SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 13. Juli 2000 [1]

Inhaltsverzeichnis

Die deutschen Rechtsvorschriften über den Jahresurlaub und der Sachverhalt der Ausgangsrechtsstreitigkeiten I-7836

Die Vorlagefragen I-7839

Zur Anwendbarkeit des Artikels 48 EG-Vertrag I-7841

Zur ersten Vorlagefrage I-7843

a) Zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs I-7850

b) Zur Diskriminierung I-7852

c) Zum Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses I-7853

d) Zur Wahrung des Allgemeininteresses durch die Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates des Dienstleistungserbringers I-7856

e) Zur Möglichkeit, das gleiche Ergebnis durch weniger einschneidende Vorschriften zu erreichen I-7858

Zur zweiten Vorlagefrage I-7860

a) Zur Urlaubslänge I-7860

Eingereichte Erklärungen I-7861

Beurteilung I-7863

b) Zur Art der Auszahlung der Urlaubsvergütung I-7864

Eingereichte Erklärungen I-7864

Beurteilung I-7866

c) Zu den zu erteilenden Auskünften I-7867

Eingereichte Erklärungen I-7869

Beurteilung I-7871

Zur dritten Vorlagefrage I-7875

Eingereichte Erklärungen I-7877

Beurteilung I-7878

Zur vierten Vorlagefrage I-7879

Ergebnis I-7882

1 — Originalsprache: Französisch.

1. Die vorliegenden Rechtssachen werfen erneut eine Frage auf, die den Gerichtshof schon mehrfach beschäftigt hat: die Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Falle der vorübergehenden Entsendung von der Europäischen Union angehörenden Arbeitnehmern durch in einem Mitgliedstaat (im Folgenden: Herkunftsstaat) ansässige Unternehmen in einen anderen Mitgliedstaat (im Folgenden: Aufnahmestaat) im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung.

Die deutschen Rechtsvorschriften über den Jahresurlaub und der Sachverhalt der Ausgangsrechtsstreitigkeiten

2. Die deutsche Urlaubsregelung für Arbeitnehmer des Baugewerbes, die Bestandteil der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen dieser Arbeitnehmer ist, ist im Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer — Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) und im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV-Bau) niedergelegt. Durchgeführt wird die Regelung durch ein Urlaubskassenverfahren, das seinerseits im Wesentlichen durch den Verfahrenstarifvertrag (VTV) geregelt ist. Die genannten Tarifverträge sind durch die Bundesregierung für das gesamte Baugewerbe für allgemeinverbindlich erklärt worden.

3. Nach den Ausführungen des Arbeitsgerichts Wiesbaden muss der Arbeitnehmer nach dem BUrlG grundsätzlich eine Wartezeit von sechs Monaten erfüllt haben, in der er bei seinem Arbeitgeber beschäftigt war, bevor er erstmals Anspruch auf den vollen Jahresurlaub geltend machen kann. Das Baugewerbe weist jedoch eine Besonderheit auf, die eine von der Jahresurlaubsregelung abweichende Regelung erforderlich macht. Das Baugewerbe ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass die Einsatzorte und damit die Arbeitgeber häufig wechseln und „Arbeitsverhältnisse von kürzerer Dauer als einem Jahr in erheblichem Umfang üblich sind". Daher ist in einer Vielzahl von Fällen die gesetzliche Wartezeit nicht erfüllt, so dass der Arbeitnehmer nur einen Urlaubsanspruch von wenigen Tagen oder sogar keinen Anspruch auf Urlaub erwirbt. Hinzu kommt, dass in den meisten Fällen die Arbeitnehmer wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihren Urlaubsanspruch nicht in Freizeit gewährt bekommen, sondern sich mit der Abgeltung ihres Urlaubs in Geld begnügen müssen.

4. Nach dem BUrlG[2] kann durch Tarifvertrag eine abweichende Regelung vorgesehen werden, soweit dies erforderlich ist, um den Arbeitnehmern des Baugewerbes trotz des häufigen Arbeitgeberwechsels einen zusammenhängenden Jahresurlaub zu sichern.

2 — § 13 Absatz 2 BUrlG.

5. Auf dieser Grundlage und mit diesem Ziel hat der BRTV-Bau [3] eine Regelung vorgesehen, nach der die verschiedenen Arbeitsverhältnisse eines Arbeitnehmers während des Bezugsjahrs, d. h. in der Regel während eines Kalenderjahrs, zu einem Arbeitsverhältnis zusammengefasst werden. Diese Fiktion erlaubt dem Arbeitnehmer, seine bei den einzelnen Arbeitgebern während des Bezugsjahrs erworbenen Urlaubsansprüche zusammenzurechnen und in vollem Umfang bei seinem derzeitigen Arbeitgeber geltend zu machen, unabhängig davon, wie lange er bei diesem beschäftigt ist.

6. Dieses System würde normalerweise zu einer schweren finanziellen Belastung des letzten Arbeitgebers führen, da er gezwungen wäre, dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung auch für die Tage zu zahlen, auf die ein Anspruch bei früheren Arbeitgebern erworben wurde. Um diese Gefahr auszuschließen und eine gleichmäßige Verteilung der finanziellen Lasten der betroffenen Arbeitgeber zu gewährleisten, haben die deutschen Sozialpartner die Einrichtung einer Urlaubskasse beschlossen.

7. Die deutschen Arbeitgeber zahlen 14,45 % der Bruttolohnsumme ihres Betriebes an die Urlaubskasse und erwerben im Gegenzug Ansprüche gegen diese auf volle oder teilweise Erstattung derjenigen Leistungen, die sie den Arbeitnehmern erbracht haben (Urlaubsentgelt, zusätzliches Urlaubsgeld sowie eine prozentuale Pauschale für die vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge).

8. Die Arbeitgeber müssen der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (im Folgenden: ULAK) bestimmte Angaben monatlich übermitteln, damit diese die monatliche Bruttolohnsumme des Betriebes und die geschuldeten Beiträge ermitteln kann.

9. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung hat die Geltung des BRTV-Bau und des VTV durch Allgemeinverbindlicherklärung auf die nichttarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt, soweit sie dem betrieblichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereich dieser Tarifverträge unterfallen.

10. Durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 26. Februar 1996 [4] wurde die Anwendbarkeit der Vorschriften der Tarifverträge für das Baugewerbe über den Jahresurlaub mit Wirkung vom 1. März 1996 unter bestimmten Voraussetzungen auf Arbeitsverhältnisse zwischen Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: ausländische

3 — § 8 BRTV-Bau.

4 — Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen — Arbeitnehmer-Entsendegesetz — AEntG vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227).

Dienstleistungserbringer) und den von ihnen für eine bestimmte Dauer zur Ausführung von Bauarbeiten auf eine Baustelle in Deutschland entsandten Arbeitnehmern (im Folgenden: entsandte Arbeitnehmer) erstreckt.

11. Zu diesem Zweck wurde § 8 BRTV-Bau über den Urlaub der Arbeitnehmer im Baugewerbe geändert und der VTV wurde mit Wirkung zum 1. Januar 1997 [5] um einen Teil 3 (Urlaubsverfahren für außerhalb Deutschlands ansässige Arbeitgeber und ihre in Deutschland beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer) [6] ergänzt.

12. Die deutsche Regierung weist jedoch in ihren schriftlichen Erklärungen darauf hin, dass das „Sozialkassenverfahren im Baugewerbe... eine Vielzahl tarifvertraglich vereinbarter Arbeitgeberleistungen [umfasst]. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Baubranche haben die Tarifvertragsparteien dieses Sektors außer den Urlaubsregelungen auch noch folgende Arbeitgeberleistungen den Sozialkassen des Baugewerbes übertragen: Lohnausgleich in dem Zeitraum vom 24. bis 26. Dezember sowie für den 31. Dezember und 1. Januar, zusätzliche Altersversorgung und Ausbildungsförderung. Aus diesem Katalog der Sozialkassenkompetenzen wurde im Rahmen des AEntG lediglich die Abwicklung der Arbeitgeberleistung ‚Urlaub' durch das Sozialkassenverfahren herausgegriffen und auf im Ausland ansässige Arbeitgeber und ihre entsandten Arbeitnehmer erstreckt". Nach Ansicht der deutschen Regierung hat sich der Gesetzgeber mit seiner Maßnahme auf den absoluten Kernbereich der in Entsendefällen relevanten Arbeitsbedingungen beschränkt.

13. Die ausländischen Dienstleistungserbringer im Baugewerbe sind jetzt also zur Teilnahme am deutschen Kassenverfahren gezwungen, was u. a. die Verpflichtung beinhaltet, an die ULAK 14,25 % (bis zum 30. Juni 1997: 14,82 %) der Bruttolohnsumme der von ihnen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer zu zahlen und der Kasse eine Reihe von Angaben zu übermitteln.

14. Wenn ein Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch realisieren will, muss der ausländische Dienstleistungserbringer dies der ULAK mitteilen. Diese zahlt dann unmittelbar an den Arbeitnehmer die ihm zustehende Urlaubsvergütung [7]. Im Gegensatz zu einem in Deutschland niedergelassenen Arbeitgeber muss der ausländische Dienstleistungserbringer dem Arbeitnehmer die ihm zustehende Urlaubsvergütung somit nicht vorweg auszahlen. Infolgedessen hat er auch keinen Erstattungsanspruch gegen die ULAK.

5 — Änderungstarifvertrag vom 18. Dezember 1996.

6 — §§ 55 bis 71 des neuen VTV.

7 — § 65 VTV.

15. Das gleiche Verfahren gilt nach § 66 VTV für die Zahlung der Urlaubsabgeltung, wenn der entsandte Arbeitnehmer in seine Heimat zurückkehrt, ohne den Urlaub genommen zu haben, auf den er in Deutschland einen Anspruch erworben hat [8].

16. Die Auskunftspflicht der außerhalb von Deutschland ansässigen Dienstleistungserbringer ist offenkundig weitreichender als die der deutschen Unternehmen.

17. Die Gesellschaften des portugiesischen Rechts Santos & Kewitz Construções Ld.ª (im Folgenden: Santos), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld.ª (im Folgenden: Tecnamb), Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld.ª (im Folgenden: Finalarte), Portugaia Construções Ld.ª (im Folgenden: Portugaia), Engil Sociedade Construção Civil SA (im Folgenden: Engil), Amilcar Oliveira Rocha (im Folgenden: Amilcar), Turiprata Construções Civil Ld.ª (im Folgenden: Turiprata), Duarte dos Santos Sousa (im Folgenden: Duarte) und die Gesellschaft englischen Rechts Tudor Stone Ltd (im Folgenden: Tudor) entsandten im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs 1997 vorübergehend Arbeitnehmer nach Deutschland zur Ausführung von Bauarbeiten.

18. Sie machen geltend, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung des Urlaubskassenverfahrens auf sie und insbesondere der Verpflichtung, Beiträge an die ULAK zu zahlen und dieser Auskünfte zu erteilen, entgegenstehe.

19. Während die Gesellschaften Finalarte, Portugaia und Engil beim Arbeitsgericht Wiesbaden Klage auf Feststellung erhoben haben, dass sie nicht zur Erfüllung der Zahlungs- und Auskunftsansprüche nach dem AEntG verpflichtet sind (negative Feststellungsklage), sind die anderen Unternehmen von der ULAK beim gleichen Gericht auf Zahlung der Beiträge oder Erteilung der verlangten Auskünfte verklagt worden.

Die Vorlagefragen

20. Aufgrund all dessen hat das Arbeitsgericht Wiesbaden dem Gerichtshof folgende vier Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind Artikel 48, 59 und 60 EG-Vertrag so auszulegen, dass sie durch eine Vorschrift des nationalen Rechts — § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG — verletzt werden, die die Geltung der Rechtsnormen für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge über die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen von Arbeitnehmern durch gemeinsame

8 — § 8 Nr. 7.1 Buchstabe i BRTV-Bau.

Einrichtungen von Tarifvertragsparteien und damit die Rechtsnormen dieser Tarifverträge über das dabei zu beachtende Verfahren auf einen im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seine in den räumlichen Geltungsbereich dieser Tarifverträge entsandten Arbeitnehmer erstreckt?

2. Sind Artikel 48, 59 und 60 EG-Vertrag so auszulegen, dass sie durch die Vorschriften des § 1 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 3 Satz 1 AEntG verletzt werden, die die Anwendung von Rechtsnormen für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge zur Folge haben, die

a) eine Urlaubslänge vorsehen, die über die in der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung festgelegte Mindestlänge des Jahreserholungsurlaubs hinausgeht,

und/oder

b) einen Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen für Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld gegen gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien in Deutschland ansässigen Arbeitgebern zubilligen, für im Ausland ansässige Arbeitgeber aber einen solchen Anspruch nicht vorsehen, sondern stattdessen einen direkten Anspruch der entsandten Arbeitnehmer gegen die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien,

und/oder

c) im Rahmen des nach diesen Tarifverträgen zu beachtenden Sozialkassenverfahrens Auskunftsverpflichtungen der im Ausland ansässigen Arbeitgeber gegenüber gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorsehen, die dem Umfang der zu erteilenden Auskünfte nach über den Umfang hinausgehen, der die in Deutschland ansässigen Arbeitgeber trifft?

3. Sind Artikel 48, 59 und 60 EG-Vertrag so auszulegen, dass sie durch die Regelung des § 1 Absatz 4 AEntG verletzt werden, der zufolge für die Zuordnung zu dem betrieblichen Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags, der nach § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG auch für im Ausland ansässige Arbeitgeber und ihre in den räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags entsandten Arbeitnehmer gilt, alle — aber auch nur

die — nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer als ein Betrieb gelten, obwohl für in Deutschland ansässige Arbeitgeber ein abweichender Betriebsbegriff gilt, der in bestimmten Fällen zu einer abweichenden Abgrenzung der Betriebe führt, die unter den Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fallen?

4. Ist Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b 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 dahin auszulegen, dass sie mit Rücksicht auf die korrekte Auslegung der Artikel 48, 59 und 60 EG-Vertrag jedenfalls die mit den Vorlagefragen 1 bis 3 problematisierten Regelungen weder anordnet noch zulässt?

