

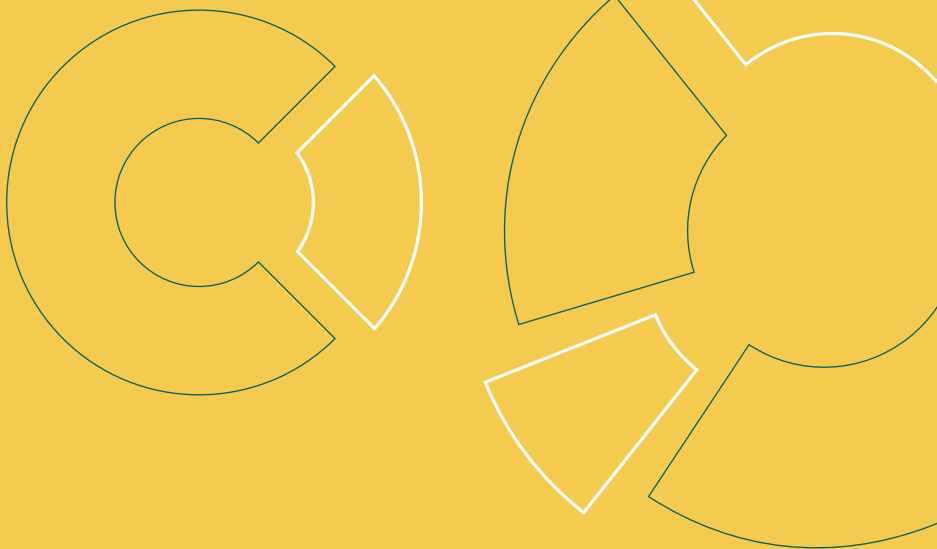
Originaldokument gespeichert auf dem Dokumentenserver der Universität Basel  
[edoc.unibas.ch](http://edoc.unibas.ch)



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-KeineBearbeitung 4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

# Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im Schweizer Recht

BALTHASAR MÜLLER

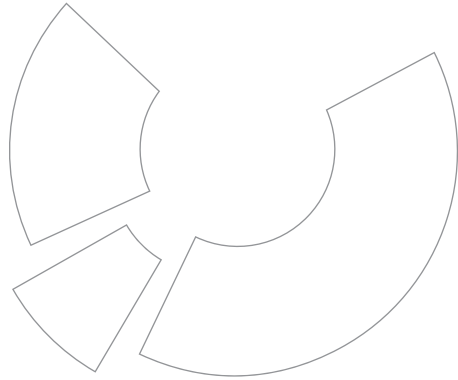


Edité par / Herausgegeben von  
Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont  
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli



Balthasar Müller

**Die Umsetzung positiver Schutzpflichten  
nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen  
Arbeitsverhältnissen im Schweizer Recht**



Herausgegeben von:

Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont

Professeure au département de droit public de l'Université de Genève

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel

# **Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im Schweizer Recht**

**BALTHASAR MÜLLER**

**DIKE** 

BASLER DISSERTATION

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

**Dike Verlag**

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

Text © Balthasar Müller 2024

ISBN (Hardback): 978-3-03891-615-4 (Dike Verlag AG)

ISBN (PDF): 978-3-03929-041-3

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-041-3>



Dieses Werk ist lizenziert unter  
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



---

## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Frühjahr 2023 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden ebenfalls bis ins Frühjahr 2023 berücksichtigt.

Danken möchte ich vorerst meinem Doktorvater Prof. Dr. Kurt Pärli, der mich trotz aller Widrigkeiten der Pandemie über meine gesamte Studienzeit vom ersten Exposé bis hin zur vorliegenden Druckfassung begleitet und unterstützt hat. Viel Dank geht auch an Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand für seine Übernahme der Zweitkorrektur und sein wertvolles Feedback. Schliesslich danke ich auch Prof. Dr. Nicolas Bueno, welcher diese Arbeit als externer Experte betreut hat. Ein besonderer Dank gilt zudem dem Schweizerischen Nationalfonds, welcher mit seiner Förderung die Open Access Publikation dieser Arbeit ermöglicht hat.

Besonders dankbar bin ich, dass ich diese Arbeit an der Universität Basel verfassen konnte, was mir ein berufsbegleitendes Verfassen der Arbeit erlaubte. Ebenso geht natürlich Dank an alle, die mich in diesem Rahmen auf dem Weg in die Advokatur mit ihren Gesprächen und Diskussionen zum Thema unterstützten.

Zu danken ist schliesslich allen Menschen und tierischen Begleitern in meinem Leben, die zu den Erkenntnissen oder zur Möglichkeit zur Durchführung dieser Arbeit beigetragen haben: Karina für ihre Liebe, Unterstützung und insbesondere, dass sie abends nach der Arbeit (wenn teilweise eher unfreiwillig) mit mir meine Ideen und Ausführungen diskutierte; meinen Eltern, die mich immer unterstützen; meinen Geschwistern und ihren Partnerinnen, die jederzeit für mich da sind; meinen Freunden, die mich alle auf ihre eigene Art unterstützten; und letztlich auch Leo dem Dackel, der mich gelegentlich für Denkpausen auf einen Spaziergang einlud. Sie alle haben mich psychisch und fachlich vom Eintritt in die Advokatur bis zur Einreichung der vorliegenden Arbeit begleitet, ermutigt und nach Kräften unterstützt, wofür ich ihnen unermesslich dankbar bin.

