

# **Die Integration von Arbeits- und Sozialrechten in die EMRK durch Auslegung**

Und die potentiellen Auswirkungen dieser Methode auf ein Recht auf  
Vaterschaftsurlaub in der Schweiz

Grosse Masterarbeit

von

Nicolas Fellmann, BLaw

Gasstrasse 53

4055 Basel

E-Mail: [nicolas.fellmann@unibas.ch](mailto:nicolas.fellmann@unibas.ch)

Tel: 079 706 27 90

Semesteranzahl: 12

Matrikelnummer: 12-050-209

Im Rahmen des Seminars: „Recht, Religion und Arbeitswelt“

Betreuer: Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Beginn der Arbeit: 25.09.2017

Abgabedatum: 25.03.2018

A. Vorwort	III
B. Inhaltsverzeichnis	IV
V	
C. Literaturverzeichnis	VI
D. Erlasse	XIII
E. Weitere Materialien	XVII
F. Abkürzungen	XIX

## **A. Vorwort**

Diese Arbeit entstand im Rahmen des Seminars „Recht, Religion und Arbeitswelt“. Ich bedanke mich bei meinem Betreuer Herrn Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, der nach den Vorlesungen immer ein offenes Ohr für mich hatte.

Ein spezieller Dank gebührt meinen Eltern Claudine Brunswiler und Mark Fellmann, die mit ihrer Unterstützung allgemein und der kritischen Korrekturarbeit im Speziellen eine grosse Hilfe waren. Auch meine Schwester Franca Fellmann sowie meine Freundin Jessica Rueff haben diesbezüglich einen grossen Dank verdient.

Ich bedanke mich auch bei den Freunden, die sich für mich Zeit genommen und meine Arbeit korrigiert haben. Danke an Gian Riz à Porta, Kevin Stuber und Damaris Breitenfeld.

In dieser Arbeit werden im Sinne der sprachlichen Geschlechtergerechtigkeit teils männliche, teils weibliche Formen verwendet. Soweit dem Lesefluss nicht abträglich werden auch neutrale Formen verwendet.

## B. Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Hauptteil	5
1. Das Prinzip der integrativen Auslegung	5
1.1. Die EMRK als geeignetes Fundament	5
1.1.1. Staatliche Schutzpflichten	7
1.1.2. Durchsetzungsmechanismen	8
1.2. Die wichtigsten sozialrechtlichen Normen und deren Aufsichtsgremien	9
1.2.1. Die (revidierte) Europäische Sozialcharta	10
1.2.2. Die Venedig-Kommission	11
1.2.3. Konventionen der Vereinten Nationen (UNO)	11
1.2.4. Konventionen der International Labour Organisation (ILO)	16
1.2.5. Erlasse der Europäischen Union (EU)	18
1.2.6. Die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte (IAKMR)	20
1.2.7. Fazit	20
1.3. Juristischer Ablauf	21
1.4. Folgen eines EMRK Urteils	26
1.4.1. Im Einzelfall: Revision eines Bundesgerichtsurteils	28
1.4.2. Praxisänderung	28
1.4.3. Gesetzesänderung oder -aufhebung	28
2. Die integrative Auslegung in der Praxis	30
2.1. Art. 2 EMRK (Recht auf Leben)	30
2.2. Art. 4 (Verbot der Zwangsarbeit)	32
2.3. Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)	33
2.4. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)	33
2.5. Art. 9 EMRK (Gedankens-, Gewissens-, und Religionsfreiheit)	36
2.6. Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung)	38
2.7. Art. 11 EMRK (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit)	39
2.8. Art. 14 EMRK (Akzessorisches Diskriminierungsverbot)	41
2.9. Fazit zu den Entscheiden	42
3. Kritiken am Prinzip der integrativen Auslegung	42
3.1. Rechtliche Grenzen des EGMR	43
3.2. Kapazitätsgrenzen des EGMR	46
3.3. Der EGMR greift zu stark ins innerstaatliche Recht ein	47

3.4.Grenzen der Auslegung	48
3.5.Pacta sunt servanda	49
3.6.Ganzer Instanzenzug muss durchlaufen werden	51
4.Potential des Prinzips der integrativen Auslegung	51
4.1.Für die Schweiz	51
4.1.1.Für den Vaterschaftsurlaub	53
4.1.2.Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubes in der Schweiz	54
4.2.Für andere Länder	65
III.Schluss	66
Fazit	66

## C. Literaturverzeichnis

ADDO KOFI, „Core Labour Standards and International Trade: Lessons from the Regional Context“, (Berlin/Heidelberg 2015)

AEMISSEGGER HEINZ, „Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone“, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (Hrsg.), *La Convention européenne des droits de l’homme et les cantons/Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone: Journée BENEFRRI de droit européen de l’Institut de droit européen/BENEFRRI-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht*, (Genf/Zürich/Basel 2014), S. 113–132 (zit.: AEMISEGGER, Rechtsprechung)

AEMISSEGGER HEINZ, „Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht“, in: Ehrenzeller Bernhard/Roberto Vito/Schaffhauser René (Hrsg.), *Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen*, Band 68, (St. Gallen 2010), S. 43–105 (zit.: AEMISEGGER, Umsetzung)

ARNET ELIANE, „Vaterschaftsurlaub und Elternzeit – keine Priorität?“, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), 12.03.2014. Quelle: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/vaterschaftsurlaub.html> (15.03.2018)

BESSON SAMANTHA, „Les effets et l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme – Le cas de la Suisse“, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), *EMRK und die Schweiz/La CEDH et la Suisse: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern/Exposés du séminaire du 5 Juin 2009 à Berne*, (St. Gallen 2010), S. 125–199

BESSON SAMANTHA, BREITENMOSER STEPHAN, SASSÒLI MARCO, ZIEGLER ANDREAS R., „Völkerrecht/Droit international public“, 2. Auflage, (Zürich/St.Gallen 2013)

BÖHMERT SABINE, „Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration“, Dissertation, in: „Studien zum ausländischen, vergleichenden und internationalen Arbeitsrecht“, Institut für

Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft, Trier (Hrsg. PROF. DR. IUR. DRES. H.C. ROLF BIRK/PROF. DR. RER. POL. DIETER SADOWSKI) (Baden-Baden 2002)

BONDOLFI SYBILLA, „EGMR und die Schweiz – eine Hassliebe“, [https://www.swissinfo.ch/ger/-politik/menschenrechte\\_bei-den-fremden-richtern-von-strassburg/43265180](https://www.swissinfo.ch/ger/-politik/menschenrechte_bei-den-fremden-richtern-von-strassburg/43265180), 03.07.2017 (14.03.2018)

BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, „Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU“, 2. Aufl. (Zürich/St. Gallen 2012)

CORTEN OLIVER/KLEIN PIERRE, „The Vienna Conventions on the law of treaties“, 1. Auflage (Oxford 2011)

DORSEMONT FILIP/LÖRCHER KLAUS/SCHÖMANN ISABELLE, „The European Convention on Human Rights and the Employment Relation“ (Oxford and Portland, Oregon 2013)

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, „Europäische Menschenrechtskonvention“, 6. Auflage (München 2016)

GROHSMANN IRENE „Vaterschaftsurlaub: Schlechterstellung von Vätern ist zulässig“, 13.11.2017, SKMR-Newsletter Nr. 18 vom 13.11.2014, Quelle: <http://skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/vaterschaftsurlaub-slechterstellung-zulaessig.html> (26.02.2018) (zit. GROHSMANN, Schlechterstellung)

GROHSMANN IRENE, „Vaterschaftsurlaub, what else?“, in: *sui-generis* 2014, S. 33 ff. (zit. GROHSMANN, Vaterschaftsurlaub)

HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, „Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis“, 2. Auflage, (Bern 1999) (zit. HAEFLIGER/ SCHÜRMAN, Bedeutung)

## VIII

HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, „Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz“, in: Müller Markus/Tschannen Pierre (Hrsg.), „Kleine Schriften zum Recht, 2. Auflage“, (Bern 2014) (zit. HAEFLIGER/ SCHÜRMAN, Kleine Schriften)

HESSE KONRAD, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“, 20. Auflage, (Heidelberg 1995)

HUERTA MARIA DEL CARMEN, ADEMA WILLEM, BAXTER JENNIFER, HAN WEN-JUI, LAUSTEN METTE, LEE RAEHYUCK, WALDFOGEL JANE, „Fathers' Leave, Fathers' Involvement and Child Development: Are They Related? Evidence from Four OECD Countries“, OECD Social, Employment and Migration Working Papers 140, OECD Publishing 2013

JAGLAND THORBJØRN, „Keine «ausufernde» Auslegung der Menschenrechte“, Neue Zürcher Zeitung vom 16.02.2012

KAMANABROU SUDABEH, „Arbeitsrecht“, Mohr Siedbeck (Tübingen, 2017)

KELLER HELEN/MÜLLER AMREI, „Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität“, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/1

KOHLER FRANZISKA, „Schweiz bei Gleichstellung fast so schlecht wie die Türkei“, in: Sonntagszeitung vom 11.03.2018

KOTZUR, MARKUS, „Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes“, (Berlin 2001)

LÖRCHER KLAUS, „Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte“, in: Arbeit und Recht (AuR) 7-8, (Frankfurt 2009) (zit. LÖRCHER Streik)

LÖRCHER KLAUS, „Soziale Menschenrechte im individuellen Arbeitsrecht nach *Demir und Baykara* - am Beispiel von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und



Familienlebens)“, in: Arbeit und Recht (AuR) , 03/2011, S. 88-92 (zit. LÖRCHER Demir und Baykara)

LÖRCHER KLAUS, „Entlassung eines Richters am Obersten Gerichtshof, Urteil (Ehemalige Fünfte Sektion) vom 9. September 2013 – Nr. 21722/11, Oleksandr Volkov/Ukraine – nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 01/2013 (zit. LÖRCHER Volkov)

LÖRCHER KLAUS, „Priester ohne freie Gewerkschaften?, Urteil vom 9. Juli 2013 – 2330/09 – *Sindicatul „Păstorul Cel Bun“/Rumänien*“, in HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 03/2013 (zit. LÖRCHER Păstorul Cel Bun)

LÖRCHER KLAUS, „Arbeitsschutz durch Information, Urteil vom 5. Dezember 2013 – Nrn. 52806/09 und 22703/10 – Vilnes u. a./Norwegen, nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 01/2014 (zit. LÖRCHER Vilnes)

LÖRCHER KLAUS, „Kein Recht auf Sekundärstreik in Grossbritannien – Roll-back des EGMR? Urteil vom 8. April 2014 – Nr. 31045/10 – *RMT/Vereinigtes Königreich*, nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 02/2014 (zit. LÖRCHER RMT)

LÖRCHER KLAUS, „Erschwerende Einzelfallumstände (wie Gerichtsentscheidungen widersprechende deutlich überhöhte und nicht vollziehbare finanzielle Forderungen) im Rahmen einer sonst zulässigen Rückzahlungsverpflichtung von Ausbildungszeiten können das Verbot der Pflichtarbeit verletzen.“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 2/2015 (zit. LÖRCHER Chitos)

LÖRCHER KLAUS, „Neue Entwicklungen im Streikrecht durch die EGMR-Urteile Tymoshenko und HLS“; Arbeit und Recht (AuR) 04/2015 (zit. LÖRCHER Tymoshenko und HLS)

LÖRCHER KLAUS, „The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The Demir and Baykara Judgment, its Methodology and Follow-up“, in DORSEMONT FILIP/LÖRCHER KLAUS/SCHÖMANN ISABELLE, „The

European Convention on Human Rights and the Employment Relation“ (Oxford and Portland, Oregon 2013) (zit. LÖRCHER Methodology)

MACLACHLAN CAMPBELL, „The Principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, in: The International and Comparative Law Quarterly Vol. 54, No. 2 (April, 2005), S. 279-319

MANTOUVALOU VIRGINIA, „Are Labour Rights Human Rights?“, in: European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151–172

MANTOUVALOU VIRGINIA, „Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation“, in: Human Rights Law Review, 01.03.2013

MANTOUVALOU VIRGINIA, „The Prohibition of Slavery“, in DORSSEMONT FILIP/LÖRCHER KLAUS/SCHÖMANN ISABELLE, „The European Convention on Human Rights and the Employment Relation“ (Oxford and Portland, Oregon 2013)

MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/ VON RAUMER STEFAN, „Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. (Baden-Baden 2017)

NUSSBERGER ANGELIKA, „Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht“, in: Arbeit und Recht 4, 2014, 130 ff.

NUSSBERGER ANGELIKA, „Zu viel Europa? Europäische Gerichte in der Kritik“, Bundeszentrale für politische Bildung, 07.03.2018

NYFFELER SARAH, „Völkerrecht vor Landesrecht« – Die Bedeutung der Gerichtspraxis des EGMR“, IFF Working Paper Online No 14, (Freiburg 2016)

PÄRLI KURT/BAUMGARTNER TOBIAS/DEMIR EYLEM/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/UEBE WESSELINA, „Arbeitsrecht im internationalen Kontext“, (Zürich/St.Gallen 2017) (zit. PÄRLI Arbeitsrecht)

PÄRLI KURT, „Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht“, AJP 2015, S. 1671 ff. (zit. PÄRLI EGMR)

PÄRLI KURT, „Eltern im Arbeitsverhältnis“, in: FamPra.ch 2016 S. 933 ff. (zit. PÄRLI Eltern)

PÄRLI KURT, „Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung“, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht EuZA, 1/2015, 48 ff. (zit. PÄRLI Privatsphäre)

PETERS ANNE/ALTWICKER TILMANN, „Europäische Menschenrechtskonvention“ (München 2012)

PIFFNER BRIGITTE, BOLLINGER SUSANNE: „Ausufernde Interpretation der Menschenrechte“, Neue Zürcher Zeitung vom 02.02.2012.

POLAKIEWICZ JÖRG, „Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“, in: Frowein Jochen Abr./Steinberger Helmut/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 112, (Heidelberg 1993)

RAINEY BERNADETTE/WICKS ELIZABETH/OVEY CLAIRE, „Jacobs, White & Ovey, The European Convention On Human Rights“, 6. Auflage (Oxford 2014).

RESS GEORG, „Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane“, in: EuGRZ 23 (1996), S. 350–353

RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, „Schweizerisches Verfassungsrecht“, 2. Erweiterte Auflage, (Basel 2009)

SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTENBACH JUDITH, „CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (Bern 2015)

SCHMAHL STEFANIE, „Kinderrechtskonvention“, 2. Auflage, (Zürich/St.Gallen 2017),

SCHMID EVELYNE, „Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen“, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Band 135, 2016 I.

SCHUBARTH MARTIN, „Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich verrannt“, in: Neue Zürcher Zeitung, 02.11.2017

SCHUBARTH MARTIN, Kein Titel.

Quelle: <http://www.martinschubarth.ch/files/121105.pdf> (22.03.2018)

SCHUBARTH MARTIN, „Verfassungsgerichtsbarkeit“, (Bern 2011)

SEIFERT ACHIM, „Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte“, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 2009

SPIESS KATHARINA, „Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen Ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland“, Deutsches Institut für Menschenrechte, (Berlin 2007)

TSCHANNEN PIERRE, „Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft“, 3. Auflage (Bern 2011)

VILLIGER MARK E., „Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage“, 2. Auflage, (Zürich 1999)

## **D. Erlasse**

### **Schweiz:**

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR. 101
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30.03.1911, SR. 220
- Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25.11.1952, SR. 843.1
- Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, vom 24.04.1995, SR. 151.1
- Bundesgerichtsgesetz vom 17.06.2005, SR. 173.110
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 05.10.2007, SR. 312.0

### **Internationale Erlasse, von der Schweiz ratifiziert:**

- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 04.11.1950, in der Schweiz in Kraft seit dem 28.11.1974, SR. 0.101
- Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 04.11.1998, SR. 0.101.2
- Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, in der Schweiz in Kraft seit dem 01.02.1998, SR. 0.235.1
- Strafrechtsübereinkommen über Korruption, in der Schweiz in Kraft seit dem 01.07.2006, SR. 0.311.55
  
- ILO-Übereinkommen Nr. 81, über die Arbeitsaufsicht in Gewerbe und Handel, in der Schweiz in Kraft seit 13.07.1950, SR. 0.822.719.1
- ILO-Übereinkommen Nr. 87, über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, in der Schweiz in Kraft seit dem 25.03.1976, SR. 0.822.719.7
- ILO-Übereinkommen Nr. 98, über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, in der Schweiz in Kraft seit dem 17.08.2000, SR. 0.822.719.9

- ILO-Übereinkommen Nr. 102, über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit, in der Schweiz in Kraft seit dem 18.10.1978, SR. 0.831.102
- ILO-Übereinkommen Nr. 111, über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, in der Schweiz in Kraft seit dem 13.07.1962, SR. 0.822.721.1
- ILO-Übereinkommen 151, über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst, in der Schweiz in Kraft seit dem 03.03.1982, SR. 0.822.725.1
  
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen in New York am 16.12.1966, in der Schweiz in Kraft seit dem 18.11.1992, SR. 0.103.1
- Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen am 18.12.1979, in der Schweiz in Kraft seit dem 26.04.1997, SR. 0.108
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23.05.1969 (WVK), SR. 0.111
- Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20.11.1989, SR. 0.107
- Fakultativprotokoll vom 06.10.1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen in New York am 6. Oktober 1999, SR. 0.108.1
- Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, abgeschlossen in New York am 13.12.2006, in der Schweiz in Kraft seit dem 15.05.2014, SR. 0.109
- Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, in der Schweiz in Kraft seit dem 24.10.2009, SR. 0.311.56

**Internationale Erlasse, von der Schweiz nicht ratifiziert**

- Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961
- Revidierte Europäische Sozialcharta vom 03.05.1996
- Zivilrechtsübereinkommen über Korruption, vom 04.11.1999, SEV Nr. 174
  
- ILO-Übereinkommen Nr. 121 über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten.

- ILO-Übereinkommen Nr. 155, über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt von 1981
- ILO-Übereinkommen Nr. 156, „Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities“, von 1981.
- ILO-Übereinkommen Nr. 158, „Termination of Employment“, vom 23.11.1985
- ILO-Übereinkommen Nr. 187, Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz, vom 20.02.2009
- ILO-Empfehlung Nr. 162, betreffend älterer Arbeitnehmer vom 23.06.1980
- Die ILO-Empfehlung 191, betreffend den Mutterschutz vom 15.06.2000
- ILO-Empfehlung Nr. 194, betreffend die Liste der Berufskrankheiten sowie die Aufzeichnung und Meldung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von 2002
- ILO-Empfehlung Nr. 200, betreffend HIV und AIDS und die Welt der Arbeit vom 02.06.2010
  
- Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, vom 18.06.2008
- UNO-Resolution zur Regulierung persönlicher Daten, Resolution 45/95 (A/RES/45/95) vom 14.12.1990
- UNO-Resolution zur Privatsphäre im Digitalen Zeitalter, Resolution 68/167 (A/RES/68/167) vom 18.12.2013

## **EU-Recht**

- RL 89/391/EWG, „Richtlinie zur Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit“
- RL 92/85/EG, „Mutterschutzrichtlinie“
- RL 94/33/EG, „Richtlinie über den Jugendarbeitsschutz“
- RL 96/34/EG, „zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub“
- RL 97/81/EG, „Richtlinie über Teilzeitarbeit“
- RL 98/59/EG, „Richtlinie betreffend Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen“
- RL 99/70/EG, „Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse“
- RL 2000/78/EG, „Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie“

- RL 2001/23/EG, „Richtlinie betreffend Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen“
- RL 2001/86/EG, „Richtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in SE“
- RL 2003/88/EG, „Arbeitszeitrichtlinie“
- RL 2008/104/EG, „Richtlinie über Leiharbeit“
- RL 2009/38/EG, „Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Belangen bei grösseren Unternehmen“
- RL 2010/18/EU, „zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG“
- Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)



## E. Weitere Materialien

- Bundesrat, Stellungnahme vom 06.11.2002, zu 01.426 „Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter“ (Triponez Pierre). Bericht vom 3. Oktober 2002 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2003 1112, S. 1114
- Bundesrat, Zusatzbericht vom 06.07.1983, VPB 47.58, S. 368
- Bundesrat, Bericht über die revidierte Europäische Sozialcharta In Erfüllung des Postulats 10.3004 der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates „Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung“ vom 12.01.2010
- Bundesrat, „40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven“, vom 19.12.2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 vom 12.12.2013
- Bundesrat, „Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle“, vom 30.10.2013, in Erfüllung des Postulats Fetz (11.3492) vom 06.06.2011
- CEDAW-Recommendation Rec(2002)5 „on the protection of women against violence“, 30.04.2002
- CEDAW/C/60/D/48/2013, Communication No. 48/2013
- CEDAW/C/CHE/CO/4-5, „Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland“ 18.11.2016
- Committee on the Rights of the Child, „Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Australia“, CRC/C/AUS/CO/4
- Empfehlung 2003/670/EG der EU-Kommission v. 19.9.2003 über die Europäische Liste der Berufskrankheiten (Abl. Nr. L 238/28 v. 25.9.2003)
- Stellungnahme der „Artikel-29-Datenschutzgruppe“ (G29) von 2001
- EKFF Studie: „Elternzeit — Elterngeld: Ein Modellvorschlag der EKFF für die Schweiz“, 2010

## XVIII

- ILO: „Maternity and paternity at work: Law and practice across the world“
- ILO-Leitfaden zum Schutz persönlicher Daten von Arbeitern, 1997
  
- MenCare | Report Schweiz Vol.2 „Vaterschaftsurlaub Schweiz“
  
- OECD: Studie: OECD Employment Outlook 2007, Paris, 2007
  
- Parlamentarische Versammlung des Europarats, Empfehlung 1116 von 1989
- Parlamentarische Versammlung des Europarats, Entschliessung 1729 und 1916 von 2010 „über den Schutz von Informanten“
- Parlamentarischen Versammlung des Europarates: Resolution 1769, „The need to reconcile work and family life“, vom 06.10.2006
- Ministerrat des Europarates: Recommendation No. R (96) 5, „on reconciling work and family life“, vom 19.06.1996
- Ministerrat des Europarates Nr. R (2000) 6 „über den Status öffentlichen Bediensteter in Europa“ von 2000
- Ministerrat des Europarates Nr. Rec(2007)17, „on gender equality standards and mechanisms“, vom 21.11.2007
- Ministerrat des Europarates Nr. Rec(2015)5, „zur Verarbeitung von persönlichen Daten im arbeitsrechtlichen Kontext“ vom 01.04.2015.
  
- Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25.06.1993

## F. Abkürzungen

a.A.	anderer Auffassung
a.M.	Anderer Meinung
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
bspw	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fussnote
ggü.	gegenüber
gl.M.	gleicher Meinung
GRC	Grundrechtecharta
h.L.	herrschende Lehre
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IACHR	Inter-American Commission on Human Rights
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
KRK	Kinderrechtskonvention
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
Nr.	Nummer
OAS	Organization of American States
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
RDK	Rassendiskriminierungskonvention
RL	Richtlinie
RESC	Revidierte Europäische Sozialcharta
Rsp.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannt

SR.	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization
v.	vom
vs.	versus
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
Ziff.	Ziffer

## I. Einleitung

*„[...] all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis [...]“<sup>1</sup>*

In diesem Zitat fasst VIRGINIA MANTOUVALOU die 100 Punkte des Deklarations- und Aktionsplans der UNO Menschenrechtskonferenz von Wien<sup>2</sup> zusammen. Was nützen „Menschenrechte“, wenn sie in verschiedenen Ländern, Sprachen, und Gehalten unterschiedlich formuliert und aufgeteilt sind? Wenn sie getrennt werden in Freiheits- und Sozialrechte?

Die zwei wichtigsten vom Europarat erlassenen Konventionen sind die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (EMRK) und die (revidierte) Europäische Sozialcharta (ESC). Die EMRK ist in der Schweiz direkt anwendbar, die Sozialcharta nur unterschrieben, nicht ratifiziert<sup>4</sup>. Die EMRK heisst zwar Menschenrechtskonvention, beinhaltet jedoch beinahe ausschliesslich Freiheitsrechte, keine Sozialrechte. In diesem Bereich deckt sie jedoch alle existentiellen Aspekte zur Genüge ab. Sie ist in 47 Staaten direkt, also für jeden Bürger und jede Bürgerin, anwendbar.

Der Menschenrechtsbegriff sollte einem kindlichen Fairnessgedanken folgen und deshalb sozialrechtliche Normen bedingungslos miteinbeziehen. Andere Definitionen, als jener umfassende Menschenrechtsbegriff, dürfen keine Existenzberechtigung haben. Leider ist dieser alles umfassende, in alle Richtungen gerechte Rechtssatz, eine Utopie. Existierte er tatsächlich in dieser Form, wäre er wohl von den wenigsten Ländern ratifiziert.

