

DOSSIER NR. 120

SGB-Juristen-Tagung

Zwischen Strassburg und Genf: Die Bedeutung des Völkerrechts für das Arbeitsrecht

Europäische Menschenrechtskonvention, Europäischer Gerichtshof für
Menschenrechte und ILO-Standards als Rechtsschutzinstrumente für
Arbeitsrechts-PraktikerInnen.

März 2017

Dr. iur. Luca Cirigliano

Prof. Dr. iur. C. Kaufmann & Dr. iur. C. Good

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

RA David Husmann

Inhalt

Vorwort	5
----------------------	----------

Internationale Grundrechte schützen auch die Arbeitnehmenden in der Schweiz

Dr. iur. Luca Cirigliano
SGB-Zentralsekretär

Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen	7
---	----------

Rechtsgutachten im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB)
Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann und Dr. iur. Christoph Good
Kompetenzzentrum Menschenrechte der Universität Zürich (MRZ)

Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht	35
--	-----------

Kurt Pärli, Professor für Soziales Privatrecht
Universität Basel Juristische Fakultät

Arbeitsrecht und EMRK.....	77
-----------------------------------	-----------

„Affaire Howald Moor et Autres c. Suisse“ – eine Odyssee durch Gerichte und Politik

RA David Husmann, Fachanwalt für Haftpflicht und Versicherungsrecht SAV

Vorwort

Internationale Grundrechte schützen auch die Arbeitnehmenden in der Schweiz

Luca Cirigliano

Neben den Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) spielt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) eine zunehmend wichtige Rolle in der Schweiz. Aus diesem Grund hat der SGB eine seiner Juristen-Tagungen der grundsätzlichen Bedeutung des Völkerrechts für das Arbeitsrecht gewidmet. Die gesammelten Beiträge dieser Tagung vom 13. November 2015 werden im vorliegenden Dossier zusammengetragen. Sie sind alle auch in der Zeitschrift „Allgemeine Juristische Praxis“ (AJP) erschienen.

Seit jeher engagieren sich die Gewerkschaften für die Verankerung und Weiterentwicklung emanzipatorischer Grundrechte, welche die Arbeitnehmenden in unserem Land vermehrt schützen sollen. Als besonders wichtig für die Gewerkschaftsarbeit z.B. von FunktionärInnen, aber auch für die Ausübung der gewerkschaftlichen Freiheit durch die Arbeitnehmenden im Betrieb erweisen sich die Sozial- und Arbeitsrechte der ILO-Abkommen und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese Rechtsgrundlagen geben den betroffenen Personen die Möglichkeit, sich im Betrieb zu organisieren, GAV-Verhandlungen ohne Angst vor Repressalien zu führen und arbeitsrechtliche Kämpfe auszutragen.

International verankerte Grundrechte in der Form von Völkerrecht stellen damit einen wichtigen Ausgleich zu einer rein ökonomisch verstandenen Globalisierung dar. Sie schreiben dem Staat konkrete positive Schutzpflichten gegenüber den Arbeitnehmenden vor, z.B. im Bereich des Schutzes vor missbräuchlichen Kündigungen. Auch dies zeigten die an der Juristen-Tagung des SGB vom 13. November gehaltenen Referate sowie die nun vorliegenden Verschriftlichungen.

Die Beiträge von Prof. Dr. Christine Kaufmann/Dr. Christoph Good (Universität Zürich) und von Prof. Dr. Kurt Pärli (Universität Basel) setzen die tägliche Gewerkschaftsarbeit im Bereich der Grundrechte und des Arbeitsrechts auf ein verstärktes juristisches Fundament. Sie werden für GewerkschaftsfunktionärInnen, AnwältInnen und Behörden ein wertvolles Arbeitsinstrument sein. Die ILO-Juristin Dr. Tzehainesh Teklè sowie der Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht David Husmann beleuchten vorliegend verschiedene Aspekte des grundrechtlichen Schutzes. Sie leuchteten die grundsätzliche Bedeutung des EGMR für die Schweiz, die Anwendbarkeit von ILO-Normen vor Schweizer Gerichten oder EGMR-Klagen wegen Verletzung der EMRK in Arbeitsrechtsfällen aus.

Die SGB-Tagung bildete den Auftakt zu einer Sensibilisierungskampagne zur Bedeutung der EMRK sowie des von der ILO garantierten internationalen Arbeitsrechts für die Schweizer Arbeitnehmenden.

In Zeiten, in denen Angriffe gegen die Menschenrechte allmählich salonfähig werden, gilt es, offensiv über die grosse Bedeutung dieser Errungenschaften für die Arbeitnehmenden in unserem Land zu informieren.

Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen

Rechtsgutachten im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB)

Prof. Dr. Christine Kaufmann und Dr. Christoph Good
Kompetenzzentrum Menschenrechte der Universität Zürich (MRZ)

I. Executive Summary

Gegenstand des Gutachtens ist die Frage, ob die Kernkonventionen der Internationalen Arbeitsorganisation in der Schweiz direkt anwendbar und damit für Einzelne vor Gericht anrufbar sind. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf den Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts und dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und das Recht zu Kollektivverhandlungen.

Zunächst werden die Kriterien des Bundesgerichts zur Qualifizierung einer staatsvertraglichen Norm als direkt anwendbar (self-executing) zusammengefasst:

- *Inhalt der Norm*: Die Bestimmung betrifft Rechte und Pflichten des Einzelnen;
- *Justiziabilität*: Die Bestimmung ist genügend konkret und klar, um von einer Behörde oder einem Gericht direkt auf eine Rechtssache angewandt zu werden;
- *Normadressat*: Die Bestimmung richtet sich an rechtsanwendende Behörden und nicht an den Gesetzgeber.

Alle drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. Sie sind im Rahmen der völkerrechtlichen Auslegungsregeln gemäss Art. 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention einzelnormspezifisch anzuwenden.

Gestützt auf eine Untersuchung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, die Fruchtbarmachung der Praxis zu anderen Menschenrechtsinstrumenten, insbes. EMRK und UNO-Pakt II sowie neuer Entwicklungen im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft kommt das Gutachten zum Schluss, dass verschiedene Kernarbeitsnormen direkt anwendbar sein dürften:

Im Bereich der *Gewerkschaftsrechte* lassen sich Art. 2, 3, 4 und 5 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts zumindest in Teilaspekten als direkt anwendbar qualifizieren.

Als potentiell direkt anwendbare Kernarbeitsrechte zum *Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit* Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit sowie Art. 1 des Übereinkommens Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit identifiziert. Beide Bestimmungen dienen der Definition von Zwangs- und Pflichtarbeit und sind zweifellos genügend bestimmt. Fraglich scheint, ob sie tatsächlich Rechte und Pflichten Einzelner begründen.

Zu den *Kernarbeitsrechten für Kinder* fehlt bislang eine einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dessen ungeachtet sind gestützt auf die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 3 und Art. 6 des Übereinkommens Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung sowie Art. 2 und Art. 3 lit. a-c des

Übereinkommens Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen von Kinderarbeit als self-executing zu qualifizieren.

Von grosser Bedeutung für die Anwendbarkeit der Kernarbeitsrechte wird die Umsetzung der – in ihrer Tragweite wohl noch unterschätzten – *UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten* in der Schweiz sein. Zum einen verweisen die Leitprinzipien bezüglich der unternehmerischen Verantwortung explizit auf die Kernarbeitsrechte der ILO. Zum andern werden zunehmend staatliche Erwartungen an Unternehmen formuliert, die Kernarbeitsrechte der ILO zu respektieren.

II. Einleitung

1. Auftrag

Gegenstand des Gutachtens ist die Klärung des Verhältnisses des ILO-Konventionsrechts mit menschenrechtlichem Charakter (sog. ILO-Kernübereinkommen¹) zum Schweizer Landesrecht wobei das Gutachten auf die für die Auftraggeberin besonders relevanten ILO-Übereinkommen Nr. 87 (Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechts) und Nr. 98 (Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen) fokussiert. Zu klären ist die Frage der direkten Anwendbarkeit (self-executing Qualität) dieser ILO-Übereinkommen verbunden mit der Analyse der entsprechenden Praxis des Bundesgerichts.

2. Ausgangspunkt

Die *Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO)* hat sich seit ihrer Gründung 1919 zur wesentlichen Normsetzungsinstitution für das völkerrechtliche Arbeitsrecht entwickelt.² Als Instrumente dienen der ILO völkerrechtlich verbindliche Konventionen, nicht verbindliche Empfehlungen und Erklärungen. Die Schweiz – Mitglied der ILO seit deren Gründung – hat 60 Konventionen der ILO ratifiziert, von denen aktuell 46 in Kraft sind.³ Während Empfehlungen die Konventionen konkretisieren, kann Erklärungen eine selbständige Bedeutung zukommen. Von den sechs bislang verabschiedeten Erklärungen sind für die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens zwei von besonderem Interesse: Die *Erklärung der ILO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit* vom 18. Juni 1998⁴ und die *Erklärung der*

¹ Als ILO-Kernübereinkommen gelten Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit (SR 0.822.713.9), Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR 0822.719.7), Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9), Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0), Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (SR 0.822.720.5), Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1), Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (SR 0.822.723.8) und Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (SR 0.822.728.2).

² Vgl. Kaufmann (2007), S. 49 f.

³ Das 2014 ratifizierte Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte wird auf den 15. November 2015 in Kraft treten. Zum aktuellen Ratifikationsstand der Schweiz vgl. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102861 (besucht am 10. August 2015).

⁴ Online abrufbar unter: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193727.pdf (besucht am 10. August 2015). Zur kritischen Würdigung des Inhalts der Erklärung und ihrer rechtlichen Qualifizierung vgl. Kaufmann (2007), S. 67 ff. und Alston (2004), S. 462 ff. Insbesondere Alstons kritische Würdigung löste eine intensive Diskussion aus vgl. Langille (2005) und Maupain (2005) sowie Alstons Stellungnahme dazu [Alston (2005b)].

ILO über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung vom 10. Juni 2008.⁵ Die in engem Zusammenhang stehenden Erklärungen sind u.a. eine Reaktion auf die unzureichende Ratifikation der ILO-Kernübereinkommen durch die Mitgliedstaaten und ein Versuch, die Rechte der ILO-Kernübereinkommen mit der – formell nicht verbindlichen – Feststellung eines Konsenses über deren Bedeutung und Inhalt in den Mitgliedstaaten stärker zu verankern.

Dass gewissen Inhalten der ILO-Kernübereinkommen menschenrechtlicher Charakter und damit auch eine individualrechtliche Dimension zukommt bzw. dass sie zur inhaltlichen Konkretisierung menschenrechtlicher Garantien im arbeitsrechtlichen Kontext beigetragen haben, ist weitgehend unbestritten.⁶ Kontrovers diskutiert wird jedoch, welche Kernarbeitsnormen zu dieser Kategorie zu zählen sind und welche Auswirkungen ein solcher individualrechtlicher Status auf die nationale Rechtsauslegung und -anwendung hat. Konkret geht es dabei um die Frage, inwieweit diese Normen vor Schweizer Gerichten direkt anwendbar (*self-executing*) sind, so dass sich ein Individuum direkt auf die Rechte in den entsprechenden ILO-Kernkonventionen berufen kann.⁷ In dieser Hinsicht unterscheiden sich die ILO-Übereinkommen nicht von anderen staatsvertraglichen Bestimmungen mit individualrechtlichen Inhalten. Das vorliegende Gutachten versucht im Hinblick auf die ILO-Kernkonventionen einen Beitrag zur Klärung dieser Rechtsfrage zu leisten.

a) Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Das vorliegende Gutachten beschäftigt sich ausschliesslich mit der Frage der direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen der ILO-Kernkonventionen, wobei ein besonderer Fokus auf den kollektivarbeitsrechtlichen Inhalten der Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 liegt. Dabei untersucht das Gutachten die konkreten Rechtsinhalte der Konventionen in der Schnittmenge von Völkerrecht und Landesrecht. Das Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen lässt sich vereinfachend wie folgt darstellen: Aufgrund des monistischen Rechtssystems der Schweiz werden die völkerrechtlichen Normen nach ihrer Ratifikation mit Datum des Inkrafttretens ohne besonderen Inkorporationsakt Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Obwohl es sich um völkerrechtliche Normen handelt, richtet sich die Frage der direkten Anwendbarkeit dieser Normen weitestgehend nach nationalem Recht.⁸ Da diese Frage regelmässig im konkreten Fall und damit durch Gerichte beantwortet werden muss, wird nachfolgend insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichts als Referenzpunkt verwendet. Ausschlaggebend für die Qualifizierung als *self-executing* ist dabei die *einzelnormspezifische Auslegung*, die sich zu grossen Teilen nach völkerrechtlichen Bestimmungen zu richten hat.⁹

Damit wird bereits ersichtlich, dass es keine allgemein gültige Antwort auf die Frage des *self-executing*-Charakters von ILO-Kernarbeitsnormen geben kann.¹⁰ Vielmehr gilt es unter

⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371208.pdf (besucht am 11.11.2015).

⁶ Vgl. Kaufmann (2007), S. 52 ff.; Kälin/Künzli, S. 49; Alston (2005a), S. 1 f. und allgemein zum Diskussionsstand Mantouvalou (2012) und Leary (1996). Aufschlussreich ist diesbezüglich, dass in den bundesrätlichen Botschaften zu den einzelnen ILO-Konventionen explizit von menschenrechtlichen Inhalten gesprochen wird; siehe bspw. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 100, S. 1542 und Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 87, S. 1647 f.

⁷ Kritisch zum individualrechtlichen Gehalt der ILO-Konventionen vgl. bspw. Kälin/Künzli, S. 49.

⁸ Vgl. Kiener/Kälin, S. 17 f.; Leary (1982), S. 54.

⁹ Referenzpunkt auf völkerrechtlicher Ebene für die Bestimmung der Auslegungsmethodik sind Art. 31–33 des Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) [SR 0.111]; siehe auch BGE 117 V 268, Erw. 3b.

¹⁰ So ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass sämtliche Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages als *self-executing* qualifiziert werden – ein Beispiel dafür sind die grundrechtlichen Bestimmungen

Berücksichtigung der geltenden Auslegungsregeln, einzelne Normen daraufhin zu untersuchen, ob sie direkt anwendbar sind. Da sich – wie nachfolgend gezeigt wird – das Bundesgericht nur zu wenigen ILO-Kernarbeitsnormen überhaupt geäußert hat, ist auch die einzelnormbezogene Auslegung durch andere Behörden und Institutionen relevant. Für dieses Gutachten wurden deshalb nebst den Konventionstexten und der korrelierenden Rechtsprechung insbesondere Stellungnahmen der Verwaltung¹¹ sowie Lehrmeinungen herangezogen. Durch diese Präzisierungen des Untersuchungsgegenstandes wird gleichzeitig der Aufbau des Gutachtens bestimmt.

b) Aufbau des Gutachtens und Methode

Dieses Gutachten befasst sich auftragsgemäss ausschliesslich mit der Frage des self-executing-Charakters von ILO-Kernarbeitsnormen innerhalb des bestehenden Auslegungssystems.

Nach einer Einführung in die aktuelle Praxis zur Bestimmung des self-executing-Charakters von staatsvertraglichen Bestimmungen (Kapitel III.1) untersucht das Gutachten konventionsbezogen die einzelnen ILO-Kernarbeitsnormen (Kapitel III.2). Die Analyse umfasst dabei jeweils die Konkretisierungen dieser Normen in der schweizerischen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, wobei auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in die Überlegungen einbezogen wird. Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse analysiert das Gutachten schliesslich die direkte Anwendbarkeit derjenigen ILO-Kernarbeitsnormen, die das Bundesgericht bislang nicht beurteilt hat.

Das Gutachten will bewusst keine abschliessende Beurteilung der verschiedenen Einzelnormen vornehmen, sondern aus einer wissenschaftlichen Perspektive die Argumente, die für oder gegen eine direkte Anwendbarkeit sprechen, aufzeigen. Methodische und inhaltliche Erkenntnisse werden dabei durch punktuelle rechtsvergleichende Betrachtungen ergänzt. Referenzpunkt dafür sind ausschliesslich völkerrechtliche Vorgaben.¹²

Schliesslich wird zusammenfassend untersucht, inwieweit die bestehende bundesgerichtliche Praxis verallgemeinerungsfähig ist (Kapitel III.3).

Im vierten Teil untersucht das Gutachten ein relatives neues und rechtlich noch wenig analysiertes Phänomen: Im Zusammenhang mit den laufenden nationalen Umsetzungsbemühungen der 2011 verabschiedeten UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten¹³ sowie den in dieselbe Richtung zielenden OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen¹⁴ sind der Bundesrat und andere Verwaltungseinheiten dazu übergegangen, menschenrechtliche „Mindesterwartungen“ gegenüber privaten Akteuren (insbesondere

der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. z.B. BGE 102 Ia 468, Erw. 2a) – solche allgemeinen Feststellungen sind aber in der Praxis des Bundesgerichts selten.

¹¹ Im Vordergrund stehen dabei die entsprechenden Ausführungen in den bundesrätlichen Botschaften zu den einzelnen Übereinkommen. So sind zwar die Gerichte nicht an allfällige Stellungnahmen von Bundesrat und Parlament betreffend der direkten Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen gebunden, sie tragen aber im allgemeinen dem Standpunkt des Gesetzgebers Rechnung; vgl. etwa BGE 120 Ia 1 Erw. 5.

¹² Die Heranziehung von rechtsvergleichenden Erkenntnissen aus anderen nationalen Rechtsordnungen scheint hier wenig sinnvoll, da die ILO den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum lässt, nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen und die Frage der direkten Anwendbarkeit sich jeweils nach innerstaatlichen Vorgaben richtet. Ein Vergleich der nationalen Praktiken wäre zwar interessant im Hinblick auf die bestehenden Unterschiede, doch lassen sich aus diesen Unterschieden keine rechtlichen Handlungsmaximen ableiten.

¹³ Vgl. HRC, UNO-Leitprinzipien 2011.

¹⁴ Vgl. OECD, OECD-Leitsätze 2011.

Unternehmen) zu formulieren. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (Kapitel IV.1) beinhalten diese oftmals Verweise auf die ILO-Kernarbeitsnormen und die *Erklärung der ILO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit*. Regelmässig wird erwartet, dass sich Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit an die ILO-Kernarbeitsnormen halten. Auch wenn sich diese „Empfehlungen“ rechtlich schwer einordnen lassen, stellt sich dennoch die Frage, inwieweit sich diese behördlichen Empfehlungen und Erwartungen auf die Qualifizierung von ILO-Kernarbeitsnormen als self- bzw. non-self-executing auswirken (Teil IV.2).

Im fünften Teil des Gutachtens werden die Teilergebnisse zusammengefasst und ein Gesamtfazit zur Ausgangsfragestellung formuliert.

III. Direkte Anwendbarkeit von ILO-Kernarbeitsnormen

1. Ausgangspunkt: Direkte Anwendbarkeit von staatsvertraglichen Bestimmungen

Die Frage nach dem self-executing- bzw. non self-executing-Charakter einer staatsvertraglichen Bestimmung ist ein Aspekt der Anwendung völkerrechtlicher Bestimmung in nationalen Kontexten.¹⁵ Konkret ist zu untersuchen, ob sich eine staatsvertragliche Norm nur an den Staat richtet oder ob sie direkt für natürliche und juristische Personen Rechte und Pflichten begründet.¹⁶ Über diese Frage entscheidet grundsätzlich das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten.¹⁷ So ist es in der Schweiz jeweils Sache der rechtsanwendenden Behörden, in jedem Einzelfall über die Frage der direkten Anwendbarkeit einer staatsvertraglichen Bestimmung zu entscheiden.¹⁸

Das Bundesgericht hat dazu in konstanter Praxis Kriterien entwickelt,¹⁹ die von der Lehre aufgenommen wurden:²⁰

- *Inhalt der Norm*: Die Bestimmung betrifft Rechte und Pflichten des Einzelnen;
- *Justiziabilität*: Die Bestimmung ist genügend konkret und klar, um von einer Behörde oder einem Gericht direkt auf eine Rechtssache angewandt zu werden;²¹
- *Normadressat*: Die Bestimmung richtet sich an rechtsanwendende Behörden und nicht an den Gesetzgeber.

Alle drei Kriterien müssen dabei kumulativ erfüllt sein.²² In der Praxis stellen sich allerdings komplexe Auslegungsfragen, da die Übergänge zwischen den einzelnen Kriterien fließend sind.

¹⁵ Eine Überblick über bestehende Praktiken zur Behandlung der Frage in verschiedenen Rechtssystemen findet sich bei Thomas/Oelz/Beaudonnet, S. 263 ff. Ausführlich zur Frage des „direct effects“ völkervertraglicher Normen vgl. Nollkaemper (2011), S. 117 ff.

¹⁶ Vgl. Bundesrat, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, S. 2286.

¹⁷ Allgemein siehe Betlem/Nollkaemper, S. 571 f. Betreffend der Praxis in der Schweiz vgl. Bundesrat, Botschaft BRK, S. 674. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn sich der Staatsvertrag selbst explizit zur Frage der direkten Anwendbarkeit äussert; vgl. dazu Nationalrat, Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, S. 735.

¹⁸ Vgl. Bundesrat, Botschaft BRK, S. 674.

¹⁹ Etwa in 140 II 185, 190 und 129 II 249, 257.

²⁰ Vgl. Kiener/Kälin, S. 18. Sieh dazu auch Koller, S. 58 ff. und PCIJ, Advisory Opinion No. 15, S. 17 ff.

²¹ Vgl. BGE 111 Ib 68, Erw. 3 mit Verweis auf Entscheid des Bundesgerichts vom 15. Oktober 1982 in Sachen Eggs (Erw. 3a). Siehe dazu auch Kiener/Kälin, S. 19.

²² So hat sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spätestens mit BGE 98 Ib 385 Erw. 2a eine Formel entwickelt, die bis heute zur Beantwortung der Frage der direkten Anwendbarkeit einer staatsvertraglichen Norm Bestand hat: „Les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale s'incorporent au droit fédéral et, lorsqu'ils créent des règles de droit, sont obligatoires pour les autorités (cf., en ce qui concerne le Tribunal fédéral, les art. 113 al. 3 et 114 bis al. 3 Cst.) et les citoyens, pourvu qu'ils soient directement applicables (RO 88 I 90/91, 94 I 672). Ainsi, un particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et

Gleichzeitig sind die rechtsanwendenden Behörden nicht frei in der Auslegung, sondern – da es sich um staatsvertragliche Normen handelt – insbesondere an die Vorgaben von Art. 31-33 VWK gebunden.²³

Demnach ist in erster Linie auf den Wortlaut einer Bestimmung abzustellen, wie auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung regelmässig bestätigt:

„Erscheint dieser klar und ist seine Bedeutung, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie aus Gegenstand und Zweck des Übereinkommens ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, so kommt eine über den Wortlaut hinausgehende ausdehnende bzw. einschränkende Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist“.²⁴

Während sich der Adressat einer völkerrechtlichen Norm in der Regel relativ leicht eruieren lässt,²⁵ betreffen Inhalt und Justiziabilität die Frage der Bestimmtheit der konkreten Norm. Die Komplexität dieser Vermischung von Inhalt einer Norm und der Frage ihrer Justiziabilität zeigt sich insbesondere bei menschenrechtlichen Bestimmungen: Da aufgrund der individualrechtlichen Konzeption des Menschenrechtsschutzes die Vermutung nahe liegt, dass menschenrechtliche Inhalte direkt auf die Rechtsstellung Privater abzielen, wird die Frage der Justiziabilität zum ausschlaggebenden Kriterium für die Bestimmung der direkten Anwendbarkeit.²⁶ Als nicht-justiziabel gelten Gehalte von Menschenrechten,

1. „...die zu wenig präzise abgefasst sind, um von einer gerichtlichen Behörde auf eine Rechtssache angewendet werden zu können oder die auf der Rechtsfolgeseite einen zu grossen Ermessensspielraum offenlassen und sich daher indirekt an den Gesetzgeber richten“²⁷.

Instruktive Präzisierungen zur Frage der Justiziabilität von menschenrechtlichen Inhalten und damit auch zur allgemeineren Frage der direkten Anwendbarkeit von staatsvertraglichen Bestimmungen lassen sich der Botschaft zur Behindertenrechtskonvention (BEhK)²⁸ entnehmen. Diskutiert wird darin die Frage der direkten Anwendbarkeit der wirtschaftlichen und sozialen

les tribunaux, si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion. Tel n'est pas le cas d'une disposition conventionnelle qui énonce un programme ou fixe les lignes directrices dont devra s'inspirer la législation des Etats contractants et qui s'adresse ainsi non aux autorités administratives et judiciaires, mais bien au législateur national. “

²³ Siehe dazu im Zusammenhang mit der Auslegung von ILO-Normen bspw. BGer 4C.422/2004 vom 13. September 2005, Erw. 3.2.1.

²⁴ Vgl. bspw. BGE 124 V 225, Erw. 3a mit Verweis auf BGE 117 V 269 Erw. 3b. Sowie BGE 140 V 493 Erw. 3 mit weiteren Hinweisen.

²⁵ Diesbezüglich erfolgt die Eruierung meist ex negativo: Sicherlich nicht direkt anwendbar sind Normen, die explizit an den Gesetzgeber adressiert sind (Gesetzgebungsaufträge). Gleiches gilt für programmatische Normen, die sich an den Staat als Gesamtheit wenden und die der gesetzlichen Konkretisierung durch das Parlament bedürfen, bevor sie für Private Rechte und Pflichten begründen können; vgl. Bundesrat, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, S. 2286. Ebenso zu qualifizieren sind völkerrechtliche Bestimmungen, die nur den allgemeinen Rahmen der behandelten Materie abstecken; vgl. Nationalrat, Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, S. 734.

²⁶ Siehe dazu bspw. die langjährige schweizerische Debatte betreffend der Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte (UNO-Pakt-I); vgl. Künzli/Eugster/Spring, Anerkennung WSK-Rechte, S. 5 ff.; währenddessen die Inhalte der bürgerlichen und politischen Menschenrechte (UNO-Pakt-II) weitestgehend als direkt anwendbar gelten; vgl. bspw. BGE 120 Ia 1, Erw. 5c.

²⁷ Vgl. Bundesrat, Botschaft BehiK, S. 674.

²⁸ Vgl. Bundesrat, Botschaft BehiK, S. 674 ff.

Menschenrechte, die oft unter der Vermutung der Unverbindlichkeit²⁹ stehen. Die Botschaft kommt zum Schluss, dass aus menschenrechtlichen Garantien fließende *Unterlassungspflichten* in jedem Falle direkt anwendbar seien.³⁰ Gleiches gilt für *Schutzpflichten*, soweit sie kein gesetzgeberisches Aktivwerden erfordern.³¹ Selbst *Leistungspflichten* können demnach direkt anwendbar sein, sofern diese Verpflichtungen „zur Erfüllung des harten Kerns“ menschenrechtlicher Garantien notwendig sind.³²

Diese Interpretation der Justiziabilität ist – mit Ausnahme der Ausführungen zu den Leistungspflichten – durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefestigt. So hatte das Bundesgericht wiederholt die Gelegenheit, sich zur Frage der direkten Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen zu äussern. Einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung findet sich zum EFTA-Übereinkommen³³, zur Europäischen Menschenrechtskonvention³⁴, zum Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU³⁵, zum Internationalen Fernmeldevertrag³⁶, zum Einheitsabkommen über die Betäubungsmittel³⁷, zum Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt-I)³⁸, zum Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt-II)³⁹, zum Vertrag zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland für An- und Abflüge zum/vom Flughafen Zürich über deutsches Hoheitsgebiet⁴⁰, zur Kinderrechtskonvention(KRK)⁴¹, zum Internationalen Übereinkommen zur Vereinfachung und Harmonisierung der Zollverfahren vom 18. Mai 1973 (Kyoto-Abkommen)⁴², zum Übereinkommen über die Internationale Zivilluftfahrt⁴³, zum Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen⁴⁴, zur Konvention von Lissabon über die gegenseitige Anerkennung von Hochschulzeugnissen⁴⁵, zum Freizügigkeitsabkommen mit der EG bzw. EU⁴⁶, zum Übereinkommen der UNESCO über die Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut⁴⁷, zur Flüchtlingskonvention⁴⁸, zum UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von

²⁹ Diese Vermutung lässt sich in der bisherigen Strenge nicht mehr aufrechterhalten, ist doch das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung dazu übergegangen, z.B. die Rechtsgehalte des UNO-Pakts I im Rahmen der Auslegung des Verfassungsrechts mit zu berücksichtigen; vgl. etwa die für das Thema des vorliegenden Gutachtens einschlägigen BGE 121 V 246, Erw. 2e; BGE 126 I 240 Erw. 2c.

³⁰ Siehe dazu auch Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 87, S. 1655 sowie Leary (1982), S. 112.

³¹ Als direkt anwendbar qualifiziert der Bundesrat etwa Schutzpflichten wie das Recht auf Leben und die Freiheit von Ausbeutung, Gewalt oder Missbrauch; vgl. Bundesrat, Botschaft BehiK, S. 675.

³² Verwiesen wird diesbezüglich auf Art. 11 und 25 lit. f BRK; vgl. Bundesrat, Botschaft BehiK, S. 675.

³³ BGE 98 Ib 385 Erw. 2a.

³⁴ BGE 102 Ia 468 Erw. 2a; BGE 111 Ib 68 Erw. 3.

³⁵ BGE 105 II 49 Erw. 3.

³⁶ BGE 108 Ib 261 Erw. 4.

³⁷ BGE 118 Ia 112 Erw. 2.

³⁸ BGE 120 Ia 1 Erw. 5; BGE 121 V 246 Erw. 2; BGE 125 III 277 Erw. 2; BGE 126 I 240 Erw. 2; BGE 130 I 113 Erw. 3; BGE 133 I 156 Erw. 3; BGE 136 I 290 Erw. 2.

³⁹ BGE 120 Ia 247 Erw. 5; BGE 133 I 286 Erw. 3.

⁴⁰ BGE 124 II 293 Erw. 4b.

⁴¹ BGE 124 III 90 Erw. 3; BGer I 267/04 Urteil vom 18. März 2005, Erw. 2; BGE 133 I 156 Erw. 3; BGE 133 I 286 Erw. 3; BGer 8C_295/2008 vom 22. November 2008 Erw. 4.2.1; BGE 136 I 297 Erw. 8; BGE 137 V 167 Erw. 4.

⁴² BGE 124 IV 23 Erw. 4.

⁴³ BGE 125 I 182 Erw. 3.

⁴⁴ BGE 127 I 60 Erw. 6.

⁴⁵ BGer 2A.331/2002 vom 24. Januar 2003, Erw. 6.2; BGE 140 II 185 Erw. 3&4.

⁴⁶ BGE 129 II 249 Erw. 3; BGE 130 I 26 Erw. 1; BGE 134 II 341 Erw. 2; BGer 9C_873/2012 du 25 février 2013, Erw. 4 ; BGE 141 V 43 Erw. 3.

⁴⁷ BGE 131 III 418 Erw. 3.

⁴⁸ BGE 136 V 33 Erw. 3.2.

Diskriminierung der Frau (CEDAW)⁴⁹, zum Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU⁵⁰, zur Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitssprachen⁵¹ und zum Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁵². Hinzu kommt über die Jahre eine Vielzahl von Entscheidungen, die sich mit der direkten Anwendbarkeit von ILO-Bestimmungen und ähnlich lautenden Bestimmungen der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS)⁵³ auseinandersetzen, welche in der Folge (Kapitel 2.b) im Detail untersucht werden.

Insgesamt fällt auf, dass sich am Prüfungsprogramm des Bundesgerichts über die letzten vier Jahrzehnte begrifflich kaum etwas geändert hat:

<p>BGE 98 Ib 385, Erw. 2 a)</p> <p>Les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale s'incorporent au droit fédéral et, lorsqu'ils créent des règles de droit, sont obligatoires pour les autorités (cf., en ce qui concerne le Tribunal fédéral, les Art. 113 al. 3 et 114 bis al. 3 Cst.) et les citoyens, pourvu qu'ils soient directement applicables (RO 88 I 90/91, 94 I 672). Ainsi, un particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux, si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion.</p>	<p>BGE 140 II 185, Erw. 4</p> <p>Eine staatsvertragliche Bestimmung ist praxisgemäss direkt anwendbar, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Die Norm muss mithin justiziabel sein, d.h. es müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein. Wie es sich damit verhält, ist von diesen zu bestimmen (BGE 136 I 297 E. 8.1; BGE 133 I 286 E. 3.2; BGE 124 III 90 E. 3a S. 91).</p>
---	---

Die Beständigkeit des Prüfungsprogramms impliziert jedoch nicht zwangsläufig statische Interpretationsergebnisse. Dies zeigt etwa die Praxisänderung zur Anwendbarkeit von Art. 32 Ziff. 1 lit. e des ILO-Übereinkommens Nr. 128 und Art. 68 lit. f der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS). Galten diese Bestimmungen anfänglich als non-self-executing⁵⁴, änderte das Bundesgericht nach erheblicher Kritik von Seiten der Wissenschaft seine diesbezügliche Praxis und erklärte die konkreten Bestimmungen in seiner neueren

⁴⁹ BGE 137 I 305 Erw. 3.

⁵⁰ BGE 138 II 42 Erw. 3.

⁵¹ BGE 139 I 229 Erw. 6.

⁵² BGE 139 II 1 Erw. 4.

⁵³ BGE 97 I 45 Erw. 4*; BGE 103 Ia 517 Erw. 4*; BGE 106 Ib 182 Erw. 3*; BGE 111 II 245 Erw. 4a*; BGE 111 V 201 Erw. 2; BGE 113 V 273 Erw. 2; BGE 118 V 305 Erw. 5; BGE 119 V 171 Erw. 3; BGE 119 V 241 Erw. 2; BGE 119 V 410 Erw. 2; BGE 120 V 128 Erw. 2; BGE 120 V 224 Erw. 2; BGE 121 V 40 Erw. 2; BGE 124 V 234 Erw. 3; BGE 125 III 277 Erw. 2*; BGE 126 V 353 Erw. 5; BGE 129 V 354 Erw. 2; BGer 4C.422/2004, Erw. 2*; BGE 133 V 233 Erw. 4; BGE 134 I 23 Erw. 6*; BGE 134 IV 97, Erw. 6.3.3.3* und BGer 6B_758/2011 Erw. 1.3.3*. Auffällig ist dabei, dass nur wenige Entscheide die Frage der direkten Anwendbarkeit der Kernarbeitsnormen zum Gegenstand haben (siehe vorgängig mit * markierte Entscheide). Weitere Erörterungen des Bundesgerichts, die ILO-Normen betreffen, jedoch nicht die Frage der direkten Anwendbarkeit zum Gegenstand haben finden sich in BGE 124 V 225 Erw. 5; BGE 125 V 465 Erw. 3 und BGE 140 V 493 Erw. 2.

⁵⁴ BGE 111 V 201 Erw. 2.

Rechtsprechung als self-executing⁵⁵. Ebenso können zusätzlich eingegangene völkerrechtliche Verpflichtungen aber auch Veränderungen im nationalen Verfassungsrecht Auswirkungen auf die Interpretation älterer Verpflichtungen haben. Deutlich wird dies etwa anhand der bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 37 der Kinderrechtskonvention (KRK): Obwohl die Formulierung in der Konvention vermuten lassen könnte, dass durch diese Bestimmung einzig allgemeine Pflichten des Staates begründet werden, kommt das Bundesgericht unter Heranziehung der inhaltlich korrespondierenden Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung zum Schluss, dass Art. 37 KRK self-executing Charakter habe.⁵⁶

2. Self-executing Charakter von ILO-Kernarbeitsnormen

a) Überblick

Ausgehend von diesen allgemeinen Ausführungen zur Frage der direkten Anwendbarkeit von staatsvertraglichen Bestimmungen gilt es in einem nächsten Schritt diese Erkenntnisse auf die ILO-Kernarbeitsnormen anzuwenden. Aufgrund der inhaltlichen Überschneidungen der acht Kernkonventionen werden im Folgenden vier thematische Cluster gebildet und analysiert: (1) Gewerkschaftsrechte (Konventionen Nr. 87 und Nr. 98), (2) Zwangs- und Pflichtarbeit (Konventionen Nr. 29 und Nr. 105), (3) Gleichstellung und Nichtdiskriminierung (Konventionen Nr. 100 und Nr. 111) sowie abschliessend (4) Kinderarbeit (Konventionen Nr. 138 und Nr. 182). Ausgangspunkt ist – sofern vorhanden – jeweils die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts. Der Schwerpunkt des Gutachtens liegt auf dem ersten thematischen Cluster. Die übrigen drei Cluster werden jeweils summarisch geprüft.

b) Cluster I: Gewerkschaftsrechte (Übereinkommen Nr. 87 und 98)

aa) Rechtsprechung des Bundesgerichts

In BGE 125 III 277 (Erw. 2d) streift das Bundesgericht bei der Beurteilung der Frage, inwieweit Art. 8 Abs. 1 lit. d des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) eine ausdrückliche Garantie des Streikrechts enthält, das *Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts* (SR 0.822.719.7). Es lässt jedoch durch die prospektive Berücksichtigung von Art. 28 Abs. 3 nBV die Frage offen, ob – wie dies der Sachverständigenausschuss der ILO tut – aus dem Übereinkommen Nr. 87 eine Streikgarantie abgeleitet werden kann.⁵⁷ Dennoch findet sich in dem Entscheid eine bedeutsame Qualifizierung im Hinblick auf die Frage der direkten Anwendbarkeit von Übereinkommen Nr. 87. In seinen weiteren Erörterungen bestätigt das Gericht nämlich, dass

2. „nur Trägern des kollektiven Arbeitsrechts, mithin Arbeitnehmerorganisationen, das Recht zu[kommt], einen Streik zu beschliessen. Der Einzelne ist bloss berechtigt, im Rahmen des Kollektivs auf einen Streikbeschluss hinzuwirken“ (Erw. 3a).

Dies impliziert indirekt, dass selbst wenn Übereinkommen Nr. 87 ein Streikrecht enthalten würde, daraus kein individualrechtlicher Anspruch ableitbar wäre.

⁵⁵ BGE 119 V 171 Erw. 3 und 4. Ausschlaggebend für die Praxisänderung war die erhebliche Kritik an BGE 111 V 201 von Seiten der Lehre. Siehe auch BGE 120 V 224 Erw. 2.

⁵⁶ BGE 133 I 286 Erw. 3.2.

⁵⁷ Siehe dazu auch BGE 111 II 245 Erw. 4a.

Eine Konkretisierung zu Art. 2 des Übereinkommens Nr. 98 (*Schutz gegen Einmischung durch Sozialpartner*)⁵⁸ findet sich in BGer 4C.422/2004⁵⁹: Ausgehend vom Wortlaut sowie Sinn und Zweck⁶⁰ der Konvention sowie unter Berücksichtigung von Art. 3 und 4 des Übereinkommens kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass Art. 2 zu ungenau formuliert sei, um Grundlage eines richterlichen Entscheides und damit direkt anwendbar zu sein. Vielmehr bedürfe die Norm einer Konkretisierung durch den nationalen Gesetzgeber.⁶¹ In BGer 6B.758/2011⁶² verallgemeinert das Bundesgericht unter Bezugnahme auf den vorgängigen Entscheid:

3. „Même ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers“.

