

# Jusletter

## Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen

**Autor/Autorin:** Kurt Pärli

**Rechtsgebiete:** Europäisches Wirtschaftsrecht

**Zitiervorschlag:** Kurt Pärli, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006

*Gleich wie das Gemeinschaftsrecht garantiert das Personenfreizügigkeitsabkommen europäischen Wanderarbeitnehmer/innen einen unmittelbaren Anspruch auf arbeitsrechtliche Gleichbehandlung gegenüber inländischen Arbeitnehmer/innen. Verpflichtet sind sowohl staatliche wie private Arbeitgeber. Eine Analyse ausgewählter EuGH-Entscheide zeigt, dass Nationalitäts- aber auch Wohnsitzerfordernisse als Anstellungsvoraussetzung oder als Kriterien für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses unzulässig sind. Auch das Anknüpfen an Dienstjahre kann europäische Wanderarbeitnehmer/innen mittelbar diskriminieren.*

### Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Gleichbehandlungsansprüche nach PFA und nach EG-Recht
  - 2.1 Die relevanten Bestimmungen im PFA und in Art. 39 EGV und der VO 1612/68
  - 2.2 Massgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung
  - 2.3 Auslegung des PFA
3. Drittwirkung von Gleichbehandlungsansprüchen in Assoziationsabkommen
4. Persönlicher Geltungsbereich
5. Sachlicher Geltungsbereich
  - 5.1 Vorbemerkungen
  - 5.2 Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nach Gemeinschaftsrecht
  - 5.3 Auswirkungen auf das PFA
  - 5.4 Ausnahmen: Hoheitliche Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung
  - 5.5 Exkurs: Der Arbeitgeber als Nutzniesser des Gleichbehandlungsgebots
6. Angonese: unbeschränkte Drittwirkung
  - 6.1 Der Fall
  - 6.2 Bedeutung für das PFA
7. Paletta I: Qualifikation der Entgeltfortzahlung bei Krankheit
  - 7.1 Der Fall
  - 7.2 Bedeutung für das PFA
8. Graf: Grenzen der Gleichbehandlung bzw. des Beschränkungsverbot
  - 8.1 Der Fall

## 8.2 Bedeutung für das PFA

### 9. Zusammenfassende Bilanz und offene Fragen

#### 1. Einleitung

[1] Das Personenfreizügigkeitsabkommen (PFA)<sup>1</sup> hat sich in der Praxis bis heute vor allem ausländer- und sozialversicherungsrechtlich ausgewirkt. Davon zeugen eine bereits beachtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>2</sup> sowie zahlreiche einschlägige Publikationen<sup>3</sup> und wissenschaftliche Tagungen<sup>4</sup>. Weitgehend Brachland stellt indes die Bearbeitung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche des PFA dar<sup>5</sup>. Das ist insofern erstaunlich, als diese Gleichbehandlungsansprüche, wie noch zu zeigen sein wird, auch gegenüber dem privaten Arbeitgeber unmittelbar wirksam sind. Weder in der bundesrätlichen Botschaft<sup>6</sup> noch in den Parlamentsdebatten wurde die Verankerung von Diskriminierungsverboten mit Drittwirkung bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen thematisiert. Im Zentrum der Diskussionen standen vielmehr die Furcht vor missbräuchlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen als Folge der Gewährung der Arbeitnehmerfreizügigkeitsrechte<sup>7</sup>. Durch die so genannten flankierenden Massnahmen wurde den Bedenken Rechnung getragen<sup>8</sup>.

[2] Die Ursache der verzögerten praktischen Wirksamkeit und die fehlende dogmatische Bearbeitung der Diskriminierungsverbote des PFA im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis liegen darin, dass derartige Gleichbehandlungsansprüche dem schweizerischen Arbeitsrecht relativ fremd sind<sup>9</sup>. Das gilt insbesondere dann, wenn die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit eingeschränkt werden soll. In [BGE 129 III 276](#) Erw. 3.1 betonte das Bundesgericht, es sei vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen und das Wesen der Privatautonomie bestehe darin, selber zu bestimmen, welche Motive einer Ungleichbehandlung sachgemäss wären. Das Bundesgericht erkannte aber auch, dass Sonderregeln, u.a. staatsvertraglicher Art, die Vertragsfreiheit einschränken können.

[3] Im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts können sich europäische Wanderarbeiter/innen gegenüber privaten Arbeitgebern unmittelbar auf die Gleichbehandlungsansprüche in Art. 39 EGV sowie auf die VO 1612/68 EWG beziehen<sup>10</sup>. In diesem Beitrag wird dargestellt, wie die Schweiz mit dem PFA eine Annäherung an die europäische Gleichheitsdogmatik, (vorerst) beschränkt auf das Gleichbehandlungsgebot gegenüber dem europäischen Wanderarbeiter, vollzogen hat bzw. durch die zu entwickelnde Praxis noch vollziehen wird<sup>11</sup>.

[4] In einem ersten Schritt werden die Gleichbehandlungsbestimmungen des PFA dargestellt und mit der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage verglichen (2). Anschliessend wird anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) geprüft, ob den Gleichbehandlungsgeboten in Abkommen der Europäischen Gemeinschaft (EG) mit Drittstaaten die gleiche Drittwirkung zukommt wie den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten (3). Steht grundsätzlich die unmittelbare Drittwirkung der Gleichbehandlungsansprüche im PFA fest, gilt es den persönlichen (4) und sachlichen (5) Anwendungsbereich zu untersuchen. Dies bedingt u.a. die Klärung, ob der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff mit demjenigen der schweizerischen Rechtsordnung übereinstimmt. Anhand der massgebenden EuGH-Entscheide werden die Konturen des für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche relevanten Arbeitnehmerbegriffs herausgearbeitet.

[5] Aufbauend auf den vorangehenden Analysen werden drei EuGH-Entscheide vorgestellt, die aus Sicht des Autors für die künftige Praxis von Bedeutung sein könnten (6-8). Es betrifft die Rechtssachen

- Angonese (Anstellungsdiskriminierung, unmittelbare Drittwirkung),
- Paletta I (gemeinschaftsrechtliche Qualifikation der Entgeltfortzahlung, Abgrenzung VO 1612/68 von VO 1408/71),
- Graf (Grenzen des Beschränkungsverbots bei arbeitsrechtlichen Bestimmungen).

Der Beitrag wird mit einer zusammenfassenden Bilanz und Würdigung der zu erwartenden Auswirkungen der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche abgeschlossen. Zudem werden (weitere) offene Fragen aufgeworfen (9).

## 2. Gleichbehandlungsansprüche nach PFA und nach EG-Recht

### 2.1 Die relevanten Bestimmungen im PFA und in Art. 39 EGV und der VO 1612/68

[6] Herzstück des PFA bildet das in Art. 2 verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit<sup>12</sup>. Die Formulierung lautet, «die Staatsangehörigen, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert». Adressat dieses Diskriminierungsverbotes ist einerseits der Staat und zwar im Rahmen seiner Machtausübungsbefugnisse, d.h. sowohl als Gesetzgeber wie auch im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit und Gerichtsbarkeit und auch in seiner Rolle als Arbeitgeber<sup>13</sup>.

[7] Die Freizügigkeitsregelungen im engeren Sinne finden sich in den Art. 3-6 des PFA. Für Arbeitnehmer/innen sind das Einreiserecht (Art. 3 PFA) sowie das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in den Schranken der Übergangsregelungen nach Art. 10 PFA relevant. Diese Bestimmungen sind staatsgerichtet. Sie betreffen den äusseren rechtlichen Rahmen, in dem sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit abspielen können soll. Dies alleine genügt nicht, damit die Freizügigkeitsrechte auch tatsächlich wahrgenommen werden können.

[8] Die Vertragsparteien garantieren in Art. 7 lit. a PFA das Recht auf Gleichbehandlung der europäischen Wanderarbeitnehmer/innen mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Die weitere Konkretisierung des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit im Arbeitsverhältnis erfolgt in Art. 9 Anhang I PFA. Nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I PFA wird die Gleichbehandlung des ausländischen mit dem inländischen Arbeitnehmer verlangt «bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung». Die Inländergleichbehandlung ist weiter vorgesehen bei «steuerlichen und sozialen Vergünstigungen» (Art. 9 Abs. 2 Anhang I PFA) und bei der Inanspruchnahme von Berufsschulen und Umschulungszentren (Art. 9 Abs. 3 Anhang I PFA). Art. 9 Abs. 4 Anhang I PFA sieht das Folgende vor: «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.» Das Gleichbehandlungsgebot umfasst auch den Anspruch auf gleiche Ausübung der gewerkschaftlichen Rechte (Art. 9 Abs. 5 Anhang I PFA).

[9] Im Gemeinschaftsrecht umfasst Art. 39 EGV Abs. 2 (Freizügigkeit) «die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen». In Art. 7 Abs. 1–4 der Verordnung Nr. 1612/68 EWG (VO 1612/68 EWG) werden die Gleichbehandlungsansprüche gegenüber staatlichen wie privaten

Arbeitgebern innerhalb des Arbeitsverhältnisses konkretisiert. Das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Beschäftigung leitet sich nach der EuGH-Rechtsprechung direkt aus Art. 39 Abs. 2 EGV ab<sup>14</sup> und stützt sich weiter auf Art. 6 der VO 1612/68<sup>15</sup>. Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zur Beschäftigung gilt gegenüber jedem Arbeitgeber, Art. 39 Abs. 2 EGV kommt eine unmittelbare Drittwirkung zu<sup>16</sup>.

[10] Es fragt sich, inwieweit Art. 39 Abs. 2 EGV im PFA abgebildet ist. Die Frage ist insbesondere deshalb relevant, weil wie ausgeführt Art. 39 Abs. 2 EGV das auch für Private wirksame Verbot der Anstellungsdiskriminierung mit erfasst.

[11] Eine identische Formulierung zu Art. 39 Abs. 2 EG findet sich im PFA nicht. Die «Gleichbehandlungsnorm» in Art. 9 Anhang I PFA hingegen ist Art. 7 VO 1612/68 EWG nachbildet, die Absätze 1–4 beider Bestimmungen sind identisch. Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 9 Abs. 4 Anhang I PFA ist auf zugangsbeschränkende Bestimmungen in «Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen» beschränkt. Eine privatautonome Entscheidung eines einzelnen Arbeitgebers, die Bewerbung eines europäischen Wanderarbeitnehmers aufgrund dessen Staatsangehörigkeit nicht zu berücksichtigen oder dessen Einstellungschancen mit diskriminierenden Auflagen zu erhöhen, ist in Art. 9 Abs. 4 Anhang I PFA nicht erfasst.

[12] Der «Gehalt» von Art. 39 Abs. 2 EGV findet sich aber in den Art. 2 und 7 PFA sowie in der Präambel. In Art. 2 PFA ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Anwendung dieses Abkommens verankert. Und Art. 7 lit. a garantiert ein «Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen». Nach der Präambel sind die Vertragsparteien des PFA entschlossen, «diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen». Auch hier wird deutlich, dass sich die Vertragsparteien an Art. 39 EGV und der darauf fussenden EuGH-Rechtsprechung orientieren.

[13] Im Ergebnis entsprechen die Gleichbehandlungsansprüche und Freizügigkeitsrechte nach PFA denjenigen in Art. 39 EGV und der VO 1612/68 EWG<sup>17</sup>.

## 2.2 Massgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung

[14] Art. 16 Abs. 2 PFA hält fest, dass die einschlägige EuGH-Rechtsprechung vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des PFA zu berücksichtigen ist, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden. Die Berücksichtigungspflicht der EuGH-Rechtsprechung ist folglich in zweifacher Hinsicht begrenzt. In zeitlicher Hinsicht ist der 21. Juni 1999 (Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens) relevant. Urteile nach dem 21. Juni 1999 gelten indes nur dann als neue und somit nicht von Rechts wegen zwingend zu berücksichtigende Rechtsprechung, wenn es sich um eine tatsächlich neue Rechtsentwicklung handelt. Geht es hingegen lediglich um eine Präzisierung bereits in den Grundzügen entschiedener Fragen, ist ein EuGH-Urteil, das nach dem 21. Juni 1999 ergangen ist, trotzdem zu berücksichtigen<sup>18</sup>. Für den Umgang mit «wirklich» neuer EuGH-Rechtsprechung sieht Art. 16 Abs. 2 PFA vor, dass der gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung feststellt. Die Berücksichtigungspflicht ist weiter auf Fälle beschränkt, in denen Bezüge zu gemeinschaftsrechtlichen Begriffen erfolgen.

[15] Art. 9 Anhang I PFA nimmt in weiten Teilen wortwörtlich auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe in Art. 39 EGV und der VO 1612/68 EWG Bezug. Das hat zur Folge, dass die Begriffe «Arbeitnehmer», «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen» oder «Tarif- und Einzelarbeitsverträge oder sonstige Kollektivvereinbarungen», «Zugang zur

Beschäftigung», «Entlohnung», «soziale Vergünstigungen» usw. auch vom schweizerischen Rechtsanwender gemeinschaftsrechtlich auszulegen sind. Gleiches gilt für den Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsbegriff, wie er in den Art. 2 und 7 lit. a PFA vorkommt.

## 2.3 Auslegung des PFA

[16] Aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaft handelt es sich beim PFA um ein Assoziationsabkommen gemäss Art. 310 EGV. Das PFA gehört demzufolge zum Bestand gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte. In der Rechtssache Demirel hat der Gerichtshof schon 1987 klargestellt, dass er zur Auslegung der Vorschriften von gemischten Abkommen in Bereichen des originären Rechtes befugt ist, da sie einen Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung bilden<sup>19</sup>.

[17] Die Rechtsgrundlage für diese Befugnis liegt in Art. 220 EGV, wonach der Gerichtshof die Wahrung des Gemeinschaftsrechts sichert<sup>20</sup>. Im Anwendungsbereich der Assoziationsabkommen bildet der Aspekt der am Effet utile orientierten Auslegung von Gemeinschaftsrecht jedoch nur einen, wenn auch einen wichtigen, Aspekt. Auch aus der Perspektive der EG handelt es sich bei einem Assoziationsabkommen gleichzeitig um einen völkerrechtlichen Vertrag. Das führt zur Frage, wie weit ergänzend oder alternativ die Auslegungsregeln gemäss Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK) Anwendung finden sollen<sup>21</sup> (Betonung des wörtlichen, teleologischen und systematischen Auslegungselements, bloss sekundäre Bedeutung der Materialien). Assoziationsabkommen liegen im Schnittpunkt zwischen Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht, haben eigenständigen Charakter als Recht sui generis<sup>22</sup>.