<sup>1</sup> MANTOUVALOU VIRGINIA, „Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation“, Human Rights Law Review, 01.03.2013.

<sup>2</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25.06.1993, Quelle: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx> (19.03.2018).

<sup>3</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 04.11.1950, in der Schweiz in Kraft seit dem 28.11.1974 SR. 0.101.

<sup>4</sup> [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035/signatures?p\\_auth=hHoqNAM7](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035/signatures?p_auth=hHoqNAM7).

Gemäss MANTOUVALOU bleiben Menschenrechte – auch wenn sie in allen Teilen der Welt in Rechtssätzen verteilt sind – „universal, unteilbar, von sich selbst abhängig und in gegenseitiger Wechselbeziehung stehend“. Jeder Mensch auf der Welt soll die Möglichkeit besitzen, sich des gleichen, umfassenden Menschenrechtsbegriffes zu bedienen. Dieser Grundgedanke soll beim Lesen dieser Masterarbeit im Hinterkopf behalten werden.

Ausformulierte, auf spezifische soziale Rechtsgebiete gerichtete Erlasse gibt es viele – die meisten sind jedoch nicht direkt justiziabel, ergo für den einzelnen Menschen unbrauchbar. Einen Grossteil davon stellt das Arbeitsrecht. Das deklarierte Ziel des internationalen Arbeitsrechts ist das Verhindern eines „Race to the Bottom“<sup>5</sup>. Dieses Ausweichen der Arbeitgeberschaft an Orte mit weniger restriktiv ausgestaltetem Arbeitsrecht, an denen möglichst billig produziert werden kann, versucht die International Labour Organisation (ILO) seit 1919 zu verhindern. Dazu hat sie 189 Konventionen und 204 Empfehlungen verabschiedet, welche die Arbeitnehmerschaft stärken sollen. Die UNO selbst hat zahlreiche Staatsverträge verabschiedet, welche spezifische Arbeitnehmergruppen schützen. Wie später zu erörtern sein wird, haften diesen internationalen Konventionen einige Makel an: Zum einen sind sie selten direkt justiziabel, zum anderen können sie nicht genügend durchgesetzt werden. Aufgrund dieser Fülle an „ungenutztem“ Potential, stehen in dieser Arbeit die Arbeitnehmer- und Sozialrechte im Zentrum.

Ziel soll demnach sein, das vorhandene Fundament der EMRK zu nutzen, um den ausformulierten, jedoch nicht ratifizierten Konventionen die Möglichkeit zu geben, sich voll zu entfalten und den angesprochenen umfassenden Menschenrechtsbegriff zu etablieren. In der juristischen Realität ist dies nicht so einfach möglich: Rechte können nicht direkt aus beliebigen Erlassen abgeleitet werden. Trotz Fairnessgedanken stehen dieser Idee rechtliche Barrieren im Weg: Die Erlasse müssen anwendbar, oder zumindest ratifiziert sein. Handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, müssen die einzelnen Artikel als „self-executing“<sup>6</sup> gelten. Das in dieser Arbeit diskutierte Instrument der integrativen

---

<sup>5</sup> ADDO KOFI, „Core Labour Standards and International Trade: Lessons from the Regional Context“, (Berlin/Heidelberg 2015), S. 6.

<sup>6</sup> BESSON SAMANTHA, BREITENMOSER STEPHAN, SASSÒLI MARCO, ZIEGLER ANDREAS R., „Völkerrecht/Droit international public“, 2. Auflage, (Zürich/St.Gallen 2013), S. 80-82.

Auslegung gibt dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Möglichkeit, diesen Grundgedanken dennoch umzusetzen. Grob zusammengefasst wird bei der Auslegung von Artikeln der EMRK eine Plattform für ausformulierte, jedoch nicht direkt anwendbare Rechtssätze geschaffen.

Ein illustratives Beispiel der Methode lässt sich an Artikel 9 (i.V.m Art. 14) der EMRK, der Religionsfreiheit, aufzeigen. Behauptet eine Arbeitnehmerin zu Recht, ihr sei aufgrund ihrer Religion gekündigt worden, kann sie sich vor dem EGMR auf diesen Artikel berufen. In Art. 9 (i.V.m. Art. 14) EMRK steht hingegen nicht direkt, dass einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Religion nicht gekündigt werden darf. Dies steht vielmehr in der Präambel und in Art. 1 Ziff. 1 der ILO-Konvention 111. Darin wird sogar wiederum auf die EMRK Bezug genommen. Der EGMR zieht also die ILO-Konvention 111 zur Auslegung des Artikels 9 der EMRK herbei und fällt aufgrund dessen eine Entscheidung. Alle 47 Staaten, welche der Rechtsprechung des EGMR unterstehen, müssen diesen Entscheid als Präzedenzfall anerkennen. Sollte in Zukunft ein vergleichbarer Fall streitig sein, können sich Diskriminierte auf eben diesen Fall, und somit indirekt auf die ILO-Konvention 111, berufen. Als bahnbrechender Präzedenzfall für diesen Ansatz gilt der Fall *Demir und Baykara* gegen die Türkei.<sup>7</sup>

Zwar hat der EGMR schon zuvor sozialrechtliche Konventionen zur Auslegung hinzugezogen<sup>8</sup>, in besagtem Urteil jedoch den genauen Ablauf des Ansatzes der integrativen Auslegung definiert. Da der EGMR seine eigene Rechtsprechung berücksichtigen muss<sup>9</sup>, könnte angenommen werden, dass er sich seit dem *Demir und Baykara*-Urteil oft auf dieses berufen würde. Gemäss der offiziellen EGMR Website<sup>10</sup> ist dies seit Ende 2008 jedoch nur 44 Mal vorgekommen (Stand Ende 2017). Bei ca. 11'600 Entscheidungen in diesem Zeitraum<sup>11</sup> wurde der Präzedenzfall in 0,38% der Urteile zitiert. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Ansatz auch vollständig angewandt wurde. Wird die

<sup>7</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir und Baykara* vs. Türkei.

<sup>8</sup> EGMR v. 26.07.2005, Appl. No. 73316/01, *Siliadin* vs. Frankreich Rn.85.

<sup>9</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit muss eine Praxisänderung von der Grossen Kammer vorgenommen werden. Art. 72 Abs. 1 Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 4.11.1998, SR. 0.101.2.

<sup>10</sup> Quelle: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"scl":\["34503/97"\],"kupdate":\["2008-12-01T00:00:00.0Z","2017-12-27T00:00:00.0Z"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (22.03.2018).

<sup>11</sup> The ECHR Facts & Figures 2016, S. 5.

Suche auf Urteile der Grossen Kammer beschränkt, findet sich in 14 von 176 Fällen eine Zitierung des *Demir und Baykara*-Urteils. Dies entspricht immerhin 8%. Diese tiefen Prozentzahlen lassen aufhorchen: Warum integriert der EGMR Rechtsätze und Entscheidungen von anderen internationalen Gremien nicht einheitlicher? Die Antwort ist relativ simpel: Von innerhalb und ausserhalb des EGMR ertönt laute Kritik an dieser Auslegungsmethode. In der Schweiz hat der EGMR einen schweren Stand, „fremde Richter dort oben in Strassburg“ werden von konservativen Schweizer Politikern regelmässig als Aushängeschild genutzt. Die Selbstbestimmungsinitiative zeugt von dieser Abwehrhaltung. „Denn hier bestimmen wir!“<sup>12</sup>

Diese Arbeit soll die Vorteile dieser oft kritisierten integrativen Auslegungsmethode aufzeigen. Folgende Fragestellungen helfen dabei:

- Dient dieses Instrument zur Festigung des unteilbaren Menschenrechtsbegriffs? Ist es ein erster Schritt in Richtung Völkerverständigung und Weltfrieden?

Dazu soll auf die Theorie dieser Methode näher eingegangen werden. Zudem werden die Kritiken daran sowie die aktuelle Kasuistik des EGMR näher studiert.

- Welche Auswirkungen können sich durch die integrative Auslegung auf die Schweiz ergeben?

Es soll die Frage geklärt werden, ob über den Umweg an den EGMR in der Schweiz ein Recht für einen gesetzlichen Vaterschafts- oder Elternurlaub geschaffen werden kann.

---

<sup>12</sup> Slogan der SVP- „Selbstbestimmungsinitiative“,  
<https://www.svp.ch/kampagnen/uebersicht/selbstbestimmungsinitiative/>.



## II. Hauptteil

### 1. Das Prinzip der integrativen Auslegung

#### 1.1. Die EMRK als geeignetes Fundament

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist ein auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) errichteter, ständiger Gerichtshof mit Sitz im französischen Strassburg. Er tagt in Einzelbesetzung, Dreierausschüssen, Kammern mit fünf oder sieben Richtern sowie der Grossen Kammer mit 17 Richtern (Art. 26 Abs. 1 EMRK). Der EMRK sind alle 47 Mitglieder des Europarats beigetreten, welche je einen Richter stellen.<sup>13</sup> Daher unterstehen mit Ausnahme von Weissrussland und dem Vatikanstaat sämtliche international anerkannten europäischen Staaten, einschliesslich Russland, der Türkei, Zypern und den drei Kaukasusrepubliken Armenien, Aserbaidshan und Georgien der Jurisdiktion des EGMR. In der EMRK sind die sogenannten Freiheitsrechte, die für den Laien „klassischen Menschenrechte“ geregelt. So zum Beispiel das Recht auf Leben (Art. 2) und das Verbot der Folter (Art. 3). Als direkt arbeitsrechtlich können nur der Art. 4 (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit) sowie der Art. 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) eingeordnet werden.

Aufgrund ihrer sehr offenen Formulierungen eignen sich die Artikel 2, 4, 6, 8-11 und 14 EMRK als optimales Fundament für die Integration von Sozialrechten. Sie umfassen jeweils weite Bereiche des Menschenrechtsschutzes. Sowohl beim Recht auf Leben, beim Verbot der Sklaverei, beim Recht auf ein faires Verfahren, beim Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, bei der Gedankens-, Gewissens-, und Religionsfreiheit, bei der Meinungsäusserungsfreiheit als auch beim Diskriminierungsverbot werden auch arbeitsrechtliche Bereiche tangiert. In den Zusatzprotokollen fänden sich noch mehr geeignete Artikel, auf diese wird in dieser Arbeit jedoch nicht eingegangen.

---

<sup>13</sup> MEYER-LADEWIG, JENS/NETTESHEIM, MARTIN/ VON RAUMER, STEFAN, „Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. (Baden-Baden 2017), S. 39.

Der EGMR legt seine Konvention bevorzugt dynamisch-teleologisch aus.<sup>14</sup> Zur Interpretation eines Artikels werden also die aktuelle, wirtschaftliche und soziale Situation sowie die ethischen Auffassungen in den Mitgliedstaaten berücksichtigt und nicht die Situation, welche bei Erlass des Artikels bestanden hatte. Die Konvention soll ein dynamischer Körper sein, welcher die Menschenrechte erweitert und auf Situationen anwendet, welche bei der Verabschiedung noch nicht vorauszusehen waren.<sup>15</sup> Deshalb betitelt der EGMR die EMRK auch regelmässig als „living instrument“<sup>16</sup>. Die neusten EMRK-externen Konventionen werden dem Gesichtspunkt der Aktualität am ehesten gerecht. Aus diesem Grunde ist es sinnvoll, diese bei Auslegungsfragen hinzuzuziehen. Ausserdem gilt der Grundgedanke, dass der Gerichtshof die EMRK möglichst im Einklang mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen hat.<sup>17</sup>

Dieser Ansatz der integrativen Auslegung wurde bereits praktiziert, bevor er im Präzedenzfall *Demir und Baykara* 2008 zum ersten Mal festgehalten wurde.<sup>18</sup> Meist geschah dies im Zusammenhang mit Freiheitsrechten. In einem seltenen, schwerwiegenden Fall von Zwangsarbeit<sup>19</sup> wurde auch ein sozialrechtlicher Rechtsatz zur Auslegung hinzugezogen<sup>20</sup>. Das Prinzip der dynamischen Auslegung ist also kein neues Phänomen in der EMRK. Die Stärkung der Sozialrechte, und somit die Vereinheitlichung des Menschenrechtbegriffs, ist ein deklariertes gemeinsames Ziel der Mitgliedstaaten.<sup>21</sup>

Aufgrund der bestehenden, offenen Auslegungsgebote und des weitreichenden Einflusses des EGMR eignet sich die EMRK optimal als Fundament, den Menschenrechtsbegriff und die Arbeitnehmerrechte in Europa zu stärken.

<sup>14</sup> PETERS, ANNE/ALTWICKER, TILMANN, „Europäische Menschenrechtskonvention“, (München 2012), S. 25.

<sup>15</sup> Der EGMR in 50 Fragen, [http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_DEU.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_DEU.pdf), S. 3.

<sup>16</sup> EGMR v. 25.04.1978, Appl. No. 5856/72, *Tyrer vs. Grossbritannien*, Rz. 71 & 75; Ausführlich in 1.3.2, s. auch RAINEY BERNADETTE/WICKS ELIZABETH/OVEY CLAIRE, „The European Convention On Human Rights“, 6. Auflage (Oxford 2014).

<sup>17</sup> RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, „Schweizerisches Verfassungsrecht“, 2. Erweiterte Auflage, (Basel, 2009), S. 106.

<sup>18</sup> bspw. EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 35763/97, *Al-Adsani vs. Grossbritannien*, Rz. 55.

<sup>19</sup> EGMR v. 26.07.2005, Appl. No. 73316/01, *Siliadin vs. France*.

<sup>20</sup> In diesem Falle die ILO-Konvention 29 betreffend Zwangsarbeit.

<sup>21</sup> So hat eine Mehrheit der Europaratstaaten die ESC oder die RESC ratifiziert.

### 1.1.1. Staatliche Schutzpflichten

Gemäss Art. 1 der EMRK hat der verpflichtete Staat seinen Bürgerinnen und Bürgern die Konventionsrechte zu garantieren. Daraus folgt, dass sich die EMRK grundsätzlich an Staaten richtet und Individuen keine Passivlegitimation zugesteht. Es ist zu betonen, dass vor dem EGMR nur Staaten angeklagt werden können.<sup>22</sup> Er ist nicht zu verwechseln mit dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), dem höchsten Gericht der Europäischen Union, welcher als höchste Instanz auch Prozesse zwischen zwei privaten Parteien entscheiden kann.

Der EGMR ist befugt zwei Arten von Verfehlungen der Staaten zu rügen: Zum einen, wenn der Staat direkt in den Rechtsbereich des Bürgers eingegriffen hat, zum anderen, wenn er seiner Pflicht, die Rechtsgüter der Bürger im Rahmen ihrer Interaktion untereinander zu schützen, nicht genügend nachgekommen ist. Auch in letzteren Fällen beurteilt der EGMR, ob der Schutzbereich der klagenden Partei eröffnet ist, und falls ja, ob der Eingriff gerechtfertigt war.<sup>23</sup> In einem nationalen Verfahren werden Interessen zweier privater Parteien gegeneinander abgewogen. Der EGMR überprüft, ob diese Abwägung der nationalen Gerichte zwischen dem Grundrechtseingriff einerseits, und dem bspw. wirtschaftlichen Interesse der beklagten Partei andererseits, korrekt vorgenommen wurde. Ist im nationalen Verfahren der Grundrechtseingriff zu wenig schwer gewichtet worden, hat das Gericht als Vertreter des Staates die Grundrechte der klagenden Partei zu wenig geschützt.<sup>24</sup> Deshalb wird der fehlbare Staat vom EGMR gerügt.

Ohne die staatlichen Schutzpflichten, oder „Positive Obligations“, könnte der EGMR nur Fälle entscheiden, in welchen der angeklagte Staat direkt den Schutzbereich des Klägers verletzt hat, z.B. wenn er als Arbeitgeber auftritt. Die staatlichen Schutzpflichten geben dem EGMR die Möglichkeit, indirekt auch zwischen Privaten zu urteilen. Dies wurde in den Fällen *Schüth* und *Obst* gegen

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Siehe zum Ganzen NUSSBERGER, ANGELIKA, „Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht“, in: Arbeit und Recht 4, 2014, 130 ff.

<sup>24</sup> PÄRLI, KURT, „Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht“, AJP 2015 S. 1673.

Deutschland verdeutlicht.<sup>25</sup> Sie erweitern den Anwendungsbereich der EMRK deutlich, was zu einem besseren Arbeitnehmerschutz führt und allgemein die Rechtssicherheit fördert.

### 1.1.2. Durchsetzungsmechanismen

Grundsätzlich sind die Urteile des EGMR für alle Staaten rechtlich verbindlich und ihnen kommt materielle Rechtskraft zu (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Sie werden endgültig und somit formell rechtskräftig, wenn es sich um Urteile der Grossen Kammer handelt oder die Verweisung an die Grosse Kammer nicht mehr möglich ist bzw. darauf verzichtet wird (Art. 44 EMRK).<sup>26</sup> Es handelt sich um Feststellungsurteile. Sie zeigen die Konventionsverletzung auf, welche sich die hohe Vertragspartei zuschulden kommen lassen hat. Das Urteil wird dem Ministerkomitee zugeleitet, welches die Durchführung überwacht (Art 46. Abs. 2 EMRK). Dazu gehört einerseits zu überprüfen, ob der verurteilte Staat im Einzelfall eine Wiedergutmachung geleistet hat. Andererseits, ob es allgemeiner Massnahmen bedarf, zukünftige Menschenrechtsverletzungen zu verhindern. Der Staat ist verpflichtet, diesen Missstand selbstständig zu beheben, bei der Wahl der Mittel ist er frei. Weigert sich ein Staat, das Urteil zu befolgen (Art. 46 Abs. 4, 5), bindet das Ministerkomitee den Gerichtshof in das Überwachungsverfahren ein. Dieser prüft wiederum, ob der verurteilte Staat der Umsetzung dennoch nachgekommen ist. Wenn dies nicht der Fall ist, wird dies „festgestellt“ und zurück an das Komitee geleitet, welches nun seinerseits wieder die Umsetzung des neuen Urteils überwacht. Eine Zwangsvollstreckung des Urteils ist auch mit den neuen Absätzen 4 und 5 nicht möglich, es gibt keine „Europarats-Polizei“ welche dies übernehmen würde.

Zuletzt bleibt dem Ministerkomitee noch die Möglichkeit, das Land mit Resolutionen unter Druck zu setzen und sein Recht auf Vertretung (gemäss Art. 8 Satzung des Europarates) zu entziehen. Dies bringt einen Reputationsschaden mit sich. Als *ultima ratio* könnte der Mitgliedsstaat schliesslich aus dem Europarat ausgeschlossen werden.<sup>27</sup> Dies wäre nicht

<sup>25</sup> EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth. vs. Deutschland*, EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, *Obst vs. Deutschland*.

<sup>26</sup> NYFFELER SARAH, „Völkerrecht vor Landesrecht« – Die Bedeutung der Gerichtspraxis des EGMR“, IFF Working Paper Online No 14, (Freiburg 2016), S. 11.

<sup>27</sup> MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/ VON RAUMER STEFAN, „Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. (Baden-Baden 2017), S. 720 ff.

sonderlich nützlich für die Weiterentwicklung des Menschenrechtsbegriffs. Ein zentraler Punkt der hier diskutierten Fragestellung ist der weitreichende Einfluss des Europarates. Je weniger Mitgliedstaaten ein EMGR-Urteil umsetzen, desto schlechter wird der umfassende Menschenrechtsbegriff etabliert. Es muss für den verpflichteten Staat das Ziel sein, den Missstand endgültig zu beheben, damit er in Zukunft nicht mehr wegen eines ähnlichen Falles vor dem EGMR verurteilt und schlimmstenfalls vom Europarat ausgeschlossen wird. Es bietet sich demnach an, nicht nur eine kurzfristige, innerstaatliche Lösung zu finden – wie bspw. dem Kläger in einem zweiten Anlauf vor der letzten nationalen Instanz, Recht zu geben – sondern eine dauerhafte. Dazu eignet sich die Änderung einer die Konvention verletzenden Norm, oder der Erlass eines neuen Gesetzes.<sup>28</sup>

Gleichzeitig sind alle Mitgliedstaaten des Europarates angehalten, ihre Gesetze der aktuellen Rechtsprechung des EGMR anzupassen. Sollte sich ein vergleichbarer Fall in einem dieser Länder ereignen, würde der Kläger nun spätestens in Strassburg sein Anliegen bestätigt sehen.

Es bleibt festzustellen, dass die Durchsetzungsmechanismen des EGMR, wie bei den meisten internationalen Gremien, für den Fall, dass ein Land einen Entscheid nicht umsetzt, nicht besonders ausgefeilt sind. Dies kommt statistisch gesehen jedoch selten vor.<sup>29</sup>

## **1.2. Die wichtigsten sozialrechtlichen Normen und deren Aufsichtsgremien**

Im Präzedenzfall *Demir und Baykara* stehen ab Rz. 37 zehn Artikel verschiedener internationaler oder europäischer Sozialrechtskonventionen, welche in den Entscheid Eingang finden. In Rz. 86 und 87 wird festgehalten, dass auch die Erlasse der jeweiligen Spruchorgane und die Praxis in den Mitgliedstaaten berücksichtigt werden müssen. Folgende Konventionen und Gremien können als Quellen dienen, die EMRK auszulegen.

---

<sup>28</sup> MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/ VON RAUMER STEFAN, „Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. (Baden-Baden 2017), S. 710 ff.

<sup>29</sup> S. 1.4.3.

### 1.2.1. Die (revidierte) Europäische Sozialcharta

Unter den Sozialrechtskonventionen nimmt die Europäische Sozialcharta (ESC) auf regionaler Ebene eine herausragende Bedeutung für den Schutz der Arbeitnehmenden ein. Zwölf ihrer neunzehn materiellen Garantien widmen sich detailliert dem Recht auf Arbeit und anderen arbeitsbezogenen Rechten. Es gilt die ursprüngliche Sozialcharta von 1961 und die revidierte von 1996 zu unterscheiden. In der revidierten Sozialcharta sind die Veränderungen seit 1961 in einem Text zusammengefasst und es werden weitergehende Garantien gewährt, wie etwa ein Recht auf Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz sowie ein Recht auf Schutz vor Armut und sozialem Ausschluss. Das europäische Pendant zum UNO-Pakt I<sup>30</sup> verfolgt zwei Ziele: Sie schützt auf der einen Seite 19 wichtige soziale und wirtschaftliche Grundrechte (z.B. Recht auf Arbeit, Streikrecht, Recht auf Sozialversicherung) und möchte auf der anderen Seite die Entwicklung einer wirklichen Sozialpolitik in Europa fördern.<sup>31</sup> Die Schweiz hat die Sozialcharta zwar unterschrieben, jedoch nicht ratifiziert. Die revidierte Sozialcharta wurde weder unterschrieben, noch ratifiziert. Dies obwohl die Schweiz die rechtlichen Voraussetzungen zur Ratifikation erfüllt.<sup>32</sup> Die revidierte Sozialcharta ist von 33 Staaten ratifiziert. Für Länder, welche nur die ursprüngliche Fassung ratifiziert haben, gilt ausschliesslich diese.

Als Kontrollorgan fungiert der Europäische Ausschuss für Sozialrechte, ein aus 15 unabhängigen Experten bestehendes Organ. Ein Individualbeschwerdeverfahren ist nicht vorgesehen, sondern ein Kollektivbeschwerdeverfahren. Dieses ist im 1998 in Kraft getretenen Zusatzprotokoll<sup>33</sup> verankert. Es legitimiert internationale Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen und nationale Verbände zur Beschwerde (Art. 1 lit. a-c). Zudem existiert ein Staatenberichtsverfahren, in dessen Rahmen die Vertragsstaaten dem Ausschuss alle zwei Jahre einen Bericht über die

<sup>30</sup> Siehe 1.2.3 (2).

<sup>31</sup> Quelle:

<https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/europarat-abkommen/sozialcharta/>.

<sup>32</sup> Bundesrat, Bericht über die revidierte Europäische Sozialcharta In Erfüllung des Postulats 10.3004 der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates „Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung“ vom 12.01.2010.

<sup>33</sup> Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden, SEV Nr. 158.

juristische und reelle Umsetzung der ESC abliefern müssen.<sup>34</sup> Dies sind wenig effektive Durchsetzungsmechanismen. Zur Verdeutlichung: Verhält sich ein verpflichteter Staat nicht ESC-konform, wird dies in einer „Schlussfolgerung“ (nicht einem Entscheid o.ä.) vom Ausschuss festgehalten. Ändert der Staat in der Folge nichts an dem nicht konformen rechtlichen oder tatsächlichen Umstand, lässt der Ausschuss eine „Empfehlung“ an das fehlbare Land folgen. Weitere Sanktionen sind nicht zu befürchten.

