URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

14. April 2005 *

In der Rechtssache C-341/02

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG, eingereicht am 25. September 2002,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch J. Sack und H. Kreppel als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W.-D. Plessing und A. Tiemann als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann sowie der Richter A. Rosas (Berichterstatter), K. Lenaerts, S. von Bahr und K. Schiemann,

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: M.-F. Contet, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2004,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beantragt mit ihrer Klageschrift, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG und Artikel 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) verstoßen hat, dass sie — abgesehen vom Bauzuschlag — sämtliche von Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer des Baugewerbes gezahlten Zulagen oder Zuschläge nicht

als Bestandteile des Mindestlohns anerkennt und dadurch die von diesen Arbeitgebern tatsächlich an ihre entsandten Arbeitnehmer gezahlten Lohnbestandteile unberücksichtigt lässt.

2 Die Bundesrepublik Deutschland beantragt, die Klage abzuweisen und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Nach der zwölften Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 hindert das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die — auch nur vorübergehend — in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

4 In Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 96/71 — Anwendungsbereich — heißt es:

„Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer ... in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden."

5 Artikel 3 der Richtlinie 96/71 — Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen — bestimmt in den Absätzen 1 und 7:

„(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 allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge ... 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;

...

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."

Nationales Recht

6 Für das Baugewerbe gilt das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 26. Februar 1996 (BGBl. 1996 I, S. 227) in der Fassung, die bei Ablauf der Frist galt, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war.

7 § 1 Absatz 1 AEntG erstreckt die Geltung bestimmter allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und die von ihnen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer. Dort heißt es:

„Die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages des [Bau]gewerbes ..., die ... die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze ... zum Gegenstand haben, finden auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinem im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung ... Ein Arbeitgeber im Sinne des Satzes 1 ist verpflichtet, seinem im räumlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 1 beschäftigten Arbeitnehmer mindestens die im Tarifvertrag vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren."

8 Eine Liste der jeweils nach dem AEntG anzuwendenden Tarifverträge ist in dem von der Bundesanstalt für Arbeit herausgegebenen Merkblatt für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (im Folgenden: Merkblatt) enthalten.

9 Nach § 2 des Tarifvertrags zur Regelung eines Mindestlohns im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: Tarifvertrag über den Mindestlohn) vom 26. Mai 1999 besteht der Mindestlohn aus dem Tarifstundenlohn und dem Bauzuschlag, die zusammen den Gesamttarifstundenlohn ergeben. Die Vorschriften dieses Tarifvertrags wurden mit der Verordnung über zwingende

Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25. August 1999 (BGBl. 1999 I, S. 1894) für allgemeinverbindlich erklärt.

10 Für den Zeitraum vom 1. September 2000 bis zum 31. August 2002 galt der Tarifvertrag über den Mindestlohn vom 2. Juni 2000, der am 17. August 2000 für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

11 Regelungen betreffend den Erholungsurlaub, das während dieser Zeit zu zahlende Entgelt und das Urlaubskassenverfahren sowie Zuschläge, u. a. Erschwernis- und Mehrarbeitszuschläge, sind mit anderen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen getroffen worden.

12 Gemäß Anlage 4 zum Merkblatt in der Fassung, die bei Ablauf der Frist galt, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war, werden vom Arbeitgeber gezahlte Zulagen oder Zuschläge, abgesehen vom Bauzuschlag, nicht als Bestandteile des Mindestlohns berücksichtigt. Hierzu zählen nach der betreffenden Anlage insbesondere Mehrarbeitszuschläge, Nachtzuschläge, Sonn- und Feiertagszuschläge, Auslösungen und Erschwerniszuschläge.

Vorverfahren

13 Nach Prüfung einer Beschwerde kam die Kommission zu der Auffassung, dass die in Deutschland angewandte Methode, sämtliche von Arbeitgebern mit Sitz in anderen

Mitgliedstaaten an ihre in die Bundesrepublik Deutschland entsandten Arbeitnehmer des Baugewerbes gezahlten Zulagen und Zuschläge nicht als Bestandteile des Mindestlohns anzuerkennen, nicht mit der Richtlinie 96/71 vereinbar sei und gegen die in Artikel 49 EG verankerte Dienstleistungsfreiheit verstoße. Daher forderte sie die Bundesrepublik Deutschland am 3. April 2000 schriftlich zur Äußerung auf.

