Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Wanderarbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz

Prof. (FH) Dr. iur. Kurt Pärli

Angehörige von EU-Mitgliedstaaten haben im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts gestützt auf Art. 39 EGV und Sekundärecht einen Anspruch darauf, gegenüber inländisch Beschäftigen sowohl im Bewerbungsverfahren wie bei den Beschäftigungsbedingungen nicht diskriminiert zu werden. Mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) der EG/Mitgliedstaaten und der Schweiz hat sich der räumliche Geltungsbereich der freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote erweitert. Ein Inhaltsvergleich des FZA und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zeigt die Identität der Rechtslagen. Die Analyse der EuGH-Rechtsprechung zu Freizügigkeits-Drittstaatenabkommen und eine Auseinandersetzung mit der schweizerischen Doktrin belegt die auch gegenüber Privaten unmittelbare Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote des FZA.

I. Einleitung

1. Die Thematik

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden bildet einen wichtigen Teilaspekt des gemeinsamen Marktes. Das Gemeinschaftsrecht gewährt gestützt auf Art. 39 EGV und der dazugehörenden Verordnung 1612/68 EWG europäischen Wanderarbeitnehmern gegenüber ihren inländischen Kollegen einen Anspruch auf Gleichbehandlung sowohl hinsichtlich Bewerbungschancen wie auch betreffend sämtlicher Arbeits- und Kündigungsbedingungen. Dieser Gleichbehandlungsanspruch bildet die Voraussetzung und die Folge einer Arbeitnehmerfreizügigkeit, die nicht nur durch eine Marktintegrationsperspektive legitimiert ist, sondern auch soziale und politische Ziele verfolgt[1]. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass die durch den Gemeinschaftsvertrag angestrebte „nachteilsfreie" Lebensgestaltung[2] durch die Ausübung der Freizügigkeit nicht nur den Arbeitnehmenden selbst sondern zusätzlich ihren Familienangehörigen zahlreiche Rechte gegenüber dem Aufenthaltstaat gewährt[3].

Kurt Pärli ist Dozent für Arbeits- und Sozialrecht an der Fachhochschule Nordwestschweiz, 4600 Olten, Schweiz, ab 1. Juli 2007 am Zentrum für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht der Zürcher Fachhochschule Winterthur.

Arbeitnehmer aus Drittstaaten können sich nicht unmittelbar auf Art. 39 EGV berufen[4]. Haben diese Drittstaaten jedoch mit der Europäischen Gemeinschaft so genannte Assoziationsabkommen abgeschlossen, so richten sich die Ansprüche an Freizügigkeitsrechte nach den fraglichen Abkommen[5]. Für Angehörige der EWR-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen besteht gestützt auf Art. 28 des EWR-Abkommens[6] ein solcher Anspruch. Art. 28 EWR ist Art. 39 EGV nachgebildet. Die Europäische Gemeinschaft hat weitere die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffende Assoziationsabkommen mit der Türkei[7] und osteuropäischen Staaten[8] abgeschlossen. Seit dem 1. Juni 2002 ist das Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Personenfreizügigkeitsabkommen FZA)[9] mit der Schweiz in Kraft. Das Abkommen sieht die stufenweise Einführung der vollen Personenfreizügigkeit vor. Das Übergangsregime sieht für die alten EU-Länder bis zum 31. 5. 2007 eine Kontingentierung und für die neuen EU-Staaten bis längstens zum Jahr 2011 weitergehende Zulassungsbeschränkungen auf dem Arbeitsmarkt vor[10]. Gleichzeitig mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen ist auch das revidierte EFTA-Übereinkommen[11] in Kraft getreten. Es bein-

1 Scheurer, N 5, Vorbemerkungen zu Art. 39-41 EGV, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 3. Auflage Köln, 2003, S. 536-610, siehe. auch Blainpain, European Labour Law, 9. Auflage, 2003, S. 269.

2 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2001, N 229.

3 Die entsprechenden sekundärrechtlichen Regelungen sind im Lichte des Rechts auf Schutz des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK auszulegen, so Blainpain, European Labour Law, 9. Auflage, 2003, S. 442.

4 Franzen, N 43 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003, S. 564. Kritisch dazu: Bell, Anti-Discrimination Law and the European Union, S. 37.

5 Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Personenfreizügigkeitsabkommen siehe ausführlich Weiss, Die Personenfreizügigkeiten von Staatsangehörigen assozierter Staaten in der EU, Frankfurt, 1998, S. 61 ff.

6 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) vom 2. Mai 1992, ABl Nr. L 1 vom 3. 1. 1994. 3; geändert durch das Anpassungsprotokoll vom 17. 3. 1993, ABl Nr. L 1 vom 3. 1. 1994 S. 572.

7 Das am 12. September 1963 in Ankara geschlossene Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei trat am 1. Dezember 1964 in Kraft, ABl vom 19.12.1964, S. 3685.

8 Z. B. Europa-Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Slowakischen Republik andererseits, ABl. Nr. C 359 vom 31. 12. 1994, S. 2; zuletzt geändert durch Beschluss Nr. 4/1999 des Assoziationsrats vom 23. 12. 1999 (ABl. Nr. L 28 vom 3. 2. 2000, S. 45).

9 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl Nr. L 114 vom 30. 4. 2002, S. 6, geändert durch Beschluss Nr. 2/2003 des Gemischten Ausschusses vom 15. 7. 2003, ABl Nr. L 187 vom 26. 7. 2003, S. 55.

10 Für weitere Informationen siehe: http://www.europa.admin.ch

11 Für weitere Informationen siehe: http://www.efta.int

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

haltet dem FZA entsprechende Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz, Norwegen und Island. Mit Liechtenstein wurden besondere Regelungen vereinbart[12].

2. Vorgehen und Beschränkung

Im vorliegenden Beitrag werden Identität und allenfalls Diskrepanz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche europäischer Wanderarbeitnehmer im EG-Recht und nach dem FZA untersucht. Weiter wird der Anwendungsbereich des FZA nach schweizerischem und gemeinschaftsrechtlichen Recht dargestellt und erste Rechtsprechung zum FZA sowohl der schweizerischen Gerichte wie des EuGH erörtert.

Der Beitrag ist auf eine Auseinandersetzung mit den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüchen beschränkt. Nicht behandelt werden die ausländerrechtlichen Bewilligungsfragen des FZA sowie die ebenfalls im FZA geregelten Fragen der Diplomanerkennung[13]. Ausgeklammert bleibt auch das im FZA übernommene koordinierende europäische Sozialrecht[14].