Basel im Mai 2023

Balthasar Müller





---

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XXI
Materialienverzeichnis .....	XLV
<b>Teil 1 Grundlagen .....</b>	<b>1</b>
Einleitung und Problemstellung .....	3
Grundlagen zur EMRK .....	9
Handlungspflichten .....	43
Positive Schutzpflichten .....	71
<b>Teil 2 Die Umsetzung positiver Schutzpflichten im Schweizer Arbeitsrecht .....</b>	<b>131</b>
Allgemeines .....	133
Kündigungsschutz .....	141
Schutz der Gesundheit und Sicherheit .....	163
Schutz der Persönlichkeit .....	217
Schutz der Privatsphäre .....	261
Schutz des Familienlebens .....	299
Schutz der Wohnung .....	309
Fazit und Handlungsempfehlungen .....	311
Ausblick .....	317



---

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis .....	XXI
Materialienverzeichnis.....	XLV
<b>Teil 1 Grundlagen .....</b>	<b>1</b>
Einleitung und Problemstellung.....	3
Grundlagen zur EMRK.....	9
I. Historische Hintergründe der EMRK .....	10
II. Auslegungsprinzipien der EMRK .....	15
1. Grammatikalische Auslegung.....	16
2. Systematische Auslegung.....	16
3. Teleologische bzw. dynamische Auslegung .....	17
3.1 Allgemeines .....	17
3.2 Konsensmethode und integrative Auslegung im Besonderen.....	19
a) Allgemeines .....	19
b) Berührungspunkte mit der ILO im Besonderen.....	23
4. Historische Auslegung.....	28
III. Die EMRK im Kontext des Schweizer Rechtssystems .....	29
1. Stellung der EMRK im Schweizer Rechtssystem .....	29
2. Durchsetzung der Konventionsrechte im innerstaatlichen Kontext .....	31
3. Überblick über das Individualbeschwerdeverfahren der EMRK .....	32
3.1 Allgemeines zum Verfahrensgang .....	32
3.2 Sachurteilsvoraussetzungen .....	34
3.3 Vorsorglicher Rechtsschutz.....	37
3.4 Umfang der Rechtskontrolle (Kontrolldichte).....	38
3.5 Der Entscheid und seine Durchsetzung .....	39
Handlungspflichten .....	43
I. Allgemeines.....	43
1. Idee und Gegenstand .....	43
2. Abgrenzungen.....	44
2.1 Abgrenzung zu den Abwehrrechten.....	44
2.2 Abgrenzung zu Verfahrens- und Teilhabegarantien.....	50
2.3 Abgrenzungen zu Sozialrechten.....	51

3. Dogmatik der Handlungspflichten.....	54
3.1 Allgemeines .....	54
3.2 Herleitung in Lehre und Rechtsprechung .....	54
3.3 Würdigung und Zwischenfazit.....	57
4. Entwicklung der Handlungspflichten in der Strassburger Rechtsprechung .....	58
II. Arten positiver Handlungspflichten.....	62
1. Ausdrückliche und ungeschriebene Handlungspflichten.....	63
2. Materielle und prozessuale Handlungspflichten.....	64
3. <i>Obligations de Moyens und Obligations de Résultat</i> .....	66
Positive Schutzpflichten .....	71
I. Allgemeines.....	71
II. Abgrenzung zur horizontalen Drittwirkung .....	72
III. Adressaten .....	75
1. Legislative .....	75
2. Exekutive .....	77
3. Judikative.....	78
IV. Tatbestandselemente positiver Schutzpflichten .....	79
1. Gefahren- oder Verletzungsquelle .....	79
2. Verletzung oder Gefährdung eines konventionsrechtlich geschützten Lebensaspekts.....	81
3. Kausalität zwischen staatlichem Unterlassen und Verletzung oder Gefährdung.....	83
4. Staatliche Kenntnis oder Kennenmüssen der Umstände .....	85
5. Möglichkeit der Einschränkung positiver Schutzpflichten?.....	86
V. Umfang positiver Schutzpflichten .....	87
1. Anmerkungen .....	87
2. Leitkriterien .....	88
3. Grenzen.....	92
VI. Erfüllung positiver Schutzpflichten .....	95
1. Allgemeines.....	95
2. Spektrum der Massnahmen .....	95
3. Ermessen und die Rechtskontrolle des EGMR.....	96
3.1 Im Allgemeinen.....	97
3.2 Ermessen in der Strassburger Rechtsprechung .....	100
3.3 Ermessen bei arbeitsrechtlichen Fragen im Besonderen.....	102
3.4 Bestimmung des Ermessensspielraums .....	103
a) Umstände und Gegenstand des Falls .....	104
b) Europäischer Konsens.....	107
3.5 Rechtsfolgen eines engen Ermessensspielraums .....	110
4. Mass gebotener Sorgfalt (staatliche <i>due diligence</i> ).....	111

5. Erfüllungsarten .....	113
6. Verhältnismässigkeit einer Massnahme.....	115
6.1 Grundsätze der Verhältnismässigkeit.....	115
6.2 Anwendung der Schrankenbestimmungen auf positive Schutzpflichten?.....	116
6.3 Eignung.....	118
6.4 Erforderlichkeit.....	119
6.5 Verhältnismässigkeit i.e.S. oder fairer Interessenausgleich.....	119
a) Leitgedanke.....	119
b) Grenzen der Verhältnismässigkeit.....	124
c) Spezielle Wertungsmassstäbe in arbeitsrechtlichen Fällen? .....	127
VII. Rechtsfolgen einer Verletzung.....	130
<b>Teil 2 Die Umsetzung positiver Schutzpflichten im Schweizer Arbeitsrecht.....</b>	<b>131</b>
Allgemeines .....	133
I. <i>Erga-omnes</i> -Wirkung der Urteile des EGMR in der Schweiz.....	134
1. Bei Verurteilung der Schweiz selbst.....	134
2. Verurteilung anderer Staaten: <i>Erga-omnes</i> -Wirkung von Urteilen des EGMR? .....	135
3. Haltung des schweizerischen Bundesgerichts.....	136
4. In der Legislative.....	137
5. Faktoren für die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR .....	137
5.1 Einzelfallentscheid oder etablierte Rechtsprechung .....	137
5.2 Klarheit der Vorgaben .....	138
5.3 Rechtlicher und sachlicher Kontext.....	139
II. Zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK am Arbeitsplatz.....	139
Kündigungsschutz.....	141
I. Rechtsprechung des EGMR.....	143
1. Grundsätze des Kündigungsrechts – das Urteil Denisov .....	143
2. Anspruch auf Wiederanstellung? – das Urteil Volkov.....	145
3. Sanktionen bei unrechtmässigen Kündigungen – das Urteil Tek Gida İş Sendikası .....	148
4. Zwischenfazit.....	150
II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis.....	150
1. Zeitlicher Kündigungsschutz.....	151
2. Sachlicher Kündigungsschutz.....	152
3. Fristlose Auflösung aus wichtigem Grund.....	157
4. Diskussion und Fazit .....	159