14 Mit Schreiben vom 21. Juni 2000 bestritt die deutsche Regierung gestützt u. a. auf Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 96/71 die behauptete Vertragsverletzung. Der Begriff der Mindestlohnsätze werde durch die Rechtsvorschriften oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt werde. Im Rahmen der Kontrolle der Einhaltung des Mindestlohns könnten aufgrund der in Deutschland geltenden Bestimmungen Zuschläge, die das vom Tarifvertrag definierte Verhältnis von Lohn und Arbeit beeinträchtigten, nicht berücksichtigt werden. Die deutsche Regierung erklärte sich jedoch bereit, bestimmte Leistungen zu berücksichtigen, die dieses Verhältnis nicht beeinträchtigen, und gegebenenfalls das Merkblatt entsprechend zu ändern.

15 Da die Kommission die Erläuterungen der Bundesrepublik Deutschland nicht für zufrieden stellend hielt, richtete sie am 2. April 2001 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an diese mit der Aufforderung, dieser Stellungnahme innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen.

16 Nachdem die deutsche Regierung auf diese Stellungnahme mit einem Schreiben vom 31. Mai 2001 geantwortet hatte, in dem sie zwar einräumte, dass das Merkblatt in bestimmten Punkten nicht vollständig mit der Richtlinie 96/71 übereinstimme, aber zu mehreren Punkten ihr früheres Vorbringen wiederholte, hat die Kommission beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

Zur Klage

Vorbringen der Parteien

17 Die Kommission ist der Auffassung, die deutsche Regelung verstoße dadurch gegen die Richtlinie 96/71 und gegen Artikel 49 EG, dass sie in Bezug auf Zulagen oder Zuschläge beim Vergleich zwischen dem in den deutschen Bestimmungen festgelegten Mindestlohnsatz und dem den entsandten Arbeitnehmern von ihren Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten tatsächlich gezahlten Lohn allein den Bauzuschlag als Bestandteil des Mindestlohns berücksichtige.

18 Arbeitgeber mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten könnten aufgrund der dort geltenden Bestimmungen verpflichtet sein, neben dem normalen Stundenlohn weitere Lohnbestandteile zu zahlen. Nach der deutschen Regelung könnten diese Bestandteile jedoch bei der Berechnung des Mindestlohns nicht berücksichtigt werden. Die Nichtberücksichtigung der Zulagen und Zuschläge führe zu höheren Lohnkosten als denen, die deutsche Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer tragen müssten, und Arbeitgeber mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten würden daran gehindert, ihre Dienste in Deutschland anzubieten. Zwar sei der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt werde, berechtigt, gemäß der Richtlinie 96/71 den Mindestlohnsatz zu bestimmen, er dürfe aber beim Vergleich dieses Satzes mit dem von den Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gezahlten Lohn nicht seine eigene Lohnstruktur aufzwingen.

19 Insbesondere wirft die Kommission der Bundesrepublik Deutschland vor, dass sie als Bestandteile des Mindestlohns weder bestimmte Zulagen wie das 13. und das 14. Monatsgehalt noch Beiträge anerkenne, die Arbeitgeber mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an mit den deutschen Kassen vergleichbare Urlaubs- und Ausgleichskassen entrichteten, soweit diese Beträge in dem anderen Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar an den entsandten Arbeitnehmer geleistet würden.

20 Die deutsche Regierung kündigt eine Änderung des Merkblatts an, soweit es um vom Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gezahlte Zulagen und Zuschläge gehe, die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und seinem Lohn nicht veränderten. Diese Zulagen und Zuschläge sollten grundsätzlich als Bestandteile des Mindestlohns anerkannt werden.