II. Inhalt und Geltungsbereich des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach Gemeinschaftsrecht

1. Anwendungsbereich

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Nur Arbeitnehmer kommen in den Genuss der Freizügigkeitsrechte nach Art. 39 EGV. Unternehmer und selbstständig 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[15]. Anspruch auf die Freizügigkeit und Gleichbehandlung nach Art. 39 EGV haben Personen, die Angehörige eines Mitgliedstaates sind und die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts erfüllen.

aa) Drittstaatenangehörige

Der Ausschluss von Drittstaatsangehörigen liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. In Art. 39 EGV ist das Kriterium der Staatsangehörigkeit nicht ausdrücklich genannt. In Art. 39 Abs. 1 EGV ist die „Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft" gewährleistet und der Wortlaut von Art. 39 Abs. 2 EGV nennt „Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten". Eine Klärung der Frage ergibt sich aus der VO 1612/68 EWG. Sowohl in der Präambel wie in den einzelnen Artikeln ist immer von „Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates" die Rede. Der fehlende Freizügigkeitsschutz für Arbeitnehmende aus Drittstaaten ohne Assoziationsabkommen wird sowohl in der Doktrin[16] wie auch von der Europäischen Kommission als problematisch erachtet. Entsprechende Vorschläge zur Ausdehnung der Freizügigkeitsrechte aus alle Arbeitnehmenden, die sich legal in einem Mitgliedstaat aufhalten, liegen vor[17].

bb) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Vor Diskriminierung geschützt ist nicht der ausländische Arbeitnehmer an sich, sondern der europäische Wanderarbeitnehmer. In der Regel wird es sich dabei um einen ausländischen Arbeitnehmer handeln, das muss aber nicht so sein. Massgebend für die Qualifikation als Wanderarbeitnehmer ist vielmehr der grenzüberschreitende Sachverhalt. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor, wenn ein europäischer Wanderarbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt ist bzw. eine Beschäftigung sucht. Für den EuGH genügt ein in der Vergangenheit liegender grenzüberschreitender Sachverhalt, um sich auch als EU-Inländer auf die Freizügigkeitsrechte berufen zu können[18].

b) Arbeitnehmerbegriff

Der Begriff „Arbeitnehmer" wird in Art. 39 EGV nicht weiter präzisiert. Die Konkretisierung erfolgt einerseits sekundärrechtlich in der VO 1612/68/EWG und anderseits durch die Rechtsprechung des EuGH. Dem Sekundärrecht lassen sich nur wenige Anhaltspunkte zur Definition des Arbeitnehmers entnehmen. In der Präambel zur VO 1612/68 EWG steht, die Gleichbehandlung müsse sich rechtlich und tatsächlich auf alles erstrecken, „was mit der eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis (...) steht". Nach der EuGH-Rechtsprechung muss der Begriff des Arbeitnehmers für die Arbeitnehmerfreizügigkeit[19] durch Gemeinschaftsrecht autonom und einheitlich bestimmt werden[20]. Ohne diesen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff würde die Gefahr bestehen, dass die Mitgliedstaaten durch Anpassen des Begriffsinhalts bestimmte Personen nach Belieben vom Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnehmen[21]. Mit Blick auf die praktische Wirksamkeit der Vorschriften legt der EuGH den Arbeitnehmerbegriff weit aus[22]. Drei Kriterien müssen nach der Rechtsprechung[23] für die Arbeitnehmereigenschaft erfüllt sein:

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

aa) Leistungen im Wirtschaftsleben

Das erste Kriterium ist entscheidend, um wirtschaftliche von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen. Der EuGH hat

12 Für weitere Informationen siehe: http://www.ifta.int

13 Siehe dazu: Zimmerli, Arbeits- und bewilligungsrechtliche Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens, Jusletter 15. August 2005. (http: www.juletter.ch)

14 Siehe dazu ausführlich: Imhof, DZA/EFTA-Übereinkommen und soziale Sicherheit – Ein Überblick unter Berücksichtigung der bis Juni 2006 ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum materiellen Koordinationsrecht, Jusletter vom 23. Oktober 2006.

15 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, München 2001, N 169.

16 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 397.

17 Vgl. dazu den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend den Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. C 240 vom 28. 8. 2001. Vgl. weiter den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatenangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit, ABl. C 332 E vom 27. 11. 2001, S. 248–256.

18 EuGH v. 6. 6. 2000 – Rs. C-281/98, Rz 41, Angonese ./. gegen Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000, 4139.

19 Einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff für das ganze Gemeinschaftsrecht existiert indes nicht. Vielmehr ist der Arbeitnehmerbegriff je nach dem unterschiedlichen Zweck der Regelungsmaterie zu erfassen, vgl. dazu Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2001, N 169.

20 Ständige Rechtsprechung, vgl. erstmals EuGH v. 19. 3. 64 – Rs. 75/63, Mrs. M.K.H. Hoekstra ./. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, Slg. 1964, S. 379.

21 Blainpain, European Labour Law, 9. Auflage, 2003, S. 290.

22 EuGH v. 7. 9. 2004 – Rs. C-456/02, Rz 15, Trojani ./ Centre public d'aide sociale de Bruxelles.

23 Ständige Rechtsprechung seit EuGH v. 3. 7. 1986 – Rs. 66/85, Lawrie-Blum ./. Baden-Württemberg, Slg. 1986, 2121.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

entschieden, dass die Tätigkeiten von Berufssportlern als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Vertrages anzusehen sind[24]. Als eine Tätigkeit im Rahmen des Wirtschaftslebens erachtete der EuGH 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 folglich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im anderen Mitgliedstaat[25].

Nicht erheblich ist das Rechtsverhältnis des Arbeitsverhältnisses. Auch Beamte sind Arbeitnehmer im Sinne von Art. 39 EGV[26], genau so wie bloß teilzeitlich oder unregelmäßig Beschäftige[27] oder Praktikanten[28]. Selbst eine Beschäftigung zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt kann den Status der Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 39 EGV erfüllen[29]. 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[30].

bb) Entgeltlichkeit der Leistung

Das Kriterium der Entschädigung als Gegenleistung für geleistete Arbeit wird vom EuGH sehr weit ausgelegt. Die Höhe der ausgerichteten Vergütung ist unerheblich, soweit sie nicht nur symbolischen Charakter hat[31]. Die Vergütung muss weder die Existenz sichern noch den tariflichen oder gesetzlichen Mindestlöhnen entsprechen[32]. Auch eine Entschädigung im Rahmen eines Soziallohnprojektes[33] oder die Gewährung von Kosten und Logis[34] genügen.

cc) Abhängigkeitsverhältnis

Das Kriterium „Abhängigkeitsverhältnis" dient der Abgrenzung zur selbstständigen Erwerbstätigkeit. Eine solche liegt vor, wenn die Berufstätigkeit auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko erfolgt[35]. Nicht entscheidend ist, ob dem Weisungsverhältnis nach nationalem Recht ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt[36].

Auch leitende Arbeitnehmende fallen unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 39 EGV. Eine Grenze zu ziehen ist dahingegen zu Aufsichtsräten[37] von Gesellschaften und Geschäftsführenden, soweit diese maßgebliche unternehmerische Entscheide für die jeweilige Gesellschaft zu treffen haben[38]. Diese Personen können sich nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, hingegen auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 Abs. 2 EGV[39] berufen. Die Stellung als Geschäftsführer einer GmbH allein schließt indes die Eigenschaft als Arbeitnehmender nicht zum vorneherein aus[40]. 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[41].

dd) Würdigung

Die europaeinheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in Art. 39 EGV weicht von derjenigen der meisten Mitgliedstaaten ab[42]. Insbesondere fehlt es am Kriterium der in vielen Rechtsordnungen notwendigen „Einbettung in den Betrieb oder Betriebsablauf des Arbeitgebers"[43]. 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 Beschäftige, Schein-Selbstständige usw.) von der Freizügigkeit und dem Diskriminierungsschutz profitieren zu lassen.

c) Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung

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[44].

