geltung von Tarifverträgen. Diese sehen vor:

„Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zumindest die Bestimmungen eines als repräsentativ für die betreffende Branche angesehenen inländischen Tarifvertrags (allgemein verbindlicher Tarifvertrag) über die Vertrags- und Arbeitsbedingungen des Arbeitsverhältnisses, welche die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeit oder eine dieser am ehesten vergleichbare Arbeit betreffen, einzuhalten ...“

15. Nach § 1 des Arbeitnehmerentsendegesetzes⁶ gilt das Arbeitnehmerentsendegesetz für Arbeitsleistungen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrags im Sinne von Kapitel 1 § 1 des Arbeitsvertragsgesetzes von einem nach Finnland entsandten Arbeitnehmer erbracht werden.

16. § 2 des Arbeitnehmerentsendegesetzes regelt die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die für entsandte Arbeitnehmer gelten. Demnach sind bestimmte Vorschriften des finnischen Rechts unabhängig davon, welchem Recht das Arbeitsverhältnis unterliegt, insoweit anwendbar, als sie für den Arbeitnehmer günstiger als die gesetzlichen Bestimmungen sind, die ansonsten anwendbar wären. Zu diesen Vorschriften zählen die Bestimmungen allgemein verbindlicher Tarifverträge im Sinne von Kapitel 2 § 7 des Arbeitsvertragsgesetzes im Hinblick auf Jahresurlaub, Arbeitszeit und Sicherheit am Arbeitsplatz.

17. Nach § 2 des Arbeitnehmerentsendegesetzes ist entsandten Arbeitnehmern ein Mindestlohn zu zahlen, welcher der Vergütung entspricht, die in einem Tarifvertrag im Sinne von Kapitel 2 § 7 des Arbeitsvertragsgesetzes festgelegt ist.

5 — Gesetz Nr. 55/2001 vom 26. Januar 2001 über Arbeitsverträge (Työsopimuslaki).

6 — Gesetz Nr. 1146/1999 vom 9. Dezember 1999 über entsandte Arbeitnehmer, geändert durch Gesetz Nr. 74/2001 (Laki lähetetyistä työntekijöistä).

II – Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

18. Die vorliegende Rechtssache betrifft eine Streitigkeit zwischen der finnischen Gewerkschaft Sähköalojen ammattiliitto ry (im Folgenden: Gewerkschaft) und dem polnischen Unternehmen Elektrobudowa Spółka Akcyjna (im Folgenden: Elektrobudowa). Streitig sind die Lohnforderungen von 186 polnischen Arbeitnehmern, die nach Abschluss von Arbeitsverträgen mit Elektrobudowa in Polen zur Ausführung von Arbeiten auf der Baustelle eines Kernkraftwerks nach Olkiluoto, Finnland, entsandt wurden. Die Durchführung der Arbeiten erfolgte unter der Aufsicht der eingetragenen Zweigniederlassung von Elektrobudowa in Eurajoki, Finnland.

19. Die betroffenen Arbeitnehmer haben ihre Lohnforderungen einzeln der Gewerkschaft übertragen. Die Arbeitnehmer sind Mitglieder der Gewerkschaft, die die Geltendmachung der Lohnforderungen beim vorlegenden Gericht übernommen hat. Die Gewerkschaft macht im Wesentlichen geltend, dass Elektrobudowa den Arbeitnehmern nicht den Lohn gemäß den geltenden Tarifverträgen für den Bereich der Stromwirtschaft und für Elektroinstallationsarbeiten im Bereich der Haustechnik gezahlt habe (im Folgenden: geltende Tarifverträge)⁷. Es ist unstrittig, dass diese zeitlich aufeinanderfolgenden Tarifverträge gemäß Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71 für allgemein verbindlich erklärt worden sind und dem Anhang der Richtlinie zufolge auch in deren Geltungsbereich fallen⁸.

20. Insbesondere macht die Gewerkschaft geltend, dass Elektrobudowa die in den Tarifverträgen festgelegten Mindestrechte für Arbeitnehmer nicht gewahrt habe. Die Tarifverträge enthalten unterschiedliche Bestimmungen für Zeit- und Akkordlohn. Nach Auffassung der Gewerkschaft ist Elektrobudowa ihrer tarifvertraglichen Verpflichtung, ihren Arbeitnehmern Akkordarbeit zwecks Erhöhung des Lohnniveaus anzubieten, nicht nachgekommen. Da somit Akkordarbeit hätte angeboten werden sollen, müsse ein besonderer Akkordgarantielohn gezahlt werden. Ferner seien die Arbeitnehmer nicht einzeln den tarifvertraglichen Lohngruppen zugeordnet worden. Nach Auffassung der Gewerkschaft haben die betroffenen Arbeitnehmer gemäß den Tarifverträgen Anspruch auf Urlaubsgeld, eine Tagelgeldpauschale und Wegezeitentschädigung.

21. Elektrobudowa ist der Ansicht, dass der Rechtsstreit eine Angelegenheit zwischen den entsandten Arbeitnehmern und dem Unternehmen sei. Denn nach dem polnischen Arbeitsgesetzbuch könne eine Forderung nicht einem Dritten übertragen werden, da das polnische Arbeitsgesetzbuch einem Arbeitnehmer nicht erlaube, auf seinen Lohnanspruch aus einem Arbeitsverhältnis zu verzichten oder ihn einem Dritten zu übertragen. Da das polnische Recht das Recht sei, das für Individualarbeitsverträge und die in ihnen begründeten Rechtsverhältnisse und Ansprüche gelte, könne keine wirksame Übertragung der Forderungen auf die Gewerkschaft erfolgen. Zur Frage der angemessenen Höhe der Vergütung für die geleisteten Arbeiten macht Elektrobudowa geltend, dass die Lohnforderungen nicht mit der Richtlinie 96/71 und/oder Art. 56 AEUV vereinbar seien.

22. Was die Erklärungen von Elektrobudowa hinsichtlich der Übertragbarkeit der Forderungen betrifft, vertritt die Gewerkschaft die Ansicht, dass die Übertragung der Forderungen wirksam sei, da sie auf Arbeiten basierten, die in Finnland erbracht worden seien, und die betroffenen Arbeitnehmer auch der Gewerkschaft angehörten, die Klägerin in der beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache sei. Das Verbot einer solchen Übertragung würde nach Auffassung der Gewerkschaft gegen mehrere Rechte verstoßen, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Grundrechtecharta) niedergelegt seien.

7 — „Sähköistysalan työehtosopimus 2010–2013“, abrufbar unter [http://osasto019.sahkoliitto.fi/@Bin/112850/S%C3%A4hk%C3%B6istysalan%2BTES%2B2010-2013.pdf\(375.pdf](http://osasto019.sahkoliitto.fi/@Bin/112850/S%C3%A4hk%C3%B6istysalan%2BTES%2B2010-2013.pdf(375.pdf), und „Talotekniikka-alan sähköasennustoimialan työehtosopimus 2007–2010“, online nicht verfügbar.

8 — Es ist hervorzuheben, dass die Möglichkeit, nach Art. 3 Abs. 1 und 8 der Richtlinie 96/71 durch Tarifverhandlungen Mindestbedingungen festzulegen, nur den Bausektor betrifft. Für eine Analyse des Gesetzgebungsverfahrens, das zum Erlass der Richtlinie geführt hat, vgl. Davies, P., „Posted workers: Single market or protection of national labour law systems?“, 34(1997) *Common Market Law Review*, S. 571 bis 602.

23. Da das Satakunnan käräjäoikeus (erstinstanzliches ordentliches Gericht der Region Satakunta) hinsichtlich der Auslegung von Unionsrecht im Zweifel ist, hat es das Verfahren ausgesetzt und folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Kann eine im Interesse von Arbeitnehmern handelnde Gewerkschaft sich direkt auf Art. 47 der [Grundrechtecharta] als unmittelbare Rechtsquelle gegenüber einem Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat berufen, wenn die als Art. 47 zuwiderlaufend gerügte Bestimmung (Art. 84 des polnischen Arbeitsgesetzbuchs) eine rein nationale Vorschrift ist?
2. Folgt in einem Gerichtsverfahren wegen fälliger Forderungen im Sinne der [Richtlinie 96/71] im Beschäftigungsstaat aus dem Unionsrecht, insbesondere aus dem sich aus Art. 47 der [Grundrechtecharta] sowie Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 der genannten Richtlinie ergebenden Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, ausgelegt in Verbindung mit der in Art. 12 der Grundrechtecharta garantierten Vereinigungsfreiheit im gewerkschaftlichen Bereich (Koalitionsfreiheit), dass das nationale Gericht eine Vorschrift des Arbeitsgesetzbuchs des Heimatstaats der Arbeitnehmer unangewendet lassen muss, die der Übertragung einer Lohnforderung auf eine Gewerkschaft des Beschäftigungsstaats zur Einziehung entgegensteht, wenn die entsprechende Vorschrift des Beschäftigungsstaats die Übertragung der fälligen Lohnforderung zur Einziehung und so der Klägerstellung auf die Gewerkschaft, der alle Arbeitnehmer angehören, die ihre Forderung zur Einziehung übertragen haben, zulässt?
3. Sind die Bestimmungen des Protokolls Nr. 30 zum Vertrag von Lissabon dahin auszulegen, dass auch ein anderes als in Polen oder dem Vereinigten Königreich gelegenes nationales Gericht sie berücksichtigen muss, falls der fragliche Streit eine enge Verbindung zu Polen aufweist und insbesondere das auf die Arbeitsverträge anwendbare Recht das polnische Recht ist? Anders gesagt: Hindert das polnisch-britische Protokoll ein finnisches Gericht an der Feststellung, dass Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, eine Verwaltungspraxis oder Verwaltungsmaßnahmen Polens gegen die in der Grundrechtecharta ... proklamierten Grundrechte, Freiheiten und Grundsätze verstoßen?
4. Ist Art. 14 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung unter Berücksichtigung von Art. 47 der [Grundrechtecharta] dahin auszulegen, dass er der Anwendung einer nationalen Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der es verboten ist, Forderungen und Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu übertragen?
5. Ist Art. 14 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung dahin auszulegen, dass das auf die Übertragung von Forderungen aus dem Arbeitsvertrag anwendbare Recht das Recht ist, das nach der Rom-I-Verordnung für den fraglichen Arbeitsvertrag gilt, ohne dass es darauf ankommt, ob auf den Inhalt eines einzelnen Anspruchs auch die Vorschriften eines anderen Rechts einwirken?
6. Ist Art. 3 der Richtlinie 96/71 im Licht der Art. 56 und 57 AEUV dahin auszulegen, dass der Begriff der Mindestlohnsätze Grundstundenlohn je nach Lohngruppe, Akkordgarantielohn, Urlaubsgeld, festes Tagesgeld und eine Entschädigung für den täglichen Weg zur Arbeit (Wegezeitentschädigung) umfasst, entsprechend der Festlegung dieser Arbeitsbedingungen in dem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag, die unter den Anhang der Richtlinie fallen?
 - 6.1. Sind Art. 56 [und 57] AEUV und/oder Art. 3 der [Richtlinie 96/71] dahin auszulegen, dass sie die Mitgliedstaaten daran hindern, als sogenannter Aufnahmestaat in ihren nationalen Rechtsvorschriften (allgemeinverbindlicher Tarifvertrag) Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten zu verpflichten, den in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern Wegezeitentschädigung und Tagesgeld zu zahlen, wenn man berücksichtigt, dass nach den in Bezug genommenen nationalen Rechtsvorschriften der entsandte

Arbeitnehmer während der gesamten Dauer der Entsendung als im Rahmen einer Dienstreise tätig angesehen wird, so dass er Anspruch auf Entschädigung der Wegezeit und Tagegelder hat?