[18] Der EuGH hat Regeln entwickelt, wie Assoziationsabkommen auszulegen sind. Je näher die Ziele des Abkommens denjenigen der EG kommen, desto stärker fallen die gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln ins Gewicht<sup>23</sup>. Auf die Wortwahl innerhalb der Abkommen allein kommt es nicht an. 1991 hat der EuGH in einem Gutachten zum EWR dargelegt, dass auch die wörtliche Übereinstimmung der Bestimmung eines Abkommens mit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung nicht notwendigerweise eine deckungsgleiche Auslegung nach sich zieht<sup>24</sup>. Diese Auffassung hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigt<sup>25</sup>. Statt auf die Wortwahl stützt sich der EuGH in verschiedenen Urteilen bei sprachlich vergleichbaren, ähnlichen oder übereinstimmenden Bestimmungen eines Assoziationsabkommens auf den Zweck, den diese Bestimmungen im Verhältnis zu denjenigen des EG-Vertrages in sich tragen<sup>26</sup>. Soweit eine Bestimmung des PFA den gleichen Zweck wie die gleiche oder vergleichbare Norm im EGV verfolgt, ist aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive die EuGH-Rechtsprechung massgeblich<sup>27</sup>.

[19] Etwas anders präsentiert sich die Ausgangslage beim PFA für den Assoziationsvertragspartner Schweiz. Für die Schweiz handelt es sich beim PFA um einen Staatsvertrag, womit vordergründig ohne weiteres «nur» die Auslegungsregeln der VRK Anwendung finden<sup>28</sup>. Das ist so falsch oder zumindest nicht ganz richtig. Beim PFA handelt es sich gerade nicht um einen «gewöhnlichen» völkerrechtlichen Vertrag. Das betrifft zum einen die Vertragspartner. Nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Europäische Gemeinschaft als suprastaatliche Institution sind Vertragspartner der Schweiz<sup>29</sup>. Zum anderen betrifft es die Verpflichtung der Vertragspartner zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung bis zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 PFA). Über die Geltung der (neuen) EuGH-Rechtsprechung nach Inkrafttreten des Abkommens haben sich die Vertragsparteien im gemischten Ausschuss zu einigen. Gleiches gilt für die Entwicklung von Rechtsvorschriften durch eine Vertragspartei, soweit dabei der Anwendungsbereich des Abkommens berührt ist (Art. 17 PFA).

[20] Die gerade dargestellte Ausgangslage verlangt für die Auslegung des PFA eine stärkere Bedeutung des Zwecks der in Frage stehenden Bestimmungen. In der Doktrin wird argumentiert, die dem Effet utile verpflichtete EuGH-Auslegungsdoktrin sei nicht direkt auf das PFA anwendbar, die Auslegung habe aber den starken integrationsrechtlichen Charakter des PFA angemessen zu berücksichtigen<sup>30</sup>. Diese Überlegungen greifen zu kurz. Mit der Pflicht zur Übernahme der massgeblichen EuGH-Rechtsprechung (Art. 16 Abs. 2 PFA) wird zwar nicht die Effet utile-Doktrin als solche, hingegen werden, soweit im Rahmen des PFA relevant, deren Ergebnisse übernommen.

### 3. Drittwirkung von Gleichbehandlungsansprüchen in Assoziationsabkommen

[21] Vor allem in der deutschen Literatur war und ist die Drittwirkung von Freizügigkeitsbestimmungen in Assoziationsabkommen umstritten. Argumentiert wird namentlich, Assoziationsabkommen wären als völkerrechtliche Verträge typischerweise staatsgerichtet, was einer direkten Drittwirkung entgegenstehe<sup>31</sup>.

[22] Abgelehnt wird die Horizontalwirkung naturgemäss auch von den Autoren, die der Drittwirkung von Art. 39 EGV ohnehin kritisch gegenüberstehen<sup>32</sup>. Als Argumente gegen eine unmittelbare Drittwirkung wird weiter ins Feld geführt, Assoziationsabkommen sollten nicht als Primärrecht verstanden werden. Vielmehr hätten diese Richtliniencharakter und diese würde Private gerade nicht direkt verpflichten<sup>33</sup>. Im Anwendungsbereich des Assoziationsabkommens der EG mit der Türkei wird differenziert argumentiert, eine Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes sei bei benachteiligenden Arbeitsbedingungen zu bejahen, jedoch beim benachteiligenden Zugang zum Arbeitsplatz zu verneinen<sup>34</sup>.

[23] Mit den Entscheidungen Kolpak<sup>35</sup> und Simutenkov<sup>36</sup> hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Bosman-Rechtsprechung<sup>37</sup> auch auf Assoziationsabkommen Anwendung findet.

[24] In der Rechtssache Kolpak stand die Auslegung von Art. 38 Abs. 1 des Assoziationsabkommens der Gemeinschaften mit der Slowakei in Frage. Die Bestimmung lautet: «Vorbehaltlich der in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Bedingungen und Modalitäten wird den Arbeitnehmern mit Staatsangehörigkeit der Slowakischen Republik, die im Gebiet eines Mitgliedstaates rechtmässig beschäftigt sind, eine Behandlung gewährt, die hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, der Entlohnung oder der Entlassung keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligung gegenüber eigenen Staatsangehörigen bewirkt». Der slowakische Staatsbürger Maros Kolpak war rechtmässig in Deutschland als Berufshandballspieler beschäftigt. Gestützt auf seine Staatsangehörigkeit erhielt er vom Deutschen Handballverband einen so genannten Spielerausweis A. Nach der Regelung des Deutschen Handballverbandes dürfen bei Meisterschafts- und Pokalspielen jeweils höchstens zwei Spieler mit Spielerausweis A eingesetzt werden. Der EuGH bejahte mit Bezug auf die Rechtssache Pokrzeptowicz-Meyer<sup>38</sup> die unmittelbare Wirkung von Art. 38 des Assoziationsabkommens der EG mit der Slowakei. Das Verbot der Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Art. 38 Abs. 1 des Abkommens sei ausreichend klar und unbedingt formuliert<sup>39</sup>. Bezüglich Drittwirkung der Bestimmung verwies der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung, wonach das Diskriminierungsverbot in Art. 39 EGV (früher Art. 48 EGV) nicht nur behördliche Massnahmen, sondern vielmehr auch Vorschriften, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen, umfasse<sup>40</sup> und prüfte, ob diese Auslegung auch für Art. 38 Abs. 1 des Assoziationsabkommens Gültigkeit hat. Er bejahte diese Frage. Eine Regelung wie diejenige des deutschen Handballverbandes stelle klarerweise ein Hindernis für die Freizügigkeit dar, das für Staatsangehörige der EWR-Vertragsparteien nicht gelte, womit eine nach dem Abkommen verbotene Diskriminierung slowakischer Staatsangehöriger vorliege<sup>41</sup>.



[25] Die Ausgangslage in der Rechtssache Simutenkov war vergleichbar. Igor Simutenkov ist russischer Staatsangehöriger mit Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis im Königreich Spanien und erbrachte aufgrund eines Arbeitsvertrags mit dem Club Deportivo Teneriffa seine Dienste als Berufsfussballspieler. Er besass die Verbandslizenz für nicht der Gemeinschaft oder dem EWR angehörende Spieler. Nach den Regeln des spanischen Fussballverbandes durften lediglich drei solcher Spieler pro Spiel eingesetzt werden. Der Gerichtshof musste prüfen, ob diese Norm mit Art. 23 des so genannten Partnerschaftsabkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Russischen Föderation vereinbar sei. Der EuGH stellte fest, der Text von Artikel 23 des Abkommens mit Russland sei im Vergleich zu demjenigen in Art. 38 Abs. 1 des Assoziierungsabkommens EWG-Slowakei lediglich minimal anders, eine andere Bedeutung sei nicht ersichtlich. Das Partnerschaftsabkommen der Gemeinschaften mit Russland verfolge im Gegensatz zu demjenigen mit der Slowakei zwar nicht das Ziel einer schrittweisen Integration in die Europäische Gemeinschaft. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit anders auszulegen wäre<sup>42</sup>.

[26] Mit den Entscheidungen Kolpak und Simutenkov hat der Gerichtshof klargestellt, dass Bestimmungen in Assoziationsabkommen Drittwirkung zukommen kann. Am Anwendungsbereich der Assoziationsabkommen stellen Ausländerregelungen im Lichte der Bosman-Lehtonen Entscheide eine Diskriminierung dar. Die diskriminierenden Regelungen wurden von Akteuren mit kollektiver Gestaltungsmacht (Deutscher Handballverband bzw. Spanischer Fussballverband) erlassen. Im Raum steht die Frage, ob auch die Angonese-Rechtsprechung auf Assoziationsabkommen angewendet werden wird, mit anderen Worten, ob die Drittwirkung auch gegenüber diskriminierenden Bestimmungen von Einzelarbeitgebern gilt (siehe dazu unten, Rz 65 ff.).

[27] Der EuGH muss sich in der Rechtssache Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser gegen das Land Tyrol mit Gleichbehandlungsansprüchen auf der Grundlage des PFA bezüglich in der Schweiz erworbenen Beschäftigungszeiten von österreichischen Arbeitnehmer/innen beschäftigen<sup>43</sup>. In seinen Schlussanträgen legt der Generalanwalt mit Bezug auf die Drittstaatenrechtsprechung des EuGH dar, dass Art. 9 Anhang I PFA unmittelbar anwendbar sei. Die Bestimmung stehe im Einklang mit Art. 39 EGV und Art. 9 Abs. 1–4 Anhang I PFA sei im Wesentlichen wortgleich mit Art. 7 Abs. 1 und 4 der VO 1612/68 EWG<sup>44</sup>. Das Ziel des PFA und des Gemeinschaftsrechts sei identisch, nämlich «die Abschaffung der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in den in Frage stehenden Gebieten zu verwirklichen.»<sup>45</sup>

#### 4. Persönlicher Geltungsbereich

[28] Das Diskriminierungsverbot nach Art. 2 PFA schützt die Staatsangehörigen der Vertragsparteien davor, aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden (im Rahmen des Abkommens inkl. Anhänge). Bereits an dieser Stelle lassen sich drei Elemente des persönlichen Geltungsbereichs festhalten. Erstens sind Angehörige aller Vertragsparteien vor Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit geschützt, also auch Schweizerinnen und Schweizer. Hat eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, genügt, wenn eine Staatsangehörigkeit diejenige eines Mitgliedstaates ist<sup>46</sup>. Zweitens sind all die Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei haben, vom Anwendungsbereich des PFA ausgeschlossen. Das schliesst nicht aus, dass sie als Angehörige von freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmenden die Rechte geltend machen können, die ihnen gemäss Art. 3, 4 und Art. 9 Abs. 2 Anhang I PFA zustehen. Und drittens ist dieser Schutz auf die Anwendung dieses Abkommens beschränkt.

[29] Die Formulierung in Art. 2 PFA «nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit» lässt den (voreiligen) Schluss zu, für den Diskriminierungsbegriff sei einzig massgebend, ob In- bzw. Ausländer/innen benachteiligt werden. Ein Blick

auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EGV und VO 1612/68 zeigt jedoch, dass dem nicht so ist. Vor Diskriminierung geschützt ist nicht der ausländische Arbeitnehmer an sich, sondern der europäische Wanderarbeitnehmer<sup>47</sup>. In der Regel wird es sich dabei um einen ausländischen Arbeitnehmer oder eine ausländische Arbeitnehmerin handeln, das muss aber nicht so sein. Massgebend für die Qualifikation als Wanderarbeitnehmer/-in ist vielmehr der grenzüberschreitende Sachverhalt. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor, wenn ein/e europäische/r Wanderarbeitnehmer/in in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt ist bzw. eine Beschäftigung sucht.

[30] Grenzüberschreitende Sachverhalte liegen darüber hinaus auch bei den sogenannten Rückkehrern vor, Arbeitnehmer/innen also, die im Ausland tätig waren und bei ihrer Rückkehr deshalb Benachteiligungen erfahren, z.B. dadurch, dass ihnen im Ausland zurückgelegte Beschäftigungszeiten nicht angerechnet werden<sup>48</sup>. Für den EuGH genügt ein in der Vergangenheit liegender grenzüberschreitender Sachverhalt, um sich auch als EU-Inländer/in auf die Freizügigkeitsrechte berufen zu können<sup>49</sup>.

[31] Wenn diese gemeinschaftsrechtliche Definition des grenzüberschreitenden Sachverhalts auch für das PFA massgebend ist, können sich inländische Arbeitnehmer/innen in der Schweiz auf das PFA berufen, soweit sie in der Vergangenheit grenzüberschreitend tätig waren und sie deshalb in der Schweiz Nachteile erfahren. Zwar spricht der Wortlauf von Art. 2 PFA gegen eine Analogie zum Gemeinschaftsrecht. Art. 2 PFA garantiert einen Anspruch auf Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nur Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten. Damit sind die Rückkehrerfälle nicht erfasst, denn diese Arbeitnehmer/innen halten sich gerade nicht im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei auf. Indes besteht der Zweck des Freizügigkeitsabkommen nach der Präambel u.a. darin, «(...) diese Freizügigkeitsbestimmungen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen». Im Einklang mit der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung ist deshalb die Bestimmung so auszulegen, dass sich schweizerische Arbeitnehmer/innen in der Schweiz auf die Diskriminierungsverbote des Art. 2 PFA und Art. 9 Abs. 1 bis 5 Anhang I PFA berufen können, sofern ein grenzüberschreitendes Element Grundlage der geltend gemachten Diskriminierung bildet. Eine Diskriminierung schweizerischer Arbeitnehmenden ohne grenzüberschreitendes Element dagegen ist vom Anwendungsbereich des PFA nicht erfasst<sup>50</sup>.

[32] Zum gleichen Ergebnis kommt, wenn auch ohne nähere Prüfung der Frage, der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser gegen das Land Tyrol<sup>51</sup>. Die österreichischen Arbeitnehmerinnen können sich in Österreich auf das PFA beziehen. In Frage stehen früher in der Schweiz erworbene Beschäftigungszeiten, womit das Element des grenzüberschreitenden Sachverhalts vorliegt. Dass die Arbeitnehmerinnen sich jetzt in Österreich aufhalten, ist für die Geltendmachung der Ansprüche kein Hindernis.

## 5. Sachlicher Geltungsbereich

### 5.1 Vorbemerkungen

[33] Wie ausgeführt wurde, setzt die Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche des PFA einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus. Dieser grenzüberschreitende Sachverhalt muss sich zudem im Rahmen eines bestehenden oder in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses verwirklicht haben. Gemeinschaftsrechtlich genügt der Wille, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, für die Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsbestimmungen<sup>52</sup>.



[34] Die Geltendmachung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach PFA setzt die Arbeitnehmereigenschaft voraus. Das PFA regelt über die Arbeitnehmerrechte hinaus die Freizügigkeitsrechte von Selbständigerwerbenden (Art. 12 PFA) und es enthält Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 5 PFA). Der Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses als «Arbeitsverhältnis» oder «Tätigkeit eines Selbständigerwerbenden» oder «Dienstleistender» kommt deshalb eine grosse Bedeutung zu.

[35] Im Lichte von Art. 16 Abs. 2 PFA ist für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes zurückzugreifen<sup>53</sup>.