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

24 EuGH v. 12. 12. 1984 – Rs. 36/74, Walfrave/Koch ./. Association Union Cycliste International, Slg. 974, 1405, 1420.
25 EuGH v. 5. 10. 1988 – Rs. 196/87, Udo Steymann ./. Staatssecretaris van Justitie, Slg. 1988, 6159.
26 EuGH v. 12. 12. 1984 – Rs. 152/73, Sotgiu/Deutsche ./. Bundespost, Slg. 1974, 153.
27 EuGH v. 23. 3. 1982 – Rs. 53/81, Levin ./. Staatssecratis von Justitie, Slg 1983, 1035, 1050.
28 EuGH v. 21. 11. 1991- Rs C-27/91, URSSAF ./. Le Manoir, Slg. 1991, I-5531.
29 Siehe dazu die Ausführungen in den Urteilen EuGH v. 31. 5. 1989 – Rs. 344/87, I. Bettray ./. Staatssecretaris van Justitie, Slg. 1989, S. 1621, 1645 und EuGH v. 7. 9. 2004 – Rs. C-456/02, Trojani ./. public d'aide sociale de Bruxelles, Slg. 2004, I-7573. Zur Rechtssache Trojani siehe Kaddous/Tobler, Europarecht: Schweiz-Europäische Union, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2005, S. 618.
30 In diesem Sinne hat der Gerichtsshof in Rechtsache 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 v. 7. 9. 2004 – Rs. C-456/02, Rz 29, Trojani ./. public d'aide sociale de Bruxelles, Slg. 2004, I-7573). Im Schlussantrag zur Rechtssache Trojani verneinte der Generalanwalt Geeldhoed 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.
31 Franzen, N 27 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
32 EuGH v. 3. 6. 1986 – Rs. 139/85, Rz 14, R. H. Kempf ./. Staatssecretaris van Justitie, Slg. 1986, 1714.
33 EuGH v. 26. 11. 1998 – Rs. C-1/97, Rz 26, Mehmet Birden ./. Stadtgemeinde Birden, Slg. 1998, 7747.
34 EuGH v. 5. 10. 1988 – Rs. 196/87, Rz 12, Uwe Steymann ./. Staatssecretaris van Justitie, Slg. 1988, 6159.
35 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, S. 384, Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2001, N 178; Franzen, N 19-21 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
36 Franzen, N 19 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
37 Der Terminologie in der Schweiz lautet: Verwaltungsräte.
38 EuGH v. 27. 6. 1996 – Rs. C-107/94, Rz 26, P. H. Asscher ./. Staatssecretaris van Financiën, Slg. 1996, 3089.
39 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, S. 385,
40 Vgl. dazu, EuGH v. 7. 5. 1998 – Rs. C-350/96, Rz 16 ff., Clean Car Autoservice GmbH ./. Landeshauptmann von Wien, Slg. 1998, 2521.
41 EuGH v. 27. 6. 1996 Rs. C-107/94, Rz 26, P. H. Asscher ./. Staatssecretaris van Financiën, Slg. 1996, 3089, EuGH v. 8. 6. 1997 – Rs. C-337/97, Rz 15, C. P. M. Meeusen gegen Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Slg. 1999, 3289.
42 EuGH v. 30. 3. 2000 – Rs. C-178/97, Rz 16 ff., Barry Banks ./. Théatre Royal de la Monnaie, Slg. 2000, 2005.
43 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, N 171.
44 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 431.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

indes nur, wenn es sich um eine Stelle handelt, deren Ausübung typischerweise staatliche Hoheitsfunktion beansprucht[45]. Diese Ausnahmebestimmung wird vom EuGH nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen[46] eng ausgelegt[47]. Die Nichtanwendung der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsgrundsätze soll eine Ausnahme darstellen[48]. Der EuGH folgt einem funktionellen Verständnis der öffentlichen Verwaltung[49] und prüft die Geltendmachung von Art. 39 Abs. 4 EGV in zwei Schritten[50]. 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[51]. Gestützt darauf muss anschließend geprüft werden, ob die Besetzung der konkreten Stelle ein besonderes Treueverhältnis zum Staat voraussetzt[52]. Die Erfordernisse müssen auf eine bestimmte Stelle zutreffen[53]. Im Ergebnis unterstehen wohl die Mehrheit der staatlichen Stellen den allgemeinen Freizügigkeitsregeln[54]. Fällt eine öffentliche Stelle gemäß den durch den EuGH entwickelten Kriterien der funktionalen Bestimmung nicht unter den Vorbehalt von Art. 39 Abs. 4 EVG, stehen diesen Arbeitnehmenden in der öffentlichen Verwaltung Beschäftigten die gleichen Rechte zu wie allen Übrigen[55]. Die Stellen sind diskriminierungs- und beschränkungsfrei zu besetzen und auszugestalten[56].

c) Arbeitnehmerfreizügigkeit für den Arbeitgeber?

Der EuGH hat im Fall CLEAN CAR AUTOSERVICE[57] entschieden, dass sich Arbeitgeber derivativ auf die dem Arbeitnehmer zustehenden Freizügigkeitsrechte berufen können[58]. Hintergrund des Falles bildete 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 Arbeitnehmender geltend zu machen, verhelfe Art. 39 EGV und den sekundärrechtlichen Erlassen zur vollen Wirkung[59]. Der EuGH bejahte in der Sache selbst eine mittelbare Diskriminierung. Das Wohnsitzerfordernis stelle eine Benachteiligung dar, die vorwiegend europäische Wanderarbeitnehmende betreffe[60].

2. Diskriminierungsverbot im Beschäftigungsverhältnis

a) Diskriminierungsverbot bei der Einstellung

Europäische Wanderarbeitnehmer dürfen beim Zugang zur Beschäftigung und bei der Stellenbewerbung gegenüber inländischen Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden. Das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung im Bewerbungsverfahren leitet sich nach der EuGH-Rechtsprechung direkt aus Art. 39 Abs. 2 EGV ab[61] und stützt sich weiter auf Art. 6 der VO 1612/6815 EWG[62]. Der Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung gilt gegenüber jedem Arbeitgeber, Art. 39 Abs. 2 EGV kommt eine unmittelbare Drittwirkung zu[63]. Vom Diskriminierungsverbot bei der Einstellung sind auch Stellenausschreibungen erfasst. In der Rechtssache ANGONESE drückt dies Generalanwalt Fenelly in seinen Schlussantrag 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“*[64].

b) Diskriminierungsverbot bei den Beschäftigungsbedingungen

Das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot untersagt den Mitgliedstaaten jede arbeitsrechtliche Schlechterstellung europäischer Wanderarbeitnehmer. Art. 7 Abs. 1 VO 1612/68 EWG legt ein Gleichbehandlungsgebot hinsichtlich Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen fest, das insbesondere Entlohnung und Kündigung sowie die berufliche Wiedereingliederung und Wiedereinstellung im Falle der Arbeitslosigkeit umfasst. Der Begriff der Arbeitsbedingungen wird nach der Rechtsprechung des EuGH weit verstanden. Dazu zählen bspw. Vorschriften über Beförderungsvoraussetzungen[65] oder die Anrechnung von Wehrdienstzeiten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit[66].

