

BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.20 vom 9. April 2019

BS Appellationsgericht, 2019-04-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2018.20

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.20 du 9 avril 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.20 del 9 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Entscheid der ersten Instanz. Der Streitwert vor Zivilgericht betrug gemäss dem zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren des Beschwerdeführers weniger als CHF 10'000.■, womit Beschwerde erhoben werden kann. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

In der Beschwerde ändert der Beschwerdeführer sein Rechtsbegehren im Vergleich zum zivilgerichtlichen Verfahren von CHF 9'000.■ brutto auf CHF 9'000.■ netto. Neue Anträge sind im Beschwerdeverfahren jedoch ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Insoweit sein Begehren über das zuletzt vor Zivilgericht aufrechterhaltene hinausgeht, kann auf die Beschwerde daher nicht eingetreten werden. Auszugehen ist von dem zuletzt vor Zivilgericht aufrechterhaltenen Rechtsbegehren von CHF 9'000.■ brutto.

1.2 Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Zuständig für die Beurteilung der Beschwerde ist das Appellationsgericht als Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [SG 154.100]).

E. 2

2.1 Der Beschwerdeführer begründete seine Forderung vor Zivilgericht damit, dass ihm ab Januar 2015 der Lohn in Euro zu einem einseitig festgesetzten (zu tiefen) Wechselkurs ausbezahlt worden sei. Die Arbeitgeberin habe den Arbeitsvertrag unzulässig einseitig abgeändert. Das Vorliegen von Wechselkursschwankungen falle in das von der Arbeitgeberin zu tragende Betriebsrisiko, weshalb seine nachträgliche Unterzeichnung des neuen Vertrags unbeachtlich sei. Ausserdem habe die Arbeitgeberin ihn durch Erregung begründeter Furcht zum Abschluss des neuen Vertrags bestimmt. Er fordere daher die Lohndifferenz zum tatsächlichen Euro-Wechselkurs ein (Klage, Rz. 6; Klagebegründung, Rz. 19■30; Verhandlungsprotokoll, S. 2■4).

2.2 Das Zivilgericht erwog, dass der Arbeitnehmer durch stillschweigende Entgegennahme des Lohnes in Euro während weit mehr als sechs Monaten der ab Januar 2015 eingetretenen Vertragsänderung zugestimmt habe. Aufgrund des gesamten Verhaltens des Arbeitnehmers habe die Arbeitgeberin davon ausgehen müssen, dass der Arbeitnehmer mit der ab Januar 2015 wirkenden Vertragsänderung einverstanden gewesen sei. Dies habe der Arbeitnehmer

mit seiner Unterschrift auf dem neuen Arbeitsvertrag vom 10. Juni 2015 ausdrücklich bestätigt. Zwischen den Parteien habe somit ein neuer Arbeitsvertrag bestanden, mit dem der Lohn in Euro ausbezahlt worden sei (Entscheid des Zivilgerichts, E. 4). Der Argumentation des Arbeitnehmers, dass er von der Arbeitgeberin widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung des neuen Vertrags bestimmt worden sei, folgte das Zivilgericht nicht (E. 5). Der Arbeitnehmer könne sich auch nicht auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens berufen, da er seine Arbeit nicht in der Schweiz ausgeübt habe und dazu gar nicht berechtigt gewesen sei (E. 6). Das Zivilgericht kam zum Schluss, dass die Vereinbarung, den Lohn nicht mehr in Schweizer Franken, sondern in Euro auszubezahlen, nicht gegen zwingende Bestimmungen des geltenden Arbeitsrechts verstosse, insbesondere nicht gegen das Verzichtsverbot. Auch liege keine unzulässige Überwälzung eines Betriebs- bzw. Währungsrisikos vor (E. 7).

