

Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern

Eine Betrachtung aus arbeitsrechtlicher Sicht

SANDRA BRÄNDLI / MANUEL STENGEL

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	338
II.	Grundlagen	339
	A) Grenzgänger	339
	B) Lohn	340
	1. Arbeitsrechtlicher Grundsatz	340
	2. Fälligkeit der Lohnforderung	342
	3. Ort der Erfüllung	343
	C) Zahlung	344
	1. Geld	344
	2. Währung	346
	3. Art der Zahlung	346
	D) Internationales Verhältnis	348
III.	Besondere Implikationen für Grenzgänger	349
	A) Währung der Lohnzahlung	349
	1. Unterscheidung Schuldwährung und Zahlungswährung ..	349
	2. Fremdwährungsschulden	350
	B) Regelungsmöglichkeiten bei Vertragsabschluss	351
	1. Grundsätzlich	351
	2. Fehlende und unklare Lohnabreden	354
	3. Währungsoptionsklauseln	355
	4. Wertsicherungsklauseln	356
	C) Während des Arbeitsverhältnisses	357
	1. Änderungen der Lohnvereinbarung	357
	11 <i>Theoretische Grundlagen</i>	357
	12 <i>Währungsänderungen und Lohnkürzungen</i>	361
	2. Exkurs: Änderung der Arbeitszeit gestützt auf GAV	362
	D) Zusammenfassung und Empfehlungen	363

I. Einleitung

In einer zunehmend globalisierten Welt sind Grenzgänger lange keine Rarität mehr. Insbesondere in den Grenzkantonen Basel, Genf und Tessin ist die Anzahl der ausländischen Grenzgänger sehr hoch.¹ Seit dem 1. Juni 2007 gelten zudem für Grenzgänger aus den EU-17-Staaten und aus der EFTA keine Grenzzonen mehr,² sie können somit in allen Kantonen einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Dies erleichtert den ausländischen Staatsbürgern weiter die Zirkulation zwischen ihrem Wohnsitzstaat und dem Tätigkeitsstaat und setzt somit weitere Anreize für ein Pendlerverhalten.

Dieser steigende Anteil an Grenzgängern gewinnt durch den "starken Franken" – im Vergleich zum Euro – an Brisanz. Der gegenwärtig janusköpfige Schweizer Franken, lässt Grenzgänger von einem (an der Kaufkraft gemessenen) höheren Lohn profitieren, während gleichzeitig die Margen der Exportfirmen sinken. Als Folge daraus haben Schweizer Unternehmen in Grenzgebieten begonnen, verschiedene Massnahmen zu treffen, um ihren finanziellen Schwierigkeiten zu begegnen. Dabei haben einige Firmen insbesondere Veränderungen bei den Lohnzahlungen und den Anstellungszeiten ihrer Grenzarbeitnehmer vorgenommen.

Die problematische Wirkung der *Währung* auf den Lohn des Grenzgängers zeigt sich deutlich, wenn man sich das Beispiel von Grenzgängern vor Augen führt, welche bei einer Schweizer Firma erwerbstätig sind und ihren Wohnsitz im benachbarten EU-Raum haben. Von diesem Sachverhalt wird im folgenden Beitrag ausgegangen. Beschliesst nun das Schweizer Unternehmen seinen bspw. deutschen Angestellten den Lohn in Euro, statt in Schweizer Franken auszubezahlen und verwendet der Arbeitgeber bei der Umrechnung einen für den Arbeitnehmer nachteiligen Wechselkurs, so müssen die betroffenen Arbeitnehmer möglicherweise mit spürbaren Lohneinbussen rechnen. Andere Fälle sind denkbar, in denen Schweizer Arbeitgeber bei den ausländischen Angestellten Lohnkürzungen vornehmen mit der Begründung, dass der – im

1 So gab es in der Schweiz im dritten Quartal 2010 insgesamt 232'974 Grenzgänger. Diese Zahl nimmt seit 1999 stetig zu. Im Kanton Basel waren es im dritten Quartal 2010 33'157 Grenzgänger, im Kanton Genf 56'909 Grenzgänger und im Kanton Tessin 47'648 Grenzgänger. Grenzgänger Statistik. Bundesamt für Statistik.

2 Für die Bürgerinnen und Bürger Frankreichs, Deutschlands, Österreichs, Italiens, Spaniens, Portugals, des Vereinigten Königreichs, Irlands, Dänemarks, Schwedens, Finnlands, Belgiens, der Niederlande, Luxemburgs, Griechenlands, Zyperns, Maltas, Norwegens, Islands und Liechtensteins gilt somit seit dem 1.7.2007 die volle Personenfreizügigkeit. Es kommen keine Übergangsfristen mehr zur Anwendung. Bei einer übermäßigen Zuwanderung von EU-Arbeitskräften (mehr als 10% des Durchschnitts der vorangegangenen drei Jahre) hat die Schweiz jedoch bis zum 31.5.2014 die Möglichkeit wieder Kontingente einzuführen (spezielle Schutzklausel).

Vergleich zum Euro – starke Schweizer Franken eine solche Kürzung aufgrund der realen Kaufkraft des Lohnes rechtfertige.³

Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit solche Massnahmen rechtlich zulässig sind und wo Grenzen bestehen in Bezug auf die Vertragsgestaltungsfreiheit der Parteien, sowohl bei Vertragsabschluss als auch während des Arbeitsverhältnisses.

II Grundlagen

A) Grenzgänger

In Bezug auf den Begriff des Grenzgängers kann zwischen der Definition in *tatsächlicher (faktischer) Hinsicht* und der *rechtlichen Definition* unterschieden werden. Dabei kann unter dem Grenzgänger in faktischer Hinsicht eine natürlich Person verstanden werden, die sich ausschliesslich und regelmässig zum Zwecke der Erwerbstätigkeit und grundsätzlich nur während der dafür benötigten Zeit innerhalb eines Staates aufhält, die darüber hinausgehende Freizeit dagegen in einem anderen Staat verbringt. Der Grenzgänger hält sich somit regelmässig in zwei Staaten auf.⁴ In *rechtlicher Hinsicht* ist aufgrund der voneinander abweichenden Definitionen in *verschiedenen Rechtsquellen* keine allgemeingültige Begriffsbestimmung möglich.⁵ Auf *nationaler Ebene* wird bspw. im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (*Ausländergesetz, AuG*)⁶ vom 16.12.2005 ein „Grenzgänger“ als Person definiert, die ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht in einem Nachbarstaat besitzt, ihren Wohnort seit mindestens sechs Monaten in der benachbarten Grenzzone hat und innerhalb der Grenzzone der Schweiz erwerbstätig ist (Art. 25 Abs. 1 AuG). Auf *regionaler Ebene* gilt gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen)⁷ eine Person als Grenzgänger, wenn sie ihren Wohnsitz in einem EU-Staat behält, in einem anderen EU-Staat arbeitet und mindestens einmal in der Woche an ihren Wohnort zurückkehrt.⁸ Ähnli-

3 Vgl. dazu die Nachrichten der Tagesschau, Sender SF 1, 15.9.2010, 21.00 Uhr.

4 SCHEIDEGGER RALPH, Die rechtliche Erfassung der ausländischen Grenzgänger, Diss. Zürich 1987, S. 1 und 5.

5 SCHEIDEGGER (Fn. 4), S. 9.

6 SR. 142.20.

7 SR. 0.142.112.681.

8 Art. 7 Anhang I FZA.

ches gilt gemäss der Verordnung EWG Nr. 1408/71⁹ des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige, welche am 1.6.2002 für die Schweiz in Kraft trat. Danach wird unter dem Ausdruck Grenzgänger gemäss Art. 1b jeder Arbeitnehmer oder Selbständige verstanden, der seine Berufstätigkeit im Gebiet eines Mitgliedstaats ausübt und im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt, in das er in der Regel täglich, mindestens aber einmal wöchentlich zurückkehrt.

Für den Zweck des folgenden Beitrages werden unter dem Begriff Grenzgänger/Innen Ausländer/Innen verstanden, die ihren Wohnsitz im benachbarten Ausland haben, in der Schweiz erwerbstätig sind und mindestens einmal wöchentlich an ihren ausländischen Hauptwohnsitz zurückkehren.

B) Lohn

1. Arbeitsrechtlicher Grundsatz

Bei einem Arbeitsvertrag handelt es sich um einen privatrechtlichen, zweiseitigen Schuldvertrag.¹⁰ Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers besteht in der Leistung von Arbeit und jene des Arbeitgebers in der Zahlung eines Entgelts (Art. 319 Abs. 1 OR).¹¹ Die Lohnzahlungspflicht ist stets vermögensrechtlicher Natur, aus Sicht des Arbeitgebers eine Schuld und aus Sicht des Arbeitnehmers eine Forderung.¹²

Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Zu beachten ist dabei, dass jedes Entgelt Lohn im Sinne der Definition des Arbeitsvertrages darstellt, wobei jedoch für die verschiedenen Arten von Lohn unterschiedliche Regeln gelten.¹³ Das gilt insbesondere auch für die in Art. 322d OR geregelte Gratifikation. Trotz der verwirrenden Umschreibung der Gratifikation im Gesetz als Sondervergütung neben dem Lohn, welche impliziert, dass eine Gratifikation keinen Lohn darstellt, kommt man auf Grund der Systematik im Gesetz nicht umhin, auch diese Leistungen als Lohn, wenn auch als Lohn im weiteren Sinne zu qualifizie-

9 SR 0.831.109.268.1.

10 GEISER THOMAS / MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rz. 99.

11 VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, S. 1.

12 PORTMANN WOLFGANG / STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 218.

13 GEISER THOMAS, recht 2009, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse. S. 116.

ren.¹⁴ Demgegenüber handelt es sich beim Lohn im engeren Sinne, um den "festen" oder "gewöhnlichen" Lohn.¹⁵

Zu den klassischen Abreden zwischen den Vertragsparteien beim Abschluss eines Arbeitsvertrages gehört die Höhe des Lohnes.¹⁶ Dabei äussert sich die Abrede in der Regel darüber, ob Geld- oder Naturallohn sowie Zeit- oder Akkordlohn geschuldet ist.¹⁷ Eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung beider Parteien über die Höhe des Lohnes ist jedoch keineswegs zwingende Bedingung eines Arbeitsvertrages.¹⁸ Für Fälle ohne entsprechende Abrede, schreibt Art. 322 Abs. 1 OR vor, dass der durch Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder Normalarbeitsvertrag (NAV) festgesetzte Lohn zu entrichten oder, falls keine solchen vorliegen, der übliche Lohn geschuldet ist. Dabei kann sich der übliche Lohn aus einer Betriebsübung, subsidiär aus einer Branchen- oder Ortsübung ergeben.^{19,20}

Weil Abmachungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oft unklar und der übereinstimmende Wille nicht nachweisbar ist, ist der vereinbarte Lohn häufig umstritten. In diesem Fall muss der Lohn durch objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip eruiert werden. Schliesslich ist festzulegen, ob die vereinbarte Lohnhöhe den Brutto- oder Nettolohn betrifft. Falls darüber geschwiegen wird, ist immer vom Bruttolohn auszugehen.²¹

Bezüglich der Höhe des Lohnes sind die Vertragsparteien vorbehaltlich zwingender Regelungen in Gesetz, GAV oder NAV²² frei.²³ Die Vertragsfreiheit

14 Die Gratifikation steht unter dem Kapitel "I. Lohn" mit dem Randtitel "4. Gratifikation" gleichgeordnet mit "2. Anteil am Geschäftsergebnis" und "3. Provision".

