

**Die Unionsrechtskonformität des Mindestlohngesetzes
– unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden
Straßenverkehrs**

Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Hamburg

Rechtsgutachten,
erstellt im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbunds und
des Bundesverbands Güterkraftverkehr Logistik und Entsorgung (BGL) e.V.

11. April 2017

A. Einleitung

B. Unionsrechtskonformität des Mindestlohnfordernisses nach § 20 MiLoG

I. Internationaler Anwendungsbereich des § 20 MiLoG

1. Sitz des Arbeitgebers
2. Beschäftigung in Deutschland
 - a) Keine Anlehnung an sozialversicherungsrechtliche Maßstäbe
 - b) Unterscheidung zwischen Ort einer bloßen Beschäftigung und gewöhnlichem Arbeitsort
 - c) Arbeitnehmer, nicht Arbeitgeber als maßgebliche Person
 - d) Keine Mindestdauer der Beschäftigung in Deutschland
 - e) Kabotage
 - f) Grenzüberschreitender Verkehr
 - g) Gesonderte Behandlung von Transitdurchfahrten?
 - h) Nichtanwendbarkeit des § 20 MiLoG bei Beschäftigung außerhalb Deutschlands
3. Keine Bedeutung des Sitzes des Dienstleistungsempfängers
4. Internationalprivatrechtliche Einordnung

II. Primärrechtskonformität des § 20 MiLoG

1. Dienstleistungsfreiheit
 - a) Grundsätzliches Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Mindestlohnvorschriften
 - b) Die Rüffert-Entscheidung als Teil des „Laval-Quartetts“ und eines vergaberechtlichen Kontextes
 - c) Jüngere Rechtsprechung im Kontrast zur wirtschaftsliberalen Linie des „Laval-Quartetts“ einschließlich Rüffert
 - d) *Monti*-Bericht, Entsendepaket und RL 2014/67/EU
 - e) Stärkere Betonung der sozialen Komponente mit dem Vertrag von Lissabon
 - f) Unverhältnismäßigkeit des deutschen Mindestlohnrechts bei nur kurzfristiger Tätigkeit?
 - aa) Maßstab der Unverhältnismäßigkeit
 - bb) Möglichkeit innerbetrieblicher Spannungen als Faktor?
 - cc) Unverhältnismäßigkeit der Höhe möglicher Bußgelder?
 - g) Transportsektor
 - aa) Anwendbarkeit der Artt. 58; 92 AEUV
 - bb) VO (EG) Nr. 1072/2009
 - cc) Entscheidung Nr. 357/2009/EG
 - dd) Gesamtes Dienstleistungsangebot des Arbeitgebers, nicht einzelne Fahrt als Bezugsobjekt: Summeneffekt, insbesondere beim Transitverkehr
 - ee) Kabotagefahrten
 - ff) Grenzüberschreitender Verkehr
2. Warenverkehrsfreiheit

III. Sekundärrechtskonformität des § 20 MiLoG

1. RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie)
 - a) Schutz des fairen Wettbewerbs als (ein) Zweck der Entsenderichtlinie
 - b) Einordnung der RL 96/71/EG in die Dienstleistungsfreiheit
 - c) Bezug zur eigenen Wirtschafts- und Sozialordnung Deutschlands
 - d) Anwendbarkeit der RL 96/71/EG im Transportsektor
 - aa) Umkehrschluss aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahme, insbesondere angesichts Art. 1 II RL 96/71/EG
 - bb) Protokollerklärung von Rat und Kommission
 - cc) Umsetzungsbericht

- dd) Erwägungsgründe (17) VO (EG) Nr. 1072/2009; (11) VO (EG) Nr. 1072/2009
- ee) Erwägungsgrund (15) VO (EU) Nr. 1214/2011
- ff) Erwägungsgrund (14) RL 96/71/EG
- gg) Recital (10) Proposal Amendment Directive COM(2016) 128 final und begleitendes Impact Assessment
- 2. RL 2006/123/RL
- 3. Sekundärrecht im Rahmen der Gemeinsamen Verkehrspolitik

C. Unionsrechtskonformität der Kontrollmechanismen nach §§ 16; 17 MiLoG

- I. Deutliche Aufwandsminderung bei ausschließlich mobiler Tätigkeit durch §§ 2 MiLo-MeldV; 1 I MiLoAufzV
- II. Ausnahmen von der Anzeige- und Dokumentationspflicht gemäß § 1 MiLoDokV
- III. Doppelbelastung durch Nachweis- und Dokumentationspflichten?
- IV. Vereinbarkeit mit der RL 2014/67/EU

D. Ergebnis

A. Einleitung

Nach langen politischen Kontroversen hat die Bundesrepublik Deutschland mit dem Mindestlohngesetz (MiLoG) einen gesetzlichen Mindestlohn eingeführt. Die zentrale Vorschrift ist § 1 I MiLoG. Dieser lautet:

„Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns.“

Das MiLoG gilt nur zugunsten von Arbeitnehmern; Selbständige schützt es nicht. Wer Arbeitnehmer und wer Selbständiger ist, bestimmt sich nach deutschem Recht.¹ Den Arbeitnehmerbegriff des MiLoG füllt § 22 MiLoG näher aus.

Mehrere Vorschriften des MiLoG sind Angriffen aus dem europäischen Unionsrecht ausgesetzt: § 20, § 16 und § 17 MiLoG. Für jede dieser Vorschriften wird deren Vereinbarkeit insbesondere mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV bezweifelt oder gar verneint. Die Kommission hat deswegen ein Vertragsverletzungsvorverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Jede dieser Vorschriften ist gesondert auf ihre Unionsrechtskonformität zu untersuchen. Zwar setzen §§ 16; 17 MiLoG akzessorisch das Bestehen einer Mindestlohnspflicht nach deutschem Recht voraus und knüpfen insoweit auch an § 20 MiLoG an. Jedoch sind sie auch dann anwendbar, wenn eine Mindestlohnspflicht nach dem MiLoG aus dem kraft allgemeinem Internationalem Privatrecht berufenen § 1 MiLoG folgt. Umgekehrt kann § 20 MiLoG theoretisch von §§ 16; 17 MiLoG entkoppelt werden.² Die in §§ 16; 17 MiLoG angeordneten Anzeige- und Dokumentationspflichten dienen zwar dazu, die Mindestlohnspflicht effektiv zu machen. Die Mindestlohnspflicht könnte aber durchaus isoliert und für sich Bestand haben, selbst wenn sich § 16 oder § 17 MiLoG als unionsrechtswidrig erweisen sollte. Sie hätte dann allenfalls Schwierigkeiten bei einer effektiven praktischen Durchsetzung. Die Verknüpfung ist also gelockert und keine strikte „Nur dann, wenn“-Abhängigkeit.

¹ Lakies, MiLoG, 2. Aufl. 2015, § 20 MiLoG Rn. 5.

² Entgegen Greiner, in: Beck'scher OK ArbR, 42. ed. 2016, § 20 MiLoG Rn. 1 hat § 20 MiLoG auch privatrechtliche Bedeutung.

B. Unionsrechtskonformität des Mindestlohnfordernisses nach § 20 MiLoG

§ 20 MiLoG lautet:

„Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sind verpflichtet, ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohns nach § 1 Absatz 2 spätestens zu dem in § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 genannten Zeitpunkt zu zahlen.“

I. Internationaler Anwendungsbereich des § 20 MiLoG

1. Sitz des Arbeitgebers

Wo der Arbeitgeber seinen Sitz hat, ist für § 20 MiLoG unerheblich. § 20 MiLoG kommt unterschiedslos zur Anwendung, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz in Deutschland, in einem EU-Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat hat. § 20 MiLoG vermeidet damit jede Diskriminierung. Eine nähere Ausfüllung des Sitzbegriffs (also ob unter dem „Sitz“ der Satzungssitz, der effektive Verwaltungssitz oder beide zu verstehen sind) bieten allerdings weder § 20 MiLoG noch andere Vorschriften des MiLoG. Darauf kommt es indes nicht an, weil der Sitz eh ohne Bedeutung sein soll, unabhängig davon, wie er ausgefüllt würde.

2. Beschäftigung in Deutschland

Tatbestandsvoraussetzung ist eine Beschäftigung in Deutschland. Beschäftigung ist gemäß § 7 I SGB IV die nichtselbständige Arbeit, vor allem die in einem Arbeitsverhältnis ausgeführte.³ § 611a I 1 BGB 2017 definiert nicht den Begriff „Beschäftigung“, sondern den Begriff „Arbeitsvertrag“ und kann daher, allenfalls sehr indirekt eine Auslegungshilfe geben, selbst wenn man die intertemporale Hürde, dass er jünger ist als § 20 MiLoG, überwinden wollte. Beschäftigung in Deutschland meint hier wie bei § 2 AEntG sowohl im Deutschland angeworbene Ortskräfte als auch die Entsendung von Arbeitnehmern nach Deutschland.⁴ Der Zusammenhang mit dem Entsenderecht ist ebenso augenfällig wie prägend; deshalb ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten, Parallelen zum AEntG in die Auslegung einfließen zu lassen.⁵ Die Beschäftigung in Deutschland bildet zugleich die notwendige Grundbedingung (im Sinne eines genuine link), damit das deutsche Recht den Sachverhalt aufnehmen darf.⁶

a) Keine Anlehnung an sozialversicherungsrechtliche Maßstäbe

Beschäftigungsort wäre, soweit man § 9 II Nr. 1 SGB IV heranziehen wollte, der Ort, an dem eine feste Arbeitsstätte errichtet wurde, wenn Personen von ihr aus mit einzelnen Arbeiten außerhalb der festen Arbeitsstätte beschäftigt werden.⁷ Sozialversicherungsrecht und MiLoG

³ Bissels/Falter/Evers, ArbRAktuell 2015, 4, 5. Offen aber BVerfG NJW 2015, 2242 Rn. 14 (zu dieser Entscheidung Bissels/Falter, jurisPR-ArbR 31/2015 Anm. 3; Rudaja-Melenberg, ArbRB 2015, 227; Fuhlrott, GWR 2015, 304; Sittard/Rawe, NJW 2015, 2695; Max Foerster, EuR 2015, 601; Tuengerthal, BB 2015, 2997).

⁴ Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 613 unter Hinweis auf Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 2 AEntG Rn. 1.

⁵ Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 614.

⁶ Verkannt von Sittard, NZA 2015, 78, 80.

⁷ Dafür Moll/Katerndahl, DB 2015, 555, 557.

sind jedoch generell (insbesondere bei der Verbeitragung der Mindestlohnpflichten) nicht so hinreichend aufeinander abgestimmt,⁸ dass es gerechtfertigt wäre, in diesem einen Einzelpunkt das SGB IV heranzuziehen. Eine vollständige Anlehnung an die Regeln des deutschen Internationalen Sozialversicherungsrechts in §§ 3 ff. SGB IV würde den ersichtlich weit gewollten Anwendungsbereich des § 20 MiLoG verengen.⁹ Denn dann würde man – vor allem wegen § 5 SGB IV zur so genannten Einstrahlung - die Entsendung nach Deutschland entgegen Art. 1 III lit. a RL 96/71/RL nicht erfassen.¹⁰ Wollte man sich an § 7 SGB IV orientieren, so wäre die Beschäftigung in der Regel am Sitz des Arbeitgebers zu lokalisieren; dies stünde mit der ausdrücklichen Anordnung des § 20 MiLoG, dass es auf den Sitz des Arbeitgebers nicht ankommen soll, in Widerstreit.¹¹ Der Begriff der Beschäftigung ist in § 20 MiLoG also nicht an sozialrechtlichen Maßstäben zu messen.¹²

b) Unterscheidung zwischen Ort einer bloßen Beschäftigung und gewöhnlichem Arbeitsort

Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen könnte Beschäftigungsort der Arbeitsort sein, der geographische Ort, an welchem der Arbeitnehmer seine Leistung zu erbringen hat.¹³ Das „allgemeine“ Arbeitsrecht kennt aber weniger den Arbeitsort ohne qualifizierenden Zusatz als vielmehr den gewöhnlichen Arbeitsort. Das gilt insbesondere im europäischen Internationalen Arbeitsvertragsrecht und im europäischen Internationalen Arbeitsprozessrecht unter Art. 8 II 1 Rom I-VO und Art. 21 I lit. b i) Brüssel Ia-VO. Den Beschäftigungsort muss man indes terminologisch wie sachlich vom *gewöhnlichen* Arbeitsort abgrenzen.¹⁴ Daher kann man die Maßstäbe für den *gewöhnlichen* Arbeitsort nicht übertragen. Beschäftigung verlangt weniger. Beschäftigung meint Tätigwerden.¹⁵ Beschäftigung ist daher schneller gegeben. § 20 MiLoG verwendet im Gegensatz zu § 1 I 1 AEntG nicht den einschränkenden Zusatz „regelmäßig“. ¹⁶ Beschäftigung will auch und gerade Entsendegestaltungen einschließlich der kurzfristigen Entsendungen erfassen. Alle nicht dauerhaften Entsendungen lassen

⁸ Näher Rittweger, DStR-Beih. 2015, 88, 89-91.

⁹ Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 613.

¹⁰ Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 613.

¹¹ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 132 sowie Pötters/Daniel Krause, in: Mückl/Pötters/Daniel Krause, Das Mindestlohngesetz in der betrieblichen Praxis, 2015, Rn. 257.

¹² Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 132.

Entgegen Bissels/Falter/Evers, ArbRAktuell 2015, 4, 5.

¹³ So Moll/Katerndahl, DB 2015, 555, 557; siehe auch Vogelsang, in: Günter Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 66 Rn. 21.

¹⁴ Treffend Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 613.

Entgegen Sittard, NZA 2015, 78, 79.

¹⁵ Düwell/Schubert, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 1; Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 132.

¹⁶ Vogelsang, in: Günter Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 66 Rn. 21.

aber ausweislich Art. 8 II 2 Rom I-VO den gewöhnlichen Arbeitsort gerade unberührt: Er liegt nicht am Entsendeort, sondern bleibt, wo er zuvor war.¹⁷

c) Arbeitnehmer, nicht Arbeitgeber als maßgebliche Person

Maßgebliche Person ist der beschäftigte Arbeitnehmer. Es kommt auf ihn an, nicht auf den Arbeitgeber. Daher verkehrt es die Perspektive, darauf abzustellen, an welchem Ort der Arbeitgeber sein arbeitsvertragliches Direktions- und Weisungsrecht ausübt.¹⁸ Dieses Recht mag der Arbeitgeber durchaus von seinem Betriebssitz aus ausüben. Jedoch wird damit nicht der Betriebssitz maßgeblich als Beschäftigungsort,¹⁹ denn der Arbeitgeber ist eben nicht die maßgebliche Person. Selbst der gewöhnliche Arbeitsort wäre auf den Arbeitnehmer bezogen,²⁰ und man würde im europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht erst mit der einstellenden Niederlassung und zudem subsidiär auf ein Merkmal des Arbeitgebers umschwenken.²¹ Der Sitz des Arbeitgebers gehört nicht in die Ermittlung des gewöhnlichen Arbeitsortes.²² Das erhellt unmittelbar schon bei Arbeitnehmern, die in einer Zweigstelle arbeiten. Der Ort, von dem aus ein Kraftfahrer Anweisungen zu seinen Fernfahrten erhält, gehört in den Kontext der einstellenden Niederlassung unter Art. 8 III Rom I-VO, nicht zum gewöhnlichen Arbeitsort unter Art. 8 II Rom I-VO.²³ Weisungen strukturieren zwar die Arbeitsleistung und wirken auf die Arbeitsleistung ein – aber sie stammen vom Arbeitgeber und sind daher kein Teil der vom Arbeitnehmer selbst erbrachten Arbeitsleistung.²⁴ Genauer, weil auf die allein maßgebliche Arbeitnehmerleistung bezogen, ist daher darauf abzustellen, wo der Arbeitnehmer Weisungen erhält.²⁵ Die Entgegennahme von Weisungen ist eine eigene, wenn auch passive Tätigkeit des Arbeitnehmers.²⁶

d) Keine Mindestdauer der Beschäftigung in Deutschland

§ 20 MiLoG verlangt weder eine Mindestdauer für die Tätigkeit in Deutschland noch eine Integration des Arbeitnehmers in den deutschen Arbeitsmarkt.²⁷ Art. 3 III iVm I UA 1 lit. c; 1 III litt. a; b RL 96/71/EG erlaubt dem Bestimmungsstaat, der einen Mindestlohn eingeführt

¹⁷ Siehe nur *Junker*, FS Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 503, 507-510; *Deinert*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 277, 279; *Krebber*, ZEuP 2016, 716, 717.

¹⁸ So aber *Moll/Katerndahl*, DB 2015, 555, 557.

¹⁹ So aber *Moll/Katerndahl*, DB 2015, 555, 557.

²⁰ *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR, Bd. I, 4. Aufl. 2016, Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 11.

²¹ *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR, Bd. I, 4. Aufl. 2016, Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 11.

²² *Mankowski* AP H 4/2012 Verordnung Nr 44/2001/EG Nr 3 Bl 5, 6R.

²³ *Mankowski/Oliver Knöfel*, EuZA 2011, 521, 529.

²⁴ *Mankowski/Oliver Knöfel*, EuZA 2011, 521, 529.

²⁵ GA in *Trstenjak*, Schlussanträge vom 16.12.2010 in der Rs. C-29/10, ECLI:EU:C:2010:789 Rn. 96.