### **1.2.2. Die Venedig-Kommission**

Sie ist eine Einrichtung des Europarates, welche vor allem osteuropäische Staaten in verfassungsrechtlichen Fragen berät und Wahlen beobachtet. Nebst den 47 Europaratstaaten haben ausserdem Algerien, Brasilien, Chile, Israel, Kasachstan, Kirgisistan, die Republik Korea, Marokko, Mexiko, Peru und Tunesien Einsitz. Ihre Berichte können auch zur Auslegung von EMRK-Urteilen hinzugezogen werden.

### **1.2.3. Konventionen der Vereinten Nationen (UNO)**

Die Verwaltung der UNO fasst die allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1949 und die entsprechenden Pakte unter „International Bill of Rights“<sup>35</sup> zusammen. Dazu kommen weitere internationale „Kerninstrumente für Menschenrechte“. Das Primärziel der UNO ist die Wahrung des Weltfriedens.

#### **(1) Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948**

Die unverbindlichen Empfehlungen der AEMR zu den Grundsätzen der Menschenrechte sind als wichtiges politisches Statement anzusehen, da sie von allen UNO-Mitgliedern gemeinsam nach dem 2. Weltkrieg verfasst wurde. Sie gelten als Grundsteine der UNO Pakte I und II sowie für den Menschenrechtsschutz allgemein. Die AEMR enthält die klassischen Menschen- und Freiheitsrechte (Recht auf Leben, Verbot der Sklaverei, Verbot der Folter, Verbot willkürlicher Festnahme und Haft, Meinungsfreiheit,

<sup>34</sup> BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, „Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU“.

<sup>35</sup> Quelle:

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf> (13.03.2018).

Religionsfreiheit, Eigentumsgarantie etc.), Verfahrens-, sowie Sozialrechte (Recht auf soziale Sicherheit, Recht auf Arbeit, Recht auf Bildung, etc.). Gemäss Art. 2 sollen diese Rechte für alle Menschen ungeachtet ihrer Rasse, ihres Geschlechts oder ihrer Nationalität gelten. Deswegen war die AEMR als Grundstein ein wichtiger Bezugspunkt bei der Ausarbeitung der folgenden UNO-Konventionen zum Diskriminierungsschutz. Die Bedeutung als Auslegungshilfe ist als gering einzustufen, da sie nicht sehr genau ausformuliert ist. Hingegen können wegweisende Gedanken daraus in EMRK-Urteilen einfließen.

## **(2) UNO-Pakt I über soziale und kulturelle Rechte von 1966<sup>36</sup>**

Der von 166 Staaten (Stand Dezember 2017) ratifizierte Pakt beinhaltet beispielsweise ein Recht auf Arbeit (Art. 6) und Rechte im Arbeitsleben (Art. 7 lit. b-d), Rechte auf Existenzsicherung (Art. 7 lit. a Ziff. II), sowie ein Diskriminierungsverbot (Art. 7 lit. a Ziff. I). Die Vertragsstaaten verpflichten sich nur zur schrittweisen Verwirklichung der Rechte, sind also nicht gezwungen, den Pakt sofort und vollumfänglich umzusetzen. Seit 2008 existiert ein fakultatives Zusatzprotokoll, welches ein Individualbeschwerdeverfahren ermöglicht. Dieses ist jedoch bloss von 23 Staaten ratifiziert<sup>37</sup>, das Zusatzprotokoll des UNO-Paktes II hingegen von 116 Staaten<sup>38</sup>. Individuen welche nicht in einem dieser Staaten leben, können sich nicht direkt auf den UNO-Pakt II berufen. Somit hat der UNO-Pakt, welcher zahlenmässig an erster Stelle steht, einen deutlich geringeren Einfluss als der zweite. Wobei anzumerken ist, dass das Zusatzprotokoll keinen besonders effektiven Prozess beinhaltet. Wird eine Verletzung eines Vertragsstaates durch ein Individuum an den UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte herangetragen, so hat er dies erst vertraulich mit dem fehlbaren Staat zu klären. Erst wenn keine Verbesserung der Situation eintritt, kann er dies in einem Bericht öffentlich machen, was gleichzeitig die Strafe darstellt.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> In der Schweiz in Kraft seit dem 18.11.1992, SR 0.103.1.

<sup>37</sup> Von der Schweiz nicht ratifiziert. Quelle:  
[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en) (13.03.2018).

<sup>38</sup> Quelle:  
[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en) (13.03.2018).

<sup>39</sup> „Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, Art. 11.



Die Staaten, welche das Zusatzprotokoll nicht ratifiziert haben, unterliegen auch einer gewissen Kontrolle durch den Ausschuss. Sie erstellen ungefähr alle fünf Jahre einen Bericht, worin die getroffenen Massnahmen zur innerstaatlichen Umsetzung sowie Fortschritte und Schwierigkeiten aufgeführt sind. Diese werden vom UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geprüft.<sup>40</sup> Darauf erlässt er einen *General Comment* bezüglich eines Themas in dem seiner Ansicht nach Handlungsbedarf besteht.<sup>41</sup> Sanktionen im engeren Sinne kann er nicht aussprechen.

### **(3) UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>42</sup>**

Das CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) von 1981 ist das Instrument der Vereinten Nationen zur Durchsetzung von Rechten der Frau. Insbesondere Art. 11 geht direkt auf Arbeitsrechte ein und sichert Frauen faire Bedingungen in der Arbeitswelt zu. Es wurde von 189 Staaten ratifiziert, jedoch haben dutzende Staaten diverse Vorbehalte angebracht. Beispielsweise sieht Bangladesch einzelne Artikel nicht als bindend an, sofern diese mit der Scharia interferieren.<sup>43</sup>

Die Mitgliedstaaten haben alle vier Jahre einen Bericht einzuhandigen, in dem Fortschritte und Probleme dargelegt werden.<sup>44</sup> Parallel dazu können Nichtregierungsorganisationen Schattenberichte abliefern, welche eine andere Sichtweise auf die aktuelle Situation erlaubt. Diese Berichte werden alle zwei Jahre vom CEDAW-Ausschuss geprüft. Er fertigt Empfehlungen für die jeweiligen Länder an. 109 Staaten haben seit 1999 ein Zusatzprotokoll<sup>45</sup> ratifiziert, welches die direkte Justiziabilität vereinfachen soll. Es befugt einzelne

<sup>40</sup> Quelle:

[https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/uno-abkommen/pakt-i/?gclid=EAlalQobChMIh9uunuav2AIViwDTCh3klQ8tEAAAYASAAEgJo1fD\\_BwE](https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/uno-abkommen/pakt-i/?gclid=EAlalQobChMIh9uunuav2AIViwDTCh3klQ8tEAAAYASAAEgJo1fD_BwE) (13.03.2018).

<sup>41</sup> Quelle:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11) (13.03.2018).

<sup>42</sup> In der Schweiz in Kraft seit dem 26.04.1997, SR 0.108.

<sup>43</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en) (13.03.2018).

<sup>44</sup> SCHLÄPPI, ERIKA/ULRICH, SILVIA/WYTTENBACH, JUDITH, „CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (Bern, 2015), S. 33 ff.

Frauen oder Gruppen zur Beschwerde an den CEDAW-Ausschuss. Dieser rügt die fehlbaren Staaten. Zur Strafe für ihr Verhalten müssen sie einen Antwortbrief mit den unternommenen Schritten zur Verbesserung der Situation verfassen.<sup>46</sup> Dies kann m.E. nicht als Sanktion angesehen werden, denn es werden keine Anreize geschaffen, die Ziele der Konvention innert nützlicher Frist umzusetzen.

#### **(4) Weitere Konventionen**

Die UNO hat noch einige weitere Konventionen erlassen, welche direkt die Arbeits- und Sozialrechte einer diskriminierten Minderheit schützen sollen.

So sichert die **Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (RDK)**<sup>47</sup> in Art. 2 und 5 lit. e Ziff. i und ii jedem Menschen, „ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums“, das Recht auf u.a. „gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen“. Ein achtzehn Mitglieder zählender Ausschuss überwacht die Durchsetzung in den 179 Vertragsstaaten.<sup>48</sup> Ihm stehen drei Instrumente zur Verfügung:

- Das Staatenberichtsverfahren (Art. 9)
- Das Staatenbeschwerdeverfahren (Art. 11)
- Das Individualbeschwerdeverfahren (Art. 14)

Die aus diesen Verfahren folgenden Sprüche haben zwar de facto Urteilkraft, jedoch stehen dem Ausschuss keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Dies führt m.E. die Existenz eines Gerichts ad absurdum<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Fakultativprotokoll vom 06.10.1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen in New York am 6. Oktober 1999, SR. 0.108.1.

<sup>46</sup> „In accordance with article 7 (4) of the Optional Protocol, the State party shall give due consideration to the views of the Committee, together with its recommendations, and shall submit to the Committee, within six months, a written response, including information on any action taken in the light of the views and recommendations of the Committee. The State party is also requested to publish the Committee’s views and recommendations and to have them widely distributed in order to reach all relevant sectors of society.“, CEDAW/C/60/D/48/2013, Communication No. 48/2013, S. 13.

<sup>47</sup> Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, abgeschlossen in New York am 21.12.1965, SR. 0.104.

<sup>48</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

<sup>49</sup> Quelle:

[http://deacademic.com/dic.nsf/dewiki/661353#.C3.9Cberwachung\\_der\\_Einhaltung\\_des\\_Abk](http://deacademic.com/dic.nsf/dewiki/661353#.C3.9Cberwachung_der_Einhaltung_des_Abk)

Das von 196 Staaten ratifizierte<sup>50</sup> **Übereinkommen über die Rechte der Kinder vom 20. November 1989 (KRK)**<sup>51</sup> regelt in Art. 32, dass das Kind „vor wirtschaftlicher Ausbeutung geschützt und nicht zu einer Arbeit herangezogen [...] werden [darf], die Gefahren mit sich bringen, die Erziehung des Kindes behindern oder die Gesundheit des Kindes oder seine körperliche, geistige, seelische, sittliche oder soziale Entwicklung schädigen könnte.“ Es richtet sich primär an Staaten. Sie haben zwei Jahre nach Inkrafttreten und danach alle fünf Jahre eine Berichterstattung an den Ausschuss für die Rechte des Kindes (CRC) abzuliefern. Seit 2011 existiert ein Zusatzprotokoll, welches ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht. Es wurde von 37 Staaten ratifiziert.<sup>52</sup>

**Die Konvention zum Schutz der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen** vom 18. Dezember 1990<sup>53</sup> konkretisiert zwischen Art. 11 und 26 die Arbeitnehmerrechte von bspw. Saisonarbeitern und Grenzgängerinnen sowie ihren Familienangehörigen.<sup>54</sup> 51 Staaten haben die Konvention ratifiziert.<sup>55</sup> Der Wanderarbeitnehmer-Ausschuss (*Committee on Migrant Workers* – CMW) prüft die fünfjährlich anfallenden Staatenberichte. Ein Individualbeschwerdeverfahren ist gemäss Art. 77 vorgesehen, jedoch erst, wenn dieses von 10 Mitgliedstaaten akzeptiert wird. Sanktionen sind keine vorgesehen, nur allgemeine Kommentare zur Konkretisierung der einzelnen Vertragsrechte.

---

ommens (13.03.2018).

<sup>50</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

<sup>51</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20. November 1989, SR. 0.107.

<sup>52</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-d&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

<sup>53</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, MWC, vom 18.12.1990. Quelle:

[https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_45\\_158-E.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_45_158-E.pdf) (13.03.2018).

<sup>54</sup> SPIESS KATHARINA, „Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen Ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland“, Deutsches Institut für Menschenrechte, (Berlin 2007), S. 29.

<sup>55</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

Eventuell liesse sich die Konvention auch auf sogenannte Geduldete anwenden, SPIESS lässt diese Frage jedoch offen.<sup>56</sup> Eine indirekte Anwendung über die EMRK im Rahmen der integrativen Auslegung scheint möglich.

In der **Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderung** vom 13. Dezember 2006 (BRK)<sup>57</sup> finden sich auch einige arbeitsrechtlich relevante Artikel. Art. 27 soll jegliche Diskriminierung von Menschen mit Behinderung ausmerzen, sei es betreffend Zugang zum Arbeitsmarkt oder dem Recht, den Lebensunterhalt selber verdienen zu können (Ziff. 1). Die Konvention ist von 175 Staaten ratifiziert worden.<sup>58</sup> Das *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD)<sup>59</sup> prüft gemäss Art. 34 alle vier Jahre die Berichte der Vertragsstaaten. Ein Zusatzprotokoll von 2006, welches ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht, ist von 92 Staaten ratifiziert worden.<sup>60</sup>

#### 1.2.4. Konventionen der International Labour Organisation (ILO)

Die ILO ist eine unabhängige Sonderorganisation der Vereinten Nationen mit eigener Rechtspersönlichkeit.<sup>61</sup> Wie erwähnt ist das Primärziel der UNO die Wahrung des Weltfriedens. Dieser soll unter anderem durch soziale Gerechtigkeit erreicht werden. Denn wo soziale Ungerechtigkeit herrscht, besteht ein höheres Konfliktpotential. Um soziale Gerechtigkeit zu erreichen, muss ein „Race to the Bottom“<sup>62</sup> verhindert werden. Dazu braucht es grossflächig gerechte Arbeitsbedingungen. Die ILO erlässt die Leitfäden dazu. Darunter fallen unter anderem die Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts (Nr. 87), das

<sup>56</sup> SPIESS KATHARINA, Rz. 40, S. 30.

<sup>57</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, abgeschlossen in New York am 13.12.2006, SR. 0.109.

<sup>58</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

<sup>59</sup> Quelle:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx> (13.03.2018).

<sup>60</sup> Quelle:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15-a&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_en) (13.03.2018).

<sup>61</sup> BÖHMERT SABINE, „Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration“, Dissertation, in: „Studien zum ausländischen, vergleichenden und internationalen Arbeitsrecht“, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft, Trier (Hrsg. Prof. Dr. iur. Dres. h.c. Rolf Birk/Prof. Dr. rer. pol. Dieter Sadowski) (Baden-Baden 2002), S. 44.

<sup>62</sup> S. FN 5.

Vereinigungsrecht und das Recht der Kollektivverhandlungen (Nr. 98), das Zwangs- oder Pflichtarbeitsverbot (Nr. 29), die Abschaffung der Zwangsarbeit (Nr. 105), die Gleichheit des Entgelts (Nr. 100), **die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Nr. 111)**, das Mindestalter (Nr. 138) sowie das Verbot und die unverzüglichen Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (Nr. 182).

Die 187 Mitglieder stellen je zwei Regierungsvertreterinnen und je einen Arbeitnehmer- und einen Arbeitgebervertreter. Dieses Gremium wird die Internationale Arbeitskonferenz (IAK) genannt und tagt einmal jährlich (Art. 2(a) der ILO-Verfassung<sup>63</sup>, folgend ILOV)<sup>64</sup>. Das Exekutivorgan der ILO ist der Verwaltungsrat (Art. 2(b) ILOV). Er stellt den Ablauf der jährlichen Konferenzen sicher und koordiniert im Allgemeinen die Aktivitäten (Art. 14 ILOV). Auch in diesem 56-köpfigen Gremium ist die Dreigliedrigkeit (Regierungsvertreter, Arbeitgeber, Arbeitnehmer) gewahrt<sup>65</sup>. Die Aufgaben des Internationalen Arbeitsamtes (Art. 2 (c) ILOV) sind in Art. 10 ILOV verankert. Es können ihm „alle sonstigen Befugnisse und Obliegenheiten“ von der IAK oder dem Verwaltungsrat übertragen werden, wie beispielsweise das Durchführen von Untersuchungen in von der Konferenz erörterten Bereichen.<sup>66</sup>

Als Kontrollfunktion müssen Mitgliedstaaten, welche ein Übereinkommen ratifiziert haben, jährlich einen Bericht über die innerstaatlichen Massnahmen zur Durchführung desselben vorlegen (Art. 22 ILOV), welcher durch den Sachverständigenausschuss geprüft wird. Die 20 unabhängigen Arbeits- und Sozialrechtsexperten werden durch den Generaldirektor über die Dauer von drei Jahren ernannt. Er rügt die mangelnde Umsetzung von ratifizierten Konventionen auf zwei Weisen: Stellt er einen schweren Verstoss fest, wird eine „Bemerkung“ dazu veröffentlicht, welche den Staat unter Druck setzen soll. Bei kleineren Verstössen wird der Staat direkt angefragt, ohne dass diese Anfrage veröffentlicht würde. Wird diese Anfrage zufriedenstellend beantwortet, stellt der Ausschuss dies fest.

---

<sup>63</sup> SR 0.820.1.

<sup>64</sup> BÖHMERT SABINE, Rz. 44, S. 46.

<sup>65</sup> BÖHMERT SABINE, Rz. 44, S. 48.

<sup>66</sup> BÖHMERT SABINE, Rz. 44, S. 49.

### 1.2.5. Erlasse der Europäischen Union (EU)<sup>67</sup>

Das Arbeitsrecht hat in den letzten Jahrzehnten einen in der Anzahl erlassenen Richtlinien messbaren Aufschwung erlebt. Die rechtliche Grundlage zum Erlass von Richtlinien findet sich jeweils im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). In Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 157 AEUV (Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen) finden sich ausserdem direkte arbeitsrechtliche Normen. Zu beachten ist auch die Grundrechtecharta (GRC).

Die folgenden Richtlinien sind bisher auf sozialrechtlicher Ebene ergangen.

Bereich Diskriminierungsverbote:

- Die **Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG)** beinhaltet das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft. Gemäss Absatz 3 der Richtlinie flossen bei der Ausarbeitung Werte der AEMR, des CEDAW, der RDK, der UNO-Pakte I&II und der EMRK ein.<sup>68</sup>
- Die **Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG)**, hinsichtlich Alter, Behinderung, Religion und Weltanschauung oder sexueller Ausrichtung. Gemäss Absatz 4 der Richtlinie flossen bei der Ausarbeitung Werte der AEMR, des CEDAW, der UNO-Pakte I&II und der EMRK ein. Hervorzuheben ist bei der RL 2000/78/EG, dass auch auf die ILO-Konvention 111<sup>69</sup> über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf Bezug genommen wird, welche nicht von allen EU-Ländern ratifiziert wurde.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> KAMANABROU SUDABEH, „Arbeitsrecht“, Mohr Siedbeck (Tübingen 2017), S. 152 ff.

<sup>68</sup> RL 2000/43/EG, Abs. (3).

<sup>69</sup> Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, angenommen in Genf am 25.06.1958, SR 0.822.721.1.

<sup>70</sup> RL 2000/78/EG Abs. (4).

Auch in den Bereichen Sicherheit und Gesundheitsschutz<sup>71</sup>, Sozialschutz<sup>72</sup> und kollektives Arbeitsrecht<sup>73</sup> sind zahlreiche Richtlinien ergangen.

Der Arbeitnehmerschutz in der EU darf folglich als ausgeprägt bezeichnet werden. Es existieren zahlreiche, direkt anwendbare Normen, die es dem Arbeitnehmer erlauben bis vor den EuGH zu ziehen. Entscheide dieses Gerichts sind für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlich und können in den einzelnen Ländern, im Gegensatz zu Entscheiden des EGMR, auch direkt durchgesetzt werden, notfalls mit staatlichem Zwang. Sollte die Umsetzung unterlassen werden, kann die Europäische Kommission das fehlbare Land wiederum vor dem EuGH verklagen, in dem es ein Vertragsverletzungsverfahren anstrengt.

Fraglich ist, ob diese Richtlinien alle in einem Verfahren vor dem EGMR im Rahmen einer integrativen Auslegung in die Urteilsfindung einfließen können. Auf die Diskriminierungsrichtlinien<sup>74</sup> wurde in den Fällen *Schüth* und *Obst*<sup>75</sup> eingegangen, können also durch Auslegung in einem EGMR-Urteil Eingang finden. Beide Richtlinien nehmen im Gegensatz zu den anderen besprochenen direkt Bezug auf weitere internationale Konventionen. Diese könnten wiederum eigenständig durch dynamische Auslegung in EGMR-Urteile einfließen. Deshalb soll an dieser Stelle offengelassen werden, ob theoretisch alle EU-Richtlinien in einem Verfahren vor dem EGMR einfließen könnten. Die Urteile des EuGH fließen jedoch dergestalt in die Urteile des EGMR ein, als dass sie einen innereuropäischen „Trend“ darstellen, wohin sich die allgemeine

<sup>71</sup> Die Richtlinie zur Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (RL 89/391/EWG) von 1989, die Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) von 2003, die Mutterschutzrichtlinie (RL 92/85/EG) von 1992, die Richtlinie über den Jugendarbeitsschutz (RL 94/33/EG) von 1994 (nimmt keinen Bezug auf internationale Konventionen, auch nicht auf die Kinderrechtskonvention).

<sup>72</sup> Die Richtlinie über Teilzeitarbeit (RL 97/81/EG) von 1997, die Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse (RL 99/70/EG) (Es finden sich keine Bezüge auf die Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen), die Richtlinie über Leiharbeit (RL 2008/104/EG), die Richtlinie betreffend Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen (RL 2001/23/EG), sowie die Richtlinie betreffend Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen (RL 98/59/EG).

<sup>73</sup> Die Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Belangen bei grösseren Unternehmen (RL 2009/38/EG) und die Richtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE (RL 2001/86/EG).

<sup>74</sup> RL 2000/78/EG und RL 2000/43/EG.

<sup>75</sup> S. FN 25.

Einstellung der EU-Staaten bewegt. So wurden 2017 zwei brisante Fälle<sup>76</sup> bezüglich der Religionsfreiheit entschieden: Arbeitgeber können das Tragen eines Kopftuchs untersagen, wenn weltanschauliche Zeichen generell in der Firma verboten sind und dafür gute Gründe bestehen. Wünsche von Kunden reichen dagegen nicht aus, um ein solches Verbot durchzusetzen. Es bleibt festzustellen, dass ein enormes Potential in den EU-Richtlinien und den daraus erfolgenden EuGH-Entscheidungen schlummert, um EGMR-Urteile zu beeinflussen.

### **1.2.6. Die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte (IAKMR)**

Zusammen mit dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte bildet sie die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) mit Sitz in Washington, D.C. Die Kommission wurde 1959 gegründet. Ihre Aufgaben gründen in drei Dokumenten: Der Charta der OAS, der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte und -pflichten und der amerikanischen Menschenrechtskonvention. Die IAKMR hat sieben Mitglieder, die unabhängig von ihrem Herkunftsland die ganze OAS vertreten. Es existiert ein Individual- sowie ein Staatenbeschwerdeverfahren. Sie beobachtet die Menschenrechtssituationen in den Mitgliedstaaten und verfasst wenn nötig einen Bericht oder eine Empfehlung dazu. Wenn die Antwort des gerügten Staates nicht zufriedenstellend ausfällt, kann das Verfahren öffentlich gemacht werden.

### **1.2.7. Fazit**

Nach dem Aufgezeigten lässt sich bilanzieren, dass die Schwerter zur Durchsetzung der Menschenrechte zwar vorhanden, jedoch für sich alleine sehr stumpf sind. Abgesehen von der EU konnte keine supranationale Macht die Einführung eines effizienten Sanktionssystems durchsetzen. Die Berichtsverfahren der UNO scheinen mehr ein Papierkrieg zu sein als ein reeller Ansporn, Missstände zu beheben. Für die Mitgliedstaaten existiert kein direkter Anreiz, Rechtssätze innerstaatlich umzusetzen. Die Ausführlichkeit und Genauigkeit der Konventionen ist hingegen zu begrüßen. Es wird der gleiche Menschenrechtsbegriff verfolgt und konventionsübergreifend an einem Strang

<sup>76</sup> EuGH v. 14.03.2017, Appl. No. C-157/15, *Achbita und Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs. G4S Secure Solutions NV*; EuGH v. 14.03.2017, Appl. No. C-188/15, *Bougnaoui und Association de défense des droits de l'homme (ADDH) vs. Micropole Univers*.



gezogen. Dies vereinfacht die Verfolgung eines wichtigen, gemeinsamen Zieles: In zukünftig zu erlassenden Rechtssätzen und Urteilen aller internationalen Gremien sollten die Verfassenden peinlich genau darauf achten, auf möglichst viele unterschiedliche internationale Konventionen Bezug zu nehmen. In den neueren EU-Diskriminierungs-Richtlinien wurde dies lobenswert umgesetzt<sup>77</sup>. Denn je mehr nicht direkt justiziable Konventionen erwähnt sind, desto breiter können sich Einzelkläger in einem späteren Verfahren abstützen. Dies ist wiederum nur möglich, sofern bei allen miteinbezogenen Konventionen der einheitliche Menschenrechtsbegriff verfolgt wird.