- 6.2. Sind die Art. 56 und 57 AEUV und/oder Art. 3 der [Richtlinie 96/71] dahin auszulegen, dass sie es dem nationalen Gericht verwehren, einer etwaigen von einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat in seinem Heimatstaat geschaffenen und angewandten Lohngruppeneinteilung die Anerkennung zu versagen?
- 6.3. Sind die Art. 56 und 57 AEUV und/oder Art. 3 der [Richtlinie 96/71] dahin auszulegen, dass sie es einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat erlauben, wirksam und für das Gericht des Beschäftigungsstaats verbindlich die Einordnung der Arbeitnehmer in Lohngruppen festzulegen, wenn in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag des Beschäftigungsstaats eine vom Ergebnis her andere Einordnung in Lohngruppen vorgesehen ist, oder kann der Aufnahmestaat, in den die Arbeitnehmer des aus dem anderen Mitgliedstaat stammenden Dienstleistungserbringers entsandt worden sind, dem Dienstleistungserbringer vorschreiben, welche Bestimmungen er bei der Einordnung der Arbeitnehmer in die Lohngruppen zu beachten hat?
- 6.4. Sind bei der Auslegung von Art. 3 der [Richtlinie 96/71] im Licht der Art. 56 und 57 AEUV die Unterbringung, deren Kosten der Arbeitgeber aufgrund des in Frage 6 erwähnten Tarifvertrags tragen muss, und die Essensgutscheine, die der aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Dienstleistungserbringer nach dem Arbeitsvertrag gewährt, als Entschädigung für durch die Entsendung entstandene Kosten anzusehen oder fallen sie unter den Begriff der Mindestlohnsätze im Sinne von Art. 3 Abs. 1?
- 6.5. Ist Art. 3 der [Richtlinie 96/71] in Verbindung mit den Art. 56 und 57 AEUV dahin auszulegen, dass ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag des Beschäftigungsstaats bei der Auslegung der Frage nach der Akkordentlohnung, der Wegezeitentschädigung und den Tagegeldern als durch Erfordernisse der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt angesehen werden muss?

24. Sähköalojen ammattiliitto und Elektrobudowa sowie die finnische, belgische, dänische, deutsche, österreichische, polnische, schwedische und norwegische Regierung und die Kommission haben im vorliegenden Verfahren schriftliche Erklärungen eingereicht. Bei der mündlichen Verhandlung am 11. Juni 2014 haben Sähköalojen ammattiliitto und Elektrobudowa sowie die finnische, deutsche, polnische und norwegische Regierung und die Kommission ihre Standpunkte mündlich erläutert.

III – Würdigung

A – Hintergrund

25. Das vorliegende Gericht hat den Gerichtshof um die Beantwortung einer Reihe von Fragen ersucht. Wie bereits dargelegt wurde, lässt sich der im Hauptverfahren aufgetretene Problemkomplex in zwei – allerdings eng miteinander verbundene – Fragestellungen bündeln. Für die Untersuchung dieser Fragen werde ich einleitend Sinn und Zweck der Richtlinie 96/71 und die mit ihr verbundenen Ziele beschreiben. In diesem Zusammenhang werde ich einen kurzen Überblick über die maßgeblichen Entwicklungen in der Rechtsprechung geben. Was die zwei Hauptprobleme der vorliegenden Rechtssache betrifft, werde ich zunächst die Frage des für die Übertragung von Lohnforderungen

geltenden Rechts untersuchen. Anschließend werde ich den Begriff der Mindestlohnsätze analysieren. Im Licht dieser Prüfung werde ich versuchen, dem vorlegenden Gericht bei der Frage, wie die Bestandteile der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vergütung zu behandeln sind, hilfreiche Orientierung zu bieten.

1. Die Paradoxie der Richtlinie 96/71

26. Es ist allgemein bekannt, dass Fälle wie *Laval un Partneri*⁹, *Rüffert*¹⁰ und *Kommission/Luxemburg*¹¹ in der Lehre eine intensive Diskussion insbesondere über die Auswirkungen der Dienstleistungsfreiheit auf die Rechte von Arbeitnehmern (und die Rechte der Gewerkschaften hinsichtlich des Schutzes von Arbeitnehmerrechten) in grenzüberschreitenden Sachverhalten ausgelöst haben. Die vorliegende Rechtssache, die die Reihe der genannten Rechtssachen fortführt, zeigt erneut, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen nach wie vor problematisch ist. Sie bringt nämlich zahlreiche Schwierigkeiten mit sich, insbesondere im Zusammenhang mit der Stellung entsandter Arbeitnehmer¹², die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem sie eingestellt wurden, Arbeitsleistungen erbringen.

27. Wie sind also geeignete Standards zum Schutz dieser Arbeitnehmer zu bestimmen? Die Richtlinie 96/71 wurde (zumindest in gewissem Maße) so ausgestaltet, dass diesen Schwierigkeiten und der Frage, wann die vom Aufnahmemitgliedstaat festgelegten Standards anzuwenden sind, Rechnung getragen wird. In dieser Hinsicht ist der Präambel der Richtlinie zu entnehmen, dass die Richtlinie – durch die Angabe, welche Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats ausländische Unternehmen in Bezug auf entsandte Arbeitnehmer anwenden müssen – das Ziel der Förderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs mit dem Ziel des „fairen Wettbewerbs“ in Einklang bringen soll. Zu diesem Zweck soll die Richtlinie gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, um den betreffenden Arbeitnehmern ein Mindestmaß an Schutz zu garantieren.

28. Allerdings lässt sich auf einer anderen Ebene feststellen, dass die offen formulierten Ziele der Richtlinie in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Neben der Freizügigkeit belegt die Richtlinie auch den Wunsch der Mitgliedstaaten, ihren inländischen Arbeitsmarkt zu schützen¹³. Die fehlende Übereinstimmung der Arbeitskosten verschiedener Mitgliedstaaten hat zweifellos dazu beigetragen, dass Vorschriften eingeführt wurden, welche die Entsendung von Arbeitnehmern von einem Mitgliedstaat in einen anderen regeln¹⁴.

29. Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie bildete nämlich die umfangreiche Rechtsprechung¹⁵ des Gerichtshofs die Grundlage für die Entscheidung der Frage, welches Recht auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden ist, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem ihr Arbeitgeber normalerweise tätig ist, Dienstleistungen erbringen. In diesem Zusammenhang ist besonders hervorzuheben, dass der Gerichtshof in den Rechtssachen *Rush Portuguesa*¹⁶ und *Vander Elst*¹⁷ dem Aufnahmemitgliedstaat bei der Anwendung seines Arbeitsrechts auf entsandte Arbeitnehmer ein weites Ermessen eingeräumt hat, soweit die maßgeblichen Vertragsbestimmungen

9 — C-341/05, EU:C:2007:809 (im Folgenden: *Laval*).

10 — Urteil *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189.

11 — Urteil *Kommission/Luxemburg*, C-319/06, EU:C:2008:350.

12 — Nach Art. 2 der Richtlinie 96/71 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.

13 — Vgl. dazu *Davies, P., a. a. O.*, insbesondere S. 591.

14 — Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (KOM[91] 230 endg.), insbesondere S. 5 bis 8.

15 — Vgl. z. B. Urteile *Webb*, 279/80, EU:C:1981:314, *Seco und Desquenne & Giral*, 62/81 und 63/81, EU:C:1982:34, und *Rush Portuguesa*, C-113/89, EU:C:1990:142.

16 — EU:C:1990:142.

17 — C-43/93, EU:C:1994:310.

über den freien Dienstleistungsverkehr eingehalten wurden¹⁸. Bis zu einem gewissen Grad erhielten die Mitgliedstaaten dadurch freie Hand, den Geltungsbereich ihres gesamten inländischen Arbeitsrechts auf entsandte Arbeitnehmer auszuweiten. Bei diesem Modell stand es ausländischen Unternehmen frei, im Aufnahmemitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen, sofern sich die Unternehmen an die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Aufnahmestaats anpassen.

30. Vor diesem Hintergrund erscheint die Richtlinie 96/71 einigermaßen paradox. Offensichtlich stellt sie die Reaktion der Kommission auf diese Rechtsprechung dar, wenn auch deutlich abgemildert im Laufe des anschließenden Gesetzgebungsverfahrens¹⁹. Anscheinend handelt es sich nämlich um einen Kompromiss zwischen den widerstreitenden Interessen der Mitgliedstaaten, die Arbeitnehmer ins Ausland entsenden, und derjenigen, die diese Arbeitnehmer aufnehmen. Zwar legen die Vertragsbestimmungen, auf deren Grundlage die Richtlinie erlassen wurde (d. h. Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EG), den Schwerpunkt ganz klar auf die Förderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs, doch das Ergebnis ist eine Richtlinie, die – zumindest auf den ersten Blick – das Gleichgewicht zugunsten des Schutzes der inländischen Arbeitsmärkte verschiebt.

31. In Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 werden nämlich Bereiche aufgezählt, die als besonders wichtig für die Gewährleistung eines Mindestmaßes an Schutz für entsandte Arbeitnehmer angesehen werden. Zu diesen Bereichen, die sich als Kern zwingender Vorschriften für einen Mindestschutz beschreiben lassen, zählen Arbeitszeit, Jahresurlaub und Mindestlohn. Im Hinblick auf diesen Kernbereich liegt der Richtlinie der Gedanke zugrunde, dass die Gesetzgebung des Aufnahmemitgliedstaats auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden ist. Unternehmen, die ihre Arbeitnehmer entsenden, müssen daher die Gesetzgebung des Landes anwenden, in dem der Vertrag durchgeführt wird, es sei denn, das Recht des Heimatstaats ist für den Arbeitnehmer günstiger²⁰.

32. Doch unabhängig davon, ob das ursprüngliche Ziel der Richtlinie 96/71 darin bestand, *Grenzen zu setzen*, und nicht darin, den freien Dienstleistungsverkehr oder – was wahrscheinlicher ist – eine in sich widersprüchliche Kombination dieser Ziele zu befürworten, scheint der Gerichtshof jedoch in seiner späteren Rechtsprechung den Schwerpunkt vom Schutz des inländischen Arbeitsmarkts auf den freien Dienstleistungsverkehr verlagert zu haben.

2. Die Lösung der Rechtsprechung

33. Der oben beschriebene Paradigmenwechsel beruht eindeutig auf der mit dem Urteil Laval²¹ begründeten Rechtsprechung. Als logische Folge des Ziels, den freien Dienstleistungsverkehr zu fördern, wurde die Notwendigkeit, gewisse Mindestrechte entsandter Arbeitnehmer zu schützen und auf diese Weise Sozialdumping zu vermeiden, besonders betont²². Diese Mindestrechte dienen wohl dazu, entsandten Arbeitnehmern während ihrer Entsendung ein angemessenes soziales Schutzniveau zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang sorgen klar definierte Mindestlöhne dafür, dass die Arbeitnehmer über ausreichende Mittel verfügen, um für die Dauer der Entsendung ihren Lebensunterhalt im Aufnahmemitgliedstaat zu bestreiten²³.

18 — Urteil Rush Portuguesa, EU:C:1990:142, Rn. 17 und 18, und Urteil Vander Elst, EU:C:1994:310, Rn. 23.

19 — Vgl. Davies, P., a. a. O., S. 591, zum Spannungsverhältnis innerhalb der Richtlinie 96/71.

20 — Vgl. Laval, EU:C:2007:809, Rn. 80, und Ruffert, EU:C:2008:189, Rn. 32 bis 34.

21 — EU:C:2007:809.

22 — Ebd., Rn. 103 bis 108.

23 — Vgl. z. B. Sigeman, T., „Fri rörlighet av tjänster och nationell arbetsrätt“, 2005 *Europarättslig tidskrift*, S. 465 bis 495, 474.