15 STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 2006, N 1 zu Art. 322d OR.

16 POLCAN VANESSA / STENGEL MANUEL, Innerbetriebliche Krisenbewältigung, Bern 2009, S. 225.

17 STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR. 6. Aufl. Zürich 2006, N 2 zu Art. 322 OR.

18 PORTMANN / STÖCKLI (Fn. 12), Rz. 227.

19 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 7 zu Art. 322 OR

20 Als «üblich» wird vom Bundesgericht eine Vergütung bezeichnet, die im selben Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls sowie der persönlichen Verhältnisse der Parteien, namentlich des Ausbildungsstandes und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit zu bezahlen gepflegt wird (BGer, Urteil vom 23. August 1999, E. 3 in JAR 2000, S. 112).

21 OGer ZH, E.6 in JAR 1988, S. 303; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 3 zu Art. 322 OR.

22 Einzuhalten sind hier u.a. die durch die flankierenden Maßnahmen zu den Bilateralen Verträgen eingeführten Mindestlöhne (vgl. dazu STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 23 zu Art. 319 OR).

erlaubt den Parteien zudem, einen vereinbarten Lohn in gegenseitigem Einverständnis wieder zu ändern.

2. Fälligkeit der Lohnforderung

Die Ausrichtung des Lohnes ist in Art. 323 OR geregelt. Durch diesen Artikel werden nicht alle Arten von Lohn erfasst, sondern nur Lohn im engeren Sinne (Zeit- und Akkordlohn), einschliesslich die mit jedem Lohn auszubezahlenden Zulagen (bspw. Ferienabgeltung in Prozenten²⁴), sofern das Gesetz keine anderslautenden Sondervorschriften aufstellt.²⁵ Keine Anwendung findet er jedoch auf Lohn resp. Lohnbestandteile und Zulagen, die nur ein- oder zweimal jährlich ausbezahlt werden, sei dies nach getroffenen Vereinbarungen oder Übungsgemäss (Gratifikation, Teuerungszulage, 13. Monatslohn etc.) oder auf Naturallohn, wenn dieser seiner Natur nach laufend zu erbringen ist (Kost und Logis).²⁶

Dem Grundsatz nach ist dem Arbeitnehmer jedoch der Lohn Ende jedes Monats auszurichten, d.h. die Zahlungsperioden betragen einen Monat und die Fälligkeit der Lohnforderung fällt gemäss Art. 76 Abs. 1 OR auf den letzten Tag des entsprechenden Kalendermonats.²⁷ Aus Art. 323b Abs. 1 OR lässt sich des Weiteren ableiten, dass der Arbeitnehmer bis spätestens zu diesem Zeitpunkt über den geschuldeten Betrag verfügen können muss. Das muss auch dann gelten, wenn der fragliche Tag auf einen Sonntag oder Feiertag fällt. Es tritt unserer Ansicht nach keine Verlängerung der Frist bis zum nächsten Werktag gemäss Art. 78 OR ein.²⁸

Von diesem Grundsatz kann allerdings abgewichen werden. Bezüglich Zahlungstermins sind die Parteien völlig frei, solange die Zahlungsfrist nicht über einen Monat hinaus ausgedehnt wird.²⁹ Eine Verlängerung der Zahlungsfrist

23 PORTMANN / STÖCKLI (Fn. 12), Rz. 225.

24 Vgl. dazu JAR 1990, S. 204.

25 ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N 4 zu Art. 323 OR.

26 ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N 4 zu Art. 323 OR.

27 Zur Fälligkeit des Provisionsanspruchs und des Anspruchs an Anteilen am Geschäftsergebnis vgl. Art. 323 Abs. 2 und 3 OR sowie ausführlich REHBINDER MANFRED, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Bern 2010, N 15 f. zu Art. 323 OR.

28 Gl. M. ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N 4 zu Art. 323 OR; WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 190 m.w.H.; a.M. BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N 3 zu Art. 323 OR; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 8 zu Art. 323 OR.

29 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 8 zu Art. 323 OR.

auf über einen Monat ist nur durch GAV oder NAV möglich³⁰ und kommt i.d.R. nur vor, wenn der Lohn umsatzabhängig ist und die Abrechnung auf den Letzten des Monats nicht fertiggestellt werden kann.³¹ Ebenso können sich aus Übung von der gesetzlichen Regelung abweichende Zahlungsstermine und kürzere Zahlungsfristen ergeben. Hierbei ist darauf zu achten, dass sich der Arbeitnehmer darauf verlassen darf, dass der Arbeitgeber immer am gleichen Tag den Lohn zahlt. Das gilt zumindest für die Barzahlung.³² Wird der Lohn also über eine längere Periode immer einige Tage vor Monatsende bar ausbezahlt, z.B. immer am 24., führt das bei ständiger Übung zu einer Vorverlegung der Fälligkeit der Lohnforderung. Bei der bargeldlosen Zahlung ist zu differenzieren, denn die frühzeitige Zahlung des Lohnes dient in diesem Fall in erster Linie dazu, bei kleineren Verzögerungen im Zahlungsverkehr nicht in Verzug zu geraten.³³ Immerhin entsteht jedoch unseres Erachtens bei ständiger Übung ein Anspruch des Arbeitnehmers darauf, dass der Arbeitgeber die Zahlung jeweils zu diesem Zeitpunkt in Auftrag gibt. Damit verschiebt sich auch die Fälligkeit der Lohnforderung auf einen früheren Zeitpunkt. Allerdings nicht auf den Tag, an dem der Arbeitgeber die Zahlung üblicherweise in Auftrag gibt, sondern wohl auf ein bis zwei Tage später. Der Fälligkeitszeitpunkt ist als Verfalltag zu qualifizieren, egal ob die Zahlungsstermine durch EAV, GAV oder NAV vereinbart wurden oder ob sie sich lediglich auf Art. 323 OR stützen. Der Arbeitgeber gerät mit Erreichen des Fälligkeitstermins ohne Mahnung in Verzug.³⁴ Dasselbe gilt bei Herbeiführung der Fälligkeit durch Vertragsbeendigung nach Kündigung.³⁵

3. Ort der Erfüllung

Bezüglich des Ortes der Erfüllung enthält das Arbeitsrecht keine Sonderbestimmungen, weshalb die Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen.³⁶ Demnach wird der Ort der Erfüllung durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt.³⁷ Früher wurde der Lohn i.d.R. an der Betriebsstätte aus-

30 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 12 zu Art. 323 OR; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 2 zu Art. 323 OR; ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N 7 Art. 323 OR.

31 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 2 zu Art. 323 OR.

32 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 14 zu Art. 323 OR.

33 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 14 zu Art. 323 OR.

34 VISCHER (Fn. 11), S. 94 mit Verweis auf KGer BL in JAR 2003, S. 203 ff; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 3 zu Art. 323 OR.

35 BEZG ZH in JAR 1988, S. 109.

36 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 1 zu Art. 323 OR.

37 Art. 74 Abs. 1 OR.

gerichtet, resp. war durch die Arbeitnehmer beim Arbeitgeber abzuholen (Holschuld).³⁸ Die Auszahlung des Lohnes muss jedoch nicht mehr zwingend in bar stattfinden.³⁹ Heutzutage stellt der Giralverkehr (Überweisung von Konto zu Konto) die Norm dar und die Barzahlung des Lohnes wurde zur Seltenheit.⁴⁰ Obwohl die Überweisung des Lohnes auf das Konto einer Bank nur zulässig ist, sofern der Arbeitnehmer zugestimmt hat oder dies auf Usanz beruht, wird die stillschweigende Zustimmung vermutet, wenn der Arbeitnehmer ein Konto seiner Wahl angegeben hat.⁴¹

Wurde weder ein Zahlungsort ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart, wird Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR angewendet. Demnach sind Geldschulden vorbehaltlich einer anderslautenden Parteiabrede an dem Ort zu erfüllen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Bringschuld). Gefahr- und Kostentragung der Erfüllung am Wohnort des Arbeitnehmers liegen dabei beim Arbeitgeber.⁴²

C) Zahlung

1. Geld

Lohn stellt aus Sicht des Arbeitgebers eine vermögensrechtliche Schuld dar. Soweit es Geldlohn anbelangt, handelt es sich um eine gewöhnliche Geldschuld.⁴³ Einzuordnen ist diese als eine besondere Gattungsschuld, da einzelne Bestimmungen der Gattungsschuld nicht auf die Geldschuld passen (bspw. Art. 71 Abs. 2 OR bezüglich mittlerer Qualität) und diverse Besonderheiten gelten (Geldschulden sind grundsätzlich Bringschulden).⁴⁴ Auf Geldschulden sind die Art. 84 ff. OR anwendbar. Für die gewöhnliche Geldschuld – und

38 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 2 zu Art. 323 OR.