E. 3

3.1 In seiner Beschwerde rügt der Beschwerdeführer, das Zivilgericht habe willkürlich angenommen, dass er den Lohn zu den geänderten Bedingungen vorbehaltlos während sechs Monaten entgegengenommen habe. Vorbehaltlos habe er den Lohn nur während zwei Monaten entgegengenommen. Mit E-Mail vom 23. März 2015 habe er die Unterzeichnung des neuen Vertrages ausdrücklich vorbehalten. Sein Wille, den Vertrag zu den geänderten Bedingungen anzunehmen, sei nicht erstellt. Arbeitnehmer könnten vertraglichen Schlechterstellungen nicht konkludent zustimmen. Eine Zustimmung zu den geänderten Vertragsbedingungen könne erst dann angenommen werden, als er den neuen Vertrag am 10. Juni 2015 unterzeichnet habe. Bis zu diesem Zeitpunkt sei der Lohn zu den bisherigen Bedingungen geschuldet (Beschwerde, Rz. 15■34).

3.2 Stillschweigen gilt gemäss Art. 6 des Obligationenrechts (OR, SR 220) als Annahme eines Antrags, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht innert angemessener Frist abgelehnt wird. Die besondere Natur des Geschäfts im Sinn von Art. 6 OR wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist (BGer 4A_133/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1, 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4). Bei einem Antrag, der für den Empfänger nicht nur vorteilhaft ist, insbesondere dem Angebot einer Lohnkürzung, ist von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen, wenn besondere Umstände vorliegen, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Solche Umstände sind namentlich gegeben, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde (BGer 4A_133/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1, 4A_434/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2; vgl. BGer 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2, 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.1, 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4 und 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2; 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Dass der Arbeitgeber bei Ablehnung des Angebots bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde, ist keine notwendige Voraussetzung für die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung. Dies ergibt sich sowohl aus der Verwendung des Wortes namentlich (BGer 4A_133/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1, 4A_434/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2) als auch daraus, dass das Bundesgericht eine stillschweigende Zustimmung auch in einem Fall angenommen hat, in dem der Arbeitnehmer keinerlei Gefahr lief, bei

Ablehnung der Lohnkürzung seine Arbeitsstelle zu verlieren, weil er mit einem befristeten Vertrag angestellt war (BGer 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.4; vgl. auch BGer 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014, in dem das Bundesgericht die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung ebenfalls geschützt hat, obwohl dem Entscheid nicht entnommen werden kann, dass der Arbeitgeber bei einer Ablehnung irgendwelche Massnahmen ergriffen hätte). Die Beweislast für die besonderen Umstände, unter denen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist, trägt der Arbeitgeber (BGer 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2, 4A_133/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1, 4A_434/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2, 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Wenn der Arbeitgeber einen gemäss seiner Ankündigung gekürzten Lohn ausbezahlt, wird damit für den Arbeitnehmer grundsätzlich erkennbar, dass der Arbeitgeber von einer stillschweigenden Zustimmung zur Lohnkürzung ausgeht (BGer 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2, 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.1, 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4). Wenn der Arbeitnehmer den entsprechend einer Ankündigung des Arbeitgebers ausbezahlten gekürzten Lohn während mindestens drei Monaten vorbehaltlos annimmt, gilt eine tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung zur Lohnkürzung. Diese Vermutung kann der Arbeitnehmer umstossen, wenn er besondere Umstände nachweist, gestützt auf die der Arbeitgeber trotz seinem langen Schweigen nicht auf seine Zustimmung zur Reduktion hat schliessen dürfen (BGer 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.1, 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2, 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Der Umstand, dass der Arbeitnehmer einen ihm vom Arbeitgeber unterbreiteten neuen Vertrag, der die Lohnkürzung enthält, nicht unterzeichnet, steht der Annahme einer stillschweigenden Zustimmung nicht entgegen (vgl. BGer 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4, 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2).

