



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

KURT PÄRLI

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

A l'exception du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, inscrit à l'art. 11 CEDH, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne contient pas de droits du travail ou de droits sociaux ; ces droits figurent plutôt dans la Charte sociale, le Pacte I de l'ONU et dans les conventions de l'OIT. Depuis un certain temps, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) interprète les dispositions de la CEDH à la lumière des droits du travail et des droits sociaux garantis dans d'autres conventions de droit international public. Cette interprétation globale donne à la CEDH une portée importante et peu perçue en Suisse jusqu'à présent au niveau du droit du travail. La présente contribution met en évidence les possibilités qu'offre la jurisprudence de la CourEDH pour la pratique du droit du travail.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Die EMRK und die Schweiz
 - B. Integration der Arbeitsrechte in die EMRK
 - C. Auswirkungen der EMRK auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse
 - D. Fragestellung und Gang der Untersuchung
- II. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EGMR zu einzelnen EMRK-Rechten
 - A. Art. 6 EMRK
 1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 6 EMRK
 2. Ausgewählte EGMR-Fälle
 3. Arbeitsrechtliches Potential
 - B. Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK)
 1. Arbeitsrechtlich bedeutsamer Inhalt von Art. 8 EMRK
 2. Ausgewählte EGMR-Fälle
 3. Arbeitsrechtliches Potential
 - C. Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)
 1. Arbeitsrechtlich bedeutsamer Inhalt von Art. 9 EMRK
 2. Ausgewählte EGMR-Fälle
 3. Arbeitsrechtliches Potential
 - D. Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK)
 1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 10 EMRK
 2. Ausgewählte EGMR-Fälle
 3. Arbeitsrechtliches Potential
 - E. Gewerkschaftsrechte (Art. 11 EMRK)
 1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 11 EMRK
 2. Ausgewählte EGMR-Fälle
 3. Arbeitsrechtliches Potential
 - F. Akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK)
 1. Anwendung und Diskriminierungsmerkmale
 2. Ausgewählte EGMR-Rechtsprechung
 3. Arbeitsrechtliches Potential
- III. Die prozessuale Geltendmachung einer EMRK-Verletzung und die Rechtsdurchsetzung
 - A. Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Verfahren
 1. Stellung der EMRK

2. Bindungswirkung von EMRG-Entscheidungen
3. Bedeutung für die schweizerische arbeitsrechtliche Praxis
- B. Die Individualbeschwerde an den EGMR
 1. Allgemeines
 2. Voraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR
 3. Möglichkeiten gewerkschaftlicher Beteiligung an EGMR-Verfahren
- IV. Fazit

I. Einleitung

A. Die EMRK und die Schweiz

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), in Kraft seit 1953 und von der Schweiz im Jahre 1974 ratifiziert¹, hatte und hat noch immer einen grossen Einfluss auf die schweizerische Rechtspraxis². Das Bundesgericht misst den Ga-

KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum Sozialrecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW, Privatdozent für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St. Gallen.

Der Beitrag basiert auf einem Gutachten, das der Autor im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB) verfasst hat. Die Studie wurde anlässlich der Juristentagung des SGB am 13. November 2016 in Bern vorgestellt. In den folgenden AJP-Ausgaben werden weitere Beiträge dieser Tagung publiziert.

¹ Von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 28. November 1974, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

² HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter 20. Juli 2009, Rz 1.

rantien der EMRK Verfassungsrang zu³. In einem jüngst ergangenen, umstrittenen Entscheid betreffend der Ausschaffungsinitiative hat sich das Bundesgericht auch für den Vorrang der EMRK vor der Verfassung ausgesprochen⁴.

Wie sogleich näher erläutert wird, spielten Arbeits- und Sozialrechte betreffende Fälle in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) lange Zeit nur eine unbedeutende Rolle. Entsprechend gering war das Interesse der schweizerischen Arbeitsrechtslehre an der EMRK und der Judikatur des EGMR und ist es – zu Unrecht – noch immer. Immerhin sorgte indes jüngst das Asbesturteil des EGMR unter Arbeits- und Sozialrechtler/innen für Aufsehen⁵. Der EGMR entschied, dass die nach schweizerischer Rechtslage auch bei Asbestfällen geltenden absoluten Verjährungsfristen für die Geltendmachung von Asbestfolgeschäden einen Verstoß gegen das in Art. 6 EMRK enthaltene Recht auf Zugang zu einem Gericht darstellen. Die schweizerischen Gerichte hatten mit Berufung auf die Verjährungsfrist sowohl den gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemachten Schadenersatzspruch als auch den Anspruch auf Leistungen wegen Berufskrankheit abgelehnt.

B. Integration der Arbeitsrechte in die EMRK

Der Menschenrechtsschutz ist in Europa ähnlich wie auf der Stufe der Vereinten Nationen zweigligger ausgestaltet. Differenziert wird hier wie dort hauptsächlich zwischen *Freiheitsrechten* (UN-Pakt II⁶ bzw. EMRK) und *Sozialrechten* (UN-Pakt I⁷ und Europäische Sozialcharta, ESC)⁸. Unterschiedlich sind auch die Durchsetzungsmechanismen. Während in der EMRK ein Individualbeschwerdeverfahren vorgesehen ist⁹, fehlt ein solches in der Sozialcharta¹⁰. Die Rechte von Arbeitnehmenden sind

im europäischen Menschenrechtssystem konzeptionell primär in der Europäischen Sozialcharta (ESC) und nicht in der EMRK verankert¹¹. In der ESC finden sich namentlich das Vereinigungsrecht¹² und das Recht auf Kollektivverhandlungen¹³ und ein Recht auf Streik¹⁴. Aber auch weitergehende Arbeitsrechte wie das Recht auf Arbeit¹⁵ und das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen¹⁶ sind in der ESC verankert. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Schweiz die ESC zwar unterzeichnet, aber nicht, bzw. zumindest noch nicht, ratifiziert hat¹⁷.

Angesichts des im Gegensatz zur EMRK fehlenden individuellen Rechtsschutzes auf supranationaler Ebene blieben die Auswirkungen der ESC auf die Arbeitsrechtspraxis in den ESC-Ratifikationsstaaten eher bescheiden¹⁸. Bedeutungslos ist die ESC indes nicht, da der EGMR die ESC zur Auslegung von Bestimmungen der EMRK heranzieht¹⁹. Bei der Entstehung der EMRK war diese klar «nur» auf den Schutz der klassischen Freiheitsrechte ausgerichtet²⁰. Weder sind in der EMRK ausdrücklich Sozial- und Arbeitsrechte verankert, noch ist die EMRK in privaten Verhältnissen unmittelbar anwendbar. Der EGMR sieht die EMRK jedoch als «living instrument» und er hat sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche durch Auslegung in die EMRK integriert²¹. Für die Auslegung der EMRK zieht der EGMR dabei nicht nur die ESC, sondern auch relevante ILO-Abkommen²² und andere arbeitsvölkerrechtliche Instrumente bei²³. Zudem berücksichtigt der

(<http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/158.htm>), das jedoch nur von wenigen Staaten ratifiziert wurde (siehe: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignaturesRatificationsMarch2013_en.pdf).

¹¹ ABBO JUNKER, Europäische Vorschriften zum Tarifvertrag, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 1/2014, 5.

¹² Art. 5 ESC.

¹³ Art. 6 Ziff. 1–3 ESC.

¹⁴ Art. 6 Ziff. 4 ESC.

¹⁵ Art. 1 ESC.

¹⁶ Art. 2 ESC.

¹⁷ Zum aktuellen Stand der Ratifikation siehe: <http://www.sozialcharta.ch/home.php?n1=21&lang=de> (zuletzt besucht am 13. März 2015).

¹⁸ ANGELIKA NUSSBERGER, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, in: RdA 2012, 270–277.

¹⁹ ELLIE PALMER, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, in: Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 04, 2009, 397 ff.

²⁰ VIRGINIA MANTOUVALOU, Are Labour Rights Human Rights?, in: European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151–172.

²¹ PALMER (FN 19), 397 ff.; NUSSBERGER (FN 18), 270–277.

²² EGMR v. 9.7.2014, Appl. No. 2330/09, *Pastoral./Rumänien*, Rz 142.

²³ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 6 (mit zahlreichen Hinweisen in den Fn 21 und 22), EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir and*

³ Siehe z.B. BGE 122 III 401, E. 2.

⁴ BGE 129 I 16. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe u.a. GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 114/2013, 316 ff.

⁵ EGMR v. 11.3.2014, Appl. No. 52067/10, *Howald Moor./Schweiz*.

⁶ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

⁸ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996.

⁹ Art. 34 EMRK.

¹⁰ In der ESC ist ein Kontrollmechanismus auf dem Wege eines Staatenberichtverfahrens vorgesehen (Art. 21 ff. ESC). Zudem ist in einem Zusatzprotokoll ein Kollektivbeschwerdeverfahren vorgesehen

EGMR auch die Spruchpraxis der ILO-Organe²⁴ oder der für die Überwachung der ESC zuständigen Organe²⁵.

Die Transformation externer Regelungen – anderer internationaler Menschenrechtsverträge und deren Auslegung durch die zuständigen Organe – in die EMRK beinhaltet eine stark *rechtsfortbildende* Dimension²⁶. Dieses auch als «evolutive Auslegung» bezeichnete Auslegungsprinzip²⁷ dient dem Ziel eines praktischen und effektiven Menschenrechtsschutzes²⁸. Das Vorgehen ermöglicht dem EGMR, in der EMRK selbst nicht oder nicht ausdrücklich enthaltenen Arbeits- und Sozialrechte durch Auslegung in die EMRK zu integrieren – er betreibt also, in anderen Worten, «Integration durch Interpretation»²⁹.

C. Auswirkungen der EMRK auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Nach Art. 1 EMRK ist der Staat verpflichtet, die EMRK-Rechte zu garantieren. Die EMRK ist also grundsätzlich staatsgerichtet, d.h. Private werden durch die EMRK nicht (unmittelbar) verpflichtet³⁰. Die Verpflichtung erfasst sämtliche Staatsgewalten, also sowohl den Gesetzgeber als auch die Judikative und die Verwaltung³¹.

Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich für die Staaten umfangreiche positive Pflichten, dafür zu sorgen, dass die Konventionsrechte auch in privaten Verhältnissen geschützt sind, namentlich im Bereich des Arbeits-

rechts³². Zwar können nur *Staaten* in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten eingeklagt werden³³. Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch ungeachtet der zivil- oder öffentlichrechtlichen Natur der Streitigkeit in Strassburg Beschwerde eingelegt werden. Auch in privatrechtlichen Streitigkeiten beurteilt der EGMR, ob sich die beschwerdeführende Partei auf den Schutzbereich berufen kann und falls ja, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt war³⁴. Exemplarisch zeigt dies der Whistleblowing-Fall «Heinisch»³⁵. Die Beschwerdeführerin machte geltend, der (privatrechtliche) Arbeitgebende habe ihre in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsfreiheit verletzt. Der EGMR wog nun ab, ob die staatlichen Gerichte die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen (Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen) und den Interessen der Arbeitnehmer/innen an der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit richtig vorgenommen hatte. Der EGMR kam zum Schluss, das Ergebnis der Interessenabwägung der deutschen Gerichte verletze die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit von Frau Heinisch³⁶.

D. Fragestellung und Gang der Untersuchung

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

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

Baykara./Türkei, Rz 44; EGMR, v. 30.6.1993, Appl. Nr. 16130/90, *Stigurjonsson./Island*, Rz 35.

²⁴ EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, *Demir and Baykara./Türkei*, Rz 44.

²⁵ EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, *Demir and Baykara./Türkei*, Rz 35.

²⁶ KURT PÄRLI, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen, 2014, 449 ff.

²⁷ HANNEKE SENDEN, Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge/Antwerp/Portland 2011, 70 ff.

²⁸ SENDEN (FN 27), 73 (77), siehe ferner die Ausführungen des EGMR in EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir and Baykara./Türkei*, Rz 66.

²⁹ VIRGINIA MANTOUVALOU, Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, in: *European Law Review* 30, 2005, 573–585.

³⁰ CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. A., München/Basel/Wien, 2009, 103.

³¹ JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. A., Berlin, 2009, N 11 zu Art. 1 EMRK.

³² STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 449 ff.

³³ 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.

³⁴ Siehe zum Ganzen ANGELIKA NUSSBERGER, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht, in: *Arbeit und Recht* 4, 2014, 130 ff.

³⁵ EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*.

³⁶ Siehe zum Heinisch-Urteil: KURT PÄRLI, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08): Whistleblowing – Stärkung der Arbeitnehmerrechte, in: *Pflegerecht*, 2012, Nr. 1, S. 56–58.

- Art. 14 EMRK (Akzessorisches Diskriminierungsverbot).

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

Nicht behandelt werden mögliche arbeitsrechtliche Auswirkungen des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, das u.a. das Recht auf Eigentum enthält und das zwölfte Zusatzprotokoll, das ein allgemeines (nicht bloss akzessorisches) Diskriminierungsverbot enthält. Die Schweiz hat diese beiden Zusatzprotokolle nicht ratifiziert. Ebenfalls nicht vertieft geprüft wird die Bedeutung des in Art. 4 EMRK enthaltenen *Verbots der Zwangsarbeit*. Bestimmte Formen «verordneter Arbeit» im sozialhilferechtlichen Kontext³⁷, ausbeuterische Betreuungs- und Pflegearbeitsverhältnisse in Privathaushalten³⁸ sowie bestimmte Formen der Arbeit im Erotikgewerbe³⁹ liessen eine eingehende Analyse dieser Bestimmung als wünschenswert erscheinen⁴⁰. Ein solches Vorhaben würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen.

Hinzuweisen ist jedoch auf einen unlängst ergangenen Entscheid des Gerichtshofes zur Frage der Zulässigkeit einer sehr langen Dienstverpflichtung eines griechischen Armeeangehörigen als Gegenleistung für eine durch die Armee finanzierte medizinische Ausbildung⁴¹. Der Beschwerdeführer verliess im Alter von 37 Jahren die Armee, obwohl er noch weitere neun Jahre hätte Militärdienst leisten müssen; er musste dafür eine Entschädi-

gung von knapp 50 000 Euro bezahlen. Der EGMR prüfte diese Verpflichtung im Lichte von Art. 4 EMRK und kam zum Schluss, der freiwillige Militärdienst falle nicht unter die Ausnahmen des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbotes nach Art. 4 Abs. 3 EMRK. Der Gerichtshof bezieht sich in seiner Argumentation auch auf internationale Normen und die entsprechende Spruchpraxis, so auf das ILO-Übereinkommen Nr. 29 und Art. 1 Abs. 2 ESC⁴² und eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats⁴³. Die der Rückzahlung zu Grunde liegende gesetzliche Regelung erachtet der Gerichtshof als grundsätzlich zulässig, die Rückzahlung im konkreten Falle erweise sich indes als unverhältnismässig und im Ergebnis verletzte Griechenland so Art. 4 EMRK⁴⁴.

II. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EGMR zu einzelnen EMRK-Rechten

A. Art. 6 EMRK

1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 6 EMRK

Unter dem Titel «Recht auf faires Verfahren» garantiert Art. 6 Abs. 1 EMRK u.a. «jeder Person ein Recht darauf, dass über ihre Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innert angemessener Frist verhandelt wird.» Zum Anspruch auf ein faires Verfahren gehören nach der Rechtsprechung des EGMR im Wesentlichen das rechtliche Gehör⁴⁵, der Grundsatz der Waffengleichheit⁴⁶ und das Recht auf Beweis⁴⁷. Schutz gewährt Art. 6 EMRK insbesondere auch gegenüber (zu) langen arbeitsgerichtlichen Verfahren⁴⁸.

Art. 6 Abs. 2 EMRK hält die strafrechtliche Unschuldsumsetzung fest und in Art. 6 Abs. 3 lit. a–e werden angeklagten Personen Verfahrensrechte gewährt. Die Unschuldsumsetzung kann bei der Entlassung von Angeestellten wegen vermuteten Delikten zu Lasten der Arbeit-

³⁷ Die Arbeitsverpflichtung im Rahmen von Integrationsprogrammen dürfte nach einem jüngeren EGMR-Urteil allerdings wohl Art. 4 EMRK standhalten, siehe EGMR v. 4.5.2010, Appl. No. 15906/98, *Schuitemaker./Niederlande*.

³⁸ EGMR, v. 4.6.2015, Appl. Nr. 51637/12, *Chitos*, zum Entscheid siehe KLAUS LÖRCHER, HSI (Hugo Sinzheimer-Institut)-Newsletter 2/2015, Anm. unter III., <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2015/newsletter-022015.html#c6651> (zuletzt besucht am 3.11.2015).

³⁹ Siehe dazu: GABRIELA NAEMI MEDICI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten – Menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten, Zürich 2015, 168 ff. Zum Ganzen: CLIODHNA MURPHY, The enduring vulnerability of migrant domestic workers in Europe, *International and Comparative Law Quarterly* 62, Nr. 03, S. 599–627.

⁴⁰ Siehe dazu umfassend: VIRGINIA MANTOUVALOU, The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under the Article 4 ECHR, in: Filip Dorsemont/Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford u.a. 2013, 143 ff.

⁴¹ MURPHY (FN 40), 599–627.

⁴² EGMR v. 4.6.2015, Appl. No. 51637/12, *Chitos*, N 84 und 84.

⁴³ EGMR v. 4.6.2015, Appl. No. 51637/12, *Chitos*, N 85.

⁴⁴ EGMR v. 4.6.2015, Appl. No. 51637/12, *Chitos*, N 109.

⁴⁵ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 142.

⁴⁶ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 147, N 152–157.

⁴⁷ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 165.