Grundsätzlich eignen sich die detailliert formulierten Rechtssätze der internationalen Gremien jedoch durchaus, um die Interpretationsspielräume der EMRK-Artikel zu füllen. Sie beinhalten über das ganze sozialrechtliche Spektrum Werte, die in verschiedenste Sachverhaltskonstellationen einfließen können.

### 1.3. Juristischer Ablauf

In den ersten Artikeln der EMRK erkennt man anhand des Wortlautes nur in den Art. 4 und 11 (Verbot der Sklaverei resp. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) einen wirklichen Bezug zum Arbeitsrecht<sup>78</sup>. Bei der Gründung bestand die Aufgabe der EMRK darin, die klassischen Freiheitsrechte zu schützen. Die Sozialrechte sind klar getrennt in der Sozialcharta abgefasst.<sup>79</sup> Spätestens seit dem *Demir und Baykara*-Urteil<sup>80</sup> hat der EGMR verdeutlicht, dass er auch sozialrechtliche Streitigkeiten entscheidet. Das Gericht proklamiert somit einen unteilbaren Menschenrechtsbegriff. Frei nach LÖRCHER: Freiheitsrechte können nicht voll genossen werden, wenn die Sozialrechte nicht garantiert sind.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Bspw. RL 2000/78/EG, s. 1.2.5.

<sup>78</sup> MANTOUVALOU VIRGINIA, „The Prohibition of Slavery“, in DORSSEMONT FILIP/LÖRCHER KLAUS/SCHÖMANN ISABELLE, „The European Convention on Human Rights and the Employment Relation“ (Oxford and Portland, Oregon 2013).

<sup>79</sup> MANTOUVALOU VIRGINIA, „Are Labour Rights Human Rights?“, in: European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151–172.

<sup>80</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara* vs. Türkei.

<sup>81</sup> LÖRCHER in: DORSSEMONT FILIP/LÖRCHER KLAUS/SCHÖMANN ISABELLE, „The European Convention on Human Rights and the Employment Relation“ (Oxford and Portland, Oregon 2013), S. 11.

Klagende müssen darauf achten, dass eine allfällige EMRK-Verletzung schon im innerstaatlichen Verfahren gerügt wird. Ansonsten besteht die Gefahr, dass auf die Klage nicht eingetreten wird. Eine weitere Voraussetzung lautet, dass keine ordentlichen innerstaatlichen Rechtsbehelfe mehr erhoben werden können.

Die offene Formulierung der Artikel führt dazu, dass die Schutzbereiche sehr weit ausgelegt und viele unterschiedliche Sachverhalte darunter subsumiert werden können. So ist es gängige Praxis, dass unter dem Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) auch der Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz verstanden wird.<sup>82</sup> Diese Auslegung scheint lebensnah. Der Schutzbereich wird jedoch sogar auf den Zugang und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, selten gar auf eine Wiedereinstellung<sup>83</sup> ausgedehnt. Argumentiert wird, dass das Knüpfen von sozialen Beziehungen am Arbeitsplatz ein wichtiger Bestandteil der persönlichen Entfaltung sei. Diese Auslegung erstaunt positiv, zumal die EMRK selbst weder ein Recht auf Anstellung noch einen Anspruch auf Kündigungsschutz kennt.<sup>84</sup> Da sich in diesem Artikel jedoch keine direkten Bezüge zum Arbeitsrecht erkennen lassen, muss er mit Hilfe einer der in Punkt 1.2 genannten Konventionen ausgelegt werden.

Das Gericht will die EMRK „praktisch und effektiv, nicht theoretisch und illusorisch“<sup>85</sup> anwenden und sieht die EMRK nicht als geschlossenen Rahmen. Sie soll nicht nur durch innere Anhaltspunkte ausgelegt werden können. Der Rahmen soll vielmehr mit Inhalten gefüllt werden, um dem Menschenrechtsbegriff von Fall zu Fall möglichst gerecht zu werden.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz* vs. Deutschland; siehe auch EGMR v. 25.03.1998, Appl. No. 23224/94, *Kopp* vs. die Schweiz, Rz 50; EGMR v. 25.06.1997, Appl. No. 20605/92, *Halford* vs. Vereinigtes Königreich; EGMR v. 03.07.2007, Appl. No. 62617/00, *Copland* vs. Vereinigtes Königreich.

<sup>83</sup> LÖRCHER KLAUS, Entlassung eines Richters am Obersten Gerichtshof, Urteil (Ehemalige Fünfte Sektion) vom 9. September 2013 – Nr. 21722/11, *Oleksandr Volkov/Ukraine* – nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 01/2013  
EGMR v. 09.09.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov* vs. Ukraine, Rz. 78-82.

<sup>84</sup> PÄRLI KURT, „Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht“, AJP 2015, S. 1678. Siehe auch PÄRLI KURT, „Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung“, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht EuZA, 1/2015, 48 ff.

<sup>85</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara* vs. Türkei Rz. 66.

<sup>86</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara* vs. Türkei Rz. 67.

„In addition, the Court has never considered the provisions of the Convention as the sole framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein.“

Zusätzlich sollen auch weitergehende, EMRK-externe Normen berücksichtigt werden können.<sup>87</sup> Denn die EMRK sei ein „Living Instrument“<sup>88</sup>, was bedeutet, dass eine EMRK-Bestimmung auf Grundlage der aktuellen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen ausgelegt wird und nicht nach den Bedingungen zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Vorschrift.

Da der Menschenrechtsbegriff, resp. der Diskriminierungsbegriff im internationalen Verhältnis bei allen Rechtssätzen und Gremien als unteilbar gelten soll<sup>89</sup>, sozusagen den kleinsten gemeinsamen Nenner darstellt, müssen alle Begriffe in allen Konventionen gleich definiert und ausgelegt werden. Der EGMR argumentiert weiter, dass er den Wunsch der Mitgliedstaaten ausgemacht habe, den Menschenrechtsbegriff und die Sozialcharta, zu stärken. Diesem Konsens will er gerecht werden, in dem er Sozialrechte fördert.<sup>90</sup>

Konkret „kann und muss“ der EGMR externe internationale Konventionen heranziehen, die Interpretation derselben durch die zuständigen Gremien einfließen lassen und die Praxis der EMRK-Mitgliedstaaten beachten, um EMRK-Bestimmungen korrekt auslegen zu können.<sup>91</sup> Dieses internationale Recht muss nicht zwingend von allen im Verfahren beteiligten Ländern ratifiziert sein, solange es präzise auf den jeweils fraglichen Fall passt und die Prinzipien internationalen Standards entsprechen, beziehungsweise von einer Mehrheit<sup>92</sup> der Vertragsstaaten („*modern societies*“) im inländischen Recht so angewendet werden.<sup>93</sup> MACLACHLAN nennt dies auch das Prinzip des Generalschlüssels.<sup>94</sup>

<sup>87</sup> EGMR v. 28.02.2008, Appl. No. 37201/06, *Saadi vs. Italien*, Rz. 62; EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 35763/97, *Al-Adsani vs. Grossbritannien* Rz. 55, EGMR v. 30.06.2005, Appl. No. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs. Ireland*, Rz. 150.

<sup>88</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara vs. Türkei*, Rz. 68, 146.

<sup>89</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara vs. Türkei* Rz. 66.  
„*Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights...*“.

<sup>90</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara vs. Türkei* Rz. 84.

<sup>91</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara vs. Türkei* Rz. 85.

<sup>92</sup> Gemäss LÖRCHER reicht es wohl schon, dass das Recht in einem Staat so angewendet wird. Wichtig ist, ob ein Trend in eine Richtung ausgemacht werden kann. In: DORSSEMONT, S. 19.

<sup>93</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara vs. Türkei* Rz. 78, 86.

<sup>94</sup> MACLACHLAN CAMPBELL, „The Principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, in: *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 54, No. 2 (April, 2005), S. 279-319.

Diese These wird ebenfalls durch die Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>95</sup> gestützt. Art. 31 besagt, dass [e]in Vertrag [...] nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“ sei (Abs. 1). „ Ausser dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen: [...] **jeder** in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien **anwendbare einschlägige** Völkerrechtssatz.“ (Abs. 3 lit. c).<sup>96</sup> Der letzte Halbsatz wird als „thematisch anwendbar“ verstanden.<sup>97</sup> LÖRCHER argumentiert, dass der Begriff „Völkerrechtssatz“ i.V.m. dem IGH-Statut Art. 38 Abs. 1 lit. c gelesen werden soll, also „[den] allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze[n]“.<sup>98</sup>

Der EGMR war der erste Gerichtshof, welcher diese Passage auf diese Weise las. Die Tatsache, dass dadurch unzähligen internationalen Konventionen Tür und Tor zum Eingang in die EMRK geöffnet wurde, rief viele Kritiker auf den Plan.<sup>99</sup> Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat diese Interpretation des Artikels 31 Abs. 3 lit. c später bestätigt.<sup>100</sup>

Auch ein nicht ratifizierter Rechtssatz stellt die Einstellung der Mitglieder des erlassenden Gremiums dar, da meist eine Zweidrittelmehrheit gegeben sein muss, um einen Rechtssatz zu veröffentlichen. Dies zeigt einen „Trend“ an, was dem EGMR genügt, diesen Rechtssatz zur Auslegung hinzuzuziehen.<sup>101</sup> Könnte der EGMR nur die jeweils ratifizierten Völkerrechtssätze anwenden, würde dies zu einem „Doppelstandard“ führen und der Menschenrechtsbegriff würde aufgeteilt und wäre je nach Partei unterschiedlich.<sup>102</sup> Eine Ratifizierung der Völkerrechtssätze durch die Länder ist somit nicht zwingend notwendig.

<sup>95</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. 05.1969 (WVK), SR 0.111.

<sup>96</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara* vs. Türkei Rz. 67.

<sup>97</sup> Kann im Englischen genauso interpretiert werden: „*Any relevant* rules of international law applicable in the relations between the parties.“

<sup>98</sup> LÖRCHER Methodology, S. 13.

<sup>99</sup> S. 3.4 und 3.5.

<sup>100</sup> CORTEN OLIVER/KLEIN PIERRE, „The Vienna Conventions on the law of treaties“, 1. Auflage (Oxford 2011), S. 828.

<sup>101</sup> LÖRCHER Methodology, S. 14.

<sup>102</sup> „Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law 2006“, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/1\\_9\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf), Rz. 17 ff.

Der Europarat und der EGMR im Speziellen sind nicht durch die Wiener Vertragsrechtskonvention gebunden. Supranationale Organisationen resp. internationale Gremien können nicht Partei sein.<sup>103</sup> Nichtsdestotrotz gelten die WVK Auslegungsrichtlinien als geltendes internationales Recht.<sup>104</sup> Zu betonen ist, dass eine saubere Anwendung der *Demir und Baykara*-Methode gemäss Rz. 85 und 86 des Entscheides, zusätzlich zu einer Referenz zu einem internationalen Rechtssatz, zwingend eines Verweises auf die Interpretation dieses Rechtssatzes durch dessen Aufsichtsgremium sowie zu der aktuellen Praxis in den Mitgliedstaaten bedarf. Wenn ein Urteil „nur“ die integrative Auslegung eines internationalen Rechtssatzes beinhaltet, erfüllt der EGMR seine eigenen Vorschriften nicht. Zugegebenermassen ist ein Verweis auf eine internationale Norm ohne die zwei weiteren Merkmale der häufiger anzutreffenden Alternative vorzuziehen: Dass der EGMR gar keine internationalen Konventionen erwähnt.

Das Gesagte soll nun an einem hypothetischen Beispiel aufgezeigt werden. Vorstellbar wäre der Fall eines älteren Menschen, dem gekündigt worden ist. Er hat auf dem Arbeitsmarkt geringere Chancen als ein jüngerer Arbeitnehmer mit derselben Ausbildung, trotz mehr Berufserfahrung. Die ältere Person kann ihre persönliche Freiheit (Art. 8 EMRK) nicht entfalten, da sie keiner Arbeit mehr nachgehen kann, um sich ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Ausserdem muss sie Kürzungen der Rente hinnehmen. Gemäss EGMR ist der Schutzbereich in diesem Fall tangiert<sup>105</sup>.

Um Art. 8 EMRK auszulegen, könnte beispielsweise die Sozialcharta von 1961, die revidierte Sozialcharta, der UNO-Pakt I, die Richtlinie 2000/78/EG und die ILO-Empfehlung 162<sup>106</sup> betreffend älteren Arbeitnehmern beigezogen werden.<sup>107</sup> Die Sozialcharta verlangt, dass „jedermann [...] die Möglichkeit haben [*muss*], seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen.“<sup>108</sup>

<sup>103</sup> Art. 81 WVK.

<sup>104</sup> LÖRCHER Methodology, S.12, CORTEN OLIVER/KLEIN PIERRE, S. 817.

<sup>105</sup> S. Rz. 82 sowie: PÄRLI Privatsphäre.

<sup>106</sup> Recommendation concerning Older Workers (No. 162) vom 23.06.1980.

<sup>107</sup> Gemäss LÖRCHER sollten Empfehlungen (internationales soft-law) nur zusätzlich zu internationalen Konventionen (internationales hard-law) zur Auslegung herangezogen werden. LÖRCHER Methodology, S. 14-15.

<sup>108</sup> Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Teil I, Ziff. 1.

Gemäss Art. 23 der revidierten Sozialcharta sollen „ältere Menschen“ „aktiv am öffentlichen, sozialen und kulturellen Leben“ teilnehmen können. Der UNO-Pakt verbietet in Art. 2 Abs. 2 jegliche „sonstige“ Diskriminierung, die Richtlinie in Art. 11 spezifisch Diskriminierung aufgrund des Alters. Gemäss Art. 5 lit. b Ziff. ii der ILO-Empfehlung 162 sollte zuerst auf die persönlichen Attribute des Arbeitnehmenden eingegangen und versucht werden, die Arbeit seinen (mit dem Alter vielleicht verschobenen) Stärken anzupassen. Allfällige Kommentare des ILO-Ausschusses müssten auch in den Entscheid einfließen, ebenso wie aktuelle Rechtsprechungen eines Mitgliedstaates zu diesem Thema. So kann der juristisch relevante Teil des Schutzbereiches von Art. 8 EMRK im obigen Beispiel sinnvoll eingegrenzt werden. Welches Instrument der EGMR benutzt und welches nicht, entscheidet er selbst.<sup>109</sup> Um den umfassenden Menschenrechtsbegriff zu stärken ist zu hoffen, dass möglichst viele internationale Sozialrechtskonventionen eingebunden werden.

Somit ergibt sich die arbeitsrechtlich erfreuliche Situation, dass auch Einzelpersonen indirekt von arbeitsrechtlichen Grundsätzen der internationalen Sozialrechtstandards profitieren können. Dieser Prozess wird die integrative Auslegung oder auch dynamische Auslegung genannt.

#### **1.4. Folgen eines EMRK Urteils**

Der EGMR kann keine nationalen Urteile oder Gesetze kassieren oder reformieren, er stellt bloss eine Konventionsverletzung fest.<sup>110</sup> Trotzdem sind die Urteile für die Vertragsstaaten bindend (Art. 46 EMRK). Sie haben Massnahmen zu ergreifen, die zur Beendigung und Wiedergutmachung der Verletzung führen. Ausserdem gilt es, die erneute Verletzung der Konvention aufgrund eines ähnlichen Sachverhalts zu vermeiden<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> EGMR v. 27.04.2010, Appl. No. 7/08 *Tanase vs. Moldawien* Rz. 176: „It is for the Court to decide which international instruments and reports it considers relevant and how much weight to attribute them.“

<sup>110</sup> EGMR v. 12.06.1979, Appl. No. 6833/74, *Marckx vs. Belgien*, Rz. 58; HAEFLIGER ARTHUR, SCHÜRMANN FRANK, „Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz“, in: MÜLLER MARKUS/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), „Kleine Schriften zum Recht, 2. Auflage“, (Bern 2014).

<sup>111</sup> POLAKIEWICZ JÖRG, „Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“, in: FROWEIN JOCHEN ABR./STEINBERGER HELMUT/WOLFRUM RÜDIGER (Hrsg.), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 112, (Heidelberg, 1993), S. 51.

Da in der Schweiz bezüglich internationalem Recht das monistische System herrscht<sup>112</sup>, genießt die Rechtsprechung des EGMR, ebenso wie die EMRK selbst, in der Schweiz Verfassungsstatus und selbstverständlich unmittelbare Rechtsgültigkeit.<sup>113</sup> Die Urteile des EGMR entfalten direkt Rechtskraft und müssen von allen Schweizer Behörden im Einzelfall befolgt werden und vor Gericht als Präzedenzfall gelten.<sup>114</sup> Als Kläger kann man sich demnach direkt vor den schweizerischen Behörden auf einen EGMR-Entscheid berufen.<sup>115</sup> Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur EMRK dürften die Urteile des EGMR im Konfliktfall sogar Vorrang vor Bundesgesetzen haben<sup>116</sup>.

Obwohl ein Urteil gemäss Wortlaut von Art. 46 EMRK nur für den am Verfahren beteiligten Staat verbindlich ist, so kommt ihm doch „Orientierungswirkung“<sup>117</sup> oder „autorité jurisprudentielle“<sup>118</sup> zu. Wenn die nicht beteiligten EGMR Staaten ihre Gesetze nicht der neusten Kasuistik anpassen, laufen sie Gefahr, wegen desselben Missstandes ebenfalls gerügt zu werden. Aufgrund des nunmehr existierenden Präzedenzfalles vereinfacht sich die Situation für allfällige Kläger erheblich. Obwohl dieses Prinzip nicht von allen Staaten anerkannt ist, hat sich der Bundesrat<sup>119</sup> und auch das Bundesgericht<sup>120</sup> wiederholt dafür ausgesprochen, dass sich Klagende auch auf EMRK-Urteile anderer Staaten berufen können. Dies sollte für die Schweizer Gerichte und Gesetzgeber Ansporn genug sein, die aktuelle EGMR-Rechtsprechung zu würdigen und die Praxis sowie die Gesetze ihrem Auftrag entsprechend anzupassen.<sup>121</sup>

<sup>112</sup> RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, „Schweizerisches Verfassungsrecht“, 2. Erweiterte Auflage, (Basel, 2009), S. 725.

<sup>113</sup> BESSON SAMANTHA, „Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse“, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz/La CEDH et la Suisse: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern/Exposés du séminaire du 5 Juin 2009 à Berne, (St. Gallen 2010), S. 125–199.

<sup>114</sup> AEMISEGGER HEINZ, Rechtsprechung, S. 117; BESSON SAMANTHA, S. 141 f. und 181.

<sup>115</sup> Urteil des Bundesgerichts 5F\_6/2008 vom 18. Juli 2008, BESSON SAMANTHA, S. 142, a.A. VILLIGER MARK E., „Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage“, 2. Auflage, (Zürich, 1999).

<sup>116</sup> BESSON SAMANTHA, S. 142.

<sup>117</sup> RESS GEORG, „Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane“, in: EuGRZ 23 (1996), S. 350–353.

<sup>118</sup> BESSON SAMANTHA, S. 138.

<sup>119</sup> Zusatzbericht des Bundesrates vom 6. Juli 1983, VPB 47.58, S. 368

<sup>120</sup> Vgl. BGE 130 II 377, S. 380 E. 3.1; BGE 129 I 139, S. 141 E. 2; BGE 123 II 193, S. 198 E. 3c.

Gemäss NYFFELER<sup>122</sup> sind nach einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR auf folgenden Stufen Anpassungen vorzunehmen:

#### **1.4.1. Im Einzelfall: Revision eines Bundesgerichtsurteils**

Verletzt ein Urteil die EMRK, gilt dies gemäss Art. 122 BGG<sup>123</sup> als Revisionsgrund. Eine Entschädigung genügt nicht in allen Fällen, um das entstandene Unrecht wiedergutzumachen.<sup>124</sup>

#### **1.4.2. Praxisänderung**

Um repetitive Konventionsverletzungen zu verhindern, gilt es die rechtliche Situation der nationalen Rechtssphäre anzupassen. Dazu gehört als mittelfristige Lösung die Praxisänderung.<sup>125</sup> Diese wird einer Gesetzesänderung in den meisten Fällen vorgezogen, da nicht zuerst die gesamte gesetzgeberische Maschinerie ins Rollen gebracht werden muss. Dies ist zwar effizient und ändert die rechtliche Situation, korrekterweise müssten die Änderungen aber längerfristig, gemäss dem nächsten Punkt, auf Gesetzesebene umgesetzt werden.

#### **1.4.3. Gesetzesänderung oder -aufhebung**

Eine konventionsverletzende Norm dauerhaft nicht mehr anzuwenden wäre aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich, weshalb eine Reform auf gesetzgeberischer<sup>126</sup>, wenn nötig auch auf verfassungsmässiger<sup>127</sup>, Ebene angestrebt werden muss.

In der Schweiz waren bereits verschiedentlich Änderungen nötig, um die schweizerische Rechtsordnung in Einklang mit der Gerichtspraxis des EGMR

<sup>121</sup> NYFFELER SARAH, „Völkerrecht vor Landesrecht« – Die Bedeutung der Gerichtspraxis des EGMR“, IFF Working Paper Online No 14, (Freiburg April 2016), S. 16

<sup>122</sup> NYFFELER SARAH, Rz. 4.3.2.2-4.3.2.4

<sup>123</sup> Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005, SR. 173.110.

<sup>124</sup> AEMISEGGER HEINZ, Rechtsprechung, S. 57; HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, „Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis“, 2. Auflage, (Bern 1999), S. 429; BUNDESRAT, 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bericht des Bundesrates vom 19. Dezember 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 vom 12. Dezember 2013, S. 394.

<sup>125</sup> BESSON SAMANTHA, S. 139 und 158; HAEFLIGER ARTHUR, SCHÜRMAN FRANK: „Kleine Schriften“ S. 66.

<sup>126</sup> BESSON SAMANTHA, S. 159 f. und 182 f.; HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, Bedeutung, S. 427; POLAKIEWICZ JÖRG, S. 162.

<sup>127</sup> POLAKIEWICZ JÖRG, S. 159; vgl. BESSON SAMANTHA, S. 160.



zu bringen. Diese waren zum Zeitpunkt der Verurteilung durch den EGMR meist schon im Gange oder geplant.<sup>128</sup> So erfolgte auf kantonaler Ebene eine Welle von Totalrevisionen der Kantonsverfassungen. Die Strafprozessordnung<sup>129</sup> wurde vereinheitlicht, mit vom EGMR festgelegten Mindeststandards, wie z.B. dem Recht auf einen Anwalt in Untersuchungshaft („Anwalt der ersten Stunde“).<sup>130</sup> Auch in der Bundesverfassung vom 18.04.1999 sind Auswirkungen der EMRK festzustellen. So decken sich die neu formulierten Grundrechte (Art. 7 ff. BV) materiell weitestgehend mit den EMRK-Garantien.<sup>131</sup> Ein weiteres Beispiel ist das vor ein paar Jahren verabschiedete neue Namensrecht, das Mann und Frau bei der Wahl des Familiennamens gleich behandelt. Die Schweiz wurde deswegen bereits zwei Mal in Strassburg gerügt. Auch das Steuerrecht wurde angepasst: Erben von Schwarzgeld sind heute von Steuerbussen befreit. Derzeit sind zwei Anpassungen aufgrund neuerer Urteile in Vorbereitung. So hat das Parlament eine Rechtsgrundlage geschaffen, damit Sozialversicherungen weiterhin Detektive einsetzen dürfen, um mutmassliche Betrüger überwachen zu lassen.<sup>132</sup> Zudem ist eine Änderung bei der Invalidenversicherung vonnöten, da der EGMR erkannte<sup>133</sup>, dass die aktuelle Regelung Teilzeit arbeitende Frauen bei der Bemessung der IV-Renten diskriminiert.<sup>134</sup>

Nach SCHMID liegt die Umsetzung von internationalen Normen und Urteilen auch beim kantonalen Gesetzgeber. Notfalls kann er gerichtlich zum Tätigwerden gezwungen werden.<sup>135</sup> Der Bund hat die Pflicht alle Massnahmen zu ergreifen, dass die Kantone Bundesrecht (und damit auch Völkerrecht) korrekt umsetzen<sup>136</sup>. Bei totaler Unterlassung des kantonalen Gesetzgebers

<sup>128</sup> BUNDESRAT, 40 Jahre EMRK, S. 394.

<sup>129</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 05.10.2007, SR. 312.0.