E. 3.3

3.3.1 Indem das Zivilgericht die Praxis des Bundesgerichts zu Lohnkürzungen anwendete, berücksichtigte es entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers sehr wohl, dass dieser aufgrund der Währungsumstellung im Ergebnis einen tieferen Lohn erhalten hatte, als er ohne diese erhalten hätte. Diesbezüglich ist allerdings festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nur insoweit eine Lohnneinbusse erlitten hat, als sein in Euro bezahlter Lohn mit dem aktuellen Wechselkurs nach der Aufhebung des Mindestkurses umgerechnet in Schweizer Franken tiefer gewesen ist als sein bisher in Schweizer Franken ausbezahlter Lohn. Da der Beschwerdeführer Wohnsitz in Deutschland hatte und in der EU arbeitete, musste er seinen Lohn zur Deckung seiner Ausgaben aber ohnehin in Euro wechseln. Mit dem Mindestkurs von CHF 1.20 pro Euro umgerechnet in Euro war sein bisher in Schweizer Franken bezahlter Lohn jedoch sogar etwas tiefer als sein in Euro bezahlter. Unter Berücksichtigung der Kaufkraft im Lebensraum des Beschwerdeführers entging ihm folglich mit der Währungsumstellung bloss eine sachlich unbegründete faktische Lohnerhöhung (vgl. dazu Stöckli, Lohnungleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebung, in: ARV online 2012, Nr. 262, N 3, 5 und 26).

3.3.2 Aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer mit E-Mail vom 23. März 2015 aufforderte, den Euro-Vertrag zu unterzeichnen, kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde, Rz. 19) nicht geschlossen werden, die Beschwerdegegnerin sei nicht davon ausgegangen, dass ihr Antrag auch stillschweigend angenommen werden kann. Wie das Zivilgericht zutreffend feststellte, brachte die Beschwerdegegnerin mit den Anführungs- und Schlusszeichen beim Wort **neu** zum

Ausdruck, dass die bereits umgesetzte Vertragsänderung hinsichtlich der Lohnwährung von ihr nicht mehr als neu qualifiziert wurde (Entscheid des Zivilgerichts, E. 4a). Zudem ist es naheliegend, dass die Arbeitgeberin zum Zwecke der Dokumentation und des Beweises einen schriftlichen Vertrag wünscht, auch wenn sie davon ausgeht, dass die angebotene Vertragsänderung bereits stillschweigend angenommen worden ist.

3.3.3 Die Beschwerdegegnerin bezahlte dem Beschwerdeführer ab Januar 2015 entsprechend ihrer Ankündigung vom 15. Januar 2015 den Lohn in Euro aus. Der Beschwerdeführer nahm den Lohn in Euro bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 5. Januar 2016 vorbehaltlos entgegen. Der E-Mail des Beschwerdeführers vom 23. März 2015 kann kein Vorbehalt gegen die Auszahlung des Lohns in Euro entnommen werden, wie das Zivilgericht zu Recht festgestellt hat (Entscheid des Zivilgerichts, E. 4). Seit der Entgegennahme des Lohns für März 2015 gilt damit eine tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung des Beschwerdeführers zur Lohnzahlung in Euro. Dass die Beschwerdegegnerin bei Ablehnung des Angebots bestimmte Massnahmen ergriffen oder eine Kündigung ausgesprochen hätte, ist keine notwendige Voraussetzung für die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung des Beschwerdeführers (vgl. E. 3.2 hiervor). Im Übrigen wäre diese Voraussetzung erfüllt. Gemäss der im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestrittenen Darstellung der Beschwerdegegnerin hat sie kritische Arbeitnehmer mit Einzelgesprächen von der Notwendigkeit der Zahlung des Lohns in Euro überzeugt und wäre eine Änderungskündigung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist die ultima ratio gewesen, wenn Mitarbeitende die Änderung nicht akzeptiert hätten (Klageantwort, Rz. 7). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers steht der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin bei Ablehnung des Angebots zunächst das Gespräch gesucht und eine Änderungskündigung nur dann ausgesprochen hätte, wenn sie den Beschwerdeführer nicht zur Zustimmung hätte bewegen können (Beschwerde, Rz. 26), der Annahme einer stillschweigenden Zustimmung offensichtlich nicht entgegen.