39 BBI 1967, S. 87. VISCHER (FN. 11), S. 116.

40 VISCHER FRANK, Geld- und Währungsrecht: im nationalen und internationalen Kontext, Basel 2010, S. 15. STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N3 zu Art. 323b OR; Zum Ort der Erfüllung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses und beim Naturallohn vgl. BK-REHBINDER (Fn. 27), N 3 ff. zu Art. 323 OR.

41 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 3 zu Art. 323b OR.

42 WEBER ROLF H., Das Obligationenrecht, Art. 68-96 OR. 2. Aufl. Bern 2005, N 111 ff. zu Art. 74 OR.

43 Diese (auch Geldsummenschuld genannt) ist von der Geldstückschuld und der Geldsortenschuld abzugrenzen (vgl. dazu ausführlich KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 641).

44 Hier und im Folgenden: KOLLER (Fn. 43), S. 641.

damit auch für die Lohnforderung – gilt grundsätzlich das Nennwertprinzip⁴⁵, obwohl der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich vorsieht.⁴⁶ Das Nennwertprinzip findet dabei nicht nur auf in Schweizer Franken normierte, sondern auch in Fremdwährung normierte Geldschulden Anwendung.⁴⁷ Die Anwendung dieses Prinzips hat Auswirkungen. Mit dem Grundsatz „Franken gleich Franken“ bleiben die Schulden von einer Veränderung der Kaufkraft unberührt.⁴⁸ Fällt die Kaufkraft resp. verliert die Währung an Wert, verlieren auch die Schulden für den Gläubiger an Wert. Logischerweise trägt der Schuldner das umgekehrte Risiko. Im Fall von Lohnforderungen hat das eine zusätzliche Brisanz, da die Lohnforderungen dem Versorgungszweck dienen.⁴⁹ Fällt der Wert einer Währung in erheblichem Ausmass, so kann das zur Existenzbedrohung werden. Das Gesetz stellt daher auch eine gewisse Wertsicherung zur Verfügung, in dem in solchen Fällen allenfalls auf die „clausula rebus sic stantibus“ zurückgegriffen werden könnte.⁵⁰ Das grössere Problem als solche unvorhersehbaren Hyperinflationen stellt aber ohnehin vor allem die schleichende Geldentwertung dar.⁵¹ Anzumerken ist daher, dass es sich beim Nennwertprinzip um einen Grundsatz dispositiver Natur handelt.⁵² Um der Veränderung des wirtschaftlichen Wertes entgegenzutreten, sind demnach auch verschiedene Arten von Abreden denkbar. Indexierungen, Teuerungszulagen, Lohnerhöhungen, 13. Monatslohn, Neuverhandlungen über Tarife können bei diesem Problem Abhilfe schaffen und lassen es zu, Lohnforderungen an Geldentwertungen anzupassen.⁵³

45 BGE 76 II 371, E. 4b; Das Nennwertprinzip (auch Nominalismus oder Nominalwertprinzip) besagt, dass der Geldwert eines Geldzeichens von dem ihm aufgeprägten Nennwert abhängt (technischer Nominalismus). Es wird also festgehalten, dass ein gesetzliches Zahlungsmittel immer den ihm verliehenen Wert (valor impositus) beinhaltet. Sie sind von ihrem Substanzwert gelöst (Vischer, 2010, S. 49 f.).

46 VISCHER (Fn. 40), S. 50; Die Gegentheorie zum Nennwertprinzip ist der Valorismus, nach welcher sich der Leistungsumfang allfälligen Geldwertschwankungen anpasst und wobei sich der Umfang des geschuldeten Betrages nach der Kaufkraft zum Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt (BK-WEBER, 2005, N 179 zu Art. 84 OR). Zum anderen ist das Nennwertprinzip von der Kurswerttheorie von Savigny abzugrenzen, wonach dem Gläubiger derjenige betragen übergeben werden soll, welcher Notwendig ist um das gleiche Quantum Silber wie bei Vertragsabschluss wiederzubeschaffen (VISCHER, 2010, S. 51-52). Beide Theorien werden heute kaum mehr vertreten (VISCHER, 2010, S. 51)

47 BK-WEBER (Fn. 42), Rz. 184 zu Art. 84 OR.

48 KOLLER (Fn. 43), S. 642.

49 BK-WEBER (Fn. 42), N 215 zu Art. 84 OR;

50 Vgl. dazu BGE 51 II 303, E. 4; BGE 53 II 76, E. 2; BGE 57 II 596 E. 4; KOLLER (Fn. 43), S. 449.

51 VISCHER (Fn. 40), S. 57.

52 VISCHER (Fn. 40), S. 50.

53 BK-WEBER (Fn. 42), N 215 zu Art. 84 OR.

2. Währung

Eine Bestimmung bezüglich der Währung der Lohnzahlung findet sich in Art. 323b Abs. 1 OR. Danach muss der Geldlohn dem Arbeitnehmer in gesetzlicher Währung innert der Arbeitszeit ausgerichtet werden, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.⁵⁴ Das bedeutet, dass eine Schuld, die in der Schweiz zu tilgen ist und auf Schweizer Währung lautet, in Franken und Rappen zu bezahlen ist. Die Tilgung der Schuld hat durch „gesetzliche Zahlungsmittel“ zu erfolgen, d.h. die vom Bund ausgegebenen Münzen, die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen Banknoten sowie die Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank (Giralgeld).⁵⁵ Wie die Schuld erfüllt werden soll, ist vorbehältlich einiger Einschränkungen Sache des Schuldners. So kann kein Gläubiger gezwungen werden, mehr als hundert Münzen anzunehmen und zudem müssen nur Personen, die bei der SNB ein Girokonto unterhalten, Zahlungen mit Sichtguthaben bei der SNB annehmen.⁵⁶

Wie bereits dem Gesetzestext zu entnehmen ist, sind auch anderweitige Absprachen zulässig. Das gilt auch im Arbeitsvertragsrecht. So können Forderungen auch auf andere Währungen lauten (sog. Fremdwährungsschulden).⁵⁷ Diese Fremdwährungsschuld ist zwar entsprechend dem Inhalt der Obligation in der entsprechenden Fremdwährung zu begleichen, jedoch erlaubt das Gesetz in Art. 84 Abs. 2 OR die Leistung an Erfüllung statt in der Landeswährung, hier also in schweizerischer Währung. Diese Ersatzbefugnis steht ausschliesslich dem Schuldner⁵⁸ und diesem immer nur dann zu, solange nicht ausdrücklich resp. durch eindeutige Willensäusserung vereinbart worden ist, dass die Schuld „effektiv“ in der Fremdwährung zu erfüllen ist.⁵⁹

3. Art der Zahlung

Wie bereits angesprochen, muss die Auszahlung des Lohnes nicht mehr zwingend in bar stattfinden.⁶⁰ Möglich und heutzutage bei der Lohnzahlung

54 Damit ist auch klar, dass Art. 323b OR nicht auf Naturallohn keine Anwendung findet (STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 2 zu Art. 323b OR).

55 Art. 2 lit. a, b und c WZG.

56 KOLLER (Fn. 43), S. 646.

57 Vgl. dazu Kapitel III. A) 2.

58 Wer demnach eine auf eine ausländische Währung lautende Geldforderung in der Schweiz geltend machen will, muss die Zahlung in der ausländischen Währung verlangen (BGE 134 III 151, E. 2.).

59 VISCHER (Fn. 40), S. 30; KOLLER (Fn. 43), S. 647; vgl. dazu ausführlich Kap. III A) 2.

60 BBI 1967, S. 87. VISCHER (Fn. 11), S. 116.

wohl auch üblich, ist eine bargeldlose Zahlung.⁶¹ Möglich sind auch Mischformen, bei denen nur zum Teil auf Bargeld verzichtet wird (z.B. Bargeldeinzahlung am Postschalter auf ein Post(giro)konto).⁶² Bei der Lohnzahlung steht unter den zahlreichen Formen⁶³ der bargeldlosen Zahlung die Bank- oder Postüberweisung im Vordergrund. Diese Art der Schuldtilgung ist im Arbeitsvertragsrecht durchaus zulässig. Dabei sind allerdings einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Zum einen ist eine Zahlung mit Buchgeld i.d.R. nur dann zulässig, wenn der Gläubiger eine entsprechende Erlaubnis ausgesprochen hat.⁶⁴ Die Erlaubnis muss jedoch nicht zwingend in einer persönlichen Erklärung des Gläubigers erfolgen. Vielmehr kann auch das Verhalten des Gläubigers einer Ermächtigung gleichkommen.⁶⁵ Fehlt eine entsprechende Ermächtigung oder verstösst die Zahlung mit Buchgeld offensichtlich gegen die Interessen des Gläubigers, so bewirkt die entsprechende Zahlung auf das Konto des Gläubigers nicht die Erfüllung der Schuld. Vielmehr kann der Gläubiger die Zahlung zurückweisen und die erneute Zahlung verlangen. Zudem muss der Arbeitgeber aufgrund der Qualifikation der Geldschuld als Bringschuld auch bei der Lohnzahlung dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer am Tag der Fälligkeit der Lohnforderung auch über den Betrag verfügen kann.⁶⁶ Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die Zahlung etwas früher in Auftrag geben muss, will er sicher gehen, dass er nicht in Verzug gerät. Allerdings ist er dabei nur für die Verzögerungen seiner eigenen Bank verantwortlich. Verspätungen, welche ihre Ursachen bei der Empfängerbank haben, gehen zu Lasten des Gläubigers.⁶⁷

61 VISCHER (Fn. 40), S. 15. STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N3 zu Art. 323b OR; Zum Ort der Erfüllung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses und beim Naturallohn vgl. BK-REHBINDER (Fn. 27), N 3 ff. zu Art. 323 OR.