⁴⁸ EGMR v. 6.5.1981, Appl. No. 7759/77, *Buchholz./Deutschland* (Kündigungsfall, Verfahrensdauer nicht übermässig lang), EGMR v. 15.10.2011, Appl. No. 32637/08, *M./Deutschland* (Kündigungsfall, Verfahrensdauer übermässig lang).

geberin und bei innerbetrieblichen Disziplinarverfahren eine Rolle spielen⁴⁹.

a. Zivilrechtliche Ansprüche

In arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant ist vorab der Begriff «zivilrechtliche Ansprüche». Unbestrittenermassen erfasst vom Schutzbereich von Art. 6 EMRK sind Streitigkeiten über Ansprüche aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen⁵⁰. Nach dem EGMR fallen auch Verfahren über sozialversicherungsrechtliche Ansprüche⁵¹ und Streitigkeiten im öffentlichen Personalrecht⁵² unter diesen Begriff. Folglich müssen die entsprechenden Verfahren den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügen⁵³. Für das öffentliche Personalrecht bedeutet dies, dass Disziplinarverfahren gegen die Mitarbeitenden gerichtlich überprüfbar sein müssen⁵⁴. Bei Sozialversicherungsverfahren ist Art. 6 EMRK insbesondere bei der Sachverhaltsabklärung relevant⁵⁵. Fraglich ist beispielsweise, ob die heutige Praxis der Abklärung des Vorliegens einer anspruchsbegründenden Invalidität den Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK genügt⁵⁶. Bereits in der Einleitung wurde auf die EGMR-Entscheidung «Howald»⁵⁷ hingewiesen. Die fehlende Möglichkeit des Schadenersatzanspruchs geltend zu machen, wurde als Verstoss gegen den aus Art. 6 EMRK fliessenden Anspruch auf Zugang zu einem Gericht bezeichnet⁵⁸.

⁴⁹ Siehe hinten in Fussnote auf S. 1691.

⁵⁰ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 15 zu Art. 6 EMRK.

⁵¹ EGMR v. 29.5.1986, Appl. No. 8562/79, *Feldbrugge./Niederlande*;
EGMR v. 24.6.1993, Appl. 14518/89, *Schuler-Zraggen./Schweiz*.

⁵² EGMR v. 8.12.1998, Appl. No. 28541/95, *Pellegrini./France*.

⁵³ PETER HELBLING, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG)*, Bern 2013, N 87 zu Art. 25 BPG.

⁵⁴ Bundesgericht, 11. Juli 1997, ZBl 99/1998, 226 ff., 230 = Pra 87/1998 Nr.8.

⁵⁵ Zu den Kerngarantien von Art. 6 EMRK gehört der Anspruch auf «Waffengleichheit», d.h., die Parteien müssen einander im Verfahren gleichgestellt sein. Daraus leiten sich im Sozialversicherungsverfahren z.B. die Ansprüche der versicherten Person ab, zu den Sachverhaltsfeststellungen der Verwaltung Stellung beziehen zu können, siehe zum Ganzen u.a. FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 147 zu Art. 6 EMRK.

⁵⁶ In seinem Gutachten zu nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK kommt MATTHIAS KRADOLFER zum Schluss, die im Zusammenhang mit der Überwindbarkeitsrechtsprechung in der Invalidenversicherung vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung verletze das in Art. 6 EMRK verankerte Recht auf ein faires Verfahren, siehe MATTHIAS KRADOLFER, *Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Licht der EMRK*, Zürich/Basel/Genf, 2012, 59–63, 99 ff.

⁵⁷ EGMR v. 11.3.2014, Appl. No. 52067/10, *Howald Moor./Schweiz*.

⁵⁸ EGMR v. 11.3.2014, Appl. No. 52067/10, *Howald Moor./Schweiz*, Rz 71–80.

Auch Arbeitgeber können sich indes auf Art. 6 EMRK berufen und daraus Rechte ableiten. Das zeigt das Beispiel BGE 130 II 425. Im fraglichen Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, ein Rechtsstreit über die Zulässigkeit eines an eine Arbeitgeberin gerichteten behördlichen Verbots, in den Fahrzeugen von Aussendienstmitarbeitern zu Kontrollzwecken ein satellitengesteuertes Überwachungssystem (GPS) zu verwenden, sei eine «zivilrechtliche Streitigkeit» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK⁵⁹.

b. Beschränkte Immunität von Staaten und internationalen Organisationen

Auch das Problem des (gegebenenfalls fehlenden) Rechtsschutzes für Beschäftigte internationaler Organisationen oder Botschaften steht mit Art. 6 EMRK in Zusammenhang. Hier besteht die Gefahr, dass die Beschäftigten ihre arbeitsrechtlichen Ansprüche gegen die Arbeitgeber wegen der geltend gemachten Immunität der Beklagten nicht gerichtlich durchsetzen können. Angesichts des legitimen Ziels der Immunität internationaler Organisationen hat der EGMR entschieden, dass eine arbeitsrechtliche Klage gegen die European Space Agency in Darmstadt von den deutschen Arbeitsgerichten zu Recht nicht zugelassen wurde⁶⁰. Auch verneinte der EGMR den Anspruch auf gerichtliche Prüfung einer diskriminierenden Nichteinstellung durch die Botschaft der USA in London⁶¹. Angesichts des Wesens der Vertretungen und Botschaften könne die Einstellung ihres Personals sensible und vertrauliche Aspekte aufweisen, die namentlich das diplomatische und organisatorische Vorgehen des ausländischen Staates betreffen würden⁶². In jüngerer Zeit beurteilt der EGMR das Verhältnis zwischen Staatenimmunität und Rechten der bei Botschaften beschäftigten Arbeitnehmer/innen allerdings differenzierter. So wurde die Klage wegen Verletzung von Art. 6 EMRK einer in der Botschaft Polens in Litauen beschäftigten Arbeitnehmerin durch den EGMR gutgeheissen. Entscheidend war u.a., dass die fragliche Arbeitnehmerin keine hoheitlichen Aufgaben erfüllte⁶³. In die gleiche Richtung zielt die Verurteilung Frankreichs wegen Nichtgewährung des Zugangs zum

⁵⁹ BGE 130 II 425, E. 2.2 und 2.3, siehe auch BGE 139 II 7, E. 6.2.

⁶⁰ EGMR v. 18.2.1999, Appl. No. 26083/94, *Waite and Kennedy./Deutschland*.

⁶¹ EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 37112/97, *Fogarty./Vereinigtes Königreich*.

⁶² EGMR v. 21.11.2001, Appl. No. 37112/97, *Fogarty./Vereinigtes Königreich*, Rz 37–38. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe LAURE MILANO, «Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne», in: *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, 1089 ff.

⁶³ EGMR v. 23.3.2010, Appl. No. 15869/02, *Cudak./Litauen*.

Gericht in einem arbeitsrechtlichen Streit zwischen einem Buchhalter, der zwanzig Jahre lang für die Botschaft Kuwaits in Paris arbeitete. Zwar würde die völkerrechtliche Anerkennung der Staatenimmunität grundsätzlich einen legitimen Grund für die Einschränkung von Art. 6 EMRK darstellen. Die Einschränkung erwies sich jedoch im fraglichen Fall als nicht verhältnismässig⁶⁴.

Auch das Bundesgericht musste sich verschiedentlich mit der Frage der Staatenimmunität in arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen bei internationalen Organisationen oder Botschaften auseinandersetzen⁶⁵. Grundsätzlich kann sich ein beklagter Staat bzw. eine beklagte internationale Organisation in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit nur dann auf die Immunität berufen, wenn die fragliche Tätigkeit der Ausübung hoheitlicher Gewalt zuzuordnen ist⁶⁶. Im Entscheid vom 30. November 2011 kommt das Bundesgericht zum Schluss, die Tätigkeit als Gouvernante beim chilenischen Botschafter in dessen Privathaus falle nicht unter diese Ausnahme; folglich war die Klage gegen den chilenischen Staat zulässig⁶⁷.

c. Betriebsinterne Untersuchungen und Verdachtskündigungen

Lediglich kurz kann im Rahmen dieses Textes die Bedeutung von Art. 6 EMRK bei betriebsinternen Untersuchungen dargelegt werden⁶⁸. Betriebsinterne Untersuchungen werden im Rahmen von Compliance-Programmen, Monitorings oder so genannten Audits durchgeführt⁶⁹. Einige Punkte sind dabei besonders heikel. Wenn z.B. durch betriebsinterne Untersuchungen gewonnene Erkenntnisse in ein Strafverfahren gegenüber den betroffenen Mitarbeiter/innen transferiert werden, so ist dem Gebot des fairen Verfahrens und der Unschuldsvermutung besondere Beachtung zu schenken⁷⁰. Brisant ist, dass sich die Mitarbeitenden, gegen die sich betriebliche Ermittlungen richten, in einem Unterordnungsverhältnis zur Arbeitgeberin und

so in einer faktischen Zwangslage befinden⁷¹. Aus Art. 6 EMRK, der auf der Basis der staatlichen Schutzpflichten auch in privaten Verhältnissen zumindest mittelbare Drittwirkung entfaltet, ergibt sich der Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer/innen auf umfassende Information über das anzustrengende Verfahren und die Verfahrensrechte⁷². Soweit ersichtlich fehlt es noch an Fällen, in denen sich der EGMR mit dieser Problematik auseinandersetzen musste. Es ist jedoch nur eine Frage der Zeit, bis dem Gerichtshof in Strassburg entsprechende arbeitsrechtliche Problemkonstellationen zur Entscheidung vorgelegt werden⁷³.

Interne Untersuchungen können auch Verdachtsgründe über strafrechtlich relevantes Verhalten der Arbeitnehmenden zu Tage bringen. Kommt es in der Folge zu einer Kündigung oder sogar zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so ist dies vor dem Hintergrund der in Art. 6 Abs. 2 EMRK garantierten Unschuldsvermutung problematisch. In der arbeitsrechtlichen Lehre wird die fristlose Entlassung aufgrund eines blossen Verdachts einer strafbaren Handlung zu Lasten der Arbeitgeberin deshalb auch im Lichte der EMRK thematisiert⁷⁴. So wird argumentiert, dass die fristlose Entlassung wegen eines blossen Verdachts im Sinne einer indirekten Drittwirkung durchaus vom Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 EMRK (und Art. 32 Abs. 1 BV) erfasst werde. Der Eingriff in dieses Recht sei jedoch durch die überwiegenden Interessen der Arbeitgeberin gerechtfertigt. Stelle sich die fristlose Entlassung im Nachhinein als unzulässig heraus, so stehe dem betroffenen Arbeitnehmer nach Art. 337b Abs. 2 OR Schadenersatz zu⁷⁵. Zur Frage der Zulässigkeit einer Verdachtskündigung im Lichte von Art. 6 Abs. 2 EMRK hat sich der EGMR bislang nicht geäussert. Wie noch zu zeigen sein wird, berühren jedoch arbeitsrechtliche Kün-

⁶⁴ EGMR v. 29.6.2011, Appl. No. 33869/05, *Sabeh EL Leil./Frankreich*.

⁶⁵ BGE 134 III 570; BGE 124 III 382; BGE 120 II 408; BGE 110 II 255.

⁶⁶ BGE 134 III 507, E. 3; BGE 124 III, E. 4a; BGE 120 II 400 E. 4 a; BGE 120 II 408 E. 5 b; BGE 110 II 255 E. 4.

⁶⁷ BGER 4A_544/2011 v. 30.11.2011, siehe ferner den Entscheid BGER 4A_331/2014 v. 31.10.2014.

⁶⁸ Siehe dazu THOMAS GEISER, *Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken*, in: AJP/PJA 2011, 1047 ff.

⁶⁹ CARSTEN MOMSEN, *Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit*, in: ZIS 6/2011, 509.

⁷⁰ CHRISTOPH KNAUER/MICHAEL GAUL, *Internal investigations und fair trial – Überlegungen zur Anwendung des Fairnessgedankens*, in: NSStZ 2013, 192 ff.

⁷¹ RALF TSCHERWINKA, *Interne Ermittlungen zwischen Selbstbelastung des Arbeitnehmers und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers*, in: Lorenz Schulz/Michael Reinhart/Oliver Sahan, *Festschrift für Imme Roxin*, Hamburg 2012, 526.

⁷² MOMSEN (FN 69), 514.

⁷³ Siehe bereits den Fall EGMR v. 12.11.2013, Appl. No. 25330/07, *Joksas./Litauen*, in diesem Fall ging es um eine disziplinarische Untersuchung gegen einen Angehörigen der Armee; der EGMR erklärte hier Art. 6 EMRK als anwendbar. Inwieweit dieser Fall auf interne Untersuchungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen übertragbar ist, wurde vom EGMR noch nicht geprüft.

⁷⁴ Siehe mit Hinweisen auf die weitere Literatur und Rechtsprechung WERNER GLOOR, *Kommentar zu Art. 337 OR*, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, 2013, N 57 zu Art. 337 OR.

⁷⁵ ADRIAN STAEHELIN, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar)*, Bd. V/2c, *Der Arbeitsvertrag*, Art. 330b-355 OR, Art. 361–362 OR, Zürich/Basel/Genf, 2014, N 23 zu Art. 337 OR.

digungen ganz generell den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens)⁷⁶.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Mateos gegen Spanien*⁷⁷

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

Der EGMR hielt vorab fest, das in Art. 6 EMRK verankerte Recht auf Zugang zu einem Gericht zwingt den EMRK-Ratifikationsstaat, die Urteile zu vollstrecken⁷⁸. Demzufolge genüge eine zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausgefallene Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht, wenn die zuständigen Instanzen diese danach nicht umsetzten. Der EGMR kam deshalb zum Schluss, Spanien habe unter den gegebenen Umständen Art. 6 in Verbindung mit Art. 14 EMRK (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) verletzt⁷⁹.

b. *Eternit gegen Frankreich*⁸⁰

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

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

3. Arbeitsrechtliches Potential

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

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

⁷⁶ Siehe dazu hinten, S. 1679 und S. 1681.

⁷⁷ EGMR v. 19.2.2013, Appl. No. 38285/09, *Garcia Mateos./Spanien*.

⁷⁸ EGMR v. 19.2.2013, Appl. No. 38285/09, *Garcia Mateos./Spanien*, Rz 42.

⁷⁹ EGMR v. 19.2.2013, Appl. No. 38285/09, *Garcia Mateos./Spanien*, Rz 48.

⁸⁰ EGMR v. 27.3.2012, Appl. No. 20041/10, *Eternit./Frankreich*.

B. Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK)

1. Arbeitsrechtlich bedeutsamer Inhalt von Art. 8 EMRK

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

Der EGMR hat jedoch im Rahmen ebenso innovativer wie kritischer Rechtsprechung den Begriff «Privatleben» sehr weiter ausgelegt⁸¹. Nach heutigem Verständnis umfasst der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch den Anspruch auf Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz⁸². Liegt diese Auslegung noch auf der Hand, so ist die Ausdehnung des Schutzbereichs «Privatleben» auf den *Zugang zum Arbeitsverhältnis* und vor allem die *Beendigung des Arbeitsverhältnisses* doch überraschend, da die EMRK selbst weder ein Recht auf Anstellung noch einen Anspruch auf Kündigungsschutz beinhaltet. Der EGMR hat indes einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Arbeitsstelle durch eine integrative Auslegung von Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK anerkannt⁸³. Mit der gleichen Methodik hat der Gerichtshof in der Entscheidung auch einen auf der EMRK basierenden Schutz vor Entlassung anerkannt⁸⁴. Noch weitergehend

anerkannte der Gerichtshof in einem neueren Urteil, dass sich aus Art. 8 EMRK bei Vorliegen ganz besonderer Umstände sogar ein *Anspruch auf Wiedereinstellung* ableiten lässt⁸⁵. Weiter wirkt sich Art. 8 EMRK auch auf Fragen der Gesundheit der Arbeitnehmer/innen aus. So entschied der EGMR, die Behörden hätten sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer/innen die nötigen Informationen erhalten, um Gesundheitsrisiken abschätzen zu können⁸⁶.

Der EGMR misst dem Privatleben auch eine kollektive Dimension bei⁸⁷. Der Schutz des Privatlebens umfasst nicht nur das Recht alleine gelassen zu werden, erfasst ist auch das Recht, Beziehungen mit anderen Menschen zu knüpfen und dies auch am Arbeitsplatz. Insoweit schliesst sich hier der Kreis zum ILO-Bekenntnis «Arbeit ist keine Ware»⁸⁸. Arbeitnehmer/innen sind mehr als blosser Produktionsfaktor, es sind soziale Wesen mit Kommunikationsbedürfnissen. Folglich sind «Codes of Conducts» oder «Ethic Codes», die private Beziehungen zwischen Mitarbeitenden verbieten, Betriebsreglemente, die jede private Nutzung von E-Mail, Internet oder Telefone während der Arbeitszeit untersagen, im Lichte von Art. 8 EMRK kritisch zu beurteilen. Das heisst nicht, dass solche Regelungen per se verboten sind. Sie bedürfen aber einer Rechtfertigung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK, was heisst, dass dabei das betriebliche Interesse des Arbeitgebenden allein nicht genügt. Regelmässig findet sich die gesetzliche Grundlage für solche Eingriffe in der arbeitsvertraglichen Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen bzw. im Weisungsrecht des Arbeitgebenden. Der Eingriff in die Privatsphäre muss überdies einem in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgeführten anerkannten Zweck dienen und schliesslich verhältnismässig sein. Eine solche Konzeption hat weitreichende Folgen: Mit dem Eintritt in ein Arbeitsverhältnis wird der Anspruch auf Privatsphäre nicht aufgegeben. Vertragliche Einschränkungen⁸⁹ und

⁸¹ Zum Ganzen KURT PÄRLI, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht EuZA, 1/2015, 48 ff.