Zur Anwendbarkeit des Artikels 48 EG-Vertrag

22. Es ist unstreitig, dass es in den Ausgangsverfahren in tatsächlicher Hinsicht um Fälle geht, in denen ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat seine Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit zur Ausübung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung auf eine Baustelle in Deutschland entsendet. Keiner der Beteiligten bestreitet, dass ein solcher Fall unter Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und Artikel 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 EG) fällt.

23. Dagegen herrscht keine Einigkeit über die Frage, ob die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung auch unter Artikel 48 EG-Vertrag fällt.

21. Bevor ich diese Fragen untersuche, halte ich es für angebracht, zu prüfen, ob Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) auf einen Fall wie den in den Ausgangsverfahren vorliegenden tatsächlich anwendbar ist.

24. Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass nationale Vorschriften wie die in den Vorlagefragen angeführten, wenn sie denn eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit seien, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer mittelbar einschränken könnten, da die Chancen der (potenziellen) Arbeitnehmer, eingestellt und im Ausland eingesetzt zu werden, sich verringerten, wenn ein Arbeitgeber sich aufgrund der Ausdehnung des Urlaubskassenverfahrens davon abhalten lasse, im Rahmen der Dienstleis-

tungsfreiheit eine Tätigkeit in Deutschland auszuüben.

25. Finalarte und Portugaia tragen vor, dass Artikel 48 EG-Vertrag auf die Entsendung von Arbeitnehmern Anwendung finde. Die Anwendung der nationalen Vorschriften, nach denen ein ausländischer Dienstleistungserbringer dem deutschen Urlaubskassenverfahren unterliege, beschränke den in Artikel 59 EG-Vertrag verankerten freien Dienstleistungsverkehr und verstoße gleichzeitig gegen Artikel 48 EG-Vertrag, da er die entsandten Arbeitnehmer daran hindere, ihrem Arbeitgeber in den Aufnahmestaat „zu folgen" und dort unter den im Herkunftsstaat geltenden Arbeitsbedingungen zu arbeiten.

26. Nach Ansicht der deutschen Regierung ist die Frage, ob die Entsendung von Arbeitnehmern unter Artikel 48 EG-Vertrag fällt, für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens ohne Bedeutung, da die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein Grundrecht darstelle, das nur von diesen selbst geltend gemacht werden könne.

27. Hilfsweise trägt die Bundesregierung vor, Artikel 48 umfasse nicht das Recht des entsandten Arbeitnehmers, zu den im Herkunftsstaat geltenden Bedingungen zu arbeiten, sondern sei nur Ausdruck des Diskriminierungsverbots, was bedeute, dass der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung nach den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen habe.

28. Die ULAK legt Artikel 48 in gleicher Weise wie die deutsche Regierung aus und weist darauf hin, dass das Arbeitsgericht Wiesbaden sich auf bloße Vermutungen stütze, da das Inkrafttreten des AEntG zu keiner Verringerung der Zahl der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer geführt habe.

29. Ebenso wie die ULAK, die belgische Regierung und die Kommission bin ich der Meinung, dass die Frage bereits durch die Urteile Rush Portuguesa und Vander Elst [9] entschieden worden ist. Nach Randnummer 21 des letztgenannten Urteils verlangen die „Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt und vorübergehend zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren".

30. Infolgedessen betrifft Artikel 48 nicht diesen Fall, und es gibt keinen Grund, die vorgelegten Fragen im Hinblick auf diese Bestimmung zu untersuchen. Wenn einige entsandte Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen, das sie nach Deutschland mitgebracht hat, lösen wollten, um einen Arbeitsvertrag mit einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zu schließen, wären sie dazu ganz offenkundig nach Artikel 48 berechtigt. Dies hat jedoch nichts mit dem Problem eventueller Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ausländischer Unternehmen

9 — Urteile vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Slg. 1990, I-1417) und vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93 (Slg. 1994, I-3803).

zu tun, um das es in den bei dem nationalen Gericht anhängigen Verfahren geht.

Zur ersten Vorlagefrage

31. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag der Ausdehnung des Urlaubskassenverfahrens auf im Ausland ansässige Arbeitgeber entgegenstehen, die Arbeitnehmer im Rahmen einer Dienstleistung nach Deutschland entsenden.

32. In der Einleitung zu seinem Vorlagebeschluss führt das Arbeitsgericht Wiesbaden aus, dass sich „Bedenken daraus [ergeben], dass der Gesetzesbegründung zum AEntG... u. a. das erklärte Ziel zu entnehmen ist, die Unternehmen des deutschen Baugewerbes gegen den steigenden Wettbewerbsdruck im europäischen Binnenmarkt, also gegen ausländische Anbieter zu schützen". Schon im Vorfeld der Diskussion über den Entwurf eines AEntG, so das vorlegende Gericht, sei mehrfach darauf hingewiesen worden, dass mit einem solchen Gesetz vor allem „unfaire Wettbewerbsbedingungen durch europäische Billiglohnkonkurrenz" und „Lohn- und Sozialdumping" bekämpft werden sollten.

33. Das Gericht fragt sich, ob sich zu Recht behaupten lässt, dass ausländische Arbeitgeber, die den Umstand ausnutzten, dass in ihrem Heimatland infolge unterschiedlicher Lebensstandards niedrigere Löhne gezahlt würden, „unfairen" Wettbewerb betrieben. In der Europäischen Union sollten offene Märkte als wesentlicher Teil des Binnenmarktprojekts für einen intensiveren Wettbewerb und stärkere internationale Arbeitsteilung sorgen. Das Gericht verweist dazu auf Artikel 3a Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 4 Absatz 1 EG) und Artikel 102a EG -Vertrag (jetzt Artikel 98 EG). Es könne daher nicht für sich allein ein legitimes Allgemeininteresse sein, Wettbewerb als solchen zu verhindern.

34. Der Generalanwalt kann diese einleitenden Ausführungen des vorlegenden Gerichts nicht einfach stillschweigend als bloße Bemerkungen am Rande übergehen. Sie stellen nämlich den Hintergrund der vorgelegten Fragen dar und sind offensichtlich auch Ausdruck von Bedenken, die mehrere deutsche Gerichte teilen. In Kürze wird sich der Gerichtshof mit der Rechtssache C-164/99 (Portugaia Construcões) beschäftigen müssen, in der das vorlegende Gericht mit seiner entsprechend formulierten Vorlagefrage wissen möchte, ob zwingende Gründe des Allgemeinwohls, welche eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können, nicht nur im sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer, sondern auch im Schutz der nationalen Bauwirtschaft und im Abbau der Arbeitslosigkeit des Aufnahmestaats liegen könnten.

35. Untersuchen wir also die Fragen, die sich das vorlegende Gericht im Hinblick auf den Grundsatz des freien Wettbewerbs stellt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes können Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden [10].

36. Selbst wenn bei den politischen Debatten, die dem Erlass des AEntG vorangegangen sind, und im Gesetzesentwurf 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 dieses Gesetzes selbst und der anderen angegriffenen Vorschriften zu beschränken.

37. Zunächst ist festzustellen, dass die meisten (und wahrscheinlich sämtliche) Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften über Mindestlöhne und -gehälter zur Gewährleistung angemessener Lebensbedingungen der Arbeitnehmer sowie über die tägliche, wöchentliche und jährliche Arbeitszeit zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und zur Gewährleistung ausreichender Ruhezeiten in Kraft gesetzt haben.

38. Diese Vorschriften schließen zwangsläufig aus, dass einige nationale Unternehmen sich durch weniger günstige Arbeitsbedingungen für ihre Arbeitnehmer einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen im selben Land niedergelassenen Unternehmen verschaffen können.

39. Nichts im Vertrag verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen anderen Wettbewerbsbegriff zugrunde zu legen, wenn es um die Interessen von Unternehmen geht, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, oder hinzunehmen, dass diese Unternehmen sich durch die Nichteinhaltung der betreffenden Vorschriften einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. In Randnummer 25 des Urteils Vander Elst hat der Gerichtshof im Gegenteil eingeräumt, dass es legitim sei, „eine ernstliche Gefahr der Ausbeutung von Arbeitnehmern und der Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen auszuschalten" (Slg. 1993, I-3803, I-3826).

40. Sodann ist daran zu erinnern, dass die Sozialpolitik einschließlich der Vorschriften über die Arbeitsbedingungen weiterhin grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Nach Artikel 118 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag wurden durch die Artikel 136 EG

10 — Urteile vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, 2085) und vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95 (SETTG, Slg. 1997, I-3091).

bis 143 EG ersetzt) „*unterstützt und ergänzt* die Gemeinschaft *die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten*[11] auf folgenden Gebieten:

— Verbesserung insbesondere der Arbeitswelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer,

— Arbeitsbedingungen,

— ...".

41. Die Mitgliedstaaten bestimmen somit frei das Niveau des sozialen Schutzes, den sie ihren Arbeitnehmern zukommen lassen wollen. Dieses Recht ist den Mitgliedstaaten verblieben, auch wenn in der Gemeinschaft eine gewisse Harmonisierung der Arbeitsbedingungen erfolgt ist.

42. Es liegt auf der Hand, dass das in dem Aufnahmemitgliedstaat bestehende Niveau des sozialen Schutzes, wenn sich die in 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.

43. Als allgemeines Prinzip gilt somit, dass das Recht eines Mitgliedstaats — außer in den vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung herausgearbeiteten Ausnahmefällen, auf die noch einzugehen sein wird — auch auf „ausländische" Dienstleistungserbringer Anwendung findet. Dies wird durch Artikel 60 letzter Absatz EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 letzter Absatz EG) bestätigt, in dem es heißt, dass der Leistende „seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben [kann], in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt".

44. Anders ausgedrückt und entgegen dem Vorbringen einiger Gesellschaften, die Parteien des Ausgangsverfahrens sind, verleiht der Vertrag den Unternehmen nicht das Recht, für die Ausübung ihrer Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat nicht nur ihr Personal und ihre Ausrüstung, sondern auch das Recht ihres Herkunftsstaats mitzubringen.

45. Außerdem ist zu beachten, dass der von dem vorlegenden Gericht genannte Artikel 102a EG-Vertrag in dem Kapitel des Vertrages über die Wirtschaftspolitik und nicht in den Kapiteln über die vier Grundfreiheiten enthalten ist. Artikel 3a EG-Vertrag bestimmt seinerseits: „Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten... umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorge-

11 — Hervorhebung von mir.

sehenen Zeitfolge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist."

46. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts den Grundsatz des freien Wettbewerbs über die anderen Grundsätze stellen würden. Tatsache ist, dass die Europäischen Verträge mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen und diese miteinander in Einklang zu bringen sind.

47. Zwar hat das Arbeitsgericht Wiesbaden Recht, wenn es darauf hinweist, dass niemals daran gedacht worden sei, den Wettbewerbsvorteil in Frage zu stellen, der sich aus den niedrigeren Löhnen in bestimmten Mitgliedstaaten bei den Kosten der Herstellung von Waren, die anschließend in andere Mitgliedstaaten ausgeführt werden, ergibt.

48. Erinnern wir uns jedoch daran, dass in der Präambel des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft die Gründungsväter bereits ihren Vorsatz bekräftigten, „durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Länder zu sichern" und zu diesem Zweck „die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel anzustreben".

49. Im folgenden Erwägungsgrund erkennen sie an, „dass zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse ein einverständliches Vorgehen erforderlich ist, um eine beständige Wirtschaftsausweitung, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten".

50. In Artikel 117 EG-Vertrag in seiner Fassung von 1957 waren die Verfasser sich über die Notwendigkeit einig, „auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen".

51. Dieser Satz wurde in Artikel 136 EG, der an die Stelle des Artikels 117 EG-Vertrag getreten ist, durch einen zusätzlichen Hinweis auf die Europäische Sozialcharta von 1961, auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989, auf das Ziel der Förderung der Beschäftigung, auf einen angemessenen sozialen Schutz, auf den sozialen Dialog, auf die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und auf die Bekämpfung von Ausgrenzungen untermauert.

52. Interessanterweise hat sich der Gerichtshof in einem Urteil vom 4. April 1974 [12], das die Bundesregierung in ihren Erklärungen zur Nichtanwendbarkeit des Artikels 48 EG-Vertrag auf den vorliegenden Fall angeführt hat, auf das Ziel des Artikels 117 bezogen und festgestellt,

12 — Urteil in der Rechtssache 167/73 (Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 45).

dass das Diskriminierungsverbot (in diesem Fall auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer) nicht bloß den Zweck hat, in jedem Mitgliedstaat den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zu den Arbeitsplätzen zu verschaffen, „sondern darüber hinaus auch... *Inländer*[13] vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht, denn dergleichen anzubieten oder anzunehmen ist ebenfalls verboten".

53. Die deutsche und die französische Regierung argumentieren daher auf der Linie dieser Rechtsprechung, dass die Möglichkeit, auf der gleichen Baustelle den entsandten Arbeitnehmern geringere Löhne zu zahlen als den Arbeitnehmern des Aufnahmestaats und/oder ihnen in anderer Hinsicht ungünstigere Arbeitsbedingungen aufzuerlegen, das Niveau des sozialen Schutzes der inländischen Arbeitnehmer und vielleicht sogar deren Arbeitsplatz gefährden könnte. Die belgische Regierung hat im Wesentlichen den gleichen Standpunkt vertreten.

54. Wie sich aus Artikel 117 Absatz 2 EG-Vertrag auch entnehmen lässt, haben die Verfasser des Vertrages, auch wenn sie damit rechneten, dass sich aus dem „Wirken des Gemeinsamen Marktes" eine „Abstimmung der Sozialordnungen" ergeben wird, „gezielten" Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen eine bedeutsame Rolle zugewiesen. Die in den vorliegenden Rechtssachen genannten beiden Richtlinien 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung[14] (im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen[15] (im Folgenden: Entsenderichtlinie) sind Ausdruck dessen.