²⁶ *Mankowski/Oliver Knöfel*, EuZA 2011, 521, 529.

²⁷ *Richert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 14; *Pötters/Daniel Krause*, in: *Mückl/Pötters/Daniel Krause*, Das Mindestlohngesetz in der betrieblichen Praxis, 2015, Rn. 260; *Hantel*, NZA 2015, 410 (410); *Richard Jansen/Julian Vogt*, in: *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 137; *Lakies*, AuR 2016, 14, 15; *Thüsing/Bayreuther*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 74. Offen aber BVerfG NJW 2015, 2242 Rn. 14.

hat, kann von der Anwendung seiner Mindestlohnsätze auf entsandte ausländische Arbeitnehmer absehen darf, wenn die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber bewusst keinen Gebrauch gemacht.²⁸ Auch die nur vorübergehende Tätigkeit ist erfasst.²⁹

Die Abwägung über eine Untergrenze muss der Gesetzgeber selber treffen, wenn eine Untergrenze denn gewollt ist. Ohne Anhaltspunkte im Gesetz selber lässt sich eine Untergrenze nicht durch Praxis und Wissenschaft gleichsam in Ersatzvornahme für den Gesetzgeber nicht ziehen.³⁰ Teilweise wird vorgeschlagen, § 6 I AEntG analog anzuwenden.³¹ Dieser sieht für grenzüberschreitende Montage- und Einbauarbeiten im Zusammenhang mit Lieferverträgen zu übertragen eine Untergrenze, eine „Mindestlohnfreifrist“, von acht Tagen vor. Eine solche Analogie scheidet aus. Erstens bricht sie sich am politischen Willen der hinter dem Gesetzgeber stehenden Bundestagsmehrheit wie der Bundesregierung, des Gesetzesinitiators. Es gibt keine planwidrige Lücke.³² Zweitens hat der Gesetzgeber selber Bezüge zum AEntG hergestellt, wo er dies wollte, z.B. zu § 2 AEntG. Zu § 6 AEntG hat er dagegen keinen Bezug hergestellt.³³ Drittens fehlt es an der Rechtsähnlichkeit der zu regelnden Sachverhalte, weil § 6 AEntG nur sehr spezifische Sachverhalte erfassen will.³⁴ § 6 I AEntG ist eine Ausnahmeregelung, politisch erzwungen und nicht verallgemeinerungsfähig. Viertens würde eine allgemeine Untergrenze von acht Tagen Missbrauch Tür und Tor öffnen.³⁵

Eine längere Tätigkeit in Deutschland zu verlangen, weil nur dann die deutsche Sozialversicherungssysteme entlastet und ein Mindestschutz der Arbeitnehmer gewährleistet sei,³⁶ würde die Schutzzwecke des § 20 MiLoG verengen.³⁷ Denn das MiLoG verfolgt nicht nur diese Schutzzwecke, sondern auch den ordnungs- und wettbewerbspolitischen Zweck, einen fairen

²⁸ Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 612 f.

²⁹ Lakies, AuR 2016, 14, 15.

OGH 29.11.2016 – 9 ObA 53/16h, ecolex 2017, 151, 153 stellt dies nicht in Abrede, sondern agiert unter dem zusätzlichen kollisionsrechtlichen Filter des Art. 9 III Rom I-VO, der aber nur für nicht-deutsche Gerichte greift.

³⁰ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 138.

³¹ Dafür Sittard, NZA 2015, 78, 82; Sittard, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 9.

³² Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 137 sowie Lakies, AuR 2016, 14, 15.

³³ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 137.

³⁴ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 137 sowie Thüsing/Bayreuther, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 74.

³⁵ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 138.

³⁶ So Sittard, NZA 2015, 78, 80; Sittard, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 4.

³⁷ Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 16; Vogelsang, in: Günter Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 66 Rn. 21.

Wettbewerb herzustellen.³⁸ Es will faire Wettbewerbsbedingungen schaffen, indem Lohn- und Sozialdumping vermieden werden.³⁹ Den angemessenen Mindestschutz der Arbeitnehmer ermöglicht gerade eine Einschränkung des Lohnunterbietungswettbewerbs.⁴⁰ Dem Mindestlohn kommt damit auch eine Wettbewerbsfunktion zu.⁴¹ § 20 MiLoG lässt sich keineswegs auf eine bloße Existenzsicherungspflicht reduzieren.⁴² Denn ein Mindestlohn darf über Sozialhilfeniveau liegen und wird dies sogar regelmäßig. Es geht um eine angemessene Mindestgegenleistung für eine erbrachte Arbeitsleistung.

Die zeitliche Dauer, d.h. die relative Länge oder Kürze, der Tätigkeit in Deutschland schlägt sich beim Mindestlohn durchaus nieder: Denn Mindestlohn ist nur anteilig für den inländischen, in Deutschland erbrachten Teil der Tätigkeit zu zahlen, nicht für die Gesamtdauer der gesamten Tätigkeit.⁴³ Mindestlohn wird pro Stunde berechnet. Je länger die inländische Tätigkeit ist, desto größer ist deshalb die absolute Höhe des deutschen Mindestlohns. Je kürzer die inländische Tätigkeit ist, desto niedriger ist daher die absolute Höhe des deutschen Mindestlohns. Das ist sachgerecht. Das ist Kongruenz von Tatbestand und Rechtsfolge. Es gewährleistet insoweit auch die Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolge für die Mindestlohnpflicht. Nur wenn bei weiter Auslegung ein Verstoß gegen Unionsrecht drohen würde, könnte dies zu einer einengenden Auslegung kraft Gebots der unionsrechtskonformen Auslegung nötigen.⁴⁴ Das ist aber nicht der Fall.⁴⁵

e) Kabotage

Bei einer Kabotage innerhalb Deutschlands findet per definitionem die gesamte Transporttätigkeit innerhalb Deutschlands statt. Ein Aufgriff durch deutsche Gesetzgeber ist evident sachgerecht und gerechtfertigt.

f) Grenzüberschreitender Verkehr

Beim grenzüberschreitenden Verkehr, also der Fahrt nach Deutschland oder von Deutschland aus, liegen zentrale Elemente der Transporttätigkeit in Deutschland: beim ausgehenden grenzüberschreitenden Verkehr die Beladung und der Transport bis zur Grenze, beim eingehenden grenzüberschreitenden Verkehr der Transport ab der Grenze und die Entladung. Es handelt sich jeweils um zwei Elemente, von denen Be- bzw. Entladung direkt den deutschen Wirtschaftsverkehr betreffen.

g) Gesonderte Behandlung von Transitdurchfahrten?

³⁸ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), BT-Drs. 18/1558, 2, 28.

³⁹ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 135.

⁴⁰ Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 16.

⁴¹ Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 16.

⁴² So aber Sittard/Sassen, NJW 2016, 364 (364).

⁴³ Stommel/Valder, jurisPR-TranspR 5/2014 Anm. 4 sub C I.

⁴⁴ Dafür Sittard, NZA 2015, 78, 82; Moll/Katerndahl, DB 2015, 555, 557; Moll/Päßler/Astrid Reich, MDR 2016, 624, 625.

⁴⁵ Eingehend unten B II und B III.

Dass ein Arbeitnehmer auf einer Transitfahrt durch einen Staat überhaupt keine Dienstleistung in diesem Staat erbrächte, ist nicht zutreffend. Vielmehr erbringt er, sofern die Transitfahrt mit Transportgut erfolgt, eine Transportleistung oder, sofern die Transitfahrt leer zur Aufnahme von Transportgut erfolgt, eine Transportvorbereitungsleistung oder, sofern die Transitfahrt leer nach Ablieferung stattfindet, eine Vorbereitungsleistung zum nächsten Transport oder eine dem vorangegangenen Transport nachlaufende Leistung. Dies schlägt sich auch in einer Vergütungspflicht des Auftraggebers für Leerfahrten oder in einer kalkulatorischen Miteinbeziehung möglicher Leerfahrten bei der Kalkulation der Vergütungshöhe nieder. Es ist zwar richtig, dass der Arbeitnehmer im Transitstaat - anders als im so genannten grenzüberschreitenden Verkehr - keine Be- oder Entladungsleistung erbringt. Aber er erbringt eben eine Transport- bzw. eine Transportvorbereitungsleistung, indem er die Ware fährt bzw. zur Aufnahme der Ware fährt. Die Transitfahrt ist integraler und unverzichtbarer Bestandteil der Gesamtleistung Beförderung, die im Beladungsstaat beginnt, sich durch alle Transitstaaten zieht und im Entladungsstaat endet. Ohne die Transitfahrt wiese die Gesamtfahrt eine Lücke auf und wäre weder komplett noch überhaupt vorstellbar. Man kann sie schlechterdings nicht wegdenken, ohne dass ein Loch in der Mitte zwischen Be- und Entladung entstünde. Die Dienstleistung des Arbeitnehmers beschränkt sich eben nicht auf Be- und Entladung. Vielmehr besteht sie aus der Gesamtfahrt. Die eigentliche Beförderungsleistung erfolgt gerade zwischen Be- und Entladeort.

Auch bei einer Transitudurchfahrt durch Deutschland wird der Arbeitnehmer also in Deutschland tätig;⁴⁶ dies gilt selbst dann, wenn er im Stau steht.⁴⁷ Es gibt im MiLoG keine Ausnahme für den Transitverkehr. Im Kontrast dazu hat der österreichische Gesetzgeber in § 1 V Ziff. 7 LSD-BG⁴⁸ eine Ausnahme für den Transitverkehr statuiert.⁴⁹ Dass der österreichische Gesetzgeber eine solche ausdrückliche Ausnahme für nötig hielt, belegt im Umkehrschluss, dass auch eine Transitudurchfahrt grundsätzlich Tätigkeit und Beschäftigung im Transitland ist.⁵⁰

Hätten alle durchfahrenen Staaten Mindestlöhne ohne zeitliche Untergrenze der Beschäftigung nach deutschem Muster eingeführt, so würde konsequent für jeden einzelnen Abschnitt der in dem betreffenden Staat verordnete Mindestlohn fällig.⁵¹ Polemisch wird dies dahingehend gewendet, dass es für den Fahrer günstiger sei, wenn er in Deutschland im Stau stehe, als wenn er in Polen im Stau stehe.⁵² Das ist jedoch nicht mehr als eine logische Konsequenz aus der territorialen Beschränkung von Mindestlöhnen auf die Tätigkeit im jeweiligen Erlassstaat und aus der möglichen unterschiedlichen Höhe von Mindestlöhnen. Weil es entweder in einzelnen Staaten ganz an einer Mindestlohnpflicht fehlen kann oder weil Mindestlöhne un-

⁴⁶ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 133 und selbst Sittard, NZA 2015, 78, 79 f.; Sittard/Sassen, NJW 2016, 364 (364).

⁴⁷ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 133.

⁴⁸ Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG) erlassen wird (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, östBGBl. I Nr. 44/2016).

⁴⁹ Schitter, ecolex 2016, 656 (656).

⁵⁰ Rath, ecolex 2016, 663, 664.

⁵¹ Sittard, NZA 2015, 78, 81.

⁵² Sittard, NZA 2015, 78, 81.

terschiedlich hoch ausfallen können, kann sich der Arbeitnehmer durchaus bei korrekter Aufsplittung besser stehen, als er stünde, wenn ein niedriger oder gar kein Mindestlohn nach nur einem Recht durchgängig auf die gesamte Fahrt vom Anfangs- zum Endpunkt anwendbar wäre. Umgekehrt steht er aber schlechter als er stünde, wenn ein hoher Mindestlohn nach nur einem Recht durchgängig auf die gesamte Fahrt vom Anfangs- zum Endpunkt anwendbar wäre.

Durchreisefachverhalte zu erfassen mag nicht der freiheitssichernden Funktion des MiLoG, durch staatlichen Eingriff annähernd das Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien des Arbeitsvertrags wiederherzustellen, entsprechen.⁵³ Indes ist die freiheitssichernde Funktion ebenso wenig die einzige wie der Arbeitnehmerschutz oder die Stabilisierung der Sozialversicherungssysteme. Das wäre wiederum eine verkürzte Sichtweise und würde Wesentliches ausblenden. Vielmehr steht daneben die wettbewerbssichernde Funktion, der Schutz des fairen Wettbewerbs gegen Lohn- und Sozialdumping.

h) Nichtanwendbarkeit des § 20 MiLoG bei Beschäftigung außerhalb Deutschlands

§ 20 MiLoG als einzelne Norm ist *nicht* anwendbar, soweit Arbeitnehmer nicht in Deutschland eingesetzt sind.⁵⁴ Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitsvertrag bei Arbeit im Ausland deutschem Recht als Arbeitsvertragsstatut nach Art. 8 Rom I-VO unterliegt,⁵⁵ z.B. kraft Wahl deutschen Rechts unter Art. 8 I Rom I-VO. Allerdings hat der Arbeitnehmer dann einen Anspruch auf deutschen Mindestlohn nach § 1 I MiLoG,⁵⁶ der eigentlichen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage für den Mindestlohn,⁵⁷ als über die „normalen“ Kollisionsnormen regulär berufenem Teil des deutschen Rechts.⁵⁸ Unterliegt der Arbeitsvertrag dagegen nicht deutschem Recht, so findet bei einem Auslandseinsatz auch § 1 I MiLoG keine Anwendung.⁵⁹ § 20 MiLoG ist eine selbständige Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht jenseits der normalen kollisionsrechtlichen Anknüpfung. Er greift nur ein, soweit nicht auf den normalen kollisionsrechtlichen Wege eh deutsches Recht berufen ist, und enthält keine negative Beschränkung

⁵³ Forst, ZESAR 2015, 205, 207 f.

⁵⁴ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), BT-Drs. 18/1558, 42; Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 7; Pfeiffer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611 (611); Greiner, in: Beck'scher OK ArbR, 42 ed. 2016, § 20 MiLoG Rn. 4.

Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 20 MiLoG Rn. 1 plädiert für eine Verpflichtung des Arbeitgebers aus seiner Fürsorgepflicht, vertragliche Vereinbarungen auf gleichem Lohnniveau für Auslandsarbeit unter deutschem Arbeitsvertragsstatut zu treffen; kritisch dazu Greiner, in: Beck'scher OK ArbR, 42 ed. 2016, § 20 MiLoG Rn. 4.

⁵⁵ Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 8.

⁵⁶ Richert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 8.

⁵⁷ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), BT-Drs. 18/1558, 34.

⁵⁸ Forst, ZESAR 2015, 205, 206; Jens Schubert, in: Düwell/Jens Schubert, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 7; Thüsing/Bayreuther, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 75; wohl auch Stommel/Valder, jurisPR-TransPR 5/2014 Anm. 4 sub C II.

⁵⁹ Jens Schubert, in: Düwell/Jens Schubert, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 7.

des § 1 I MiLoG auf der sachrechtlichen Ebene.⁶⁰ Die in § 20 MiLoG ist keine Beschränkung des MiLoG insgesamt,⁶¹ sondern bezweckt nur eine Erweiterung.

3. Keine Bedeutung des Sitzes des Dienstleistungsempfängers

Wo der Dienstleistungsempfänger seinen Sitz hat, ist für § 20 MiLoG ohne Bedeutung. Der Arbeitnehmer hat keinen Einfluss darauf, wo dies ist. In der Regel wird er die Vertragsbeziehungen gar nicht kennen. Zudem wäre anderes bei Vertragsketten ungereimt, zufällig oder sogar manipulationsanfällig. Vertragsketten gibt es gerade im Transportsektor zuhauf. Dort sind Frachtverträge, Unterfrachtverträge, Unterunterfrachtverträge, Unterunterunterfrachtverträge usw. alltäglich.

4. Internationalprivatrechtliche Einordnung

§ 20 MiLoG ist eine Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 I Rom I-VO.⁶² Dies würde sich nach den herrschend angelegten Maßstäben für eine Qualifikation als Eingriffsnorm bereits aus seinem Anliegen ergeben, die Wettbewerbs- und Sozialordnung zu gestalten.⁶³ Gibt man dem nationalen Gesetzgeber die Freiheit, in einer Norm selbst oder in den Gesetzgebungsmaterialien diese Norm zur Eingriffsnorm zu erheben,⁶⁴ so ist die Eingriffsnormqualität des § 20 MiLoG erst recht zu bejahen. Denn nach der Gesetzesbegründung⁶⁵ ist dessen Zweck, alle Arbeitgeber *zwingend* dem Mindestlohn zu unterwerfen. Obendrein ist § 20 MiLoG eine Mindestlohnfestsetzung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEentG.⁶⁶ Der Eingriffsnormcharakter soll

⁶⁰ Jens Schubert, in: *Düwell/Jens Schubert*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 6.

⁶¹ Entgegen *Knauff*, EuZW 2014, 944, 945; *Pfeiffer*, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 617 f.

⁶² *Stommel/Valder*, jurisPR-TranspR 5/2014 Anm. 4 sub C I; *Moll/Katerndahl*, DB 2015, 555 (555); *Richert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 5; *Forst*, ZESAR 2015, 205, 206; *Pfeiffer*, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611 (611 f.); *Lakies*, MiLoG, 2. Aufl. 2015, § 20 MiLoG Rn. 3; *Richard Jansen/Julian Vogt*, in: *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 131; *Jens Schubert*, in: *Düwell/Jens Schubert*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 2; *Vogelsang*, in: *Günter Schaub* (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 66 Rn. 21; *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 20 MiLoG Rn. 1; *Sittard/Sassen*, NJW 2016, 364 (364); *Sittard*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 2; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2016, Rn. 160b; *Greiner*, in: Beck'scher OK ArbR, 42 ed. 2016, § 20 MiLoG Rn. 2.