21 Demgegenüber würden die Zulagen und Zuschläge, die das Gleichgewicht zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der Gegenleistung, die er erhalte, veränderten, nach deutschem Recht nicht als Bestandteile des Mindestlohns angesehen und könnten beim Vergleich zwischen dem nach den deutschen Bestimmungen geschuldeten Satz und dem von Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gezahlten Lohn nicht als dessen Bestandteile anerkannt werden. Denn der Tarifvertrag über den Mindestlohn beschränke sich nicht auf die Festlegung eines absoluten Betrages, sondern enthalte weitere Regelungen über das Verhältnis zwischen dem vom Arbeitgeber zu zahlenden Lohn und der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung. Die besonderen Zulagen seien in einem von dem Tarifvertrag über den Mindestlohn getrennten Rahmentarifvertrag geregelt.

22 Arbeitsstunden, die außerhalb der üblichen Arbeitszeit geleistet würden, die besonders hohen Anforderungen an die Qualität des Ergebnisses genügen müssten oder die mit besonderen Erschwernissen und Gefahren verbunden seien, hätten im Vergleich zur Normalarbeitsstunde wirtschaftlich höheren Wert, und die hierfür gezahlten Zulagen dürften bei der Berechnung des Mindestlohns nicht berücksichtigt werden. Würden die entsprechenden Beträge bei der Berechnung berück-

sichtigt, so würde dem Arbeitnehmer der wirtschaftliche Gegenwert dieser Arbeitsstunden vorenthalten.

23 Die Kommission unterliege in ihrer Klageschrift einem Missverständnis in Bezug auf das deutsche Recht. Sie gehe zu Unrecht davon aus, dass ein Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nach deutschem Recht verpflichtet sei, im Falle einer Arbeit, die mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sei, neben dem Mindestlohn auch die deutschen Zuschläge zu zahlen.

Würdigung durch den Gerichtshof

24 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht verwehrt, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im erstgenannten Mitgliedstaat erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen (Urteile vom 3. Februar 1982 in den Rechtssachen 62/81 und 63/81, Seco und Desquenne & Giral, Slg. 1982, 223, Randnr. 14, vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94, Guiot, Slg. 1996, I-1905, Randnr. 12, vom 23. November 1999 in den Rechtssachen C-369/96 und C-376/96, Arblade u. a., Slg. 1999, I-8453, Randnr. 33, vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-165/98, Mazzoleni und ISA, Slg. 2001, I-2189, Randnrn. 28 und 29, und vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99, Portugaia Construções, Slg. 2002, I-787, Randnr. 21). Die Anwendung dieser Vorschriften muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, nämlich den Schutz der entsandten Arbeitnehmer, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile Arblade u. a., Randnr. 35, Mazzoleni und ISA, Randnr. 26, und vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-60/03, Wolff & Müller, Slg. 2004, I-9553, Randnr. 34).

25 Diese Rechtsprechung findet ihre Bestätigung in Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 96/71, wonach die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in dieser Richtlinie genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind. Nach Absatz 1 Unterabsatz 2 wird der Begriff der „Mindestlohnsätze" bestimmt „durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats ..., in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird".

26 Hier ist unstreitig, dass die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des AEntG von der in der Richtlinie 96/71 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, Vorschriften über den Mindestlohnsatz im eigenen Hoheitsgebiet zu erlassen. Wie den Randnummern 7 bis 10 dieses Urteils zu entnehmen ist, ist die Geltung bestimmter allgemeinverbindlicher Tarifverträge wie desjenigen über den Mindestlohn mit § 1 Absatz 1 AEntG auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer erstreckt worden. Eine Liste der gemäß dem AEntG in jedem Fall anzuwendenden Tarifverträge ist im Merkblatt enthalten.

27 Die Parteien der vorliegenden Rechtssache streiten jedoch über die Methode für den Vergleich zwischen dem aufgrund der deutschen Bestimmungen geschuldeten Mindestlohnsatz und dem Lohn, den die Arbeitgeber mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten ihren entsandten Arbeitnehmern tatsächlich zahlen. Damit stellt sich die Frage, welche Zulagen und Zuschläge ein Mitgliedstaat als Bestandteile des Mindestlohns berücksichtigen muss, wenn er prüft, ob dieser ordnungsgemäß gezahlt worden ist.