34. Darüber hinaus führt die Lösung des Gerichtshofs zu einer wesentlichen Beschränkung der Freiheit der Mitgliedstaaten, höhere Standards als das erforderliche Mindestmaß in Bezug auf entsandte Arbeitnehmer vorzuschreiben²⁴. Ebenso scheint das Urteil Laval – obwohl mit der EU-Gesetzgebung nicht beabsichtigt war, einen Mitgliedstaat auch dann, wenn die Gesetze des betreffenden Mitgliedstaats keine entsprechende Vorschrift enthalten, zur Festsetzung von Mindestentgelten zu verpflichten²⁵ – den Spielraum der Mitgliedstaaten, bei der Lohnfestsetzung ihre eigenen Modelle beizubehalten, erheblich eingeschränkt zu haben²⁶.

35. Bei der Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 96/71 sind diese Entwicklungen der Rechtsprechung zu berücksichtigen.

36. Die Schwierigkeit liegt hier darin begründet, dass die Richtlinie 96/71 den materiell-rechtlichen Inhalt dieser zwingenden Vorschriften nicht ausdrücklich harmonisiert²⁷. Vielmehr verfolgen die Mitgliedstaaten in diesem Bereich ausgesprochen unterschiedliche Ansätze²⁸. Nach ständiger Rechtsprechung kann nämlich der Inhalt der Vorschriften von den Mitgliedstaaten frei bestimmt werden, sofern er im Einklang mit dem Unionsrecht steht²⁹.

37. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Probleme, die in der vorliegenden Rechtssache im Zusammenhang mit der Bedeutung des Begriffs der Mindestlohnsätze auftreten, nicht völlig neu. Der Gerichtshof hat nämlich bereits Hinweise zu der Frage gegeben, was *nicht* dem Begriff der Mindestlohnsätze zuzuordnen ist. Folgende Fragen sind bereits Gegenstand der Rechtsprechung gewesen: anhand welcher Methode zu entscheiden ist, ob die entsandten Arbeitnehmer tatsächlich Löhne erhalten haben, die dem Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat gleichwertig sind³⁰; ob der statistische Durchschnittswert der in einer bestimmten Branche gezahlten Löhne als Mindestlohn angesehen werden kann³¹; welche Lohnbestandteile nicht unter den Begriff des Mindestlohns fallen³².

38. Mit dieser Rechtsprechung wird jedoch die Frage, was der Begriff der Mindestlohnsätze tatsächlich bedeutet, nicht ausdrücklich beantwortet. Insbesondere hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Mitgliedstaaten zwar den materiell-rechtlichen Inhalt der Mindestlohnsätze im Sinne der Richtlinie 96/71 frei bestimmen dürfen, jedoch Bestandteile der Vergütung, die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers auf der einen und der Gegenleistung, die er dafür erhält, auf der anderen Seite verändern, nicht als Mindestlohn angesehen werden können³³. Wie ich in den Nrn. 70 ff. darlegen werde, bin ich nicht der Auffassung, dass diese Feststellung für die Auslegung des Begriffs der Mindestlohnsätze einen sinnvollen Beitrag leistet.

24 — Laval, EU:C:2007:809, Rn. 80 und 81, Ruffert, C-346/06, EU:C:2008:189, Rn. 32 bis 34, und Kommission/Luxemburg, EU:C:2008:350, Rn. 47. Vgl. auch Kilpatrick, C., „Laval’s regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court’s new approach to posted workers“, 6(34) 2009 *European Law Review*, S. 844 bis 865.

25 — Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (COM[2012] 131 final), S. 3. Vgl. auch Rat Dok. 10048/96 ADD1 vom 20. September 1996.

26 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 81. In der Literatur vgl. z. B. Kilpatrick, a. a. O., S. 853 und 854.

27 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland, C-490/04, EU:C:2007:430, Rn. 19.

28 — Vgl. z. B. van Hoek, A., und Houwerzijl, M., „Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union“, S. 8 ff., abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>.

29 — Urteile Laval, EU:C:2007:809, Rn. 60; Kommission/Deutschland, EU:C:2007:430, Rn. 19, und Isbir, C-522/12, EU:C:2013:711, Rn. 37.

30 — Urteil Kommission/Deutschland, C 341/02, EU:C:2005:220.

31 — Urteil Laval, EU:C:2007:809.

32 — Urteil Isbir, EU:C:2013:711.

33 — Ebd., EU:C:2013:711, Rn. 45.

39. Daher hat der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache die Aufgabe, zwischen den Interessen von Unternehmen, die von dem Wettbewerbsvorteil Gebrauch machen möchten, der mit der Entsendung von Arbeitnehmern von einem Mitgliedstaat in einen anderen verbunden ist, und den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer ein Gleichgewicht herzustellen. Vor dieser Interessenabwägung muss jedoch zunächst den Bedenken des vorlegenden Gerichts im Hinblick auf die Übertragbarkeit der Lohnforderungen aus den allgemein verbindlichen Tarifverträgen des Aufnahmemitgliedstaats Rechnung getragen werden.

B – Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 als spezielle Kollisionsnorm

40. Die Fragen 1 bis 5 betreffen im Wesentlichen die Frage nach dem Recht, das anzuwenden ist, wenn ein entsandter Arbeitnehmer eine gegenüber seinem Arbeitgeber bestehende Zahlungsforderung einer Gewerkschaft im Aufnahmemitgliedstaat überträgt. Für die Beantwortung dieser Frage sind die Vorschriften der Rom-I-Verordnung in Verbindung mit den Bestimmungen der Richtlinie 96/71 zu lesen.

41. Für die Bestimmung des Rechts, das die *Übertragbarkeit* einer bestimmten Forderung regelt, ist zunächst das Recht zu ermitteln, dem die (zugegebenermaßen streitige) *Forderung* selbst unterliegt. Dies folgt eindeutig aus Art. 14 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung, in dem es heißt: „Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit ...“. Da nämlich die Frage der Übertragbarkeit einer Forderung logischerweise von dem Bestehen der Forderung abhängt, muss festgestellt werden, welches Recht auf die in Frage stehenden Forderungen anwendbar ist.

42. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die wichtigste Regel in Bezug auf die Rechtswahl in Vertragsbeziehungen in Art. 3 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung festgelegt ist. Somit ist die Wahl der Vertragsparteien so weit wie möglich zu respektieren. Die Regel, dass es den Vertragsparteien freisteht, das jeweils anzuwendende Recht festzulegen, ist auch in Art. 8 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung enthalten. Diese Vorschrift enthält die wichtigste Regelung in Bezug auf Arbeitsverträge. Daher ist es die Rechtswahl der Vertragsparteien, die gemäß dem in Art. 3 Abs. 1 enthaltenen Grundsatz den in Rede stehenden Arbeitsvertrag regelt³⁴.

43. In der vorliegenden Rechtssache geht aus der Akte hervor, dass die Parteien der Arbeitsverträge ausdrücklich polnisches Recht (wenngleich der Arbeitsvertrag einen missverständlichen Hinweis enthält, dass die Bestimmungen des finnischen Arbeitsrechts ebenfalls „berücksichtigt“ würden) als das Recht, das die Arbeitsbedingungen der betroffenen Arbeitnehmer regeln soll, gewählt haben. Letztlich muss jedoch nicht entschieden werden, welches Recht auf die dem vorliegenden Fall zugrunde liegenden Individualarbeitsverträge anwendbar ist.

44. Vielmehr ist zu beachten, dass die Gewerkschaft ihre Forderungen auf Rechte gestützt hat, die auf einer Reihe von Bestimmungen der maßgeblichen Tarifverträge beruhen, die im Aufnahmemitgliedstaat (d. h. in Finnland) für allgemein verbindlich erklärt worden sind. Diese Bestimmungen betreffen die Mindestrechte, die Arbeitnehmern in den relevanten Beschäftigungssektoren garantiert werden müssen. Die Schwierigkeiten der vorliegenden Rechtssache beruhen nämlich gerade auf dem Umstand, dass die maßgeblichen Tarifverträge Arbeitnehmerrechte vorsehen, die nicht den Rechten entsprechen, die Arbeitnehmern unter z. B. polnischem Recht garantiert werden.

³⁴ — Art. 8 enthält darüber hinaus eine Reihe von Tatbeständen, nach denen das auf Individualarbeitsverträge anwendbare Recht in anderen Konstellationen (d. h. wenn keine Rechtswahl getroffen wurde) zu bestimmen ist.

45. Hierzu vertreten sowohl die polnische Regierung als auch Elektrobudowa die Ansicht, dass Forderungen aus einem Arbeitsvertrag nicht vom Gesamtvertrag „getrennt“ werden könnten. Jedes andere Ergebnis würde ihrer Meinung nach die Unsicherheit über das anwendbare Recht in Bezug auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verstärken. Sie sind der Auffassung, dass das Recht, das auf den Individualarbeitsvertrag anwendbar sei, für alle Forderungen aus diesem Verhältnis gelte. Gemäß der ausdrücklichen Rechtswahl der Vertragsparteien sei polnisches Recht anwendbar. Daher seien die Forderungen der Gewerkschaft auf der Grundlage der einschlägigen polnischen Gesetze zu prüfen.

46. Diese Argumentation überzeugt mich nicht.

47. Erstens ist mir nicht ersichtlich, warum es nicht möglich sein sollte, dass zwei (oder mehr) Rechtsordnungen nebeneinander auf die Rechte und Pflichten aus ein und demselben Vertrag anwendbar sind. Ein solches Szenario wird nämlich eindeutig von Art. 8 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung erfasst und akzeptiert, d. h., diese Vorschrift erlaubt die gleichzeitige Anwendung mehrerer Rechtsordnungen auf den gleichen Arbeitsvertrag³⁵.

48. Zweitens ist im vorliegenden Fall, wie die österreichische Regierung zutreffend dargelegt hat, die entscheidende Frage diejenige, welche Kollisionsnormen anzuwenden sind: die Vorschriften der Rom-I-Verordnung oder eventuell eine speziellere Kollisionsnorm, die in einem anderen Rechtsakt der Union gemäß Art. 23 der Rom-I-Verordnung enthalten ist?

49. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Rom-I-Verordnung ihrem Erwägungsgrund 23 zufolge keineswegs die Notwendigkeit verkennt, Parteien zu schützen, die in der betreffenden Vertragsbeziehung als die schwächere Partei angesehen werden. Zum Schutz dieser Parteien ist den Kollisionsnormen, die für sie günstiger sind als die allgemeinen Regeln, der Vorrang einzuräumen.

50. Art. 23 der Rom-I-Verordnung bildet jedoch eine Ausnahme zur Anwendbarkeit der in dieser Verordnung festgelegten Kollisionsnormen. Mit anderen Worten, soweit unionsrechtliche Bestimmungen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse in besonderen Bereichen enthalten, sind diese Normen vorrangig.

51. Ich bin fest davon überzeugt, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 – und die nationalen Maßnahmen zur Durchführung dieser Vorschrift – in Bezug auf die Aspekte, die in dieser Bestimmung geregelt sind, eine Ausnahme von dieser Regel bildet. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 3 Abs. 1 die Mitgliedstaaten dafür sorgen, *dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht* die Unternehmen den Kernbereich der zwingenden Vorschriften einhalten, die in dieser Bestimmung aufgeführt sind (einschließlich Mindestlohnsätzen). Wie der Gerichtshof bereits früher festgestellt hat, definiert die Vorschrift somit „das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert werden muss“³⁶. Im Hinblick auf die in der Richtlinie bezeichneten zwingenden Vorschriften ist die aus Art. 3 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung abgeleitete Kollisionsnorm allen anderen (allgemeineren) in der Rom-I-Verordnung enthaltenen Regeln vorrangig.