⁶³ *Pfeiffer*, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 612; *Richert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 5.

⁶⁴ Siehe nur *GA Wahl*, Schlussanträge vom 15.5.2013 in der Rs. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:301 Rn. 35 und am Beispiel §§ 449 III; 466 IV HGB nur *Herber*, NJW 1998, 3297, 3303; *Möglich*, Das neue Transportrecht, 1999, § 449 HGB Rn. 17; *Ramming*, TranspR 1999, 325, 338; *Fremuth*, in: *Fremuth/Thume*, Kommentar zum Transportrecht, 2000, Vor § 407 HGB Rn. 55, § 449 HGB Rn. 46; *Peter Bydlinski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 7 a/Ergänzungsband zu Bd. 7, 2000, § 466 HGB Rn. 5; *Ansgar Staudinger*, IPRax 2001, 183, 184.

Anders indes *Rommelaere*, Rev. dr. comm. belge 2001, 621, 625; *Mankowski*, in: v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 99.

⁶⁵ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), BT-Drs. 18/1558, 42.

⁶⁶ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), BT-Drs. 18/1558, 42; *Forst*, ZESAR 2015, 205, 206; *Richert/Nimmerjahn*, MiLoG,

sich generell aus dem Zusammenspiel mit AEentG und RL 96/71/EG ergeben.⁶⁷ Denn Art. 3 I lit. c RL 96/71/EG *verpflichtet* die Mitgliedstaaten, den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern diejenigen Mindestlohnsätze zu gewähren, welche in dem Hoheitsgebiet üblich sind, wo die Arbeitsleistung erbracht wird; dieser Verpflichtung kommt § 20 MiLoG nach.⁶⁸ Entsenderecht wird vorherrschend, u.a. gestützt auf Erwägungsgrund (34) Rom I-VO und Erwägungsgrund (11) Vorschlag Rom I-VO⁶⁹, als Eingriffsrecht qualifiziert.⁷⁰

Die Einordnung einer Vorschrift als Eingriffsnorm entbindet allerdings nicht per se davon, diese Vorschrift auf ihre Unionsrechtskonformität zu überprüfen.⁷¹ Unionsrecht steht normhierarchisch auch über Eingriffsnormen des nationalen Rechts. Ist eine Norm nicht unionsrechtskonform, so kann ihre Einordnung als Eingriffsnorm sie vor dem Verdikt nicht retten. Sie wird wegen des Unionsrechtsverstößes unanwendbar, selbst wenn sie eine Eingriffsnorm ist. Eine Sonderanknüpfung unionsrechtswidriger Eingriffsnormen garantiert Art. 9 Rom I-VO keineswegs. Er ist keine per se-Rechtfertigung von Eingriffsnormen. Vielmehr setzt er voraus, dass es eine anwendbare Eingriffsnorm gibt. Daran fehlt es aber wegen der aus dem Unionsrecht fließenden Unwendbarkeitsfolge bei Unionsrechtswidrigkeit einer Eingriffsnorm. Die Prüfung auf Unionsrechtskonformität ist Art. 9 Rom I-VO gleichsam vorgelagert, denn sie setzt bei der Eingriffsnorm als dem Objekt einer möglichen Sonderanknüpfung an. Etwai-ge Eingriffe in Art. 16 GRC wegen Überspiels eines parteiautonom gewählten Arbeitsvertragsstatuts⁷² entfalten keinen eigenen darüber hinausgehenden Gehalt und gebieten keine Kontrolle jenseits der primärrechtlich verlangte Maßstäbe.⁷³

2015, § 20 MiLoG Rn. 4; *Pfeiffer*, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 612; *Jens Schubert*, in: *Düwell/Jens Schubert*, MiLoG, 2015, § 20 MiLoG Rn. 2; *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017, § 20 MiLoG Rn. 1; *Sittard*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 2.

Anders *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1866, 1869.

⁶⁷ *Richard Jansen/Julian Vogt*, in: *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), *Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts*, 2015, S. 129, 131.

⁶⁸ *Pötters/Daniel Krause*, in: *Mückl/Pötters/Daniel Krause*, *Das Mindestlohngesetz in der betrieblichen Praxis*, 2015, Rn. 241; *Richard Jansen/Julian Vogt*, in: *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), *Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts*, 2015, S. 129, 131; *Sittard*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 2.

⁶⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), von der Kommission vorgelegt am 15.12.2005, KOM (2005) 650 endg.

⁷⁰ Siehe nur *Deinert*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 277, 289-293; *Maultzsch*, in: *BeckOGK Art. 9 Rom I-VO* Rn. 232 (2016).

⁷¹ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 31, 56-59 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL; EuGH 17.10.2013 – Rs. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 Rn. 46 – United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV/Navigation Maritime Bulgar; GA *Wahl*, Schlussanträge vom 15.5.2013 in der Rs. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:301 Rn. 37; *Fetsch*, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, 2002, S. 88-236; *Mankowski*, EWIR 2014, 11, 12; *Lüttringhaus*, IPRax 2014, 146, 149; *Deinert*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2016, Kap. 10 Rn. 32; *Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2016, Art. 1 RL 96/71/EG Rn. 72.

⁷² *Lüttringhaus*, IPRax 2014, 146, 149 f.

⁷³ *Deinert*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2016, Kap. 10 Rn. 32.

II. Primärrechtskonformität des § 20 MiLoG

1. Dienstleistungsfreiheit

a) Grundsätzliches Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Mindestlohnvorschriften

Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV schützt jede grenzüberschreitende Tätigkeit im Wirtschaftsverkehr, die auf Gewinnerzielung gerichtet ist.⁷⁴ Der EuGH hat die Dienstleistungsfreiheit von einem bloßen Diskriminierungs- zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot ausgebaut: Alle Beschränkungen, die geeignet sind, Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Dienstleistender, der dort regelmäßig gleichartige Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern, sind aufzuheben.⁷⁵ Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind alle Maßnahmen, welche die Ausübung der durch den AEUV garantierten grundlegenden Freiheiten unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.⁷⁶ Ein Mindestlohn, der auch für in den jeweiligen Erlassstaat entsandte Arbeitnehmer greift, beeinträchtigt die Dienstleistungsfreiheit der betroffenen Arbeitgeber aus Art. 56 AEUV. Denn er erhöht die Kosten für die betroffene Dienstleistung. Sind an ihn Dokumentations- und Meldepflichten oder andere öffentlich-rechtliche Pflichten geknüpft, so bedingen solche Pflichten zusätzlichen Verwaltungsaufbau und erhöhen die Kosten der Dienstleistung damit weiter. Mindestlohnvorschriften beschränken die Dienstleistungsfreiheit.

Jedoch gilt auch die Dienstleistungsfreiheit nicht schrankenlos. Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können vielmehr, wenn sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind,⁷⁷ durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein.⁷⁸ Zwar dürfen Einschränkungen die Dienstleistungsfreiheit nicht illusorisch machen.⁷⁹ Gerechtfertigte Einschränkungen haben aber zum einen den Abwägungstest gegen die Dienstleistungsfreiheit bestanden und werden zum anderen nur punktuell eingreifen, während die Dienstleistungsfreiheit jenseits dessen weiter herrscht. Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist insbesondere der Arbeitnehmerschutz.⁸⁰ Zu den anderen Rechtfertigungsgründen

⁷⁴ Z.B. EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 Rn. 4/10 – Bruno Nils Olaf Walrave u. Longinus Johannes Norbert Koch/Association Union Cycliste Internationale.

⁷⁵ Insbesondere EuGH 9.8.1994 – Rs- C-43/93, Slg. 1994, I-3803 Rn. 16 f. – Raymond Vander Elst/Office des Migrations Internationales.

⁷⁶ Grundlegend EuGH 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – Reinhard Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

⁷⁷ Siehe nur EuGH 25.7.1991 – Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221 Rn. 15 – Manfred Säger/Dennemeyer & Co. Ltd.

⁷⁸ Siehe nur EuGH 10.5.1995 – Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 45 – Alpine Investments BV/Minister van Financiën; EuGH 5.6.1997 – Rs. C-398/95, Slg. 1997, I-3091 Rn. 23 – Syndesmos ton Elladi Touristikou kai Taxiidiotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias.

⁷⁹ EuGH 21.9.2006 – Rs. C-168/04, Slg. 2006, I-9041 Rn. 43 – Kommission/Österreich.

⁸⁰ Siehe nur zuletzt EuGH 18.9.2014 – Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 Rn. 31 – Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund; EuGH 17.11.2015 – Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 Rn. 70 – RegioPost GmbH/Stadt Landau in der Pfalz.

zählt auch das finanzielle Gleichgewicht des Systems der Sozialen Sicherheit.⁸¹ Rein wirtschaftliche Gründe sollen eine Einschränkung des Art. 56 AEUV dagegen nicht rechtfertigen können.⁸² Die Verhinderung von Sozialdumping indes geht über rein Wirtschaftliches hinaus und ist zwingendes Allgemeininteresse.⁸³ Sozialdumping ist der Unterbietungswettbewerb um den niedrigsten Lohnanspruch unter Umgehung und Verkürzung von Sozialversicherungsleistungen.⁸⁴

Einen milderen Kontrollmaßstab im Sinne der Keck-Formel bei der Warenverkehrsfreiheit⁸⁵ legt der EuGH bei der Dienstleistungsfreiheit nicht an.⁸⁶ Bei der Warenverkehrsfreiheit berührt die Vermarktung der Ware keine personalen Elemente, wie sie bei der Dienstleistung im Vordergrund stehen.⁸⁷

b) Die Rüffert-Entscheidung als Teil des „Laval-Quartetts“ und eines vergaberechtlichen Kontextes

Mindestlohnvorschriften nationaler Rechte sind vor allem im Kontext des Vergaberechts auf den Prüfstand des Unionsrechts und der Dienstleistungsfreiheit gekommen. Der EuGH hat dabei in Rüffert⁸⁸ – vor dem rechts- und gesellschaftspolitischen Hintergrund der nicht mit Mindestlöhnen befassten Entscheidungen Viking,⁸⁹ Laval⁹⁰ und Kommission/Luxemburg⁹¹ – einen strengen Maßstab an eine mögliche Rechtfertigung angelegt.⁹² Allerdings ist der vergaberechtliche Mindestlohn nicht in allem mit dem arbeitsrechtlichen Mindestlohn gleichzusetzen. Seine Behandlung kann höchstens ein Indiz sein, wie der arbeitsrechtliche Mindestlohn

⁸¹ EuGH 28.4.1998 – Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41 – Raymond Charles Kohll/Union des caisses de maladie.

⁸² Siehe nur EuGH 5.6.1997 – Rs. C-398/95, Slg. 1997, I-3091 Rn. 23 – Syndesmos ton Elladi Touristikou kai Taxidiotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias; EuGH 28.4.1998 – Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41 – Raymond Charles Kohll/Union des caisses de maladie; EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98, C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831 Rn. 39 – Finalarte Sociedade de Construção Lda/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99, Slg. 2002, I-787 Rn. 26 – Portugalia Construções Lda; Glaser/Karl, ZHR 177 (2013), 643, 662; Pache, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäisches Grundrecht und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 11 Rn. 94.

⁸³ EuGH 19.1.2006 – Rs. C-244/04, Slg. 2006, I-1885 Rn. 61 – Kommission/Deutschland; GA Bot, Schlussanträge vom 3.4.2008 in der Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 109; Glaser/Karl, ZHR 177 (2013), 643, 665.

⁸⁴ Steinmeyer, DVBl 1995, 962, 963 f.; Glaser/Karl, ZHR 177 (2013), 643, 665.

⁸⁵ Dazu unter C II.

⁸⁶ Ulrich Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Losebl. 1993 ff., Art. 57 AEUV Rn. 104; Kingreen, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV Rn. 50.

⁸⁷ Tiedje, in: v. der Groeben/Jürgen Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. I: Artt. 1-55 EUV; 1-54 GRC; 1-66 AEUV, 7. Aufl. 2015, Art. 56 AEUV Rn. 99.

⁸⁸ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 23-43 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

⁸⁹ EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 – International Transport Workers' Federation u. Finnish Seaman's Union/Viking Line ABP u. OÜ Viking Line Eesti.

⁹⁰ EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 – Laval un Partneri Ltd./Svenska.

⁹¹ EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/06, Slg. 2008, I-4323 – Kommission/Großherzogtum Luxemburg.

⁹² Siehe nur Kainer, NZA 2016, 394, 397.

auch behandelt und beurteilt werden könnte. Der besondere Kontext des Vergaberechts erfordert einen zwischengeschalteten Schritt und steht einer unbesesehenen, ungeprüften und nicht hinterfragten Übertragung entgegen.

Viking, Laval, Kommission/Luxemburg und Rüffert sind als das so genannte „Laval-Quartett“ bekannt.⁹³ Sie haben eine sehr intensive Diskussion um die Grenzen der Liberalität und um richtige Abwägungsmaßstäbe ausgelöst.⁹⁴ Aus arbeitsrechtlicher Perspektive sind sie verheerend.⁹⁵ In ihnen weht der kalte Wind von Austerität und neuer Economic Governance.⁹⁶ Sie waren Anstoß für eine ernsthafte Diskussion, ob der EuGH antisozial oder neoliberal sei.⁹⁷ Zudem zielte die Stoßrichtung des Laval-Quartetts auf Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten, insbesondere der skandinavischen Mitgliedstaaten, die über bloße, „einfache“ Mindestlöhne weit hinausgingen. Das Laval-Quartett richtet sich insoweit gegen, pointiert gesagt, Aufschläge und Exzesse. Einfache Mindestlöhne, bloße Mindestentgelte (wie nach dem MiLoG) können sich selbst unter dem Laval-Quartett dagegen in einem günstigeren Licht darstellen. An unterschiedlich zu beurteilende Maßnahmen sind unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Das MiLoG schlägt nichts aus, sondern ist der Normalfall eines Mindestlohns. Es handelt sich zudem um einen gesetzlichen, nicht um einen tariflichen Mindestlohn. Erwägungsgrund (16) S. 1 CIT-VO⁹⁸ unterstreicht die Legitimität gerade der allgemeinen Mindestlohnsätze in besonderem Maße. Das MiLoG bewegt sich also im Kernbereich der RL 96/71/EG. Daher muss es sich nicht an der vollen Strenge der Linie aus dem Laval-Quartett messen lassen.

c) Jüngere Rechtsprechung im Kontrast zur wirtschaftsliberalen Linie des „Laval-Quartetts“ einschließlich Rüffert

Rüffert – eben vor dem Hintergrund von Viking, Laval und Kommission/Luxemburg - markiert jedoch nicht die einzige zu beachtende Rechtsprechungslinie des EuGH. Vielmehr ist die Rechtsprechung des EuGH zu Mindestlöhnen nicht einheitlich und durchaus wechselvoll.⁹⁹ Der EuGH hat mit Rüffert höchstens seine damalige Position im Kontext des Vergaberechts formuliert. Dort nimmt er eine sehr wirtschaftsliberale Haltung ein. Dort räumt er den Grundfreiheiten und dem Binnenmarkt einen kaum begrenzten Vorrang ein. In anderen Zusammenhängen hat er nationale Mindestlohnvorschriften dagegen mehrfach anders beurteilt:

⁹³ Siehe nur *Malmberg*, The Impact of the ECJ Judgments on Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg on the Practice of Collective Bargaining and the Effectiveness of Social Action – Study, IPR/A/EMPL/ST/2009-11 – PE 440.275 (May 2010), S. 3 et passim.

⁹⁴ Z.B. *Donnette*, Rev. aff. eur. 2007-2008, 341; *Chaumette*, Dr. soc. 2008, 210; *Rebhahn*, wbl 2008, 63; *Houwerijl/Van Hoek*, NTER 2008, 190; *De Vries/Prechal*, SEW 2008, 425; *Claudia Schubert*, RdA 2008, 289; *Konzen*, FS Herbert Buchner, 2009, S. 461; *Bücker*, Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert, 2011 und die Beiträge in: *Blanpain/Swiatkowski* (eds.), The Laval and Viking Cases, 2009, und in: *Freedland/Prassl* (eds.), Viking, Laval and Beyond, Oxford/Portland, Oreg. 2015.

⁹⁵ *K.D. Ewing*, (2016) 132 LQR 683 (683).

⁹⁶ *K.D. Ewing*, (2016) 132 LQR 683, 684.

⁹⁷ Siehe nur *Lhernould*, Rev. jur. soc. 2010, 507; *Kokott*, FS Renate Jaeger, 2010, S. 115.

⁹⁸ Verordnung (EU) Nr. 1214/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über den gewerbsmäßigen grenzüberschreitenden Straßentransport von Euro-Bargeld zwischen den Mitgliedstaaten des Euroraums, ABl. EU 2011 L 316/1.

⁹⁹ *Bayreuther*, EuZA 2015, 346; *Kainer*, NZA 2016, 394 (394).