⁸² EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz./Deutschland*; siehe auch EGMR v. 25.3.1998, Appl. No. 23224/94, *Kopp./die Schweiz*, Rz 50; EGMR v. 25.6.1997, Appl. No. 20605/92, *Halford./Vereinigtes Königreich*; EGMR v. 3.7.2007, Appl. No. 62617/00, *Copland./Vereinigtes Königreich*.

⁸³ EGMR v. 27.7.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Džiūtautas./Litauen*, siehe dazu: VIRGINA MANTOUVALOU (FN 29), 573–585.

⁸⁴ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*. Nach EGMR v. 12.6.2014, Appl. No. 56030/07, *Martinez./Spanien*, Rz 109 ff., insbes. Rz 113, fällt auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Siehe ferner die früheren EGMR-Entscheidungen betreffend Ausschluss von homosexuellen Soldaten aus der Armee EGMR v. 23.9.1999, Appl. No. 3147/96 und 32377/96, *Lustig-Prean and*

Becket./UK und EGMR v. 23.2.1999, Appl. No. 33985/96 and 33986/96, Schmith and Grady./UK.

⁸⁵ EGMR v. 9.1.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov./Ukraine*.

⁸⁶ EGMR Appl. No. 52806/09 und 22703/10, *Vilnes u.a./Norwegen*.

⁸⁷ MICHAEL FORD, Two Conceptions of Worker Privacy, in: *Industrial Law Journal* 31 2002, Nr. 2, S. 139; PAULIUS BAGDANSKIS, Workplace Privacy: Different Views and Arising Issues, in: *Jurisprudence*, 2012, 701.

⁸⁸ «Arbeit ist keine Ware», lautet seit der Philadelphia Deklaration von 1944 das Bekenntnis und Versprechen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), siehe «Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation, Philadelphia, 1944 Fundstelle: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193728.pdf (besucht am 7.12.2014).

⁸⁹ Die Einschränkung der Freiheit durch vertragliche Bindung ist in den Schranken von Art. 19/20 OR zulässig, d.h., vertragliche Bestimmungen dürfen nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmun-

auch Beschränkungen der Privatsphäre auf der Basis des Weisungsrechts des Arbeitgebenden⁹⁰ sind zulässig, müssen aber den EMRK-Schranken genügen und namentlich verhältnismässig sein⁹¹.

Eine Schranke setzt Art. 8 EMRK weiter gegenüber der Überwachung von Arbeitnehmenden. Gemäss Wortlaut von Art. 8 EMRK besteht ein Schutz vor unberechtigten Eingriffen in die «Korrespondenz». Es ist naheliegend, dass der EGMR auch Telefongespräche⁹² und später E-Mail und Internetnutzung⁹³ unter den Begriff «Korrespondenz» subsumiert. Die Anordnung von Drogen- und Alkoholtests für Arbeitnehmende berührt das Privatleben und fällt unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und erfordert eine Rechtfertigung nach Massgabe von Art. 8 Abs. 2 EMRK⁹⁴. Gleiches gilt für die Überwachung der Arbeitnehmenden durch Videokameras⁹⁵.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Schüth gegen Deutschland*⁹⁶ und *Obst gegen Deutschland*⁹⁷

Beide Fälle betrafen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen kirchlichen Arbeitgeber in Deutschland (Katholische Kirche im Fall des Kirchenorganisten Herrn Schüth, Mormonenkirche im Fall des Pressesprechers Herrn Obst) wegen einer ausserehelichen Beziehung des Arbeitnehmers. Der EGMR musste darüber befinden, ob die Kündigungen der kirchlichen Arbeitgeber wegen eines ausserdienstlichen Verhaltens das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK verletzen. Dabei musste der Gerichtshof eine Abwägung zwischen den Rechten der Beschwerdeführer einerseits und den Konventionsrechten der Katholischen Kirche und der Mormonenkirche vornehmen. Der Gerichtshof betonte, Artikel 9 (Religionsfreiheit) in Verbindung mit

Artikel 11 (Vereinigungsfreiheit) schütze die Eigenständigkeit von Religionsgemeinschaften gegen unzulässige staatliche Einmischung⁹⁸.

Das Bundesarbeitsgericht hatte die Kündigungen in beiden Fällen gestützt, eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur ehelichen Treue widerspreche der Rechtsordnung nicht. Die Kündigung durch die Arbeitgeber stelle eine verhältnismässige Massnahme dar, die Glaubwürdigkeit der Kirche zu schützen. Auch eine vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen⁹⁹.

Der EGMR entschied im Fall «Schüth», dass die deutschen Gerichte die Abwägung zwischen den Interessen am Schutz des Privatlebens des Beschwerdeführers und den Interessen des kirchlichen Arbeitgebers nicht sorgfältig vorgenommen hätten. Herr Schüth habe zwar durch das Eingehen des Arbeitsvertrages mit der Katholischen Kirche sein Recht auf Achtung des Privatlebens eingeschränkt, die Beschränkung gehe aber nicht soweit, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein enthaltsames Leben zu führen¹⁰⁰. Weiter relevant für den Fall war die Tatsache, dass ein von einem kirchlichen Arbeitgeber gekündigter Mitarbeiter nur begrenzte Möglichkeiten habe, eine neue Stelle zu finden¹⁰¹. Im Ergebnis kam der EGMR zum Schluss, dass Deutschland im Fall «Schüth» gegen die staatlichen Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK verstossen hatte. Anders fiel der Entscheid im Fall «Obst» aus: in diesem Fall hat Deutschland die Konventionsrechte nicht verletzt. Massgeblich war für den Gerichtshof u.a., dass Herr Obst als Pressesprecher die Mormonenkirche gegen aussen vertrat¹⁰².

Die Fälle «Schüth» und «Obst» sind je auch ein gutes Beispiel für die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten (positive obligations)¹⁰³. Der Gerichtshof erkannte, dass die kirchlichen Arbeitgeber ungeachtet ihres öffentlich-rechtlichen Status nicht selbst Verpflichtete der EMRK-Garantien sind. Vielmehr sei jedoch der Staat verpflichtet, das Privatleben auch in Streitigkeiten unter Privaten zu schützen¹⁰⁴.

gen, aber auch nicht gegen die öffentliche Ordnung, das Recht der Persönlichkeit oder gegen die guten Sitten verstossen, siehe zum Ganzen am Beispiel der vertraglich vereinbarten Diskriminierung KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Rz 1475 ff.

⁹⁰ Art. 321d OR.

⁹¹ PÄRLI (FN 81), 58.

⁹² EGMR v. 25.6.1997, Appl. No. 20605/92, *Halford./Vereinigtes Königreich*.

⁹³ EGMR v. 4.4.2007, Appl. No. 62617/00, *Copland./Vereinigtes Königreich*.

⁹⁴ EGMR v. 7.11.2002, Appl. No. 58341, *Madsen./Dänemark*.

⁹⁵ EGMR v. 5.10.2010, Appl. No. 420/07, *Köpke./Deutschland*.

⁹⁶ EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, *Obst./Deutschland*.

⁹⁷ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*.

⁹⁸ EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, *Obst./Deutschland*, Rz 44; EGMR, v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 58.

⁹⁹ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 50 und 51.

¹⁰⁰ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 71.

¹⁰¹ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 63.

¹⁰² EGMR v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, *Obst./Deutschland*, Rz 51.

¹⁰³ Siehe dazu vorne, S. 1673.

¹⁰⁴ EGMR v. 23.9.2010, Appl. No. 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 55.

b. Sidabras und Dziautas gegen Litauen¹⁰⁵

In diesem Fall geht es um eine litauische Regelung, wonach ehemaligen Agenten des sowjetischen Geheimdienstes KGB während zehn Jahren ein sehr weitgehendes Beschäftigungsverbot auferlegt wurde. Der EGMR prüfte die Beschwerde nach dem akzessorischen Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Das Diskriminierungsverbot war einschlägig, weil ehemalige KGB-Mitarbeiter unterschiedlich behandelt wurden. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK greift nur, soweit ein anderes Konventionsrecht auch berührt ist. Für den EGMR hat das langjährige Verbot, im öffentlichen Dienst und in weiten Teilen des Privatsektors tätig zu sein, schwerwiegende Auswirkungen auf die Möglichkeit der Beschwerdeführer, ihren Lebensunterhalt zu verdienen, was sich offensichtlich auf das Privatleben auswirkt¹⁰⁶. Für den EGMR erwies sich die litauische Regelung im Ergebnis als unverhältnismässig. Entscheidend war für die Beurteilung, dass sich das Beschäftigungsverbot nicht nur auf Stellen im öffentlichen Dienst beschränkte, sondern vielmehr auch praktisch den ganzen Privatsektor umfasste¹⁰⁷.

In der Lehre wird der aus dem Jahre 2004 stammende EGMR-Entscheid zu Recht als wichtiger Meilenstein des EGMR bei der Etablierung des Konzeptes der «integrativen Auslegung» bezeichnet¹⁰⁸. Der EGMR legt den in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privatlebens im Lichte von Art. 1 Abs. 2 der Europäischen Sozialcharta und der Interpretation dieses Artikels durch den zuständigen Ausschuss aus und verweist weiter auf das ILO-Abkommen Nr. 111 über das Verbot der Diskriminierung in Arbeitsverhältnissen. Zudem hält der EGMR fest, zwischen den sozialen und wirtschaftlichen Rechten und denjenigen in der EMRK bestehe keine starre Grenze («that there is no watertight division separating the sphere of social and economic rights from the field covered by the Convention ...»)¹⁰⁹.

c. Volkov gegen die Ukraine¹¹⁰

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

Der Gerichtshof kommt zum Schluss, dass der ukrainische Staat das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK in mehrfacher Weise verletzt hat. In arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant ist, dass der EGMR die Entlassung als einen Verstoss gegen das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) qualifiziert hat. Wichtiger Ausgangspunkt für die Begründung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK ist die Bedeutung des Arbeitslebens¹¹¹.

Bahnbrechend mutet die Entscheidung des EGMR vor allem deshalb an, weil der Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 41 EMRK (angemessene Entschädigung) und 46 EMRK (Bindungswirkung und Durchführung von Urteilen) die Ukraine anweist, den Beschwerdeführer vor dem Hintergrund der sehr aussergewöhnlichen Umstände auf den erstmöglichen Zeitpunkt wieder anzustellen¹¹².

Mit der Verurteilung der Ukraine zur Wiedereinstellung des Beschwerdeführers eröffnen sich für arbeitsrechtliche Kündigungsfälle gänzlich neue Dimensionen. Relativierend ist indes darauf hinzuweisen, dass der EGMR selbst von einem «sehr extremen Ausnahmefall» ausgeht. Für normale Kündigungsschutzfälle ist demnach nicht zu erwarten, dass der EGMR gleich entscheiden würde. Immerhin, die Mitgliedstaaten sind gewarnt: In Konstellationen eines nachhaltigen Eingriffs in den Kündigungsschutz ist aus Strassburg nicht nur mit der Verpflichtung zu Entschädigungszahlung zu rechnen, auch die Verurteilung zu einer Wiedereinstellung ist denkbar¹¹³.

¹⁰⁵ EGMR v. 27.7.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Dziautas./Litauen*.

¹⁰⁶ EGMR v. 27.7.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Dziautas./Litauen*, Rz 48.

¹⁰⁷ EGMR v. 27.7.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Dziautas./Litauen*, Rz 47.

¹⁰⁸ MANTOUVALOU (FN 30), 578.

¹⁰⁹ EGMR v. 27.7.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Dziautas./Litauen*, Rz 47.

¹¹⁰ EGMR v. 9.1.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov./Ukraine*.

¹¹¹ EGMR v. 9.1.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov./Ukraine*, Rz 165 («The notion of 'private life' does not exclude in principle activities of a professional or business nature. It is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant opportunity of developing relationships with the outside world.»).

¹¹² EGMR v. 9.1.2013, Appl. No. 21722/11, *Volkov./Ukraine*, Rz 199 ff.

¹¹³ KLAUS LÖRCHER, Kommentar zum EGMR-Urteil vom 9. September 2013, Nr. 21722/11, Oleksandr Volkov/Ukraine, in: Newsletter zum

3. Arbeitsrechtliches Potential

Spätestens seit der berühmten «Niemitz»-Entscheidung des EGMR¹¹⁴ aus dem Jahr 1992 steht fest, dass der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch die Arbeitswelt umfasst. Zum Schutzbereich gehört insbesondere auch das Recht der Arbeitnehmenden, am Arbeitsplatz mit Kollegen und Kolleginnen soziale Beziehungen aufzubauen und zu pflegen¹¹⁵. Vor diesem Hintergrund sind nicht wenige der in Unternehmen und in der Verwaltung gängigen Compliance-Vorschriften, die umfangreiche Verbote persönlicher Beziehungen enthalten, kritisch zu bewerten¹¹⁶. Die Konsequenzen der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK für die Privatsphäre der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz sind beachtlich. Einschränkungen der Privatsphäre sind zulässig, jedoch nur in den Schranken von Art. 8 EMRK. Zwar sind die EMRK-Rechte grundsätzlich staatsgerichtet. Auf dem Wege staatlicher Schutzpflichten entfalten sie jedoch auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Wirkung; die staatlichen Behörden, namentlich die Gerichte, sind gefordert, die Abwägungsentscheide zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen im Lichte der durch die EMRK allen der staatlichen Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten. Wenn der EGMR zudem seine integrative Auslegung weiterentwickelt¹¹⁷, so wird er Art. 8 EMRK durch Anerkennung der in ILO-Konventionen und UN-Menschenrechtspakten verankerten Garantien zum Schutz der Würde und der Persönlichkeit des Arbeitnehmers weiter im Sinne der Arbeitnehmerrechte stärken.

In der EMRK und der entsprechenden Praxis finden sich auch Stützen für die Verteidigung der Arbeitgeberinteressen. Zu Recht wird etwa in der Doktrin mit Bezug auf die frühere Rechtsprechung der Strassburger Organe darauf hingewiesen, wonach das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses zwangsläufig mit einer gewissen Unterordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers einher gehe und insoweit eine gewisse Beeinträchtigung des Rechts auf Privatsphäre bzw. eine lediglich reduzierte

berechtigte Erwartung an den Privatsphärenschutz in Kauf genommen werden müsse¹¹⁸. Auch anerkennt der EGMR in mehreren Art. 8 EMRK betreffenden Entscheiden, dass ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich freiwillig eingegangen wird, was eine entsprechende Beschränkung der Privatsphäre ebenfalls eher zulässig erscheinen liesse¹¹⁹. Diese Freiwilligkeit gilt es indes zu relativieren, da die meisten Personen aus ökonomischen Gründen schlicht auf ein Einkommen als Arbeitnehmende angewiesen sind¹²⁰.

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

C. Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK)

1. Arbeitsrechtlich bedeutsamer Inhalt von Art. 9 EMRK

a. Allgemeines

Art. 9 EMRK garantiert jeder Person das Recht auf Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dazu gehört das Recht, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen. Art. 9 Abs. 2 EMRK hält fest, unter welchen Voraussetzungen ein Staat die in Art. 9 Abs. 1 EMRK genannten Rechte einschränken darf.

europäischen Arbeitsrecht 1/2013 (<http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/?id=1234#c4520>).

¹¹⁴ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz./Deutschland*.

¹¹⁵ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz./Deutschland*, Rz 29.

¹¹⁶ Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf ist eine Ethikrichtlinie des US-Supermarktkonzerns Wal-Mart unwirksam, die es Mitarbeitenden verbietet, mit Personen auszugehen oder mit denen eine Liebesbeziehung einzugehen, wenn dies die Arbeitsbedingungen dieser Person beeinflussen könnte, LAG Düsseldorf, 14.11.2005–10 TaBV 46/05.

¹¹⁷ Zur integrativen Auslegung des EGMR siehe vorne, S. 1673 und S. 1678.

¹¹⁸ FRANK HENDRICKX/ALINE VAN BEVER, Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, in: Klaus Lörcher/Filip Dorssemont/Isabelle Schömann (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Portland, Oregon 2013, 185. Europäische Kommission für Menschenrechte, EHRR 244, *Brüggeman und Scheuten./Deutschland*, Rz 56.

¹¹⁹ EGMR vom 12. Juni 2014, Appl. No. 56030/07, *Fernandez Martinez./Spanien*, Rz 135.

¹²⁰ Kritisch zu diesem Aspekt auch KLAUS LÖRCHER, Kommentar zum EGMR-Urteil Nr. 56030/07, in: Newsletter zum europäischen Arbeitsrecht, 3/2014 (<http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2014/newsletter-032014.html>, besucht am 11.8.2014).

Solche Beschränkungen der Religionsfreiheit müssen gesetzlich vorgesehen sein und in einer demokratischen Gesellschaft für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein.