35 — Vgl. auch den Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Giuliano, M., und Lagarde, P. (ABl. 1980, C 282, S. 1), insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens, der die Übertragbarkeit regelt: „Soweit es um die Beziehungen zwischen Zedent und Schuldner geht und soweit zwischen diesen beiden ein Vertrag besteht, werden unbeschadet der Vorschriften von Absatz 2 die in diesem Absatz geregelten Fragen - mit Ausnahme der Übertragbarkeit - durch das auf diesen Vertrag anzuwendende Recht bestimmt, soweit der Vertrag diese Fragen behandelt.“

36 — Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 81.

52. In dieser Hinsicht geht die Richtlinie 96/71 davon aus, dass Fragen, die mit den Mindestlohnsätzen (oder den sechs anderen Bereichen, die Art. 3 Abs. 1 aufführt) verbunden sind, der Gesetzgebung des Aufnahmemitgliedstaats unterliegen (es sei denn, der Heimatstaat bietet besseren Schutz)³⁷. Aus Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 96/71 folgt nämlich, dass die Richtlinie die Gesetze der Mitgliedstaaten koordinieren soll, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Aufnahmeland von Arbeitgebern, die Arbeitnehmer dorthin entsenden, zu gewährleisten ist. Dieser Kern zwingender Bestimmungen ist in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthalten.

53. Die mit der Richtlinie verfolgte Lösung kann allerdings im Widerspruch zur freien Wahl des anwendbaren Rechts durch die Vertragsparteien stehen. Dies ist in der beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache der Fall. In dieser Hinsicht steht sie auch im Widerspruch zu der in Art. 8 Abs. 1 der Rom-I-Verordnung niedergelegten allgemeinen Regel hinsichtlich der Rechtswahl bei Arbeitsverträgen. Ebenso wenig entspricht sie den anderen in Art. 8 aufgeführten Tatbeständen. Diese Situation wird jedoch klar akzeptiert: Nicht nur wird sie in Art. 23 der Rom-I-Verordnung anerkannt und in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 96/71 bestätigt, sondern sie entspricht auch dem in Erwägungsgrund 23 der Rom-I-Verordnung erwähnten Ziel, den Kollisionsnormen, die für die schwächere Partei günstiger sind, den Vorrang einzuräumen.

54. Grundsätzlich sind die Arbeitsbedingungen, die der Aufnahmemitgliedstaat Unternehmen, die Arbeitnehmer in sein Hoheitsgebiet entsenden, auferlegen kann, in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 abschließend aufgezählt³⁸. Zu dieser Regel gibt es nur eine Ausnahme, und diese ist in Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie aufgeführt, wonach die Mitgliedstaaten (vorbehaltlich der maßgeblichen Vertragsbestimmungen und unter Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung) für andere als die in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Aspekte Bestimmungen vorschreiben dürfen, soweit dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung notwendig erscheint. Ich werde in Nr. 115 auf diese Ausnahme zurückkommen.

55. Soweit demnach die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Lohnforderungen auf den vorgeschriebenen Mindestlohnsätzen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 beruhen, ist die Frage der Begründetheit dieser Forderungen auf der Grundlage des Rechts des Mitgliedstaats, dessen Recht nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie anwendbar ist, zu entscheiden³⁹. Entscheidend ist also das Recht des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden.

56. Anders gesagt: Die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Lohnforderungen fallen in den Anwendungsbereich der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 enthaltenen speziellen Kollisionsnorm. Dies ist insbesondere deshalb so, weil sich diese Bestimmung auf das Recht des Mitgliedstaats bezieht, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden. Gemäß Art. 14 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung folgt daraus, dass die Übertragbarkeit der Forderungen zwangsläufig ebenfalls dem Recht dieses Mitgliedstaats unterliegt.

57. Angesichts der vorstehenden Erwägungen bin ich der Auffassung, dass sich bei einer korrekten Auslegung von Art. 14 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 die Frage, ob ein entsandter Arbeitnehmer eine gegenüber seinem Arbeitgeber bestehende Lohnforderung einer Gewerkschaft im Aufnahmemitgliedstaat übertragen kann, nach dem Recht entscheidet, das auf die fraglichen Lohnforderungen anwendbar ist. Soweit die Forderungen auf den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 genannten Bedingungen beruhen, ist das Recht des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden, nicht nur auf diese Forderungen, sondern auch auf ihre Übertragbarkeit anzuwenden.

37 — Vgl. in diesem Sinne ebd. und Urteil Ruffert, EU:C:2008:189, Rn. 34.

38 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg, EU:C:2008:350, Rn. 31 und 49.

39 — Für die Frage des anwendbaren Rechts ist es nicht erforderlich, zunächst festzustellen, ob die Forderungen als solche begründet sind. In dieser Hinsicht reicht es, dass die Forderung existiert. Wäre dies nicht der Fall, würde sich eine recht ungewöhnliche Prüfungsreihenfolge ergeben, bei der die materiell-rechtliche Frage vor der Frage der Rechtswahl zu prüfen wäre.

58. Was die Fragen 1 bis 4 betrifft, so sind sie nur insoweit maßgeblich, als davon ausgegangen wird, dass polnisches Recht die Übertragbarkeit von Lohnforderungen unter den Umständen des vorliegenden Falls regelt. Da ich fest davon überzeugt bin, dass die Übertragbarkeit der Lohnforderungen finnischem Recht unterliegt, werden diese Fragen in den vorliegenden Schlussanträgen nicht untersucht. Nach dieser Klarstellung werde ich nun den Begriff des Mindestlohns untersuchen.

C – Mindestlohnsätze

59. Die zweite Fragestellung, zu der das vorlegende Gericht um Hinweise bittet, bezieht sich auf den Begriff der Mindestlohnsätze im Sinne der Richtlinie 96/71, ausgelegt im Licht von Art. 56 AEUV. Zwar hat das vorlegende Gericht die Frage 6 in mehrere Unterpunkte aufgegliedert, doch können die Fragen meiner Meinung nach gemeinsam geprüft werden. Im Wesentlichen wird der Gerichtshof um Klarstellung ersucht, wie der Begriff der Mindestlohnsätze im Sinne der Richtlinie 96/71 auszulegen ist. Bevor ich diese Frage beantworte, werde ich einige allgemeine Bemerkungen über das dem vorliegenden Fall zugrunde liegende Tarifvertragssystem in Bezug auf Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie machen.

1. Allgemein verbindliche Tarifverträge im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71

60. Insbesondere in Zeiten der Finanzkrise sind Tarifverhandlungen als Methode der Lohnfestsetzung umstritten. Die Richtlinie 96/71 lässt – vorbehaltlich mehrerer Bedingungen – darüber hinaus die Möglichkeit zu, Mindeststandards zum Schutz entsandter Arbeitnehmer durch Tarifverhandlungen festzusetzen.

61. Der Mindestlohn, der durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Aufnahmemitgliedstaats festgelegt wird, ist nach den in der Richtlinie 96/71 beschriebenen Verfahren zu bestimmen. Insbesondere geht aus Art. 3 Abs. 1 hervor, dass im Hinblick auf den Bausektor (im Sinne des Anhangs der Richtlinie) die in dieser Bestimmung genannten Mindestbedingungen „durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge“ im Sinne von Art. 3 Abs. 8 festgelegt werden können.

62. In der vorliegenden Rechtssache hat Elektrobudowa geltend gemacht, das finnische Tarifvertragssystem sei nicht transparent, da inländische Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit hätten, alternative Tarifverträge abzuschließen, die dem für den betreffenden Sektor für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag vorrangig seien. Folglich unterlägen ausländische Unternehmen, die in Finnland Dienstleistungen erbringen wollten, einer Ungleichbehandlung, die nicht gerechtfertigt werden könne. In der Tat sieht Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71 ausdrücklich vor, dass die durch allgemein verbindliche Tarifverträge festgelegten Mindeststandards von *allen* in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

63. Zwar hat das vorlegende Gericht diesen Gesichtspunkt nicht speziell untersucht und ihn auch nicht dem Gerichtshof zur Klarstellung vorgelegt. Ebenso wenig haben sich die Parteien mit dieser Frage eingehend beschäftigt. Ich möchte jedoch darauf hinweisen, dass ein System wie das finnische, in dem (inländische) Unternehmen die Anwendbarkeit des allgemein verbindlichen Tarifvertrags durch den Abschluss eines anderen – möglicherweise spezielleren und in einigen Fällen sogar für

Arbeitnehmer ungünstigeren – Tarifvertrags „umgehen“ können⁴⁰, aus der Perspektive der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen nicht ganz unproblematisch erscheint.

64. Ich bezweifle nämlich, dass ein solches System mit der Entscheidung des Gerichtshofs im Urteil *Portugaia Construções*⁴¹ uneingeschränkt vereinbar wäre. Diesem Urteil zufolge stellt es eine Ungleichbehandlung und einen Verstoß gegen den damaligen Art. 49 EG dar, wenn ein Arbeitgeber mit Sitz in einem ausländischen Mitgliedstaat im Gegensatz zu einem Arbeitgeber des Aufnahmemitgliedstaats die Verpflichtungen, die sich aus dem für den betreffenden Wirtschaftssektor geltenden Tarifvertrag ergeben, nicht vermeiden kann. In jenem Fall konnte ein inländischer Arbeitgeber durch Abschluss eines Firmentarifvertrags Löhne unterhalb des in einem allgemein verbindlichen Tarifvertrag festgelegten Mindestlohns zahlen, während diese Option einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber nicht offenstand. Zweifellos lassen sich gewisse Parallelen zwischen dieser Konstellation und der von *Elektrobudowa* beklagten Situation ziehen.

65. Ungeachtet dessen steht die Vereinbarkeit des finnischen Tarifvertragssystems mit dem Unionsrecht in der vorliegenden Rechtssache nicht unmittelbar in Frage. Ich werde daher nun dazu übergehen, den Begriff der Mindestlohnsätze eingehender zu untersuchen.

2. Begriff

66. Eindeutig verfügen die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des materiell-rechtlichen Inhalts der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 genannten Bestimmungen nach wie vor über ein erhebliches Ermessen. Wie sich jedoch aus der oben in Nr. 37 angeführten Rechtsprechung ergibt, unterliegt dieses Ermessen gewissen Grenzen. Ohne diese Grenzen wäre das Ziel der Förderung des unionsweiten freien Dienstleistungsverkehrs erheblich beeinträchtigt. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs enthält einige Hinweise, auf deren Grundlage sich der Begriff der Mindestlohnsätze umreißen lässt.

67. Im Urteil *Laval* hat der Gerichtshof einerseits festgestellt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, das in ihren nationalen Gesetzen vorgesehene Mindestmaß an Schutz auf entsandte Arbeitnehmer auszuweiten⁴². Andererseits hat er jedoch entschieden, dass das Schutzniveau grundsätzlich nicht über das hinausgehen darf, was in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71 vorgesehen ist⁴³. Angesichts dieser Feststellung ist die Ansicht vertreten worden, dass das Urteil *Laval* die Richtlinie transformiert habe und deren Ziel einer Harmonisierung auf Mindestniveau in das Ziel der vollständigen Harmonisierung umgewandelt habe. Dementsprechend kann argumentiert werden, dass sich der in der Richtlinie festgelegte Mindeststandard – der den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen einräumt, für entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat höhere Standards (als den Mindeststandard) anzuwenden – nun in eine Obergrenze verwandelt hat⁴⁴.

68. Wie dem auch sei, scheint der EU-Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt zu haben, eine Verpflichtung zur Einführung eines Systems von Mindestlohnsätzen einzuführen. Ebenso wenig hat er zunächst die Befugnis der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Definition des Inhalts dieses Mindestmaßes beschränkt (die äußersten Grenzen dieser Befugnis unterliegen offenkundig den Art. 56 und 57 AEUV).

