

Festschrift

Zur Emeritierung
von Jean-Fritz Stöckli

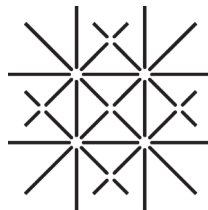
Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Festschrift

**Zur Emeritierung von
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



UNI
BASEL

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung der Verlage unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014

ISBN 978-3-03751-630-0

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN	1
<i>Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich</i>	
Arbeitsrechtliche Paradigmenwechsel des neuen Sanierungsrechts Ausgewählte Fragen zum Arbeitsverhältnis im Nachlassverfahren und im Konkurs	
URS R. BEHNISCH	25
<i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Steuerrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Zur steuerlichen Behandlung der Weiterbildungskosten	
ALFRED BLESİ	47
<i>Dr. rer. publ. lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht</i>	
THOMAS PIETRUSZAK	
<i>lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht</i>	
Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?	
STEPHAN BREITENMOSEK	61
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Richter am Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen</i>	
ROBERT WEYENETH	
<i>Dr. iur., Advokat, wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht	
PIA BUSER	95
<i>Dr. iur.</i>	
Die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund im Urhebervertragsrecht Das Beispiel des «Roten Vari» (Urteil des BGer. 4A_598/2012 vom 19. März 2013)	

CONRADIN CRAMER	129
<i>Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen	
Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen	
JEAN-PHILIPPE DUNAND	151
<i>Prof. Dr. iur., avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel</i>	
SANDRINE TORNARE	
<i>lic. iur., avocate, médiatrice, chargée d'enseignement suppléante à l'Université de Genève</i>	
«Personne de confiance» et prévention des conflits au travail	
Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011	
ROLAND FANKHAUSER	177
<i>Prof. Dr. iur., LL.M., Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Advokat in Basel</i>	
SARAH GUILLOD	
<i>MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Arbeitsbeziehungen zwischen Ehegatten – Risiken und Nebenwirkungen	
MARTIN FARNER	193
<i>lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich</i>	
Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz	
Plädoyer für eine Reform	
THOMAS GÄCHTER	211
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich</i>	
Keine Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien und geleistete Überstunden?	
Gedanken an einer Schnittstelle von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	

THOMAS GEISER	233
<i>Prof. Dr. iur., Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen</i>	
Flexibilisierung der Arbeitszeiten Möglichkeiten und Schranken	
PHILIPPE GNÄGI	265
<i>Dr. iur., Chargé de cours à l'Université de Fribourg, président du Conseil de l'institut fédéral des Hautes Etudes en formation professionnelle, Ancien Conseiller d'Etat</i>	
Un défi pour demain: le contrat intergénérationnel dans le cadre de la prévoyance vieillesse	
FELIX HAFNER	297
<i>Prof. Dr. iur., Studiendekan und Ordinarius für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Das öffentliche Personalrecht im Visier des privatrechtlichen Arbeitsrechts	
LUKAS HANDSCHIN	317
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Rechtsanwalt in Zürich</i>	
BEAT JUCKER	
<i>MLaw, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht	
PETER JUNG	335
<i>Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Der leitende Angestellte als arbeitsrechtlicher Typus	
ALFRED KOLLER	359
<i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität St. Gallen</i>	
Wann begründen Fremdwährungsschäden Fremdwährungsschulden?	

MICHAEL KULL <i>Dr. iur., Rechtsanwalt</i> Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots und des Anspruchs auf Karenzentschädigung nach Art. 418d Abs. 2 OR	369
PETER MOSIMANN <i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i> Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht	389
ROLAND A. MÜLLER <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Obligationen-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich</i> DANIELA FRITSCH <i>lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin von Prof. Dr. Wolfgang Portmann, Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht, Universität Zürich</i> Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung	407
KURT PÄRLI <i>Prof. Dr. iur., Professor für Arbeitsrecht und Europarecht an der School of Management and Law der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Privatdozent für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St. Gallen</i> Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte Zu den weitreichenden Folgen der jüngeren Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte	435
ANNE PETERS <i>Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg), Titularprofessorin an der Universität Basel, Honorarprofessorin an der Universität Heidelberg</i> Internationale Arbeiterrechte als subjektive internationale Rechte	465
WOLFGANG PORTMANN <i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich</i> Das kollektive Arbeitsrecht im neuen ungarischen Arbeitsgesetzbuch Eine Betrachtung aus schweizerischer Perspektive	493

MANFRED REHBINDER	527
<i>Prof. Dr. iur., em. o. Prof. der Universität Zürich, Honorarprofessor der Universität Freiburg (Br.)</i>	
Statusbegriffe von Henry S. Maine über Georg Jellinek bis in die Gegenwart	
ROGER RUDOLPH	547
<i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Streiff von Kaenel AG, Wetzikon</i>	
Allgemeine Anstellungsbedingungen: Ausgewählte Rechtsfragen	
ADRIAN STAEHELIN	567
<i>Prof. Dr. iur. Dr. h.c., o. Appellationsgerichtspräsident, em. Professor der Universität Basel</i>	
Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers nach neuem Recht: Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse	
HANS-ULRICH STAUFFER	583
<i>Dr. iur., Advokat, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Schnittstellenprobleme Arbeitsvertragsrecht Berufliche Vorsorge Anforderungen an die Koordination	
OLIVIER SUBILLIA	595
<i>Dr. iur., Avocat, Formateur et spécialiste FSA droit du travail</i>	
Quelques cas atypiques de transferts d'entreprises Le transfert d'activités de ou vers une collectivité publique à l'épreuve des art. 333 s. CO et de la LFus	
THOMAS SUTTER-SOMM	621
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
NICOLAS FUCHS	
<i>MLaw</i>	
Ausgewählte Fragen des arbeitsrechtlichen Prozesses nach der ZPO	

CHRISTA TOBLER <i>Prof. Dr. iur., Ordinaria für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	649
Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs Zum Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit	
FRANK VISCHER <i>Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Emeritus für Privatrecht und Internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	677
Anmerkungen zum sozialen Vertragsrecht	
ADRIAN VON KAENEL <i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich</i>	697
Gleichwertigkeitsvergleich zwischen zwei Gesamtarbeitsverträgen	
GUSTAV WACHTER <i>Univ.-Prof. i.R. Dr. iur., langjähriger Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Innsbruck, langjähriger Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck, Präsident der Tiroler Juristischen Gesellschaft</i>	715
Der aktuelle rechtliche Rahmen für die Bezüge von Vorstandsmitgliedern in Österreich	
SARAH WENGER <i>Dr. iur., Advokatin, WALDMANN PETITPIERRE, Basel</i>	751
MARTIN KAISER <i>Dr. iur., Advokat, BEELEGAL, Zürich/Brugg</i>	
(Arbeits-)rechtliche Aspekte des Berufssports Unter besonderer Berücksichtigung des Fussballsports	
CORINNE WIDMER LÜCHINGER <i>Prof. Dr. iur., Advokatin, Ordinaria für Privatrecht, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	777
Zur Kausalität bei Asbestschäden	

ANDREAS WIEDE 797
lic. iur., Advokat, Zürich

Die schwächere Partei
Materielle Vertragsgerechtigkeit wie und für wen?

ISABELLE WILDHABER 835
*Prof. Dr. iur., LL.M., Assistenzprofessorin für Arbeits- und Haftpflichtrecht
an der Universität St. Gallen*

Gedanken zum Schutz von Vermietern

Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte

Zu den weitreichenden Folgen der jüngeren Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

KURT PÄRLI

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	436
II.	Der EGMR als Bremser und Verstärker für Gewerkschaftsrechte	439
	1. Art. 11 EMRK: Kontext und Inhalt	439
	2. Gewerkschaftskritische EGMR-Entscheidungen	440
	a) Von «Young/Webster» zu «Sørensen und Rasmussen»: Betonung der negativen Koalitionsfreiheit	440
	b) Belgische Polizeigewerkschaft, schwedische Ingenieure und weitere Entscheide: Bescheidener Schutzbereich von Art. 11 EMRK	442
	3. Kehrtwende: Entscheid «Wilson und Palmer»	443
	4. Bahnbrechend: Entscheide «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen»	445
	a) Sachverhalte und Entscheide	445
	b) Recht zur Gründung einer Beamten-gewerkschaft und auf Kollektivverhandlungen	446
	c) Anerkennung des Streikrechts – auch für Beamte/innen	448
	d) Die EMRK als «living instrument» und die Berücksichtigung (anderer) internationaler Garantien	449
	da) Das methodische Vorgehen in der Entscheidung «Demir und Baykara»	449
	db) Integration durch Interpretation: Zustimmung und Kritik	451
	5. Weiterentwicklung: Hohe Hürden für Einschränkung der Gewerkschaftsrechte durch Disziplinar-massnahmen	454
	a) Verletzung von Art. 11 EMRK durch Sanktionen	454
	b) Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK	455
III.	Was geht das die Schweiz an?	457
	1. Praxis zu den Gewerkschaftsrechten im Lichte der neuen EGMR-Rechtsprechung	457
	a) Ausgangslage	457
	b) Streikverbot für Beamte/innen	458
	c) Allgemeine Beschränkungen des Streikrechts	459
	d) Staatliche Pflichten zum Schutz der Gewerkschaftsrechte	460
	2. Integrative Auslegung der EMRK: Dynamisan (forte) für Gewerkschaftsrechte	461

I. Einleitung

Ist im schweizerischen Arbeitsrecht von Gewerkschaftsrechten die Rede, so meist im Zusammenhang mit dem Streikrecht¹ und der Frage, ob der schweizerische Kündigungsschutz für gewählte Arbeitnehmer/innen-Vertreter/innen den Anforderungen der einschlägigen Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) genüge.² Zu Kontroversen und Gerichtsurteilen führten weiter kämpferische Massnahmen der Gewerkschaften wie die Blockade am Bareggunnel³ oder der Versuch, die Auslieferung von Zeitungen zu verhindern.⁴

Dem Jubilaren kommt das Verdienst zu, einen substantiellen Beitrag zum Streikrecht⁵ (und zu weiteren Fragen des kollektiven Arbeitsrechts⁶) beigetragen zu haben. Die Rechtslage bezüglich Streikrecht scheint im Wesentlichen geklärt. Lückenfüllend anerkannte das Bundesgericht in BGE 125 III 277 für das schweizerische Arbeitsrecht die Existenz eines Streikrechts (auch) auf der Basis des internationalen Rechts, namentlich Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I. Ein Streik ist rechtmässig, wenn er von einer tariffähigen Organisation getragen ist, durch Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt, nicht gegen die

¹ Siehe z.B. die Dissertationen von SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, *Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht*, Zürich, 2004 und SARAH WENGER, *zulässige Mittel im Arbeitskampf*, Bern 2006, weiter: WOLFGANG PORTMANN, *Das Streikrecht – Recht des Individuums oder des Verbandes?*, AJP 2007, S. 352–362; CORINNE WIDMER, *Die Haftung der Gewerkschaft im Arbeitskampf*, ArbR 2007, S. 65 ff. und jüngst FRANK VISCHER, *Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellung*, AJP 2013, S. 349 ff.