3.3.4 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Umstand, dass er aufgrund seiner unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit während sehr langer Zeit eine Lohneinbusse von 10 % erlitten habe, spreche gegen die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zur mit einer Lohnreduktion verbundenen Währungsumstellung (Beschwerde, Rz. 23). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Da die Lohneinbusse von 10 % ausschliesslich auf die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers zurückzuführen und von der Währungsumstellung unabhängig war, hatte die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben keinen Anlass, davon auszugehen, die unfallbedingte Lohneinbusse würde der Zustimmung des Beschwerdeführers zur Lohnzahlung in Euro entgegenstehen.

3.3.5 Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, er habe die angebotene Vertragsänderung nicht stillschweigend annehmen können, weil die damit verbundene Lohneinbusse von der Kursentwicklung abhängig und deshalb nicht absehbar gewesen sei (Beschwerde, Rz. 27). Wenn die Parteien als Lohn statt eines bestimmten Betrags in Schweizer Franken neu einen bestimmten Betrag in Euro vereinbarten, ist die damit verbundene hypothetische Reduktion oder Erhöhung des Lohns gegenüber der bisherigen Regelung nicht konkret absehbar. Die Unvorhersehbarkeit der Folgen der Vertragsänderung schliesst jedoch entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Möglichkeit einer stillschweigenden Annahme genau so wenig aus wie die Möglichkeit einer ausdrücklichen Annahme.

3.3.6 In der Rechtsprechung und der Literatur wird die Auffassung vertreten, die negativen Folgen von Währungsschwankungen seien Teil des vom Arbeitgeber zu tragenden

Betriebsrisikos und befreien diesen nicht von der Bezahlung des vereinbarten Lohns (vgl. KGer BL 400 12 152 vom 17. Dezember 2012 E. 3.8.4; Gremper, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: Anwaltsrevue 2012, S. 73, 75). Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, auch eine einvernehmliche Reduktion des Lohns sei unzulässig, wenn das Motiv dafür in negativen Folgen von Währungsschwankungen liegt. Aus Art. 324 OR folgt nicht, dass das unternehmerische Risiko bei Vertragsänderungen nicht in geänderter Weise auf die Vertragsparteien aufgeteilt werden dürfte. Die Bestimmung schützt nur vor Verlagerungen des Betriebsrisikos bei unveränderten Rechten und Pflichten. Den Fall der Vertragsanpassung regelt Art. 324 OR nicht (Stöckli, a.a.O., N 72). Im Übrigen ist im vorliegenden Fall nicht erstellt, dass das Motiv für die Währungsumstellung in Währungsschwankungen oder in der Aufhebung des Mindestkurses von CHF 1.20 pro Euro bestanden hat.

Auch aus dem die Arbeit auf Abruf betreffenden BGE 125 III 65 kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten (vgl. Beschwerde, Rz. 29 f.). In diesem Urteil erwog das Bundesgericht zwar, aus der relativ zwingenden Vorschrift von Art. 324 Abs. 1 OR folge, dass sich der Arbeitnehmer nicht gültig zur Übernahme des Betriebsrisikos verpflichten könne (BGE 125 III 65 E. 5 S. 69 f.). Es qualifizierte die im Arbeitsvertrag auf Abruf vorgesehene Möglichkeit der Verminderung des Arbeitspensums aber nur deshalb als unzulässige Umgehung des mit den zwingenden Kündigungsfristen von Art. 335c OR gewährleisteten Schutzes, weil sie plötzlich (■abrupte■) und bedeutend (■forte■) war, wobei im beurteilten Fall eine Reduktion auf weniger als ein Zehntel des durchschnittlichen Pensums der letzten drei Monate zur Diskussion stand (vgl. BGE 125 III 65 Sachverhalt lit. A S. 66 und E. 4 S. 68 f.). Der Beschwerdeführer behauptet, er habe durchschnittlich eine Lohneinbusse von rund 10 % erlitten (Beschwerde, Rz. 16). Selbst wenn diese Behauptung zuträfe, könnte darin keine bedeutende Reduktion im Sinn von BGE 125 III 65 gesehen werden.