40 – Nach Kapitel 2 § 7 Abs. 1 des finnischen Arbeitsvertragsgesetzes müssen alle Arbeitgeber grundsätzlich zumindest die Bestimmungen des Tarifvertrags, der für den fraglichen Sektor für allgemein verbindlich erklärt wurde, im Hinblick auf die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses anwenden. Es gibt jedoch eine Ausnahme zu dieser Regel. Nach Kapitel 2 § 7 Abs. 3 haben nämlich Arbeitgeber, wenn sie (oder ihr Arbeitgeberverband) mit einer inländischen Arbeitnehmerorganisation einen Tarifvertrag geschlossen haben, diesen Tarifvertrag anstelle des allgemein verbindlichen Tarifvertrags anzuwenden.

41 – C-164/99, EU:C:2002:40.

42 – Vgl. Urteil *Laval*, EU:C:2007:809, insbesondere Rn. 80 und 81.

43 – Ebd., Rn. 80.

44 – Vgl. u. a. Deakin, S., „The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's 'Social Market Economy'“ in Bruun, N., Lörcher, K., und Schömann, I. (Hrsg.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford: 2012, S. 19 bis 43, 28; Kilpatrick, C., a. a. O., S. 848.

Außerdem ist Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 eng auszulegen, da er eine Ausnahme zu der Regel darstellt, dass auf entsandte Arbeitnehmer die Gesetze des Heimatstaats anzuwenden sind. Daher sind die Bereiche, auf welche die vom Aufnahmemitgliedstaat festgelegten Standards anzuwenden sind, auf die in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Punkte beschränkt, und das anzuwendende Schutzniveau ist das vom Aufnahmemitgliedstaat festgelegte Mindestmaß⁴⁵.

69. Diesem Ansatz ist jedoch nicht zu entnehmen, welche Bestandteile das vom Aufnahmemitgliedstaat festgelegte Mindestmaß in Bezug auf Mindestlohnsätze beinhalten kann.

70. Der Gerichtshof hat versucht, dies im Urteil *Isbir* festzulegen. In jener Rechtssache hat der Gerichtshof festgestellt, dass nur Bestandteile der Vergütung, *die das Verhältnis* zwischen der Leistung des Arbeitnehmers auf der einen und der Gegenleistung, die er dafür erhält, auf der anderen Seite *nicht verändern*, als Mindestlohn im Sinne der Richtlinie 96/71 angesehen werden können⁴⁶. Auf der Grundlage dessen ging der Gerichtshof davon aus, dass die Bildung von Vermögen, in dessen Genuss der Arbeitnehmer binnen einer mehr oder weniger langen Frist kommen wird, für die Zwecke der Richtlinie 96/71 nicht als Komponente des üblichen Verhältnisses zwischen der Arbeitsleistung und der hierfür vom Arbeitgeber zu erbringenden finanziellen Gegenleistung angesehen werden kann. Dies galt umso mehr, als mit diesem Beitrag ein sozialpolitisches Ziel verfolgt wurde.

71. Die letztgenannte Aussage stützt sich auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Kommission/Deutschland*⁴⁷, die eine völlig andere Situation betraf. Jene Rechtssache betraf *nicht* die Befugnis des Aufnahmemitgliedstaats, den Begriff der Mindestlohnsätze zu definieren. In Frage standen vielmehr die Methoden, mit denen festgestellt wurde, ob die entsandten Arbeitnehmer *tatsächlich* Löhne erhielten, die dem Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat gleichwertig waren. Insbesondere hat das Urteil klargestellt, unter welchen Bedingungen der Aufnahmemitgliedstaat Zulagen, die den entsandten Arbeitnehmern gezahlt werden und nicht als Bestandteile des Mindestlohns im Aufnahmemitgliedstaat gelten, zu berücksichtigen hat. In jenem speziellen Kontext hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Arbeitnehmer, der auf Verlangen des Arbeitgebers ein Mehr an Arbeit oder Arbeitsstunden unter besonderen Bedingungen leistet, einen Ausgleich für diese zusätzliche Leistung erhalten muss, ohne dass dieser bei der Berechnung des Mindestlohns berücksichtigt wird.

72. Es spricht einiges für die Lösung, die der Gerichtshof im Urteil *Isbir*⁴⁸ entwickelt hat. Ich bin jedoch nicht der Auffassung, dass die oben genannte Entscheidung zu den Elementen, die als Teil der Mindestlohnsätze im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 angesehen werden können, einen sinnvollen Maßstab für die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Bestimmung des Begriffs der Mindestlohnsätze darstellt.

73. Meiner Meinung nach hat sich der Gerichtshof insoweit auf eine künstliche Unterscheidung zwischen der Vergütung, die als Gegenleistung für die erbrachte Arbeit gezahlt wird, und sonstigen Arten der Vergütung gestützt. Erstens ist es schwierig, eine solche Unterscheidung vorzunehmen, da die Vergütung zwangsläufig den Gegenpart zur erbrachten Arbeit darstellt. Zweitens ergibt sich – wie die norwegische Regierung in der mündlichen Verhandlung zutreffend dargelegt hat – die Schwierigkeit, zwischen verschiedenen Arten von Vergütung zu unterscheiden, bereits aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. c, der die Vergütung von Überstunden ausdrücklich als Bestandteil des Mindestlohns aufzählt. Die Vergütung von Überstunden kann nicht unproblematisch als untrennbar mit den erbrachten Arbeitsleistungen verbunden angesehen werden, da sie an die besonderen Umstände

45 — Urteile *Laval*, EU:C:2007:809, Rn. 80 und 81, *Rüffert*, EU:C:2008:189, Rn. 33 und 34, und *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2008:350, Rn. 24 bis 26.

46 — *Isbir*, EU:C:2013:711, Rn. 40.

47 — EU:C:2005:220.

48 — EU:C:2013:711, Rn. 40.

gebunden ist, unter denen die Arbeit verrichtet wird. Mit anderen Worten, die im Urteil Isbir verwendete Definition übersieht die subjektiven Aspekte der Vergütung, die angesichts der Einbeziehung von Überstundenvergütung in Art. 3 Abs. 1 nicht von den Mindestlohnsätzen getrennt werden können.

74. Im Gegensatz dazu bin ich der Auffassung, dass die Grenze für das Ermessen der Mitgliedstaaten ersichtlich wird, wenn man Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 im Licht des Ziels, entsandten Arbeitnehmern ein Mindestmaß an sozialem Schutz zu bieten, und *nicht* im Licht des Schutzes des inländischen Arbeitsmarkts liest. Darüber hinaus muss eine Reihe weiterer Voraussetzungen erfüllt sein.

75. Wie bereits dargelegt, schreibt die Richtlinie erstens vor, dass der Mindestlohn, der durch die Rechtsvorschriften und/oder Tarifverträge des Aufnahmemitgliedstaats festgelegt wird, nach den in der Richtlinie festgelegten Verfahren zu bestimmen ist. Insbesondere ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1, dass Tarifverträge im Sinne von Art. 3 Abs. 8 für allgemein verbindlich erklärt worden sein müssen, wobei Art. 3 Abs. 8 weitere besondere Voraussetzungen enthält. Ungeachtet der etwaigen Probleme, die mit dem finnischen Tarifvertragssystem verbunden sein können und vorstehend kurz umrissen wurden, geht aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass – und keine der Parteien hat dies bestritten – die angeführten Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt worden sind und die Standards festlegen, die ausländische Unternehmen in Bezug auf entsandte Arbeitnehmer einhalten müssen⁴⁹.

76. Zweitens – und dies ist vielleicht entscheidend – hat der Gerichtshof im Urteil Laval besonders hervorgehoben, dass sich Art. 3 Abs. 1 Buchst. c auf *Mindestlohnsätze* bezieht. Von dieser Bestimmung ausgenommen sind daher Lohnsätze, die über den in den maßgeblichen Vorschriften festgelegten Mindestsätzen liegen⁵⁰. Mit anderen Worten, selbst wenn man davon ausgeht, dass in der Praxis die meisten (oder alle) Arbeitnehmer *de facto* aufgrund persönlicher Umstände einen höheren Lohn erhalten, ändert dies nichts an der Tatsache, dass es das in der Gesetzgebung und/oder den fraglichen Tarifverträgen festgelegte absolute Mindestmaß ist, das den entscheidenden Maßstab für die Zwecke von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c darstellt. Jede andere Lösung würde in der Praxis dazu führen, dass eine Vielzahl von Mindestmaßen oder vielmehr unterschiedlichen Lohnsätzen, die von den persönlichen Umständen jedes Arbeitnehmers abhängen und somit über das im Aufnahmemitgliedstaat akzeptierte absolute Mindestmaß hinausgehen, akzeptiert würde.

77. Vor dem Hintergrund der Feststellungen des Gerichts im Urteil Laval werde ich mich nun mit den verschiedenen Aspekten der Vergütung befassen, die in der beim vorliegenden Gericht anhängigen Rechtssache in Rede stehen.

3. Die Bestandteile des Mindestlohns

78. Der Begriff des Mindestlohns kann eine Fülle von Aspekten beinhalten und in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Ausformungen annehmen. Der Mindestlohn kann nämlich auf einer bestimmten Zeiteinheit (Monats- oder Stundenbasis) oder einem bestimmten Produktivitätsgrad basieren; er kann einen einheitlichen vertraglich vereinbarten Satz für alle Arbeitnehmer einer bestimmten Branche oder unterschiedliche Mindestlohnsätze je nach Tätigkeit, Qualifikationen und Beruf gemäß den Tarifverträgen beinhalten. Außerdem sind einige Zulagen und Boni typischerweise Bestandteil des anwendbaren Mindestlohns⁵¹. Folglich und insbesondere angesichts des Ermessens,

49 — Es ist allerdings umstritten, ob diese Tarifverträge tatsächlich auf die betroffenen Arbeitnehmer anwendbar sind. Mit dieser Frage, die zwar zweifellos interessant wäre, ist der Gerichtshof vorliegend nicht befasst.

50 — Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 70 und 71.

51 — Vgl. den Bericht der Dienststellen der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (KOM[2006] 159 endg.), S. 16.

das den Mitgliedstaaten bei der inhaltlichen Bestimmung des Begriffs der Mindestlohnsätze zukommt, erscheint es nicht wünschenswert, den Begriff im Wege der richterlichen Konstruktion positiv und umfassend zu definieren. Wie die nachstehende Prüfung zeigen wird, ist für die Bestimmung des Inhalts des anwendbaren Minimums eine Einzelfallprüfung erforderlich.

a) Lohneinstufung und Einordnung von Arbeitnehmern in Lohngruppen

79. Aus der Akte geht hervor, dass den betroffenen Arbeitnehmern Zeitlohn gezahlt wurde. Dieser Lohn scheint dem Mindestbetrag der untersten Zeitlohngruppe der anwendbaren Tarifverträge zu entsprechen. Er ist jedoch niedriger als der Akkordgarantielohn, der in den Tarifverträgen vorgesehen ist. Problematisch in Bezug auf die in den fraglichen Tarifverträgen vorgesehenen Lohneinstufungen und Lohngruppen ist der Umstand, dass die finnischen Gesetze keinen übergreifenden (oder sektorspezifischen) Mindestlohn vorsehen. Diese Frage wird vielmehr von den maßgeblichen Sozialpartnern im Rahmen der Tarifverhandlungen entschieden. Eine weitere Schwierigkeit ist in dem Umstand begründet, dass die von der Gewerkschaft angeführten Tarifverträge Bestimmungen zu Zeit- und Akkordlohn enthalten.

80. Hierzu macht die Gewerkschaft geltend, dass ein ausländischer Arbeitgeber, der Arbeitnehmer nach Finnland entsende, verpflichtet sei, seinen Arbeitnehmern eine Erhöhung des Lohnniveaus für im Akkord geleistete Arbeit anzubieten, und in diesem Fall ein Akkordgarantielohn zu zahlen sei. Eine andere damit eng verbundene und umstrittene Frage ist die Einteilung (bzw. die fehlende Einteilung) der Arbeitnehmer in Lohngruppen gemäß den fraglichen Tarifverträgen.