² Zur Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes wegen Verletzung insbesondere des Übereinkommens Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation IAO durch den unzureichenden Kündigungsschutz für Gewerkschafter/innen siehe ROMOLO MOLO, *Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 und die Koalitionsfreiheit in der Schweiz*, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Basel 2009, S. 92 ff. Im April 2013 reichte der Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) eine Klage gegen die Schweiz wegen Verletzung des Streikrechts ein (ILO case nr. 3023, 10. April 2013).

³ BGE 134 IV 216.

⁴ BGE 132 III 122.

⁵ JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Das Streikrecht in der Schweiz*, BJM 1997, S. 169–188.

⁶ JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Betriebliche Arbeitnehmervertretung im schweizerischen und europäischen Recht*, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft Nr. 5, S. 5–12; JEAN-FRITZ STÖCKLI/SUSANNA BAUMGARTNER, *Sicherheit und Unsicherheit im Kollektivarbeitsrecht*, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *Soziale Sicherheit Soziale Unsicherheit*, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 907–927; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319–362 OR; BK-STÖCKLI, Art. 356–360 OR, S. 1–396.

Friedenspflicht verstösst und verhältnismässig ist.⁷ Mit der Nachführung der Bundesverfassung hat diese Rechtsprechung in Art. 28 Abs. 3 BV Eingang gefunden⁸. Das Streikrecht ist nach dem auf völkerrechtlichen Vorgaben⁹ basierenden Verständnis eine notwendige Ergänzung der in Art. 28 Abs. 1 BV geschützten Koalitionsfreiheit.¹⁰

Die völkerrechtliche Dimension der Gewerkschaftsrechte manifestiert sich bei der Gerichtspraxis und der Diskussion in der Lehre hauptsächlich in der Frage, ob die einschlägigen IAO-Abkommen¹¹ oder Art. 1 lit. d UN-Pakt I lediglich Programmcharakter haben, sich demzufolge an den Gesetzgeber wenden und somit nicht unmittelbar anwendbar sind¹². Kaum diskutiert wurde im schweizerischen Arbeitsrecht bislang die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zum in Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankerten Recht auf Vereinigungsfreiheit.¹³ Das Potential dieser Bestimmung wurde lange unterschätzt. Noch im Jahre 2009 liest sich bei FROWEIN im wichtigen Standardkommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention die Aussage, der EGMR sei hinsichtlich der Anerkennung konkreter Gewerkschaftsrechte

⁷ BGE 125 III 277, Erw. 3b.

⁸ ARTHUR ANDERMATT, Koalitions- und Streikrecht, in: Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Handbuch kollektives Arbeitsrecht, Bern 2009, N 61.

⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Pakt I, SR 0.103.1), Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation (SR 0.822.719.7), Art. 11 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Ein Streikrecht ist ferner in Art. 6 der Europäischen Sozialcharta verankert, die Sozialcharta ist indes von der Schweiz bis heute nicht ratifiziert worden.

¹⁰ KLAUS VALLENDER/PETER HETTICH, Kommentar zu Art. 28 BV, in: Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 22 zu Art. 28 BV.

¹¹ IAO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR 0.822.719.7) und Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9).

¹² BGE 132 III 122, Erw. 3, insbesondere Erw. 3.3 (sowohl Art. 2 IAO-Übereinkommen Nr. 98 als auch Art. 3 Abs. 2 IAO-Übereinkommen Nr. 154 sind nicht unmittelbar anwendbar); 125 III 277, Erw. 2e (unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I offengelassen). In der Lehre wird Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I eine unmittelbare Anwendbarkeit attestiert, so namentlich ANDERMATT (FN 8), aber auch KUSTER ZÜRCHER (FN 1), S. 158 ff.; mehrheitlich ablehnend ist die Lehre indes hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit des IAO-Übereinkommens Nr. 87, so STÖCKLI (FN 5), S. 172 und WOLFGANG PORTMANN, Kein Streikrecht in der Schweiz?, SJZ 1998, S. 487.

¹³ So fehlen in den gängigen Periodika der schweizerischen Arbeitsrechtslehre (JAR, ArbR, ARV) Hinweise zu den im vorliegenden Beitrag besonders wichtigen EGMR-Urteile Demir und Baykara (FN 57) und Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59).

aus Art. 11 EMRK zurückhaltend, was auf die Verankerung dieser Rechte in anderen völkerrechtlichen Verträgen zurückzuführen sei.¹⁴ Aus einer ganzen Reihe neuerer EGMR-Entscheide lässt sich jedoch ein eigentlicher Paradigmenwechsel erkennen. Der EGMR legt nun Art. 11 EMRK im Lichte aller übrigen völkerrechtlichen Gewährleistungen der Gewerkschaftsrechte aus und verstärkt diese dadurch in beachtlichem Ausmass, namentlich auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst. Der Schutzbereich von Art. 11 EMRK umfasst heute ein sehr weitgehendes Recht auf Kollektivverhandlungen und ein Streikrecht auch für Beamte/innen.¹⁵ Der EGMR verlangt zudem von den EMRK-Ratifikationsstaaten, diese Rechte wirksam zu schützen, namentlich sind Sanktionen gegen Arbeitnehmende, die sich gewerkschaftlich betätigen, zu unterlassen.¹⁶ Die Ausweitung gewerkschaftlicher Rechte durch den EGMR findet indes auch Grenzen. So ist Art. 11 EMRK nicht verletzt, wenn ein Staat Priestern die staatliche Anerkennung einer Gewerkschaft versagt.¹⁷ Erfolgreich konnte die Kirche hier ihrerseits den Schutz der Religionsfreiheit geltend machen.¹⁸

In diesem Beitrag soll die – unterschätzte – Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte herausgearbeitet werden. Dazu ist eine historische Vorgehensweise notwendig. In den Anfängen der EMRK zeigte sich der EGMR nämlich alles andere als gewerkschaftsfreundlich; die entsprechenden Entscheide werden summarisch ebenso dargestellt wie der Wandel hin zu einer gewerkschaftlichen Anliegen gegenüber offeneren Gerichtspraxis. Entsprechend ihrer Bedeutung werden die Entscheide «Demir und Baykara» und

¹⁴ JOCHEN A. FROWEIN, Kommentar zu Art. 11 EMRK, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl 2009, N 19.

¹⁵ Siehe hinten, II.4 Bahnbrechend: Entscheide «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen», S. 8 ff.

¹⁶ Siehe hinten, II.5.b) Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK, S. 15 f.

¹⁷ EGMR vom 09. Juli 2013, *Sindicatul «Pastorul»* ./ Rumänien, Appl. No. 2330/09. Die kleine Kammer des EGMR hatte am 31. Januar 2012 die Beschwerde gutgeheissen. Die Grosse Kammer jedoch entschied mit elf gegen sechs Stimmen, dass keine Verletzung von Art. 11 EMRK vorlag.

¹⁸ EGMR, *Sindicatul «Pastorul»* (FN 17), N 159–170, in N 165 verweist der EGMR auf die Notwendigkeit, dass der Staat eine harmonische Religionsausübung zu sichern habe. Der Entscheid wird in der Lehre kritisch aufgenommen, siehe: FILIP DORSSEMONT, *Is a prohibition of a trade union of clergymen promoting democratic values truly necessary in a democratic society?*, *Annuaire Droit et Religion*, VI. 7, 2013 (Im Erscheinen).

«Enerji Yapi-Yol Sen» und ihre weitreichenden Folgen sowohl für das schweizerische Arbeitsrecht als auch für das EU-Recht gebührend gewürdigt.

II. Der EGMR als Bremser und Verstärker für Gewerkschaftsrechte

1. Art. 11 EMRK: Kontext und Inhalt

Der Menschenrechtsschutz ist in Europa ähnlich wie auf UN-Stufe zweigliedrig ausgestaltet. Differenziert wird hauptsächlich zwischen Freiheitsrechten (UN-Pakt II bzw. EMRK) und Sozialrechten (UN-Pakt I und Europäische Sozialcharta, ESC).¹⁹ Unterschiedlich sind auch die Durchsetzungsmechanismen. Während in der EMRK ein Individualbeschwerdeverfahren vorgesehen ist²⁰, fehlt ein solches in der Sozialcharta.²¹ Die Rechte von Arbeitnehmenden sind im europäischen Menschenrechtssystem konzeptionell primär in der Europäischen Sozialcharta (ESC) und nicht in der EMRK verankert.²² In der ESC finden sich namentlich Vereinigungsrecht²³ und das Recht auf Kollektivverhandlungen²⁴ und ein Recht auf Streik²⁵. Aber auch weitergehende Arbeitsrechte wie das Recht auf Arbeit²⁶ und das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen²⁷ sind in der ESC verankert. Angesichts des – im Gegensatz zur EMRK – fehlenden individuellen Rechtsschutzes auf supranationaler Ebene blieben die Auswirkungen der ESC auf die Arbeits-

¹⁹ Siehe dazu statt vieler: THEODOR SCHILLING, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Tübingen 2010, S. 6 ff.

²⁰ Art. 34 EMRK.

²¹ In der ESC ist ein Kontrollmechanismus auf dem Wege eines Staatenberichtverfahrens vorgesehen (Art. 21 ff. ESC). Zudem ist in einem Zusatzprotokoll ein Kollektivbeschwerdeverfahren vorgesehen (<http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/158.htm>), das jedoch nur von wenigen Staaten ratifiziert wurde (siehe: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Presentation/SignaturesRatificationsMarch2013_en.pdf).

²² ABBO JUNKER, *Europäische Vorschriften zum Tarifvertrag*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht/European Journal of Labour Law* 2014, S. 1–16, 5.

²³ Art. 5 ESC.

²⁴ Art. 6 Ziff. 1–3 ESC.

²⁵ Art. 6 Ziff. 4 ESC.

²⁶ Art. 1 ESC.