62 KOLLER (Fn. 43), S. 649.

63 Bspw. Zahlung durch Bank- oder Postüberweisung, im Lastschriftverfahren sowie mit Kredit- und Debitkarten.

64 KOLLER (Fn. 43), S. 653 ff. vertritt aus guten Gründen sowohl für die Post- als auch für die Banküberweisung die Erlaubnistheorie und lehnt die von anderen Autoren vor allem bezüglich der Postüberweisung vertretene Verbotstheorie ab. Auch das Bundesgericht vertritt formal durchwegs die Ermächtigungstheorie, hält sich aber nicht immer daran (Nachweis in KOLLER, 2009, S. 653).

65 Vgl. hier und im Folgenden: KOLLER, 2009, S. 654 f.

66 BBI 1967, S. 329.

67 KOLLER (Fn. 43), S. 656.

D) Internationales Verhältnis

Bei Arbeitsverhältnissen mit internationalem Bezug werden die schweizerischen Regeln erst dann anwendbar, wenn Gesetz (objektive Anknüpfung) oder eine Rechtswahl der Parteien (subjektive Anknüpfung) darauf verweisen.⁶⁸ Gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG⁶⁹ ist schweizerisches materielles Recht auf ein Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen zunächst dann anwendbar, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in der Schweiz verrichtet. Das ist im Falle der Grenzgänger in diesem Artikel der Fall. Damit knüpft Art. 121 Abs. 1 IPRG an den Erfüllungsort der charakteristischen Leistung an.⁷⁰ Wird die Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten verrichtet, so untersteht der Arbeitsvertrag schweizerischem Recht, wenn sich die Niederlassung des Arbeitgebers oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder subsidiär der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers in der Schweiz befindet.⁷¹ Zudem ist schweizerisches Recht anwendbar, wenn es gemäss Art. 15 Abs. 1 IPRG den engsten Sachzusammenhang aufweist. Zu beachten ist schliesslich die Sonderanknüpfung der Erfüllungsmodalitäten nach Art. 125 IPRG.⁷² In Bezug auf die subjektive Anknüpfung resp. die Rechtswahl durch die Parteien, schränkt Art. 121 Abs. 3 IPRG die Rechtswahl ein. Es können lediglich die Rechtsordnungen der Staaten, in denen der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat in Frage kommen. Insbesondere eine Wahl des Ortes einer vorübergehenden Tätigkeit ist damit nicht statthaft.⁷³ Grenzen findet die Rechtswahl zudem in den sog. lois d'application immédiate und dem ordre public.⁷⁴

Bezüglich Währung ist Art. 147 IPRG zu beachten, der sich jedoch lediglich zu drei Einzelfragen des Währungsrechts äussert.⁷⁵ Was unter einer Währung als gesetzlichem Zahlungsmittel zu verstehen ist, bestimmt die Rechtsordnung des Staates, dessen Währung in Frage steht.⁷⁶ Abs. 2 von Art. 147 IPRG bestimmt, dass die Wirkung einer Währung auf die Höhe einer Schuld dem Recht untersteht, das auf die Schuld anwendbar ist (Schuldstatut). Abs. 3

68 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 24 zu Art. 319 OR.

69 SR. 291.

70 SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, St. Gallen 2000, Rz. 574.

71 Art. 121 Abs. 2 IPRG.

72 Vgl. dazu KNELLER, in: Heinrich Honsell et al., Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Kommentierung zu Art. 125 IPRG.

73 GEISER / MÜLLER (Fn. 10), Rz. 71.

74 Art. 18 und Art. 17 IPRG.

75 SCHWANDER (Fn. 70), Rz. 608.

76 Art. 147 Abs. 1 IPRG.

bestimmt, dass sich die Frage, in welcher Währung zu zahlen ist, d.h. ob der Schuldner eine Fremdwährungsschuld allenfalls auch in Landeswährung zahlen kann,⁷⁷ nach dem Recht des Staates richtet, in dem die Zahlung zu erfolgen hat, d.h. nach dem vertraglich oder gesetzlich vereinbarten Zahlungsort.⁷⁸

III. Besondere Implikationen für Grenzgänger

A) Währung der Lohnzahlung

1. Unterscheidung Schuldwährung und Zahlungswährung

Grundsätzlich muss zwischen der Währungsvereinbarung betreffend *Lohnhoh*e (Franken oder Fremdwährung) und der Währungsvereinbarung betreffend *Lohnauszahlung* (Franken oder Fremdwährung) unterschieden werden.⁷⁹ Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der *Schuld-* und der *Zahlungswährung (Erfullungswahrung)*.⁸⁰ Diese Unterscheidung ist insbesondere bei grenzüberschreitenden Zahlungen, wie bspw. bei der Lohnzahlung von Grenzgängern, von Relevanz, da beim reinen Binnenzahlungsverkehr die Schuldwährung in den meisten Fällen mit der Zahlungswährung zusammenfällt. So werden wohl die meisten Lohnabreden unter der Annahme, dass die Zahlungswährung mit der Schuldwährung übereinstimmt, lediglich Bezug auf die Schuldwährung nehmen.

Diese Tatsache lässt oft vergessen, dass die Parteien nicht nur über die Schuldwährung frei entscheiden können, sondern auch über die Zahlungswährung. Da die Lohnabrede gemäss Art. 322 OR der Parteiautonomie untersteht,⁸¹ ist es somit zulässig im gegenseitigen Einverständnis, die *Lohnhoh*e *vertraglich* in einer fremden Währung festzuhalten.⁸² Aufgrund der Formfreiheit besteht sogar die Möglichkeit, die Lohnhoh

⁷⁷ Wie dies bspw. in Art. 84 Abs. 2 OR vorgesehen ist.

⁷⁸ SCHWANDER (Fn. 70), Rz. 608.

⁷⁹ PLAVEC URS / WEBER WERNER, Die Verwendung des Euro in der Schweiz, Der Schweizer Treuhänder 8/99, S. 678.

⁸⁰ Art. 84 Abs. 2 OR. BURKHALTER KAIMAKLIOTIS SABINE, Verrechnung von Fremdwährungsverbindlichkeiten, Diss. Zürich 2006, S. 39. Vgl. dazu auch VISCHER (Fn. 40), Rz. 382.

⁸¹ Vorbehalten bleiben die Lohnvorschriften von GAV und NAV.

⁸² VISCHER (Fn. 11), S. 117.

⁸³ Vorbehalten bleiben Bestimmungen in GAV, welche zwingend die Schriftlichkeit be-

Natur von Art. 323b Abs. 1 Satz 1 OR im gegenseitigen Einverständnis vereinbart werden, sowohl *einen Teil als auch den ganzen Lohn* in einer fremden Währung *auszubezahlen*.⁸⁴

2. Fremdwährungsschulden

Fremdwährungsschulden, auch *Fremdwährungsverbindlichkeiten* oder *Valutaschulden* genannt, werden dadurch charakterisiert, dass sie nicht auf die Währung des Zahlungsortes lauten, das bedeutet, dass es sich um in ausländischer Währung ausgedrückte Zahlungsverbindlichkeiten handelt.⁸⁵ Haben die Parteien als Schuldwährung eine Fremdwährung bestimmt, wie bspw. 3000 Euro, so steht dem Schuldner, folglich dem Arbeitgeber, immer noch gemäss Art. 84 Abs. 2 OR die Wahl offen, die Schuld in Schweizer Franken zu begleichen (Ersetzungsbefugnis).⁸⁶ Diese Wahlmöglichkeit zwischen Euro und Schweizer Franken steht lediglich dem Schuldner, also dem Arbeitgeber zu. Der Arbeitnehmer hat kein Recht die Erfüllung in Schweizer Franken zu fordern.⁸⁷

Sofern dem Arbeitgeber die Ersetzungsbefugnis verbleibt, handelt es sich bei der Schuld um eine *einfache oder unechte Fremdwährungsschuld*. Sofern die Parteien dem Betrag jedoch den Zusatz "*effektiv*" (oder einen ähnlichen Zusatz)⁸⁸ hinzugefügt haben, steht dem Schuldner diese Option nicht mehr offen, d.h. er muss zwingend in der ausländischen Währung erfüllen. In diesem Fall spricht man von einer *echten Fremdwährungsschuld*.⁸⁹ Die Umrechnungsbefugnis nach Art. 84 Abs. 2 OR ist des Weiteren nur dann anwendbar, wenn der Zahlungsort in der Schweiz liegt.⁹⁰

züglich der Lohnabrede vorsehen.

84 BBI 1967 II, S. 328; VISCHER (Fn. 11), S. 378; ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N3 zu Art. 323b OR; BK-REHBINDER (Fn. 27), N 1 zu Art. 323b OR; BRÜHWILER (Fn. 28), N 1 zu Art. 323b OR; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 2 zu Art. 323b OR.

85 SCHRANER MARIUS, Die Erfüllung der Obligation: Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, N 175 zu Art. 84 OR; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS (Fn. 80), S. 38.

86 Auch Umrechnungsbefugnis, Befugnis zu einer Leistung an Erfüllungsort, Alternativermächtigung oder Ersetzungsbefugnis genannt. KOLLER (Fn. 43), S. 647; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, Rz. 9.05-9.06.

87 KOLLER (Fn. 43), S. 648.

88 KOLLER (Fn. 43), S. 648, hält jedoch fest, dass die Ersetzungsbefugnis nicht zwingend ausdrücklich ausgeschlossen werden muss. Es genügt eine eindeutige Willensäusserung.

