

Kurt Pärli

Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich

**Kritische Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts
4A_230/2018 vom 15. Januar 2019**

Gemäss Bundesgericht kann offenbleiben, ob das im FZA und Anhang I festgehaltene Diskriminierungsverbot bei vertraglich vereinbarter Ungleichbehandlung beim Lohn auch in privaten Arbeitsverhältnissen unmittelbar anwendbar ist. Die Berufung auf das FZA-Diskriminierungsverbot sei im konkreten Fall ohnehin rechtsmissbräuchlich. Das Urteil überzeugt europarechtlich nicht und weckt in arbeitsrechtlicher Hinsicht grundsätzliche Bedenken.

Beitragsarten: Urteilsbesprechung

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Europarecht; Ausländer- und Asylrecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli, Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich, in: Jusletter 20. Mai 2019

Inhaltsverzeichnis

- I. Vorbemerkungen
- II. Sachverhalt, Instanzenzug, Entscheid
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
- IV. Kommentar
 - 1. Einordnung des Urteils in die bisherige Gerichtspraxis zu Eurolohn-Fällen und zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot des FZA
 - 2. Zur Drittwirkung des arbeitsrechtlichen FZA-Diskriminierungsverbotes
 - 2.1. Einleitende Bemerkungen
 - 2.2. Allgemeine Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - 2.3. Die Regelung zur arbeitsvertraglichen Ungleichbehandlung Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA
 - 2.3.1. Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung bei arbeitsvertraglichen Bestimmungen
 - 2.3.2. Drittwirkung der Regelung
 - 2.3.3. Vertraglich verabredete Lohnungleichheit als verbotene indirekte Diskriminierung
 - 2.3.4. Ergebnis und Rechtsfolge
 - 3. Geltendmachung des FZA-Diskriminierungsverbotes als Rechtsmissbrauch
 - 4. Fazit

I. Vorbemerkungen

[Rz 1] Mit grosser Spannung wurde in der Fachwelt, in Wirtschafts- und Gewerkschaftskreisen und auch in einer breiteren Öffentlichkeit ein erstes und klärendes Urteil des Bundesgerichts zur Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung von Lohnzahlungen in Euro als Sparmassnahme erwartet. Im vorliegend besprochenen Fall und im Parallellfall des Urteils des Bundesgerichts 4A_215/2017 wurde am 15. Januar 2019 eine öffentliche Urteilsberatung durchgeführt. In beiden Fällen kam das Urteil – Ablehnung der Klagen der Arbeitnehmerin (im Fall 4A_230/2018) bzw. des Arbeitnehmers (im Fall 4A_215/2017) – mit der Begründung «Rechtsmissbrauch» mit einer 3:2 Mehrheit zustande. Leider hat das Bundesgericht die entscheidende Frage, nämlich diejenige nach der unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes nach FZA nicht beantwortet.

[Rz 2] Im Folgenden werden zuerst der Sachverhalt und die Erwägungen des Urteils vom 15. Januar 2019 zusammenfassend wiedergegeben (II und III) und danach in den Kontext weiterer Fälle zum Eurolohn und zum Anwendungsbereich des FZA eingeordnet (IV.1). Anschliessend folgt eine kritische Reflexion zu den bundesgerichtlichen Erwägungen zur Drittwirkung (IV.2) und eine Stellungnahme zum Rechtsmissbrauch (II.3). Abgeschlossen wird der Kommentar mit einem Fazit (IV.4).

II. Sachverhalt, Instanzenzug, Entscheid

[Rz 3] Zwischen einer Arbeitnehmerin, B., und der A. GmbH (Sitz in Deutschland, Filiale in Schaffhausen) bestand seit dem 1. Juli 2001 ein Arbeitsverhältnis. B. hatte Wohnsitz in Deutschland, arbeitete indes am schweizerischen Standort der A. GmbH und hatte somit den Status einer Grenzgängerin. B. erhielt ein Bruttogehalt von CHF 5'257.75 (Grundlohn plus Zulagen). Die A. GmbH geriet in Folge der Eurokrise und Frankenstärke Ende 2011 in Schwierigkeiten. Den

Grenzgänger/innen des Standortes Schaffhausen wurden deshalb Vertragsänderungen unterbreitet, die faktisch einer Lohnkürzung gleichkamen. Die Lohnkürzung erfolgte dadurch, dass der Lohn der Grenzgänger/innen in Euro ausgerichtet wurde und dies nach Massgabe des ungefähren Durchschnittskurses des Jahres 2010 (1.39). Damit erhielten die Grenzgänger/innen ab diesem Zeitpunkt faktisch weniger Lohn als sie bisher, ohne die Vertragsänderung, bekommen haben. Diejenigen Mitarbeitenden, die der Vertragsänderung nicht zustimmten, erhielten die Kündigung. B. indes willigte in die Vertragsänderung ein.

[Rz 4] Per 30. November 2014 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis mit B. Diese gelangte daraufhin an das Kantonsgericht Schaffhausen und verlangte, die A. GmbH sei zu verpflichten, die Differenz zwischen dem ursprünglichen Lohn und dem Lohn nach Vertragsänderung zu bezahlen. Das Kantonsgericht lehnte die Klage ab, worauf B. mit Berufung an das Obergericht des Kantons Schaffhausen gelangte. Der Berufung wurde stattgegeben, die A. GmbH wurde zur Zahlung der Lohndifferenz von CHF 20'475 brutto zuzüglich Zins verurteilt (Urteil vom 20. Februar 2018¹). Das Obergericht Schaffhausen befand, der Lohn könne grundsätzlich auch in Euro ausgerichtet werden. Auch sei eine vertragliche Vereinbarung eines tieferen Lohnes prinzipiell zulässig. Die (faktische) Lohnreduktion verstosse indes gegen das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens (FZA²). Den Einwand der beschwerdeführenden A. GmbH, die tieferen Lebenshaltungskosten in Deutschland würden die unterschiedliche Behandlung der Grenzgänger/innen im Verhältnis zu den inländischen Arbeitnehmenden rechtfertigen, wies das Obergericht zurück.³

[Rz 5] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die A. GmbH beim Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Am 15. Januar 2019 führte das Bundesgericht eine öffentliche Urteilsberatung durch. Am gleichen Tag wurde ebenfalls der gleichgelagerte Fall 4A_215/2017⁴ beraten und entschieden. In beiden Fällen hiess das Bundesgericht die Beschwerden gut und wies die Klagen ab.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

[Rz 6] Das Bundesgericht verweist in Erwägung E) 1.1 darauf, dass es das Recht von Amtes wegen anwendet und somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden ist.⁵ In E. 1.2 beschäftigt sich das Bundesgericht mit

¹ Obergericht Schaffhausen, OGE 10/2017/1 vom 20. Februar 2018, http://www.obergerichtsentscheide.sh.ch/fileadmin/Redaktoren/Dokumente/gesetzestexte/Band_19/2018_10-2017-1.pdf (zuletzt besucht am 3. April 2019).

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

³ Urteil Obergericht (Fn. 1), E. 7.4.