²⁷ Art. 2 ESC.

rechtspraxis in den ESC-Ratifikationsstaaten eher bescheiden.²⁸ Wie zu zeigen sein wird²⁹, strahlt die ESC indes auf die Auslegung der EMRK aus und beeinflusst auf diesem Weg das Arbeitsrecht dennoch.³⁰

Art. 11 EMRK beinhaltet die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, dazu gehört nach dem Wortlaut auch «*das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten*». Art. 11 Abs. 2 EMRK hält fest, unter welchen Voraussetzungen die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit eingeschränkt werden darf. Die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen und einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz von Polizeigütern oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein. Weiter sieht Art. 11 Abs. 2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich vor, namentlich für «*Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung*». Die Vereinigungsfreiheit kann überdies im Zusammenspiel mit dem in Art. 14 EMRK verankerten akzessorischen Diskriminierungsverbot eine Rolle spielen; so etwa, wenn Gewerkschaftsmitglieder wegen der Beteiligung an Streiks Nachteile bei Tarifbestimmungen erleiden.³¹

2. Gewerkschaftskritische EGMR-Entscheidungen

a) Von «Young/Webster» zu «Sørensen und Rasmussen»: Betonung der negativen Koalitionsfreiheit

Im Fall «Young, James und Webster» weigerten sich britische Eisenbahner gegen die Verpflichtung, aufgrund einer «closed shop-Regelung» einer bestimmten Gewerkschaft beizutreten und wurden deshalb entlassen.³² Der EGMR sah in der Entlassung eine Beeinträchtigung der freien Gewerkschaftswahl und des Rechts, eine neue Gewerkschaft zu gründen. Noch offen

²⁸ ANGELIKA NUSSBERGER, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, S. 270–77.

²⁹ Siehe II.4.d) Die EMRK als «living Instrument» und die Berücksichtigung (anderer) internationaler Garantien, S. 11 f.

³⁰ ELLIE PALMER, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 04, 2009, S. 397 ff.

³¹ Siehe hinten, II.5.b) Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK, S. 15 f.

³² EGMR vom 13. August 1981, Young, James und Webster ././ GB, Appl. No. 7601/76/7806/77.

liess der EGMR, ob Art. 11 EMRK solchen «closed-shop-Regelungen» grundsätzlich entgegenstehe.³³ Mit dem Entscheid «Sigurjonsson» anerkannte der Gerichtshof jedoch die negative Vereinigungsfreiheit in vollem Umfang.³⁴ In der Entscheidung «Sørensen und Rasmussen» schliesslich präzisierte der EGMR in der Besetzung als Grosse Kammer, dass «closed shop-Regelungen» auch dann unzulässig sind, wenn diese den Zugang zum Betrieb an sich von einer Gewerkschaftszugehörigkeit abhängig machen.³⁵ Der EGMR betonte die besondere Verletzlichkeit von Stellenbewerbern, die auch vor Entlassung zu schützen sind, wenn ihnen bei der Anstellung die Pflicht zur Gewerkschaftsmitgliedschaft bewusst gewesen ist.³⁶

Mit der Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit wird der individualrechtliche Aspekt der Vereinigungsfreiheit gestärkt. In einer Reihe anderer Entscheide hat der EGMR auch die Autonomie der Gewerkschaften hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Organisation geschützt. Zu erwähnen ist die Entscheidung im Falle der britischen Lokführergewerkschaft «Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen» (ASLEF).³⁷ Die ASLEF hatte beschlossen, dass Mitglieder rassistischer und faschistischer Organisationen kein Recht auf Mitgliedschaft in ihrer Gewerkschaft haben. In der Folge wurde ein Mitglied der rechtsextremen British National Party aus der Gewerkschaft ausgeschlossen. Die britischen Gerichte schützten diesen Ausschluss nicht und gaben der Klage des besagten Mitgliedes statt. Der EGMR aber entschied, Art. 11 EMRK könne nicht so ausgelegt werden, dass Gewerkschaften verpflichtet seien, alle Interessierten aufzunehmen.³⁸

³³ EGMR, Young, James und Webster (FN 32), N 52.

³⁴ EGMR vom 30. Juni 1993, Sigurjonsson ./ Island, Appl. No. 16130/90, N 35. Im konkreten Fall basierte die Zwangsmgliedschaft auf einem Gesetz, nicht auf einem Kollektivvertrag.

³⁵ EGMR vom 11. Januar 2006, Sørensen und Rasmussen ./ Dänemark, Appl. No. 52562/99 und 52620/99.

³⁶ EGMR, Sørensen und Rasmussen (FN 35), N 59.

³⁷ EGMR vom 27. Februar 2007, ASLEF ./ GB, Appl. No. 11002/05.

³⁸ EGMR, ASLEF (FN 37), N 39.

b) Belgische Polizeigewerkschaft, schwedische Ingenieure und weitere Entscheide: Bescheidener Schutzbereich von Art. 11 EMRK

Art. 11 Abs. 1 EMRK hält das Recht jeder Person fest, «zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen». Der Umfang dieses Rechts und die konkreten Verpflichtungen der EMRK-Staaten lassen sich der Bestimmung nicht entnehmen. Eine erste Gelegenheit zur Präzisierung erhielt der EGMR im Jahre 1975, als ihm die Frage der Anerkennung der Gewerkschaften bei Kollektivverhandlungen vorgelegt wurde.³⁹ Der EGMR lehnte eine entsprechende Pflicht des Staates ab. Art. 11 EMRK garantiere den Gewerkschaften und ihren Mitgliedern keine bestimmte Behandlung durch den Staat und insbesondere kein Recht, von jenem konsultiert zu werden.⁴⁰ Der EGMR verwies ausdrücklich darauf, dass Gewerkschaftsfragen explizit in der Sozialcharta verankert wären, weshalb sich kein Konsultationsrecht aus Art. 11 Abs. 1 EMRK ergebe.⁴¹

Abgelehnt hat der EGMR auch die Klage der Gewerkschaft der schwedischen Ingenieure, die aus Art. 11 EMRK einen Anspruch auf Verhandlungen und Abschluss eines Kollektivvertrages ableiten wollte.⁴² Keinen Erfolg hatten in einem anderen Fall die Kläger Schmidt und Dahlström, die argumentierten, eine vom Arbeitgeber im Rahmen eines Arbeitskonfliktes gewährte rückwirkende Lohnerhöhung an nicht streikende Arbeitnehmende verletze Art. 11 EMRK bzw. Art. 14 EMRK.⁴³ Der EGMR anerkannte zwar, dass die EMRK die Freiheit schütze, die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft durch kollektive Massnahmen zu verteidigen, und dass solche Aktionen von den Vertragsstaaten erlaubt und ermöglicht werden müssten.⁴⁴ Zu Letzterem hielt der Gerichtshof allerdings fest, Art. 11 Abs. 1 EMRK würde den einzelnen Staaten die Wahl der Mittel überlassen, die sie zu diesem Zweck einsetzen wollten.⁴⁵ Die Garantie des Streikrechts sei zweifellos ein wichtiges Mittel, jedoch gäbe es auch andere. Insbesondere könne das Streik-

³⁹ EGMR vom 27. Oktober 1975, Nationale Polizeigewerkschaft ./ Belgien, Appl. No. 4464/70.

⁴⁰ EGMR, belgische Polizeigewerkschaft (FN 39), N 38.

⁴¹ EGMR, belgische Polizeigewerkschaft (FN 39), N 38.

⁴² EGMR vom 6. Februar 1976, Swedish Engine Drivers ./ Schweden, Appl. No. 5614/72.

⁴³ EGMR vom 6. Februar 1976, Schmidt und Dahlström ./ Schweden, Appl. No. 5589/72.

⁴⁴ EGMR, Schmidt und Dahlström (FN 43), N 36.

⁴⁵ EGMR, Schmidt und Dahlström (FN 43), N 36.

recht, das in Art. 11 EMRK gerade nicht ausdrücklich verankert sei, durch das innerstaatliche Recht geregelt werden, und zwar dergestalt, dass die Ausübung in bestimmten Fällen beschränkt sei.⁴⁶ Auch eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK verneinte der EGMR. Der in Schweden geltende Grundsatz «Streik hindert Rückwirkung» stelle keine Diskriminierung der Arbeitnehmenden dar, die einer am Streik beteiligten Gewerkschaft angehörten.⁴⁷

Die dargestellte Rechtsprechung wurde insbesondere durch Vertreter/innen der gewerkschaftsnahen Arbeitsrechtswissenschaft kritisiert.⁴⁸ Die Strassburger Organe würden die individuelle Autonomie über die kollektive Solidarität stellen.⁴⁹ Im Zuge der jüngeren Entscheide, auf die sogleich einzugehen ist, hat der EGMR in den genannten Kreisen wieder viel an Goodwill gewonnen. Der «Weg nach Strassburg» ist für Gewerkschaftsaktivisten und ihnen nahestehenden Arbeitsrechtswissenschaftler/innen zu einer vielversprechenden Perspektive geworden.⁵⁰

3. Kehrtwende: Entscheid «Wilson und Palmer»

In einem vielbeachteten Fall hatte der EGMR im Jahre 2002 eine Verletzung von Art. 11 EMRK auf der Grundlage der folgenden Sachverhalte zu beurteilen⁵¹: Der Journalist David Wilson erhielt von seinem Arbeitgeber die Mitteilung, ein bestehendes Übereinkommen mit der nationalen Journalistengewerkschaft nicht verlängern und auch keine neuen Kollektivvertrag-Verhandlungen führen zu wollen. Im neu offerierten Einzelarbeitsvertrag fand sich überdies eine Klausel, die eine Erhöhung der Bezüge in Aussicht stellte, wenn u.a. auf den Anspruch, sich in Verhandlungen mit der Arbeitge-

⁴⁶ EGMR, Schmidt und Dahlströhm (FN 43), N 36.

⁴⁷ EGMR, Schmidt und Dahlströhm (FN 43), N 40–41.

⁴⁸ So z.B. KEITH EWING, *The Human Rights Act and Labour Law* (1988), 27 *Industrial Law Journal*, S. 275.

⁴⁹ TONIA NOVITZ, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, 2003, S. 238.

⁵⁰ Das zeigt eine intensive Rezeption der jüngeren EGMR-Praxis durch die Arbeitsrechtswissenschaft, siehe insbesondere das neue Standardwerk: «*The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*», Filip Dorssemont/Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), Oxford 2014.

⁵¹ EGMR vom 02. Juli 2002, Wilson und Palmer, Appl. No. 15573/89.

berin durch die Gewerkschaft vertreten zu lassen, verzichtet werde. Ein vergleichbarer Sachverhalt lag der Klage des Beschwerdeführers Palmers und weiterer Personen zugrunde, die allesamt Mitglieder der Nationalen Gewerkschaft der Eisenbahn-, Schifffahrts- und Transportarbeiter waren. Der EGMR betonte, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK die Gewerkschaftsfreiheit als besonderen Aspekt der Vereinigungsfreiheit umfasse⁵² und der Terminus *«zum Schutze ihrer Interessen»* keine Worthülse darstelle.⁵³ Vielmehr schütze Art. 11 EMRK das Ergreifen kollektiver Massnahmen zum Schutz der Interessen der Gewerkschaftsmitglieder und auferlege den Staaten hier eine Schutzpflicht.⁵⁴ Indem jedoch Grossbritannien den Arbeitgebern im vorliegenden Falle erlaubte, Arbeitnehmende durch finanzielle Anreize zum Verzicht auf wesentliche Elemente des Rechts auf Gewerkschaftsfreiheit zu bewegen, sah der EGMR die positive Verpflichtung, die Ausübung der in Art. 11 EMRK garantierten Rechte sicherzustellen, verletzt⁵⁵.