Nach Art. 7 Abs. 4 der VO 1612/68 EWG sind sämtliche Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen von Rechts wegen nichtig, wenn sie betreffend Zugang zur Beschäftigung, Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen für europäische Wanderarbeitnehmende schlechtere Bedingungen vorsehen als für inländische Arbeitnehmende. Diese Vorschrift ist unmittelbar anwendbar und entfaltet Drittwirkung. Der EuGH hat die Drittwirkung des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes zusätzlich direkt Art. 39 Abs. 2 EGV entnommen[67]. Im Ergebnis unterstehen damit auch freiwillige Leis-

45 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 431.
46 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 429.
47 EuGH v. 17. 12. 1980 – Rs 149/79, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg 1980, 3881.
48 EuGH v. 16. 9. 2004 – Rs. C-465/01, Rz 39, Kommission ./. Öesterreich.
49 EuGH v. 12. 2. 1974 – Rs. 152/73, Rz 4, Sotgiu/Deutsche ./. Bundespost Slg. 1974, 163.
50 Franzen, N 159 zu Art. 39 EGV, Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
51 EuGH, vom 2. 7. 1997 – Rs. C 473/93, Rz 10, Kommission ./. Luxemburg, Slg. 3381.
52 EuGH v. 26. 5. 1982 – Rs. 149 / 79, Komission der Europäischen Gemeinschaften / Königreich Belgien, Slg. 1982, 1845.
53 EuGH, Rs. C 290/94, Kommission ./. Griechenland, Slg. 1996, 3285, 3327, N 37.
54 KOM (2002), 694 endgültig, S. 22. (Mitteilung der Kommission – Freizügigkeit der Arbeitnehmer – Volle Nutzung der Vorteile und Möglichkeiten – Brüssel, 11. 12. 2002.
55 Franzen, N 155 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
56 Das betrifft insbesondere die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat, siehe EuGH v. 12. 3. 1998 – Rs. C-187/96, Kommission gegen Griechenland, Slg. 1998, I 1095, EuGH v. 15. 1. 1998 – Rs. C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, Slg. 1998, I-47.
57 EuGH v. – Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice ./. Landeshauptmann von Wien, Slg 1998, 2521.
58 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, N 268.
59 EuGH v. 7. 5. 1998 – Rs. C-350/96, Rz 19, Clean Car Autoservice ./. Landeshauptmann von Wien, Slg 1998, 2521.
60 EuGH v. 7. 5. 1998 – Rs. C-350/96, Rz 35 ff., Clean Car Autoservice ./. Landeshauptmann von Wien, Slg 1998, 2521.
61 EuGH v. 6. 6. 2000 – Rs. C-281/98, Rz 35, Angonese ./. gegen Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000, 4139.
62 Imhof, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Gächter, Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven, Zürich 2006, S. 160, N 109.
63 Langer, N 34 zu Art. 39 EGV, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Auflage 2005.
64 Schlussanträge Generalanwalt, EuGH v. 29. 11. 1999 – Rs. C-281/98, Rz 41, Angonese ./. Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000.
65 EuGH v. 16. 6. 1987, Rs. 225/85, Rz 13 ff., Kommission ./.Italien, Slg. 1987, 2625, 2640.
66 EuGH v. 15. 10. 1969, Rs. 15/69, Rz 6 f., Württembergische Milchverwertung ./. Ugliola), Slg. 1969, 363, 369f.
67 EuGH v. 6. 6. 2000, Rs. C-281/98, Rz 36, Angonese ./. Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

tungen des Arbeitgebers, die nicht in Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68/EWG aufgeführt sind, der Gleichbehandlungspflicht[68]. Schließlich umfasst das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 VO 1612/68 die gewerkschaftliche Betätigung von europäischen Wanderarbeitnehmenden. Das Recht auf Wahl in die Arbeitnehmerorgane eines Betriebes oder in die Leitung von Gewerkschaften ist unterschiedslos zu gewährleisten.

Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 EWG garantiert dem europäischen Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie den inländischen Arbeitnehmenden. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass der Begriff „soziale und steuerliche Vergünstigungen" alle Vergünstigungen abdeckt, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmenden hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland gewährt werden. Bedingung ist, dass die Ausdehnung dieser Leistungen auf Arbeitnehmende, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, geeignet sind, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern[69]. Nach der Rechtsprechung fallen darunter bspw. Fahrpreisermässigungskarten für kinderreiche Familien[70], Erziehungsgeld[71], Bestattungsgeld[72] wie auch Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums[73]. Der Begriff der „sozialen Vergünstigung" führt zu schwierigen Auslegungs- und besonders auch Abgrenzungsfragen zur VO 1408/71 EWG über das koordinierende europäische Sozialrecht[74]. Soziale Vergünstigungen, die im Rahmen von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen durch die privaten Arbeitgeber ausgerichtet werden, fallen sowohl unter das „freizügigkeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot[75] wie auch unter das Diskriminierungsverbot im Rahmen des koordinierenden europäischen Sozialrechts gemäß VO 1408/71 EWG. Insoweit enthält diese Bestimmung ebenfalls eine Drittwirkungsdimension. Soweit nämlich soziale Vergünstigungen durch den Arbeitgeber selbst gewährt werden, sei es vertraglich oder freiwillig, bilden sie Bestandteil des Arbeitsverhältnisses und unterstehen somit dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

3. Formen der Diskriminierung

a) Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Art. 39 EGV verbietet sowohl die unmittelbare wie die mittelbare Diskriminierung. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn der Tatbestand einer rechtlichen Regelung oder Vertragsbestimmung im sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes an die inländische Staatsangehörigkeit anknüpft. Nicht zulässig ist deshalb bspw. die Begrenzung des besonderen Kündigungsschutzes für Schwerstbehinderte auf inländische Arbeitnehmende[76]. Knüpft eine diskriminierende Ungleichbehandlung in der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich an die Staatsangehörigkeit an, liegt also eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor, besteht grundsätzlich kein Raum für die Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen[77]. Die Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 39 Abs. 3 EGV sind hierzu nicht relevant, diese betreffenden nicht die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, sondern mehr den diskriminierenden Zugang zum Arbeitsmarkt an sich[78].

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn Rechtsvorschriften, kollektive oder individuelle Arbeitsbedingungen in ihrer tatsächlichen Auswirkung weit überwiegend EU-Wanderarbeitnehmende benachteiligen. Präzedenzfall dazu bildet die Rechtssache Sotgui[79], in der der EuGH festhielt, eine Diskriminierung liege auch dann vor, wenn eine unterschiedliche Regelung nicht auf der Staatsangehörigkeit, sondern auf dem Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat Bezug nehme. Das Unterscheidungskriterium Wohnsitz birgt die Gefahr, dass sich für Angehörige anderer Mitgliedstaaten Nachteile ergeben. Wanderarbeitnehmende haben viel häufiger ihren Wohnsitz im Ausland als Inländer. Unterscheidungskriterien mit geographischen Anknüpfungspunkten wie „Herkunftsort", „Ort des Qualifikationserwerbs" oder „Geburtsort" sind geeignet, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit hervorzurufen. Im Gegensatz zu den Formen der unmittelbaren Diskriminierung lassen mittelbare Diskriminierungen nach der Rechtsprechung Rechtfertigungsgründe zu. Das bedeutet, potenziell mittelbar diskriminierende Vorschriften sind 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 oder die Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts unter Sportvereinen zu billigende Rechtfertigungsgründe.

b) Beschränkungsverbot

Das Beschränkungsverbot geht über das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen hinaus. Eine Benachteiligung des europäischen Wanderarbeitnehmers im Vergleich zum inländischen Arbeitnehmer ist nicht notwendig[80]. Es genügt, wenn unterschiedslos anwendbare Regelungen allein oder in Verbindung mit anderen Umständen zu einer Benachteiligung des Wanderarbeitnehmers führen[81]. Eine Beschränkung der Freizügigkeit braucht nicht vom Staat auszugehen. 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