## 5.2 Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nach Gemeinschaftsrecht

[36] Art. 39 EGV setzt in seinem sachlichen Anwendungsbereich die Arbeitnehmereigenschaft voraus. Die Abgrenzung basiert vor dem Hintergrund, dass nur Arbeitnehmende in den Genuss der Freizügigkeitsrechte nach Art. 39 EGV kommen sollen. Unternehmer und selbständig Dienstleistende dagegen können sich unter den Voraussetzungen der Art. 43-48 EGV auf die Niederlassungsfreiheit und auf die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 49-55 EGV berufen<sup>54</sup>.

[37] Der Begriff «Arbeitnehmer» wird in Art. 39 EGV nicht weiter präzisiert. Die Konkretisierung erfolgt einerseits sekundärrechtlich in der VO 1612/68 und andererseits und vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH. Dem Sekundärrecht lassen sich nur wenige Anhaltspunkte zur Definition des Arbeitnehmers entnehmen. In der Präambel zur VO 1612/68 steht lediglich, die Gleichbehandlung müsse sich rechtlich und tatsächlich auf alles erstrecken, «was mit der eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis (...) steht».

[38] Nach der EuGH-Rechtsprechung muss der Begriff des Arbeitnehmers für die Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>55</sup> durch Gemeinschaftsrecht autonom und einheitlich bestimmt werden<sup>56</sup>. Ohne diesen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff würde die Gefahr bestehen, dass die Mitgliedstaaten durch Anpassen des Begriffsinhalts bestimmte Personen nach Belieben vom Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnehmen<sup>57</sup>. Mit Blick auf die praktische Wirksamkeit der Vorschriften legt der EuGH den Arbeitnehmerbegriff weit aus<sup>58</sup>.

[39] Der Begriff des Arbeitnehmers ist ausserdem nach objektiven Kriterien zu definieren und zwar solchen, die das Arbeitsverhältnis in Ansehung der Rechte und Pflichten der betreffenden Personen charakterisieren<sup>59</sup>. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält<sup>60</sup>, wobei es sich um Leistungen handeln muss, die im Wirtschaftsleben erbracht werden<sup>61</sup>.

[40] Der Arbeitnehmerbegriff enthält damit die drei folgenden Kriterien<sup>62</sup>:

1. das Erbringen von Leistungen im Wirtschaftsleben während einer bestimmten Zeit für einen anderen,
2. das entgeltliche Erbringen der Leistung (Vergütung),
3. das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses (nach dessen Weisungen).

[41] Das erste Kriterium ist entscheidend, um wirtschaftliche von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen. In den berühmten «Sportfällen», Rechtssachen Dona<sup>63</sup>, Walrave/Koch<sup>64</sup>, Bosman<sup>65</sup> und Lehtonen<sup>66</sup>, hat der EuGH entschieden, dass die Tätigkeit von Berufssportlern als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Vertrages anzusehen ist.

[42] Als eine Tätigkeit im Rahmen des Wirtschaftslebens erachtete der EuGH in der Rechtssache Steymann die Arbeiten, die ein Klempner und Mitglied der Bhagwan-Sekte für diese ausführte. Der Betroffene konnte sich folglich auf die Freizügigkeitsrechte gemäss Art. 39 EGV berufen und erhielt einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im anderen Mitgliedstaat<sup>67</sup>.

[43] Selbst eine Beschäftigung zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt kann den Status der Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 39 EGV erfüllen<sup>68</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass die erbrachte Leistung nicht nur der Rehabilitation oder Wiedereingliederung der Betroffenen im Wirtschaftsleben dient, sondern als «tatsächliche» und «echte» Tätigkeit qualifiziert werden kann<sup>69</sup>. In der Rechtssache Bettary erkannte der Gerichtshof, die Arbeit zu (rein) therapeutischen Zwecken in einer Gemeinschaft für Drogenabhängige stelle keine solche tatsächliche und echte Tätigkeit dar. Hingegen liess der Gerichtshof in der Rechtssache Trojani offen, ob die 30 Stunden wöchentliche Arbeitstätigkeit des Herrn Trojani im Rahmen seines Aufenthaltes in einem Heim der Heilsarmee als tatsächliche und echte Tätigkeit zu qualifizieren sei. Dies festzustellen sei, so der EuGH, Sache des vorlegenden Gerichts. Dieses habe dabei zu prüfen, ob die von Herrn Trojani tatsächlich erbrachten Leistungen als solche angesehen werden könnten, die auf dem Beschäftigungsmarkt üblich sind<sup>70</sup>. Unbestrittenermassen als tatsächliche und echte Tätigkeit erachtete der Gerichtshof in der Rechtssache Birden<sup>71</sup> die Arbeit als angelernter Haushandwerker in einem städtischen Kulturhaus, auch wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Eingliederungsprojektes gestützt auf das Bundessozialhilfegesetz erfolgte<sup>72</sup>.

[44] Das zweite Tatbestandsmerkmal des Arbeitnehmerstatus, die Entgeltlichkeit der erbrachten wirtschaftlichen Leistung, wird vom EuGH sehr weit ausgelegt. Diesen Grundsatz hat der EuGH wiederholt bekräftigt, so auch in der Rechtssache Kranemann<sup>73</sup>. Rechtsreferendar Robert Kranemann absolvierte einen Teil seines Vorbereitungsdienstes zum Staatsexamen im Vereinigten Königreich und erhielt dafür gestützt auf die einschlägigen deutschen Bestimmungen die Fahrauslagen nicht erstattet. Der Gerichtshof musste vorab prüfen, ob der an Rechtsreferendare ausgerichtete Unterhaltsbeitrag überhaupt den Charakter eines Entgeltes im Sinne des Tatbestandes des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs erfüllt. Mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung<sup>74</sup> wies der EuGH darauf hin, dass weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts haben. Rechtsreferendare übten eine tatsächliche und echte Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis aus und würden deshalb als Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 48 (heute Art. 39) des Vertrages angesehen<sup>75</sup>. Auch nicht relevant ist nach der Rechtssache Birden, dass das Entgelt aus den Mitteln der Sozialhilfe stammt<sup>76</sup>.

[45] Das Merkmal der Weisungsgebundenheit der Arbeitstätigkeit dient der Abgrenzung der abhängigen zur selbständigen Erwerbstätigkeit. Nach der Doktrin liegt eine solche vor, wenn die Berufstätigkeit auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko erfolgt<sup>77</sup>. Nicht entscheidend ist, ob dem Weisungsverhältnis nach nationalem Recht ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt<sup>78</sup>. Die EuGH-Judikatur zu den Kriterien, wann eine weisungsgebundene Tätigkeit vorliegt, ist spärlich. In mehreren Entscheiden wies der Gerichtshof darauf hin, das Weisungsverhältnis könne auch auf einer einem Arbeitsvertrag ähnlichen Verpflichtung beruhen<sup>79</sup>. In der Rechtssache Agegate<sup>80</sup> entschied der EuGH, die Arbeitnehmereigenschaft für an Bord britischer Schiffe arbeitende Fischer sei nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass die Entlohnung der Fischer auf dem Wege einer Ertragsbeteiligung erfolge<sup>81</sup>.

[46] Nicht erheblich ist, wie im Mitgliedstaat das Rechtsverhältnis der Beschäftigung bezeichnet wird. Auch ein Vertrag sui generis kann gemeinschaftsrechtlich ein Arbeitsverhältnis darstellen<sup>82</sup>. Beamte sind, soweit sie nicht unter die Ausnahmebestimmung nach Art. 39 Abs. 4 EGV fallen (siehe dazu Rz 54), ebenso Arbeitnehmer im Sinne von Art. 39 EGV<sup>83</sup> wie bloss teilzeitlich oder unregelmässig Beschäftigte<sup>84</sup> oder Praktikanten<sup>85</sup>.

[47] Weiter fallen leitende Arbeitnehmende unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 39 EGV, soweit ihre Tätigkeit noch weisungsgebunden ist. Die Grenze ist bei Verwaltungsräten (Deutschland: Aufsichtsräten) von Gesellschaften und Geschäftsführenden, soweit diese massgebliche unternehmerische Entscheide für die jeweilige Gesellschaft zu treffen haben<sup>86</sup>, zu ziehen. Diese Personen können sich nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, hingegen auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 Abs. 2 EGV<sup>87</sup> berufen. Die Stellung als Geschäftsführer einer GmbH allein schliesst indes die Eigenschaft als Arbeitnehmender nicht zum vorneherein aus<sup>88</sup>. Massgebend ist vielmehr, ob noch von einem Abhängigkeitsverhältnis gesprochen werden kann. Ein solches fällt dann weg, wenn die Gesellschaft nur vorgeschoben ist und Gesellschafter und Geschäftsführer identisch sind<sup>89</sup>.

[48] Die europaeinheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in Art. 39 EGV weicht von derjenigen der meisten Mitgliedstaaten ab<sup>90</sup>. Insbesondere fehlt es am Kriterium der in vielen Rechtsordnungen notwendigen «Einbettung in den Betrieb oder Betriebsablauf des Arbeitgebers»<sup>91</sup>. Mit der weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs wird sichergestellt, dass Freizügigkeitsvorschriften nicht durch die Mitgliedstaaten unterlaufen werden können. Die Auslegung ermöglicht insbesondere, Arbeitnehmende in besonders prekären Arbeitsverhältnissen (Teilzeit, unregelmässig Beschäftigte, Schein-Selbständige usw.) von der Freizügigkeit und dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz profitieren zu lassen.

### 5.3 Auswirkungen auf das PFA

[49] Die (gefestigte) Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff ist für die Anwendung des PFA gemäss Art. 16 Abs. 2 PFA massgebend. Das Bundesgericht hat in BGE 131 II 339 zur Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs für die Anwendung des PFA ausführlich Stellung genommen. Unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung prüfte das Bundesgericht, ob eine Tätigkeit als Telefonverkäuferin, die auf Kommissionsbasis entschädigt wurde, dem für das PFA massgebenden Arbeitnehmerbegriff entspricht. Es kam zum Schluss, es handle sich um eine entschädigte, weisungsgebundene Tätigkeit im Wirtschaftsleben. Das Bundesgericht hielt fest, «... ni la nature juridique de la relation de travail en cause au regard du droit national (par ex. contrat de travail sui generis), ni la productivité plus ou moins élevée du travailleur, ni son taux d'occupation (par ex. travail sur appel), ni l'origine des ressources pour le rémunérer (privées ou publiques), ni même l'importance de cette rémunération (par ex. salaire inférieur au minimum garanti), ne sont, en eux-mêmes et à eux seuls, des éléments décisifs pour apprécier la qualité de travailleur au sens du droit communautaire ... »<sup>92</sup>.

[50] Der gerade besprochene BGE 131 II 339 lässt aufhorchen. Ist auch ein Vertrag auf Arbeitsleistung sui generis ein Arbeitsvertrag im Sinne des PFA? Sind «arbeitnehmerähnliche Personen», «Scheinselbständige», «freie Mitarbeiter» und wie die unklaren Zuordnungsfälle jenseits des klassischen Arbeitsverhältnisses alle genannt werden<sup>93</sup>, Arbeitnehmer/innen im Sinne des PFA? Und welche Folgen ergeben sich daraus für die innerstaatliche zivilrechtliche Qualifikation? Die Antworten fallen differenziert aus. Fällt die Telefonverkäuferin in BGE 131 II 339 unter den Arbeitnehmerbegriff des PFA, so stehen ihr damit all die Rechte zu, die das PFA garantiert. Dazu gehören auch die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche. Die Frau darf bezüglich sämtlicher Arbeitsbedingungen nicht schlechter behandelt werden, als eine Inländerin oder ein Inländer. Ungeachtet der inländischen zivilrechtlichen Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses (Auftrag oder Arbeitsvertrag, gemischter Vertrag, Vertrag sui generis) können hier die Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechte nach PFA angerufen werden. Für eine rein innerstaatliche Streitigkeit aus diesem Arbeitsverhältnis ist hingegen nach wie vor und ausschliesslich der «inländische» Arbeitnehmerbegriff massgebend<sup>94</sup>.

[51] Die erwähnten EuGH-Fälle *Betray*<sup>95</sup>, *Birden*<sup>96</sup> und *Trojani*<sup>97</sup> sind insbesondere für die zahlreichen Arten von Beschäftigungsverhältnissen im so genannten zweiten oder dritten Arbeitsmarkt von Bedeutung. Besonders bei Arbeitseinsätzen im Kontext von Eingliederungsprogrammen der Sozialhilfe wird oft argumentiert, es liege kein

Arbeitsverhältnis vor und das erzielte Einkommen stelle lediglich eine Leistung der Sozialhilfe dar. Es handle sich nicht um ein sozialversicherungspflichtiges Erwerbseinkommen und es liege auch kein arbeitsvertragliches Verhältnis vor<sup>98</sup>. Die Tätigkeit in Beschäftigungsprogrammen oder Arbeit in gemeinnützigen Einsätzen werden oft als Gegenleistung für die Unterstützung der öffentlichen Hand bezeichnet<sup>99</sup>. Im gemeinschaftsrechtlichen Sinne handelt es sich wohl bei den meisten dieser Arbeitseinsätze um echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeiten. Dass die Ausrichtung der Entschädigung durch den Staat erfolgt, ist für den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff selbst dann nicht von Belange, wenn es sich um Sozialhilfegelder handelt. Nicht von Bedeutung ist schliesslich auch die schweizerische Qualifikation des Rechtsverhältnisses. Soweit ein europäischer Wanderarbeitnehmer oder eine europäische Wanderarbeitnehmerin in einem solchen Beschäftigungsverhältnis beschäftigt ist, kann er oder sie sich auf die Rechte des PFA, also auch auf die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche gegenüber inländischen Beschäftigten, berufen.

[52] Für die Abgrenzung der abhängigen von der selbständigen Erwerbstätigkeit ist nach schweizerischem und gemeinschaftsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit massgebend. Das Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit ist nach schweizerischer Rechtslage dann vorliegend, wenn der Arbeitgeber bestimmt, wie, wann und wo zu arbeiten ist. Es kommt darauf an, ob die Person in die Organisation eines Betriebes eingegliedert und einer gewissen Kontrolle unterworfen ist<sup>100</sup>. Nach dem gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist für die Bestimmung der abhängigen Arbeit zwar die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit, jedoch nicht notwendigerweise die Eingliederung in den Betrieb notwendig. Es ist deshalb davon auszugehen, dass etliche auftragsrechtliche oder auftragsähnliche Beschäftigungsverhältnisse unter den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen und damit den Gleichbehandlungsansprüchen europäischer Wanderarbeitnehmer/innen gemäss Art. 2 PFA und Art. 7 PFA in Verbindung mit Art. 9 Anhang I PFA genügen müssen.