55. In der fünften Begründungserwägung der letztgenannten Richtlinie heißt es:

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

56. Wahrscheinlich waren es Gründe dieser Art, die den Gerichtshof (selbst wenn er dies nicht näher ausgeführt hat) schon 1982 im Urteil Seco und Desquenne & Giral[16] zu folgender Feststellung veranlasst haben:

13 — Hervorhebung von mir.

14 — ABl. L 307, S. 18.

15 — ABl. L 18, S. 1.

16 — Urteil vom 3. Februar 1982 in den Rechtssachen 62/81 und 63/81 (Slg. 1982, 223, Randnr. 14).

„Es steht fest, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften über die Mindestlöhne oder die hierüber von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist; ebenso wenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Einhaltung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen."

57. Wie das Arbeitsgericht Wiesbaden in seinen Ausführungen zu seiner zweiten Frage und wie auch die Bundesregierung vorgetragen hat, hat das Urteil Rush Portuguesa zumindest stillschweigend bestätigt, dass dieser Grundsatz für sämtliche Rechtsvorschriften und Tarifverträge der Sozialpartner gilt, da in diesem Urteil der Wortlaut des Urteils Seco und Desquenne & Giral ohne Erwähnung der Mindestlöhne wiederholt wird.

58. Es unterliegt somit keinem Zweifel, dass die Bundesrepublik Deutschland berechtigt ist, ausländische Dienstleistungsunternehmer auch ihren Rechtsvorschriften über die Urlaubslänge sowie zumindest grundsätzlich dem Urlaubskassenverfahren zu unterwerfen. Die Merkmale dieses Verfahrens müssen jedoch im Einzelnen geprüft werden, da Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag nicht impliziert, „dass jede nationale Regelung [oder jeder Tarifvertrag], die [der] normalerweise eine Dauertätigkeit von in diesem Staat ansässigen Unternehmen zum Gegenstand hat, in vollem Umfang auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könnte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen ausgeübt werden" [17].

59. So haben Sie in den Randnummern 33 bis 38 des Urteils Arblade u. a. [18] festgestellt:

„33 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Artikel 59 des Vertrages nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, 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 dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12, vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, Vander Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 14, vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94, Guiot, Slg. 1996, I-1905, Randnr. 10, vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-3/95, Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511, Randnr. 25, und vom 9. Juli 1997 in der Rechtssache C-222/95, Parodi, Slg. 1997, I-3899, Randnr. 18).

17 — Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 16).

18 — Urteil vom 23. November 1999 in den Rechtssachen C-369/96 und C-376/96 (Slg. 1999, I-8453).

34 Auch wenn eine Harmonisierung in diesem Bereich fehlt, so darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages doch nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist (vgl. u. a. Urteile vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 17, vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89, Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Randnr. 17, und in der Rechtssache C-198/89, Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-727, Randnr. 18, sowie Urteile Säger, Randnr. 15, Vander Elst, Randnr. 16, und Guiot, Randnr. 11).

35 Die Anwendung der nationalen Regelungen eines Mitgliedstaats auf die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Dienstleistenden muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. u. a. Urteil Säger, Randnr. 15, Urteile vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32, vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37, und Urteil Guiot, Randnrn. 11 und 13).

36 Zu den bereits vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer (vgl. Urteil Webb, Randnr. 19, sowie 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. 18), insbesondere auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes (Urteil Guiot, Randnr. 16).

37 Rein administrative Erwägungen können es dagegen nicht rechtfertigen, dass ein Mitgliedstaat von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts abweicht, was erst recht dann gilt, wenn die Abweichung darauf hinausläuft, die Ausübung einer der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts auszuschließen oder einzuschränken (vgl. u. a. Urteil vom 26. Januar 1999 in der Rechtssache C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Randnr. 45).

38 Jedoch können die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die die materiell-rechtlichen Bestimmungen einer Regelung rechtfertigen, auch die Kontrollmaßnahmen rechtfertigen, die erforderlich sind, um die Beachtung dieser Bestimmungen sicherzustellen (in diesem Sinne Urteil Rush Portuguesa, Randnr. 18)."

60. Somit ist nacheinander zu untersuchen, ob das Urlaubskassenverfahren Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs enthält und ob diese Beschränkungen, sofern das Urlaubskassenverfahren nicht diskriminierend ist, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können. Trifft dies zu, ist weiter zu prüfen, ob dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften des Mitgliedstaats geschützt wird, in dem der Dienstleistende niedergelassen ist, und ob das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Vorschriften erreicht werden kann (vgl. u. a. Urteile Säger, Randnr. 15, Kraus, Randnr. 32, Gebhard, Randnr. 37, Guiot, Randnr. 13, und Reisebüro Broede, Randnr. 28).

a) *Zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs*

61. Zunächst möchte ich untersuchen, ob das Urlaubskassenverfahren Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs enthält.

62. Es bestehen zwei Unterschiede zwischen dem Fall, den wir hier behandeln, und den Rechtssachen Seco und Desquenne & Giral, Guiot und Arblade u. a.

63. In diesen drei Rechtssachen konnten die vorlegenden Gerichte auf das Bestehen von Beitragspflichten im Herkunftsland der Unternehmen zur Abdeckung der gleichen Risiken und mit gleicher oder zumindest vergleichbarer Zielsetzung wie im Falle der beanstandeten Regelung verweisen. Der Gerichtshof konnte daher dies als Ausgangspunkt für seine Überlegungen nehmen und feststellen, dass die durch den Aufnahmestaat auferlegte Verpflichtung „den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen [verursacht], so dass diese Unternehmen den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgebern unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt sind und somit von der Erbringung von Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat abgehalten werden können“ [19].

64. Im vorliegenden Fall ist aber davon auszugehen, dass es keine Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an eine Urlaubskasse in den Herkunftsstaaten der in den Ausgangsverfahren betroffenen Unternehmen gibt, da diese sonst mit Sicherheit nicht versäumt hätten, Art und Umfang einer solchen Kasse vor dem Arbeitsgericht Wiesbaden zu beschreiben, und Letzteres in seinem Vorlagebeschluss darauf hingewiesen hätte. Dies ist aber nicht der Fall.

65. Der zweite, noch wichtigere Unterschied zu den früheren Rechtssachen ist, dass sich aus der deutschen Regelung selbst ergibt, dass der Anspruch der Urlaubskasse gegenüber den im Ausland ansässigen Arbeitgebern, die Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden, auf Zahlung der Arbeitgeberbeiträge entfällt, wenn nachgewiesen wird, dass für diese Arbeitnehmer Beiträge an eine vergleichbare Kasse im Herkunftsstaat entrichtet werden (§ 8 Nr. 11.2 BRTV-Bau).

19 — Urteil Arblade u. a., Randnr. 50, und Guiot, Randnrn. 14 und 15.

66. Dieses Verfahren ist also so ausgestaltet, dass der Fall einer doppelten Beitragszahlung wie in den Rechtssachen Seco und Desquenne & Giral, Guiot und Arblade u. a. nicht vorkommen kann.

67. Dies löst jedoch nicht die Frage einer eventuellen Doppelbelastung, wenn in dem Niederlassungsstaat des Dienstleistenden ein Kassenverfahren fehlt. Die Unternehmen, die Parteien des Ausgangsrechtsstreits sind, machen nämlich geltend, dass sie ihren Arbeitnehmern bereits nach den Rechtsvorschriften der jeweiligen Herkunftsländer bezahlten Urlaub gewähren müssten. Die finanzielle Belastung, die diese Urlaubstage darstellen [20] (sei es in Form freier Tage oder als Urlaubsabgeltung), verdoppelt sich somit teilweise durch die Beiträge, die der Arbeitgeber an die deutsche Urlaubskasse zahlen muss.

68. Ich sage „teilweise", da ich davon ausgehe, dass der Lohn der Arbeitnehmer in dem Herkunftsstaat geringer ist und dem Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften dieses Landes auch weniger Urlaubstage zustehen. Wären dagegen die Löhne und Urlaubsansprüche im Herkunftsstaat weitgehend gleich oder sogar höher, läge der Fall vor, dass das zu schützende Interesse, um eine Wendung des Gerichtshofes aufzugreifen, „durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist".

69. Ich gehe also davon aus, dass ein solcher Fall hier nicht vorliegt. Somit hängt alles von der Frage ab, ob der Arbeitgeber, der dem deutschen Urlaubskassenverfahren unterliegt, nach den Rechtsvorschriften seines Herkunftsstaats für die Urlaubstage, die die von ihm entsandten Arbeitnehmer nehmen, selber keine Vergütung zu zahlen braucht, weil diese Arbeitnehmer von der deutschen Urlaubskasse bezahlt werden.

70. Besteht diese Möglichkeit nicht, kommen zu den Beiträgen, die an die deutsche Kasse zu zahlen sind, die Verpflichtungen hinzu, die den Arbeitgeber nach den Rechtsvorschriften seines Herkunftsstaats treffen. In diesem Fall bestände eine erhebliche Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wenn nicht sogar ein unüberwindbares Hindernis für deren Ausübung.

71. In diesem Fall wäre der Pflichtbeitritt zu der Kasse nur zulässig, wenn die Beiträge so angepasst wären, dass die Belastungen des Dienstleistenden aufgrund der Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats berücksichtigt wären.

72. Wenn dagegen, wie denkbar, der eine Dienstleistung erbringende Arbeitgeber für

20 — Soweit es um die Zeit geht, für die der Arbeitnehmer nach Deutschland entsandt ist.

die (genommenen oder nicht genommenen) Urlaubstage des Arbeitnehmers selbst keine Vergütung zu zahlen braucht und diese Zahlung völlig der Urlaubskasse überlassen kann, spart er die entsprechenden Beträge, und die tatsächliche finanzielle Zusatzbelastung, die ihn trifft, entspricht nur der Differenz zwischen der Belastung aufgrund der Urlaubsregelung seines Herkunftsstaats und der aufgrund der deutschen Regelung.

73. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, welcher der beiden Fälle vorliegt.

74. Im zweiten Fall wird der ausländische Arbeitgeber nicht schlechter behandelt als die im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber. Um noch einmal den in Randnummer 58 des Urteils Arblade u. a. verwendeten Ausdruck zu benutzen, ist er mit Letzteren „unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs... gleichgestellt".

75. Trotzdem bleibt die Tatsache bestehen, dass der Arbeitgeber, der eine Dienstleistung erbringt, diese zusätzliche Belastung trägt und sämtliche Verwaltungsformalitäten erledigt, die mit dem Urlaubskassenverfahren verbunden sind.

76. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist aber jede zusätzliche Belastung gegenüber der Regelung des Herkunftsstaats eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs. Will man dieser Rechtsprechung treu bleiben, folgt daraus zwangsläufig, dass im vorliegenden Fall eine Beschränkung oder ein Hindernis besteht.

b) *Zur Diskriminierung*

77. Das vorlegende Gericht und die Parteien der Ausgangsverfahren machen geltend, dass die deutsche Regelung in verschiedener Hinsicht diskriminierend sei und daher nur unter den besonderen Voraussetzungen der Artikel 55 EG-Vertrag (jetzt Artikel 45 EG), 56 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 46 EG) und 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG) zulässig wäre, die aber im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien.

78. Ich werde auf dieses Problem jeweils bei der Prüfung der einzelnen Vorlagefragen zurückkommen.

79. Zu beachten ist jedoch, dass es — vorbehaltlich meiner Ausführungen zur dritten Frage — hier um Rechtsvorschriften geht, die auf in Deutschland ansässige Unternehmen und auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen unterschiedslos anwendbar sind.

80. Eine gewisse Verwirrung hat sich möglicherweise aus der Tatsache ergeben, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Rechtsvorschriften ergänzt hat, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen zwangsläufig nicht in genau der gleichen Situation sein können wie die im Aufnahmestaat ansässigen Unternehmen. Wie der Gerichtshof in Randnummer 17 des Urteils Webb ausgeführt hat, sind aber „in Anbetracht der Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen solche an den Leistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar anzusehen, die sich aus der Anwendung von Regelungen für diese Art von Tätigkeiten ergeben".

c) *Zum Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses*

81. Alle Streithelfer sind sich einig, dass in dem vorliegenden Kontext als zwingender Grund des Allgemeininteresses nur der in den Urteilen Guiot und Arblade u. a. anerkannte „soziale Schutz der Arbeitnehmer im Baugewerbe" in Betracht kommen könne.

82. Meines Erachtens zeigt bereits die Darstellung des Urlaubskassenverfahrens durch das vorlegende Gericht, dass nach dessen Meinung die deutsche Regelung die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer der in Deutschland ansässigen Unternehmen wirksam schützt. Ich möchte daher diesen Aspekt der Frage nicht weiter vertiefen.

83. Was den zusätzlichen Schutz betrifft, den die Regelung den entsandten Arbeitnehmern bringen kann, so sind vier Fallgestaltungen zu unterscheiden:

Erste Fallgestaltung: Der ausländische Arbeitnehmer nimmt vor Beendigung der von seinem Unternehmen in Deutschland auszuführenden Arbeiten die Urlaubstage, auf die er bereits Anspruch hat

84. Wie erinnerlich gehe ich davon aus, dass dem Arbeitnehmer nach den deutschen Rechtsvorschriften mehr Urlaubstage und ein höheres Urlaubsgeld pro Tag zustehen als nach den Rechtsvorschriften seines Herkunftsstaats. Das Urlaubsgeld wird ihm von der Urlaubskasse gezahlt.

85. Wenn der Arbeitgeber nicht verpflichtet wäre, Beiträge an diese Kasse zu entrichten, könnte er versucht sein, dem Arbeitnehmer nur den im Herkunftsstaat geltenden Mindestlohn zu zahlen und eine geringere Zahl von Urlaubstagen zu gewähren.

Zweite Fallgestaltung: Der ausländische Arbeitnehmer verlässt Deutschland nach Beendigung der Arbeiten, ohne seinen Urlaub genommen zu haben

86. In diesem Fall zahlt die Kasse dem Arbeitnehmer den Gegenwert der nicht genommenen Urlaubstage auf der Grundlage der ihm nach den deutschen Rechtsvorschriften zustehenden Anzahl der Urlaubs-

tage und der Höhe des von ihm in Deutschland bezogenen Lohnes.