68 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 442.
69 EuGH v. 5. 12. 1998 – Rs. C-85/96, Martinez Sala ./. Freistaat Bayern, Slg. 1998, 2691.
70 EuGH v. 30. 9. 1975 – Rs. 32/85, Cristini ./. SNCF, Slg. 1975, 1085.
71 EuGH v. 5. 12. 1998 – Rs. C-85/96, Marinez Sala ./. Freistaat Bayern, Slg. 1998, 2691.
72 EuGH v. 23. 05. 1996 – Rs. C-237/94, O'Flynn ./. Adjudication Officer, Slg. 1996, 2617.
73 EuGH v. 19. 3. 1964 – Rs. 75/63, Hoekstra ./. Bedrijfsvereniging Detailhandel Slg. 1964, 177, EuGH v. 27. 3. 1985 – Rs. 122/84, Scrivner, Slg. 1985, 1027.
74 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, HAAS. 445.
75 Imhof, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Gächter, Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven, Zürich 2006.
76 EuGH v. 13. 12. 1972 – Rs 44/72, Rz 4, Marsmann ./. Rosskamp, Slg. 1972, 1243.
77 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 435.
78 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 452.
79 EuGH v. 12. 12. 1984 – Rs. 152/73, Sotgiu/Deutsche ./. Bundespost, Slg. 1974, 153.
80 Langer N 39 zu Art. 39 EGV, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht (Hrsg.), BadenBaden, Basel, Wien 2005,
81 Langer N 38 zu Art. 39 EGV, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht (Hrsg.), BadenBaden, Basel, Wien 2005.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen“[82]. Nach der EuGH – Rechtsprechung können beschränkende Maßnahmen gerechtfertigt sein, soweit sie dem Schutz des zwingenden Allgemeininteressens dienen und verhältnismäßig sind[83]. Auch Privaten steht, soweit sie durch das Beschränkungsverbot in die Pflicht genommen werden, die Berufung auf Rechtfertigungsgründe zu.

Mit dem Beschränkungsverbot eröffnen sich dem EuGH vielfältige Möglichkeiten, die Eignung nationaler Rechtsvorschriften, Kollektivvereinbarungen und an sich auf betriebliche Regelungen zur Vereitelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu überprüfen. Dem EuGH genügt die theoretische Möglichkeit, dass einzelne Maßnahmen oder Regelungen zu einer Störung der Inanspruchnahme der Freizügigkeit führen können. Mit der Entscheidung in der Rechtssache Graf hat der EuGH eine Untergrenze der Einwirkung angegeben. Kernfrage der Entscheidung[84] war, ob der Verlust einer Abfindung bei einer durch den Arbeitnehmer erfolgten Kündigung eine Behinderung der Freizügigkeit darstelle und damit dem Beschränkungsverbot unterliege. Der österreichische Arbeitgeber hatte sich geweigert, dem deutschen Staatsangehörigen Volker Graf nach dessen Kündigung eine Abgangsentschädigung auszurichten. Das österreichische Angestelltengesetz sah vor, von einer Abgangsentschädigung könne abgesehen werden, wenn der Angestellte ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt. Diese Bestimmung war unterschiedslos auf in- und ausländische Arbeitnehmende anwendbar. Ausländische Arbeitnehmende waren von der Regel nicht stärker betroffen. Es lag somit weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung vor. Der Gerichtshof erläuterte gestützt auf die Rechtssache Bosmann, auch unabhängig von der Staatsangehörigkeit anwendbare nationale Regeln könnten die Freizügigkeit beeinträchtigen[85]. Er prüfte, ob die fragliche Regel zu einer Beschränkung der Freizügigkeit führen könne. Die Frage wurde verneint. Die Vorschriften des Österreichischen Angestelltengesetzes wären nicht geeignet, dass der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis beenden und eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufnehmen kann. Unterschiedslos anwendbare Bestimmungen führen nur dann zu einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wenn sie den Zugang zum Arbeitsmarkt beeinträchtigen. Dies sei im vorliegenden Fall zu ungewiss[86]. Für den EuGH muss die Beschränkung folglich ein bestimmtes Maß erreichen, damit sie unter das Beschränkungsverbot fällt[87].

Als Ergebnis ist festzuhalten: Regelungen und Maßnahmen, die zwar unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbar sind, sich jedoch durch ein zeitliches Element wie Dienstjahre für die Anrechnung bestimmter Leistungen oder auch Sperrklauseln, Konkurrenzverbote u. ä. auszeichnen, sind im Lichte des Beschränkungsverbots zumindest „verdächtig“ und müssen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.

82 EuGH v. 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL ./. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA ./. Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) ./. Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, 4921.

83 EuGH v. 30. 11. 1995 – Rs. C-55/ 94, Rz 37; Reinhard Gebhard ./. Consiglio dell‘ordine degli avvocati e procuratori di Milano, Slg. 1995, 4165, 4197.

84 EuGH v. 27. 1. 2000 – Rs. C-190/98, Volker Graf ./. Filzmoser, Slg. 2000, 493.

85 EuGH v. 27. 1. 2000 – Rs. C-190/98, Rz 17, 22ff., Volker Graf ./. Filzmoser, Slg. 2000, 493.

86 EuGH v. 27. 1. 2000 – Rs. C-190/98, Rz 24. Volker Graf ./. Filzmoser, Slg. 2000, 493.

87 Hanau / Steinmeyer / Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, S. 463.

III. Auswirkungen auf das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)

1. Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot

a) Verankerung im Abkommen und Anhang

In Art. 2 FZA ist ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit verankert, das etwa auch als „Herzstück“ des Abkommens bezeichnet wird[88]. 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“. Das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA ist unmittelbar anwendbar, begründet Rechte und Pflichten, die von Privaten vor Verwaltungsbehörden und den Gerichten geltend gemacht werden können[89].

Die Vertragsparteien garantieren in Art. 7 lit. a FZA das Recht auf Gleichbehandlung der europäischen Wanderarbeitnehmer mit den inländischen Arbeitnehmern 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 Anhang I FZA. Nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA 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 FZA) und bei der Inanspruchnahme von Berufsschulen und Umschulungszentren (Art. 9 Abs. 3 Anhang I FZA). Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA sieht 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 weiter den Anspruch auf gleiche Ausübung der gewerkschaftlichen Rechte (Art. 9 Abs. 5 Anhang I FZA).

b) Vergleich mit dem EG-Recht

Die Gleichbehandlungsnorm in Art. 9 Anhang I FZA ist Art. 7 VO 1612/68 nachgebildet, die Absätze 1-4 beider Bestimmungen sind identisch. Es fragt sich, wieweit Art. 39 Abs. 2 EGV dem FZA abgebildet ist. Die Frage ist deshalb relevant, weil wie ausgeführt Art. 39 Abs. 2 EGV ummittelbar anwendbare Gleichbehandlungsrechte im Bewerbungsverfahren und über Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 EWG hinaus auch bei nicht vertraglich vereinbarten Beschäftigungsbedingungen vorsieht.

Eine wortgleiche Bestimmung wie Art. 39 Abs. 2 EGV ist dem Abkommen nicht zu entnehmen. Indes findet sich der

88 Imhof, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die Soziale Sicherheit, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge SZS 4/2000, S. 23.

89 Hangartner, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Aktuelle Juristische Praxis 2003, S. 260.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

rechtliche Gehalt von Art. 39 Abs. 2 EGV in Art. 2 FZA (Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit) und Art. 7 lit. a FZA (Gleichbehandlungsanspruch der europäischen Wanderarbeitnehmer) sowie in der Präambel. Nach dieser sind die Vertragsparteien des FZA entschlossen, „diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen". Das bedeutet, dass die Vertragsparteien Art. 39 EGV und die darauf fußende EuGH-Rechtsprechung zu beachten haben. Diese Verpflichtung ergibt sich auch aus Art. 16 FZA, wobei die Verpflichtung zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung (21. Juni 1999) beschränkt ist. Auf die Auswirkungen dieser Bestimmung wird weiter unten eingegangen.

Im Ergebnis finden sich hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach FZA und Gemeinschaftsrecht keine Differenzen[90].

2. Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommen

a) Im Gemeinschaftsrecht

aa) Gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakt

Beim FZA handelt es sich einerseits um ein Assoziationsabkommen gemäß Art. 310 EGV[91] und gehört demzufolge zum Bestand gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte[92]. Da sich das Abkommen auch auf Bereiche erstreckt, die außerhalb der Zuständigkeit der Gemeinschaft liegen, wurde das FZA sowohl von der Gemeinschaft als auch den Mitgliedsstaaten abgeschlossen. Somit handelt sich um ein gemischtes Abkommen[93]. In der Rechtssache Demirel hat der Gerichtshof klargestellt, dass er zur Auslegung von gemischten Abkommen in Bereichen des originären Rechtes befugt ist, da sie einen Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung bilden[94]. Die Rechtsgrundlage für diese Befugnis liegt in Art. 220 EGV, wonach der Gerichtshof die Wahrung des Gemeinschaftsrechts sichert[95]. Daran ändert auch nicht, dass mit dem gemischten Ausschuss ein besonderer institutioneller Rahmen geschaffen worden ist[96].

bb) Auslegung von Assoziationsabkommen

Nach dem EuGH ist bei der Auslegung von Assoziationsabkommen die Nähe der Ziele des Abkommens zu denjenigen der EG ein Indikator für die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln[97]. Dabei kommt es weniger auf die Wortwahl des Abkommens als auf den Zweck an, den ein Assoziationsabkommen im Verhältnis zum Zweck des EG-Vertrages beinhaltet[98]. In der Rechtssache slovakischen Sportlers Kolpak gegen den deutschen Handballverband stand die Auslegung von Art. 38 Abs. 1 des Assoziationsabkommens der Gemeinschaften mit der Slovakei 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 EuGH bejahte mit Bezug auf die Rechtssache Pokrzeptowicz-Meyer[99] 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[100]. Der EuGH anerkannte zudem die Drittwirkung des Abkommens (strittig war eine nichtstaatliche Vorschrift, die eine kollektive Regelung unselbstständiger Arbeit umfasst)[101].

cc) Bisherige Rechtsprechung

Bis heute hat der EuGH noch keine Entscheidung zu den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüchen des FZA gefällt[102]. Die Rechtssache „Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols gegen Land Tirol" wurde zurückgezogen[103]. Die bereits vorliegenden aufschlussreichen Schlussanträge des Generalanwaltes lassen Schlüsse zu, wie der EuGH die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem FZA auslegen und anwenden wird. In der Rechtssache ging es um die Frage, ob vor Inkrafttreten des Abkommens in schweizerischen Gesundheitseinrichtungen zurückgelegte Beschäftigungszeiten für die Bestimmung des Dienstalters einer gegenwärtig in Österreich ausgeübten beruflichen Tätigkeit anzurechnen sind. Zur Beantwortung dieser Frage erörterte der Schlussanwalt die Frage der unmittelbaren Wirkung verschiedener Abkommensbestimmungen und deren zeitliche Geltung.

Der Generalanwalt kommt mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung zu Freizügigkeitsabkommen mit Drittstaaten[104], zum Schluss, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 9 des Anhangs I des Abkommens sei unmittelbar anwendbar, begründe eine eindeutige Verpflichtung, räume Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Schweiz Rechte ein, „deren unmittelbaren Schutz die Richter der Europäischen Union gewährleisten müssen"[105]. Der Generalan-

90 EuGH, Schlussanträge des Generalanwaltes vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C 339/05 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol, Rz 41-45.

91 Franzen, N 53 zu Art. 39 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003, S. 585.

92 Mögele, N 23 zu Art. 310 EGV, in: Streinz, EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003, S. 2562.

93 Kahil-Wolff, L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – Ce et le droit des assurances sociales, SJ, 2001 II, 81-137, S. 83.

94 EuGH, EuGH v. 30. 9. 1987 – Rs. 12/86, Rz 6-12, Demirel, Slg. 1987, 3719.

95 Petrovic,, L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne: à la recherche d'un concept, Paris 2000, S. 155 ff.

96 EuGH, Schlussanträge des Generalanwaltes vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C-339/05, Rz 29, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol.

97 Fuchs/Höller, Sozialrecht in den Assoziationsabkommen der EG mit Drittstaaten, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht (Hrsg.), BadenBaden, Basel, Wien 2005, S. 690.

98 EuGH-Gutachten zum EWR, 1/91, Slg. 1991, I-6884, N 14; EuGH v. 29. 1. 2002, Rs. C-162-00, Rz 39, 41, Land Nordrhein-Westfalen ./. Pokrzeptowicz-Meyer.

99 EuGH v. 29. 1. 2002 – Rs. C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen ./. Beata Pokrzeptowicz-Meyer.

100 EuGH v. 8. 5. 2003 – Rs. C 438/00, Rz 30, Deutscher Handballbund ./. Maros Kolpak.

101 EuGH v. 8. 5. 2003 – Rs. C 438/00, Rz 50, Deutscher Handballbund ./. Maros Kolpak.

102 Die Entscheidung EuGH C C-55/00, Elide Gottardo ./. Istituto nazionale della previdenza sociale, Slg 2002, betrifft nicht die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des FZA.

103 Mit Beschluss vom 4. August 2006 wurde die Rechtssache gestrichen,

104 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C-339/05 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol.

105 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C-339/05 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol, Rz 37.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

walt stellte Identität zwischen dem EG-Recht und dem Abkommen fest, beide würden den gleichen Zweck verfolgen: „die Abschaffung der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, um die Freizügigkeit in den in Frage stehenden Gebieten zu verwirklichen“[106]. Mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Übergangsproblematik bei neu der EG beitretenden Mitgliedstaaten schlug der Generalanwalt vor, auch die vor Inkrafttreten des Abkommens in der Schweiz zurückgelegten Beschäftigungszeiten anzuerkennen[107].

b) In der Schweiz

aa) Auslegung des Abkommens

Als Nichtmitglied der Europäischen Gemeinschaft handelt es sich beim FZA vordergründig um einen „normalen“ Staatsvertrag, womit „nur“ die völkerrechtlichen Auslegungsregeln der Wienervertragsrechtskonvention Anwendung finden[108]. Beim FZA handelt es sich jedoch 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[109]. Zum Anderen betrifft es die Verpflichtung der Vertragspartner zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung bis zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 FZA). 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 FZA).

Die gerade dargestellte Ausgangslage verlangt für die Auslegung des FZA eine stärkere Beachtung des Zwecks der in Frage stehenden Bestimmungen. In der Doktrin wird argumentiert, die dem Effet Utile verpflichtete EuGH-Auslegungsdoktrin sei nicht direkt auf das FZA anwendbar, die Auslegung habe aber den starken integrationsrechtlichen Charakter des FZA angemessen zu berücksichtigen[110]. Diese Überlegungen greifen zu kurz. Mit der Pflicht zur Übernahme der maßgeblichen EuGH-Rechtsprechung (Art. 16 Abs. 2 FZA) wird zwar nicht die „Effet Utile-Doktrin“ als solche, hingegen werden, soweit im Rahmen des FZA relevant, deren Ergebnisse übernommen

bb) Berücksichtigungspflicht der EuGH-Rechtsprechung

Art. 16 Abs. 2 FZA hält fest, dass die einschlägige EuGH-Rechtsprechung vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA 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[111]. Für den Umgang von „wirklich“ neuer EuGH-Rechtsprechung sieht Art. 16 Abs. 2 FZA vor, dass der gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung feststellt. Bis heute ist kein Beschluss gefällt worden, der die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche betrifft.