81. Es wird sich kaum in Abrede stellen lassen, dass sowohl (stundenbasierter) Zeitlohn als auch Akkordlohn Arten von Vergütung für die erbrachten Arbeitsleistungen darstellen und daher vom Begriff der Mindestlohnsätze im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 erfasst sind. Es fällt mir jedoch schwer, der Argumentation der Gewerkschaft zu folgen, welche von der großen Mehrheit der Regierungen, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, unterstützt wird. Ihrer Argumentation zufolge soll Akkordgarantielohn im vorliegenden Fall das „Mindestmaß“ darstellen. Ich kann jedoch keinen triftigen Grund erkennen, weshalb eine andere Vergütung als der niedrigste Lohn (in diesem Fall der Stundenlohn), der im Tarifvertrag vorgesehen ist, als Mindestmaß im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 anzusehen sein sollte. Das Gleiche gilt für die streitigen Lohngruppen. Denn jede andere Auffassung würde in der Praxis dazu führen, dass eine Situation zulässig wäre, die derjenigen verwandt ist, die durch das Urteil in der Rechtssache Laval ausdrücklich untersagt wurde, als nämlich eine Gewerkschaft verlangte, dass ein ausländisches Unternehmen einen Lohnsatz zahlt, der auf dem statistischen Durchschnittslohn beruht, der Arbeitnehmern mit Berufsabschluss gezahlt wird⁵². Ein solcher Durchschnittslohn kann nämlich kaum als „Mindestmaß“ im Sinne der Richtlinie 96/71 ausgelegt werden.

82. Vor allem stehen hier Tarifverträge in Rede, die für einen bestimmten Sektor der Baubranche gelten. Unter diesen Umständen kann ich nicht nachvollziehen, dass der niedrigste in den Tarifverträgen vorgesehene Lohnsatz – sei es in Form von Lohneinstufung oder Lohngruppen – keinen angemessenen Schutz für entsandte Arbeitnehmer darstellen soll. Schließlich wird dieser Lohn auch für einige inländische Arbeitnehmer gelten. Alles, was über dieses Mindestmaß hinausgeht, ist daher zwangsläufig auch nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar⁵³.

52 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 71. Bei seiner Argumentation hob der Gerichtshof besonders den Umstand hervor, dass die fraglichen Tarifverträge die in Art. 3 Abs. 1 und 8 der Richtlinie 96/71 genannten Anforderungen nicht hinreichend erfüllten, um als angemessener Maßstab für den Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat verwendet zu werden.

53 — Vgl. unten Nr. 90 ff. Entsandte Arbeitnehmer führen nämlich im Gegensatz zu Wanderarbeitnehmern *per definitionem* nur vorübergehend Arbeiten im Aufnahmemitgliedstaat durch, so dass es weder notwendig noch angemessen erscheint, dass alle Rechte, die Arbeitnehmern zustehen, die gewohnheitsmäßig Arbeiten im Aufnahmemitgliedstaat durchführen, auf entsandte Arbeitnehmer ausgedehnt werden. Dies hat der Gerichtshof auch in seiner früheren Rechtsprechung bestätigt. Vgl. zum Unterschied hinsichtlich dieser Rechte Kilpatrick, C., a. a. O., S. 847 bis 849. Vgl. auch speziell zur Baubranche Davies, P., a. a. O., S. 601.

83. Vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof die Dienstleistungsfreiheit in seiner Rechtsprechung besonders hervorgehoben hat, bin ich der Auffassung, dass es den Schutz des inländischen Arbeitsmarkts zum Nachteil der Dienstleistungsfreiheit in ungerechtfertigter Weise aufwerten würde, wenn es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, ausländischen Unternehmen bestimmte LohnEinstufungen oder Lohngruppen vorzuschreiben, die über das ausdrücklich in den maßgeblichen Gesetzen oder Tarifverträgen vorgesehene Mindestmaß hinausgehen. Soweit das Unternehmen, das Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat entsendet, dieses Mindestmaß erfüllt, kann der Aufnahmemitgliedstaat keine bestimmte LohnEinstufung vorschreiben oder verlangen, dass das Unternehmen seine Arbeitnehmer in bestimmte Lohngruppen einteilt. Andernfalls würde der Lohn über das von den maßgeblichen Tarifverträgen vorgesehene Mindestmaß hinausgehen.

b) Urlaubsgeld und das Problem konkurrierender Mindestmaße

84. Das vorlegende Gericht hat außerdem Zweifel, wie mit dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Urlaubsgeld zu verfahren ist. Das Urlaubsgeld („lomarahä“) ist ein Bestandteil der Vergütung, der von den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des Jahresurlaubsgesetzes, das den Jahresurlaub und die Urlaubsentschädigung („lomakorvaus“) regelt, nicht erfasst ist⁵⁴. Im Gegensatz zur Urlaubsentschädigung basiert dieser Bestandteil der Vergütung auf tarifvertraglichen Bestimmungen. Die Zahlung des Urlaubsgelds führt dazu, dass die gesetzlich vorgesehene Urlaubsentschädigung um 50 % erhöht wird.

85. Bevor das Urlaubsgeld als Vergütungsart genauer untersucht wird, muss an dieser Stelle kurz die Stellungnahme gewürdigt werden, die Elektrobudowa zum Urlaubsgeld eingereicht hat. Elektrobudowa ist der Auffassung, dass das in Rede stehende Urlaubsgeld nicht als Teil der Mindestlohnsätze angesehen werden könne, da es über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehe.

86. Gemäß dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 ist es ausdrücklich erlaubt, dass die anwendbaren Mindestlohnsätze durch Gesetze *und/oder* Tarifverträge festgelegt werden. Offensichtlich ist dies so zu verstehen, dass einige Bestandteile der Mindestlohnsätze auf Gesetzen beruhen, während andere auf (allgemein verbindlichen) Tarifverträgen basieren. In dieser Hinsicht lässt sich der Richtlinie keine Bestimmung entnehmen, die das Urlaubsgeld – *a priori* – vom Anwendungsbereich des Begriffs der Mindestlohnsätze ausschließen würde. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, dass das Urlaubsgeld eine Zulage zur gesetzlich vorgesehenen Urlaubsentschädigung darstellt.

87. Ich muss jedoch einen wichtigen Vorbehalt geltend machen. Die oben in Nr. 85 dargelegte Lösung basiert auf der Annahme, dass wir es mit *unterschiedlichen* Vergütungselementen zu tun haben. Wäre dem nicht so, hätten wir es insoweit mit konkurrierenden *Mindestmaßen* zu tun, als sowohl die anwendbaren Gesetze als auch der maßgebliche allgemein verbindliche Tarifvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 8 Bestimmungen zu ein und demselben Vergütungselement enthielten⁵⁵. In einem solchen Szenario und unter Berücksichtigung des überragenden Ziels der Richtlinie 96/71, das – nach der Auslegung des Gerichtshofs – in der Förderung der Dienstleistungsfreiheit besteht, müsste der Konflikt zugunsten des niedrigsten „Mindestmaßes“ entschieden werden⁵⁶. Jedes andere Ergebnis wäre nicht nur mit diesem Ziel unvereinbar, sondern stünde auch begrifflich im Widerspruch zur Idee eines „Mindestmaßes“.

54 — Gesetz Nr. 162/2005 vom 18. März 2005 zum Jahresurlaub, geändert durch Gesetz Nr. 1448/2007 (Vuosilomalaki). Die §§ 16 und 17 dieses Gesetzes enthalten Vorschriften, nach denen dem Arbeitnehmer während und bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses Urlaubsentschädigung zu zahlen ist.

55 — Zur Frage der konkurrierenden Mindestmaße in Bezug auf einen Fall, in dem ein gesetzlicher Mindestlohn neben einem tarifvertraglich festgelegten Mindestmaß besteht, vgl. Kilpatrick, C., a. a. O., S. 855 und 856.

56 — Vgl. Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 78 im Zusammenhang mit Tarifverträgen, die den in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71 enthaltenen Voraussetzungen *nicht* genügten.

88. Nach diesem Einschub werde ich nun das Urlaubsgeld als Bestandteil der Mindestlohnsätze im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 untersuchen.

89. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 96/71 müssen Unternehmen, die Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsenden, nicht nur die Mindestlohnsätze, sondern auch die Vorschriften zum *bezahlten* Mindestjahresurlaub im Aufnahmemitgliedstaat beachten. Allein aus dem Umstand, dass ein Teil des Lohns in einem Tarifvertrag geregelt ist, kann nicht gefolgert werden, dass er vom Anwendungsbereich des Lohnbegriffs auszuschließen ist. Wäre er ausgeschlossen, würde dies die in den fraglichen Aufnahmemitgliedstaat entsandten Arbeitnehmer daran hindern, die Vergütung zu erhalten, die dem in jenem Staat anwendbaren Mindestmaß entspricht, was einen Verstoß gegen die Richtlinie 96/71 darstellen würde. Im Gegensatz zu den nachstehend erörterten Zulagen ist das Urlaubsgeld ein wesentlicher Bestandteil der Vergütung, die ein Arbeitnehmer als Gegenleistung für die erbrachte Arbeit erhält.

c) Weitere Zulagen für Arbeitsaufträge

90. Auch die Tagegeldpauschale und die Wegezeitentschädigung, die im Tarifvertrag vorgesehen sind, bereiten dem vorliegenden Gericht eine Reihe von Schwierigkeiten. Zugegebenermaßen ließe sich argumentieren, dass solche Zulagen allein deshalb nicht in den Geltungsbereich der Mindestlohnsätze fallen sollten, weil es zwischen diesen Zulagen und der ausgeführten Arbeit keine Verbindung gibt. Schließlich sind beide Zulagen an die Person (und die persönliche Lage der Person) gebunden, welche die Arbeit ausführt.

91. Dies würde jedoch dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 widersprechen, der die Vergütung von Überstunden ausdrücklich als Bestandteil des Mindestlohns aufzählt. Wie nämlich bereits oben in Nr. 73 im Hinblick auf das Urteil *Isbir*⁵⁷ des Gerichtshofs angedeutet wurde, ist die Vergütung von Überstunden – genau wie die vorliegend in Rede stehenden Zulagen – untrennbar mit der persönlichen Lage des Arbeitnehmers und nicht mit der tatsächlich ausgeführten Arbeit verbunden. Angesichts dieses Umstands ist mir nicht ersichtlich, weshalb die streitigen Zulagen automatisch außerhalb des Geltungsbereichs von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 liegen sollen.

92. Zulagen für Arbeitsaufträge können nämlich in den Geltungsbereich von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 fallen, *wenn sie einem Satz entsprechen, der als der Mindestlohnsatz für solche Aufträge angesehen wird*. Diese Voraussetzung ist eine unabdingbare Folge des Ermessens, das den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des materiell-rechtlichen Inhalts des Begriffs zukommt. Dennoch gilt hier eine wichtige Einschränkung. Der Inhalt der zwingenden Vorschriften zum Mindestschutz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 muss auch im Einklang mit Art. 56 AEUV stehen⁵⁸.

93. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Art. 56 AEUV nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Dies gilt auch dann, wenn die Beschränkungen unterschiedslos auf inländische Dienstleistende und auf solche aus anderen Mitgliedstaaten anwendbar sind⁵⁹.

57 — EU:C:2013:711.

58 — Vgl. auch Urteil des EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache E-2/11, *STX Norway Offshore AS u. a./Norwegischer Staat*, Rn. 72 ff.

59 — Urteile *Arblade u. a.*, C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 33, und *Portugaia Construções*, EU:C:2002:40, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung.