Schutz der Gesundheit und Sicherheit .....	163
I. Schutz vor Fremdgefährdung .....	164
1. Rechtsprechung des EGMR.....	164
1.1 Grundsätze der legislativen Pflichten bei Fremdgefährdung.....	164
1.2 Pflicht zur unmittelbaren Gefahrenabwendung – das Urteil Osman .....	166
1.3 Fremdgefährdung durch Mobbing im Besonderen .....	167
1.4 Zusammenfassung.....	170
2. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis.....	170
2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen.....	171
a) Strafrechtlicher Schutzrahmen.....	171
b) Verwaltungsrechtlicher Schutzrahmen.....	172
c) Zivilrechtlicher Schutzrahmen.....	173
2.2 Massnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwendung.....	176
3. Diskussion und Fazit .....	177
3.1 Erfüllung der Anforderungen an den gesetzlichen Rahmen .....	177
3.2 Erfüllung der Anforderungen an die Abwendung unmittelbarer Gefahren.....	178
II. Ermittlungspflichten .....	179
1. Rechtsprechung des EGMR.....	179
1.1 Allgemeine Ermittlungspflichten .....	180
1.2 Ermittlungspflichten bei gefährlichen Tätigkeiten und Zwischenfällen am Arbeitsplatz im Besonderen.....	181
1.3 Zusammenfassung.....	183
2. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis.....	184
3. Diskussion und Fazit .....	185
III. Informations- und Regulierungspflichten.....	185
1. Rechtsprechung des EGMR.....	186
1.1 Informationspflichten .....	186
a) Allgemeine Informationspflichten .....	186
b) Arbeitsplatzspezifische Informationspflichten.....	188
1.2 Regulierungspflichten .....	190
a) Allgemeine Regulierungspflichten.....	190
b) Arbeitsplatzspezifische Regulierungspflichten .....	192
1.3 Zusammenfassung.....	193
2. Umsetzung im Schweizer Recht.....	194
2.1 Überblick über die gesetzlich regulierten Aktivitäten.....	194
a) Übersicht.....	194
b) Anwendungsbereiche von ArG und UVG .....	197
c) Schutznormen der Arbeitssicherheit .....	198

2.2	Aufsicht, Kontrolle und Durchsetzung .....	201
a)	Informelles Verwaltungshandeln.....	201
b)	Zivilrechtliche Behelfe.....	202
c)	Plan- und Betriebsbewilligungspflichten nach ArG.....	204
d)	Inspektion und verwaltungsrechtlicher Zwang.....	204
e)	Strafrechtliche Aspekte .....	206
2.3	Wirksamkeit der Kontrollpraxis und Kontrollfrequenz in der Schweiz im Vergleich zu anderen Konventionsstaaten .....	208
a)	Gemeldete tödliche und nichttödliche Arbeitsunfälle.....	208
b)	Kontrollkadenz der Arbeitsinspektorate .....	211
3.	Diskussion und Fazit .....	213
	Schutz der Persönlichkeit .....	217
I.	Rechtsprechung des EGMR.....	219
1.	Selbstbestimmung über das äussere Erscheinungsbild.....	219
2.	Schutz vor Diskriminierung.....	223
2.1	Im Allgemeinen.....	223
2.2	Diskriminierungsschutz am Arbeitsplatz .....	226
2.3	Ein allgemeines Diskriminierungsverbot am Arbeitsplatz?.....	230
3.	Schutz der Ehre.....	232
4.	Zusammenfassung .....	234
II.	Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis.....	235
1.	Vor- und ausservertraglicher Persönlichkeits- und Diskriminierungsschutz.....	236
1.1	Schutz der Persönlichkeit.....	236
1.2	Diskriminierungsschutz nach Gleichstellungsgesetz.....	240
1.3	Flankierende Schutzwirkung des Datenschutzes.....	242
1.4	Schutz der Ehre .....	244
2.	Vertraglicher Persönlichkeitsschutz.....	246
2.1	Grenzen der Vertragsfreiheit und des Weisungsrechts.....	246
2.2	Schutz vor Diskriminierung.....	248
2.3	Schutz der Ehre .....	252
2.4	Diskussion und Fazit.....	254
a)	Äusseres Erscheinungsbild .....	254
b)	Schutz vor Diskriminierung.....	255
c)	Schutz der Ehre .....	258
	Schutz der Privatsphäre .....	261
I.	Rechtsprechung des EGMR.....	263
1.	Datenschutz und Schutz der Korrespondenz.....	263
2.	Videüberwachung und Recht am eigenen Bild im Besonderen .....	270
3.	Zusammenfassung .....	273



II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis .....	275
1. Datenschutz am Arbeitsplatz .....	275
1.1 Zivilrechtlicher Datenschutz .....	275
a) Grundsätze des Datenschutzes .....	275
b) Spezielle Rechte der Betroffenen .....	282
1.2 Öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Datenschutzes .....	286
1.3 Strafrechtlicher Datenschutz .....	288
2. Zivilprozessuale Implikationen rechtswidrig beschaffter Beweise .....	292
3. Diskussion und Fazit .....	294
Schutz des Familienlebens .....	299
I. Rechtsprechung des EGMR .....	300
1. Familienleben im Allgemeinen .....	300
2. Elternurlaub .....	302
3. Zusammenfassung .....	304
II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis .....	305
1. Familienleben .....	305
2. Elternurlaub .....	307
Schutz der Wohnung .....	309
Fazit und Handlungsempfehlungen .....	311
Ausblick .....	317