⁴ Die schriftliche Urteilsbegründung liegt hier noch nicht vor. Siehe aber die Pressemitteilung des Bundesgerichts vom 15. Januar 2019 https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/4A_215_2017_yyyy_mm_dd_T_d_13_27_23.pdf (zuletzt besucht am 3. April 2019). Vorinstanzlich hatte das Kantonsgericht des Kantons Jura mit Urteil vom 10. März 2017 den Lohnnachzahlungsanspruch des Grenzgängers gestützt auf das Diskriminierungsverbot des FZA gutgeheissen (Arrêt du Cour civile CC 96/2016 du 10 mars 2017, <https://www.jura.ch/JUST/Instances-judiciaires/Tribunal-cantonal/Jurisprudence-recente.html> [zuletzt besucht am 3. April 2019], siehe «Cour Civil, Frontaliers: la cour civil interdit le paiement du salaire en Euro»).

⁵ Mit diesen Hinweisen bereitet das Bundesgericht das Terrain vor, um in E. 3 die Klage der Arbeitnehmerin B. wegen Rechtsmissbräuchlichkeit abzulehnen. Rechtsmissbrauch wurde im Vorverfahren von der Beklagten (soweit in den veröffentlichten Urteilsauszügen ersichtlich) nie geltend gemacht.

der Rüge der Beschwerdeführerin, wonach der Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sei. Die Rüge geht indes fehl. Wenn geltend gemacht werde, die Vorinstanz hätte nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Lohnreduktion auf Konsens beruhen würde, betreffe dies nicht die Sachverhaltsfeststellung, sondern handle es sich vielmehr um eine Kritik an der rechtlichen Würdigung desselben, hält das Bundesgericht fest. Auch die zweite Sachverhaltsrüge der Beschwerdeführerin wurde mit dem Argument «Rechtsfrage, nicht Tatfrage» abgewiesen. Die Vorinstanz sei bezüglich Sachverhalt zu Recht von einer impliziten Lohnsenkung in Schweizer Franken ausgegangen.

[Rz 7] In E. 2 beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die lediglich die Grenzgänger/innen betreffende Lohnsenkung auf dem Wege einer Vertragsänderung gegen das Diskriminierungsverbot des FZA verstosse. Unter Bezugnahme auf sein Urteil 4A_391/2015 vom 1. Oktober 2015, E. 4.2 hält das Bundesgericht vorab fest, der Lohn dürfe grundsätzlich auch in einer anderen als der schweizerischen Währung ausgerichtet werden. Danach (E. 2.1 bis 2.3) wird dargelegt, dass Art. 2 FZA inhaltlich dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nach Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV⁶) entspreche und Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA im Wesentlichen Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 der Verordnung (VO) 1612/68/EWG⁷ bzw. deren Nachfolgeregelung VO 492/2011/EU⁸ nachgebildet sei. Als Arbeitnehmerin mit deutscher Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in Deutschland sowie Arbeitsort in der Schweiz falle die Beschwerdegegnerin (Arbeitnehmerin B.) als Grenzgängerin in den persönlichen Geltungsbereich des FZA. Das FZA verbiete sowohl die direkte (offene) als auch die indirekte (versteckte) Diskriminierung; vorliegend würde lediglich eine indirekte Diskriminierung zur Diskussion stehen, da die Lohnsenkung nicht an die Staatsangehörigkeit, aber an den ausländischen Wohnsitz der Arbeitnehmerin anknüpfe. Für den konkreten Fall geht das Bundesgericht von einer indirekten Diskriminierung aus, «da die strittige Massnahme nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sondern an den Wohnsitz der Arbeitnehmerin im Ausland» (E. 2.3).

[Rz 8] Anschliessend (E. 2.4) erörtert das Bundesgericht die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA und verweist dabei auf BGE 129 II 249⁹ sowie auf die Schlussanträge des Generalanwaltes in der Rechtssache C-339/05 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*.¹⁰ Implizit anerkennt das Bundesgericht die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA im Verhältnis Privater zum Staat. Einer näheren Prüfung unterzog das Bundesgericht aber die Frage, ob der Anspruch eines Arbeitnehmers auf diskriminierungsfreie Entlohnung auch gegenüber Privaten gelte (Drittwirkung).¹¹

⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 45 ff.

⁷ EWG-Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft 1612/68/EWG vom 15. Oktober 1968.

⁸ EU-Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union 492/2011/EU vom 5. April 2011.

⁹ Siehe die entscheidenden Stellen in BGE 129 II 249 E. 3.3: (...) Die ausländerrechtlichen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens (insbesondere jene im Anhang I) sind inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen, weshalb sie grundsätzlich unmittelbar anwendbar (self-executing) sind (...).

¹⁰ Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) wurde eingestellt. Die entscheidende Stellen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in der Rs C-339/05 zur Bedeutung des FZA bzw. von Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA lauten: Artikel 9 des Anhangs I (...) begründet damit eine eindeutige Verpflichtung, die nicht des Erlasses eines weiteren Aktes bedarf, da die Parteien bei der Entwicklung der bezeichneten Bereiche keinen Beurteilungsspielraum haben, sondern Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit im Sinne eines unbedingten und unbeschränkten Verbotes stets zu vermeiden sind.

¹¹ Der Vorinstanz warf das Bundesgericht an dieser Stelle vor, sie vermische die Frage der direkten Anwendbarkeit mit der Frage der Drittwirkung, wenn geltend gemacht werde, das FZA gewähre den unter das Abkommen fallenden Personen ein individuelles Beschwerde- bzw. Klage- und Berufungsrecht.

[Rz 9] In E. 2.5 geht das Bundesgericht der Drittwirkungsfrage ausführlich auf den Grund. Nach allgemeinen Hinweisen auf die für die Auslegung des FZA relevanten Kriterien (Hinweis auf Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (VRK¹²) und auf Art. 16 Abs. 2 FZA¹³) wird in E. 2.5.1 die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in privatrechtlichen Streitigkeiten nachgezeichnet. Verwiesen wird auf die EuGH-Rechtsprechung in den Fällen *Walrave und Koch* (Rs 36/74, Slg. 1974 I 1405, Rn. 16/19), *Bosman* (C-415/93, Slg. 1995 I 4921) und *Schöning-Kougebetopoulou* (Rs 15/96, Slg. 1998 I 47, Rn. 28). Das Bundesgericht verweist darauf, dass diese Fälle Regelungen von Sportverbänden bzw. einen Tarifvertrag über den öffentlichen Dienst betrafen und wie auch der privatrechtliche Lohngleichheitsfall *Defrenne* (Rs 43/75, Slg. 1976 I 455, Rn. 39) aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des FZA stammten.¹⁴ Erst im Jahre 2000 (also nach dem Inkrafttreten des FZA) sei der EuGH im Fall *Angonese* (C-281/98, Slg. 2000 I 4139) zum Schluss gekommen, das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot gelte auch unter Privaten.¹⁵

[Rz 10] Die Ausdehnung des (primärrechtlichen) Diskriminierungsverbotes auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse würde, so das Bundesgericht in E. 2.5.2, in der Lehre mehrheitlich kritisiert, von verschiedenen Autoren aber auch gutgeheissen. Die kritischen Stimmen würden grundsätzliche dogmatische Einwände geltend machen und die Einschränkung der Privatautonomie bemängeln. Zudem bestünden Probleme hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe. Von den Befürwortern der Drittwirkung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde geltend gemacht, dass die Drittwirkung zur vollen Verwirklichung der Freizügigkeit erforderlich sei. Nach den Ausführungen zum primärrechtlichen Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit verweist das Bundesgericht auf die einheitliche, sowohl in der Europarechts- als auch Arbeitsrechtslehre vertretene Position, wonach Art. 7 Abs. 4 der EU-Freizügigkeitsverordnung und die Parallelnorm in Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA ausdrücklich auch Bestimmungen in Einzelarbeitsverträge erwähnen würden und (gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) unmittelbar gegenüber privaten Arbeitgeberinnen angerufen werden könnten (E. 2.5.3).

