

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
JEAN MISCHO

vom 3. Mai 2001<sup>1</sup>

1. Die vorliegende Rechtssache wirft erneut ein Problem auf, das bereits mehrfach die Aufmerksamkeit des Gerichtshofes auf sich gezogen hat: das der Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf die vorübergehende Entsendung von Arbeitnehmern aus der Europäischen Union durch Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat ansässig sind (im Folgenden: Herkunftsmitgliedstaat), in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (im Folgenden: Aufnahmestaat) im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung.

Die deutsche Regelung über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen

2. Das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz — AEntG) in seiner hier anwendbaren Fassung vom 26. Februar 1996 gilt für das Baugewerbe.

3. § 1 Absatz 1 Satz 1 AEntG erstreckt die Anwendbarkeit bestimmter allgemein-

verbindlicher Tarifverträge wie folgt auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer:

„Die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages des Baugewerbes im Sinne der §§ 1 und 2 der Baubetriebe-Verordnung... finden, soweit der Betrieb überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 75 Absatz 1 Nr. 2 des Arbeitsförderungsgesetzes... erbringt und nicht ohnehin deutsches Recht für das Arbeitsverhältnis maßgeblich ist, auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinem im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung, wenn und soweit

1. der Tarifvertrag ein für alle unter seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer einheitliches Mindestentgelt enthält und

<sup>1</sup> — Originalsprache: Französisch.

2. auch inländische Arbeitgeber, die ihren Sitz außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Tarifvertrages haben, ihren im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern mindestens die am Arbeitsort geltenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen.“

im Baugewerbe für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: Tarifvertrag).

4. Nach § 1 Absatz 1 Sätze 3 und 4 AEntG ist ein Arbeitgeber im Sinne von Satz 1 verpflichtet, seinem entsandten Arbeitnehmer die in Satz 1 vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren.

7. Dieser wurde am 12. November 1996 mit der Einschränkung für allgemeinverbindlich erklärt, dass die Allgemeinverbindlichkeit erst ab 1. Januar 1997 wirkt.

5. Ein Verstoß gegen die zwingenden Bestimmungen des § 1 AEntG kann nach § 5 dieses Gesetzes als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Nach § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten kann der Verfall des durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung erlangten Vermögensvorteils angeordnet werden.

8. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts können jedoch Tarifparteien gemäß dem deutschen Tarifvertragsrecht Tarifverträge auf verschiedenen Ebenen schließen, also auf Bundesebene ebenso wie auf betrieblicher Ebene. Dabei genießen die spezifischen Firmentarifverträge grundsätzlich Vorrang vor den allgemeineren Verbandstarifverträgen.

#### Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

6. Am 2. September 1996 schlossen die Tarifvertragsparteien des deutschen Baugewerbes mit Wirkung vom 1. Oktober 1996, jedoch frühestens mit Beginn der Allgemeinverbindlichkeit, einen Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns

9. Die Portugaia Construções Ld<sup>a</sup> (im Folgenden: Portugaia) ist eine Gesellschaft mit Sitz in Portugal. Von März bis Juli 1997 führte sie Rohbauarbeiten in Tauberbischofsheim aus. Zur Durchführung der Bauarbeiten entsandte sie mehrere ihrer Arbeitnehmer nach Deutschland.

10. Das Arbeitsamt Tauberbischofsheim führte im März und im Mai 1997 auf dieser Baustelle eine Prüfung der Arbeitsbedingungen durch. Aufgrund der vorgelegten Arbeitsunterlagen stellte es fest, dass Portugaia den nach dem AEntG zu zahlenden Mindestlohn bei den überprüften Arbeitnehmern unterschritten hatte. Das Amt ordnete deshalb den Verfall des Erlangten, also der Differenz zwischen dem zu zahlenden und dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn, multipliziert mit den insgesamt geleisteten Arbeitsstunden, in Höhe von 138 018,52 DM an.

11. Das vorliegende Gericht hat über den Einspruch von Portugaia gegen diesen Verfallsbescheid zu entscheiden.

12. Es äußert Zweifel an der Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit den Artikeln 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 EG). Hierzu führt es aus, dass ausweislich der Gesetzesbegründung mit dem AEntG das Ziel verfolgt werde, den nationalen Arbeitsmarkt zu schützen (insbesondere vor „Sozialdumping“ durch Zustrom billiger arbeitender Arbeitnehmer), die nationale Arbeitslosigkeit abzubauen und den Unternehmen in der Bundesrepublik eine Anpassung an den Binnenmarkt zu ermöglichen. Ferner weist es darauf hin, dass im Gegensatz zu den deutschen Arbeitgebern die Arbeitgeber anderer Mitgliedstaaten keine spezifischen Tarifverträge mit einer deutschen Gewerkschaft schließen könnten, um die Anwendung des allgemeineren Tarifvertrags zu vermeiden.

13. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts hängt die Entscheidung des Ausgangsverfahrens von der Auslegung der Gemeinschaftsregelung ab. Es hat daher mit Beschluss vom 13. April 1999 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist eine Auslegung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. Dezember 1996<sup>2</sup> oder bei deren Unanwendbarkeit eine Auslegung der Artikel 59 ff. EG-Vertrag mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, nach der zwingende Gründe des Allgemeinwohls, welche eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in den Fällen einer Arbeitnehmerentsendung rechtfertigen können, nicht nur im sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer liegen können, sondern auch im Schutz der nationalen Bauwirtschaft und im Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit zur Vermeidung von sozialen Spannungen?
2. Stellt es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag dar, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines (Vorrang genießenden) Firmentarifvertrags un-

2 — ABl. 1997, L 18, S. 1.

terschreiten kann, während dies einem EG-ausländischen Arbeitgeber im Falle einer beabsichtigten Entsendung in die Bundesrepublik — zumindest faktisch — nicht möglich ist?

#### Zur ersten Frage

14. Das vorliegende Gericht führt zur Erläuterung seiner ersten Frage aus, dass für Portugaia eine „Rechtspflicht..., den laut Tarifvertrag zu leistenden Mindestlohn zu zahlen,... dann nicht [bestünde], wenn diese Pflicht nicht mit der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 59 ff. EG-Vertrag zu vereinbaren wäre. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine (nichtdiskriminierende) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 59 ff. EG-Vertrag nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zulässig, wenn dem Allgemeinwohl nicht schon durch eine Regelung im Heimatstaat Genüge getan wird und die Beschränkung verhältnismäßig ist... In den vorliegenden Fällen der Entsendung von Arbeitnehmern im Bausektor können nach der Rechtsprechung des EuGH zwingende Gründe des Allgemeinwohls nur im sozialen Schutz der Arbeitnehmer liegen ...“

15. Das Gericht fügt hinzu, dass die „nationale Regelung der Bundesrepublik durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz... den sozialen Interessen der entsandten Arbeitnehmer entgegen[läuft]. Ziel der gesetzlichen Regelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung... der Schutz des nationalen Arbeitsmarktes (insbesondere vor ‚Sozialdumping‘ durch Zustrom billiger

arbeitender Arbeitnehmer), der Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit und die Ermöglichung einer Anpassung an den Binnenmarkt durch die Unternehmen in der Bundesrepublik. Durch die Verpflichtung aus dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz soll daher nicht der soziale Schutz der entsandten Arbeitnehmer sichergestellt werden. Vielmehr wird es den Arbeitgebern aus Mitgliedstaaten erschwert, ihre Arbeitnehmer zur Durchführung von Bauvorhaben in die Bundesrepublik zu entsenden.“

16. Daraus folgert das Gericht, dass eine „nationale Entsenderegelung, die den nationalen Schutz des Arbeitsmarktes bezweckt und Arbeitgebern aus EG-Mitgliedstaaten die Nutzung eines in niedrigeren Lohnkosten liegenden wirtschaftlichen Vorteils verwehrt,... voraus[setzt], dass dieser wirtschaftliche Vorteil eine Verzerrung des Wettbewerbs darstellt“.

#### Vorbemerkung

17. Das vorliegende Gericht ersucht den Gerichtshof um Auslegung der Richtlinie 96/71 oder, falls diese nicht anwendbar ist, der Artikel 59 ff. EG-Vertrag.

18. Nach Ansicht der niederländischen Regierung bedarf die erste Frage keiner

Erörterung, soweit sie die Richtlinie 96/71 betrifft. Denn bezüglich „des zeitlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 96/71/EG ist... daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten der Richtlinie spätestens am 16. Dezember 1999 nachkommen müssen. Vor diesem Zeitpunkt entfaltet die Richtlinie 96/71/EG keine unmittelbare Wirkung. Bis zu diesem Zeitpunkt interessiert sie das nationale Gericht nur für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit innerstaatlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, während der Umsetzungsfrist den Erlass von Vorschriften zu unterlassen, die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen (Urteil des Gerichtshofes vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Slg. 1997, I-7411, Randnrn. 45 und 46). Der Vorlagebeschluss enthält nichts, was eine derartige Situation erkennen ließe ...“

19. Ich teile diese Analyse der niederländischen Regierung.

20. Das AEntG in seiner hier anwendbaren Fassung vom 26. Februar 1996 geht nämlich der Richtlinie 96/71, die vom 16. Dezember 1996 datiert, voraus. Wie sich aus den Erläuterungen der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung ergibt, wurde das AEntG 1998 nochmals geändert, um es an die Richtlinie anzupassen<sup>3</sup>. Daher ist davon auszugehen, dass diese Richtlinie zur Zeit der Ereignisse

des Ausgangsverfahrens noch nicht in deutsches Recht umgesetzt worden war.