Die Entscheidung Wilson und Palmer stellt isoliert betrachtet noch keine eigentliche Neuorientierung des EGMR gegenüber den Gewerkschaftsrechten dar. Bemerkenswert daran ist die umfassende Darlegung des internationalen Rechtsrahmens zu den Gewerkschaftsrechten. So werden ausführlich sowohl die einschlägigen Bestimmungen der Sozialcharta von 1961 und der IAO-Abkommen Nr. 87 und 98 wie auch die entsprechende Spruchpraxis der Überwachungsorgane (Sozialausschuss für die Sozialcharta bzw. Ausschuss für die Vereinigungsfreiheit für die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98) dargelegt.⁵⁶ Auch bei der Argumentationsführung für die Bejahung einer Verletzung von Art. 11 EMRK nahm der EGMR auf die Kritik des IAO-Vereinigungsausschusses an Grossbritannien Bezug. Die ausdrückliche Berücksichtigung (anderer) internationaler Menschenrechtsgarantien und der entsprechenden Spruchpraxis für die Auslegung und Anwendung der EMRK

⁵² EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), N 42.

⁵³ EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), N 42.

⁵⁴ EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), N 46.

⁵⁵ EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), N 48.

⁵⁶ EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), N 30–38. Die Bezugnahme aus Bestimmungen in der Sozialcharta zur Auslegung der EMRK wird in der Lehre auch als *«integrative Auslegung»* bezeichnet, siehe etwa VIRGINIA MANTOUVALOU, *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation*, *Human Rights Law Review* 13:3 (2013), 529–555. Zu integrativen Auslegungen der EMRK siehe auch hinten, II.4.d); Die EMRK als *«living Instrument»* und die Berücksichtigung (anderer) internationaler Garantien, S. 11 ff.

fand sieben Jahre später in der «Demir und Baykara»-Entscheidung eine eindrückliche Fortsetzung.

4. Bahnbrechend: Entscheide «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen»

a) Sachverhalte und Entscheide

Im Fall «Demir und Baykara» geht es um die Gültigkeit eines Kollektivvertrages zwischen der Beamtengewerkschaft «Tüm Bel Sen» und der Gemeinde Gaziantep. Die türkischen Gerichte lehnten eine Klage der Gewerkschaft gegen die Gemeinde u.a. deshalb ab, weil sie die Rechtspersönlichkeit der Beamtengewerkschaft verneinte. Der Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11 EMRK wurde vom EGMR in einer Kammerentscheidung stattgegeben.⁵⁷ Die Türkei zog den Fall an die Grosse Kammer weiter, die den Kammerentscheid einstimmig bestätigte.⁵⁸

Fünf Monate nach dem Urteil der Grossen Kammer bestätigte und erweiterte der EGMR im Fall «Enerji Yapi-Yol Sen»⁵⁹ den Gehalt von Art. 11 EMRK erneut. Streitig war eine Anordnung der türkischen Behörden, welche die Teilnahme an einem nationalen Aktionstag des türkischen Dachverbandes der Dienstleistungsgewerkschaften verbot. Ziel des Aktionstages war die Anerkennung einer Kollektivvereinbarung für die Beamten/innen. Die türkischen Behörden lehnten die gegen diese Anordnung erhobene Klage u.a. mit dem Argument ab, es handle sich gar nicht um einen anfechtbaren Akt, sondern lediglich um eine Information über die Rechtslage.⁶⁰ Die Gewerkschaft «Enerji Yapi-Yol Sen» zog den Fall an den EGMR, der sowohl die streitige Opfereigenschaft der Beschwerdeführer⁶¹ als auch eine Verletzung des in

⁵⁷ EGMR vom 21. November 2006, Demir und Baykara ././ Türkei, Appl. No. 34503/97 (Kammer-Entscheidung).

⁵⁸ EGMR vom 12. November 2008, Demir und Baykara ././ Türkei, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer).

⁵⁹ EGMR vom 21. April 2009, Enerji Yapi-Yol Sen ././ Türkei, Appl. No. 68959/01.

⁶⁰ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 21.

⁶¹ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 22–24.

Art. 11 EMRK verankerten Streikrechts (auch) für Beamte/innen anerkannte.⁶²

b) Recht zur Gründung einer Beamtengewerkschaft und auf Kollektivverhandlungen

Im Fall «Demir und Baykara» hatte der EGMR zu klären, ob die Türkei der Beamtengewerkschaft die Rechtspersönlichkeit rechtmässig verweigert hat bzw. ob Art. 11 EMRK ein Recht für Beamte/innen zur Gründung von Gewerkschaften beinhaltet.⁶³

Die Türkei berief sich auf die in Art. 11 Abs. 2 EMRK verankerten Ausnahme vom Anwendungsbereich der Koalitionsfreiheit (Mitglieder der Polizei, Streitkräfte und Staatsverwaltung). Der EGMR hielt zunächst fest, die Ausnahmen seien eng auszulegen und begründete seine Position mit Hinweisen auf die relevanten internationalen Instrumente und die Praxis europäischer Staaten.⁶⁴ Namentlich erwähnte der EGMR Art. 8 Abs. 2 UN-Pakt I⁶⁵, Art. 22 UN-Pakt II⁶⁶, Art. 2 des IAO-Abkommens Nr. 87⁶⁷, Art. 5 ESC und der Empfehlung N 6 des Ministerkomitees des Europarates zum Status öffentlich-rechtlich Beschäftigter⁶⁸. Weiter verwies der EGMR auf Art. 12 Abs. 1 der Grundrechtscharta der Europäischen Union, nach der «*everyone*» das Recht zur Gründung einer Gewerkschaft habe und auf die Anerkennung des Rechts

⁶² EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 24, siehe dazu ausführlich: II.4.c) Anerkennung des Streikrechts – auch für Beamte/innen, S. 10 f.

⁶³ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 96–108.

⁶⁴ Im Urteil verweist der EGMR unter II) Relevant Domestic and International Law einerseits auf das türkische Recht, N 34–36 und danach in N 37–52 sehr ausführlich auf die Abkommen 87 und 98 der IAO einschliesslich ausgewählter Spruchpraxis des Vereinigungsausschusses, auf Art. 22 UN-Pakt II und Art. 8 UN-Pakt I sowie auf Art. 5 und der revidierten Europäischen Sozialcharta, wobei letztere Bestimmungen von der Türkei nicht ratifiziert sind.

⁶⁵ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 99.

⁶⁶ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 99; der EGMR verweist darauf, dass bei Art. 22 UN-Pakt II lediglich Streitkräfte und Polizei unter den Ausnahmen aufgeführt sind, nicht aber Angehörige der Staatsverwaltung.

⁶⁷ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 100–102. Der EGMR erwähnt in N 101 und N 38 die wiederholte Bestätigung des Rechts von Beamten/innen auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften durch den IAO-Vereinigungsausschuss. Auch Gemeindeangestellte (N 102 und N 39, mit Hinweisen auf die entsprechende Praxis des IAO-Ausschusses) haben das Recht auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften.

⁶⁸ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 104.

auf Beamten­gewerkschaften durch alle Ratifikationsstaaten der EMRK.⁶⁹ Der EGMR kam zum Schluss, dass Beamte/innen (*«members of the administration of the State»*) nicht vom Anwendungsbereich von Art. 11 EMRK ausgeschlossen werden können. Folglich sei die Nichtanerkennung als Gewerkschaft nur zulässig, wenn die Einschränkungsvoraussetzungen nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK gegeben seien⁷⁰, was der EGMR im gegebenen Fall jedoch verneinte.⁷¹ Konkret habe die Türkei ihre positive Pflicht zur Sicherung des in Art. 11 EMRK verankerten Rechts auf Gründung von Gewerkschaften dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber lange untätig geblieben sei und das oberste Gericht restriktiv und formalistisch entschieden habe.⁷²

Die zweite Frage, die der EGMR zu klären hatte, betraf die Ungültigerklärung des fraglichen Kollektivvertrags durch die türkischen Behörden.⁷³ Im Kern hatte der EGMR also zu entscheiden, ob sich aus Art. 11 EMRK ein Recht auf Kollektivverhandlungen bzw. auf Abschluss eines Kollektivvertrages ableiten lasse.

Der EGMR sah sich mit dem Problem seiner eigenen Rechtsprechung konfrontiert, wonach die Mitgliedstaaten wählen könnten, mit welchen Mitteln sie das Koalitionsrecht gewähren wollten.⁷⁴ Aus der Analyse seiner bisherigen Entscheide entnahm der EGMR wesentliche Elemente des Koalitionsrechts (*«essential elements of the right of association»*); dazu zählte er das Recht auf Gründung und Beitritt zu einer Gewerkschaft, das Verbot von «closed shop-Regelungen» und das Recht einer Gewerkschaft, sich beim Arbeitgeber für die Interessen ihrer Mitglieder Gehör zu verschaffen.⁷⁵ Das Gericht hielt mit Verweis auf den «living instrument»-Charakter der EMRK fest, diese Liste sei nicht definitiv, sie sei stattdessen *«subject to evolution depending on particular*

⁶⁹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 105.

⁷⁰ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 107.

⁷¹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 117–127.

⁷² EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 125.

⁷³ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 128–170.

⁷⁴ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 141–143, mit Verweis auf die Entscheide «Belgische Polizei­gewerkschaft» (FN 39), «Swedish Engine Drivers» (FN 42) und «Wilson und Palmer» (FN 51), in letzter Entscheidung hatte der EGMR bereits Kollektivverhandlungen bedeutend eingestuft. Siehe zur «Hypothek» der früheren Gewerkschaftsentscheide des EGMR in der Demir und Baykara-Entscheidung: KEITH EWING/JOHN HENDY, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, *Industrial Law Journal* 39, 2010, Nr. 1, S. 5.