Festzustellen, auf welche ILO-Übereinkommen sich diese Aussage genau bezieht, wird dadurch erschwert, dass im Entscheid selbst nicht ausgeführt wird, auf welche Übereinkommen sich der Beschwerdeführer konkret berufen hat. Der Verweis auf BGer 4C.422/2004 legt nahe, dass es um die ILO-Übereinkommen Nr. 98 und 154 geht.

In einem weiteren Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der direkten Anwendbarkeit des Übereinkommens Nr. 98 im Zusammenhang mit dem Anhörungsrecht von Arbeitnehmerorganisationen.⁶³ In seinem Urteil bestätigt das Gericht, dass das Übereinkommen Nr. 98 insgesamt keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthält.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass das Bundesgericht betreffend Übereinkommen Nr. 87 die Ableitung eines individuellen Streikrechts aus Art. 3 verneint und die Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 98 insgesamt für nicht self-executing erklärt.

bb) Weiteres Quellenmaterial und Lehrmeinungen

Ausführlich zur Frage der direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen der Übereinkommen 87 und 98 äusserten sich jüngst Dunand und Mahon.⁶⁴ in einem Gutachten über den Schutz von

⁵⁸ Artikel 2 hat folgenden Wortlaut:

1. Den Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber ist in Bezug auf ihre Bildung, Tätigkeit und Verwaltung gebührender Schutz gegen jede Einmischung von der anderen Seite, sowohl seitens der Organisationen wie auch ihrer Vertreter oder Mitglieder, zu gewähren.
2. Als Einmischung im Sinne dieses Artikels gelten insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber oder von einer Organisation von Arbeitgebern abhängige Organisationen von Arbeitnehmern ins Leben zu rufen oder Organisationen von Arbeitnehmern durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder einer Organisation von Arbeitgebern zu bringen.

⁵⁹ Entscheid vom 13. September 2005, Erw. 3.

⁶⁰ „Les buts généraux de la Convention OIT n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective sont les suivants: il s'agit d'assurer la protection de l'exercice du droit syndical par les travailleurs à l'égard des employeurs et de protéger les organisations de travailleurs et les organisations d'employeurs, non contre des mesures prises par l'État, mais contre les atteintes des unes dirigées contre les autres; la Convention tend également à promouvoir la négociation collective, dans le respect de l'autonomie des parties“; BGer 4C.422/2004, Erw. 3.2.2.1.

⁶¹ „Il est exclu de considérer que cette norme, telle qu'elle est libellée, est suffisamment précise pour constituer le fondement d'une décision judiciaire. En effet, le premier paragraphe ne pose que le principe de la mise sur pied d'une protection des partenaires sociaux contre des actes d'ingérence réciproques, alors que le second paragraphe ne décrit que le catalogue - du reste non exhaustif comme l'indique l'utilisation de l'adverbe "notamment" - des actes qui sont pris en considération. A cela s'ajoute que les organes mêmes de contrôle de l'OIT admettent que les gouvernements sont tenus d'adopter des mesures spécifiques, notamment par voie législative, lorsque la protection est insuffisante en droit interne ou lorsque des actes d'ingérence sont perpétrés dans la pratique“; BGer 4C.422/2004, Erw. 3.2.2.2.

⁶² Entscheid vom 24. September 2012, Erw. 1.3.3.

⁶³ BGE 134 I 23, Erw. 6.

⁶⁴ Vgl. Dunand/Mahon (2015), Rz. 188 ff.

Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern zu Handen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Bundesamtes für Justiz (BJ). Unter Berücksichtigung von BGer 4C.422/2004 und BGer 6B.758/2011 sowie der Haltung der Bundesbehörden zum Stellenwert der Entscheidungen des ILO Committee on Freedom of Association⁶⁵ kommen sie zu folgendem Schluss:

4. „En dépit de certaines voix dissonantes (...) les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont donc plutôt réticentes à reconnaître un caractère directement applicable (*self executing*) aux Conventions de l’OIT, que ce soit de manière générale ou pour certaines dispositions spécifiques en particulier. Il en résulte qu’il n’est aujourd’hui pratiquement pas possible pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur ces conventions (...).“⁶⁶

Sicherlich beizupflichten ist dieser Schlussfolgerung im Hinblick auf das Übereinkommen Nr. 98, bei dem die bundesgerichtliche Rechtsprechung wenig Spielraum lässt.⁶⁷ Die verallgemeinernde Übertragung des Ergebnisses auf das Übereinkommen Nr. 87 überzeugt hingegen weniger, hat sich das Bundesgericht doch bislang nicht umfassend mit der direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Übereinkommens befasst⁶⁸.

Immerhin erwähnt die Botschaft, dass Art. 4 des Übereinkommens Nr. 87 (Verbot der Auflösung oder zeitweiligen Einstellung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen auf dem Verwaltungsweg) direkt anwendbar ist.⁶⁹ Daraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass alle übrigen materiell-rechtlichen Bestimmungen des Übereinkommens keinen self-executing-Charakter haben, griffe allerdings zu kurz und würde den vom Bundesgericht in konstanter Praxis angewandten Auslegungskriterien⁷⁰ widersprechen.

Veranschaulichen lässt sich dies anhand von Art. 2 des Übereinkommens Nr. 87, einer Bestimmung, bei der vieles für eine direkte Anwendbarkeit spricht:

„Die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber ohne jeden Unterschied haben das Recht ohne vorherige Genehmigung Organisationen nach eigener Wahl zu bilden und solchen Organisationen beizutreten, wobei lediglich die Bedingung gilt, dass sie deren Satzung einhalten.“

⁶⁵ Vgl. Ebenda, Rz. 182 ff. Demnach haben die Entscheide kein „rechtliche“ Bindungswirkung für die nationalen Gerichte.

⁶⁶ Vgl. Ebenda, Rz. 195.

⁶⁷ Art. 3-5 des Übereinkommens sind explizit an den Gesetzgeber adressiert und müssen an die jeweiligen Landesverhältnisse angepasst werden. Art. 1 und Art. 2 betreffen demgegenüber offensichtlich die Rechtstellung Privater (Arbeitnehmer bzw. Organisationen) und sind als staatliche Schutzpflichten zu lesen. Sind Schutzpflichten zwar nicht per se ausgeschlossen als self-executing taxiert zu werden (vgl. Bundesrat, Botschaft BRK, S. 675), sind die vorliegenden Bestimmung konkretisierungsbedürftig. Dafür spricht allein schon die nicht abschliessende Aufzählung gegen welche Handlungen die Arbeitnehmer zu schützen sind (Art. 1 Abs. 2) bzw. was als unzulässige Einmischung gilt (Art. 2 Abs. 2). Ein self-executing Charakter könnte allenfalls bei Art. 6 des Übereinkommens Nr. 98 stipuliert werden, da es eine Unterlassungspflicht generiert.

⁶⁸ In Betracht kommen die materiell-rechtlichen Bestimmungen von Art. 2–5 sowie ihre analoge Anwendung auf die Verbände und Zentralverbände von Organisationen. Offensichtlich nicht in Betracht kommen Art. 9 und Art. 11, die sich explizit an den Gesetzgeber bzw. den Mitgliedstaat richten. Art. 10 liefert die Begriffsdefinition was als Organisation im Sinne des Übereinkommens zu verstehen ist und beinhaltet keine expliziten Rechte oder Pflichten.

⁶⁹ Vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 87, S. 1655. Diese Qualifizierung bindet die rechtsanwendenden Behörden zwar nicht in ihrer Beurteilung, doch sind aufgrund der stipulierten Unterlassungspflicht von Art. 4 des Übereinkommens keine Gründe ersichtlich, weshalb das Bundesgericht zu einer anderen Beurteilung kommen sollte.

⁷⁰ Siehe vorne Rz ff.

Gestützt auf den Wortlaut handelt es sich um ein Recht, das Privaten zusteht. Es finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die Norm an den Gesetzgeber zur Ergreifung von präzisierenden legislativen Schritten richtet. Dies wird dadurch deutlich, dass keine „vorherige Genehmigung“ erforderlich ist, um eine Organisation zu bilden oder einer derartigen Organisation beizutreten. Letztlich manifestiert Art. 2 so den Grundsatz der Nichteinmischung des Staates. Daran vermag auch der allgemeine, den Eindruck einer Entwicklung Richtung Leistungsrechte erweckende Verweis in Art. 1 des Übereinkommens Nr. 87 nichts zu ändern, wonach sich jedes Mitglied der ILO verpflichtet, „die folgenden Bestimmungen zur Anwendung zu bringen“.⁷¹

Insgesamt wird diese Lesart zudem durch den Vergleich mit weiteren völkerrechtlichen Quellen unterstützt, die ebenfalls die Vereinigungsfreiheit zum Gegenstand haben und in Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK bei der Auslegung von völkervertraglichen Normen zu berücksichtigen sind. Im Vordergrund stehen dabei Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II. Beide Bestimmungen gelten nach Auffassung des Bundesgerichts als self-executing⁷² und sind vom Wortlaut her in keiner Weise präziser gefasst als Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 87. Die einschlägige Rechtsprechung und Praxis zu EMRK und UNO-Pakt II qualifizieren zudem das ILO-Übereinkommen Nr. 87 als zentralen inhaltlichen Referenzpunkt.⁷³

Komplexer gestaltet sich die Beurteilung betreffend Art. 3 des Übereinkommens Nr. 87:

5. 1. Die Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber haben das Recht, sich Satzungen und Geschäftsordnungen zu geben, ihre Vertreter frei zu wählen, ihre Geschäftsführung und Tätigkeit zu regeln und ihr Programm aufzustellen.
6. 2. Die Behörden haben sich jedes Eingriffes zu enthalten, der geeignet wäre, dieses Recht zu beschränken oder dessen rechtmässige Ausübung zu behindern.

Auch hier finden sich in Ziff. 1 klarerweise Rechte von Privaten – konkret Organisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern – als Hauptgegenstand der Norm. In Ziff. 2 werden zwar die Behörden direkt angesprochen, doch ist deren Pflicht offensichtlich als Unterlassungspflicht ausgestaltet, womit die direkte Anwendbarkeit zumindest nicht *a priori* ausgeschlossen ist.⁷⁴ Hinsichtlich der Justiziabilität der Norm stellt sich jedoch die Frage, ob die Norm genügend bestimmt ist, um in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden. So findet sich zwar eine ausführliche und differenzierte Konkretisierung dieser Bestimmung in den Empfehlungen des ILO Ausschusses für Vereinigungsfreiheit, die von der Lehre weitgehend geteilt wird und auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur verfassungsrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit ihren Niederschlag findet.⁷⁵ Gemäss Art. 37 Abs. 1 der Verfassung der ILO hat allerdings nur der Internationale Gerichtshof (IGH) die Kompetenz, den Inhalt der ILO-Übereinkommen verbindlich auszulegen. Bislang spielte der IGH aber bei der Interpretation von ILO-Konventionen keine wesentliche Rolle.⁷⁶ Die auf Art. 37 der ILO-Verfassung beruhende Feststellung, dass die

⁷¹ Vgl. Leary (1982), S. 107 f.

⁷² Siehe beispielsweise BGE 120 Ia 1 Erw. 5b und Kiener/Kälin, S. 18.

⁷³ So verweist Art. 22 Abs. 3 UNO-Pakt-II explizit auf das Übereinkommen. Betreffend der EMRK vgl. Ebert/Oelz (2012), S. 8 ff. sowie Pärli (2015), Rz. 87 ff.

⁷⁴ Vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 87, S. 1655 sowie Leary (1982), S. 112.

⁷⁵ Vgl. Dunand/Mahon (2015), Rz. 158 ff. sowie Kaufmann (2007), S. 58 ff.

⁷⁶ Kaufmann, S. 53.

7. „...Empfehlungen des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit (...) zumindest aus juristischer Sicht, keine verbindliche Wirkungen“ haben und somit „weder gegenüber einer nationalen Legislative noch gegenüber der Justiz rechtsverbindlich“

sind,⁷⁷ mag deshalb zwar formal richtig sein, verkennt aber den Einfluss des Ausschusses in der Praxis. Zudem schliesst die fehlende formale Verbindlichkeit der Interpretation durch den Ausschuss nicht aus, dass das Bundesgericht aus eigener Initiative darauf Bezug nimmt.

Unabhängig von der Rolle des IGH stellt sich die Frage, inwieweit weitere völkervertragliche Bestimmungen, die das Bundesgericht unter Anwendung von Art. 190 BV und Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK zu berücksichtigen hat, einen Beitrag an die inhaltliche Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 87 zu leisten vermögen. Auch hier liegt die Bezugnahme auf Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II nahe.⁷⁸ Dies umso mehr, als insbesondere in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 11 EMRK deutlich wird, wie sich der Gerichtshof zur Änderung seiner bisherig eher restriktiven Rechtsprechung im Wesentlichen auf Dokumente der ILO abstützt.⁷⁹ Auf diesem Wege können folglich auch an sich unverbindliche Empfehlungen der ILO-Ausschüsse mittelbar Bedeutung für die bundesgerichtliche Auslegung gewinnen.

Abschliessend bleibt noch die Betrachtung von Art. 5 des Übereinkommens Nr. 87, der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen berechtigt, Verbände und Zentralverbände zu bilden und sich internationalen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen anzuschliessen:

8. Die Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber sind berechtigt, Verbände und Zentralverbände zu bilden und sich solchen anzuschliessen. Die Organisationen, Verbände und Zentralverbände haben das Recht, sich internationalen Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber anzuschliessen.

Vom Wortlaut her ist es offensichtlich, dass es sich dabei um Rechte Privater handelt. Ebenso beinhaltet die Bestimmung keinen Konkretisierungsauftrag an den Gesetzgeber. Inhaltlich umschreibt Art. 5 regionale Erweiterung und Internationalisierung der in Art. 2 und Art. 3 garantierten Vereinigungsfreiheit und sollte deshalb bei der Beurteilung des self-executing Charakters diesen Bestimmungen folgen.

cc) Zwischenfazit

Die vorgängige Analyse der Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 zeigt, dass die oftmals geäusserte Vermutung, die Bestimmungen der beiden Übereinkommen seien nicht direkt anwendbar, in dieser pauschalen Form *nicht überzeugt*. So ist insbesondere die Rechtsprechung zu Übereinkommen Nr. 87 keineswegs abschliessend. Insbesondere im Hinblick auf die in Art. 2-5 enthaltenen Rechte sprechen in Anwendung des bundesgerichtlichen Kriterienkatalogs gute Gründe dafür, diesen Bestimmungen self-executing Wirkung zuzuerkennen. Bei Art. 2 und Art. 3 wird diese Argumentation durch die Entwicklung der Rechtsprechung und Praxis zu den vergleichbar konzipierten Rechten in Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II zusätzlich gestützt. Insbesondere über den „Umweg“ der Rechtsprechung des EGMR können so Konkretisierungen durch die ILO selbst Eingang finden in die bundesgerichtlichen Überlegungen finden, auch wenn sich das Bundesgericht nicht direkt auf sie abstützen möchte.

⁷⁷ VPB 70.94, Ziff. 3 & 4.

⁷⁸ Zum Schutz der kollektiven Vereinigungsfreiheit im UNO-Pakt II vgl. Künzli/Eugster/Spring, Anerkennung WSK-Rechte, S. 24; zur Konkretisierung von Art. 11 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR vgl. Pärli (2015), Rz. 91 ff.

⁷⁹ Vgl. Ebert/Oelz (2012), S. 9 ff.

c) Cluster II: Zwangs- und Pflichtarbeit (Übereinkommen Nr. 29 und 105)

aa) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Zur Frage der direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen des *Übereinkommens Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit*⁸⁰ und des *Übereinkommens Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit*⁸¹ findet sich keine einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Einzig bei der Frage der Zulässigkeit gerichtlich angeordneter gemeinnütziger Arbeit⁸² verweist das Bundesgericht auf Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29, äussert sich jedoch nicht zur Frage der direkten Anwendbarkeit der Bestimmung. In einem ähnlich gelagerten Fall⁸³ zieht das Bundesgericht die Artikel 1 und 2 des Übereinkommens Nr. 29 zur Beurteilung der Zulässigkeit von Pflichtarbeit für Untersuchungsgefangene heran. In den wenigen übrigen Fällen, in denen sich das Bundesgericht mit den Themen Zwangs- und Pflichtarbeit auseinandersetzen musste, beriefen sich weder die Beschwerdeführer auf ILO-Konventionen noch wandte das Gericht diese zur Beurteilung der Fälle an.⁸⁴

bb) Weiteres Quellenmaterial und Lehrmeinungen

Im Hinblick auf die Übereinkommen Nr. 29 und Nr. 105 sind es in Praxis nur vier Bestimmungen, die überhaupt eine materiell-rechtliche Wirkung entfalten können: Art. 1 und Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29 sowie Art. 1 und 2 des Übereinkommens Nr. 105, mit dem sich die Mitgliedstaaten verpflichten, Zwangs- und Pflichtarbeit zu beseitigen.⁸⁵ In den Botschaften zu den beiden Übereinkommen finden sich keine Ausführungen zur direkten Anwendbarkeit dieser Bestimmungen, da der Bundesrat davon ausging, dass das Thema Zwangs- und Pflichtarbeit für die Schweiz keine Relevanz habe.⁸⁶

Gestützt auf den Wortlaut wird bei Art. 1 des Übereinkommens Nr. 29 und Art. 2 des Übereinkommens Nr. 105 deutlich, dass es sich weitgehend um programmatische Verpflichtungen handelt, die sich ausschliesslich an die Mitgliedstaaten wenden und für ihre praktische Umsetzung gesetzgeberische und andere Massnahmen erfordern⁸⁷:

Art. 1 Übereinkommen Nr. 29

1. Jedes Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, den Gebrauch der Zwangs- oder Pflichtarbeit in allen ihren Formen möglichst bald zu beseitigen.

2. Bis zur völligen Beseitigung darf Zwangs- oder Pflichtarbeit während einer Übergangszeit ausschliesslich für öffentliche Zwecke und auch dann nur ausnahmsweise angewandt

⁸⁰ SR 0.822.713.9.

⁸¹ SR 0.822.720.5.

⁸² BGE 134 IV 97 Erw. 6.3.3.3.

⁸³ BGE 97 I 45 Erw. 4.

⁸⁴ Vgl. etwa BGE 123 I 56, BGE 118 Ia 341 und BGE 139 I 180, in denen sich die Beschwerdeführer jeweils auf EMRK und Bestimmungen der BV beriefen.

⁸⁵ Mit dem Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit (1930) wird diese Fokussierung auf die Artikel 1 und 2 auch im Übereinkommenstext selbst sichtbar. So sieht Art. 7 des rechtsverbindlichen Protokolls der Internationalen Arbeitskonferenz vor, dass die Übergangsbestimmungen von Art. 1 Absätze 2 und 3 sowie die Artikel 3 bis 24 des Übereinkommens Nr. 29 ersatzlos gestrichen werden.

⁸⁶ Vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 29, S. 761 und Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 105, S. 532 f.

⁸⁷ Dies trifft zumindest zu im Hinblick auf die Bekämpfung der Zwangs- und Pflichtarbeit im privaten Sektor. Einzig in den Bereichen, in denen der Staat selbst als Beschäftigender auftritt wäre es allenfalls denkbar, die jeweiligen Bestimmungen als Unterlassungspflichten auszulegen.

werden; dabei sind die in den nachstehenden Artikeln vorgesehenen Bedingungen und Sicherungen einzuhalten.

3. Nach Ablauf von fünf Jahren, berechnet vom Inkrafttreten dieses Übereinkommens, und anlässlich des im nachstehenden Art. 31 vorgesehenen Berichtes hat der Verwaltungsrat des Internationalen Arbeitsamtes zu prüfen, ob es möglich ist, die Zwangs- oder Pflichtarbeit in allen ihren Formen ohne weiteren Verzug zu beseitigen, und zu entscheiden, ob diese Frage auf die Tagesordnung der Konferenz gesetzt werden soll.

Art. 2 Übereinkommen Nr. 105

Jedes Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, wirksame Massnahmen zur sofortigen und vollständigen Abschaffung der in Artikel 1 dieses Übereinkommens bezeichneten Zwangs- oder Pflichtarbeit zu ergreifen.

Eine self-executing Wirkung dieser Bestimmungen fällt damit ausser Betracht. Genauer zu prüfen sind jedoch Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29 (Definition von Zwangs- und Pflichtarbeit) und die Umschreibungen von Zwangs- und Pflichtarbeit in Art. 1 lit. a-e des Übereinkommens Nr. 105.

Art. 2 Übereinkommen Nr. 29

1. Als „Zwangs- oder Pflichtarbeit“ im Sinne dieses Übereinkommens gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.

2. Als „Zwangs- oder Pflichtarbeit“ im Sinne dieses Übereinkommens gelten jedoch nicht:

a) jede Arbeit oder Dienstleistung auf Grund der Gesetze über die Militärdienstpflicht, soweit diese Arbeit oder Dienstleistung rein militärischen Zwecken dient;

b) jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den üblichen Bürgerpflichten der Bürger eines Landes mit voller Selbstregierung gehört;

c) jede Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person auf Grund einer gerichtlichen Verurteilung verlangt wird, jedoch unter der Bedingung, dass diese Arbeit oder Dienstleistung unter Überwachung und Aufsicht der öffentlichen Behörden ausgeführt wird und dass der Verurteilte nicht an Einzelpersonen oder private Gesellschaften und Vereinigungen verdingt oder ihnen sonst zur Verfügung gestellt wird;

d) jede Arbeit oder Dienstleistung in Fällen höherer Gewalt, nämlich im Falle von Krieg, oder wenn Unglücksfälle eingetreten sind oder drohen, wie Feuersbrunst, Überschwemmung, Hungersnot, Erdbeben, verheerende Menschen- und Viehseuchen, plötzliches Auftreten von wilden Tieren, Insekten- oder Pflanzenplagen, und überhaupt in allen Fällen, in denen das Leben oder die Wohlfahrt der Gesamtheit oder eines Teiles der Bevölkerung bedroht ist;

e) kleinere Gemeindearbeiten, die unmittelbar dem Wohle der Gemeinschaft dienen, durch ihre Mitglieder ausgeführt werden und daher zu den üblichen Bürgerpflichten der Mitglieder der Gemeinschaft gerechnet werden können; dies gilt unter der Voraussetzung, dass die Bevölkerung oder ihre unmittelbaren Vertreter berechtigt sind, sich über die Notwendigkeit der Arbeiten zu äussern.

Art. 1 Übereinkommen Nr. 105

Jedes Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, die Zwangs- oder Pflichtarbeit zu beseitigen und in keiner Form zu verwenden

- a) als Mittel politischen Zwanges oder politischer Erziehung oder als Strafe gegenüber Personen, die gewisse politische Ansichten haben oder äussern oder die ihre ideologische Gegnerschaft gegen die bestehende politische, soziale oder wirtschaftliche Ordnung bekunden;
- b) als Methode der Rekrutierung und Verwendung von Arbeitskräften für Zwecke der wirtschaftlichen Entwicklung;
- c) als Massnahme der Arbeitsdisziplin;
- d) als Strafe für die Teilnahme an Streiks;
- e) als Massnahme rassistischer, sozialer, nationaler oder religiöser Diskriminierung.

Diese Bestimmungen sind inhaltlich präzise umrissen, was für ihren self-executing Charakter spricht.⁸⁸ Grundsätzlich haben diese Definitionen auch eine Auswirkung auf die Rechtstellung Privater, indem das Recht der Individuen anerkannt wird, nicht Opfer einer derartigen Behandlung zu werden. Ob diese *ex negativo* Argumentation zur Begründung des self-executive Charakters genügt, scheint allerdings fraglich.⁸⁹

cc) Zwischenfazit

Art. 1 des Übereinkommens Nr. 29 und Art. 2 des Übereinkommens Nr. 105 dürften aus Sicht der Gutachter nicht direkt anwendbar sein. Bei den Definitionsbestimmungen in Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29 und Art. 1 lit. a-e des Übereinkommens Nr. 105 spricht ihre inhaltliche Dichte für eine direkte Anwendbarkeit, hingegen ist fraglich, ob durch sie tatsächlich Rechte oder Pflichten von Privaten begründet werden.

d) Cluster III Gleichstellung und Nichtdiskriminierung (Übereinkommen Nr. 100 und 111)

aa) Rechtsprechung des Bundesgerichts

In BGE 103 Ia 517 (Erw. 4f.) äussert sich das Bundesgericht zu Frage der direkten Anwendbarkeit des *Übereinkommens Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit*⁹⁰) und indirekt auch zum dem seiner Struktur nach gleich aufgebauten *Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf*⁹¹. Unter Auslegung der materiellen Bestimmungen, ihrer Ratifikationsgeschichte und unter Heranziehung der jeweiligen bundesrätlichen Botschaften kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Bestimmungen beider Übereinkommen gesamthaft nicht direkt anwendbar sind. Begründet wird dies zusammengefasst primär damit, dass es sich um Handlungsaufträge an den Gesetzgeber handle, die in der Wahl der Mittel einen weiten Spielraum liessen.

⁸⁸ Gleichzeitig dienen die Definitionen auch als Grundlage für die weiteren menschenrechtlichen Ausdifferenzierungen in Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt-II; vgl. Frowein/Peukert (2009), S. 6 und Nowak (2005), S. 15.

⁸⁹ Zu prüfen wäre allenfalls, ob sich aus diesen Bestimmungen Pflichten von Privaten ergeben. Dies wäre in privatwirtschaftlichen Kontexten denkbar über die horizontale Drittwirkung der Grund- und Menschenrechte.

⁹⁰ SR 0.822.720.0.

⁹¹ SR 0.822.721.1.

In Konkretisierung der Rechtsprechung zur direkten Anwendbarkeit des Übereinkommens Nr. 111 kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass Art. 2 und 3 des Übereinkommens nicht direkt anwendbar sind, da ihnen

„die notwendige Bestimmtheit [fehlt], um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Sie enthalten vielmehr Leitgedanken eines Programms, zu dessen Durchführung sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, und wenden sich daher an die Gesetzgeber.“⁹²

bb) Weiteres Quellenmaterial und Lehrmeinungen

In den Botschaften zu den Übereinkommen Nr. 100 und Nr. 111 lassen sich keine Hinweise dazu finden, dass der Bundesrat bei der Ratifikation der Übereinkommen von einer direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen ausgegangen ist.⁹³ Gleichzeitig zeigt schon der Wortlaut der beiden Übereinkommen, dass sich sämtliche materiell-rechtlichen Bestimmungen⁹⁴ ausschliesslich an die Mitgliedstaaten richten. Darüber hinaus sind sämtliche Verpflichtungen – mit Ausnahme der jeweiligen Definitionsartikel⁹⁵ – so ausgestaltet, dass sie die Mitgliedstaaten auffordern, Massnahmen zu ergreifen und einschlägige Politiken zu entwickeln.⁹⁶ Dabei wird nicht vorgeschrieben, welche Massnahmen genau zu ergreifen sind⁹⁷, weshalb die materiell-rechtlichen Bestimmungen in ihrer Gesamtheit als Rahmengesetzgebung zu qualifizieren sind, die sich an die Legislative wendet und eben nicht an die rechtsanwendenden Behörden.

Ähnlich wie bei den bereits behandelten Clustern lässt sich auch für die Übereinkommen Nr. 100 und 111 eine Überschneidung mit anderen Menschenrechtsabkommen und teilweise eine durch diese erfolgende inhaltliche Konkretisierung feststellen. So kann unter Umständen gestützt auf Art. 8 EMRK in Verbindung mit dem akzessorischen Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK gegen eine diskriminierende Nichtanstellung bzw. Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorgegangen werden.⁹⁸ Dies allein vermag jedoch nichts an dem Auslegungsergebnis zu ändern, dass die Bestimmungen der beiden Übereinkommen Nr. 100 und Nr. 111 nur mittelbar Rechte Privater tangieren.

cc) Zwischenfazit

Zusammenfassend ergeben sich aus der summarischen Analyse der Übereinkommen Nr. 100 und Nr. 111 keine Anhaltspunkte für eine direkte Anwendbarkeit der materiell-rechtlichen Bestimmungen. Im Gegensatz zu den vorgenannten Clustern scheint hier – bedingt durch die klarerweise an den Gesetzgeber adressierte Grundstruktur der Bestimmungen – auch die Heranziehung weiterer völkerrechtlicher Quellen nichts an dieser Qualifizierung zu ändern.

⁹² BGE 106 Ib 182 Erw. 3.

⁹³ Vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 100, S. 1541 ff. sowie Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 111, S. 34 ff.

⁹⁴ Art. 1-4 des Übereinkommens Nr. 100 sowie Art. 1-5 des Übereinkommens Nr. 111 sowie deren Konkretisierung in der ratifizierten Empfehlung (Nr. 111) betreffend die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958).

⁹⁵ Art. 1 des Übereinkommens Nr. 100 bzw. Art. 1 des Übereinkommens Nr. 111.

⁹⁶ Zum „promotional character“ des Übereinkommens Nr. 100 vgl. Kaufmann (2007), S. 62 f.

⁹⁷ Siehe dazu bspw. Art. 2 des Übereinkommens Nr. 100: In Abs. 1 werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Grundsatz der Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte zu fördern. Abs. 2 zeigt diesbezügliche Handlungsmöglichkeiten auf (innerstaatliche Gesetzgebung, Einrichtungen zur Lohnfestsetzung, Gesamtarbeitsverträge), ohne jedoch konkrete Schritte vorzugeben.

⁹⁸ Vgl. Pärli (2015), Rz. 127.

e) Cluster IV: Kinderarbeit (Übereinkommen Nr. 138 und 182)

aa) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Zu den Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung⁹⁹ und Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit¹⁰⁰ findet sich bisher keine bundesgerichtliche Rechtsprechung.

bb) Weiteres Quellenmaterial und Lehrmeinungen

Für eine direkte Anwendbarkeit kommen im Übereinkommens Nr. 138 insbesondere die Bestimmungen betreffend Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung in Frage (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3; Art. 3 sowie die Ausnahmebestimmung von Art. 6).¹⁰¹ Betreffend Art. 2 Abs. 3 gilt, dass das Mindestalter auf keinen Fall unter 15 Jahren liegen darf. Diese absolute Untergrenze ist selbstredend *genügend bestimmt*, um unmittelbar in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden. Zudem tangiert die Norm offensichtlich direkt die Rechtsstellung Privater, indem sie Jugendliche in ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung schützt. Folglich spricht viel dafür, dass diese Bestimmung als self-executing zu qualifizieren ist.

In Art. 3 findet sich in Abs. 1 ebenfalls eine absolute Untergrenze für Beschäftigungen, die für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist. Folglich besteht auch hier der direkte Bezug zur *Rechtsstellung Privater*.

Im Hinblick auf die für die Frage der *Justiziabilität* wichtige Bestimmtheit der Norm stellt sich jedoch das Problem des Präzisierungsauftrags von Art. 3 Abs. 2. Dieser sieht vor, dass die Arten der Beschäftigung von der innerstaatlichen Gesetzgebung präzisiert werden müssen. Diese Zuweisung an die Gesetzgebung spricht eher gegen die direkte Anwendbarkeit der Bestimmung. Wenig hilfreich scheint diesbezüglich auch der Verweis auf weitere völkervertragliche Verpflichtungen. Die einschlägige Bestimmung der Kinderrechtskonvention (Art. 34), welche inhaltlich Art. 3 des Übereinkommens Nr. 138 nachgeformt ist, sieht in Abs. 2 ebenfalls Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmassnahmen vor, um der Norm zur Verwirklichung zu verhelfen.¹⁰² Gleiches gilt für die Präzisierung in Art. 4 des Übereinkommens Nr. 182. Die einzige offene Frage wäre, ob unabhängig von der Einschränkung von Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens im Hinblick auf den aufgeführten „Schutz des Lebens“ eine genügende Bestimmtheit von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vorliegt. Diese Vermutung liegt nahe, wenn man den bundesrätlichen Ausführungen zur direkten Anwendbarkeit von staatlichen Schutzpflichten in der Botschaft zur Behindertenrechtskonvention folgt.¹⁰³

Abschliessend stellt sich die Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 6, der eine Ausnahme von Art. 2 Abs. 3 vorsieht. Die Tangierung der Rechtsstellung Privater liegt auf der Hand und gleichfalls spricht die Absolutheit der Untergrenze für die genügende inhaltliche Konkretisierung. Die übrigen Bestimmungen des Übereinkommens richten sich direkt an den Gesetzgeber und sind oftmals als „Kann“-Vorschriften ausgestaltet (so bspw. Art. 7-9).

⁹⁹ SR 0.822.723.8.

¹⁰⁰ SR 0.822.728.2.

¹⁰¹ Siehe dazu Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 138, S. 551.

¹⁰² Zudem ist nicht geklärt, ob der entsprechenden Norm self-executing Charakter zukommt. Im Gegensatz zu den Bestimmungen der EMRK und des UNO-Paktes-II werden die Garantien der KRK nicht umfassend als self-executing taxiert. Siehe für eine Rechtsprechungsübersicht zu dieser Frage BGer 8C_295/2008 (Erw. 4).

¹⁰³ Als direkt anwendbar qualifiziert der Bundesrat etwa Schutzpflichten wie das Recht auf Leben und die Freiheit von Ausbeutung, Gewalt oder Missbrauch; vgl. Bundesrat, Botschaft BRK, S. 675.

Im Hinblick auf das Übereinkommen Nr. 182 stehen die materiell-rechtlichen Bestimmungen von Art. 1-8 im Vordergrund. In Betracht kommen dabei insbesondere die Definitionsartikel 2-4, da sich die Art. 1, 5, 6, 7 und 8 direkt an die Mitgliedstaaten wenden und zu ihrer Realisierung gesetzgeberische und administrative Massnahmen erfordern. Offensichtlich direkt anwendbar ist Art. 2, der alle Personen unter 18 Jahren umfassend als „Kinder“ definiert. Diese Bestimmung ist in ihrem Normgehalt offensichtlich genügend bestimmt und betrifft die Rechtsstellung Privater. Gleichzeitig stellt sie die völkerrechtliche Harmonisierung mit Art. 1 der Kinderrechtskonvention her.

Betreffend der zusammengehörigen Artikel 3 und 4, in denen „die schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ definiert werden, ist der Bezug zur Rechtsstellung Privater ebenfalls ersichtlich, da die Vermeidung der aufgeführten Tatbestände die volle körperliche und geistige Entwicklung der Kinder sichern sollen.¹⁰⁴ Zu prüfen ist einzig, ob der entsprechende Katalog von Art. 3 lit. a-d des Übereinkommens genügend bestimmt ist. Für Art. 3 lit. a-c ist dies wohl zu bejahen. Dafür spricht insbesondere die gefestigte Verankerung dieser „schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ in weiteren, in der Schweiz direkt anwendbaren völkerrechtlichen Verträgen, die zur Inhaltsbestimmung herangezogen werden können.¹⁰⁵ Ein Vorbehalt betreffend die direkte Anwendbarkeit ist möglicherweise einzig bei Art. 3 lit. d [„Arbeit die ihrer Natur nach (...) voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.“] und dessen eigenständiger Konkretisierung in Art. 4 des Übereinkommens anzubringen. Inhaltlich greift diese jedoch die vorgenannte Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 138 auf, weshalb an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.

cc) Zwischenfazit

Zusammenfassend sprechen trotz Fehlens eines bundesgerichtlichen Benchmarks gute Gründe dafür, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3, sowie Art. 6 des Übereinkommens Nr. 138 sowie Art. 2 und Art. 3 lit. a-c des Übereinkommens Nr. 182 als self-executive zu qualifizieren. Dafür spricht insbesondere die Formulierung von absoluten Untergrenzen sowie deren Verankerung in weiteren verbindlichen menschenrechtlichen Konventionen, die bei der Auslegung zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf Art. 3 des Übereinkommens Nr. 138 sowie Art. 3 lit. d des Übereinkommens Nr. 182 ist – wenn man der bundesrätlichen Praxis in der Botschaft zur BehiK¹⁰⁶ folgt – dies zumindest in den Fällen zu bejahen, in denen grundlegende Menschenrechte wie das Recht auf Leben tangiert sind.

3. Zusammenfassung: Verallgemeinerungsfähigkeit des status quo?

Die Analyse zeigt deutlich, dass angesichts der nur punktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlässliche generelle Aussagen betreffend des self-executing Charakters der ILO-Kernkonventionen nicht möglich sind. Diese Feststellung gilt jedoch in beide Richtungen: so lässt sich weder nachweisen, dass die Bestimmungen der ILO-Kernkonventionen per se keinen self-executing Charakter haben, noch das Gegenteil behaupten.

¹⁰⁴ Siehe dazu auch die entsprechenden Ausführungen in der Botschaft; vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 182, S. 354 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 182, S. 354 ff., wobei insbesondere auch den ILO Übereinkommen Nr. 29 und Nr. 105 zur Abschaffung der Zwangs- und Pflichtarbeit eine wichtige Rolle zukommt.

¹⁰⁶ Vgl. Bundesrat, Botschaft BRK, S. 675.

Darüber hinaus veranschaulicht die Untersuchung einzelner Normen, dass sowohl in den Themenbereichen „Gewerkschaftsrechte“ sowie „Kinderarbeit“ gute Gründe dafür sprechen, bei einzelnen Bestimmungen im Einklang mit dem bundesgerichtlichen Kriterienkatalog deren direkte Anwendbarkeit zu bejahen. Dies ist insbesondere bei impliziten oder expliziten staatlichen Unterlassungsgeboten (bspw. Art. 2-6 Übereinkommen Nr. 87) sowie Mindeststandards setzenden Normen (bspw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Übereinkommen Nr. 138) der Fall.

Gleichzeitig ist festzuhalten, dass gerichtliche Feststellungen über das Nichtbestehen des self-executing Charakters einer Norm nicht zwingend für die Ewigkeit gelten. Hier spielt insbesondere die Verdichtung des völkerrechtlichen Rahmens eine Rolle. Im Vordergrund steht dabei die Praxis, dass Bestimmungen der ILO-Kern-Konventionen durch neuere Menschenrechtskonventionen inhaltlich konkretisiert werden und daraus wiederum Rückschlüsse für die Justiziabilität der ursprünglichen Normen gewonnen werden können.

IV. Indirekte Bestätigung des self-executing Charakters von ILO-Bestimmungen?

1. Ausgangspunkt: Formulierung von „Erwartungen“ gegenüber privaten Akteuren durch die Bundesbehörden

Im Verlauf der letzten Jahre ist die Bundesverwaltung immer häufiger dazu übergegangen, menschenrechtliche Mindestexpectationen gegenüber privaten wirtschaftlichen Akteuren zu artikulieren. Befruchtet wurde diese Entwicklung nicht zuletzt durch die 2011 vom UNO Menschenrechtsrat verabschiedeten UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten¹⁰⁷ und der Revision der nun inhaltlich in die gleiche Richtung zielenden OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen¹⁰⁸. Bereits der den UNO-Leitprinzipien zu Grunde liegende „Protect-Respect-Remedy-Framework“ betont die Wichtigkeit, dass Staaten aktiv eine Unternehmenskultur fördern sollen, in der die Achtung der Menschenrechte zu einem integralen Bestandteil der Geschäftstätigkeit wird.¹⁰⁹ Konkretisiert wird diese Empfehlung in den UNO-Leitprinzipien.¹¹⁰ Inhaltlicher Referenzpunkt sind dabei die menschenrechtlichen Inhalte die laut den UNO-Leitprinzipien von den Unternehmen zu respektieren sind. Verwiesen wird diesbezüglich in Leitprinzip 12 auf die Internationale Menschenrechtscharta („International Bill of Human Rights“)¹¹¹ sowie die Erklärung der ILO über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit („Principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work“).¹¹²

Die Schweiz kommt dieser Empfehlung in der Praxis unter anderem dadurch nach, dass sie gegenüber Unternehmen die Erwartung formuliert, dass sich diese in ihrer Geschäftstätigkeit – nebst der Einhaltung der Gesetze – auch an allgemeinen Standards zur verantwortungsvollen Unternehmensführung orientieren. Deutlich wird dies beispielsweise am 2013 ausgearbeiteten *Grundlagenbericht Rohstoffe*: Darin bringt die Schweiz ihre Erwartung zum Ausdruck, dass

¹⁰⁷ Vgl. HRC, UNO-Leitprinzipien 2011.