3.3.7 Der Beschwerdeführer beruft sich ausserdem auf die Unverzichtbarkeit arbeitsrechtlicher Forderungen. Ob auf Lohn für bereits geleistete Arbeit verzichtet werden könne, sei umstritten. Im Rahmen von Art. 324 OR sei dies aufgrund des zwingenden Charakters nicht möglich. Weil Währungsschwankungen in das Betriebsrisiko fielen, habe er am 10. Juni 2015 nicht rückwirkend per 1. Januar 2015 auf die Entschädigung der geleisteten Arbeit in Schweizer Franken zu den bisherigen Bedingungen verzichten können (Beschwerde, Rz. 32).

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags ergeben, nicht verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR). Die Lohnforderung des Beschwerdeführers ergibt sich nicht aus einer unabdingbaren Vorschrift des Gesetzes oder aus einer unabdingbaren Bestimmung eines Gesamtarbeitsvertrags. Sie ist deshalb nicht unverzichtbar im Sinn von Art. 341 Abs. 1 OR (vgl. BGer 4A_370/2017 vom 31. Januar 2018 E. 3.1, 4C.182/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5c). Auch insoweit geht die Rüge des Beschwerdeführers fehl.

E. 4

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vertragsunterzeichnung vom 10. Juni 2015 sei gegenüber den Sozialversicherungsträgern unwirksam. Die Beiträge an die Sozialversicherungen seien in Schweizer Franken geschuldet. Werde der Lohn in einer

Fremdwährung ausgerichtet, müsse er für die Sozialversicherungen in Schweizer Franken umgerechnet werden. Die Arbeitgeberin rechne gegenüber den Sozialversicherungen zu einem Tageskurs von durchschnittlich 1:1.08 ab. Es sei unzulässig gegenüber dem Arbeitnehmer einen anderen Umrechnungssatz anzuwenden. Die unterschiedlichen Wechselkurse hätten eine Minderung der Beitragsleistungen um mindestens 10 % zur Folge. Dies führe zu entsprechend tieferen Leistungen im Versicherungsfall. Er habe nicht rechtswirksam in die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge einwilligen können (Beschwerde, Rz. 35 f.).

4.2 Wenn die Parteien vereinbaren, dass der Lohn ab einem bestimmten Zeitpunkt anstatt wie bisher in Schweizer Franken in Euro bezahlt wird, und einen bestimmten Euro-Betrag als Monatslohn festlegen, findet zum Zweck der Lohnzahlung ab diesem Zeitpunkt keine Umrechnung mehr statt. Folglich wendet die Beschwerdegegnerin nicht gleichzeitig unterschiedliche Wechselkurse an, wenn sie zum Zweck der Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge den in Euro geschuldeten Lohn zum jeweiligen Tageskurs in Schweizer Franken umrechnet.

Zwar sind die dem jeweiligen Lohn entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers unverzichtbar im Sinn von Art. 341 Abs. 1 OR. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, eine Reduktion der Sozialversicherungsbeiträge, die sich daraus ergibt, dass der Lohn, auf dem die Beiträge entrichtet werden, reduziert wird, verstosse gegen das Verzichtsverbot. Die Lohnforderung ergibt sich nicht aus einer zwingenden Bestimmung und ist deshalb nicht unverzichtbar. Daher fällt eine Lohnreduktion nicht unter das Verzichtsverbot (vgl. E. 3.3.7 hiervor). Dies gilt auch für die damit notwendigerweise verbundene Reduktion der auf dem Lohn entrichteten Sozialversicherungsbeiträge.