- Erstens hat der EuGH *gebilligt*, dass der Erhalt eines öffentlichen Auftrags daran gekoppelt wird, dass der Bieter eine Verpflichtungserklärung zur Zahlung der in einem Tariftreuegesetz vorgegebenen Mindestlöhne abgibt und anderenfalls, wenn er dies nicht tut, vom Verfahren ausgeschlossen wird.¹⁰⁰ Das ist großzügiger und weniger streng als die Rechtsprechung zu vergaberechtlichen Mindestlöhnen.¹⁰¹ Der EuGH respektiert die konfligierenden Wertungen.¹⁰²
- Zweitens hat der EuGH das Sicherstellen eines lautereren Wettbewerbs als legitime Zielsetzung im Kontext der EntsenderL anerkannt (näher E I).¹⁰³

Dass ein Mindestlohnsatz allgemein und branchenunabhängig für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge durch einen bestimmten öffentlichen Auftraggeber gilt, begründet einen maßgeblichen Unterschied zu Mindestvorgaben in einem nicht für allgemeinverbindlichen erklärten, branchenspezifischen Tarifvertrag. Wettbewerbsgleichheit im Vergabestaat scheint auch hier als rechtfertigendes Ziel durch. Diese steht wiederum nicht in Rede, wenn die Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Einhaltung eines landesvergabespezifischen Mindestlohns gefordert wird für Dienstleistungen, die von Arbeitnehmern in einem anderen EU-Mitgliedstaat erbracht werden soll.¹⁰⁴ Dann ist nämlich nicht der Wettbewerb im Vergabestaat betroffen, sondern jener im Aufnahmestaat. Die Bindung an einen inländischen Mindestlohn für Auslandsarbeit kann auch vergabevertraglich nicht eingefordert werden. Die Bundesdruckerei-Entscheidung¹⁰⁵ lässt keine Schlussfolgerungen für Entsendekonstellationen zu.¹⁰⁶ Denn sie betraf einen Fall von Outsourcing ins Ausland, keine Entsendung ins Inland.¹⁰⁷ Die letztlich inkriminierte Geltung des Mindestlohns wurde dort für Auslandsarbeit beansprucht, nicht für Inlandstätigkeit, die Eigenschaft als Ausland und Inland jeweils beurteilt aus der Perspektive des Erlassstaates.¹⁰⁸ Für die beschäftigten Arbeitnehmer ging es um Arbeit in dem Staat, in dem sie leben.¹⁰⁹

Von einer durchgängigen Geltung der strengen vergaberechtlichen Linie in allen Rechtsgebieten kann jedenfalls keine Rede sein,¹¹⁰ zumal sie selbst im Vergaberecht selber Differenzierungen kennt.¹¹¹ Eine Besonderheit in Rüffert war, dass das verworfene Schutzniveau für entsandte Arbeitnehmer höher gewesen wäre als das von zwingenden Bestimmungen im Ziel-

¹⁰⁰ EuGH 17.11.2015 – Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 Rn. 71-77 – Regio Post GmbH/Stadt Landau in der Pfalz; GA Mengozzi, Schlussanträge vom 9.9.2015 in der Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:566 Rn. 63-88.

¹⁰¹ Kainer, NZA 2016, 394 (394).

¹⁰² Siehe Kainer, NZA 2016, 394 (394).

¹⁰³ EuGH 12.2.2015 – Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 Rn. 30 – Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka Akcyjna.

¹⁰⁴ Windeln/Schäffer, ArbRB 2015, 359, 360.

¹⁰⁵ EuGH 18.9.2014 – Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 – Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund.

¹⁰⁶ Entgegen Bissels/Falter/Evers, ArbRAktuell 2015, 4, 6; Sittard, NZA 2015, 78, 80 f.; Moll/Katerndahl, DB 2015, 555, 559.

Ähnlich wie hier Schrotz/Raddatz, NVwZ 2014, 1507, 1508.

¹⁰⁷ Kainer, NZA 2016, 394, 397.

¹⁰⁸ Siehe Kainer, NZA 2016, 394, 397.

¹⁰⁹ Knauff, EuZW 2014, 944, 945.

¹¹⁰ Bayreuther, EuZW 2015, 312, 313; Kainer, NZA 2016, 394 (394).

¹¹¹ Windeln/Schäffer, ArbRB 2015, 359, 360.

staat allgemein verlangte.¹¹² Insbesondere wurde eine Tariftreueklausel in Rüffert letztlich nur deshalb verworfen, weil sie lediglich auf einen Tarifvertrag verwies und dieser keinen Mindestlohn festlegte.¹¹³ Dem konkret in Rede stehenden Tarifvertrag mangelte es sowohl an der Allgemeinverbindlicherklärung¹¹⁴ als auch an der geographisch unbeschränkten Verbindlichkeit.¹¹⁵ Das sollte eine Differenzierungslinie zu einer gesetzlichen Fixierung eines Mindestlohns (wie in § 20 MiLoG) markieren.¹¹⁶ Denn eine gesetzliche Fixierung hat keinen beschränkten Geltungsbereich und bedarf keiner Erweiterung zur geographischen Verallgemeinerung innerhalb ihres Erlassstaates.¹¹⁷ Im Vergaberecht selber hat schließlich die RL 2004/18/EG¹¹⁸, die im „Laval-Quartett“ noch nicht berücksichtigt werden konnte, eine Veränderung bewirkt. RegioPost hat unter Art. 26 RL 2004/18/EG Mindestlöhne für vergaberechtlich grundsätzlich berücksichtigungsfähig erklärt, insbesondere weil Erwägungsgrund (34) RL 2004/18/EG auf die RL 96/71/EG verweist.¹¹⁹ Erwägungsgrund (37) UA 2 S. 2 RL 2014/24/EU¹²⁰ setzt dies im Vergaberecht nahtlos fort. Erwägungsgrund (1) RL 2004/18/EG wie Erwägungsgrund (2) RL 2014/24/EU erklären die Vergaberichtlinien gleichermaßen zu Konkretisierungen der Grundfreiheiten.¹²¹ Daraus wird auf die Vereinbarkeit des MiLoG mit dem europäischen Vergaberecht geschlossen.¹²²

Spezifisch für das Entsenderecht lässt sich obendrein argumentieren, dass die Einführung der RL 2004/18/EG eine Zäsur mit sich gebracht hat und die vorherige Rechtsprechung nun im Lichte des neu eingeführten Art. 26 RL 2004/18/EG relativiert.¹²³ Auch auf anderen Feldern hat der EuGH in den 2000ern erreichte Hochwassermarken später verlassen und aufgegeben,¹²⁴ z.B. bei der Niederlassungsfreiheit, wo er heute den Mitgliedstaaten mehr an Eingriffen im Interesse des Gläubigerschutzes zubilligt als in den 2000ern.^{125, 126}

¹¹² EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 33 f. – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

¹¹³ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 24 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

¹¹⁴ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 26 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

¹¹⁵ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 28 f. – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

¹¹⁶ *Däubler*, NZA 2014, 694, 696.

¹¹⁷ *Däubler*, NZA 2014, 694, 696.

¹¹⁸ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG 2004 L 134/114.

¹¹⁹ EuGH 17.11.2015 – Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 Rn. 58-77 – RegioPost GmbH/Stadt Landau in der Pfalz; *Siegel*, EuZW 2016, 101, 102.

¹²⁰ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. EU 2014 L 94/65.

¹²¹ *Siegel*, EuZW 2016, 101, 102.

¹²² *Tugendreich*, NZBau 2015, 395, 398; *Siegel*, EuZW 2016, 101, 102.

¹²³ So ausdrücklich GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 9.9.2015 in der Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:566 Rn. 70.

¹²⁴ *Mankowski*, NZG 2016, 281, 284 f.; *Bollée*, in: *d'Avout/Bollée*, D. 2016, 2025, 2029.

¹²⁵ Besonders streng EuGH 30.9.2003 – C-167/01, Slg. 2003, I-10155 = ECLI:EU:C:2003:512 Rn. 95-105, 131-143 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.*

¹²⁶ EuGH 10.12.2015 – Rs. C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 Rn. 25-27 – *Simona Kornhaas/Thomas Dithmar*.

d) Monti-Bericht, Entsendepaket und RL 2014/67/EU

Das „Laval-Quartett“ ist zudem im Lichte der nachfolgenden politischen Entwicklung zu sehen.¹²⁷ Die harte, wirtschaftsliberale Linie des EuGH hat die politischer denkende Kommission zu einigen Schritten in die andere, sozialere Richtung veranlasst. Bereits der *Monti*-Bericht nimmt politische Rücksichten und deutet ein legislatives Einlenken an.¹²⁸ Eine deutliche Bekräftigung von Regulierungskompetenzen für die Bestimmungsländer bringt dann das so genannte Entsendepaket¹²⁹. Insbesondere vermag man sich kaum eine deutlichere Bekräftigung der RL 96/71/EG zu denken als die Durchsetzungsrichtlinie RL 2014/67/EU¹³⁰.¹³¹ Dem Binnenmarktgedanken kann ein level playing field-Ansatz zu besserer Akzeptanz verhelfen, indem auf unterschiedlichen Kostenstrukturen beruhende Wettbewerbsverzerrungen eingehegt werden.¹³² Gerade die Entsenderichtlinie RL 96/71/EG ist Ausdruck eines solchen Ansatzes.¹³³ Sie lässt Unternehmen unter gleichen Bedingungen miteinander konkurrieren, statt Staaten in einen Unterbietungswettbewerb eintreten zu lassen.¹³⁴

e) Stärkere Betonung der sozialen Komponente mit dem Vertrag von Lissabon

Zudem ist zu bedenken, dass das „Laval-Quartett“ zum Primärrecht in der Fassung vor dem Vertrag von Lissabon erging. Der Vertrag von Lissabon hat indes das soziale Element wesentlich gestärkt und dadurch das starke Primat der Binnenmarktfreiheiten relativiert und zurückgenommen:¹³⁵ Art. 3 UA 1 S. 2 EUV erhebt die soziale Marktwirtschaft samt deren Zielen Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt zu einem Grundwert der EU. Art. 3 UA 2 EUV verlangt, soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz zu fördern. Art. 9 AEUV will einen angemessenen sozialen Schutz gewährleistet sehen, konkretisiert durch Artt. 145 ff. und Artt. 151 ff. AEUV. Artt. 27-38 GRCh haben neue soziale Grundrechte eingeführt.

¹²⁷ Vgl. *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 74.

¹²⁸ Report *Monti*, A New Strategy for the Internal Market (9 September 2010) <http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf>.

¹²⁹ Gipfelnd im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, KOM (2012) 131 endg.

¹³⁰ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems (IMI-Verordnung), ABl. EU 2014 L 159/11.

¹³¹ Vgl. *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 75.

¹³² *Kainer*, NZA 2016, 394, 395 unter Hinweis auf EuGH 11.6.1991 – Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867 Rn. 23 – Kommission/Rat (Titandioxid-Abfälle); EuGH 5.10.2000 – Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 106 – Bundesrepublik Deutschland/Parlament und Rat (Tabakwerbung I).

¹³³ *Kainer*, NZA 2016, 394, 395.

¹³⁴ *Kainer*, NZA 2016, 394, 395.

¹³⁵ *Däubler*, NZA 2014, 694, 698.

f) Unverhältnismäßigkeit des deutschen Mindestlohnrechts bei nur kurzfristiger Tätigkeit?

aa) Maßstab der Unverhältnismäßigkeit

Wenn man akzeptiert, dass ein Erlassstaat Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten, die Dienstleistungen im Erlassstaat erbringen, grundsätzlich Pflichten zum Zahlen eines Mindestlohns auferlegen darf, bleibt zu prüfen, ob dies in allen Fällen verhältnismäßig ist, insbesondere bei nur kurzer Dauer der Tätigkeit im Erlassstaat.¹³⁶ Unverhältnismäßigkeit soll sich insbesondere erweisen können, wenn es sich um Beschäftigte eines Unternehmens in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrere anderer Mitgliedstaaten als desjenigen erbringen müssen, in welchem das Unternehmen seinen Sitz hat.¹³⁷ Allerdings ist eine Voraussetzung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass die Arbeitnehmer im Niederlassungsmitgliedstaat einen vergleichbaren Schutz genießen wie im Aufnahmemitgliedstaat und sich hinsichtlich des Entgelts, der Steuerlast und der Sozialabgaben in beiden Staaten in der ungefähr gleichen Lage bewegen, so dass grundsätzlich das gleiche soziale Schutzniveau besteht.¹³⁸ Insoweit kann man eine Anwendung nationaler Mindestlohnvorschriften nicht vom sozialen Schutzstandard abkoppeln. Indes kommt es dann eben auch auf den sozialen Schutzstandard an, nicht dagegen auf die Lebenshaltungskosten.¹³⁹ Obendrein haben zunächst die auf nationaler Ebene zuständigen Stellen die Grenzen der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen; diese sind deshalb zumindest teilweise in deren Ermessen gestellt.¹⁴⁰

Der EuGH etablierte diese Maßstäbe und eine relativ strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung in *Mazzoleni*.¹⁴¹ *Mazzoleni* betraf aber ein Strafverfahren. Dort stand die strengste und einschneidendste mögliche Rechtsfolge in Rede. Dies machte eine besonders sorgfältige Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich. Zudem entstand die heute maßgebliche legislative Grundlage erst nach *Mazzoleni*. Die RL 96/71/EG erging erst nach *Mazzoleni*. Die maßgebliche politische Erfassung durch die EntsenderRL wie die VergabeRL erfolgte erst nach *Mazzoleni*. In den jüngsten Entscheidungen, *RegioPost*¹⁴² und *Sähköalojen ammattiliitto*¹⁴³, fand –

¹³⁶ *Krebber*, EuZA 2013, 435, 447 f.; *Hohnstein*, NJW 2015, 1844, 1847; *Rebhahn*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 2; siehe EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 28 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA.

¹³⁷ EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 30-41 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA.

¹³⁸ EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 35 sowie Rn. 19 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA.

¹³⁹ Für letztere aber *Günther*, ArbRAktuell 2014, 535 (535); *Sittard*, NZA 2015, 78, 81. Offen BVerfG NJW 2015, 2242 Rn. 14.

¹⁴⁰ EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 34, 37 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA.

¹⁴¹ Auf § 20 MiLoG übertragen von *Rothenhöfer*, Blickpunkt Dienstleister 2/2015, 21; *Tuengerthal*, BB 2015, 2997, 2999.

¹⁴² EuGH 17.11.2015 – Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 – *RegioPost GmbH/Stadt Landau in der Pfalz*.

¹⁴³ EuGH 12.2.2015 – Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 Rn. 30 – *Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka Akcyjna*.

eben im Umfeld der späteren Legislativakte - eine vergleichbare Verhältnismäßigkeitsprüfung wie in Mazzoleni nicht mehr statt.¹⁴⁴

bb) Möglichkeit innerbetrieblicher Spannungen als Faktor?

Unterschiedliche Bezahlung je nach Einsatzgebiet, wie sie aus nur in einzelnen Staaten geltenden Mindestlöhnen folgt, kann Unterschiede im effektiv ausgezahlten Lohn für verschiedene Beschäftigte innerhalb desselben Betriebs nach sich ziehen. Weiter mag es Neid und Spannung im Betrieb nach sich ziehen.¹⁴⁵ Diese können sogar in einen betriebsinternen Wett-eifern der Arbeitnehmer und die Fahrten in die für sie lukrativeren Staaten mit Mindestlohn-pflichten münden. Das Vermeiden von Spannungen, insbesondere in grenznahen Betrieben, mag man zwar als ein Moment anerkennen.¹⁴⁶ Jedoch wäre dies wiederum gegen die generel-le Zulassung von Mindestlohnspflichten einzuordnen und sollte allenfalls mit untergeordnetem Rang in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen.¹⁴⁷ Die Tendenz der späteren Legisla-tivakte geht zu gleichem Arbeitsentgelt für gleiche Arbeit, nicht zu gleichem Arbeitsentgelt für die Arbeit beim gleichen Arbeitgeber. Alles andere würde die wettbewerbsordnende Komponente von Mindestlöhnen zu gering ansetzen.

cc) Unverhältnismäßigkeit der Höhe möglicher Bußgelder?

Für die Schwere der möglichen Bußgelder darf man nicht pauschal auf das höchstmögliche Bußgeld abstellen, sondern muss Ermessen und tatsächlich geübte Praxis umso gewichtiger einbeziehen. Höchstgrenzen werden gemeinhin erst in Wiederholungsfällen ausgeschöpft. Erstverstöße werden dagegen eher mit Bußgeldern am unteren Rand geahndet. Die Höhe des Maximalbußgeldes ist für sie kein prägender Orientierungsfaktor. Vielmehr stehen die Schwe-re des zu ahndenden Verstoßes und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Bußgeldschuldners im Vordergrund. Dem trägt die Rechtsfolgende bei Verstößen gegen das MiLoG Rechnung. Verstöße gegen das MiLoG begründen Ordnungswidrigkeiten. Für diese gilt ausfüllend das OWiG. Das OWiG achtet aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip in besonderem Maße. Z.B. wird nach § 17 II OWiG die Obergrenze möglicher Bußgelder auf die Hälfte gesenkt, wenn nur fahrlässige Taten zu ahnden sind.

g) Transportsektor

aa) Anwendbarkeit der Art. 58; 92 AEUV

Für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs verweist Art. 58 I AEUV auf die Bestimmungen des Titels über den Verkehr. Im Kern führt die Verweisung zu Art. 92 AEUV. Art. 92 AEUV lässt sich zum einen als Diskriminierungsverbot verstehen,¹⁴⁸ zum

¹⁴⁴ Kainer, NZA 2016, 394, 399.

¹⁴⁵ Hantel, ZESAR 2015, 357, 359.

¹⁴⁶ EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 = ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 36 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA.