Die Annahme, Art. 9 EMRK schütze «nur» die Religionen bzw. ihre institutionellen Vertretungen, greift zu kurz. Wie der EGMR im Leitentscheid «Eweida u.a.» ausdrücklich festhält, ist die Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK ein Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft, wie sie der EMRK zu Grunde liegt. Art. 9 EMRK schützt aber nicht nur Gläubige aller Religionen in ihrer Identität, auch Atheisten, Agnostiker, Skeptiker oder religiös und weltanschaulich Gleichgültige können sich auf diese Bestimmung berufen¹²¹.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist Art. 9 EMRK in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Vorab ist der Staat in seiner Funktion als Arbeitgeber verpflichtet, den Beschäftigten die in Art. 9 EMRK garantierten Rechte zu gewähren bzw. er muss sich bei der allfälligen Beschränkung dieser Rechte an die in Art. 9 Abs. 2 EMRK aufgeführten Schranken halten. Auf der Basis staatlicher Schutzpflichten ist der Staat indes auch gefordert, die Religionsfreiheit in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu schützen. Dabei muss eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmenden an der Wahrnehmung ihrer Art. 9 EMRK-Rechte und den Interessen der Arbeitgebenden vorgenommen werden; Art. 9 Abs. 2 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten, auch die Rechte und Freiheiten anderer zu berücksichtigen. Das kann auch heissen, dass ein Arbeitnehmer zu einer dienstlichen Handlung verpflichtet werden darf, die seinen religiösen Überzeugungen widerspricht, z.B. die Vornahme einer Abtreibung¹²² oder die Beurkundung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften¹²³. Handelt es sich bei den Arbeitgebenden um religiöse Institutionen, wird die Situation noch etwas komplexer, da sich auch diese auf die Religionsfreiheit berufen können, wobei regelmässig auch die in Art. 11 EMRK verankerte Vereinigungsfreiheit einschlägig ist. Wie in den im vorangehenden Kapitel bezüglich der EGMR-Fälle «Schüth» und «Obst» gezeigt wurde, können Verhaltensvorschriften religiöser Arbeitgeber auch

den in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privat- und Familienlebens betreffen¹²⁴.

b. Staatliche Arbeitsverhältnisse

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

Die Europäische Kommission für Menschenrechte entschied, Art. 9 EMRK gewähre einem muslimischen Lehrer keinen Anspruch, während der Arbeitszeit vom Arbeitsplatz fernzubleiben, um religiösen Verpflichtungen nachzukommen¹²⁵. Der Entscheid stammt aus dem Jahre 1981 und es ist fraglich, ob der EGMR in einem vergleichbaren Fall heute auch noch so entscheiden würde. Im Fall «Dahlab» wies der EGMR 2001 die Klage einer Grundschullehrerin aus Genf ab, der das Tragen eines islamischen Kopftuches im Unterricht verboten wurde¹²⁶. Dem Staat kommt nach diesem EGMR-Urteil das Recht zu, das Tragen religiöser Symbole zu verbieten, soweit sich dieses Verbot nicht gegen den Glauben der betroffenen Person richtet, sondern auf den Schutz der Freiheit und Sicherheit anderer sowie der Wahrung der öffentlichen Ordnung gerichtet ist¹²⁷. Auch in späteren – nicht Beschäftigungsverhältnisse betreffenden Fällen – gewährte der EGMR den EMRK-Staaten bei Fragen der Religion Rechte einen relativ grossen Ermessensspielraum¹²⁸.

Keinen Verstoss gegen Art. 9 EMRK erkannte der EGMR im Falle eines Offiziers mit fundamentalistischer Überzeugung, der wegen Verletzung von Disziplinarvorschriften zwangspensioniert wurde¹²⁹. Differenziert fiel das Urteil im Falle religiöser Bekehrungsversuche eines Armeeangehörigen aus, der deswegen disziplinarisch sanktioniert wurde¹³⁰. Der EGMR sah keine Verletzung von Art. 9 EMRK, soweit die Disziplinarstrafen gegen Bekehrungsversuche innerhalb der Armee gerichtet waren. Nicht zulässig ist jedoch das Verbot von Bekehrungsversuchen gegenüber Privatpersonen ausserhalb der Ar-

¹²¹ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 79.

¹²² EGMR v. 6.9.1989, Appl. No. 12242/86, *Rommelfanger./Federal Republic of Germany*.

¹²³ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich* (Beschwerdeführerin 3).

¹²⁴ Siehe die EGMR-Fälle v. 23.10.2010, Appl. No. 425/03, *Obst./Deutschland* und 1620/03, *Schüth./Deutschland*, Rz 31 bis 34.

¹²⁵ EGMR v. 12.3.1981, Appl. No. 8160/78, *X./Vereinigtes Königreich*.

¹²⁶ EGMR v. 15.2.2001, Appl. No. 42393/98, *Dahlab./Schweiz*.

¹²⁷ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 33 zu Art. 11 EMRK.

¹²⁸ Besonders deutlich zeigt sich dies im Falle der Zulässigkeit von Kreuzifixen in italienschlichen Schulzimmern, siehe EGMR v. 18.3.2011, Appl. No. 30814/06, *Lautsi./Italien*.

¹²⁹ EGMR v. 1.7.1997, Appl. No. 20704/92, *Kalac./Türkei*.

¹³⁰ EGMR v. 24.2.1998, Appl. No. 40/1996/759/958–960, *Larissis und andere./Griechenland*.

mee, hier konnte sich der Beschwerdeführer zu Recht auf den Schutz von Art. 9 EMRK gerufen¹³¹.

c. Privatrechtliche Konstellationen

Die privatrechtliche Arbeitsverhältnisse betreffenden Fälle, die vor dem EGMR oder (bis 1998) vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte verhandelt wurden, betrafen meist das Fernbleiben von der Arbeit wegen der Teilnahme an religiösen Aktivitäten¹³². Bis zu einem eigentlich Kurswechsel in der Entscheidung «Eweida u.a.» im Jahre 2013 stellten sich die Europäische Menschenrechtskommission und der Gerichtshof auf den Standpunkt, dass der Schutzbereich von Art. 9 EMRK gar nicht eröffnet sei, wenn Arbeitnehmende vertraglich einer Beschränkung ihrer Religionsfreiheit zugestimmt hatten¹³³. Die betroffenen Arbeitnehmenden, so die Auffassung der Strassburger Organe, könnten ja ihre Arbeitsstelle aufgeben bzw. eine andere Anstellung suchen, bei der keine Konflikte mit der Ausübung der Religion zu erwarten wären¹³⁴. In der Entscheidung «Eweida u.a.» änderte der Gerichtshof seine Praxis dahin gehend, dass er die Einschränkung der Religionsfreiheit unter Rechtfertigungsgesichtspunkten prüft, also demnach den Schutzbereich von Art. 9 EMRK bei Konflikten um die Religionsausübung im Arbeitsverhältnis grundsätzlich öffnet¹³⁵.

Gestützt auf die staatlichen Schutzpflichten haben die Staaten dafür zu sorgen, dass die in Art. 9 EMRK garantierten Rechte auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geschützt sind. Dabei haben die Behörden bei der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 9 Abs. 2 EMRK eine faire Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmenden und denjenigen der Arbeitgebenden vorzunehmen¹³⁶. Während etwa hygienische Gründe oder die Sicherheit von Kunden als Arbeitgeberinteresse dem Interesse der Arbeitnehmenden am Tragen religiöser Symbole vorge-

hen¹³⁷, ist dies beim Interesse der Arbeitgebenden an einem bestimmten und einheitlichen Erscheinungsbild der Unternehmung nicht der Fall. Hier überwiegen vielmehr die Arbeitnehmerinteressen¹³⁸.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Kosteski gegen Mazedonien*¹³⁹

Der Fall betrifft einen Arbeitnehmer eines Elektrizitätswerks, der disziplinarisch sanktioniert wurde, nachdem er an einem muslimischen Feiertag unentschuldig nicht zur Arbeit erschienen war. Der Gerichtshof stellte sich auf den Standpunkt, das Recht, an religiösen Feiertagen nicht arbeiten zu müssen, falle als solches nicht unter den Schutzbereich von Art. 9 EMRK. Dennoch prüfte der EGMR, ob die Konventionsrechte verletzt wurden. Im fraglichen Fall war auch streitig, ob der Beschwerdeführer überhaupt muslimischen Glaubens war. Im nationalen Verfahren war relevant, dass der Beschwerdeführer den Nachweis des muslimischen Glaubens nicht erbringen konnte. In diesem Punkt erkannte der EGMR, dass der Schutzbereich von Art. 9 EMRK grundsätzlich eröffnet sei. Im Ergebnis lag allerdings doch keine Verletzung von Art. 9 EMRK vor, da die Arbeitgeberin im konkreten Fall keine übermäßig hohen Ansprüche an den Nachweis des Glaubens als Grundlage für die legitime Abstinenz von der Arbeit wegen eines religiösen Feiertags stellte¹⁴⁰.

b. *Siebenhaar gegen Deutschland*¹⁴¹

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

¹³¹ GRABENWARTER (FN 30), N 103, S. 262.

¹³² EGMR v. 9.4.1997, Appl. No. 29107/95, *Stedman./Vereinigtes Königreich*; EGMR, v. 3.12.1996, Appl. 24949/94, *Konttinen./Finnland*; EGMR, v. 13.4.2006, Appl. No. 55170/00, *Kosteski./Mazedonien*.

¹³³ EGMR, v. 13.4.2006, Appl. No. 55170/00, *Kosteski./Mazedonien*, Rz 39.

¹³⁴ LUCY VICKERS, Freedom of Religion and Belief, Article 9 ECHR and the EU Equality Directive, in: Klaus Lörcher/Filip Dorssement/Isabelle Schömann (Hrsg.): The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford/Portland/Oregon 2013, 211.

¹³⁵ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 83.

¹³⁶ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 91.

¹³⁷ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 99 und 100 (Beschwerdeführerin 2).

¹³⁸ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 94 und 95 (Beschwerdeführerin 1).

¹³⁹ EGMR v. 13.4.2006, Appl. No. 55170/00, *Kosteski./Mazedonien*.

¹⁴⁰ EGMR v. 13.4.2006, Appl. No. 55170/00, *Kosteski./Mazedonien*, Rz 39.

¹⁴¹ EGMR v. 3.2.2011, Appl. No. 18136/02, *Siebenhaar./Deutschland*.

von Art. 9 EMRK und eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 9 EMRK geltend.

Der EGMR stellte vorab fest, dass im vorliegenden Fall kein direktes staatliches Handeln zur allfälligen Verletzung der EMRK-Rechte vorliege. Zu prüfen sei jedoch, ob der Staat seine positiven Pflichten erfüllt habe, um die Beschwerdeführerin wirksam vor Verletzung ihrer Rechte durch den privaten Arbeitgeber zu schützen¹⁴². Im Ergebnis stellte der EGMR keine Verletzung von Art. 9 EMRK fest. Mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags hätte die Beschwerdeführerin wissen müssen, dass ihre aktive Mitgliedschaft in einer Sekte mit der Tätigkeit in einer von der evangelischen Kirche geführten pädagogischen Institution nicht vereinbar war. Die deutschen Gerichte hätten bei der Vornahme der Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin einen Ermessensspielraum, Art. 9 EMRK verpflichte den deutschen Staat nicht, die Interessen der Arbeitnehmerin höher zu gewichten¹⁴³.

Nicht eingetreten ist der Gerichtshof auf die Rüge der Beschwerdeführerin, es sei (auch) Art. 14 in Verbindung mit Art. 9 EMRK verletzt. Frau Siebenhaar hatte es unterlassen, bereits im nationalen Verfahren eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes geltend zu machen. Folglich wurde die Rüge in Strassburg wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 EMRK) zurückgewiesen¹⁴⁴.

c. *Eweida u.a. gegen Vereinigtes Königreich*¹⁴⁵

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

Zwei der Beschwerdeführerinnen wurden wegen des Tragens religiöser Symbole (ein christliches Kreuz) an ihrem Arbeitsplatz benachteiligt. Der Gerichtshof erachtete das Verbot des Tragens religiöser Symbole durch die britische Fluggesellschaft British Airways als nicht zulässig. Hingegen ist ein solches Verbot für Arbeitnehmende

in Krankenhäusern zulässig, da hier hygienische Gründe und Sicherheitsaspekte als Rechtfertigungsgründe geltend gemacht wurden¹⁴⁶.

Bei den beiden anderen Beschwerdeführern ging es um die Frage, wieweit ein Teil der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung unter Berufung auf Art. 9 EMRK verweigert werden konnte. Konkret ging es um einen Zivilstandsbeamten, der sich aufgrund seiner religiösen Überzeugung ausserstande sah, bei der Eintragung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mitzuwirken, und um einen Therapeuten, der, ebenfalls aufgrund seiner religiösen Überzeugung, keine psycho-sexuelle Therapie bei gleichgeschlechtlichen Paaren durchführen wollte. Die nationalen Gerichte schützten die Sanktionen, die die Arbeitgeber gegen die beiden Arbeitnehmer aussprachen. In beiden Fällen entschied der EGMR, dass die britischen Behörden die Interessenabwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen an einem diskriminierungsfreien Dienstleistungsangebot und dem Anspruch der Beschwerdeführer an Respektierung ihrer religiösen Grundhaltung korrekt vorgenommen habe¹⁴⁷.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Aus der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK lassen sich in arbeitsrechtlicher Hinsicht mehrere Ansätze erkennen, die einen wirksamen Schutz vor Verletzung der Grundrechte durch Arbeitgeber ermöglichen. Zum einen hat der EGMR auch bei den Art. 9 EMRK-Fällen die Bedeutung der staatlichen Schutzpflichten hervorgehoben¹⁴⁸. Die staatlichen Gerichte sind also gefordert, die Arbeitnehmer/innen vor Verletzung der in Art. 9 EMRK verankerten Rechte durch private Arbeitgeber zu schützen, sei es, dass kirchliche Arbeitgeber keine übertriebenen Loyalitätspflichten einfordern können, sei es auch, dass Arbeitnehmende sich im Arbeitsverhältnis nicht jeder religiösen Tätigkeit enthalten müssen. So ist das Verbot des Tragens religiöser Symbole während der Arbeit nur aus Gründen der Sicherheit, nicht aber aus reinen Imagegründen zulässig¹⁴⁹. Keinen Schutz durch die EMRK erfahren indes Arbeitnehmer/innen, die sich unter

¹⁴² EGMR v. 3.2.2011, Appl. No. 18136/02, *Siebenhaar./Deutschland*, Rz 38 ff.

¹⁴³ EGMR v. 3.2.2011, Appl. No. 18136/02, *Siebenhaar./Deutschland*, Rz 46.

¹⁴⁴ EGMR v. 3.2.2011, Appl. No. 18136/02, *Siebenhaar./Deutschland*, Rz 51. Siehe zum Rügeprinzip hinten, S. 1700

¹⁴⁵ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*.

¹⁴⁶ Siehe dazu auch vorne, S. 1683.

¹⁴⁷ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 103 ff.

¹⁴⁸ Siehe EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 91 und EGMR v. 3.2.2011, Appl. No. 18136/02, *Siebenhaar./Deutschland*, Rz 38 ff.

¹⁴⁹ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 94.

Berufung auf die Religionsfreiheit ihrerseits diskriminierend verhalten¹⁵⁰.

Wegweisend ist überdies, dass der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 9 EMRK nach neuerer Rechtsprechung nicht allein deshalb verneint, weil ein Arbeitsverhältnis per se eine Unterordnung zum Arbeitgeber mit sich zieht. Die Arbeitgeberinteressen werden vielmehr erst bei der Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit geprüft¹⁵¹.

D. Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK)

1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 10 EMRK

Art. 10 EMRK gewährt jeder Person das Recht auf freie Meinungsäußerung, also das Recht, eine Meinung zu haben und diese auch zu äussern. Darüber hinausgehend beinhaltet Art. 10 EMRK weitere Informations- und Kommunikationsrechte, auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter einzugehen ist¹⁵². Die EMRK-Ratifikationsstaaten können die Meinungsfreiheit einschränken, jedoch nur in den Schranken, wie sie in Art. 10 Abs. 2 EMRK festgehalten sind. Wie bei den anderen EMRK-Freiheitsrechten ist für eine Beschränkung eine gesetzliche Grundlage notwendig und die Einschränkung muss in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein für die Verfolgung bestimmten öffentlicher Interessen, wie die öffentliche Sicherheit oder die Aufrechterhaltung der Ordnung. Weitere Interessen, die eine gesetzliche vorgesehene und verhältnismässige Einschränkung rechtfertigen können, sind die Rechte und der Schutz des guten Rufes anderer.

Arbeitsrechtlich relevant ist, wieweit Arbeitnehmer/innen die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung durch ihre Arbeitgeber beschränkt werden darf bzw. welche Sanktionen der Arbeitgeber wegen geäusserten Meinungen der Arbeitnehmer/innen vor Art. 10 EMRK nicht stand halten. Bei Konflikten im Arbeitsverhältnis ist oft gar nicht einfach festzustellen, ob ein Verhalten der Arbeitnehmer/innen dem Schutz Privatlebens nach Art. 8 EMRK, der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK oder den in Art. 11 EMRK verankerten Gewerkschaftsrechten zuzuordnen ist¹⁵³. Auch das akzessorische Diskrimi-

nierungsverbot nach Art. 14 EMRK kann betroffen sein, z.B. wenn nur bestimmte Meinungsäußerungen verboten sind und andere nicht. Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf den Entscheiden, bei denen der EGMR eine arbeitsrechtliche Konfliktsituation primär auf der Grundlage von Art. 10 EMRK diskutiert und entschieden hat.

Regelmässig hält der EGMR fest, die Freiheit der Meinungsäußerung stelle eine wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft dar und sei eine vorrangige Voraussetzung für ihren Fortschritt und die Entwicklung der Individuen¹⁵⁴. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit sei dabei weit zu ziehen, ohne ein breites Spektrum an Meinungen sei eine demokratische Gesellschaft nicht möglich¹⁵⁵. Die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssten eng ausgelegt werden¹⁵⁶.