[Rz 11] Anschliessend prüft das Bundesgericht mögliche Rechtfertigungsgründe einer (allfälligen) Diskriminierung (E. 2.5.4).¹⁶ Das Unionsrecht anerkenne wie das FZA ausdrücklich die Gründe «öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit». Mit der überwiegenden Lehre geht auch das Bundesgericht davon aus, dass eine Ausdehnung des Diskriminierungsverbotes auf Private im Sinne des Urteils *Angonese* ebenso eine Erweiterung der Rechtfertigungsgründe nach sich ziehen muss. Das schliesse auch «wirtschaftliche Gründe» ein, hält das Bundesgericht fest. Auch der EuGH habe im Urteil *Angonese* erkannt, dass in privatrechtlichen Streitigkeiten auch «sachliche Erwägungen» eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Damit stelle der EuGH, so das Bundesgericht, in privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmenden und einem einzelnen Arbeitgeber weniger hohe Rechtfertigungshürden auf, als dies bei staatlichen Akteuren und

¹² Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111.

¹³ Art. 16 Abs. 2 FZA hält fest, dass soweit für die Anwendung des FZA Begriffe des Gemeinschaftsrechts (heute: Unionsrecht) herangezogen werden, die bis zum 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sei.

¹⁴ Das ist insoweit von Bedeutung, als nach Art. 16 Abs. 2 FZA nur EuGH-Urteile bis zum Stichtag 21. Juni 1999 zwingend zu berücksichtigen sind.

¹⁵ Das Bundesgericht verweist weiter auf die Urteile *Raccanelli*, C-94/07, Slg. 2008 I 5939, Rn. 45 und *Erny*, C-172/11, Rn. 36.

¹⁶ Es ist nicht ganz nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht die Frage der Rechtfertigung nicht unmittelbar nach der Feststellung, es liege eine indirekte Diskriminierung vor, prüft.

marktmächtigen Kollektivakteuren der Fall sei; hier wären nur «zwingende Gründe des Allgemeininteressens» zulässig.

[Rz 12] Nach den Ausführungen zur Drittwirkung des FZA-Diskriminierungsverbotes in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten kommt das Bundesgericht in E. 2.6 zum Schluss, die Drittwirkungsfrage (Bindung des Arbeitgebers direkt durch das FZA oder durch Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) sei gar nicht zu entscheiden, da die Berufung der Beschwerdegegnerin auf das Diskriminierungsverbot ohnehin rechtsmissbräuchlich sei und die Beschwerde bereits aus diesem Grund gutzuheissen sei.

[Rz 13] Nach einer kurzen Darlegung des Konzepts des Rechtsmissbrauchs und insbesondere Hinweisen, wonach eine die Anrufung zwingenden Rechts nur bei Vorliegen besonderer Umstände rechtsmissbräuchlich sei (E. 3.1), begründet das Bundesgericht ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Arbeitnehmerin B. im vorliegenden Fall wie folgt (E. 3.2): Die Beschwerdegegnerin hätte der Lohnkürzung im Dezember 2011 zugestimmt und dabei um die finanziellen Schwierigkeiten der Arbeitgeberin gewusst. Motiv der Lohnsenkung sei einzig die Rettung von Arbeitsplätzen gewesen. Damit hätte die Beschwerdegegnerin mit der Zustimmung zur Lohnsenkung (auch) ihren Arbeitsplatz gerettet. Es sei vor diesem Hintergrund rechtsmissbräuchlich, wenn «sie Jahre später dennoch Diskriminierung geltend macht und sich hierzu auf Art. 9 Abs. 1 FZA beruft». Nicht unberücksichtigt bleiben könne, so das Bundesgericht weiter, dass das Diskriminierungsverbot des FZA primär wirtschaftlichen Charakter habe und nicht menschenrechtlichen Gehalt, wie dies auf andere Diskriminierungsverbote zutrefte. Aus dieser Bewertung des Gehaltes des FZA-Diskriminierungsverbotes zieht das Bundesgericht den folgenden Schluss: «Wenn die Beschwerdegegnerin Jahre später das wirtschaftlich motivierte Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens anruft, obwohl sie der Lohnmassnahme zugestimmt hatte im Wissen, dass damit in einer wirtschaftlichen Ausnahmesituation auch ihr Arbeitsplatz gesichert werden sollte, erscheint dies als zweckwidrige Verwendung des Rechtsinstituts des Diskriminierungsverbots nach Art. 9 Anhang I FZA, weil sie damit die Beschwerdeführerin davon abhielt, gegebenenfalls in Frage kommende alternative Rettungsmassnahmen zu treffen.»¹⁷

IV. Kommentar

1. Einordnung des Urteils in die bisherige Gerichtspraxis zu Eurolohn-Fällen und zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot des FZA

[Rz 14] Bereits bevor die Schweizerische Nationalbank (SNB) am 15. Januar 2015 den Euromindestkurs aufgehoben hat und so insbesondere exportorientierte Unternehmungen stark unter Druck gerieten, waren verschiedene Firmen in grenznahen Gebieten dazu übergegangen, gegenüber Grenzgänger/innen auf dem Wege von Vertragsänderungen Lohnkürzungen durchzusetzen. Begründet wurden diese Massnahmen mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten und dem Argument, dass die Grenzgänger vom starken Frankenkurs angesichts der tieferen Lebenshaltungskosten im grenznahen Ausland profitieren könnten und so die Lohnsenkung faktisch nicht zu einer Reduktion der Kaufkraft führe.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_2030/2018 vom 15. Januar 2019, E. 3.2 (ganz am Schluss).

[Rz 15] In der schweizerischen Arbeitsrechtslehre wurde und wird die Zulässigkeit von Lohnanpassungen als Reaktion auf Währungsschwankungen breit und mehrheitlich ablehnend diskutiert. Zu unterscheiden sind dabei mehrere Fragen. Dass ein Lohn auch in einer anderen als der gesetzlichen Währung ausgerichtet werden kann, ist unbestritten, denn Art. 323b OR ist dispositiver Natur.¹⁸ Fraglich ist, wieweit ein Lohn (egal in welcher Währung) abhängig vom Wechselkurs vereinbart werden darf. Das ist umstritten; heikel ist insbesondere, dass das Betriebsrisiko grundsätzlich von der Arbeitgeberin zu tragen ist und dieser Grundsatz nicht durch Lohnvereinbarungen unterlaufen werden darf.¹⁹ Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass EU-Ausländer/innen oder Grenzgänger/innen betreffende Lohnkürzung im Lichte des Diskriminierungsverbotes des FZA heikel sind.²⁰