¹⁴⁷ Hantel, ZESAR 2015, 357, 359.

¹⁴⁸ Dafür Streinz/Peter Schäfer, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 92 AEUV Rn. 7; Khan, in: Rudolf Gei-ger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2016, Art. 92 AEUV Rn. 3.

anderen – so der EuGH – als Stillhalte- bzw. Abstandssicherungsgebot.¹⁴⁹ Dagegen konstituiert er kein allgemeines Beschränkungsverbot.¹⁵⁰ Dienstleistungen im Verkehrsbereich genießen damit einen Schutz, der nicht die Höhe des in Artt. 56; 57 AEUV für Dienstleistungen allgemein gewährten Schutzes erreicht.¹⁵¹

Im Transportsektor sind der Verwaltungsaufwand, der Umfang der Fahrt(en), die zeitliche Dauer der Fahrt(en) und das Lohnniveau im jeweiligen Niederlassungsstaat Faktoren in der Abwägung.¹⁵² Dass Deutschland kraft seiner geographischen Lage Zentralstaat in Europa und deshalb in besonderem Maße Transitland ist, darf dagegen keinen Einfluss haben.¹⁵³ Auch dass Transportleistungen kurzfristig angefordert werden und zu planen sind, gegebenenfalls sogar für alternative Routen durch verschiedene Staaten, kann keine Rolle spielen.¹⁵⁴

bb) VO (EG) Nr. 1072/2009

Die VO (EG) Nr. 1072/2009 konkretisiert die Dienstleistungsfreiheit für den Straßengütertransport. Sie betrifft jedoch allein den Marktzugang. Erwägungsgrund (2) S. 1 VO (EG) Nr. 1072/2009 stellt das klar. Sie betreffen das Außenverhältnis zwischen Transportunternehmer und (potenziellen) Auftraggebern. Dagegen betreffen sie nicht Arbeitsverhältnisse zwischen dem Transportunternehmer und seinen Fahrern. Dies ergibt schon der Zuschnitt und Umfang der Gemeinschaftslizenz nach Art. 4 I VO (EG) Nr. 1072/2009. Die Gemeinschaftslizenz ist nach Erwägungsgrund (9) VO (EG) Nr. 1072/2009 Eckpfeiler und Fundament des europäischen Systems, und ausweislich Erwägungsgrund (10) VO (EG) Nr. 1072/2009 regelt die VO (EG) Nr. 1072/2009 abschließend ihre Erteilungsvoraussetzungen.

cc) Entscheidung Nr. 357/2009/EG

Die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns ist keine Maßnahme, die spezifisch auf den Verkehrssektor ausgerichtet wäre. Vielmehr ist sie gerade nicht sektorspezifisch, sondern erfasst im Prinzip alle Branchen. Sie ist keine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift auf dem Gebieten des Eisenbahn-, des Straßen- und des Binnenschiffsverkehrs. Daher wird sie nicht von Art. 1 Entscheidung Nr. 357/2009/EG¹⁵⁵ erfasst und dem besonderen Prüfverfahren nach dieser Entscheidung unterworfen. Zudem würde selbst dann, wenn jene Entscheidung anwendbar sein sollte, eine Nichteinhaltung des Prüfverfahrens die nicht geprüften Vorschriften nicht unwirksam machen. Jene Entscheidung enthält keine Sanktionsregeln für den Fall ihrer Nichteinhaltung. Sie enthält nur die funktionelle Soll-Vorschrift des Art. 2 V 1 Entscheidung

¹⁴⁹ EuGH 19.5.1992 – Rs. C-195/90, Slg. 1992, I-3141 Rn. 19-33 - Kommission/Deutschland; *Boeing/Kotthaus/Rusche*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der EU, Losebl. 1993 ff., Art. 92 AEUV Rn. 12; *Korte/Gurreck*, EuR 2014, 420, 432.

¹⁵⁰ *Streinz/Peter Schäfer*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 92 AEUV Rn. 6.

¹⁵¹ *Windoffer*, GewArch 2015, 377, 378.

¹⁵² *Hohnstein*, NJW 2015, 1844, 1847.

¹⁵³ Entgegen *Windoffer*, GewArch 2015, 377, 379.

¹⁵⁴ Entgegen *Thüsing/Bayreuther*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 74; vgl. auch *Hantel*, NZA 2015, 410, 412.

¹⁵⁵ Entscheidung Nr. 357/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.4.2009 über ein Verfahren zur vorherigen Prüfung und Beratung künftiger Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet des Verkehrs, ABl. EU 2009 L 109/37.

Nr. 357/2009/EG, dass der legiferierende Mitgliedstaat seine zu prüfende Norm erst in Kraft setzt, nachdem die Prüfungsfrist abgelaufen ist oder die Kommission ihre Stellungnahme oder Empfehlung abgegeben hat.

dd) Gesamtes Dienstleistungsangebot des Arbeitgebers, nicht einzelne Fahrt als Bezugsobjekt: Summeneffekt, insbesondere beim Transitverkehr

Im Transportsektor mag das einzelne Tätigkeitselement in Deutschland nur von absolut kurzer Dauer sein und im Extremfall bei einer Transitudurchfahrt nur wenige Stunden betragen. Jedoch kann das einzelne Tätigkeitselement auf ungefähre Wiederholung oder sogar auf eine regelhafte Wiederholung angelegt sein. Dann geben erst alle inländischen Tätigkeitselemente in ihrer Summe ein komplettes Bild.¹⁵⁶ Ihr Summeneffekt gebietet, ihre Dauern zu addieren. Die addierte Summe aber muss nicht mehr kurzfristig sein. Wer nur auf die konkrete Fahrt sieht und das Vorher und Nachher ignoriert, sieht nur einen Ausschnitt.

Man darf die einzelne Fahrt nicht isoliert sehen. Denn maßgeblicher Kontrollmaßstab ist die Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers, nicht die Freizügigkeit der einzelnen Arbeitnehmer. Die Dienstleistungen des Arbeitgebers umfassen aber dessen Gesamtangebot. Zu addieren sind auch nicht nur alle relevanten Fahrten des einzelnen Fahrers, sondern vielmehr alle relevanten Fahrten aller Fahrer. Der Arbeitgeber ist nicht nur kurzfristig mit dem einzelnen Arbeitnehmer tätig, sondern ist tätig mit jeder einzelnen Tätigkeit jedes einzelnen Arbeitnehmers. Erst die Gesamttätigkeit der Arbeitnehmer zusammengenommen bietet ein Bild der vollständigen Dienstleistung des Arbeitgebers. Mit dieser ganzen Palette und Weite seines Dienstleistungsangebots konkurriert er am Markt. Mit ihr steht er in Wettbewerb zu anderen Unternehmen.

Pauschal davon zu sprechen, dass kein Risiko eines unfairen Wettbewerbs bestünde, weil die Transportdienstleistungen nur zu einem unwesentlichen Teil im Hoheitsgebiet des vom grenzüberschreitenden Verkehrs erbracht würden, missachtet den Summeneffekt und blickt obendrein auf die falsche Person, nämlich den einzelnen Arbeitnehmer, nicht auf den arbeitgebenden Transportunternehmer. Die Wertung als „unwesentlich“ ist eine *petitio principii*, ebenso jegliche Behauptung einer offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit.

Wesentlichkeit kann allenfalls die Suche nach einer Untergrenze für Summeneffekte bedingen. Problemfälle sind insoweit bloße Gelegenheitsfahrten. Dagegen sollte eine Addition auch dann denkbar sein, wenn ein Arbeitgeber nur einen einzigen Arbeitnehmer-Fahrer beschäftigt und nach Deutschland entsendet. Dann ist es nur konsequent, dass sich die Fahrten und Tätigkeiten dieses Fahrers in Deutschland addieren und im Ergebnis zu einem desto höheren Mindestlohnanspruch dieses Fahrers gegen seinen Arbeitgeber führen.

ee) Kabotagefahrten

Bei Kabotagefahrten innerhalb Deutschlands finden sogar die gesamte Tätigkeit des Fahrers und die gesamte vom Arbeitgeber erbrachte Dienstleistung innerhalb Deutschlands statt.¹⁵⁷ Bei ihnen ist deshalb erst recht die Verhältnismäßigkeit gewahrt.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Siehe Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 138.

¹⁵⁷ Richard Jansen/Julian Vogt, in: Husemann/Wietfeld (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015, S. 129, 132.

¹⁵⁸ So selbst Windoffer, GewArch 2015, 377, 379.

ff) Grenzüberschreitender Verkehr

Zwischen den Kabotagefahrten und dem Transitverkehr steht wiederum der so genannte grenzüberschreitende Verkehr. Bei ihm besteht als Grundlage wiederum ein Summeneffekt, dass sich die Einzelfahrten zu einem Gesamtbild addieren und erst dieses Gesamtbild das Dienstleistungsangebot des Unternehmers darstellt.¹⁵⁹

Beim grenzüberschreitenden Verkehr kommt aber ein weiteres wichtiges Moment hinzu: Bei der Fahrt nach Deutschland oder von Deutschland aus liegen zentrale Elemente der Transporttätigkeit in Deutschland: beim ausgehenden grenzüberschreitenden Verkehr die Beladung und der Transport bis zur Grenze, beim eingehenden grenzüberschreitenden Verkehr der Transport ab der Grenze und die Entladung. Schon bei isolierter Betrachtung, also ohne Summeneffekt mehrerer sich addierender Fahrten, besteht eine hinreichend enge Beziehung zu Deutschland. Gerade wer sich auf Be- und Entladevorgänge als Fokalisationspunkte der Transportleistung konzentrieren wollte, müsste dies anerkennen. Wenn gerade diesen Vorgänge entscheidende Bedeutung zugemessen werden sollte, so liegt beim grenzüberschreitenden Verkehr jeweils einer von ihnen in Deutschland und rechtfertigt einen Aufgriff durch deutsche Gesetzgebung.

2. Warenverkehrsfreiheit

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit liegt nicht vor.¹⁶⁰ Die Warenverkehrsfreiheit ist bereits tatbestandlich für die Transportleistung eines professionellen Beförderers nicht einschlägig,¹⁶¹ wie schon aus dessen Personenverschiedenheit vom Warenlieferanten bzw. Warenverkäufer erhellt. Zudem betrifft der Mindestlohn, wenn die Warenverkehrsfreiheit denn einschlägig sein sollte, eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Formel und wäre damit erlaubt.¹⁶² Die Keck-Formel legitimiert nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Erlassstaat ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.¹⁶³ Eine mittelbare Beeinträchtigung würde zwar ausreichen, um sich am Maßstab dieser Formel messen lassen zu müssen.¹⁶⁴ Im Kern besteht aber nur ein einfaches Diskriminierungsverbot, das einzuhalten ausreicht, damit keine beschränkenden Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Artt. 34; 35 AEUV vorliegen.¹⁶⁵ Bei einem bloßen Transit könnte man diese als gegeben ansehen, weil der deutsche Mindestlohn mittelbar den Warenabsatz in anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnte.¹⁶⁶ Jedoch greift

¹⁵⁹ Soeben B II 1 g dd.

¹⁶⁰ Entgegen Sittard, NZA 2015, 78, 81; Sittard, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 20 MiLoG Rn. 7.

¹⁶¹ Rath, *ecolex* 2016, 663, 664.

¹⁶² Forst, ZESAR 2015, 205, 209 sowie Windoffer, *GewArch* 2015, 377 (377).

¹⁶³ EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 f. – Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard; EuGH 15.12.1993 – Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6797 Rn. 21 – Ruth Hünemund/Landesapothekerkammer Baden-Württemberg.

¹⁶⁴ EuGH 11.7.1974 – Rs. C-8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Procureur du Roi/Benoît u. Gustave Dassonville.

¹⁶⁵ Windoffer, *GewArch* 2015, 377 (377).

¹⁶⁶ Forst, ZESAR 2015, 205, 209.

der deutsche Mindestlohn gerade diskriminierungsfrei und unterschiedslos für Arbeitgeber mit Sitz im In- wie im Ausland.¹⁶⁷ § 20 MiLoG lässt insoweit keinerlei Zweifel zu.

III. Sekundärrechtskonformität des § 20 MiLoG

§ 20 MiLoG besteht also auf dem Prüfstand des Primärrechts. Er muss sich aber desweiteren einer Prüfung am Sekundärrecht stellen. Sekundärrecht meint im hiesigen Kontext zuvörderst die EntsenderRL 96/71/EG.

1. RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie)

a) Schutz des fairen Wettbewerbs als (ein) Zweck der Entsenderichtlinie

Die EntsenderRL soll zwischen der Dienstleistungsfreiheit der anbietenden Unternehmen einerseits und dem angemessenen Schutz der von diesen entsandten Arbeitnehmer ein Gleichgewicht herstellen. Erwägungsgrund (13) RL 96/71/EG legt die RL einen verbindlichen Kernbestand von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen an im Aufnahmeland geltenden Regelungen fest, die auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden sind. Sie hat damit eine eindeutige soziale Zielsetzung.

Dieser Arbeitnehmerschutzzweck ist jedoch nicht ihr einziger Zweck. Vielmehr erkennt die Entscheidung *Sähköalojen ammattiliitto*¹⁶⁸ an, dass Art. 3 I UA 1 RL 96/71/EG einen *doppelten* Zweck verfolgt:

- zum einen zwischen inländischen Unternehmen und Unternehmen, die grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen, einen lauterer Wettbewerb sicherzustellen, da die ausländischen Unternehmen dazu verpflichtet werden, ihren Arbeitnehmern für eine begrenzte Liste von Aspekten die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zuzuerkennen, die im Aufnahmemitgliedstaat festgelegt worden sind;
- zum anderen, für die entsandten Arbeitnehmer sicherzustellen, dass bei den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die genannten Aspekte die Regeln über den Mindestschutz des Aufnahmemitgliedstaats angewandt werden, während die Arbeitnehmer vorübergehend in dessen Hoheitsgebiet tätig sind.

Einen lauterer Wettbewerb sicherzustellen wird darin erstmals als mindestens gleichrangiger, wenn nicht gar primärer¹⁶⁹ legitimer Zweck für die Festsetzung von Mindestlöhnen anerkannt.¹⁷⁰ Übergreifende wirtschafts- und sozialpolitische Motive werden erstmals als legitimer Rechtfertigungsgrund anerkannt, nicht nur der individuelle Schutz der entsandten Arbeitnehmer.¹⁷¹ Man will einer Abwärtsspirale entgegenreten¹⁷² und Wettbewerbsverzerrungen

¹⁶⁷ Forst, ZESAR 2015, 205, 209.

¹⁶⁸ EuGH 12.2.2015 – Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 Rn. 30 – *Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka Akcyjna*.

¹⁶⁹ *Krebbler*, ZEuP 2016, 716, 718, 719.

¹⁷⁰ *Bayreuther*, EuZW 2015, 312, 313.

¹⁷¹ *Bayreuther*, EuZW 2015, 312, 313.

¹⁷² *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 63.

verhindern.¹⁷³ Auch ausweislich ihres Erwägungsgrunds (5) will die RL 96/71/EG die Förderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs mit der Fairness des Wettbewerbs in Einklang und Ausgleich bringen.¹⁷⁴ Ein Spannungsverhältnis zwischen der Freizügigkeit und dem Wunsch der Mitgliedstaaten, ihren jeweils inländischen Arbeitsmarkt zu schützen, ist evident.¹⁷⁵ Erwägungsgrund (5) RL 96/71/EG löst dies sehr elegant: Ihm zufolge ist ein fairer Wettbewerb *Voraussetzung* für eine Förderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs.

b) Einordnung der RL 96/71/EG in die Dienstleistungsfreiheit

Die RL 96/71/EG ist Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit, heute aus Art. 56 AEUV.¹⁷⁶ Sie ist – nicht zuletzt wegen einer sekundärrechtsrespektierenden Auslegung des Primärrechts¹⁷⁷ - dienstleistungsfreiheitskonform.¹⁷⁸ Sie gewährleistet ausweislich ihres Erwägungsgrunds (5) für entsendende Unternehmen ein verlässliches Mindestmaß, das bei Dienstleistungen im EU-Ausland an Arbeitsbedingungen zu beachten ist.¹⁷⁹ Sie schafft Rechts- wie Orientierungssicherheit¹⁸⁰ und verringert Informations- wie Anpassungskosten für Dienstleister. Die Mitgliedstaaten haben ausweislich Art. 5 RL 96/71/EG bei der Umsetzung (und hatten bis zur RL 2014/67/EU auch bei der Art und Weise des verfahrensmäßigen Schutzes für die Sicherung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen) ein Ermessen unter Beachtung der Grundfreiheiten.¹⁸¹ Die RL 96/71/EG will nicht die Systeme zur Festsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den Mitgliedstaaten harmonisieren, sondern belässt den Mitgliedstaaten die Freiheit, ein in ihr nicht ausdrücklich vorgesehenes System zu wählen.¹⁸² Insbesondere enthält sie keine Maßstäbe für den Inhalt eines Mindestlohns.¹⁸³ Indem Art. 3 I UA 2 RL 96/71/EG für die Mindestlohnfestsetzung auf das nationale Recht des Zielstaates ver-

¹⁷³ Siehe nur *Wolfsgruber*, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 2001, S. 31 f.; *Görres*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU, 2003, S. 105 f.; *Maximilian Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 534.

¹⁷⁴ GA Wahl, Schlussanträge vom 18.9.2014 in der Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2014:2366 Rn. 27.