87. Wenn das deutsche Urlaubskassenverfahren für unvereinbar mit den Artikeln 59 und 60 EG-Vertrag erklärt wird, wird der ausländische Arbeitgeber keine Beiträge an die Kasse leisten, und der Arbeitnehmer, der in sein Land zurückkehrt, wird von der Kasse natürlich nichts erhalten.

88. Bleibt der Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber beschäftigt, wird er vielleicht Schwierigkeiten haben, ihn dazu zu bringen, ihm statt der Anzahl Urlaubstage, die sich aus den Rechtsvorschriften des Herkunftslandes ergibt, die ihm nach der deutschen Regelung zustehende Anzahl Tage zu gewähren und ihm die Urlaubsvergütung auf der Grundlage des deutschen Arbeitsentgelts zu zahlen.

89. Wenn der Arbeitnehmer nach seiner Rückkehr in seinen Herkunftsstaat seinen Arbeitgeber wechselt und bei dem ehemaligen Arbeitgeber keinen Urlaub genommen hat, hängt er bezüglich des Betrages, den er für den in Deutschland nicht genommenen Urlaub erhält, vom guten Willen dieses ehemaligen Arbeitgebers ab, sofern die Arbeitgeber nach den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats verpflichtet sind, den Arbeitnehmern, die aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, eine Abgeltung für die Urlaubstage zu zahlen, die sie nicht nehmen konnten oder wollten.

90. Es ist nämlich möglich, dass diese Rechtsvorschriften eine derartige Verpflichtung nicht enthalten. In diesem Fall sind die Urlaubstage, deren Anzahl sich nach den bei dem ehemaligen Arbeitgeber entweder in Deutschland oder in dessen Niederlassungsstaat zurückgelegten Beschäftigungstagen richtet, endgültig verloren.

91. Die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Teilnahme am deutschen Kassenverfahren bringt dem Arbeitnehmer somit eine zusätzliche soziale Vergünstigung, wenn er nach Beendigung der von seinem Arbeitgeber in Deutschland auszuführenden Arbeiten in seinen Herkunftsstaat zurückkehrt.

Dritte Fallgestaltung: Der entsandte Arbeitnehmer wechselt während seines Aufenthalts in Deutschland von seinem bisherigen Arbeitgeber zu einem anderen „ausländischen" Arbeitgeber, der ebenfalls Arbeiten in Deutschland ausführt

92. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts handelt es sich hier um einen rein theoretischen Fall, da tatsächlich nur die ersten beiden Fallgestaltungen vorkämen.

93. Die deutsche Regierung hat jedoch in der Sitzung darauf hingewiesen, dass nach der Statistik 22 % der entsandten Arbeitnehmer von dieser Möglichkeit Gebrauch machten. Dieser Prozentsatz enthalte zudem nicht die entsandten Arbeitnehmer, die zu einem in Deutschland ansässigen Unternehmen wechselten, was ebenfalls sehr häufig vorkomme (vierte Fallgestaltung, die später geprüft wird).

94. Wenn die Arbeitgeber verpflichtet sind, an die deutsche Urlaubskasse Beiträge zu leisten, erhält der entsandte Arbeitnehmer von dieser Kasse eine Urlaubsvergütung, die sich nach den gemäß den deutschen Rechtsvorschriften angesammelten Urlaubstagen und nach seinem „deutschen Lohn" bemisst. Er kann diese Urlaubstage bei seinem neuen „ausländischen" Arbeitgeber nehmen, ohne dass für diesen dadurch Kosten entstehen, sobald er die nach den deutschen Rechtsvorschriften für den Urlaubsantritt erforderliche Mindestzahl von Tagen angesammelt hat.

95. Er kann auf diese Weise einen zusammenhängenden Urlaub von einer bestimmten Dauer nehmen.

96. Hat der ausländische Arbeitgeber keine Beiträge zur Urlaubskasse geleistet, hängt der Arbeitnehmer vom guten Willen seines ehemaligen Arbeitgebers ab, um von diesem eine Abgeltung für die nach den deutschen Rechtsvorschriften angesammelten Urlaubstage zu erhalten.

97. Es wäre nämlich möglich, dass der ehemalige Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur eine Vergütung nach Maßgabe der ihm nach den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats zustehenden Urlaubstage und dem in diesem Staat geltenden Lohnniveau zahlen will.

98. Der entsandte Arbeitnehmer kann sich somit in einer weniger günstigen Lage befinden, als wenn er die Urlaubsabgeltung unmittelbar von der Urlaubskasse erhält.

Vierte Fallgestaltung: Der ausländische Arbeitnehmer verlässt seinen ausländischen Arbeitgeber während seines Aufenthalts in Deutschland, um zu einem in Deutschland ansässigen Arbeitgeber zu wechseln

99. In diesem Fall macht er von dem nach Artikel 48 EG-Vertrag gewährleisteten Recht der Arbeitnehmer auf Freizügigkeit Gebrauch.

100. Die Rechte und Pflichten seines ehemaligen Arbeitgebers fallen jedoch weiterhin unter die Artikel 59 und 60.

101. Muss der Arbeitgeber Beiträge an die Urlaubskasse entrichten, zahlt diese dem Arbeitnehmer die Vergütung für die nicht genommenen Tage nach den deutschen Sätzen. Der Arbeitnehmer verliert seine Rechte somit nicht. Er kann die nicht genommenen Urlaubstage auch zu den Tagen hinzurechnen, die er bei seinem neuen Arbeitgeber ansammelt, ohne dass für diesen dadurch Kosten entstehen.

102. Möglich ist auch, dass die Kasse sofort die „innerdeutsche" Regelung anwendet und die Vergütung unmittelbar an

den (in Deutschland ansässigen) neuen Arbeitgeber zahlt, wenn der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub bei diesem nimmt. Es handelt sich hier um ein praktisches Detail, das in dem Verfahren vor dem Gerichtshof nicht erörtert worden ist, hinsichtlich des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers aber keine Änderung mit sich bringt.

103. Wenn der „ausländische" Arbeitgeber keine Beiträge an die Kasse entrichten muss, hängt der Arbeitnehmer wiederum von dessen gutem Willen oder von der Möglichkeit ab, eine gerichtliche Entscheidung gegen diesen zu erwirken.

104. Auch in diesem Fall ist der soziale Schutz des Arbeitnehmers somit geringer als bei Anwendung des Urlaubskassenverfahrens.

105. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Urlaubskassenverfahren dem entsandten Arbeitnehmer somit in den meisten Fällen, vor allem aber bei einem Arbeitgeberwechsel einen zusätzlichen sozialen Schutz bietet.

106. Das Verfahren kann nicht nur für die Arbeitnehmer der in Deutschland ansässigen Unternehmen, sondern auch für die entsandten Arbeitnehmer sicherstellen, dass das von ihm angestrebte Ziel erreicht wird, nämlich die bei dem ersten Arbeitgeber angesammelten Urlaubsansprüche zu erhalten und dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, bei seinem neuen Arbeitgeber einen zusammenhängenden Urlaub von einer bestimmten Dauer zu nehmen.

107. Das Verfahren ist somit durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

d) *Zur Wahrung des Allgemeininteresses durch die Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaats des Dienstleistungserbringers*

108. Ich habe diesen Aspekt der Frage bereits am Rande gestreift, als ich die vier Fallgestaltungen untersucht habe, doch ist er noch ein wenig eingehender zu behandeln.

109. Die portugiesischen Gesellschaften, die Parteien der Ausgangsverfahren sind, machen geltend, dass die Rechtsvorschriften ihres Herkunftsstaats den Arbeitnehmern nicht nur eine Anzahl von Urlaubstagen gewährten, die der in der Arbeitszeitrichtlinie festgelegten Mindestanzahl entspreche, sondern darüber hinaus praktisch ebenso viele Tage wie die deutsche Regelung.

110. Die deutsche Regierung hat dazu Folgendes vorgetragen:

„Dem Allgemeininteresse wurde nicht bereits durch Vorschriften des Staates, in dem der Dienstleistende ansässig ist, Rechnung getragen. Dies wäre z. B. der Fall, wenn auch die nationalen Bestimmungen für Bauarbeitnehmer in Portugal... oder Großbritannien — in dem die verschiedenen Kläger der vorliegenden Vorlageverfahren

ihren Sitz haben — einen ähnlichen Urlaubsanspruch kennen und diesen durch ein gleichwertiges Verfahren sicherstellen würden; insbesondere auch für die in Deutschland abgeleistete Arbeitszeit.

Dementsprechend sieht § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG — insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache ‚Guiot' — zur Vermeidung einer unzulässigen Doppelbelastung ausdrücklich eine Ausnahme für den Fall vor, dass ‚der ausländische Arbeitgeber gleichzeitig zu Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung im Staat seines Sitzes herangezogen wird'. Aufgrund dieser Regelung hat die Urlaubskasse ‚Befreiungsvereinbarungen' u. a. mit entsprechenden Einrichtungen in Frankreich, Österreich und den Niederlanden abschließen können; weitere Vereinbarungen sind in Vorbereitung.

Für den vorliegenden Fall genügt es aber insoweit festzustellen, dass eine der deutschen Urlaubskasse vergleichbare Einrichtung weder in Portugal noch in Großbritannien besteht... Darüber hinaus schreibt § 1 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 AEntG eine Anrechnung derjenigen Urlaubsleistungen vor, die ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber seinem entsandten Arbeitnehmer bereits vor der Entsendung erbracht hat. Diese Regelung ist von Bedeutung für die Arbeitgeber, die nicht schon nach § 1 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 AEntG insgesamt von der Teilnahme am deutschen Urlaubskassenverfahren befreit worden sind."

111. Wie ich bereits zu Beginn ausgeführt habe, kann man als gegeben ansehen, dass die deutsche Regelung einen Arbeitgeber von dem Urlaubskassenverfahren befreit, wenn eine solche Regelung im Herkunftsstaat bestehen sollte.

112. Es wäre jedoch möglich, dass der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften seines Herkunftsstaats Vorteile genießt, die auch ohne Inanspruchnahme einer Urlaubskasse im Wesentlichen gleich sind.

113. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob solche Vorteile bestehen. Es hat dabei eine Prüfung vorzunehmen, die die Kommission wie folgt zusammengefasst hat:

„Die zwingende Teilnahme am Urlaubskassenverfahren wäre also dann eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wenn gewährleistet ist, dass die entsendenden Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern die gleiche Anzahl an bezahlten Urlaubstagen gewähren, wie dies in den deutschen tarifvertraglichen Regelungen vorgesehen ist. Es müsste weiter gewährleistet sein, dass ein Urlaubsgeld geleistet wird, das dem in den deutschen Tarifverträgen vorgesehenen entspricht. Es müsste zudem sichergestellt sein, dass der Arbeitnehmer im Fall des Arbeitgeberwechsels während der Entsendung seinen Urlaubsanspruch mitnehmen kann. Schließlich müsste garantiert sein, dass der Arbeitnehmer entsprechend § 8 Ziff[er] 9 BRTV-Bau einen Anspruch auf Ur-

laubsvergütung hat, wenn er in Deutschland während der Entsendung keinen Urlaub genommen hat und die Urlaubsansprüche gegenüber seinem Arbeitgeber verfallen sind.

In welcher Form die entsprechenden Regelungen rechtlich ausgestaltet sind, ist gleichgültig. Es kommt allein darauf an, ob eine rechtlich durchsetzbare Garantie eines identischen (oder auch stärkeren) Schutzes für den Arbeitnehmer besteht."

114. Meines Erachtens ist es wenig wahrscheinlich, dass der entsandte Arbeitnehmer, *der in Deutschland* entweder zu einem anderen „ausländischen" Arbeitgeber oder zu einem in Deutschland ansässigen Arbeitgeber *wechselt*, aufgrund der Rechtsvorschriften *seines Herkunftsstaats* für die Urlaubstage, die er bei dem Arbeitgeber nicht genommen hat, mit dem er nach Deutschland gekommen ist, eine Vergütung nach Maßgabe der ihm nach den deutschen Rechtsvorschriften zustehenden Urlaubstage und in der sich aus diesen Vorschriften ergebenden Höhe erhalten kann.

115. Ohne dem Ergebnis vorgreifen zu wollen, zu dem das nationale Gericht gelangen wird, halte ich es daher von vornherein für sehr zweifelhaft, dass das Allgemeininteresse, dem die deutsche Regelung dient, durch die in dem Niederlassungsstaat des Dienstleistungserbringers geltenden Vorschriften durchgesetzt werden kann.

e) *Zur Möglichkeit, das gleiche Ergebnis durch weniger einschneidende Vorschriften zu erreichen*

116. Diese Frage berührt meines Erachtens einen sehr heiklen Aspekt des Problems.

117. Im Rahmen der vier Fälle, die ich vorstehend beschrieben habe, habe ich die unbestreitbaren Vorteile der Regelung für den entsandten Arbeitnehmer dargelegt.

118. Sicherlich wäre auch eine Lösung denkbar, nach der die deutsche Regelung den ausländischen Arbeitgeber verpflichtet, die Vergütung gemäß den deutschen Rechtsvorschriften für die Urlaubstage, die der Arbeitnehmer während seines Aufenthalts in Deutschland nimmt, unmittelbar an diesen zu zahlen oder den Urlaub nach diesen Vorschriften abzugelten, wenn der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, um zu einem anderen Arbeitgeber in Deutschland zu wechseln, ohne seinen Urlaub genommen zu haben.

119. Für den Arbeitgeber wäre die finanzielle Belastung geringer, da er an die Urlaubskasse keinen Beitrag entrichten müsste, der wahrscheinlich die Kosten für die Verwaltung dieser Kasse mit umfasst. Auch wäre er von der Verpflichtung befreit,

der Urlaubskasse die recht detaillierten Auskünfte zu erteilen, die das vorlegende Gericht in seiner zweiten Frage aufführt.

120. Rein finanziell gesehen wäre das Ergebnis für den Arbeitnehmer das gleiche. Eine Zusammenrechnung der Urlaubstage, die das Urlaubskassenverfahren erlaubt, wäre jedoch nicht möglich. Zudem wäre der Arbeitnehmer gegenüber einer eventuellen Nichterfüllung seiner Ansprüche durch den Arbeitgeber weniger geschützt, wenn dieser der Kasse nicht angeschlossen wäre.