¹⁰⁸ Vgl. OECD, OECD-Leitsätze 2011.

¹⁰⁹ Vgl. HRC, Framework, Ziff. 29–32. Zur Erläuterung vgl. KAUFMANN (2013a), S. 748 f.

¹¹⁰ Vgl. HRC, UNO-Leitprinzipien 2011, Leitprinzip 3.

¹¹¹ Diese umfasst die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und ihre Konkretisierungen im Rahmen der des Internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte (UNO-Pakt-II) und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt-I).

¹¹² Vgl. HRC, UNO-Leitprinzipien 2011, Leitprinzip 12. In der Kommentierung zu Leitprinzip 12 wird dabei explizit Bezug genommen auf die acht ILO-Kern-Konventionen.

international tätige Unternehmen der Branche mit Sitz in der Schweiz besondere Sorgfaltspflichten wahrnehmen, die über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben im In- und Ausland hinausgehen.¹¹³ Ähnliche Ausführungen findet sich auch im 2015 veröffentlichten *Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt*. Darin erwartet der Bundesrat, „dass die Unternehmen ihre gesellschaftliche Verantwortung in der Schweiz und im Ausland – überall dort wo sie tätig sind – wahrnehmen“.¹¹⁴

Bestandteil der unternehmerischen Verantwortung sind neben anderen Themen auch Arbeitsbedingungen (inkl. Gesundheitsschutz) und Menschenrechte. Der Bund erwartet diesbezüglich von in der Schweiz ansässigen oder tätigen Unternehmen, dass sie sich an internationalen Standards zur sozialen Verantwortung von Unternehmen (CSR) orientieren und „je nach Tätigkeit und Betroffenheit (...) an sektoriellen und themenspezifischen Initiativen teilnehmen“.¹¹⁵ Viele dieser Standards und Initiativen orientieren sich im Bereich des Arbeitsschutzes implizit oder explizit an den ILO-Kernkonventionen. Veranschaulichen lässt sich das am Beispiel des *UN Global Compact*: Aus den zehn Prinzipien, die als Selbstverpflichtungen der Mitglieder ausgestaltet sind, betreffen vier das Thema Arbeit. Inhaltlich geben sie die ILO-Kernarbeitsnormen wieder, wie sie in der Erklärung der ILO über grundlegende Prinzipien und Recht bei der Arbeit von 1998 formuliert wurden, wobei diese Erklärung auch explizit als „Quelle“ des UN Global Compact genannt wird.¹¹⁶ So verpflichten sich letztlich sämtliche Mitglieder, die ILO-Kern-Konventionen in ihrer Geschäftstätigkeit einzuhalten.

2. Rechtliche Qualifizierung dieser „Erwartungen“ und mögliche Auswirkungen auf die Frage der Charakterisierung von ILO-Kernarbeitsnormen

Ausgehend von dieser Sachlage schliesst sich für das vorliegende Gutachten die Frage an, ob diese Entwicklungen mittelbare oder unmittelbare Auswirkungen auf die Bestimmung der direkten Anwendbarkeit der ILO-Kernkonventionen haben. Greift man in analoger Weise zurück auf den vorgängig behandelten Kriterienkatalog zur Bestimmung des self-executing-Charakters von staatsvertraglichen Normen (Inhalt, Justiziabilität, Adressat), scheint diese Entwicklung insbesondere Auswirkungen auf die ersten beiden Kriterien zu haben.

So scheint der Verweis die Vermutung zu bestätigen, dass die materiell-rechtlichen Bestimmungen der ILO-Kern-Konventionen unmittelbare Rechte und Pflichten von Privaten begründen. Betroffen ist davon sowohl die Rechte- als auch Pflichten-Dimension. Bezüglich der Rechte-Dimension steht im Wesentlichen die Betonung des menschenrechtlichen Charakters der ILO-Kernkonventionen in den UNO-Leitprinzipien im Vordergrund.¹¹⁷ Sie verdeutlichen die Gleichrangigkeit der ILO-Kernarbeitsnormen mit „klassischen“ Menschenrechten. Korrelierend dazu liegt diesen Standards offensichtlich die Vermutung zu Grunde, dass die ILO-Kernarbeitsrechte auch Pflichten für Private, insbesondere Unternehmen¹¹⁸, beinhalten. Bei den UNO-Leitprinzipien handelt es sich um das erste von der Staatengemeinschaft verabschiedete

¹¹³ Vgl. INTERDEPARTEMENTALE PLATTFORM ROHSTOFFE, Grundlagenbericht Rohstoffe S. 37.

¹¹⁴ Vgl. BUNDESRAT, Gesellschaftliche Verantwortung, S. 5.

¹¹⁵ Vgl. EBENDA, S. 6. Eine Liste sektorenübergreifender und -spezifischen Instrumenten und Standards findet sich EBENDA, S. 20 ff.

¹¹⁶ Die 10 Prinzipien sind abrufbar unter <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (besucht am 1. Oktober 2015). Zum Ursprung der arbeitsrelevanten Inhalte des Global Compacts vgl. ILO, Labour Principles, S. 9 f.

¹¹⁷ Vgl. HRC, UNO-Leitprinzipien 2011, Leitprinzip 12.

¹¹⁸ Vgl. OHCHR, Interpretive Guide, S. 12 ff.

rechtliche Dokument, das diese Verbindung zwischen der unternehmerischen Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte und den ILO-Kernkonventionen explizit zum Ausdruck bringt.¹¹⁹ Die UNO-Leitprinzipien erweitern damit eine bereits in der *Tripartite Erklärung der ILO* zu multinationalen Unternehmen von 2006¹²⁰ angelegte Entwicklung um eine zusätzliche Dimension. Die Tatsache, dass es sich bei den UNO-Leitprinzipien um ein *soft law* Instrument handelt und dass auch die Standards betreffend der Konkretisierung der verantwortlichen Unternehmensführung auf der Basis von freiwilligen Selbstverpflichtungen beruhen, vermag an diesen materiellen Konkretisierungen nichts zu ändern.¹²¹

Gleichzeitig hat diese Entwicklung Auswirkungen auf die Frage der Bestimmtheit der ILO-Normen (Justiziabilität). Wie dargelegt, stellt sich bei diesem Prüfschritt die Frage, ob eine staatsvertragliche Norm von den rechtsanwendenden Behörden „in die Wirklichkeit umgesetzt werden kann“¹²². Logische Gründe scheinen angesichts der jüngsten Entwicklung für die Annahme zu sprechen, dass die materiell-rechtlichen Gehalte der ILO-Kernkonventionen – soweit sie sich direkt an Private wenden – genügend konkret sind, um in die Wirklichkeit umgesetzt werden zu können. Andernfalls wäre eine Verpflichtung von Unternehmen, diese zu respektieren, sinnentleert. Wie sollten sich Unternehmen in der Realität an Normen orientieren, die zu ungenau sind, um in der Wirklichkeit angewendet zu werden? Eine wichtige Rolle der inhaltlichen Konkretisierung spielt auch der Austausch von best practices, den der Bund explizit als Massnahmenziel formuliert hat.¹²³ Spätestens mit der „Absegnung“ von best practices durch den Bund, an denen die Unternehmen sich orientieren sollen, entwickeln sich inhaltliche Benchmarks. Folglich scheint die Annahme nicht abwegig, dass die schweizerischen Bundesbehörden mit der Formulierung ihrer „Erwartungen“ gegenüber Unternehmen zumindest indirekt die Auffassung zum Ausdruck bringen, dass die entsprechenden Bestimmungen in die Wirklichkeit umgesetzt werden können.

Selbstverständlich vermag diese Entwicklung allein nicht zu genügen, um eine direkte Anwendbarkeit sämtlicher materiell-rechtlicher ILO-Kernarbeitsnormen, welche die Rechtsstellung Privater tangieren, anzunehmen. Die diesbezügliche Entscheidungskompetenz liegt weiterhin einzelfallbezogen bei den Gerichten. Diese sind in ihren Entscheidungen nicht an Entwicklungen in der Verwaltungspraxis gebunden, tragen diesen aber in der Regel im Auslegungsprozess Rechnung.¹²⁴

3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die jüngsten nationalen und internationalen Entwicklungen im Themenbereich Wirtschaft und Menschenrechte zumindest indirekt Auswirkungen auf die Frage der direkten Anwendbarkeit der ILO-Kern-Konventionen haben:

Einerseits hat mit der Verabschiedung der UNO-Leitprinzipien und deren Folgeregulierungen auf internationaler und nationaler Ebene¹²⁵ eine materiell-rechtliche Verdichtung stattgefunden, die Rückwirkungen auf die inhaltliche Bestimmung der ILO-Kernarbeitsnormen hat. So wird

¹¹⁹ Vgl. BELLACE (2015), S. 191.

¹²⁰ Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) as amended at its 279th (November 2000) and 295th Session (March 2006).

¹²¹ Zur den Konsequenzen des soft-law Charakters der UNO-Leitprinzipien vgl. KAUFMANN ET AL. (2013), S. 12 f.

¹²² Vgl. BGE 111 Ib 68, Erw. 3. Siehe dazu auch KIENER/KÄLIN, S. 19.

¹²³ Vgl. BUNDESRAT, Gesellschaftliche Verantwortung, S. 15.

¹²⁴ Vgl. etwa BGE 120 Ia 1 Erw. 5.

¹²⁵ Vgl. KAUFMANN (2013a), S. 750 f. sowie KAUFMANN (2013b), S. 509 ff.

insbesondere die Gleichrangigkeit der materiell-rechtlichen Bestimmungen der ILO-Kernkonventionen mit den Gehalten „klassischer“ Menschenrechte rechtlich verankert. Ebenso findet sich mit der Ausdifferenzierung der unternehmerischen Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte, die sich auch auf die Inhalte der ILO-Kernkonventionen bezieht, eine grundsätzliche Anerkennung der individuellen Pflichtdimension von ILO-Kernarbeitsnormen. Angesichts der Tatsache, dass das Bundesgericht im Zuge des Auslegungsprozesses keine isolierte Betrachtung der staatsvertraglichen Einzelnorm betreibt, sondern grundsätzliche Veränderungen des völkerrechtlichen Rahmens miteinbezieht,¹²⁶ könnten diese Entwicklungen in Zukunft eine wesentliche Rolle spielen für die Beurteilung der Frage, ob ILO-Kernarbeitsnormen, die sich direkt auf das Verhalten von Privaten beziehen, direkt anwendbar sind.

Andererseits hat die Veränderung des rechtlichen Rahmens mittelbar die bundesbehördliche Praxis betreffend die ILO-Kernkonventionen verändert. Die Aufnahme der ILO-Kernnormen in die an Private kommunizierten „Mindestexpectationen“ der verantwortungsvollen Unternehmensführung ist als Indiz dafür zu werten, dass nach Auffassung der Bundesbehörden die entsprechenden Bestimmungen in die Wirklichkeit umgesetzt werden können. Andernfalls würden sich die kommunizierten Mindestexpectationen als inhaltsleere Rhetorik entpuppen. Diese Praxisänderung hat zumindest bei der Beurteilung derjenigen Normen der ILO-Kernkonventionen, die direkt das Verhalten von Privaten tangieren, Auswirkungen auf die Frage der direkten Anwendbarkeit. Mittelbar werden zudem die Formulierung von best practices zur inhaltlichen Konkretisierung beitragen. Daran vermag auch die bisher nicht beantwortete, vorgelagerte Frage, wie derartige „Expectationen“ überhaupt rechtlich zu qualifizieren sind, nichts zu ändern.

Insgesamt wird so im Austausch zwischen wirtschaftlicher Praxis und regulativen Massnahmen auf nationaler und internationaler Ebene ein neues Hilfsinstrumentarium geschaffen das mittelbar zur inhaltlichen Konkretisierung der ILO-Kern-Konventionen beiträgt. Insbesondere die von der Bundesverwaltung abgesegneten sich entwickelnden best practices können zukünftig den gerichtlichen Instanzen hilfreich sein bei der einzelfallbezogenen Abwägung der Frage der direkten Anwendbarkeit der ILO-Kernarbeitsnormen.

V. Gesamtfazit

Die Ausführungen dieses Gutachtens zeigen, dass bezüglich der direkten Anwendbarkeit von Rechten der ILO Kernkonventionen in dreifacher Hinsicht bislang noch ungenutztes *Potential* besteht: (1) Aufgrund der bestehenden Kriterien des Bundesgerichts, (2) aufgrund von Entwicklungen in anderen menschenrechtlichen Kontexten und (3) aufgrund der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und des darin zum Ausdruck kommenden internationalen Konsenses.

1. Anwendung der bestehenden Kriterien des Bundesgerichts

Zunächst lassen bereits die bestehenden, vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung angewandten *Kriterien* zur Qualifizierung von staatsvertraglichen Bestimmungen – Begründung von Rechten und Pflichten Einzelner, Justiziabilität und Adressierung der rechtsanwendenden Behörden – Raum für die Identifikation weiterer ILO Kernarbeitsnormen als direkt anwendbar (self-executing).

¹²⁶ Vgl. etwa BGE 133 I 286 Erw. 3.2.

Im Bereich der *Gewerkschaftsrechte* lassen sich gestützt auf die Kriterien des Bundesgerichts die Art. 2, 3, 4 und 5 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts als direkt anwendbar qualifizieren.

Das Bundesgericht hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich zu den das Verbot von *Zwangs- und Pflichtarbeit* betreffenden Kernarbeitsrechten zu äussern. Zu prüfen ist aus Sicht der Gutachter eine direkte Anwendbarkeit von Art. 2 des Übereinkommens Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit sowie von Art. 1 des Übereinkommens Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit. Beide Bestimmungen dienen der Definition von Zwangs- und Pflichtarbeit und sind zweifellos genügend bestimmt. Fraglich scheint, ob sie tatsächlich Rechte und Pflichten Einzelner begründen.

Auch zu *Kernarbeitsrechten für Kinder* findet sich keine bundesgerichtliche Rechtsprechung. Die Auslegung anhand der bundesgerichtlichen Kriterien zeigt, dass Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 3 und Art. 6 des Übereinkommens Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung sowie Art. 2 und Art. 3 lit. a-c des Übereinkommens Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen von Kinderarbeit direkt anwendbar sind.

2. Entwicklungen in anderen menschenrechtlichen Kontexten, insbes. EMRK und UNO-Pakt II

Da sich verschiedene Kernarbeitsrechte der ILO mit anderen menschenrechtlichen Instrumenten, insbes. Bestimmungen der EMRK und des UNO-Pakts über bürgerliche und politische Rechte überschneiden, lassen sich aus der Rechtsprechung und Praxis anderer Menschenrechtsorgane Indizien für die direkte Anwendbarkeit ableiten.

Für die *Gewerkschaftsrechte* der ILO-Kernkonventionen stehen Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II im Vordergrund. Beide Bestimmungen gelten nach Auffassung des Bundesgerichts als self-executing und sind vom Wortlaut her nicht präziser gefasst als Art. 2 des Übereinkommens Nr. 87. Damit erhält die Argumentation in Rz zusätzliche Unterstützung.

3. Auswirkungen der internationalen Agenda Menschenrechte und Wirtschaft

Mit der einstimmigen Verabschiedung der UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten durch den Menschenrechtsrat und die anschliessende Inkorporierung der Prinzipien in zahlreiche bindende und nicht bindende Instrumente hat die internationale Gemeinschaft inhaltlich und formell Neuland betreten. Dadurch dass die Leitprinzipien u.a. auf die ILO-Kernarbeitsnormen verweisen, anerkennen sich nicht nur deren Bedeutung, sondern positionieren sie auch im als Kriterien für die unternehmerischen menschenrechtliche Sorgfaltsprüfung. Es ist schwer vorstellbar, wie Arbeitsrechte einerseits als Massstab für die Einhaltung von Sorgfaltspflichten dienen sollen und ihnen andererseits die direkte Anwendbarkeit versagt wird. Ob damit weitere Kernarbeitsrechte über die in Rz genannten hinaus als self-executing zu anerkennen sind, ist derzeit noch offen. Denkbar ist eine Erweiterung im Bereich der Normen gegen Diskriminierung wie sie den Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit und im Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf enthalten sind.

Dass sich diese Diskussion nicht auf die Theorie beschränkt, zeigen die mittlerweile zahlreichen Instrumente, mit denen schweizerische Behörden ihre menschen- und arbeitsrechtlichen Erwartungen gegenüber Unternehmen zum Ausdruck bringen. Das Bundesgericht hat in jüngster

Zeit verschiedentlich – vor allem im Umweltbereich – auf formal nicht verbindliche Standards Bezug genommen, um verbindliche Rechtsnormen auszulegen oder best practices zu definieren. Mit der Implementierung der UNO-Leitprinzipien durch die Schweiz können auch die Kernarbeitsrechte der ILO von dieser Entwicklung profitieren.

VI. Literatur- und Materialienverzeichnis

1. Literatur

Alston, Philip: ‚Core Labour Standards‘ and the Transformation of the International Labour Rights Regime. In: *European Journal of International Law*, Vol. 15 (2004), Issue 3, 457–521 [zit.: Alston (2004)]

Labour Rights as Human Rights – The Not so Happy State of the Art. In: Derselbe (Ed.): *Labour Rights as Human Rights*, Oxford 2005, 1–26 [zit.: Alston (2005a)].

Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda. In: *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), Issue 3, 467–480 [zit.: Alston (2005b)]

Bellace, Janice R.: Pushback on the right to strike – Resisting the thickening of soft law. In: Adelle Blackett / Anne Trebilcock (Eds.): *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Cheltenham/Northampton MA 2015, 181–193 (zit.: Bellace (2015)).

Betlem, Gerrit / Nollkaemper, André: Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts – a Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. In: *European Journal of International Law*, Vol. 14 (2003), Issue 3, 569–589 (zit.: Betlem/Nollkaemper).

Dunand, Jean-Philippe / Mahon, Pascal: Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, Etude établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d’Etat à l’économie (SECO) et de l’Office fédéral de la justice (OFJ), 14 août 2015 [zit. : Dunand/Mahon (2015)].

Ebert, Franz Christian / Oelz, Martin: Bridging the gap between labour rights and human rights – The role of ILO Law in regional human rights courts, International Institute for Labour Studies – Discussion paper, Genf 2012 [zit.: Ebert/Oelz (2012)].

Frowein, Jochen Abr. / Peukert, Wolfgang: *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Kehl 2009 [zit.: Frowein/Peukert (2009)].

Kälin, Walter / Künzli, Jörg: *Universeller Menschenrechtsschutz – Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, Basel 2013 (zit.: Kälin/Künzli).

Kiener, Regina / Kälin, Walter: *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013 (zit.: Kiener/Kälin).

Kaufmann, Christine: *Globalisation and Labour Rights – The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Oxford/Portland 2007 [zit.: Kaufmann (2007)].

Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung. In: *Aktuelle Juristische Praxis*, 5/2013, 744–753 [zit.: Kaufmann (2013a)].

Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen? In: 497–516 [zit.: Kaufmann (2013b)].

Kaufmann, Christine / Niedrig, Jonatan / Wehrli, Judith / Marschner, Laura / Good, Christoph: *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz – Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft*, Bern 2013 [zit.: Kaufmann et al. (2013)]

Koller, Arnold: Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Recht, Bern 1971

Künzli, Jörg / Eugster, Anja / Spring, Alexander: Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht, Bern 2014 (zit.: Künzli/Eugster/Spring, Anerkennung WSK-Rechte).

Langille, Brian A.: Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston). In: *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), Issue 3, 409 – 437 [zit.: Langille (2005)].

Leary, Virginia A.: *International Labour Conventions and National Law – The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*, Den Haag/Boston/London 1982 [zit.: Leary (1982)].

The Paradox of Workers' Rights as Human Rights. In: Lance A. Compa / Stephen F. Diamond (Eds.): *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, Philadelphia 1996, 22–47 [zit.: Leary (1996)].

Mantouvalou, Virginia: Are Labour Rights Human Rights? In: *European Labour Law Journal*, Vol. 3 (2012), Issue 2, 151–172 [zit.: Mantouvalou (2012)].

Maupain, Francis: Revitalization Not Retreat – The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights. In: *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), Issue 3, 439–465 (zit.: Maupain (2005)).

Nollkaemper, André: *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford 2011 [zit.: Nollkaemper (2011)].

Nowak, Manfred: *UN covenant on civil and political rights – CCPR commentary*, 2. Aufl., Kehl 2005 [zit.: Nowak (2005)].

Pärli, Kurt: Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund SGB, Bern 2015 [zit. Pärli (2015)].

Thomas, Constance / Oelz, Martin / Beaudonnet, Xavier: The use of international labour law in domestic courts – Theory, recent jurisprudence and practical implications. In: Jean-Claude Javillier / Bernard Gernigon (Eds.): *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir (Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos)*, Genf 2004, 249–285 (zit.: Thomas/Oelz/Beaudonnet).

2. Materialien

Bundesrat, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 24. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und über die Ratifikation verschiedener internationaler Arbeitsübereinkommen durch die Schweiz vom 28. April 1939, BBl 1939 749 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 29).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die 40. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft zum Übereinkommen betreffend die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 7. März 1958, BBl 1958 530 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 105).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 42. und 43. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft betreffend die Ratifikation des Übereinkommens über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 8. Januar 1960, BBI 1960 29 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 111).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 54. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft betreffend die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 20. Oktober 1971, BBI 1971 1530 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 100).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation vom 8. Mai 1974, BBI 1974 1633 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 87).

Bericht des Bundesrates über die von der Internationalen Arbeitskonferenz anlässlich ihrer 82. und 83. Tagung 1995 und 1996 genehmigten Übereinkommen und Empfehlungen und Botschaft zum Übereinkommen (Nr. 98) über die Vereinigungsfreiheit und das Recht der Kollektivverhandlungen, 1949 und zum Übereinkommen (Nr. 138) über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (1973) vom 21. September 1998, BBI 1998 513 [je nach Sachzusammenhang zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 98 (oder) zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 138)].

Bericht und Botschaft über die von der Internationalen Arbeitskonferenz anlässlich ihrer 85., 86. und 87. Tagung 1997, 1998 und 1999 genehmigten Instrumente und zum Übereinkommen (Nr. 144) über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführung internationaler Arbeitsnormen (1976) vom 20. September 1999, BBI 1999 330 (zit.: Bundesrat, Botschaft Übereinkommen Nr. 182).

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, 5. März 2010, BBI 2010 2263 (zit.: Bundesrat, Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht).

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBI 2013 661 (zit.: Bundesrat, Botschaft BehiK).

Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen, Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt vom 1. April 2015 (zit.: Bundesrat, Gesellschaftliche Verantwortung).

Human Rights Council (HRC), Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7. April 2008 (zit.: HRC, Framework).

Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21. März 2011 (zit.: HRC, UNO-Leitprinzipien 2011).

Interdepartementale Plattform Rohstoffe, Grundlagenbericht Rohstoffe, Bericht an den Bundesrat vom 27. März 2013 (zit.: Interdepartementale Plattform Rohstoffe, Grundlagenbericht Rohstoffe).

International Labour Organization (ILO), The Labour Principles of the United Nations Global Compact: A Guide for Business, Genf 2008 (zit.: ILO, Labour Principles).

Nationalrat, Parlamentarische Initiative – Genehmigung der Europäischen Sozialcharta: Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 17. November 1995, BBl 1995 721 (zit.: Nationalrat, Genehmigung der Europäischen Sozialcharta).

Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), The Corporate Responsibility to Respect Human Rights – An Interpretive Guide, New York / Genf 2012 (zit.: OHCHR, Interpretive Guide).

Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Neufassung 2011, online abrufbar unter:

http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-leitsatze-fur-multinationale-unternehmen_9789264122352-de#page1 (besucht am 10. August 2015) [zit.: OECD, OECD-Leitsätze 2011].

Permanent Court of International Justice (PCIJ), Advisory Opinion No. 15: Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who have passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration), 3. März 1928, online abrufbar unter:

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_15/01_Compotence_des_tribunaux_de_Danzig_Avis_consultatif.pdf (besucht am 10. September 2015) [zit.: PCIJ, Advisory Opinion No. 15].

Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht

Kurt Pärli¹

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) beinhaltet mit Ausnahme des in Art. 11 EMRK verankerten Rechtes, Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten, keine Arbeits- und Sozialrechte, diese finden sich vielmehr in der Sozialcharta, im UN-Pakt I und in den ILO-Konventionen. Seit geraumer Zeit legt indes der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Bestimmungen der EMRK im Lichte der völkerrechtlich in anderen Konventionen garantierten Arbeits- und Sozialrechte aus. Durch diese integrative Auslegung kommt der EMRK eine wichtige und in der Schweiz bislang noch kaum wahrgenommene Bedeutung für das Arbeitsrecht zu. Der vorliegende Beitrag zeigt das Potential der EGMR-Rechtsprechung für die arbeitsrechtliche Praxis auf.

I. Einleitung

A. Die EMRK und die Schweiz

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), in Kraft seit 1953 und von der Schweiz im Jahre 1974 ratifiziert², hatte und hat noch immer einen grossen Einfluss auf die schweizerische Rechtspraxis³. Das Bundesgericht misst den Garantien der EMRK Verfassungsrang zu⁴. In einem jüngst ergangenen umstrittenen Entscheid betreffend der Ausschaffungsinitiative hat sich das Bundesgericht auch für den Vorrang der EMRK vor der Verfassung ausgesprochen⁵.

Wie sogleich näher erläutert wird, spielten Arbeits- und Sozialrechte betreffende Fälle in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) lange Zeit eine unbedeutende Rolle. Entsprechend gering war das Interesse der schweizerischen Arbeitsrechtslehre und auch der Gewerkschaften an der EMRK und der Judikatur des EGMR und ist es – zu Unrecht – noch immer. Immerhin sorgte indes jüngst das Asbesturteil des EGMR unter Arbeits- und Sozialrechtler/innen für Aufsehen⁶. Der EGMR entschied, dass die nach schweizerischer Rechtslage auch bei Asbestfällen geltenden absoluten Verjährungsfristen für die Geltendmachung von Asbestfolgeschäden, einen Verstoß gegen das in Art. 6 EMRK enthaltene Recht auf Zugang zu einem Gericht darstellen. Die schweizerischen Gerichte hatten mit Berufung auf die Verjährungsfrist sowohl den gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemachten Schadensersatzspruch als auch den Anspruch auf Leistungen wegen Berufskrankheit abgelehnt.

¹ Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum Sozialrecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW, Privatdozent für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St. Gallen. Der Beitrag basiert auf einem Gutachten, das der Autor im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) verfasst hat.

² Von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 28. November 1974. In Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

³ HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter 20. Juli 2009, Rz 1.

⁴ Siehe z.B. BGE 122 III 401, E. 2.

⁵ BGE 129 I 16. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe u.a. GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBI 114/2013, S. 316 ff.

⁶ EGMR v. 11.03.2014, Appl. No 52067/10, Howald Moor ./.. Schweiz.

B. Integration der Arbeitsrechte in die EMRK

Der Menschenrechtsschutz ist in Europa ähnlich wie auf der Stufe der Vereinten Nationen zweigliedrig ausgestaltet. Differenziert wird hier wie dort hauptsächlich zwischen Freiheitsrechten (UN-Pakt II⁷ bzw. EMRK) und Sozialrechten (UN-Pakt I⁸ und Europäische Sozialcharta, ESC)⁹. Unterschiedlich sind auch die Durchsetzungsmechanismen. Während in der EMRK ein Individualbeschwerdeverfahren vorgesehen ist¹⁰, fehlt ein solches in der Sozialcharta¹¹. Die Rechte von Arbeitnehmenden sind im europäischen Menschenrechtssystem konzeptionell primär in der Europäischen Sozialcharta (ESC) und nicht in der EMRK verankert¹². In der ESC finden sich namentlich Vereinigungsrecht¹³ und das Recht auf Kollektivverhandlungen¹⁴ und ein Recht auf Streik¹⁵. Aber auch weitergehende Arbeitsrechte wie das Recht auf Arbeit¹⁶ und das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen¹⁷ sind in der ESC verankert. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Schweiz die ESC zwar unterzeichnet aber nicht, bzw. zumindest noch nicht, ratifiziert hat¹⁸.

Angesichts des im Gegensatz zur EMRK fehlenden individuellen Rechtsschutzes auf supranationaler Ebene blieben die Auswirkungen der ESC auf die Arbeitsrechtspraxis in den ESC-Ratifikationsstaaten eher bescheiden¹⁹. Bedeutungslos ist die ESC indes nicht, da der EGMR die ESC zur Auslegung von Bestimmungen der EMRK heranzieht²⁰. Bei der Entstehung der EMRK war diese klar „nur“ auf den Schutz der klassischen Freiheitsrechte ausgerichtet²¹. Weder sind in der EMRK ausdrücklich Sozial- und Arbeitsrechte verankert, noch ist sie in privaten Verhältnissen unmittelbar anwendbar. Der EGMR sieht die EMRK jedoch als „living instrument“ und er hat sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche durch Auslegung in die EMRK integriert²². Für die Auslegung der EMRK zieht der EGMR dabei nicht nur die ESC, sondern auch relevante ILO-Abkommen²³ und andere arbeitsvölkerrechtliche Instrumente bei²⁴. Zudem berücksichtigt der

⁷ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

⁹ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Revidierte Europäische Sozialcharta vom 03.05.1996.

¹⁰ Art. 34 EMRK.

¹¹ In der ESC ist ein Kontrollmechanismus auf dem Wege eines Staatenberichtverfahrens vorgesehen (Art. 21 ff. ESC). Zudem ist in einem Zusatzprotokoll ein Kollektivbeschwerdeverfahren vorgesehen (<http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/158.htm>), das jedoch nur von wenigen Staaten ratifiziert wurde (siehe:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignaturesRatificationsMarch2013_en.pdf).

¹² ABBO JUNKER, Europäische Vorschriften zum Tarifvertrag, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 1/ 2014, S. 5.

¹³ Art. 5 ESC.

¹⁴ Art. 6 Ziff. 1-3 ESC.

¹⁵ Art. 6 Ziff. 4 ESC.

¹⁶ Art. 1 ESC.

¹⁷ Art. 2 ESC.

¹⁸ Zum aktuellen Stand der Ratifikation siehe: <http://www.sozialcharta.ch/home.php?n1=21&lang=de> (zuletzt besucht am 13. März 2015).

¹⁹ ANGELIKA NUSSBERGER, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, in: RdA 2012, S. 270-277.

²⁰ ELLIE PALMER, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, in: Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 04, 2009, S. 397 ff.

²¹ VIRGINA MANTOUVALOU, Are Labour Rights Human Rights?, in: European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151-172.

²² PALMER (FN 20), S. 397 ff.; NUSSBERGER (FN 19), S. 270-277.

²³ EGMR v. 09.07.2014, Appl. No 2330/09, Pastoral ./ Rumänien, Rz 142.

²⁴ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No 36701/09, Hrvatski Sindikat ./ Kroatien, Rz 6 (mit zahlreichen Hinweisen in den Fn 22 und 23),

EGMR auch die Spruchpraxis der ILO-Organe²⁵ oder der für die Überwachung der ESC zuständigen Organe²⁶.

Die Transformation externer Regelungen – andere internationale Menschenrechtsverträge und deren Auslegung durch die zuständigen Organe – in die EMRK beinhaltet eine stark *rechtsfortbildende* Dimension²⁷. Dieses auch als „evolutive Auslegung“ bezeichnete Auslegungsprinzip²⁸ dient dem Ziel eines praktischen und effektiven Menschenrechtsschutzes²⁹. Das Vorgehen ermöglicht dem EGMR, in der EMRK selbst nicht oder nicht ausdrücklich enthaltenen Arbeits- und Sozialrechte durch Auslegung in die EMRK zu integrieren – er betreibt also, in anderen Worten, „Integration durch Interpretation“³⁰.

C. Auswirkungen der EMRK auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Nach Art. 1 EMRK ist der Staat verpflichtet, die EMRK-Rechte zu garantieren. Die EMRK ist also grundsätzlich staatsgerichtet, d.h. Private werden durch die EMRK nicht (unmittelbar) verpflichtet³¹. Die Verpflichtung erfasst sämtliche Staatsgewalten, also sowohl den Gesetzgeber als auch die Judikative und die Verwaltung³².

Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich für die Staaten umfangreiche positive Pflichten, dafür zu sorgen, dass die Konventionsrechte auch in privaten Verhältnissen geschützt sind, namentlich im Bereich des Arbeitsrechts³³. Zwar können nur *Staaten* in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten eingeklagt werden³⁴. Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch ungeachtet der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit in Strassburg Beschwerde eingelegt werden. Auch in privatrechtlichen Streitigkeiten beurteilt der EGMR, ob sich die beschwerdeführende Partei auf den Schutzbereich berufen kann und falls ja, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt war³⁵. Exemplarisch zeigt dies der Whistleblowing-Fall „Heinisch“³⁶. Die Beschwerdeführerin machte geltend, der (privatrechtliche) Arbeitgebende habe ihre in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsfreiheit verletzt. Der EGMR wog nun ab, ob die staatlichen Gerichte die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen

EGMR v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./ . Türkei, Rz 44; EGMR, v. 30.06.1993, Appl. Nr 16130/90, Sigurjonsson ./ . Island, Rz 35.

²⁵ EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./ . Türkei, Rz 44.

²⁶ EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./ . Türkei, Rz 35.

²⁷ KURT PÄRLI, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Eva-Maria Băni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Lachen, 2014, S. 449.

²⁸ HANNEKE SENDEN, Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge/Antwerp/Portland 2011. S. 70 ff.

²⁹ SENDEN (FN 28), S. 73 (77), siehe ferner die Ausführungen des EGMR in EGMR v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./ . Türkei, Rz 66.

³⁰ VIRGINIA MANTOUVALOU, Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, in: European Law Review 30, 2005, S. 573-585.

³¹ CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München/Basel/Wien, 2009, S. 103.

³² JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl, 2009, N 11 zu Art. 1 EMRK.

³³ STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht, in: Eva-Maria Băni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 63.

³⁴ Das ergibt sich aus Art. 1 EMRK (Die Hohen Vertragsparteien sichern) in Verbindung mit Art. 34 EMRK und dem Zusatzprotokoll über das Individualbeschwerdeverfahren. Private sind für das Verfahren in Strassburg nicht passivlegitimiert.

³⁵ Siehe zum Ganzen ANGELIKA NUSSBERGER, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht 4, 2014, S. 130 ff.

³⁶ EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./ . Deutschland.

(Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen) und den Interessen der Arbeitnehmer/innen an der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit richtig vorgenommen hatte. Der EGMR kam zum Schluss, das Ergebnis der Interessenabwägung der deutschen Gerichte verletze die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit von Frau Heinisch³⁷.

D. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Der vorliegende Text bezweckt, das vielfach unterschätzte Potential der Geltendmachung einer Verletzung von EMRK-Rechten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten auszuloten. Der Fokus wird dabei auf die für das Arbeitsverhältnis besonders relevanten EMRK-Artikeln gelegt:

- Art. 6 EMRK (Verfahrensrechte)
- Art. 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre)
- Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit)
- Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit)
- Art. 11 EMRK (Vereinigungsfreiheit, Gewerkschaftsrechte)
- Art. 14 EMRK (Akzessorisches Diskriminierungsverbot)

Inhalt und Bedeutung dieser Bestimmungen für arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden primär auf der Basis von EGMR-Leitentscheiden erläutert. Danach wird auf ausgewählte prozessuale Aspekte eines Verfahrens vor dem EGMR eingegangen. Schluss des Textes bilden Überlegungen, in welchen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sich allenfalls „der Gang nach Strassburg“ lohnen könnte.

Nicht behandelt werden mögliche arbeitsrechtliche Auswirkungen des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, das u.a. das Recht auf Eigentum enthält und das zwölfte Zusatzprotokoll, das ein allgemeines (nicht bloss akzessorisches) Diskriminierungsverbot enthält. Die Schweiz hat diese beiden Zusatzprotokolle nicht ratifiziert. Ebenfalls nicht vertieft geprüft wird die Bedeutung des in Art. 4 EMRK enthaltenen *Verbots der Zwangsarbeit*. Bestimmte Formen „verordneter Arbeit“ im sozialhilferechtlichen Kontext³⁸, ausbeuterische Betreuungs- und Pflegearbeitsverhältnisse in Privathaushalten³⁹ sowie bestimmte Formen der Arbeit im Erotikgewerbe⁴⁰ liessen eine eingehende Analyse dieser Bestimmung als wünschenswert erscheinen⁴¹. Ein solches Vorhaben würde allerdings den zeitlichen Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen.

³⁷ Siehe zum Heinisch-Urteil: KURT PÄRLI, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08): Whistleblowing – Stärkung der Arbeitnehmerrechte, in: *Pflegerecht*, 2012, Nr. 1, S. 56-58.

³⁸ Die Arbeitsverpflichtung im Rahmen von Integrationsprogrammen dürfte nach einem jüngeren EGMR-Urteil allerdings wohl Art. 4 EMRK standhalten, siehe EGMR v. 04.05.2010, Appl. No 15906/98, *Schuitmaker* ./, Niederlande.

³⁹ EGMR, v. 04.06.2015, Appl. Nr. 51637/12, *Chitos*, zum Entscheid siehe KLAUS LÖRCHER, HSI (Hugo Sinzheimer-Institut)-Newsletter 2/2015, Anm. unter III., <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2015/newsletter-022015.html#c6651> (zuletzt besucht am 03.11.2015).

⁴⁰ Siehe dazu: GABRIELA NAEMI MEDICI, *Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten – Menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten*, Zürich 2015, S. 168 ff. Zum Ganzen: CLÍODHNA MURPHY, *The enduring vulnerability of migrant domestic workers in Europe*, *International and Comparative Law Quarterly* 62, Nr. 03, S. 599 - 627.

⁴¹ Siehe dazu umfassend: VIRGINIA MANTOUVALOU, *The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under Article 4 ECHR*, in: Filip Dorsemont/Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford u.a. 2013, S. 143 ff.