28 Gemäß Anlage 4 zum Merkblatt werden vom Arbeitgeber gezahlte Zulagen oder Zuschläge, abgesehen vom Bauzuschlag, in Deutschland nicht als Bestandteile des

Mindestlohns angesehen. Den Akten ist zu entnehmen, dass neben dem Bauzuschlag insoweit die Zahlungen berücksichtigt werden, die im Arbeitsvertrag als Differenzausgleich zwischen dem heimischen Lohn und dem nach dem AEntG geschuldeten Lohn ausgewiesen sind. Nach Auffassung der Kommission sind jedoch grundsätzlich alle Zulagen und Zuschläge, die den entsandten Arbeitnehmern von ihren Arbeitgebern mit Sitz außerhalb Deutschlands gezahlt werden, bei der Berechnung des Mindestlohns zu berücksichtigen.

29 Die Parteien sind sich darüber einig, dass gemäß Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c und Absatz 7 Unterabsatz 2 der Richtlinie 96/71 das Entgelt für Überstunden, die Beiträge für zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme, die als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten gezahlten Beträge und Pauschalbeträge, die nicht auf Stundenbasis berechnet werden, nicht als Bestandteile des Mindestlohns berücksichtigt werden dürfen. Abzustellen ist auf den Bruttolohn.

30 Die deutsche Regierung bestreitet nicht, dass das Merkblatt nicht vollständig der Richtlinie 96/71 entspricht. Sie hat es im Übrigen nach Ablauf der Frist, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war, in dem von der Kommission empfohlenen Sinne geändert, indem sie das Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Berücksichtigung der Zulagen und Zuschläge umgekehrt hat. Infolge dieser Änderung würden bei der Kontrolle der Zahlung des Mindestlohns alle zusätzlichen Zahlungen berücksichtigt, die der Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat leiste, soweit das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers verändert werde.

31 Außerdem erklärt die deutsche Regierung in ihrer Klagebeantwortung, es sei vorgesehen, das Merkblatt dahin zu ergänzen, dass das 13. und das 14. Monatsgehalt als Bestandteile des Mindestlohns anerkannt würden, sofern sie während der Entsendung des Arbeitnehmers nach Deutschland regelmäßig, anteilig, tatsächlich und unwiderruflich gezahlt und ihm zum vorgesehenen Fälligkeitsdatum zur Verfügung gestellt würden. Die Kommission führt in ihrer Erwiderung aus, dass dieser Änderungsvorschlag die nationale Regelung insoweit mit der Richtlinie 96/71 vereinbar machen könne.

32 Tatsächlich sind die solchermaßen von der deutschen Regierung erlassenen und vorgeschlagenen Änderungen geeignet, verschiedene Unstimmigkeiten zwischen der streitigen nationalen Regelung und der Richtlinie 96/71 zu beseitigen.

33 Das Vorliegen einer Vertragsverletzung ist jedoch anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde (vgl. u. a. Urteile vom 16. Januar 2003 in der Rechtssache C-63/02, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2003, I-821, Randnr. 11, und vom 16. Dezember 2004 in der Rechtssache C-313/03, Kommission/Italien, Randnr. 9, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht). Später eingetretene Änderungen können vom Gerichtshof nicht berücksichtigt werden (vgl. u. a. Urteil vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-482/03, Kommission/Irland, Randnr. 11, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

34 Was die Beiträge betrifft, die von Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an den deutschen Kassen vergleichbare Urlaubs- und Ausgleichskassen entrichtet werden, so geht aus der Antwort der deutschen Regierung auf die mit Gründen versehene Stellungnahme hervor, dass sie dem Urlaubsentgelt und dem Urlaubsgeld

in Deutschland entsprechen. Die deutsche Regierung trägt in ihrer Gegenerwiderung vor, dass der Streit unter Berücksichtigung ihrer Ausführungen zu der anteiligen Auszahlung des Urlaubsgeldes und den Fälligkeitsregeln ausgeräumt sein müsste. Sie hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass das Urlaubsgeld anteilig und bei Fälligkeit des Lohns gezahlt werden müsse.