121. Bleibt schließlich der Fall, dass der Arbeitnehmer Deutschland zusammen mit seinem Arbeitgeber verlässt, ohne seinen Urlaub genommen zu haben. Wie ließe sich ohne Einschaltung einer Urlaubskasse gewährleisten, dass dieser Arbeitnehmer die Vergütung nach den deutschen Rechtsvorschriften erhält?

122. Die deutsche Regierung hat diesen Punkt besonders hervorgehoben. Sie verweist darauf [21], dass der Fall, dass der Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche erst nach seiner Rückkehr in seine Heimat geltend mache, der häufigste sei. Sie führt dazu aus: „... ohne entsprechende Garantien werden [die Arbeitnehmer] ihre im Ausland erworbenen Urlaubsansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber nur unter erheblich größeren Schwierigkeiten durchsetzen können als dies etwa bei inländischen Arbeitnehmern der Fall ist. Mangelndes Verständnis der Sprache des Beschäftigungsstaats sowie mangelnde Kenntnis der Rechtsvorschriften dieses Staates durch die Gewerkschaften und Behörden ihres Heimatlandes wirken sich hier zu ihrem Nachteil aus. Hinzu kommt die angespannte Wettbewerbssituation gerade im Bausektor, welche sich naturgemäß negativ auf die Bereitschaft der Arbeitgeber auswirkt, (längere) Urlaubsanprüche ihrer Arbeitnehmer aus ausländischem und demnach ihnen nicht in gleichem Maße vertrautem Recht zu akzeptieren. Auch der Gerichtshof hat in den... Entscheidungen Seco, Rush Portuguesa und Vander Elst... ausdrücklich die Befugnis der Mitgliedstaaten akzeptiert, die Beachtung ihrer Vorschriften ‚mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen'."

123. Ich habe in den Akten kein überzeugendes Gegenargument hiergegen gefunden. Die Parteien der Ausgangsverfahren heben lediglich die Belastung durch die deutsche Regelung hervor. Die niederländische und die schwedische Regierung teilen diese Ansicht und weisen darauf hin, dass ihre eigenen Rechtsvorschriften dem entsandten Arbeitnehmer ausreichende Urlaubsansprüche gewährten.

124. Umgekehrt sind die belgische und die französische Regierung der Ansicht, dass die deutsche Regelung am besten die Ansprüche der Arbeitnehmer wirksam garantieren könne.

125. Die Kommission behandelt nur den Fall, dass die Rechte der Arbeitnehmer im Herkunftsstaat gleichermaßen gewährleistet werden könnten, bietet jedoch keine andere, weniger einschneidende Lösung an, die die Bundesrepublik Deutschland anwenden könnte.

21 — Nr. 23 der Erklärungen der deutschen Regierung.

126. Ich bin daher der Ansicht, dass die erste Frage wie folgt zu beantworten ist:

die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die für die Arbeitnehmer im Baugewerbe eine Urlaubslänge vorsehen, die über die in der Arbeitszeitrichtlinie festgelegte Mindestlänge des Jahresurlaubs hinausgeht.

127. Wenn für den Arbeitnehmer in seinem Herkunftsstaat nicht der gleiche oder ein stärkerer Schutz gewährleistet ist, sind die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer Regelung wie der des § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG auf einen im Ausland ansässigen Arbeitgeber und die von ihm entsandten Arbeitnehmer grundsätzlich nicht entgegenstehen, sofern den Belastungen gebührend Rechnung getragen wird, denen sich der Arbeitgeber nach dem Recht seines Herkunftsstaats nicht entziehen kann. Artikel 48 EG-Vertrag gilt nicht für die Entsendung von Arbeitnehmern durch einen Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

130. Artikel 1 der Arbeitszeitrichtlinie weist ausdrücklich darauf hin, dass diese Richtlinie die *Mindest*vorschriften[22] für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung festlegt und insbesondere für den *Mindest*jahresurlaub gilt.

131. Artikel 7 der Arbeitszeitrichtlinie lautet:

Zur zweiten Vorlagefrage

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

128. Diese Frage gliedert sich in drei Teile.

a) *Zur Urlaubslänge*

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden."

129. Mit dem ersten Teil seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob

22 — Hervorhebung von mir.

132. Artikel 15 der Richtlinie sieht unter der Überschrift „Günstigere Vorschriften" Folgendes vor:

„Das Recht der Mitgliedstaaten, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder die Anwendung von für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigeren Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern zu fördern oder zu gestatten, bleibt unberührt."

133. Diese Richtlinie war bis spätestens 23. November 1996 umzusetzen.

134. Nach dem Vorlagebeschluss haben in Deutschland die im Baugewerbe beschäftigten Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf einen Urlaub von 30 Arbeitstagen, was 36 Werktagen entspricht [23]. Dieser Urlaubsanpruch geht somit über die von der Arbeitszeitrichtlinie vorgeschriebene Urlaubslänge hinaus.

135. Das vorlegende Gericht ist der Meinung, dass die „[Ausdehnung] des Urlaubs... grundsätzlich nicht als erforderliche Regelung zur Erreichung des Allgemeininteresses, ‚sozialer Arbeitsschutz' [erscheint]".

136. Nach Ansicht des Gerichts betrifft die Rechtsprechung des Gerichtshofes, nach der das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehre, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die im Inland Dienstleistungen erbrächten, nur die Mindestlöhne. Der Urlaub stelle dagegen eine Freistellung von der Arbeitspflicht dar, so dass nur das Urlaubsentgelt als Entgeltbestandteil angesehen werden könne.

137. Die deutsche Regelung des AEntG sei nicht erforderlich, da das Allgemeininteresse bereits durch die Vorschriften des Herkunftsstaats geschützt sei, wenn die Arbeitszeitrichtlinie dort umgesetzt worden sei.

Eingereichte Erklärungen

138. Finalarte, Engil, Portugaia, Tecnamb und Tudor teilen im Wesentlichen den Standpunkt des vorlegenden Gerichts.

23 — Nach den deutschen Vorschriften geht die Arbeitswoche im Baugewerbe von Montag bis Freitag.

139. Nach Ansicht der belgischen Regierung ist die Rechtsprechung Rush Portuguesa einschlägig, nach der das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehre, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Staatsgebiet Dienstleistungen erbrächten. Dieser Grundsatz gelte auch für die nationalen Bestimmungen über die Mindestlänge des Jahresurlaubs. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Arbeitszeitrichtlinie eine kürzere Dauer vorsehe als der BRTV-Bau. Die belgische Regierung betont ebenso wie die deutsche Regierung, dass die Arbeitszeitrichtlinie nämlich nur Mindestvorschriften enthalte.

140. Die niederländische Regierung räumt ein, dass der entsandte Arbeitnehmer nach Artikel 7 der Arbeitszeitrichtlinie in Verbindung mit Artikel 3 Absätze 1 und 6 der Entsenderichtlinie Anspruch auf die Anzahl Urlaubstage habe, die in seinem Herkunftsstaat vorgesehen seien, „gegebenenfalls ergänzt" bis zu der Urlaubslänge gemäß der Regelung des Mitgliedstaats, in dem die Arbeitsleistungen erbracht würden.

141. Die ULAK stellt unter Hinweis auf Artikel 15 der Arbeitszeitrichtlinie fest, dass im Baugewerbe die Gewährung eines längeren Urlaubs durch die besonderen physischen Belastungen der Arbeitnehmer gerechtfertigt sei.

142. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Mitgliedstaaten ihre Urlaubsregelungen auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und deren entsandte Arbeitnehmer erstrecken dürften, auch wenn in diesen Regelungen ein Mindesturlaub vorgesehen sei, der über dem Mindesturlaub der Richtlinie liege. Dies folge bereits aus Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag, wonach die Dienstleistungsfreiheit unter den Voraussetzungen ausgeübt werden dürfe, die der Aufnahmestaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibe, und stehe auch in Übereinstimmung mit der Entsenderichtlinie.

143. Die Arbeitszeitrichtlinie enthalte nur Mindestanforderungen, über die von den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern oder auch im individuellen Arbeitsverhältnis hinausgegangen werden dürfe.

144. Die Erstreckung einer Regelung über einen längeren Jahresurlaub auf entsandte Arbeitnehmer sei durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt, nämlich den Schutz der Arbeitnehmer. Das gleiche Ergebnis, nämlich ein Mindestjahresurlaub von 30 Werktagen, könne nicht durch weniger einschränkende Vorschriften erreicht werden.

145. Was im Allgemeininteresse erforderlich sei, bestimme jeder Mitgliedstaat — unter Beachtung aller gemeinschaftlichen Regelungen — für sich.

146. Die deutschen Behörden hätten im vorliegenden Fall die Entscheidung der Sozialpartner, die den Jahresurlaub im Baugewerbe auf 30 Arbeitstage festgelegt hätten, bestätigt und damit den Rahmen dessen vorgegeben, was sie aus Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer für erforderlich hielten.

Beurteilung

147. Auch wenn ich den Standpunkt der belgischen, der niederländischen Regierung, der ULAK und der Kommission teile, möchte ich doch auch noch an die Erwägungen im Rahmen der Prüfung der ersten Vorlagefrage zu Artikel 118 EG-Vertrag und zum Recht der Mitgliedstaaten zur Festlegung des Niveaus des sozialen Schutzes erinnern.

148. Dieses Recht ist den Mitgliedstaaten verblieben, auch wenn innerhalb der Gemeinschaft eine Mindestharmonisierung der Arbeitsbedingungen erfolgt ist.

149. Artikel 15 der Arbeitszeitrichtlinie bestätigt lediglich dieses Recht, das unmittelbar aus dem Vertrag folgt.

150. Im Übrigen ist das *Recht* der Mitgliedstaaten, den „ausländischen" Unternehmen und deren entsandten Arbeitnehmern die Urlaubslänge vorzuschreiben, die sie in ihren Rechtsvorschriften festgelegt haben, durch die Entsenderichtlinie in eine *Pflicht* umgewandelt worden.

151. Ich werde hierauf im Rahmen der vierten Frage zurückkommen, doch möchte ich schon jetzt bemerken, dass der Vertrag die Bundesrepublik Deutschland dazu ermächtigt hat, so zu handeln, wie sie es getan hat (d. h. die ausländischen Unternehmen zur Einhaltung der tarifvertraglich festgelegten Urlaubslänge zu verpflichten), und es daher für die Ausgangsverfahren ohne Bedeutung ist, dass die Bundesrepublik nach dieser Richtlinie zu diesem Verhalten sogar verpflichtet war.

152. Infolgedessen bin ich der Meinung, dass die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag einem Mitgliedstaat nicht verbieten, durch eine nationale Rechtsvorschrift wie § 1 Absatz 1 Satz 2 AEntG ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das vorübergehend Arbeiten in dem erstgenannten Staat ausführt, zu verpflichten, Rechtsnormen von Tarifverträgen anzuwenden, die eine Urlaubslänge vorsehen, die über die in der Arbeitszeitrichtlinie festgelegte Mindestlänge des Jahresurlaubs hinausgeht.

b) *Zur Art der Auszahlung der Urlaubsvergütung*

153. Mit Teil b seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag einer Regelung entgegenstehen, die einen Anspruch gegen die Kasse auf Erstattung von Aufwendungen für Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld in Deutschland ansässigen Arbeitgebern zubilligt, für im Ausland ansässige Arbeitgeber aber einen solchen Anspruch nicht vorsieht, sondern stattdessen einen direkten Anspruch der entsandten Arbeitnehmer gegen die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.

154. Das vorlegende Gericht führt zu dieser Frage Folgendes aus:

„... unterscheidet sich das Urlaubskassenverfahren für aus- und inländische Arbeitgeber im Grundsatz dadurch, dass der inländische Arbeitgeber die Urlaubsentgeltansprüche gegenüber seinen Arbeitnehmern selbst erfüllt und sich das aufgewandte Urlaubsentgelt von der Urlaubskasse erstatten lässt. Die oben dargestellten tariflichen Regelungen für ausländische Entsender vermeiden es demgegenüber, dass die ausländischen Arbeitgeber Leistungen der Urlaubskasse selbst in die Hand bekommen. Dies geschieht dadurch, dass den entsandten Arbeitnehmern unmittelbare Ansprüche gegen die Urlaubskasse zugebilligt werden. Die Berechnung dieser Ansprüche durch die Kasse setzt die Erfüllung der oben genannten zusätzlichen Auskunftspflichten voraus. Es besteht jedoch kein sachlich begründeter Anlass, ausländische Arbeitgeber um den Preis erweiterter Meldepflichten von unmittelbaren Ansprüchen gegen die Urlaubskasse auszuschließen und ihnen damit eine ordnungsgemäße Abwicklung der Urlaubsansprüche ihrer Arbeitnehmer im Gegensatz zu inländischen Arbeitgebern nicht zuzutrauen. Darin liegt eine an den nationalen Sitz des Unternehmens anknüpfende (offene) Diskriminierung, die nach der Rechtsprechung des [Gerichtshofes] nur unter den besonderen Voraussetzungen der Art[ikel] 55, 56, 66 EG[-Vertrag] zulässig wäre. Das Vorliegen [dieser] Voraussetzungen ist jedoch nicht ersichtlich."

Eingereichte Erklärungen

155. Die Unternehmen, die Parteien in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten sind, nehmen den gleichen Standpunkt wie das vorlegende Gericht ein. Sie machen außerdem geltend, dass die Urlaubskasse die Vergütungen an die Arbeitnehmer erst zwei oder drei Monate nach Antragstellung auszahle.

156. Schließlich tragen diese Unternehmen noch eine Reihe von Argumenten zu den Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerbeträgen vor, die von der Urlaubsvergütung abgezogen würden. Sie führen in diesem Zusammenhang auch an, dass anders als für Arbeitnehmer, die bei einem in Deutschland ansässigen Arbeitnehmer beschäftigt seien, die Ausstellung einer ständigen Lohnnachweiskarte für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer tarifvertraglich nicht vorgesehen sei. Stattdessen

sehe § 68 VTV eine Bescheinigung der Urlaubskasse über die für den Vergütungsanspruch wesentlichen Daten des entsandten Arbeitnehmers vor.