⁷⁵ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 145.

developments in labour relations». ⁷⁶ Damit gelangte der EGMR zur Frage, ob auch das Recht auf Kollektivverhandlungen zu den wesentlichen Elementen des Koalitionsrechts gehöre. Wie bereits bei der Frage der Anerkennung des Rechts auf Gründung einer Gewerkschaft für Beamte/innen (siehe oben), verwies der EGMR auch hierbei auf die weiteren internationalen Garantien, namentlich in den UN-Pakten I und II, den IAO-Abkommen Nr. 98 und 151, in der ESC und in der Grundrechtscharta der Europäischen Union sowie auf die Praxis in den EMRK-Ratifikationsstaaten. ⁷⁷ In bewusster Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung ⁷⁸ kam der EGMR zum Schluss, dass das Recht auf Kollektivverhandlung zu den wesentlichen Elementen des in Art. 11 EMRK verankerten Koalitionsrechts gehöre. ⁷⁹ Durch die Ungültigkeitserklärung des Kollektivvertrages hatte die Türkei somit unrechtmässig in das Koalitionsrecht eingegriffen. ⁸⁰ Die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, u.a. Beamte/innen wären im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmenden privilegiert, wies der EGMR zurück. ⁸¹

c) Anerkennung des Streikrechts – auch für Beamte/innen

In der Entscheidung «Demir und Baykara» hatte der EGMR zur Frage Stellung zu beziehen, ob Art. 11 EMRK auch ein Streikrecht beinhaltet, das zudem auch für Beamte/innen gilt. ⁸² Ein solches Recht gehörte bis zum Entscheid «Enerji Yapi-Yol Sen» gerade nicht zu den wesentlichen Elementen des Koalitionsrechts, die von allen EMRK-Staaten zu gewährleisten sind. ⁸³ Anzeichen in Richtung Anerkennung eines Streikrechts als unabdingbaren Teilgehalt von Art. 11 EMRK finden sich indes schon kurz vor dem Fall «Enerji Yapi-Yol Sen», und zwar in einem Sondervotum der Richterin Mu-

⁷⁶ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 146.

⁷⁷ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 147–154.

⁷⁸ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 153, mit Verweisen auf «Swedish Engine Drivers» (FN 42) und «Schmidt und Dahlström» (FN 43).

⁷⁹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 154.

⁸⁰ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 159.

⁸¹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 160–170.

⁸² EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 158, siehe auch: KLAUS LÖRCHER, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlungen und Streik – auch für Beamte, AuR 7–8/2009, S. 7.

⁸³ EGMR, Schmidt und Dahlström (FN 43), N 68 ff.; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München/Basel/Wien 2009, S. 309; FROWEIN (FN 14), N 18 zu Art. 11 EMRK, mit dem Hinweis, dass ein völliger Ausschluss des Streikrechts als nicht vereinbar mit Art. 11 EMRK angesehen würde.

laroni in der EGMR-Entscheidung «Urcan» aus dem Jahre 2007: «*A mon sens, la possibilité reconnue par l'article 11 à toute personne de s'affilier aux syndicats pour la défense de ses intérêts*» serait en grande partie une coquille vide si elle n'avait pour corollaire la possibilité de jouir du droit de grève, une grève étant souvent le moyen le plus efficace de soutenir des revendications à caractère collectif.»⁸⁴ Ähnlich pointierte Äusserungen finden sich in der Lehre, etwa bei EWING/HENDY: «*Without the right to strike, the right to collectively bargain is no more than a right to collective begging*».⁸⁵

In «Enerji Yapi-Yol Sen» nahm der EGMR die Gelegenheit wahr, das Streikrecht in den Katalog der wesentlichen Elemente der Koalitionsfreiheit aufzunehmen. In Fortsetzung der «Demir und Baykara»-Doktrin begründete der EGMR das Streikrecht mit einschlägigen IAO-Abkommen und insbesondere mit der Europäischen Sozialcharta, die das Streikrecht als Mittel anerkennt, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten.⁸⁶ Der EGMR hält fest, dass das Streikrecht nicht absolut gelte. Ein Streikverbot für bestimmte Beamtenkategorien sei möglich, jedoch nicht ein generelles Beamtenstreikverbot.⁸⁷ Im vorliegenden Fall hat die Türkei das Streikrecht der Beamten/innen durch die Androhung von Sanktionen beeinträchtigt und die Beeinträchtigung erwies sich gemäss EGMR als «*in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig*».⁸⁸

d) Die EMRK als «living instrument» und die Berücksichtigung (anderer) internationaler Garantien

da) Das methodische Vorgehen in der Entscheidung «Demir und Baykara»

Die Bedeutung der EGMR-Entscheide «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen» besteht einerseits in der klaren Erweiterung des materiellen Schutzbereichs von Art. 11 EMRK. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht bilden nun Teil des Schutzbereiches von Art. 11 EMRK. Allfällige Einschränkungen sind nur in den Grenzen von Art. 11 Abs. 2

⁸⁴ EGMR vom 17. Juli 2008, Urcan und andere ./.. Türkei, Appl. Nr. 23018/04 (u.a.), Sondervotum Richterin Mularoni.

⁸⁵ EWING/HENDY (FN 74), S. 13.

⁸⁶ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 24.

⁸⁷ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 32.

⁸⁸ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen (FN 59), N 29–31 und 33.

EMRK zulässig. Darüber hinaus ist die Entscheidung «Demir und Baykara» in methodischer Hinsicht bemerkenswert.

Der EGMR befasste sich in «Demir und Baykara» in grundsätzlicher Weise mit der Auslegung der EMRK⁸⁹. Er verwies dabei vorerst auf die in Art. 31 bis 33 der Wiener-Vertragsrechtskonvention festgelegten Auslegungsgrundsätze.⁹⁰ Da es sich bei der EMRK um ein System zum Schutze der Menschenrechte handle, müssten die Bestimmungen in einer Art und Weise ausgelegt werden, dass der Schutz der EMRK-Rechte wirksam sei (*«practical and effective, not theoretical and illusory»*).⁹¹ Zudem habe sich der Gerichtshof nicht darauf zu beschränken, die EMRK nur aus sich selbst auszulegen, im Gegenteil, *«it must take into account any relevant rules and principles of international applicable in relations between the Contracting Parties»*.⁹² Weiter sei die EMRK als *«living instrument»* zu verstehen, ihre Bestimmungen wären im Lichte heutiger Bedingungen auszulegen, zu berücksichtigen seien *«[...] evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions[...]»*.⁹³ Der EGMR ging bereits in früheren Entscheidungen so vor⁹⁴, etwa indem er die Kinderrechtskonvention zur Auslegung von Art. 8 EMRK heranzog⁹⁵ und sogar auf nicht bindende internationale Instrumente wie Empfehlungen und Resolutionen des Ministerkomitees oder der Parlamentarischen Versammlung des Europarates Bezug nahm.⁹⁶ In der Entscheidung «Demir und Baykara» mündeten die Ausführungen zu diesem in der Lehre als *«evolutives Auslegungsprinzip»*⁹⁷ genannten Vorgehen in der bemerkenswerten Feststellung, der Konsens, der sich in den spezifischen internationalen Instrumenten einschliesslich der Praxis der Konventionsstaaten wiederfinde, bilde für den EGMR *«a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in a*

⁸⁹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 65–67 (Basis), N 69 – (Diversity of international texts and instruments used for the interpretation of the convention).

⁹⁰ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 65.

⁹¹ Aus diesem Anspruch auf «praktischen und effektiven Schutz» folgen positive Pflichten der Staaten, das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht wirksam zu schützen, siehe im vorliegenden Fall: EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 66.

⁹² EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 67.

⁹³ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 68 und N 145.

⁹⁴ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 69–83.

⁹⁵ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 69.

⁹⁶ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 74.

⁹⁷ Siehe unten bb) Integration durch Interpretation: Zustimmung und Kritik, S. 13 f. und Literaturhinweise in FN 101.

specific case».⁹⁸ Dabei komme es gar nicht darauf an, ob der beschwerte Staat alle relevanten internationalen Instrumente ratifiziert habe. Entscheidend sei, dass die im konkreten Fall einschlägigen völkerrechtlichen Verträge «denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is a common ground in modern societies [...]».⁹⁹

db) Integration durch Interpretation: Zustimmung und Kritik

Die EGMR-Formel «living instrument»¹⁰⁰ bildet Teil der teleologischen Auslegung der Konvention.¹⁰¹ Das Gleiche gilt für den Begriff der «dynamischen Auslegung», der vom EGMR ebenfalls häufig verwendet wird.¹⁰² In der Lehre wird diese zuweilen kritisierte rechtsfortbildende Interpretation¹⁰³ der EMRK auch als «evolutive Auslegung» bezeichnet.¹⁰⁴ Die evolutive Auslegung ist jedoch weit mehr als eine Auslegungsmethode. Vielmehr handelt es sich um ein Auslegungsprinzip¹⁰⁵, das dem Ziel eines praktischen und effektiven Menschenrechtsschutzes dient.¹⁰⁶ Teil dieser evolutiven Auslegung bildet die Transformation externer Regelungen – andere internationale Menschenrechtsverträge und deren Auslegung durch die zuständigen Organe – in die EMRK.¹⁰⁷ Dieses Vorgehen ermöglicht dem EGMR, in der EMRK selbst

⁹⁸ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 85.

⁹⁹ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 86.

¹⁰⁰ Die Formel taucht in zahlreichen EGMR-Entscheidungen auf, siehe etwa EGMR vom 25. April 1978, Tyrer ./. Grossbritannien, Appl. No. 5856/72, N 31, EGMR vom 13. Juni 1979, Marckx ./. Belgien, Appl. No. 6833/74, N 41, EGMR vom 8. Juli 2004, Vo ./. France, Appl. No 53924/00, N 82.

¹⁰¹ Zur teleologischen Auslegung der EMRK siehe GRABENWARTER (FN 83), S. 34–35 und die umfassende Studie von HANNEKE SENDEN, Interpretation of Fundamental Rights in a Multi-level Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge/Antwerp/Portland 2011.

¹⁰² So z.B. bei EGMR vom 16. Oktober 2010, A.B. und C. ./. Irland, Appl. 25579/05, N 234.

¹⁰³ Pointiert etwa die Kritik am EGMR von MARTIN SCHUBART, Gedanken über Freiheit und Unabhängigkeit, Anwaltsrevue 2013, S. 366–371 (S. 369).

¹⁰⁴ SENDEN (FN 101), S. 70 ff.

¹⁰⁵ Zur Unterscheidung zwischen den eher rechtstechnischen Auslegungsmethoden und den Auslegungsprinzipien siehe SENDEN (FN 101), S. 267–288.

¹⁰⁶ SENDEN (FN 101), S. 73 (77), siehe ferner die Ausführungen des EGMR in der «Demir und Baykara»-Entscheidung in N 66.