<sup>130</sup> Dies wurde im Entscheid EGMR v. 27.11.2008, Appl. No. 36391/02, *Salduz vs. Türkei* festgehalten.

<sup>131</sup> AEMISEGGER HEINZ, „Rechtsprechung“, S. 117.

<sup>132</sup> „Parlament erlaubt Überwachung von Versicherten“, 12.03.2018, Quelle:

[https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2018/20180312184523161194158159041\\_bsd171.aspx](https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2018/20180312184523161194158159041_bsd171.aspx) (14.03.2018).

<sup>133</sup> EGMR v. 02.02.2016, Appl. No. 7186/09, *Di Trizio vs. Schweiz*.

<sup>134</sup> <https://www.nzz.ch/schweiz/schweiz-und-emrk-wie-strassburg-schweizer-recht-praegt-ld.145592>.

<sup>135</sup> SCHMID EVELYNE, „Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen“, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Band 135, 2016 I., S. 10. Siehe auch BGE 137 I 305, 315.

<sup>136</sup> Art. 49 Abs. 2 BV.

kann der Bund nach Fristansetzung Ersatzvornahmen in Form von Verordnungen treffen<sup>137</sup>, jedoch nur bei gravierenden Verletzungen von völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen.<sup>138</sup>

In „nur“ 94 der 153 zugelassenen Fälle hat der Gerichtshof eine Verletzung der Konvention durch die Schweiz festgestellt. Dies entspricht in etwa 61% der eingereichten Beschwerden.<sup>139</sup> Die Missstände werden fast immer relativ schnell behoben. Im Vergleich zu anderen Ländern sind diese Zahlen bescheiden. Russland wird in 95% der Fälle verurteilt, auch die Ukraine, Türkei, Ungarn, Rumänien und Italien sind geradezu "Stammkunden" am EGMR, da sie die Vorgaben nicht umsetzen und deshalb viele repetitive Fälle generieren.<sup>140</sup>

## 2. Die integrative Auslegung in der Praxis

### 2.1. Art. 2 EMRK (Recht auf Leben)

#### **EGMR v. 09.06.2009, Appl. No. 33401/02, Opuz vs. Türkei**

Frau Opuz und ihre Mutter waren jahrelang Opfer häuslicher Gewalt. Sie ersuchten des Öfteren staatliche Hilfe. Der gewalttätige Ehemann konnte über Jahre hin nicht effizient von der Klägerin und ihrer Mutter ferngehalten werden. Nach mehreren gemeldeten Todesdrohungen, die jedoch von Seiten der Polizei keine Konsequenzen nach sich zogen, setzte der Mann seine Worte in die Tat um und ermordete Mutter Opuz. Dafür wurde er zu insgesamt 15 Jahren Gefängnis verurteilt. Aufgrund verbüsster Untersuchungshaft war er jedoch schon bald wieder auf freien Fuss. Der Mann bedroht die Frau seitdem weiterhin.

Der EGMR zog zur Auslegung das CEDAW sowie die Berichte des CEDAW-Ausschusses bei.<sup>141</sup> Die Einstellung der Mitgliedstaaten bezüglich der Gewalt an Frauen wird in einer Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates

<sup>137</sup> TSCHANNEN PIERRE, „Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft“, 3. Auflage (Bern 2011), S.357.

<sup>138</sup> SCHMID EVELYNE, S.16.

<sup>139</sup> Liste aller Fälle: <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle/> (14.03.2018).

<sup>140</sup> BONDOLFI SYBILLA, „EGMR und die Schweiz – eine Hassliebe“, [https://www.swissinfo.ch/ger/-politik/menschenrechte\\_bei-den-fremden-richtern-von-strassburg/43265180](https://www.swissinfo.ch/ger/-politik/menschenrechte_bei-den-fremden-richtern-von-strassburg/43265180), 03.07.2017 (14.03.2018).

aufgezeigt.<sup>142</sup> Bezug genommen wird auch auf die interamerikanische Kommission für Menschenrechte. Zuletzt wird ein innereuropäischer Rechtsvergleich gezogen.

Durch den Einbezug der CEDAW-Normen und deren Auslegung durch den CEDAW-Ausschuss hat der EGMR entschieden, dass die ineffiziente türkische Gesetzgebung schuld am Tod von Frau Opuz' Mutter sei.<sup>143</sup> Da häusliche Gewalt zu einem Grossteil Frauen betrifft und ihnen nicht effizient geholfen werden kann, ist zusätzlich eine Diskriminierung wegen des Geschlechts gemäss Art. 14 EMRK einschlägig.

### **EGMR v. 05.12.2013, Appl. No. 52806/09 und 22703/10, Vilnes u.a. vs. Norwegen**

Mehrere Tiefseetaucher, die unter Spätfolgen ihrer Tätigkeit leiden, klagten gegen Norwegen. Das Land habe seine Schutzpflichten verletzt, in dem es die jeweiligen Arbeitgeber zu wenig kontrolliert habe.

Der EGMR hat das Prinzip der integrativen Auslegung *nicht* angewandt. Es hätte auf folgende Normen Bezug nehmen können.<sup>144</sup>

Für Norwegen verbindliche Normen:

- UNO- Pakt I (Art. 7 lit. b: sichere und gesunde Arbeitsbedingungen)
- ILO-Übereinkommen Nr. 81 zur Arbeitsaufsicht
- ILO Übereinkommen Nr. 155 (Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt, 1981) (Art. 12 lit. b und c)
- Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC, Art. 3 Abs. 2 und 3: Rechtsvorschriften erlassen und Kontrollmassnahmen durchführen).
- Rahmenrichtlinie 89/391/EWG<sup>145</sup> (Art. 6 Abs. 1, 8 Abs. 2 , 10 Abs. 1 lit. a und b und vor allem Art. 12 („Unterweisung der Arbeitnehmer“))

<sup>141</sup> EGMR v. 09.06.2009, Appl. No. 33401/02, *Opuz vs. Türkei*, Rz. 73, 74; z.B. UN doc. CEDAW/C/TUR/4-5 and Corr.1, 15 February 2005, Rz. 28.

<sup>142</sup> Rz. 80, CEDAW-Recommendation Rec(2002)5 „on the protection of women against violence“, 30.04.2002.

<sup>143</sup> EGMR v. 09.06.2009, Appl. No. 33401/02, *Opuz vs. Türkei*, Rz. 164.

<sup>144</sup> LÖRCHER KLAUS, „Arbeitsschutz durch Information, Urteil vom 5. Dezember 2013 – Nrn. 52806/09 und 22703/10 – *Vilnes u. a./Norwegen*, nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 01/2014.

<sup>145</sup> für Norwegen verbindlich (gem. Art. 67 Abs. 2 EWR-Abkommen i. V. m. Anhang XVIII).

Für Norwegen nicht verbindliche Normen:

- ILO-Übereinkommen 187 (Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz, Art. 3 und 4)
- Revidierte Europäische Sozialcharta (Art. 3 Abs. 1 und 4 RESC (Nationale Politik, betriebsärztliche Dienste)
- EU-Grundrechtecharta (Art. 31 Abs. 1)

Schliesslich wurde Norwegen verurteilt – jedoch wegen einer Verletzung von Art. 8 EMRK, weil das Land den Tauchern keine ausreichenden Informationen über die Langzeitgefahren des Tauchens zur Verfügung gestellt habe. Es entsteht der Eindruck, dass eine Verurteilung wegen einer Verletzung von Art. 2 EMRK möglich gewesen wäre – hätte der EGMR die internationalen Normen einfließen lassen. Denn die mangelnde Kontrolle durch den norwegischen Staat hatte zur Folge, dass die Tiefseetaucher im Alter unter chronischen, lebensverkürzenden Krankheiten leiden.

## 2.2. Art. 4 (Verbot der Zwangsarbeit)

### **EGMR v. 04.06.2015, Appl. No. Nr. 51637/12, Chitos vs. Griechenland**

Herr Chitos kam in den Genuss einer von der griechischen Armee finanzierten medizinischen Ausbildung zum Anästhesisten. Im Gegenzug musste er sich verpflichten, die dreifache (später zweifache) Dauer seiner Ausbildung beim Militär zu absolvieren. Als er mit 37 Jahren das Militär verlassen wollte, hätte er noch neun Jahre arbeiten sollen oder wahlweise eine Entschädigung in der Höhe von 107'000€ resp. 50'000€ zahlen müssen.

Der EGMR legte Art. 4 Abs. 3 EMRK mit Hilfe des ILO-Übereinkommens Nr. 29 (Rz. 84), Art. 1 Abs. 2 der ESC (Rz. 85) sowie einer Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats aus (Rz. 86). Es wurde festgestellt, dass die Verpflichtung von Herrn Chitos als freiwilliger Militärdienst galt und somit nicht vom Verbot der Zwangsarbeit ausgenommen ist. Dem Kläger wurde Recht gegeben. Zu bemängeln gilt, dass der EGMR im Urteil methodisch nicht auf den *Demir und Baykara*-Fall Bezug genommen hat. Auch Art. 8 des UNO- Paktes II (bzgl. Zwangsarbeit) blieb unerwähnt.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> LÖRCHER KLAUS, Anm. unter III., „Erschwerende Einzelfallumstände (wie Gerichtsentscheidungen widersprechende deutlich überhöhte und nicht vollziehbare finanzielle Forderungen) im Rahmen einer sonst zulässigen Rückzahlungsverpflichtung von Ausbildungszeiten können das Verbot der Pflichtarbeit verletzen.“, in: HUGO SINZHEIMER

### 2.3. Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)

Obwohl viele sozialrechtliche Fälle Art. 6 EMRK betreffen, wird die dynamische Auslegung selten angewendet. Die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich kann als relativ fortgeschritten beschrieben werden, wodurch der Einbau von weitergehenden internationalen Normen meist überflüssig erscheint. Nichtsdestotrotz wäre es hinsichtlich einer Weiterentwicklung der sozialrechtlichen Standards ein Gewinn, wenn der EGMR z.B. im Fall *Maggio vs. Italien*<sup>147</sup> dennoch auf einige internationale Normen verweisen würde. Der Fall handelte von italienischen Arbeitnehmern, welche in der Schweiz arbeiteten. Bei der Berechnung ihrer Pension wurden sie vom italienischen Staat benachteiligt. Der Art. 12 Abs. 4 lit. a der revidierten Sozialcharta fordert „Gleichbehandlung [der] Staatsangehörigen anderer Vertragsparteien [...] hinsichtlich der Ansprüche aus der sozialen Sicherheit“. Daraus könnte analog geschlossen werden, dass auch kein Arbeitnehmer ungleich behandelt werden darf, der in einem anderen Staat arbeitet. Die internationalen Standards zur Berechnung einer Rente finden sich in Art. 65 ff. der ILO-Konvention 102 über die soziale Sicherheit<sup>148</sup>, welche von Italien ratifiziert ist.<sup>149</sup> Die Klagenden haben Recht erhalten. Für zukünftige, ähnlich gelagerte Fälle wäre es jedoch von Vorteil gewesen, wenn der EGMR zumindest auf die ILO-Konvention 102 Bezug genommen hätte. Somit wäre eine erleichterte Argumentation möglich gewesen, was auch die Rechtssicherheit gestärkt hätte.

### 2.4. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)

#### EGMR v. 05.09.2017, Appl. No. 61496/08, *Barbulescu vs. Rumänien*

Herr Barbulescu benutzte während der Arbeitszeit den firmeninternen Messenger zu privaten Zwecken. Der Arbeitgeber hat dies unangekündigt überwacht und den Arbeitnehmer daraufhin entlassen. Wiederum hat der EGMR den Begriff des Privatlebens weit ausgelegt (Rz. 70).

---

INSTITUT NEWSLETTER 2/2015.

<sup>147</sup> EGMR v. 31.05.2011, Appl. No. 46286/09, *Maggio vs. Italien*.

<sup>148</sup> ILO-Konvention 102, Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952, in Kraft seit dem 27.04.1955.

<sup>149</sup> In Kraft seit dem 08.06.1956, Quelle:

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247)

[p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312247](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247) (14.03.2018).

Gemäss den Rz. 38-54 des Entscheides werden zur Auslegung des Art. 8 folgende internationalen Normen beigezogen:

- UNO-Resolution zur Regulierung persönlicher Daten.<sup>150</sup>
- UNO-Resolution zur Privatsphäre im digitalen Zeitalter.<sup>151</sup>
- ILO-Leitfaden zum Schutz persönlicher Daten von Arbeitern.<sup>152</sup>
- Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>153</sup>, seit Juni 2002 in Rumänien in Kraft.
- Empfehlung des Europarat Ministerkomitees zur Verarbeitung von persönlichen Daten im arbeitsrechtlichen Kontext.<sup>154</sup>
- EU-Recht: Grundrechtecharta, Datenschutzrichtlinie.<sup>155</sup>
- Stellungnahme der „Artikel-29-Datenschutzgruppe“ (G29)<sup>156</sup> von 2001.<sup>157</sup>
- Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Datenschutzrichtlinie.
- Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).
- Die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten wird verglichen.

In der Schlussfolgerung geht der EGMR genau auf den Einzelfall ein, verweist jedoch einige Male auf die genannten internationalen Normen (Rz. 121 Ziff. iii, 133). So soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer informieren müssen, wenn er seine E-Mails überwacht. Diese Erkenntnis wird durch den ILO-Leitfaden, die Empfehlung des Ministerrates und dem Rechtsvergleich in den Mitgliedstaaten untermauert. Die rumänischen Gerichte haben dem keine Rechnung getragen,

<sup>150</sup> „Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files“, aufgenommen von der Generalversammlung in Resolution 45/95 (A/RES/45/95) vom 14.12.1990.

<sup>151</sup> „The right to privacy in the digital age“, aufgenommen von der Generalversammlung in Resolution 68/167 (A/RES/68/167) vom 18.12.2013.

<sup>152</sup> „Protection of worker’s personal Data“, ILO Code of Practice, 1997.

<sup>153</sup> Strassburg/Strasbourg, 28.01.1981.

<sup>154</sup> Recommendation CM/Rec(2015)5, 01.04.2015.

<sup>155</sup> RL 95/46/EG, 23.11.1995.

<sup>156</sup> Die G29 ist das unabhängige Beratungsgremium der Europäischen Kommission in Fragen des Datenschutzes. Sie wird auf Grund von Art. 29 der Datenschutzrichtlinie eingesetzt. Quelle: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/artikel-29-datenschutzgruppe-aktuelle-und-kuenftige-leitlinien-zur-dsgvo/> (14.03.2018).

<sup>157</sup> Opinion 8/2001, <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm> (14.03.2018).

womit Rumänien seinen Schutzpflichten nicht nachgekommen ist und Art. 8 EMRK verletzt hat.

In seinem ersten Entscheid bezüglich der digitalen Überwachung eines Arbeitnehmers durch einen privatrechtlichen Arbeitgeber begegnet der EGMR der neuen Situation offen und dynamisch. Anstatt eigene Standards zu erstellen, was zu einem „Doppelstandard“ zwischen den internationalen Gremien führen würde, integriert er UNO-, ILO- und EU-Normen und passt seine Rechtsprechung an.

### **EGMR v. 09.09.2013, Appl. No. 21722/11, Volkov vs. Ukraine**

Der Fall des ukrainischen Richters Volkov ist insofern von grosser Bedeutung, als dass zum ersten Mal ein menschenrechtlicher Kündigungsschutz im Rahmen der EMRK garantiert wurde. Zudem wurde dem Kläger ein Wiedereinstellungsanspruch zugebilligt, was einen „historischen Schritt“ für die arbeitsrechtliche Durchsetzung auf internationaler Ebene bedeutet.<sup>158</sup>

Zur Entscheidungsfindung zog der EGMR die gemeinsame Stellungnahme der Venedig-Kommission<sup>159</sup> und des Generaldirektorats für Menschenrechte sowie einen Bericht des Menschenrechtskommissars bei. Auch wurde ein Rechtsvergleich in den Mitgliedstaaten erhoben.<sup>160</sup>

### **EGMR v. 17.11.2015, Appl. No. 36656/14, Dolopoulos vs. Griechenland**

Der Fall betrifft den griechischen Bankangestellten Dolopoulos, welcher Griechenland vorwarf, ihn bei der Arbeit nicht genug vor psychischen Schäden bewahrt zu haben. Nach dem Vorwurf, illegale Geschäfte für einen Kunden getätigt zu haben, wurde er mehrmals versetzt und schliesslich in einem Büro im Treppenhaus ohne Arbeitsaufgaben, Kollegen, Computer oder Telefon „neben dem Recycling-Müllbehälter“ (Rz. 14) einquartiert. Der Kläger hat gerügt, dass Griechenland die arbeitsbezogenen psychischen Krankheiten nicht in der Liste der Berufskrankheiten aufführt.

<sup>158</sup> LÖRCHER KLAUS, Entlassung eines Richters am Obersten Gerichtshof, Urteil (Ehemalige Fünfte Sektion) vom 9. September 2013 – Nr. 21722/11, Oleksandr Volkov/Ukraine – nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 01/2013.

<sup>159</sup> S. 1.2.2.

<sup>160</sup> EGMR v. 09.09.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov vs. Ukraine*, Rz. 78-82.

Wiederum hat der EGMR die integrative Auslegung nicht wie im *Demir und Baykara*-Urteil gefordert angewandt. Auf die Auslegung der Überwachungsgremien der angewandten internationalen Rechtssätze wurde verzichtet. Zumindest wurden einige erwähnt:

- ILO-Empfehlung Nr. 194 betreffend die Liste der Berufskrankheiten sowie die Aufzeichnung und Meldung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von 2002.
- Allgemein: Empfehlung 2003/670/EG der EU-Kommission v. 19.9.2003 über die Europäische Liste der Berufskrankheiten (Abl. Nr. L 238/28 v. 25.9.2003)
- Antidiskriminierungs-Richtlinien 2006/54/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG,
- Art. 26 RESC (Recht auf Würde am Arbeitsplatz), von Griechenland nur unterzeichnet zum Zeitpunkt des Urteils.<sup>161</sup>

Es fehlen:

- Ratifiziert: ILO-Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit (Teil VI. Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten).
- Nicht ratifiziert: Übereinkommen Nr. 121 über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten.

Der EGMR verneinte eine Verletzung des Rechtsguts des Klägers. Nur weil die Liste der Berufskrankheiten in Griechenland die arbeitsbezogenen psychischen Probleme nicht aufführt, habe der Kläger dennoch einen innerstaatlichen Rechtsbehelf zur Verfügung gehabt, um sich in der Situation zu schützen. Der Gerichtshof hat die Möglichkeit verpasst, psychische Krankheiten, wie von der ILO gefordert<sup>162</sup>, für alle Mitgliedstaaten verbindlich als mögliche Berufskrankheiten zu klassifizieren.

## **2.5. Art. 9 EMRK (Gedankens-, Gewissens-, und Religionsfreiheit)**

### **EGMR v. 15.01.2013, Appl. No's. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, Ewaida u.a. vs. Grossbritannien**

In dieser Entscheidung hat der EGMR vier Fälle zusammengelegt. Der Erste betraf Frau Ewaida, eine Bodenmitarbeiterin der British Airways am Flughafen London Heathrow. Für das in Kontakt mit der Öffentlichkeit tretende Personal

<sup>161</sup> am 18.3.2016 aber auch ratifiziert.

<sup>162</sup> ILO-Empfehlung Nr. 194 betreffend die Liste der Berufskrankheiten sowie die Aufzeichnung und Meldung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von 2002, 2.4.2.



war eine spezielle Dienstkleidung vorgesehen. Religiöse Kleidungsstücke oder Symbole mussten unter der Kleidung getragen werden, ausser es lag eine Genehmigung der Geschäftsleitung vor. Eine generelle Ausnahme wurde für männliche Angestellte gemacht, welche der Sikh Religion angehörten. Sie durften ihre Arbeit mit Turban verrichten. Frau Ewaida trug dennoch ein Kreuz sichtbar über der Uniform, woraufhin sie beurlaubt wurde. Darauf änderte British Airways das Reglement hinsichtlich der Dienstuniform. In der Folge nahm Frau Ewaida ihre Tätigkeiten wieder auf, jedoch weigerte sich der Arbeitgeber, sie für die beurlaubte Zeit zu entlohnen. Aufgrund dessen wurde eine Verletzung von Frau Ewaida's Religionsfreiheit bejaht.

Auch Frau Chaplin wurde das Tragen des Kreuzes an einer Halskette verboten. Sie arbeitete in einem Krankenhaus, wo der Hygieneaspekt schwer zu gewichten ist. Es wäre ihr gestattet gewesen, das Kreuz sichtbar an der Krankenhauskleidung anzubringen, verpackt in einer sterilen Plastikhülle und ohne Kette. So wurde die Beschwerde aus hygienetechnischen und gesundheitlichen Gründen – nicht aus religiösen wie der EGMR betonte – abgewiesen.

Dem dritten und vierten Fall liegt ein anderes Problem zu Grunde. Die beiden streng katholischen Beschwerdeführer hatten sich geweigert, eine vom Arbeitgeber geforderte Arbeitshandlung auszuführen, da diese nicht mit ihrem Glauben vereinbar waren. Frau Ladele war Standesbeamtin und vertrat den Standpunkt, dass sie homosexuelle Paare nicht trauen könne. Herr McFarlane, Paartherapeut, weigerte sich ebenfalls, homosexuelle Paare zu behandeln. In beiden Fällen wurde eine Verletzung der Rechte der Klagenden verneint. Die Religionsfreiheit ist nur soweit geschützt, als dass sie nicht selber diskriminiert.

Auf EMRK-externe Konventionen wurde im gesamten Entscheid nicht verwiesen. Im *Ewaida*-Fall hätte sich angesichts des Umstandes, dass männliche Sikhs ihre Arbeit mit Turban verrichten können, ein Verweis auf das CEDAW und die Sprüche des CEDAW-Ausschusses angeboten. In allen Fällen wäre ein Verweis auf das ILO-Übereinkommen Nr. 158<sup>163</sup>, die Revidierte Europäische Sozialcharta in Art. 24, die EU-Grundrechtecharta Art. 30, die EU-

---

<sup>163</sup> ILO-Konvention 158, „Termination of Employment“, vom 23.11.1985.

Diskriminierungsschutzrichtlinien sowie auf das ILO-Übereinkommen Nr. 111 sinnvoll erschienen, da alle Konventionen den Bestand des Arbeitsverhältnisses näher definieren und Diskriminierung verbieten. Hätte der EGMR bei der Auslegung von Art. 9 EMRK die genannten Konventionen integriert, wäre m.E. eine objektivere Argumentation seitens des EGMR möglich gewesen. Somit hätten sich Klagende in einem ähnlich gelagerten, zukünftigen Fall auf eine breitere Argumentation abstützen können, was die Rechtssicherheit gestärkt hätte.

## **2.6. Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung)**

### **EGMR v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch vs. Deutschland**

Dieser Fall behandelt das relativ neuartige Phänomen des *Whistleblowings*. Der Beschwerdeführerin wurde ihre Stelle als Altenpflegerin fristlos gekündigt, nach dem sie gegen ihre Arbeitgeberin eine Strafanzeige wegen Mängeln in der institutionellen Pflege erstattet hatte. Aufgrund des Personalmangels sei eine ausreichende hygienische Grundversorgung nicht mehr gewährleistet gewesen. Das Gericht zog zur Anwendung des Rechts auf Meinungsäußerungsfreiheit im Arbeitsverhältnis folgende internationale Normen bei:

- Die Entschliessung 1729 und 1916 von 2010 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über „den Schutz von Informanten“.
- Die revidierte Europäische Sozialcharta (Art. 24) plus Anhang (von Deutschland unterzeichnet, nicht ratifiziert).
- Übereinkommen Nr. 158 der ILO über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber vom 23.11.1985 (Art. 5) (von Deutschland nicht ratifiziert).
- Das Strafrechts- und das Zivilrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption.
- Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption.

In der Güterabwägung integriert der Gerichtshof die oben genannten internationalen Normen. Meist sind sie der ausschlaggebende Punkt zugunsten von Frau Heinisch. So besagt der Leitfaden der Parlamentarischen Versammlung, „dass in Fällen, in denen nicht vernünftigerweise davon ausgegangen werden könne, dass interne Kanäle funktionieren, auch das externe *Whistleblowing* geschützt sein sollte“ (Rz. 73).

## 2.7. Art. 11 EMRK (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit)

### EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, Demir und Baykara vs. Türkei

Das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht wurden als von Art. 11 EMRK geschützt anerkannt.