Die ersten arbeitsrechtlich relevanten «Art. 10 EMRK-Fälle» betrafen Konflikte um die Meinungsfreiheit bei staatlichen Arbeitgebern¹⁵⁷. Im Falle «Vogt» erkannte der EGMR, dass die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK grundsätzlich auch für Beamte Gültigkeit hat. Einschränkungen müssten demnach den in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Bedingungen entsprechen. Besondere Bedeutung erlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. So war die Entlassung aus dem Schuldienst eines Lehrers wegen dessen Mitgliedschaft bei der Deutschen Kommunistischen Partei nicht verhältnismässig¹⁵⁸. Die Entlassung war somit im Ergebnis konventionswidrig, wobei sowohl Art. 10 als auch Art. 11 EMRK betroffen waren¹⁵⁹. Ebenfalls in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK fiel der Fall eines Professors an einer katholischen Universität, dessen Dienstvertrag wegen kritischer Meinungsäußerungen zur katholischen Doktrin nicht verlängert wurde¹⁶⁰.

¹⁵⁰ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 105 und 106.

¹⁵¹ EGMR v. 15.1.2013, Appl. No. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida u.a./Vereinigtes Königreich*, Rz 83.

¹⁵² Siehe dazu statt vieler bei GRABENWARTER (FN 30), 269 ff.

¹⁵³ DIRK VOORHOOF/PATRICK HUMBLET, *The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR*, in: Klaus Lörcher/Isabelle Schömann (Hrsg.), Oxford 2013, 239 f.

¹⁵⁴ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez und andere./Spanien*, Rz 53.

¹⁵⁵ EGMR v. 7.12.1976, Appl. No. 5493/72, *Handyside./Vereinigtes Königreich*, Rz 49.

¹⁵⁶ EGMR v. 22.10.2007, Appl. No. 21279/02 and 36448/02, *Lindon, Otchakovsky-Laurens und Juli./France*, Rz 45.

¹⁵⁷ In den Entscheiden EGMR v. 28.8.1986, Appl. No. 9228/80, *Glaserapp./Deutschland* und EGMR v. 28.8.1986, Appl. No. 9704/82, *Kosiek./Deutschland*, ging es je um Berufsverbote für Lehrer/innen, die Mitglieder radikaler Parteien waren. Der EGMR verneinte dabei, dass der Schutzbereich von Art. 10 EMRK betroffen war.

¹⁵⁸ EGMR v. 16.9.1995, Appl. No. 17851/91, *Vogt./Deutschland*, Rz 61.

¹⁵⁹ EGMR v. 16.9.1995, Appl. No. 17851/91, *Vogt./Deutschland*, Rz 62–68.

¹⁶⁰ EGMR v. 20.10.2009, Appl. No. 39128/05, *Lombardi Vallauri v. Italy*, Rz 50–54 und 71. Siehe auch den Fall «*Rubins./Lettland*», unten unter S. 1688.

In der Rechtssache *Fuentes Bobo gegen Spanien*¹⁶¹ kam der Gerichtshof zum Schluss, die Entlassung eines Angestellten einer öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalt stelle einen Verstoss gegen Art. 10 EMRK dar. Der Journalist Fuentes Bobo hatte sich in einer Sendung kritisch über Manager seines Arbeitgebers geäussert. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass Artikel 10 der Konvention auch auf die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbar ist und der Staat in bestimmten Fällen positive Verpflichtungen zum Schutz des Rechts auf freie Meinungsäusserung vor Eingriffen von privater Seite habe¹⁶². Zwar sei im vorliegenden Fall der Eingriff gesetzlich vorgeschrieben und zum Schutz des Rufs oder der Rechte anderer grundsätzlich legitim gewesen¹⁶³. Eine derart schwere Sanktion wie die Entlassung entspreche jedoch nicht einem «dringenden sozialen Bedürfnis»¹⁶⁴.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Palomo Sanchez u.a. gegen Spanien*¹⁶⁵

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

Vor dem EGMR rügten die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 10 EMRK, der vorliegend auch im Lichte der in Art. 11 EMRK verankerten Gewerkschaftsrechte auszulegen sei. Der Gerichtshof kam vorab zum Schluss, dass der Fall unter dem Gesichtspunkt von Art. 10 EMRK und nicht Art. 11 EMRK zu beurteilen sei. Zwar stelle die Äusserung persönlicher Meinungen einen wichtigen Aspekt der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK dar. Aus den Urteilen der spanischen Gerichte gehe indes klar hervor, dass die Arbeitnehmer nicht wegen ihrer gewerkschaftlichen Aktivitäten entlassen worden seien¹⁶⁶. In der Folge prüfte der EGMR einzig, ob die Entlassung gegen die Meinungsfreiheit verstossen habe.

Die Entlassung der Arbeitnehmer wegen den Beleidigungen erfolgten im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Ausführungen des EGMR zu den staatlichen Schutzpflichten (positive obligations) bei Art. 10 EMRK zu verstehen: «(...) This is also the case for freedom of expression, of which the genuine and effective exercise does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals. In certain cases the State has a positive obligation to protect the right to freedom of expression, even against interference by private persons (...)»¹⁶⁷.

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

Der Gerichtshof stellte vorerst fest, dass die Entlassung der Arbeitnehmer wegen ihrer Aktivitäten einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK darstelle¹⁶⁸. Daraufhin prüfte er, ob sich der Eingriff rechtfertigen lasse. Der Schutz des guten Rufes der Arbeitgeberin stelle ein legitimes Eingriffsinteresse dar. Die Verfehlungen der entlassenen Arbeitnehmer wären geeignet gewesen, das für ein Arbeitsverhältnis unabdingbare Vertrauensverhältnis ernsthaft zu zerstören¹⁶⁹. Der Eingriff sei deshalb auch

¹⁶¹ EGMR v. 29.2.2000, Appl. No. 39293/98, *Fuentes./Spanien*.

¹⁶² EGMR v. 29.2.2000, Appl. No. 39293/98, *Fuentes./Spanien*, Rz 38. Zur Bedeutung der positiven Verpflichtungen des Staates bei der Garantie der Meinungsfreiheit siehe auch EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*, Rz 44.

¹⁶³ EGMR v. 29.2.2000, Appl. No. 39293/98, *Fuentes./Spanien*, Rz 49.

¹⁶⁴ EGMR v. 29.2.2000, Appl. No. 39293/98, *Fuentes./Spanien*, Rz 50.

¹⁶⁵ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien*.

¹⁶⁶ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien*, Rz 52.

¹⁶⁷ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien*, Rz 58.

¹⁶⁸ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien*, Rz 61.

¹⁶⁹ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien*, Rz 76.

nicht unverhältnismässig. Die spanischen Gerichte, so die Schlussfolgerung der Grossen Kammer des EGMR (mit Stimmenverhältnis 12:5), hätten die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen am Schutz des guten Rufes und der Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer/innen sorgfältig vorgenommen. Die Entscheidung der spanischen Gerichte, die Entlassung zu schützen, verletzt damit Art. 10 EMRK nicht.

Fünf der siebzehn Richter/innen der Grossen Kammer waren mit der Mehrheit nicht einverstanden. Sie äusserten in ihrer «joint dissenting opinion» heftige Kritik. Sie weisen auf die Härte der Sanktion, welche den betroffenen Arbeitnehmern die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen habe. Wenn der EGMR eine solche Massnahme gegen Gewerkschafter schütze, so schrecke dies gewerkschaftliche Aktivitäten ab. Zudem kritisierte die Gerichtsminderheit, dass die Auslegung der Meinungsfreiheit im Lichte der Gewerkschaftsrechte nicht konsequent vorgenommen worden sei, namentlich hielten die Richter/innen fest: «(...) Both in assessing the facts and in balancing the interests at stake, the majority give scant consideration to the fact that the applicants were members of a trade union, or that they were expressing professional and employment-related claims»¹⁷⁰.

b. *Heinisch gegen Deutschland*¹⁷¹

Frau Heinisch arbeitete als Altenpflegerin in einer privatrechtlichen Berliner Pflegeeinrichtung. Verschiedentlich beklagte sich Frau Heinisch bei ihrer Arbeitgeberin über Missstände im Betrieb. Schliesslich reichte sie gegen ihre Arbeitgeberin eine Strafanzeige wegen Betrugs ein. Vorgeworfen wurde der Arbeitgeberin, dass die Kosten für einen Platz in der Pflegeeinrichtung in keinem Verhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen, wodurch sich die Pflegeeinrichtung unrechtmässig bereichere. Überdies richtete der Anwalt der Beschwerdeführerin ein Schreiben an den Aufsichtsrat der Pflegeeinrichtung mit Vorwürfen, wonach wegen Personalmangels Hygienestandards nicht eingehalten würden. Daraufhin sprach die Arbeitgeberin gegenüber der Beschwerdeführerin wegen wiederholter krankheitsbedingter Abwesenheit die ordentliche Kündigung aus. Frau Heinisch organisierte zusammen mit der Gewerkschaft eine Flugblattaktion und forderte die Rücknahme der «politisch motivierten» Kündigung. In der Flugblattaktion wurde u.a. auf die Strafanzeige hin-

gewiesen. Die Arbeitgeberin nahm diese Aktionen zum Anlass, gegen die Beschwerdeführerin die fristlose Kündigung auszusprechen. Das Berliner Arbeitsgericht hielt die fristlose Kündigung mit Urteil vom August 2005 für unwirksam. Die Entscheidung wurde indes vom Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin im März 2006 aufgehoben. Das LAG erachtete die Strafanzeige als eine unverhältnismässige Reaktion auf die behaupteten Pflegemängel. Das Bundesarbeitsgericht und das Bundesverfassungsgericht liessen Beschwerden nicht zu, sodass der Entscheid des LAG rechtskräftig wurde. Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen im Zusammenhang mit der Strafanzeige im Januar 2005 einstellte, da zu wenig Anhaltspunkte eines strafbaren Verhaltens vorlagen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschied mit Urteil vom 21. Juli 2011, die fristlose Kündigung stelle einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK dar¹⁷². Der Eingriff konnte nicht durch die in Frage stehenden Arbeitgeberinteressen (arbeitsrechtliche Pflicht zur Loyalität) gerechtfertigt werden. Der EGMR sprach der Beschwerdeführerin nebst einer Kostenerstattung in Höhe von 5000 EURO auch einen Schadenersatz für den erlittenen immateriellen Schaden in Höhe von 10 000 EUR zu. Weitergehende Schadenersatzforderungen wurden nicht zugelassen.

Der EGMR bezeichnet das Verhalten der Beschwerdeführerin explizit als «Whistleblowing», das unter die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit fällt¹⁷³. Der EGMR ruft indes in Randziffer 46 des Urteils in Erinnerung, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden ist und deshalb Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafordrohungen unterworfen werden kann, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. In der Folge prüft der EGMR, ob die Kündigung der Beschwerdeführerin eine in einem demokratischen Rechtsstaat notwendige und verhältnismässige Einschränkung der Meinungs- und Informationsverbreitungsfreiheit darstellte.

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

¹⁷⁰ EGMR v. 12.9.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a./Spanien, Joint dissenting opinion of Judge Tulkens et al.*, Rz 4.

¹⁷¹ EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*. Siehe zum Fall auch: PÄRLI (FN 36), S. 56 ff.

¹⁷² EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*, Rz 43.

¹⁷³ EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*, Rz 82–87.

Meinungsfreiheit und den Arbeitgeberinteressen an der Einschränkung gegeneinander abzuwägen.

In diese Interessenabwägung einzubeziehen ist auch das öffentliche Interesse an der Bekämpfung eines Missstandes. Vorliegend wurde ein solches Interesse angesichts der hohen gesellschaftlichen Relevanz bestmöglichster Altenpflege bejaht. In den Worten des Gerichtshofes (Rz 71 des Urteils): «Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the information disclosed by the applicant was undeniably of public interest. In societies with an ever growing part of their elderly population being subject to institutional care, and taking into account the particular vulnerability of the patients concerned, who often may not be in a position to draw attention to shortcomings in the care rendered on their own initiative, the dissemination of information about the quality or deficiencies of such care is of vital importance with a view to preventing abuse. This is even more evident when institutional care is provided by a State-owned company, where the confidence of the public in an adequate provision of vital care services by the State is at stake.»

Für den EGMR besteht, anders als für das LAG Berlin, kein Zweifel an den guten Absichten der Arbeitnehmerin¹⁷⁴. Massgebend für diese Annahme ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Aktionen nicht in erster Linie die für sie unbefriedigenden Arbeitsbedingungen rügte, sondern vielmehr auf die für die Patienten/innen schlimmen Zustände in der Pflegeeinrichtung aufmerksam machen wollte. Weiter ins Gewicht fällt für den EGMR, dass die Beschwerdeführerin die Strafanzeige nicht leichtfertig, sondern erst nach erfolglosen Interventionen gegenüber der Arbeitgeberin selbst eingereicht hatte.

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

geber und die Öffentlichkeit insgesamt auf Missstände hinzuweisen. Das EGMR sah deshalb die Kündigung der Beschwerdeführerin auch unter diesem Aspekt als unverhältnismässig an.

c. *Rubins gegen Lettland*¹⁷⁵

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

Vor dem Gerichtshof in Strassburg war vorab zu klären, ob eine Entlassung überhaupt in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK falle. Die Regierung Lettlands machte geltend, vorliegend gehe es um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, die nicht in den Anwendungsbereich der EMRK fallen würde. Der EGMR wies Argumente Lettlands zurück. Eine Universität sei eine staatliche Institution, deren Entscheidungen nicht gegen die EMRK verstossen dürfen. Daran ändere sich auch nichts, wenn die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Universität und ihren Angestellten nach privatrechtlichen Regelungen bestimmt würden. Mit Bezug auf seine frühere Rechtsprechung, namentlich im Fall «*Palomo Sanchez ./ Spanien*»¹⁷⁶ hielt der EGMR weiter fest, dass das Recht auf Meinungsfreiheit auch in privaten Arbeitsverhältnissen zu schützen sei»¹⁷⁷. Die Entlassung des Herrn Rubins habe ihre Ursache in den E-Mail-Äusserungen, damit sei der Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK gegeben¹⁷⁸.

Eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit kann nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse geltend gemacht werden können. Die Universität und die lettischen Gerichte stützen sich für die Begründung der Entlassung auf eine Bestimmung im lettischen Arbeitsrecht, wonach Kündigungen zulässig sind, wenn

¹⁷⁵ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*.

¹⁷⁶ Siehe vorne, S. 1686.

¹⁷⁷ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 44.

¹⁷⁸ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 45 und Rz 67 – 71.

¹⁷⁴ EGMR v. 21.7.2011, Appl. No. 28274/08, *Heinisch./Deutschland*, Rz 91–95.

der Arbeitnehmer gegen die guten Sitten («contrary to good morals») verstosse, und auf drei personalrechtliche Bestimmungen der Universität, die von den Beschäftigten ein ethisch korrektes Verhalten verlangen. Der EGMR erachtet diese Bestimmungen als grundsätzlich geeignet, einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen zu können. Zwar wäre unzulässig, von den Arbeitnehmer/innen bedingungslose Treue («absolute duty of loyalty») zu erwarten. Im Kontext von Arbeitsverhältnissen sei es indes zulässig, die Meinungsfreiheit mehr einzuschränken als in anderen Kontexten¹⁷⁹.

Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist nur zulässig, wenn dies im konkreten Fall «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist» (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Der EGMR wog im vorliegenden Fall die Interessen der Arbeitgeberin an loyalen Verhalten seiner Arbeitnehmer/innen gegenüber denjenigen von Herrn Rubins an der Ausübung seines Rechts auf Meinungsfreiheit ab. Dabei fiel für den Gerichtshof ins Gewicht, dass es sich bei der Universität um eine staatliche finanzierte Institution handelt und somit auch ein Interesse der Öffentlichkeit an Vorgängen innerhalb der Universität besteht. Die lettischen Gerichte hätten diese Umstände fälschlicherweise nicht gewürdigt¹⁸⁰. Weiter hielt der EGMR fest, dass Herrn Rubins' Kritik an der geplanten Reorganisation der Universität auf sachlichen Gründen beruhe und vorerst auf dem Dienstweg erfolgt sei¹⁸¹. Zudem sei die Art und Weise seiner Kritik nicht verletzend gewesen¹⁸². Im Ergebnis stellt die Entlassung von Herrn Rubins bzw. die Sanktionierung dieser Entlassung durch die lettischen Gerichte eine Verletzung von Art. 10 EMRK dar. Herr Rubins wurden als Entschädigung 8 000 Euro plus Ersatz seiner Anwaltskosten zugesprochen¹⁸³.

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

higher-instance labour court adjudicating on the merits of labour disputes»)¹⁸⁴.

3. Arbeitsrechtliches Potential

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

Die Interessen der Arbeitgeber gebieten nach der EGMR-Rechtsprechung, dass der Schutz der Meinungsfreiheit innerhalb des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich weniger weit geht als in anderen Kontexten, die nicht durch ein vergleichbares Treueverhältnis geprägt ist. Dieses Treueverhältnis bedeutet aber gerade nicht, dass jede Kritik am Arbeitgeber und insbesondere jede Form von Whistleblowing unzulässig wären. Im Gegenteil, die EGMR-Entscheide «*Heinisch./Deutschland*»¹⁸⁵ und «*Rubins./Lettland*»¹⁸⁶ machen vielmehr deutlich, dass der EGMR gewillt ist, Whistleblower, vor allem solche, die auch im Interesse der Öffentlichkeit handeln, den Schutz von Art. 10 EMRK zu gewähren. Der in der Schweiz wenig ausgeprägte Schutz für Whistleblower könnte deshalb dereinst zu einer Verurteilung durch den EGMR führen.

Der Berufung auf die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis sind im Lichte der EGMR-Rechtsprechung indes auch klare Schranken gesetzt. Nicht geschützt sind beispielsweise Beleidigungen gegenüber Repräsentanten des Arbeitgebers, selbst wenn diese im Zusammenhang mit gewerkschaftlichen Aktionen erfolgen. Die so begründete EGMR-Entscheidung im Fall «*Palomo Sanchez et. al./Spanien*»¹⁸⁷ wurde allerdings von einer beachtlichen Minderheit innerhalb der Grossen Kammer kritisiert, auf die entsprechenden «Dissenting Opinion» kann in späteren Fällen durchaus Bezug genommen werden.