E. 5

5.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann, dass der Entscheid des Zivilgerichts das Recht auf Marktzugang gemäss dem Freizügigkeitsabkommen unzulässig beschränke. Gemäss dem Recht der Europäischen Union seien Massnahmen verboten, die das Recht auf Freizügigkeit behinderten oder nicht attraktiv machten. Bei der Euro-Klausel handle es sich um eine solche Beschränkung. Zwar sei noch nicht entschieden, ob die diesbezügliche Rechtsprechung der Europäischen Union auch für die Schweiz gelte. Aufgrund des Grundsatzes der Parallelität sei diese Rechtsentwicklung der Europäischen Union zu übernehmen. Die Arbeitgeberin mache die Ausübung des Freizügigkeitsrechts weniger attraktiv. Die Lohnsenkung verletze somit das Recht auf den Marktzugang (Beschwerde, Rz. 37■46).

5.2 Gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang I des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142112.681) darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf die Entlohnung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass sie auf Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats nur anwendbar ist, wenn sie im Hoheitsgebiet der Schweiz eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer ausüben. Zu diesem Ergebnis führt auch die Auslegung nach der in Art. 16 Abs. 2 FZA statuierten Regel. Art. 9 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA stimmen materiell mit Art. 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 326, 47) überein und entsprechen wörtlich Art. 7 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die

Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeitsverordnung; ABl. L 14, 1), die Art. 45 AEUV sekundärrechtlich verdeutlicht. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gemäss Art. 45 AEUV vermittelt dem mobilitätswilligen Bürger grundsätzlich nur dann Rechte, wenn er seinen Heimatstaat aus wirtschaftlichen Gründen ■ nämlich zur Arbeitsaufnahme in einem anderen Mitgliedstaat ■ verlassen will. Diese Grundkonstellation bildet auch Basis der Freizügigkeitsverordnung. Dort werden in Art. 7 ff. unter dem Begriff des Arbeitnehmers ausschliesslich Personen erfasst, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt im Aufnahmestaat gefunden haben. Personen, die nicht im Wohnsitzstaat, sondern in einem anderen Staat einer Erwerbstätigkeit nachgehen, geniessen keine Gleichbehandlung nach Art. 7 Abs. 2 der Freizügigkeitsverordnung (BGE 140 II 364 E. 5.4 S. 372 f.). Entsprechend Art. 16 Abs. 2 FZA sind diese Ausführungen auch Basis für die Anwendung von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA. Demnach ist diese Bestimmung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ■ nur dann anwendbar, wenn ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei im Aufenthaltsstaat Arbeitnehmer ist ■. Dies bestätigt auch Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, gemäss dem eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt, einer speziellen Freizügigkeitsregelung und eben nicht der Freizügigkeitsregelung für Arbeitnehmer (Art. 6 ff. Anhang I FZA) untersteht (BGE 140 II 364 E. 5.5 S. 374). Auf einen Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats, der in der Schweiz wohnt und in einem anderen EU-Mitgliedstaat arbeitet, ist Art. 9 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA deshalb nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht anwendbar (BGE 140 II 364 E. 5.2 S. 372 und E. 5.5 S. 374). Somit setzt die Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA auf einen Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats in der Schweiz voraus, dass dieser hier Arbeitnehmer ist. Dabei ergibt sich insbesondere aus der vorstehend erwähnten Rechtsprechung zu Art. 45 AEUV und Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, dass eine Person nur dann in der Schweiz Arbeitnehmerin ist, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausübt. Dass sich der Sitz ihrer Arbeitgeberin in der Schweiz befindet, genügt dazu nicht. Dies wird durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EFTA-Übereinkommen (SR 0.632.31) bestätigt. Gemäss dieser ist Voraussetzung der Anwendung sowohl des EFTA-Übereinkommens als auch des FZA ein grenzüberschreitendes Element. Der Umstand, dass sich der Sitz des Arbeitgebers in einem anderen Vertragsstaat befindet, stellt kein solches Element dar und hat nicht zur Folge, dass der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitstätigkeit sein Recht auf Freizügigkeit in einem anderen Vertragsstaat ausübt (BGER 2P.130/2004 vom 1. Februar 2005 E. 3.4.3 ■ 3.4.5).