Hinzuweisen ist jedoch auf einen unlängst ergangenen Entscheid des Gerichtshofes zur Frage der Zulässigkeit einer sehr langen Dienstverpflichtung eines griechischen Armeeeingehörigen als Gegenleistung für eine durch die Armee finanzierte medizinische Ausbildung⁴². Der Beschwerdeführer verliess im Alter von 37 Jahren die Armee, obwohl er noch weitere neun Jahre hätte Militärdienst leisten müssen, er musste dafür eine Entschädigung von knapp 50 000 Euro bezahlen. Der EGMR prüfte diese Verpflichtung im Lichte von Art. 4 EMRK und kam zum Schluss, der freiwillige Militärdienst falle nicht unter die Ausnahmen des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbotes nach Art. 4 Abs. 3 EMRK. Der Gerichtshof bezieht sich in seiner Argumentation auch auf internationale Normen und die entsprechende Spruchpraxis, so auf das ILO-Übereinkommen Nr. 29 und Art. 1 Abs. 2 ESC⁴³ und eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats heran⁴⁴. Die der Rückzahlung zu Grunde liegende gesetzliche Regelung erachtet der Gerichtshof als grundsätzlich zulässig, die Rückzahlung im konkreten Falle erweise sich indes als unverhältnismässig und im Ergebnis verletze Griechenland so Art. 4 EMRK⁴⁵.

II. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EGMR zu einzelnen EMRK-Rechten

A. Art. 6 EMRK

1. Arbeitsrechtlich bedeutender Inhalt von Art. 6 EMRK

Unter dem Titel „Recht auf faires Verfahren“ garantiert Art. 6 Abs. 1 EMRK u.a. „jeder Person ein Recht darauf, dass über ihre Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innert angemessener Frist verhandelt wird.“ Zum Anspruch auf ein faires Verfahren gehören nach der Rechtsprechung des EGMR im Wesentlichen das rechtliche Gehör⁴⁶, der Grundsatz der Waffengleichheit⁴⁷ und das Recht auf Beweis⁴⁸. Schutz gewährt Art. 6 EMRK insbesondere auch gegenüber (zu) langen arbeitsgerichtlichen Verfahren⁴⁹.

Art. 6 Abs. 2 EMRK hält die strafrechtliche Unschuldsvermutung fest und in Art. 6 Abs. 3 lit. a – e werden angeklagten Personen Verfahrensrechte gewährt. Die Unschuldsvermutung kann bei der Entlassung von Angestellten wegen vermuteten Delikten zu Lasten der Arbeitgeberin und bei innerbetrieblichen Disziplinarverfahren eine Rolle spielen⁵⁰.

a. Zivilrechtliche Ansprüche

In arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant ist vorab der Begriff „zivilrechtliche Ansprüche“. Unbestrittenermassen erfasst vom Schutzbereich von Art. 6 EMRK sind Streitigkeiten über Ansprüche aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen⁵¹. Nach dem EGMR fallen auch Verfahren über

⁴² MURPHY (FN 40), S. 599-627.

⁴³ EGMR v. 04.06.2015, Appl. No. 51637/12, Chitos, N 84 und 84.

⁴⁴ EGMR v. 04.06.2015, Appl. No. 51637/12, Chitos, N 85.

⁴⁵ EGMR v. 04.06.2015, Appl. No. 51637/12, Chitos, N 109.

⁴⁶ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 142.

⁴⁷ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 147, N 152-157.

⁴⁸ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 165.

⁴⁹ EGMR v. 06.05.1981, Appl. No. 7759/77, Buchholz ./.. Deutschland (Kündigungsfall, Verfahrensdauer nicht übermässig lang), EGMR v. 15.10.2011, Appl. No. 32637/08, M. ./.. Deutschland (Kündigungsfall, Verfahrensdauer übermässig lang).

⁵⁰ Siehe hinten, Rz 0.

⁵¹ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 15 zu Art. 6 EMRK.

sozialversicherungsrechtliche Ansprüche⁵² und Streitigkeiten im öffentlichen Personalrecht⁵³ unter diesen Begriff. Folglich müssen die entsprechenden Verfahren den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügen⁵⁴. Für das öffentliche Personalrecht bedeutet dies, dass Disziplinarverfahren gegen die Mitarbeitenden gerichtlich überprüfbar sein müssen⁵⁵. Bei Sozialversicherungsverfahren ist Art. 6 EMRK insbesondere bei der Sachverhaltsabklärung relevant⁵⁶. Fraglich ist beispielsweise, ob die heutige Praxis der Abklärung des Vorliegens einer anspruchsbegründenden Invalidität den Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK genügt⁵⁷. Bereits in der Einleitung wurde auf die EGMR-Entscheidung „Howald“⁵⁸ hingewiesen. Die fehlende Möglichkeit des Asbestopfers bzw. von dessen Angehörigen einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, wurde als Verstoss gegen den aus Art. 6 EMRK fliessenden Anspruch auf Zugang zu einem Gericht bezeichnet⁵⁹.

Auch Arbeitgeber können sich indes auf Art. 6 EMRK berufen und daraus Rechte ableiten. Das zeigt das Beispiel BGE 130 II 425. Im fraglichen Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, ein Rechtsstreit über die Zulässigkeit eines an eine Arbeitgeberin gerichteten behördlichen Verbots, in den Fahrzeugen von Aussendienstmitarbeitern zu Kontrollzwecken ein satellitengesteuertes Überwachungssystem (GPS) zu verwenden, sei eine "zivilrechtliche Streitigkeit" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK⁶⁰.

b. Beschränkte Immunität von Staaten und internationalen Organisationen

Auch das Problem des (ggf. fehlenden) Rechtsschutzes für Beschäftigte internationaler Organisationen oder Botschaften steht mit Art. 6 EMRK in Zusammenhang. Hier besteht die Gefahr, dass die Beschäftigten ihre arbeitsrechtlichen Ansprüche gegen die Arbeitgeber wegen der geltend gemachten Immunität der Beklagten nicht gerichtlich durchsetzen können. Angesicht des legitimen Ziels der Immunität internationaler Organisationen hat der EGMR entschieden, dass eine arbeitsrechtliche Klage gegen die European Space Agency in Darmstadt von den deutschen Arbeitsgerichten zu Recht nicht zugelassen wurde⁶¹. Auch verneinte der EGMR den Anspruch auf gerichtliche Prüfung einer diskriminierenden Nichteinstellung durch die Botschaft der USA in London⁶². Angesichts des Wesens der Vertretungen und Botschaften könne die Einstellung ihres Personals sensible und vertrauliche Aspekte aufweisen, die namentlich das

⁵² EGMR v. 29.05.1986, Appl. No. 8562/79, Feldbrugge ./ . Niederlande; EGMR v. 24.06.1993, Appl. 14518/89, Schuler-Zraggen ./ . Schweiz.

⁵³ EGMR v. 08.12.1998, Appl. No. 28541/95, Pellegrini ./ . France.

⁵⁴ PETER HELBLING, Stämpflis Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG), in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (Hrsg.), Bern 2013, N 87 zu Art. 25 BPG.

⁵⁵ Bundesgericht, 11. Juli 1997, ZBI 99/1998, 226 ff., 230 = Pra 87/1998 Nr.8.

⁵⁶ Zu den Kerngarantien von Art. 6 EMRK gehört der Anspruch auf „Waffengleichheit“, d.h., die Parteien müssen einander im Verfahren gleichgestellt sein. Daraus leiten sich im Sozialversicherungsverfahren z.B. die Ansprüche der versicherten Person ab, zu den Sachverhaltsfeststellungen der Verwaltung Stellung beziehen zu können, siehe zum Ganzen u.a. FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 147 zu Art. 6 EMRK.

⁵⁷ In seinem Gutachten zu nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK kommt MATTHIAS KRADOLFER zum Schluss, die im Zusammenhang mit der Überwindbarkeitsrechtsprechung in der Invalidenversicherung vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung verletze das in Art. 6 EMRK verankerte Recht auf ein faires Verfahren, siehe MATTHIAS KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Licht der EMRK, Zürich/Basel/Genf, 2012, S. 59-63, 99 ff.

⁵⁸ EGMR v. 11.03.2014, Appl. No. 52067/10, Howald Moor ./ . Schweiz.

⁵⁹ EGMR v. 11.03.2014, Appl. No. 52067/10, Howald Moor ./ . Schweiz, Rz 71-80.

⁶⁰ BGE 130 II 425, E. 2.2 und 2.3, siehe auch BGE 139 II 7, E. 6.2.

⁶¹ EGMR v. 18.02.1999, Appl. No. 26083/94, Waite and Kennedy ./ . Deutschland.

⁶² EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 37112/97, Fogarty ./ . Vereinigtes Königreich.

diplomatische und organisatorische Vorgehen des ausländischen Staates betreffen würden⁶³. In jüngerer Zeit beurteilt der EGMR das Verhältnis zwischen Staatenimmunität und Rechte der bei Botschaften beschäftigten Arbeitnehmer/innen allerdings differenzierter. So wurde die Klage wegen Verletzung von Art. 6 EMRK einer in der Botschaft Polens in Litauen beschäftigten Arbeitnehmerin durch den EGMR gutgeheissen. Entscheidend war u.a., dass die fragliche Arbeitnehmerin keine hoheitlichen Aufgaben erfüllte⁶⁴. In die gleiche Richtung zielt die Verurteilung Frankreichs wegen Nichtgewährung des Zugangs zum Gericht in einem arbeitsrechtlichen Streit zwischen einem Buchhalter, der 20ig Jahre lang für die Botschaft Kuwaits in Paris arbeitete. Zwar würde die völkerrechtliche Anerkennung der Staatenimmunität grundsätzlich einen legitimen Grund für die Einschränkung von Art. 6 EMRK darstellen. Die Einschränkung erwies sich jedoch im fraglichen Fall als nicht verhältnismässig⁶⁵.

Auch das Bundesgericht musste sich verschiedentlich mit der Frage der Staatenimmunität in arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen bei internationalen Organisationen oder Botschaften auseinandersetzen⁶⁶. Grundsätzlich kann sich ein beklagter Staat bzw. eine beklagte internationale Organisation in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit nur dann auf die Immunität berufen, wenn die fragliche Tätigkeit der Ausübung hoheitlicher Gewalt zuzuordnen ist⁶⁷. Im Entscheid vom 30. November 2011 kommt das Bundesgericht zum Schluss, die Tätigkeit als Gouvernante beim chilenischen Botschafter in dessen Privathaus falle nicht unter diese Ausnahme, folglich war die Klage gegen den chilenischen Staat zulässig⁶⁸.

c. Betriebsinterne Untersuchungen und Verdachtskündigungen

Lediglich kurz kann im Rahmen dieses Textes die Bedeutung von Art. 6 EMRK bei betriebsinternen Untersuchungen dargelegt werden⁶⁹. Betriebsinterne Untersuchungen werden im Rahmen von Compliance-Programmen, Monitorings oder so genannten Audits durchgeführt⁷⁰. Einige Punkte sind dabei besonders heikel. Wenn z.B. durch betriebsinterne Untersuchungen gewonnene Erkenntnisse in ein Strafverfahren gegenüber den betroffenen Mitarbeiter/innen transferiert werden, so ist dem Gebot des fairen Verfahrens und der Unschuldsvermutung besondere Beachtung zu schenken⁷¹. Brisant ist, dass sich die Mitarbeitenden, gegen die sich betriebliche Ermittlungen richten, in einem Unterordnungsverhältnis zu Arbeitgeberin und so in einer faktischen Zwangslage befinden⁷². Aus Art. 6 EMRK, der auf der Basis der staatlichen Schutzpflichten auch in privaten Verhältnissen zumindest mittelbare Drittwirkung entfaltet, ergibt sich der Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer/innen auf umfassende Information über das

⁶³ EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 37112/97, Fogarty ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 37-38. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe LAURE MILANO, „Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne“, in: Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2008, S. 1089 ff.

⁶⁴ EGMR v. 23.03.2010, Appl. No. 15869/02, Cudak ./.. Litauen.

⁶⁵ EGMR v. 29.06.2011, Appl. No. 33869/05, Sabeh EL Leil ./.. Frankreich.

⁶⁶ BGE 134 III 570; 124 III 382; 120 II 408; 110 II 255.

⁶⁷ BGE 134 III 507, E. 3; 124 III, E. 4a; 120 II 400 E. 4 a; 120 II 408 E. 5 b; 110 II 255 E. 4.

⁶⁸ Bger 4A_544/2011 v. 30.11.2011, siehe ferner den Entscheid Bger 4A_331/2014 v. 31.10.2014.

⁶⁹ Siehe dazu THOMAS GEISER, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, in: Allgemeine Juristische Praxis AJP 2011, Nr. 8, S. 1047 ff.

⁷⁰ CARSTEN MOMSEN, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, in: ZIS 6/2011, S. 509.

⁷¹ CHRISTOPH KNAUER/MICHAEL GAUL, Internal investigations und fair trial – Überlegungen zur Anwendung des Fairnessgedankens, in: NSTZ 2013, S. 192 ff.

⁷² RALF TSCHERWINKA, Interne Ermittlungen zwischen Selbstbelastung des Arbeitnehmers und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: Lorenz Schulz/Michael Reinhart/Oliver Sahan, Festschrift für Imme Roxin, Hamburg 2012, S. 526.

anzustrengende Verfahren und die Verfahrensrechte⁷³. Soweit ersichtlich fehlt es noch an Fällen, in denen sich der EGMR mit dieser Problematik auseinandersetzen musste. Es ist jedoch nur eine Frage der Zeit, bis dem Gerichtshof in Strassburg entsprechende arbeitsrechtliche Problemkonstellationen zur Entscheidung vorgelegt werden⁷⁴.

Interne Untersuchungen können auch Verdachtsgründe über strafrechtlich relevantes Verhalten der Arbeitnehmenden zu Tage bringen. Kommt es in der Folge zu einer Kündigung oder sogar zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so ist dies vor dem Hintergrund der in Art. 6 Abs. 2 EMRK garantierten Unschuldsvermutung problematisch. In der arbeitsrechtlichen Lehre wird die fristlose Entlassung aufgrund eines blossen Verdachts einer strafbaren Handlung zu Lasten der Arbeitgeberin deshalb auch im Lichte der EMRK thematisiert⁷⁵. So wird argumentiert, dass die fristlose Entlassung wegen eines blossen Verdachts im Sinne einer indirekten Drittwirkung durchaus vom Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 EMRK (und Art. 32 Abs. 1 BV) erfasst werde. Der Eingriff in dieses Recht sei jedoch durch die überwiegenden Interessen der Arbeitgeberin gerechtfertigt. Stelle sich die fristlose Entlassung im Nachhinein als unzulässig heraus, so stehe dem betroffenen Arbeitnehmer nach Art. 337b Abs. 2 OR Schadenersatz zu⁷⁶. Zur Frage der Zulässigkeit einer Verdachtskündigung im Lichte von Art. 6 Abs. 2 EMRK hat sich der EGMR bislang nicht geäußert. Wie noch zu zeigen sein wird, berühren jedoch arbeitsrechtliche Kündigungen ganz generell den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens)⁷⁷.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Mateos gegen Spanien*⁷⁸

Im Fall *Mateos gegen Spanien* geht es um eine Streitigkeit zwischen der Frau *Mateos* und einem Supermarkt in Spanien. Frau *Mateos* ersuchte um die Verkürzung ihres Arbeitstages, damit sie ihre gesetzliche Obhutspflicht gegenüber ihrem Sohn wahrnehmen könne. Das Gesuch wurde abgelehnt. Das spanische Verfassungsgericht anerkannte, dass dies den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verletzt. Der Fall ging zurück an das Arbeitsgericht, das dem Anliegen von Frau *Mateos* erneut nicht stattgab. Die neue Klage an den Verfassungsgerichtshof scheiterte daran, dass der Sohn von Frau *Mateos* zwischenzeitlich sechs Jahre war und dadurch grundsätzlich kein Anspruch mehr auf reduzierte Arbeitszeit bestand. Die von Frau *Mateos* geltend gemachte Entschädigung wurde vom Verfassungsgerichtshof abgelehnt.

Der EGMR hielt vorab fest, das in Art. 6 EMRK verankerte Recht auf Zugang zu einem Gericht zwingt den EMRK-Ratifikationsstaat die Urteile zu vollstrecken⁷⁹. Demzufolge genüge eine zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausgefallene Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht,

⁷³ MOMSEN (FN 70), S. 514.

⁷⁴ Siehe bereits den Fall EGMR v. 12.11.2013, Appl. No. 25330/07, *Jokas* ./ Litauen, in diesem Fall ging es um eine disziplinarische Untersuchung gegen einen Angehörigen der Armee, der EGMR erklärte hier Art. 6 EMRK als anwendbar. Inwieweit dieser Fall auf interne Untersuchungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen übertragbar ist, wurde vom EGMR noch nicht geprüft.

⁷⁵ Siehe mit Hinweisen auf die weitere Literatur und Rechtsprechung WERNER GLOOR, Kommentar zu Art. 337 OR, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, 2013, N 57 zu Art. 337 OR.

⁷⁶ ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. V/2c, *Der Arbeitsvertrag*, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Zürich/Basel/Genf, 2014, N 23 zu Art. 337 OR.

⁷⁷ Siehe dazu hinten, Rz 0 und Rz 0.

⁷⁸ EGMR v. 19.02.2013, Appl. No. 38285/09, *Garcia Mateos* ./ Spanien.

⁷⁹ EGMR v. 19.02.2013, Appl. No. 38285/09, *Garcia Mateos* ./ Spanien, Rz 42.

wenn die zuständigen Instanzen diese danach nicht umsetzen. Der EGMR kam deshalb zum Schluss, Spanien habe unter den gegebenen Umständen Art. 6 in Verbindung mit Art. 14 EMRK (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) verletzt⁸⁰.

***b. Eternit gegen Frankreich*⁸¹**

In dieser Angelegenheit rügte die französische Unternehmung „Eternit“ vor dem Gerichtshof in Strassburg, das innerstaatliche Verfahren über die Verpflichtung zur Gewährung einer Leistung wegen Berufskrankheit eines bei der Eternit beschäftigten Arbeitnehmers würde gegen Art. 6 EMRK verstossen, da der Arbeitgeberin keine Einsicht in die Gesundheitsakten des Arbeitnehmers gewährt worden sei.

Der EGMR hielt vorab fest, dass System der Berufsunfähigkeitsversicherung enthalte auch privatrechtliche Aspekte, womit es sich um eine „zivilrechtliche Angelegenheit“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handle. Aus dem Grundsatz der Waffengleichheit und des Anspruchs auf ein kontradiktorisches Verfahren folge, dass die Parteien grundsätzlich die Gelegenheit haben müssten, zu sämtlichen Akten Stellung zu beziehen, die einen Einfluss auf den Entscheid hätten. Das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren gilt jedoch nicht absolut, wie der EGMR zu Recht festhält. Im vorliegenden Fall steht dem Anspruch auf Einsicht der Arbeitgeberin das Recht des betroffenen Arbeitnehmers auf Schutz seiner besonders schützenswerten personenbezogenen Daten gegenüber. Dieser Anspruch wird durch Art. 8 EMRK geschützt. Der EGMR kommt zum Schluss, die Interessen der Arbeitgeberin seien durch die Möglichkeit, über einen medizinischen Sachverständigen Zugang zur Krankengeschichte des Arbeitnehmers zu erhalten, ausreichend gewährt. Der EGMR urteilte, die Verfahrensrechte der Eternit seien im Ergebnis nicht verletzt worden. Die Klage wurde deshalb abgewiesen.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Durch einschlägige EGMR-Praxis fest etabliert sind auf Art. 6 EMRK basierende Ansprüche wie desjenigen auf Schutz vor zu langer Verfahrensdauer einerseits sowie prozessrechtlicher Maximen andererseits, die unter anderem den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf Beweis beinhalten. Diese Teilgehalte von Art. 6 EMRK müssen im arbeitsgerichtlichen Verfahren selbstverständlich gewährt werden. Gefestigt ist ferner die EGMR-Rechtsprechung, wonach auch sozialversicherungsrechtliche Verfahren und Streitigkeiten im öffentlichen Personalrecht Verfahren um zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 EMRK darstellen. Schliesslich kann gestützt auf die jüngere Rechtsprechung des EGMR der Zugang zum Gericht mit Berufung auf die Immunität internationaler Organisationen und Botschaften nur noch in sehr engen Grenzen verweigert werden.

Die EMRK-Ratifikationsstaaten sind verpflichtet, für den wirksamen Schutz der EMRK-Rechte auch in Streitigkeiten zwischen Privaten zu sorgen. Art. 6 EMRK bietet einige Anhaltspunkte, um die Interessen von Arbeitnehmenden in innerbetrieblichen Verfahren, namentlich im Bereich interner Untersuchungen, besser zu schützen. Zudem lohnte sich weitergehender Überlegung, ob der im schweizerischen Arbeitsrecht hoch gehaltene Grundsatz der fast ganz fehlenden Verfahrensvorschriften bei ordentlichen Kündigungen mit Art. 6 EMRK vereinbar ist.

⁸⁰ EGMR v. 19.02.2013, Appl. No. 38285/09, Garcia Mateos ./, Spanien, Rz 48.

⁸¹ EGMR v. 27.03.2012, Appl. No. 20041/10, Eternit ./, Frankreich.

B. Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK)

1. Arbeitsrechtlich bedeutsamer Inhalt von Art. 8 EMRK

Dass Art. 8 der EMRK für den Schutz der Privatsphäre der Arbeitnehmer/innen von Bedeutung ist, liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 EMRK hat „Jede Person (...) das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz“. Ein Eingriff in dieses Recht ist nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nur möglich, „soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“.

Der EGMR hat jedoch im Rahmen ebenso innovativer wie kritizierter Rechtsprechung den Begriff „Privatleben“ sehr weiter ausgelegt⁸². Nach heutigem Verständnis umfasst der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch den Anspruch auf Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz⁸³. Liegt diese Auslegung noch auf der Hand, so ist die Ausdehnung des Schutzbereichs „Privatleben“ auf den *Zugang zum Arbeitsverhältnis* und vor allem die *Beendigung des Arbeitsverhältnisses* doch überraschend, da die EMRK selbst weder ein Recht auf Anstellung noch einen Anspruch auf Kündigungsschutz beinhaltet. Der EGMR hat indes einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Arbeitsstelle durch eine integrative Auslegung von Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK anerkannt⁸⁴. Mit der gleichen Methodik hat der Gerichtshof in der Entscheidung auch einen auf der EMRK basierenden Schutz vor Entlassung anerkannt⁸⁵. Noch weitergehend anerkannte der Gerichtshof in einem neueren Urteil, dass sich aus Art. 8 EMRK bei Vorliegen ganz besonderer Umstände sogar ein *Anspruch auf Wiedereinstellung* ableiten lässt⁸⁶. Weiter wirkt sich Art. 8 EMRK auch auf Fragen der Gesundheit der Arbeitnehmer/innen. So entschied der EGMR, die Behörden hätten sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer/innen die nötigen Informationen erhalten, um Gesundheitsrisiken abschätzen zu können⁸⁷.

Der EGMR misst dem Privatleben auch eine kollektive Dimension bei⁸⁸. Der Schutz des Privatlebens umfasst nicht nur, das Recht alleine gelassen zu werden, erfasst ist auch das Recht, Beziehungen mit anderen Menschen zu knüpfen und dies auch am Arbeitsplatz. Insoweit schliesst sich hier der Kreis zum ILO-Bekenntnis „Arbeit ist keine Ware“⁸⁹. Arbeitnehmer/innen

⁸² Zum Ganzen KURT PÄRLI, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht EuZA, 1/2015, S. 48 ff.

⁸³ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, Niemitz ./.. Deutschland; siehe auch EGMR v. 25.03.1998, Appl. No. 23224/94, Kopp ./.. die Schweiz, Rz 50; EGMR v. 25.06.1997, Appl. No. 20605/92, Halford ./.. Vereinigtes Königreich; EGMR v. 03.07.2007, Appl. No. 62617/00, Copland ./.. Vereinigtes Königreich.

⁸⁴ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Džiautas ./.. Litauen, siehe dazu: VIRGINA MANTOUVALOU (FN 30), S. 573-585.

⁸⁵ EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland. Nach EGMR v. 12.06.2014, Appl. No. 56030/07, Martinez ./.. Spanien, Rz 109 ff., insbes. Rz 113, fällt auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Siehe ferner die früheren EGMR-Entscheidungen betreffend Ausschluss von homosexuellen Soldaten aus der Armee EGMR v. 23.09.1999, Appl. No. 3147/96 und 32377/96, Lustig-Prean and Becket ./.. UK und EGMR v. 23.02.1999, Appl. No. 33985/96 and 33986/96, Schmith and Grady ./.. UK.

⁸⁶ EGMR v. 09.01.2013, Appl. No. 21722/11, Volkov ./.. Ukraine.

⁸⁷ EGMR Appl. No. 52806/09 und 22703/10, Vilnes u.a. ./.. Norwegen.

⁸⁸ MICHAEL FORD, Two Conceptions of Worker Privacy, in: Industrial Law Journal 31 2002, Nr. 2, S. 139; PAULIUS BAGDANSKIS, Workplace Privacy: Different Views and Arising Issues, in: Jurisprudence, 2012, S. 701.

⁸⁹ „Arbeit ist keine Ware“, lautet seit der Philadelphia Deklaration von 1944 das Bekenntnis und Versprechen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), siehe „Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen

sind mehr als blosser Produktionsfaktoren, es sind soziale Wesen mit Kommunikationsbedürfnissen. Folglich sind „Codes of Conducts“ oder „Ethic Codes“, die private Beziehungen zwischen Mitarbeitenden verbieten, Betriebsreglemente, die jede private Nutzung von E-Mail, Internet oder Telefone während der Arbeitszeit untersagen, im Lichte von Art. 8 EMRK kritisch zu beurteilen. Das heisst nicht, dass solche Regelungen per se verboten sind. Sie bedürfen aber einer Rechtfertigung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK, was heisst, dass dabei das betriebliche Interesse des Arbeitgebenden allein nicht genügt. Regelmässig findet sich die gesetzliche Grundlage für solche Eingriffe in der arbeitsvertraglichen Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen bzw. im Weisungsrecht des Arbeitgebenden. Der Eingriff in die Privatsphäre muss überdies einem in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgeführten anerkannten Zweck dienen und schliesslich verhältnismässig sein. Eine solche Konzeption hat weitreichende Folgen: Mit dem Eintritt in ein Arbeitsverhältnis wird der Anspruch auf Privatsphäre nicht aufgegeben. Vertragliche Einschränkungen⁹⁰ und auch Beschränkungen der Privatsphäre auf der Basis des Weisungsrechts des Arbeitgebenden⁹¹ sind zulässig, müssen aber den EMRK-Schranken genügen und namentlich verhältnismässig sein⁹².

Eine Schranke setzt Art. 8 EMRK weiter gegenüber der Überwachung von Arbeitnehmenden. Gemäss Wortlaut von Art. 8 EMRK besteht ein Schutz vor unberechtigten Eingriffen in die „Korrespondenz“. Es ist naheliegend, dass der EGMR auch Telefongespräche⁹³ und später E-Mail und Internetnutzung⁹⁴ unter den Begriff „Korrespondenz“ subsumiert. Die Anordnung von Drogen- und Alkoholtests für Arbeitnehmende berührt das Privatleben und fällt unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und erfordert eine Rechtfertigung nach Massgabe von Art. 8 Abs. 2 EMRK⁹⁵. Gleiches gilt für die Überwachung der Arbeitnehmenden durch Videokameras⁹⁶.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. Schüth gegen Deutschland⁹⁷ und Obst gegen Deutschland⁹⁸

Beide Fälle betrafen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen kirchlichen Arbeitgeber in Deutschland (Katholische Kirche im Fall des Kirchenorganisten Herrn Schüth, Mormonenkirche im Fall des Pressesprechers Herrn Obst) wegen einer ausserehelichen Beziehung des Arbeitnehmers. Der EGMR musste darüber befinden, ob die Kündigungen der kirchlichen Arbeitgeber wegen eines ausserdienstlichen Verhaltens das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK verletzen. Dabei musste der Gerichtshof eine Abwägung zwischen den Rechten der Beschwerdeführer einerseits und den Konventionsrechten

Arbeitsorganisation, Philadelphia, 1944 Fundstelle: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/europe/-/ro-geneva/-ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193728.pdf (besucht am 07.12.2014).

⁹⁰ Die Einschränkung der Freiheit durch vertragliche Bindung ist in den Schranken von Art. 19/20 OR zulässig, d.h., vertragliche Bestimmungen dürfen nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmungen aber auch nicht gegen die öffentliche Ordnung, das Recht der Persönlichkeit oder gegen die guten Sitten verstossen, siehe zum Ganzen am Beispiel der vertraglich vereinbarten Diskriminierung KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Rz 1475 ff.

⁹¹ Art. 321d OR.

⁹² PÄRLI (FN 82), S. 58.

⁹³ EGMR v. 25.06.1997, Appl. No. 20605/92, Halford ./.. Vereinigtes Königreich.

⁹⁴ EGMR v. 04.04.2007, Appl. No. 62617/00, Copland ./.. Vereinigtes Königreich.

⁹⁵ EGMR v. 07.11.2002, Appl. No. 58341, Madsen ./.. Dänemark.

⁹⁶ EGMR v. 05.10.2010, Appl. No. 420/07, Köpke ./.. Deutschland.

⁹⁷ EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, Obst ./.. Deutschland.

⁹⁸ EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland.

der Katholischen Kirche und der Mormonenkirche vornehmen. Der Gerichtshof betonte, Artikel 9 (Religionsfreiheit) in Verbindung mit Artikel 11 (Vereinigungsfreiheit) schütze die Eigenständigkeit von Religionsgemeinschaften gegen unzulässige staatliche Einmischung⁹⁹.

Das Bundesarbeitsgericht hatte die Kündigungen in beiden Fällen gestützt, eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur ehelichen Treue widerspreche der Rechtsordnung nicht. Die Kündigung durch die Arbeitgeber stelle eine verhältnismässige Massnahme dar, die Glaubwürdigkeit der Kirche zu schützen. Auch eine vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen¹⁰⁰.

Der EGMR entschied im Fall „Schüth“, dass die deutschen Gerichte die Abwägung zwischen den Interessen am Schutz des Privatlebens des Beschwerdeführers und den Interessen des kirchlichen Arbeitgebers nicht sorgfältig vorgenommen hätten. Herr Schüth habe zwar durch das Eingehen des Arbeitsvertrages mit der Katholischen Kirche sein Recht auf Achtung des Privatlebens eingeschränkt, die Beschränkung gehe aber nicht soweit, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein enthaltsames Leben zu führen¹⁰¹. Weiter relevant für den Fall war die Tatsache, dass ein von einem kirchlichen Arbeitgeber gekündigter Mitarbeiter nur begrenzte Möglichkeiten habe, eine neue Stelle zu finden¹⁰². Im Ergebnis kam der EGMR zum Schluss, dass Deutschland im Fall „Schüth“ gegen die staatlichen Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK verstossen hatte. Anders fiel der Entscheid im Fall „Obst“ aus: in diesem Fall hat Deutschland die Konventionsrechte nicht verletzt. Massgeblich war für den Gerichtshof u.a., dass Herr Obst als Pressesprecher die Mormonenkirche gegen aussen vertrat¹⁰³.

Die Fälle „Schüth“ und „Obst“ sind je auch ein gutes Beispiel für die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten (positive obligations)¹⁰⁴. Der Gerichtshof erkannte, dass die kirchlichen Arbeitgeber ungeachtet ihres öffentlich-rechtlichen Status nicht selbst Verpflichtete der EMRK-Garantien sind. Vielmehr sei jedoch der Staat verpflichtet, das Privatleben auch in Rechtstreitigkeiten unter Privaten zu schützen¹⁰⁵.

b. Sidabras und Dziautas gegen Litauen¹⁰⁶

In diesem Fall geht es um eine litauische Regelung, wonach ehemaligen Agenten des sowjetischen Geheimdiensts KGB während zehn Jahren ein sehr weitgehendes Beschäftigungsverbot auferlegt wurde. Der EGMR prüfte die Beschwerde nach dem akzessorischen Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Das Diskriminierungsverbot war einschlägig, weil ehemalige KGB-Mitarbeiter unterschiedlich behandelt wurden. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK greift nur, soweit ein anderes Konventionsrecht auch berührt ist. Für den EGMR hat das langjährige Verbot, im öffentlichen Dienst und in weiten Teilen des Privatsektors tätig zu sein, schwerwiegende Auswirkungen auf die Möglichkeit der Beschwerdeführer, ihren Lebensunterhalt zu verdienen, was sich offensichtlich auf das Privatleben auswirkt¹⁰⁷. Für den EGMR erwies sich die litauische Regelung

⁹⁹ EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, Obst ./.. Deutschland, Rz 44; EGMR, v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland, Rz 58.

¹⁰⁰ EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland, Rz 50 und 51.

¹⁰¹ EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland, Rz 71.

¹⁰² EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland, Rz 63.

¹⁰³ EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, Obst ./.. Deutschland, Rz 51.

¹⁰⁴ Siehe dazu oben, Rz 8, 0.

¹⁰⁵ EGMR v. 23.09.2010, Appl. No. 1620/03, Schüth ./.. Deutschland, Rz 55.

¹⁰⁶ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Dziautas ./.. Litauen.

¹⁰⁷ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Dziautas ./.. Litauen, Rz 48.

im Ergebnis als unverhältnismässig. Entscheidend war für die Beurteilung, dass sich das Beschäftigungsverbot nicht nur auf Stellen im öffentlichen Dienst beschränkte, sondern vielmehr auch praktisch den ganzen Privatsektor umfasste¹⁰⁸.

In der Lehre wird der aus dem Jahre 2004 stammende EGMR-Entscheid zu Recht als wichtiger Meilenstein des EGMR bei der Etablierung des Konzeptes der „integrativen Auslegung“ bezeichnet¹⁰⁹. Der EGMR legt den in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privatlebens im Lichte von Art. 1 Abs. 2 der Europäischen Sozialcharta und der Interpretation dieses Artikels durch den zuständigen Ausschuss aus und verweist weiter auf das ILO-Abkommen Nr. 111 über das Verbot der Diskriminierung in Arbeitsverhältnissen. Zudem hält der EGMR fest, zwischen den sozialen und wirtschaftlichen Rechten und denjenigen in der EMRK bestehe keine starre Grenze („that there is no watertight division separating the sphere of social and economic rights from the field covered by the Convention ...“)¹¹⁰.

c. Volkov gegen die Ukraine¹¹¹

Der Fall Volkov betrifft die Entlassung eines Richters am Obersten Gerichtshof der Ukraine. Gegen den seit 2003 am Obersten Gerichtshof in der Ukraine tätigen Beschwerdeführer wurden disziplinarische Ermittlungen wegen angeblicher schwerwiegender Verfahrensfehler eingeleitet. Das Parlament entliess schliesslich Herrn Volkov im Jahre 2010 im Rahmen eines Amtsenthebungsverfahrens. Der Beschwerdeführer rügte vor dem Gerichtshof in Strassburg einerseits eine Reihe grundsätzlicher Verfahrensfehler (Verletzung von Art. 6 EMRK) und andererseits die Verletzung des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK).

Der Gerichtshof kommt zum Schluss, dass der ukrainische Staat das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK in mehrfacher Weise verletzt hat. In arbeitsrechtlicher Hinsicht bedeutend ist, dass der EGMR die Entlassung als einen Verstoss gegen das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) qualifiziert hat. Wichtiger Ausgangspunkt für die Begründung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK ist die Bedeutung des Arbeitslebens¹¹².

Bahnbrechend mutet die Entscheidung des EGMR vor allem deshalb an, weil der Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 41 EMRK (angemessene Entschädigung) und 46 EMRK (Bindungswirkung und Durchführung von Urteilen) die Ukraine anweist, den Beschwerdeführer vor dem Hintergrund der sehr aussergewöhnlichen Umstände auf den erstmöglichen Zeitpunkt wieder anzustellen¹¹³.

Mit der Verurteilung der Ukraine zur Wiedereinstellung des Beschwerdeführers eröffnen sich für arbeitsrechtliche Kündigungsfälle gänzlich neue Dimensionen. Relativierend ist indes darauf hinzuweisen, dass der EGMR selbst von einem „sehr extremen Ausnahmefall“ ausgeht. Für normale Kündigungsschutzfälle ist demnach nicht zu erwarten, dass der EGMR gleich entscheiden würde. Immerhin, die Mitgliedstaaten sind gewarnt: In Konstellationen eines nachhaltigen Eingriffs in den Kündigungsschutz ist aus Strassburg nicht nur mit der Verpflichtung

¹⁰⁸ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Džiautas ./ Litauen, Rz 47.

¹⁰⁹ MANTOUVALOU (FN 30), S. 578.

¹¹⁰ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, Sidabras und Džiautas ./ Litauen, Rz 47.

¹¹¹ EGMR v. 09.01.2013, Appl. No. 21722/11, Volkov ./ Ukraine.

¹¹² EGMR v. 09.01.2013, Appl. No. 21722/11, Volkov ./ Ukraine, Rz 165 (“The notion of ‚private life‘ does not exclude in principle activities of a professional or business nature. It is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant opportunity of developing relationships with the outside world.”).

¹¹³ EGMR v. 09.01.2013, Appl. No. 21722/11, Volkov ./ Ukraine, Rz 199 ff.

zu Entschädigungszahlung zu rechnen, auch die Verurteilung zu einer Wiedereinstellung ist denkbar¹¹⁴.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Spätestens seit der berühmten Niemitz-Entscheidung des EGMR¹¹⁵ aus dem Jahr 1992 steht fest, dass der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch die Arbeitswelt umfasst. Zum Schutzbereich gehört insbesondere auch das Recht der Arbeitnehmenden, am Arbeitsplatz mit Kollegen und Kolleginnen soziale Beziehungen aufzubauen und zu pflegen¹¹⁶. Vor diesem Hintergrund sind nicht wenige der in Unternehmen und in der Verwaltung gängigen Compliance-Vorschriften, die umfangreiche Verbote persönlicher Beziehungen enthalten, kritisch zu bewerten¹¹⁷. Die Konsequenzen der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK für die Privatsphäre der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz sind beachtlich. Einschränkungen der Privatsphäre sind zulässig, jedoch nur in den Schranken von Art. 8 EMRK. Zwar sind die EMRK-Rechte grundsätzlich staatsgerichtet. Auf dem Wege staatlicher Schutzpflichten entfalten sie jedoch auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Wirkung; die staatlichen Behörden, namentlich die Gerichte, sind gefordert, die Abwägungsentscheide zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen im Lichte der durch die EMRK allen der staatlichen Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten. Wenn der EGMR zudem seine integrative Auslegung weiterentwickelt¹¹⁸, so wird er Art. 8 EMRK durch Anerkennung der in ILO-Konventionen und UN-Menschenrechtspakten verankerten Garantien zum Schutz der Würde und der Persönlichkeit des Arbeitnehmers weiter im Sinne der Arbeitnehmerrechte stärken.

In der EMRK und der entsprechenden Praxis finden sich auch Stützen für die Verteidigung der Arbeitgeberinteressen. Zu Recht wird etwa in der Doktrin mit Bezug auf die frühere Rechtsprechung der Strassburger-Organe darauf hingewiesen, wonach das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses zwangsläufig mit einer gewissen Unterordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers einher gehe und insoweit eine gewisse Beeinträchtigung des Rechts auf Privatsphäre bzw. eine lediglich reduzierte berechnete Erwartung an den Privatsphärenschutz in Kauf genommen werden müsse¹¹⁹. Auch anerkennt der EGMR in mehreren Art. 8 EMRK betreffenden Entscheidungen, dass ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich freiwillig eingegangen wird, was eine entsprechende Beschränkung der Privatsphäre ebenfalls eher zulässig erscheinen

¹¹⁴ KLAUS LÖRCHER, Kommentar zum EGMR-Urteil vom 9. September 2013, Nr. 21722/11, Oleksandr Volkov/Ukraine, in: Newsletter zum europäischen Arbeitsrecht 1/2013 (<http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/?id=1234#c4520>).