[Rz 16] Erstmals musste sich das Bezirksgericht Arlesheim am 31. Januar 2012 mit der Frage der Zulässigkeit solcher währungsbedingter Lohnkürzungen auseinandersetzen und kam zum Schluss, die Lohnsenkung stelle eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar und könne auch nicht durch unterschiedliche Lebenshaltungskosten gerechtfertigt werden.²¹ Das Kantonsgericht Basel-Landschaft lehnte die Beschwerde der Arbeitgeberin mit Urteil vom 17. Dezember 2012 diesbezüglich ab.²² In diesem Fall hatten sechs klagende Arbeitnehmer die Vertragsänderung nicht akzeptiert und danach eine Änderungskündigung erhalten. Diese erachtete das Bezirksgericht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Missbräuchlichkeit der sogenannten Racheündigung bei Kündigung als Folge der Geltendmachung eines Rechts, vorliegend des Rechts auf diskriminierungsfreie Entlohnung). Für das Kantonsgericht stellt die Lohnsenkung der Grenzgänger auf dem Weg einer Änderungskündigung eine indirekte Diskriminierung nach FZA dar. Sachliche Rechtfertigungsgründe würden nicht vorliegen. Insbesondere verwarf das Kantonsgericht auch die Berufung der Arbeitgeberin auf eine Bestimmung

¹⁸ Art. 323b Abs. 1 Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR; SR 220) sieht keine bestimmte Währung vor, vorgeschrieben ist lediglich, dass die Zahlung des Geldlohns mit gesetzlichen Zahlungsmitteln erfolgen muss. Die Arbeitsvertragsparteien können deshalb gestützt auf Art. 84 Abs. 1 OR vereinbaren, dass das Gehalt durch ein gesetzliches Zahlungsmittel irgendeiner Währung bezahlt werden kann, siehe zum Ganzen ausführlich ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011, S. 171 f. und KURT PÄRLI, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, in: Jusletter vom 11. Mai 2015, Rz. 75 (u.a.).

¹⁹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 323b, mit Hinweisen auf divergierende Lehrmeinungen, siehe auch PÄRLI (Fn. 18), Rz. 22 und 59.

²⁰ Durch den Euro-Kurs begründete Lohnkürzungen erachten als mit dem FZA nicht vereinbart namentlich CHRISTA TOBLER, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs, in: Zur Emeritierung von J. Stöckli (Festschrift), Eva Maria Bani et al. (Hrsg.), Zürich 2014, S. 649 ff.; KURT PÄRLI, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der europäischen Union, in: Jusletter vom 27. Februar 2011; JEAN-CHRISTOPHE SCHWAAB, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ?, in: Jusletter vom 8. August 2011; PHILIPP GEMPER, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: Anwaltspraxis 2012, S. 76 und FRANK EMMEL, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 322. Als durch sachliche Gründe gerechtfertigt erachten mit dem Eurokurs zusammenhängende Lohnkürzungen hingegen JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, ARV online 2012 Nr. 262 und JENS ONNEN, Schadenersatzansprüche aus Lohnzahlungen in Euro, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 412.

²¹ Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 18. August 2011; das Gericht verurteilte die Arbeitgeberin zu einer Sanktion in der Höhe von sechs Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung sowie zur Bezahlung von Überstunden.

²² Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht vom 17. Dezember 2012 (400 12 152). Das Gericht hiess die Beschwerde teilweise gut, indem lediglich vier Monatslöhne Entschädigung für die Missbräuchlichkeit der Kündigung anerkannt und die Forderung Überstunden zurückgewiesen wurden.

des Gesamtarbeitsvertrages (GAV), da Art. 9 Abs. 4 Anhang I zum FZA auch diskriminierende Bestimmungen in GAVs verbiete.²³ Zudem stelle das Vorgehen eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des von der Arbeitgeberin zu tragenden Betriebsrisikos dar. Die Ablehnung der Vertragsänderung war demnach zulässig und die daraufhin ausgesprochene Arbeitgeberkündigung missbräuchlich.²⁴ Das Urteil wurde an das Bundesgericht weitergezogen, jedoch waren vor Bundesgericht lediglich noch Überstundenentschädigungsfragen streitig.²⁵

[Rz 17] In einem weiteren Eurolohn-Fall ist streitig, ob eine Anpassung des Arbeitsvertrages (Lohn neu in Euro statt in Franken) im Lichte des FZA zulässig sei. Kläger ist ein Arbeitnehmer deutscher Nationalität, dessen Arbeitsort im Ausland (auf See) ist und der bei der schweizerischen Niederlassung einer internationalen Schifffahrtsgesellschaft angestellt ist. Die gleiche Unternehmung richtet den in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden den Lohn in Franken aus, der (faktisch) geringere Eurolohn gilt für die Arbeitnehmenden, die nicht in der Schweiz tätig sind. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt verneint in seiner Entscheid vom 14. Dezember 2017 in einem solchen Fall die Anwendbarkeit des FZA, da keine Grenzgängerkonstellation vorliege.²⁶ Das Appellationsgericht hat das erstinstanzliche Urteil am 9. April 2019 bestätigt.²⁷ Der Feststellung, das FZA finde in dieser Konstellation keine Anwendung, kann nicht gefolgt werden. Das Diskriminierungsverbot des FZA findet Anwendung, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. In der Konstellation des hier erwähnten Falles trifft dies nach der hier vertretenen Ansicht zu. Zum einen ist ein deutscher Staatsbürger von einer Arbeitgeberin mit Sitz in der Schweiz angestellt. Zum anderen ist der Arbeitnehmer im Rang eines Kapitäns in verschiedener Hinsicht den Weisungen seiner in der Schweiz domizilierten Arbeitgeberin unterstellt.²⁸

[Rz 18] Ausserhalb der Eurolohn-Fälle hat das Bundesgericht zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes des FZA in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen bereits Stellung bezogen. In einem GAV galt die Regelung, wonach eine bestimmte Lohnklasse neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf Schweizer Baustellen voraussetzte, wobei die Berufslehrezeit als Tätigkeit anerkannt wurde. Das Bundesgericht stützte 2010 Urteile der Vorinstanz (Kantonsgericht Glarus), die fragliche GAV-Regel sei mit dem Diskriminierungsverbot des FZA nicht vereinbar.²⁹ Das Erfordernis der Erfahrung auf schweizerischen Baustellen stelle eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Rechtfertigungsgründe wären keine ersichtlich.³⁰ Vergeblich machte die beschwerdeführende Arbeitgeberin geltend, der fragliche GAV sei vom Bundesrat nach dem Inkrafttreten des FZA genehmigt und für allgemeinverbindlich erklärt worden. Die vom Bundesrat beschlossene Anerkennung hätte zur Folge, dass die normativen Bestimmungen des GAV-Gesetze im materiellen Sinne darstellen würden, an die das Bundesgericht gebunden wäre. Das

²³ Urteil Kantonsgericht Basel-Landschaft (Fn. 22), E. 3.8.5.

²⁴ Urteil Kantonsgericht Basel-Landschaft (Fn. 22), E. 3.9.

²⁵ Urteile des Bundesgerichts 4A_202/2013; 4A_194/2013; 4A_196/2013; 4A_198/2013; 4A_200/2013, 4A_204/2013 vom 18. September 2013.

²⁶ Urteil des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 14. Dezember 2017, GS 2017.7.

²⁷ Urteil des Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 9. April 2019, BEZ 2018.20.

²⁸ Die Frage bedarf indes zweifellos einer vertieften Analyse, die den Rahmen der vorliegenden Urteilsbesprechung sprengt.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010 und der Parallellfall Urteil des Bundesgerichts 4A_595/2009 ebenfalls vom 5. März 2010.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.4 bis 1.5.3.