---

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
aDSG	altes Bundesgesetz über den Datenschutz (Stand: 1. März 2019)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
aEMRK	alte Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
AEUU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ASA	Arbeitsärzte und andere Spezialisten der Arbeitssicherheit (EKAS Richtlinie Nr. 6508)
ATEX	Atmosphères Explosives
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
Aufl.	Auflage
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BauAV	Bauarbeitenverordnung
BauPV	Bauprodukteverordnung
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (deutsches Bundesgesetz)
BGE	Leitentscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht

## Abkürzungsverzeichnis

---

BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht
BL	Kanton Basel-Landschaft
BLV	Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen
BLW	Bundesamt für Landwirtschaft
BPG	Bundespersongesetz
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions (ILO)
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau ( <i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women</i> )
CERT	Centre d'étude des relations de travail
ChemG	Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen
ChemRRV	Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung
CHF	Schweizer Franken
CSR	Corporate Social Responsibility
d.h.	das heisst
DBV	Druckbehälterverordnung
ders.	derselbe
DGV	Druckgeräteverordnung
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (Stand 1. September 2023)
E.	in BGE Erwägung
ECHR	European Court of Human Rights
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutzbeauftragte/r
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation ( <i>European Free Trade Association</i> )
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

---

EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz
ESC	Europäische Sozialcharta
et al.	et alii (= und weitere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRC	EU-Grundrechtecharta
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUR	Euro
f./ff.	und folgende
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBP	Britische Pfund
GE	Kanton Genf
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GGUV	Gefahrgutumschliessungsverordnung
gl. M.	gleicher Meinung
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel

## Abkürzungsverzeichnis

---

i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne/in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
IAGMR	Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
ibid.	ibidem
ILO	International Labour Organisation/ Internationale Arbeitsorganisation
insb.	insbesondere
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen <i>Arbeitsrechts</i>
Jg.	Jahrgang
JStGB	Schweizerisches Jugendstrafgesetz
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung
KEG	Kernenergiegesetz
KG	Kartellgesetz
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweisen auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWST	Mehrwertsteuer
Nr./No.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bundesministerium für Arbeit
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung ( <i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i> )
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
PolG	Polizeigesetz
PrSG	Bundesgesetz über die Produktesicherheit
REACH	Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals
Rz.	Randziffer(n)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SFG	Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge
SG	Kanton St. Gallen

---

sog.	sogenannt(e)
SprstG	Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe
StBOG	Schweizerisches Strafbehördenorganisationsgesetz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
u.a.	und andere(s); unter anderem (anderen)
u.U.	unter Umständen
UN	United Nations
UNO	United Nations Organization/Vereinte Nationen
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerfO EGMR	Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
vgl.	vergleiche
VGSEB	Verordnung über Geräte und Schutzsysteme zur Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen
VO	Verordnung (EU)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht
VUV	Schweizerische Verordnung über die Unfallverhütung
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht



---

## Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA      Kommentierung zu Art. 27–30a ZGB, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. AEBI-MÜLLER, CHK)
- DIES.      Die «Persönlichkeit» im Sinne von Art. 28 ZGB, in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, 99 ff., Bern 2002 (zit. AEBI-MÜLLER, FS Hausheer)
- AKANDJI-KOMBE  
JEAN-FRANÇOIS      Positive obligations under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 7, Strasbourg 2007
- ALEXY ROBERT      Theorie der Grundrechte, 9. Aufl., Baden-Baden 1986
- ALLEWELDT RALF      Protection against expulsion under Article 3 of the European Convention on Human Rights, European journal of international law, Bd. 4, Nr. 1, 360 ff., Oxford 1993
- ANDRES ELLIE/BAIRD SARAH/  
BINGENHEIMER JEFFREY BART/  
MARKUS ANNE ROSSIER      Maternity Leave Access and Health, A Systematic Narrative Review and Conceptual Framework Development, Maternal and Child Health Journal, 1178 ff., Berlin/Heidelberg 2016 (zit. ANDRES et al.)
- ARAI-TAKAHASHI  
YUTAKA      The margin of appreciation doctrine, A theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry, in: Føllesdal Andreas/Peters Birgit/Ulfstein Geir (Hrsg.), Constituting Europe, 62 ff., Cambridge 2013
- AUER ANDREAS/  
MALINVERNI GIORGIO/  
HOTTELIER MICHEL      Droit constitutionnel suisse Bd. I und II, 3. Aufl., Bern 2013
- BACHER BETTINA      Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015
- BAERISWYL BRUNO/  
PÄRLI KURT/  
BLONSKI DOMINIKA (Hrsg.)      Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023 (zit. Autor\*In: SHK DSG)
- BANDES SUSAN      The Negative Constitution: A Critique, in: Michigan Law Review, Bd. 88, Heft 8, 2271 ff., Michigan 1990 (verfügbar unter <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol88/iss8/2>)