89 BURKHALTER KAIMAKLIOTIS (Fn. 80), S. 38.

90 Vgl. dazu auch oben Kapitel II. B) 3. BK-WEBER (Fn. 42), N 327 zu Art. 84 OR.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass es für den Arbeitnehmer empfehlenswert ist, eine Effektivklausel bezüglich der Auszahlung in Euro zu vereinbaren, wenn er sicher gehen möchte, dass die Zahlung dann tatsächlich auch in Euro erfolgt. Mit einer Effektivklausel kann der Arbeitnehmer verhindern, dass der Arbeitgeber die Wahlmöglichkeit zu seinen Gunsten ausnutzt. Der Arbeitnehmer wird insbesondere dann auf eine Effektivklausel bestehen, wenn er mit einer für ihn ungünstigen Verschiebung der Währungsrelation rechnen muss.⁹¹

B) Regelungsmöglichkeiten bei Vertragsabschluss

1. Grundsätzlich

Obwohl es den Parteien nach dem bereits Gesagten offen stünde, sowohl eine Regelung betreffend der Schuldwährung als auch der Zahlungswährung zu treffen, wird in der Praxis in den meisten Lohnabreden wohl von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, da die Parteien sich dieser Regelungsmöglichkeiten gar nicht bewusst sind und es die Lohnzahlung zudem komplizierter werden lässt. Die Parteien können die Lohnhöhe sowohl in *einheimischer* als auch in *Fremdwährung* festlegen.⁹²

Im ersten Fall bei dem die *Schuldwährung der Schweizer Franken* ist, wird der Lohn gemäss Art. 323b Abs. 1 OR vorbehalten einer anders lautenden Abrede in Schweizer Franken ausbezahlt. Eine mögliche Formulierung könnte wie folgt lauten: „Der Lohn beträgt 3000 Schweizer Franken und wird in Schweizer Franken ausbezahlt“ oder lediglich „Der Lohn beträgt 3000 Schweizer Franken“. Bei dieser Lohnzahlungsart wird der Arbeitnehmer wohl zumeist ein Konto in der Schweiz eröffnet haben. Es muss hierbei jedoch festgehalten werden, dass kein Arbeitnehmer dazu verpflichtet werden kann, ein Konto in der Schweiz zu eröffnen, um dem Arbeitgeber die bargeldlose Zahlung zu ermöglichen.⁹³ Unabhängig von dieser Problematik muss somit für den Fall, dass der Grenzgänger ein Schweizer Konto unterhält und der Arbeitgeber auf dieses Konto in Schweizer Franken auszahlt keine Umrech-

WIEGAND WOLFGANG / BERGER BERNHARD, Der Euro – rechtliche Aspekte der neuen europäischen Währung, recht 3/1998, S. 93.

91 Weitere Gründe für die Vereinbarung einer Effektivklausel finden sich bei ZK-SCHRANER (Fn. 85), N 209 zu Art. 84 OR.

92 Vgl. dazu Kapitel III. A) 1.

93 KOLLER (Fn. 43), S. 652; A. M. HODEL ANNETTE, Die bargeldlose Zahlung im schweizerischen Recht in WIEGAND WOLFGANG, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Bern 2000, S. 179 ff.

nung beim Arbeitgeber oder der Bank stattfinden. Der Grenzgänger hat seinen Lohn selbst, sofern nötig, in Euro zu wechseln.

Hat der Grenzgänger jedoch lediglich ein ausländisches, bspw. ein deutsches Konto, so bleiben dem Arbeitgeber zwei mögliche Auszahlungsmethoden. Entweder er zahlt den Lohn dem Grenzgänger bar aus oder er gibt den Zahlungsauftrag in Schweizer Franken und dieser Betrag wird dann von der Empfängerbank zum *Devisenkurs*⁹⁴ *am Tag vom Eingang bei der Empfängerbank* umgerechnet, d.h. es wird der Wechselkurs zum Zeitpunkt des Eingangs des Zahlungsauftrages bei der Empfängerbank verwendet. Hierbei werden sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer Gebühren für die Überweisung entstehen. Wie diese Gebührentragung⁹⁵ in der rechtlichen Theorie geregelt wird, kann vorliegend nur in den Grundzügen aufgezeigt werden. Es kann festgehalten werden, dass – vorbehaltlich einer abweichenden Abrede⁹⁶ – die Überweisungsgebühren (Post- oder Bankgebühren) vom Arbeitgeber getragen werden müssen, da es sich bei Geldschulden in der Regel um Bringschulden handelt.⁹⁷ Der Arbeitgeber trägt jedoch nicht die Gebühren der Bank des Arbeitnehmers.⁹⁸

Für den Fall, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer die *Lohnhöhe in Euro* festlegen und dieser Abmachung keinen Zusatz wie bspw. „Die Lohnzahlung erfolgt *effektiv* in Euro“ beifügen, bleibt dem Arbeitgeber gemäss Art. 84 Abs. 2 OR immer noch die Möglichkeit den Lohn, wie bereits erwähnt, in Schweizer Franken zu bezahlen.⁹⁹ Die Umrechnung gemäss Art. 84 Abs. 2 OR ist jedoch nicht möglich, wenn sich der Zahlungsort im Ausland befin-

94 Der Devisenkurs wird bei der Zahlung von fremder Währung, die im Ausland auszuführen ist, herangezogen. BURKHALTER KAIMAKLIOTIS (Fn. 80), S. 149.

95 Es kommt sowohl darauf an, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Girokonto bei derselben Bank haben (Hausüberweisung) oder nicht (Kettenüberweisung). KOLLER, 2009, S. 650 f.; Die Kettenüberweisung wird zumeist in höheren Gebühren resultieren. Zudem werden je nach Bank unterschiedliche Gebühren erhoben. Vielfach wird den Arbeitgebern empfohlen, eine Pauschale zu bezahlen, welche sämtliche Gebühren abdeckt.

96 Die Zulässigkeit von Abreden, welche die Gebührentragung in unverhältnismässiger Weise (insbesondere für den Fall, dass dem Arbeitnehmer die Währungswechselgebühren auferlegt werden) auf den Arbeitnehmer überwälzen, muss insbesondere unter dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Lohn hat, dann kritisch hinterfragt werden, wenn eine solche Vereinbarung nicht vorgängig verabredet wurde.

97 Vgl. dazu Kapitel II. C) 1.

98 BK-WEBER (Fn. 42), N 111 zu Art. 74 OR; BK-REHBINDER (Fn. 27), N 2 zu Art. 323b OR.

99 Es handelt sich somit um eine Befugnis zu einer Leistung an Erfüllung Statt (Alternativermächtigung, Ersatzbefugnis). KOLLER (Fn. 43), S. 647; Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 86), Rz. 9.05-9.06.

det.¹⁰⁰ Wurde eine Effektivklausel vereinbart, so ist sowohl Schuld- als auch Zahlungswährung der Euro. Man könnte eine solche Abrede wie folgt vertraglich festhalten: „Der Lohn beträgt 3000 Euro und wird (effektiv)¹⁰¹ in Euro ausbezahlt“. Auch hier muss keine Umrechnung stattfinden, wenn der Arbeitgeber bereits Umsätze in Euro generiert und ein Eurokonto unterhält. Diesfalls kann er die Euroreserven gerade für die Lohnzahlungen seiner Grenzgänger verwenden.

Weiter ist eine Lohnabrede denkbar, welche als Schuldwährung den Schweizer Franken, als Zahlungswährung jedoch den Euro vorsieht. Die Lohnabrede könnte wie folgt formuliert werden: „Der Lohn beträgt 3000 Schweizer Franken und wird (effektiv) in Euro ausbezahlt“. Bei dieser Form der Abrede muss eine Umrechnung stattfinden. Es stellt sich die Frage, welcher Wechselkurs bei der Umrechnung von Schweizer Franken in Euro zur Anwendung kommt. Gemäss REHBINDER ist der Wechselkurs zur Zeit der Fälligkeit des Lohnes massgebend.¹⁰² Dieser Umrechnungszeitpunkt entspricht der Regelung von Art. 84 Abs. 2 OR, welche auf den Wechselkurs zur Verfallzeit abstellt. Im Einzelfall muss jedoch unterschieden werden, ob die Zahlung *vor* oder *nach* der Fälligkeit stattfindet.¹⁰³ Wird der Lohn *vor Eintritt der Fälligkeit* bezahlt, so ist der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung massgeblich. Mit einer vorzeitigen Zahlung kann sich der Schuldner nur befreien, wenn diese gemäss Art. 81 Abs. 1 OR zulässig war.¹⁰⁴

Wird der Lohn *nach Eintritt der Fälligkeit* gezahlt (der Arbeitgeber befindet sich je nachdem, ob eine Mahnung notwendig ist und stattgefunden hat, im Verzug), so ist der Wechselkurs zur Verfallzeit massgeblich und nicht jener im Zeitpunkt der Zahlung. Für die bargeldlose Lohnzahlung folgt hieraus, dass der Arbeitgeber dafür zu sorgen hat, dass der Wechselkurs bei Fälligkeit zur Anwendung kommt und nicht der ansonsten üblicherweise von der Bank angewandte Wechselkurs zur Zeit des Zahlungseingangs bei der Empfängerbank. Unterlässt dies der Arbeitgeber, so kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Kursdifferenz nach Art. 103 i.V.m. 106 Abs. 1 OR verlangen.¹⁰⁵ Der Vorteil der Variante der Festsetzung der Schuldwährung in Schweizer Franken und der Zahlungswährung in Euro hat für den *Grenzarbeitnehmer*,

100 BK-WEBER (Fn. 42), N 327 zu Art. 84 OR.

101 Vgl. dazu Fn. 74.

102 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 1 zu Art. 323b OR.

103 KOLLER (Fn. 43), S. 647-648. Vgl. zur Fälligkeit der Lohnforderung Kapitel II. B) 2. Der Zahlungszeitpunkt stimmt insbesondere bei der bargeldlosen Lohnzahlung zu meist nicht mit dem Fälligkeitszeitpunkt überein.

104 KOLLER (Fn. 43), S. 648.

105 Der Ersatz der Kursdifferenz steht ihm jedoch lediglich zu, sofern er beweisen kann, dass er bei rechtzeitiger Zahlung in die andere Währung gewechselt hätte. KOLLER (Fn. 43), S. 648.

welcher nicht nur am Wochenende in seine Heimat zurückkehrt, den Vorteil, dass er kein – für ihn grundsätzlich nutzloses – Schweizer Konto eröffnen muss. Für den *Arbeitgeber* kann die effektive Auszahlung in Euro wie oben erwähnt immer dann sinnvoll sein, wenn das Unternehmen Euroreserven besitzt und diese dann gerade zur Lohnzahlung seiner Mitarbeiter nutzen kann.¹⁰⁶

Eine weitere theoretische Regelungsmöglichkeit bei Vertragsabschluss könnte vorsehen, einen Teil des Lohnes in Schweizer Franken und einen Teil in Euro auszubezahlen.¹⁰⁷ Eine Formulierung einer solchen Abrede könnte wie folgt lauten: „Es werden 1000 Euro *und* 1000 Schweizer Franken ausbezahlt.“ Die Vorteile einer solchen Abrede liegen wohl darin das Risiko einer Geldentwertung durch Streuung zu minimieren.