¹⁷⁵ GA Wahl, Schlussanträge vom 18.9.2014 in der Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2014:2366 Rn. 28.

¹⁷⁶ Siehe nur *Singer/Büsing*, SAE 2003, 32, 38; *Deinert*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 277, 284.

¹⁷⁷ *Nettesheim*, EuR 2006, 737, 753; *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten, 2012, S. 297 f.

¹⁷⁸ *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 627; *Deinert*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, Kap. 10 Rn. 35.

¹⁷⁹ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 36 – Dirk Ruffert/Land Niedersachsen; *Rebhahn*, RdA 1999, 177; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, S. 151 f.; *Koberski/Asshoff/Holger Winkler/Eustrup*, AEntG, 3. Aufl. 2011, § 3 AEntG Rn. 4; *Hantel*, ZESAR 2015, 357 (357).

¹⁸⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, KOM (91) 230 endg. S. 2; *Deinert*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 277, 281.

¹⁸¹ EuGH 12.10.2004 – Rs. C-60/03, Slg. 2004, I-9553 Rn. 30 – Wolff & Müller GmbH & Co. KG/José Filipe Pereira Félix; *Koenigs*, DB 2002, 1271.

¹⁸² EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 68 – Laval un Partneri Ltd./Svenska Byggnadsarbetareförbundet; EuGH 7.11.2013 – Rs. C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711 Rn. 35 – Tevfik Isbir/DB Services GmbH.

¹⁸³ EuGH 7.11.2013 – Rs. C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711 Rn. 37 – Tevfik Isbir/DB Services GmbH.

weist,¹⁸⁴ kommt indirekt Art. 153 V AEUV zu seinem Recht, demzufolge die EU keine Kompetenz für Mindestlöhne hat.¹⁸⁵

Indem sie Mindestlöhne und Regulierung durch den Bestimmungsstaat zulässt, huldigt die RL 96/71/EG indes gerade nicht einem reinen Herkunftslandprinzip. Sie bewegt sich in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Mindestschutz von Arbeitnehmern und fairem Wettbewerb einerseits und der Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs andererseits.¹⁸⁶ Aus der Sicht einer totalen Liberalisierung und eines totalen Standortwettbewerbs um komparative Vorteile mag die RL 96/71/EG sogar als systemwidrig erscheinen;¹⁸⁷ trotzdem ist sie zu akzeptieren und geltendes Recht.¹⁸⁸ Der europäische Gesetzgeber hat die RL 96/71/EG nochmals bekräftigt und sogar effektiver gemacht, indem er erst 2014 die RL 2014/67/EU erließ. Deutlicher lässt sich nicht machen, dass die RL 96/71/EG keineswegs obsolet geworden ist, dass sie weiterhin geltendes Recht ist und dass der europäische Gesetzgeber sie weiterhin in seinen Willen aufgenommen hat.

c) Bezug zur eigenen Wirtschafts- und Sozialordnung Deutschlands

Art. 1 III RL 96/71/EG führt zur Anwendung der Richtlinie, wenn die in den dortigen litt. a – c genannten Sachverhalte vorliegen, und erlaubt dem nationalen Gesetzgeber, diese aufzugreifen. Fraglich ist, ob dies vollharmonisierend ist und dem nationalen Gesetzgeber verwehrt ist, Sachverhalte jenseits der von Art. 1 III RL 96/71/EG vorausgesetzten Bezüge aufzugreifen. Für einen vollharmonisierenden Charakter könnte sprechen, dass der Katalog des Art. 3 I UA 1 litt. a-g RL 96/71 als abschließend und vollharmonisierend angesehen wird,¹⁸⁹ gestützt auf eine primärrechtsfördernde Auslegung.¹⁹⁰ Art. 3 VII RL 96/71/EG bietet kein Gegenargument.¹⁹¹ Aus Art. 3 I UA 1, IX, X RL 96/71/EG soll eine Sperrwirkung folgen, die es den Aufnahmestaaten versagt, jenseits dieser Normen ihre Arbeitsbedingungen für Entsendungen vorzuschreiben.¹⁹² Diese Sperrwirkung greift aber nur und ausschließlich dann, wenn die RL 96/71/EG überhaupt anwendbar ist; ist die RL 96/71/EG dagegen nicht anwendbar, so entfal-

¹⁸⁴ Vom EuGH mehrfach ausdrücklich betont: EuGH 7.11.2013 – Rs. C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711 Rn. 36 – Tevfik Isbir/DB Services GmbH; EuGH 12.2.2015 – Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 Rn. 32 – Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka Akcyjna.

¹⁸⁵ Heuschmid/Schierle, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 118.

¹⁸⁶ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 36 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, S. 151 f.; *Hantel*, ZESAR 2015, 357 (357).

¹⁸⁷ GA Wahl, Schlussanträge vom 18.9.2014 in der Rs. C-396/13, ECLI:EU:C:2014:2366 Rn. 81 ff.

¹⁸⁸ *Krebber*, ZEuP 2016, 716, 719.

¹⁸⁹ EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 80 f. – Laval un Partneri Ltd./Svenska Byggnadsarbetareförbundet; EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 33 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen; EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/06, Slg. 2008, I-4323 Rn. 31 – Kommission/Luxemburg; *Schlachter*, in: *Blanpain/Swiatkowski* (eds.), *The Laval and Viking Cases*, 2009, S. 63, 68; *Tscherner*, *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, 2012, S. 275, 292; *Glaser/Karl*, ZHR 177 (2013), 643, 651.

¹⁹⁰ *Tscherner*, *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, 2012, S. 292.

¹⁹¹ *Glaser/Karl*, ZHR 177 (2013), 643, 650 f. Anders Rödl, EuZW 2011, 292, 293.

¹⁹² So *Rebhahn*, DRdA 1999, 173, 177; *ders.*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2016, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 2; *Barnard*, *EU Employment Law*, 4. Aufl. 2012, S. 226-232.

tet sie auch keine Sperrwirkung.¹⁹³ Ist die RL 96/71/EG dagegen insgesamt nicht anwendbar, so erfolgt eine Kontrolle direkt am Primärrecht. Primärrecht weicht vollharmonisierendem Sekundärrecht,¹⁹⁴ indes natürlich nur, wenn dieses Sekundärrecht überhaupt anwendbar ist. Was für den sachlichen Anwendungsbereich recht ist, sollte für den räumlich-internationalen Anwendungsbereich billig sein.¹⁹⁵

Laut Erwägungsgrund (5) S. 1 RL 2014/67/EU ist es für die Einhaltung der RL 96/71/EG, ohne die Dienstleistungserbringer mit unnötigen Verwaltungskosten zu belasten, von wesentlicher Bedeutung, dass die in den Bestimmungen dieser Richtlinie zur Feststellung einer tatsächlichen Entsendung und zur Verhinderung von Missbrauch und Umgehung genannten tatsächlichen Umstände als Anhaltspunkte zu betrachten und nicht erschöpfend sind; insbesondere sollte nicht erforderlich, dass bei jeder Entsendung jeder Umstand erfüllt ist. „Diese Richtlinie“ meint dabei die RL 2014/67/EU. Das erhellt aus der französischen und der italienischen spanischen Fassung. Dort heißt es „la présente directive“, „la presente direttiva“, „la misma“. Trotzdem sollte dies einen Rückschluss erlauben, ob Art. 1 III RL 96/71/EG vollharmonisierend ist. Dieser Rückschluss und Art. 9 III RL 2014/67/EU sprechen beide gegen eine vollharmonisierende Wirkung des Art. 1 III RL 96/71/EG.

d) Anwendbarkeit der RL 96/71/EG im Transportsektor

aa) Umkehrschluss aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahme, insbesondere angesichts Art. 1 II RL 96/71/EG

Die RL 96/71/EG enthält keine ausdrückliche Ausnahme für Dienstleistungen des Transport- und Verkehrssektors. Sie enthält auch keine ausdrücklichen Sonderregeln für solche Dienstleistungen. Daher ist sie in ihrem normativen Gerüst und mit ihren Regeln auch für solche Dienstleistungen anwendbar. Dies wird noch bekräftigt durch Existenz und Aussage des Art. 1 II RL 96/71/EG: Für Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine gilt die RL 96/71/EG ausdrücklich nicht. Der Umkehrschluss, das *argumentum e contrario*, aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahme für andere Unternehmen und Arbeitnehmer im Transportsektor ist stark und wiegt schwer. Bloße Intentionen, wie sie einzelne Legislativorgane möglicherweise gehegt haben könnten, sind nicht maßgeblich, wenn sie keinen legislativ-normativen Niederschlag gefunden haben. Der europäische Gesetzgeber kennt die Ausnahme als probates Mittel, wenn man sich nicht auf eine Erfassung verständigen konnte, und selbst unterhalb der ausdrücklichen Ausnahme in einer Norm kennt er die Ausklammerung mithilfe eines eigenen Erwägungsgrundes. Beides gibt es hier nicht. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in ersichtlicher Abwägung von Besonderheiten des Transportsektors eine Ausnahme allein und ausschließlich für Schiffsbesatzungen der Handelsmarine geschaffen, für andere Transportgewerbe dagegen nicht.

bb) Protokollerklärung von Rat und Kommission

¹⁹³ *Rebhahn*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 2.

¹⁹⁴ EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 Rn. 36 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen; *Glaser/Karl*, ZHR 177 (2013), 643, 648.

¹⁹⁵ *Pfeiffer*, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 611, 614 f.

Rat und Kommission haben eine Begleiterklärung in das Protokoll der Ratssitzung aufgenommen, auf welcher die RL 96/71/EG verabschiedet wurde, dass Art. 1 III lit. a RL 96/71 EG für Fälle von Entsendungen gelte, in denen folgende Voraussetzungen erfüllt seien:

- das Vorliegen einer länderübergreifenden Dienstleistung im Namen und unter der Leitung eines Unternehmens im Rahmen eines Vertrags zwischen diesem die Leistung erbringenden Unternehmen und dem Dienstleistungsempfänger und Auftraggeber;
- das Vorliegen einer Entsendung im Rahmen dieser Dienstleistung;

soweit die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt seien, keine Anwendung finde in folgenden Fällen: bei Arbeitnehmern, die normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten tätig seien und zum fahrenden oder fliegenden Personal eines Unternehmens gehörten, das im eigenen Namen internationale Personen- oder Güterbeförderungen auf dem Schienen-, Land-, Luft oder Wasserweg durchführt [...].¹⁹⁶

Eine Protokollerklärung ist jedoch minderen Ranges. Sie hat nicht dieselbe Kraft und denselben Rang, wie eine ausdrückliche Aussage im Normtext sie hätte. Sie ist nicht einmal verbindliches Element für die Norminterpretation. Der EuGH hat dies für die Gemeinsame Erklärung von Rat und Kommission zu Art. 15 Abs. 1 lit. c Brüssel I-VO in der Entscheidung Pammer und Hotel Alpenhof erhellt,¹⁹⁷ obwohl gerade diese Erklärung in Erwägungsgrund (24) Rom I-VO in Bezug genommen wird. Auslegungserklärungen können nicht normativ binden.¹⁹⁸ Sie müssen im Rang noch weit unterhalb der Erwägungsgründe stehen, da sie ja nicht einmal in den Text des Rechtsakts integriert sind. Wenn die beteiligten Gesetzgebungsorgane etwas verbindlich festschreiben wollen, dann müssen sie dies im normativen Teil des betreffenden Rechtsakts selber tun. Schon Erwägungsgründe binden nicht mehr. Dann gilt dies erst recht und umso mehr für bloße Begleiterklärungen.¹⁹⁹ Der EuGH hat ihnen sogar mehrfach abgesprochen, zur Auslegung abgeleiteten Rechts herangezogen werden zu können, wenn ihr Inhalt in der auszulegenden Bestimmung keinen Ausdruck gefunden und somit keine rechtliche Bedeutung hat.²⁰⁰

Erklärungen von Rat und Kommission könnten bei vorgeschriebener Beteiligung des Parlaments an der europäischen Gesetzgebung in keinem Fall mehr binden, denn an ihnen wirkt das Parlament eben nicht mit, und damit fehlt ein zentraler Akteur (obendrein der einzige demokratisch direkt legitimierte).²⁰¹ Konkret würde sich die Erklärung inhaltlich zudem an Erwägungsgrund (14) RL 96/71/EG stoßen, demzufolge der Dienstleistungserbringer einen harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen unabhängig von der Dauer der Arbeitnehmerentsendung einhalten muss.

¹⁹⁶ Ratsdok. Nr. 10048/96 SOC 264 CODEC 550 Erklärung Nr. 3.

¹⁹⁷ Siehe EuGH 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 74 - Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG; Hotel Alpenhof GmbH/Oliver Heller.

¹⁹⁸ Siehe nur *Jayme/Christian Kohler*, IPRax 2001, 501, 505; v. *Hein*, IPRax 2006, 16, 19; *Mankowski*, EWiR Art. 15 EuGVVO 1/08, 245 f.; *Pichler*, Internationale Zuständigkeit im Zeitalter globaler Vernetzung, 2008, Rn. 593; *Leible*, JZ 2010, 272, 276; *Rauscher/Ansgar Staudinger*, EuZPR/EuIPR, Brüssel I-VO/LugÜ 2007, 4. Aufl. 2016, Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 14.

¹⁹⁹ *Mankowski*, IPRax 2012, 144, 147.

²⁰⁰ EuGH 26.2.1991 - Rs. C-292/89, Slg 1991, I-745 Rn. 18 – The Queen/Immigration Appela Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen; EuGH 13.2.1996 – verb. Rs. C-197/94 und C-252/94, Slg. 1996, I-505 Rn. 51 – Société Bautiaa/Directeur des services fiscaux des Landes und Société française maritime/Directeur des services fiscaux du Finistère.

²⁰¹ *Mankowski*, IPRax 2012, 144, 147.

Zudem ist die konkrete Protokollerklärung kontextuell schwierig einzupassen, weil ihr zentraler Teil nur greifen soll, wenn Art. 1 III RL 96/71/EG nicht gilt. In jedem Fall ist ihre Reichweite eng. Sie hat kaum einen Anwendungsbereich, vornehmlich wohl den Transport durch Produzenten.

cc) Umsetzungsbericht

Laut einem Bericht zur Umsetzung der RL 96/71/EG soll die Nichtanwendbarkeit der RL 96/71/EG auf bestimmte Formen des grenzüberschreitenden Verkehrs gerechtfertigt sein, weil es praktisch schwierig wäre, je nachdem, in welches Land die Personen/Waren befördert werden, die verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften auf die Beschäftigungsverhältnisse zwischen einem internationalen Transportunternehmen und seinen mobilen Beschäftigten anzuwenden.²⁰² Ein nicht verbindlicher Bericht kann jedoch nicht über Auslegung und Handhabung eines Rechtsakts entscheiden. Er ist nicht einmal soft law. Nachfolgende Berichte sind kein anerkanntes Element der Auslegung von Unionsrecht. Zudem trifft der zitierte Bericht konkret eine normative Aussage über eine mögliche Rechtfertigung für eine Nichtanwendung. Das steht ihm nicht zu. Vielmehr hat der europäische Gesetzgeber das Primat der Klarstellung. Er hat sich aber zu einer ausdrücklichen Ausnahme für den Transportsektor in der RL 96/71/EG nicht entscheiden können. Man kann eine im Normtext fehlende Ausnahme kaum interpretativ durch Umsetzungsberichte einführen dürfen. Das würde die Kommission letztlich zur authentischen Auslegung befugen und damit das Kompetenzgefüge zwischen den Legislativorganen aufstören.

dd) Erwägungsgrund (17) VO (EG) Nr. 1072/2009

Der Erwägungsgrund (17) VO (EG) Nr. 1072/2009 stellt außer Frage, dass die RL 96/71/EG im Kabotageverkehr gilt.

ee) Erwägungsgrund (15) VO (EU) Nr. 1214/2011

Erwägungsgrund (15) CIT-VO geht als selbstverständlich davon aus, dass die RL 96/71/EG auch Transportdienstleistungen erfasst: „Angesichts der besonderen Art von CIT-Transportdienstleistungen muss die Richtlinie 96/71/EG auf alle grenzüberschreitenden Euro-Bargeldtransportdienstleistungen entsprechend Anwendung finden, um den betroffenen Akteuren Rechtssicherheit zu geben und zu gewährleisten, dass die Richtlinie in diesem Sektor angewendet werden kann.“ Das wäre sinnlos und ginge ins Leere, wenn die RL 96/71/EG im Transportsektor überhaupt keine Anwendung heischen könnte. Dies gilt sowohl für grenzüberschreitenden Verkehr und Transitverkehr.

ff) Erwägungsgrund (14) RL 96/71/EG

Wenn die kurze Dauer von Tätigkeiten im Transportsektor zum Kriterium für weitergehende Ausgrenzungen im Transportsektor erhoben würde, stünde dies in deutlichem Widerspruch zu Erwägungsgrund (14) RL 96/71/EG. Diesem zufolge muss der Dienstleistungserbringer einen harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen unabhängig von der Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers einhalten.²⁰³ Die Dauer der Entsendung soll gerade kein Kriterium sein.

²⁰² SEK (2006) 439.

²⁰³ Hervorhebung hinzugefügt.