- BARTSCH HANS-JÜRGEN The supervisory functions of the Committee of Ministers under Article 54 – a postscript to Luedicke-Belkacem-Koc, in: Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 65 ff., Köln 1988
- BATES ED The Evolution of the European Convention on Human Rights, From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, New York 2010
- DERS. Consensus in the Legitimacy-Building Era of the European Court of Human Rights, in: Kapotas Pannos/Tzevelkos Vassilis P. (Hrsg.), *Building Consensus on European Consensus – Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, 42 ff., Cambridge 2019 (zit. BATES, Consensus)
- DERS. Strasbourg’s integrationist role, or the need for self-restraint?, in: *The European Convention on Human Rights Law Review*, Bd. 1, 14–21, Leiden 2020 (zit. BATES, HRLR)
- DERS. Activism and self-restraint: the margin of appreciation’s Strasbourg career... its ‘coming of age’?, in: *Human Rights Law Journal*, Bd. 36, 7 ff., Kehl am Rhein, 2016 (zit. BATES, HRLJ)
- BAUMANN ROBERT Die Tragweite der Schubert-Praxis, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1009 ff., Zürich 2010
- DERS. Die Aufzeichnung geschäftlicher Telefongespräche von Mitarbeitenden, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 911 ff., Zürich 2002 (zit. BAUMANN, AJP)
- BENVENISTI EYAL Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards, in: *New York University Journal of International Law and Politics*, Bd. 31, 843 ff., New York 1999
- BERNHARDT RUDOLF Anmerkungen zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung durch internationale Gerichte, in: Ginther Konrad et al. (Hrsg.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität – Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, 11 ff., Berlin 1994
- DERS. Thoughts on the interpretation of human-rights treaties, in: Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 65 ff., Köln 1988 (zit. BERNHARDT, Interpretation)
- BERSET BIRCHER VALÉRIE Les systèmes d’information et la vie privée du salarié, *Analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français*, Diss., Strasbourg 2013

- BERSET BIRCHER VALÉRIE/  
MEIER ANNE L'impact du droit international en droit suisse du travail, in: Wyler Rémy (Hrsg.), Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, 601 ff., Bern 2017
- BESSON SAMANTHA L'égalité horizontale, l'égalité de traitement entre particulier – des fondements théoriques au droit privé suisse, Diss., Freiburg i.Ü. 1999
- DIES. Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht / Revue de droit suisse, Bd. 1, 49 ff., Basel 2003 (zit. BESSON, Obligations)
- DIES. Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in: Werro Franz (Hrsg.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, 1 ff., Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. BESSON, Humaniser)
- DIES. The «erga omnes» effect of judgments of the European Court of Human Rights – «What's in a Name?», in: Besson Samantha (Hrsg.), La Court européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – premier bilan et perspectives, Forum droit européen, 22, 125 ff., Zürich 2011 (zit. BESSON, Erga Omnes)
- BLECKMANN ALBERT Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Bernhardt Rudolf/Beyerlin Ulrich (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt, 309 ff., Berlin/Heidelberg 1995
- BÖHMERT SABINE Das Recht der ILO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, Diss., Baden-Baden 2002
- BÖMER ALEXANDER Kein Verstoss gegen das Recht auf Achtung der Privatsphäre aus Art. 8 EMRK bei einer Kündigung wegen Belästigung von Kolleginnen, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 6.6.2019 – Rechtssache Garamukanwa/Vereinigtes Königreich, in: Franzen Martin et al. (Hrsg.), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Heft 3, 402 ff., München 2020
- BORGHI MARCO La CEDH: un fondement pour les prestations positives de la part de l'Etat?, Cahiers suisses de l'intégration européenne, 37 ff., Bern 2001
- BRAUCH JEFFREY A. The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Threat to the Rule of Law, in: Columbia Journal of European Law, Bd. 11, 113 ff., Columbia 2005

- BREITENMOSER STEPHAN Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Diss., Basel 1986 (zit. BREITENMOSER, Privatsphäre)
- DERS. Art. 8 EMRK als Auffanggrundrecht gegenüber Art. 12 EMRK, in: Hafner Gerhard/Matscher Franz/Schmalenbach Kirsten (Hrsg.), Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte: Liber Amicorum Wolfram Karl, 94 ff., Wien 2012 (zit. BREITENMOSER, Auffanggrundrecht)
- DERS. Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Liber Amicorum Luzius Wildhaber, 119 ff., Zürich 2007
- BREMS EVA The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 56, 240 ff., München 1996
- BRUNNER GEORG The Constitutions of Central and Eastern European Countries and the Duty to Protect and to Ensure Human Rights, in: Klein Eckard (Hrsg.), The duty to Protect and to Ensure Human Rights, 73 ff., Berlin 2000
- BRUNNER ALEXANDER/  
GASSER DOMINIK/  
SCHWANDER IVO (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar. 2 Bände, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Autor\*In: DIKE ZPO)
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988
- BUCHHOLTZ GABRIELE Rezeption des Arbeitsvölkerrechts, in: Schlachter Monika/Heuschmid Johannes/Ulber Daniel (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, 465 ff., Tübingen 2019
- BUENO NICOLAS Freedom at Work, Freedom through Work, Freedom from Work: Rethinking Fundamental Labour Rights, in: International Labour Review, Bd. 160, Heft 2, 319 ff., Genf 2021 (zit. BUENO, ILR 2021)
- DERS. Analyse Economique du Droit International des Traités: Interprétation, Réserve et Violation Revisitées, in: Revue Générale de Droit International Public, Bd. 116, 86 ff., Paris 2012 (zit. BUENO, RGDP 2012)
- DERS. Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations, in: Short Damien et al. (Hrsg.), The International Journal of Human Rights, Bd. 21, Heft 5, 565 ff., Oxfordshire 2017 (zit. BUENO, Corporate Liability)