94. Es ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen, die für die Niederlassung gelten, abhängig machen dürfen. Dies soll gewährleisten, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen nicht übermäßig behindert wird. In dieser Hinsicht ist die Anwendung der nationalen Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats auf ausländische Unternehmen geeignet, Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, soweit daraus zusätzliche wirtschaftliche Kosten und Belastungen folgen⁶⁰.

95. Aus der Akte geht hervor, dass die fraglichen Zulagen sowohl für ausländische Unternehmen als auch für ihre inländischen Wettbewerber gelten. Ich kann jedoch nicht *a priori* ausschließen, dass die Verpflichtung ausländischer Dienstleister, diese Zulagen zu zahlen, geeignet ist, die Erbringung von Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat für ausländische Dienstleister weniger attraktiv zu machen oder sogar zu erschweren. Daher kann die Verpflichtung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 56 AEUV darstellen. Eine solche Verpflichtung würde etwaige Wettbewerbsvorteile, die aufgrund niedrigerer Arbeitskosten im Heimatstaat bestehen können, erfolgreich beseitigen. Dem ist so, weil die Zulagen – unter mehreren Voraussetzungen – in Fällen zu zahlen sind, in denen die Arbeit an einem anderen Ort verrichtet wird als dort, wo die Arbeitnehmer eingestellt wurden⁶¹. Somit scheinen einige inländische Unternehmen die Zulagen nicht zahlen zu müssen, während die Entsendung von Arbeitnehmern in den Aufnahmemitgliedstaat zwangsläufig mit der Zahlung verbunden ist.

96. Soweit die maßgeblichen Bestimmungen für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen und Unternehmen gelten, kann die Beschränkung nach ständiger Rechtsprechung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Dies gilt jedoch nicht, wenn dieses Interesse durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. Darüber hinaus muss die Beschränkung geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist⁶². Besonders wichtig ist dabei der Umstand, dass die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses den sozialen Schutz der Arbeitnehmer beinhalten⁶³.

97. Auch wenn dies letztlich vom vorlegenden Gericht zu entscheiden ist, bin ich der Auffassung, dass beide hier in Rede stehenden Zulagen den Zweck erfüllen, den Arbeitnehmer für die zusätzlichen Kosten zu entschädigen, die ihm aufgrund des Arbeitsauftrags entstehen. Im Hinblick auf entsandte Arbeitnehmer könnte argumentiert werden, dass die Zahlung der Zulagen ein Vergütungsniveau gewährleistet, das notwendig ist, um während des Arbeitsauftrags einen angemessenen Lebensstandard zu sichern. Daher kann ich nicht *in abstracto* ausschließen, dass die Zahlung der Zulagen für den sozialen Schutz der betroffenen Arbeitnehmer erforderlich sein könnte.

60 — Urteile *Mazzoleni und ISA*, C-165/98, EU:C:2001:162, Rn. 23 und 24, und *Portugaia Construções*, EU:C:2002:40, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung. Vgl. auch *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C-290/04, EU:C:2006:630, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung.

61 — Dies geht aus dem Mechanismus hervor, der in Art. 14 des Tarifvertrags für den Elektrizitätssektor festgelegt ist. Nach dieser Bestimmung ist die Zahlung einer (vollen oder teilweisen) Tagegeldpauschale und einer Wegezeitentschädigung nur vorgeschrieben, wenn der Ort, an dem die Arbeitnehmer eingestellt wurden, mindestens 40 km vom Arbeitsplatz oder mindestens 15 km vom Wohnort des Arbeitnehmers entfernt ist.

62 — Vgl. z. B. Urteile *Webb*, EU:C:1981:314, Rn. 17, *Anilir u. a.*, C-205/99, EU:C:2001:107, Rn. 25, *Mazzoleni und ISA*, EU:C:2001:162, Rn. 26, *Wolff & Müller*, C-60/03, EU:C:2004:610, Rn. 34, und *Portugaia Construções*, EU:C:2002:40, Rn. 19. Für eine neuere Formulierung dieser Regel vgl. auch Urteil *Kommission/Belgien*, C-577/10, EU:C:2012:814, Rn. 44.

63 — Urteil *Arblade u. a.*, EU:C:1999:575, Rn. 36, sowie in diesem Sinne auch Urteil *Mazzoleni und ISA*, EU:C:2001:162, Rn. 27.

98. Die Zahlung der Zulagen muss jedoch in einem angemessenen Verhältnis zur Erreichung dieses Ziels stehen, wobei alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sind. Insbesondere hat das vorliegende Gericht einerseits die den Dienstleistern auferlegten administrativen und wirtschaftlichen Belastungen und andererseits den zusätzlichen sozialen Schutz, der den Arbeitnehmern im Vergleich zur Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers durch diese Belastungen gewährt wird, gegeneinander abzuwägen⁶⁴.

99. Um das vorliegende Gericht bei dieser Aufgabe zu unterstützen, möchte ich Folgendes anmerken.

i) Tagesgeldpauschale

100. Das vorliegende Gericht geht davon aus, dass die entsandten Arbeitnehmer aufgrund der fraglichen Tarifverträge während des gesamten Zeitraums ihrer Entsendung Anspruch auf die Tagesgeldpauschale haben⁶⁵. Dem ist so, weil die Arbeitnehmer in Polen und nicht an dem Ort, an dem die Arbeiten zu verrichten sind, eingestellt wurden. Ich habe Schwierigkeiten mit der Annahme, dass dies eine angemessene Maßnahme zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer darstellt.

101. Hierfür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe.

102. Erstens soll eine Tagesgeldpauschale wie diejenige, die im Ausgangsverfahren in Rede steht, zusätzliche Ausgaben ausgleichen, die einem Arbeitnehmer entstehen können, wenn er sich (vorübergehend) nicht an seinem Wohnort befindet. Dies ist bei Arbeitsaufträgen, die eine Übernachtung erfordern, typischerweise der Fall. Zwar wurden die Arbeitnehmer unstreitig in Polen eingestellt, doch wohnten sie während ihrer Entsendung in Finnland in einer Unterkunft, die von ihrem Arbeitgeber bezahlt wurde und sich in der Nähe der Baustelle des Kernkraftwerks befand. Unter diesen Umständen lässt sich kaum überzeugend vertreten, dass die Tagesgeldpauschale notwendig ist, um die entsandten Arbeitnehmer zu schützen.

103. Zweitens wäre, wenn der Aufnahmemitgliedstaat verlangen könnte, dass eine Zulage wie die in Rede stehende während des gesamten Zeitraums der Entsendung an entsandte Arbeitnehmer gezahlt wird, die Wettbewerbsfähigkeit ausländischer Unternehmen gegenüber ihren inländischen Wettbewerbern erheblich beeinträchtigt, da ausländische Unternehmen von den Kosten im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern zweifellos abgeschreckt würden⁶⁶. Die Verpflichtung, entsandten Arbeitnehmern eine Zulage wie die Tagesgeldpauschale für den *gesamten* Zeitraum ihrer Entsendung zu zahlen, würde naturgemäß zu einer Benachteiligung ausländischer Unternehmen führen. Denn von Unternehmen, die Arbeitnehmer nach Finnland entsenden, wird systematisch verlangt, diese Zulage zu zahlen, während inländische Unternehmen nicht zwangsläufig oder systematisch zur Zahlung verpflichtet werden.

ii) Wegezeitentschädigung

104. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass die Tarifverträge den Arbeitgeber außerdem verpflichten, Arbeitnehmern eine Wegezeitentschädigung zu zahlen, wenn die tägliche Pendelzeit zum Arbeitsplatz mehr als eine Stunde beträgt. Die Gewerkschaft fordert die Zahlung dieser Zulage in Höhe des niedrigsten tarifvertraglich festgelegten Satzes. Die Parteien sind sich uneinig, ob die Dauer der täglichen Pendelzeit tatsächlich mehr als eine Stunde betrug.

64 — Vgl. z. B. Urteil 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. 49 und 50.

65 — Im Jahr 2012 betrug das Tagesgeld 36 Euro pro Tag.

66 — Nach den maßgeblichen Tarifverträgen gilt zusätzlich zu den oben in Fn. 61 genannten Voraussetzungen eine weitere Bedingung für die Zahlung der vollständigen Tagesgeldpauschale. Nach Art. 14 Buchst. A Abs. 2 des Tarifvertrags ist die vollständige Tagesgeldpauschale nur dann zu zahlen, wenn die Langstreckenpendelzeit („työmatka“) mehr als zehn Stunden beträgt.

105. Jedenfalls ist die Anreise zum Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer zweifellos nicht nur mit Kosten, sondern auch mit einem Zeitverlust verbunden. Zwar kann die tägliche Pendelzeit von der durch den Arbeitgeber bereitgestellten Unterkunft zum Arbeitsplatz nicht als tatsächliche Arbeitszeit angesehen werden, doch handelt es sich um Zeit, die für die Zwecke der Durchführung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Dienstleistungen investiert wird. Darüber hinaus scheint unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls – angesichts der Lage der vom Arbeitgeber bezahlten Unterkunft sowie der Abgelegenheit der Baustelle – die Dauer der Pendelzeit zum Arbeitsplatz kein Faktor zu sein, über den die Arbeitnehmer frei entscheiden können.

106. Insoweit ist eine Entschädigung der Arbeitnehmer für diese Zeit in Form einer bestimmten Zulage, die (sobald die Dauer von einer Stunde pro Tag erreicht ist) der Pendelzeit zum Arbeitsplatz angemessen ist, dem ersten Anschein nach eine Maßnahme, die wirklich zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer beiträgt. Schließlich wird durch die Wegezeitentschädigung – genau wie durch die Vergütung von Überstunden – gewährleistet, dass die Arbeitnehmer für die Zeit und das Geld entschädigt werden, die sie aufgrund des täglichen Pendelns verlieren.

107. Ebenso wie die Tagegeldpauschale scheint jedoch die Verpflichtung ausländischer Unternehmen, ihre entsandten Arbeitnehmer für die Pendelzeit zu entschädigen, im Hinblick auf die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen eine abschreckende Wirkung zu haben. Dies ist auf die zusätzlichen Kosten zurückzuführen, die mit dieser Verpflichtung verbunden sind. Die Notwendigkeit, ausländische Unternehmen zur Zahlung dieser Entschädigung zu verpflichten, ist meiner Meinung nach eng mit den tatsächlichen Umständen des vorliegenden Falls verbunden. Wenn beispielsweise alle inländischen Arbeitnehmer aufgrund der Abgelegenheit des Arbeitsplatzes Anspruch auf diese Entschädigung hätten, dann würde der Umstand, dass die Entschädigung entsandten Arbeitnehmern *nicht* gezahlt wird, offenbar bedeuten, dass ihnen der vom Aufnahmemitgliedstaat vorgeschriebene Mindestschutz versagt wird. Wäre der Fall jedoch anders und hätten nicht alle inländischen Arbeitnehmer Anspruch auf diese Entschädigung, ist für mich kein Grund ersichtlich, der im Hinblick auf den sozialen Schutz der Arbeitnehmer eine solche systematische Verpflichtung ausländischer Unternehmen rechtfertigen würde. Wie das Tagegeld kann auch die Wegezeitentschädigung meiner Meinung nach nur dann als gerechtfertigt und folglich notwendig im Hinblick auf den sozialen Schutz von Arbeitnehmern angesehen werden, wenn ein inländischer Arbeitnehmer, der die Arbeit unter vergleichbaren Bedingungen verrichtet, unter allen Umständen einen Anspruch auf die Zahlung der Zulage hat.

108. Zusammenfassend bin ich der Auffassung, dass die Tagegeldpauschale und die Wegezeitentschädigung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 erfasst sind. Da jedoch die Anwendung dieser Zulagen auf ausländische Unternehmen, die Arbeitnehmer entsenden, geeignet ist, Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, soweit daraus zusätzliche wirtschaftliche Kosten und Belastungen folgen, hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob die allgemein verbindlichen Tarifverträge, welche die in Rede stehenden Zulagen festlegen, das Ziel des sozialen Schutzes von Arbeitnehmern verfolgen und nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen.