Weiter ist vorstellbar, dass die Parteien im Arbeitsvertrag vereinbaren, dass der Arbeitgeber einseitig mit vertragsändernder Wirkung von der Auszahlung in Schweizer Franken auf eine Lohnauszahlung in Euro wechseln kann oder umgekehrt. Eine solche Klausel muss jedoch insbesondere unter dem Aspekt der Ungewöhnlichkeitsregel kritisch angesehen werden. Ungewöhnliche Vertragsklauseln müssen vom Arbeitnehmer ausdrücklich angenommen werden. Zudem gelten die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 27 ZGB, welche insbesondere beim Lohn als wesentliches Merkmal eines Arbeitsvertrages eng gezogen werden sollten. Wichtig ist es wohl auch, zu differenzieren, ob es sich tatsächlich um eine Arbeitsvertragsänderung handeln soll oder ob der Lohn nur vorübergehend in Euro ausgezahlt werden soll.¹⁰⁸

2. Fehlende und unklare Lohnabreden

Für den Fall, dass die Parteien *keine Abrede* (weder mündlich noch schriftlich noch konkludent) bezüglich der Lohnhöhe getroffen haben, kommt sofern keine anwendbaren Lohnbestimmungen in einem GAV oder NAV vorliegen, Art. 322 OR zum Zug, der besagt, dass bei fehlender Abrede der *übliche Lohn* geschuldet ist.¹⁰⁹

Hierbei stellt sich die Frage, ob der übliche Lohn auch einen Euro-Lohn darstellen kann. Für den Fall, dass ein Unternehmen mit allen seinen Mitarbeitern den Lohn sowohl in Euro festgesetzt hat als auch in Euro auszahlt, muss

106 So erwirtschaftet bspw. das KMU Sauter einen Grossteil ihres Umsatzes in Euro. VOIGT CONNIE, „Arbeit in der Schweiz, Löhne in Euro = Profit für alle“, HR Today, 09/2005.

107 BBI 1967 II, S. 328.

108 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 4 zu Art. 320 OR.

109 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 4 zu Art. 322 OR.

gefragt werden, ob dies falls nicht auch der übliche Lohn konsequenterweise ein Euro-Lohn ist. Unter dem *üblichen Lohn* wird eine Vergütung verstanden, die im selben Betrieb, in der gleichen oder in einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort für eine entsprechende Tätigkeit unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse (Alter, Familienstand, Kinderzahl, Ausbildung) bezahlt wird.¹¹⁰

Für den Fall, dass es tatsächlich in einer ganzen Branche üblich ist, den Lohn in Euro auszubezahlen, so kann der übliche Lohn einen Eurolohn darstellen. Zahlt hingegen lediglich der in Frage stehende Betrieb den Lohn in Euro, so ist darauf abzustellen, ob der Eurolohn höher ist als der in der Branche geltende Lohn. Ist er höher, so darf der betriebsübliche Eurolohn als üblicher Lohn angenommen werden, ist er hingegen tiefer, so ist statt vom Eurolohn vom durchschnittlich in der Branche bezahlten Lohn auszugehen.

Eine solche *Übung* darf dennoch nur sehr zurückhaltend angenommen werden. Im *Zweifel* ist der Geldlohn in gesetzlicher Währung auszuzahlen.¹¹¹ Ist der übliche Lohn nicht feststellbar, so setzt der Richter den Lohn nach seinem Ermessen fest.¹¹²

Bei einer *unklaren Lohnabrede* muss der Lohn gemäss der objektivierten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip eruiert werden.¹¹³ Haben die Parteien bspw. vergessen die Währung festzulegen, so ist dies ebenfalls als unklare Lohnabrede einzustufen. Es muss somit der Parteiwillen betreffend der Währung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden. Fehlt es an einer Abrede betreffend der Währung, so ist davon auszugehen, dass der hypothetische Parteiwille auf die Währung des nach Vertragsstatut festzulegenden Zahlungsortes zielt.¹¹⁴

3. Währungsoptionsklauseln

Eine weitere, mögliche Lohnvereinbarung könnte vorsehen, dass die Parteien einen Arbeitsvertrag abschliessen und dabei die Lohnhöhe wie folgt bestimmen „geschuldet sind 4000 Franken *oder* 3121 Euro“.¹¹⁵ Eine solche Klausel kann auch als „multiple currency clause“, Alternativschuld, alternative Wäh-

110 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 12 zu Art. 322 OR; JAR 1997, S. 109 ff.

111 ZK-STAEHELIN (Fn. 15), N3 zu Art. 323b OR.

112 Art. 4 ZGB. BK-REHBINDER (Fn. 27), N 13 zu Art. 322 OR.

113 BGE 129 III 118; STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 3 zu Art. 322 OR.

114 BK-WEBER (Fn. 42), N 312 zu Art. 84 OR.

115 Hierbei wird wohl der Wechselkurs zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den Parteien zur Festsetzung des Betrages in der jeweils anderen Währung verwendet werden.

rungsklausel oder Währungsoptionsklausel bezeichnet werden. Es handelt sich hierbei um zwei verschiedene, mögliche Zahlungswährungen. Es muss geregelt werden, wem die Wahl der Erfüllungswährung zusteht.¹¹⁶ Denkbar ist zudem eine Klausel, welche zusätzlich den Ort der Zahlung angibt: „geschuldet sind 4000 Franken (in der Schweiz) oder 3121 Euro in Frankreich“. Man spricht von einer Koppelung einer Währungsoptionsklausel mit einer korrespondierenden alternativen Zahlstellenklausel.¹¹⁷ *Je nach Abrede* steht demzufolge entweder dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer die Wahl zwischen der für ihn günstigeren Zahlungswährung zu und er kann sich auf diese Weise gegen das Risiko einer Geldentwertung absichern.¹¹⁸ Zur Festsetzung einer Wertrelation zwischen den alternativen Zahlungswährungen wird wohl der Wechselkurs zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den Parteien verwendet werden.

Ähnlich wäre eine Regelung wie bspw. „geschuldet sind 4000 Franken *oder das Äquivalent in Euro*“. Haben die Vertragsparteien hierbei keine Angaben bezüglich der Errechnung des Äquivalentes gemacht, so ist davon auszugehen, dass der Wechselkurs bei Fälligkeit der Lohnforderung¹¹⁹ relevant ist.

4. Wertsicherungsklauseln

Im Rahmen der vertraglichen Lohnabrede kann eine Wertsicherungsklausel vereinbart werden. Zweck einer solchen Wertsicherungsklausel ist es, den Gläubiger, also den Arbeitnehmer, gegen einen Kaufkraftverlust seiner Lohnforderung durch eine Geldentwertung zu schützen. So ist am Erfüllungstag statt des der betragsmäßig festgelegten Summe, der Betrag geschuldet, welcher dem inneren Wert (der realen Kaufkraft) der Geldschuld zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspricht. Eine mögliche Wertsicherungsklausel kann vorsehen, dass sich die Lohnforderung am Landesindex der Konsumentenpreise orientiert. Weber hält fest, dass Wertsicherungsklauseln insbesondere bei langfristigen Verträgen, wie dem Arbeitsvertrag, von Relevanz sind.¹²⁰ Es kommt zu einer Verschiebung des Risikos der Geldentwertung vom Gläu-

116 Bei fehlender Bestimmung des Wahlberechtigten, muss aufgrund der konkreten Umstände (durch die Währungsklausel angestrebter Zweck) entschieden werden, wem die Wahlmöglichkeit zusteht. BK-WEBER, 2005, N 315 ff. zu Art. 84 OR.

117 BK-WEBER (Fn. 42), N 317 zu Art. 84 OR.

118 Vgl. ZK-SCHRANER (Fn. 85), N 113 zu Art. 84 OR.

119 Vgl. zur Fälligkeit der Lohnforderung Kapitel II. B) 2.

120 BK-WEBER (Fn. 42), N 224 zu Art. 84 OR.

biger auf den Schuldner.¹²¹ Das Prinzip des Nominalismus wird mit einer Wertsicherungsklausel ausgeschlossen.¹²²

Wertsicherungsklauseln sind nach herrschender Lehre¹²³ zulässig, sofern der Gesetzgeber sie nicht explizit untersagt.¹²⁴ Lohnindexierungen sind in der Schweiz somit zulässig.