Bundesgericht wies diese Argumentation mit Hinweis auf Art. 189 BV und Art. 95 Bundesgerichtsgesetz (BGG) zurück; es könne prüfen, ob die Bestimmungen eines GAV gegen zwingendes Bundes- oder Völkerrecht verstossen.³¹

[Rz 19] Erstaunlicherweise wird dieser Bundesgerichtsentscheid im vorliegend besprochenen Eurolohn-Urteil mit keinem Wort erwähnt. Auch im GAV-Fall standen sich ein Arbeitnehmer und eine Arbeitgeberin in einem privatrechtlichen Streit um Lohnnachzahlungen gegenüber und für das Bundesgericht war das FZA bzw. insbesondere Art. 9 Abs. 1 Anhang I zum FZA fraglos auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis anwendbar. Die Grundlage der Lohndiskriminierung lag zwar hier im (allgemein verbindlich erklärten) GAV.³² Der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 Anhang 1 FZA verbietet sowohl die einzelvertragliche wie die kollektivvertragliche Diskriminierung. Das Bundesgericht hätte also die Möglichkeit gehabt, an seine arbeitsrechtliche FZA-Diskriminierungsrechtsprechung anzuknüpfen und diese fortzusetzen.

2. Zur Drittwirkung des arbeitsrechtlichen FZA-Diskriminierungsverbotes

2.1. Einleitende Bemerkungen

[Rz 20] Das Bundesgericht lässt im vorliegenden Fall offen, ob eine private Unternehmung bei der Gestaltung eines Arbeitsvertrages (vorliegend: Durchsetzung der Vertragsänderung auf dem Wege einer angedrohten Änderungskündigung) durch das FZA unmittelbar verpflichtet werde. Dieses Ergebnis und insbesondere die Begründung erstaunen.

[Rz 21] Bemerkenswert ist, wie unsystematisch das Bundesgericht in seiner Urteilsbegründung vorgeht. Es erläutert zuerst in E. 2.1 das Diskriminierungsverbot des FZA und anerkennt die inhaltliche Kongruenz mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Danach wird in E. 2.2 der persönliche Anwendungsbereich geprüft und bejaht und in E. 2.3 festgestellt, es stehe keine direkte, sondern eine indirekte Diskriminierung zur Diskussion. Die Frage der Rechtfertigung (anerkannte Gründe und Verhältnismässigkeit) einer indirekten Diskriminierung wird dann wenig überzeugend inmitten der Ausführungen zum Problembereich der Drittwirkung des arbeitsrechtlichen FZA-Diskriminierungsverbotes behandelt.

[Rz 22] Weiter trennt das Bundesgericht nicht klar zwischen den auf die vorliegende Problematik passenden Bestimmungen Art. 9 Abs. 1 und 4 in Anhang I zum FZA und den korrespondierenden Regelungen in der EU-Verordnung 492/2011 sowie der weiteren Bedeutung des FZA-Diskriminierungsverbotes im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.

[Rz 23] In den folgenden Ausführungen werden vorerst die Ausführungen des Bundesgerichtes zur allgemeinen Bedeutung des Diskriminierungsverbotes des FZA und der Rechtsprechung des EuGH für private Arbeitsverhältnisse kommentiert. Danach wird geprüft, ob Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 Anhang I zum FZA unmittelbar auch auf private Arbeitsverhältnisse anwendbar ist und ob in casu gegen diese Bestimmung verstossen wird sowie ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.2 und 1.3.

³² Das Bundesgericht verneint jedoch, dass allgemein verbindliche GAVs Gesetzescharakter hätten (E. 1.3). Andernfalls hätte dies zur spannenden Frage des Verhältnisses zwischen dem völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot des FZA und dem Bundesgesetz geführt.

2.2. Allgemeine Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit

[Rz 24] Das Bundesgericht thematisiert ausführlich die umstrittene Frage, wieweit das arbeitnehmerfreizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot auch bei der Anstellung bei einem einzelnen privaten Arbeitgeber Geltung haben sollte (E. 2.5.2). Das hat aber, wie später zu zeigen sein wird, mit der vorliegend zu beurteilenden Frage einer auf der Staatsangehörigkeit basierenden *Lohndiskriminierung* nichts zu tun. Es ist deshalb erstaunlich, wieviel Platz das Bundesgericht der Kritik an der Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Anstellungen einräumt, da es bei den Eurolohn-Fällen gar nicht um diese Frage geht. Es entsteht der Eindruck, als hätte sich das Bundesgericht (bzw. die knappe Mehrheit des Gerichts) mit aller Kraft gegen das kaum wegzu diskutierende Ergebnis einer unmittelbaren Drittwirkung der Bestimmungen zum Vertragsinhalt (in casu: Lohn) wehren wollen.

[Rz 25] Wenig überzeugend sind auch die Ausführungen des Bundesgerichts zum EuGH-Urteil *Angonese* (E. 2.5.1). Zwar trifft es zu, dass dieses Urteil erst nach Inkrafttreten des FZA gefällt wurde. Entscheidend ist aber, dass *Angonese* nicht der erste EuGH-Entscheid zur Bindungswirkung der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote im Gemeinschaftsrecht war; vielmehr wurde diese vom EuGH bereits in den 1970er Jahren im Fall *Defrenne* anerkannt. Dass es dabei in einen Fall (*Defrenne*) um die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und im anderen (*Angonese*) um die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit geht, ist nicht relevant – der EuGH verweist denn in *Angonese* auch ausdrücklich auf *Defrenne*. Mit anderen Worten: Die Lehre von der horizontalen Drittwirkung im Bereich der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote entstand nicht erst mit *Angonese*, sondern bereits lange vor dem FZA. Auch vermeidet das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung tunlichst, sich mit seiner eigenen Praxis auseinanderzusetzen, wonach EuGH-Entscheidungen nach Inkrafttreten des Abkommens im Interesse einer parallelen Rechtsentwicklung berücksichtigt werden sollen, soweit nicht triftige Gründe dagegen sprechen.³³

[Rz 26] Ein Teil der Kritik an der Drittwirkung (bei den Anstellungsdiskriminierungsfällen) betrifft die Einschränkung der Vertragsfreiheit (E. 2.5.2). Diese Kritik geht im Zusammenhang mit dem FZA fehl. Primär *erweitert das FZA die arbeitsrechtliche Vertragsabschlussfreiheit*, indem die ausländerrechtlichen Bewilligungen für FZA-Staatsangehörige wegfallen. Diese Erweiterung der Freiheit, die namentlich auch den Arbeitgebern zugutekommt, ist mit dem Preis der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung verbunden. Das Verbot, (FZA-)ausländische Arbeitnehmende aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit direkt oder indirekt zu diskriminieren, gilt im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses. Es geht im vorliegenden Fall nicht um den Zugang zum Arbeitsmarkt, sondern um eine vertraglich vereinbarte Lohnbestimmung in einem Vertrag mit einer Grenzgängerin, die im Vergleich zu einem Vertrag mit einem Nichtgrenzgänger ungünstigere Bedingungen enthält. Die Beseitigung solcher Diskriminierungen liegt auch im Interesse der Arbeitnehmenden und des sozialpolitischen Friedens. Könnte nämlich ein Arbeitgeber FZA-Staatsangehörige nach Belieben schlechter entlohnen und einfacher entlassen, so hätte dies über kurz oder lang einen negativen Einfluss auf das allgemeine Niveau der Arbeits- und Lohnbedingungen in der Schweiz. Das *arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot des FZA* schützt somit sowohl die *ausländischen Arbeitskräfte* vor Ausbeutung als auch die *inländisch Beschäftigten* vor einer

³³ Siehe BGE 136 II 5 E. 3.4 (Abweichung nur aus «triftigen» Gründen und «nicht leichthin»).