Ebenso wenig kann ein Kriterium sein, einen wie großen Anteil die Entsendung relativ an der Tätigkeit des Arbeitnehmers einnimmt. Solche Verkehrsdienstleistungen aus der RL 96/71/EG herausfallen zu lassen, bei denen nur ein sehr geringer Teil im Hoheitsgebiet eines betroffenen Mitgliedstaats stattfindet, wirft sofort die Folgefrage auf, wie denn verlässlich und rechtssicher eine Untergrenze „sehr geringer Teil“ auszufüllen wäre. Zudem wäre es zu pauschal, darüber den Transportbereich ganz ausgrenzen zu wollen, denn selbst bei Transitfahrten findet keineswegs immer nur ein geringer Teil im Transitland statt. Man denke an eine Beladung in Slubice und eine Entladung in Mulhouse. Dann besteht der Hauptteil der Dienstleistung mindestens in zeitlicher Hinsicht aus der Durchfahrt durch Deutschland. Beispiele nur aus dem „kleinen Grenzverkehr“ und dem grenznahen Bereich herauszugreifen ist willkürlich und bildet allenfalls einen Ausschnitt aus dem Gesamtspektrum ab. Von Fall zu Fall zu differenzieren kann keine Lösung sein. Insbesondere vermöchte es aber eine pauschale und generelle Herausnahme von Transportdienstleistungen aus der RL 96/71/EG nicht zu tragen, wenn nur einzelne Unterfälle problematisch sein sollten.

gg) Recital (10) Proposal Amendment Directive COM(2016) 128 final und begleitendes Impact Assessment

Seit dem 8.3.2016 gibt es einen Vorschlag für eine Änderungsrichtlinie zur EntsenderL²⁰⁴. Dessen Erwägungsgrund (10) besagt:

„Because of the highly mobile nature of work in international road transport, the implementation of the posting of workers directive raises particular legal questions and difficulties (especially where the link with the concerned Member State is insufficient). It would be most suited for these challenges to be addressed through sector-specific legislation together with other EU initiatives aimed at improving the functioning of the internal road transport market.”

Die Kommission hält es also für notwendig, eine ausdrückliche Ausnahme zu statuieren. Sobald eine solche ausdrückliche Ausnahme in der Zukunft existieren sollte, wird die Rechtslage zukünftig klar sein. Dass aber eine *ausdrückliche* Ausnahme im zukünftigen Rechtsakt für nötig erachtet wird, zeigt im Umkehrschluss, dass unter der gegenwärtigen Rechtslage bis zum Wirksamwerden des zukünftigen Rechtsakts der zukünftig erst noch auszunehmende Bereich einbezogen ist. Anderenfalls bedürfte es ja keiner ausdrücklichen Ausnahme. Zudem soll die Ausnahme nicht in der geänderten EntsenderL selbst stehen, sondern in spezifischer Gesetzgebung für den Straßentransportsektor. Spezialakte sollen also hier ein Stück aus dem allgemeinen Regime herausschneiden, welches ansonsten das allgemeine Regime für sich reklamieren würde. Solange es solche transportsektorspezifischen Rechtsakte nicht gibt, bleibt also das allgemeine Regime gültig. Zudem erkennt die Kommission indirekt an, dass die RL 96/71/EG den Straßentransportsektor erfasst, indem sie Probleme in der dortigen Anwendung der RL 96/71/EG identifizieren zu können meint und diese *zukünftig* beheben will.

Die begleitende Folgenabschätzung (Impact Assessment) plädiert noch weitergehend dafür, die Kriterien für eine hinreichende Verbindung (sufficient link) ausdrücklich auszuformulieren.²⁰⁵ Sie denkt daran, die Zahl von Transportvorgängen in einem bestimmten Mitgliedstaat

²⁰⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, COM(2016) 128 final (8.3.2016).

²⁰⁵ Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final), SWD(2016) 53 final S. 28.

während eines Referenzzeitraums (z.B. eines Monats) heranzuziehen oder einen anderen Mouds zu etablieren, der praktikabel und im Zielstaat durchsetzbar sei.²⁰⁶ Damit will sie ein ausgeglicheneres playing field im Straßentransportsektor erreichen, also Veränderungen in der Zukunft herbeiführen.²⁰⁷ Sie betont selber, dass es für eine sachgerechte Definition des sufficient link aber mehr Informationen brauche²⁰⁸ (scil: als sie gegenwärtig vorliegen). Auch insoweit geht es also um eine für die Zukunft gewollte Änderung. Man möchte an einen sektorspezifischen Rechtsakt delegieren.²⁰⁹ Erst ein zukünftiges „Road Package“ würde zur ausnehmenden Regulierung. Indirekt bestätigt dies im Umkehrschluss ebenfalls, dass unter der gegenwärtigen, noch nicht geänderten Rechtslage die RL 96/71/EG auch den Straßentransportsektor erfasst. Denn wenn dies nicht der Fall wäre, bräuchte es ja keine expliziten Schritte für die Zukunft, um angestrebte Änderungen zu bewirken.

2. RL 2006/123/RL

Die RL 2006/123/EG²¹⁰ ist sachlich nicht anwendbar:²¹¹ Nach Art. 1 VI RL 2006/123/RL ist sie auf das Arbeitsrecht nicht anwendbar. Obendrein sind von ihr ausweislich Art. 17 Nr. 2 RL 2006/123/EG alle Angelegenheit ausdrücklich ausgenommen, welche der RL 96/71/EG unterfallen.

3. Sekundärrecht im Rahmen der Gemeinsamen Verkehrspolitik

Art. 58 AEUV unterwirft Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs den Bestimmungen des Titels über den Verkehr. Unter diesem Titel sind verschiedene Akte des Sekundärrechts erlassen worden: für den Güterkraftverkehr VO (EG) Nr. 1072/2009, für den Personenkraftverkehr VO (EG) Nr. 1073/2009, für die Küsten- und Binnenschifffahrt VOen (EWG) Nr. 3921/91 und Nr. 1356/96, für den Luftverkehr VO (EG) Nr. 1008/2008 und für den Eisenbahnverkehr RL 2012/34/EU. Allen diesen Rechtsakten ist als fundamentales Strukturelement gemeinsam, dass sie Marktzutrittsbarrieren abbauen und den Zugang im EU-Ausland ansässi-

²⁰⁶ Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final), SWD(2016) 53 final S. 28.

²⁰⁷ Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final), SWD(2016) 53 final S. 28.

²⁰⁸ Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final), SWD(2016) 53 final S. 28.

²⁰⁹ Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (COM(2016) 128 final), SWD(2016) 53 final S. 28.

²¹⁰ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG 2006 L 376/36.

²¹¹ Däubler, NZA 2014, 694, 695.

ger Anbieter zu den zuvor national abgeschotteten Verkehrsmärkten ermöglichen sollen. Zu Arbeitsrecht und Mindestlohn verhalten sie sich nicht. Insbesondere statuieren sie alle keine Ausnahme von der RL 96/71/EG. Das wäre aber nötig gewesen, um spezifisch für den Transportsektor eine Ausnahme von der allgemeinen Mindestlohnpolitik der EU zu etablieren.

C. Unionsrechtskonformität der Kontrollmechanismen nach §§ 16; 17 MiLoG

Ein Mindestlohnfordernis bedarf zu seiner effektiven Durchsetzung wirksamer Kontrollmechanismen. Das MiLoG statuiert seine Kontrollmechanismen in §§ 16; 17 MiLoG.²¹² Diese erlegen den Arbeitgebern mehrere Pflichten auf. Hinsichtlich der inhaltlich geforderten Angaben fügt sich § 16 MiLoG in den Rahmen des Art. 9 I UA 2 RL 2014/67/EU. Die Formulierungen sind ähnlich den in § 2 III AEntG verwendeten. Diesen hat der EuGH aber Unionsrechtskonformität attestiert²¹³ und Kontrollzwecke dabei ausdrücklich als Rechtfertigung anerkannt.²¹⁴

I. Deutliche Aufwandsminderung bei ausschließlich mobiler Tätigkeit durch §§ 2 MiLoMeldV; 1 I MiLoAufzV

Man darf jedoch nicht beim Gesetzestext stehen bleiben, sondern muss auch die zur praktischen Handhabung der §§ 16; 17 MiLoG ergangenen Verordnungen einbeziehen. § 2 MiLoMeldV²¹⁵ kommt gerade im Ausland ansässigen Arbeitgebern sehr weit entgegen und mildert den für die Zwecke des § 16 MiLoG zu treibenden Aufwand erheblich: Diese haben gemäß § 2 I MiMoMeldV nur eine Einsatzplanung vorzulegen bei Arbeitnehmern, die teilweise vor 6.00 h oder nach 22.00 h beschäftigt sind (Nr. 1 lit. a), im Schichtdienst (Nr. 1 lit. b), an mehreren Beschäftigungsorten am selben Tag (Nr. 2) oder in ausschließlich mobiler Tätigkeit (Nr. 3). Gütertransport zählt § 2 IV MiLoMeldV zu den ausschließlich mobilen Tätigkeiten. Bei ausschließlich mobiler Tätigkeit muss die Einsatzplanung ausweislich § 2 III 1 MiLoMeldV nur benennen: Beginn und voraussichtliche Dauer der Dienstleistung; die voraussichtlich eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; die Anschrift, an der Unterlagen bereitgehalten werden. Darin liegt ein merkliches Entgegenkommen gegenüber den betroffenen Arbeitgebern.²¹⁶ Das steht in merklichem Kontrast zu § 2 II MiLoMeldV, der in den anderen Fällen detaillierte Angaben zu Beschäftigungsorten und Uhrzeiten verlangt. Die größte Erleichterung bringt indes § 2 III 2 MiLoMeldV:²¹⁷ Die Dauer der Einsatzplanung kann bei ausschließlich mobilen Tätigkeiten bis zu sechs Monaten umfassen. Gerade im möglichen Problemfall mobiler Tätigkeit, in dem die praktischen Schwierigkeiten besonders groß sein könnten,²¹⁸ senkt das deutsche Recht also die Anforderungen und kommt den Dienstleistungsanbietern entgegen.²¹⁹ § 1 I 1 MiLoMeldV kanalisiert die Meldung zudem auf eine elektronische Meldung über das von der Zollverwaltung nach § 1 I 2 MiLoMeldV vorzuhaltende Internet-Portal und

²¹² Abgedruckt unter E. Anhang.

²¹³ EuGH 18.7.2007 – Rs. C-490/04, Slg. 2007, I-6095 Rn. 63-80 – Kommission/Deutschland; GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 14.12.2006 in der Rs. C-490/04, Slg. 2007, I-6098 Nrn. 75-89.

²¹⁴ EuGH 18.7.2007 – Rs. C-490/04, Slg. 2007, I-6095 Rn. 70 f. – Kommission/Deutschland.

²¹⁵ Verordnung über Meldepflichten nach dem Mindestlohngesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz und dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) vom 26.11.2014, BGBl. 2014 I 1825, zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 31.10.2016, BGBl. 2016 I 2494.

²¹⁶ Vgl. (durchaus mit rechtspolitischer Kritik) Stellungnahme des Bundesverbands Güterkraftverkehr Logistik und Entsorgung (BGL) e.V. zum Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) (15.9.2016) S. 2.

²¹⁷ Vgl. Schmitz-Witte/Killian, NZA 2015, 415, 416.

²¹⁸ Vgl. Schmitz-Witte/Killian, NZA 2015, 415, 416.

²¹⁹ Hantel, NZA 2015, 410, 414.

erlaubt damit die größtmögliche technische Rationalisierung. Dies erhöht einerseits die Effizienz wie die Effektivität²²⁰ und mindert andererseits den zu treibenden Aufwand. Insoweit kann man sogar von einem gewissen Bonus für Gebietsfremde sprechen und die Frage nach einer möglichen Inländerdiskriminierung stellen. Eine Inländerdiskriminierung wäre aber kein unionsrechtlicher Angriffspunkt. Man mag die MiLoMeldV aus verschiedenen rechtspolitischen Gründen kritisieren,²²¹ aber sie ist und bleibt geltendes deutsches Recht, das in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen ist.

In die Beurteilung ist auch die tatsächliche Abmilderung der aus § 17 I MiLoG fließenden Aufzeichnungspflicht durch § 1 I MiLoAufzV²²² einzubeziehen.²²³ § 1 I MiLoAufzV bringt nämlich eine wesentliche Erleichterung.²²⁴ Ihm zufolge genügt ein Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht bereits, indem er allein die Dauer der tatsächlichen Arbeitszeit aufzeichnet. Vorausgesetzt ist, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten beschäftigt, dass diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keinen Vorgaben zu konkreten täglichen Arbeitszeiten unterliegen und dass sie sich ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen können. Mobile Tätigkeiten sind die in § 1 II 2 MiLoAufzV aufgezählten Tätigkeiten. Darunter zählt ausdrücklich der Gütertransport. Keine Vorgaben zu konkreten täglichen Arbeitszeiten bestehen nach § 1 II 3 MiLoAufzV, wenn nur ein Zeitrahmen besteht, aber Beginn und Ende der Arbeitszeit nicht vom Arbeitgeber vorgegeben sind.

II. Ausnahmen von der Anzeige- und Dokumentationspflicht gemäß § 1 MiLoDokV

§ 17 IV MiLoG erlaubt, die Dokumentationspflichten durch Rechtsverordnung abzusenken. Davon hat der Verordnungsgeber mit der MiLoDokV²²⁵ in nicht weniger als dreierlei Hinsicht Gebrauch gemacht. Jeder der drei Sätze des § 1 I MiLoDokV widmet sich jeweils einer Konstellation, für die nicht die vollen Dokumentationspflichten greifen. Erstens gelten nach § 1 I 1 MiLoDokV die Anzeige- und die Dokumentationspflicht nicht für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren verstetigtes regelmäßiges Monatsentgelt brutto € 2958,- überschreitet. Zweitens gelten gemäß § 1 I 2 MiLoDokV jene Pflichten nicht für Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Kinder und Eltern des Arbeitgebers bzw. der Organpersonen oder vertretungsberechtigten Gesellschafter des Arbeitgebers, wenn der Arbeitgeber eine juristische Person

²²⁰ Stellungnahme des Bundesverbands Güterkraftverkehr Logistik und Entsorgung (BGL) e.V. zum Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Mindestlohnmeldeverordnung (MiLoMeldV) (15.9.2016) S. 2.

²²¹ Siehe die Stellungnahmen des DGB zur MiLoMeldV vom 5.11.2014 und zur MiLoAufzV vom 5.11.2014 zum einen und des BGL zur Änderung der MiLoMeldV vom 15.9.2016 zum anderen.

²²² Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV) vom 26.11.2014, BGBl. 2014 I 1824.

²²³ *Hantel*, NZA 2015, 410, 414.

²²⁴ *Moll/Päßler/Astrid Reich*, MDR 2015, 125, 129; *Thüsing/Joussen*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 17 MiLoG Rn. 23 sowie *Hantel*, NZA 2015, 410, 411.

Grundsätzlich befürwortend, hinsichtlich der Beschränkung auf mobile Tätigkeiten aber kritisch *Schmitz-Witte/Killian*, NZA 2015, 415, 417.

²²⁵ Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes und den §§ 18 und 19 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes – Mindestlohndokumentationsverordnung in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (MiLoDokV) vom 29.7.2015, BANz. AT 31.7.2015, V1.

oder einen Personengesellschaft ist. Beschäftigte Familienmitglieder verursachen insoweit also keinen Aufwand. Drittens ordnet § 1 I 3 Hs. 1 MiLoDokV die entsprechende Anwendung von § 1 I 1, 2 MiLoDokV für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren verstetigtes regelmäßiges Monatsentgelt brutto € 2000,- überschreitet, wenn der Arbeitgeber dieses Monatsentgelt für die letzten vollen zwölf Monate nachweislich gezahlt hat. Darin liegt eine Erleichterung.²²⁶

III. Doppelbelastung durch Nachweis- und Dokumentationspflichten?

Ein ausländischer Dienstleister darf keiner Doppelbelastung durch sich verdoppelnde Nachweis- und Dokumentationspflichten in seinem Niederlassungsstaat einerseits und im Erbringungsstaat der Dienstleistung andererseits unterliegen.²²⁷ Dazu soll es zu kommen drohen, soweit die Mitteilungs- und Informationspflichten nach §§ 16; 17 MiLoG, die an die Pflicht zur Mindestlohnzahlung anknüpfen, auf Transitfahrten angewandt werden.

Eine echte *Doppelbelastung*, also eine zweifache Belastung, kann jedoch allenfalls vorliegen, wenn zusätzlich zu Deutschland als Zielstaat auch der Niederlassungsstaat des Arbeitgebers vergleichbare Dokumentationspflichten kennt. Sachlich dürfte dies voraussetzen, dass das Recht des Niederlassungsstaates ebenfalls einen Mindestlohn kennt. Dieser Mindestlohn muss zudem auch für Tätigkeiten außerhalb des Erlassstaates und insbesondere in Deutschland gelten. Denn aus der Sicht des Erlassstaates ist Deutschland Ausland, und Tätigkeit in Deutschland fällt nicht unter das dortige Mindestlohnrecht, wenn dieses territorial auf Tätigkeiten im jeweiligen Erlassstaat beschränkt ist.