35 Nach ständiger Rechtsprechung ist es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens Sache der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen. Sie muss dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren er das Vorliegen dieser Vertragsverletzung prüfen kann, wobei sie sich nicht auf Vermutungen stützen darf (vgl. u. a. Urteile vom 25. Mai 1982 in der Rechtssache 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, 1791, Randnr. 6, und vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-194/01, Kommission/Österreich, Slg. 2004, I-4579, Randnr. 34).

36 Weder die mit Gründen versehene Stellungnahme noch die Klageschrift, noch die Erwiderung der Kommission lassen jedoch erkennen, ob der Vorwurf, dass bei der Berechnung des Mindestlohns Beiträge, die Arbeitgeber mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an den deutschen Kassen vergleichbare Urlaubs- und Ausgleichskassen entrichteten, nicht berücksichtigt würden, einen eigenständigen Vorwurf darstellt oder ob er im Gegenteil mit dem Vorwurf zusammenfällt, dass bei der betreffenden Berechnung das 13. und das 14. Monatsgehalt nicht berücksichtigt würden. Dass es den Behauptungen der Kommission zu den Beiträgen an die Urlaubskassen an Klarheit mangelte, wird dadurch bestätigt, dass die deutsche Regierung Schwierigkeiten hatte, auf diese Behauptungen zu reagieren.

37 Die Kommission hat daher nicht mit hinreichender Klarheit den genauen Umfang ihres Vorwurfs dargelegt und dem Gerichtshof nicht die erforderlichen Anhaltspunkte für die Feststellung geliefert, ob die Tatsache, dass die Beklagte Beiträge wie die hier in Rede stehenden nicht bei der Bestimmung des Mindestlohns berücksichtigt, einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus Artikel 3 der Richtlinie 96/71 darstellt.

38 Schließlich muss die noch streitige Hauptfrage untersucht werden, ob die vom Arbeitgeber gezahlten Zulagen und Zuschläge, die nach Auffassung der deutschen Regierung das Gleichgewicht zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern, als Bestandteile des Mindestlohns anzusehen sind. Es handelt sich u. a. um Qualitätsprämien und Schmutz-, Erschwernis- oder Gefahrenzulagen.

39 Entgegen der Auffassung der Kommission können die Zulagen und Zuschläge, die nicht durch die Rechtsvorschriften oder die Praktiken des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, als Bestandteile des Mindestlohns definiert werden und die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern, nicht aufgrund der Richtlinie 96/71 als derartige Bestandteile betrachtet werden.

40 Es ist nämlich völlig normal, dass der Arbeitnehmer, der auf Verlangen des Arbeitgebers ein Mehr an Arbeit oder Arbeitsstunden unter besonderen Bedingungen leistet, einen Ausgleich für diese zusätzliche Leistung erhält, ohne dass dieser bei der Berechnung des Mindestlohns berücksichtigt wird.

41 Allerdings ergibt sich aus den Randnummern 30 bis 33 dieses Urteils, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 3 der Richtlinie 96/71 verstoßen hat.

42 Da eine Vertragsverletzung auf der Grundlage der Richtlinie 96/71 festgestellt worden ist, braucht die Klage nicht im Hinblick auf Artikel 49 EG geprüft zu werden.

43 Daher ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 3 der Richtlinie 96/71 verstoßen hat, dass sie — abgesehen vom Bauzuschlag — die von Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer des Baugewerbes gezahlten Zulagen oder Zuschläge, die nicht das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern, nicht als Bestandteile des Mindestlohns anerkennt.

44 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Kosten

45 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Nach Artikel 69 § 3 Absatz 1 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof jedoch beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Da die Kommission und die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen teils obsiegt haben und teils unterlegen sind, haben sie jeweils ihre eigenen Kosten zu tragen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 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 verstoßen, dass sie — abgesehen vom Bauzuschlag — die von Arbeitgebern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten an ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer des Baugewerbes gezahlten Zulagen oder Zuschläge, die nicht das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern, nicht als Bestandteile des Mindestlohns anerkennt.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.**

Unterschriften.