Verschlechterung der Arbeitsbedingungen. Die gleiche Konzeption liegt auch dem ebenfalls auf dem FZA basierenden Entsendegesetz (EntsG) zugrunde. Nach Art. 2 EntsG muss der EU-ausländische Unternehmer, der unter Berufung auf die (auf 90 Kalendertage beschränkte) Dienstleistungsfreiheit des FZA seine Arbeitskräfte zur Erfüllung eines Auftrages in die Schweiz entsendet, die in einem Bundesgesetz oder einem allgemein verbindlich erklärten GAV verankerten Arbeits- und Lohnbedingungen einhalten.

2.3. Die Regelung zur arbeitsvertraglichen Ungleichbehandlung Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA

2.3.1. Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung bei arbeitsvertraglichen Bestimmungen

[Rz 27] Art. 2 FZA hält fest, dass die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfen. Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot wird für Arbeitsverhältnisse konkretisiert. Gemäss Art. 7 lit. a FZA regeln die Vertragsparteien das Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Im Anhang I erfolgt die Umsetzung dieses Auftrages, vorliegend relevant sind Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4. Nach Abs. 1 gilt: Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf die berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Des Weiteren hält Abs. 4 fest: Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Diese Rechtsfolge gilt sowohl für direkt als auch für indirekt diskriminierende Vertragsbestimmungen.

2.3.2. Drittwirkung der Regelung

[Rz 28] Die Auslegung der soeben erwähnten Bestimmungen des FZA und des Anhangs I erfolgt, wie das Bundesgericht in E. 2.5 richtig festhält, nach den Regeln, wie sie in Art. 31 VRK festgehalten sind (Auslegung nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, den Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte von Ziel und Zweck des Vertrages. Art. 31 Abs. 2 VRK verweist auf den *Vertragswortlaut* samt Präambel und *Anhang*).

[Rz 29] Aus Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA in Verbindung mit Art. 2 und 7 FZA ergibt sich, dass die *Vertragsinhaltsfreiheit* und die *Kündigungsfreiheit für private Arbeitgeber* beschränkt sind. Vertragliche (Einzel- oder Kollektivvertrag) Vereinbarungen mit auf der Staatsangehörigkeit basierenden diskriminierenden Lohn- und Kündigungsbestimmungen sind dabei

nach unmissverständlichem Wortlaut «von Rechts wegen nichtig».³⁴ Vertragliche Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen werden zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden abgeschlossen. Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA nimmt dabei die Arbeitgebenden als stärkere Vertragspartei in die Pflicht und sieht deshalb die Nichtigkeit diskriminierender Bestimmungen vor. Dieses nach sprachlicher Auslegung eindeutige Ergebnis wird auch durch das Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA und Art. 7 FZA bestätigt. Ziel des FZA ist die Beseitigung jeder auf der Staatsangehörigkeit basierenden Ungleichbehandlung, u.a. bei den Beschäftigungsbedingungen.

[Rz 30] Auch in der Lehre zum europäischen Arbeitsrecht wird die unmittelbare Drittwirkung der Parallelbestimmung in der EU (VO 1612/68/EWG bzw. neu VO 492/2011/EU, je Art. 7 Abs. 1 und 4) entweder gar nicht thematisiert (weil selbstverständlich) oder ausdrücklich hervorgehoben.³⁵

2.3.3. Vertraglich verabredete Lohnungleichheit als verbotene indirekte Diskriminierung

[Rz 31] Vorliegend wird Arbeitnehmerin B. aufgrund ihres Status als Grenzgängerin im Verhältnis zu inländisch Beschäftigten durch die Arbeitgeberin benachteiligt. Die benachteiligende Ungleichbehandlung knüpft dabei nicht direkt an die Staatsangehörigkeit, sondern an den Wohnsitz an. Soweit kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, handelt es sich um eine verbotene indirekte Diskriminierung.

[Rz 32] Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA kann eine Diskriminierung durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden. Es liegt auf der Hand, dass die Anrufung dieser Rechtfertigungsgründe auf staatliche Interventionen zugeschnitten ist. Einem privaten Unternehmen stehen diese Rechtfertigungsgründe nicht zur Verfügung.

[Rz 33] Nach der EU-rechtlichen Dogmatik der Grundfreiheiten kommen als Rechtfertigungsgründe bei indirekter Diskriminierung und bei den die Freizügigkeit beschränkenden Massnahmen auch «zwingende Gründe des Allgemeininteressens» in Frage.³⁶ Für ein privatwirtschaftliches Unternehmen passen diese Gründe auch nicht wirklich, denn privatwirtschaftlich ausgerichtete Unternehmen verfolgen meist (wenn es sich nicht um Tendenzbetriebe mit ideellen Zielsetzungen handelt) primär wirtschaftliche Interessen. Das Bundesgericht erkennt diese Problematik und erwähnt auch mit Hinweisen auf die EuGH-Rechtsprechung, dass «sachliche» Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können (E. 2.5.4.2). Nicht gefolgt werden kann dem Bundesgericht allerdings, wenn es unter «sachlichen Gründe» weniger hohe Rechtfertigungshürden verstanden haben will, als bei «zwingenden Gründe des Allgemeininteressens». Ruft man sich den Zweck des FZA (siehe Art. 2) in Erinnerung, so muss der Rechtfertigungsgrundtopos vielmehr lauten «zwingende unternehmerische Gründe». Solche Gründe wären Erfordernisse, die für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten zwingend erforderlich sind. Das rein finanzielle Gründe auch einem privaten Unternehmen nicht als Rechtfertigung für eine diskriminierende Ungleichbe-

³⁴ KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern, 2009, Rz. 923; CORNELIA JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, in: Kurt Pärli et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden, Rz. 1201 f. und 1215.

³⁵ Siehe u.a.: HEINZ-DIETRICH STEINMEYER, in: Martin Franzen/Inken Gallner/Hartmut Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, München, 2016, Art. 7 VO 492/2011, N 10 und N 38; MAXIMILIAN FUCHS/FRANZ MAROLD, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Wien 2014, S. 89; JÖRG-PHILIP TERHECHTE, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, in: Monika Schlachter/Hans Michael Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden, 2016, N 46.

³⁶ TERHECHTE (Fn. 35), N 74-85.

handlung erlaubt sein sollen, zeigt gerade der vorliegende Fall. Die beabsichtigte Kostenersparnis durch die Lohnsenkungen bei Grenzgänger/innen stellt ein wirtschaftliches Interesse dar. Die Kostenersparnis liesse sich aber durch nichtdiskriminierende Massnahmen (Verteilung der erforderlichen Kosteneinsparungen durch Lohnanpassungen bei allen Mitarbeitenden) realisieren. Die Grenzgängerkündigung erweist sich damit auch als nicht verhältnismässig.