¹⁷⁹ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 45 und Rz 74.

¹⁸⁰ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 78.

¹⁸¹ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 83–89.

¹⁸² EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 90–91.

¹⁸³ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Rz 93–98.

¹⁸⁴ EGMR v. 13.1.2015, Appl. No. 79040/12, *Rubins./Lettland*, Dissenting Opinion of Judges Mahoney and Wojtyczek.

¹⁸⁵ Siehe dazu vorne, S. 1687.

¹⁸⁶ Siehe dazu vorne, S. 1688.

¹⁸⁷ Siehe dazu vorne, S. 1686.

E. Gewerkschaftsrechte (Art. 11 EMRK)

1. Arbeitsrechtlich relevanter Inhalt von Art. 11 EMRK

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

Die Vereinigungsfreiheit kann überdies im Zusammenspiel mit dem in Art. 14 EMRK verankerten akzessorischen Diskriminierungsverbot eine Rolle spielen, so etwa wenn Gewerkschaftsmitglieder wegen der Beteiligung an Streiks Nachteile bei Tarifbestimmungen erleiden¹⁸⁸.

Über die gewerkschaftlichen Fragen hinaus spielt Art. 11 EMRK in arbeitsrechtlicher Hinsicht auch eine Rolle, wo es um die Mitgliedschaft von Arbeitnehmer/innen in politischen Parteien geht. Illustrativ dazu ist der Fall «*Readfearn ./. Vereinigtes Königreich*»¹⁸⁹. Herr Redfearn war Fahrer für Behinderten-Fahrtendienste, bei denen er überwiegend Personen asiatischer Abstammung zu befördern hatte. Er erhielt von seinem (privaten) Arbeitgeber die Kündigung, weil er der rechtsextremen British National Party (BNP) angehörte und für diese Partei ein Mandat in der Gemeindevertretung innehatte. Der EGMR erachtete diese Kündigung als Verstoß gegen Art. 11 EMRK. Die knappe Kammer-Entscheidung (vier zu drei Stimmen) begründete der EGMR u.a. damit, dass die Entlassung einzig wegen der BNP-Mitgliedschaft erfolgte, der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Busfahrer jedoch stets ohne Fehl und Tadel ausübte¹⁹⁰. Die geltend gemachten Befürchtungen der Arbeitgeberin, ein BNP-Mitglied als Busfahrer würde zu Unruhen führen, wurden

vom EGMR nicht gehört¹⁹¹. Die unterlegene Minderheit der EGMR-Kammer argumentierte, der EGMR dürfe dem Staat nicht zu starke positive Verpflichtungen zum Schutze der politischen Meinung in privaten Arbeitsverhältnissen auferlegen¹⁹².

Der EGMR hat den Schutzbereich des die Gewerkschaftsrechte betreffenden Teils von Art. 11 EMRK lange Zeit sehr zurückhaltend und eher gewerkschaftsfeindlich ausgelegt¹⁹³. So überliess es der Gerichtshof den EMRK-Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob das Streikrecht oder das Recht auf Kollektivverhandlungen zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK gehöre¹⁹⁴. Unzulässig waren demgegenüber so genannte «Close Shop» Regelungen, wonach ein Arbeitgeber gestützt auf einen Kollektivvertrag lediglich Gewerkschaftsmitglieder anstellen durfte¹⁹⁵. Aufgrund solcher Entscheide hatten die EMRK und der Gerichtshof in Strassburg in Gewerkschaftskreisen bis vor wenigen Jahren keinen besonders guten Ruf¹⁹⁶.

Zum für Gewerkschaften relevanten Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit gehören nach aktuellem Stand der Strassburger Rechtsprechung das Recht, Gewerkschaften zu gründen und sich ihnen anzuschliessen¹⁹⁷, das Recht der Gewerkschaften auf Autonomie¹⁹⁸ und das Recht der Gewerkschaften, sich für die Interessen ihrer Mitglieder einzusetzen¹⁹⁹. Art. 11 EMRK umfasst weiter den Schutz gegen Sanktionen der Arbeitgeberin gegen Arbeitnehmer, die sich gewerkschaftlich betätigen²⁰⁰. Unumstritten

¹⁸⁸ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, siehe dazu ausführlich unten, S. 1696.

¹⁸⁹ EGMR v. 6.2.2012, Appl. No. 47335/06, *Readfearn./Vereinigtes Königreich*.

¹⁹⁰ EGMR v. 6.2.2012, Appl. No. 47335/06, *Readfearn./Vereinigtes Königreich*, Rz 45.

¹⁹¹ EGMR v. 6.2.2012, Appl. No. 47335/06, *Readfearn./Vereinigtes Königreich*, Rz 44.

¹⁹² EGMR v. 6.2.2012, Appl. No. 47335/06, *Readfearn./Vereinigtes Königreich*, joint partly dissenting opinion of judges Bratza, Hirvelä and Nicolau, Rz 4.

¹⁹³ PÄRLI (FN 26), 440 ff.

¹⁹⁴ EGMR v. 27.10.1975, Appl. No. 4464/70, *Nationale Polizeigewerkschaft./Belgien*; EGMR v. 6.2.1976, Appl. No. 5614/72 *Swedish Engine Drivers./Schweden*; EGMR v. 6.2.1976, Appl. No. 5589/72, *Schmidt und Dahlström./Schweden*.

¹⁹⁵ EGMR v. 13.8.1981, Appl. No. 7601/76/7806/77, *Young, James und Webster./Vereinigtes Königreich*; EGMR v. 30.6.1993, Appl. No. 16130/90, *Sigurjonsson./Island*; EGMR v. 11.1.2006, Appl. No. 52562/99 und 52620/99, *Sorenson und Rasmussen./Dänemark*.

¹⁹⁶ So KEITH EWING, *The Human Rights Act and Labour Law*, in: *Industrial Law Journal* 27 (1988), 275.

¹⁹⁷ EGMR v. 13.5.1985, Appl. No. 10550/83, *Cheall./Vereinigtes Königreich*, DR 42, 178.

¹⁹⁸ EGMR v. 27.2.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF./Vereinigtes Königreich*.

¹⁹⁹ EGMR v. 2.7.2002, Appl. No. 15573/89, *Wilson und Palmer./Vereinigtes Königreich*.

²⁰⁰ EGMR v. 2.7.2002, Appl. No. 15573/89, *Wilson und Palmer./Vereinigtes Königreich*, Rz 48, siehe weiter die Fälle EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei* und EGMR v. 27.9.2011, Appl. No. 1305/05, *Sisman und andere./Türkei*.

gehören ferner (heute) auch das Recht auf Kollektivverhandlungen²⁰¹ und das Recht auf Abschluss von Kollektivverträgen²⁰² sowie das Recht auf Streik²⁰³, auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst²⁰⁴, zu den durch Art. 11 EMRK geschützten gewerkschaftlichen Aktivitäten.

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

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

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

Ergänzt werden diese Rechtfertigungsgründe durch die in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Möglichkeit der rechtmässigen Einschränkung der Ausübung der in Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerten Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung. Die Bestimmung wird vom EGMR sehr eng ausgelegt, nur im Kernbereich staatlicher Tätigkeit (Geheimdienst, Armee o.ä.) sind absolute Streikverbote zulässig²⁰⁵.

Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit muss über dies in «einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein», um den legitimen Eingriffszweck zu realisieren. In vielen Fällen anerkannte der EGMR zwar ein schutzwürdiges Interesse an der Einschränkung der Gewerkschaftsrechte, erachtete das Streikverbot oder Sanktionen gegen

Gewerkschaften und Gewerkschafter als unverhältnismässig und somit nicht mit Art. 11 EMRK vereinbar.

Im Fall «*Kaya und Seyhan*»²⁰⁶ hatte der EGMR beispielsweise über die Rechtmässigkeit von Disziplinar-massnahmen gegen eine Lehrerin und einen Lehrer zu entscheiden, die an einem von ihrer Gewerkschaft organisierten nationalen Streiktag teilgenommen hatten. Der nationale Streik erfolgte aus Anlass einer Parlamentsdebatte über die Änderung der Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst²⁰⁷. Die Lehrkräfte wurden wegen der Teilnahme an diesem (legalen) Aktionstag auf dem Wege einer Disziplinarverfahrens verwarnet. Die Verwarnung wurde von den nationalen Gerichten nicht beanstandet. Der EGMR qualifizierte die Verwarnung indes als Beeinträchtigung des in Art. 11 EMRK gewährten Streikrechts²⁰⁸. Zwar beruhe die Verwarnung auf einer gesetzlichen Grundlage²⁰⁹, es sei aber fraglich, so der EGMR, dass damit ein legitimes Ziel verfolgt werde²¹⁰ und überdies verfehle die Massnahme das Kriterium «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig»²¹¹, womit die Türkei Art. 11 EMRK verletze²¹².

Ähnlich entschied der EGMR im Fall «*Sisman und andere*»²¹³. Mitarbeitende eines Steuerbüros (aktive Gewerkschafter/innen) hängten Plakate mit Aufrufen zur Teilnahme an 1. Mai-Demonstrationen an dafür nicht offiziell genehmigten Standorten in der Räumlichkeiten der Verwaltung auf, worauf gegen die Beteiligten Sanktionen (Lohnabzüge) ausgesprochen wurden. Die Sanktionen seien unverhältnismässig und geeignet, die Gewerkschafter/innen abzuhalten, ihre durch Art. 11 EMRK geschützte Tätigkeit auszuüben²¹⁴, entschied das Gericht.

Beide Fälle führen vor Augen, dass der EGMR die in Art. 11 EMRK verankerten Rechte in umfassendem, men-

²⁰¹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir and Baykara./Türkei*, Rz 154.

²⁰² EGMR v. 6.11.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol./Türkei*.

²⁰³ EGMR v. 6.11.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol gegen Türkei*, Rz 23; EGMR v. 2.10.2014, Appl. No. 48408/12, *Tymoshenko u.a./Ukraine*, Rz 32–49; EGMR v. 8.4.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT./UK*, Rz 78; EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 49.

²⁰⁴ Dazu KLAUS LÖRCHER, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, in: *Arbeit und Recht AuR* 7–8, 2009, 1 ff.

²⁰⁵ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 97.

²⁰⁶ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*.

²⁰⁷ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 7.

²⁰⁸ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 24.

²⁰⁹ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 25.

²¹⁰ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 26.

²¹¹ EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 27–31.

²¹² Der EGMR erkannte überdies eine Verletzung von Art. 13 EMRK, siehe EGMR v. 15.9.2009, Appl. No. 30946/04, *Kaya und Seyhan./Türkei*, Rz 33–42.

²¹³ EGMR v. 27.9.2011, Appl. No. 1305/05, *Sisman und andere./Türkei*.

²¹⁴ EGMR v. 27.9.2011, Appl. No. 1305/05, *Sisman und andere./Türkei*, Rz 34.

schenrechtlichen Sinne versteht und für gewerkschaftliche Aktionen keinen unmittelbaren Bezug zu bestimmten Beschäftigungsverhältnissen verlangt (Werbung für den 1. Mai, Teilnahme an einem nationalen Aktionstag mit Blick auf eine Parlamentsdebatte). Auch politische Streiks oder Solidarstreiks können demnach im Lichte von Art. 11 EMRK zulässig sein²¹⁵.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Solidarstreiks kann auch nicht mit dem EGMR-Entscheid «National Union of Rail, Maritime and Transport Workers» (RTM) vom 8. April 2014²¹⁶ in Frage gestellt werden. Zwar hat der EGMR in diesem Fall die Unzulässigkeit von Solidarstreiks in Grossbritannien trotz entsprechender Kritik der ILO- und ESC-Gremien nicht als Verstoß gegen Art. 11 EMRK beurteilt. Zudem hat er Grossbritannien für die Beurteilung dieser Frage einen Ermessensspielraum zugebilligt²¹⁷. Am Schluss des Urteils findet sich zudem der Hinweis, dass durch diesen Entscheid die Spruchpraxis der ILO- und ESC-Gremien nicht in Frage gestellt werde²¹⁸. Das RMT-Urteil wird in der juristischen Lehre kritisch aufgenommen²¹⁹. Erwähnt wird auch, dass der EGMR unter enormen politischen Druck stand, da in Grossbritannien massgebende Kräfte auf eine Kündigung der EMRK hinwirkten²²⁰. Das RTM-Urteil kann demzufolge nicht generell als Freipass für die Einschränkung von Solidarstreiks verstanden werden. Dazu kommt, dass der Entscheid lediglich von einer Kammer und nicht der Grossen Kammer gefällt wurde, es handelt sich also nicht um ein Grundsatzurteil. Das RMT-Urteil stellt auch in keiner Weise eine Trendwende der zuletzt eher gewerkschaftsfreundlichen Auslegung der EMRK dar. Das zeigt sich exemplarisch am Urteil *Hrvatski Liječnicki Sindikat (HLS)* gegen Kroatien vom 27.11.2014.

2. Ausgewählte EGMR-Fälle

a. *Demir und Baykara*²²¹ und *Enerji Yapi Yol Sen gegen die Türkei*²²²

Im Fall «*Demir und Baykara*» ging es um die Gültigkeit eines Kollektivvertrages zwischen der Beamtengewerkschaft «Tüm Bel Sen» und der Gemeinde Gaziantep. Die türkischen Gerichte lehnten eine Klage der Gewerkschaft gegen die Gemeinde u.a. deshalb ab, weil sie die Rechtspersönlichkeit der Beamtengewerkschaft verneinte. Der Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11 EMRK wurde vom EGMR in einer Kammerentscheidung stattgegeben. Die Türkei zog den Fall an die Grosse Kammer weiter, die den Kammerentscheid einstimmig bestätigte²²³.

Fünf Monate nach dem Urteil der Grossen Kammer bestätigte und erweiterte der EGMR im Fall «*Enerji Yapi Yol Sen*»²²⁴ 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 Rechtslage²²⁵. Die Gewerkschaft «*Enerji Yapi-Yol Sen*» zog den Fall an den EGMR, der sowohl die streitige Opfereigenschaft der Beschwerdeführer²²⁶ als auch eine Verletzung des in Art. 11 EMRK verankerten Streikrechts (auch) für Beamte/innen anerkannte²²⁷.

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

²¹⁵ PATRICK FÜTTERER, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK (*Demir und Baykara* und andere), in: EuZA, Bd. 4 (2011), 512; KEITH EWING/JOHN HENDY, The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*, in: *Industrial Law Journal* 39, 2010, Nr. 1, S. 16.

²¹⁶ EGMR v. 8.4.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT//UK*.

²¹⁷ EGMR v. 8.4.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT//UK*, Rz 103.

²¹⁸ EGMR v. 8.4.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT//UK*, Rz 106.

²¹⁹ ALLAN BOGG/KEITH EWING, The Implications of the RMT Case, in: *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 221 ff.

²²⁰ BOGG/EWING (FN 219), 249.

²²¹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir and Baykara//Türkei*.

²²² EGMR v. 6.11.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen//Türkei*. Die beiden Fälle werden vom Autoren dieses Textes im Beitrag für die Festschrift Stöckli (siehe PÄRLI [FN 26]) ausführlich analysiert. Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen mit Kürzungen und Nuancen dem Text in der Festschrift Stöckli.

²²³ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara//Türkei*.

²²⁴ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen//Türkei*.

²²⁵ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen//Türkei*, Rz 21.

²²⁶ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen//Türkei*, Rz 22–24.

²²⁷ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen//Türkei*, Rz 24.

Gewerkschaften beinhaltet.²²⁸ 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.²²⁹ Namentlich erwähnte der EGMR Art. 8 Abs. 2, UN Pakt I²³⁰, Art. 22 UN-Pakt II²³¹, Art. 2 des IAO-Abkommens Nr. 87²³², Art. 5 ESC und der Empfehlung N 6 des Ministerkomitees des Europarates zum Status öffentlich-rechtlich Beschäftigter²³³. Weiter verwies der EGMR auf Art. 12 Abs. 1 der Grundrechtscharta der Europäischen Union, nach der «everyone» das Recht zu Gründung einer Gewerkschaft habe, und auf die Anerkennung des Rechts auf BeamtenGewerkschaften durch alle Ratifikationsstaaten der EMRK.²³⁴ Der EGMR kam zum Schluss, dass Beamte («members of the administration of the State») nicht vom Anwendungsbereich von Art. 11 EMRK ausgeschlossen werden können. Folglich sei die Nichtanerkennung als Gewerkschaft nur zulässig, wenn die Einschränkungsvoraussetzungen nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK gegeben seien²³⁵, was der EGMR

im gegebenen Fall jedoch verneinte.²³⁶ 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.²³⁷

Die zweite Frage, die der EGMR zu klären hatte, betraf die Ungültigkeitserklärung des fraglichen Kollektivvertrags durch die türkischen Behörden²³⁸. Der EGMR entschied dabei unter Bezugnahme auf den evolutiven Charakter der EMRK, dass zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK ein Recht auf Kollektivverhandlungen bzw. auf Abschluss eines Kollektivvertrages gehöre²³⁹. Durch die Ungültigkeitserklärung des Kollektivvertrages hatte die Türkei somit unrechtmässig in das Koalitionsrecht eingegriffen²⁴⁰.

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 gewährleisten²⁴¹. Der EGMR hält fest, dass das Streikrecht nicht absolut gelte. Ein Streikverbot für bestimmte Beamtenkategorien sei möglich, jedoch nicht ein generelles Beamtenstreikverbot²⁴². Im vorliegenden Fall hat die Türkei das Streikrecht der Beamten durch die Androhung von Sanktionen beeinträchtigt und die Beeinträchtigung erwies sich gemäss EGMR als «in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig»²⁴³.