- BUENO NICOLAS/  
BRIGHT CLAIRE Implementing human rights due diligence through corporate civil liability, in: Evans Malcom/Maniatis Spyros (Hrsg.), *International & Comparative Law Quarterly*, Bd. 69, Heft 4, 789 ff., Cambridge 2020
- BUSCHMANN RUDOLF/  
JESSOLAT KARSTEN Kündigung von Gewerkschaftsmitgliedern contra Koalitionsfreiheit – Anm. zu EGMR (Zweite Sektion) v. 4.4.2017 – Nr. 35009/05 – Tek Gida Is Sendikasi, in: Heuschmid Johannes et al. (Hrsg.), *Newsletter zum Europäischen Arbeitsrecht*, Heft 22, 8 ff., Düsseldorf 2017
- CHRISTOFFERSEN JONAS Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden 2009
- CIRIGLIANO LUCA Schweizer Kündigungsrecht ist menschenrechtswidrig, <<https://www.sgb.ch/themen/arbeit/detail/schweizerkuendigungsrecht-ist-menschenrechtswidrig>> vom 26. Juli 2017(abgerufen am: 30. Dezember 2022)
- CIRIGLIANO LUCA/  
RUDIN FLORIAN Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Neue ILO-Kernarbeitsnormen: Auswirkungen und Verbesserungspotenzial für die Schweiz, in: Jusletter vom 5. Dezember 2022
- CIRIGLIANO LUCA/  
SCHAUB LUKAS Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen und betriebliche Schutzkonzepte in der COVID-19-Verordnung 2 – eine Auslege- und Einordnung vor dem Hintergrund staatlicher Schutzpflichten, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung ARV/DTA online*, Bd. 268, Zürich 2020
- CLAPHAM ANDREW The «drittwirkung» of the convention, in: Macdonald Ronald St J./Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), *The European system for the protection of human rights*, 163 ff., Leiden 1993
- DANTHE MARIE-GISÈLE Conflicts au travail – Sanctions, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), *Conflicts au travail. Prévention, gestion, sanctions (CERT Bd. 6)*, 109 ff., Zürich/Genf/Basel 2015
- DE SCHUTTER OLIVER The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law, in: Alston Philip (Hrsg.), *Non-State Actors and Human Rights*, 227 ff., Oxford 2005
- DERS. Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens, Brüssel 1999 (zit. DE SCHUTTER, Fonction)
- DETERMANN LOTHAR/  
SPRAGUE ROBERT Intrusive Monitoring: Employee Privacy Expectations are Reasonable in Europe, Destroyed in the United States, *Berkeley Technology Law Journal* Bd. 26, 979 ff., Berkeley 2011

- DIGGELMANN OLIVER/  
PANGRAZZI SARA Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in «alten» Demokratien, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, Wien 2020
- DÖRR OLIVER/  
GROTE RAINER/  
MARAUHN THILO (Hrsg.) EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl., Tübingen 2022 (zit. Autor\*In in: EMRK/GG-Komm)
- DORSSEMENT FILIP/  
LÖRCHER KLAUS/  
SCHÖMANN ISABELLE (Hrsg.) The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford 2014 (zit. Autor\*In in: Dorssement/Lörcher/Schömann)
- DRÖGE CORDULA Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2003
- DUBOIS CAMILLE Protection des données personnelles: contexte international et avant-projet de réforme du Conseil fédéral, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), La protection des données dans les relations de travail (CERT Bd. 10), 47 ff., Genf/Zürich/Basel 2017
- DUBOUT EDOUARD Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Sudre Frédéric (Hrsg.), Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, 265 ff., Brüssel 2014
- DUNAND JEAN-PHILIPPE La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008 (zit. DUNAND, FS Tercier)
- DERS. Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Internet au travail (CERT Bd. 5), 33 ff., Zürich 2014 (zit. DUNAND, Internet au Travail)
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/  
LEMPEN KARINE/  
PERDAEMS ELSA Droit du travail, Basel 2020
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/  
MAHON PASCAL (Hrsg.) Commentaire du contrat de travail, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. Autor\*In in: CS Contrat de Travail)
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/  
TORNARE SANDRINE  
MARIE-GISÈLE L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité), in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Conflits au travail. Prévention, gestion, sanctions (CERT Bd. 6), 70 ff., Zürich/Genf/Basel 2015
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/  
WITZIG AURÉLIEN La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT), Fondements et portée pratique, Basel 2022



- GEISER THOMAS Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 132, 555 ff., Bern 1996
- GEISER THOMAS/  
FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.) Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. Autor\*In in: BSK ZGB)
- GEISER THOMAS/  
VON KAENEL ADRIAN/  
WYLER RÉMY (Hrsg.) Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, 3. Aufl., Bern 2005 (zit. Autor\*In in: SHK ArG)
- GEISER THOMAS/  
MÜLLER ROLAND/  
PÄRLI KURT Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 2019
- GERARDS JANNEKE Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine, in: European Law Journal, Bd. 17, Heft 1, 80 ff., Oxford 2011
- DIES. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review, Bd. 18, Heft 3, 495 ff., Oxford 2018 (zit. GERARDS, HRLR)
- GLAS LIZE R. From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?, Human Rights Law Review, Bd. 20, Heft 1, 121 ff., Oxford 2020
- GLASL DANIEL/  
MÜLLER LUCIEN Die Unschuldsvermutung in der Medienberichterstattung, Präzisierungen zu Stellenwert, Inhalt und Anwendungsbereich, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 2013, Heft 1, 85 ff., Basel 2013
- GLOOR WERNER Kopftuch an der Kasse, Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2006, 1 ff., Zürich 2006
- GONIN LUC/  
BIGLER OLIVIER (Hrsg.) Convention européenne des droits de l’homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Bern 2018 (zit. Autor\*In in, CS-CEDH)
- GRABENWARTER  
CHRISTOPH/  
PABEL KATHARINA Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., Basel/München/Wien 2021
- GREER STEVEN Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights, in: Oxford Journal of Legal Studies, Bd. 23, Heft 3, 405 ff., Oxford 2003
- GROHSMANN IRENE Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, Bern 2015