109. Wie die vorstehende Prüfung verdeutlichen sollte, kann die Frage, was von den „Mindestlohnsätzen“ im jeweiligen Einzelfall und im Hinblick auf jeden einzelnen Bestandteil der Vergütung erfasst ist, beantwortet werden, indem als Ausgangspunkt der Lohnsatz zugrunde gelegt wird, der dem in den maßgeblichen anwendbaren Bestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats festgelegten Mindestsatz entspricht, und indem im Hinblick auf Zulagen, die von den persönlichen Umständen des Arbeitnehmers abhängen, geprüft wird, ob die Zahlung dieser Zulagen für den sozialen Schutz von Arbeitnehmern notwendig ist.

4. Berücksichtigung von Unterbringung und Essensgutscheinen bei der Berechnung des Mindestlohns

110. Im Sachverhalt des Ausgangsverfahrens versorgte Elektrobudowa die betroffenen entsandten Arbeitnehmer mit einer Unterkunft und Essensgutscheinen⁶⁷. Es stellt sich daher die Frage, wie diese Leistungen bei der Entscheidung darüber, ob die entsandten Arbeitnehmer tatsächlich Löhne erhielten, die dem Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat gleichwertig waren, zu behandeln sind. Nach Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 gelten die Entsendungszulagen als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten, wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, gezahlt werden. Haben wir es hier mit der Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten zu tun oder mit etwas anderem?

111. Selbst bei einer wörtlichen Auslegung von Art. 3 Abs. 7 scheint die Beantwortung dieser Frage relativ offensichtlich. Denn auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die Unterbringungs- und Verpflegungskosten nicht im Nachhinein erstattet hat, so hat er jedenfalls während der Entsendung seinen Arbeitnehmern Unterkunft und Essensgutscheine gestellt. Dennoch könnte argumentiert werden, dass es sich bei diesen Leistungen um „Entsendungszulagen“ handelt, die bei der Berechnung im Zusammenhang mit der Frage zu berücksichtigen sind, ob die entsandten Arbeitnehmer Löhne erhielten, die dem im Aufnahmemitgliedstaat anwendbaren Mindeststandard entsprachen. Meiner Meinung nach würde eine solche Einordnung der Leistungen die Umgehung des Zwecks von Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 befördern.

112. Diese Bestimmung soll die Möglichkeit ausräumen, bei der Berechnung des Mindestlohns Leistungen im Zusammenhang mit Fahrtzeiten, *Unterbringung und Verpflegung* derart zu berücksichtigen, dass den betroffenen Arbeitnehmern der wirtschaftliche Gegenwert ihrer Arbeitsleistung vorenthalten wird. Denn alle diese Leistungen sind untrennbar mit der Entsendung von Arbeitnehmern verbunden. Selbstverständlich ließe sich dagegenhalten, dass insbesondere Essensgutscheine eine zusätzliche Leistung darstellen. Schließlich haben entsandte Arbeitnehmer die gleichen Ausgaben für Verpflegung, wenn sie in ihrem Heimatstaat arbeiten. Dennoch erscheinen die Essensgutscheine – bzw. Verpflegungskosten, wie es in der Richtlinie heißt – notwendig, um für die höheren Lebenshaltungskosten im Aufnahmemitgliedstaat zu entschädigen. Vor diesem Hintergrund lässt sich nur schwer bestreiten, dass eine Einbeziehung der vom Arbeitgeber gestellten Unterbringung und Essensgutscheine im Rahmen der Berechnung des Mindestlohns in der Praxis dazu führen würde, dass die Gesamthöhe des Lohns der betroffenen Arbeitnehmer unter das akzeptierte Mindestmaß fiel.

113. Besonders aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kommission/Deutschland. In jener Rechtssache hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Arbeitnehmer, der auf Verlangen des Arbeitgebers Arbeitsstunden unter besonderen Bedingungen leistet, einen Ausgleich für diese zusätzliche Leistung erhalten muss, ohne dass dieser bei der Berechnung des Mindestlohns berücksichtigt wird⁶⁸. Dieser Gedanke findet sich auch in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71. Soweit nämlich die Einbeziehung solcher Leistungen das Gleichgewicht zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der ihm dafür entrichteten Gegenleistung zum Nachteil des Arbeitnehmers verschieben würde, dürfen die Leistungen beim Vergleich des den entsandten Arbeitnehmern tatsächlich gezahlten Bruttolohns mit den im Aufnahmemitgliedstaat gesetzlich vorgeschriebenen Mindestlohnsätzen nicht berücksichtigt werden.

67 — Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass Elektrobudowa nach den fraglichen Tarifverträgen verpflichtet ist, in Fällen, in denen die Arbeit an einem anderen Ort als dort, wo die Arbeitnehmer eingestellt wurden, verrichtet wird, die Unterbringung zu bezahlen. Allerdings werden die Essensgutscheine, die auch zum Einkauf von Lebensmitteln in bestimmten Geschäften verwendet werden können, gemäß dem Arbeitsvertrag ausgestellt.

68 — Vgl. hierzu Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2005:220, Rn. 39 und 40.

114. Mit anderen Worten, werden Unterbringung und Essensgutscheine von dem Unternehmen bereitgestellt, das Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat entsendet, sind sie als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten anzusehen. Daher können sie bei der Entscheidung darüber, ob die entsandten Arbeitnehmer Löhne erhielten, die dem Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat gleichwertig waren, nicht in die Berechnung einbezogen werden.

5. Die Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung gemäß Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71

115. Schließlich möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die fraglichen Leistungen⁶⁹ – soweit sie außerhalb des Kernbereichs zwingender Bestimmungen gemäß Art. 3 Abs. 1 liegen – als Aspekte angesehen werden können, die unter Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 fallen. Diese Bestimmung ermöglicht es den Mitgliedstaaten, auf Unternehmen, die Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet entsenden, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen *für andere als die in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Aspekte* anzuwenden, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.

116. Die Frage ist meiner Ansicht nach zu verneinen.

117. Erstens gilt diese Vorschrift gemäß Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 nur für Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die *andere* als die spezifisch in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a bis g aufgeführten Aspekte betreffen, soweit diese Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Einklang mit dem Vertrag stehen⁷⁰. Zweitens geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass Art. 3 Abs. 10 – als „Ausnahme zu einer Ausnahme“ – eng auszulegen ist⁷¹.

118. Insbesondere müssen die fraglichen Bestimmungen, um in den Geltungsbereich der Ausnahme der öffentlichen Ordnung zu fallen, als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats angesehen werden, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befinden, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben wird⁷². Beispielsweise können Vorschriften, die das Verbot der Zwangsarbeit enthalten, mit hoher Wahrscheinlichkeit als solche Bestimmungen angesehen werden⁷³. Unter besonderer Berücksichtigung der Notwendigkeit, Art. 3 Abs. 10 so auszulegen, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht gefährdet wird, hat der Gerichtshof daher betont, dass unter den Worten „Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung“ nur die verbindlichen Vorschriften verstanden werden sollten, von denen nicht abgewichen werden darf und die nach ihrer Art und ihrem Ziel den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerecht werden.

119. Angesichts dieser womöglich sehr engen Auslegung von Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 können die vom vorlegenden Gericht genannten Lohnbestandteile nicht den hohen zwingenden Standard erfüllen, den der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung aufgestellt hat. Vor allem fallen sie alle, wie bereits dargelegt, in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie. Außerdem *überschreiten* sie alle das gesetzlich und/oder tarifvertraglich vorgeschriebene bloße Mindestmaß⁷⁴, und daher können sie nicht als notwendig angesehen werden, um zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerecht zu werden.

69 — Dies umfasst Akkordlohn, Wegezeitentschädigung und Tagegelder.

70 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 82. Vgl. auch Urteil Rüffert, EU:C:2008:189, Rn. 36 und 37 im Hinblick auf den damaligen Art. 49 EG.

71 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg, EU:C:2008:350, Rn. 31. Die Ausnahme ist im vorliegenden Fall in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 formuliert und ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Anwendung der Gesetze des Heimatstaats.

72 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg, EU:C:2008:350, Rn. 29 bis 31 und die dort angeführte Rechtsprechung. Wie in der Literatur festgestellt wurde, führt das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kommission/Luxemburg dazu, dass Art. 3 Abs. 10 „beinahe in die Bedeutungslosigkeit hinein“ ausgelegt wird. Vgl. Barnard, C., „The UK and Posted Workers: The Effect of *Commission v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labour Law“, 1(38) 2009 *Industrial Law Journal*, S. 122 bis 132, 129.

73 — Urteil Kommission/Luxemburg, EU:C:2008:350, Rn. 3 und 32.

74 — Vgl. auch sinngemäß Urteil Laval, EU:C:2007:809, Rn. 84.

IV – Ergebnis

120. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Satakunnan käräjäoikeus wie folgt zu antworten:

1. Bei einer korrekten Auslegung von Art. 14 Abs. 2 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) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 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 entscheidet sich die Frage, ob ein entsandter Arbeitnehmer eine gegenüber seinem Arbeitgeber bestehende Lohnforderung einer Gewerkschaft im Aufnahmemitgliedstaat übertragen kann, nach dem Recht, das auf die fraglichen Lohnforderungen anwendbar ist. Soweit die Forderungen auf den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 genannten Bedingungen beruhen, ist das Recht des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden, nicht nur auf diese Forderungen, sondern auch auf ihre Übertragbarkeit anzuwenden.
2. Bei einer korrekten Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 im Licht von Art. 56 AEUV kann der Begriff Mindestlohnsätze Grundstundenlohn je nach Lohngruppe, Akkordgarantielohn, Urlaubsgeld, festes Tagegeld und eine Entschädigung für den täglichen Weg zur Arbeit (Wegezeitentschädigung) umfassen, entsprechend der Festlegung dieser Arbeitsbedingungen in dem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71, der unter den Anhang der Richtlinie fällt, (oder gegebenenfalls in anderen einschlägigen Rechtstexten). Jedoch gilt, dass
 - der Aufnahmemitgliedstaat ausländischen Unternehmen, die Arbeitnehmer in seinen Staat entsenden, keine speziellen Lohneinstufungen oder Lohngruppen vorschreiben kann, die über das Mindestmaß hinausgehen, das in einem solchen Tarifvertrag im Aufnahmemitgliedstaat ausdrücklich vorgesehen ist;
 - der Aufnahmemitgliedstaat ausländische Unternehmen, die Arbeitnehmer in seinen Staat entsenden, nicht dazu verpflichtet kann, den entsandten Arbeitnehmern eine Tagegeldpauschale während der gesamten Dauer der Entsendung oder eine Wegezeitentschädigung zu zahlen, wenn das vorliegende Gericht der Auffassung ist, dass die Anwendung dieser Zulagen auf die ausländischen Unternehmen die Erbringung von Dienstleistungen weniger attraktiv macht, und wenn die Zahlung dieser Zulagen über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer erforderlich ist.
3. Bei einer korrekten Auslegung von Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 sind die Bezahlung der Unterkunft und die Bereitstellung von Essensgutscheinen durch ein Unternehmen, das unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache Arbeitnehmer entsendet, als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten anzusehen. Daher können sie bei der Entscheidung darüber, ob die entsandten Arbeitnehmer Löhne erhalten haben, die dem Mindestlohn im Aufnahmemitgliedstaat gleichwertig waren, nicht in die Berechnung einbezogen werden.
4. Bei einer korrekten Auslegung von Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 können Lohnbestandteile, wie Akkordlohn, Wegezeitentschädigung und Tagegeld, die in für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen vorgesehen sind, nicht als Bestandteil der Arbeitsbedingungen angesehen werden, deren Einhaltung notwendig ist, um zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerecht zu werden.