5.3 Der Wohnsitz des Beschwerdeführers befand sich in Deutschland (Klagebegründung, Rz. 1). Dass er sich in der Schweiz aufgehalten habe, behauptet er nicht. Gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin wohnte und arbeitete der Beschwerdeführer in der EU (Klageantwort, Rz. 22; vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 3). Der Beschwerdeführer bestritt dies im erstinstanzlichen Verfahren nicht, sondern machte geltend, sein Wohnsitz und Arbeitsort seien irrelevant (Verhandlungsprotokoll, S. 3). Dementsprechend stellte das Zivilgericht zutreffend fest, der Beschwerdeführer habe seinen Lebensmittelpunkt nicht in der Schweiz, sondern in der EU gehabt, und seine Tätigkeit als Kapitän nicht in der Schweiz, sondern auf den Gewässern des übrigen Europa ausgeübt (Entscheid des Zivilgerichts, E. 6f). In seiner Beschwerde behauptet der Beschwerdeführer erstmals, es sei gerichtsnotorisch, dass die Schiffe der Beschwerdegegnerin Basel anliefen, und auch er habe zwei bis drei Mal im Jahr Arbeitsleistungen in der Schweiz verrichtet (Beschwerde, Rz. 43). Gemäss dem Arbeitsvertrag hatte der Beschwerdeführer seine Arbeit auf einem der

Schiffe der Flotte der Beschwerdegegnerin zu verrichten (Klagebegründung, Rz. 10). Nach den Angaben des Beschwerdeführers ist die Beschwerdegegnerin eine weltweit agierende Anbieterin von Flusskreuzfahrten. Allein in Europa bestehe ihre Flotte aus 30 Schiffen (Klagebegründung, Rz. 9). Selbst wenn davon ausgegangen würde, es sei notorisch, dass gewisse Schiffe der Flotte der Beschwerdegegnerin Basel anlaufen, wäre es unter diesen Umständen offensichtlich nicht notorisch, dass der Beschwerdeführer auf einem dieser Schiffe tätig gewesen ist und dass er seine Arbeit auch auf der kurzen Strecke, welche die Schiffe in der Schweiz allenfalls zurücklegen, verrichtet hat. Folglich handelt es sich bei der Behauptung, der Beschwerdeführer habe Arbeitsleistungen in der Schweiz verrichtet, um eine gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO unzulässige neue Tatsachenbehauptung. Die Tatsachen, dass sich der Sitz der Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin des Beschwerdeführers in der Schweiz befindet, der Arbeitsvertrag schweizerischem Recht untersteht und die Beschwerdegegnerin in der Schweiz Sozialversicherungsbeiträge abgeliefert hat, haben nicht zur Folge, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz Arbeitnehmer gewesen ist. Dasselbe gilt für die gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO unzulässige neue Behauptung, die Schiffe der Beschwerdegegnerin seien im schweizerischen Schifffahrtsregister eingetragen (Beschwerde, Rz. 43). Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gehabt hat, kann er für die Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA nichts zu seinen Gunsten ableiten. In der Bewilligung war nämlich ausdrücklich festgehalten, dass der Beschwerdeführer zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz nicht berechtigt ist. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, weil der Beschwerdeführer nicht in der Schweiz Arbeitnehmer gewesen ist. Da der Beschwerdeführer seine Erwerbstätigkeit nie in der Schweiz ausübte, integrierte er sich auch nicht in den Arbeitsmarkt der Schweiz. Folglich wäre Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA auch dann nicht anwendbar, wenn für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Integration in den Arbeitsmarkt abgestellt würde (vgl. dazu Beschwerde, Rz. 42 und Schnell, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Diss. Zürich 2010, S. 137). Im Ergebnis stellte das Zivilgericht somit zu Recht fest, dass Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA im vorliegenden Fall keine Anwendung findet (Entscheid des Zivilgerichts, E. 6).