[53] Welche Folgen ergeben sich aus der Qualifikation eines grenzüberschreitenden Beschäftigungsverhältnisses als selbständige Erwerbstätigkeit? Das PFA hält dazu in Anhang I in Art. 15 Abs. 1 fest, dass dem Selbständigerwerbenden im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine im Vergleich zu den eigenen Staatsangehörigen nicht diskriminierende Behandlung gewährt wird. In Art. 15 Abs. 2 PFA wird zudem auf die sinngemässe Geltung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche gemäss Art. 9 Anhang I PFA hingewiesen. Damit wird deutlich: Der Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländer/innen hinsichtlich Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen besteht ungeachtet der Qualifikation als Arbeitnehmer/in oder Selbständigerwerbende/r. Als Folge unterstehen beispielsweise auch Standesordnungen von Selbständigerwerbenden dem Gleichbehandlungsgebot aufgrund der Staatsangehörigkeit.

#### 5.4 Ausnahmen: Hoheitliche Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung

[54] Eine Ausnahme erfährt die Freizügigkeit der europäischen Arbeitnehmenden durch die in Art. 39 Abs. 4 EGV festgelegte Ausnahme in der Anwendung «auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung». Die Ausnahmebestimmung greift indes nur, wenn es sich um eine Stelle handelt, deren Ausübung typischerweise staatliche Hoheitsfunktion beansprucht<sup>101</sup>. Diese Ausnahmebestimmung wird vom EuGH nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen<sup>102</sup> eng ausgelegt<sup>103</sup>. Die Nichtanwendung der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsgrundsätze soll eine Ausnahme darstellen<sup>104</sup>.

[55] Der EuGH folgt einem funktionellen Verständnis der öffentlichen Verwaltung<sup>105</sup> und prüft die Geltendmachung von Art. 39 Abs. 4 EGV in zwei Schritten<sup>106</sup>. In einem ersten Schritt prüft der EuGH, ob eine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt wird und ob diese mit der Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates verbunden ist<sup>107</sup>. Gestützt darauf muss anschliessend geprüft werden, ob die Besetzung der konkreten Stelle ein

besonderes Treueverhältnis zum Staat voraussetzt<sup>108</sup>. Die Erfordernisse müssen auf eine bestimmte Stelle zutreffen<sup>109</sup>. Innerhalb der gleichen Dienststelle sind deshalb Funktionen denkbar, die unter den Vorbehalt von Art. 39 Abs. 4 EGV fallen und andere nicht.

[56] In einer EuGH-Entscheidung aus dem Jahre 1982 werden Tätigkeiten von Architekten der Stadtverwaltung, Nachtwächtern und ganz allgemein Tätigkeiten mit Kontrollfunktionen in einer Stadtverwaltung als von Art. 39 Abs. 4 EGV erfasst qualifiziert<sup>110</sup>. Nach der Kommission fallen die klassischen Bereiche öffentlicher Verwaltung wie die Rechtspflege (nicht aber Rechtsanwälte<sup>111</sup>), Armee- und Polizeidienst, Steuerverwaltung und der diplomatische Dienst unter den Begriff «öffentliche Verwaltung» im Sinne von Art. 39 Abs. 4 EGV<sup>112</sup>.

[57] Nicht der Ausnahmeregelung für die öffentliche Verwaltung unterstehen gemäss neuerer Rechtsprechung alle Verwaltungseinrichtungen, die kommerzielle Dienstleistungen erbringen. So sind öffentliche Unternehmen im Verkehrswesen, in der Telekommunikation und im Bereich des Gesundheitswesens an die Gewährung der Freizügigkeitsrechte gebunden<sup>113</sup>. Weiter nicht zur öffentlichen Verwaltung zählen Tätigkeiten wie diejenige von Fremdsprachelektoren an Universitäten<sup>114</sup>, Forschern ohne Leitungs- und Lenkungsaufgaben in einem nationalen Forschungsrat<sup>115</sup> sowie Lehrern<sup>116</sup>.

[58] Aus der funktionalen Betrachtungsweise der Bestimmung, wer unter die Ausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV fallen soll, folgt die Frage, ob ehemals staatliche und heute privatisierte Dienste oder Private, die mit hoheitlichen Aufgaben ausgestattet werden, ebenfalls zur öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 39 Abs. 4 EGV zu zählen sind. Der EuGH hat zu dieser Frage entschieden, dass private Wachbedienstete nicht zur öffentlichen Verwaltung gehörten und deshalb Art. 39 Abs. 4 EGV auf sie nicht anwendbar sei, unabhängig von den Aufgaben, die der Beschäftigte zu erfüllen habe<sup>117</sup>. Weiter entschied der Gerichtshof, beim Kapitän eines Hochseeschiffes würden die hoheitlichen Befugnisse nur einen kleinen Teil seiner Aufgaben ausmachen, weshalb er nicht unter die Ausnahmebestimmung falle<sup>118</sup>.

[59] Im Ergebnis untersteht wohl die Mehrheit der staatlichen Stellen den allgemeinen Freizügigkeitsregeln<sup>119</sup>. Fällt eine öffentliche Stelle gemäss den durch den EuGH entwickelten Kriterien der funktionalen Bestimmung nicht unter den Vorbehalt von Art. 39 Abs. 4 EGV, stehen diesen in der öffentlichen Verwaltung Beschäftigten die gleichen Rechte zu wie allen Übrigen<sup>120</sup>. Die Stellen sind diskriminierungs- und beschränkungsfrei zu besetzen und auszugestalten<sup>121</sup> und den Arbeitnehmenden stehen sämtliche «Begleitrechte» (Familiennachzug, soziale Vergünstigen usw.) zu.

[60] Im PFA ist dem «Geist» dieser Rechtsprechung bereits Rechnung getragen worden. Art. 10 Anhang I PFA hält fest, das Recht auf Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung könne verweigert werden, sofern diese die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasse und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften diene. Bei der Auslegung von Art. 10 Anhang I PFA ist die EuGH-Rechtsprechung zu Art. 39 Abs. 4 EGV zu berücksichtigen<sup>122</sup>.

## 5.5 Exkurs: Der Arbeitgeber als Nutzniesser des Gleichbehandlungsgebots

[61] Der EuGH hat im Fall Clean Car Autoservice<sup>123</sup> entschieden, dass sich Arbeitgeber derivativ auf die dem Arbeitnehmer zustehenden Freizügigkeitsrechte berufen können<sup>124</sup>. Hintergrund des Falles bildet ein Wohnsitzerfordernis für die Bestellung eines Geschäftsführers. Der Arbeitgeber selbst konnte sich unter Berufung auf die Freizügigkeit dieses Arbeitnehmers auf Art. 39 EGV berufen. Gerade die Möglichkeit, auch durch den Arbeitgeber die Freizügigkeit europäischer Arbeitnehmenden geltend zu machen, ver helfe Art. 39 EGV und den

sekundärrechtlichen Erlassen zur vollen Wirkung<sup>125</sup>. Der EuGH bejahte in der Sache selbst eine mittelbare Diskriminierung. Das Wohnsitzerfordernis stelle eine Benachteiligung dar, die vorwiegend europäische Wanderarbeitnehmende betreffe<sup>126</sup>.

[62] Auch diese vor dem 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH ist auf das PFA übertragbar. Ein schweizerischer Arbeitgeber könnte sich demzufolge auf das Diskriminierungsverbot des Art. 2 in Verbindung mit Art. 7 lit. a PFA und Art. 9 Anhang I PFA berufen, wenn eine staatliche Massnahme die Anstellung eines europäischen Wanderarbeitnehmers ohne Rechtfertigungsgrund verunmöglichen würde.

[63] Denkbar ist eine solche Konstellation im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Nationalität und den Wohnsitz von Mitgliedern des Verwaltungsrates. Art. 708 Abs. 1 OR hält fest, dass die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder das Schweizer/innen Bürgerrecht besitzen müssen und Art. 708 Abs. 2 OR verlangt, dass wenigstens ein zur Vertretung der Gesellschaft befugtes Mitglied des Verwaltungsrates in der Schweiz wohnhaft sein muss. Eine Wohnsitzerfordernisbestimmung enthält auch Art. 813 OR für die Geschäftsführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

[64] Zu prüfen ist vorab, ob die fraglichen Tätigkeiten eines Verwaltungsrates oder eines Geschäftsführers im konkreten Fall unter den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu subsumieren sind. Wird dies bejaht, stellen im Lichte der Clean-Autoservice Rechtsprechung sowohl Art. 708 Abs. 1 und 2 OR wie Art. 813 OR eine unmittelbare (bei Anknüpfung an die Nationalität) bzw. eine mittelbare oder beschränkende (bei Anknüpfung an den Wohnsitz) Diskriminierung dar.

[65] Das Erfordernis der schweizerischen Nationalität lässt sich nicht unter Berufung auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit gemäss Art. 5 Anhang I PFA rechtfertigen<sup>127</sup>. Unmittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sind nicht rechtfertigungsfähig. Mittelbar diskriminierende Vorschriften sind nach der Rechtsprechung dann zulässig, wenn sie einen berechtigten Zweck zum Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses verfolgen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird. Für den EuGH sind beispielsweise der Schutz der öffentlichen Gesundheit<sup>128</sup> oder die Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts unter Sportvereinen<sup>129</sup> zu billigende Rechtfertigungsgründe. Solche Gründe liegen für das Wohnsitzerfordernis nicht vor. Damit erweist sich das Wohnsitzerfordernis als nicht gerechtfertigt<sup>130</sup>.

## 6. Angonese: unbeschränkte Drittwirkung

### 6.1 Der Fall

[66] Mit dem Urteil in der Rechtssache Angonese<sup>131</sup> hat der Gerichtshof wegweisend entschieden, die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelte auch gegenüber den Massnahmen eines einzelnen Arbeitgebers<sup>132</sup>. Mit diesem Entscheid legte der EuGH den Grundstein für eine uneingeschränkte Drittwirkung der Freizügigkeitsrechte<sup>133</sup>.

[67] Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Ein sowohl Deutsch wie Italienisch sprechender italienischer Staatsbürger hatte an der Universität Wien Sprachen studiert und bewarb sich in der Provinz Bozen für eine Stelle bei der Bozener Bankgesellschaft, die in privater Rechtsform betrieben wird. Die Bank machte die Teilnahme am Auswahlverfahren gestützt auf den Tarifvertrag über Sparkassen vom Nachweis der Zweisprachigkeit (Italienisch/Deutsch) abhängig. Die amtliche Bescheinigung der Zweisprachigkeit hätte nur in der



Region Bozen erworben werden können. Obwohl deutscher Muttersprache und trotz Studiums in Österreich, wurde der Kläger wegen dem fehlenden Nachweis der Zweisprachigkeit nicht zum Verfahren zugelassen.

[68] Der Gerichtshof legt in seinen Entscheidungsgründen dar, dass das Diskriminierungsverbot ohne einschränkende Voraussetzungen auf Privatpersonen anwendbar sei. Die Begründung nahm Bezug auf die Rechtssache Defrenne<sup>134</sup>, in der im Anwendungsbereich der Lohngleichheit aufgrund der Geschlechter entschieden wurde, das Diskriminierungsverbot gelte für alle die abhängige Arbeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen<sup>135</sup>. Was für das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts im Bereich des Entgelts wirksam sei, müsse erst recht für Artikel 39 (damals 48) EGV gelten<sup>136</sup>. Nach der Feststellung, das Diskriminierungsverbot (vorliegend bei der Einstellung) binde auch den privaten Arbeitgeber, wurde die Massnahme der Bozener Bankgesellschaft als diskriminierend qualifiziert. Für Personen ausserhalb der Provinz Bozen ist der Nachweis der Zweisprachigkeit durch die amtliche Bescheinigung mit erheblichem Aufwand verbunden. Diese Regelung wurde vom Gerichtshof als unverhältnismässig angesehen. Im Ergebnis werden durch diese Massnahme potenziell eher ausländische Arbeitnehmende benachteiligt, was einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gleichkommt.

[69] Die Entscheidung Angonese stiess in der Lehre nicht auf ungeteilte Zustimmung. Kritisiert wurde, der Wortlaut und die systematische Stellung im Vertragsgefüge des Art. 39 EGV seien grundsätzlich staatsgerichtet<sup>137</sup>. Weiter wird kritisiert, die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit greife zu stark in die Privatautonomie ein und verhindere damit gerade die Verwirklichung der Marktfreiheit<sup>138</sup>. Hingewiesen wird auch auf die fehlende Vornahme einer Interessenabwägung «Privatautonomie des Arbeitgebers» einerseits und «Grundfreiheitsanspruch» andererseits<sup>139</sup>. Schliesslich wurde die Frage aufgeworfen, ob mit der Angonese-Rechtsprechung der Minderheitenschutz im Tyrol beeinträchtigt werde<sup>140</sup>. Mit dem Argument, die Mobilität der Arbeitnehmenden wäre ohne Anwendbarkeit des Art. 39 EGV auf private Arbeitsverhältnisse gefährdet, wird die Angonese-Rechtsprechung von anderen Stimmen in der Literatur begrüsst<sup>141</sup>.

[70] Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts erfordert deshalb die mit der Angonese-Rechtsprechung indizierte Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes auf private Arbeitgeber. Deren Interessen bleiben dabei ausreichend gewahrt. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Bosman ausgeführt hat, können sich auch die Arbeitgeber grundsätzlich auf Rechtfertigungsgründe berufen. Es ist dann eine Interessenabwägung zwischen dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot und dem grundrechtlichen Anspruch auf Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit vorzunehmen. Genau diese Interessenabwägung hat der EuGH allerdings im Urteil Angonese nicht vorgenommen.

## 6.2 Bedeutung für das PFA

[71] Gilt nach der genannten EuGH-Rechtsprechung Art. 39 EGV auch für Privatpersonen, stellt sich für das PFA die Frage der Berücksichtigungspflicht dieses Urteils. Das Urteil Angonese stammt aus dem Jahr 2001, wurde also nach Unterzeichnung des PFA am 21. Juni 1999 erlassen. Daraus folgt die Frage, ob es sich beim Urteil Angonese um eine auch materielle neue Rechtsprechung handelt, die nicht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 PFA berücksichtigt werden muss oder ob die Angonese-Rechtsprechung lediglich frühere Rechtsprechung präzisiert.

[72] Die Entscheidung in der Rechtssache Angonese ist nach dem 21. Juni 1999 ergangen. In der Walrave- und Bosman-Rechtsprechung hatte der EuGH erkannt, dass vom EGV untersagte Beschränkungen der Freizügigkeit nicht dadurch wieder errichtet werden können sollen, dass Private in Ausnutzung ihrer Vertragsfreiheit diese Schranken wieder aufbauten<sup>142</sup>. Zwar betrafen die genannten gegen die Freizügigkeit verstossenden Regelungen

kollektive Akteure. In den genannten Urteilen und mehr noch in der – Allgemeine Tarifbestimmungen eines Versicherers betreffenden – Rechtssache Haug-Adrion<sup>143</sup> liess der EuGH jedoch durchblicken, dass er die Drittwirkung nicht auf kollektive Akteure beschränkt haben will<sup>144</sup>. In der genannten Rechtssache hat der Gerichtshof das Vorliegen einer Diskriminierung direkt gestützt auf Art. 12 EGV geprüft (und abgelehnt), die unmittelbare Drittwirkung dieser Bestimmung aber nicht weiter problematisiert<sup>145</sup>.