[Rz 34] In der schweizerischen Lehre wird teilweise argumentiert, eine Ausrichtung des Lohnes in Euro für Grenzgänger/innen – und damit eine Minderung des Lohnes im Verhältnis zu den inländischen Arbeitnehmenden – stelle gar keine unzulässige Ungleichbehandlung dar, da ein gleicher Lohn wie für in der Schweiz wohnhafte Arbeitnehmende im Ergebnis zu einer Privilegierung der Grenzgänger/innen führen würde, da die Kaufkraft an deren Wohnort höher sei.³⁷ Dieses Argument ist zurückzuweisen. Ein Lohn stellt die Gegenleistung für eine erbrachte Arbeitsleistung dar. Unterschiedliche Kaufkraft am Wohnort der Beschäftigten haben als Grundlage der Lohnberechnung im Arbeitsrecht keinen Platz. Zwar kennt das Personalrecht des Bundes sogenannte Ortszuschläge; auch diese sind jedoch nicht an den Wohn- sondern an den Arbeitsort der Arbeitnehmenden geknüpft.³⁸ Auch ein Wohnort mit unterschiedlicher Kaufkraft ändert deshalb am Tatbestand der Ungleichbehandlung nichts.

2.3.4. Ergebnis und Rechtsfolge

[Rz 35] Die der Arbeitnehmerin B. angebotene und auf dem Wege der Androhung einer Änderungskündigung durchgesetzte Vertragsanpassung kann nicht gerechtfertigt werden und erweist sich deshalb gestützt auf die unmittelbar auch in privaten Arbeitsverhältnissen anwendbare Bestimmung in Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA als nichtig. Mit dieser Feststellung hätte das Bundesgericht noch immer prüfen können, ob die Berufung auf die Nichtigkeit der Vertragsanpassung in casu rechtsmissbräuchlich sei. Unnötigerweise hat das Bundesgericht aber die Frage der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I offengelassen und die Thematik mit allgemeinen Ausführungen zur Bedeutung des Diskriminierungsverbotes bei der Anstellung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vermischt.

3. Geltendmachung des FZA-Diskriminierungsverbotes als Rechtsmissbrauch

[Rz 36] Besonders irritierend ist die Schlussfolgerung des Bundesgerichts bzw. der knappen Mehrheit der am Entscheid beteiligten Richterinnen, die Berufung auf das – soweit überhaupt im privaten Arbeitsverhältnis bestehende Recht auf Nichtdiskriminierung – sei rechtsmissbräuchlich. Das Bundesgericht verweist in E. 3.1 vorerst auf seine langjährige Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch und den Kernsatz, die Geltendmachung eines Rechts sei missbräuchlich, «wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch berechtigte Erwartungen enttäuscht». Arbeitsrechtlich ist das Rechtsmissbrauchsverbot auch im Zusammenhang mit dem in Art. 341 OR verankerten Verzichtverbot zu verorten. Nach Art. 341 OR kann auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen ei-

³⁷ STÖCKLI (Fn. 20), Rz. 60 ff.; ONNEN (Fn. 20), S. 492.

³⁸ Siehe Art. 15 Bundespersonalgesetz (Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1) in Verbindung mit Art. 43 Bundespersonalverordnung (Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.113.3).

nes Gesamtarbeitsvertrages ergeben, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und einen Monat nach dessen Beendigung, nicht verzichtet werden. Das Bundesgericht hält denn auch richtig fest, dass ein Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung eines Rechts nur dann widersprüchlich sei, wenn *zusätzliche besondere Umstände* vorliegen würden, «ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen».

[Rz 37] Bevor auf die Argumentation des Bundesgerichts, wonach solche besonderen Umstände vorliegen würden, näher eingegangen wird, soll kurz der Sachverhalt in Erinnerung gerufen werden. Es geht um eine Arbeitnehmerin, B., die im Zeitpunkt der Offerte für eine Vertragsanpassung (Lohnkürzung), also im Dezember 2011, bereits elfeinhalb Jahre für die fragliche Arbeitgeberin tätig war und in diesem Zeitpunkt einen Lohn von knapp CHF 5'300 (inkl. Zulagen) verdiente. Im Lichte der angedrohten Änderungskündigung akzeptierte die Arbeitnehmerin die Lohnkürzung (ca. 11%³⁹) mit Wirkung ab Januar 2012. Änderungskündigungen sind, soweit wirtschaftliche Gründe dafür geltend gemacht werden, grundsätzlich zulässig.⁴⁰ Selbst wenn einer Änderungskündigung ein unbilliges Motiv zugrunde liegt, ist die Kündigung gültig. Eine im Sinne von Art. 336 OR missbräuchliche Kündigung führt lediglich zu einem Entschädigungsanspruch von maximal sechs Monatslöhnen (wobei von den Gerichten regelmässig nur Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen gesprochen werden).

[Rz 38] B. hatte im Zeitpunkt der angebotenen Lohnkürzung kaum Handlungsspielraum. Sie hätte im Falle einer Änderungskündigung überdies riskiert, bei Arbeitslosigkeit durch die Arbeitslosenversicherungsbehörden wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit sanktioniert zu werden.⁴¹ Es bestand somit *keine wirklich freie Wahl*, die Vertragsänderung im Dezember 2011 zu akzeptieren oder abzulehnen. Dazu kommt, dass die unternehmerische Massnahme der Lohnkürzung für Grenzgänger/innen mit dem Argument der Sicherung der Stellen begründet wurde. Auch B. wird sich auf dieses Argument verlassen haben. Nach nur gut zweieinhalb Jahren erfolgte trotzdem eine Kündigung durch die Arbeitgeberin per 30. November 2014. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass die Arbeitnehmerin mit ihrem Verhalten oder ihrer Leistung Anlass zu Kündigung gegeben hätte. Es steht deshalb die Frage im Raum, ob sich nicht die Arbeitnehmerin, sondern vielmehr die *Arbeitgeberin rechtsmissbräuchlich verhalten hat*, wenn sie ihr Recht auf Kündigungsfreiheit ausübte und sich somit im Widerspruch zum Versprechen «keine Kündigung bei Lohnverzicht» verhielt. Eine entsprechende Klage der Arbeitnehmerin wurde nicht eingereicht. Stattdessen entschied sich B., auf ihre unter den geschilderten Umständen zustande gekommene Einwilligung zur Lohnreduktion zurückzukommen und Lohnnachzahlung zu verlangen. Angesichts der kaum tatsächlich vorhandenen Handlungsoptionen im Dezember 2011 zeugt die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, hier liege Rechtsmissbrauch durch die Arbeitnehmerin vor, von fehlender Sensibilität den sozialen Realitäten gegenüber. Das zeigt sich namentlich bei folgender Passage in E. 3.2 sehr offensichtlich: «(...) Wenn die Beschwerdeführerin

³⁹ Die Kürzung in Prozenten ergibt sich aus dem eingeklagten Betrag von CHF 20'475 für 35 Monate (Januar 2012 bis November 2014), monatliche Lohnkürzung beläuft sich somit auf CHF 585, vorheriger Lohn CHF 5'257.

⁴⁰ BGE 123 III 246.

⁴¹ Wer eine Vertragsänderung, die nicht zu einer im Sinne von Art. 16 AVIG unzumutbaren Stelle führt, ablehnt und daraufhin die Änderungskündigung erhält, erfüllt den Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) in Verbindung mit Art. 44 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung (AVIV), siehe dazu u.a. Urteil des Bundesgerichts C-154/2004 vom 30. November 2004, E. 1.

im Wissen sowohl um die prekäre Lage des Unternehmens (...) der Lohnkürzung zustimmte, es ihr also einleuchtete, dass die Massnahme letztlich auch ihren eigenen Arbeitsplatz rettete (...)» – dies war, wie die späteren Entwicklungen zeigen, eben gerade nicht der Fall.