- 
- GUHL CAROLINE                      Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, Diss., Zürich 2018
- HABERMAS JÜRGEN                      Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1998
- HACHEZ ISABELLE                      Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, une irréversibilité relative, Brüssel 2007
- HÄFELIN ULRICH/  
HALLER WALTER/  
KELLER HELEN/  
THURNHERR DANIELA                      Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020
- HAIN KARL-EBERHARD                      Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, in: Deutsches Verfassungsblatt, 982 ff., Köln 1993
- HARDY TESS                              Digging Into Deterrence: An Examination of Deterrence-Based Theories and Evidence in Employment Standards Enforcement, in: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Bd. 37, Heft 2/3, 133 ff., London 2021
- HARRIS DAVID/  
O'BOYLE MICHAEL/  
BATES ED/  
BUCKLEY CARLA                              Harris, O'Boyle, and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018
- HARRISON JOHN                              The Political Question Doctrines, in: Boulé John R. III, et al., American University Law Review, Bd. 67, Heft 2, 457 ff., Washington 2018
- HARTMANN FELIX                              Diskriminierung aus der Black Box – Neue Herausforderungen durch KI-gestützte Personalentscheidungen, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Heft 4, 421 ff., München 2019
- HAUSHEER HEINZ/  
AEBI-MÜLLER REGINA                              Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020
- HEPPLE BOB                                The Right to Strike in an International Context, in: Banks Kevin (Hrsg.), Canadian Labour & Employment Law Journal, Bd. 15, 133 ff., Ontario 2009/2010
- HERDEGEN MATTHIAS                              Völkerrecht, 21. Aufl., München 2022
- HEUSCHMID JOHANNES                              Zur Bedeutung von IAO-Normen für das EU-Arbeitsrecht, in: Deinert Olaf/Krause Rüdiger (Hrsg.), Soziales Recht, Bd. 4, Heft 1, 1 ff., Frankfurt am Main 2014
- HILF MEINHARD                              Die Auslegung mehrsprachiger Verträge, Berlin/Heidelberg/New York 1973



- HOBE STEPHAN Einführung in das Völkerrecht, 11. Aufl., Stuttgart 2020
- HÜRZELER MARK/  
KIESER UELI (Hrsg.) Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, UVG, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Bern 2018 (zit. Autor\*In in: UVG Komm)
- ISENSEE JOSEF Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011
- ITZCOVICH GIULIO One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations, Notes on the Lautsi Case, in: Human Rights Law Review, Bd. 13, Heft 2, 287 ff., Oxford 2013
- JACKOWSKI CHRISTIAN/  
HAUSMANN ROLAND/  
JOSITSCH DANIEL Eine Dunkelziffer bei Tötungsdelikten in der Schweiz. Fiktion oder Realität?, in: Kriminalistik, Bd. 68, Heft 10, 607 ff., Heidelberg 2014
- JAECKEL LIV Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, Leipzig 2001
- JOST MARCEL/  
PLETSCHER CLAUDIA Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen in der Schweiz, in: Schweizerischer Versicherungsverband (SVV) (Hrsg.), ASA/SVV Medinfo, Heft 2, 42 ff., Zürich 2011
- KÄLIN WALTER/  
KÜNZLI JÖRG Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl., Basel 2019
- KÄLIN WALTER/  
LOCHER RETO Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015
- KANBUR RAVI/  
RONCONI LUCAS Enforcement matters: The effective regulation of labour in: International Labour Review, Bd. 157, Heft 3, 331 ff., Genf 2018
- KARPENSTEIN ULRICH/  
MAYER FRANZ (Hrsg.) EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. Autor\*In in: Karpenstein/Mayer)
- KARL WOLFRAM Besonderheiten der internationalen Kontrollverfahren zum Schutz der Menschenrechte, in: Kälin Walter et al. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes 33, 83 ff., Heidelberg 1994
- KAUFMANN CLAUDIA/  
STEIGER-SACKMANN SABINE Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2021 (zit. Autor\*In in: GIG Komm)
- (Hrsg.)
- KELLER HELEN/  
HEFTI ANGELA ILO und EMRK, Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf die Rechtsprechung des EGMR, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 593 ff., Zürich 2020

- KELLER HELEN/  
MARTI CEDRIC Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 73, 325 ff., München 2013 (zit. KELLER/MARTI, Interim Relief)
- KELLER HELEN/  
MARTI CEDRIC Berücksichtigung der EGMR-Praxis durch innerstaatliche Gerichte, Eine rechtsmethodische Anleitung für den richterlichen Dialog mit Strassburg, in: Justice – Justiz – Giustizia: die Schweizer Richterzeitung, Zürich 2015
- KEMPEN BERNHARD/  
HILLGRUBER CHRISTIAN/  
GRABENWARTER  
CHRISTOPH Völkerrecht, 3. Aufl., Basel 2021
- KIENER REGINA/  
KÄLIN WALTER/  
WYTTENBACH JUDITH Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KINGREEN THORSTEN Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, in: Ehlermann Claus-Dieter et al. (Hrsg.), Europarecht (EuR), Bd. 45, Heft 3, 338 ff., Baden-Baden 2010
- KLEIN ECKART Menschenrechte, Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung, Berlin 1996
- KLEY ANDREAS Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), Mélanges en l’honneur de Marco Broghi à l’occasion de son 65e anniversaire, L’homme et son droit, 227 ff., Zürich 2011
- KLOCKE MATTHIAS Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, in: Ehlermann Claus-Dieter et al. (Hrsg.), Europarecht (EuR), Bd. 50, Heft 2, 148 ff., Baden-Baden 2015
- KNEIHS BENJAMIN Recht auf Leben und Terrorismusbekämpfung, Anmerkungen zur jüngsten Judikatur des EGMR zu Art. 2 EMRK, in: Grabenwarter Christoph/Thienel Rudolf (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK – Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Kehl/Strassburg/Arlington 1998
- KOENEN THOMAS Wirtschaft und Menschenrechte, Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge, Berlin 2012
- KRAJEWSKI MARKUS Entstehung und Wirkung von Standards der Internationalen Arbeitsorganisation aus völkerrechtlicher Sicht, in: Deibert Olaf/Krause Rüdiger (Hrsg.), Soziales Recht, Bd. 10, Heft 1, 2 ff., Frankfurt am Main 2020