157. Da jedoch das vorlegende Gericht auf diese Aspekte in seinen Ausführungen zu Teil b der zweiten Frage nicht eingegangen ist, bin ich der Meinung, dass wir uns auf die Frage beschränken sollten, ob die streitige Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht allein deshalb unvereinbar ist, weil die Urlaubskasse Leistungen nicht unmittelbar an die ausländischen Arbeitgeber auszahlt.

158. Nach Ansicht der deutschen Regierung und der ULAK führt dies nicht zur Unvereinbarkeit der Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht. Sie weisen darauf hin, dass das in Deutschland ansässige Unternehmen die seinen Arbeitnehmern zustehenden Urlaubsansprüche vorfinanzieren müsse, während diese Verpflichtung für den ausländischen Arbeitgeber entfalle.

159. Der ausländische Arbeitgeber sei somit davon befreit, die Urlaubsvergütung auf der Grundlage einer für ihn fremden Urlaubsregelung selbst zu ermitteln und auszuzahlen.

160. Für den Arbeitnehmer biete dies die Gewähr, dass seine Urlaubsansprüche richtig ermittelt und ausgezahlt würden. Die unterschiedliche Behandlung ausländischer Unternehmen stelle somit für diese keine Diskriminierung dar, sondern bedeute vielmehr einen wirtschaftlichen Vorteil und eine administrative Entlastung.

161. Auch in anderen Mitgliedstaaten, in denen vergleichbare Sozialkassenverfahren bestünden (Königreich Belgien, Französische Republik, Italienische Republik, Königreich der Niederlande und Republik Österreich), würden die Arbeitnehmeransprüche durchweg im Wege der Direktauszahlung durch die Sozialkassen befriedigt. Im Übrigen werde auch in der Bundesrepublik Deutschland erwogen, das für inländische Arbeitgeber traditionell andere Verfahren ebenfalls auf Direktauszahlung umzustellen.

162. Trotz der Verpflichtung der ausländischen Arbeitgeber, der Kasse zur Ermittlung der Vergütung zusätzliche Auskünfte zu erteilen, könne daher von einer Diskriminierung nicht die Rede sein. Infolgedessen sei die zweite Vorlagefrage auch hinsichtlich des in Buchstabe b angesprochenen Aspekts zu verneinen.

163. Die Kommission vertrat in ihren schriftlichen Erklärungen den entgegenge-

setzten Standpunkt, hat diesen in der mündlichen Verhandlung aber erheblich nuanciert.

164. Nach Ansicht der Kommission könnte man auf den ersten Blick meinen, dass eine offenkundige Diskriminierung vorliege, doch spräche eine Reihe von Tatsachen für die Argumentation der ULAK und der deutschen Regierung, wonach diese Art des Vorgehens weder für den ausländischen Arbeitnehmer noch für den ausländischen Arbeitgeber einen Nachteil darstelle, sondern im Gegenteil Letzteren gegenüber den in Deutschland ansässigen Unternehmen begünstige.

165. Somit sei es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Regelung unter dem Strich ein Vor- oder ein Nachteil für den Arbeitnehmer entsendenden Arbeitgeber sei und ob der Arbeitnehmer tatsächlich seine Urlaubsvergütung erhalten könne. Das Gericht werde dabei auch die Behauptungen von Finalarte berücksichtigen müssen, dass es letztendlich auch negative steuerliche Auswirkungen gebe und die ausländischen Dienstleistungserbringer stärker belastet würden.

166. Im Ergebnis widersetze sich die Kommission nicht einer Auslegung, die eine unterschiedliche Behandlung dieser Art als mit dem Vertrag vereinbar ansehe.

167. Die französische Regierung nimmt den gleichen Standpunkt ein und erklärt, es sei durchaus denkbar, dass ein und dasselbe Ziel aufgrund besonderer Umstände auf unterschiedlichen Wegen verwirklicht werden müsse und dass es nicht möglich sei, anders vorzugehen.

Beurteilung

168. Ich bin ebenfalls der Ansicht, dass sich — vorbehaltlich zusätzlicher Prüfungen, die das vorlegende Gericht in Bezug auf sämtliche Aspekte der geltenden Regelung vornehmen muss — nicht sagen lässt, dass die Artikel 59 ff. EG-Vertrag der direkten Auszahlung der Urlaubsvergütung an die entsandten Arbeitnehmer grundsätzlich entgegenstünden.

169. Ich bin nämlich nicht überzeugt, dass ein Urlaubskassenverfahren, das nur dann als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden kann, wenn es dem entsandten Arbeitnehmer einen höheren sozialen Schutz verschafft, verurteilt werden muss, weil es diesen Vorteil ohne den Umweg über den Arbeitgeber unmittelbar dem Arbeitnehmer gewährt. Man darf nicht außer Acht lassen, dass der Arbeitnehmer auf diese Weise besser geschützt ist, falls der Arbeitgeber Konkurs anmeldet oder die Urlaubsvergütung nicht zahlt, nachdem er seine Leistung in Deutschland abgeschlossen hat und in sein Herkunftsland

zurückgekehrt ist, während der Arbeitnehmer in Deutschland geblieben ist, um ein Arbeitsverhältnis bei einem anderen ausländischen oder einem deutschen Arbeitgeber einzugehen.

170. Betrachtet man das Problem aus der Sicht des „ausländischen" Arbeitgebers, so ist festzustellen, dass er, auch wenn er zu einer Reihe von zusätzlichen Auskünften gegenüber der Kasse verpflichtet ist, von der Berechnung der Vergütung befreit ist und sich auf die Zahlung der Beiträge an die Urlaubskasse beschränken kann, während der nationale Arbeitgeber sowohl diese Beiträge zahlen als auch die Urlaubsvergütung seines Arbeitnehmers vorfinanzieren muss.

171. Ich möchte Ihnen daher vorschlagen, auf Teil b der zweiten Vorlagefrage zu antworten, dass ein Urlaubskassenverfahren, nach dem die Urlaubsvergütung unmittelbar an den entsandten Arbeitnehmer ausgezahlt wird, während sie bei den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen an den Arbeitgeber gezahlt wird, aus diesem Grund allein nicht mit den Artikeln 59 ff. EG-Vertrag unvereinbar ist.

c) *Zu den zu erteilenden Auskünften*

172. Drittens fragt das Arbeitsgericht Wiesbaden, ob die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag Auskunftsverpflichtungen der im Ausland ansässigen Arbeitgeber gegenüber gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien entgegenstehen, die dem Umfang der zu erteilenden Auskünfte nach über den Umfang hinausgehen, der die in Deutschland ansässigen Arbeitgeber trifft.

173. Nach dem Vorlagebeschluss muss der ausländische Dienstleistungserbringer vor dem Beginn der Tätigkeit eines von ihm entsandten neuen Arbeitnehmers auf einem Formular der ULAK folgende Daten mitteilen:

1. Name, Vorname, Geburtsdatum und Heimatadresse des entsandten gewerblichen Arbeitnehmers sowie die bei der Urlaubskasse registrierte Arbeitnehmernummer, soweit sie bereits vergeben wurde;

2. inländische und ausländische Bankverbindung des Arbeitnehmers;

3. Ort der Baustelle, auf welcher der Arbeitnehmer arbeiten wird;

4. Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers;

5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung;

6. inländische, postalisch erreichbare Zustelladresse des Arbeitgebers;

7. die Einzugsstellen und deren Adressen, an welchen die lohnbezogenen Beiträge zu den Systemen der sozialen Sicherheit abgeführt werden, sowie die Nummer, unter welcher der Arbeitnehmer bei diesen Einzugsstellen geführt wird;

8. das Finanzamt und dessen Adresse, an welches die Lohnsteuer abgeführt wird, sowie die Steuernummern des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers.

174. Hinzu kommt gemäß § 59 Absatz 3 VTV die Verpflichtung des ausländischen Dienstleistungserbringers, monatlich der Urlaubskasse folgende Daten für jeden einzelnen entsandten Arbeitnehmer mitzuteilen:

1. Name, Vorname, Geburtsdatum und Arbeitnehmernummer;

2. Abweichungen gegenüber der oben angeführten Erstmeldung;

3. Höhe des monatlichen Bruttolohns in deutscher Währung.

175. Dagegen muss der in Deutschland ansässige Arbeitgeber nach § 27 Absatz 2 VTV nur auf besondere Aufforderung einer Kasse auch Namen und Anschriften der im Abrechnungszeitraum beschäftigten Arbeitnehmer mitteilen und die Bruttolohnsumme des Abrechnungszeitraums auf die einzelnen Arbeitnehmer aufschlüsseln.

176. Schließlich enthält § 70 VTV die Verpflichtung des ausländischen Dienstleistungserbringers, der ULAK, „der Bundesanstalt für Arbeit, deren Dienststellen und den Hauptzollämtern diejenigen Auskünfte zu erteilen, die zur Beurteilung der *ordnungsgemäßen Teilnahme am Urlaubskassenverfahren* benötigt werden".

177. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts „geht der Umfang der von den ausländischen Arbeitgebern geforderten Auskünfte erheblich über den Umfang an Auskünften hinaus, die die inländischen Arbeitgeber zu leisten haben. Die umfangreichen zusätzlichen Mitteilungspflichten stellen sich insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen als eine erhebliche Erschwerung der Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland dar. Sie sind für ausländische Arbeitgeber nur schwer verständlich und mit erheblichem administrativem Aufwand verbunden. Die

Mitteilungspflichten treffen die ausländischen Arbeitgeber ausschließlich infolge ihres ausländischen Betriebssitzes. Auch darin liegt eine an den nationalen Sitz des Unternehmens anknüpfende (offene) Diskriminierung, die nach der Rechtsprechung des [Gerichtshofes] nur unter den besonderen Voraussetzungen der Art[ikel) 55, 56, 66 EG[-Vertrag] zulässig wäre. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist jedoch nicht ersichtlich".

180. Nach Ansicht der belgischen Regierung muss die Übermittlung dieser Auskünfte, damit sie zulässigerweise verlangt werden könne, sachlich notwendig sein, um den angestrebten Zweck zu verwirklichen, d. h. um zu gewährleisten, dass die Ansprüche des Arbeitnehmers auf bezahlten Urlaub erhalten blieben und die Urlaubsvergütung gezahlt werde, und um die unerlässlichen Kontrollen zu ermöglichen.

181. Tecnamb und Engil teilen den Standpunkt des vorlegenden Gerichts.

Eingereichte Erklärungen

178. Die deutsche Regierung trägt vor, diese unterschiedlichen Verfahrensweisen seien aus sachlichen Gründen geboten. Die Unternehmen mit Sitz im Ausland könnten nur unter erheblich größeren Schwierigkeiten und nicht immer mit derselben Intensität geprüft werden wie Bauunternehmer mit Sitz im Inland.

182. Tudor verweist darauf, dass die Auskunftsverpflichtung der Durchführung und Kontrolle des Urlaubskassenverfahrens diene. Da das Gemeinschaftsrecht der Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens auf ausländische Arbeitgeber entgegenstehe, stehe es ebenfalls der Auferlegung dieser Auskunftsverpflichtung entgegen.

179. Die weitergehenden Melde- und Auskunftspflichten der ausländischen Unternehmen seien diesen auch zumutbar, weil sie die erforderlichen Angaben in aller Regel problemlos den vorhandenen Lohnunterlagen ihrer Arbeitnehmer entnehmen könnten, da sie diese Angaben für die Ermittlung und Auszahlung der Löhne ebenfalls benötigten.

183. Nach Ansicht der niederländischen Regierung beruht die weiter gehende Auskunftspflicht der ausländischen Dienstleistungserbringer darauf, dass die ULAK sich das Recht vorbehalten habe, die dem entsandten Arbeitnehmer zustehende Vergütung zu berechnen. Eine solche Auskunftspflicht sei nur gerechtfertigt, um zu prüfen, ob der entsandte Arbeitnehmer die Urlaubsansprüche geltend mache, die dem Leistungsumfang des Aufnahmestaats ent-

sprächen. Die Urlaubsvergütung müsse jedoch nach der Regelung des Herkunftsmitgliedstaats bezahlt werden.

184. Die Kommission vertritt folgenden Standpunkt:

„Soweit die Auskunftsverpflichtungen für Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat über die Verpflichtungen der Arbeitgeber mit Sitz in Deutschland hinausgehen, mag auf den ersten Blick eine diskriminierende Regelung vorliegen. Wie aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes hervorgeht, könnte man erwägen, dass diese Regelungen, da sie nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Herkunft anwendbar sind, nur durch die von Art[ikel] 56 EG[-Vertrag] (in Verbindung mit Art[ikel] 66 EG[-Vertrag]) zugelassenen Ausnahmen, also aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden können [24].

Die Kommission hat keine konkreten Anhaltspunkte dafür, inwieweit die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sein kann. Diese Prüfung ist Aufgabe des nationalen Richters."

24 — Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-211/91, (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-6757, Randnrn. 10 und 11).

185. Die Kommission gibt im vorliegenden Fall aber zu bedenken,

„dass die von § 59 Abs[atz] 2 VTV verlangten Auskünfte auch der Kontrolle der Einhaltung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen dienen. Die zusätzlichen Auskünfte könnten daher zwingend sachlich geboten sein, um die Einhaltung dieser Berufsregelungen zu gewährleisten.