cc) Berücksichtigungspflicht der Bosman- und Angonese-Rechtsprechung

Das Konzept zur Berücksichtigungspflicht der EuGH-Rechtsprechung lässt sich am Beispiel der Bosman- und Angonese-Rechtsprechung erläutern. Nach dem Bosman-Urteil entfaltet Art. 39 Abs. 2 EGV Drittwirkung. Transferregelungen und Ausländerklauseln von Sportverbänden dürfen nicht gegen die Freizügigkeitsregeln verstoßen. Die Bosman-Rechtssache ist vor dem 21. Juni 1999 ergangen. Sportverbände und andere Akteure mit kollektiver Gestaltungsmacht unterliegen deshalb auch in der Schweiz sowohl dem Diskriminierungsverbot wie dem Beschränkungsverbot[112]. Die nach dem 21. Juni 1999 Rechtsprechung ergangene Rechtsprechung (Lehtonen, Deliege) ist durch den schweizerischen Rechtsanwender ebenfalls zu berücksichtigen, da es sich nicht um wirklich neue, sondern um die Bosman-Entscheide präzisierende Rechtsprechung handelt.

In der Rechtssache Angonese hat der Gerichtshof das Zulassungserfordernis des Nachweises eines Diploms, das nur zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer Region erlangt werden kann, als eine im Sinne von Art. 48 Abs. 2 (heute Art. 39 Abs. 2 EGV) diskriminierende Bestimmung aufgefasst[113]. Die Entscheidung in der Rechtssache Angonese ist nach dem 21. Juni 1999 ergangen. Ist die Entscheidung deshalb für den schweizerischen Rechtsanwender nicht zu berücksichtigen?

In der Walrave[114]- und Bosman[115]-Rechtsprechung hatte der EuGH erkannt, dass vom Vertrag untersagte Beschränkungen der Freizügigkeit nicht dadurch wieder errichtet werden können sollen, dass Private in Ausnützung ihrer Vertragsfreiheit diese Schranken wieder aufbauten. Zwar betrafen die genannten gegen die Freizügigkeit verstoßenden Regelungen kollektive Akteure. In den genannten Urteilen und mehr noch in der weiter zurückliegenden Rechtssache Haug-Adrion ließ der EuGH jedoch

106 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C-339/05 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol, Rz 44.

107 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Juni 2006 in der Rechtssache C-339/05 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols ./. Land Tirol, Rz 60.

108 Hailbronner, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, in: EuZ, S. 48-57.

109 Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 2005, S. 8, Fussnote 13.

110 Cottier/Dzamko/Evtimov, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern, Zürich, 2004. S. 24.

111 Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 2005, S. 1–31.

112 Grolimund/Balmelli„ Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Ausländerklauseln im Schweizer Spitzensport, Basel 2002, S. 5 f.

113 EuGH v. 6. 6. 2000 – Rs. C-281/98, Rz 29-36, Angonese ./. gegen Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000.

114 EuGH, Rs. 12. 12. 1974 – Rs 36/84, Rz 20/24, Walrave/Koch ./. Association Union Cicliste internazionale, Slg. 1974, 1405.

115 EuGH v. 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL ./. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA ./. Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) ./. Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, 4921.

116 EuGH, Rs. v. 13. 12. 1984 – Rs. 251/83, Haug-Adrion ./. Frankfurter. Versicherungs-AG, Slg. 1984, 4277. Zur Haug-Rechtsprechung siehe: Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV, 1997, S. 37 f., Preedy, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, 2005, S. 204, Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten: Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Untersuchungen zum Europäischen Privatrecht, Bd. 3, 2000.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

durchblicken, dass er die Drittwirkung nicht auf kollektive Akteure beschränkt haben will[116]. Das Angonese-Urteil stellt insofern materiell keine neue Rechtsentwicklung dar. Im Ergebnis ist für das FZA auch die Angonese-Rechtsprechung und somit die auch gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber unmittelbare Drittwirkung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes zu berücksichtigen.

dd) Bisherige Rechtsprechung in der Schweiz
Das schweizerische Bundesgericht hat sich bis heute vorwiegend mit ausländer- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen des FZA auseinandergesetzt[117]. In BGE 131 II 339 hat das Gericht auf die Rechtsprechung zum gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff Bezug genommen und dabei auch Urteile zitiert, die nach dem 21. Juni 1999 ergangen sind. Nach dem genannten BGE 131 II 339 ist eine Telefonverkäuferin in casu als Arbeitnehmerin im Sinne des Freizügigkeitsabkommens zu qualifizieren und es stehen ihr all die Rechte zu, die das FZA garantiert. Das bedeutet, die Arbeitnehmerin darf hinsichtlich sämtlicher Arbeitsbedingungen nicht schlechter behandelt werden als ein inländischer Arbeitnehmer.

Für Aufregung unter den Sportverbänden sorgte ein Urteil des Appelationshofs des Kantons Bern. Dieser entschied am 15. November 2003, die Beschränkung von EU-Ausländern verstoße gegen das Diskriminierungsverbot nach FZA[118].

IV. Fazit und Perspektiven

1. Geltungsbereich des FZA

Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot ist in den 25 EU-Staaten und in der Schweiz unmittelbar anwendbar. Schweizerische Arbeitnehmer können im EU-Rechtsraum FZA-Ansprüche geltend machen und Angehörige eines Mitgliedstaates können sich in der Schweiz darauf berufen.

Fraglich ist, ob sich inländische Arbeitnehmer in der Schweiz auf das FZA berufen können. Für den EuGH genügt ein grenzüberschreitender Sachverhalt, um sich auch als EU-Inländer auf die Freizügigkeitsrechte berufen zu können[119]. Eine enge Auslegung des Diskriminierungsverbotes nach seinem Wortlaut spricht hier gegen eine Analogie zum Gemeinschaftsrecht. Art. 2 FZA garantiert einen Anspruch auf Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nur Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer *anderen Vertragspartei aufhalten*. Der Zweck des Freizügigkeitsabkommen besteht 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 Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 1 bis 5 Anhang I FZA berufen können, sofern ein grenzüberschreitendes Element die Grundlage der geltend gemachten Diskriminierung bildet. Eine Diskriminierung schweizerischer Arbeitnehmenden *ohne* grenzüberschreitendes Element dagegen ist vom Anwendungsbereich des FZA nicht erfasst[120].

2. Auswirkungen

In der schweizerischen Praxis kommen noch immer relativ häufig Stellenausschreibungen vor, die unter den Anforderungen „Schweizer Bürger" oder „Ausländer" nur mit „C-Bewilligung" verlangen. Das ist unzulässig. Europäische Wanderarbeitnehmer dürfen nach dem FZA unter Bezugnahme auf das Kriterium „Staatsangehörigkeit" weder vom Bewerbungsverfahren überhaupt ausgeschlossen werden, noch darf der finale Selektionsentscheid des Arbeitgebers durch die Staatsangehörigkeit der Bewerbenden motiviert sein.