E. 6

6.1 Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, dass die mit der Umstellung auf Euro-Löhne verbundene Lohnsenkung gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA in Verbindung mit Art. 9 Anhang I FZA verstosse. Die Beschwerdegegnerin beschäftige in ihrem nautischen Personal beinahe ausschliesslich Personen mit Wohnsitz im Ausland. EU-Bürger seien von der Euro-Umstellung deutlich stärker betroffen, als Schweizer Staatsangehörige oder Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, die in der Verwaltung der Beschwerdegegnerin arbeiteten und weiterhin Löhne in Schweizer Franken erhielten. Das nautische Personal werde damit durch die Lohnumstellung mittelbar diskriminiert (Beschwerde, Rz. 47-52).

6.2 Gemäss Art. 2 FZA werden die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Nach seinem Wortlaut ist dieses allgemeine Diskriminierungsverbot auf den Beschwerdeführer bereits deshalb nicht anwendbar, weil er sich nicht in der Schweiz aufgehalten hat. Zudem ist die Anwendung von Art. 2 FZA aber

auch aus dem folgenden Grund ausgeschlossen. Art. 2 FZA vermittelt keinen Anspruch darauf, dass EU-Angehörige in jeder Situation gleich behandelt werden wie Schweizer in analogen Situationen. Er verbietet nur Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die vom FZA umfassten Gegenstände bzw. soweit die Situation dieser Staatsangehörigen in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge I bis III dieses Abkommens fällt (BGE 144 II 1 E. 4.5 S. 9). Die Situation des Beschwerdeführers fällt aber nicht in den Anwendungsbereich einer Bestimmung von Anhang I, II oder III FZA. Insbesondere handelte es sich bei der Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im Rahmen des Arbeitsvertrags mit der Beschwerdegegnerin nicht um eine Erwerbstätigkeit im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA, weil er diese nie in der Schweiz ausgeübt hat (vgl. E. 5.3 hiervor). Der Beschwerdeführer kann sich daher nicht auf das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA berufen.

E. 7

7.1 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerde sich als unbegründet erweist und daher abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Prozesskosten dem Beschwerdeführer auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2 In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.■ werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. Sterchi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 113 und 114 ZPO N 10). Vorliegend beträgt der Streitwert weniger als CHF 30'000.■ (vgl. E. 1.1 hiervor), so dass das Beschwerdeverfahren kostenlos ist.

7.3 Demgegenüber ist eine Parteientschädigung geschuldet. Sie wird in Anwendung von § 2 Abs. 1 und 2, § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1 lit. a Ziffer 7 und Abs. 2 sowie § 12 der Honorarordnung (SG 291.400) auf CHF 2'000.■ festgesetzt. Dabei wird berücksichtigt, dass der Fall in rechtlicher Hinsicht überdurchschnittliche Schwierigkeiten bietet.

Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.36 vom 29. Dezember 2017 E. 3 und ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3). Gemäss dem UID-Register ist die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Zwar begehrt sie in ihrer Beschwerdeantwort eine Entschädigung einschliesslich Mehrwertsteuer. Sie legt aber nicht dar, weshalb sie

ausnahmsweise durch die Mehrwertsteuer belastet sei sollte. Folglich ist ihr die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Zivilgericht sprach der Beschwerdegegnerin die Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln kann sich die Beschwerdeinstanz darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, die der Beschwerdeführer in seiner schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhebt (vgl. BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3 [beide zur Berufung]). Die Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer wird vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nicht beanstandet und ist nicht offensichtlich falsch. Der angefochtene Entscheid ist deshalb auch insoweit nicht abzuändern.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.