21. Wie jedoch der Gerichtshof in seinem Urteil Mazzoleni, das sich ebenfalls auf die Richtlinie 96/71 bezieht, entschieden hat, bedarf es, da „zu der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit die Frist für die Umsetzung der Richtlinie... nicht abgelaufen und die Richtlinie nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden war, für die Zwecke des Ausgangsverfahrens keiner Auslegung ihrer Vorschriften“<sup>4</sup>.

22. Im Übrigen prüft die portugiesische Regierung die Frage des vorlegenden Gerichts im Hinblick auf Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG). Aus den bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Finalarte<sup>5</sup> dargelegten Gründen fällt jedoch meines Erachtens die Entsendung von Arbeitnehmern durch ein Unternehmen eines Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat nicht in den Geltungsbereich dieser Bestimmung.

23. Die Frage des vorlegenden Gerichts ist daher allein unter Bezugnahme auf die Artikel 59 ff. EG-Vertrag zu beantworten.

3 — Vgl. auch die schriftlichen Erklärungen der portugiesischen Regierung, denen zufolge im Rahmen einer 1998 vorgenommenen Änderung eine in § 10 AEntG enthaltene Frist gestrichen wurde, „um es dem deutschen Staat zu ermöglichen, der Gemeinschaftspflicht zur Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG in sein innerstaatliches Recht innerhalb der in Artikel 7 der Richtlinie festgesetzten Frist nachzukommen“.

4 — Urteil vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-165/98 (Slg. 2001, I-2189, Randnr. 17).

5 — Schlussanträge von Generalanwalt Mischo vom 13. Juli 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 (Urteil vom 25. Oktober 2001, Slg. 2001, I-7831, I-7835, Nrn. 29 und 30).

*Erklärungen der Verfahrensbeteiligten*

24. *Portugaia* trägt vor, Ziel der fraglichen deutschen Gesetzes- und Tarifvorschriften sei es, die deutsche Bauwirtschaft vor ausländischer Konkurrenz zu schützen und Arbeitsplätze für deutsche Arbeitnehmer im Baugewerbe zu schaffen, indem sie darauf hinwirkten, dass sich die Zahl der nach Deutschland entsandten ausländischen Arbeitnehmer verringere.

25. Sie werde unter Verstoß gegen Artikel 49 EG aus folgenden Gründen gegenüber deutschen Unternehmen benachteiligt.

26. Erstens stellt sie fest, dass „§ 2 Absatz 3 des Tarifvertrags für außerhalb Deutschland ansässige Arbeitgeber im Baugewerbe ein Tarifrecht [schafft], das die für deutsche Arbeitgeber geltenden, diese begünstigenden tariflichen Regelungen nicht enthält und deshalb Ausländer und Deutsche unterschiedlich belastet“.

27. So bestehe der Mindestlohn im Sinne von § 1 Absatz 1 AEntG nach § 2 Absatz 3 des Tarifvertrags aus dem Tariflohn und 5,9 % Bauzuschlag. Ein Teil dieses Bauzuschlags in Höhe von 0,5 % des Mindestlohns diene dem Ausgleich von Lohn-

einbußen, die sich in der gesetzlichen Schlechtwetterzeit ergäben. Während der Lohnanspruch eines deutschen Arbeitnehmers entfalle, wenn die Arbeitsleistung durch Witterungsgründe unmöglich werde, sei dies in Bezug auf portugiesische Arbeitskräfte nicht der Fall. Der Rest des Bauzuschlags (5,4 % des Lohnes) gelte Sonderopfer der Arbeitnehmer ab 2,5 % würden nämlich als Zulage zum Ausgleich besonderer Belastungen gewährt, denen der Arbeitnehmer ausgesetzt sei, insbesondere durch den ständigen Wechsel der Baustelle, und 2,9 % zum Ausgleich der Belastungen durch Witterung außerhalb der Schlechtwetterzeit. Nach § 2 Absatz 3 Satz 2 des Tarifvertrags hätten ausländische Arbeitgeber jedoch immer die nach fremdem Recht geschuldeten Zuschläge zu zahlen, auch wenn sie den gleichen Zwecken dienten wie der Bauzuschlag.

28. Ferner verfielen nach § 16 des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (im Folgenden: BRTV-Bau) die Lohnansprüche deutscher Arbeitnehmer innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit. Diese Vorschrift gelte nicht für ausländische Arbeitgeber. Selbst wenn nach dem anzuwendenden Heimatrecht eine außerdeutsche Verfallsbestimmung eingreifen würde, könnten sie sich wegen der zwingenden Wirkung des AEntG nicht auf sie berufen.

29. Zweitens sei die Höhe des fraglichen Mindestlohns nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. So liege der Mindestlohn von 17 DM bzw. 15,64 DM in den neuen Ländern über den tariflichen Mindestlöhnen anderer Wirtschaftszweige, in denen vergleichbare Arbeit geleistet werde, etwa den Löhnen in der Metallindustrie oder in der Landwirtschaft.