¹¹⁵ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, Niemitz ./.. Deutschland.

¹¹⁶ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, Niemitz ./.. Deutschland, Rz 29.

¹¹⁷ Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf ist eine Ethikrichtlinie des US-Supermarktkonzerns Wal-Mart unwirksam, die es Mitarbeitenden verbietet, mit Personen auszugehen oder mit denen eine Liebesbeziehung einzugehen, wenn dies die Arbeitsbedingungen dieser Person beeinflussen könnte, LAG Düsseldorf, 14.11.2005 - 10 TaBV 46/05.

¹¹⁸ Zur integrativen Auslegung des EGMR siehe oben, Rz 0 und Rz 0.

¹¹⁹ FRANK HENDRICKX/ALINE VAN BEVER, Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, in: Klaus Lörcher/Filip Dorsemont/Isabelle Schömann (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford, Portland, Oregon 2013, S. 185. Europäische Kommission für Menschenrechte, EHRR 244, Brüggeman und Scheuten ./.. Deutschland, Rz 56.

liesse¹²⁰. Diese Freiwilligkeit gilt es indes zu relativieren, da die meisten Personen aus ökonomischen Gründen schlicht auf ein Einkommen als Arbeitnehmende angewiesen sind¹²¹.

Besonders augenfällig ist das Potential der EGMR-Entscheide zu Art. 8 EMRK für Kündigungsfälle. Der Gerichtshof hat im Fall „Schüth“ klar gezeigt, dass bei der Güterabwägung zwischen den berechtigten Arbeitgeberinteressen an einer Kündigung und den Arbeitnehmerinteressen am Erhalt der Stelle eine sorgfältige Abwägung vorgenommen werden muss. Eine Arbeitsstelle zu haben, stellt einen wichtigen Bereich des durch Art. 8 EMRK geschützten Bereich des Privatlebens dar. In ganz aussergewöhnlichen Situationen wie sie etwa im Fall Volkov vorlagen, anerkennt der EGMR sogar einen Wiedereinstellungsanspruch.

C. Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)

1. Arbeitsrechtlicher bedeutsamer Inhalt von Art. 9 EMRK

a. Allgemeines

Art. 9 EMRK garantiert jeder Person das Recht auf Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dazu gehört das Recht, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen. Art. 9 Abs. 2 EMRK hält fest, unter welchen Voraussetzungen ein Staat die in Art. 9 Abs. 1 EMRK genannten Rechte einschränken darf. Solche Beschränkungen der Religionsfreiheit müssen gesetzlich vorgesehen sein und in einer demokratischen Gesellschaft für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein.

Die Annahme, Art. 9 EMRK schütze „nur“ die Religionen bzw. ihre institutionellen Vertretungen, greift zu kurz. Wie der EGMR im Leitentscheid „Eweida u.a.“ ausdrücklich festhält, ist die Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK ein Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft, wie sie der EMRK zu Grunde liegt. Art. 9 EMRK schützt aber nicht nur Gläubige aller Religionen in ihrer Identität, auch Atheisten, Agnostiker, Skeptiker oder religiös und weltanschaulich Gleichgültige können sich auf diese Bestimmung berufen¹²².

In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist Art. 9 EMRK in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Vorab ist der Staat in seiner Funktion als Arbeitgeber verpflichtet, den Beschäftigten die in Art. 9 EMRK garantierten Rechte zu gewähren bzw. er muss sich bei der allfälligen Beschränkung dieser Rechte an die in Art. 9 Abs. 2 EMRK aufgeführten Schranken halten. Auf der Basis staatlicher Schutzpflichten ist der Staat indes auch gefordert, die Religionsfreiheit in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu schützen. Dabei muss eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmenden an der Wahrnehmung ihrer Art. 9 EMRK-Rechte und den Interessen der Arbeitgebenden vorgenommen werden; Art. 9 Abs. 2 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten, auch die Rechte und Freiheiten anderer zu berücksichtigen. Das kann auch heissen, dass ein Arbeitnehmer zu einer dienstlichen Handlung verpflichtet werden darf, die seinen religiösen

¹²⁰ EGMR vom 12. Juni 2014, Appl. No. 56030/07, Fernandez Martinez ./.. Spanien, Rz 135.

¹²¹ Kritisch zu diesem Aspekt auch KLAUS LÖRCHER, Kommentar zum EGMR-Urteil Nr. 56030/07, in: Newsletter zum europäischen Arbeitsrecht, 3/2014 (<http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2014/newsletter-032014.html>, besucht am 11.08.2014).

¹²² EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 79.

Überzeugungen widersprechen, z.B. die Vornahme einer Abtreibung¹²³ oder die Beurkundung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften¹²⁴. Handelt es sich bei den Arbeitgebenden um religiöse Institutionen, wird die Situation noch etwas komplexer, da sich auch diese auf die Religionsfreiheit berufen können, wobei regelmässig auch die in Art. 11 EMRK verankerte Vereinigungsfreiheit einschlägig ist. Wie in den im vorangehenden Kapitel bezüglich der EGMR-Fälle „Schüth“ und „Obst“ gezeigt wurde, können Verhaltensvorschriften religiöser Arbeitgeber auch den in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privat- und Familienlebens betreffen¹²⁵.

b. Staatliche Arbeitsverhältnisse

Die bisherige EGMR-Praxis zu Beschränkungen religiöser Freiheiten in staatlichen Arbeitsverhältnissen betrafen Lehrkräfte im Schuldienst und Angehörige der Armee.

Die Europäische Kommission für Menschenrechte entschied, Art. 9 EMRK gewähre einem muslimischen Lehrer keinen Anspruch, während der Arbeitszeit vom Arbeitsplatz fernzubleiben um religiösen Verpflichtungen nachzukommen¹²⁶. Der Entscheid stammt aus dem Jahre 1981 und es ist fraglich, ob der EGMR in einem vergleichbaren Fall heute auch noch so entscheiden würde. Im Fall „Dahlab“ wies der EGMR 2001 die Klage einer Grundschullehrerin aus Genf ab, der das Tragen eines islamischen Kopftuches im Unterricht verboten wurde¹²⁷. Dem Staat kommt nach diesem EGMR-Urteil das Recht zu, das Tragen religiöser Symbole zu verbieten, soweit sich dieses Verbot nicht gegen den Glauben der betroffenen Person richtet, sondern auf den Schutz der Freiheit und Sicherheit anderer sowie der Wahrung der öffentlichen Ordnung gerichtet ist¹²⁸. Auch in späteren – nicht Beschäftigungsverhältnisse betreffenden Fällen – gewährte der EGMR den EMRK-Staaten bei Fragen der Religion Rechte einen relativ grossen Ermessensspielraum¹²⁹.

Keinen Verstoss gegen Art. 9 EMRK erkannte der EGMR im Falle eines Offiziers mit fundamentalistischer Überzeugung, der wegen Verletzung von Disziplinarvorschriften zwangspensioniert wurde¹³⁰. Differenziert fiel das Urteil im Falle religiöser Bekehrungsversuche eines Armeeeingehörigen aus, der deswegen disziplinarisch sanktioniert wurde¹³¹. Der EGMR sah keine Verletzung von Art. 9 EMRK, soweit die Disziplinarstrafen gegen Bekehrungsversuche innerhalb der Armee gerichtet waren. Nicht zulässig ist jedoch das Verbot von Bekehrungsversuchen gegenüber Privatpersonen ausserhalb der Armee, hier konnte sich der Beschwerdeführer zu Recht auf den Schutz von Art. 9 EMRK gerufen¹³².

c. Privatrechtliche Konstellationen

Die privatrechtliche Arbeitsverhältnisse betreffenden Fälle, die vor dem EGMR oder (bis 1998) vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte verhandelt wurden, betrafen meist das Fernbleiben von der Arbeit wegen der Teilnahme an religiösen Aktivitäten¹³³. Bis zu einem

¹²³ EGMR v. 6.9.1989, Appl. No. 12242/86, Rommelfanger ./ Federal Republic of Germany

¹²⁴ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich (Beschwerdeführerin 3).

¹²⁵ Siehe die EGMR-Fälle v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, Obst ./ Deutschland und 1620/03, Schüth ./ Deutschland, Rz 0 bis 0.

¹²⁶ EGMR v. 12.03.1981, Appl. No. 8160/78, X. ./ Vereinigtes Königreich.

¹²⁷ EGMR v. 15.02.2001, Appl. No. 42393/98, Dahlab ./ Schweiz.

¹²⁸ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 33 zu Art. 11 EMRK.

¹²⁹ Besonders deutlich zeigt sich dies im Falle der Zulässigkeit von Kreuzifixen in italienschlichen Schulzimmern, siehe EGMR v. 18.03.2011, Appl. No. 30814/06, Lautsi ./ Italien.

¹³⁰ EGMR v. 01.07.1997, Appl. No. 20704/92, Kalac ./ Türkei.

¹³¹ EGMR v. 24.02.1998, Appl. No. 40/1996/759/958–960, Larissis und andere ./ Griechenland.

¹³² Grabenwarter (FN 31), N 103, S. 262.

¹³³ EGMR v. 09.04.1997, Appl. No. 29107/95, Stedman ./ Vereinigtes Königreich; EGMR, v. 03.12.1996, Appl. 24949/94, Konttinen ./ Finnland; EGMR, v. 13.04.2006, Appl. No. 55170/00, Kosterki ./ Mazedonien.

eigentlich Kurswechsel in der Entscheidung „Eweida u.a.“ im Jahre 2013 stellten sich die Europäische Menschenrechtskommission und der Gerichtshof auf den Standpunkt, dass der Schutzbereich von Art. 9 EMRK gar nicht eröffnet sei, wenn Arbeitnehmende vertraglich einer Beschränkung ihrer Religionsfreiheit zugestimmt hatten¹³⁴. Die betroffenen Arbeitnehmenden, so die Auffassung der Strassburger-Organe, könnten ja ihre Arbeitsstelle aufgeben und bzw. eine andere Anstellung suchen, bei der keine Konflikte mit der Ausübung der Religion zu erwarten wären¹³⁵. In der Entscheidung „Eweida u.a.“ änderte der Gerichtshof seine Praxis dahin gehend, dass er die Einschränkung der Religionsfreiheit unter Rechtfertigungsgesichtspunkten prüft, also demnach den Schutzbereich von Art. 9 EMRK bei Konflikten um die Religionsausübung im Arbeitsverhältnis grundsätzlich öffnet¹³⁶.

Gestützt auf die staatlichen Schutzpflichten haben die Staaten dafür zu sorgen, dass die in Art. 9 EMRK garantierten Rechte auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geschützt sind. Dabei haben die Behörden bei der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 9 Abs. 2 EMRK eine faire Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmenden und denjenigen der Arbeitgebenden vorzunehmen¹³⁷. Während etwa hygienische Gründe oder die Sicherheit von Kunden als Arbeitgeberinteresse dem Interesse der Arbeitnehmenden am Tragen religiöser Symbole vorgehen¹³⁸, ist dies beim Interesse der Arbeitgebenden an einem bestimmten und einheitlichen Erscheinungsbild der Unternehmung nicht der Fall. Hier überwiegen vielmehr die Arbeitnehmerinteressen¹³⁹.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

*a. Kostaske gegen Mazedonien*¹⁴⁰

Der Fall betrifft einen Arbeitnehmer eines Elektrizitätswerks, der disziplinarisch sanktioniert wurde, nachdem er an einem muslimischen Feiertag unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen war. Der Gerichtshof stellte sich auf den Standpunkt, das Recht, an religiösen Feiertagen nicht arbeiten zu müssen, falle als solches nicht unter den Schutzbereich von Art. 9 EMRK. Dennoch prüfte der EGMR, ob die Konventionsrechte verletzt wurden. Im fraglichen Fall war auch streitig, ob der Beschwerdeführer überhaupt muslimischen Glauben war. Im nationalen Verfahren war relevant, dass der Beschwerdeführer den Nachweis des muslimischen Glaubens nicht erbringen konnte. In diesem Punkt erkannte der EGMR, dass der Schutzbereich von Art. 9 EMRK grundsätzlich eröffnet sei. Im Ergebnis lag allerdings doch keine Verletzung von Art. 9 EMRK vor, da die Arbeitgeberin im konkreten Fall keine übermäßig hohen Ansprüche an den Nachweis des Glaubens als Grundlage für die legitime Abstinenz von der Arbeit wegen eines religiösen Feiertags stellte¹⁴¹.

¹³⁴ EGMR, v. 13.04.2006, Appl. No. 55170/00, Kostaske ./.. Mazedonien, Rz 39.

¹³⁵ LUCY VICKERS, Freedom of Religion and Belief, Article 9 ECHR and the EU Equality Directive, in: Klaus Lörcher/Filip Dorssemont/Isabelle Schömann (Hrsg.): The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford/Portland/Oregon 2013, S. 211.

¹³⁶ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 83.

¹³⁷ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 91.

¹³⁸ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 99 und 100 (Beschwerdeführerin 2).

¹³⁹ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich, Rz 94 und 95 (Beschwerdeführerin 1).

¹⁴⁰ EGMR v. 13.04.2006, Appl. No. 55170/00, Kostaske ./.. Mazedonien.

¹⁴¹ EGMR v. 13.04.2006, Appl. No. 55170/00, Kostaske ./.. Mazedonien, Rz 39.

b. Siebenhaar gegen Deutschland¹⁴²

Frau Siebenhaar arbeitete als Kindergärtnerin bei einer von der evangelischen Kirche getragenen Institution. Sie verpflichtete sich dabei arbeitsvertraglich, sich sowohl beruflich wie privat allen Aktivitäten zu enthalten, die mit dem Ethos der evangelischen Kirche nicht vereinbar sind. Nachdem bekannt wurde, dass Frau Siebenhaar aktives Mitglied einer Sekte war, wurde ihr deswegen von der Arbeitgeberin ausserordentlich (fristlos) gekündigt. Die deutschen Arbeitsgerichte schützten diese Kündigung, da die Arbeitnehmerin gravierend gegen ihre vertraglich zugesicherten Loyalitätspflichten verstossen habe. Frau Siebenhaar machte vor dem Gerichtshof eine Verletzung von Art. 9 EMRK und eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 9 EMRK geltend.

Der EGMR stellte vorab fest, dass im vorliegenden Fall kein direktes staatliches Handeln zur allfälligen Verletzung der EMRK-Rechte vorliege. Zu prüfen sei jedoch, ob der Staat seine positiven Pflichten erfüllt habe, um die Beschwerdeführerin wirksam vor Verletzung ihrer Rechte durch den privaten Arbeitgeber zu schützen¹⁴³. Im Ergebnis stellte der EGMR keine Verletzung von Art. 9 EMRK fest. Mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags hätte die Beschwerdeführerin wissen müssen, dass ihre aktive Mitgliedschaft in einer Sekte mit der Tätigkeit in einer von der evangelischen Kirche geführten pädagogischen Institution nicht vereinbar war. Die deutschen Gerichte hätten bei der Vornahme der Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin einen Ermessensspielraum, Art. 9 EMRK verpflichtete den deutschen Staat nicht, die Interessen der Arbeitnehmerin höher zu gewichten¹⁴⁴.

Nicht eingetreten ist der Gerichtshof auf die Rüge der Beschwerdeführerin, es sei (auch) Art. 14 in Verbindung mit Art. 9 EMRK verletzt. Frau Siebenhaar hatte es unterlassen, bereits im nationalen Verfahren eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes geltend zu machen. Folglich wurde die Rüge in Strassburg wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 EMRK) zurückgewiesen¹⁴⁵.

c. Eweida u.a. gegen Vereinigtes Königreich¹⁴⁶

Der EGMR hat vier von Arbeitnehmer/innen gegen das Vereinigte Königreich wegen Verletzung von Art. 9 EMRK (zum Teil Art. 9 in Verbindung mit Art. 14 EMRK) eingereichte Beschwerden vereinigt und in der Entscheidung „Eweida u.a.“ mehrere grundsätzliche Fragen zur Bedeutung der Religionsfreiheit im Arbeitsverhältnis geklärt.

Zwei der Beschwerdeführerinnen wurden wegen des Tragens religiöser Symbole (ein christliches Kreuz) an ihrem Arbeitsplatz benachteiligt. Der Gerichtshof erachtete das Verbot des Tragens religiöser Symbole durch die britische Fluggesellschaft British Airways als nicht zulässig. Hingegen ist nach Auffassung ein solches Verbot für Arbeitnehmende in Krankenhäusern zulässig, da hier hygienische Gründe und Sicherheitsaspekte als Rechtfertigungsgründe geltend gemacht wurden¹⁴⁷.

¹⁴² EGMR v. 03.02.2011, Appl. No. 18136/02, Siebenhaar ./.. Deutschland.

¹⁴³ EGMR v. 03.02.2011, Appl. No. 18136/02, Siebenhaar ./.. Deutschland, Rz 38 ff.

¹⁴⁴ EGMR v. 03.02.2011, Appl. No. 18136/02, Siebenhaar ./.. Deutschland, Rz 46.

¹⁴⁵ EGMR v. 03.02.2011, Appl. No. 18136/02, Siebenhaar ./.. Deutschland, Rz 51. Siehe zum Rügeprinzip hinten, Rz 0 f.

¹⁴⁶ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./.. Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁷ Siehe dazu auch oben, Rz 0 und 0.

Bei den beiden anderen Beschwerdeführern ging es um die Frage, wieweit ein Teil der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung unter Berufung auf Art. 9 EMRK verweigert werden konnte. Konkret ging es um einen Zivilstandsbeamten, der sich aufgrund seiner religiösen Überzeugung ausserstande sah, bei der Eintragung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mitzuwirken und um einen Therapeuten, der, ebenfalls aufgrund seiner religiösen Überzeugung, keine psycho-sexuelle Therapie bei gleichgeschlechtlichen Paaren durchführen wollte. Die nationalen Gerichte schützten die Sanktionen, die die Arbeitgeber gegen die beiden Arbeitnehmer aussprachen. In beiden Fällen entschied der EGMR, dass die britischen Behörden die Interessenabwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen an einem diskriminierungsfreien Dienstleistungsangebot und dem Anspruch der Beschwerdeführer an Respektierung ihrer religiösen Grundhaltung korrekt vorgenommen habe¹⁴⁸.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Aus der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK lassen sich in arbeitsrechtlicher Hinsicht mehrere Ansätze erkennen, die einen wirksamen Schutz vor Verletzung der Grundrechte durch Arbeitgeber ermöglichen. Zum einen hat der EGMR auch bei den Art. 9 EMRK-Fällen die Bedeutung der staatlichen Schutzpflichten hervorgehoben¹⁴⁹. Die staatlichen Gerichte sind also gefordert, die Arbeitnehmer/innen vor Verletzung der in Art. 9 EMRK verankerten Rechte durch private Arbeitgeber zu schützen, sei es, dass kirchliche Arbeitgeber keine übertriebenen Loyalitätspflichten einfordern können oder aber auch, dass Arbeitnehmende sich im Arbeitsverhältnis nicht jeder religiösen Tätigkeit enthalten müssen. So ist das Verbot des Tragens religiöser Symbole während der Arbeit nur aus Gründen der Sicherheit, nicht aber aus reinen Imagegründen zulässig¹⁵⁰. Keinen Schutz durch die EMRK erfahren indes Arbeitnehmer/innen, die sich unter Berufung auf die Religionsfreiheit ihrerseits diskriminierend verhalten¹⁵¹.

Wegweisend ist überdies, dass der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 9 EMRK nach neuerer Rechtsprechung nicht allein deshalb verneint, weil ein Arbeitsverhältnis per se eine Unterordnung zum Arbeitgeber mit sich zieht. Die Arbeitgeberinteressen werden vielmehr erst bei der Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit geprüft¹⁵².

D. Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK)

1. Arbeitsrechtlicher bedeutsamer Inhalt von Art. 10 EMRK

Art. 10 EMRK gewährt jeder Person das Recht auf freie Meinungsäußerung, also das Recht, eine Meinung zu haben und diese auch zu äussern. Darüber hinausgehend beinhaltet Art. 10 EMRK weitere Informations- und Kommunikationsrechte, auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter einzugehen ist¹⁵³. Die EMRK-Ratifikationsstaaten können die Meinungsfreiheit einschränken, jedoch nur in den Schranken, wie sie in Art. 10 Abs. 2 EMRK

¹⁴⁸ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich, Rz 103 ff.

¹⁴⁹ Siehe EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich, Rz 91 und EGMR v. 03.02.2011, Appl. No. 18136/02, Siebenhaar ./ Deutschland, Rz 38 ff.

¹⁵⁰ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich, Rz 94.

¹⁵¹ EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich, Rz 105 und 106.

¹⁵² EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida u.a. ./ Vereinigtes Königreich, Rz 83.

¹⁵³ Siehe dazu statt vieler bei GRABENWARTER (FN 31), S. 269 ff.

festgehalten sind. Wie bei den anderen EMRK-Freiheitsrechten ist für eine Beschränkung eine gesetzliche Grundlage notwendig und die Einschränkung muss in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein für die Verfolgung bestimmten öffentlicher Interessen wie die öffentliche Sicherheit oder die Aufrechterhaltung der Ordnung. Weitere Interessen, die eine gesetzliche vorgesehene und verhältnismässige Einschränkung rechtfertigen können, sind die Rechte und der Schutz des guten Rufes anderer.

Arbeitsrechtlich relevant ist, wieweit Arbeitnehmer/innen die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäusserung durch ihre Arbeitgeber beschränkt werden darf bzw. welche Sanktionen der Arbeitgeber wegen geäusserten Meinungen der Arbeitnehmer/innen vor Art. 10 EMRK nicht Stand halten. Bei Konflikten im Arbeitsverhältnis ist oft gar nicht einfach festzustellen, ob ein Verhalten der Arbeitnehmer/innen dem Schutz Privatlebens nach Art. 8 EMRK, der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK oder den in Art. 11 EMRK verankerten Gewerkschaftsrechten zuzuordnen ist¹⁵⁴. Auch das akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK kann betroffen sein, z.B. wenn nur bestimmte Meinungsäusserungen verboten sind und andere nicht. Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf den Entscheiden, bei denen der EGMR eine arbeitsrechtliche Konfliktsituation primär auf der Grundlage von Art. 10 EMRK diskutiert und entschieden hat.

Regelmässig hält der EGMR fest, die Freiheit der Meinungsäusserung stelle eine wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft dar und sei eine vorrangige Voraussetzung für ihren Fortschritt und die Entwicklung der Individuen¹⁵⁵. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit sei dabei weit zu ziehen, ohne ein breites Spektrum an Meinungen sei eine demokratische Gesellschaft nicht möglich¹⁵⁶. Die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssten eng ausgelegt werden¹⁵⁷.

Die ersten arbeitsrechtlich relevanten „Art. 10 EMRK-Fälle“ betrafen Konflikte um die Meinungsfreiheit bei staatlichen Arbeitgebern¹⁵⁸. Im Falle „Vogt“ erkannte der EGMR, dass die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK grundsätzlich auch für Beamte Gültigkeit hat. Einschränkungen müssten demnach den in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Bedingungen entsprechen. Besondere Bedeutung erlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. So war die Entlassung aus dem Schuldienst eines Lehrers wegen dessen Mitgliedschaft bei der Deutschen Kommunistischen Partei nicht verhältnismässig¹⁵⁹. Die Entlassung war somit im Ergebnis konventionswidrig, wobei sowohl Art. 10 als auch Art. 11 EMRK betroffen waren¹⁶⁰. Ebenfalls in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK fiel der Fall eines Professors an einer katholischen

¹⁵⁴ DIRK VOORHOOF/PATRICK HUMBLET, The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR, in: Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), Oxford 2013, S. 239 f.

¹⁵⁵ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez und andere ./, Spanien, Rz 53.

¹⁵⁶ EGMR v. 07.12.1976, Appl. No. 5493/72, Handyside ./, Vereinigtes Königreich, Rz 49.

¹⁵⁷ EGMR v. 22.10.2007, Appl. No. 21279/02 and 36448/02, Lindon, Otchakovsky-Laurens and Juli ./, France, Rz 45.

¹⁵⁸ In den Entscheiden EGMR v. 28.08.1986, Appl. No. 9228/80, Glasenapp ./, Deutschland und EGMR v. 28.08.1986, Appl. No. 9704/82, Kosiek ./, Deutschland, ging es je um Berufsverbote für Lehrer/innen, die Mitglieder radikaler Parteien waren. Der EGMR verneinte dabei, dass der Schutzbereich von Art. 10 EMRK betroffen war.

¹⁵⁹ EGMR v. 16.09.1995, Appl. No. 17851/91, Vogt ./, Deutschland, Rz 61.

¹⁶⁰ EGMR v. 16.09.1995, Appl. No. 17851/91, Vogt ./, Deutschland, Rz 62-68.

Universität, dessen Dienstvertrag wegen kritischer Meinungsäußerungen zur katholischen Doktrin nicht verlängert wurde¹⁶¹.

In der Rechtssache Fuentes Bobo gegen Spanien¹⁶² kam der Gerichtshof zum Schluss, die Entlassung eines Angestellten einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt stelle einen Verstoss gegen Art.10 EMRK dar. Der Journalist Fuentes Bobo hatte sich in einer Sendung kritisch über Manager seines Arbeitgebers geäußert. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass Artikel 10 der Konvention auch auf die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbar ist und der Staat in bestimmten Fällen positive Verpflichtungen zum Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung vor Eingriffen von privater Seite habe¹⁶³. Zwar sei im vorliegenden Fall der Eingriff gesetzlich vorgeschrieben und zum Schutz des Rufs oder der Rechte anderer grundsätzlich legitim gewesen¹⁶⁴. Eine derart schwere Sanktion wie die Entlassung entspreche jedoch nicht einem „dringenden sozialen Bedürfnis“¹⁶⁵.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

*a. Palomo Sanchez u.a. gegen Spanien*¹⁶⁶

Die fragliche Entscheidung betrifft die Grenze der zulässigen Methoden im gewerkschaftlichen Kampf um die Verteidigung der Arbeitnehmerrechte. Arbeitnehmer und Gewerkschaftsmitglieder einer privaten Firma veröffentlichten einen Newsletter, in dem der Personalchef der Unternehmung und zwei Personen, die in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit zu Gunsten der Direktion ausgesagt hatten, sowohl sprachlich wie durch Bildmaterial heftig angegriffen wurden. Der Newsletter wurde an die Arbeitnehmer/innen der Firma verteilt und auch an das Anschlagbrett des Unternehmens gehängt. Daraufhin wurden die Verantwortlichen des Newsletters wegen Angriffen auf den guten Ruf der Unternehmung entlassen. Die spanischen Gerichte wiesen die Beschwerden gegen diese Kündigungen zurück. Grund für die Kündigungen sei nicht die Gewerkschaftsmitgliedschaft oder eine gewerkschaftliche Aktivität, sondern vielmehr die Beleidigungen, solche seien auch nicht durch Art. 10 EMRK gedeckt.

Vor dem EGMR rügten die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 10 EMRK, der vorliegend auch im Lichte der in Art. 11 EMRK verankerten Gewerkschaftsrechte auszulegen sei. Der Gerichtshof kam vorab zum Schluss, dass der Fall unter dem Gesichtspunkt von Art. 10 EMRK und nicht Art. 11 EMRK zu beurteilen sei. Zwar stelle die Äusserung persönlicher Meinungen einen wichtigen Aspekt der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK dar. Aus den Urteilen der spanischen Gerichte gehe indes klar hervor, dass die Arbeitnehmer nicht wegen ihrer gewerkschaftlichen Aktivitäten entlassen worden seien¹⁶⁷. In der Folge prüfte der EGMR einzig, ob die Entlassung gegen die Meinungsfreiheit verstossen habe.

Die Entlassung der Arbeitnehmer wegen den Beleidigungen erfolgten im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Ausführungen des

¹⁶¹ EGMR v.20.10.2009, Appl. No. 39128/05, Lombardi Vallauri v. Italy, Rz 50-54 und 71. Siehe auch den Fall "Rubins ./ Lettland", unten unter Rz 0 ff.

¹⁶² EGMR v. 29.02.2000, Appl. No. 39293/98, Fuentes ./ Spanien.

¹⁶³ EGMR v. 29.02.2000, Appl. No. 39293/98, Fuentes ./ Spanien, Rz 38. Zur Bedeutung der positiven Verpflichtungen des Staates bei der Garantie der Meinungsfreiheit siehe auch EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, Rz 44.

¹⁶⁴ EGMR v. 29.02.2000, Appl. No. 39293/98, Fuentes ./ Spanien, Rz 49.

¹⁶⁵ EGMR v. 29.02.2000, Appl. No. 39293/98, Fuentes ./ Spanien, Rz 50.

¹⁶⁶ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./ Spanien.

¹⁶⁷ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./ Spanien, Rz 52.

EGMR zu den staatlichen Schutzpflichten (positive obligations) bei Art. 10 EMRK zu verstehen: „(...) This is also the case for freedom of expression, of which the genuine and effective exercise does not depend merely on the State' duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals. In certain cases the State has a positive obligation to protect the right to freedom of expression, even against interference by private persons (...)”¹⁶⁸.

Der Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK kommt somit nicht nur in Verhältnissen zwischen Privaten und dem Staat zum Tragen. Vielmehr kommt dem Staat die positive Verpflichtung zu, die Meinungsfreiheit auch unter Privaten zu schützen. Dabei muss in vergleichbarer Weise wie in einem Streit zwischen Privaten und dem Staat geprüft werden, ob sich der Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen lasse.

Der Gerichtshof stellte vorerst fest, dass die Entlassung der Arbeitnehmer wegen ihrer Aktivitäten einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK darstelle¹⁶⁹. Daraufhin prüfte er, ob sich der Eingriff rechtfertigen lasse. Der Schutz des guten Rufes der Arbeitgeberin stelle ein legitimes Eingriffsinteresse dar. Die Verfehlungen der entlassenen Arbeitnehmer wären geeignet gewesen, das für ein Arbeitsverhältnis unabdingbare Vertrauensverhältnis ernsthaft zu zerstören¹⁷⁰. Der Eingriff sei deshalb auch nicht unverhältnismässig. Die spanischen Gerichte, so die Schlussfolgerung der Grossen Kammer des EGMR (mit Stimmenverhältnis 12:5) hätten die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen am Schutz des guten Rufes und der Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer/innen sorgfältig vorgenommen. Die Entscheidung der spanischen Gerichte, die Entlassung zu schützen, verletzt damit Art. 10 EMRK nicht.

Fünf der 17 Richter/innen der Grossen Kammer waren mit der Mehrheit nicht einverstanden. Sie äusserten in ihrer „joint dissenting opinion“ heftige Kritik. Sie verweisen auf die Härte der Sanktion, welche den betroffenen Arbeitnehmern die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen habe. Wenn der EGMR eine solche Massnahme gegen Gewerkschafter schütze, so schrecke dies gewerkschaftliche Aktivitäten ab. Zudem kritisierte die Gerichtsminderheit, dass die Auslegung der Meinungsfreiheit im Lichte der Gewerkschaftsrechte nicht konsequent vorgenommen worden sei, namentlich hielten die Richter/innen fest: „(...) Both in assessing the facts and in balancing the interests at stake, the majority give scant consideration to the fact that the applicants were members of a trade union, or that they were expressing professional and employment-related claims”¹⁷¹.

b. Heinisch gegen Deutschland¹⁷²

Frau Heinisch arbeitete als Altenpflegerin in einer privatrechtlichen Berliner Pflegeeinrichtung. Verschiedentlich beklagte sich Frau Heinisch bei ihrer Arbeitgeberin über Missstände im Betrieb. Schliesslich reichte sie gegen ihre Arbeitgeberin eine Strafanzeige wegen Betrugs ein. Vorgeworfen wurde der Arbeitgeberin, dass die Kosten für einen Platz in der Pflegeeinrichtung in

¹⁶⁸ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./.. Spanien, Rz 58.

¹⁶⁹ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./.. Spanien, Rz 61.

¹⁷⁰ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./.. Spanien, Rz 76.

¹⁷¹ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., Palomo Sánchez u.a. ./.. Spanien, Joint dissenting opinion of Judget Tulkens et al, Rz 4.

¹⁷² EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland. Siehe zum Fall auch: PÄRLI (FN 37), S. 56 ff.

keinem Verhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen, wodurch sich die Pflegeeinrichtung unrechtmässig bereichere. Überdies richtete der Anwalt der Beschwerdeführerin ein Schreiben an den Aufsichtsrat der Pflegeeinrichtung mit Vorwürfen, wonach wegen Personalmangels Hygienestandards nicht eingehalten würden. Daraufhin sprach die Arbeitgeberin gegenüber der Beschwerdeführerin wegen wiederholter krankheitsbedingter Abwesenheit die ordentliche Kündigung aus. Frau Heinisch organisierte zusammen mit der Gewerkschaft eine Flugblattaktion und forderte die Rücknahme der "politisch motivierten" Kündigung. In der Flugblattaktion wurde u.a. auf die Strafanzeige hingewiesen. Die Arbeitgeberin nahm diese Aktionen zum Anlass, gegen die Beschwerdeführerin die fristlose Kündigung auszusprechen. Das Berliner Arbeitsgericht hielt die fristlose Kündigung mit Urteil vom August 2005 für unwirksam. Die Entscheidung wurde indes vom Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin im März 2006 aufgehoben. Das LAG erachtete die Strafanzeige als eine unverhältnismässige Reaktion auf die behaupteten Pflegemängel. Das Bundesarbeitsgericht und das Bundesverfassungsgericht liessen Beschwerden nicht zu, sodass der Entscheid des LAG rechtskräftig wurde. Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen im Zusammenhang mit der Strafanzeige im Januar 2005 einstellte, da zu wenig Anhaltspunkte eines strafbaren Verhaltens vorlagen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschied mit Urteil vom 21. Juli 2011, die fristlose Kündigung stelle einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK dar¹⁷³. Der Eingriff konnte nicht durch die infrage stehenden Arbeitgeberinteressen (arbeitsrechtliche Pflicht zur Loyalität) gerechtfertigt werden. Der EGMR sprach der Beschwerdeführerin nebst einer Kostenerstattung in Höhe von 5000 EURO auch einen Schadensersatz für den erlittenen immateriellen Schaden in Höhe von 10 000 EUR zu. Weitergehende Schadensersatzforderungen wurden nicht zugelassen.

Der EGMR bezeichnet das Verhalten der Beschwerdeführerin explizit als "Whistleblowing", das unter die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit fällt¹⁷⁴. Der EGMR ruft indes in Randziffer 46 des Urteils in Erinnerung, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden ist und deshalb Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafandrohungen unterworfen werden kann, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. In der Folge prüft der EGMR, ob die Kündigung der Beschwerdeführerin eine in einem demokratischen Rechtsstaat notwendige und verhältnismässige Einschränkung der Meinungs- und Informationsverbreitungsfreiheit darstelle.

Der Gerichtshof anerkennt, dass die arbeitsrechtliche Pflicht zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion gegenüber der Arbeitgeberin grundsätzlich ein zulässige Einschränkung der die Meinungsfreiheit darstellt. Im konkreten Einzelfall sind dann allerdings die entgegenstehenden Arbeitnehmerinteressen an der Ausübung der Meinungsfreiheit und den Arbeitgeberinteressen an der Einschränkung gegeneinander abzuwägen.

In diese Interessenabwägung einzubeziehen ist auch das öffentliche Interesse an der Bekämpfung eines Missstandes. Vorliegend wurde ein solches Interesse angesichts der hohen gesellschaftlichen Relevanz bestmöglicher Altenpflege bejaht. In den Worten des Gerichtshofes (Rz 71 des Urteils): "Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the information disclosed by the applicant was undeniably of public interest. In societies with an ever growing part of their elderly population being subject to institutional care, and taking into account

¹⁷³ EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland, Rz 43.

¹⁷⁴ EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland, Rz 82-87.

the particular vulnerability of the patients concerned, who often may not be in a position to draw attention to shortcomings in the care rendered on their own initiative, the dissemination of information about the quality or deficiencies of such care is of vital importance with a view to preventing abuse. This is even more evident when institutional care is provided by a State-owned company, where the confidence of the public in an adequate provision of vital care services by the State is at stake."

Für den EGMR besteht, anders als für das LAG Berlin, kein Zweifel an den guten Absichten der Arbeitnehmerin¹⁷⁵. Massgebend für diese Annahme ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Aktionen nicht in erster Linie die für sie unbefriedigenden Arbeitsbedingungen rügte, sondern vielmehr auf die für die Patienten/innen schlimmen Zustände in der Pflegeeinrichtung aufmerksam machen wollte. Weiter ins Gewicht fällt für den EGMR, dass die Beschwerdeführerin die Strafanzeige nicht leichtfertig, sondern erst nach erfolglosen Interventionen gegenüber der Arbeitgeberin selbst eingereicht hatte.

Weiter zog der EGMR die Schwere der arbeitsrechtlichen Sanktion gegen die Beschwerdeführerin in seinen Abwägungsentscheid ein. Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei eine maximale Sanktion. Der Gerichtshof stellte nicht nur auf die massiven Auswirkungen für die betroffene Pflegerin ab, sondern auch auf die von der Kündigung ausgehende Abschreckungswirkung für andere Mitarbeiter. So sei es möglich, dass nicht nur Mitarbeiter dieser Pflegeeinrichtung, sondern auch andere in der Pflege Beschäftigte zum Schaden der Gesellschaft insgesamt davon abgeschreckt werden könnten, auf Missstände hinzuweisen. Gerade in einem Bereich, in dem es um alte und kranke Menschen gehe, die ihre Rechte oft selbst nicht mehr wahrnehmen könnten, seien aber die Mitarbeitenden am besten geeignet, ihren Arbeitgeber und die Öffentlichkeit insgesamt auf Missstände hinzuweisen. Das EGMR sah deshalb die Kündigung der Beschwerdeführerin auch unter diesem Aspekt als unverhältnismässig an.

c. Rubins gegen Lettland¹⁷⁶

Herr Rubins war Medizinprofessor und Institutsvorstand an einer staatlichen Universität. In mehreren E-Mails an den Rektor äusserte sich Herr Rubins sehr kritisch gegen Reformvorhaben, die u.a. die Streichung der Funktion des Institutsvorstandes betrafen. In einer E-Mail drohte Herr Rubins auch an, mit seiner Kritik an die Öffentlichkeit zu gehen, sollte man keine Einigung erzielen. Dieses Vorgehen erachtete die Universität als einen schweren Verstoss gegen die ethischen Prinzipien, Verhaltensstandards und guten Sitten und entliess den Professor. Nachdem das erstinstanzliche Gerichte der Klage gegen die Entlassung teilweise stattgegeben hatte, wiesen die zweite Instanz und schliesslich auch der oberste Gerichtshof Lettlands die Klage Herrn Rubins' gegen die Kündigung ab.

Vor dem Gerichtshof in Strassburg war vorab zu klären, ob eine Entlassung überhaupt in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK falle. Die Regierung Lettlands machte geltend, vorliegend gehe es um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, die nicht in den Anwendungsbereich der EMRK fallen würde. Der EGMR wies Argumente Lettlands zurück. Eine Universität sei eine staatliche Institution, deren Entscheidungen nicht gegen die EMRK verstossen dürfen. Daran ändere sich auch nichts, wenn die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Universität und ihren Angestellten nach privatrechtlichen Regelungen bestimmt würden. Mit Bezug auf seine frühere

¹⁷⁵ EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland, Rz 91-95.