Q Während des Arbeitsverhältnisses

1 Änderungen der Lohnvereinbarung

II *Theoretische Grundlagen*

Änderungen der Lohnvereinbarungen können auf verschiedene Arten erreicht werden. Insbesondere sind zwei Möglichkeiten zu nennen, die *Änderungskündigung* und der *Änderungsvertrag*. Unter einer Änderungskündigung versteht man eine Kündigung, verbunden mit einem Angebot zum Abschluss eines neuen Vertrages.¹²⁵ Diese Möglichkeit steht zwar beiden Seiten offen, jedoch wird sie in der Regel vom Arbeitgeber ausgehen. Bei der Änderungskündigung kann man zwei grundsätzlich verschiedene Varianten unterscheiden. Zum einen spricht man von einer *uneigentlichen Änderungskündigung*, wenn einer Vertragspartei unter Androhung der Kündigung eine Offerte für einen Änderungsvertrag vorgelegt wird und eine Kündigung nur ausgesprochen wird, wenn diese Offerte von der Gegenpartei nicht angenommen wird.¹²⁶ Hier hat der Arbeitgeber allerdings immer noch die Möglichkeit, auch nach erfolgter Ablehnung der Offerte durch den Arbeitnehmer auf die tatsächliche Aussprache der Kündigung zu verzichten. Dagegen spricht man von einer *eigentlichen Änderungskündigung*, wenn eine Partei tatsächlich eine Kündigung des geltenden Arbeitsvertrages ausspricht, gleichzeitig jedoch eine neue Vertragsofferte unterbreitet.¹²⁷ Die Kündigung kann in diesem Fall entweder bedingt (der Arbeitsvertrag wird ohne weiteres Zutun gekündigt, wenn die neue Vertragsofferte nicht angenommen wird) oder unbedingt (der aktuelle Arbeitsvertrag wird tatsächlich aufgelöst mit der Möglichkeit einen

121 ZK-SCHRANER (Fn. 85), N 94 zu Art. 84 OR.

122 BK-WEBER (Fn. 42), N 223-224 zu Art. 84 OR; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS (Fn. 80), S. 168.

123 Statt vieler ZK-SCHRANER (Fn. 85), N 97 zu Art. 84 OR.

124 ZK-SCHRANER (Fn. 85), N 97 zu Art. 84 OR.

125 GEISER / MÜLLER (Fn. 10), Rz. 666.

126 POLCAN / STENGEL (Fn. 16), S. 251.

127 GEISER / MÜLLER (Fn. 10), Rz. 667.

neuen abzuschliessen) erfolgen.¹²⁸ Beide Varianten sind gemäss Bundesgericht nicht a priori missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, denn eine Anpassung eines Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse müsse möglich und zulässig sein.¹²⁹ Grenzen ergeben sich dann, wenn der durch die drohende Kündigung ausgeübte Druck ausgenützt wird, um eine unbillige Vertragsänderung zu Ungunsten der Gegenpartei durchzusetzen, welche sachlich nicht gerechtfertigt werden kann.¹³⁰ Zudem kann die Änderungskündigung auch auf Grund des Vorgehens missbräuchlich sein.¹³¹ Ebenfalls als einseitiges Gestaltungsrecht des Gläubigers kann die Umrechnungsbefugnis angesehen werden.

Neben der Änderungskündigung steht es den Parteien jedoch zudem frei, im gegenseitigen Einverständnis die Lohnvereinbarung abzuändern. Aus der Tatsache, dass der Arbeitsvertrag formlos zu Stande kommen kann, folgt, dass auch die Änderung bestehender Arbeitsverträge formlos zulässig ist. Auch ein schriftlich abgeschlossener Arbeitsvertrag kann während des Arbeitsverhältnisses formlos, sowohl mündlich als auch stillschweigend (durch konkludentes Verhalten) abgeändert werden.¹³² Vorausgesetzt wird natürlich das gegenseitige Einverständnis der Vertragsparteien. Da eine Vertragsänderung im gegenseitigen Einverständnis auch durch konkludentes Verhalten zu Stande kommen kann, muss untersucht werden, ob in einer mehrfachen protestlosen Entgegennahme des Lohnes in Euro statt in Franken eine stillschweigende Zustimmung des Grenzgängers zu einer Lohnzahlungsänderung zu sehen ist oder nicht. Eine stillschweigende Änderung der Lohnvereinbarung zu Lasten des Arbeitnehmers ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen, da derjenige, welcher eine geltende Lohnvereinbarung nicht mehr gelten lassen will, dies unmissverständlich manifestieren muss.¹³³ Somit kann in einer mehrfachen protestlosen Entgegennahme des Lohnes in Euro statt in Franken eine stillschweigende Lohnänderung gesehen werden. Sofern die Lohnänderung jedoch zu Lasten des Arbeitnehmers geht, ist eine solche Vermutung nur mit größter Zurückhaltung anzunehmen.

Weiter muss man sich bei Änderungen der Lohnvereinbarung die Frage stellen, in welcher Beziehung eine solche Änderung der Lohnvereinbarungen zum Verzichtsverbot steht. Gemäß Art. 341 OR darf der Arbeitnehmer wäh-

128 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 3 zu Art. 335 OR.

129 BGE 123 III 245, E. 3b.

130 GEISER, AJP 1999, S. 64.

131 Vgl. dazu ausführlich GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 65.

132 BGE 105 II 78. Eine stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers wird vielfach bei für ihn positiven Lohnänderungen angenommen, wie bspw. bei Lohnerhöhungen und Teuerungszulagen.

133 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 4 zu Art. 320 OR.

rend des Arbeitsverhältnisses und einen Monat nach dessen Beendigung nicht auf unabdingbare Forderungen, die sich aus dem Gesetz oder einem GAV ergeben, verzichten. Das Verzichtsverbot verbietet nur den Verzicht auf bereits entstandene Forderungen und nicht – wie dies beim Änderungsvertrag vorgesehen ist – auf zukünftige Forderungen.¹³⁴ Somit verstößt ein Änderungsvertrag im Normalfall, wenn die Parteien vereinbaren, dass die Änderungen bezüglich des Lohnes erst auf den nächsten Monat Wirkung entfalten sollen, nicht gegen das Verzichtsverbot gemäß Art. 341 OR, da dieses lediglich den einseitigen Verzicht auf *bereits entstandene Forderungen* erfasst. Eine einvernehmliche Änderung der Lohnhöhe, deren Wirkung erst auf den nächsten Monat in Kraft tritt, ist somit zulässig.¹³⁵

Unter einem anderen Licht würde sich die Frage präsentieren, wenn eine zweiseitige Vertragsänderung *per sofort* und nicht erst auf den kommenden Monat Wirkung entfalten würde. Diesfalls würde der Arbeitnehmer ja allenfalls¹³⁶ auf bereits entstandenen Lohn verzichten. Hier würde sich dann die Frage stellen, ob es sich beim Grundlohn um eine unabdingbare gesetzliche Forderung i.S.v. Art. 341 OR handelt. Die Lehre ist sich diesbezüglich uneinig. So zählt ein *Teil der Lehre*¹³⁷ die Lohnforderung gemäß Art. 322 OR nicht zu den unabdingbaren Forderungen, da weder aus dem Wortlaut selbst der zwingende Charakter der Bestimmung hervorgeht, noch der Artikel im Katalog der zwingenden Bestimmungen (Art. 361 und Art. 362 OR) aufgelistet ist. Ein *anderer Teil der Lehre*¹³⁸ geht davon aus, dass der Katalog der Art. 361 und 362 OR nicht abschließend ist und zählt den Art. 322 OR auch zu den unabdingbaren Forderungen, u.a. mit der Begründung, dass der Gesetzgeber den Grundlohn an verschiedenen Orten im Gesetz schützt.¹³⁹ Ein einseitiger Verzicht auf bereits entstandenen Lohn wäre nach dieser Meinung somit unzulässig. Das Bundesgericht vertritt die erste Meinung, nach welcher der Grundlohn, d.h. der Lohn im engeren Sinne, keine unabdingbare Forde-

134 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 4 zu Art. 320 OR.

135 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 5 zu Art. 341 OR.

136 Dies wäre aktuell bspw. der Fall, wenn neu statt 3000 Schweizer Franken 2000 Euro ausbezahlt würden, nach dem heutigen Umrechnungskurs würde dies ungefähr einer Lohneinbusse von 340 CHF entsprechen.

137 BK-REHBINDER (Fn. 27), N 2 zu Art. 322 OR. STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 5 zu Art. 341 OR.

138 WYLER RÉMY, Salaire de base et Impossibilité d'y renoncer. in KAHIL-WOLFF, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 399 ff.; AUBERT GABRIEL in THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Code des obligations I: Code des obligations Art. 1-529, Genf 2003, N 4 zu Art. 341 OR.

139 WYLER (FN. 138), S. 399 ff., hält fest, dass nicht einzusehen ist, weshalb der Gesetzgeber den Lohn einerseits an verschiedenen Stellen im Gesetz schützen wollte (bspw. bei der Abtretung und Verpfändung von Lohnforderungen gemäß Art. 325 OR) und andererseits dennoch einen Verzicht darauf zulassen will.

zung darstellt und ein Verzicht somit zulässig ist.¹⁴⁰ Der Rechtsprechung folgend ist demnach auch eine Änderung der Lohnvereinbarung mit sofortiger Wirkung unproblematisch.

Weiter darf bei Änderungen der Lohnvereinbarung nie das Gleichbehandlungsgebot vergessen werden. Ein absolutes Gleichbehandlungsgebot ist im Privatrecht grundsätzlich nicht zu finden. In privatrechtlichen Verhältnissen und damit auch im Arbeitsvertragsrecht herrscht in aller Regel Privatautonomie.¹⁴¹ Inhaltlich unterliegen Verträge damit den Schranken von Art. 19 und 20 OR. Namentlich sind die Schranken des Gesetzes, der öffentlichen Ordnung, des Persönlichkeitsrechtes und der guten Sitten zu wahren.¹⁴² Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet jedoch ein beschränktes Gleichbehandlungsgebot der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber darf nicht einzelne Arbeitnehmer desselben Unternehmens willkürlich, d.h. ohne jeden sachlichen Grund, benachteiligen.¹⁴³ Eine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer wird in der Schweiz allerdings überwiegend abgelehnt.¹⁴⁴ Das Bundesgericht führt dazu aus, "dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt."¹⁴⁵ Anders sieht die Situation dann aus, wenn Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts ungleich behandelt werden. In diesem Fall kommt nicht der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung, sondern viel mehr jener aus dem Gleichstellungsgesetz.¹⁴⁶

Zu beachten ist im Zusammenhang mit Grenzgängern jedoch auch das zwischen der Schweiz einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits geschlossene Abkommen über die Freizügig-

140 Urteil vom 9.1.2001, 4C.182/2000, E. 5c in JAR 2002, S. 326.

141 PÄRLI KURT, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz, mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, Jusletter vom 7. Februar 2011, S. 2.

142 HEINI ANTON / SCHERRER URS, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB). 3. Aufl., 2006; N 21 zu Art. 60-79 OR.

143 STREIFF / VON KAENEL (Fn. 17), N 12 zu Art. 328 OR.

144 Vgl. dazu GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? in: Becker Jürgen / Hilty Reto M. / Stöckli Jean-Fritz / Würtenberger Thomas (Hrsg.) Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, München / Bern 2002, S. 48.

145 BGE 129 III 276 E. 3.1.

146 Vgl. dazu: GEISER / MÜLLER (Fn. 10), Rz. 384-389.

keit.¹⁴⁷ Gemäss Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Mithin dürfen Staatsangehörige einer Vertragspartei aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.¹⁴⁸ Dabei ist sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung verboten. Eine indirekte Diskriminierung liegt laut Bundesgericht dann vor, „wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre“.¹⁴⁹ Dieses Diskriminierungsverbot ist u.a. bezüglich der arbeitsrechtlichen Bestimmungen direkt anwendbar.¹⁵⁰

1.2 *Währungsänderungen und Lohnkürzungen*

Die Diskussionen bezüglich Änderungen der Lohnauszahlungsmodalitäten bei Grenzgängern gewannen insbesondere aufgrund des starken Frankens und den daraus folgenden finanziellen Schwierigkeiten (sinkende Margen) verschiedener Firmen an Bedeutung.¹⁵¹ Die Unternehmen versuchen derzeit stärker denn je Kostensenkungsmassnahmen zu finden und umzusetzen. Gleichzeitig profitieren Grenzarbeiter vom starken Franken, da die Kaufkraft ihres Lohnes in ihrem Heimatland höher ist als zuvor. Diesen Umstand haben nun einige Arbeitgeber dazu benutzt, um Lohnänderungen mit der Begründung der erhöhten realen Kaufkraft des Lohnes ihrer Grenzarbeiter vorzunehmen.

Bleibt die Schuldwährung gleich und wird lediglich Zahlungswährung von Schweizer Franken auf Euro abgeändert, so wird dies für den Arbeitgeber zu einem lediglich geringfügigen Vorteil führen, deshalb wird wohl zumeist eine Änderung sowohl der Schuld- als auch der Zahlungswährung vorgenommen. In der Praxis kommt dieser Problematik wenig Bedeutung zu, da zumeist ohnehin nicht zwischen der Währung der Lohnhöhe und der Lohnauszahlung unterschieden wird. Daher wird wohl zumeist nur eine Angabe bezüglich der Lohnhöhe gemacht, welche sowohl als Schuld- als auch Zahlungswährung

147 FZA, SR 0.142.112.681.

148 Art. 9 Abs. 1 FZG.

149 BGE 130 I 26, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.4.

150 PÄRLI (Fn. 141), S. 4 mit Verweis auf BGE 129 II 249, E. 3.3.

151 Insbesondere Exportfirmen.

angesehen wird. Änderungen der bestehenden Lohnvereinbarungen werden wohl meist in Richtung Lohnkürzungen zielen.

Aus dem Gesagten folgt, dass eine Währungsänderung sowohl auf dem Weg der Änderungskündigung als auch auf dem Weg des Änderungsvertrages möglich ist. Die Lohnänderung darf jedoch nicht diskriminierend im Sinne des FZG sein und kann lediglich zu Stande kommen, sofern eine Übereinkunft erzielt werden konnte.

2. Exkurs: Änderung der Arbeitszeit gestützt auf GAV

Der starke Franken hat Exportunternehmen zu vielen Massnahmen bewogen, um ihre finanziellen Schwierigkeiten zu bewältigen. Dabei haben einige Unternehmen die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer gestützt auf den Krisenartikel 57.4 des GAV der Maschinen, Elektro- und Metallindustrie erhöht und zwar ohne gleichzeitige Lohnerhöhung. In Art. 57 ff. GAV MEM werden Abweichungen von arbeitsvertraglichen Bestimmungen in Ausnahmefällen vorgesehen. Dabei werden Art, Dauer, Ausmass und Modalitäten sowie allfällige Kompensationen der Abweichung von der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung (unter Umständen auch in Zusammenarbeit mit den beteiligten Vertragsparteien) in einer *schriftlichen Betriebsvereinbarung* festgelegt.¹⁵² Ein solcher Ausnahmefall ist zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten bestimmt. Nach Art. 57.4 Abs. 1 GAV MEM kann zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten *ausnahmsweise* und *befristet* von den arbeitsvertraglichen Bestimmungen der Art. 12.1 (Jährliche Normalarbeitszeit) und 12.5 (Überstunden und Überzeit) GAV MEM abgewichen werden. Somit ist eine solche Massnahme nur zulässig, sofern sie *tatsächlich der Bewältigung wirtschaftlicher Schwierigkeiten dient* und *befristet* ist. Ziel der Massnahme muss es sein Arbeitsplätze zu erhalten.¹⁵³ So wird die Abweichung betreffend der Erhöhung der Arbeitszeit dann hinfällig, wenn es im Anschluss an eine solche Abweichungsvereinbarung zu einer grösseren Anzahl von Entlassungen kommt.¹⁵⁴ Bezüglich der Befristung der Massnahme ordnet Art. 57.4 Abs. 3 GAV MEM an, dass die Abweichungsvereinbarung maximal für 24 Monate abgeschlossen werden kann. Soll die Vereinbarung auf eine längere Frist abgeschlossen werden oder nach 24 Monaten verlängert werden, so muss die Geschäftsleitung dies sofort dem ASM (Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie (Swissmem)) melden, welcher umgehend die Vertragsparteien

¹⁵² Art. 57.1 Abs. 3 GAV MEM. Existiert keine Arbeitnehmervertretung, so bedarf es der Zustimmung der Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer.

¹⁵³ Art. 57.1 Abs. 1 GAV MEM.

¹⁵⁴ Art. 57.4 Abs. 1 GAV MEM.

informiert. Die Vertragsparteien haben ab Erhalt der schriftlichen Mitteilung 7 Tage Zeit, ihre Beteiligung am Verfahren zu bestätigen. Die Betriebsvereinbarung tritt jedoch lediglich in Kraft, wenn ihr neben Geschäftsleitung und Arbeitnehmervertretung auch die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien zustimmen.

Abgesehen von der Befristung und der tatsächlichen Bekämpfung von wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist weiter darauf zu achten, dass die Geschäftsleitung die Arbeitnehmervertretung rechtzeitig über die wirtschaftlichen Schwierigkeiten aufklärt und über die mögliche Anwendung des Krisenartikels informiert.¹⁵⁵ Ferner müssen die möglichen Massnahmen zur Erreichung des Ziels der Arbeitsplatzzerhaltung einer umfassenden Evaluation unterzogen werden (Verhältnismässigkeitsprüfung). Bei der Anwendung des Art. 57.4 GAV MEM muss diesbezüglich die zeitliche Dringlichkeit der Massnahme berücksichtigt werden.¹⁵⁶

Kann keine Einigung zwischen den Parteien erreicht werden, so gelten die Bestimmungen des GAV MEM.¹⁵⁷

D) Zusammenfassung und Empfehlungen

Nach diesen Ausführungen kann zunächst zusammenfassend festgehalten werden, dass dem (dispositiven) Grundsatz nach dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten ist, d.h. die Zahlungsperioden einen Monat betragen und die Fälligkeit der Lohnforderung gemäss Art. 76 Abs. 1 OR auf den letzten Tag des entsprechenden Kalendermonats fällt. Beim Geldlohn handelt es sich des Weiteren um eine gewöhnliche Geldschuld, auf die grundsätzlich das Nennwertprinzip anzuwenden ist. Bezüglich Währung der Lohnforderung sind die Parteien frei, auch andere als die gesetzliche Währung zu vereinbaren. Das gilt sowohl für die Währungsvereinbarung betreffend *Lohnhöhe* (Franken oder Fremdwährung) als auch für die Währungsvereinbarung betreffend *Lohnauszahlung* (Franken oder Fremdwährung). Haben die Parteien eine Fremdwährung bestimmt, steht dem Arbeitgeber immer noch gemäss Art. 84 Abs. 2 OR die Wahl offen, die Schuld in Schweizer Franken zu begleichen (Ersetzungsbefugnis), sofern es sich nicht um eine echte Fremdwährungsschuld handelt. Natürlich nur unter der Voraussetzung, dass sich der Erfüllungsort in der Schweiz befindet.

Die Vereinbarungen bezüglich Schuld- und Zahlungswährungen können sowohl beim Abschluss des Arbeitsvertrages als auch während des laufenden

¹⁵⁵ Art. 57.4 Abs. 2 GAV MEM.

¹⁵⁶ Art. 57.1 Abs. 1 GAV MEM.

¹⁵⁷ Art. 57.1 Abs. 3 GAV MEM.

Arbeitsverhältnisses geregelt resp. abgeändert werden. Fehlt es vollständig an einer Abrede betreffend der Währung so ist davon auszugehen, dass der hypothetische Parteiwille auf die Währung des nach Vertragsstatut festzulegenden Zahlungsortes geht. Zur Abänderung der betreffenden Abreden während laufendem Arbeitsvertrag stehen den Parteien verschiedene Optionen zur Verfügung. Selbstverständlich können diese durch Änderungsverträge in gegenseitigem Einvernehmen angepasst werden. Zudem steht das Mittel der Änderungskündigung und dem Arbeitgeber allenfalls die Ersetzungsbefugnis zur Verfügung.

Grenzen ergeben sich bezüglich Änderungskündigung, wenn der durch die drohende Kündigung ausgeübte Druck ausgenutzt wird, um eine unbillige Vertragsänderung zu Ungunsten der Gegenpartei durchzusetzen, welche sachlich nicht gerechtfertigt werden kann. Schliesslich dürfen weder die primären Vereinbarungen noch die nachträglichen Vertragsanpassungen gegen das direkte oder indirekte Diskriminierungsverbot verstossen.

Soweit diese Vorgaben eingehalten werden, haben die Parteien mit Bezug auf die Ausgestaltung der Währungsfrage in den Arbeitsverträgen einen sehr grossen Spielraum. Wichtig scheint uns vor allem zu sein, dass sich die beiden Parteien der verschiedenen Möglichkeiten bewusst sind und in den Verträgen auch diese Frage möglichst präzise regeln. Zu regeln sind insbesondere die Schuldwährung und die Zahlungswährung, die Art der Lohnzahlung (bar oder bargeldlos), allenfalls auch Währungsoptionsklauseln oder Wertsicherungsklauseln, der Ort der Erfüllung und der Zeitpunkt der Fälligkeit der Lohnforderung resp. das Datum der Auslösung des Zahlungsauftrages.