Effektive Kontrollen sind umso bedeutender, als die in Art[ikel] 5 der Entsenderichtlinie vorgesehenen Sanktionen für die Nichteinhaltung dieser Bedingungen in einem grenzüberschreitenden Zusammenhang wesentlich schwieriger durchzusetzen sind als im rein nationalen Rahmen. Die Sachverhalte sind insoweit unterschiedlich, als die Behörden häufig nur aufgrund von Ermittlungen im Entsendestaat feststellen können, ob z. B. die Entsendung ein Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit oder Gegenstand eines Umgehungsgeschäfts ist oder ob die Vorschriften der Entsenderichtlinie über die Mindestlöhne eingehalten werden. Gerade im Bausektor werden häufig die geltenden Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen umgangen, weshalb eine spezifische Kontrolle durch die Behörden notwendig ist, die mit der Überwachung der korrekten Rechtsanwendung betraut sind. Es ist deshalb nach Auffassung der Kommission nicht auszuschließen, dass die zusätzlichen Auskunftsverpflichtungen notwendig sind, um eine wirksame Überwachung zu gewähr-

leisten, die nur im deutschen Hoheitsgebiet durch deutsche Behörden ausgeübt werden kann [25].

Die einzelnen Kontrollbestimmungen müssen dann aber verhältnismäßig ausgestaltet sein und dürfen nicht über das für eine effektive Kontrolle Erforderliche hinausgehen. Insbesondere dürfen nur die Dokumente verlangt werden, über die der Arbeitgeber bereits aufgrund der Vorschriften im Niederlassungsstaat verfügt. Überflüssige und rein bürokratische Regelungen müssen vermieden werden, da sie die Dienstleistungsfreiheit einschränken und die Schaffung neuer Arbeitsplätze gefährden. Die Beachtung dieser Grundsätze hat der nationale Richter zu überwachen.

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Entsenderichtlinie, um die typischen Schwierigkeiten bei den Kontrollen zu erleichtern, gem[äß] Art[ikel] 4 die Zusammenarbeit der Behörden der Mitgliedstaaten im Informationsbereich bevorzugt. Die Umsetzung der Entsenderichtlinie muss deshalb zu einer Zusammenarbeit der für die Überwachung der in Artikel 1 der Entsenderichtlinie genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zuständigen Behörden führen.

25 — Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-55/93 (Van Schaik, Slg. 1994, I-4837, Randnr. 20).

Die Kommission schlägt nach allem vor, auf den dritten Teil der zweiten Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

‚Die Artikel 59, 60 EG[-Vertrag] sind so auszulegen, dass sie über die für Arbeitgeber mit Sitz im Inland hinausgehenden Auskunftsverpflichtungen der Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen eines Urlaubskassenverfahrens nicht entgegenstehen, wenn und soweit diese notwendig und angemessen sind, um eine wirksame Kontrolle der Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art[ikels] 3 der Entsenderichtlinie zu gewährleisten. Es ist Sache des nationalen Richters, festzustellen, ob dies der Fall ist.“‘

Beurteilung

186. Nach meiner Meinung ist zwischen Auskünften zu unterscheiden, die notwendig sind, um „Schwarzarbeit“ zu vermeiden und die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (wie Mindestlohn und tägliche, wöchentliche und jährliche Arbeitszeit) wirksam zu kontrollieren, und solchen, die für die Durchführung des Urlaubskassenverfahrens erforderlich sind.

187. Zur ersten Gruppe von Auskünften ist Folgendes zu bemerken:

188. Erstens lässt sich nicht ausschließen, dass die von den ausländischen Arbeitgebern verlangten Auskünfte nur auf den ersten Blick weiter gehen als die Auskünfte, die die nationalen Arbeitgeber zu erteilen haben, da die ULAK bezüglich der Letztgenannten auf dem Amtsweg von den deutschen Behörden diese Auskünfte erhält oder die Möglichkeit hat, sie bei diesen einzuholen. Vergessen wir nicht, dass ein deutsches Unternehmen vor der Aufnahme seiner Tätigkeit bestimmte Formalitäten erfüllen muss und den Behörden weitere Auskünfte durch Erklärungen zur Steuer und den Sozialabgaben zugehen (vgl. insbesondere vorstehend Nr. 12).

189. Zweitens könnten die ausländischen Unternehmen, die ja nur zur Ausführung der Arbeiten auf einer oder wenigen Baustellen nach Deutschland kommen, nicht ernsthaft kontrolliert werden, wenn sie den zuständigen Behörden nicht den Ort der Baustelle oder Baustellen, Beginn und voraussichtliche Dauer der Arbeiten, eine Adresse des Arbeitgebers in Deutschland, Anzahl und persönliche Daten der entsandten Arbeitnehmer[26] mitteilen und wahrscheinlich auch noch weitere Auskünfte erteilen müssten, deren Notwendigkeit das nationale Gericht zu prüfen haben wird.

26 — Dies erscheint mir insbesondere zur Verhinderung der „Schwarzarbeit" unerlässlich.

190. Drittens enthält das Urteil Arblade u. a. bereits Kriterien zu den Grundsätzen der Führung der Sozialversicherungs- und Arbeitsunterlagen, die auf die vorliegenden Rechtssachen übertragbar sind. Die einschlägigen Stellen des Urteils lauten wie folgt:

„58 Eine Verpflichtung wie die im belgischen Recht vorgesehene, im Aufnahmemitgliedstaat bestimmte weitere Unterlagen zu erstellen und zu führen, verursacht den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen, so dass diese Unternehmen den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgebern unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt sind.

59 Die Auferlegung einer derartigen Verpflichtung stellt somit eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 59 des Vertrages dar.

60 Eine derartige Beschränkung kann nur gerechtfertigt sein, wenn sie erforderlich ist, um dem zwingenden Grund des Allgemeininteresses, den der soziale Schutz der Arbeitnehmer darstellt, effektiv und mit den geeigneten Mitteln Rechnung zu tragen.

61 Der wirksame Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes vor allem in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit sowie auf die Arbeitszeit kann es erforderlich machen, dass bestimmte Unterlagen auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats für die mit der Durchführung der Kontrollen betrauten Behörden dieses Staates bereitgehalten werden, insbesondere da ein organisiertes System der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 4 der Richtlinie 96/71 fehlt [27].

62 Außerdem kann mangels des in der vorstehenden Randnummer erwähnten organisierten Systems der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs die Verpflichtung, bestimmte in der Regelung des Aufnahmemitgliedstaats verlangte Unterlagen zu erstellen und auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet dieses Staates zu führen, die einzige geeignete Kontrollmaßnahme im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel darstellen.

63 Die Informationen, die nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats und nach der des Aufnahmemitgliedstaats u. a. bezüglich des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers, der Arbeitsbedingungen und der Vergütung verlangt werden, sind nämlich möglicherweise so unterschiedlich, dass die in der Regelung des Aufnahmemitgliedstaats vorgeschriebenen Kontrollen nicht auf der Grundlage von Unterlagen vorgenommen werden können, die gemäß der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats geführt werden.

64 Dagegen kann die bloße Tatsache, dass bestimmte formale oder inhaltliche Unterschiede bestehen, nicht die Führung von zwei Serien von Unterlagen rechtfertigen, von denen die einen der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats und die anderen der des Aufnahmemitgliedstaats entsprechen, wenn die Informationen, die durch die nach der Regelung des Niederlassungsmitgliedstaats verlangten Unterlagen geliefert werden, insgesamt ausreichen, um die erforderlichen Kontrollen im Aufnahmemitgliedstaat zu ermöglichen.

65 Die Behörden und gegebenenfalls die Gerichte des Aufnahmemitgliedstaats müssen also, bevor sie verlangen, dass im Hoheitsgebiet dieses Staates Personal- oder Arbeitsunterlagen gemäß ihrer eigenen Regelung erstellt und geführt werden, nacheinander prüfen, ob der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der diese Erfordernisse rechtfertigen kann, nicht hinreichend gewahrt würde, wenn innerhalb einer angemessenen Frist die im Niederlassungsmitgliedstaat geführten Unterlagen oder Kopien davon vorgelegt würden oder, falls das

27 — Zu beachten ist, dass seinerzeit diese Richtlinie noch nicht in Kraft war und das Informationssystem daher auch noch nicht bestand.

nicht geschieht, diese Unterlagen oder Kopien davon auf der Baustelle oder an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats bereitgehalten würden."

191. Der Hinweis auf die „Baustelle" und den „zugänglichen und klar bezeichneten Ort" erklärt sich zweifellos durch die Besonderheiten der betreffenden belgischen Regelung. Nichts spricht dagegen, dass die Bundesrepublik Deutschland die Übermittlung der Unterlagen an die zuständige Verwaltungsbehörde verlangen kann, wenn sie zur Kontrolle tatsächlich erforderlich sind.

192. Die Aufgabe, die somit auf das nationale Gericht zukommt, nämlich der Vergleich der im Herkunftsstaat vorhandenen Unterlagen mit den vom Aufnahmemitgliedstaat verlangten, ist sicherlich nicht einfach, doch ist das Gericht allein dafür zuständig, das Gemeinschaftsrecht im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits anzuwenden.

193. Was die andere Gruppe im Rahmen der von mir vorgeschlagenen Unterscheidung betrifft, nämlich die gerade für die Durchführung des Urlaubskassenverfahrens verlangten Auskünfte, so wird das vorlegende Gericht auf der Grundlage der Antworten des Gerichtshofes zunächst zu entscheiden haben, ob die Anwendung dieser Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, und anschließend, wenn dies bejaht wird, prüfen müssen, ob alle verlangten Unterlagen und Auskünfte insoweit unbedingt erforderlich sind.

194. Bei der Antwort auf Teil c der zweiten Vorlagefrage habe ich mich von der von der Kommission vorgeschlagenen Antwort leiten lassen, sie aber etwas weiter gefasst. Ich schlage daher folgende Antwort vor:

195. Die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag sind so auszulegen, dass sie den Auskunftsverpflichtungen, die dem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit auferlegt werden, nicht entgegenstehen, wenn und soweit diese notwendig und angemessen sind,

— um eine wirksame Kontrolle der Einhaltung der im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten;

— um das ordnungsgemäße Funktionieren eines Urlaubskassenverfahrens sicherzustellen, sofern die Anwendung dieses Verfahrens auf die betreffenden Arbeitgeber nicht aus anderen Gründen als mit diesen Bestimmungen unvereinbar anzusehen ist.

Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob dies zutrifft.

Zur dritten Vorlagefrage

196. Im Rahmen der dritten Vorlagefrage des Arbeitsgerichts Wiesbaden ist zu untersuchen, ob die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag einer nationalen Bestimmung wie § 1 Absatz 4 AEntG entgegenstehen, der zufolge alle von einem ausländischen Arbeitgeber nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer — aber auch nur die — als ein Betrieb gelten, obwohl für in Deutschland ansässige Arbeitgeber ein abweichender Betriebsbegriff gilt, der in bestimmten Fällen zu einer abweichenden Abgrenzung der Betriebe führt, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen.

197. § 1 Absatz 4 AEntG lautet: „Für die Zuordnung zum betrieblichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach den Absätzen 1, 2 und 3 gelten die vom Arbeitgeber mit Sitz im Ausland im Inland eingesetzten Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit als Betrieb."

198. Dagegen gilt nach der Darstellung des vorlegenden Gerichts für inländische Arbeitgeber ein anderer Betriebsbegriff. Das Gericht führt dazu aus:

„Im deutschen Arbeitsrecht wird als Betrieb diejenige organisatorische Einheit verstanden, innerhalb deren ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dass auch die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes von diesem Betriebsbegriff ausgegangen sind, lässt sich an § 7 Ziff[er] 2.2.2 BRTV-Bau ablesen, der im Zusammenhang mit einer Regelung von Fahrtkostenabgeltung und Auslösung als Betrieb ‚die Hauptverwaltung, die Niederlassung, die Filiale, die Zweigstelle und sonstige ständige Vertretungen des Arbeitgebers', in der der Arbeitnehmer eingestellt wird, bezeichnet. Es heißt dort weiter, dass dann, wenn der Arbeitnehmer auf einer Bau- oder Arbeitsstelle eingestellt werde, die ‚nächstgelegene Vertretung des Arbeitgebers' als Betrieb gelte. Daraus wird hinreichend deutlich, dass bei der Beantwortung der Frage der Tarifunterworfenheit von Inländern nicht etwa die bloße Baustelle oder gar ausschließlich die auf einer Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer als Betrieb gelten, sondern diejenige organisatorische Einheit, von der aus Arbeitnehmer auf Baustellen entsandt werden.

Im Unterschied dazu werden durch § 1 Abs[atz] 4 AEntG für die Frage der Beantwortung der Tarifunterworfenheit von ausländischen Entsendern ausschließlich die entsandten Arbeitnehmer selbst in ihrer Gesamtheit als Betrieb fingiert.

Zu unterschiedlichen praktischen Konsequenzen können die genannten voneinander abweichenden Betriebsbegriffe bei so genannten Mischbetrieben führen. Hierbei handelt es sich um Betriebe, die zum Teil eine nicht baugewerbliche Tätigkeit und zum Teil eine baugewerbliche Tätigkeit ausführen. Als Beispiel sei ein Betrieb genannt, der zum Teil einen Handel mit Baustoffen, speziell beispielsweise mit Fliesen, betreibt und der zum anderen Teil auch eine Kolonne von Arbeitnehmern beschäftigt, die einen Teil der verkauften Fliesen im Auftrage Dritter auch selbst verlegt. Nach den einschlägigen tarifvertraglichen Vorschriften ist nur die Fliesenverlegung eine baugewerbliche Tätigkeit, nicht aber der Fliesenhandel.

Nach § 1 Abs[atz] 2 Abschn[itt] VI Satz 1 VTV fallen Betriebe — von dem speziellen Fall des Vorliegens so genannter selbständiger Betriebsabteilungen abgesehen — stets als Ganzes unter die Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes. Mischbetriebe fallen nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland... dann als Ganzes unter die Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes, wenn — bezogen regelmäßig auf den Zeitraum eines Kalenderjahres — die Arbeitszeit der im baugewerblichen Sektor beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitszeit der im nichtbaugewerblichen Sektor beschäftigten Arbeitnehmer überwiegt. Das bedeutet, dass der Mischbetrieb als Ganzes den baugewerblichen Tarifverträgen unterfällt, wenn in einem bestimmten Kalenderjahr die Arbeitszeit der im baugewerblichen Sektor beschäftigten Arbeitnehmer mehr als 50 % der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit in Anspruch genommen hat.