¹⁰⁷ Siehe dazu die ausführliche und fundierte Studie von JULIAN ARATO, Constitutional Transformation in the ECtHR: Strassbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 37, No 2, 2012, S. 349–389.

nicht oder nicht ausdrücklich enthaltenen Arbeits- und Sozialrechte durch Auslegung in die EMRK zu integrieren¹⁰⁸ – er betreibt also, in anderen Worten, «*Integration durch Interpretation*».¹⁰⁹

Es versteht sich von selbst, dass das Vorgehen des EGMR in «Demir und Baykara» und die Weiterführung dieses Ansatzes in «Enerji Yapi-Yol Sen» sowohl Ablehnung als auch euphorische Zustimmung hervorruft. Kritisiert wird, dass sich der EGMR bei der Rezeption sozialrechtlicher Bestimmungen über die fehlende Ratifikation hinwegsetzt.¹¹⁰ Bemängelt wird ferner, der EGMR verkenne den unterschiedlichen Verpflichtungsgrad der Sozialrechte, die grösstenteils nicht unmittelbare Ansprüche begründen würden.¹¹¹ Nicht gutgeheissen wird vor allem in Teilen der deutschen Lehre die Massgeblichkeit der Spruchpraxis des IAO-Ausschusses für die Vereinigungsfreiheit.¹¹² Andererseits finden sich zustimmende Voten in der Lehre, die dem Urteil epochalen Charakter auf dem Weg zur Anerkennung grundlegender Arbeitsrechte als Menschenrechte attestieren.¹¹³ Begrüssert wird die «Demir und Baykara»-Rechtsprechung ferner als (weitere) Etappe in der fortschreitenden Menschenrechtsentwicklung.¹¹⁴ Der Kritik an der auf dem Wege der Auslegung erfolgter Integration sozial- und arbeitsrechtlicher Normen in die EMRK ist entgegenzuhalten, dass sich dieses Vorgehen auf Art. 31 Abs. 3 lit. c der Wiener-Vertragsrechtskonvention stützt, wonach für die Auslegung «*jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige*

¹⁰⁸ NUSSBERGER (FN 28), S. 271. Kritisch dazu: JUNKER (FN 22), S. 6 f.

¹⁰⁹ MANTOUVALOU (FN 56), S. 536.

¹¹⁰ ACHIM SEIFFERT, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 4/2009, S. 357–377 (358).

¹¹¹ NORMANN WEISS, Von Paukenschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, EuZA 4/2010, S. 467 f.; JUNKER (FN 22), S. 6 f.

¹¹² SEIFFERT (FN 110), S. 363; zustimmend jedoch: MONIKA SCHLACHTER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Wirkungen auf das deutsche Recht, RDA 2011, S. 341 ff. (348).

¹¹³ MANTOUVALOU (FN 56) S. 538; KEVIN KOLBEN, Labor Rights as Human Rights?, Virginia Journal of International Law 50–2, 2010, S. 450–484, EWING/HENDY (FN 74), S. 47, LÖRCHER (FN 82), S. 1 ff., PATRICK FÜTTERER, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK (Demir und Baykara und andere), EuZA, Bd. 4, 2011, S. 513.

¹¹⁴ FÜTTERER (FN 113), S. 514.

Völkerrechtssatz» zu berücksichtigen ist.¹¹⁵ Es liegt auf der Hand, dass es sich bei den Abkommen der IAO und den relevanten Bestimmungen der Sozialcharta um «einschlägige Völkerrechtssätze» handelt. Die Formulierung «*zwischen den Vertragsparteien anwendbar*» bedeutet – so das Verständnis des EGMR¹¹⁶ – nicht, dass auch der in einem konkreten Fall beklagte EMRK-Ratifikationsstaat die zur Auslegung beigezogenen Völkerrechtssätze anerkennen muss. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass der EGMR für die Auslegung der EMRK nur solche internationale Normen heranziehen könnte, die von sämtlichen Mitgliedern des Europarates ratifiziert worden sind.¹¹⁷ Auch ein solches Ergebnis liesse sich im Lichte von Art. 31 Abs. 1 lit. c Wiener-Vertragsrechtskonvention vertreten. Mit dem in «Demir und Baykara» gewählten Ansatz lässt sich indes das Ziel eines möglichst wirksamen Menschenrechtsschutzes besser realisieren.

Anzumerken bleibt, dass die expansive Auslegung der EMRK durch den EGMR in sozialpolitischer Hinsicht (je nach Perspektive) wünschbar und rechtlich auch vertretbar, jedoch mit Blick auf die Sensitivität gegenüber Souveränitätsverlusten in staatspolitischer Hinsicht nicht unproblematisch ist.¹¹⁸ Weiter ist festzustellen, dass der EGMR gemäss einer umfassenden Studie von KLAUS LÖRCHER¹¹⁹ die «Demir und Baykara»-Methode lediglich in Ausnahmefällen anwendet. In den Jahren 2009 bis 2012 wurden in der genannten Studie lediglich 16 Urteile identifiziert, in denen der EGMR ausdrücklich auf «Demir und Baykara» Bezug nimmt, obwohl sich weitaus mehr Fälle für die Anwendung der Methode eignen würden¹²⁰.

¹¹⁵ ARATO (FN 107), S. 364 f., VASSILIS, TZEVELEKOS, Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology Between Evolution and Systemic Integration, Michigan Journal of International Law, 2010, vol. 31, S. 621–690.

¹¹⁶ EGMR, Demir und Baykara (FN 58), N 85.

¹¹⁷ SCHLACHTER (FN 112), S. 347.

¹¹⁸ So auch ARATO (FN 107), S. 353, der schreibt: «From the political perspective, however, it represents a critical shift in the powers of the Court to hold State Parties to legal Instruments beyond their control».

¹¹⁹ KLAUS LÖRCHER, 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: Filip Dorsemont/Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford 2013, S. 1–46.

¹²⁰ LÖRCHER (FN 119), S. 22 ff.

5. Weiterentwicklung: Hohe Hürden für Einschränkung der Gewerkschaftsrechte durch Disziplinarmaßnahmen

a) Verletzung von Art. 11 EMRK durch Sanktionen

Gestützt auf Art. 11 EMRK haben Arbeitnehmer/innen einschliesslich Beamte/innen ein Recht auf Koalitionsverhandlungen und ein Recht auf Streik. In mehreren Entscheiden nach «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen» bekräftigte der EGMR die Verpflichtungen der EMRK-Staaten, auch für den wirksamen Schutz dieser Rechte zu sorgen. Für zulässige Sanktionen gegen Gewerkschafter/innen und gegen Streikende bestehen somit hohe Hürden.

Im Fall «Kaya und Seyhan»¹²¹ hatte der EGMR über die Rechtmässigkeit von Disziplinarmaßnahmen gegen eine Lehrerin und einen Lehrer zu entscheiden, die an einem von ihrer Gewerkschaft organisierten nationalen Streiktag teilgenommen hatten. Der nationale Streik erfolgte aus Anlass einer Parlamentsdebatte über die Änderung der Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst¹²². Die Lehrkräfte wurden wegen der Teilnahme an diesem (legalen) Aktionstag auf dem Wege eines Disziplinarverfahrens verwarnet. Die Verwarnung wurde von den nationalen Gerichten nicht beanstandet. Der EGMR qualifizierte die Verwarnung indes als Beeinträchtigung des in Art. 11 EMRK gewährten Streikrechts.¹²³ Zwar beruhe die Verwarnung auf einer gesetzlichen Grundlage¹²⁴, es sei aber fraglich, so der EGMR, dass damit ein legitimes Ziel verfolgt werde¹²⁵ und überdies verfehle die Massnahme das Kriterium «*in einer demokratischen Gesellschaft notwendig*»¹²⁶, womit die Türkei Art. 11 EMRK verletze.¹²⁷ Ähnlich entschied der EGMR im Fall «Sisman und andere».¹²⁸ Mitarbeitende eines Steuerbüros (aktive Gewerkschafter/innen) hängten Plakate mit Aufrufen zur Teilnahme

¹²¹ EGMR vom 15. September 2009, Kaya und Seyhan ./.. Türkei, Appl. No. 30946/04.

¹²² EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 7.

¹²³ EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 24.

¹²⁴ EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 25.

¹²⁵ EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 26.

¹²⁶ EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 27–31.

¹²⁷ Der EGMR erkannte überdies eine Verletzung von Art. 13 EMRK, siehe EGMR, Kaya und Seyhan, (FN 121), N 33–42.

¹²⁸ EGMR vom 27. September 2011, Sisman und andere ./.. Türkei, Appl. No. 1305/05.

an 1.-Mai-Demonstrationen an dafür nicht offiziell genehmigten Standorten in der Räumlichkeiten der Verwaltung auf, worauf gegen die Beteiligten Sanktionen (Lohnabzüge) ausgesprochen wurden. Die Sanktionen seien unverhältnismässig und geeignet, die Gewerkschafter/innen abzuhalten, ihre durch Art. 11 EMRK geschützte Tätigkeit auszuüben¹²⁹, entschied das Gericht.

Beide Fälle führen vor Augen, dass der EGMR die in Art. 11 EMRK verankerten Rechte in umfassendem, menschenrechtlichen Sinne versteht und für gewerkschaftliche Aktionen keinen unmittelbaren Bezug zu bestimmten Beschäftigungsverhältnissen verlangt (Werbung für den 1. Mai, Teilnahme an einem nationalen Aktionstag mit Blick auf eine Parlamentsdebatte). Eine wie im deutschen Streikrecht erforderliche «Tarifakzessorität»¹³⁰ ist für den EGMR zur Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 11 EMRK also offensichtlich nicht notwendig.¹³¹

b) Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK

Bereits in der Entscheidung «Wilson und Palmer»¹³² betonte der EGMR die Schutzpflicht des Staates zur Sicherung der effektiven Ausübung der in Art. 11 EMRK gewährten Ansprüche. Im Fall «Danilenkov»¹³³ nahm der EGMR die Gelegenheit wahr, das Zusammenwirken der Ansprüche nach Art. 11 EMRK und des Diskriminierungsverbotes nach Art. 14 EMRK zu verdeutlichen.

Der Entscheid «Danilenkov» basiert auf folgendem Sachverhalt: Kaliningrader Hafendarbeiter, Mitglieder der russischen Hafendarbeitergewerkschaft, wurden nach einem durch sie zur Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen organisierten Streik durch die Arbeitgeberin in verschiedenster Weise benachteiligt und schlussendlich entlassen.¹³⁴ Gegen die Massnahmen der Arbeitgeberin leiteten

¹²⁹ EGMR vom 27. September 2011, Sisman und andere (FN 128), N 34.

¹³⁰ Dazu umfassend: PATRICK FÜTTERER, Die Reichweite des Solidaritätsstreikrechts, Baden-Baden 2013, S. 89 ff.

¹³¹ FÜTTERER (FN 113), S. 512; EWING/HENDY (FN 74), S. 16.

¹³² EGMR, Wilson und Palmer (FN 51), siehe auch oben, II.3 Kehrtwende: Entscheid «Wilson und Palmer», S. 7 f.

¹³³ EGMR vom 30. September 2009, Danilenkov, Appl. No. 67336/01.