[73] Im Lichte der vorangehenden Ausführungen handelt es sich bei der Entscheidung Angonese nicht um eine neue Rechtsprechung, über deren Bedeutung sich die Vertragsparteien vorerst im Gemischten Ausschuss einigen müssten. Das PFA entfaltet somit hinsichtlich des Diskriminierungsverbots Drittwirkung auch gegenüber dem privaten Arbeitgeber.

[74] Die Freiheit des Einstellungsentscheids eines privaten Arbeitgebers wird durch das PFA beschränkt. Eine unmittelbare Einstellungsdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit liegt dann vor, wenn der europäische Wanderarbeitnehmer aufgrund der Einstellungskriterien hätte eingestellt werden können, jedoch unter Bezugnahme auf das Kriterium «Staatsangehörigkeit» nicht eingestellt wird. In der schweizerischen Praxis kommen noch immer relativ häufig Stelleninserate vor, die unter den Anforderungen «Schweizer Bürger» oder «Ausländer nur mit C-Bewilligung» verlangen<sup>146</sup>. Auch wenn europäische Wanderarbeitnehmer/innen schon im Rahmen der Stellenausschreibung aus dem Bewerber/innenkreis ausgeschlossen werden, stellt dies einen Verstoss gegen das PFA dar. Generalanwalt Fenelly drückte dies in seinem Schlussantrag in der Rechtssache Angonese anschaulich aus: «Es ist schwer vorstellbar, dass Stellenausschreibungen z.B. nur für Bewerber einer bestimmten Staatsangehörigkeit oder, vielleicht noch schlimmer, bei denen eine bestimmte Staatsangehörigkeit ausgeschlossen wäre, nicht unter das Verbot des Art. 48 EG-Vertrag (heute Art. 39 EG-Vertrag) fallen würden»<sup>147</sup>.

[75] In der Rechtssache Angonese lag keine unmittelbare, sondern eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor. Auch mittelbare (Einstellungs-)Diskriminierungen gegenüber europäischen Wanderarbeitnehmer/innen sind nach dem PFA nicht zulässig. Wenn von einer Firma «kräftige, robuste Männer» gesucht werden, «die sich nicht scheuen anzupacken sowie unregelmässig zu arbeiten» und sich in «Schweizerdeutsch verständigen (können)»<sup>148</sup>, stellt das Erfordernis «Schweizerdeutsch» vorerst ein «verdächtiges» Kriterium hinsichtlich einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist nach der EuGH-Rechtsprechung rechtfertigungsfähig. Im Urteil Angonese hielt der Gerichtshof fest, der Nachweis des Sprachdiploms wäre dann zulässig, wenn der Nachweis auf sachliche Erwägungen gestützt würde, «die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigte verfolgte Ziel verhältnismässig sind»<sup>149</sup>. Übertragen auf das Erfordernis der Schweizerdeutschkenntnisse hat dies zur Folge, dass der fragliche Arbeitgeber den Nachweis erbringen muss, dass das Erfordernis «Schweizerdeutschkenntnisse» für die fraglichen Tätigkeiten tatsächlich ein notwendiges und verhältnismässiges Kriterium bildet.

## 7. Paletta I: Qualifikation der Entgeltfortzahlung bei Krankheit

### 7.1 Der Fall

[76] Der Zusammenhang der Rechtssache Paletta I<sup>150</sup> mit arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüchen nach dem PFA besteht insbesondere darin, dass der EuGH in der fraglichen Rechtssache die arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung als Leistung der sozialen Sicherheit qualifiziert hat.

[77] Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger, Vittorio Paletta, seine Ehefrau und seine beiden Kinder meldeten sich während des ihnen von der beklagten Arbeitgeberin bewilligten Urlaubs für die Zeit vom 17. Juli bis zum 12. August 1989 krank und legten dafür ärztliche Zeugnisse aus dem Ferienort vor. Die Arbeitgeberin weigerte sich daraufhin, während der ersten sechs Wochen nach Eintritt der Krankheit das Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Sie war der Auffassung, die im Ausland getroffenen ärztlichen Feststellungen, gegen deren Richtigkeit nach ihrer Ansicht ernstliche Bedenken bestanden, seien für sie nicht bindend. Nach dem massgeblichen (deutschen) Lohnfortzahlungsgesetz hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der nach Beginn der Beschäftigung durch Arbeitsunfähigkeit ohne eigenes Verschulden an seiner Arbeitsleistung gehindert wird, während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen das Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

[78] Das Arbeitsgericht Lörrach legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Grundsätze zur Klärung des Leistungsanspruches, wie sie in der Verordnung Nr. 574/72 EWG festgehalten sind, auch dann Anwendung finden, wenn nicht ein Sozialversicherer, sondern wie vorliegend ein Arbeitgeber die Leistung ausrichtet bzw. ausrichten sollte. Im Kern ging es um die Frage, ob der Arbeitgeber an die am Wohn- oder Aufenthaltsort getroffenen ärztlichen Feststellungen über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit gebunden ist, sofern er die betreffende Person nicht durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen lässt, wozu ihn Artikel 18 Absatz 5 der VO 574/82 EWG allenfalls ermächtigt hätte.

[79] Ob eine Leistung in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 EWG (und damit auch demjenigen der VO 574/72 EWG) fällt, hängt nach dem Gerichtshof «im Wesentlichen von den grundlegenden Merkmalen dieser Leistung ab, insbesondere von ihrer Zielsetzung und den Voraussetzungen ihrer Gewährung, nicht dagegen davon, ob sie nach den nationalen Rechtsvorschriften als eine Leistung der sozialen Sicherheit angesehen wird ...». Für den Gerichtshof besteht das Ziel der Entgeltfortzahlung gleich wie bei den im Anschluss an die Entgeltzahlung des Arbeitgebers folgenden Leistungen nach Sozialgesetzbuch in der Sicherung des Lohnanspruches bei Krankheit. Damit steht fest, dass die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers eine Leistung im Sinne der VO 1408/71 EWG darstellt und folglich die Bestimmungen in Art. 18 Abs. 1–4 der VO 574/72 EWG zur Anwendung kommen. Der deutsche Arbeitgeber musste sich folglich an Feststellungen zur Arbeitsunfähigkeit am Ferienort halten. Art. 18 Abs. 5 VO 574/72 EWG hätte ihn zur Untersuchung durch einen Arzt seiner Wahl berechtigt, doch hat der Arbeitgeber von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht.

[80] Nicht gegen eine Qualifizierung der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers unter die VO 1408/71 EWG spricht, dass der Gerichtshof in der Rechtssache Rinner-Kühn entschieden hat, die Fortzahlung des Arbeitnehmerlohns im Krankheitsfall nach dem (deutschen) Lohnfortzahlungsgesetz falle unter den Entgeltbegriff des Art. 119 EGV (heute Art. 141 EGV). Daraus folge allerdings nicht, dass diese Leistung nicht gleichzeitig eine Leistung bei Krankheit im Sinne der VO 1408/71 EWG darstelle<sup>151</sup>.

## 7.2 Bedeutung für das PFA

[81] Das Urteil Paletta I ist vor dem 21. Juni 1999 ergangen und stellt somit Rechtsprechung des EuGH dar, die im Sinne von Art. 16 Abs. 2 PFA berücksichtigt werden muss.

[82] Die Paletta-Entscheidung ist für die Qualifikation der Lohnfortzahlungsansprüche bei Krankheit nach Art. 324a OR, aber auch für solche nach öffentlichem Dienst- bzw. Personalrecht massgebend. Soweit ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, stellen Lohnfortzahlungsansprüche somit Leistungen der sozialen Sicherheit gemäss Art. 8 PFA dar. Die Bestimmungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Anhang II zum PFA nehmen auf die VO 1408/71 EWG und VO 574/72 EWG Bezug. Nach Art. 4 Abs. 2 VO

1408/71 EWG gilt diese Verordnung auch für Systeme, «nach denen die Arbeitgeber (...) zu Leistungen gemäss Absatz 1 verpflichtet sind». In Absatz 1 sind Leistungen bei Krankheit aufgeführt. Die Lohnfortzahlung bei Krankheit nach Art. 324a OR stellt eine Leistung des Arbeitgebers bei Krankheit dar. Damit handelt es sich bei der Lohnfortzahlung um eine Leistung, die unter die VO 1408/71 EWG fällt<sup>152</sup>.

[83] In einem mit der Rechtssache Paletta vergleichbaren Sachverhalt wäre auf die fragliche EuGH-Entscheidung abzustellen. Ein zur Lohnfortzahlung verpflichteter schweizerischer Arbeitgeber müsste ein ausländisches Arztzeugnis über die Arbeitsunfähigkeit eines europäischen Wanderarbeitnehmers akzeptieren. Der Arbeitgeber könnte aber auch gestützt auf Art. 18 Abs. 5 der VO 572/74 EWG eine Untersuchung durch einen Arzt seiner Wahl vornehmen lassen. Der Arbeitgeber gilt im Sinne der Paletta-Rechtsprechung als «zuständiger Träger» der sozialen Sicherheit.

[84] Die Qualifikation der Lohnfortzahlung als Leistung der sozialen Sicherheit bedeutet nicht, dass Art. 324a OR, Individual- oder Gesamtarbeitsvertragliche Regelungen der Lohnfortzahlung oder öffentlichrechtliche Bestimmungen nicht gleichzeitig unter das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot nach Art. 9 Anhang I PFA fallen<sup>153</sup>. Auch unter dieses Gleichbehandlungsgebot fallen die Lohnfortzahlungsleistungen des Arbeitgebers oder einer Taggeldversicherung, die arbeitsvertraglich vereinbart sind und über das gesetzliche Minimum hinausgehen. Etwelche Regelungen zur Lohnfortzahlung dürfen europäische Wanderarbeitnehmer/innen weder unmittelbar noch mittelbar diskriminieren.

[85] Die Regelung der Lohnfortzahlung in Art. 324a OR und die Bestimmungen im öffentlichen Dienstrecht oder Bestimmungen zur Lohnfortzahlung in Gesamtarbeitsverträgen differenzieren soweit ersichtlich bei den Leistungen oder Prämien nicht nach Staatsangehörigkeit der begünstigten Arbeitnehmer/innen. Eine unmittelbare Diskriminierung europäischer Wanderarbeitnehmer/innen liegt damit nicht vor.

[86] Die Dauer der Lohnfortzahlung hängt jedoch sowohl nach der Regelung im Obligationenrecht wie auch bei vielen öffentlichrechtlichen Regelungen von der Anzahl im fraglichen Betrieb verbrachter Dienstjahre ab. So garantiert Art. 324a Abs. 2 OR im ersten Dienstjahr eine Lohnfortzahlung von drei Wochen und anschliessend eine angemessene Zeit. Die durch die Praxis entwickelten so genannten Skalen zur Dauer der Lohnfortzahlung folgen im Ergebnis alle dem Grundsatz der «Belohnung» der Betriebstreue; je länger das Arbeitsverhältnis dauert, desto länger ist der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit (und anderen in Art. 324a genannten Gründen). Auch bei diesen Regelungen wird grundsätzlich nicht zwischen in- und ausländischen Arbeitnehmer/innen unterschieden. Solange es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt, spielen die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des Gemeinschaftsrechts bzw. des PFA keine Rolle. Anders verhält es sich, soweit europäische Wanderarbeitnehmer/innen betroffen sind. Hier ist zu prüfen, ob die fraglichen Lohnfortzahlungsregelungen mittelbar diskriminierend sind.

[87] Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach dem Gerichtshof vor, wenn eine Rechtsvorschrift oder kollektive oder individuelle Arbeitsbedingungen in ihrer tatsächlichen Auswirkung überwiegend EU-Wanderarbeitnehmende benachteiligten<sup>154</sup>. In einer jüngeren Entscheidung (Merida) genügte dem Gerichtshof, wenn eine in Frage stehende Vorschrift sich «ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann (...)»<sup>155</sup>. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung gehört zu den gemeinschaftsrechtlichen Begriffen, auf die nach Art. 16 Abs. 2 PFA auf die EuGH-Rechtsprechung abzustellen ist<sup>156</sup>.

[88] Worin könnte überhaupt die Diskriminierung europäischer Wanderarbeitnehmer/innen bestehen? Der Tatbestand von Art. 324a OR und die Tatbestände der öffentlichrechtlichen Lohnfortzahlungsbestimmungen

schaffen insofern Ungleichbehandlungen, als die Dauer der Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit von der Anzahl der Dienstjahre abhängt. Arbeitnehmer/innen mit nur wenigen Dienstjahren werden im Verhältnis zu Arbeitnehmer/innen mit vielen Dienstjahren benachteiligt. Ob diese Regeln im heutigen wirtschaftlichen Umfeld angesichts der gerade auch von Arbeitnehmer/innen geforderten Mobilität Sinn machen, kann bezweifelt werden. Das ist aber hier nicht die relevante Frage.

[89] Der Gerichtshof hat sich soweit ersichtlich bislang nicht mit direkt vergleichbaren Fragen auseinandergesetzt (zur Rechtssache Graf vgl. unten Rz 93 ff.). Der EuGH hat die Nichtanerkennung von im Ausland erworbenen Dienstjahren bei der Festsetzung von Gehaltsstufen als gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstossend erachtet<sup>157</sup>. Er hat in Bezug auf österreichische Rechtsvorschriften entschieden, dass strengere Anforderungen für die Anerkennung von Beschäftigungszeiten in anderen Mitgliedstaaten nicht zulässig sind<sup>158</sup>. Unzulässig ist weiter eine Regelung, die eine Dienstalterszulage an einen Professor davon abhängig macht, dass die Dienstjahre an einer österreichischen Universität geleistet wurden<sup>159</sup>. Wie weit diese Fälle mit der vorliegend diskutierten Lohnfortzahlung bei Krankheit vergleichbar sind, ist zweifelhaft. Gegen eine Vergleichbarkeit spricht namentlich, dass bei den schweizerischen Lohnfortzahlungsregelungen die Betriebstreue jeweils nur im bestehenden Arbeitsverhältnis belohnt wird. Erworbene Dienstjahre können nicht in ein anderes Arbeitsverhältnis übertragen werden. Dies trifft unterschiedslos auf inländische Arbeitnehmende und europäische Wanderarbeitnehmer/innen zu, so dass auf dieser Ebene keine mittelbare Diskriminierung stattfindet. Wie weit allenfalls eine diskriminierende Beschränkung der Freizügigkeit vorliegt, wird im Zusammenhang mit der Rechtssache Graf diskutiert (siehe unten, Rz 93 ff.).

[90] Betrachtet man aber die Lohnfortzahlungsregelung lediglich im Kontext eines Arbeitsverhältnisses, ist eine mittelbare Diskriminierung nicht von der Hand zu weisen. Das Bundesgericht hat in BGE 131 V 209 in Erw. 6.2 mit Bezug auf die EuGH-Rechtssache Borawitz<sup>160</sup> für die Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung die folgende Formel verwendet: «Um festzustellen, ob die Verwendung eines bestimmten Unterscheidungsmerkmals (...) indirekt zu einer Diskriminierung führt, ist das Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb des benachteiligten bzw. nicht begünstigten Personenkreises auf der einen dem Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb der Vergleichsgruppe der nicht benachteiligten bzw. der begünstigten Personen auf der anderen Seite gegenüberzustellen (...)». Übertragen auf die vorliegende Frage der Lohnfortzahlungspflichten bildet die Anzahl Jahre der Betriebszugehörigkeit und die darauf fussende kürzere oder längere Lohnfortzahlung des Arbeitgebers das Unterscheidungsmerkmal. Zu prüfen ist folglich, ob in der Gruppe der Arbeitnehmenden mit einer kürzeren Lohnfortzahlung europäische Wanderarbeitnehmer/innen im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmenden überproportional vertreten sind. Diese Verhältnisprüfung ist auch in der Gruppe der Arbeitnehmenden mit längerer Lohnfortzahlung vorzunehmen. Um zu einem objektiven Ergebnis zu kommen, muss sich ein Gericht auf empirische Rechtstatsachenforschungsergebnisse abstützen. Es ist zu prüfen, ob europäische Wanderarbeitnehmer/innen in der Gruppe mit einer kürzeren Lohnfortzahlung über- und in der Gruppe mit einer längeren Lohnfortzahlung untervertreten sind. Trifft dies zu und nur dann, handelt es sich bei den an Dienstjahre gekoppelten Anwartschaften auf Lohnersatzleistungen bei Krankheit um Vorschriften, die sich «ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken»<sup>161</sup>. Damit liegt eine mittelbare Diskriminierung vor. Sind dagegen europäische Wanderarbeitnehmer/innen nicht mehr betroffen als inländische Arbeitnehmer/innen, ist zu prüfen, ob eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegt. Diese Prüfung wird im Zusammenhang mit der Erläuterung der Rechtssache Graf in Rz 93 ff. vorgenommen.

[91] Wie bereits dargelegt wurde, sind mittelbare Diskriminierungen rechtfertigungsfähig (siehe oben, Rz 75). Es ist demnach zu prüfen, ob für die fraglichen Lohnfortzahlungsbestimmungen zwingende Gründe des Allgemeininteresses geltend gemacht werden können und ob die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt.

[92] Die mit zunehmender Betriebstreue verlängerte Lohnfortzahlung bei Krankheit wird u.a. mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründet<sup>162</sup>. Basierend auf der im schweizerischen System sozialer Sicherheit vorherrschenden Prämisse, dass der Lohnausfall bei Krankheit auch bei abhängig Beschäftigten nicht durch eine gesetzliche Sozialversicherung gedeckt ist, erscheint die Berücksichtigung der Betriebstreue für die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers durchaus als eine sozialpolitische Massnahme, die im zwingenden Allgemeininteresse liegt<sup>163</sup>. Die Verhältnismässigkeit dieser Bestimmungen bleibt durch die stufenweise Verlängerung der Lohnfortzahlungsdauer ebenfalls gewahrt. Für die (möglicherweise, siehe Rz 90 ganz am Schluss) mittelbar die europäischen Wanderarbeitnehmer/innen diskriminierenden Lohnfortzahlungsvorschriften des Art. 324a OR und der öffentlichen Dienstrechte können somit Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden.

## 8. Graf: Grenzen der Gleichbehandlung bzw. des Beschränkungsverbotes

### 8.1 Der Fall

[93] Kernfrage der Rechtssache Graf<sup>164</sup> war, ob der Verlust einer Abfindung bei einer durch den Arbeitnehmer erfolgten Kündigung eine mittelbare Diskriminierung und/oder eine Behinderung der Freizügigkeit darstellt und damit dem Beschränkungsverbot unterliegt.

[94] Im österreichischen Arbeitsrecht ist bei einer durch die Arbeitgeberin ausgesprochenen Kündigung nach mindestens drei Jahren Betriebszugehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers oder der betroffenen Arbeitnehmerin eine Abgangsentschädigung vorgesehen, deren Höhe von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängt. Bei einer durch die Arbeitnehmenden erfolgten Kündigung sieht das Gesetz überhaupt keine Abgangsentschädigung vor. Volker Graf kündigte sein Arbeitsverhältnis mit der Firma Filzmoser Maschinenbau GmbH nach drei Jahren und klagte auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung. Die Nichtausrichtung der Abgangsentschädigung stelle eine mittelbare Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer/innen dar und hindere überdies alle Arbeitnehmer/innen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit an der Wahrnehmung der Freizügigkeit und verstosse somit gegen das Beschränkungsverbot gemäss der Bosman-Rechtsprechung.

[95] Der Gerichtshof bestritt, dass die fragliche Abgangsentschädigungsregel ausländische Arbeitnehmende stärker berühre als inländische. Die fraglichen Abgangsentschädigungsregeln kommen unterschiedslos bei inländischen und ausländischen Arbeitnehmer/innen zur Anwendung<sup>165</sup>. Das vorliegende Gericht führte gar aus, von der Regel wären hauptsächlich Inländer/innen betroffen<sup>166</sup>. Im Ergebnis wurde eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verneint.

[96] Der Gerichtshof prüfte weiter, ob die fragliche Regelung im österreichischen Angestelltengesetz gegen das Beschränkungsverbot verstosse. Er hielt mit Bezug auf die Urteile Bosman<sup>167</sup> und Terhoeve<sup>168</sup> fest, sämtliche Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit sollten den Gemeinschaftsangehörigen die Ausübung von beruflichen Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Gemeinschaft erleichtern und Massnahmen, die die Gemeinschaftsangehörigen benachteiligen könnten, wenn sie eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen, wären nicht zulässig. Dazu zählten auch unterschiedslos anwendbare Bestimmungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt beeinflussten.

[97] Die Vorschriften des österreichischen Angestelltengesetzes wären nicht geeignet, den Arbeitnehmer zu hindern, sein Arbeitsverhältnis zu beenden und eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Der fragliche Abfertigungsanspruch hänge nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem



derzeitigen Arbeitgeber bleibe oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selbst weder herbeigeführt noch zu vertreten habe<sup>169</sup>. Unterschiedlos anwendbare Bestimmungen führen nur dann zu einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wenn sie den Zugang zum Arbeitsmarkt beeinträchtigen. Dies sei im vorliegenden Fall zu ungewiss<sup>170</sup>. Für den EuGH muss die Beschränkung folglich ein bestimmtes Mass erreichen, damit sie unter das Beschränkungsverbot fällt<sup>171</sup>.

## 8.2 Bedeutung für das PFA

[98] In der Rechtssache Graf zeigt der Gerichtshof die Grenzen des Beschränkungsverbotes bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf. Zwar ist die Entscheidung Graf nach dem 21. Juni 1999 ergangen, doch stellt auch diese Entscheidung lediglich eine präzisierende und somit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 PFA zu berücksichtigende Rechtsprechung zu den bisherigen Beschränkungsleitfällen dar. Die EuGH-Rechtsprechung zur Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist für das PFA massgebend. Es ist folglich zu prüfen, inwieweit Regelungen des Obligationenrechts oder andere Rechtsquellen, die das Arbeitsverhältnis regeln, geeignet sind, gegen das Beschränkungsverbot zu verstossen. Für eine nähere Untersuchung eignen sich Normen, die bestimmte Rechte an Dienstjahre knüpfen. Solche Bestimmungen beeinflussen möglicherweise den Entscheid, eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat (oder im Kontext des PFA einem anderen Vertragsstaat) aufzunehmen.

[99] In Frage kommen die bereits im Zusammenhang mit der Rechtssache Paletta thematisierten Lohnfortzahlungspflichten gemäss Art. 324a sowie die einschlägigen öffentlichrechtlichen personalrechtlichen Bestimmungen. Darüber hinaus ist in Art. 336 c Abs. 2 OR der Schutz vor Kündigung bei unverschuldeter krankheits- und unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit von der Betriebstreue abhängig. Die so genannte Sperrfrist für die Kündigung beträgt nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr 30 Tage, vom zweiten bis fünften Dienstjahr 90 Tage und ab dem 6. Dienstjahr 180 Tage.

[100] Wie in Rz 85 dargelegt, können die Lohnfortzahlungsvorschriften eine mittelbare Diskriminierung der europäischen Wanderarbeitnehmer/innen darstellen. Gleiches gilt auch für die Vorschriften zum Kündigungsschutz, da sich auch diese tendenziell eher für europäische Wanderarbeitnehmer/innen ungünstig auswirken können. Wie die Lohnfortzahlungsvorschriften sind auch die Kündigungsvorschriften sozialpolitisch motiviert und rechtfertigungsfähig.

[101] Das Urteil in der Rechtssache Graf stützt sich darauf ab, dass es ungewiss sei, ob die fragliche österreichische Abgangsentschädigungsregel den Zugang zum Arbeitsmarkt beeinträchtige. Gleiches gilt wohl auch für die schweizerischen Kündigungs- und Lohnfortzahlungsvorschriften. Im Lichte der Graf-Rechtsprechung liegt deshalb keine gegen das PFA verstossende diskriminierende Beschränkung europäischer Wanderarbeitnehmer/innen vor. Pointiert drückt es Generalanwalt Fenelly in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Graf aus: «Somit können neutrale nationale Regelungen nur dann als materielle Schranken für den Zugang zum Markt angesehen werden, wenn feststünde, dass sie tatsächliche Auswirkungen auf Markteteiligte hätten, die einem Ausschluss vom Markt gleichkämen. (...) besteht keine Vermutung dafür, dass (...) Vorschriften über Lohntabellen, sozialen Schutz und andere die Arbeitnehmer berührenden Bereiche eine solche Wirkung haben».

## 9. Zusammenfassende Bilanz und offene Fragen

[102] Die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des PFA stimmen im Grundsatz mit dem «Gleichbehandlungskanon» der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit überein<sup>172</sup>. Insbesondere ist im PFA nicht nur der Gleichbehandlungsanspruch in Art. 9 Anhang I PFA hinsichtlich Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschliesslich Kündigungsbedingungen enthalten, sondern darüber hinaus basierend auf Art. 2 und Art. 7 Abs. 1 PFA und gestützt auf die Angonese-Rechtsprechung des Gerichtshofes auch ein Gleichbehandlungsanspruch im Rahmen des Bewerbungsverfahrens. Weder dürfen europäische Wanderarbeitnehmer/innen unter Bezugnahme auf das Kriterium «Staatsangehörigkeit» vom Bewerbungsverfahren überhaupt ausgeschlossen werden, noch darf der finale Selektionsentscheid des Arbeitgebers durch die Staatsangehörigkeit der Bewerbenden motiviert sein. Alle arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche des PFA verpflichten sowohl staatliche wie private Arbeitgeber. Die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des PFA gehen damit über den «traditionellen» arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinaus. Das PFA schränkt die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit (Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsfreiheit) erheblich ein. Das ist hinzunehmen. Die gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht «gratis» zu haben und schliesslich profitieren gerade auch die Arbeitgeber massgeblich von der Personenfreizügigkeit. Die Vertragsfreiheit wird mitnichten bloss eingeschränkt, sie wird durch das PFA im Gegenteil sowohl für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer/innen sowohl rechtlich (Wegfall der ausländerrechtlichen Beschränkungen) wie faktisch (Zugang zum europäischen Arbeitsmarkt) vergrössert.

[103] Der Arbeitnehmerbegriff des PFA hat die vielschichtige Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen. Sowohl die zweite wie die fünfte Abteilung des Bundesgerichts haben sich ausdrücklich auf die EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff abgestützt und dabei auch EuGH-Urteile berücksichtigt, die nach dem 21. Juni 1999 ergangen sind. Der schweizerische Arbeitnehmerbegriff stimmt mit dem gemeinschaftsrechtlichen nicht vollständig überein, was sich namentlich auf die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Arbeit auswirken kann. Für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach PFA ist dies insofern weniger von Bedeutung, als das PFA sowohl abhängig Beschäftigten wie Selbständigerwerbenden einen Anspruch auf Gleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit gewährt. So oder so in Schiefelage befinden sich demzufolge die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die für bestimmte Organträger/innen die schweizerische Nationalität oder einen schweizerischen Wohnsitz erfordern.

[104] In diesem Beitrag wurden arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsansprüche exemplarisch anhand der drei EuGH-Entscheide Angonese, Paletta I und Graf diskutiert. Aus der Angonese-Rechtsprechung ergibt sich die unmittelbare Drittwirkung der Gleichbehandlungsansprüche des PFA. Mit dem Urteil Paletta I wurde gezeigt, dass die Lohnfortzahlung bei Krankheit nach Art. 324a OR und die Lohnfortzahlungsvorschriften nach öffentlichem Personalrecht unter die Gleichbehandlungsansprüche und die Vorschriften zum koordinierenden Sozialrecht des PFA fallen. Weiter wurde deutlich, dass an Betriebstreue anknüpfende Lohnfortzahlungs- und Kündigungsvorschriften eine mittelbare Diskriminierung europäischer Wanderarbeitnehmer/innen darstellen können, jedoch sozialpolitisch gerechtfertigt werden können und verhältnismässig sind. Die Auseinandersetzung mit der Rechtssache Graf schliesslich zeigt, dass unterschiedslos anwendbare Bestimmungen nach Ansicht des Gerichtshofes nur dann eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen, wenn sie den Zugang zum Arbeitsmarkt verunmöglichen, was bei den in Frage stehenden österreichischen Regeln über die Abgangsentschädigung gerade nicht zutrifft. Auch die schweizerischen Bestimmungen zur Lohnfortzahlung und zum Kündigungsschutz verstossen im Ergebnis nicht gegen das Beschränkungsverbot.

[105] Mit dem vorliegenden Aufsatz soll keineswegs der Eindruck erweckt werden, im schweizerischen Arbeitsrecht würden sich keine oder kaum gegen die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des PFA verstossenden Bestimmungen finden. Um eine solche Diagnose stellen zu können, müssten vielmehr das gesamte öffentliche Dienstrecht des Bundes, der Kantone und Gemeinden, aber auch Gesamtarbeitsverträge auf mögliche

Problembereiche, besonders hinsichtlich einer allfälligen mittelbaren Diskriminierung, durchforscht werden. Näher auf Verstösse gegen die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des PFA zu untersuchen wären zudem die verschiedenen Formen der Taggeldversicherungen, die anstelle der oder ergänzend zur Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers treten. Als heikel könnten sich allenfalls die Freizügigkeitsrechte erweisen, soweit sie von europäischen Wanderarbeitnehmer/innen nicht im gleichen Ausmass geltend gemacht werden könnten wie von inländischen Arbeitnehmer/innen. Ins Visier geraten könnten ferner Bestimmungen von Taggeldversicherern, die die Ausrichtung von Leistungen nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis an einen schweizerischen Wohnsitz knüpfen oder andere Bestimmungen vorsehen, die europäische Wanderarbeitnehmer/innen stärker berühren<sup>173</sup>.

[106] Weitere offene Fragen ergeben sich im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz und den Rechtsfolgen. Art. 11 PFA garantiert den unter dieses Abkommen fallenden Personen (also Staatsangehörigen einer Vertragspartei) das Recht, bei der zuständigen Behörde Beschwerde einzureichen. Nach Art. 11 Abs. 3 PFA besteht zudem das Recht, gegen Entscheidungen über Beschwerden oder das Nichtergehen einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist bei dem zuständigen nationalen Gericht Berufung einzulegen. Wird in der Literatur der individuelle Rechtsschutz nach dem PFA behandelt, so beschränken sich die Aussagen fast ausschliesslich auf den Rechtsschutz gegen behördliche Entscheide<sup>174</sup>. Im Kontext der arbeitsrechtlichen Drittwirkungsthematik interessiert, wie das PFA Schutz vor freizügigkeitswidrigen Anordnungen privater Arbeitgeber bietet<sup>175</sup>.

[107] Die Gleichbehandlungsansprüche des PFA sind unmittelbar drittwirksam. Das bedeutet, Kläger/innen können sich vor Gericht unmittelbar auf eine Verletzung der Gleichbehandlungsansprüche nach PFA berufen. In verfahrensmässiger Hinsicht handelt es sich um Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, die gestützt auf Art. 343 OR in einem einfachen und raschen Verfahren durchgesetzt werden können, soweit der Streitwert Fr. 30'000.— nicht übersteigt. Im Gegensatz zum ordentlichen Zivilprozess wird in diesen Verfahren der Sachverhalt vom Richter von Amtes wegen festgestellt (Art. 343 Abs. 4 OR). Auch ein Verfahren um eine Anstellungsdiskriminierung eines europäischen Wanderarbeitnehmers oder einer europäischen Wanderarbeitnehmerin ist eine arbeitsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 343 OR<sup>176</sup>. Die Sozialschutzfunktion von Art. 343 OR greift bereits in der Bewerbungsphase<sup>177</sup>.

[108] Bezüglich Rechtsfolgen hält Art. 9 Abs. 4 PFA die Nichtigkeit aller gegen die Gleichbehandlung europäischer Wanderarbeitnehmer/innen verstossenden Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen fest. Anstelle der diskriminierenden nichtigen Bestimmungen kommen die für die übrigen Arbeitnehmenden anwendbaren Regelungen zur Anwendung<sup>178</sup>. Zu den Rechtsfolgen bei Anstellungsdiskriminierungen finden sich im PFA keine konkreten Bestimmungen. Ziel des PFA ist indes gemäss Präambel die Verwirklichung der Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen». Die Rechtsfolgen müssen diesem Umsetzungsgebot Rechnung tragen. Die europäische Erfahrung besonders im Bereich der Geschlechterdiskriminierung zeigt die Notwendigkeit wirksamer Sanktionen gegen Diskriminierung im Arbeitsbereich, namentlich auch bei Anstellungsdiskriminierungen<sup>179</sup>. An diese Erfahrungen ist bei der Verwirklichung der Personenfreizügigkeit anzuknüpfen.

Nationalfonds unterstützten Forschungsprojekt «Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker-, verfassungs- und europarechtliche Anforderungen», NF-Nr. 101511-103368. Der Autor dankt an dieser Stelle dem Nationalfonds für die Unterstützung. Herzlichen Dank geht auch an Dr. iur. Edgar Imhof für seine kritischen Rückmeldungen zum vorliegenden Beitrag.

- 
- 1 SR 0.142.112.681
  - 2 BGE 128 I 280, 129 II 249, 130 II 1, 130 II 49, 130 II 137, 130 II 388, 130 II 493, 130 V 57, 130 V 150, 130 V 247, 131 V 1, 131 V 35, 131 V 209.
  - 3 Siehe u.a. Grossen Dieter W., De Palézeux Claire, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Thüer Daniel, Weber Rolf, Zäch Roger (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz-EG, ein Handbuch, Zürich 2002, S. 185-239; Imhof Edgar, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die Soziale Sicherheit, in: SZS 4/2000, S. 22-55.
  - 4 Z.B. die Tagung des Europainstituts Zürich vom 15. September 2005: Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven.
  - 5 Vgl. aber immerhin den Beitrag von Kaenel Adrien, Neue gesetzliche Gleichbehandlungsansprüche?, in: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht ArbR, Bern 2005, S. 39-58.
  - 6 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 4090.
  - 7 Dietrich Peter, Der Schutz vor missbräuchlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch flankierende Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, Zürich 2003, S. 6.
  - 8 Zu den flankierenden Massnahmen gehören die Schaffung eines Entsendegesetzes und die Revision verschiedener Bestimmungen im IPRG, im OR und im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).
  - 9 Geiser Thomas, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker Jürgen, Hilty Reto M., Stöckli Jean Fritz, Würtenberger Thomas (Hrsg.), Festschrift für Manfred Rehbindler, München, Bern 2003, S. 36 ff.
  - 10 EuGH, Rs. 36/74, Walrave/Koch, Slg. 1974, 1405, EuGH, Rs. C-415/94, Bosman, Slg. 1995, I-4921, EuGH, Rs. C 176/96, Lehtonen, Slg. 2000, 2714, EuGH, Rs.C-281/98, Angonese.
  - 11 Eine andere Form der Annäherung an das Gemeinschaftsrecht stellt das Gleichstellungsgesetz betreffend Gleichbehandlung der Geschlechter dar. Dieses orientiert sich weitgehend am gemeinschaftsrechtlichen Vorbild, so dass von einem eigentlichen autonomen Nachvollzug des EG-Rechts im Bereich der Geschlechtergleichstellung gesprochen werden kann. Keine Annäherung findet bisher bezüglich Art. 13 EGV statt. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Rat Vorkehrungen treffen kann, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.
  - 12 Imhof (Fn 3), S. 23. Der Autor schreibt von einem «generellen Diskriminierungsverbot». Das ist insofern konkretisierungsbedürftig, als das Diskriminierungsverbot «nur» die Staatsangehörigkeit umfasst.
  - 13 Hanggartner Yvo, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: AJP 2003, S. 257-269.
  - 14 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, N 35 und N 45.
  - 15 Imhof Edgar, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Gächter Thomas, Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven, Zürich 2006, S. 160, N 109.
  - 16 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, N 35.
  - 17 So auch Generalanwalt Damaso Ruiz-Jarabo Colomer in N 45 der Schlussanträge vom 6. Juni 2005 zur Rechtssache EuGH, C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tyrols gegen Land Tyrol. Der Fall ist noch hängig, er wird voraussichtlich im September 2006 entschieden.
  - 18 Siehe dazu ausführlich Epiney Astrid, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: ZBJV, Bd. 141, 2005, S. 1-31, S. 6 ff.. Siehe weiter BGE 130 II 113 Erw. 5.2.
  - 19 EuGH, Rs. 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, N 6-12.
  - 20 EuGH, Rs. C-339/05, Schlussanträge Generalanwalt, N 29.
  - 21 Zu fragen ist allerdings, wie weit die VRK-Regeln nur analog anwendbar sind, da es sich bei der EG nicht um einen Staat im klassischen Sinne handelt und die VRK-Regeln für die Auslegung von Staatsverträgen konzipiert sind, siehe dazu Epiney (Fn 18) S. 8, Fn 13.
  - 22 Cottier Thomas, Dzamko Daniel, Evtimov Erika, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney Astrid, Theuerkauf Sarah, Rivière Sara (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern, Zürich 2004, S. 24.
  - 23 Fuchs Maximilian, Höller Edlyn, Sozialrecht in den Assoziationsabkommen der EG mit Drittstaaten, in: Fuchs Maximilian, Europäisches Sozialrecht (Hrsg.), Baden-Baden, Basel, Wien 2005, S. S. 690.
  - 24 Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6884, N 14.
  - 25 EuGH, Rs. C-162-00, Pokrzeptowicz-Meyer, N 32, EuGH, Rs. 270/80, Polydor und RSO, Slg. 1982, 329, N 14-21, EuGH, Rs. 104/81, Kupferberg, Slg. 1982, 3641, N 29 – 31, EuGH, Rs. C-312/91, Metalsa, Slg. 1993, I-3751, N 11-20.
  - 26 EuGH, Rs. C-162-00, Pokrzeptowicz-Meyer, N 39, 41.
  - 27 EuGH, Rs. C-339-05, Schlussanträge Generalanwalt, N 43-45.

- 28 So aber Breitenmoser Stephan, Isler Michael, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedsstaaten, in: AJP 2002, S. 1011 und insbesondere Hailbronner Kay, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, in: EuZ 2003, S. 48, der schreibt: «Das Freizügigkeitsabkommen ist ein bilateralen Vertrag, dessen Inhalt durch die allgemeinen Regeln über die Auslegung völkerrechtlicher Verträge bestimmt wird». Das ist falsch, beim PFA handelt es sich vielmehr um einen multilateralen Staatsvertrag (sui generis) mit den EG-Mitgliedstaaten und der EG.
- 29 Die VRK-Auslegungskriterien finden deshalb nur analog Anwendung, siehe Epiney (18), S. 8, Fn 13.
- 30 Cottier/Dzamko/Evtimov (Fn 22), S. 25 f., Breitenmoser/Isler (Fn 28), S. 1011,
- 31 Franzen Martin, Kommentar zu Art. 39-41 EGV, in: Streinz Rudolf, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003, N 97 zu Art. 39 EGV.
- 32 Körber Torsten, Grundfreiheiten im Privatrecht, Tübingen 2005, S. 795.
- 33 Weiss Wolfgang, Die Personenfreizügigkeiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, Frankfurt, 1998, S.112.
- 34 Hanau Peter, Steinmeyer Heinz-Dietrich, Wank Rolf, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, N 305, S. 480.
- 35 EuGH, Rs. C-438/00, Kolpak.
- 36 EuGH, Rs. C-265/03, Simutenkov.
- 37 Im berühmten Fall Bosman hielt der Gerichtshof fest, dass «die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen». EuGH, Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, 4921, N 47. Die Grenze der Privatautonomie (hier jener der privatrechtlich verfassten Fussballverbände) sieht der Gerichtshof so: «(sie) darf nicht die Ausübung der dem einzelnen durch den Vertrag verliehenen Rechte einschränken». EuGH, Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, 4921, N 81.
- 38 EuGH, Rs. C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer.
- 39 EuGH, Rs. C-438/00, Kolpak, N 42.
- 40 EuGH, Rs. C-438/00, Kolpak, N 46, mit Verweis auf die Bosman-Rechtsprechung, EuGH, Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921.
- 41 EuGH, Rs. C-438/00, N 51, siehe auch N 58 – 62 der Schlussanträge zur Rechtssache Kolpak.
- 42 EuGH, Rs. C-265/03, Simutenkov, N 34-36.
- 43 EuGH, C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tyrols gegen Land Tyrol. Der Fall ist noch hängig, er wird voraussichtlich im September 2006 entschieden.
- 44 Schlussanträge Generalanwalt zu EuGH, C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tyrols gegen Land Tyrol, N 43.
- 45 Schlussanträge Generalanwalt zu EuGH, C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tyrols gegen Land Tyrol, N 43.
- 46 Franzen (Fn 31). N 41 zu Art. 39 EGV.
- 47 Der EuGH verwendet den Begriff der Wanderarbeitnehmerin z.B. im Urteil EuGH, Rs. C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou, Slg. 1998, I-47, Rn 47. Auch das Bundesgericht verwendet in BGE 131 V 209 Erw. 6.2 mit Bezug auf EuGH, Rs. C-124/99, Borowitz, Slg. 2000, I-7293, N 25 den Begriff «Wanderarbeitnehmer».
- 48 EuGH, Rs. 115/78 Konoors, Slg. 1979, N 24-26, Rs. C-61/98, Bouchou, Slg. 1990, I-3551, N 13, Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, N 15, Rs. C-107/94, Asscher, Slg. 1996 I-3089, N 32.
- 49 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, N 41
- 50 Hangartner (Fn 13), S. 263.
- 51 Siehe oben, Rz 27.
- 52 Siehe N 42 der Schlussanträge des Generalanwaltes Siegbert Alber in EuGH, Rs. C-176/96, Lehtonen.
- 53 Siehe dazu oben, Rz 14.
- 54 Krimphove Dieter, Europäisches Arbeitsrecht, München 2001, N 169.
- 55 Ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff für das ganze Gemeinschaftsrecht existiert indes nicht. Vielmehr ist der Arbeitnehmerbegriff je nach dem unterschiedlichen Zweck der Regelungsmaterie zu erfassen, vgl. dazu Krimphove (Fn 54), N 169.
- 56 Ständige Rechtsprechung, vgl. erstmals EuGH, Rs. 75/63, Mrs. M.K.H. Hoekstra (née Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (Administration of the Industrial Board for Retail Trades and Businesses), Slg. 1964.
- 57 Blainpain, Roger, European Labour Law, 9. Auflage, Den Haag, London, New York 2003, S. 290.
- 58 EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, N 15, Blainpain (Fn 57), N 457, Kaddous Christine, Tobler Christa, Europarecht: Schweiz-Europäische Union, in: SZIER 2005, S. 611-640.
- 59 EuGH, Rs. C-413/01, Ninni-Orasche, N 24.
- 60 EuGH, Rs. 66/85, Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, N 17, EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 1621, N 12, EuGH, Rs. C-3/90, Bernini, Slg. 1992, I-1071, N 14, EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, N 15, EuGH, Rs. C-109/04, Kranemann, N 12.
- 61 EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 162, N 13, EuGH, Rs. 53/81, Levin, Slg. 1981, 1035.
- 62 So auch Generalanwalt Geelhoed in N 35, Schlussanträge in der Rechtssache Trojani.