30. Drittens seien die deutschen Arbeitgeber nicht den Bestimmungen des AEntG unterworfen, die Sanktionen für den Fall vorsähen, dass die Mindestlohnansprüche nicht erfüllt würden.

31. Portugaia schlägt dem Gerichtshof daher vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten: „Eine Auslegung der Richtlinie und der Artikel 39, 49 und 50 EG, nach der zwingende Gründe des Gemeinwohls, die in Fällen der Arbeitnehmerentsendung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen, nicht nur im Bereich des sozialen Schutzes der entsandten Arbeitnehmer, sondern auch im wirtschaftlichen Bereich wie dem Schutz der nationalen Bauwirtschaft vor internationaler Konkurrenz, dem Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit und der Vermeidung sozialer Spannungen liegen können, sowie die gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen, die auf einer solchen Auslegung beruhen, sind mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar.“

32. Nach Auffassung der *deutschen Regierung* sind die Ausgestaltung des deutschen Gesetzes und die gesetzgeberischen Motive für die Beantwortung der ersten Frage irrelevant. Es gehe bei der Frage nämlich nur um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts und um die Richtlinie selbst, nicht aber um das AEntG.

33. Die deutsche Regierung schlägt dem Gerichtshof nach einer Bezugnahme auf die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes vor, folgendermaßen zu antworten: „Es verstößt nicht gegen Gemeinschaftsrecht, wenn die Richtlinie 96/71/EG... als zwingende Gründe des Allgemeinwohls, welche eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit in den Fällen der Arbeitnehmerentsendung rechtfertigen können, nicht nur den sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer benennt, sondern auch den Schutz der nationalen Bauwirtschaft und den Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit zur Vermeidung von sozialen Spannungen zum Ziel hat.“

34. Nach Ansicht der *französischen Regierung* hindert „das Gemeinschaftsrecht... einen Mitgliedstaat nicht, die Anwendung von Bestimmungen seiner für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die — auch als entsandte Arbeitnehmer — eine abhängige Beschäftigung in seinem Hoheitsgebiet ausüben, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat der Arbeitgeber dieses Arbeitnehmers seinen Sitz hat, sofern diese Bestimmungen nicht zu einer Ungleichbehandlung führen, die dem Schutz der Bauwirtschaft dienen soll“.

35. Die *niederländische Regierung* stellt fest, dass mit dem AEntG das Ziel verfolgt werde, den nationalen Arbeitsmarkt zu schützen (insbesondere vor „Sozialdumping“ durch den Zustrom billiger arbeitender Arbeitnehmer), die nationale Arbeitslosigkeit abzubauen und den deutschen Unternehmen die Anpassung an den Binnenmarkt zu ermöglichen.

36. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes könnten „Ziele wirtschaftlicher Art“ keinen zwingenden Grund des Gemeinwohls darstellen. Deshalb könne die „Zielsetzung des AEntG... eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen“.

37. Nach Ansicht der *portugiesischen Regierung* stehen die „Artikel 49 ff. EG... und die Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen... der Anwendung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften entgegen, aus denen sich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ergibt, die mit zwingenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt wird, die im Schutz der nationalen Bauwirtschaft und im Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit zur Vermeidung von sozialen Spannungen liegen sollen, wenn sich diese Gründe klar und eindeutig aus der Ratio und der Zielsetzung der in Rede stehenden Vorschriften des Mitgliedstaats und nicht nur aus der Gesetzesbegründung ergeben“. Denn die Begründung des Textes sei nur ein Hinweis auf die Absicht des Gesetzgebers und lediglich einen der zu berücksichtigenden Faktoren.

38. Außerdem stehe die „Verpflichtung eines in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens, den von ihm für eine Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern den in einem im Leistungsstaat allgemein anwendbaren Tarifvertrag für den Bausektor festgesetzten Mindestlohn zu zahlen,... nicht im Widerspruch zu den Artikeln 49 ff. EG..., da sie sich unmittelbar aus den Gemeinschaftsvorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, insbesondere aus der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 und der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996, sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt“.

39. Nach Ansicht der *Kommission* können rein strukturpolitische Gründe, wie der Schutz der nationalen Bauwirtschaft, keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Die Kommission teile allerdings nicht die Auffassung des vorlegenden Gerichts, dass eine Regelung, die den Mindestlohn auch auf ausländische Dienstleistungserbringer erstrecke, nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sei und den Interessen der entsandten Arbeitnehmer gerade zuwiderlaufe.

40. Um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen, reiche es außerdem aus, dass eine Regelung objektiv geeignet sei, den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu fördern. Die Tatsache, dass sie zugleich Auswirkungen auf verschiedene

Bereiche haben könne, stelle sie nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung in Frage.

der nationalen Bauwirtschaft und den Abbau der Arbeitslosigkeit zum Ziel hat.