Herr Demir war Mitglied, Frau Baykara Präsidentin der türkischen Beamtenengewerkschaft *Tüm Bel Sen*. Als der ausgehandelte Kollektivvertrag nicht eingehalten wurde, wiesen die türkischen Gerichte die Forderungen ab, in dem sie der Gewerkschaft die Rechtspersönlichkeit absprachen. Dagegen erhoben die beiden vor dem EGMR Beschwerde. Zwei Problematiken wurden getrennt voneinander behandelt: Einerseits das Verbot zur Gründung einer Beamtenengewerkschaft und andererseits der rückwirkend für ungültig erklärte Beamtenkollektivvertrag. Folgende internationalen Normen wurden zur Auslegung des Art. 11 EMRK beigezogen.

Für das Koalitionsrecht:

- Das Übereinkommen Nr. 87 der ILO über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (Rz. 37–40).
- Art. 8 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Rz. 41).

Für das Verhandlungsrecht:

- Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes auf Kollektivverhandlungen (Rz. 42 f.).
- Das ILO-Übereinkommen 151 über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (Rz. 44).

Dazu wird - soweit vorhanden - die entsprechende Spruchpraxis der jeweils zuständigen Kontrollorgane erwähnt.

Hinsichtlich der Praxis der Mitgliedstaaten wird auf Art. 5 der von der Türkei nicht ratifizierten revidierten Europäischen Sozialcharta (Rz. 45), die Empfehlung des Ministerrats Nr. R (2000) 6 über den Status öffentlicher Bediensteter in Europa (Rz. 46) und auf Art. 12 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta Bezug genommen. Dazu wird die europäische Praxis dargestellt (Rz. 48). Im Hinblick auf das Verhandlungsrecht der Beamten bezieht sich der EGMR auf die Kollektivrechte in Art. 6 RESC (Rz. 49 f.) sowie

auf das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmassnahmen in Art. 28 EU-GRC.<sup>164</sup>

Der EGMR bejaht eine Verletzung von Art. 11, aufgrund des Verbots eine Koalition zu bilden sowie aufgrund der Tatsache, dass der Beamtenkollektivvertrag rückwirkend für ungültig erklärt wurde. Er anerkennt mit diesem Urteil, dass Kollektivverhandlungsrechte unter den Art. 11 EMRK fallen. Bahnbrechend an diesem Urteil ist jedoch – wie erwähnt – die systematische Anerkennung eines externen Einflusses auf die Auslegung der EMRK.<sup>165</sup>

### **EGMR v. 09.07.2013, Appl. No. 2330/09, Sindicatul “Păstorul Cel Bun” vs. Rumänien**

In diesem Fall war strittig, ob Rumänien einer Gewerkschaft kirchlicher Beschäftigter zu Recht die Registrierung verweigerte. Obwohl das Gericht mehrere internationale Gesetze zur Auslegung von Art. 11 EMRK beizog, wurde die kirchliche Autonomie höher gewichtet. So reichten das ILO-Übereinkommen Nr. 87 zur Vereinigungsfreiheit, die Empfehlung Nr. 200 zum Arbeitsverhältnis (Rz. 56 f.), die von Rumänien ratifizierte Revidierte Europäische Sozialcharta (Rz. 58) sowie Art. 12 EU-Grundrechtecharta sowie verschiedene Artikel der Gleichheits-Richtlinie 2000/78/EG (Rz. 59 f.) und die Rechtslage in den europäischen Staaten (Rz. 61) nicht aus, um die Sonderstellung von Gewerkschaften zu manifestieren. Hingegen wurde der Kirche eine solche zugesprochen, obwohl dazu keine gesetzliche Grundlage existiert.<sup>166</sup>

### **EGMR v. 08.04.2014, Appl. No. 31045/10, RMT vs. Vereinigtes Königreich.**

Im vorliegenden Verfahren hat die Transportarbeiter-Gewerkschaft RMT (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers*) gegen Grossbritannien einerseits bezüglich der sehr restriktiven Vorgaben für eine

<sup>164</sup> LÖRCHER KLAUS, „Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte“, in: Arbeit und Recht (AuR) 7-8, (Frankfurt, 2009), S. 2.

<sup>165</sup> LÖRCHER KLAUS, „Soziale Menschenrechte im individuellen Arbeitsrecht nach Demir und Baykara - am Beispiel von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)“, in: Arbeit und Recht, 2011 Ausgabe 3, S. 88-92.

<sup>166</sup> LÖRCHER KLAUS, „Priester ohne freie Gewerkschaften?, Urteil vom 9. Juli 2013 – 2330/09 – Sindicatul “Păstorul Cel Bun”/Rumänien“, in HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 03/2013.

Urabstimmung geklagt. Andererseits wurde gegen das von der ILO und dem Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte lange kritisierte Verbot eines Sekundärstreiks vorgegangen.

Der EGMR bezog die Aussagen der ILO- und ESC-Gremien zwar in die Entscheidungsfindung ein, mass ihnen aber kein überzeugendes Gewicht bei, „als dass sie für die Beurteilung in diesem Fall entscheidend sein könnten“ (Rz. 101). Der Entscheid ist leicht als „Affront“ gegen die Gremien zu verstehen. Jedoch anerkennt der EGMR den ECSR und den ILO- Ausschuss in den Rz. 94 und Rz. 97 aktiv und will durch „dieses Urteil ihre Spruchpraxis nicht in Frage stellen“ (Rz. 106).<sup>167</sup> Deshalb erstaunt der ablehnende Entscheid.

## **2.8. Art. 14 EMRK (Akzessorisches Diskriminierungsverbot)**

### **EGMR v. 10.03.2011, Appl. No. 2700/10, Kiyutin vs. Russland (i.V.m. Art. 8 EMRK)**

Der Beschwerdeführer Kiyutin, ein geborener Usbeke, HIV-positiv, ist verheiratet mit einer Russin, mit welcher er ein gemeinsames Kind hat. Er beantragte 2004 die russische Staatsbürgerschaft. Um diese zu erhalten, müssen die Antragsteller beweisen, dass sie HIV-negativ sind. Da er sich weigerte, wurde der Beschwerdeführer angewiesen, das Land innert 3 Tagen zu verlassen.

Da ein Krankheitszustand nicht für sich als Diskriminierung i.S.v. Art. 14 gilt, musste dieser über den „sonstigen Status“ hineininterpretiert werden. Dies geschah unter Bezugnahme der Empfehlung 1116 (1989) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, die zur Stärkung von Art. 14 EMRK im Wege der Aufnahme des Gesundheitszustands als einem verbotenen Diskriminierungsgrund aufruft.<sup>168</sup> Es wird auch auf die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung<sup>169</sup> Bezug genommen (Rz. 32).

<sup>167</sup> LÖRCHER KLAUS, „Kein Recht auf Sekundärstreik in Grossbritannien – Roll-back des EGMR?, Urteil vom 8. April 2014 – Nr. 31045/10 – RMT/Vereinigtes Königreich, nicht rechtskräftig“, in: HUGO SINZHEIMER INSTITUT NEWSLETTER 02/2014.

<sup>168</sup> Übersetzung des Entscheides EGMR v. 10.03.2011, Appl. No. 2700/10, *Kiyutin vs. Russland*, NLMR 2/2011-EGMR, Jan Sramek Verlag, S. 2.

<sup>169</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, abgeschlossen in New York am 13.12.2006, SR 0.109, s. 1.2.3.(4), S. 16.

## 2.9. Fazit zu den Entscheiden

Die aufgezeigten Urteile machen einen Bruchteil dessen aus, was der EGMR pro Jahr entscheidet. Sie sollen also keine repräsentative Auswahl darstellen, sondern die positiven Folgen der Anwendung der Methode hervorheben, beziehungsweise aufzeigen, dass die Anwendung sinnvoll gewesen wäre. Wie erörtert<sup>170</sup>, wird die integrative Auslegungsmethode relativ selten korrekt (nach Rz. 85 und 86 des *Demir und Baykara*-Urteils) angewandt. Es gilt festzustellen, dass die integrative Auslegung in allen sozialrechtlichen Bereichen Anwendung findet. Es existieren zu allen Themen internationale Normen und Standards. Gerade im Hinblick auf die Digitalisierung und Globalisierung ergeben sich im Laufe der Zeit ständig neu zu erforschende Rechtsbereiche. Internationale Gremien haben diese Probleme meist schon lange erkannt und Leitlinien dazu erlassen, bevor sie vor dem EGMR entschieden werden. Schon nur der Effizienz wegen ist es sinnvoll, wenn der Gerichtshof bezüglich des neuen Rechtsbereiches nicht das Rad neu erfinden muss und auf bestehende Konventionen zurückgreifen kann (*Barbulescu* bzgl. Datenschutz; *Heinisch* bzgl. *Whistleblowing*).

Obwohl sie m.E. richtig entschieden wurden, können aus den Fällen *Vilnes* und *Eweida* keine allgemeinen Schlüsse gezogen werden. Sie wurden sehr einzelfallbezogen entschieden, was zu bedauern ist. Der EGMR betont, dass er keine „vierte Instanz“ sei – er möchte nicht immer wieder die gleichen Fragen behandeln müssen, sondern den Menschenrechtsbegriff weiterentwickeln. Dieses Ziel würde einfacher erreicht, wenn bspw. in den oben genannten Fällen, eine allgemeinere, auf zukünftige Fälle übertragbare, Argumentation eingebracht worden wäre. Wären die Fälle mit Hilfe von EMRK-externen Normen ausgelegt worden, scheint eine solche Argumentation möglich gewesen zu sein.

## 3. Kritiken am Prinzip der integrativen Auslegung

Die Kritik am EGMR, und mehr oder weniger direkt am Prinzip der integrativen Auslegung, ist in den letzten Jahren nicht nur in der Schweiz lauter geworden.

---

<sup>170</sup> Siehe S. 3-4.

In der Schweiz wird dem Unmut mit einer Initiative<sup>171</sup> Luft gemacht, England<sup>172</sup> (schon vor dem *Brexit*) und Russland<sup>173</sup> weigern sich aktiv, gewisse EGMR Urteile zu befolgen, womit sie gegen Artikel 46 der Konvention verstossen. Im Folgenden werden einige Kritikpunkte aufgegriffen und diskutiert. Dabei soll immer im Hinterkopf behalten werden, dass zur längerfristigen, effizienten Stärkung der Menschenrechte, ein untrennbarer Menschenrechtsbegriff verfolgt werden soll.

### 3.1. Rechtliche Grenzen des EGMR

Der EGMR habe nur über Freiheitsrechte zu richten, so der Tenor. MARTIN SCHUBARTH, Alt-Bundesrichter, erklärt in einer Stellungnahme<sup>174</sup> sein Unverständnis zur weiten Auslegung der EMRK durch den EGMR.

*„In der Folge entwickelten aber die Strassburger Organe, seit 1998 der vollamtlich tätige Gerichtshof, eine „dynamische“ Rechtsprechung. Die Richter lasen in die Konvention unter missbräuchlichem Hinweis auf deren Präambel „Menschenrechte“ hinein, die die Staaten beim Abschluss der Konvention nicht gewollt hatten.“*

Nach dem 2. Weltkrieg trugen die Europaratstaaten mit der EMRK ihren Teil zur Stabilisierung in Europa bei. Krieg und Diktatur sollten um jeden Preis verhindert und die Rechte des Einzelnen gegen den Staat gleichzeitig gestärkt werden. Dieses Ziel wurde erreicht. Die „Wahrung“<sup>175</sup> der Menschenrechte kann jedoch *per definitionem* gar nie abgeschlossen werden, es ist ein aktiver, fortdauernder Prozess. Somit muss sich auch ohne den zweiten Teil des Zitats („...und Fortentwicklung...“) ein effektiver Menschenrechtsschutz den aktuellen Gegebenheiten anpassen. Zugegebenermassen wurde bei dieser Argumentation wieder „missbräuchlich“ auf die Präambel Bezug genommen. Es

<sup>171</sup> „Selbstbestimmungsinitiative“, FN 12.

<sup>172</sup> „Die Tories drohen mit der Kündigung der Europäischen Menschenrechtskonvention“, humanrights.ch, 28.10.2014. Quelle: <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/nachrichten/europarat/tories-drohen-kuendigung-emrk> (07.03.2018).

<sup>173</sup> „Putin darf Menschenrechtsurteile künftig ignorieren“, die Welt, 15.12.2015. Quelle: <https://www.welt.de/politik/ausland/article149984803/Putin-darf-Menschenrechtsurteile-kuenftig-ignorieren.html> (07.03.2018).

<sup>174</sup> SCHUBARTH MARTIN, Kein Titel. Quelle: <http://www.martinschubarth.ch/files/121105.pdf> (22.03.2018).

<sup>175</sup> Präambel EMRK.

bleibt offen, warum SCHUBARTH diesen Prozess als „missbräuchlich“ einordnet. Eine Präambel hat gemäss Definition zwar keine unmittelbare Rechtserheblichkeit, doch die enthaltenen politischen Programmsätze sind für die Auslegung des Textes von grosser Bedeutung<sup>176</sup>. Ausserdem wird das Ziel des effektiven Menschenrechtsschutzes aus Art. 19 EMRK hergeleitet, welcher den EGMR dazu beruft sicherzustellen, dass die von den Mitgliedstaaten übernommenen Verpflichtungen eingehalten werden.<sup>177</sup>

Wenn der EGMR eine dynamische Auslegung pflegt, also aktiv nur die aktuelle Situation einfließen lässt, kann eben nicht darauf abgestellt werden, „was die Staaten beim Abschluss der Konvention nicht gewollt hatten“. Den Menschenrechtsbegriff teilt SCHUBARTH auf. Er verlangt, dass sich der EGMR nur mit „mensenrechtlichen Grundsatzfragen“<sup>178</sup> auseinandersetzen soll.

Einerseits teilt SCHUBARTH mit dieser Aussage den Menschenrechtsbegriff auf, was wie erörtert nicht förderlich ist. Davon abgesehen ist die Eingrenzung auf „Grundsatzfragen“ sehr vage. Dass banal anmutende Sachverhalte auch eine grobe Menschenrechtsverletzung beinhalten können, beweist der Fall *Micallef vs. Malta*<sup>179</sup>. Ursprünglich ging es in casu nur darum, ob in einem Innenhof Wäsche aufgehängt werden könne. Dass der eingesetzte Richter mit zwei Anwälten der Klägerpartei direkt verwandt ist, wurde im innerstaatlichen Verfahren nicht berücksichtigt<sup>180</sup>. Dies ist eine krasse Verletzung von EMRK 6. Es gilt deshalb SCHUBARTHS juristische Argumentation abzulehnen.

Weiter kritisiert er auch die Umsetzung des Namensrechts nach den Entscheiden *Losonci Rose und Rose*<sup>181</sup> und *Burghartz*<sup>182</sup> gegen die Schweiz.

<sup>176</sup> KOTZUR, MARKUS, „Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes“, (Berlin 2001).

<sup>177</sup> GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, „Europäische Menschenrechtskonvention“, 6. Auflage (München 2016), S. 38.

<sup>178</sup> SCHUBARTH MARTIN, S. 4.

<sup>179</sup> EGMR v. 15.10.2009, Appl. No. 17056/06, *Micallef vs. Malta*.

<sup>180</sup> Dazu: Leserbrief von SCHLEGEL STEFAN, Bern Forum Aussenpolitik (foraus). Quelle: [https://www.humanrights.ch/upload/pdf/120417\\_NZZ\\_Zuschriften.pdf](https://www.humanrights.ch/upload/pdf/120417_NZZ_Zuschriften.pdf).

<sup>181</sup> EGMR v. 09.11.2010, Appl. No. 664/06, *Losonci Rose und Rose vs. die Schweiz*.

<sup>182</sup> EGMR v. 21.10.1992, Appl. No. 16213/90, *Burghartz vs. die Schweiz*.



*„Absolute Rechtsgleichheit gibt es in diesem Bereich nicht. Schon deshalb besteht hier kaum Raum für eine richterliche Überprüfung der Gesetzgebung.“<sup>183</sup>*

SCHUBARTH argumentiert in diesem Punkt m.E. nicht lebensnah. Erstens gibt es selbstverständlich „absolute Rechtsgleichheit auf diesem Gebiet“. Frauen sind beim Namensrecht jahrhundertlang kontinuierlich diskriminiert worden, weshalb eine Richtigstellung dieses Missstandes dringend nötig war. Dass die richterliche Prüfung einer diskriminierenden Norm unterlassen werden sollte, ist unverständlich. Wenn es die Schweiz verpasst, ein solches Gesetz von sich aus zu erneuern, scheint eine weitere Instanz sinnvoll, an die sich Betroffene wenden können. Weiter moniert SCHUBARTH:

*„Tendenz zur Totalität, also Tendenz zur totalen Machtausübung! Dass sich der EGMR, geschaffen als Antwort auf die Exzesse des Totalitarismus der Faschisten, einen solchen Vorwurf gefallen lassen muss, zeigt, wie tief der EGMR gefallen ist.“<sup>184</sup>*

Diese tendenziöse Aussage entbehrt jeglicher Logik. Als unbestritten darf wohl gelten, dass der Menschenrechtsschutz weltweit stärker etabliert werden muss. Die weite Auslegungsmethode des EGMR hat weniger mit „totaler Machtausübung“ zu tun, als mit Effizienz. Denn in gewissen Rechtsbereichen scheint eine „normal weite“ Auslegung nicht zu genügen. In der Schweiz lässt sich dies am Beispiel des Erlasses des Gleichstellungsgesetzes<sup>185</sup> illustrieren. Die tatsächliche Gleichstellung der Frau entspricht nicht der Gesetzgebung<sup>186</sup>. Würden zur Anwendung dieses Gesetzes die Ratschläge des CEDAW hinzugezogen, käme es eventuell zu einer Anpassung der Umstände an die Gesetzgebungsziele. Da in der Schweiz eine solche Umsetzung so nicht stattfindet, könnte die Integrative Auslegung des EGMR einen Teil dazu beizutragen, dass der eigentlich bestehende Konsens umgesetzt wird.

<sup>183</sup> SCHUBARTH MARTIN, S. 3.

<sup>184</sup> SCHUBARTH MARTIN, „Verfassungsgerichtsbarkeit“, (Bern 2011), S. 62.

<sup>185</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.03.1995, SR. 151.1.

<sup>186</sup> KOHLER FRANZISKA, „Schweiz bei Gleichstellung fast so schlecht wie die Türkei“, in: Sonntagszeitung vom 11.03.2018.

### 3.2. Kapazitätsgrenzen des EGMR

Die Aussage, dass der EGMR sich nur auf „Grundsatzfragen“ beschränken soll, führt zu einem weiteren Kritikpunkt<sup>187</sup>, nämlich der massiven Überlastung des Gerichtshofes. Wenn zusätzlich noch die sozialrechtlichen Fragen geklärt werden müssen, würde der EGMR kollabieren, so der Tenor. Tatsächlich stapeln sich schon jetzt 57'350 offene Beschwerden beim EGMR, Tendenz steigend<sup>188</sup>.

Im Jahresbericht 2016 des Ministerkomitees wird vor dem Hintergrund der Reformen ein vorsichtig optimistischer Ton angeschlagen. Denn erstmals seit Jahren ist Ende 2016 die aufgelaufene Summe der noch nicht abgeschlossenen Fälle knapp unter 10'000 gefallen<sup>189</sup>.

Logischerweise steigt die Anzahl der zu behandelnden Fälle an, wenn der EGMR eine offene Auslegungspraxis betreibt. Dies ist jedoch unweigerlich nötig, denn wie erörtert, muss ein umfassender Menschenrechtsschutz auch Sozialrechte abdecken. Will der EGMR dem Willen der Mitgliedstaaten gerecht werden und den unteilbaren Menschenrechtsbegriff durchsetzen, wird er auch zukünftig Urteile auf dem sozialrechtlichen Sektor sprechen. Trotzdem sieht sich der EGMR nicht als „vierte Instanz“. Er ist eher ein „Sicherheitsventil“ für die wenigen Fälle, in denen das innerstaatliche Rechtssystem Mängel aufweist. Die Verantwortung zur Behebung von Menschenrechtsverletzungen liegt bei den Mitgliedstaaten.<sup>190</sup>

Es stammen 56.8% oder 32'600 der pendenten Fälle aus Rumänien, Russland, der Ukraine und der Türkei<sup>191</sup>. Es gilt festzustellen, dass nicht ein ineffizienter Gerichtshof das Problem ist, sondern die Regierungen jener unbelehrbaren Länder, die konstant repetitive Fälle generieren.

<sup>187</sup> PFIFFNER BRIGITTE, BOLLINGER SUSANNE: „Ausufernde Interpretation der Menschenrechte“, Neue Zürcher Zeitung vom 02.02.2012.

<sup>188</sup> EGMR Statistik Januar 2018, Quelle:  
[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_month\\_2018\\_BIL.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2018_BIL.pdf).

<sup>189</sup> Annual Reports of the Committee of Ministers 2016, S. 52.

<sup>190</sup> JAGLAND THORBJØRN, „Keine «ausufernde» Auslegung der Menschenrechte“, Neue Zürcher Zeitung vom 16.02.2012; s. auch KELLER HELEN/MÜLLER AMREI, „Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität“, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/1.

<sup>191</sup> EGMR Statistik Januar 2018.

Dass der Gerichtshof mit der steigenden Anzahl an Beschwerden nicht schritthalten kann, ist ebenfalls dem Fehlverhalten der Regierungen geschuldet. Denn sie bewilligen nicht die nötigen Mittel, damit die Beschwerdenflut innerhalb nützlicher Frist effizient abgebaut werden kann. Dazu ein Zitat von Ludwig A. Minelli aus einem Leserbrief:

*„In Menschenrechtsfragen sind die Regierungen die Rechtsbrecher, und wenn Rechtsbrecher die Budgets für die Gerichte bestimmen dürfen, muss das Ganze aus dem Ruder laufen. Zu überlegen wäre deshalb, ob künftig nicht die Parlamente der Europaratstaaten für die Budgetfrage des Europarates zuständig erklärt werden sollten.“<sup>192</sup>*

Würden weitere Mittel genehmigt, wäre auch die Einführung einer sozialrechtlichen Abteilung beim EGMR denkbar.

### **3.3. Der EGMR greift zu stark ins innerstaatliche Recht ein**

SCHUBARTH<sup>193</sup> behauptet, der EGMR übernehme Aufgaben, die dem nationalen Gesetzgeber zustünden und dass er demokratiefeindlich sei<sup>194</sup>. Wie schon erörtert, wird die Schweiz relativ selten vom EGMR gerügt. Wenn dies doch einmal geschah, wurden die Gesetze (demokratisch!) insofern geändert, dass die Bürger davon profitieren. Es wurde also ein offensichtlicher Missstand in der Gesetzgebung behoben, nach dem der EGMR die Schweiz darauf hingewiesen hat. Warum dies nicht im Sinne der Rechtsicherheit und der Demokratie passieren soll, erscheint schleierhaft.

Zumal „Strassburg sich nur dazu äussert, ob ein Nationalstaat die Europäische Menschenrechtskonvention einhält.“<sup>195</sup>

*„Insbesondere wenn sie über gesellschaftlich und politisch kontroverse Fragen wie Sterbehilfe, Leihmutterchaft, Gentechnik, Abtreibung oder Pränataldiagnostik entschieden, würden sie die kulturellen Besonderheiten in den einzelnen Gesellschaften übersehen und ohne*

<sup>192</sup> Quelle: [https://www.humanrights.ch/upload/pdf/120417\\_NZZ\\_Zuschriften.pdf](https://www.humanrights.ch/upload/pdf/120417_NZZ_Zuschriften.pdf) (22.03.2018.)

<sup>193</sup> Quelle: <https://www.nzz.ch/meinung/vorrang-der-emrk-ld.1325658> (16.03.2018).

<sup>194</sup> SCHUBARTH MARTIN, „Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich verrannt“, in: Neue Zürcher Zeitung, 02.11.2017.

<sup>195</sup> Zitat SCHEFER MARKUS, Quelle:

<https://www.watson.ch/SVP/Christoph%20Blocher/110800694-Blocher-frohlockt--Hoechstes-EU-Gericht-will-keine---fremden-Richter--> (16.03.2018).

*Fingerspitzengefühl für die jeweiligen sozialen Gegebenheiten urteilen“.*<sup>196</sup>

Fraglos werden kontroverse Fragen in Georgien anders behandelt als in der Schweiz. Dennoch sollte auch bei diesen neueren, heiklen Fragen ein Konsens der Europaratstaaten gefunden werden. Der EGMR hat den Vorteil, dass er diese Vorgänge neutral beurteilen kann, unter Miteinbezug der neusten Normen. Diese werden jeweils von Arbeitsgruppen, bestehend aus Spezialisten des jeweiligen Rechtsgebietes, erlassen. Zum heutigen Zeitpunkt ist es zudem fraglich, ob bspw. eine „soziale Gegebenheit“ eines Landes berücksichtigt werden soll, wenn diese ein Verbot der Abtreibung beinhaltet. Ein internationaler Diskurs zu heiklen Fragen erscheint als fruchtbare Alternative zur ewigen innerstaatlichen Vertagung des Themas.

### 3.4. Grenzen der Auslegung

Als problematisch könnte angesehen werden, dass der EGMR seine Konvention mithilfe von externen, internationalen Normen auslegt, welche von den Mitgliedstaaten teilweise nicht ratifiziert sind. Dazu gilt es, zuerst kurz die klassischen juristischen Auslegungsmethoden abzuhandeln. Als unbestritten gilt, dass unter den Methoden ein Pluralismus herrscht, also keine der Methoden Vorrang genießt oder zwingend angewandt werden muss.

- Bei der **grammatischen** Auslegung, der Auslegung nach dem Wortsinn, werden bspw. verschiedene Sprachfassungen eines Rechtssatzes miteinander verglichen, oder durch Interpretation der Wortwahl die genaue Bedeutung davon herausgelesen.
- Die **teleologische** Auslegung will die Zweckbestimmung der Norm betonen. Gemäss SCHEFER hat sich „der Normzweck vor allem auf die Gegenwart zu beziehen.“<sup>197</sup>
- Bei der **historischen** Auslegungsmethode wird versucht, die Norm anhand ihrer Entstehungsgeschichte zu bestimmen.

<sup>196</sup> NUSSBERGER ANGELIKA, „Zu viel Europa? Europäische Gerichte in der Kritik“, Bundeszentrale für politische Bildung, 07.03.2018.

<sup>197</sup> RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, „Schweizerisches Verfassungsrecht“, 2. Erweiterte Auflage, (Basel 2009), S. 106.

- Die **systematische** Auslegungsmethode stellt die zu interpretierende Bestimmung in Beziehung „mit Bestimmungen des gleichen Gesetzes oder anderer Erlasse<sup>198</sup>.“

Der EGMR hat spätestens seit dem *Demir und Baykara*-Urteil festgelegt, dass EMRK Normen nicht historisch ausgelegt werden sollen, sondern aktuell und dynamisch. So soll der Menschenrechtsbegriff der Zeit angepasst werden und möglichst alle neu entstehenden Probleme abdecken. Dies verlangt die teleologische Methode. Dass der EGMR sich Interpretationshilfen in externen Rechtssätzen besorgt, ist gemäss der systematischen Auslegungsmethode definitionsgemäss möglich. So sollen Widersprüche in der gesamten Rechtsordnung vermieden werden, „damit alle geschützten Rechtsgüter Wirklichkeit gewinnen.<sup>199</sup>“ Denn das internationale Menschenrecht soll ein in seinem Aufbau kohärentes, transparentes Gefüge von gesetzlichen Anordnungen sowie in seinen Wertentscheidungen stimmiges System darstellen. Solange demnach von allen international agierenden Menschenrechtsgremien eine Konvergenz bezüglich des unteilbaren Menschenrechtsbegriffs verfolgt wird, ist dies gewährleistet.<sup>200</sup> Wenn Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise kundgetan haben (was durchaus der Fall ist, da sie schliesslich Mitglieder des Europarats sind), diesen Menschenrechtsbegriff ebenfalls zu verfolgen, müssen die jeweils hinzugezogenen Rechtsätze nicht unbedingt ratifiziert sein. Da auf allen Seiten dasselbe Verständnis des Menschenrechtsbegriffs gilt, können jegliche Normen, welche Hinweise enthalten, wie die zu interpretierende Norm zu lesen ist, zur Auslegung herbeigezogen werden.

### 3.5. Pacta sunt servanda

„Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen<sup>201</sup>.“ Kritiker bemängeln, dass die EMRK bei der Anwendung externer Normen derart ausgeweitet wird, dass es sich nicht mehr um den ursprünglich unterzeichneten Vertrag handelt und eine dynamische Auslegung deshalb nicht möglich sei. Da sich die Rechtslage seit dem zweiten

<sup>198</sup> RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, S. 108.

<sup>199</sup> HESSE KONRAD, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“, 20. Auflage, (Heidelberg 1995), Rz. 70.

<sup>200</sup> PÄRLI KURT/BAUMGARTNER TOBIAS/DEMIR EYLEM/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/UEBE WESSELINA, „Arbeitsrecht im internationalen Kontext“, (Zürich/St.Gallen 2017), Rz. 1050 f.

<sup>201</sup> Art. 26 WVK.

Weltkrieg deutlich verändert hat, haben sich auch die Ansprüche an die EMRK gewandelt. Der damals unterzeichnete Konsens ist jedoch derselbe geblieben: Die Menschenrechte sollen effizient geschützt werden. In einer Zeit, in der die „Work-Life-Balance“ gross geschrieben wird, hat sich z.B. der Begriff der „persönlichen Freiheit“ auch auf den Bereich der Arbeitsrechte ausgedehnt. Das geschützte Rechtsgut ist nach wie vor das von den Staaten ratifizierte, nur die Umsetzung dieses Ziels hat sich dem historischen Wandel der Mitgliedstaaten angepasst.

Kritisiert wird zudem, dass Rechtsunsicherheit entsteht, wenn nicht im vornherein klar umgrenzt ist, mit welchen Hilfen der EGMR die EMRK auslegen wird. Noch problematischer sei es, wenn gar nicht ratifizierte Konventionen zur Anwendung gelangen (Art. 31 Abs. 1 lit. c WVK). Mit dieser methodischen Vorgehensweise „sprengt der Strassburger Gerichtshof ganz klar den Rahmen des zwischen den Vertragsstaaten geltende Völkerrecht.“<sup>202</sup>

Der EGMR wendet die externen Konventionen nicht an, er legt mit ihrer Hilfe die EMRK aus. Der EMGR ist ein internationales Gremium, welches einzelne Abweichungen in der nationalen Gesetzgebung vom internationalen Konsens zwar berücksichtigt, ihnen jedoch nicht viel Gewicht beimisst. Er plädiert für ein geeichtes, nicht voneinander abweichendes Rechtssystem. Deswegen haben nationale Abweichungen in einem solchen Rechtssystem praktisch keinen Platz. Die Verfehlungen in fraglichen EGMR-Urteilen sind nicht so banal, dass die wörtliche Interpretation eines nicht ratifizierten Rechtssatzes das Zünglein an der Waage spielen könnte. Es geht um grobe Menschenrechtsverletzungen und Verstösse, welche nicht in der Auslegung einer einzigen Konvention zu lösen sind und es eine Rolle spielen würde, ob der Staat die Konvention ratifiziert hat oder nicht. Der Umstand, dass eine internationale Organisation, mit Experten aus zahlreichen Ländern, die Konvention erlassen hat, zeugt von einem gemeinsamen Mindeststandard der Länder. Die hinzugezogenen Konventionen sind zudem nicht als Mindermeinungen anzusehen, ihr Inhalt hat sich allgemein durchgesetzt. Ziel ist, in der Gesamtheit der thematisch anwendbaren internationalen Normen einen „Trend“ zu erkennen, wie von den verschiedenen Experten geraten wird. Dieser Wegweiser soll in den Entscheid

<sup>202</sup> SEIFERT ACHIM, „Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte“, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 2009.

einfließen. Der EGMR darf als unabhängiges internationales Gremium auch selber entscheiden, welche internationalen Konventionen es zur Auslegung hinzuziehen möchte und welche nicht.

Es entsteht keine Rechtsunsicherheit wenn klar ist, dass der EGMR alle mit dem in Frage stehenden Menschenrecht zusammenhängenden, internationalen Normen heranziehen wird, um einen internationalen "Trend" auszumachen, welcher dann in die Entscheidung einfließt.

### **3.6. Ganzer Instanzenzug muss durchlaufen werden**

Einen Fall vor den EGMR ziehen, dauert sehr lange und ist sehr kostspielig. Wenn man nicht von einem Verein finanziell unterstützt wird, welcher seinen Zweck in einem passenden Präzedenzfall bestätigt sehen möchte<sup>203</sup>, kann der finanzielle Aspekt für Einzelpersonen abschreckend erscheinen. Die Strapazen des Weiterziehens würden sich für Diskriminierte auf ein Minimum beschränken, wenn in der Schweiz alle Standards des EGMR konsequent umgesetzt werden.

## **4. Potential des Prinzips der integrativen Auslegung**

### **4.1. Für die Schweiz**

Die Schweiz hat auch bezüglich der Sozialrechte einen sehr hohen Menschenrechtsstandard. Trotzdem ergeben sich immer wieder Ungerechtigkeiten, welche einer einheitlichen Lösung bedürfen.<sup>204</sup> Jüngere juristische Probleme wie technische Bereiche des Datenschutzes laufen Gefahr, vom Bundesgericht anders gewichtet zu werden als im internationalen Vergleich. In diesen Fällen ist es von Vorteil, dass eine weitere Instanz eine klare Rechtslage schafft. Deshalb ist es m.E. trotz Kritik<sup>205</sup> ein Vorteil, dass viele ausgewiesene Menschen- und Völkerrechtler im EGMR Recht sprechen, die den neusten Stand der Lehre kennen.

<sup>203</sup> So vielleicht der „Niqab-Verein“ aus Wien: „Wiener "Niqab-Verein" zahlt Burka-Geldstrafen“, in: Heute online, vom 05.02.2018. Quelle:

<http://www.heute.at/oesterreich/wien/story/Rachid-Nekkaz-Vienna-Wiener--Nikab-Verein--zahlt-Burka-Geldstrafen-47835021> (08.03.2018).

<sup>204</sup> Z.B. Di Trizio, s. 1.4.3. S. 29.

<sup>205</sup> SCHUBARTH MARTIN, S. 7.

Zwei wichtige Diskurse weltweit scheinen sich momentan um Religions- und Gleichstellungsfragen zu drehen: Religiöse Terrorakte und als Folge die Angst vor Muslimen sowie gleicher Lohn für Frauen und Männer. Die integrative Auslegung kann ein Weg sein, Vorurteile und Diskriminierungen auf beiden Seiten abzubauen. Wenn der EGMR die Schweiz bspw. rügen würde, dass ein effektiver gesetzlicher Diskriminierungsschutz fehlt, könnte dies weitreichende juristische und zwischenmenschliche Konsequenzen haben. Es müsste eine Antidiskriminierungsnorm analog der ILO- Konvention 111 oder der RL 2000/78/EG erlassen werden. Die muslimische Lehrerin dürfte ihr Kopftuch tragen, dafür lernen die Kinder früh, dass auch andere Religionen und Traditionen existieren. Damit würde auch die allgemeine Toleranz einer ganzen heranwachsenden Generation gefördert.

Das grundsätzliche Verbot von Sekundärstreiks, also die Unterstützung anderer Arbeitnehmer des gleichen Arbeitgebers, könnte in der Schweiz auch Anlass zu Diskussionen geben. Denn gemäss EGMR ist ein pauschales Sekundärstreikverbot problematisch und sollte von Fall zu Fall beurteilt werden.<sup>206</sup> Auch die ILO und der europäische Sozialrechtsausschuss üben seit Jahren Kritik an dieser Gesetzgebung.

Oder ein Gesetz, welches Frauen ein Instrument in die Hand geben würde um herauszufinden, ob ihre männlichen Kollegen für die gleiche Arbeit mehr verdienen. Ergänzend dazu könnten Normen erlassen werden die Firmen bestrafen, welche diesen Vorgaben nicht nachkommen. Oder um die Debatte der Gleichstellung von Männern anzukurbeln: Den Vaterschaftsurlaub einführen.

Obwohl die Gesetzesgrundlagen bereits in der BV verankert sind, macht ein Weg über Strassburg Sinn: Die Urteile üben weiteren Druck auf den Gesetzgeber aus, die tatsächlichen Missstände zu beheben.

---

<sup>206</sup> LÖRCHER KLAUS, HSI Newsletter 02/2014; EGMR v. 08.04.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT vs. Vereinigtes Königreich*, Rz. 137; sowie LÖRCHER KLAUS, „Neue Entwicklungen im Streikrecht durch die EGMR-Urteile Tymoshenko und HLS“; EGMR v. 2.10.2014, Appl. No. 48408/12, *Tymoshenko u. a. vs. Ukraine* und EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS) vs. Kroatien*.



Der juristische Beitrag zu diesen Debatten wird nicht die alleinige Lösung sein. Möglicherweise spielen bei diesen Fragen tiefergehende Mechanismen mit. Hingegen könnte ein juristischer Anstoss ein allgemeines Umdenken anregen.

#### 4.1.1. Für den Vaterschaftsurlaub

Ein frischgebackener Vater hat in der Schweiz die Möglichkeit, „die üblichen (...) Stunden und Tage“ freizunehmen, da ihm ein „persönliches Ereignis“ widerfahren ist.<sup>207</sup> Seit 2005 stehen allen Frauen nach der Geburt 14 Wochen Mutterschaftsurlaub zu (gem. Art. 35, 35a, 36 ArG<sup>208</sup>). Dies ist verfassungsrechtlich in Art. 116 Abs. 3 verankert. Für Väter gibt es keine vergleichbare gesetzliche Regelung, sie sind auf den guten Willen des Arbeitgebers angewiesen. Fast zwei Dutzend Vorstösse in diese Richtung sind in den letzten Jahrzehnten gescheitert.<sup>209</sup> Die Schweiz scheint dafür noch nicht bereit zu sein. Worin liegen die Gründe? Ein oft vorgebrachtes Argument, die Mutter benötige mehr Erholungszeit als der Vater, ist biologisch unbestritten. Gemäss der Stellungnahme des Bundesrates zur Einführung der Mutterschaftsversicherung soll demnach im Einklang mit internationalen Standards<sup>210</sup> „der Mutter (...) eine Ruhepause nach der Niederkunft ermöglicht werden, damit sie sich erholen und möglichst unbelastet für das Neugeborene sorgen und ihre Beziehung zu ihm aufbauen kann.“<sup>211</sup> Die Mutter darf während den ersten acht Wochen nach der Geburt nicht arbeiten, gemäss Arbeitsgesetz ist ein striktes Arbeitsverbot vorgesehen. Danach kann sie ihre Arbeitstätigkeit freiwillig wieder aufnehmen, verliert jedoch ihren Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung (Art. 35a Abs. 3 ArG und Art. 16d EOG<sup>212</sup>)<sup>213</sup>.

<sup>207</sup> Art. 324 OR, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30.03.1911.

<sup>208</sup> Arbeitsgesetz vom 13. März 1964, SR 822.11.

<sup>209</sup> Siehe 27.4.2016; der Nationalrat lehnte die parlamentarische Initiative für einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub des CVP-Nationalrats Martin Candinas mit 97 zu 9 Stimmen ab, Quelle:

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140415>  
(26.02.2018).

<sup>210</sup> ILO Policy Brief: „Maternity and paternity at work: Law and practice across the world“, S. 1; ILO Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), ILO Recommendation, 2000 (No. 191).

<sup>211</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 6. November 2002 zu 01.426 Parlamentarische Initiative Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter (Triponez Pierre). Bericht vom 3. Oktober 2002 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBI 2003 1112, S. 1114.

<sup>212</sup> Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25.11.1952, SR. 843.1.

<sup>213</sup> GROHSMANN IRENE, „Vaterschaftsurlaub, what else?“, in: sui-generis 2014, Rz. 30.

Daraus folgt, dass von den insgesamt 14 Wochen die erste bis achte Woche der Erholung nach der Geburt dienen und die Wochen 9 bis 14 für den Aufbau der Bindung zum Kind und zur Organisation des Familienalltags. Das Anrecht der Mutter auf die „Urlaubs“-Wochen 9 bis 14 kann deshalb im Sinne der Gleichstellung als positive Diskriminierung gegenüber dem Vater betrachtet werden.<sup>214</sup> Ohnehin weckt der Begriff „Urlaub“ falsche Vorstellungen. Dies lässt sich als Übersetzungsproblem identifizieren. Im englischen Sprachgebrauch wird von einem „paternity leave“ gesprochen. Das Wort „leave“ kann im Deutschen zwar als „Urlaub“ übersetzt werden, jedoch sind die ersten vier Wochen mit einem Neugeborenen besonders anstrengend. Mit zusätzlichem Urlaub ist immer auch Neid assoziiert. Im Gegensatz zum deutschen Sprachgebrauch ist im Englischen der Ausdruck jedoch auch mit „gehen“, „weggehen“ oder „in Ruhe lassen“ konnotiert. Wörtlich ausgelegt kann „leave“ also auch für einen nicht erholungsorientierten Arbeitsunterbruch verwendet werden.<sup>215</sup> „Der Arbeit aufgrund väterlichen Pflichten fernbleiben“ oder „Vaterzeit“ träfe es eher als „Vaterschaftsurlaub“.

#### **4.1.2. Einführung des gesetzlichen Vaterschaftsurlaubes in der Schweiz**

Im Jahre 2014 hat das Bundesgericht festgestellt, dass Väter in Bezug auf die Betreuung ihrer Kinder direkt nach deren Geburt schlechter gestellt sind als Mütter.<sup>216</sup> Der Beschwerdeführer stellte bei der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern ein Gesuch um "Elternschaftsentschädigung gemäss EOG<sup>217</sup>" für einen "Elternurlaub" von sechs Wochen. Nach dessen Ablehnung gelangte er an das Bundesgericht. Es stellte fest, dass zwar eine Schlechterstellung der Väter vorliege, diese jedoch vom Gesetzgeber gewollt sei. Eine solche Diskriminierung kann nur gerechtfertigt werden, wenn dafür unverrückbare biologische Gründe vorliegen, die in der Natur des Unterschiedes von Frau und Mann liegen. Gemäss der im obigen Punkt erörterten Aufteilung des Mutterschaftsurlaubes in Erholungs- und Bindungsphase, ist eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts einschlägig. Dies ist nicht verfassungskonform (Art. 8 Abs. 3 BV). Laut Art. 190 BV könne die geltende

<sup>214</sup> MenCare | Report Schweiz Vol.2 „Vaterschaftsurlaub Schweiz“, S. 8.

<sup>215</sup> MenCare | Report Schweiz Vol.2 „Vaterschaftsurlaub Schweiz“, S. 7; [www.leo.org](http://www.leo.org) (16.03.2018).

<sup>216</sup> Urteil 9C\_810/2013 des Bundesgerichts vom 15.11.2014.

<sup>217</sup> Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz) vom 25.09.1952.

Regelung nur durch den Gesetzgeber geändert werden.<sup>218</sup> Es läge somit an der Legislative, diesen Missstand mit einer Gesetzesänderung (oder einem neuen Gesetz) zu beheben. Dieses Unterfangen scheiterte bisher jedoch konstant.

Um weiter Druck auf den Gesetzgeber auszuüben, hätte der Kläger im zitierten Verfahren den Weg nach Strassburg einschlagen können. Zum Weiterzug an den EGMR würden sich grundsätzlich alle Bundesgerichtsurteile eignen, welche einen Bezug zum Vaterschaftsurlaub innehaben. Ob es sich dabei inhaltlich um Kündigungsklagen nach Art. 328 und 336 Abs. 1 lit. a OR oder um Klagen aus dem Gleichstellungsgesetz<sup>219</sup> handelt, spielt für die Beurteilung vor dem EGMR keine Rolle. Deshalb wird im Folgenden auf einen allgemeinen, hypothetischen Fall abgestellt, welcher die Thematik des Vaterschaftsurlaubs beinhaltet. Es soll erörtert werden, welche Fragen sich dem Gerichtshof gestellt hätten, wie er sie hätte lösen können und welche Folgen dies für die Schweiz gehabt hätte.

Wie erwähnt, sollte schon vor Bundesgericht darauf geachtet werden, dass auch die Verletzung internationaler Normen gerügt wird. In casu wären dies die Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). In der heutigen Gesetzgebung ist der Vater als männlicher Elternteil der Mutter gegenüber schlechter gestellt, da ihm keine Möglichkeit gegeben wird, in den ersten Wochen des Lebens seines Kindes eine Bindung zu diesem aufzubauen.

Der EGMR hat sich bisher in den Fällen *Petrovic vs. Österreich*<sup>220</sup> und *Markin vs. Russland*<sup>221</sup> zum Vaterschaftsurlaub resp. Elternurlaub geäußert. Im ersten, älteren Fall verlangte Herr Petrovic „Karenzgeld“, welches in Österreich nach der Geburt der Mutter zusteht. Da jedoch nicht seine Frau, sondern er die Karenzzeit beanspruchte, wurde der Antrag abgelehnt. Zwar anerkannte der Gerichtshof eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau, belies Österreich jedoch den Ermessensspielraum, um die Diskriminierung zu rechtfertigen. Er erkannte noch keine Übereinstimmung der Mitgliedstaaten zu diesem Thema.

<sup>218</sup> GROHSMANN IRENE, „Vaterschaftsurlaub: Schlechterstellung von Vätern ist zulässig“, SKMR-Newsletter Nr. 18 vom 13.11.2014.

<sup>219</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, vom 24.04.1995, SR. 151.1.

<sup>220</sup> EGMR v. 27.03.1998, Appl. No. 20458/92, *Petrovic vs. Österreich*, Rz. 30-43.

<sup>221</sup> EGMR v. 22.03.2013, Appl. No. 30078/06, *Konstantin Markin vs. Russland*, Rz 141–143.

Im Fall *Markin* vs. Russland entschied das Gericht, dass eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau vorliegt, wenn der Elternurlaub nicht unter gleichen Voraussetzungen bezogen werden kann. Der Gerichtshof betonte, dass die unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern gerade nicht durch Berufung auf traditionelle Rollenbilder und Geschlechterstereotypen gerechtfertigt werden könne, wie die Vertreter von Russland forderten. Die Vorstellung des Mannes als Haupternährer und der Frau als Vollzeitmutter sei als Argumentation untauglich. Diese Geschlechterstereotypen hätten negative Auswirkungen auf die berufliche Karriere von Frauen und auf das Familienleben von Männern, so der EGMR.<sup>222</sup>

Sofern die formellen Voraussetzungen<sup>223</sup> erfüllt sind (was hier angenommen wird), wird sich der EGMR unseres hypothetischen Falles annehmen und prüfen, ob die Schweiz unseren Beschwerdeführer diskriminiert, und somit in sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 14 i.V.m. 8 EMRK) eingegriffen hat.

Zuerst würde auf den Sachverhalt eingegangen und das innerstaatliche Verfahren thematisiert werden. Darauf ginge der EGMR auf die schweizerische Rechtslage ein, wobei er feststellen würde, dass kein rechtliches Konstrukt existiert, welches dem Vater das Recht einräumen würde, nach der Geburt seines Kindes für einige Zeit der Arbeit fernzubleiben. Hier würde bspw. die Aussage des Bundesrates einfließen, dass „andere Massnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf Vorrang haben, so namentlich die Schaffung eines bedarfsgerechten familien- und schulergänzenden Kinderbetreuungsangebots sowie die Förderung von familienfreundlichen Arbeitsbedingungen“, weshalb er auf „den Vorschlag eines Vaterschafts- bzw.

<sup>222</sup> PÄRLI KURT, „Eltern im Arbeitsverhältnis“, in: FamPra.ch 2016 S. 936.

<sup>223</sup> Zeitlicher Geltungsbereich (nur Ereignisse, die sich nach dem 28. November 1974 zugetragen haben); Anfechtungsobjekt (Rechts- oder Realakt eines Staates, der die EMRK ratifiziert hat); Beschwerdegrund (Verletzung eines von der EMRK ausdrücklich garantierten Rechts); Persönliche Eigenschaften (nur natürliche Personen oder Organisationen des privaten Rechts sind zur Beschwerde berechtigt); Subsidiarität (der innerstaatliche Rechtsweg muss ausgeschöpft sein); Frist (die Beschwerde muss innerhalb von 6 Monaten seit dem letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheid ergriffen werden. Verspätete Beschwerden werden abgewiesen); Form und Inhalt der Beschwerde: (schriftlich und nicht anonym, der Sachverhalt muss kurz dargelegt werden).

Elternurlaubs zuhanden des Parlaments“ verzichten würde.<sup>224</sup> Hingegen müsste erwähnt werden, dass der Bund und die Kantone den männlichen Angestellten bereits Vaterschaftsurlaub in der Länge von 2-10 Tagen gewähren<sup>225</sup>, was der Aussage des Bundesrates widerspricht.

Weiter müssten die internationalen Normen und Standards geprüft werden. Der EGMR müsste auf die *Demir und Baykara*-Methode<sup>226</sup> zurückgreifen, er hat sich doch selbst dazu verpflichtet<sup>227</sup>. Er zöge also bei der Auslegung von Art. 8 und 14 EMRK verschiedene konventionsexterne internationale Normen, die Spruchpraxis der jeweiligen Aufsichtsgremien, sowie die Praxis in den Vertragsstaaten zu Rate. Dabei behält das Gericht stets die zwei Präzedenzfälle *Markin* und *Petrovic* im Hinterkopf und verweist auf sie.

### **(1) Mögliche internationale Quellen**

Wie im Fall *Markin* vs. Russland, wird der EGMR zuerst auf UN-Dokumente eingehen, in casu auf das CEDAW. Er fordert „rechtliche und faktische Gleichstellung“ und verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Abbau von Geschlechterstereotypen.<sup>228</sup> Hier sollte analog zum *Markin*-Fall auf die Artikel 5 lit. a und b, sowie auf Art. 16 Ziff. 1 lit. d eingegangen werden. Art. 5 lit. a ruft zu einem sozialen und kulturellen Umdenken auf. Stereotype Geschlechterbilder sollen abgebaut werden. Art. 5 lit. b geht direkt auf die familiäre Situation ein und verlangt zum „richtigen Verständnis der Mutterschaft“ eine „Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung“. Daraus ergibt sich, dass der Mutterschaftsurlaub in seiner bisherigen Form in doppelter Weise diskriminierend ist: Einerseits wird dem Vater die Möglichkeit genommen, mit seinem neu geborenen Kind eine Bindung aufzubauen. Andererseits wird die Mutter unfreiwillig auf die häusliche Arbeit eingespart. Dies vermindert ihre Chancen im Berufsleben.<sup>229</sup> Derartige traditionelle

<sup>224</sup> Vierter/fünfter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Rz. 155.

<sup>225</sup> PÄRLI KURT, „Eltern im Arbeitsverhältnis“, in: FamPra.ch 2016 S. 947.

<sup>226</sup> EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 *Demir und Baykara* vs. Türkei, Rz. 85 und 86.

<sup>227</sup> S. FN 9.

<sup>228</sup> SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTENBACH JUDITH, „CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (Bern, 2015), S. VII.

<sup>229</sup> SCHLÄPPI S. 1233.

Rollenbilder tragen nicht nur zu einer aktuellen Stereotypisierung bei, sie perpetuieren diese auch in die Zukunft hinein.<sup>230</sup>

Dem Wohl des Kindes kommt gemäss lit. b allererstes Gebot zu. Auf diese wichtige Argumentation wurde bisher in keinem der Präzedenzfälle eingegangen. So verpflichten sich die Vertragsstaaten der KRK<sup>231</sup> denn auch, „[...] dem Kind den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind [...]“ und zwar „unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern.“<sup>232</sup> Der Artikel könnte so verstanden werden, dass zum Wohle des Kindes auch die Rechte der Eltern erweitert werden können.<sup>233</sup> Auch der KRK-Ausschuss fordert einen Elternurlaub.<sup>234</sup> Die Anwesenheit des Vaters als „Grenzen- und Strukturgeber“ in der frühen Kindheit und vor der Pubertät ist sehr bedeutsam für die weitere Entwicklung des Kindes. Kinder, denen eine enge väterliche Betreuung zugutekommt, zeigen weniger Verhaltensprobleme und höhere Intelligenz.<sup>235</sup> Dies besagt auch eine *Systematic Review* der Universität Uppsala, welche ihrerseits 24 Studien zu diesem Thema analysiert hat. So sollen Jugendliche, welche in ihren ersten Jahren einen involvierten Vater erlebten, weniger Verhaltensstörungen aufweisen. Ausserdem sollen sie sowohl in Kindes-, als auch im Erwachsenenalter durch höhere soziale Kompetenzen und bessere Leistungen auffallen.<sup>236</sup> Gemäss einer Studie der OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)<sup>237</sup> ist es für das Neugeborene von höchster Eminenz, dass der Vater ein fester

<sup>230</sup> SCHLÄPPI 434.

<sup>231</sup> S. 1.2.3.(4)., S. 15.

<sup>232</sup> KRK Art. 3 Abs. 2, s. 1.2.2(4).

<sup>233</sup> SCHMAHL STEFANIE, „Kinderrechtskonvention“, 2. Auflage, (Zürich/St.Gallen 2017), S. 98.

<sup>234</sup> Committee on the Rights of the Child, „Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Australia“, CRC/C/AUS/CO/4 28.08.2012, Rz. 68, 69.

<sup>235</sup> Quelle:

<http://www.vaterfreuden.de/vaterschaft/vater-sein/studie-v%C3%A4ter-haben-gro%C3%9Fen-einfluss-auf-intelligenz-ihrer-kinder>, (28.02.2018).

<sup>236</sup> SARKADI ANNA, KRISTIANSSON ROBERT, OBERKLAID FRANK, BREMBERG SVEN, „Fathers' involvement and children's developmental outcomes: a systematic review of longitudinal studies“, review article, in: Acta Paediatrica, September 2007, S. 153-158. Quelle: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.517.4559&rep=rep1&type=pdf> (01.03.2018).

<sup>237</sup> HUERTA MARIA DEL CARMEN, ADEMA WILLEM, BAXTER JENNIFER, HAN WEN-JUI, LAUSTEN METTE, LEE RAEHYUCK, WALDFOGEL JANE, „Fathers' Leave, Fathers' Involvement and Child Development: Are They Related? Evidence from Four OECD Countries“, OECD Social, Employment and Migration Working Papers 140, OECD Publishing 2013.

Bestandteil der Erziehung ist. Väter, welche direkt nach der Geburt die ersten zwei oder mehr Wochen mit dem Kind verbringen, sind im Leben ihrer Kinder mehr involviert. Dies wiederum führt zu einer Motivationssteigerung beim Vater, welche sich positiv auf die Produktivität auswirkt.<sup>238</sup>

Es scheint also keine Zweifel zu geben, dass das Recht des Vaters, nach der Geburt für eine gewisse Zeit der Arbeit fernbleiben zu können, einen psychologischen Vorteil für das Kind darstellt und damit zu seinem Wohl beiträgt. Ganz abgesehen davon könnte es auch für den Vater eine bereichernde Erfahrung bedeuten. Der CEDAW-Ausschuss hat in den „*Concluding Observations*“ zum vierten/fünften Bericht der Schweiz in der Rz. 36 kritisiert, dass noch immer kein Modell des Vaterschaftsurlaubes existiert. In Rz. 37 lit. c fordert er die Schweiz direkt auf, ein solches zu kreieren, ohne dass der Mutterschaftsurlaub dadurch eingeschränkt würde.<sup>239</sup>

Des Weiteren ist auf folgende ILO-Konventionen und Empfehlungen einzugehen<sup>240</sup>: Die Konvention 111<sup>241</sup> verbietet jegliche Diskriminierung des Arbeitnehmers aufgrund eines persönlichen Merkmals, wozu auch das Geschlecht zählt. Die Konvention 156<sup>242</sup> sowie die ergänzende Empfehlung 165 enthalten weitere einschlägige Artikel, so z.B. der Art. 3 Ziff. 1. Er verlangt, dass Arbeitnehmer mit Familienpflichten, ohne in einen Konflikt zwischen Arbeit und Familie geraten zu müssen, einer Arbeit nachgehen können sollen. Art. 22 Ziff. 1 der Empfehlung fordert direkt für beide Eltern die Möglichkeit, nach der Geburt des Kindes eine Auszeit nehmen zu können. Die ILO-Empfehlung 191<sup>243</sup> fordert in Art. 10 Abs. 3, dass Väter im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub die Möglichkeit haben sollen, eine gewisse Zeit von der Arbeit fernzubleiben. Die Konvention 156 ist von der Schweiz nicht ratifiziert, jedoch wurden ihr die Empfehlungen unterbreitet. Dies stellt aber, wie gezeigt, kein Hindernis dafür

---

<sup>238</sup> Studie der OECD (2007): OECD Employment Outlook 2007, Paris, S. 79.

<sup>239</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, „*Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland*“, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, Rz. 36 lit. c, 37 lit. c.

<sup>240</sup> *Markin vs. Russland*, Rz. 52-54.

<sup>241</sup> ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.06.1958, SR. 0.822.721.1.

<sup>242</sup> ILO Convention No. 156: „*Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities*“, von 1981.

<sup>243</sup> Vom 15.06.2000.

dar, sie nicht trotzdem zur Auslegung heranzuziehen.<sup>244</sup> Ergänzend zum *Markin*-Fall sollte der EGMR bei einer erneuten Auseinandersetzung mit dem Thema Vaterschaftsurlaub den ILO-Report „*Maternity and paternity at work*“ hinzuziehen. Darin werden die rechtlichen Situationen in den Mitgliedstaaten analysiert. Im Fazit bittet die ILO die Mitgliedstaaten dringend darum, dem Vater eine gewisse Auszeit nach Geburt seines Kindes zu gewähren.<sup>245</sup>

In den Rz. 55 ff. des *Markin*-Urteils wird auf die Instrumente des Europarates Bezug genommen. So sieht die (von der Schweiz nicht ratifizierte) revidierte Sozialcharta in Art. 27 für beide Eltern die Möglichkeit vor, sich im Rahmen eines Urlaubs dem Neugeborenen zu widmen. Dieser Artikel wird von einigen Resolutionen und Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung und des Ministerrates flankiert.<sup>246</sup> Die Mitgliedstaaten werden direkt aufgefordert, einen bezahlten Elternurlaub einzuführen. In der Empfehlung 1769 über die Abstimmung zwischen Arbeits- und Familienleben<sup>247</sup> weist die Versammlung darauf hin, dass die aktuelle Situation in den Mitgliedstaaten noch verbessert werden muss. Der Ministerrat unterstreicht diese Aussage mit weiteren Empfehlungen und fordert ebenfalls die Einführung eines kurzen Vaterschaftsurlaubes, ohne dass sich der Vater um seine Arbeitsstelle fürchten muss.<sup>248</sup> In einer weiteren Empfehlung<sup>249</sup> verurteilt das Ministerkomitee analog zum CEDAW die Gender-Stereotypisierung, also das klassische Rollenbild des geldbringenden Vaters und der sorgenden Mutter. Denn eine gemeinsame Teilnahme am Arbeits- sowie Familienleben sei ein Schlüsselement für die Geschlechtergleichstellung und somit essentiell für die Weiterentwicklung der Gesellschaft.

Auch im EU-Recht kann sich der EGMR aus einer Fülle an Informationen bedienen. In der GRC wird gefordert, dass „jede Person“, um „Familien- und

<sup>244</sup> S. 1.3, S. 23.

<sup>245</sup> ILO Report, „*Maternity and paternity at work Law and practice across the world*“, 13.05.2014, S. 117.

<sup>246</sup> Resolution 1274, „*Parental leave*“, vom 26.03.2002 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates.

<sup>247</sup> Resolution 1769, „*The need to reconcile work and family life*“, vom 06.10.2006 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates.

<sup>248</sup> Recommendation No. R (96) 5, „*on reconciling work and family life*“, vom 19.06.1996 des Ministerrates, Ziff. 13.

<sup>249</sup> Recommendation Rec(2007)17, „*on gender equality standards and mechanisms*“, vom 21.11.2007 des Ministerrates, Ziff. 34-36.



Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können“, Anspruch auf Elternurlaub hat. In der ersten Richtlinie über den Elternurlaub<sup>250</sup> wurde dieser Ansatz ausformuliert. Sie ist schon seit 1996 direkt anwendbar, somit gibt es eine Fülle an Urteilen.<sup>251</sup> 2010 wurde sie von der vollständig überarbeiteten (und sehr detailliert formulierten) RL 2010/18/EU<sup>252</sup> abgelöst. Paragraph 2 Ziff. 1 der RL 96/34/EG sprach den Eltern im Zeichen der Gleichberechtigung bereits drei Monate Elternurlaub zu, in der neuen Richtlinie sind es bereits vier Monate. Es wird darauf Wert gelegt, dass einer der vier Monate Elternurlaub nicht übertragbar ist, also der Mann diesen Monat einzuziehen hat.<sup>253</sup>

An dieser Stelle würde sich der EGMR mit vergleichbaren Fällen des EuGH auseinandersetzen und eventuell Rückschlüsse ziehen.

Anschliessend wird die Rechtslage in den Mitgliedstaaten des Europarates verglichen. Im Fall *Markin vs. Russland* wurden 33 Mitgliedstaaten untersucht. In 28 Staaten sind beide Elternteile dazu berechtigt, nach Geburt des Kindes eine Auszeit zu nehmen (Rz. 72). Der EGMR hätte auch die Möglichkeit, weltweite Daten einfließen zu lassen. Eine Quelle ist der oben angesprochene Report der ILO von 2014.<sup>254</sup> Daraus ist zu entnehmen, dass bezahlter Vaterschaftsurlaub in 71 Ländern der Welt gesetzlich verankert ist. In Afrika wird den Vätern in 28 Staaten ein bezahlter Urlaub von einem bis 15 Tagen gewährt. Hingegen kennen nur drei Staaten einen Elternurlaub. Australien und Neuseeland gewähren Vaterschafts- und Elternurlaub, jedoch unbezahlt.

Aufgrund des Gesagten formuliert der EGMR seine Erwägungen. Je nachdem wie der Sachverhalt des Falles ausgestaltet ist, wird er spezifisch darauf eingehen. Es würde aber sicher geprüft, ob eine Konventionsverletzung dadurch begünstigt wurde, dass die Schweiz weder einen Vaterschafts- noch einen Elternurlaub kennt. Das Bundesgericht hat argumentiert, der

<sup>250</sup> RL 96/34/EG „zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub“, vom 03.06.1996.

<sup>251</sup> z.B. EuGH v. 16.07.2015, Rechtssache C-222/14, *Konstantinos Maïstrellis vs. Griechenland*= volle Gleichstellung Mann/Frau.

<sup>252</sup> RL 2010/18/EU „zur Durchführung der von BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG“, vom 08.03.2010.

<sup>253</sup> RL 2010/18/EU, Paragraph 2, Ziff. 2.

<sup>254</sup> ILO: „Maternity and paternity at work: Law and practice across the world“, S. 150 ff.

Mutterschaftsurlaub stehe der Mutter „aus unverrückbaren biologischen Gründen“<sup>255</sup> zu, weshalb die Diskriminierung des Vaters gerechtfertigt sei. Die Tatsache, dass von den 14 Wochen Mutterschaftsurlaub nur acht zur Erholung nach der Schwangerschaft dienen und die restlichen sechs zum Aufbau einer Bindung zum Kind gedacht sind, entkräftet die Argumentation des Bundesgerichts. Diese sechs Wochen stehen ausschliesslich der Mutter und nicht dem Vater zu, was nicht mit der Verschiedenheit von Mann und Frau erklärt werden kann. Sie negiert die Tatsache, dass auch der Vater eine Bindung zum Kind aufbauen muss. Gleichzeitig wird der Mutter faktisch die Möglichkeit genommen, möglichst früh wieder in das Berufsleben einzusteigen. Wenn nämlich der Vater nicht einen Teil der Elternzeit übernehmen kann, muss die Mutter gezwungenermassen ihre Zeit beim Neugeborenen verbringen. Ihr wird so bspw. auch die Chance verbaut, von allfälligen leistungsabhängigen Gratifikationen zu profitieren, welche nicht durch die Mutterschaftsversicherung abgegolten sind. Wenn Frauen besser im Arbeitsmarkt verankert bleiben, fördert dies auch die gesamtwirtschaftliche Produktivität.<sup>256</sup> Neben diesen handfesten, persönlich spürbaren Nachteilen, perpetuiert dies auch stereotypische Geschlechterrollen, was von der CEDAW und dem dazugehörigen Ausschuss als einer der Hauptgründe aufgeführt wird, warum sich die Geschlechtergleichstellung noch immer nicht genügend durchgesetzt hat.

Somit muss die Tatsache, dass dem Vater keine Auszeit von der Arbeit gewährt wird, als mehrfache Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewertet werden.

## **(2) Fazit**

Der CEDAW-Ausschuss, der KRK-Ausschuss, der Europarat sowie die ILO drängen auf die Einführung eines Vaterschafts- oder zumindest Elternurlaubs. Im regionalen Ländervergleich steht die Schweiz ohne Vaterschafts- bzw. Elternurlaub alleine da. Studien beweisen, dass die Anwesenheit des Vaters in den ersten Wochen von grosser Bedeutung ist. Gemäss der Kinderrechtskonvention muss das Wohl des Kindes über allem stehen. Im EU-

---

<sup>255</sup> Urteil 9C\_810/2013 des Bundesgerichts vom 15. September 2014.

<sup>256</sup> Studie der EKFF: „Elternzeit — Elterngeld Ein Modellvorschlag der EKFF für die Schweiz“, S. 7.

Raum ist der Elternurlaub seit über 20 Jahren bereits Standard. Der Vater muss mindestens eine Woche davon beziehen. Schon in der Richtlinie von 1996 findet sich in der Präambel ein interessanter Hinweis: Sie sei aufgrund des Wunsches der Mitgliedstaaten erlassen worden, „den mit der Sozialcharta von 1989 eingeschlagenen Weg fortzusetzen“.<sup>257</sup> Diese Information hilft dem Gerichtshof herauszufinden, in welche Richtung die Einstellungen der Mitgliedstaaten tendieren. Die Richtlinie von 2010 lobt die erste: „Die Richtlinie 96/34/EG hat massgeblich dazu beigetragen, die Möglichkeiten für erwerbstätige Eltern in den Mitgliedstaaten, durch Urlaubsregelungen ihre beruflichen und familiären Pflichten besser in Einklang zu bringen, zu verbessern.“<sup>258</sup> Schon im *Markin*-Urteil 2012 befand der EGMR, dass seit dem *Petrovic*-Urteil 1998 ein Wandel in der Rechtsordnung der meisten europäischen Staaten vorstattengegangen sei. In den meisten Vertragsstaaten des Europarates ist für den Vater die Möglichkeit vorgesehen, analog der Mutter, seiner Arbeit für eine gewisse Zeit fernzubleiben und Zeit mit seinem Neugeborenen zu verbringen. Diesen „Trend“ würdigt der Gerichtshof und bindet ihn in die Entscheidungsfindung mit ein.

In diesem Licht scheint es realistisch, dass der EGMR die Schweiz wegen Verletzung der Art. 14 i.V.m Art. 8 der EMRK verurteilen würde. Denn der Vater wird auf Grund seines Geschlechts als Mann an der Teilhabe an seinem Familienleben gehindert.

### **(3) Folgen für die Schweiz**

Der Bund ist grundsätzlich befugt und zuständig, einen Vaterschaftsurlaub und/oder Elternzeit einzuführen. Bis anhin war er dazu nicht verpflichtet. Bei einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR wäre dies jedoch der Fall. Die in Art. 41 Abs. 1 lit. c BV, Art. 110 BV und Art. 116 BV geregelten Ziele und Bundeskompetenzen sollen Arbeitnehmende und ihre Familie schützen. Vaterschaftsurlaub und/oder Elternurlaub können zur Verwirklichung dieser Ziele beitragen. Der Bund ist befugt, sowohl für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse (Art. 122 Abs. 1 BV) als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse auf Bundesebene eine neue Form der Auszeit für Väter einzuführen. Für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse auf kantonaler Ebene

<sup>257</sup> RL 96/34/EG, Ziff. (1).

<sup>258</sup> RL 2010/18/EU, Ziff. (3).

sind die Kantone soweit zuständig, als dass das Arbeitsgesetz nicht anwendbar ist.<sup>259</sup> Der Bundesrat hat 2013 in Erfüllung der Motion Fetz (11.3492<sup>260</sup>) den Bericht „Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub, Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle“<sup>261</sup> präsentiert, in dem er acht Modelle zur Umsetzung prüft. Es würde sich anbieten, bei der Ausarbeitung einer gesetzlichen Regelung, zusätzlich zu diesem Bericht, auch Ideen aus den EU-Gesetzen einfließen zu lassen, weil dazu bereits seit über 20 Jahren Rechtsprechung existiert. Sinnvollerweise müsste eine Elternurlaubsregelung dem Vater vorschreiben, eine gewisse Auszeit nehmen zu müssen. In Ländern, in denen der Vater bloss Auszeiten nehmen darf, wird dies aus Angst um den Arbeitsplatz oft unterlassen. Dies würde wiederum zu einer indirekten Diskriminierung des Mannes führen, da die Regelung im Endeffekt ausschliesslich Männer benachteiligt. Auf alle Fälle muss darauf geachtet werden, dass der Mutterschaftsurlaub nicht gekürzt wird, sondern ein Vaterschafts- oder Elternurlaub zusätzlich dazu gewährt wird. Denn der Mutterschaftsurlaub hat gemäss der ILO mindestens 14 Wochen zu dauern.

Nach dem Gesagten erscheint der Weg über Strassburg zur Einführung eines gesetzlichen Vaterschaftsurlaubes in der Schweiz als eine valable Option. Die integrative Auslegung der EMRK hat zur Folge, dass die internationalen sozialrechtlichen Normen, welche durchgehend einen Vaterschafts- oder Elternurlaub fordern, zu Rate gezogen werden. Aufgrund dessen, dass die *Demir und Baykara*-Methode auch einen Rechtsvergleich unter anderen Kulturstaaten verlangt, und ein Vaterschafts- oder Elternurlaub in einer Vielzahl der Länder möglich ist, spricht ein weiteres Indiz für eine Verurteilung der Schweiz durch den EGMR.

---

<sup>259</sup> ARNET ELIANE, „Vaterschaftsurlaub und Elternzeit – keine Priorität?“, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), 12.03.2014. Quelle: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/vaterschaftsurlaub.html> (15.03.2018).

<sup>260</sup> 11.3492 POSTULAT Anita Fetz: „Freiwillige Elternzeit und Familienvorsorge“, Quelle: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20113492> (16.03.2018).

<sup>261</sup> Bundesrat, „Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle“, vom 30.10.2013, in Erfüllung des Postulats Fetz (11.3492) vom 06.06.2011.

#### **4.2. Für andere Länder**

Für Länder, in denen der Menschenrechtsschutz noch immer mehr oder weniger mit Füßen getreten wird, bringt die integrative Auslegung nicht sonderlich viel. Voraussetzung ist, dass bereits eine gewisse Bereitschaft für den Menschenrechtsdiskurs vorhanden sein muss, was man momentan z.B. von der türkischen Regierung nicht behaupten kann. Dies setzt wiederum eine gewisse wirtschaftliche und soziale Stabilität im Land voraus, was in der zweiten Gruppe der „Stammkunden des EGMR“ in vielen Bereichen nicht der Fall ist (beispielsweise in Rumänien und Georgien). Auch bei Fällen dieser Länder ist es selbstverständlich von Vorteil, möglichst viele weitgehendere Normen in die Urteile einzubauen, so dass sich die Menschenrechtsslage dieser Länder Schritt für Schritt verbessert.

### **III. Schluss**

#### **Fazit**

Es ist zu bedauern, dass die integrative Auslegungsmethode vom EGMR (noch) so selten angewendet wird. Denn meines Erachtens birgt sie enorm viel Potential, um den Menschenrechtsbegriff sowie die Arbeitnehmerrechte auf unterschiedlichen Ebenen international zu stärken. Der mutige Entscheid der Richter in Strassburg, diese Art von Auslegung zu praktizieren, scheint ein geeigneter erster Schritt, um einigen sozialen Problemen unserer Gesellschaft entschlossen entgegenzutreten. Um dies möglichst effizient zu gestalten, sollten alle Mitgliedstaaten bei der Etablierung des umfassenden Menschenrechtsbegriffs, zusammen mit den internationalen Organisationen, an einem Strang ziehen. Nicht nur sollten dem EGMR deutlich mehr Mittel zugesprochen werden, um sich auch den sozialrechtlichen Menschenrechtsfragen gebührend widmen zu können, die Mitgliedstaaten sollten auch proaktiver EGMR-Urteile umsetzen müssen. Bei jedem Urteil der Grossen Kammer müssten alle Mitgliedstaaten darlegen, dass diese Menschenrechtsverletzungen in ihrem Land nicht passieren könnten. Wenn dies doch der Fall sein sollte, müssten auch diese Staaten das fragliche Urteil umsetzen müssen, als wären sie selbst verurteilt worden. Deshalb erstaunt die Sturheit, mit welcher die Entscheidungen des EGMR in der Schweiz manchmal verteufelt werden. Eine gewisse politische Unabhängigkeit mag Vorteile haben – beim Menschenrechtsschutz funktioniert diese Strategie hingegen nicht.

„Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich meine Arbeit selbständig ohne fremde Hilfe verfasst habe und meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Quellen in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Alle Quellen, die wörtlich oder sinngemäss übernommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass unlauteres Verhalten zum Ausschluss vom Studium der Rechtswissenschaften führen kann.“