¹³⁴ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 13–36 (B. Alleged discrimination by the seaport management).

die betroffenen Arbeitnehmer/innen bzw. ihre Gewerkschaft verschiedene innerstaatliche Verfahren ein, die zum Teil auch erfolgreich waren. Nicht durchsetzen konnten sich die Gewerkschafter jedoch mit der Klage wegen gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung und sie gelangten mit diesem Anliegen an den EGMR. In der sehr ausführlich begründeten Entscheidung erwähnt der EGMR die grosse Bedeutung des Diskriminierungsschutzes. Die in Art. 11 EMRK verankerte Formulierung, wonach Arbeitnehmer/innen *zum Schutze ihrer Interessen* Gewerkschaften gründen und ihnen beitreten können sei nicht «redundant» und die EMRK schütze gewerkschaftliche Aktionen, deren Durchführung und Erhaltung die Vertragsstaaten sowohl erlauben als auch ermöglichen müssen.¹³⁵ Arbeitnehmer/innen sollen die Freiheit haben, einer Gewerkschaft beizutreten (oder auch nicht), ohne deswegen sanktioniert zu werden. Die Diskriminierung von Gewerkschafter/innen stellt eine gravierende Verletzung der Vereinigungsfreiheit dar und gefährde die Existenz von Gewerkschaften.¹³⁶

Die EMRK verlangt von den Staaten, Gewerkschafter/innen, die ihre Rechte nach Art. 11 EMRK ausüben, wirksam zu schützen. In der Danilenkov-Entscheidung hält der EGMR fest, die Staaten hätten die Verpflichtung *«to set up a judicial system that ensures real and effective protection against anti-union discrimination»*.¹³⁷ Die den diskriminierten Gewerkschafter/innen im konkreten Fall zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung genügten dem EGMR nicht. Zwar sah das russische Recht zur fraglichen Zeit ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund von Gewerkschaftsmitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft vor. Die innerstaatlichen Behörden lehnten es jedoch ab, den Diskriminierungsvorwurf in einem zivilprozessrechtlichen Verfahren zu prüfen, und verwiesen auf die Möglichkeit, gegen die verantwortlichen Personen ein Strafverfahren einzuleiten. Ein solches scheiterte, weil keine Diskriminierungsabsicht nachgewiesen werden konnte. Der EGMR zweifelt deshalb an der Effektivität von Diskriminierungsschutz durch strafrechtliche Massnahmen: *«The Court is thus not persuaded that a criminal prosecution, which depended on the ability of the prose-*

¹³⁵ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 123.

¹³⁶ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 123 und N 107–108 (dort mit Hinweisen auf Entscheidungen des IAO-Vereinigungsausschusses).

¹³⁷ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 124.

*cuting authorities to unmask and prove direct intent to discriminate against the trade union members, could have provided adequate and practicable redress in respect of the alleged anti-union discrimination».*¹³⁸ Im Ergebnis ist Russland seiner positiven Verpflichtungen, einen effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu realisieren, nicht nachgekommen. Einstimmig entschied die fünfte Kammer des EGMR, es liege eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK vor.

Das Urteil «Danilenkov» ist über Art. 11 EMRK hinaus ganz generell für die Verpflichtungen der Staaten zu einem effektiven Diskriminierungsschutz bedeutsam. Die «Botschaft» des EGMR ist klar: strafrechtliche Sanktionen gegen Diskriminierungen sind nicht genügend. Bereits im Urteil «Garcia Mateos» hat der EGMR entschieden, ein bloss verfassungsrechtlicher Schutz vor Diskriminierung gegen Entlassung aufgrund des Geschlechts verstosse gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 6 EMRK.¹³⁹ Ein effektiver Diskriminierungsschutz bedingt auch zivilprozessrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten für Diskriminierungsopfer. Im Fall Danilenkov drückte der EGMR dies so aus: *«civil proceedings would have made it possible to perform the far more delicate task of examining all elements of the relationship between the applicants and their employer [...]»*¹⁴⁰.

III. Was geht das die Schweiz an?

1. Praxis zu den Gewerkschaftsrechten im Lichte der neuen EGMR-Rechtsprechung

a) Ausgangslage

Die EMRK wurde von der Schweiz ratifiziert. Sie ist nach Art. 1 EMRK verpflichtet, allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in der EMRK verankerten Rechte zu gewährleisten. Sowohl Einzelpersonen als auch Gewerkschaften können auf dem Wege einer Individualbeschwerde gegen die Schweiz wegen Verletzung der in Art. 11 EMRK verankerten Ge-

¹³⁸ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 133.

¹³⁹ EGMR vom 19. Februar 2013, Garcia Mateos ./.. Spanien, Appl. No. 38285/09.

¹⁴⁰ EGMR, Danilenkov (FN 133), N 135.

werkschaftsrechte beim Gerichtshof in Strassburg Beschwerde einreichen.¹⁴¹ Es stellt sich die Frage, ob die neuere EGMR-Praxis zu Art. 11 EMRK die bisherige schweizerische Rechtslage und Praxis in Sachen Gewerkschaftsrechte, namentlich das Koalitionsrecht, das Streikrecht und der Schutz von Gewerkschafter/innen vor Diskriminierung beeinflussen wird. Eine umfassende Prüfung dieser Frage kann im Rahmen dieses Beitrages nicht vorgenommen werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Bedeutung des Streikrechts für Beamte/innen, auf allgemeine Beschränkungen des Streikrechts und auf die Schutzpflichten des Staates.

b) Streikverbot für Beamte/innen

Im Gegensatz etwa zu Deutschland¹⁴² ist nach schweizerischer Rechtslage ein verfassungsrechtliches Recht auf Streik anerkannt, das auch für Arbeitnehmende der öffentlichen Verwaltung gilt.¹⁴³ Insoweit bedeutet die EGMR-Entscheidung «Enerji Yapi-Yol Sen», die das Streikrecht (auch) für Beamte/innen als zwingendes Element der in Art. 11 EMRK verankerten Gewerkschaftsrechte anerkannt, keine grundlegende Änderung der Rechtslage. Die neue EGMR-Praxis zum Streikrecht hat aber zur Folge, dass die in den Kantonen Nidwalden¹⁴⁴ und Freiburg¹⁴⁵ noch immer gesetzlich verankerten absoluten Streikverbote für die kantonalen Staatsangestellten nicht nur im Lichte von Art. 28 Abs. 3 und 4 BV problematisch, sondern schlicht nicht EMRK-konform sind.

Die Gewerkschaftsfreiheit nach Art. 11 EMRK gilt nicht absolut. Eine Begrenzung ist indes lediglich in den Schranken von Art. 11 Abs. 2 EMRK zulässig, d.h., die gesetzlichen Beschränkungen müssen klar und so eng wie möglich die betroffenen Beamtenkategorien festlegen. Nach Art. 24 Abs. 1

¹⁴¹ Zur Stellung der EMRK im schweizerischen Recht siehe statt vieler: ARTHUR HAEFLIGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 2008.

¹⁴² Zum Stand der Debatte in Deutschland siehe ULRICH WIDMAIER/SIEBERG ALBER, Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 2012, S. 387 ff.

¹⁴³ VALLENDER/HETTICH (FN 10), N 34, ANDERMATT (FN 8), N 110, SHK-HELBLING, N 27 zu Art. 24 BPG.

¹⁴⁴ Art. 46 Gesetz vom 3. Juni 1998 über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis (165.1, Personalgesetz, PersG).

¹⁴⁵ Art. 68 Gesetz vom 17. Oktober 2001 über das Staatspersonal (FO47X20102, StPG).

Bundespersonalgesetz¹⁴⁶ kann der Bundesrat das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben. Leitlinien oder weitergehende Schranken für die Ausübung dieser Delegationsbefugnis sind im Gesetz nicht vorgesehen. Die in Art. 96 der Verordnung zum Bundespersonalgesetz¹⁴⁷ enthaltenen Ausnahmen vom Streikverbot sind auf «*Angehörige der zivilen und militärischen Führungsstäbe der Departemente*», der «*Strafverfolgungsbehörden des Bundes*» sowie bestimmten Personen im Bereich der militärischen Sicherheit, des Departements für auswärtige Angelegenheiten und des Grenzwachtkorps beschränkt. Die Anforderung des EGMR, dass die Ausnahmen «*eng gefasst*» sein müssen, ist somit erfüllt. Die neue EGMR-Rechtsprechung, die auf dem Wege der Auslegung von Art. 11 EMRK die einschlägigen IAO-Bestimmungen und die Spruchpraxis des Vereinigungsausschusses für die Gewerkschaftsfreiheit erfasst, setzt einer allfälligen künftigen Ausweitung der Ausnahmen vom Streikverbot für Bundesangestellte enge Grenzen. Geprüft werden müsste weiter, ob die in den kantonalen Personalerlassen vorgesehenen Beschränkungen des Streikrechts der neuen EGMR-Praxis zu Art. 11 EMRK entsprechen.¹⁴⁸

c) **Allgemeine Beschränkungen des Streikrechts**

In der Lehre werden die EGMR-Entscheide «*Enerji Yapi-Yol Sen*» und «*Kaya und Seyhan*» als Anerkennung des Streikrechts als Menschenrechte verstanden. Nach dem Leitentscheid zum Streikrecht BGE 125 III 277 ist ein Streik, wie eingangs erwähnt, nur dann rechtmässig, wenn er u.a. von einer tariffähigen Organisation getragen wird und per Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt sowie verhältnismässig ist. Das Streikrecht kann nach dem EGMR jedoch nur bei Vorliegen der in Art. 11 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen beschränkt werden, d.h. insbesondere auch, dass die Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, also verhältnismässig sein muss. Das bedeutet nun gerade nicht, dass der *Streik* verhältnismässig sein muss: Das Gebot der Verhältnismässigkeit gilt vielmehr für eine

¹⁴⁶ Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

¹⁴⁷ Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3).

¹⁴⁸ Gemäss Art. 16 Personalgesetz des Kantons Bern (Personalgesetz vom 16. September 2004, 153.01) ist ein Streik nur zulässig ist, wenn vorher ein Schlichtungsverfahren förmlich die Nichteinigung festgestellt hat.

allfällige *Beschränkung* des Streikrechts¹⁴⁹. Weiter ist die Einschränkung des Streikrechts auf tariffähige Organisationen und auf Bereiche, die einer GAV-Regelung zugänglich sind, im Lichte der neuen EGMR-Rechtsprechung wohl kaum zulässig.¹⁵⁰

d) Staatliche Pflichten zum Schutz der Gewerkschaftsrechte

Wie der vorliegende Beitrag zeigt, müssen die EMRK-Ratifikationsstaaten gestützt auf Art. 11 EMRK die Durchführung gewerkschaftlicher Aktionen nicht nur erlauben, sondern auch ermöglichen. Sanktionen gegen Gewerkschafter/innen bzw. gewerkschaftliche Aktionen können deshalb zu einer Verletzung von Art. 11 EMRK führen.¹⁵¹ Eine besondere Schutzpflicht gilt mit Bezug auf die Diskriminierung von Gewerkschafter/innen.¹⁵² Einer näheren Analyse bedürften vor diesem Hintergrund die verschiedenen Verurteilungen von Gewerkschafter/innen wegen der Aktionen im Zusammenhang mit dem nationalen Streiktag zur Durchsetzung des flexiblen Altersrücktritts.¹⁵³ Der Schutz gewerkschaftlicher Aktionen ist im Lichte von Art. 11 EMRK nicht auf tarifbezogene Streiks beschränkt. Zwar dürfen gewerkschaftliche Aktivitäten eingeschränkt werden, aber nur zum Schutze von Polizeigütern oder zum Schutze der Rechte anderer. Art. 11 Abs. 2 EMRK erfordert zudem weiter, dass diese Einschränkungen *«in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind»*. Es ist nicht gänzlich auszuschliessen, dass die strafrechtliche Verurteilung der Gewerkschafter/innen in den Blockadefällen durch den EGMR als unverhältnismässig qualifiziert würde. Noch nicht geklärt ist vom EGMR die Frage der Reichweite des Schutzes gewerkschaftlicher Aktivität im Rahmen eines Personalabbaus. Das Bundesgericht hat die Entlassung eines gewählten Arbeitnehmervertreters aus wirtschaftlichen

¹⁴⁹ So auch ELIAS FELTEN, Im Spannungsfeld zwischen Gewerkschaftsfreiheit und Gewerkschaftsrecht. Zur Rechtstellung der Gewerkschaften im kollektiven Arbeitsrecht, in: Brigitte Pellar (Hrsg.): Wissenschaft über Gewerkschaft, Analysen und Perspektiven, Wien 2013, S. 227–251 (244).