41. Die Kommission schlägt daher vor, auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts wie folgt zu antworten:

Artikel 49 EG ist so auszulegen, dass eine nationale Regelung, die die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltenen Vorschriften über Mindestlöhne auf ausländische Dienstleistungserbringer und deren entsandte Arbeitnehmer erstreckt, aus zwingenden Gründen des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist, unabhängig davon, dass mit dieser Regelung auch andere Ziele erreicht werden sollen, solange sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles zwingend erforderlich ist.

### *Beurteilung*

42. Aus den Erläuterungen des vorlegenden Gerichts (siehe oben, Nrn. 15 bis 17) ergibt sich, dass das Gericht es mit einer Regelung des Aufnahmestaats zu tun hat, die die Arbeitgeber des Herkunftsstaats verpflichtet, ihren in den Aufnahmestaat entsandten Arbeitnehmern einen Mindestlohn zu zahlen, und die insbesondere den Schutz

43. Im Hinblick auf dieses Ziel fragt sich das vorlegende Gericht, ob Artikel 59 ff. EG-Vertrag dahin ausgelegt werden könne, dass „zwingende Gründe des Allgemeinwohls, welche eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in den Fällen einer Arbeitnehmerentsendung rechtfertigen können, nicht nur im sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer liegen können, sondern auch im Schutz der nationalen Bauwirtschaft und im Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit zur Vermeidung von sozialen Spannungen“.

44. Meines Erachtens habe ich diese Frage in meinen Schlussanträgen in der Rechtsache Finalarte beantwortet. Ich habe dort darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten das Niveau des sozialen Schutzes, den sie ihren Arbeitnehmern zukommen lassen wollen, frei bestimmen können und dass „das in dem Aufnahmemitgliedstaat bestehende Niveau des sozialen Schutzes, wenn sich die in den anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringer über dessen Einhaltung hinwegsetzen könnten, zweifellos in absehbarer Zeit in Frage gestellt wäre, da die im Aufnahmestaat ansässigen Arbeitgeber eine Senkung dieses Schutzniveaus verlangen würden, um mit gleichen Waffen gegen diese Dienstleistungserbringer kämpfen zu können“<sup>6</sup>.

6 — Nrn. 41 und 42 der Schlussanträge.

45. In Nummer 36 habe ich ausgeführt: „Selbst wenn bei den politischen Debatten, die dem Erlass des AEntG vorangegangen sind, und im Gesetzentwurf selbst Ausdrücke verwendet worden sind, die dafür sprechen könnten, dass im vorliegenden Fall ein Wirtschaftssektor gegen die ausländische Konkurrenz geschützt werden sollte, haben wir uns bei der Prüfung, ob das Gesetz bei objektiver Betrachtung, so wie die Bundesregierung behauptet, einen sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer sicherstellen will, der im Wesentlichen dem der in Deutschland ansässigen Arbeitnehmer im Baugewerbe entspricht, auf den Inhalt des Gesetzes selbst und der anderen angegriffenen Vorschriften zu beschränken.“

46. Mit der deutschen und der portugiesischen Regierung sowie mit der Kommission bin ich daher der Ansicht, dass nicht die gegebenenfalls in der Begründung der nationalen Regelung geäußerten Absichten des Gesetzgebers dafür entscheidend sind, ob diese Regelung zu einer ungerechtfertigten Beschränkung führt, sondern die Wirkung, die die Regelung aufgrund ihres Inhalts tatsächlich auf den freien Dienstleistungsverkehr ausübt.

47. Was diesen Inhalt angeht, so weist das vorliegende Gericht darauf hin, dass das „deutsche Arbeitnehmer-Entsendegesetz... den Verfall des Erlangten an[ordnet], wenn der betroffene — inländische oder ausländische — Arbeitgeber seinen entsandten Arbeitnehmern unter anderem nicht denjenigen Mindestlohn zahlt, der in einem für

allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag angeordnet wird“.

48. Wie die portugiesische Regierung und die Kommission bemerken, verstößt die bloße Tatsache, dass ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen seinen im Rahmen einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern den Mindestlohn zu zahlen hat, der (für die Bauwirtschaft) in einem in diesem Mitgliedstaat allgemeinverbindlichen Tarifvertrag vorgesehen ist, nicht gegen die Artikel 59 ff. EG-Vertrag.

49. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich nämlich, dass „das Gemeinschaftsrecht es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und dass das Gemeinschaftsrecht es den Mitgliedstaaten ebensowenig verwehrt, die Beachtung dieser Bestimmungen mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen“<sup>7</sup>.

50. Dies schließt nicht aus, dass es „Umstände gibt, unter denen die Anwendung

7 — Urteil vom 23. November 1999 in den Rechtssachen C-369/96 und C-376/96 (Arblade u. a., Slg. 1999, I-8453, Randnr. 41). Vgl. auch Urteile vom 3. Februar 1982 in den Rechtssachen 62/81 und 63/81 (Seco und Desquenne & Giral, Slg. 1982, 223, Randnr. 14) und vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417, Randnr. 12).

solcher Vorschriften im Hinblick auf das angestrebte Ziel, den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer, weder erforderlich noch verhältnismäßig ist“<sup>8</sup>. Bis jetzt hat der Gerichtshof das Vorliegen derartiger Umstände nur im Fall eines „Unternehmen[s] mit Sitz in einer grenznahen Region [anerkannt], von dem einige Beschäftigte für Dienstleistungen des Unternehmens möglicherweise einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im angrenzenden Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen erbringen müssen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat“<sup>9</sup>.

51. Wir müssen jedoch feststellen, dass das Gericht uns im Vorlagebeschluss nicht nach solchen außergewöhnlichen Umständen befragt. Es verweist vielmehr nur darauf, dass Portugaia zur Zahlung des Mindestlohns verpflichtet ist. Diese Tatsache verstößt aber für sich allein nicht gegen die Artikel 59 ff. EG-Vertrag.

52. Wie oben (Nrn. 26 und 27) erwähnt, trägt Portugaia außerdem vor, durch die Zusammensetzung des Mindestlohns werde sie gegenüber deutschen Arbeitgebern benachteiligt. Sie führt Zuschläge an, die zum Mindestlohn gehörten und insbesondere dem Ausgleich von Lohninbußen in bestimmten Zeiten dienen, in denen der deutsche Arbeitgeber keinen Lohn schulde.

Sie sei aber nach portugiesischem Recht verpflichtet, während dieser Zeiten Lohn zu zahlen.

53. In ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes erklärt die deutsche Regierung, dass eine „von der Beschuldigten des Ausgangsverfahrens unterstellte Diskriminierung ausländischer Bauunternehmen bei der Entsendung ihrer Mitarbeiter nach Deutschland nicht vor[liegt]“. Nach ihrer Ansicht beruht das Vorbringen von Portugaia auf einer „Verkenning des Rechtscharakters des Bauzuschlags. Dieser hat sich tarifhistorisch von seinem ursprünglichen Charakter einer Kompensation für ganz spezifische Erschwernisatbestände weg entwickelt und ist heute völlig anlassunabhängig zu einem festen Bestandteil des Lohns geworden.“

54. Nun, wir müssen feststellen, dass sich das vorliegende Gericht keineswegs auf die Zusammensetzung des Mindestlohns bezogen hat, die Portugaia zufolge zu einem Verstoß gegen die Artikel 59 ff. EG-Vertrag führt. Das Gleiche gilt übrigens für das Vorbringen von Portugaia zum Unterschied bei der Verjährung der Lohnansprüche, zum ungerechtfertigten Lohnniveau im Vergleich zu dem in anderen Wirtschaftszweigen sowie zur Nichtanwendung strafrechtlicher Sanktionen auf die deutschen Arbeitgeber.

55. Da uns das vorliegende Gericht nicht die Frage gestellt hat, ob diese Umstände einen Verstoß gegen die Artikel 59 ff. EG-

8 — Urteil Mazzoleni, Randnr. 30.

9 — Urteil Mazzoleni, Randnr. 31.

Vertrag darstellen können und sie nicht einmal erwähnt hat, haben wir insoweit nicht Stellung zu nehmen.

56. Nach Artikel 234 EG ist nämlich nur ein Gericht eines Mitgliedstaats berechtigt, eine Vorabentscheidungsfrage zu formulieren. Die Parteien sind zwar berechtigt, Erklärungen zu der Vorlagefrage abzugeben, sie haben aber nicht das Recht, den Gerichtshof mit einer Sache zu befassen, die in Wirklichkeit eine neue Frage gegenüber derjenigen darstellt, die das vorlegende Gericht gestellt hat. Der Gerichtshof hat diese Regel folgendermaßen ausgedrückt: „[N]ach der in Artikel [234 EG] festgelegten Zuständigkeitsverteilung [ist es] ausschließlich Sache des innerstaatlichen Gerichts..., den Gegenstand der Fragen zu bestimmen, die es dem Gerichtshof vorzulegen gedenkt. Dieser kann... nicht auf Ersuchen einer Partei des Ausgangsrechtsstreits Fragen prüfen, die ihm das innerstaatliche Gericht nicht vorgelegt hat.“<sup>10</sup> Sollte dieses Gericht im Laufe des Verfahrens die Klärung weiterer Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts für erforderlich halten, so hat es den Gerichtshof erneut anzurufen<sup>11</sup>.

57. Stellt sich eine mit dem Gemeinschaftsrecht zusammenhängende Frage hinsichtlich der genannten Zuschläge, was vom nationalen Gericht zu beurteilen ist, so

10 — Urteil vom 9. Januar 1990 in der Rechtssache C-337/88 (SAFA, Slg. 1990, I-1, Randnr. 20). Vgl. auch Urteil vom 17. September 1998 in der Rechtssache C-412/96 (Kainuun Liikenne und Pohjolan Liikenne, Slg. 1998, I-5141, Randnrn. 23 und 24).

11 — Vgl. Urteile vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 10) und vom 14. November 1985 in der Rechtssache 299/84 (Neumann, Slg. 1985, 3663, Randnr. 12).

kann es jedenfalls sein, dass sich die Antwort darauf bereits aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt.

58. Daher ist festzustellen, dass das nationale Gericht erstens zu bestimmen hat, ob die Zuschläge, auf die sich Portugaia bezieht, zum Mindestlohn gehören<sup>12</sup>.

59. Gehören diese Zuschläge zum Mindestlohn und steht außerdem fest, dass Portugaia anders als die deutschen Arbeitgeber somit zum zweiten Mal Zahlungen leisten muss, zu denen sie bereits nach portugiesischem Recht verpflichtet ist, was eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen würde<sup>13</sup>, so hat das nationale Gericht zweitens zu prüfen, ob die Arbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat aufgrund der bereits von Portugaia geleisteten Zahlungen einen Schutz genießen, der im Wesentlichen mit dem vergleichbar ist, den die nationalen Bestimmungen über diese Zuschläge vorsehen.

60. Wie der Gerichtshof nämlich entschieden hat, ist „anzuerkennen, dass das mit dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes und mit der Kontrolle der Gewährleistung dieses Schutzes verbundene Allgemeininteresse wegen der besonderen Bedingungen in diesem Gewerbe ein zwingender Grund sein kann, der es rechtfertigt, dass einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und im Aufnahmemitgliedstaat Dienstleistungen

12 — Urteil Arblade u. a., Randnrn. 43 bis 47.

13 — Urteil Arblade u. a., Randnr. 50.

erbringt, Verpflichtungen auferlegt werden, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen können. *Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Arbeitnehmer des betreffenden Arbeitgebers, die vorübergehend im Aufnahmemitgliedstaat Arbeiten ausführen, aufgrund der Verpflichtungen, denen der Arbeitgeber bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt, den gleichen oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen.*<sup>14</sup>

61. Ich schlage Ihnen deshalb vor, auf die erste Frage zu antworten, dass die Artikel 59 ff. EG-Vertrag (jetzt Artikel 49 ff. EG) dahin auszulegen sind, dass eine nationale Regelung, die die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltenen Vorschriften über Mindestlöhne auf ausländische Dienstleistungserbringer und deren entsandte Arbeitnehmer erstreckt, aus zwingenden Gründen des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist, unabhängig davon, dass mit dieser Regelung auch andere Ziele erreicht werden sollen.

#### Zur zweiten Frage

62. Das vorliegende Gericht fragt zweitens, ob es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

nach dem EG-Vertrag darstellt, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines (Vorrang genießenden) Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber im Falle einer beabsichtigten Entsendung in die Bundesrepublik — zumindest faktisch — nicht möglich ist.

#### Erklärungen der Verfahrensbeteiligten

63. Portugaia schlägt dem Gerichtshof vor, zu antworten, dass „die Artikel 48, 59 [und] 60 EG-Vertrag so auszulegen sind, dass sie durch § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG in Verbindung mit dem Tarifvertrag Mindestlohn Bau Deutschland verletzt werden, weil ein in Deutschland ansässiger Arbeitgeber den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag Mindestlohn Bau durch eine Tarifbindung an einen günstigeren Tarifvertrag unterschreiten kann, der den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag Mindestlohn verdrängt, während dies einem außerdeutschen Arbeitgeber, der Arbeitnehmer nach Deutschland entsendet, nicht möglich ist“.

64. Nach Ansicht der deutschen Regierung ist dagegen die „zweite Vorlagefrage... unzulässig, da sie rein hypothetischer Natur und ihre Beantwortung für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits offen-

14 — Urteil Arblade u. a., Randnr. 51; Hervorhebung von mir.

sichtlich nicht erheblich ist“. Sie meint, dass die „Diskriminierungsgefahr... von dem vorliegenden Gericht... nur hypothetisch abstrakt dargestellt“ werde. Nach ihrer Kenntnis „gibt es in den Bereichen, in denen von ausländischen Arbeitgebern die Einhaltung von Mindestlohn- und Urlaubskassen-Tarifverträgen verlangt wird, keine Firmentarifverträge, die für die betreffenden inländischen Unternehmen günstigere Arbeitsbedingungen vorsehen, als sie nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzuhalten sind“.

65. Die französische und die niederländische Regierung sowie die Kommission sind der Auffassung, dass die den deutschen Unternehmen eingeräumte Möglichkeit, einen Tarifvertrag zu schließen, der einen niedrigeren Mindestlohn festlege als den, der für die von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmer gelte, eine gemeinschaftsrechtswidrige Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit begründe und eine ungerechtfertigte Beschränkung der Regelungen über den freien Dienstleistungsverkehr darstelle.

66. Die Kommission fügt hinzu, vor dem Hintergrund des AEntG sei aber äußerst fraglich, ob diese Konstellation tatsächlich eintreten könne. Es sei jedoch Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob ein inländischer Arbeitgeber die Vorschriften eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Hinblick auf die Mindestlöhne tatsächlich umgehen könne, während dies einem

Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat nicht möglich sei.

67. Die portugiesische Regierung hat keine Erklärungen zur zweiten Frage abgegeben.

### *Beurteilung*

68. Zunächst ist auf das Vorbringen der deutschen Regierung zu antworten, wonach die Frage „für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits offensichtlich nicht erheblich ist“.

69. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>15</sup> ist es „allein Sache der nationalen Gerichte, bei denen der Rechtsstreit anhängig ist und die die Verantwortung für die zu treffende gerichtliche Entscheidung tragen,... unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass ihres Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihnen vorgelegten Fragen zu beurteilen. Das Ersuchen eines nationalen Gerichts kann nur zurückgewiesen werden, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens besteht.“

<sup>15</sup> — Vgl. insbesondere Urteil vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-230/96 (Cabour, Slg. 1998, I-2053, Randnr. 21).

70. Das ist jedoch hier nicht der Fall.

während dies einem EG-ausländischen Arbeitgeber im Falle einer beabsichtigten Entsendung in die Bundesrepublik — zumindest faktisch — nicht möglich ist“.

71. Dem Vorlagebeschluss ist nämlich zu entnehmen, dass sich Portugaia gegen die Verpflichtungen wendet, die sich für sie aus dem AEntG in Bezug auf die Zahlung des Mindestlohns ergeben und die ihrer Ansicht nach gegen die Artikel 59 ff. EG-Vertrag verstoßen. In diesem Kontext kann man nicht davon ausgehen, dass kein Zusammenhang zwischen der Frage, ob sich deutsche Arbeitgeber möglicherweise leichter diesen Verpflichtungen entziehen können als ausländische Arbeitgeber, „und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens besteht“.

74. Die Frage, ob diese Situation gegen die Artikel 59 ff. EG-Vertrag verstößt, kann nur bejaht werden, da jede Diskriminierung der Arbeitgeber des Herkunftsstaats gegenüber denen des Aufnahmestaats verboten ist.

72. Ebensowenig kann daraus auf die Unzulässigkeit der zweiten Frage geschlossen werden, dass es nach Kenntnis der deutschen Regierung keine Firmentarifverträge gibt, die für die betreffenden inländischen Unternehmen günstigere Arbeitsbedingungen vorsehen, als sie nach dem AEntG einzuhalten sind.

75. Gemäß Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 Absatz 3 EG) kann nämlich „der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar *unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt*“<sup>17</sup>.

73. Nach der Rechtsprechung hat nämlich der „Gerichtshof... von der vom vorlegenden Gericht angenommenen Hypothese auszugehen“<sup>16</sup>. Im vorliegenden Fall geht es um die Hypothese, dass ein inländischer Arbeitgeber „den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines (Vorrang genießenden) Firmentarifvertrags unterschreiten kann,

76. Der Arbeitgeber des Herkunftsstaats, der sich — zumindest faktisch — im Gegensatz zum Arbeitgeber des Aufnahmestaats nicht der Verpflichtung entziehen kann, seinen entsandten Arbeitnehmern den Mindestlohn zu zahlen, kann aber seine Tätigkeit in dem Staat, in dem die Leistung erbracht wird, nicht unter den Voraussetzungen ausüben, die dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

16 — Urteil Arblade u. a., Randnr. 49.

17 — Hervorhebung von mir.

77. Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass es gegen Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag verstößt, wenn ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Arbeitgeber — zumindest faktisch — den in einem für allgemeinverbindlich erklärten

Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn nicht durch den Abschluss eines (Vorrang genießenden) Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem inländischen Arbeitgeber möglich ist.

## Ergebnis

78. Ich schlage vor, auf die vom Amtsgericht Tauberbischofsheim vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Die Artikel 59 ff. EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 ff. EG) sind dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung, die die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltenen Vorschriften über Mindestlöhne auf ausländische Dienstleistungserbringer und deren entsandte Arbeitnehmer erstreckt, aus zwingenden Gründen des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist, unabhängig davon, dass mit dieser Regelung auch andere Ziele erreicht werden sollen.
2. Es verstößt gegen Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag, wenn ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Arbeitgeber — zumindest faktisch — den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn nicht durch den Abschluss eines (Vorrang genießenden) Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem inländischen Arbeitgeber möglich ist.