²²⁸ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 96–108.

²²⁹ Im Urteil verweist der EGMR unter II) Relevant Domestic and International Law einerseits auf das türkische Recht, Rz 34–36 und danach in N 37–52 sehr ausführlich auf die Abkommen 87 und 98 der IAO einschliesslich ausgewählter Spruchpraxis des Vereinigungsausschusses, auf Art. 22 UN-Pakt II und Art. 8 UN-Pakt I sowie auf Art. 5 und der revidierten Europäischen Sozialcharta, wobei letztere Bestimmungen von der Türkei nicht ratifiziert sind.

²³⁰ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 99.

²³¹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 99. (Der EGMR verweist darauf, dass bei Art. 22 UN-Pakt II lediglich Streitkräfte und Polizei unter den Ausnahmen aufgeführt sind, nicht aber Angehörige der Staatsverwaltung).

²³² EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 100–102. Der EGMR erwähnt in Rz 101 und Rz 38 die wiederholte Bestätigung des Rechts von Beamten/innen auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften durch den IAO-Vereinigungsausschuss. Auch Gemeindeangestellte (Rz 102 und Rz 39, mit Hinweisen auf die entsprechende Praxis des IAO-Ausschusses) haben das Recht auf Mitgliedschaft in Gewerkschaften.

²³³ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 104.

²³⁴ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 105.

²³⁵ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 107.

²³⁶ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 117–127.

²³⁷ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 125.

²³⁸ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 128–170.

²³⁹ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 154.

²⁴⁰ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 159.

²⁴¹ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen./Türkei*, Rz 24.

²⁴² EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen./Türkei*, Rz 32.

²⁴³ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapi Yol Sen./Türkei*, Rz 29–31 und 33.

b. Hrvatski Lijecnicki Sindikat (HLS) gegen Kroatien²⁴⁴

In dieser Entscheidung des EGMR geht es um ein Streikverbot für eine Ärztegewerkschaft in Kroatien. Hintergrund des durch kroatische Gerichte ausgesprochenen Streikverbotes bildete ein Arbeitskonflikt, in dessen Rahmen die Ärztegewerkschaft Druck auf die kroatische Regierung als ihren Tarifpartner ausüben wollte, um einen bereits verhandelten Anhang zu einem Tarifvertrag in Kraft zu setzen. Die Gewerkschaft versuchte erfolglos, vor dem Obersten Gerichtshof und dem Verfassungsgerichtshof zu ihrem Recht (auf Streik) zu kommen. Im innerstaatlichen Verfahren spielte auch eine fehlende Unterschrift der einen Gewerkschaft eine Rolle.

Die kroatische Regierung bestritt vorab die Zuständigkeit des EGMR, da der innerstaatliche Instanzenzug nicht ausgeschöpft sei. Dieses Argument wurde vom Gerichtshof zurückgewiesen, da es offensichtlich sei, dass der von Regierung erwähnte Zivilrechtsweg ohne Erfolg geblieben wäre²⁴⁵. Auch der weitere Einwand der kroatischen Regierung, die Gewerkschaft sei nicht beschwerdeberechtigt, wurde vom Gerichtshof zurückgewiesen²⁴⁶.

Mit Verweis auf die EGMR-Urteile «Enerji Yapı-Yol Sen»²⁴⁷ und «National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT)»²⁴⁸ kommt der EGMR ohne weitere Ausschweifungen zum Schluss, dass Art. 11 EMRK ein Recht auf Streik umfasse. Folglich war zu prüfen, ob das gerichtliche Streikverbot gesetzlich vorgesehen war (das traf zu) und ein legitimes Ziel verfolgte. Als legitimes Ziel anerkannte der Gerichtshof den von der kroatischen Regierung geltend gemachten Schutz anderer Gewerkschaften²⁴⁹. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung stellt der Gerichtshof zuerst fest, dass das innerstaatliche Gericht die Zulässigkeit des Streiks nicht umfassend geprüft, sondern nur auf die mangelnde Unterschrift der anderen Gewerkschaften verwiesen hat²⁵⁰. Das für eine sehr lange Dauer ausgesprochene Streikverbot (drei Jah-

re und acht Monate) erwies sich so im Ergebnis als nicht verhältnismässig²⁵¹. Die von der Gewerkschaft geforderte Entschädigung von 100 000 Euro wurde vom Gerichtshof abgelehnt. Die Feststellung, dass Kroatien durch das Streikverbot Art. 11 EMRK verletzt habe, sei ausreichend²⁵². Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin im Umfang von 3250 Euro entschädigt²⁵³.

c. ASLEF gegen Vereinigtes Königreich²⁵⁴

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

Der EGMR zog zur Begründung seiner Entscheidung auch internationale Bestimmungen bei, namentlich verwies er auf das ILO-Abkommen Nr. 87, das Gewerkschaften in den Art. 3 und 5 entsprechende Autonomierechte verleiht²⁵⁵. Verwiesen wird weiter auf Berichte des unabhängigen Sachverständigenausschusses der Europäischen Sozialcharta²⁵⁶. Der Gerichtshof führt weiter aus, Art. 11 EMRK könnte nicht dahingehend ausgelegt werden, dass irgendwelche Personen ein Recht hätten, einer bestimmten Gewerkschaft beizutreten. Die Begründung liegt auf der Hand: «Where Associations are formed by people, who espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they have not control over their membership»²⁵⁷.

²⁴⁴ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*.

²⁴⁵ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 44.

²⁴⁶ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 47.

²⁴⁷ EGMR v. 21.4.2009, Appl. No. 68959/01, *Enerji Yapı Yol Sen./Türkei*, Rz 24.

²⁴⁸ EGMR v. 8.4.2014, Appl. No. 31045/10, *RMT./Vereinigtes Königreich*, Rz 84.

²⁴⁹ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 56.

²⁵⁰ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 58.

²⁵¹ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 59.

²⁵² EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 65.

²⁵³ EGMR v. 27.11.2014, Appl. No. 36701/09, *Hrvatski Sindikat./Kroatien*, Rz 68.

²⁵⁴ EGMR v. 27.2.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF./Vereinigtes Königreich*.

²⁵⁵ EGMR v. 27.2.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF./Vereinigtes Königreich*, Rz 25 und 38.

²⁵⁶ EGMR v. 27.2.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF./Vereinigtes Königreich*, Rz 24.

²⁵⁷ EGMR v. 27.2.2007, Appl. No. 11002/05, *ASLEF./Vereinigtes Königreich*, Rz 39.

3. Arbeitsrechtliches Potential

Die neuere Rechtsprechung des EGMR zum gewerkschaftlich relevanten Teil von Art. 11 EMRK bietet beachtliches arbeitsrechtliches Potential, wobei vor allem die Anerkennung eines Streikrechts und die restriktiven Voraussetzungen für dessen Einschränkung ins Auge stechen. Noch offen (und fraglich) ist, ob zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK auch ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht gehört. In mehreren Entscheiden hat der EGMR den Streik als Menschenrecht anerkannt und dieses Recht gilt insbesondere auch für Beamte. Nur unter sehr restriktiven Aussetzungen sind Streikverbote für bestimmte Beamtenkategorien noch zulässig²⁵⁸.

Nach BGE 125 III 277 ist ein Streik nur dann rechtmässig, wenn er u.a. von einer tariffähigen Organisation getragen wird und per Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt sowie verhältnismässig ist. Hier zeigt sich ein mögliches Spannungsfeld zur EMRK und zur EGMR-Praxis. Das Streikrecht kann nur bei Vorliegen der in Art. 11 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen beschränkt werden, d.h. insbesondere auch, dass die Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, also verhältnismässig sein muss. Das bedeutet nun gerade nicht, dass der *Streik* verhältnismässig sein muss: Das Gebot der Verhältnismässigkeit gilt vielmehr für eine allfällige *Beschränkung* des Streikrechts²⁵⁹. Weiter ist die Einschränkung des Streikrechts auf tariffähige Organisationen und auf Bereiche, die einer GAV-Regelungen zugänglich sind, im Lichte der neuen EGMR-Rechtsprechung wohl kaum zulässig²⁶⁰.

Der EGMR hat bislang noch nicht zur Frage Stellung bezogen, ob sich auch ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht zum Betrieb unter die in Art. 11 Abs. 1 EMRK verankerte Koalitionsfreiheit subsumieren lässt. Allein aus dem Wortlaut «Recht zum Schutz der Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten» lässt sich ein solches Recht nicht ableiten. Der EGMR legt indes Art. 11 EMRK im Lichte völkerrechtlicher Normen aus, die ebenfalls den Schutz der Gewerkschaftsrechte

bezwecken (namentlich ILO-Übereinkommen und UN-Pakte, aber auch die Europäische Sozialcharta und die Grundrechtscharta der Union)²⁶¹. In den Entscheidungen des Ausschusses für die Vereinigungsfreiheit wird das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb als Bestandteil der Gewerkschaftsrechte nach ILO-Übereinkommen Nr. 87 bezeichnet und in der Empfehlung Nr. 143 zum ILO-Übereinkommen Nr. 135 findet sich ebenfalls ein Hinweis zum Zutrittsrecht der Gewerkschaften²⁶². Entscheidend ist zudem, dass der EGMR in der Entscheidung «Demir und Baykara» ausdrücklich erwähnt hat, dass der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit offen ist²⁶³. Damit ist es zumindest denkbar, dass der EGMR das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb als durch Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützt anerkennen könnte. Zu bedenken gilt es allerdings, dass der EGMR bei der Beurteilung der Frage Zutrittsrechts die Unternehmerinteressen am Schutz ihres Eigentums ebenfalls stark oder allenfalls stärker gewichten würde. Der Schutz des Eigentums ist im ersten Zusatzprotokoll zur EMRK²⁶⁴ verankert. Dieses wurde jedoch von der Schweiz nicht ratifiziert, womit es in einem die Schweiz betreffenden Fall nicht anwendbar wäre.

F. Akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK)

1. Anwendung und Diskriminierungsmerkmale

Art. 14 EMRK beinhaltet ein sogenannt akzessorisches Diskriminierungsverbot²⁶⁵. Verboten ist die Diskriminierung aufgrund einer Reihe persönlichkeitsrelevanter Merkmale wie Rasse, Hautfarbe oder Geschlecht bei der Ausübung der in der EMRK garantierten Rechte. Die in Art. 14 EMRK aufgeführte Liste der Gründe verbotener Diskriminierung ist nicht abschliessend²⁶⁶. So

²⁵⁸ In den Kantonen Nidwalden und Freiburg existieren noch immer gesetzlich verankerte absolute Streikverbote für die kantonalen Staatsangestellten, was bereits im Lichte von Art. 28 Abs. 3 und 4 BV problematisch und nach der neueren EGMR-Rechtsprechung unzulässig ist, siehe dazu PÄRLI (FN 26), 458.

²⁵⁹ 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, 244.

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ Siehe dazu ausführlicher oben, S. 1672.

²⁶² BEATRIZ VACOTTO, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale, in: AJP/PJA 2014, 1433 ff.

²⁶³ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), *Demir und Baykara./Türkei*, Rz 146.

²⁶⁴ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, siehe die Fundstelle beim Europarat, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm> (zuletzt besucht am 11. März 2015).

²⁶⁵ NIKLAS BRUUN, Prohibition of Discrimination: Art. 14, in: Klaus Lörcher/Filip Dorsemont/Isabelle Schömann (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford, Portland, Oregon 2013, 370 ff.

²⁶⁶ FRANCIS JACOBS/ROBIN WHITE/CLARE OVEY, The European Convention on Human Rights, Oxford, 2014, 577.

hat der EGMR beispielsweise im Urteil *Glor gegen die Schweiz*²⁶⁷ eine Behinderung als verbotenes Diskriminierungsmerkmal anerkannt, obwohl der Begriff selbst in Art. 14 EMRK nicht vorkommt.

Eine erfolgreiche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 14 EMRK setzt erstens voraus, dass der Schutzbereich eines EMRK-Rechts berührt ist, also z.B. eine Überwachungsmaßnahme am Arbeitsplatz (berührt den in Art. 8 EMRK verankerten Privatsphärenschutz der Arbeitnehmer/innen²⁶⁸). Wenn sich nun die fragliche Überwachungsmaßnahme nur auf bestimmte Arbeitnehmerkategorien bezieht, z.B. auf Arbeitnehmer mit einem bestimmten ethnischen Hintergrund oder auf politisch Aktivistinnen im Betrieb, so ist zweitens zu prüfen, ob eine Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK vorliegt²⁶⁹. Eine Diskriminierung liegt nach dem EGMR vor, wenn sachlich vergleichbare oder ähnliche Sachverhalte ungleich bzw. (tatsächlich) ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden²⁷⁰. Eine Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung trotz tatsächlicher Unterschiede stellt eine verbotene Diskriminierung dar, sofern sich für die unterschiedliche Behandlung nicht Rechtfertigungsgründe finden²⁷¹. Besonders beim Diskriminierungsmerkmal «Geschlecht» stellt der EGMR sehr hohe Anforderungen an die Begründung einer Ungleichbehandlung²⁷².

Eine wichtige Rolle spielt das Diskriminierungsverbot bei sozialrechtlichen Ansprüchen²⁷³. Zwar beinhaltet die EMRK als solche keine Ansprüche auf Sozialleistungen. Wenn jedoch ein Staat Sozialleistungen ausrichtet, so darf er diese nicht in einer diskriminierenden Weise bestimmten Gruppen vorenthalten²⁷⁴. In methodischer Hinsicht ist zu beachten, dass der Entzug bzw. die Nichtgewährung einer sozialen Leistung den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Recht auf Familien- und Privatleben) berührt und somit der Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK eröffnet ist. Die Nichtgewährung der Sozialleistung aus diskri-

minierenden Gründen verletzt Art. 14 EMRK, sofern kein überwiegender Rechtfertigungsgrund vorliegt²⁷⁵.

2. Ausgewählte EGMR-Rechtsprechung

a. *Danilenkov gegen Russland*²⁷⁶

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 schliesslich entlassen²⁷⁷. Gegen die Massnahmen der Arbeitgeberin leiteten die betroffenen Arbeitnehmer/innen bzw. ihre Gewerkschaft verschiedene innerstaatliche Verfahren ein, die zum Teil auch erfolgreich waren. Nicht durchsetzen konnten sich die Gewerkschafter jedoch mit der Klage wegen gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung. Sie gelangten daraufhin mit diesem Anliegen an den EGMR.

In der sehr ausführlich begründeten Entscheidung erwähnt der EGMR die grosse Bedeutung des Diskriminierungsschutzes. Die in Art. 11 EMRK verankerte Formulierung, wonach Arbeitnehmer/innen *zum Schutze ihrer Interessen* Gewerkschaften gründen und ihnen beitreten können, sei nicht «redundant», und die EMRK schütze gewerkschaftliche Aktionen, deren Durchführung und Erhaltung die Vertragsstaaten sowohl erlauben als auch ermöglichen müssen²⁷⁸. Arbeitnehmer/innen sollen die Freiheit haben, einer Gewerkschaft beizutreten (oder auch nicht), ohne deswegen sanktioniert zu werden. Die Diskriminierung von Gewerkschafter/innen stelle eine gravierende Verletzung der Vereinigungsfreiheit dar und gefährde die Existenz von Gewerkschaften²⁷⁹.

Der EGMR betont die Notwendigkeit eines effektiven Diskriminierungsschutzes²⁸⁰. Die den diskriminierten Gewerkschafter/innen im konkreten Fall zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung genügten nicht. Zwar sah das russische Recht zur fraglichen Zeit ein allgemeines Diskri-

²⁶⁷ EGMR v. 30.4.2009, Appl. No. 13444/04, *Glor./Schweiz*.

²⁶⁸ Siehe dazu vorne, S. 1678.

²⁶⁹ Anwendungsbeispiele bei PÄRLI (FN 81), Rz 514.

²⁷⁰ EGMR v. 6.4.2000, Appl. No. 34369/97, *Thilmmenos./Griechenland*, Rz 44.

²⁷¹ JACOBS/WHITE/OVEY (FN 266), 580 f.

²⁷² EGMR v. 9.11.2010, Appl. No. 664/06, *Losonci Rose und Rose./Schweiz*, Rz 41.

²⁷³ Siehe z.B. den berühmten Schweizerfall «Schuler-Zraggen», der EGMR erachtete die durch die Invalidenversicherung getroffene Annahme, eine invalide Mutter hätte ihre Erwerbstätigkeit auch ohne Invalidität aufgegeben und habe deshalb keinen Rentenanspruch als Verstoß gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 6 EMRK, siehe EGMR v. 24.6.1993, Appl. No. 14518/89, *Schuler-Zraggen./Schweiz*.

²⁷⁴ BRUUN (FN 265), 371.

²⁷⁵ EDGAR IMHOF, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die Soziale Sicherheit, in: Jusletter 7. Februar 2005, Rz 22.

²⁷⁶ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*.

²⁷⁷ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, Rz 13–36 (B. Alleged discrimination by the seaport management).

²⁷⁸ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, Rz 123.

²⁷⁹ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, Rz 123 und Rz 107–108 (dort mit Hinweisen auf Entscheidungen des IAO-Vereinigungsausschusses).