[Rz 39] Für das Bundesgericht liegen im vorliegenden Fall solche von der Rechtsprechung geforderten *besonderen Umstände* vor, die eine Geltendmachung zwingender Ansprüche im Sinne von Art. 340 OR als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Die ausserordentlichen Umstände erkennt das Bundesgericht in der dramatischen Situation, in der sich das Unternehmen wegen der Eurokrise befand. Motiv der ergriffenen Kostensenkungsmassnahme sei einzig die Sicherung von Arbeitsplätzen gewesen, schreibt das Bundesgericht in E. 3.2 weiter. Ausgeblendet wird hier, dass die angestrebte Kostensenkung auch durch eine gleichmässige Verteilung auf inländisch Beschäftigte und Grenzgänger/innen hätte realisiert werden können und sich so auch gar keine Frage der Vereinbarkeit der Massnahme mit dem Diskriminierungsverbot des FZA gestellt hätte.

[Rz 40] Ein weiteres Argument für das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs fügt das Bundesgericht ganz am Schluss der E. 3.2 hinzu. Es sei zu bedenken, dass das Diskriminierungsverbot des FZA wirtschaftlichen und nicht menschenrechtlichen Charakter habe. Daraus zieht das Bundesgericht nun den bemerkenswerten Schluss, die Arbeitnehmerin verwende das Rechtsinstitut des wirtschaftlichen Diskriminierungsverbotes zweckwidrig, denn sie halte die Arbeitgeberin davon ab, «gegebenenfalls in Frage kommende alternative Rettungsmassnahmen zu treffen». Dieser Gedankengang ist kaum nachvollziehbar. Auch die Aussage, das arbeitsrechtliche FZA-Diskriminierungsverbot sei primär wirtschaftlicher Natur, ist in dieser Absolutheit schlicht falsch. Richtig ist, dass es sich bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Recht um eine wirtschaftliche Grundfreiheit und um einen zentralen Pfeiler bei der Verwirklichung des Binnenmarktes handelt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit hat indes klar auch eine soziale Dimension. Das zeigt sich etwa darin, dass auch Familienangehörige von Arbeitnehmenden, die sich auf die Freizügigkeit berufen, Aufenthaltsrechte und weitere Gleichbehandlungsansprüche geltend machen können.⁴² Spezifisch zum arbeitsrechtlichen Gehalt des FZA-Diskriminierungsverbotes kommt hinzu, dass Gleichbehandlungsansprüche von Arbeitnehmenden per se eine menschenrechtliche⁴³ bzw. persönlichkeitsrechtliche Dimension⁴⁴ haben, welche zur wirtschaftlichen Dimension hinzutreten.

[Rz 41] Arbeitsrechtliche Schutznormen zielen darauf ab, das wirtschaftliche Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden abzubauen. Für die meisten Menschen ist das Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis das einzige Einkommen zur Bestreitung des Lebensunterhaltes. Die Arbeitnehmenden als die schwächere Vertragspartei sind zu schützen.⁴⁵ Der Arbeitnehmerschutz wird in der Schweiz durch zahlreiche (relativ und absolut) zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361– 362 OR) und durch öffentlich-rechtliche Nor-

⁴² Siehe Art. 3 Anhang I zum FZA (Aufenthaltsrechte für Familienangehörige).

⁴³ Lohngleichheitsansprüche finden sich in zahlreichen Menschenrechtsverträgen, siehe z.B. in Art. 27 der UN-Behindertenkonvention (Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109), Art. 5 lit. e Ziff. I der Anti-Rassismuskonvention (Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104) und Art. 11 Abs. 1 lit. d der Frauenrechtskonvention (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108).

⁴⁴ So leitet sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 328 OR ab, BGE 129 III 276 E. 3.1.

⁴⁵ WIEDE ANDREA, Die schwächere Partei, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 797–833 (S. 800).

mierungen (insbesondere das Arbeitsgesetz) verwirklicht. Damit trägt die Schweiz dem Leitmotiv der International Labour Organisation «Arbeit ist keine Ware» Rechnung.⁴⁶

[Rz 42] Zum Schutz der schwächeren Vertragspartei trägt auch das bereits erwähnte, in Art. 341 OR verankerte Verzichtsverbot bei. Diese Bestimmung ist für den Schutz der Arbeitnehmenden zentral. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass viele Arbeitnehmende auf die Geltendmachung ihnen zustehender Rechte und Forderungen während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses verzichten und diese erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen, insbesondere dann, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis gekündigt hat.

4. Fazit

[Rz 43] Das Bundesgericht hat somit das gesetzliche Verzichtsverbot mit nicht nachvollziehbaren Gründen ganz einfach zur Seite geschoben und damit faktisch das Recht verletzt. Weiter hat es die Frage der unmittelbaren Drittwirkung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes des FZA offengelassen, weil eine Berufung darauf ohnehin rechtsmissbräuchlich wäre. Welche Lehren sind nun aus diesem Entscheid zu ziehen?

[Rz 44] Wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin die ihr aufgrund des Status «Grenzgänger/in» angebotene Lohnsenkung auf dem Wege einer Lohnanpassung nicht akzeptiert und als Reaktion eine Änderungskündigung erhält, so ist diese Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, wenn und soweit ein Recht auf Gleichbehandlung (u.a. beim Lohn) mit den inländischen Arbeitnehmenden gestützt auf das FZA bzw. Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I zum FZA besteht, wobei dieses Recht auch gegenüber einem privaten Arbeitgeber durchgesetzt werden kann. Das Gleiche muss gelten, wenn die Lohnsenkung vorerst akzeptiert und erst später in Frage gestellt wird. Wie in der Kommentierung des vorliegenden Urteils ausführlich dargelegt wurde, ist Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 Anhang I FZA nach Wortlaut und Zweck in beiden Konstellationen auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbar, ein anderes Ergebnis lässt sich mit den Auslegungsregeln von Art. 31 VRK kaum sinnvoll begründen.

[Rz 45] Das Institut des Rechtsmissbrauchs sollte von den Gerichten nur mit grosser Zurückhaltung eingesetzt werden. Im vorliegenden Entscheid ist dem Bundesgericht diese Zurückhaltung leider in stossender Weise abhandengekommen. Im Verhalten der Arbeitnehmerin B. einen Rechtsmissbrauch anzunehmen, ist nicht nur aufgrund des Sachverhaltes verfehlt, es stellt auch grundlegend die Konzeption des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht infrage. Es bleibt zu hoffen, dass der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts zur Frage des Verhältnisses Verzichtsverbot / Rechtsmissbrauch einen Ausrutscher darstellt. Bei einer Ausdehnung des Rechtsmissbrauchsverbots droht eine Aushöhlung des Arbeitnehmerschutzes.

KURT PÄRLI, Professor für Soziales Privatrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel.

Der Autor dankt Prof. Christa Tobler, Professorin für Europarecht am Europainstitut der Universität Basel, für ihre kritischen Lektüre und die wertvollen Anregungen.

⁴⁶ Anhang zur ILO-Verfassung, litera a, nimmt Bezug auf die Philadelphia-Erklärung von 1944, siehe http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms_193725.pdf (zuletzt besucht am 3. April 2019).