¹⁷⁶ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ./.. Lettland.

Rechtsprechung, namentlich im Fall „Palomo Sanchez ././ Spanien“¹⁷⁷ hielt der EGMR weiter fest, dass das Recht auf Meinungsfreiheit auch in privaten Arbeitsverhältnissen zu schützen sei¹⁷⁸. Die Entlassung des Herrn Rubins habe ihre Ursache in den E-Mail-Äusserungen, damit sei der Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK gegeben¹⁷⁹.

Eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit kann nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse geltend gemacht werden können. Die Universität und die lettischen Gerichte stützen sich für die Begründung der Entlassung auf eine Bestimmung im lettischen Arbeitsrecht, wonach Kündigungen zulässig sind, wenn der Arbeitnehmer gegen die guten Sitten („contrary to good morals“) verstosse und auf drei personalrechtliche Bestimmungen der Universität, die von den Beschäftigten ein ethisch korrektes Verhalten verlangen. Der EGMR erachtet diese Bestimmungen als grundsätzlich geeignet, einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen zu können. Zwar wäre unzulässig, von den Arbeitnehmer/innen bedingungslose Treue („absolute duty of loyalty“) zu erwarten. Im Kontext von Arbeitsverhältnissen sei es indes zulässig, die Meinungsfreiheit mehr einzuschränken, als in anderen Kontexten¹⁸⁰.

Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist nur zulässig, wenn dies im konkreten Fall „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist“ (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Der EGMR wog im vorliegenden Fall die Interessen der Arbeitgeberin an loyalen Verhalten seiner Arbeitnehmer/innen gegenüber denjenigen von Herrn Rubins an der Ausübung seines Rechts auf Meinungsfreiheit ab. Dabei fiel für den Gerichtshof ins Gewicht, dass es sich bei der Universität um eine staatliche finanzierte Institution handelt und somit auch ein Interesse der Öffentlichkeit an Vorgängen innerhalb der Universität besteht. Die lettischen Gerichte hätten diese Umstände fälschlicherweise nicht gewürdigt¹⁸¹. Weiter hielt der EGMR fest, dass Herr Rubins' Kritik an der geplanten Reorganisation der Universität auf sachlichen Gründen beruhe und vorerst auf dem Dienstweg erfolgt sei¹⁸². Zudem sei die Art und Weise seiner Kritik nicht verletzend gewesen¹⁸³. Im Ergebnis stellt die Entlassung von Herrn Rubins bzw. die Sanktionierung dieser Entlassung durch die lettischen Gerichte eine Verletzung von Art. 10 EMRK dar. Herr Rubins wurden als Entschädigung 8 000 Euro plus Ersatz seiner Anwaltskosten zugesprochen¹⁸⁴.

Der Kammerentscheid des EGMR fiel mit fünf zu zwei Stimmen aus. Die beiden unterlegenen Richter kritisierten in ihrer „Dissenting Opinion“, dass sich der EGMR mit solchen Entscheidungen anmasse, eine Beschwerdeinstanz für arbeitsrechtliche Streitigkeiten in den EMRK-Ratifikationsstaaten zu werden („The approach proposed by the majority brings with it the risk of transforming the European Court of Human Rights into a higher-instance labour court adjudicating on the merits of labour disputes“)¹⁸⁵.

¹⁷⁷ Siehe oben, Rz 0 ff.

¹⁷⁸ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 44.

¹⁷⁹ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 45 und Rz 67 – 71.

¹⁸⁰ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 45 und Rz 74.

¹⁸¹ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 78.

¹⁸² EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 83-89.

¹⁸³ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 90-91.

¹⁸⁴ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Rz 93-98.

¹⁸⁵ EGMR v. 13.01.2015, Appl. No. 79040/12, Rubins ././ Lettland, Dissenting Opinion of Judges Mahoney and Wojtyczek.

3. Arbeitsrechtliches Potential

In den „Dissenting Opinion“ im Fall „Rubins ./.. Lettland“ kommt das Potential der EMGR-Entscheidungen zu arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sehr anschaulich zum Ausdruck; die Minderheit der in diesen Fall involvierten EGMR-Richter/innen befürchten nicht weniger als dass der EGMR zur letzten Instanz in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in Europa wird. Die Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK bestätigt, je nach Perspektive, diese Befürchtungen bzw. verstärkt diese Hoffnungen. Die Meinungsfreiheit, das zeigen die vorangehend erwähnten EGMR-Entscheidungen deutlich, macht vor den Toren Unternehmen nicht Halt und sie entfaltet über das Konzept der staatlichen Schutzpflichten auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Wirkung.

Die Interessen der Arbeitgeber gebieten nach der EGMR-Rechtsprechung, dass der Schutz der Meinungsfreiheit innerhalb des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich weniger weit geht als in anderen Kontexten, die nicht durch ein vergleichbares Treueverhältnis geprägt ist. Dieses Treueverhältnis bedeutet aber gerade nicht, dass jede Kritik am Arbeitgeber und insbesondere jede Form von Whistleblowing unzulässig wären. Im Gegenteil, die EGMR-Entscheidungen „Heinisch ./.. Deutschland“¹⁸⁶ und „Rubins ./.. Lettland“¹⁸⁷ machen vielmehr deutlich, dass der EGMR gewillt ist, Whistleblower, vor allem solche, die auch im Interesse der Öffentlichkeit handeln, den Schutz von Art. 10 EMRK zu gewähren. Der in der Schweiz wenig ausgeprägte Schutz für Whistleblower könnte deshalb dereinst zu einer Verurteilung durch den EGMR führen.

Der Berufung auf die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis sind im Lichte der EGMR-Rechtsprechung indes auch klare Schranken gesetzt. Nicht geschützt sind beispielsweise Beleidigungen gegenüber Repräsentanten des Arbeitgebers, selbst wenn diese im Zusammenhang mit gewerkschaftlichen Aktionen erfolgen. Die so begründete EGMR-Entscheidung im Fall „Palomo Sanchez et. al. ./.. Spanien“¹⁸⁸ wurde allerdings von einer beachtlichen Minderheit innerhalb der Grossen Kammer kritisiert, auf die entsprechenden „Dissenting Opinion“ kann in späteren Fällen durchaus Bezug genommen werden.

E. Gewerkschaftsrechte (Art. 11 EMRK)

1. Arbeitsrechtlicher bedeutsamer Inhalt von Art. 11 EMRK

Art. 11 EMRK beinhaltet die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, dazu gehört nach Wortlaut auch „das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten“. Art. 11 Abs. 2 EMRK hält fest, unter welchen Voraussetzungen die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit eingeschränkt werden darf. Die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen und einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz von Polizeigütern oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein. Weiter sieht Art. 11 Abs. 2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich vor, namentlich für «Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung».

Die Vereinigungsfreiheit kann überdies im Zusammenspiel mit dem in Art. 14 EMRK verankerten akzessorischen Diskriminierungsverbot eine Rolle spielen, so etwa wenn

¹⁸⁶ Siehe dazu oben, Rz 0 ff.

¹⁸⁷ Siehe dazu oben, Rz 0 ff.

¹⁸⁸ Siehe dazu oben, Rz 0 ff.

Gewerkschaftsmitglieder wegen der Beteiligung an Streiks Nachteile bei Tarifbestimmungen erleiden¹⁸⁹.

Über die gewerkschaftlichen Fragen hinaus spielt Art. 11 EMRK in arbeitsrechtlicher Hinsicht auch eine Rolle, wo es um die Mitgliedschaft von Arbeitnehmer/innen in politischen Parteien geht. Illustrativ dazu ist der Fall „Redfearn ./ Vereinigtes Königreich“¹⁹⁰. Herr Redfearn war Fahrer für Behinderten-Fahrendienste, bei denen er überwiegend Personen asiatischer Abstammung zu befördern hatte. Er erhielt von seinem (privaten) Arbeitgeber die Kündigung, weil er der rechtsextremen British National Party (BNP) angehörte und für diese Partei ein Mandat in der Gemeindevertretung innehatte. Der EGMR erachtete diese Kündigung als Verstoss gegen Art. 11 EMRK. Die knappe Kammer-Entscheidung (vier zu drei Stimmen) begründete der EGMR u.a. damit, dass die Entlassung einzig wegen der BNP-Mitgliedschaft erfolgte, der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Busfahrer jedoch stets ohne Fehl und Tadel ausübte¹⁹¹. Die geltend gemachten Befürchtungen der Arbeitgeberin, ein BNP-Mitglied als Busfahrer würde zu Unruhen führen, wurden vom EGMR nicht gehört¹⁹². Die unterlegende Minderheit der EGMR-Kammer argumentierte, der EGMR dürfe dem Staat nicht zu starke positive Verpflichtungen zum Schutze der politischen Meinung in privaten Arbeitsverhältnissen auferlegen¹⁹³.

Der EGMR hat den Schutzbereich des die Gewerkschaftsrechte betreffenden Teils von Art. 11 EMRK lange Zeit sehr zurückhaltend und eher gewerkschaftsfeindlich ausgelegt¹⁹⁴. So überliess es der Gerichtshof den EMRK-Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob das Streikrecht oder das Recht auf Kollektivverhandlungen zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK gehöre¹⁹⁵. Unzulässig waren demgegenüber so genannte „Close Shop“ Regelungen, wonach ein Arbeitgeber gestützt auf einen Kollektivvertrag lediglich Gewerkschaftsmitglieder anstellen durfte¹⁹⁶. Aufgrund solcher Entscheide hatten die EMRK und der Gerichtshof in Strassburg in Gewerkschaftskreisen bis vor wenigen Jahren keinen besonders guten Ruf¹⁹⁷.

Zum für Gewerkschaften relevanten Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit gehören nach aktuellem Stand der Strassburger Rechtsprechung das Recht, Gewerkschaften zu gründen und sich ihnen anzuschliessen¹⁹⁸, das Recht der Gewerkschaften auf Autonomie¹⁹⁹ und das Recht der Gewerkschaften, sich für die Interessen ihrer Mitglieder einzusetzen²⁰⁰. Art. 11 EMRK umfasst weiter Schutz gegen Sanktionen der Arbeitgeberin gegen Arbeitnehmer, die sich gewerkschaftlich betätigen²⁰¹. Unumstritten gehören ferner (heute) auch das Recht auf

¹⁸⁹ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./ Russland, siehe dazu ausführlich unten, Rz 0 ff.

¹⁹⁰ EGMR v. 06.02.2012, Appl. No. 47335/06, Redfearn ./ Vereinigtes Königreich.

¹⁹¹ EGMR v. 06.02.2012, Appl. No. 47335/06, Redfearn ./ Vereinigtes Königreich, Rz 45.

¹⁹² EGMR v. 06.02.2012, Appl. No. 47335/06, Redfearn ./ Vereinigtes Königreich, Rz 44.

¹⁹³ EGMR v. 06.02.2012, Appl. No. 47335/06, Redfearn ./ Vereinigtes Königreich, joint partly dissenting opinion of judges Bratza, Hirvelä and Nicolau, Rz 4.

¹⁹⁴ PÄRLI (FN 27), S. 440 ff.

¹⁹⁵ EGMR v. 27.10.1975, Appl. No. 4464/70, Nationale Polizeigewerkschaft ./ Belgien; EGMR v. 06.02.1976, Appl. No. 5614/72 Swedish Engine Drivers ./ Schweden; EGMR v. 06.02.1976, Appl. No. 5589/72, Schmidt und Dahlström ./ Schweden,.

¹⁹⁶ EGMR v. 13.08.1981, Appl. No. 7601/76 / 7806/77, Young, James und Webster ./ Vereinigtes Königreich; EGMR v. 30.06.1993, Appl. No. 16130/90, Sigurjonsson ./ Island; EGMR v. 11.01.2006, Appl. No. 52562/99 und 52620/99, Sorenson und Rasmussen ./ Dänemark.

¹⁹⁷ So KEITH EWING, The Human Rights Act and Labour Law, in: Industrial Law Journal 27, (1988) S. 275.

¹⁹⁸ EGMR v. 13.05.1985, Appl. No. 10550/83, Cheall ./ Vereinigtes Königreich, DR 42, 178.

¹⁹⁹ EGMR v. 27.02.2007, Appl. No. 11002/05, ASLEF ./ Vereinigtes Königreich.

²⁰⁰ EGMR v. 02.07.2002, Appl. No. 15573/89, Wilson und Palmer, ./ Vereinigtes Königreich.

²⁰¹ EGMR v. 02.07.2002, Appl. No. 15573/89, Wilson und Palmer, ./ Vereinigtes Königreich, Rz 48, siehe weiter die Fälle EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ Türkei und EGMR v. 27.09.2011, Appl. No. 1305/05, Sisman und andere ./ Türkei.

Kollektivverhandlungen²⁰² und das Recht auf Abschluss von Kollektivverträgen²⁰³ sowie das Recht auf Streik²⁰⁴, auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst²⁰⁵, zu den durch Art. 11 EMRK geschützten gewerkschaftlichen Aktivitäten.

Die Gewerkschaftsfreiheit nach Art. 11 EMRK gilt nicht absolut. Eine Begrenzung ist indes lediglich in den Schranken von Art. 11 Abs. 2 EMRK zulässig, das heisst, die Einschränkung gewerkschaftlicher Aktivitäten muss gesetzlich vorgesehen und einem der in der EMRK erwähnten Eingriffszwecke dienen, das sind:

- Nationale oder öffentliche Sicherheit,
- Aufrechterhaltung der Ordnung oder die Verhütung von Straftaten,
- Schutz der Gesundheit oder Moral,
- und Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Die drei ersten Gründe stellen öffentliche Interessen dar während im letzten Grund „Rechte und Freiheiten anderer“ unmittelbar Privatinteressen geschützt werden. Darunter fallen auch die wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen, die es jedoch gegenüber den Interessen der Arbeitnehmer/innen und Gewerkschaften an der Ausübung des Streikrechts abzuwägen gilt.

Ergänzt werden diese Rechtfertigungsgründe durch die in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Möglichkeit der rechtmässigen Einschränkung der Ausübung der in Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerten Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung. Die Bestimmung wird vom EGMR sehr eng ausgelegt, nur im Kernbereich staatlicher Tätigkeit (Geheimdienst, Armee o.ä.) sind absolute Streikverbote zulässig²⁰⁶.

Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit muss über dies in „einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein“, um den legitimen Eingriffszweck zu realisieren. In vielen Fällen anerkannte der EGMR zwar ein schutzwürdiges Interesse an der Einschränkung der Gewerkschaftsrechte, erachtete das Streikverbot oder Sanktionen gegen Gewerkschaften und Gewerkschafter als unverhältnismässig und somit nicht mit Art. 11 EMRK vereinbar.

Im Fall «Kaya und Seyhan»²⁰⁷ hatte der EGMR beispielsweise über die Rechtmässigkeit von Disziplinar massnahmen gegen eine Lehrerin und einen Lehrer zu entscheiden, die an einem von ihrer Gewerkschaft organisierten nationalen Streiktag teilgenommen hatten. Der nationale Streik erfolgte aus Anlass einer Parlamentsdebatte über die Änderung der Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst²⁰⁸. Die Lehrkräfte wurden wegen der Teilnahme an diesem (legalen) Aktionstag auf dem Wege einer Disziplinarverfahrens verwarnet. Die Verwarnung wurde von den nationalen Gerichten nicht beanstandet. Der EGMR qualifizierte die Verwarnung indes als Beeinträchtigung des in Art. 11 EMRK gewährten Streikrechts²⁰⁹. Zwar beruhe die Verwarnung auf einer gesetzlichen Grundlage²¹⁰, es sei aber fraglich, so der EGMR, dass damit

²⁰² EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, Demir and Baykara ./ . Türkei, Rz 154.

²⁰³ EGMR v. 06.11.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapı-Yol ./ . Türkei.

²⁰⁴ EGMR v. 06.11.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapı-Yol gegen Türkei, Rz 23; EGMR v. 2.10.2014, Appl. No. 48408/12, Tymoshenko u.a. / Ukraine, Rz 32-49; EGMR v. 08.04.2014, Appl. No. 31045/10, RMT ./ . UK, Rz 78; EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, Hrvatski Sindikat ./ . Kroatien, Rz 49.

²⁰⁵ Dazu KLAUS LÖRCHER, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik - auch für Beamte, in: Arbeit und Recht AuR 7-8, 2009, S. 1 ff.

²⁰⁶ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 97.

²⁰⁷ EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei.

²⁰⁸ EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 7.

²⁰⁹ EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 24.

²¹⁰ EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 25.

ein legitimes Ziel verfolgt werde²¹¹ und über dies verfehle die Massnahme das Kriterium «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig»²¹², womit die Türkei Art. 11 EMRK verletze²¹³.

Ähnlich entschied der EGMR im Fall „Sisman und andere“²¹⁴. Mitarbeitende eines Steuerbüros (aktive Gewerkschafter/innen) hängten Plakate mit Aufrufen zur Teilnahme an 1. Mai Demonstrationen an dafür nicht offiziell genehmigten Standorten in der Räumlichkeiten der Verwaltung auf, worauf gegen die Beteiligten Sanktionen (Lohnabzüge) ausgesprochen wurden. Die Sanktionen seien unverhältnismässig und geeignet, die Gewerkschafter/innen abzuhalten, ihre durch Art. 11 EMRK geschützte Tätigkeit auszuüben²¹⁵, entschied das Gericht.

Beide Fälle führen vor Augen, dass der EGMR die in Art. 11 EMRK verankerten Rechte in umfassendem, menschenrechtlichen Sinne versteht und für gewerkschaftliche Aktionen keinen unmittelbaren Bezug zu bestimmten Beschäftigungsverhältnissen verlangt (Werbung für den 1. Mai, Teilnahme an einem nationalen Aktionstag mit Blick auf eine Parlamentsdebatte). Auch politische Streiks oder Solidarstreiks können demnach im Lichte von Art. 11 EMRK zulässig sein²¹⁶.

Die *grundsätzliche* Zulässigkeit von Solidarstreiks kann auch nicht mit dem EGMR-Entscheid „National Union of Rail, Maritime and Transport Workers“ (RTM) vom 8. April 2014²¹⁷ in Frage gestellt werden. Zwar hat der EGMR in diesem Fall die Unzulässigkeit von Solidarstreiks in Grossbritannien trotz entsprechender Kritik der ILO- und ESC-Gremien nicht als Verstoss gegen Art. 11 EMRK beurteilt. Zudem hat er Grossbritannien für die Beurteilung dieser Frage einen Ermessensspielraum zugebilligt²¹⁸. Am Schluss des Urteils findet sich zudem der Hinweis, dass durch diesen Entscheid die Spruchpraxis der ILO- und ESC-Gremien nicht in Frage gestellt werde²¹⁹. Das RMT-Urteil wird in der juristischen Lehre kritisch aufgenommen²²⁰. Erwähnt wird auch, dass der EGMR unter enormen politischen Druck stand, da in Grossbritannien massgebende Kräfte auf eine Kündigung der EMRK hinwirken²²¹. Das RTM-Urteil kann demzufolge nicht generell als Freipass für die Einschränkung von Solidarstreiks verstanden werden. Dazu kommt, dass der Entscheid lediglich von einer Kammer und nicht der grossen Kammer gefällt wurde, es handelt sich also nicht um ein Grundsatzurteil. Das RMT-Urteil stellt auch in keiner Weise eine Trendwende der zuletzt eher gewerkschaftsfreundlichen Auslegung der EMRK dar. Das zeigt sich exemplarisch am Urteil Hrvatski Lijecnicki Sindikat (HLS) gegen Kroatien vom 27.11.2014.

²¹¹ EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 26.

²¹² EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 27-31.

²¹³ Der EGMR erkannte überdies eine Verletzung von Art. 13 EMRK, siehe EGMR v. 15.09.2009, Appl. No. 30946/04, Kaya und Seyhan ./ . Türkei, Rz 33-42.

²¹⁴ EGMR v. 27.09.2011, Appl. No. 1305/05, Sisman und andere ./ . Türkei.

²¹⁵ EGMR v. 27.09.2011, Appl. No. 1305/05, Sisman und andere ./ . Türkei, Rz 34.

²¹⁶ PATRICK FÜTTERER, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK (Demir und Baykara und andere), in: EuZA, Bd. 4 (2011), S. 512; KEITH EWING/JOHN HENDY, The Dramatic Implications of Demir and Baykara, in: Industrial Law Journal 39, 2010, Nr. 1, S. 16.

²¹⁷ EGMR v. 08.04.2014, Appl. No 31045/10, RMT ./ . UK.

²¹⁸ EGMR v. 08.04.2014, Appl. No 31045/10, RMT ./ . UK, Rz 103.

²¹⁹ EGMR v. 08.04.2014, Appl. No 31045/10, RMT ./ . UK, Rz 106.

²²⁰ ALLAN BOGG/KEITH EWING, The Implications of the RMT Case, in: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, S. 221 ff.

²²¹ BOGG/EWING (FN 220), S. 249.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. Demir und Baykara²²² und Enerji Yapi Yol Sen gegen die Türkei²²³

Im Fall «Demir und Baykara» ging es um die Gültigkeit eines Kollektivvertrages zwischen der Beamtengewerkschaft «Tüm Bel Sen» und der Gemeinde Gaziantep. Die türkischen Gerichte lehnten eine Klage der Gewerkschaft gegen die Gemeinde u.a. deshalb ab, weil sie die Rechtspersönlichkeit der Beamtengewerkschaft verneinte. Der Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11 Fünf Monate nach dem Urteil der grossen Kammer bestätigte und erweiterte der EGMR im Fall EMRK wurde vom EGMR in einer Kammerentscheidung stattgegeben. Die Türkei zog den Fall an die Grosse Kammer weiter, die den Kammerentscheid einstimmig bestätigte²²⁴.

«Enerji Yapi-Yol Sen»²²⁵ den Gehalt von Art. 11 EMRK erneut. Streitig war eine Anordnung der türkischen Behörden, welche die Teilnahme an einem nationalen Aktionstag des türkischen Dachverbandes der Dienstleistungsgewerkschaften verbot. Ziel des Aktionstages war die Anerkennung einer Kollektivvereinbarung für die Beamten/innen. Die türkischen Behörden lehnten die gegen diese Anordnung erhobene Klage u.a. mit dem Argument ab, es handle sich gar nicht um einen anfechtbaren Akt sondern lediglich um eine Information über die Rechtslage²²⁶. Die Gewerkschaft «Enerji Yapi-Yol Sen» zog den Fall an den EGMR, der sowohl die streitige Opfereigenschaft der Beschwerdeführer²²⁷ als auch eine Verletzung des in Art. 11 EMRK verankerten Streikrechts (auch) für Beamte/innen anerkannte²²⁸.

Im Fall «Demir und Baykara» hatte der EGMR zu klären, ob die Türkei der Beamtengewerkschaft die Rechtspersönlichkeit rechtmässig verweigert hat bzw. ob Art. 11 EMRK ein Recht für Beamte/innen zur Gründung von Gewerkschaften beinhaltet.²²⁹ Die Türkei berief sich auf die in Art. 11 Abs. 2 EMRK verankerten Ausnahme vom Anwendungsbereich der Koalitionsfreiheit (Mitglieder der Polizei, Streitkräfte und Staatsverwaltung). Der EGMR hielt zunächst fest, die Ausnahmen seien eng auszulegen und begründete seine Position mit Hinweisen auf die relevanten internationalen Instrumente und die Praxis Europäischer Staaten.²³⁰ Namentlich erwähnte der EGMR Art. 8 Abs. 2, UN Pakt I²³¹, Art. 22 UN-Pakt II²³², Art. 2 des IAO-Abkommens Nr. 87²³³, Art. 5 ESC und der Empfehlung N 6 des Ministerkomitees des Europarates zum Status

²²² EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, Demir and Baykara ./.. Türkei.

²²³ EGMR v. 06.11.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen ./.. Türkei. Die beiden Fälle werden vom Autoren dieses Textes im Beitrag für die Festschrift Stöckli (siehe PÄRLI (FN 27)) ausführlich analysiert. Die nachfolgenden Ausführungen in den Rz 0 bis Rz 0 entsprechen mit Kürzungen und Nuancen dem Text in der Festschrift Stöckli.

²²⁴ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./.. Türkei.

²²⁵ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./.. Türkei.

²²⁶ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./.. Türkei, Rz 21.

²²⁷ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./.. Türkei, Rz 22–24.

²²⁸ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./.. Türkei, Rz 24.

²²⁹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./.. Türkei, Rz 96–108.

²³⁰ Im Urteil verweist der EGMR unter II) Relevant Domestic and International Law einerseits auf das türkische Recht, Rz 34–36 und danach in N 37–52 sehr ausführlich auf die Abkommen 87 und 98 der IAO einschliesslich ausgewählter Spruchpraxis des Vereinigungsausschusses, auf Art. 22 UN-Pakt II und Art. 8 UN-Pakt I sowie auf Art. 5 und der revidierten Europäischen Sozialcharta, wobei letztere Bestimmungen von der Türkei nicht ratifiziert sind.

²³¹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./.. Türkei, Rz 99.

²³² EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./.. Türkei, Rz 99 (Der EGMR verweist darauf, dass bei Art. 22 UN-Pakt II lediglich Streitkräfte und Polizei unter den Ausnahmen aufgeführt sind, nicht aber Angehörige der Staatsverwaltung).

²³³ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./.. Türkei, Rz 100-102. Der EGMR erwähnt in Rz 101 und Rz 38 die wiederholte Bestätigung des Rechts von Beamten/innen auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften durch den IAO-Vereinigungsausschuss. Auch Gemeindeangestellte (Rz

öffentlich-rechtlich Beschäftigter²³⁴. Weiter verwies der EGMR auf Art. 12 Abs. 1 der Grundrechtscharta der Europäischen Union, nach der «everyone» das Recht zu Gründung einer Gewerkschaft habe und auf die Anerkennung des Rechts auf Beamtengewerkschaften durch alle Ratifikationsstaaten der EMRK.²³⁵ Der EGMR kam zum Schluss, dass Beamte («members of the administration of the State») nicht vom Anwendungsbereich von Art. 11 EMRK ausgeschlossen werden können. Folglich sei die Nichtanerkennung als Gewerkschaft nur zulässig, wenn die Einschränkungsvoraussetzungen nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK gegeben seien²³⁶, was der EGMR im gegebenen Fall jedoch verneinte.²³⁷ Konkret habe die Türkei ihre positive Pflicht zur Sicherung des in Art. 11 EMRK verankerten Rechts auf Gründung von Gewerkschaften dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber lange untätig geblieben sei und das oberste Gericht restriktiv und formalistisch entschieden habe.²³⁸

Die zweite Frage, die der EGMR zu klären hatte, betraf die Ungültigkeitserklärung des fraglichen Kollektivvertrags durch die türkischen Behörden²³⁹. Der EGMR entschied dabei unter Bezugnahme auf den evolutiven Charakter der EMRK, dass zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK ein Recht auf Kollektivverhandlungen bzw. auf Abschluss eines Kollektivvertrages gehöre²⁴⁰. Durch die Ungültigkeitserklärung des Kollektivvertrages hatte die Türkei somit unrechtmässig in das Koalitionsrecht eingegriffen²⁴¹.

In «Enerji-Yapi Yol Sen» nahm der EGMR die Gelegenheit wahr, das Streikrecht in den Katalog der wesentlichen Elemente der Koalitionsfreiheit aufzunehmen. In Fortsetzung der «Demir und Baykara»-Doktrin begründete der EGMR das Streikrechts mit einschlägigen IAO-Abkommen und insbesondere mit der Europäischen Sozialcharta, die das Streikrecht als Mittel anerkennt, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten²⁴². Der EGMR hält fest, dass das Streikrecht nicht absolut gelte. Ein Streikverbot für bestimmte Beamtenkategorien sei möglich, jedoch nicht ein generelles Beamtenstreikverbot²⁴³. Im vorliegenden Fall hat die Türkei das Streikrecht der Beamten durch die Androhung von Sanktionen beeinträchtigt und die Beeinträchtigung erwies sich gemäss EGMR als „in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig“²⁴⁴.

b. Hrvatski Liječnicki Sindikat (HLS) gegen Kroatien²⁴⁵

In dieser Entscheidung des EGMR geht es um ein Streikverbot für eine Ärztegewerkschaft in Kroatien. Hintergrund des durch kroatische Gerichte ausgesprochenen Streikverbotes bildete ein Arbeitskonflikt, in dessen Rahmen die Ärztegewerkschaft Druck auf die kroatische Regierung als ihren Tarifpartner ausüben wollte, um einen bereits verhandelten Anhang zu einem Tarifvertrag in Kraft zu setzen. Die Gewerkschaft versuchte erfolglos, vor dem Obersten Gerichtshof und dem

102 und Rz 39, mit Hinweisen auf die entsprechende Praxis des IAO-Ausschusses) haben das Recht auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften.

²³⁴ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 104.

²³⁵ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 105.

²³⁶ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 107.

²³⁷ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 117-127.

²³⁸ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 125.

²³⁹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 128-170.

²⁴⁰ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 154.

²⁴¹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./ . Türkei, Rz 159.

²⁴² EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./ . Türkei, Rz 24.

²⁴³ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./ . Türkei, Rz 32.

²⁴⁴ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, Enerji Yapi Yol Sen ./ . Türkei, Rz 29-31 und 33.

²⁴⁵ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, Hrvatski Sindikat ./ . Kroatien.

Verfassungsgerichtshof zu Ihrem Recht (auf Streik) zu kommen. Im innerstaatlichen Verfahren spielte auch eine fehlende Unterschrift der einen Gewerkschaft eine Rolle.

Die kroatische Regierung bestritt vorab die Zuständigkeit des EGMR, da der innerstaatliche Instanzenzug nicht ausgeschöpft sei. Dieses Argument wurde vom Gerichtshof zurückgewiesen, da es offensichtlich sei, dass der von Regierung erwähnte Zivilrechtsweg ohne Erfolg geblieben wäre²⁴⁶. Auch der weitere Einwand der kroatischen Regierung, die Gewerkschaft sei nicht beschwerdeberechtigt, wurde vom Gerichtshof zurückgewiesen²⁴⁷.

Mit Verweis auf die EGMR-Urteile *Enerji Yapı-Yol Sen*²⁴⁸ und *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT)*²⁴⁹ kommt der EGMR ohne weitere Ausschweifungen zum Schluss, dass Art. 11 EMRK ein Recht auf Streik umfasse. Folglich war zu prüfen, ob das gerichtliche Streikverbot gesetzlich vorgesehen war (das traf zu) und ein legitimes Ziel verfolgte. Als legitimes Ziel anerkannte der Gerichtshof der von der kroatischen Regierung geltend gemachte Schutz anderer Gewerkschaften²⁵⁰. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt der Gerichtshof zuerst fest, dass das innerstaatliche Gericht die Zulässigkeit des Streiks nicht umfassend geprüft, sondern nur auf die mangelnde Unterschrift der anderen Gewerkschaften verwiesen hat²⁵¹. Das für eine sehr lange Dauer ausgesprochene Streikverbot (Drei Jahre und acht Monate) erwies sich so im Ergebnis als nicht verhältnismässig²⁵². Die von der Gewerkschaft geforderte Entschädigung von 100 000 Euro wurde vom Gerichtshof abgelehnt. Die Feststellung, dass Kroatien durch das Streikverbot Art. 11 EMRK verletzt habe, sei ausreichend²⁵³. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin im Umfang von 3250 Euro entschädigt²⁵⁴.

c. ASLEF gegen Vereinigtes Königreich²⁵⁵

In diesem Fall geht es um die britische Lokführergewerkschaft «Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen» (ASLEF), die beschlossen hatte, dass Mitglieder rassistischer und faschistischer Organisationen kein Recht auf Mitgliedschaft in ihrer Gewerkschaft haben. In der Folge wurde ein Mitglied der rechtsextremen British National Party (BNP) aus der Gewerkschaft ausgeschlossen. Die britischen Gerichte schützten diesen Ausschluss nicht und gaben der Klage des besagten Mitgliedes statt. Der EGMR aber entschied, Art. 11 EMRK könne nicht so ausgelegt werden, dass Gewerkschaften verpflichtet seien, alle Interessierten aufzunehmen.

Der EGMR zog zur Begründung seiner Entscheidung auch internationale Bestimmungen bei, namentlich verwies er auf das ILO-Abkommen Nr. 87, das Gewerkschaften in den Art. 3 und 5 entsprechende Autonomierechte verleiht²⁵⁶. Verwiesen wird weiter auf Berichte des unabhängigen Sachverständigenausschusses der Europäischen Sozialcharta²⁵⁷. Der Gerichtshof führt weiter aus, Art. 11 EMRK könnte nicht dahingehend ausgelegt werden, dass irgendwelche Personen ein Recht hätten, einer bestimmten Gewerkschaft beizutreten. Die Begründung liegt

²⁴⁶ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 44.

²⁴⁷ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 47.

²⁴⁸ EGMR v. 21.04.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapı Yol Sen* ./ Türkei, Rz 24.

²⁴⁹ EGMR v. 08.04.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT* ./ Vereinigtes Königreich, Rz 84.

²⁵⁰ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 56.

²⁵¹ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 58.

²⁵² EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 59.

²⁵³ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 65.

²⁵⁴ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat* ./ Kroatien, Rz 68.

²⁵⁵ EGMR v. 27.02.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF* ./ Vereinigtes Königreich.

²⁵⁶ EGMR v. 27.02.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF* ./ Vereinigtes Königreich, Rz 25 und 38.

²⁵⁷ EGMR v. 27.02.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF* ./ Vereinigtes Königreich, Rz 24.

auf der Hand: „Where Associations are formed by people, who espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they have not control over their membership“²⁵⁸.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Die neuere Rechtsprechung des EGMR zum gewerkschaftlich relevanten Teil von Art. 11 EMRK bietet beachtliches arbeitsrechtliches Potential, wobei vor allem die Anerkennung eines Streikrechts und die restriktiven Voraussetzungen für dessen Einschränkung ins Auge stechen. Noch offen (und fraglich) ist, ob zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK auch ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht gehört. In mehreren Entscheiden hat der EGMR den Streik als Menschenrecht anerkannt und dieses Recht gilt insbesondere auch für Beamte. Nur unter sehr restriktiven Aussetzungen sind Streikverbote für bestimmte Beamtenkategorien noch zulässig²⁵⁹.

Nach BGE 125 III 277 ist ein Streik nur dann rechtmässig, wenn er u.a. von einer tariffähigen Organisation getragen wird und per Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt sowie verhältnismässig ist. Hier zeigt sich ein mögliches Spannungsfeld zur EMRK und zur EGMR-Praxis. Das Streikrecht kann nur bei Vorliegen der in Art. 11 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen beschränkt werden, d.h. insbesondere auch, dass die Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, also verhältnismässig sein muss. Das bedeutet nun gerade nicht, dass der *Streik* verhältnismässig sein muss: Das Gebot der Verhältnismässigkeit gilt vielmehr für eine allfällige *Beschränkung* des Streikrechts²⁶⁰. Weiter ist die Einschränkung des Streikrechts auf tariffähige Organisationen und auf Bereiche, die einer GAV-Regelungen zugänglich sind, im Lichte der neuen EGMR-Rechtsprechung wohl kaum zulässig²⁶¹.

Der EGMR hat bislang noch nicht zur Frage Stellung bezogen, ob sich auch ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht zum Betrieb unter die in Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerte Koalitionsfreiheit subsumieren lässt. Allein aus dem Wortlaut „Recht zum Schutz der Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten“ lässt sich ein solches Recht nicht ableiten. Der EGMR legt indes Art. 11 EMRK im Lichte völkerrechtlicher Normen aus, die ebenfalls den Schutz der Gewerkschaftsrechte bezwecken (namentlich ILO-Übereinkommen und UN-Pakte aber auch die Europäische Sozialcharta und die Grundrechtscharta der Union)²⁶². In den Entscheidungen des Ausschusses für die Vereinigungsfreiheit wird das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb als Bestandteil der Gewerkschaftsrechte nach ILO-Übereinkommen Nr. 87 bezeichnet und in der Empfehlung Nr. 143 zum ILO-Übereinkommen Nr. 135 findet sich ebenfalls ein Hinweis zum Zutrittsrecht der Gewerkschaften²⁶³. Entscheidend ist zudem, dass der EGMR in der Entscheidung „Demir und Baykara“ ausdrücklich erwähnt hat, dass der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit offen ist²⁶⁴. Damit ist es zumindest denkbar, dass der EGMR

²⁵⁸ EGMR v. 27.02.2007, Appl. No. 11002/05, ASLEF ./, Vereinigtes Königreich, Rz 39.

²⁵⁹ In den Kantonen Nidwalden und Freiburg existieren noch immer gesetzlich verankerte absolute Streikverbote für die kantonalen Staatsangestellten, was bereits im Lichte von Art. 28 Abs. 3 und 4 BV problematisch und nach der neueren EGMR-Rechtsprechung unzulässig ist, siehe dazu PÄRLI (FN 27), S. 458.

²⁶⁰ ELIAS FELTEN, Im Spannungsfeld zwischen Gewerkschaftsfreiheit und Gewerkschaftsrecht. Zur Rechtstellung der Gewerkschaften im kollektiven Arbeitsrecht, in: Brigitte Pellar (Hrsg.), Wissenschaft über Gewerkschaft. Analysen und Perspektiven, Wien 2013, S. 244.

²⁶¹ So aber ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 132 III 122, Erw. 4.4 mit Hinweisen auf Art. 28 Abs. 3 BV und die herrschende Arbeitsrechtslehre.

²⁶² Siehe dazu ausführlicher oben, Rz 0.

²⁶³ BEATRIZ VACOTTO, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale, in: AJP 2014, S. 1433 ff.

²⁶⁴ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara ./, Türkei, Rz 146.

das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb als durch Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützt anerkennen könnte. Zu bedenken gilt es allerdings, dass der EGMR bei der Beurteilung der Frage Zutrittsrechts die Unternehmerinteressen am Schutz ihres Eigentums ebenfalls stark oder allenfalls stärker gewichten würde. Der Schutz des Eigentums ist im ersten Zusatzprotokoll zur EMRK²⁶⁵ verankert. Dieses wurde jedoch von der Schweiz nicht ratifiziert, womit es in einem die Schweiz betreffenden Fall nicht anwendbar wäre.

F. Akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK)

1. Anwendung und Diskriminierungsmerkmale

Art. 14 EMRK beinhaltet ein so genannt akzessorisches Diskriminierungsverbot²⁶⁶. Verboten ist die Diskriminierung aufgrund einer Reihe persönlichkeitsrelevanter Merkmale wie Rasse, Hautfarbe oder Geschlecht bei der Ausübung der in der EMRK garantierten Rechte. Die in Art. 14 EMRK Liste der Gründe verbotener Diskriminierung ist nicht abschliessend²⁶⁷. So hat der EGMR beispielsweise im Urteil Glor gegen die Schweiz²⁶⁸ eine Behinderung als verbotenes Diskriminierungsmerkmal anerkannt, obwohl der Begriff selbst in Art. 14 EMRK nicht vorkommt.

Eine erfolgreiche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 14 EMRK setzt erstens voraus, dass der Schutzbereich eines EMRK-Rechts berührt ist, also z.B. eine Überwachungsmaßnahme am Arbeitsplatz (berührt den in Art. 8 EMRK verankerten Privatsphärenschutz der Arbeitnehmer/innen²⁶⁹). Wenn sich nun die fragliche Überwachungsmaßnahme nur auf bestimmte Arbeitnehmerkategorien bezieht, z.B. auf Arbeitnehmer mit einem bestimmten ethnischen Hintergrund oder auf politisch Aktivistinnen im Betrieb, so ist zweitens zu prüfen, ob eine Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK vorliegt²⁷⁰. Eine Diskriminierung liegt nach dem EGMR vor, wenn sachlich vergleichbare oder ähnliche Sachverhalte ungleich bzw. (tatsächlich) ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden²⁷¹. Eine Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung trotz tatsächlicher Unterschiede stellt eine verbotene Diskriminierung dar, sofern sich für die unterschiedliche Behandlung nicht Rechtfertigungsgründe finden²⁷². Besonders beim Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ stellt der EGMR sehr hohe Anforderungen an die Begründung einer Ungleichbehandlung²⁷³.

Eine wichtige Rolle spielt das Diskriminierungsverbot bei sozialrechtlichen Ansprüchen²⁷⁴. Zwar beinhaltet die EMRK als solche keine Ansprüche auf Sozialleistungen. Wenn jedoch ein Staat Sozialleistungen ausrichtet, so darf er diese nicht in einer diskriminierenden Weise bestimmen

²⁶⁵ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, siehe die Fundstelle beim Europarat, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm> (zuletzt besucht am 11. März 2015).

²⁶⁶ NIKLAS BRUUN, Prohibition of Discrimination: Art. 14, in: Klaus Lörcher/Filip Dorssemont/Isabelle Schömann (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford, Portland, Oregon 2013, S. 370 ff.

²⁶⁷ FRANCIS JACOBS/ROBIN WHITE/CLARE OVEY, The European Convention on Human Rights, Oxford, 2014, S. 577.
²⁶⁸ EGMR v. 30.04.2009, Appl. No. 13444/04, Glor ./.. Schweiz.

²⁶⁹ Siehe dazu oben, Rz 0 ff.

²⁷⁰ Anwendungsbeispiele bei PÄRLI (FN 90), Rz 514.

²⁷¹ EGMR v. 06.04.2000, Appl. No. 34369/97, Thilimmenos ./.. Griechenland, Rz 44.

²⁷² JACOBS/WHITE/OVEY (FN 267), S. 580 f.

²⁷³ EGMR v. 09.11.2010, Appl. No. 664/06, Losonci Rose und Rose ./.. Schweiz, Rz 41.

²⁷⁴ Siehe z.B. den berühmten Schweizerfall „Schuler-Zraggen“, der EGMR erachtete die durch die Invalidenversicherung getroffene Annahme, eine invalide Mutter hätte ihre Erwerbstätigkeit auch ohne Invalidität aufgegeben und habe deshalb keinen Rentenanspruch als Verstoss gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 6 EMRK, siehe EGMR v. 24.06.1993, Appl. No. 14518/89, Schuler-Zraggen ./.. Schweiz.

Gruppen vorenthalten²⁷⁵. In methodischer Hinsicht ist zu beachten, dass der Entzug bzw. die Nichtgewährung einer sozialen Leistung den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Recht auf Familien- und Privatleben) berührt und somit der Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK eröffnet ist. Die Nichtgewährung der Sozialleistung aus diskriminierenden Gründen verletzt Art. 14 EMRK, sofern kein überwiegender Rechtfertigungsgrund vorliegt²⁷⁶.

2. Ausgewählte EGMR-Rechtsprechung

a. *Danilenkov gegen Russland*²⁷⁷

Der Entscheid «Danilenkov» basiert auf folgendem Sachverhalt: Kaliningrader Hafenarbeiter, Mitglieder der russischen Hafenarbeitergewerkschaft, wurden nach einem durch sie zur Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen organisierten Streik durch die Arbeitgeberin in verschiedenster Weise benachteiligt und schlussendlich entlassen²⁷⁸. Gegen die Massnahmen der Arbeitgeberin leiteten die betroffenen Arbeitnehmer/innen bzw. ihre Gewerkschaft verschiedene innerstaatliche Verfahren ein, die zum Teil auch erfolgreich waren. Nicht durchsetzen konnten sich die Gewerkschafter jedoch mit der Klage wegen gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung. Sie gelangten daraufhin mit diesem Anliegen an den EGMR.

In der sehr ausführlich begründeten Entscheidung erwähnt der EGMR die grosse Bedeutung des Diskriminierungsschutzes. Die in Art. 11 EMRK verankerte Formulierung, wonach Arbeitnehmer/innen *zum Schutze ihrer Interessen* Gewerkschaften gründen und ihnen beitreten können sei nicht «redundant» und die EMRK schütze gewerkschaftliche Aktionen, deren Durchführung und Erhaltung die Vertragsstaaten sowohl erlauben als auch ermöglichen müssen²⁷⁹. Arbeitnehmer/innen sollen die Freiheit haben, einer Gewerkschaft beizutreten (oder auch nicht) ohne deswegen sanktioniert zu werden. Die Diskriminierung von Gewerkschafter/innen stellt eine gravierende Verletzung der Vereinigungsfreiheit dar und gefährde die Existenz von Gewerkschaften²⁸⁰.

Der EGMR betont die Notwendigkeit eines effektiven Diskriminierungsschutzes²⁸¹. Die den diskriminierten Gewerkschafter/innen im konkreten Fall zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung genügten nicht. Zwar sah das russische Recht zur fraglichen Zeit ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund von Gewerkschaftsmitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft vor. Die innerstaatlichen Behörden lehnten es jedoch ab, den Diskriminierungsvorwurf in einem zivilprozessrechtlichen Verfahren zu prüfen und verwiesen auf die Möglichkeit, gegen die verantwortlichen Personen ein Strafverfahren einzuleiten. Ein solches scheiterte, weil keine Diskriminierungsabsicht nachgewiesen werden konnte. Der EGMR zweifelt deshalb an der Effektivität von Diskriminierungsschutz durch strafrechtliche Massnahmen²⁸². Im Ergebnis ist Russland seinen positiven Verpflichtungen, einen effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu

²⁷⁵ BRUUN (FN 266), S. 371.

²⁷⁶ EDGAR IMHOF, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die Soziale Sicherheit, in: Jusletter 7. Februar 2005, Rz 22.

²⁷⁷ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland.

²⁷⁸ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 13–36 (B. Alleged discrimination by the seaport management).

²⁷⁹ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 123.

²⁸⁰ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 123 und Rz 107-108 (dort mit Hinweisen auf Entscheidungen des IAO-Vereinigungsausschusses).

²⁸¹ EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 124.

²⁸² EGMR v. 20.07.2009, Appl. No. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 133.

realisieren, nicht nachgekommen. Einstimmig entschied die fünfte Kammer des EGMR, es liege eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK vor.

b. I. B. gegen Griechenland²⁸³

In Griechenland entliess ein Arbeitgeber auf Druck seiner Belegschaft einen HIV-infizierten Angestellten. Der Mann war seit 2001 in dem Unternehmen angestellt. Im Januar 2005 erzählte er drei Kollegen, dass er befürchte, sich mit HIV infiziert zu haben. Als sich der Verdacht nach einem Test bestätigte, machten die drei Kollegen bei ihrem Chef Druck. Sie fürchteten, sich bei dem Mann während der Arbeit anzustecken. Daher müsse er umgehend entlassen werden, auch um den betrieblichen Arbeitsablauf zu gewährleisten.

Der Arbeitgeber versuchte vorerst, den Konflikt zu entschärfen und lud einen Arzt ein, der die Belegschaft über HIV und mögliche Vorsichtsmassnahmen gegen eine Ansteckung aufklären sollte. Als Mitarbeiter in einem Brief an den Arbeitgeber erneut die Kündigung des HIV-infizierten Angestellten verlangten, um ihre "Gesundheit und ihr Recht auf Arbeit" zu erhalten, gab dieser nun dem Druck der Belegschaft nach und entliess den HIV-positiven Mitarbeiter.

Das erstinstanzliche griechische Gericht hielt die Kündigung zwar für rechtswidrig, das Berufungsgericht hingegen hob das Urteil auf und anerkannte die Rechtmässigkeit der Kündigung. Zwar wären die Befürchtungen der Belegschaft über eine mögliche HIV-Ansteckungsgefahr wissenschaftlich unbegründet und auch sei der Angestellte trotz seiner HIV-Infektion voll arbeitsfähig gewesen. Als rechtmässiges Motiv für die Kündigung anerkannte das Berufungsgericht die „mögliche Störung des Betriebsfriedens“. Im Verfahren vor dem EGMR stellte sich vorab die Frage, inwiefern eine arbeitsrechtliche Kündigung eines privaten Arbeitgebers im Lichte der EMRK gerügt werden kann. In der EMRK sind bekanntlich keine ausdrücklich als solche bezeichnete Arbeitsrechte verankert. Für den EGMR berührt jedoch eine Kündigung das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Schutz des Privatlebens²⁸⁴. Der EGMR legt den Begriff „Privatleben“ sehr weit aus²⁸⁵. Wenn nun eine Kündigung wegen einer HIV-Infektion erfolgt, so kommt das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK zum Tragen²⁸⁶. Die diskriminierende Entlassung lässt sich gemäss EGMR auch nicht mit der behaupteten Störung des betrieblichen Friedens rechtfertigen²⁸⁷. Durch den gerichtlichen Schutz der Arbeitgeberkündigung hat der griechische Staat Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK verletzt. Dem Beschwerdeführer wurde eine Entschädigung und Schadenersatz in der Gesamthöhe von 14 339 Euro zu gesprochen²⁸⁸.

Auch dieses Urteil zeigt die grosse Bedeutung der staatlichen Schutzpflicht in arbeitsprivatrechtlichen Streitigkeiten. Dem Staat kommt basierend auf Art. 1 EMRK eine Verpflichtung zu, die EMRK-Rechte – einschliesslich dem Recht auf (akzessorischen) Diskriminierungsschutz – auch in privaten Rechtsverhältnissen zu schützen. Wo es um den Schutz der Grundrechte besonders verletzlicher Personen gehe, erweise sich die Notwendigkeit eines solchen Schutzes als besonders dringend²⁸⁹.

²⁸³ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland.

²⁸⁴ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 69.

²⁸⁵ Siehe dazu oben, Rz 0.

²⁸⁶ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 70 – 74.

²⁸⁷ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 89.

²⁸⁸ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 95 ff.

²⁸⁹ EGMR v. 03.10.2013, Appl. No. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 79.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Insbesondere anhand der Entscheidung „Danilenkov“ wird das Potential deutlich, welches Art. 14 für diskriminierende Praktiken gegenüber Gewerkschafter/innen bietet. Das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK kann insbesondere auch in Konstellationen angerufen werden, in denen zwar keine Verletzung von Art. 11 EMRK vorliegt, jedoch Art. 11 ausreichend berührt ist, so dass das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK Anwendung findet.

Art. 14 EMRK kann auch allgemein gegen Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis relevant sein und zwar gestützt auf die staatliche Schutzpflicht auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Die Nichtanstellung oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses berührt den Schutzbereich von Art. 8 EMRK ausreichend, so dass eine Diskriminierung wegen den in Art. 14 EMRK genannten Diskriminierungsmerkmalen vorliegen kann.

III. Die prozessuale Geltendmachung einer EMRK-Verletzung und die Rechtsdurchsetzung

A. Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Verfahren

1. Stellung der EMRK

In der Schweiz werden die EMRK-Garantien auf der Grundlage des hier vorherrschenden Prinzips des Monismus direkt angewendet²⁹⁰. Die EMRK hat formell Verfassungsrang. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass es sich grundsätzlich an die aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR fließenden Vorgaben gebunden sieht²⁹¹. Die Pflicht zur „EMRK-Treue“ ergibt sich aus der in Art. 19 EMRK verankerten Kompetenz des Gerichtshofes zur Überwachung der EMRK und aus den in Art. 1 EMRK festgelegten Pflichten der Ratifikationsstaaten²⁹². Konsequenterweise kann eine nicht ausreichende innerstaatliche Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR eine Verletzung der EMRK nach sich ziehen²⁹³.

2. Bindungswirkung von EMRK-Entscheidungen

Nicht die schweizerischen Gerichte sind vom dem EGMR in Strassburg Partei, sondern der Staat Schweiz, welcher vor dem Gerichtshof durch den Prozessbevollmächtigten der Schweizer Regierung vertreten wird. Kommt es zu einer Verurteilung, ist Schweiz zum Vollzug des EGMR-Urteils verpflichtet. Der EGMR selbst kann Entscheide der EMRK-Staaten nicht selbst aufheben oder abändern.

Die [EMRK](#)-Grundrechtsgarantien sind für sämtliche Organe der unterschiedlichen staatlichen Ebenen verbindlich²⁹⁴. Das betrifft Arbeitsgerichte aller Instanzen, das Bundesgericht, aber auch Behörden wie die kantonalen Arbeitsinspektorate oder andere Institutionen, denen im Rahmen

²⁹⁰ HEINZ AEMISSEGGGER, Probleme bei der Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Rüssli/Hänni/Häggi/Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 583.

²⁹¹ BGE 139 I 16, E. 5.2.3 und E.5.3.

²⁹² SAMANTHA BESSON, The „Erga Omnes“ Effect of Judgments of the European Court of Human Rights – „What’s in a Name?“, in: Samantha Besson (Hrsg.), La Cour Européenne des droits des homes après le Protocole 14 – premier bilan et perspectives, Zürich, 2011, S. 134.

²⁹³ HELENE KELLER/CEDRIC MARTI, Berücksichtigung der EGMR-Praxis durch innerstaatliche Gerichte. Eine rechtsmethodische Anleitung für den richterlichen Dialog mit Strassburg, in: Justice – Justiz – Guistizia, 2015/1, Rz 9.

²⁹⁴ KELLER/MARTI (FN 293), Rz 13.

des Vollzugs des (öffentlichen) Arbeitsrechts hoheitliche Kompetenzen zukommen. All die genannten Behörden haben insbesondere auch zu prüfen, ob und inwiefern in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die staatliche Schutzpflicht den Schutz der EMRK-Rechte der Arbeitnehmer/innen verwirklichen kann.

Die Berücksichtigungspflicht von EGMR-Urteilen findet ihre Grenzen im Günstigkeitsprinzip, das in Art. 53 EMRK verankert ist. Die EMRK-Garantien stellen einen menschenrechtlichen Mindeststandard dar, der nicht unter- aber sehr wohl überschritten werden darf. Erweist sich der Schutz eines Grundrechts auf der Basis des nationalen Verfassungsrechts als weitgehender als der korrespondierende Schutz in der EMRK, geht der nationale Schutz vor²⁹⁵.

Bei einer Verurteilung durch die Schweiz, ist die prozessuale Revision ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung der EMRK-konformen Rechtslage²⁹⁶. Die Revision eines Entscheids des Bundesgerichts kann nach Art. 122 Bundesgerichtsgesetz (BGG) verlangt werden, wenn der EGMR in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind (lit. a), eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen (lit. b), und die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen (lit. c). Revisionsgesuche gestützt auf Art. 122 BGG sind innert 90 Tagen einzureichen, nachdem das Urteil des EGMR nach Art. 44 EMRK rechtskräftig geworden ist (Art. 124 Abs. 1 lit. c BGG).

3. Bedeutung für die schweizerische arbeitsrechtliche Praxis

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich für die schweizerischen Behörden, namentlich die Arbeitsgerichte und die Arbeitsinspektorate die Pflicht, arbeitsrechtlich relevante EGMR-Entscheide in die Entscheidungsgrundlagen einzubeziehen. Das bedeutet, dass die betreffenden Richter und Richterinnen verpflichtet sind, die entsprechenden EGMR-Entscheide zu kennen und zu verstehen. In der Arbeitsrechtspraxis wird indes relativ selten auf EGMR-Entscheide Bezug genommen auch die herrschende Arbeitsrechtslehre ist sich der Bedeutung der EGMR-Entscheide für die schweizerische Arbeitsrechtspraxis kaum bewusst. Das zeigt sich beispielsweise in der bemerkenswerten Feststellung, dass die Leitentscheidung des EGMR zu den Gewerkschaftsrechten, das Urteil „Demir und Baykara“ weder in arbeitsrechtlichen Publikationen aufgegriffen wird²⁹⁷ noch in Gerichtsurteilen erwähnt wird.

Für Arbeitsrechtanwälte/innen und Rechtsberater/innen von Gewerkschaften birgt eine solide Kenntnis der arbeitsrechtlich relevanten EGMR-Urteile beachtliches Potential für die Argumentation in innerstaatlichen arbeitsrechtlichen Verfahren. Eine fallbezogene Argumentation mit EGMR-Entscheidungen ist dabei nicht nur als rechtsvergleichende Bezugnahme aus ausländischen Urteilen zu verstehen. Vielmehr kann und soll darauf hingewiesen werden, dass die Berücksichtigung der EMRK und die entsprechende Rechtsprechung eine Pflicht sämtlicher schweizerischen Behörden darstellt, die am Vollzug des Arbeitsrechts mitwirken.

²⁹⁵ KELLER/MARTI (FN 293), Rz 28.

²⁹⁶ Siehe dazu die anschaulichen Ausführungen in BGE 137 I 86, E. 3, 7-9.

²⁹⁷ Vom Beitrag des Autors des vorliegenden Textes in der Festschrift Stöckli (siehe Literaturverzeichnis) einmal abgesehen.

B. Die Individualbeschwerde an den EGMR

1. Allgemeines

Die EMRK beinhaltet ein Individualbeschwerderecht (Art. 34 EMRK), d.h., jede Privatperson, die der Hoheitsgewalt eines EMRK-Ratifikationsstaates untersteht, hat das Recht, beim EGMR ein Verfahren wegen Verletzung eines oder mehrerer EMRK-Rechte durch den Staat anzustrengen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde sind in Art. 35 EMRK verankert. Das Individualbeschwerdeverfahren wurde und wird (zu) rege in Anspruch genommen²⁹⁸. Die mit dem 14. Zusatzprotokoll zur EMRK geänderte Verfahrensordnung erlaubt dem EGMR deshalb, bei fehlenden Beschwerdevoraussetzungen im summarischen Verfahren durch einen Einzelrichter einen Nichteintretensentscheid zu fällen²⁹⁹. Gründe für einen Nichteintretensentscheid sind nicht nur die fehlenden formellen Prozessvoraussetzungen sondern auch eine offensichtliche *materielle Unbegründetheit* der Beschwerde³⁰⁰. Ein Nichteintretensentscheid enthält keine Begründung und wird nur dem Beschwerdeführer eröffnet³⁰¹. Wenn der Einzelrichter keinen Nichteintretensentscheid fällt, wird der Fall durch eine Kammer (Dreier- oder Siebnerbesetzung) oder bei Fragen grundsätzlicher Natur an die grosse Kammer (17er Besetzung) überwiesen³⁰². Kammerentscheide des EGMR können durch den verurteilten Staat oder den Beschwerdeführer an die grosse Kammer weitergezogen werden³⁰³.

In terminologischer Hinsicht gilt es folgende Unterscheidung zu beachten: Nichteintretensentscheide werden als „Decisions“ in die Datenbank des EGMR aufgenommen. Nur Kammerentscheide und Entscheide der Grosse Kammer sind Urteile und finden als „Judgments“ Eingang in die Datenbank³⁰⁴.

2. Voraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR

Beschwerdeberechtigt ist jede natürliche oder juristische Person, auf die Nationalität kommt es nicht an. Auch Verbände und somit Gewerkschaften oder andere Nichtregierungsorganisationen können vom Recht auf Individualbeschwerde Gebrauch machen³⁰⁵, sofern es sich bei den Klägern nicht um staatliche Institutionen handelt. Ausgeschlossen sind indes Populärbeschwerden³⁰⁶.

Es ist weiter erforderlich, dass der Beschwerdeführer Opfer einer Verletzung eines EMRK-Rechts ist. Der EGMR legt den Opferbegriff weit aus. Die Opfereigenschaft kann auch dann vorliegen, wenn aufgrund eines nationalen Gesetzes noch keine belastende Verfügung ergangen ist, das Gesetz aber ein durch die EMRK-Rechte geschütztes Verhalten beeinträchtigt³⁰⁷. Im vorliegenden Zusammenhang kann dies bedeuten, dass Gewerkschaften eine Verletzung von Art. 11 EMRK wegen eines gesetzlichen Streikverbotes geltend machen können, auch wenn noch keine Sanktion wegen Verstosses gegen das Streikverbot erfolgte.

²⁹⁸ KELLER/MARTI (FN 293), Rz 4.

²⁹⁹ Art. 52a Verfahrensordnung EGMR.

³⁰⁰ KELLER/MARTI (FN 293), Rz 6.

³⁰¹ Art. 52a Abs. 1 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰² Art. 49 und 50 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰³ Art. 73 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰⁴ Die Urteils- und Entscheidungsdatenbank des EGMR findet sich hier:

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=> (zuletzt besucht am: 13. März 2015).

³⁰⁵ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), Rz 18 zu Art. 35 EMRK.

³⁰⁶ EGMR v.21.09.2006, Appl. Nr. 73604/01, Monnat ././ Schweiz, Rz 31-32.

³⁰⁷ EGMR-Leitfaden, Rz 29.

Der Gerichtshof kann erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges angerufen werden. Diese Bestimmung ist Ausdruck der Subsidiarität des EGMR gegenüber den nationalen Gerichten. Die Frist für die Beschwerdeeinrichtung beträgt sechs Monate nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung. In Art. 35 Abs. 2-4 EMRK sind weitere Eintretensvoraussetzungen und Verfahrensvorschriften verankert, auf die hier nicht weiter eingegangen wird.

Zum Erfordernis der Ausschöpfung der innerstaatlichen Instanzen genügt nicht, dass ein Beschwerdeführer oder eine Beschwerdeführerin sämtliche innerstaatlichen Instanzen durchlaufen hat. Notwendig ist vielmehr auch, dass die Verletzung der EMRK im innerstaatlichen Verfahren bis zur obersten Instanz vorgebracht wurde³⁰⁸. Mit diesem Erfordernis soll dem einzelnen Staat ermöglicht werden, eine behauptete Konventionsverletzung zu prüfen und gegebenenfalls Abhilfe zu schaffen³⁰⁹.

Das Erfordernis, eine EMRK-Rüge im Vorverfahren eingebracht zu haben, entspricht zwar dem Grundsatz nach dem in Art. 106 Abs. 2 Bundesgerichtsgesetz (BGG) verankerten Erfordernis der Rügepflicht. Nach diesem müssen Beschwerdeführer unmissverständlich darlegen, in welchen Grundrechten sie sich verletzt sehen und sie müssen die Verletzung begründen. Der EGMR beurteilt jedoch die Rügepflicht weit weniger streng. Es ist nicht notwendig, im innerstaatlichen Verfahren eine bestimmte EMRK-Garantie angerufen zu haben. Es kann auch ausreichen, wenn die Verletzung von EMRK-Vorschriften sinngemäss vorgebracht wurde. Illustrativ dazu ist der Fall „Glor“. Im Verfahren vor dem Bundesgericht machte der Beschwerdeführer geltend, es sei diskriminierend und verfassungswidrig, dass es ersatzpflichtige und nichtersatzpflichtige Dienstuntaugliche bzw. Behinderte gebe. Dem EGMR genügt dies als Geltendmachung einer Konventionsverletzung, wie die folgende Randziffer des Urteils Glor zeigt: „In addition, the Court reiterated the principle that the complaint to be submitted to the Court must first have been made to the appropriate national courts, at least in substance, in accordance with the formal requirements of domestic law and within the prescribed time-limits (see *Ankerl v. Switzerland*, 23 October 1996, § 34, Reports 1996 V). In the instant case it considers that the applicant did raise the substance of the complaint of a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 before the domestic authorities when he affirmed that he had been required to pay the exemption tax and prevented from doing his military service even though he had always maintained that he was willing to do it. He had thus exhausted the domestic remedies.“

Trotz den Erwägungen des EGMR im Urteil Glor ist zu empfehlen, dass die Verletzung einer EGMR-Garantie ausdrücklich bereits im innerstaatlichen Verfahren gerügt wird. Das bedingt selbstredend, dass Arbeitsrechtsanwälte/innen entsprechende Kenntnisse der EGMR-Rechtsprechung haben. Nur so kann überhaupt erkannt werden, dass bspw. eine missbräuchliche Kündigung auch einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK oder allenfalls Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK beinhalten kann.

3. Möglichkeiten gewerkschaftlicher Beteiligung an EGMR-Verfahren

Verbände können sich an Individualbeschwerdeverfahren an den EGMR in mehrfacher Hinsicht beteiligen: einerseits können sie einen Beschwerdeführers oder eine Beschwerdeführerin beraten oder begleiten, sie können vor dem EGMR aber auch als eigentliche Vertreterinnen

³⁰⁸ Siehe z.B. EGMR v. 08.07.2014, Appl. No. 3235/09, Michel ./.. Schweiz, kommentiert in Plädoyer 6/2014.

³⁰⁹ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), Rz 20.

auftreten. Ist der Verband in seinen eigenen Rechten verletzt, was namentlich bei einer Verletzung von Art. 11 EMRK der Fall ist, so ist sie selbst Beschwerdeführerin.

Schliesslich ist noch auf die in Art. 36 Abs. 2 EMRK vorgesehene Drittintervention hinzuweisen. Eine Gewerkschaft muss, wenn sie zu einem arbeitsrechtlichen Verfahren etwas Relevantes beizutragen hat, zunächst einen Antrag auf Zulassung zur Drittintervention stellen. Sie muss gegenüber dem Gerichtshof begründen, was sie zur Problematik des Falles beizutragen hat³¹⁰.

IV. Fazit

Die vorangehenden Ausführungen zeigen das grosse und bis heute in der schweizerischen Rechtspraxis unterschätzte Potential der EMRK für das Arbeitsrecht. Hervorzuheben ist die grosse Bedeutung, die der EGMR den *staatlichen Schutzpflichten* beimisst. Dazugehört die Verpflichtung der EMRK-Ratifikationsstaaten, die EMRK-Rechte auch in privaten Arbeitsverhältnissen wirksam zu schützen. Noch stärker wird diese Pflicht gewichtet, wo es um den Schutz besonders verletzlicher Personen geht. Das Schutzpflichtenkonzept führt dazu, dass der EGMR mehr und mehr zu einem suprastaatlichen Berufungsgericht in arbeitsgerichtlichen Verfahren wird. Grosses Innovationspotential für die Fruchtbarmachung und Weiterentwicklung der EMRK für die Arbeitsrechte bildet der im Urteil „Demir und Baykara“ begründete methodische Ansatz der *integrativen Auslegung*. Der EGMR legt die EMRK-Bestimmungen im Lichte sämtlicher relevanten internationalen Normen einschliesslich der Spruchpraxis der zuständigen Überwachungsorgane aus und zwar ungeachtet, ob der beschwerte Staat die Gesamtheit der berücksichtigten Konventionen ratifiziert hat. Bekanntlich hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta genauso wenig ratifiziert wie auch einige andere für die Gewerkschaftsrechte und die Rechte der Arbeitnehmer/innen wichtigen IAO-Abkommen³¹¹. Das bedeutet nun gerade nicht, dass die nicht ratifizierten Abkommen für die Schweiz keine Wirkung entfalten können. In besonderem Masse relevant ist dies für die Art. 5 (Vereinigungsrecht) und 6 (Recht auf Kollektivverhandlung und Recht auf Streik) der Sozialcharta. Auch wenn die Schweiz angesichts der Nichtratifikation dem Überwachungsausschuss der Sozialcharta keine Rechenschaft ablegen muss, binden dessen Spruchpraxis gleich wie diejenige des IAO-Vereinigungsausschusses die Schweiz mittelbar, soweit beim EGMR eine Verletzung von Art. 11 bzw. Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK gerügt wird.

Eine neue Dynamik kann die neuere EGMR-Rechtsprechung auch für das schweizerische Kündigungsrecht entfalten. Es ist fraglich, ob der im schweizerischen Arbeitsrecht verankerte Kündigungsschutz für Gewerkschafter/innen den Anforderungen des im Lichte der ILO-Abkommen und der Sozialcharta ausgelegten Art. 11 EMRK genügt. Zwar kennt die Schweiz, anders als etwa Russland (siehe Fall „Danlinkov“³¹²), zivilprozessrechtliche Möglichkeiten gegen eine Diskriminierung (diskriminierende Kündigung) wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft bzw. Gewerkschaftsaktivität vorzugehen³¹³. Es fragt sich allerdings, ob diese ausreichen.

Auch bezüglich der Gewerkschaftsrechte bringt die jüngere EGMR-Praxis für die schweizerischen Gewerkschaften einige Anhaltspunkte für eine Fruchtbarmachung der EMRK in strittigen Fragen namentlich zur Verhältnismässigkeit von Streiks. Zudem ist auch hier auf die

³¹⁰ FROWEIN/PEUKERT (FN 32), N 2 zu Art. 36 EMRK.

³¹¹ So hat die Schweiz z.B. als einer der wenigen europäischen Staaten das IAO-Abkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb von 1971 nicht ratifiziert.

³¹² Siehe oben, Rz 0 ff.

³¹³ Art. 336 Abs. 1 lit. b und Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR.

staatliche Schutzpflicht hinzuweisen. Diese gebietet ein aktives staatliches Tun, damit die Gewerkschaften und die einzelnen Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter die in Art. 11 EMRK verankerten Rechte auch tatsächlich ausüben können.

Nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist der Schutz der EMRK gegenüber diskriminierender Nichtanstellung. Angesichts der grossen Bedeutung der Erwerbstätigkeit für die meisten Personen fällt eine Nichtanstellung in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und somit ist auch das akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK anwendbar. Die Nichtanstellung aus diskriminierenden Gründen kann so eine Verletzung der EMRK darstellen.

Die EMRK gewährt ein Individualbeschwerdeverfahren, mit dem EMRK-Verletzungen mit einer Beschwerde gegen den Staat vor dem Gerichtshof in Strassburg gerügt werden können. Die Hürden einer erfolgreichen Beschwerde vor dem EGMR sind sehr hoch. Zahlreiche Beschwerden scheitern bereits an der Zulässigkeitsprüfung.

Über die internationalrechtliche Durchsetzung der EMRK auf dem Wege des Beschwerdeverfahrens hinaus nimmt die EMRK indes auch innerstaatlich eine zentrale Rolle ein. Die Bestimmungen der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sind für sämtliche Rechtsanwendungsbehörden verbindlich zu berücksichtigen. Die Nichtberücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR kann zu einer Verletzung der EMRK führen.

Arbeitsrecht und EMRK

„Affaire Howald Moor et Autres c. Suisse“ – eine Odyssee durch Gerichte und Politik

RA David Husmann, Fachanwalt für Haftpflicht und Versicherungsrecht SAV

1. Einleitung

Der Verfasser führt den Schadenersatzprozess “Howald Moor“ gegen den Arbeitgeber und die SUVA. Darin geht es um die Frage, ob der Arbeitgeber sowie die SUVA im Zeitraum 1965 bis 1978 hätten wissen müssen, dass Asbest den tödlichen Asbestkrebs Mesotheliom verursacht.

Bevor diese Frage einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden kann, mussten Verjährungs- und Verwirkungsklappen umschiffen werden. Dabei sind wir ins Fahrwasser von Politik und höchstrichterlichen Rechtsprechung geraten – eine abwechslungsreiche Odyssee zwischen Hoffen und Bangen.

2. Sachverhalt

Hans Moor, ein Turbinenmonteur bei der BBC, erkrankte 2004 an einem Pleuramesotheliom (Brustfelltumor), einer tödlichen Krebserkrankung, die auf Asbest zurückzuführen ist.

Bei seiner Arbeit kam er insbesondere in den Jahren 1965 bis 1978 in erheblichem Ausmass mit Asbest in Kontakt; die zur Revision vorgesehenen Dampfturbinen waren zur Steigerung des thermischen Wirkungsgrades mit einem Asbestmantel isoliert, der vor den Revisionsarbeiten jeweils unter grossen Staubimmissionen ab- und nach vollbrachten Revisionsarbeiten wieder aufgetragen wurde. Die Monteure waren über die Gefährlichkeit von Asbest nicht informiert, weder von der Arbeitgeberin noch von der ebenfalls in die Belange der Arbeitssicherheit eingebundenen SUVA oder dem Eidgenössischen Amt für Gesundheit (heute BAG), welches die Bevölkerung über die Gefährlichkeit von Stoffen informieren muss (Giftliste/Giftklassen). Dies alles, obwohl spätestens seit 1964, der Studie des US-amerikanischen Arztes Irving Selikoff, in arbeitsmedizinischer Hinsicht Gewissheit bestand, dass Asbeststaub die tödliche Krankheit Pleuramesotheliom verursacht.

Zur Krebserkrankung kommt es wegen der physikalischen Beschaffenheit der Asbestfasern, welche aufgrund ihrer Feinheit und Widerstandsfähigkeit – einmal eingeatmet – in der Lage sind, das Lungengewebe zu durchdringen. Sie bleiben dann am Brust- oder Bauchfell hängen und verursachen dort eine Dauerreizung, welche Jahre später zu einer Krebserkrankung führen kann.

Asbest ist daher im chemischen Sinne nicht toxisch, aber physikalisch so beschaffen, dass es insbesondere beim Kontakt mit dem Brust- oder Lungenfell eine hohe Kanzerogenität mit sich bringt.

3. Klage gegen den Arbeitgeber aus Arbeitsvertrag (Privatrecht)

Hans Moor hatte noch zu Lebzeiten am Arbeitsgericht Baden gegen seinen Arbeitgeber geklagt und ihm vorgeworfen, ihn und seine Arbeitskollegen nicht über die Gefährlichkeit von Asbest informiert und keine Schutzvorkehrungen betrieben zu haben. Er berief sich dabei auf die arbeitsvertraglich vorgegebene Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus Arbeitsvertrag. Auf die Gesundheit des Arbeitnehmers sei gebührend Rücksicht zu nehmen und zu dessen Schutz seien

die Massnahmen zu treffen, welche notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar sowie angemessen sind. Des Weiteren bezog er sich auf Art. 82 Abs. 1 und 2 UVG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten beizutragen und die Arbeitnehmer in die Schutzmassnahmen einzubeziehen hat, auch durch geeignete Information.

Der Kläger machte geltend, die Gefährlichkeit von Asbest hätte einem grossen Unternehmen mit internationaler Anbindung und werkärztlichem Dienst spätestens ab 1964, dem Zeitpunkt der Publikation von Irving Selikoff, bekannt sein müssen und wies zusätzlich darauf hin, dass der Krebsverdacht schon lange vor der Publikation Selikoff diskutiert wurde. So schreibt die SUVA in ihrer Publikation „Daten und Fakten über Asbest“ selber, Ende der 1950iger Jahre sei der Verdacht aufgekommen, dass zwischen Asbest und dem bösartigen Lungenfelltumor – dem Mesotheliom – ein Zusammenhang bestehe. .

Schon bei Klageerhebung vor Arbeitsgericht wies der Kläger darauf hin, dass die geltende Verjährungspraxis des Bundesgerichts gegen das faire Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK verstosse. Sollte ein Anspruch verjähren, bevor er entsteht, sei die Klage von Anbeginn an vereitelt, was den durch die EMRK garantierten Zugang zum Gericht verletzte. Zudem machte er geltend, die hiesige Verjährungspraxis diskriminiere ihn und die übrigen Asbestopfer im Vergleich mit andern Krankheitsfällen, weil der typische Krankheitsverlauf des Mesothelioms mit seiner Latenzzeit von 15 bis 35 Jahren zwangsläufig dazu führe, dass die zehnjährige absolute Verjährung schon eingetreten sei, bevor die Krankheit ausbreche. Litte er an einer Berufskrankheit, die eine unter zehnjährige Latenzzeit aufweise, ergäbe sich kein Verjährungsproblem.

Der Kläger verwies vor Arbeitsgericht auf die Verjährungsbestimmungen des Schweizerischen Vertragsrechts, wonach die Verjährung grundsätzlich ab Fälligkeit der Forderung beginne (Art. 130 Abs. 1 OR). Bei einer Schadenersatzpflicht wegen ungenügender Schutzvorkehr sei dies frühestens der Zeitpunkt des Krankheitsauftrittes; vorher habe er keinen Grund und damit auch keine Möglichkeit, zu klagen. Der Kläger propagierte, die Gerichte hätten sich auf den Wortlaut von Art. 130 Abs. 1 OR zurückzubedenken. Damit sprach der Kläger den höchststrichterlichen „Sündenfall“ aus dem Jahr 1980 an, den sogenannten Uhrmacherinnenentscheid. Das Bundesgericht hatte seine Praxis damals entgegen dem Wortlaut des Gesetzes dahingehend geändert, dass auch im Vertragsrecht für den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der letzten stattgefundenen Schädigung durch Tun oder Unterlassen abzustellen sei und nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Schadenersatzforderung. Der Kläger wies zudem auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Nachbarrecht hin, worin ausgeführt wurde, die Verjährung einer Forderung könne nicht eher beginnen, als überhaupt eine Forderung entstanden sei. Vor Kenntnis eines Schadens, so die Quintessenz des Klägers, sei es ihm unmöglich, eine Schadenersatzklage zu erheben; ein Verjährungseintritt vor Entstehen der Forderung – und damit deren Fälligkeit – sei widersinnig und verstosse sowohl gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als auch gegen das faire Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK, welches den effektiven Zugang zum Gericht garantiere.

3.1. Klageabweisung der kantonalen Zivilgerichte

Die Arbeitgeberin erhob vor Arbeitsgericht Baden erwartungsgemäss die Verjährungseinrede und verwies dabei auf die geltende Bundesgerichtspraxis. Sie machte geltend, die absolute zehnjährige Verjährung sei für vertragliche und deliktische Ansprüche eingetreten, da die letzte Asbestexposition mehr als zehn Jahre zurückliege. Dabei spiele es keine Rolle, wann die Krankheit beim Betroffenen aufgetreten sei; der „dies a quo“ – Tag ab dem der Verjährungslauf

beginne – sei gemäss Bundesgerichtspraxis spätestens auf den Tag der letzten Asbestexposition anzusetzen. Das Arbeitsgericht Baden beschränkte das Verfahren in der Folge auf die Vorfrage der Verjährung und wies die Klage aufgrund der Verjährungseinrede des Arbeitgebers ab, ebenso in der Folge das Obergericht des Kantons Aargau. Hans Moor erlebte schon das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Baden nicht mehr; er verstarb am 10. November 2005 an den Folgen des Pleuramesothelioms.

4. Verantwortlichkeitsklage gegen die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes

Die Angehörigen von Hans Moor richteten im November 2005 ein Schadenersatzbegehren an die SUVA, als die für die Arbeitssicherheit des Klägers mitverantwortliche öffentlich-rechtliche Körperschaft des Bundes. Sie stützten ihr Klagebegehren auf Art. 78 ATSG i.V. mit Art. 3 bis Art. 6 Verantwortlichkeitsgesetz (VG) wonach der Sozialversicherer und hier der Bund kausal für Schäden haftet, die von seinen Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären verursacht werden. Auch eine Unterlassung könne die Haftung begründen, weil die SUVA für die Arbeitssicherheit aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen eine Garantenstellung einnehme.

Tatsächlich ist die SUVA nebst ihrer Funktion als Unfallversicherer im Monopolbereich verpflichtet, alle Betriebe auf das Einhalten der Vorschriften zur Verhütung von Berufskrankheiten zu kontrollieren. Sie ist zudem befugt, Richtlinien über maximale Arbeitsplatzkonzentrationen gesundheitsgefährdender Stoffe zu erlassen, sogenannte MAK- Werte (maximale Arbeitsplatzkonzentration). In der anhängig gemachten Verantwortlichkeitsklage lautete der Vorwurf an die SUVA auf fehlende, resp. zu späte Information über die tatsächliche Gefährlichkeit von Asbest und fehlende betriebliche Überwachung. Die SUVA blieb den Nachweis schuldig, am Arbeitsplatz von Hans Moor Immissionskontrollen vorgenommen zu haben. Die SUVA hatte zudem erstmals 1971 im Zusammenhang mit Silikose auf eine Gefährdung durch Asbest hingewiesen und damit wesentlich zu spät, was ein Blick in die ausländische Judikatur bestätigt. So hat in Grossbritannien der High Court im Mai 2006 entschieden, dass das britische Staatssekretariat für Handel und Industrie für Schäden aus zwischen 1950 und 1960 stattgehabten Asbestexpositionen hafte. Die SUVA hatte – wie bereits vorerwähnt - 2006 in ihrer Publikation „Daten und Fakten über Asbest“ sodann selber ausgeführt: „Als Ende der 50er Jahre der Verdacht aufkommt, dass zwischen Asbest und dem bösartigen Lungenfelltumor, dem Mesotheliom, Zusammenhänge bestehen, wurden die Grenzwerte deutlich gesenkt und die Überwachung der Asbest verarbeitenden Betriebe durch die SUVA intensiviert.“ Wenn aber Ende der 50er Jahre bei der SUVA der konkrete Verdacht auf Kanzerogenität aufkam, bleibt unverständlich, warum die Arbeitnehmer nicht bereits damals entsprechend informiert wurden. Damit hätten sie die Möglichkeit erhalten, sich zu schützen oder aber die Arbeitsstelle zu wechseln.

4.1. Beschwerdeabweisung durch das Versicherungsgericht des Kantons Aargau

Die SUVA machte im Prozessverfahren Verwirkung geltend, die zehnjährige absolute Verwirkungsfrist seit der letzten Immission sei abgelaufen. Sie berief sich dabei auf Art. 20 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG). Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau gab ihr Recht und wies die Klage ab. Dabei verwies das Gericht auf das Institut der Verwirkung und den unwiderruflichen Untergang der Forderung bei Verwirkungseintritt.

5. Entscheide des Bundesgerichts

5.1. Urteil im arbeitsgerichtlichen Verfahren (BGE 137 III 16)

Die Klägerinnen hatten das Urteil des Obergerichtes Aargau an das Bundesgericht berufen. Die erste zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes hat mit Urteil vom 16. November 2010 die Verjährungseinrede der Arbeitgeberin geschützt und die Klage abgewiesen. Dabei wurde im Wesentlichen das Prinzip der Rechtssicherheit hochgehalten. Das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden verlange, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können (E. 2.1). Nach einem gewissen Zeitablauf seien Forderungen auch nicht mehr zuverlässig feststellbar. Das Bundesgericht führte sodann aus, dass Forderungen aus Vertrag gemäss Art. 135 OR innert 10 Jahren nach deren Fälligkeit verjährten, allerdings unabhängig vom Zeitpunkt, wann der Gläubiger seine Forderung erkennen kann (E 2.3). Das Bundesgericht berief sich dabei in systematischer Hinsicht auf den Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 OR, worin für unerlaubte Handlungen (Deliktsrecht) ausdrücklich geregelt sei, dass für Forderungen, welche zum Urteilszeitpunkt nicht genügend feststellbar sind, eine Maximalfrist von zwei Jahren ab Urteilsstag eröffnet werden könne, um das Urteil nachträglich anzupassen. Art. 46 Abs. 2 OR – so das Bundesgericht – wäre überflüssig, wenn erst die Erkennbarkeit der Forderung dem Gläubiger ein Recht auf eine Schadenersatz- und Genugtuungsforderung einräumte. Art. 46 Abs. 2 OR gelte zudem nicht nur für unerlaubten Handlungen, sondern kraft Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR auch im Vertragsrecht.

Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung würden sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig, auch wenn noch gar kein Schaden daraus entstanden sei (E 2.3.).

Die von einem Teil der Lehre dieser Lösung gegenüber vorgebrachte Kritik, wonach bei positiver Vertragsverletzung der Verjährungsbeginn erst ab Schadenseintritt beginnen müsse, höhle das Institut der Verjährung aus und brächte zudem mit sich, dass kein vertraglicher Schadenersatz für in Zukunft entstehenden Schaden eingeklagt werden könne, da dieser zum Klagezeitpunkt ebenfalls nicht feststehe (E 2.4.1).

Das Bundesgericht gesteht allerdings zu, dass seine Praxis bei Mesotheliomfällen dazu führe, dass der Schaden nicht liquidierbar sei, bevor die absolute Verjährung eintrete.

Die zukünftige Entwicklung nach stattgehabter Asbestexposition lasse sich nämlich nicht mit hinreichender Sicherheit überblicken; der Schaden hänge vom Ausbruch der Krankheit ab und damit von einem ungewissen Ereignis.

Der Gesetzgeber sei sich dieser Problematik bei Spätschäden allerdings bewusst gewesen. So habe er im Kernenergiehaftpflichtgesetz und dem Strahlenschutzgesetz eine Verjährung von 30 Jahren vorgesehen. Da der Gesetzgeber für Asbestfälle keine Sonderregelung getroffen habe, bleibe es hier bei der zehnjährigen absoluten Verjährung (E. 2.4.4).

Sodann könne nicht von einer Verletzung der Grundrechte gesprochen werden; der mit Art. 6 EMRK garantierte Zugang zum Gericht sei durch das Schweizerische Verjährungsregime nicht grundsätzlich verletzt, auch wenn es im Einzelfall dazu führen könne, dass ein Berechtigter seinen Anspruch bei Kenntnisnahme nicht mehr durchsetzen könne.

Sodann bestehe keine Diskriminierung von Asbestopfern gegenüber anderen Erkrankten, bei welchen die Krankheit noch innerhalb der Verjährungsfrist auftrete; die Ungleichbehandlung beruhe auf einer bewussten Interessensabwägung zugunsten des Schuldners, der nicht auf

unbestimmte Zeit im Unklaren über seine Leistungspflicht gelassen werden könne. Es könne dem Schuldner nicht zugemutet werden, Beweise für die pflichtkonforme Vertragserfüllung beliebig lange Zeit aufzubewahren.

Der Gesetzgeber habe, indem er für Asbestfälle keine längere Verjährungsfrist legiferiert habe, die Interessen der Geschädigten und des Schuldners gegenüber abgewogen und diejenigen des Schuldners für gewichtiger erachtet. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, worin eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV oder Art. 6 EMRK, dem effektiven Zugang zum Gericht, liegen solle (E 2.5.).

5.2. Urteil im verantwortlichkeitsrechtlichen Verfahren gegen die SUVA (BGE 136 II 87)

Das Bundesgericht hielt vorab fest, es handle sich bei der Fristenregelung von Art. 20 Verantwortlichkeitsgesetz (VG) nach bundesgerichtlicher Praxis und der Mehrheit der Lehre um eine Verwirkungs- und nicht eine Verjährungsfrist. Zwar sei es grundsätzlich möglich, dass unter gewissen Umständen eine Verwirkungsfrist wiederhergestellt werden könne, namentlich wenn die berechtigte Person aus unverschuldeten unüberwindbaren Gründen verhindert gewesen sei, so namentlich bei Krankheit, Unfall und Naturkatastrophen. Die zu späte Kenntnis des Schadens falle nicht in diese Kategorie (E.6), weil es dabei nicht um das blosses Verhindert sein bei der Geltendmachung eines per se noch nicht verwirkten Anspruches gehe, sondern um die Verwirkung selber.

Es stelle sich vielmehr die Grundsatzfrage, ob gestützt auf Art. 78 ATSG i.V. mit Art. 19 VG Verantwortlichkeitsansprüche verwirkten könnten, bevor der Schaden eingetreten ist.

Der teleologische Ansatz der Verwirkungsregel bestehe in der Wahrung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Ein zu langer Zeitablauf verdunkle die Verhältnisse und erschwere den Beweis, weshalb auf Verwirkung zu erkennen sei.

Das Bundesgericht verweist sodann auf andere Rechtsgebiete, wo die Verwirkung/Verjährung ebenfalls eintrete, bevor die geschädigte Person ihre Ersatzansprüche kenne.

Für das Verwaltungsrecht erwähnt es sein Urteil in der Angelegenheit Joseph Sprung, wo Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche wegen Handlungen der Grenzorgane im Zweiten Weltkrieg ebenfalls als verwirkt erachtet wurden, obwohl die Nachkommen vom Verhalten der Grenzbehörden erst später Kenntnis erhielten.

Im Strafrecht habe das Bundesgericht bei Asbestexposition sodann auf eingetretene Verfolgungsverjährung erkannt, indem es den Verjährungsbeginn auch bei spät auftretenden Erfolg auf den Tag der unerlaubten Handlung/Unterlassung ansetze. Dies sei denn auch aus kriminalpolitischen Gründen opportun; es entspreche in unserem Rechtskreis allgemeiner Überzeugung, dass Straftaten nach einer gewissen Zeit nicht mehr verfolgt werden sollen (E. 7.4.2.).

Eine Forderung aus unerlaubter Handlung verjähre gemäss Art. 60 Abs. 1 OR absolut nach 10 Jahren ab Ende des schädigenden Verhaltens, was ebenfalls zur Folge haben könne, dass ein Haftpflichtanspruch verjähre, bevor die geschädigte Person den Schaden wahrnehme. Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang wiederum auf BGE 127 II 257, den von einem Teil der Lehre kritisierten Uhrmacherinnenfall.

Lediglich bei der Opferhilfe habe das Bundesgericht bei einem Mesotheliomfall entschieden, dass ein Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bestehe, selbst wenn das

Opferhilfegesetz (OHG) zum Zeitpunkt der Schädigung noch nicht in Kraft gewesen sei. Dies ergebe sich aus dem opferbezogenen Ansatz. Bezüglich des zeitlichen Geltungsbereichs im Sinne von Art. 12 Abs. 2 OHG gehöre zur Begehung einer Straftat nicht nur das fahrlässige Verhalten als Ursache des Erfolgeintritts, sondern – kumulativ – auch der Eintritt des tatbestandmässigen Erfolges dieses Verhaltens. Die Verjährungsregeln im Opferhilfe- und Strafrecht folgten anderen Zielsetzungen. So sei im Opferhilferecht das Vorliegen einer Straftat auch zu bejahen, wenn diese aus strafrechtlicher Sicht bereits verjährt sei (E 7.4.3).

Abschliessend will das Bundesgericht in seiner Praxis zur Verwirkung bei verantwortungsrechtlichen Forderungen keine Verletzung von Art. 6 EMRK ersehen, zumal das Verjährungsrecht ein Bestandteil moderner Rechtsordnungen darstelle und in sämtlichen europäischen Staaten die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche aus Gründen der Rechtssicherheit befristet sei. Die Verwirkungsregel sei zudem nicht unverhältnismässig, weil das schweizerische System Asbestopfern und ihren überlebenden Angehörigen über das Unfallversicherungsrecht (UVG) Heilungs- und Pflegekosten, Taggelder und Rentenleistungen sowie eine allfällige Integritätsentschädigung ausrichte.

6. Urteil des EGMR vom 11. März 2014

Die Angehörigen von Hans Moor haben sowohl das zivilrechtliche als auch das verwaltungsrechtliche Urteil beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) angefochten und dort im Zusammenhang mit der Verjährungs-/Verwirkungshandhabung der Schweiz die Verletzung des fairen Verfahrens und des Diskriminierungsverbots gerügt. Obwohl die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung von den innerstaatlichen Gerichten nicht beurteilt wurde (Vorfrage der Verjährung), begründeten die Klägerinnen ihre Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche auch vor dem EGMR.

Der EGMR hat beide Beschwerden in ein Verfahren vereint und mit Urteil vom 11. März 2014 in einem 6:1 Entscheid gutgeheissen. Die Strassburger Richter erkannten auf einen Verstoss gegen den garantierten Zugang zum Gericht im Sinne Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Rüge der Diskriminierung müsse nicht weiter geprüft werden, weil die Beschwerde schon wegen der Verletzung von Art. 6 EMRK zu schützen sei. Den Klägerinnen wurde zusammen eine Genugtuung von E 12'180.- sowie eine Parteientschädigung von E 8'000.- für das Zivilverfahren und E 4'000.- für das Verantwortlichkeitsverfahren zugesprochen.

Eine weitergehende Entschädigung wurde mangels Kausalität zwischen Konventionsverletzung und Schaden abgelehnt, wobei unklar blieb, was der EGMR bei seiner Aussage als Schaden vermeinte. Diese Aussage des EGMR führte im nachfolgenden Revisionsverfahren für Kopfzerbrechen (vgl. nachstehend).

Das EGMR Urteil wurde im Wesentlichen begründet wie folgt:

6.1. Verletzter Zugang zum Gericht

Im Urteil wird erkannt, dass die bundesgerichtliche Praxis den fairen Zugang zum Gericht missachte, weil damit Mesotheliom-Erkrankte a priori vom Erheben einer wirkungsvollen Klage ausgeschlossen seien. Zwar liege es im Geltungsbereich jeder Jurisdiktion, zur Wahrung der Rechtssicherheit Verjährungs- und Verwirkungsfristen aufzustellen. Wenn diese indessen das Recht des Betroffenen derart beschnitten, dass dieser von einer Klagemöglichkeit gänzlich ausgeschlossen bleibe, verstosse das gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Verjährungsfristen müssten einen rechtmässigen Zweck verfolgen und

dürften im Hinblick auf den zu erreichenden Zweck nicht unverhältnismässig sein. Sie dürften nicht so weit gehen, dass das Recht auf Zugang zum Gericht seiner Substanz entleert sei. Würde die bundesgerichtliche Praxis beibehalten, ergäbe sich vor Hintergrund des Schweizerischen Asbestverbots von 1989 keine Klagemöglichkeit mehr für Erkrankte, da die zehnjährige Verjährung für all diese Fälle bereits 1999 endete. „La Cour a conclu à la violation du droit d'accès à un tribunal, estimant que, dans les affaires d'indemnisation des victimes d'atteinte à l'intégrité physique, celles-ci devaient avoir le droit d'agir en justice lorsqu'elles étaient effectivement en mesure d'évaluer le dommage subi“. Bei den Mesotheliom-Erkrankten falle überdies ins Gewicht, dass die Erkrankung auch aus objektiver Sicht – medizinisch-wissenschaftlich – nicht früher habe erkannt werden können, was beim Ansetzen der Verjährungsfrist zu berücksichtigen sei.

6.2. Heranziehen des Falles Esim ca. Turquie

Bemerkenswert ist, dass der EGMR in der Begründung auf sein Urteil Esim ca. Turquie zurückgreift. Ugur Esim war 1990 in eine militärische Auseinandersetzung involviert und wurde dabei schwer verletzt. 2007 ergaben medizinische Untersuchungen, dass er 1990 von einer Pistolenkugel in den Kopf getroffen wurde, die bislang unerkannt blieb. Esim klagte auf Schadenersatz gegen das Militär. Das türkische Gericht erachtete seinen Anspruch aufgrund der eingetretenen Zeitspanne von der Schussabgabe 1990 bis zum Entdecken der Kugel 2007 als verjährt, da eine Verjährungsfrist von fünf Jahren ab Verletzung gelte. Der EGMR hob das Urteil auf und erkannte, dass die Verjährung erst beginne, nachdem man die Kugel im Kopf entdeckt habe. Der Verweis auf das Urteil Esim ca. Turquie ist deshalb von Bedeutung, weil die Kugel im Kopf theoretisch ab Schussabgabe hätte festgestellt werden können. Der EGMR stellte für das Auslösen der Verjährungsfrist damit nicht auf die theoretisch mögliche Kenntnisnahme ab, sondern auf die tatsächliche Kenntnis.

Das erscheint konsequent: das Institut der Verjährung richtet sich gegen grundsätzlich ausgewiesene Forderungen und schmälert den Grundsatz „pacta sunt servanda“. Das Schmälern der Gläubigerposition ist dann vertretbar, wenn der Gläubiger um seinen Anspruch weiss, diesen aber innert der Verjährungsfrist nicht geltend macht. Aus dem Untätigbleiben des Gläubigers kann der Schuldner dann schliessen, der Gläubiger wolle seinen Anspruch nach Treu und Glauben nicht mehr durchsetzen. Weiss der Gläubiger subjektiv aber nicht um den Bestand seiner Forderung, kann aus seinem Untätigbleiben nichts abgeleitet werden, selbst wenn er den Bestand seiner Forderung theoretisch hätte erkennen können/müssen.

Angemerkt sei, dass das Argument von Treu und Glauben im Zusammenhang mit dem Gläubigerverhalten bei den bloss einjährigen Verjährungsfristen erheblich relativiert wird; wenn ein Geschädigter – primär mit seiner Verletzung beschäftigt – innert der kurzen Jahresfrist seine Schadenersatzforderung nicht beim Schuldner anmeldet, so ist der Ansatz, der Schuldner müsse aufgrund dieses Verhaltens nach Treu und Glauben nicht mehr damit rechnen, kaum stichhaltig. Auch aus diesem Grund erscheint es richtig, die einjährigen relativen Verjährungs- und Verwirkungsfristen angemessen zu verlängern.

6.3. Revisionsvorlage zum Verjährungsrecht bringt für Asbestopfer keine Lösung

Der EGMR beschränkt sich nicht nur auf die Kritik der beiden angefochtenen Bundesgerichtsentscheide, sondern setzt sich in bemerkenswerter Weise auch mit der Revisionsvorlage zum Verjährungsrecht auseinander. Er stellt fest, dass der Entwurf keine angemessene Lösung für das Asbest-Verjährungsproblem vorsieht, ja nicht einmal eine übergangsrechtliche Lösung im Sinne

einer Gnadenfrist: „ ... que le projet de révision du droit de la prescription suisse ne prévoit aucune solution équitable – ne serait-ce, qu'à titre transitoire, sous forme d'un „délai de grâce – au problème posé“. Damit gibt der EGMR dem Bundesgericht und dem Gesetzgeber einen „Wink mit dem Zaunpfahl“, die anstehende Verjährungsproblematik mit einer Sonderfrist zu entschärfen und so für Asbestopfer nachträglich einen verhältnismässigen Zugang zum Gericht zu schaffen.

Tatsächlich bietet die anstehende Revision des Verjährungsrechtes, bei welcher pro futuro eine Verlängerung der absoluten und relativen Verjährungsfristen zur Diskussion steht, für Asbestopfer keine Lösung. Gemäss den Übergangsbestimmungen sollen nämlich Ansprüche, die nach altem Recht bereits verjährt wird, vom neuen Recht und den längeren Fristen nicht erfasst werden.

7. Übertragen der EGMR Urteile ins Schweizerische Recht

7.1. Revisionsgesuch der Klägerinnen

Das EGMR Urteil wurde Mitte Juni 2014 rechtskräftig; die Schweiz verzichtete auf einen Weiterzug an die Grosse Kammer.

Das EGMR-Urteil entfaltet keine direkte Bindungswirkung zwischen den Prozessparteien; es erging gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft, welche für ihre Gesetze und Gerichte „einzustehen“ hat. Die Vertragsstaaten sind zwar verpflichtet, die Urteile des EGMR zu befolgen und die EMRK-Verletzungen zu beseitigen. Es ist jedoch dem Vertragsstaat selbst überlassen, wie dies zu geschehen hat, da die Urteile des EGMR keine unmittelbare innerstaatliche Wirkung entfalten, sondern in der Regel rein deklaratorischer Natur sind.

Damit das Urteil in Bezug auf die Schadenersatzklage gegen den Arbeitgeber und die Verantwortlichkeitsklage gegen die SUVA Wirkung zeitigt, mussten die beiden vom Bundesgericht gefällten Urteile BGE 137 III 16 (Arbeitgeberhaftung) und BGE 136 II 87 (Verantwortlichkeitsklage) in Revision gezogen werden; das Vorliegen eines EGMR Urteils stellt nach Art. 122 BGG einen Revisionsgrund dar. Die Kläger haben in beiden Verfahren je ein Revisionsbegehren gestellt. Die Beklagte im zivilrechtlichen Verfahren (Alstom) sowie die Beschwerdegegnerin im verantwortlichkeitsrechtlichen Verfahren (SUVA) machten daraufhin beide geltend, eine Revision sei ausgeschlossen, weil die Klägerinnen mit der vom EGMR zugesprochenen Entschädigung für die Konventionsverletzung bereits abgegolten seien. Sie stützten sich dabei auf den Wortlaut von 122 lit.b BGG. Die Klägerinnen konterten, die Klageverfahren hätten sich ab Anbeginn bloss auf die Vorfrage der Verjährung/Verwirkung bezogen; vor diesem Hintergrund sei es gar nicht möglich, dass sich der EGMR abschliessend zur Höhe und Berechtigung der haftpflicht- und verantwortlichkeitsrechtlichen Forderung geäussert habe.

7.2. Sistierung im zivilrechtlichen Verfahren

Mit Verfügung vom 25. März 2015 sistierte das Bundesgericht das für die arbeitsrechtliche Klage angebehrte Revisionsverfahren. Als Begründung für die Sistierung führte es an, die Rechtskommission des Nationalrates habe eine Motion eingereicht, wonach dem Bundesrat die Aufgabe erteilt werden soll, einen Fonds zur vollumfänglichen Entschädigung von Asbestopfern nach haftpflichtrechtlichen Grundsätzen zu schaffen. Sofern dieser Fonds – so das Bundesgericht – zustande käme, hätten die Klägerinnen die Möglichkeit, ihre haftpflichtrechtlichen Ansprüche beim Fonds geltend zu machen. Diesfalls sei die Revision des

Bundesgerichtsentscheidungen nicht mehr notwendig, um die durch den EGMR festgestellte Verletzung der EMRK zu beseitigen (E.2.2.2.).

7.3. Sistierung im verantwortlichkeitsrechtlichen Verfahren

Die sozialrechtliche Kammer des Bundesgerichts zog der zivilrechtlichen gleich und sistierte das Revisionsbegehren ebenfalls, unter Verwenden der gleichen Argumentation einer möglichen Fondslösung. Die Sistierung des verantwortlichkeitsrechtlichen Verfahrens ist bis heute nicht aufgehoben.

7.4. Aufheben der Sistierung im Zivilverfahren: Revisionsurteil (BGer 4 F/15/2014; zur Publikation vorgesehen)

Nachdem die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen die Motion für die gerechte (haftpflichtrechtliche) Entschädigung von Asbestopfern zurückgezogen hatte und der Sistierungsgrund dahinfiel, fällte die erste Zivilkammer des Bundesgerichts den Revisionsentscheid.

Die Revision eines Bundesgerichtsurteils wegen eines EGMR Urteils ist nicht in jedem Fall möglich, sondern nach dem Wortlaut von Art. 122 BGG nur dann, wenn die vom EGMR zugesprochene Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Konventionsverletzung auszugleichen und die Revision zugleich notwendig ist, um die Konventionsverletzung zu beseitigen.

Mit Urteil vom 11. November 2015 hat die Erste Zivilrechtliche Kammer das Revisionsbegehren gutgeheissen, nachdem vorher ein Meinungs austauschverfahren im Sinne von Art. 23 BGG mit den anderen Abteilungen des Bundesgerichtes durchgeführt wurde. Der Meinungs austausch betraf die Auslegung von Art. 122 b BGG, die von den Beklagten aufgeworfene Frage des Revisionshindernisses wegen bereits zugesprochener Entschädigung durch den EGMR.

Das Bundesgericht hielt im Sinne der Klägerinnen fest, aus dem EGMR-Urteil ergäben sich keine Anhaltspunkte, wonach sich dieser mit den Gewinnchancen der Klägerinnen ohne das Hindernis der Verjährungseinrede befasst habe (E 2.2.4). Im Meinungs austauschverfahren nach Art. 23 BGG hätten alle Abteilungen des Bundesgerichtes dafür gehalten, dass die Frage nach der angemessenen Haftpflichtentschädigung vom EGMR nicht beurteilt worden sei, trotz gehörig gestelltem Antrag seitens der Klägerinnen. Art. 122 lit. b BGG sei dahingehend auszulegen, dass eine Revision auch dann zulässig sei, wenn materielle Interessen zur Diskussion stünden, der EGMR aber nach Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten die beantragte Entschädigung nach Art. 41 EMRK nicht prüfe, sondern diese ohne nähere Begründung „unter Verneinen der Kausalität“ ablehne (E. 2.2.4).

Das Bundesgericht hielt sodann fest, die Revision sei auch vor Hintergrund von Art. 122 lit. c BGG berechtigt; es sei nicht auszuschliessen, dass das Verfahren vor Bundesgericht ohne die konventionswidrige Anwendung der Verjährungsregeln einen anderen Verlauf genommen hätte, weshalb es zur Beseitigung der Konventionsverletzung der Revision des Bundesgerichtsurteiles bedürfe (E. 2.3.).

Das Bundesgericht gelangte in seinem Revisionsurteil zum Schluss, in „diesem konkreten Einzelfall“ dürfe nach Vorgabe des EGMR die Verjährung nicht berücksichtigt werden. Das Verfahren sei, nachdem die beiden kantonalen Instanzen die Schadenersatzforderung inhaltlich nicht geprüft hätten, an das Arbeitsgericht Baden zurückzuweisen, zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur neuen Entscheidung (E.3.).

7.5. Bemerkung zum zivilrechtlichen Revisionsurteil

Das Urteil lässt in zweierlei Hinsicht aufhorchen. Zum einen klärt es die Revisionsvoraussetzungen nach ergangenem EGMR-Urteil. Das Bundesgericht hat erkannt, dass die vom EGMR zugesprochene Entschädigung nicht in Korrelation mit der geltend gemachten Schadenersatzforderung steht und der vom EGMR geäusserte Ansatz, zwischen der Konventionsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehe keine Kausalität im Hinblick auf die Schadenersatzforderung, nicht begründet erscheint. Die vom Bundesgericht am EGMR geübte Kritik ist zu begrüßen.

Schwierig ist indessen die Aussage des Bundesgerichtes, die Verjährungseinrede sei „in diesem konkreten Einzelfall“ nicht zu beachten. Vom Sachverhalt her ist ausgewiesen, dass alle Mesotheliomfälle nach den bisherigen Verjährungs-/Verwirkungsregeln gerichtlich nicht durchsetzbar sind. Die Aussage, es handle sich hier um einen Einzelfall, ist daher relativiert zu besehen.

Offen bleibt lediglich, ob gerichtlich eine andere Beurteilung der Verjährungsfrage möglich wäre, wenn seitens der Politik für verjährte Fälle eine Sonderlösung getroffen werden könnte, im Sinne des im EGMR Urteil angesprochenen „délai de grâce“, ein Ausweg, welchen der Ständerat nun aufgegriffen hat (vgl. untenstehend).

8. Politische Lösung(en)?

Im Zusammenhang mit der Revision des Verjährungsrechts, welche wegen der Asbestproblematik angestossen wurde und dem zwischenzeitlich ergangenen EGMR-Entscheid mit der darin propagierten „Gnaden-Klagefrist“ stellt sich die Frage, ob eine EMRK konforme Lösung allenfalls politisch erreicht werden kann.

8.1. „Runder Tisch“ - für wen?

Der Bundesrat hat am 25. Februar 2015 angekündigt, er werde einen sogenannten „Runden Tisch“ zur „Problematik der nicht entschädigten Asbestopfer“ einberufen, unter dem Vorsitz von Alt-Bundesrat Leuenberger und unter Mitwirkung der Wirtschaft, der Gewerkschaften, der Vereine für Asbestopfer sowie der Behörden. Der bundesrätliche Auftrag für den Runden Tisch beschränkte sich im Anschluss indessen bloss auf die Entschädigungsfrage nicht UVG-versicherter Asbestopfer, mithin etwa 3% sämtlicher Fälle.

Der Fall „Howald-Moor“, welcher dem EGMR-Urteil zugrunde liegt, handelt indes gerade von einem SUVA versicherten Opfer und dessen Angehörigen. Will die Politik eine EMRK konforme Lösung bieten, so ist dies bloss dann möglich, wenn auch UVG-Versicherte miteinbezogen werden. Der Ansatz, diese und deren Angehörige seien durch die UVG Leistungen genügend entschädigt, weshalb keine Konventionsverletzung vorliege, wurde von der Schweiz im Fall „Howald Moor“ an den EGMR getragen, allerdings ohne Erfolg. Es ist vor diesem Hintergrund zu hoffen, dass der „Runde Tisch“ seinen Auftrag weiter fasst und auch Lösungen für UVG-Versicherte offeriert.

8.2. Revision des Verjährungsrechtes – warum so zaghaft?

Die Verjährungsrevision steckt im Differenzbereinigungsverfahren. Der Nationalrat hat den bundesrätlichen Vorschlag, die absolute Verjährung für Langzeit-Körperschäden auf 30 Jahre zu verlängern, bereits auf 20 Jahre gekürzt. Der Ständerat ist noch weiter gegangen und will die absolute Frist auch für Langzeitschäden wie bisher bei 10 Jahren belassen. Eine längere

Verjährungsfrist führe zu Beweisschwierigkeiten und zudem zu Mehraufwänden bei der Aktenaufbewahrungspflicht. In Gegenzug will der Ständerat Asbestopfern und ihren Angehörigen, sollte der „Runde Tisch“ keine angemessenen Entschädigungen für Asbestopfer offerieren, eine ausserordentliche Klagefrist von einem Jahr eröffnen, um altrechtlich verjährte Entschädigungsforderungen gerichtlich einzuklagen, dies im Sinne der im EGMR-Urteil angesprochenen Gnadenfrist.

Der Vorschlag des Ständerates, eine „Gnaden-Klagefrist“ zu eröffnen, ist aus Sicht der Geschädigten zu begrüssen. Offen dabei ist allerdings, wer bestimmt, ob der Runde Tisch eine angemessene Entschädigung ausrichtet, die einer Klage entgegensteht. Der Richter im Einzelfall, wenn der Prozess schon anhängig gemacht wurde?

Das Beibehalten der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist auch bei Langzeit-Körperschäden bedeutet indessen einen Rückschritt und erhebt weitere Klagen an den EGMR zum Programm, weil damit das Problem des fehlenden Zugangs zum Gericht für sämtliche Langzeitfälle nach wie vor nicht gelöst ist.

Der Nationalrat befasst sich noch diesen Monat mit dem ständerätlichen Vorschlag.

9. Schlussbemerkung

Das Asbestdossier wird, wie es Ständerat Engler formulierte, einer heissen Kartoffel gleich zwischen den Gerichten und der Politik hin und her geschoben, in der Hoffnung, die Kartoffel verwandle sich so in das Ei des Kolumbus. Erstaunlich mutet an, dass die angedachten Lösungen kaum aufeinander abgestimmt sind. So ist nicht verständlich, warum sich der „Runde Tisch“ bloss mit den nicht UVG unterstellten Opfer befassen soll, wenn es doch im vom EGMR beurteilten Fall „Howald Moor“ gerade um ein UVG unterstelltes Opfer handelt. Nicht stimmig erscheint auch der nunmehr sich abzeichnende Weg der Verjährungsrevision, wonach die absoluten Verjährungsfristen beibehalten oder maximal auf 20 Jahre erstreckt werden sollen.

Vernünftig erschiene, bei Langzeitschäden eine relative Verjährungsfrist von beispielsweise drei Jahren ab Kenntnis des Schadens anzusetzen, womit sich zumindest in Zukunft für alle neu auftretenden Langzeitschäden (inkl. Asbest) eine sachgerechte Lösung anböte. Für altrechtlich verjährte Forderungen erschiene es sachgerecht, im Rahmen des Runden Tisches sozialverträgliche Pauschallösungen auszuarbeiten oder dann die vom Ständerat vorgeschlagene Lösung einer Gnaden-Klagefrist für verjährte Asbestfälle zu eröffnen.

Die Reihe SGB-Dossier. Bisher erschienen**Titres déjà publiés dans la série Dossier de l'USS**

- 85 Berufliche Vorsorge III. Verwaltungskosten: Bedeutendes Sparpotenzial. März 2012, *avec résumé en français.*
- 86 SGB-Verteilungsbericht. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz, *avec résumé en français.* April 2012.
- 87 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2011/2012; Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. April 2012. *Négociations conventionnelles et salariales 2011/2012 ; un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS.* Avril 2012.
- 88 *Conditions de travail et salaires dans l'horticulture.* Août 2012.
- 89 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2011. Aug. 2012. *Évolution des effectifs des syndicats en 2011.* Sept. 2012.
- 90 Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung nur für eine Minderheit. Zur wirtschaftlichen Lage der Rentner und Rentnerinnen in der Schweiz. September 2012. *Seule une minorité peut maintenir son niveau de vie antérieur. La situation économique des retraités et des retraitées en Suisse.* Septembre 2012.
- 91 Unternehmensbesteuerung: Unternehmen müssen Steuern zahlen – Steuergeschenke für Firmen sind volkswirtschaftlich falsch, *avec synthèse en français.* Oktober 2012
- 92 Der „liberale“ Arbeitsmarkt der Schweiz – Entzauberung eines Mythos. November 2012. *Le marché du travail « libéral » en Suisse – Une démystification.* Novembre 2012.
- 93 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2012/2013. Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. April 2013. *Négociations conventionnelles et salariales 2012/2013. Un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS.* Mai 2013.
- 94 Halbierete Sozialpartnerschaft in der Schweiz. August 2013. *Le semi-partenariat social en Suisse.* Août 2013.
- 95 GAV in der Schweiz: Probleme, Handlungsbedarf, Lösungen. August 2013. *Les CCT en Suisse : problèmes, mesures requises, solutions.* Août 2013
- 96 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2012. Okt. 2013. *Évolution des effectifs des syndicats en 2012.* Oct. 2013.
- 97 Boni und wachsende Lohnschere. Oktober 2013.
- 98 Der Detailhandel. Schwache Lohnentwicklung trotz Produktivitätsschub, *avec résumé en français.* November 2013.
- 99 Kantonsfinanzen. Fragwürdige, schädliche Sparmassnahmen in den Kantonen. Eine ökonomische Analyse, Dezember 2013 *Finances cantonales. Programmes d'austérité douteux et préjudiciables dans les cantons. Une analyse économique.* Décembre 2013
- 100 Arbeitszeitkontrollieren statt Burnouts kurieren. Mangelhafter Vollzug der Arbeitszeiterfassung in den Kantonen, *avec l'introduction, conclusions et perspectives en français.* Janvier 2014
- 101 12. SGB-Frauenkongress vom 15. und 16. November 2013. Gute Arbeit – gutes Leben! Pour de bonnes conditions de travail! Adesso e in futuro! Wir Frauen zahlen eure Krise nicht. April 2014. *12^e Congrès des femmes de l'USS des 15 et 16.11.2013. Gute Arbeit – gutes Leben! Pour de bonnes conditions de travail ! Adesso e in futuro! Ce n'est pas aux femmes de payer la crise!* Avril 2014.
- 102 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2013/2014 ; Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. April 2014. *Négociations conventionnelles et salariales 2013/2014 ; un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS.* Avril 2014.
- 103 Ein starker Service Public – damit die Schweiz funktioniert. Reden der Tagung vom 27.2.2014. April 2014. *Des services publics forts pour une Suisse qui fonctionne ! Les interventions de la journée du 27.2.2014.* Avril 2014.
- 104 Was für die Lohngleichheit zu tun ist. Eine Analyse der Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern und der politischen Gegenmassnahmen. April 2014. *Que faire pour instaurer l'égalité de salaire entre les sexes ? Analyse des différences de salaire entre les femmes et les hommes et contre-mesures politiques.* Juin 2014.
- 105 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2013. Sept. 2014. *Évolution des effectifs des syndicats en 2013.* Sept. 2014
- 106 55. SGB-Kongress vom 23. – 24. Oktober 2014. Positionspapiere und Resolutionen. November 2014. *55^e Congrès de l'USS des 23 et 24 octobre 2014. Textes d'orientation et résolutions.* Novembre 2014.
- 107 SGB-Verteilungsbericht. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Januar 2015, *avec résumé en français.*
- 108 Höhere Prämienverbilligungen gegen die Krankenkassen-Prämienlast. Eine Analyse der durchschnittlichen Prämienlast in der Schweiz und Vorschläge für den Ausbau der Prämienverbilligungen. Januar 2015, *avec résumé en français.*
- 109 Un projet européen disputé. Les débats de politique européenne des syndicats depuis les années 70. Mars 2015. *Existe uniquement en français.*
- 110 Vertrags- und Lohn-Verhandlungen 2014/15. *Négociations contractuelles et salariales 2014/15.* Mai 2015.
- 111 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Eine ökonomische Analyse. Juni 2015. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique.* Août 2015
- 112 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2014. Okt. 2015. *Évolution des effectifs des syndicats en 2014.* Octobre 2015.
- 113 Mehr Stellensuchende wegen Leistungsabbau bei den Sozialversicherungen. Dezember 2015. *Davantage de demandeurs et demandeuses d'emploi à cause du démantèlement des prestations des assurances sociales.* Janvier 2016.
- 114 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Januar 2016. Eine ökonomische Analyse. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique.* Janvier 2016.
- 115 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2015/2016. März 2016. *Négociations conventionnelles et salariales 2015/2016.* Mars 2016.
- 116 Lohnkontrollen – ein Reader. Juni 2016. *25 ans après la Grève des femmes – Les contrôles des salaires.* Juin 2016.
- 117 SGB-Verteilungsbericht 2016. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Juli 2016. *Rapport 2016 de l'USS sur la répartition des salaires, des revenus et de la fortune en Suisse.* Octobre 2016.
- 118 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2015. Sept. 2016. *Évolution des effectifs des syndicats en 2015.* Octobre 2016.
- 119 USR III kostet jeden Haushalt mindestens 1000 Franken pro Jahr. Januar 2017, *avec résumé en français.*
- 120 SGB- Juristen-Tagung: Zwischen Strassburg und Genf: Die Bedeutung des Völkerrechts für das Arbeitsrecht. März 2017

Nachbestellte Einzelnummern kosten Fr. 4.- pro Exemplar; Umfangreiche Nummern sind teurer, Fr. 10.- (inkl. Porto).

Chaque commande supplémentaire coûte 4 francs l'exemplaire ; pour les numéros plus volumineux, 10 francs/ex. (frais de port inclus).

Bestelltalon: Einsenden an SGB, z.H. Maria-Rosa d'Alessandris / Kathrin Kohler, Postfach, 3000 Bern 23, Fax 031 377 01 02 oder per e-mail: info@sgb.ch

Talon de commande : à envoyer à l'USS, c/o Maria-Rosa d'Alessandris / Kathrin Kohler, c.p., 3000 Berne 23 ; télécopieur 031 377 01 02 ou par e-mail : info@sgb.ch

Ich bestelle folgendes Dossier:

Nr. / N°Anzahl Ex. / Nombre d'ex. _____

Je commande les Dossiers suivants :

Nr. / N°Anzahl Ex. / Nombre d'ex. _____

Name, Vorname / Nom, prénom:.....

Strasse / Rue.....

Ort / Localité.....