²⁸⁰ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, Rz 124.

minierungsverbot 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 Massnahmen²⁸¹. Im Ergebnis ist Russland seinen 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.

b. *I. B. gegen Griechenland*²⁸²

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

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

Das erstinstanzliche griechische Gericht hielt die Kündigung zwar für rechtswidrig, das Berufungsgericht hingegen hob das Urteil auf und anerkannte die Rechtmässigkeit der Kündigung. Zwar wären die Befürchtungen der Belegschaft über eine mögliche HIV-Ansteckungsgefahr wissenschaftlich unbegründet und auch sei der Angestellte trotz seiner HIV-Infektion voll arbeitsfähig gewesen. Als rechtmässiges Motiv für die Kündigung anerkannte das Berufungsgericht die «mögliche Störung des Be-

triebsfriedens». Im Verfahren vor dem EGMR stellte sich vorab die Frage, inwiefern eine arbeitsrechtliche Kündigung eines privaten Arbeitgebers im Lichte der EMRK gerügt werden kann. In der EMRK sind bekanntlich keine ausdrücklich als solche bezeichnete Arbeitsrechte verankert. Für den EGMR berührt jedoch eine Kündigung das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Schutz des Privatlebens²⁸³. Der EGMR legt den Begriff «Privatleben» sehr weit aus²⁸⁴. Wenn nun eine Kündigung wegen einer HIV-Infektion erfolgt, so kommt das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK zum Tragen²⁸⁵. Die diskriminierende Entlassung lässt sich gemäss EGMR auch nicht mit der behaupteten Störung des betrieblichen Friedens rechtfertigen²⁸⁶. Durch den gerichtlichen Schutz der Arbeitgeberkündigung hat der griechische Staat Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK verletzt. Dem Beschwerdeführer wurde eine Entschädigung und Schadenersatz in der Gesamthöhe von 14339 Euro zu gesprochen²⁸⁷.

Auch dieses Urteil zeigt die grosse Bedeutung der staatlichen Schutzpflicht in arbeitsprivatrechtlichen Streitigkeiten. Dem Staat kommt basierend auf Art. 1 EMRK eine Verpflichtung zu, die EMRK-Rechte – einschliesslich dem Recht auf (akzessorischen) Diskriminierungsschutz – auch in privaten Rechtsverhältnissen zu schützen. Wo es um den Schutz der Grundrechte besonders verletzlichster Personen gehe, erweise sich die Notwendigkeit eines solchen Schutzes als besonders dringend²⁸⁸.

3. Arbeitsrechtliches Potential

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

²⁸¹ EGMR v. 20.7.2009, Appl. No. 67336/01, *Danilenkov./Russland*, Rz 133.

²⁸² EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*.

²⁸³ EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*, Rz 69.

²⁸⁴ Siehe dazu vorne, S. 1679 und 1681.

²⁸⁵ EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*, Rz 70 – 74.

²⁸⁶ EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*, Rz 89.

²⁸⁷ EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*, Rz 95 ff.

²⁸⁸ EGMR v. 3.10.2013, Appl. No. 552/10, *I.B. gegen Griechenland*, Rz 79.

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

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

A. Bedeutung der EMRK im innerstaatlichen Verfahren

1. Stellung der EMRK

In der Schweiz werden die EMRK-Garantien auf der Grundlage des hier vorherrschenden Prinzips des *Monismus* direkt angewendet²⁸⁹. Die EMRK hat formell Verfassungsrang. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass es sich grundsätzlich an die aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR fliessenden Vorgaben gebunden sieht²⁹⁰. Die Pflicht zur «EMRK-Treue» ergibt sich aus der in Art. 19 EMRK verankerten Kompetenz des Gerichtshofes zur Überwachung der EMRK und aus den in Art. 1 EMRK festgelegten Pflichten der Ratifikationsstaaten²⁹¹. Konsequenterweise kann eine nicht ausreichende innerstaatliche Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR eine Verletzung der EMRK nach sich ziehen²⁹².

2. Bindungswirkung von EMRG-Entscheidungen

Nicht die schweizerischen Gerichte sind vom dem EGMR in Strassburg Partei, sondern der Staat Schweiz, welcher vor dem Gerichtshof durch den Prozessbevollmächtigten

der Schweizer Regierung vertreten wird. Kommt es zu einer Verurteilung, ist Schweiz zum Vollzug des EGMR-Urteils verpflichtet. Der EGMR selbst kann Entscheide der EMRK-Staaten nicht selbst aufheben oder abändern.

Die EMRK-Grundrechtsgarantien sind für sämtliche Organe der unterschiedlichen staatlichen Ebenen verbindlich²⁹³. Das betrifft Arbeitsgerichte aller Instanzen, das Bundesgericht, aber auch Behörden wie die kantonalen Arbeitsinspektorate oder andere Institutionen, denen im Rahmen des Vollzugs des (öffentlichen) Arbeitsrechts hoheitliche Kompetenzen zukommen. All die genannten Behörden haben insbesondere auch zu prüfen, ob und inwiefern in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die staatliche Schutzpflicht den Schutz den EMRK-Rechte der Arbeitnehmer/innen verwirklichen kann.

Die Berücksichtigungspflicht von EGMR-Urteilen findet ihre Grenzen im Günstigkeitsprinzip, das in Art. 53 EMRK verankert ist. Die EMRK-Garantien stellen einen menschenrechtlichen Mindeststandard dar, der nicht unter- aber sehr wohl überschritten werden darf. Erweist sich der Schutz eines Grundrechts auf der Basis des nationalen Verfassungsrechts als weitgehender als der korrespondierende Schutz in der EMRK, geht der nationale Schutz vor²⁹⁴.

Bei einer Verurteilung durch die Schweiz ist die prozessuale Revision ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung der EMRK-konformen Rechtslage²⁹⁵. Die Revision eines Entscheids des Bundesgerichts kann nach Art. 122 Bundesgerichtsgesetz (BGG) verlangt werden, wenn der EGMR in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind (lit. a), eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen (lit. b), und die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen (lit. c). Revisionsgesuche gestützt auf Art. 122 BGG sind innert 90 Tagen einzureichen, nachdem das Urteil des EGMR nach Art. 44 EMRK rechtskräftig geworden ist (Art. 124 Abs. 1 lit. c BGG).

3. Bedeutung für die schweizerische arbeitsrechtliche Praxis

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich für die schweizerischen Behörden, namentlich die Arbeitsgerichte und die Arbeitsinspektorate, die Pflicht, arbeitsrechtlich relevante EGMR-Entscheide in die Entschei-

²⁸⁹ HEINZ AEMISSEGGGER, Probleme bei der Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Rüssli/Hänni/Häggi/Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 583.

²⁹⁰ BGE 139 I 16, E. 5.2.3 und E.5.3.

²⁹¹ SAMANTHA BESSON, The «Erga Omnes» Effect of Judgments of the European Court of Human Rights – «What's in a Name?», in: Samantha Besson (Hrsg.), La Cour Européenne des droits des homes après le Protocole 14 – premier bilan et perspectives, Zürich, 2011, 134.

²⁹² HELENE KELLER/CEDRIC MARTI, Berücksichtigung der EGMR-Praxis durch innerstaatliche Gerichte, Eine rechtsmethodische Anleitung für den richterlichen Dialog mit Strassburg, in: Justice – Justiz – Giustizia, 2015/1, Rz 9.

²⁹³ KELLER/MARTI (FN 292), Rz 13.

²⁹⁴ KELLER/MARTI (FN 292), Rz 28.

²⁹⁵ Siehe dazu die anschaulichen Ausführungen in BGE 137 I 86, E. 3, 7–9.

Grundlagen einzubeziehen. Das bedeutet, dass die betreffenden Richter und Richterinnen verpflichtet sind, die entsprechenden EGMR-Entscheidungen zu kennen und zu verstehen. In der Arbeitsrechtspraxis wird indes relativ selten auf EGMR-Entscheidungen Bezug genommen, auch die herrschende Arbeitsrechtslehre ist sich der Bedeutung der EGMR-Entscheidungen für die schweizerische Arbeitsrechtspraxis kaum bewusst. Das zeigt sich beispielsweise in der bemerkenswerten Feststellung, dass die Leitentscheidung des EGMR zu den Gewerkschaftsrechten, das Urteil «Demir und Baykara» weder in arbeitsrechtlichen Publikationen aufgegriffen wird²⁹⁶ noch in Gerichtsurteilen erwähnt.

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

B. Die Individualbeschwerde an den EGMR

1. Allgemeines

Die EMRK beinhaltet ein Individualbeschwerderecht (Art. 34 EMRK), d.h., jede Privatperson, die der Hoheitsgewalt eines EMRK-Ratifikationsstaates untersteht, hat das Recht, beim EGMR ein Verfahren wegen Verletzung eines oder mehrerer EMRK-Rechte durch den Staat anzustrengen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde sind in Art. 35 EMRK verankert. Das Individualbeschwerdeverfahren wurde und wird (zu) rege in Anspruch genommen²⁹⁷. Die mit dem 14. Zusatzprotokoll zur EMRK geänderte Verfahrensordnung erlaubt dem EGMR deshalb, bei fehlenden Beschwerdevoraussetzungen im summarischen Verfahren durch einen Einzelrichter eine Nichteintretensentscheidung zu fällen²⁹⁸. Gründe für eine Nichteintretensentscheidung sind nicht nur die fehlenden formellen Prozessvoraussetzungen, sondern auch eine offensichtliche *materielle Unbegründetheit* der Be-

schwerde²⁹⁹. Ein Nichteintretensentscheid enthält keine Begründung und wird nur dem Beschwerdeführer eröffnet³⁰⁰. Wenn der Einzelrichter keinen Nichteintretensentscheid fällt, wird der Fall durch eine Kammer (Dreier- oder Siebnerbesetzung) oder bei Fragen grundsätzlicher Natur an die grosse Kammer (17er Besetzung) überwiesen³⁰¹. Kammerentscheidungen des EGMR können durch den verurteilten Staat oder den Beschwerdeführer an die grosse Kammer weitergezogen werden³⁰².

In terminologischer Hinsicht gilt es folgende Unterscheidung zu beachten: Nichteintretensentscheidungen werden als «Decisions» in die Datenbank des EGMR aufgenommen. Nur Kammerentscheidungen und Entscheidungen der grossen Kammer sind Urteile und finden als «Judgments» Eingang in die Datenbank³⁰³.

2. Voraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR

Beschwerdeberechtigt ist jede natürliche oder juristische Person, auf die Nationalität kommt es nicht an. Auch Verbände und somit Gewerkschaften oder andere Nichtregierungsorganisationen können vom Recht auf Individualbeschwerde Gebrauch machen³⁰⁴, sofern es sich bei den Klägern nicht um staatliche Institutionen handelt. Ausgeschlossen sind indes Popularbeschwerden³⁰⁵.

Es ist weiter erforderlich, dass der Beschwerdeführer Opfer einer Verletzung eines EMRK-Rechts ist. Der EGMR legt den Opferbegriff weit aus. Die Opfereigenschaft kann auch dann vorliegen, wenn aufgrund eines nationalen Gesetzes noch keine belastende Verfügung ergangen ist, das Gesetz aber ein durch die EMRK-Rechte geschütztes Verhalten beeinträchtigt³⁰⁶. Im vorliegenden Zusammenhang kann dies bedeuten, dass Gewerkschaften eine Verletzung von Art. 11 EMRK wegen eines gesetzlichen Streikverbotes geltend machen können, auch wenn noch keine Sanktion wegen Verstosses gegen das Streikverbot erfolgte.

Der Gerichtshof kann erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges angerufen werden. Diese

²⁹⁶ Vom Beitrag des Autors des vorliegenden Textes in der Festschrift Stöckli (siehe Literaturverzeichnis) einmal abgesehen.

²⁹⁷ KELLER/MARTI (FN 292), Rz 4.

²⁹⁸ Art. 52a Verfahrensordnung EGMR.

²⁹⁹ KELLER/MARTI (FN 292), Rz 6.

³⁰⁰ Art. 52a Abs. 1 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰¹ Art. 49 und 50 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰² Art. 73 Verfahrensordnung EGMR.

³⁰³ Die Urteils- und Entscheidungsdatenbank des EGMR findet sich hier: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=> (zuletzt besucht am: 13. März 2015).

³⁰⁴ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), Rz 18 zu Art. 35 EMRK.

³⁰⁵ EGMR v. 21.9.2006, Appl. Nr. 73604/01, *Monnat./Schweiz*, Rz 31–32.

³⁰⁶ EGMR-Leitfaden, Rz 29.

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

Zum Erfordernis der Ausschöpfung der innerstaatlichen Instanzen genügt nicht, dass ein Beschwerdeführer oder eine Beschwerdeführerin sämtliche innerstaatlichen Instanzen durchlaufen hat. Notwendig ist vielmehr auch, dass die Verletzung der EMRK im innerstaatlichen Verfahren bis zur obersten Instanz vorgebracht wurde³⁰⁷. Mit diesem Erfordernis soll dem einzelnen Staat ermöglicht werden, eine behauptete Konventionsverletzung zu prüfen und gegebenenfalls Abhilfe zu schaffen³⁰⁸.

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

always maintained that he was willing to do it. He had thus exhausted the domestic remedies.»

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

3. Möglichkeiten gewerkschaftlicher Beteiligung an EGMR-Verfahren

Verbände können sich an Individualbeschwerdeverfahren an den EGMR in mehrfacher Hinsicht beteiligen: Einerseits können sie einen Beschwerdeführers oder eine Beschwerdeführerin beraten oder begleiten, sie können vor dem EGMR aber auch als eigentliche Vertreterinnen auftreten. Ist der Verband in seinen eigenen Rechten verletzt, was namentlich bei einer Verletzung von Art. 11 EMRK der Fall ist, so ist sie selbst Beschwerdeführerin.

Schliesslich ist noch auf die in Art. 36 Abs. 2 EMRK vorgesehene Drittintervention hinzuweisen. Eine Gewerkschaft muss, wenn sie zu einem arbeitsrechtlichen Verfahren etwas Relevantes beizutragen hat, zunächst einen Antrag auf Zulassung zur Drittintervention stellen. Sie hat gegenüber dem Gerichtshof zu begründen, was sie zur Problematik des Falles beizutragen hat³⁰⁹.

IV. Fazit

Die vorangehenden Ausführungen zeigen das grosse und bis heute in der schweizerischen Rechtspraxis unterschätzte Potential der EMRK für das Arbeitsrecht. Hervorzuheben ist die grosse Bedeutung, die der EGMR den *staatlichen Schutzpflichten* beimisst. Dazu gehört die Verpflichtung der EMRK-Ratifikationsstaaten, die EMRK-Rechte auch in privaten Arbeitsverhältnissen wirksam zu schützen. Noch stärker wird diese Pflicht gewichtet, wo es um den Schutz besonders verletzlicher Personen geht. Das Schutzpflichtenkonzept führt dazu, dass der EGMR mehr und mehr zu einem suprastaatlichen Berufungsgericht in arbeitsgerichtlichen Verfahren wird.

Grosses Innovationspotential für die Fruchtbarmachung und Weiterentwicklung der EMRK hinsichtlich

³⁰⁷ Siehe z.B. EGMR v. 8.7.2014, Appl. No. 3235/09, *Michel./Schweiz*, kommentiert in Plädoyer 6/2014.

³⁰⁸ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), Rz 20.

³⁰⁹ FROWEIN/PEUKERT (FN 31), N 2 zu Art. 36 EMRK.

der Arbeitsrechte bildet der im Urteil «*Demir und Baykara*» begründete methodische Ansatz der *integrativen Auslegung*. Der EGMR legt die EMRK-Bestimmungen im Lichte sämtlicher relevanten internationalen Normen einschliesslich der Spruchpraxis der zuständigen Überwachungsorgane aus, und zwar ungeachtet, ob der beschwerte Staat die Gesamtheit der berücksichtigten Konventionen ratifiziert hat. Bekanntlich hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta genauso wenig ratifiziert wie auch einige andere für die Gewerkschaftsrechte und die Rechte der Arbeitnehmer/innen wichtigen IAO-Abkommen³¹⁰. Das bedeutet nun gerade nicht, dass die nicht ratifizierten Abkommen für die Schweiz keine Wirkung entfalten können. In besonderem Masse relevant ist dies für die Art. 5 (Vereinigungsrecht) und 6 (Recht auf Kollektivverhandlung und Recht auf Streik) der Sozialcharta. Auch wenn die Schweiz angesichts der Nichtratifikation dem Überwachungsausschuss der Sozialcharta keine Rechenschaft ablegen muss, binden dessen Spruchpraxis gleich wie diejenige des IAO-Vereinigungsausschusses die Schweiz mittelbar, soweit beim EGMR eine Verletzung von Art. 11 bzw. Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK gerügt wird.

Eine neue Dynamik kann die neuere EGMR-Rechtsprechung auch für das schweizerische Kündigungsrecht entfalten. Es ist fraglich, ob der im schweizerischen Arbeitsrecht verankerte Kündigungsschutz für Gewerkschafter/innen den Anforderungen des im Lichte der ILO-Abkommen und der Sozialcharta ausgelegten Art. 11 EMRK genügt. Zwar kennt die Schweiz, anders als etwa Russland (siehe Fall «*Danilov*»³¹¹), zivilprozessrechtliche Möglichkeiten, um gegen eine Diskriminierung (diskriminierende Kündigung) wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft bzw. Gewerkschaftsaktivität vorzugehen³¹². Es fragt sich allerdings, ob diese ausreichen.

Auch bezüglich der Gewerkschaftsrechte bringt die jüngere EGMR-Praxis für die schweizerischen Gewerkschaften einige Anhaltspunkte für eine Fruchtbarmachung der EMRK in strittigen Fragen namentlich zur Verhältnismässigkeit von Streiks. Zudem ist auch hier auf die staatliche Schutzpflicht hinzuweisen. Diese gebietet ein aktives staatliches Tun, damit die Gewerkschaften und die einzelnen Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter die in Art. 11 EMRK verankerten Rechte auch tatsächlich ausüben können.

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

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

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

³¹⁰ 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.

³¹¹ Siehe vorne, S. 1696 ff.

³¹² Art. 336 Abs. 1 lit. b und Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR.