URTEIL DES GERICHTSHOFES (Zweite Kammer)

12. Oktober 2004 *

In der Rechtssache C-60/03

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Bundesarbeitsgericht (Deutschland) mit Entscheidung vom 6. November 2002, beim Gerichtshof eingegangen am 14. Februar 2003, in dem Verfahren

Wolff & Müller GmbH & Co. KG

gegen

José Filipe Pereira Félix

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans (Berichterstatter) sowie der Richter C. Gulmann und R. Schintgen und der Richterinnen F. Macken und N. Colneric,

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: M. Múgica Arzamendi, Hauptverwaltungsrätin,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2004,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Wolff & Müller GmbH & Co. KG, vertreten durch Rechtsanwalt T. Möller,

— von Herrn Pereira Félix, vertreten durch Rechtsanwältin M. Veiga,

— der deutschen Regierung, vertreten durch A. Tiemann als Bevollmächtigte,

— der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues, C. Bergeot-Nunes und O. Christmann als Bevollmächtigte,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch E. Riedl und G. Hesse als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Patakia als Bevollmächtigte, Beistand: Rechtsanwalt R. Karpenstein,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Artikels 49 EG.

2 Dieses Ersuchen ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der Wolff & Müller GmbH & Co. KG (im Folgenden: Wolff & Müller), einem Bauunternehmen, und Herrn Pereira Félix wegen der Haftung dieses Unternehmens als Bürge für die Zahlung des Mindestarbeitsentgelts, das dem Letztgenannten von seinem Arbeitgeber geschuldet wird.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

3 Die fünfte Begründungserwägung 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) lautet:

„Voraussetzung für eine solche Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs sind ein fairer Wettbewerb sowie Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren".

4 Artikel 1 („Anwendungsbereich") der Richtlinie 96/71 sieht vor:

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

...

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

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht,

..."

5 Artikel 3 („Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen") der Richtlinie 96/71 bestimmt in seinem Absatz 1:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten

Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

— durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder

— durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,

festgelegt sind:

...

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

..."

6 Artikel 5 („Maßnahmen") der Richtlinie 96/71 lautet:

„Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vor.

Sie stellen insbesondere sicher, dass den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen."

Nationale Regelung

7 § 1 der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25. August 1999 (BGBl. I S. 1894) sieht vor:

„Die in der Anlage 1 zu dieser Verordnung aufgeführten Rechtsnormen des Tarifvertrages zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) vom 26. Mai 1999 ... finden auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung, die unter seinen am 1. September 1999 gültigen Geltungsbereich fallen, wenn der Betrieb überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch [im Folgenden: SGB III] erbringt. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages gelten auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und ihre im Geltungsbereich der Rechtsverordnung beschäftigten Arbeitnehmer."

8 § 1a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (im Folgenden: AEntG), der durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeit-

nehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) eingefügt worden und zum 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist, lautet:

„Ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 [SGB III] beauftragt, haftet für die Verpflichtungen dieses Unternehmers, eines von diesem eingesetzten Nachunternehmers oder eines von dem Unternehmer oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleihers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer oder zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2a , Abs. 3 Satz 2 und 3 oder Abs. 3a Satz 4 und 5 wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Das Mindestentgelt im Sinne des Satzes 1 umfasst nur den Betrag, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist (Nettoentgelt)."

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

9 Herr Pereira Félix ist portugiesischer Staatsangehöriger und war vom 21. Februar 2000 bis zum 15. Mai 2000 als Maurer auf einer Baustelle in Berlin (Deutschland) für ein Bauunternehmen mit Sitz in Portugal tätig. Dieses Unternehmen führte auf dieser Baustelle für Wolff & Müller Beton- und Stahlbetonarbeiten durch.

10 Mit einer am 4. September 2000 beim Arbeitsgericht Berlin (Deutschland) eingereichten Klage verlangte Herr Pereira Félix von seinem Arbeitgeber und von Wolff & Müller als Gesamtschuldnern die Zahlung rückständiger Arbeitsvergütung in Höhe von 4 019,23 DM. Er trug vor, dass Wolff & Müller nach § 1a AEntG als Bürge für die offenen Lohnforderungen hafte.

11 Wolff & Müller verteidigte sich gegen diese Forderungen von Herrn Pereira Félix insbesondere damit, dass ihre Haftung deshalb ausscheide, weil § 1a AEntG einen unzulässigen Eingriff in die durch Artikel 12 Grundgesetz geschützte Berufsausübungsfreiheit enthalte und gegen die im EG-Vertrag gewährleistete Dienstleistungsfreiheit verstoße.

12 Das Arbeitsgericht Berlin gab der Klage von Herrn Pereira Félix statt. Das hiergegen von Wolff & Müller angerufene Landesarbeitsgericht wies die Berufung des Unternehmens teilweise zurück, das daraufhin Revision beim Bundesarbeitsgericht einlegte.

13 Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass die Voraussetzungen der Bürgenhaftung von Wolff & Müller nach § 1a AEntG vorlägen. Diese Vorschrift sei auch mit Artikel 12 Grundgesetz vereinbar, da die Einschränkung verhältnismäßig sei. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts könnte die Bestimmung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes aber den freien Dienstleistungsverkehr im Sinne von Artikel 49 EG behindern.

14 Das vorlegende Gericht führt hierzu aus, dass die Bürgenhaftung aus § 1a AEntG besonders intensive Kontrollen und Nachweispflichten insbesondere ausländischer Nachunternehmer auslösen könne. Hierdurch würden nicht nur bei den Generalunternehmern, sondern gleichfalls bei den Nachunternehmern zusätzliche Kosten und administrative Belastungen verursacht. Diese Belastungen behinderten die Erbringung von Bauleistungen in Deutschland für Bauunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten und machten sie weniger attraktiv.

15 Dem vorlegenden Gericht erscheint es fraglich, ob die von § 1a AEntG ausgehende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sei.

16 Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts gewährt die Bürgenhaftung den Arbeitnehmern zwar einen tatsächlichen Vorteil, der zu ihrem Schutz beitrage. Die Arbeitnehmer bekämen neben ihrem Arbeitgeber einen weiteren Schuldner für ihren nach der nationalen Regelung vorgesehenen Nettolohnanspruch.

17 Zum einen wirke dieser Vorteil jedoch nur begrenzt. Für die entsandten ausländischen Arbeitnehmer werde es in der Praxis oftmals schwer sein, ihren Lohnanspruch gegen den als Bürgen haftenden Unternehmer vor Gericht in Deutschland durchzusetzen. Da die Entsendung häufig nur wenige Monate für ein bestimmtes Bauvorhaben erfolge, seien die ausländischen Arbeitnehmer in der Regel der deutschen Sprache nicht mächtig und mit der Rechtslage in Deutschland nicht vertraut. Daher sei die Durchsetzung des Bürgschaftsanspruchs vor einem deutschen Gericht mit beachtlichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden. Zudem werde dieser Schutz wirtschaftlich entwertet, wenn die rein tatsächliche Chance, in der Bundesrepublik Deutschland entgeltlich tätig zu werden, deutlich abnehme.

18 Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass es nach der Begründung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes Zweck der Bürgenhaftung sei, die Auftragsvergabe an Nachunternehmen aus so genannten Billiglohnländern zu erschweren, um damit den deutschen Arbeitsmarkt im Bausektor zu beleben, die wirtschaftliche Existenz von Mittel- und Kleinbetrieben in Deutschland zu schützen und die Arbeitslosigkeit in Deutschland zu bekämpfen. Diese Gesichtspunkte stünden nicht nur nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung im Mittelpunkt der Regelung, sie seien es vielmehr auch bei objektiver Betrachtung. Es gehöre nicht zu den ausdrücklich erklärten Zielen des § 1a AEntG, ausländischen Arbeitnehmern aus sozialen Gründen den doppelten oder teilweise sogar dreifachen Lohn bei einer Tätigkeit auf Baustellen in Deutschland zu sichern.

19 Da das vorlegende Gericht der Auffassung ist, dass das Ergebnis des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Auslegung von Artikel 49 EG abhängt, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Steht Artikel 49 EG (vormals Artikel 59 EG-Vertrag) einer nationalen Regelung entgegen, nach der ein Bauunternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer oder zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, wenn das Mindestentgelt den Betrag erfasst, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist (Nettoentgelt), wenn der Entgeltschutz der Arbeitnehmer nicht vorrangiges oder nur nachrangiges Ziel des Gesetzes ist?

Zur Vorlagefrage

Zur Zulässigkeit

20 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften macht geltend, das Problem der Bürgenhaftung für Beiträge an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien sei nicht Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits und müsse daher aus der Fragestellung des vorlegenden Gerichts ausgeklammert werden.