- 63 EuGH, Dona, Slg. 1976, 1333, N. 14/16.
- 64 EuGH, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405, N 4/10.
- 65 EuGH, Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, N 73.
- 66 EuGH, Rs. C-176/96, Lehtonen, N 46.
- 67 EuGH, Rs. 196/87, Steymann, Slg. 1988, S. 6159.
- 68 Siehe dazu die Ausführungen in den Urteilen EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, S. 1621, 1645, und EuGH, Rs. C-456/02, Trojani. Zur Rechtssache Trojani siehe Kaddous/Tobler (Fn 58), S. 618.
- 69 In diesem Sinne hat der Gerichtshof in Rechtssache Trojani die Frage an das vorlegende Gericht zurückgegeben, es muss prüfen, ob die fragliche Tätigkeit, 30 Stunden Arbeit in Haushalt und Garten eines Heilsarmeeheims, diesen Voraussetzungen entspricht (EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, N 29). Im Schlussantrag zur Rechtssache Trojani verneinte der Generalanwalt Geelhoed den Arbeitnehmerstatus u.a. mit dem Hinweis, die Entschädigung stelle keine Leistung für die erbrachte Arbeit dar, vielmehr habe die Arbeit den Charakter einer Gegenleistung für die empfangene Hilfe.
- 70 EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, N 24.
- 71 EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747.
- 72 EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747, N 31. Der EuGH legt hier dar, dass die Entscheidung Bettray (EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 1621) als Ausnahme zu betrachten ist.
- 73 EuGH, Rs. C-109/04, Kranemann.
- 74 EuGH, Rs. 53/81, Levin, Slg. 1982, 1035, N 16, EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 1621, N 16, EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, N 16.
- 75 EuGH, Rs. C-109/04, Kranemann, N 18.
- 76 EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747, N 29.
- 77 Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 14, S. 384, Blainpain (Fn 57), N 483, Mühl Axel, Diskriminierung und Beschränkung, Berlin 2004, S. 255, Krimphove (Fn 54), N 178, Franzen (Fn 31), N 19-21.
- 78 Franzen (Fn 31), N 19.
- 79 EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 1621, N 16, EuGH, Rs. C-357/89, Raulien, Slg. 1991, I-1027, N 10, EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747, N 28.
- 80 EuGH, Rs. 3/87, Agegate, Slg. 1989, 4459.
- 81 EuGH, Rs. 3/87, Agegate, Slg. 1989, 4459, N 35.
- 82 EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747, N 25, 28.
- 83 EuGH, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974
- 84 EuGH, Rs. 53/81, Levin, Slg 1983, 1035, 1050
- 85 EuGH, Rs. C-27/91, Le Manoir, Slg. 1991, 5531.
- 86 EuGH, Rs. C-107/94, Asscher, Slg. 1996, 3089.
- 87 Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 16, S. 385,
- 88 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice GmbH, Slg. 1998, 2521, N 16 ff.
- 89 EuGH, Rs. C-107/94, Asscher, Slg. 1996, 3089 N 26, EuGH, Rs. C-337/97, Meeusen, Slg. 1999, 3289, N 15.
- 90 EuGH, Rs. C-178/97, Barry Banks, Slg. 2000, 2005 N 16f.
- 91 Krimphove (Fn 54), N 171.
- 92 BGE 131 II 339 Erw. 3.3. Siehe zum Entscheid Kaddhous/Tobler (Fn 58), S. 628 : «(...) Cette attitude d'ouverte de notre Haute Cour à l'égard de la jurisprudence de la Cour témoigne de son attachement à une application et une interprétation uniformes et efficaces de l'ALCP en veillant à l'évolution parallèle des jurisprudences luxembourgeoise et lausannoise».
- 93 Siehe dazu zuletzt Gerber, Simon, Die Scheinselbständigkeit, Diss. St. Gallen 2004, Harder Wolfgang, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit – Ein Beitrag zur Abgrenzung von Beschäftigungsformen in der Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, Bern 2000.
- 94 Die je nach Rechtsgebiet unterschiedliche Qualifikation ein- und desselben Sachverhalts ist nichts Aussergewöhnliches, so ist bspw. die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der unselbständigen Erwerbstätigkeit zivilrechtlich nicht verbindlich.
- 95 EuGH, Rs. 344/87, Bettray, Slg. 1989, 1621.
- 96 EuGH, Rs. C-1/97, Birden, Slg. 1998, I-7747.
- 97 EuGH, Rs. C-456/02, Trojani.
- 98 So argumentiert Stadler Peter, Fürsorgeleistungen sind kein Lohn – Rechtsfragen bei Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration, in: Zeso 2002, S. 26-27. Differenzierter dazu: Pärli, Kurt, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistung, in: Sozialaktuell 21/2001, S. 17-23.
- 99 Für eine kritische Analyse solcher Konzepte vgl. Pärli, Kurt, Auswirkungen des Grundrechts auf Nothilfe auf neue Modelle der Sozialhilfe, in: Tschudi, Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, S. 95 ff.
- 100 Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, Basel, Genf, München 2005, S. 24.
- 101 Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 139, S. 431.
- 102 Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 133, S. 429.
- 103 EuGH v. 17.12.1980 (Rs. 149/79, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg 1980, S. 3881).



- 104 EuGH, Rs. C-465/01, Kommission gegen Österreich, Slg. 2004, N 39.
- 105 EuGH, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974, 163, N 4.
- 106 Franzen (Fn 31), N 159 zu Art. 39 EGV.
- 107 EuGH, Rs. C 473/93, Kommission/Luxemburg, Slg. 3381, N 10.
- 108 EuGH 1982, 1845 ff. Oeff. Dienst (HV 578 betr. Stadtverwaltung Brüssel, belgische Eisenbahn).
- 109 EuGH, Rs. C 290/94, Kommission gegen Griechenland, Slg. 1996, 3285, 3327, N 37.
- 110 EuGH, Rs. Rs. 149/9, Kommission gegen Belgien, Slg. 1982, 1845.
- 111 EuGH, Rs. 2/84, Reyners, Slg. 1974, 631, N 51.
- 112 ABl. C 72/2 v. 18.3.1988.
- 113 EuGH, Rs. C-290/94, Kommission gegen Griechenland, Slg. 1996, 3285, 3327, N 34 ff, EuGH, C 173/94, Kommission gegen Belgien, Slg 1996, 3265, 3283, N 24.
- 114 EuGH, Rs. 33/88, Allué I, Slg. 1989, 151. 1610, N 10.
- 115 EuGH, Rs. 225/85, Kommission, gegen Italien, Slg. 1987, 2625, 2639, N 9 f.
- 116 EuGH, Rs. 66/85, Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121. Generalanwalt Lenz hielt allerdings fest, für Stellen, die mit der grundlegenden Ausgestaltung des Schulunterrichts und der schulischen Leistungsbewertung etwas zu tun hätten, könne etwas anderes gelten.
- 117 EuGH, Rs. C-283/99, Kommission gegen Italien, Slg. 2001, I-4363.
- 118 EuGH, Rs. C-47/02, Anker/Ras/Snoek, N 63.
- 119 KOM (2002), 694 endgültig, S. 22 (Mitteilung der Kommission: Freizügigkeit der Arbeitnehmer – Volle Nutzung der Vorteile und Möglichkeiten, Brüssel, 11.12.2002).
- 120 Franzen (Fn 31), N 155 zu Art. 39 EGV.
- 121 Das betrifft insbesondere die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat, siehe EuGH, Rs. C-187/96, Kommission gegen Griechenland, Slg. 1998, I 1095, Rs. C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, Slg. 1998, I-47.
- 122 Hangartner (Fn 13), S.267, Grossen/Palézeiux (Fn 3), S. 112.
- 123 EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice, Slg 1998, 2521.
- 124 Krimphove (Fn 54), N 268.
- 125 EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice, Slg 1998, 2521, N 19.
- 126 EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice, Slg 1998, 2521, N 35f.
- 127 Cottier Thomas, Krafft Matthias, Locher Peter, von Büren Roland, Sind Nationalitäts- und Domizilerfordernisse für Gesellschaftsorgane mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar?, Rechtsgutachten zu Händen des Bundesamtes für Justiz, Fassung vom 4. März 2004, in: Reprax 1/2004, S. 21.
- 128 EuGH, Rs. C-111/91, Kommission/Luxemburg, Slg. 1979, 817, 843, N 11.
- 129 EuGH, Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, 4921, N 106 (Im Fall Bosman lag allerdings keine mittelbare Diskriminierung, sondern eine Beschränkung der Personenfreizügigkeit vor).
- 130 Zum gleichen Ergebnis kommen im Ergebnis auch Cottier/Krafft/Loccer/von Büren (Fn 127), S. 22.
- 131 EuGH, Rs. C-281798, Angonese, Slg. 2000, 4139.
- 132 Bereits in der Entscheidung «Clean Car Autoservice» (EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, 2521, N 16 ff.) liess der Gerichtshof erkennen, dass er vom Kriterium der kollektiven Machtstellung als Voraussetzung für die Drittwirkung absehen will. Siehe dazu Wernicke Stephan, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellung Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen, Baden-Baden 2002, zugl. Diss. Berlin 2000, S. 215.
- 133 Wernicke (Fn 132) , S. 221, Preedy Kara, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005 (zugleich Diss. Frankfurt 2003), S. 54.
- 134 EuGH, Rs. 43/75, Defrenne, Slg. 1976, 455.
- 135 EuGH, C-281798, Angonese, Slg. 2000, 4139, N 34, mit einem Verweis auf EuGH, Rs. 43/75, Defrenne, Slg. 1976, 455, N. 39.
- 136 EuGH, C-281/98, Angonese, Slg. 2000, 4139, N 34.
- 137 Franzen (Fn 31), N 97 zu Art. 39 EGV.
- 138 Streinz Rudolf, Europarecht, 5., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2001, N 707, Weiss (Fn 33), S. 108 f., Iken Jan Gerit, Personenfreizügigkeit: Tendenzen und Entwicklungen in den Rechtskreisen in der Schweiz und in der EU, S. 167. Kritisch zur Angonese – Rechtsprechung weiter Körber (Fn 32), S. 932.
- 139 Cherednychenko Olha, EU-Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law, in: European Review of Private Law 1-2006, S. 23 ff..
- 140 Vgl. dazu Grigolli Stephan, Arbeitnehmerfreizügigkeit contra Minderheitenschutz – hat der EuGH eine «Säule» der Südtiroler Autonomie gekippt?, in: The European Legal Forum – Form u iuris communis Europae, München 2001, S. 172. Der Autor verneint die aufgeworfene Frage.
- 141 So Brigola Alexander, Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München 2004, S. 90, Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 194, S. 449. Zustimmend zur Angonese – Rechtsprechung weiter: Brechmann Winfried, Artikel 39-42 EGV, in: Calliess Christian, Ruffert Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, Neuwied und Kriftel, 2002, N 51 zu Art. 39 EGV, Forsthoff U., Drittwirkung der

- Grundfreiheiten, RIW 2000, S. 389 ff S. 389, Graber, Rasso, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Diss. München 2002, S. 176.
- 142 EuGH, Rs. 36/84, Walrave, Slg. 1974, 1405, N 20/24, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, N 83.
- 143 EuGH, Rs. 251/83, Haug-Adrion, Slg. 1984, 4277.
- 144 Weiss (Fn 33), S. 108, Jaensch Michael, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV, Baden-Baden 1997, S. 37 f., Preedy (Fn 133), S. 204, Ganten Ted Olivier, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten: Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Untersuchungen zum Europäischen Privatrecht, Bd. 3, Berlin 2000 (zugleich Diss. Augsburg 1999), S. 48, Graber (Fn 141), S. 158, Honegger Zoe, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, in: Jus.fullS. 258.
- 145 Ganten (Fn 144), S. 38.
- 146 Eine Suche mit dem Stichwort «Schweizer» in der Internet Jobbörse [www.jobpilot.ch](http://www.jobpilot.ch) zeigt am Stichtag 14. Juli 2006 38 Stellenangebote, die sich nur an Schweizer oder Ausländer mit C-Ausweis richten.
- 147 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, S. 4139, N 41.
- 148 Stelleninserat unter [www.jobpilot.ch](http://www.jobpilot.ch) gefunden am Stichtag 14.07.2006 unter dem Stichwort «Schweizerdeutsch».
- 149 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, S. 4139, N 43.
- 150 EuGH, Rs. C-45/90, Paletta, Slg. 1991, I 3423.
- 151 EuGH, Rs. C-45/90, Paletta, Slg. 1991, I 3423, N 15.
- 152 Imhof, Mutterschaft (Fn 15), S. 164.
- 153 Siehe dazu oben, Rz 79.
- 154 EuGH, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974, 153, N 11, EuGH, Rs. C/279/93, Schumacker, Slg. 1995, 115,159, N 28, EuGH, Rs. 350/96, Clean Car Autoservice, Slg. 1998, 2521,2547, N 29. Siehe zum Ganzen auch: Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 156, S. 436
- 155 EuGH, Rs. C-400/02, Merida, N 21.
- 156 BGE 131 V 209 Erw. 6.2.
- 157 Siehe bsw. EuGH, Rs. C-15/96, Schöning, Slg 1998, N 25f.
- 158 EuGH, Rs. C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Slg. 2000, I-10497.
- 159 EuGH, Rs. C- 224/01, Köbler.
- 160 EuGH, Rs. C-124/99, Borawitz, Slg. 2000, I-7293, N 28-31.
- 161 Siehe Rz 87.
- 162 Streiff Ullin, von Kaenel Adrian, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, N 5 zu Art. 324a/b OR.
- 163 In den Schlussanträgen zur Rechtssache Graf liess der Generalanwalt durchblicken, dass die Betriebstreue ein legitimes Interesse darstellen könnte, mit dem eine diskriminierende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt werden könnte (EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Schlussanträge Generalanwalt, N 36).
- 164 EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Slg. 2000, 493.
- 165 EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Slg. 2000, 493, N 16.
- 166 EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Schlussanträge Generalanwalt, N 8.
- 167 EuGH, Rs. Bosman, Randnr. 95
- 168 Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Randnr. 37
- 169 EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Slg. 2000, 493, N 24.
- 170 EuGH, Rs. C-190/98, Graf, Slg. 2000, 493, N 25.
- 171 Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn 34), N 244, S. 463.
- 172 Als einziger aber relevanter Unterschied zur gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage bildet die Voraussetzung des rechtmässigen Aufenthaltes im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei jedoch Voraussetzung der Gleichbehandlung (Art. 2 PFA). Mit dem (zeitlichen) Dahinfallen der Übergangsfristen verliert das Kriterium jedoch an Bedeutung.
- 173 Siehe dazu Imhof, Mutterschaft (Fn 15), N 143.
- 174 Z.B. Jaag Tobias, Institutionen und Verfahren, in: Thürer Daniel, Weber Rolf. H., Zächer Roger (Hrsg.) Bilaterale Verträge Schweiz-EG – Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 44,
- 175 Siehe dazu immerhin Breitenmoser/Isler (Fn 28), S. 1019.
- 176 Siehe dazu Pärli Kurt, Anstellungsdiskriminierungen, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, Arrêt du du 10 Octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 ARV 2006 S. 26.
- 177 Streiff/Von Kaenel (Fn 162), N5 zu Art. 343 OR.
- 178 Brechmann Winfried, Artikel 39-42 EGV, in: Calliess Christian, Ruffert Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, Neuwied und Kriftel, 2002, S. 704-770, N 55 zu Art. 39 EGV.
- 179 Die «Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen» legt über den Anspruch auf Schadensersatz hinaus den Rahmen für Sanktionen fest. Diese müsse nach Art. 8a RL 76/207 wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. Wirksame Sanktionen gegen Diskriminierung sehen auch die Richtlinien Richtlinie 2000/78/EG DES RATES vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und die Richtlinie

6.5.2020 Jusletter - Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vor.