Sind in dem genannten Beispielsfall im Fliesenhandel mehr Arbeitnehmer beschäftigt als in dem baugewerblichen Verlegebereich und ist die individuelle Arbeitszeit der eingesetzten Arbeitnehmer gleich, so überwiegt — arbeitszeitlich gesehen — die Tätigkeit im Handelsbereich mit der Konsequenz, dass der Betrieb als Ganzes nicht den baugewerblichen Tarifverträgen unterfällt. Das hat zur Folge, dass *der betreffende inländische Arbeitgeber auch für diejenigen Arbeitnehmer, die in dem baugewerblichen Verlegebereich tätig sind, keine Sozialkassenbeiträge zu zahlen braucht*[28]. Bei gleicher Betriebsstruktur eines ausländischen Betriebes, der den Fliesenhandel im Herkunftsland betreibt und die Fliesenverlegerkolonne nach Deutschland entsendet, fallen demgegenüber Urlaubskassenbeiträge für die entsandte Fliesenverlegerkolonne an. ‚...'

28 — Hervorhebung von mir.

Dadurch, dass § 1 Abs[atz] 4 AEntG nicht eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung als Betrieb definiert, sondern ausschließlich die entsandten Arbeitnehmer selbst als Betrieb bezeichnet, entfaltet diese Vorschrift, die nur für ausländische Arbeitgeber gilt, eine diese benachteiligende Wirkung. Auch darin liegt eine an den nationalen Sitz des Unternehmens anknüpfende (offene) Diskriminierung, die nach der Rechtsprechung des [Gerichtshofes] nur unter den besonderen Voraussetzungen der Art[ikel] 55, 56, 66 EG[-Vertrag] zulässig wäre. Das Vorliegen [dieser] Voraussetzungen ist jedoch nicht ersichtlich."

Eingereichte Erklärungen

199. Die ausländischen Dienstleistungserbringer, insbesondere Tecnamb, Finalarte und Portugaia, sowie die niederländische Regierung teilen den Standpunkt des vorlegenden Gerichts.

200. Nach Ansicht der französischen Regierung ist die Lösung des AEntG die einzig praktikable.

201. Für die belgische Regierung handelt es sich um eine rein theoretische Frage. Der Betriebsbegriff des AEntG sei ein Zuordnungskriterium, das erforderlich sei, um das Urlaubskassenverfahren auf den ausländischen Dienstleistungserbringer anwenden zu können.

202. Nach Ansicht der Bundesregierung ist die Frage unzulässig, da sie keine Auswirkungen auf die Entscheidung des Ausgangsverfahrens habe. Das vorlegende Gericht habe nicht dargelegt, dass die ausländischen Unternehmen, die Parteien der Ausgangsverfahren seien, nicht dem Geltungsbereich des Urlaubskassenverfahrens unterlägen, wenn der Betriebsbegriff des AEntG ein anderer wäre.

203. Hilfsweise macht die Bundesregierung geltend, dass das Kriterium für die Einbeziehung eines ausländischen Dienstleistungserbringers in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags deshalb die von den entsandten Arbeitnehmern ausgeführte Arbeit und nicht die Gesamttätigkeit des Betriebes sei, weil der Geltungsbereich des AEntG räumlich begrenzt sei und aus diesem Grunde die Tätigkeiten des Betriebes in seinem Herkunftsstaat nicht berücksichtigt werden könnten. Zudem sei es unmöglich, die Angaben des ausländischen Dienstleistungserbringers hierzu zu überprüfen. Im Übrigen könne sich im Falle ausländischer Mischbetriebe die Nichtberücksichtigung der im Ausland erbrachten Tätigkeiten gleichermaßen zugunsten wie zulasten des betroffenen Unternehmens auswirken.

204. Die Kommission hat ihren Standpunkt im Laufe des Verfahrens geändert. In

ihren schriftlichen Erklärungen hatte sie eine an den nationalen Sitz des Unternehmens anknüpfende offene Diskriminierung angenommen. In der mündlichen Verhandlung erklärte sie nach dem Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung des Gesetzes, dass sie hierzu keinen Lösungsvorschlag unterbreiten könne und die Entscheidung in das Ermessen des Gerichtshofes stelle.

Beurteilung

205. Zu dem Einwand der Bundesregierung gegen die Zulässigkeit dieser Frage genügt der Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, nach der es allein Sache des nationalen Gerichts ist, die Erheblichkeit einer Vorlagefrage zu beurteilen. Nur wenn offenkundig überhaupt kein Zusammenhang mit dem Ausgangsrechtsstreit besteht, ist die Frage unzulässig. Dies ist hier aber ohne jeden Zweifel nicht der Fall [29].

206. In der Sache wäre die Lösung einfach, wenn es nicht das Problem der „Mischbetriebe" gäbe. Nach der Darstellung des vorlegenden Gerichts können nämlich nach der deutschen Regelung als Betrieb nicht nur die „Hauptverwaltung, die Niederlassung, die Filiale", sondern auch die „Zweigstelle und sonstige ständige Vertretungen des Arbeitgebers" oder sogar die „nächstgelegene Vertretung des Arbeitgebers" angesehen werden.

207. Daher sehe ich keinen Grund, warum der Vertreter des ausländischen Arbeitgebers, der mit der Leitung der Arbeiten der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer betraut ist, nicht als die „nächstgelegene Vertretung des Arbeitgebers" angesehen werden könnte.

208. Die Dinge gestalten sich jedoch dadurch erheblich schwieriger, dass für die Löhne der vorübergehend in Deutschland beschäftigten britischen oder portugiesischen Fliesenleger (um bei dem Beispiel des vorlegenden Gerichts zu bleiben) stets Beiträge zu entrichten sind, während dies für die Löhne der Fliesenleger, die zu einem in Deutschland ansässigen Betrieb gehören, nicht der Fall ist, sofern in diesem Betrieb die Arbeitszeit der im baugewerblichen Sektor beschäftigten Arbeitnehmer (wie z. B. der Fliesenleger) weniger als die Hälfte der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit beträgt.

209. Es steht außer Frage, dass im Falle solcher Mischbetriebe die ausländischen

29 — Urteil vom 18. Oktober 1990 in den Rechtssachen C-297/88 und C-197/89 (Dzodzi, Slg. 1990, I-3763, Randnr. 34).

Dienstleistungserbringer „unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt sind“ [30] und eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Artikels 59 EG-Vertrag vorliegt, auch wenn dieses System ebenfalls zu Diskriminierungen zwischen deutschen Betrieben führt.

210. Da diese Beschränkung diskriminierend ist, kann sie auch nicht durch ein zwingendes Interesse des Allgemeininteresses welcher Art auch immer gerechtfertigt werden. Die einzigen Rechtfertigungsgründe, die in Betracht kommen könnten, sind in Artikel 56 EG-Vertrag aufgeführt. Es ist jedoch nicht dargetan worden, dass einer dieser Gründe im vorliegenden Fall berechtigterweise angeführt werden könnte.

211. Um diese Diskriminierung zu beseitigen, sind mehrere Lösungen denkbar. Eine erste Möglichkeit wäre, das Urlaubskassenverfahren ebenfalls auf die von „Mischunternehmen“ im baugewerblichen Sektor beschäftigten Arbeitnehmer anzuwenden, selbst wenn die Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer weniger als die Hälfte der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit beträgt. Eine andere Lösung wäre, die „ausländischen“ Betriebe, die eine Dienstleistung erbrächten, der derzeit für solche „Mischbetriebe“ geltenden Regelung zu unterwerfen.

212. Es ist Sache der deutschen Regierung, die Lösung zu wählen, die nach ihrer Ansicht am besten den legitimen Bemühungen um den Schutz der Arbeitnehmer entspricht, die der Schaffung des Urlaubskassenverfahrens zugrunde lagen.

213. Abschließend möchte ich folgende Antwort auf die dritte Frage vorschlagen:

214. Die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag sind dahin auszulegen, dass sie der Anwendung eines Urlaubskassenverfahrens wie des im Ausgangsverfahren streitigen auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen, die Dienstleistungen im Baugewerbe erbringen, entgegenstehen, solange nicht sämtliche im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, die nur teilweise baugewerbliche Tätigkeiten ausüben, in Bezug auf ihr im Baugewerbe beschäftigtes Personal diesem Verfahren unterworfen sind.

Zur vierten Vorlagefrage

215. Die letzte Frage betrifft die Auslegung des Artikels 3 Absatz 1 der Entsenderichtlinie, der lautet:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Ar-

30 — Randnummer 58 des Urteils Arblade u. a.

beitsverhältnis 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 oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:

a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;

b) bezahlter Mindestjahresurlaub;

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

...“

216. Das Arbeitsgericht Wiesbaden möchte wissen, ob Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 96/71 „dahin auszulegen [ist], dass [diese] mit Rücksicht auf die korrekte Auslegung der Artikel 48, 59, 60 jedenfalls die mit den Vorlagefragen 1 bis 3 problematisierten Regelungen weder anordnet noch zulässt“.

217. Das vorlegende Gericht geht offenkundig von dem Grundsatz aus, dass eine Richtlinie ein gegen den Vertrag verstoßendes Urlaubskassenverfahren nicht rechtsgültig machen könne. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine Richtlinie kann gemeinschaftsrechtswidrige Maßnahmen nicht zulassen und noch weniger anordnen.

218. Aber nach meiner Meinung tut die Richtlinie auch nichts dergleichen.

219. Wie ich im Zusammenhang mit den ersten beiden Vorlagefragen ausgeführt habe, leiten die Mitgliedstaaten das *Recht*, die Dienstleistungserbringer zur Einhaltung des Mindestlohns und des bezahlten Mindestjahresurlaubs, die in ihrem Hoheitsgebiet in dem betreffenden Wirtschaftszweig gelten, zu zwingen, unmittelbar aus dem Vertrag her.

220. Sie brauchten daher keine Ermächtigung durch eine Vorschrift des Sekundärrechts.

221. Die Entsenderichtlinie hat ihnen nun die *Pflicht* auferlegt, den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen diese Regeln vorzuschreiben.

222. Da die Bundesrepublik Deutschland von einem Recht Gebrauch gemacht hat, das ihr in jedem Fall zusteht, ist die Frage, ob die Richtlinie ihr zulässigerweise eine entsprechende Pflicht auferlegen kann, für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens ohne Bedeutung. Es ist daher nicht notwendig, auf die Zweifel einzugehen, die das vorlegende Gericht bezüglich der Frage hat, ob die Rechtsgrundlage für die Richtlinie angemessen ist.

223. Für das Urlaubskassenverfahren gelten die gleichen Überlegungen. Bezüglich der Frage, ob die Richtlinie ein solches Verfahren zulässt, haben wir weiter oben gesehen, dass das Recht eines Mitgliedstaats, ausländischen Unternehmen die in seinem Gebiet geltenden „Arbeitsbedingungen" vorzuschreiben, grundsätzlich auch das Recht umfasst, sie zur Teilnahme am Urlaubskassenverfahren zu verpflichten. Auch hier macht der Mitgliedstaat somit Gebrauch von einem Recht, das ihm in jedem Fall zusteht, und die Frage, ob die Richtlinie ihn zulässigerweise dazu verpflichten kann, von diesem Recht Gebrauch zu machen, ist für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens ebenfalls ohne Bedeutung. Im Übrigen schreibt weder Artikel 3 noch eine andere Bestimmung der Richtlinie den Mitgliedstaaten vor, ein Urlaubskassenverfahren einzuführen.

224. Ein solches Urlaubskassenverfahren kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Merkmale aufweisen. Es ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob das betreffende Verfahren oder einige seiner Merkmale mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Dies habe ich bei der deutschen Regelung getan.

225. Ich möchte daher vorschlagen, auf die vierte Frage wie folgt zu antworten:

226. Die Entsenderichtlinie ordnet ein gegen die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag verstoßendes Urlaubskassenverfahren weder an noch lässt sie es zu.

Ergebnis

227. Infolgedessen möchte ich vorschlagen, auf die Fragen des Arbeitsgerichts Wiesbaden wie folgt zu antworten:

1. Wenn für den Arbeitnehmer in seinem Herkunftsstaat nicht der gleiche oder ein stärkerer Schutz gewährleistet ist, sind die Artikel 59 (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 EG) dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer Regelung wie der des § 1 Absatz 3 Satz 1 AEntG auf einen im Ausland ansässigen Arbeitgeber und die von ihm entsandten Arbeitnehmer grundsätzlich nicht entgegenstehen, sofern den Belastungen gebührend Rechnung getragen wird, denen sich der Arbeitgeber nach dem Recht seines Herkunftsstaats nicht entziehen kann. Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) gilt nicht für die Entsendung von Arbeitnehmern durch einen Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

2. Die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag sind dahin auszulegen, dass sie einem Mitgliedstaat nicht verbieten, ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das vorübergehend Arbeiten in dem erstgenannten Staat ausführt, zu verpflichten,

   a) Rechtsnormen von Tarifverträgen anzuwenden, die eine Urlaubslänge vorsehen, die über die in der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung festgelegte Mindestlänge des Jahresurlaubs hinausgeht,

b) ein Urlaubskassenverfahren anzuwenden, nach dem die Urlaubsvergütung unmittelbar an den entsandten Arbeitnehmer ausgezahlt wird, während sie bei den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen an den Arbeitgeber gezahlt wird,

c) Auskünfte zu erteilen, sofern diese Auskünfte erforderlich und angemessen sind,

— um eine wirksame Kontrolle der Einhaltung der im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten und

— um das ordnungsgemäße Funktionieren eines Urlaubskassenverfahrens sicherzustellen.

3. Die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag sind dahin auszulegen, dass sie der Anwendung eines Urlaubskassenverfahrens wie des im Ausgangsverfahren streitigen auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen, die Dienstleistungen im Baugewerbe erbringen, entgegenstehen, solange nicht sämtliche im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, die nur teilweise baugewerbliche Tätigkeiten ausüben, in Bezug auf ihr im Baugewerbe beschäftigtes Personal diesem Verfahren unterworfen sind.

4. Die 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 ordnet die Einführung eines gegen die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag verstoßenden Urlaubskassenverfahrens weder an noch lässt sie ein solches zu.