21 Dazu ist festzustellen, dass eine Vorlagefrage eines Gerichts nur dann unzulässig ist, wenn sie sich offensichtlich nicht auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bezieht oder wenn sie hypothetisch ist (Urteil vom 7. Januar 2004 in der Rechtssache C-201/02, Wells, Slg. 2004, I-723, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dieser Fall liegt hier nicht vor.

22 Wie sich nämlich aus dem Wortlaut der vorgelegten Frage ergibt, die § 1a AEntG, die im Ausgangsverfahren streitige Bestimmung, sinngemäß wiedergibt, ist die Frage der Zahlung von Beiträgen zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien eng mit der der Zahlung des Mindestlohns verknüpft.

23 Die Vorlagefrage ist daher in vollem Umfang zulässig.

Zur Begründetheit

24 Es ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof, um dem Gericht, das ihm eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine sachdienliche Antwort zu geben, auf gemeinschaftsrechtliche Vorschriften eingehen kann, die das vorlegende Gericht in seiner Frage nicht angeführt hat (Urteil vom 22. Januar 2004 in der Rechtssache C-271/01, COPPI, Slg. 2004, I-1029, Randnr. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

25 Wie die österreichische Regierung und die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht ausgeführt haben, fällt der Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits, wie er im Vorlagebeschluss beschrieben worden ist, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71. Er entspricht nämlich dem Fall des Artikels 1 Absatz 3 Buchstabe a dieser Richtlinie.

26 Im Übrigen steht fest, dass der Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits sich im Jahr 2000 zugetragen hat, d. h. nach dem Ablauf der Frist, die den Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Richtlinie 96/71 gesetzt war, da dieser Zeitpunkt auf den 16. Dezember 1999 festgelegt worden war.

27 Daher sind die Bestimmungen dieser Richtlinie bei der Prüfung der Vorlagefrage zu berücksichtigen.

28 Nach Artikel 5 der Richtlinie 96/71 sehen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vor. Sie stellen insbesondere sicher, dass den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen. Zu diesen Verpflichtungen gehört nach Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich Buchstabe c der Richtlinie die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Zahlung des Mindestlohns garantieren.

29 Infolgedessen müssen die Mitgliedstaaten insbesondere dafür sorgen, dass den entsandten Arbeitnehmern geeignete Verfahren zur Verfügung stehen, damit sie den Mindestlohn tatsächlich erhalten.

30 Wie sich aus Artikel 5 der Richtlinie 96/71 ergibt, verfügen die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen bei der Festlegung der Form und der Art und Weise der geeigneten Verfahren im Sinne des zweiten Absatzes dieser Bestimmung. Bei der Ausübung dieses Ermessens müssen sie jedoch jederzeit die vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnrn. 27 und 28, und vom 25. März 2004 in der Rechtssache C-71/02, Karner, Slg. 2004, I-3025, Randnrn. 33 und 34) und damit, soweit es um den Ausgangsfall geht, auch die Dienstleistungsfreiheit.

31 In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass Artikel 49 EG nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit verlangt, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und der dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Urteile vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99, Portugaia Construções, Slg. 2002, I-787, Randnr. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).

32 Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, ist die Anwendung nationaler Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats für Dienstleistende geeignet, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Personen oder Unternehmen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, sofern sie zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursacht (Urteil Portugaia Construções, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

33 Das vorlegende Gericht wird zu prüfen haben, ob dies für die Bürgenhaftung im Ausgangsfall zutrifft. Dabei ist die Wirkung dieser Maßnahme nicht nur auf die Dienstleistungen von Nachunternehmern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, sondern auch auf Dienstleistungen eventueller Generalunternehmer aus einem solchen Staat zu berücksichtigen.

34 Infolgedessen kann eine Regelung wie § 1a AEntG, wenn sie denn eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt und sofern sie für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gilt, nach ständiger Rechtsprechung gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht, soweit dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat

unterliegt, in dem er ansässig ist, und sofern sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Portugaia Construções, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35 Zu den vom Gerichtshof bereits anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört auch der Schutz der Arbeitnehmer (Urteil Portugaia Construções, Randnr. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

36 Wenn aber grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass der Aufnahmemitgliedstaat mit der Anwendung seiner Regelung über den Mindestlohn auf Dienstleistende, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, ein Ziel verfolgt, das im Allgemeininteresse liegt, nämlich den Schutz der Arbeitnehmer (Urteil Portugaia Construções, Randnr. 22), so muss grundsätzlich das Gleiche für Maßnahmen des erstgenannten Mitgliedstaats zur Stärkung der Verfahrensmodalitäten gelten, die es einem entsandten Arbeitnehmer erlauben, seinen Anspruch auf Mindestlohn mit Erfolg geltend zu machen.

37 Wenn nämlich der Anspruch auf den Mindestlohn Teil des Arbeitnehmerschutzes ist, müssen die Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung dieses Anspruchs wie die im Ausgangsfall streitige Haftung des Bürgen ebenfalls als geeignet angesehen werden, diesen Schutz zu gewährleisten.

38 Was die Feststellung des vorlegenden Gerichts betrifft, dass der Schutz des inländischen Arbeitsmarktes und nicht das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers das vorrangige Ziel gewesen sei, das der nationale Gesetzgeber mit dem Erlass des § 1a AEntG verfolgt habe, so ist daran zu erinnern, dass das Gericht zu prüfen haben wird, ob die im Ausgangsverfahren streitige Regelung bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer gewährleistet. Dabei ist zu prüfen, ob diese

Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt. In diesem Zusammenhang kann die erklärte Absicht des Gesetzgebers eine eingehendere Prüfung der Vorteile erforderlich machen, die den Arbeitnehmern durch die gesetzgeberischen Maßnahmen angeblich gewährt werden (Urteil Portugaia Construções, Randnrn. 28 und 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

39 Das vorlegende Gericht äußert gewisse Zweifel, ob die Bürgenhaftung den entsandten Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil bringt, da sie sich zum einen praktischen Schwierigkeiten gegenübersähen, wenn sie ihren Lohnanspruch gegen den Generalunternehmer vor deutschen Gerichten geltend machten, und zum anderen dieser Schutz wirtschaftlich entwertet werde, wenn die rein tatsächliche Chance, in Deutschland entgeltlich tätig zu werden, deutlich abnehme.

40 Dennoch bleibt, wie Herr Pereira Félix, die deutsche, die österreichische und die französische Regierung sowie die Kommission zu Recht ausgeführt haben, die Tatsache bestehen, dass eine Vorschrift wie § 1a AEntG einen Vorteil für die entsandten Arbeitnehmer darstellt, da sie neben dem ersten Schuldner des Arbeitslohns, ihrem Arbeitgeber, einen zweiten Schuldner bekommen, der gesamtschuldnerisch mit dem ersten verbunden und im Allgemeinen sogar zahlungsfähiger ist. Bei objektiver Betrachtung ist eine solche Vorschrift also geeignet, den Schutz der entsandten Arbeitnehmer sicherzustellen. Der Ausgangsrechtsstreit bestätigt im Übrigen diese Schutzwirkung des § 1a AEntG.

41 Soweit eines der Ziele des nationalen Gesetzgebers gewesen ist, einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat, so kann ein solches Ziel als zwingendes Erfordernis, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, Berücksichtigung finden, sofern die in Randnummer 34 dieses Urteils angeführten Voraussetzungen erfüllt sind.

42 Im Übrigen besteht, wie die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht ausgeführt hat, nicht unbedingt ein Widerspruch zwischen dem Ziel des Schutzes eines fairen Wettbewerbs auf der einen Seite und dem Ziel der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der anderen Seite. Die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 zeigt, dass diese beiden Ziele nebeneinander verfolgt werden können.

43 Was schließlich das Vorbringen von Wolff & Müller betrifft, dass die Bürgenhaftung im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel unverhältnismäßig sei, so folgt aus der in Randnummer 34 dieses Urteils angeführten Rechtsprechung, dass eine Maßnahme nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

44 Das vorlegende Gericht wird zu prüfen haben, ob diese Voraussetzungen hinsichtlich des verfolgten Zieles, nämlich der Sicherstellung des Schutzes des betroffenen Arbeitnehmers, erfüllt sind.

45 Somit ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Artikel 5 der Richtlinie 96/71 bei Auslegung im Licht des Artikels 49 EG in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der ein Bauunternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer oder zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, wenn das Mindestentgelt den Betrag erfasst, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist (Nettoentgelt), wenn der Entgeltschutz der Arbeitnehmer nicht vorrangiges oder nur nachrangiges Ziel des Gesetzes ist.

Kosten

46 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt:

Artikel 5 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 steht bei Auslegung im Licht des Artikels 49 EG in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der ein Bauunternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer oder zur Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, wenn das Mindestentgelt den Betrag erfasst, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist (Nettoentgelt), wenn der Entgeltschutz der Arbeitnehmer nicht vorrangiges oder nur nachrangiges Ziel des Gesetzes ist.

Unterschriften.