¹⁵⁰ So aber ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 132 III 122, Erw. 4.4, mit Hinweisen auf Art. 28 Abs. 3 BV und die herrschende Arbeitsrechtslehre.

¹⁵¹ Siehe oben, II.5.a) Verletzung von Art. 11 EMRK durch Sanktionen S. 14 f.

¹⁵² Siehe oben, II.5.b) Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK, S. 15 f.

¹⁵³ BGE 134 IV 216; Urteil des BGer. 6B_216/2011 vom 13. September 2011.

Gründen gebilligt.¹⁵⁴ Man darf gespannt sein, wie der EGMR im zurzeit hängigen Fall «Predescu»¹⁵⁵ entscheiden wird. Streitig ist hier die Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung eines ehrenamtlichen Gewerkschaftsfunktionärs. Sollte der EGMR hier seinen eher gewerkschaftsfreundlichen Kurs fortsetzen, wird dies Auswirkungen auf die schweizerische Praxis nach sich ziehen.

2. Integrative Auslegung der EMRK: Dynamisan (forte) für Gewerkschaftsrechte

Das in «Demir und Baykara» (weiter-)entwickelte Vorgehen des EGMR der Integration sozialer Rechte in die EMRK auf dem Wege der Auslegung (Integration durch Interpretation) stellt einen (weiteren) Schritt in Richtung einer umfassenden europäischen Konstitutionalisierung des nationalen Arbeitsrechts dar.¹⁵⁶

Die Verstärkung der Gewerkschaftsrechte durch den EGMR freut insbesondere die Gewerkschaften in den EU-Staaten. Den EGMR-Entscheiden «Demir und Baykara» und «Enerji Yapi-Yol Sen» gingen die beiden äusserst kontroversen Entscheidungen «Viking»¹⁵⁷ und «Laval»¹⁵⁸ des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in Luxemburg voraus. Der EuGH stellte hier im Ergebnis die Niederlassungsfreiheit (Viking) und die Dienstleistungsfreiheit (Laval) über das auch im EU-Recht als allgemeiner Rechtsgrundsatz und in Art. 28 der Grundrechtscharta der EU anerkannte Recht auf Streik¹⁵⁹, was zu

¹⁵⁴ BGE 133 III 512, Erw. 6, insb. Erw. 6.3.

¹⁵⁵ EGMR, Appl. Nr. 72417/10, Beschwerde von Vasile Predescu ./ Rumänien, eingereicht am 19. Oktober 2010.

¹⁵⁶ ARATO (FN 107), S. 350 ff.; RUTH DUKES, A Global Labour Constitution?, Northern Ireland Legal Quarterly 65, 2014; MARK BELL, Constitutionalization and EU-Employment Law, University of Leicester School of Law Research Paper No. 13–05, wird veröffentlicht in: Hans Micklitz et. al (Hrsg.), The constitutionalization of European private Law, Oxford, 2014 (im Erscheinen); HUGH COLLINS, The Constitutionalization of European private law as path to social justice, in: Hans Micklitz (Hrsg.), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Cheltenham 2011, S. 133–166.

¹⁵⁷ EuGH vom 11. Dezember 2007, Rs C-438/05, Viking.

¹⁵⁸ EuGH vom 18. Dezember 2007, Rs C-341/05, Laval.

¹⁵⁹ Im Zeitpunkt der Urteile «Viking» und «Laval» war die Grundrechtscharta noch nicht rechtsverbindlich. Der EuGH anerkannte indes ein EU-Grundrecht auf Streik als allgemeinen Rechtsgrundsatz. Seit dem Lissabonvertrag (Dezember 2009) ist das Recht auf Streik in Art. 28 Grundrechtscharta der Union verankert.

heftiger Kritik in der Lehre führte.¹⁶⁰ Die sehr binnenmarktfreundliche Rechtsprechung des EuGH, die grenzüberschreitende kollektive Aktionen der Gewerkschaften einer strengen Verhältnismässigkeitskontrolle unterzieht, ist mit der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK nicht zu vereinbaren. Eine Einschränkung gewerkschaftlicher Rechte zum Schutz grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit ist «in einer demokratischen Gesellschaft» kaum «notwendig» im Sinne von Art. 11 Abs. 2 EMRK.¹⁶¹ Der Konflikt zwischen EU-Binnenmarktrecht und den EMRK-Garantien ist gerade mit Blick auf die anstehende Ratifikation der EMRK durch die EU rechtsdogmatisch schwierig zu lösen und rechtspolitisch äusserst heikel.¹⁶²

Die neue EGMR-Praxis zu den Gewerkschaftsrechten ist auch aus schweizerischer Sicht brisant. Hervorzuheben ist die Stelle im Urteil «Demir und Baykara», wonach der EGMR für die Auslegung von Art. 11 EMRK alle relevanten internationalen Normen und die Spruchpraxis der zuständigen Überwachungs- und Durchsetzungsbehörden bezieht, ungeachtet, ob der in einem konkreten Fall beschwerte Staat die Gesamtheit dieser Normen ratifiziert hat.¹⁶³ Bekanntlich hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta genauso wenig ratifiziert wie auch einige andere für die Gewerkschaftsrechte und die Rechte der Arbeitnehmer/innen wichtigen IAO-Abkommen.¹⁶⁴ Das bedeutet gemäss EGMR nicht, dass die nicht ratifizierten Abkommen für die Schweiz keine Wirkung entfalten können. In besonderem Masse relevant ist

¹⁶⁰ CHRISTOPH U. SCHMID, Vom effet utile zum effet néolibéral, Eine Kritik des neuen judiziellen Expansivismus des EuGH, ZERP (Zentrum für Europäische Rechtspolitik) Arbeitspapier 1/2009, S. 1–30; TONIA NOVITZ, Giving with the One Hand and Taking with the Other: Protection of Workers' Human Rights in the European Union, in: Fenwick/Novitz (Hrsg.), Human Rights at Work Perspectives on Law and Regulation, Oxford/Portland/Oregon 2010, S. 463–483; TONIA NOVITZ, The impact of Viking and Laval – Contesting the social function and legal regulation of the right to strike, in: Ales/Novitz (Hrsg.), Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe – Striking Balance, Antwerp/Oxford/Portland 2010, S. 251–272; FÜTTERER (FN 113), S. 513 ff.; EWING/HENDY (FN 74), S. 38 ff.; MARC DE VOS, Internal market and euro crisis: labour law under the gun of the European Union?, ERA Forum 14, 2013, S. 335–361.

¹⁶¹ FELTEN (FN 149), S. 244; FÜTTERER (FN 113), S. 514 ff.; DE VOS (FN 160), S. 352 ff.

¹⁶² Der Beitritt der EU zur EMRK ist in Art. 6 Abs. 2 des Unionvertrages (EUV) vorgesehen, aber bis heute noch nicht vollzogen. Zu den möglichen Auswirkungen eines Beitritts hinsichtlich des Rechts auf Streik siehe DE VOS (FN 160), S. 352 ff.

¹⁶³ EGMR, Demir und Baykara (FN 57), N 86.

¹⁶⁴ So hat die Schweiz z.B. als einer der wenigen europäischen Staaten das IAO-Abkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb von 1971 nicht ratifiziert.

dies für die Art. 5 (Vereinigungsrecht) und 6 (Recht auf Kollektivverhandlung und Recht auf Streik) der Sozialcharta. Auch wenn die Schweiz angesichts der Nichtratifikation dem Überwachungsausschuss der Sozialcharta keine Rechenschaft ablegen muss, binden dessen Spruchpraxis gleich wie diejenige des IAO-Vereinigungsausschusses die Schweiz mittelbar, soweit beim EGMR eine Verletzung von Art. 11 bzw. Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK gerügt wird.

Eine neue Dynamik kann die neuere EGMR-Rechtsprechung auch für das schweizerische Kündigungsrecht entfalten. Es ist fraglich, ob der im schweizerischen Arbeitsrecht verankerte Kündigungsschutz für Gewerkschafter/innen den Anforderungen von Art. 11 EMRK genügt. Zwar kennt die Schweiz, anders als etwa Russland (siehe Fall «Danlinkov»), zivilprozessrechtliche Möglichkeiten gegen eine Diskriminierung (diskriminierende Kündigung) wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft bzw. Gewerkschaftsaktivität vorzugehen.¹⁶⁵ Problematisch ist indes, dass die Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen (zulässigen) gewerkschaftlichen Aktivitäten lediglich zu einer Entschädigungspflicht der Arbeitgeberin, nicht aber zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.¹⁶⁶ Für die Internationale Arbeitsorganisation IAO ist der Schutz der Arbeitnehmervertreter/innen nach schweizerischem Arbeitsrecht ungenügend.¹⁶⁷ Nach dem in der «Demir und Baykara» (weiter) entwickelten Konzepts der integrativen Auslegung beachtet der EGMR sowohl die IAO-Konventionen (vorliegend IAO-Übereinkommen Nr. 98) als auch die Spruchpraxis des Vereinigungsausschusses. Für die von der Schweiz hochgehaltene Kündigungsfreiheit auch gegenüber gewählten Arbeitnehmervertreter/innen könnte es in Strassburg also eng werden...

¹⁶⁵ Art. 336 Abs. 1 lit. b und Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR.

¹⁶⁶ KURT PÄRLI, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, S. 715–728.

¹⁶⁷ Siehe oben, MOLO (FN 2), S. 94 f.

ISBN 978-3-03751-630-0



9 783037 516300