Die Geltung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des FZA ist umfassend. Betroffen sind insbesondere auch das gesamte öffentliche Dienstrecht des Bundes, der Kantone und Gemeinden aber auch Gesamtarbeitsverträge. Problematisch sind all die Bestimmungen, die in irgendeiner Weise an einen schweizerischen Wohnsitz, Aufenthalt, an den Ort des Qualifikationserwerbs oder den Ort der absolvierten Dienstjahre anknüpfen. Das kann insbesondere auf im Arbeitsverhältnis begründete Sozialleistungen zutreffen. Ein weiteres Problemfeld betrifft die Vorschriften über die Nationalität und den Wohnsitz von Mitgliedern des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft. Art. 708 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) hält fest, dass die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder das Schweizer 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. Soweit die fragliche Tätigkeit eines Verwaltungsrates oder eines Geschäftsführers im konkreten Fall unter den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu subsumieren ist, stellt die Voraussetzung des Schweizer Bürgerrechts eine nicht zu rechtfertigende unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Das Wohnsitzerfordernis ist mittelbar diskriminierend. Eine Rechtfertigung ist nach der EuGH Rechtsprechung zulässig, wenn die Maßnahmen für einen berechtigten Zweck zum Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses erfolgen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird. Solche Gründe lassen sich für das Wohnsitzerfordernis nicht finden.

Die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote des FZA betreffen auch die vertraglichen Vereinbarungen der Arbeitsbedingungen und gehen damit über den „traditionellen" arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinaus, der nur freiwillige Sozialleistungen und das Weisungsrecht des privaten Arbeitgebers betrifft. Das FZA schränkt die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit (Abschluss, Inhalts- und Beendigungsfreiheit) erheblich ein. Das ist hinzunehmen. Für die Schweiz ist die gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht „gratis" zu haben. Gerade Arbeitgeber sind maßgeblich Nutznießer der Personenfreizügigkeit. Die Vertragsfreiheit wird mitnichten bloß eingeschränkt, sie wird durch das FZA im Gegenteil sowohl für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer sowohl

117 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 (Siehe: http://www.bger.ch). Für eine umfassende Übersicht siehe: Imhof, DZA/EFTA-Übereinkommen und soziale Sicherheit – Ein Überblick unter Berücksichtigung der bis Juni 2006 ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum materiellen Koordinationsrecht, Jusletter vom 23. Oktober 2006.

118 Die Entscheidung ist kommentiert wiedergegeben in: CaS 2004, S. 30 ff. . Siehe auch die Entscheide des Einzelrichters der Nationalliga vom 2. Februar 2005 und den Entscheid des Verbandssportgerichts des Schweizerischen Eishockeyverbandes vom 17. Februar 2005, in: CaS 2005, S. 80-97.

119 EuGH v. 6. 6. 2000 – Rs. C-281/98, Rz 41, Angonese ./. gegen Casse di Risparmio die Bolzano SpA, Slg. 2000, 4139.

120 Zum gleichen Schluss kommt Hangartner, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Aktuelle Juristische Praxis 2003, S. 263.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)

Lizenziert für Universitätsbibliothek Basel.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

rechtlich (Wegfall der ausländerrechtlichen Beschränkungen) wie faktisch (Zugang zum europäischen Arbeitsmarkt) vergrößert.

3. Ungleiche Gleichheitsrechtsentwicklung

Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsfragen haben im europäischen Arbeitsrecht eine lange Tradition. Bereits in der Entscheidung „Defrenne II" zur Entgeltgleichheit aufgrund des Geschlechts brachte der EuGH seinen Willen zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit zwecks Wahrung des Rechts der Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung zum Ausdruck[121]. Mit der primärrechtlichen Erweiterung der Diskriminierungsgründe in Art. 13 EGV und den darauf gestützten Rahmenrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG hat der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungskanon auf europäischer Ebene eine eindrucksvolle Erweiterung erfahren. In der einen arbeitsrechtlichen Sachverhalt betreffenden Rechtssache Mangold hat der EuGH gar festgestellt, das Verbot der Diskriminierung des Alters sei „als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts" anzusehen[122].

Mit dem FZA hat die Schweiz im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit den gemeinschaftsrechtlichen „Gleichheitsstand" übernommen. Durch die Beschränkung der Übernahmepflicht der EuGH-Rechtsprechung auf den Zeitpunkt vor der Abkommensunterzeichnung steht die „Einverleibung" künftiger Entwicklungen des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes unter Vorbehalt. Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass sich die Schweiz auf lange Sicht der europäischen Weiterentwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird widersetzen können oder wird widersetzen wollen.

Etwas anders sieht die Sachlage bei der Übernahme des übrigen arbeitsrechtlichen „Gleichheitskanons" aus. Die Schweiz kennt keine mit der RL 2000/78/EG und RL 2000/43/EG vergleichbaren gesetzlichen Diskriminierungsschutzbestimmungen. Auf eine parlamentarische Anfrage, ob die Schweiz nicht das europäische Gleichheitsschutzniveau realisieren sollte, gab die schweizerische Regierung zur Antwort, man wolle den von den Sozialpartnern erarbeiteten und frei vereinbarten Instrumenten Priorität einräumen, bevor der Erlass zwingender Normen in Erwägung gezogen werde. Die Entwicklung auf europäischer Ebene will die Regierung beobachten, die Auswirkungen auf die Schweizer Wirtschaft verfolgen und dann allenfalls nötige Maßnahmen treffen. „Diese müssten nicht unbedingt im Sinne der Motion ausfallen", gibt die Regierung der Parlamentariern zu bedenken, die ein Anti-Diskriminierungsgesetz fordert[123].

121 Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 2005, S. 126.

122 EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04, Rz 74-75, Werner Mangold ./. Rüdiger Helm.

123 Motion Cécile Bühlmann vom 17. 12. 2004. Stellungnahme des Bundesrates vom 23. 2. 2005, vgl. www.parlament.ch, 04.3791.

Rechtsprechung mit Anmerkungen

Arbeitsrecht

Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer/ Umsetzungsmaßnahmen

Artikel 226 EG; Richtlinie 89/293/EWG

1. Die Republik Österreich hat dadurch, dass sie das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz entgegen den Vorgaben aus Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit nicht innerhalb der Umsetzungsfrist erlassen hat und dass sie die Artikel 2 Absatz 1 – für Lehrer an öffentlichen Pflichtschulen in Tirol –, 7 Absatz 3, 8 Absatz 2, 11 Absatz 2 Buchstaben c und d und 13 Absatz 2 Buchstabe b dieser Richtlinie nicht oder nicht vollständig umgesetzt hat, gegen ihre Verpflichtungen aus den genannten Bestimmungen der Richtlinie verstoßen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Republik Österreich trägt ihre eigenen Kosten sowie fünf Sechstel der Kosten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

Urteil des EuGH vom 6. 4. 2006 – Rs. C – 428/04 Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./. Republik Österreich – mit Anmerkung von Prof. Dr. Wolfhard Kohte/Dr. Ulrich Faber, Martin-Luther-Universität Halle

Sachverhalt/Vorverfahren*

1. Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Feststellung, dass die Republik Österreich dadurch,

– dass sie das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LDG, BGBl. I Nr. 69/2004), das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG, BGBl. Nr. 200/1967) und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), die eine Umsetzung der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. L 183, S. 1, im Folgenden: Richtlinie) in österreichisches Recht darstellen sollen, trotz Ablauf der Umsetzungsfrist nicht erlassen hat oder, sollten diese Rechtsakte zwischenzeitlich erlassen worden sein, diese der Kommission nicht mitgeteilt hat,
– dass sie die Artikel 2 Absatz 1 – für Lehrer an öffentlichen Pflichtschulen in Tirol –, 7 Absatz 3, 8 Absatz 2, 11 Absatz 2, 12 Absatz 4 und 13 Absatz 2 Buchstaben a und b der Richtlinie nicht oder nicht hinreichend in österreichisches Recht umgesetzt hat,

* Die Randnummern beziehen sich auf die Textzeichen in der EuGH-Entscheidung.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 - (www.zesardigital.de) - 28.04.2020 - 12:33 - (ds)