Die vom Niederlassungsstaat verlangten Unterlagen müssen zumindest vom Zweck her vergleichbar sein.²²⁸ Das ist nicht der Fall, wenn allein die vom Zielstaat verlangten Unterlagen die einzige geeignete Kontrollmaßnahme im Hinblick auf den mit der Regelung im Zielstaat verfolgten Zweck darstellen.²²⁹ Selbst wenn der Niederlassungsstaat und der Zielstaat beide Informationen verlangen sollten, können diese so unterschiedlich sein, dass die im Niederlassungsstaat erhobenen Informationen nicht für eine effektive Kontrolle im Zielstaat reichen.²³⁰ Dies gilt zumal, wenn kein Informationsaustausch zwischen den beiden Staaten stattfindet.²³¹ Ausländische Dienstleister können sich nur dann auf Unterlagen aus ihrem Niederlassungs-

²²⁶ Zugestanden von OGH 29.11.2016 – 9 ObA 53/16h, ecolex 2017, 151, 154.

²²⁷ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 56-59 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL; EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 Rn. 24 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SA; EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98, C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831 Rn. 30 – Finalarte Sociedade de Construção Lda/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99, Slg. 2002, I-787 Rn. 18 – Portugaia Construções Lda; EuGH 12.10.2004 – Rs. C-60/03, Slg. 2004, I-9553 Rn. 32 – Wolff & Müller GmbH & Co. KG/José Filipe Pereira Félix.

²²⁸ Siehe EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 56 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

²²⁹ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 62 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

²³⁰ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 63 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

²³¹ Vgl. EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453 Rn. 61 f. – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL u. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

staat berufen, wenn diese zur Kontrolle im Zielstaat ausreichend sind.²³² Kontrollzwecke sind legitimierende Zwecke.²³³

Eine Melde- und eine Dokumentationspflicht sind jedenfalls milder als eine Pflicht zur vorherigen Genehmigung,²³⁴ insbesondere wenn die Meldung auch durch Fax erfolgen kann. Sie begründen überhaupt keine Genehmigungserfordernisse. Eine Pflicht zur vorherigen Anmeldung könnte allerdings bedingen, dass der Meldende mit der Ausführung der Dienstleistung warten muss, bis ihm die Registrierung seiner Meldung bekannt gegeben wird; dies wiederum könnte die Dienstleistung für den Anbieter oder für den Empfänger weniger attraktiv machen, insbesondere wenn sie dringlich ist.²³⁵ Indes setzt dies voraus, dass eine Registrierung vorgeschrieben ist, dass diese konstitutiv ist und damit funktionell einer Genehmigung gleichkommt.²³⁶ Das ist bei der Pflicht aus § 16 MiLoG nicht der Fall.

IV. Vereinbarkeit mit der RL 2014/67/EU

Die RL 2014/67/EU dient, wie schon ihr Name sagt, der Durchsetzung der RL 96/71/EG. Insoweit ist sie im Ausgangspunkt akzessorisch zur RL 96/71/EG und folgt deren Erlaubnissen an die Mitgliedstaaten. Art. 9 III RL 2014/67/EU erlaubt sogar (insoweit weitergehend) andere Pflichten nach nationalem Recht, soweit diese gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Nach Erwägungsgrund (4) RL 2014/67/EU sollten alle im Rahmen der RL 2014/67 vorgesehenen Maßnahmen gerechtfertigt und verhältnismäßig sein, damit kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, das Beschäftigungspotenzial insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) nicht eingeschränkt wird und zugleich die entsandten Arbeitnehmer geschützt werden. Art. 9 I UA 1 Hs. 2 RL 2014/67/EU greift dies auf und setzt es normativ um. Die RL 2014/67/EU fügt in diesem Punkt nichts Eigenes hinzu, sondern übernimmt, was unter der RL 96/71/EG und unter dem Primärrecht zur Verhältnismäßigkeit zu sagen ist. Im Gegenteil kann man Art. 9 III RL 2014/67/EU als positive Erlaubnis für gesetzgeberische Maßnahmen der Mitgliedstaaten wie die in §§ 16; 17 MiLoG getroffenen bewerten.

D. Ergebnis

1. Weder das Mindestlohnfordernis aus § 20 MiLoG noch die Pflichten aus §§ 16; 17 MiLoG verstoßen gegen das Unionsrecht. Dies gilt auch im insoweit besonders sensiblen und praktisch wichtigen Transportsektor.

3. Die strengen Maßstäbe der Rüffert-Entscheidung zu einem vergaberechtlichen Mindestlohn sind nicht auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Mindestlohn zu übertragen. Erstens betreffen sie ein anderes Gebiet mit eigenen Wertungen, und zweitens wurden sie entwickelt, bevor das Monti-Paket und die RL 2014/67/EG die Maßstäbe für arbeitsrechtliche Mindest-

²³² *Hantel*, NZA 2015, 410, 413; siehe EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98, C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831 Rn. 74 – Finalarte Sociedade de Construção Lda/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft.

²³³ EuGH 18.7.2007 – Rs. C-490/04, Slg. 2007, I-6095 Rn. 70 f., 74 f. – Kommission/Deutschland.

²³⁴ *Hantel*, NZA 2015, 410, 413.

²³⁵ EuGH 7.10.2010 – C-515/08. Slg. 2010, I-9133 Rn. 38 – Strafverfahren gegen Vítor Manuel dos Santos Pelhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota, Termiso Limitada; *Hantel*, NZA 2015, 410, 414.

²³⁶ Vgl. EuGH 7.10.2010 – C-515/08. Slg. 2010, I-9133 Rn. 38 – Strafverfahren gegen Vítor Manuel dos Santos Pelhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota, Termiso Limitada.

löhne politisch wie rechtlich verbindlich festlegen. Sie können daher nicht zur Unionsrechts-
widrigkeit des deutschen arbeitsrechtlichen Mindestlohns führen.

4. Das Herstellen gleicher Wettbewerbsbedingungen ist ein insbesondere durch die RL
96/71/EG anerkanntes berechtigtes und rechtfertigendes Anliegen.

5. Im Transportsektor darf man nicht auf die einzelne Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers
sehen. Maßgeblich ist vielmehr das gesamte Dienstleistungsangebot des Arbeitgebers. Dafür
sind die einzelnen Tätigkeiten der einzelnen Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit zu sehen und
zu addieren. Es besteht ein Summeneffekt. Von einem nur kurzfristigen Tätigwerden des Ar-
beitgebers kann selbst bei Transitfahrten daher keine Rede sein. Dies verschiebt die Gewichte
in jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung wesentlich.

6. Jede Fahrtleistung ist integraler Bestandteil sowohl der Tätigkeit des Fahrers als auch der
Dienstleistung seines Arbeitgebers. Die maßgeblichen Komponenten bei einem Transport
sind eben nicht nur Be- und Entladung; vielmehr kommt es gerade auf die Beförderung vom
Be- zum Entladeort an. Beim grenzüberschreitenden Verkehr kommt die Be- oder Entladung
als wesentliches Element im Ausgangs- bzw im Zielstaat zur reinen Beförderung *zusätzlich*
hinzu.

E. Anhang

§ 16 MiLoG lautet:

„§ 16 Meldepflicht

(1) Ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, der eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer oder mehrere Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen im Anwendungsbereich dieses Gesetzes beschäftigt, ist verpflichtet, vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung nach Absatz 6 vorzulegen, die die für die Prüfung wesentlichen Angaben enthält. Wesentlich sind die Angaben über

1. den Familiennamen, den Vornamen und das Geburtsdatum der von ihm im Geltungsbereich dieses Gesetzes beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
2. den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Beschäftigung,
3. den Ort der Beschäftigung,
4. den Ort im Inland, an dem die nach § 17 erforderlichen Unterlagen bereitgehalten werden,
5. den Familiennamen, den Vornamen, das Geburtsdatum und die Anschrift in Deutschland der oder des verantwortlich Handelnden und
6. den Familiennamen, den Vornamen und die Anschrift in Deutschland einer oder eines Zustellungsbevollmächtigten, soweit diese oder dieser nicht mit der oder dem in Nummer 5 genannten verantwortlich Handelnden identisch ist.

Änderungen bezüglich dieser Angaben hat der Arbeitgeber im Sinne des Satzes 1 unverzüglich zu melden.

(2) Der Arbeitgeber hat der Anmeldung eine Versicherung beizufügen, dass er die Verpflichtungen nach § 20 einhält.

(3) Überlässt ein Verleiher mit Sitz im Ausland eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer oder mehrere Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einem Entleiher, hat der Entleiher in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung der zuständigen Behörde der Zollverwaltung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit folgenden Angaben zuzuleiten:

1. den Familiennamen, den Vornamen und das Geburtsdatum der überlassenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
2. den Beginn und die Dauer der Überlassung,
3. den Ort der Beschäftigung,
4. den Ort im Inland, an dem die nach § 17 erforderlichen Unterlagen bereitgehalten werden,
5. den Familiennamen, den Vornamen und die Anschrift in Deutschland einer oder eines Zustellungsbevollmächtigten des Verleihers,
6. den Familiennamen, den Vornamen oder die Firma sowie die Anschrift des Verleihers.

Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(4) Der Entleiher hat der Anmeldung eine Versicherung des Verleihers beizufügen, dass dieser die Verpflichtungen nach § 20 einhält.

(5) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen,

1. dass, auf welche Weise und unter welchen technischen und organisatorischen Voraussetzungen eine Anmeldung, eine Änderungsmeldung und die Versicherung abweichend von Absatz 1 Satz 1 und 3, Absatz 2 und 3 Satz 1 und 2 und Absatz 4 elektronisch übermittelt werden kann,
 2. unter welchen Voraussetzungen eine Änderungsmeldung ausnahmsweise entfallen kann, und
 3. wie das Meldeverfahren vereinfacht oder abgewandelt werden kann, sofern die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen einer regelmäßig wiederkehrenden Werk- oder Dienstleistung eingesetzt werden oder sonstige Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen dies erfordern.
- (6) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die zuständige Behörde nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 bestimmen.“

§ 17 MiLoG lautet:

„§ 17 Erstellen und Bereithalten von Dokumenten

- (1) Ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 8 Absatz 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch oder in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen beschäftigt, ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren. Satz 1 gilt entsprechend für einen Entleiher, dem ein Verleiher eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer oder mehrere Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einem der in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftszweige überlässt. Satz 1 gilt nicht für Beschäftigungsverhältnisse nach § 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch.
- (2) Arbeitgeber im Sinne des Absatzes 1 haben die für die Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen nach § 20 in Verbindung mit § 2 erforderlichen Unterlagen im Inland in deutscher Sprache für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Geltungsbereich dieses Gesetzes, mindestens für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, bereitzuhalten. Auf Verlangen der Prüfbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten.
- (3) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtungen des Arbeitgebers oder eines Entleihers nach § 16 und den Absätzen 1 und 2 hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder den Wirtschaftszweigen einschränken oder erweitern.
- (4) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers, die tägliche Arbeitszeit bei ihm beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen aufzubewahren, vereinfacht oder abgewandelt werden kann, sofern Besonderheiten der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen oder Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftsbereiches oder Wirtschaftszweiges dies erfordern.“

F. Fazit

Mehrere Vorschriften des Mindestlohngesetzes (MiLoG) werden derzeit von der Europäischen Kommission angegriffen, weil sie argumentativ insbesondere osteuropäischen Transportunternehmen und Spediteuren folgt, die die Grundfreiheiten der Europäischen Union (z. B. die Dienstleistungsfreiheit) gefährdet sehen, wenn sie ihren Beschäftigten bei Tätigkeiten in Deutschland den deutschen Mindestlohn von derzeit 8,84 Euro pro Stunde zahlen sollen. Es geht um die Frage, ob bestimmte Regeln des deutschen Mindestlohngesetzes anwendbar sind auf grenzüberschreitende Verkehre.

Zentral ist deshalb die Vereinbarkeit des MiLoG mit dem europäischen Unionsrecht: Das betrifft zum einen die zwingende Anwendung des Mindestlohns auf Beschäftigte während einer Transitfahrt, einer grenzüberschreitenden Be- oder Entladung oder einer Kabotagefahrt gem. § 20 MiLoG sowie die dafür im Gesetz vorgeschriebenen Melde- und Aufzeichnungspflichten des ausländischen Arbeitgebers gem. § 16 und § 17 MiLoG. Für jede dieser Vorschriften wird deren Vereinbarkeit insbesondere mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV bezweifelt oder gar verneint. Es wird etwa angeführt, dass bei Nichtanwendung des Mindestlohngesetzes kein Risiko des unfairen Wettbewerbs bestehe, sofern die Transportleistungen nur zu einem unwesentlichen Teil im Hoheitsgebiet Deutschlands erbracht werden.

Die Kommission hat deswegen ein Vertragsverletzungsvorverfahren gegen Deutschland eingeleitet: Es wurden bereits zwei Schreiben an die Bundesregierung geschickt, die diese Pflichten aus unionsrechtlichen Gründen begründet verneinten. Danach soll gegen jede dieser Vorschriften verstoßen worden sein.

Das Gutachten greift diese drei Ansatzpunkte auf und überprüft jeden gesondert auf seine Unionsrechtskonformität. Zwar kann der Mindestlohn ohne Anzeige- und Aufzeichnungspflicht nicht effektiv durchgesetzt werden. Dennoch kann auch ein Mindestlohnanspruch ohne diese Mittel seiner Durchsetzung betrachtet werden; es gibt also keine zwingende Abhängigkeit der drei Prüfpunkte untereinander.

Die Prüfung ergab folgende Ergebnisse:

Weder der Mindestlohnanspruch aus den §§ 1, 20 MiLoG noch die Melde- und Aufzeichnungspflichten gem. §§ 16; 17 MiLoG verstoßen gegen das Unionsrecht. Dies gilt auch im besonders sensiblen und praktisch wichtigen Transportsektor mit Transitfahrten, grenzüberschreitenden Be- und Entladungen sowie Kabotagefahrten. Die Bundesregierung kann nach dem Gutachten die insofern im MindestlohnG vorgesehenen Regelungen voll in Deutschland zur Anwendung bringen und entsprechende Melde- und Aufzeichnungspflichten durch die zuständige Zoll-Behörde (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) veranlassen.

Zu wesentlichen Argumentationssträngen im Gutachten:

a) Bei den Prüfungen wurde die einschlägige EuGH- Rechtsprechung herangezogen. Die strengen Maßstäbe einer wichtigen Entscheidung (Rüffert-Urteil, EuGH, 03.04.2008 - C-346/06) an einen Mindestlohn, der bei öffentlicher Auftragsvergabe zu berücksichtigen ist, ist nach Auffassung des Gutachters nicht auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Mindestlohn zu übertragen. Dafür sprechen mehrere Gründe: Zum einen betreffen sie ein anderes Regelungsgebiet mit eigenen Wertungen. Zweitens wurden diese Regelungen und Maßstäbe von der Rechtsprechung entwickelt, bevor die EU andere Gesetzgebungsvorhaben, die andere Wertungen enthielten, auf den Weg gebracht hatte. In diesen Vorschlägen (Monti-Paket und die Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie RL 2014/67/EG) wurden die Maßstäbe für arbeitsrechtliche Mindestlöhne politisch wie rechtlich verbindlich und eben vom strengen

Maßstab der für eine andere Rechtsmaterie ergangene Entscheidung (Rüffert) abweichend festgelegt. Sie können daher nicht zur Unionsrechtswidrigkeit des deutschen arbeitsrechtlichen Mindestlohns führen. Darüber hinaus sind die Rahmenbedingungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen insbesondere durch die Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG) ein anerkanntes berechtigtes und rechtfertigendes Anliegen; „Das Gemeinschaftsrecht hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen.“ (Erwägungsgrund 12, RL 96/71/EG.)

b) Bei der Prüfung der europarechtlichen Zulässigkeit des Mindestlohns nach §§ 1,20 MiLoG im Transportsektor ist das gesamte Dienstleistungsangebot des Arbeitgebers maßgeblich; es darf nicht auf die einzelne Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers abgestellt werden. Deshalb sind die Tätigkeiten der Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit zu sehen und zu addieren. Daraus ergibt sich ein Summeneffekt und damit ein Gesamtbild, das maßgeblich ist. Pauschal davon zu sprechen, dass kein Risiko eines unfairen Wettbewerbs bestehe, weil die Transportdienstleistungen nur zu einem unwesentlichen Teil im Hoheitsgebiet Deutschlands erbracht werden, missachtet den Summeneffekt. Zudem wird die falsche Person in den Blick genommen: nämlich der einzelne Arbeitnehmer und nicht – was richtig wäre – der arbeitgebende Transportunternehmer, der seine Beschäftigten vielfach – wenn ggf. auch nur für kurze Strecken – durch das Hoheitsgebiet Deutschlands schickt.

Das kurzfristige Tätigwerden des Arbeitnehmers bei Transitfahrten darf deshalb nicht isoliert betrachtet, sondern muss in diesem Kontext gesehen werden. Dadurch wird die Frage der im Mittelpunkt der Prüfung stehenden Verhältnismäßigkeit völlig anders gewichtet, was für das Ergebnis mit ausschlaggebend ist. Dem liegt auch der Gedanke zugrunde, dass jede Fahrleistung bedeutend ist sowohl für die Tätigkeit des Fahrers als auch der Dienstleistung seines Arbeitgebers. Die maßgeblichen Komponenten einer Fahrleistung bei einem Transport sind eben nicht nur Be- und Entladung; vielmehr kommt es gerade auf die Beförderung vom Be- zum Entladeort an, also auf das Fahren. Beim grenzüberschreitenden Verkehr kommt die Be- oder Entladung als wesentliches Element im Ausgangs- bzw. im Zielstaat zur reinen Beförderung deshalb nur *zusätzlich* hinzu.