- KRAMER ERNST A. Berner Kommentar, Art. 19–22 OR. Allgemeine Bestimmungen. Inhalt des Vertrages, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages, Unterteilband 1a Art. 19–22 OR, Bern 1991
- KRATOCHVÍL JAN The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, Bd. 29, Heft 3, 324 ff., Kehl 2011
- KREIMER SETH F. Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State, in: University of Pennsylvania Law Review, Bd. 132, Heft 6, 1293 ff., Pennsylvania 1984 (verfügbar unter [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1413](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1413))
- KRIEGER HEIKE Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 74, 187 ff., Baden-Baden 2014
- KUNZ RAFFAELA Richter über internationale Gerichte?, Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR, Diss., Berlin 2020
- KÜNZLI JÖRG/  
EUGSTER ANJA/  
SPRING ALEXANDER Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Bern 2014
- LAVRYSEN LAURENS Human Rights in a Positive State, Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights, Diss., Cambridge 2016
- DERS. Causation and Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, A Reply to Vladislava Stovanova, in: Human Rights Law Review, Bd. 18, Heft 4, 705 ff., Oxford 2018 (zit. LAVRYSEN, Causation)
- LEACH PHILIP Taking a Case to the European Court of Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2017
- LEMPEN KARINE Les procédures relatives au harcèlement sexuel dans le secteur privé ou public, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Conflits au travail. Prévention, gestion, sanctions (CERT Bd. 6), 265 ff., Zürich/Genf/Basel 2015

- DIES. Kommentierung zu Art. 11 CEDAW, in: Schläppi Erika/ Ulrich Silvia/Wytenbach Judith (Hrsg.), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 1. Aufl., Bern 2015 (zit. LEMPEN in: CEDAW Komm)
- LETSAS GEORGE Two Concepts of the Margin of Appreciation, in: Eekelaar John (Hrsg.), Oxford Journal of Legal Studies, Bd. 26, Heft 4, 705 ff., Oxford 2006
- LOCHER RETO Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 1: Grundsätze des Diskriminierungsschutzes, Bern 2015
- LOOSER MARTIN E. Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011
- LUTERÁN MARTIN The lost meaning of proportionality, in: Huscroft Grant/ Miller Bradley W./Webber Grégoire (Hrsg.), Proportionality and the Rule of Law – Rights, Justification, Reasoning, Cambridge 2014
- MACHERET AUGUSTIN Le noyau intangible des droits de l’homme, sources nationales et internationales, in: Meyer-Bisch Patrice (Hrsg.), Noyau intangible des droits de l’homme – actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme, 31 ff., Freiburg i.Ü. 1991
- MACKINNON CATHARINE Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law, Cambridge MA 1987
- MADELAINE COLOMBINE La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l’homme, Diss., Montpellier 2012
- MAHON PASCAL Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et droit du travail, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Les aspects internationaux du droit du travail (CERT Bd. 13), 105 ff., Zürich/Genf/Basel 2019
- MAHONEY PAUL/  
PREBENSEN SØREN PAUL The European court of human rights, in: Macdonald Ronald St. J./Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, Dordrecht/ Boston/London 1993
- MANTOUVALOU VIRGINIA Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation, in: Human Rights Law Review, Bd. 13, Heft 3, 529 ff., Oxford 2013
- MATSCHER FRANZ Die Methoden der Auslegung der EMRK in der Rechtsprechung ihrer Organe, in: Schwind Fritz (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, 102 ff., Wien 1986

- DERS. Freiheitsrechte, Gewährleistungsansprüche, Drittwirkung, soziale Grundrechte – Gedanken zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes, vornehmlich im System der EMRK, in: Putz Gertraud/Dachs Herbert/Horner Franz/Reisinger Ferdinand (Hrsg.), Politik und christliche Verantwortung. Festschrift für Franz-Martin Schmölz, 187 ff., Wien 1992 (zit. MATSCHER, FS Schmölz)
- MAYER MATTHIAS Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, Diss., Gießen 2005
- MCBRIDE JEREMY Proportionality and the European Convention on Human Rights, in: Ellis Evelyn (Hrsg.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, 23 ff., Oxford 1999
- MCHARG AILEEN Reconciling Human Rights and the Public Interest, Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: Murphy Tim (Hrsg.), Modern Law Review, Bd. 62, 671 ff., New York 1999
- MELCHIOR MICHEL Notions «vagues» ou «indéterminées» et «lacunes» dans la Convention européenne des droits de l'homme, in: Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda, 411 ff., Köln 1988
- MERRILLS JOHN The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester 1988
- MÉTILLE SYLVAIN La nouvelle Loi fédérale sur la protection des données du 25. Septembre 2020, in: Epiney Astrid/Moser Sophie/Rovelli Sophia (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes / La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Zürich 2022
- DERS. La surveillance électronique des employés, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), Internet au travail (CERT Bd. 5), 114 ff., Zürich 2014 (zit. MÉTILLE, Surveillance)
- MEYER-BISCH PATRICE Le corps des droits de l'homme, L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre des droits de l'homme, Freiburg i.Ü. 1992
- MEYER-LADEWIG JENS/  
NETTESHEIM MARTIN/  
VON RAUMER STEFAN (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Tübingen/Basel 2017 (zit. Autor\*In in: HK-EMRK)

- MORAND CHARLES-ALBERT Le noyau intangible des droits constitutionnels, in: Meyer-Bisch Patrice (Hrsg.), Noyau intangible des droits de l'homme – actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 53 ff., Freiburg i.Ü. 1989
- MOSLER HERMANN Turning a page of history, in: Ryssdal Rolv/Mahoney Paul (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: La perspective européenne: mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, 25 ff., Berlin 2000
- MOUTEL BÉATRICE L'«effet horizontal» de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Diss., Limoges 2006
- MOWBRAY ALASTAIR An Examination of the European Court of Human Rights' Indication of Remedial Measures, in: Human Rights Law Review, Bd. 17, Heft 3, 451 ff., Oxford 2017
- MÜLLER JÖRG PAUL Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. MÜLLER, Freiheit)
- DERS. Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Elemente)
- DERS. Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht in der Schweiz, Zürich 2001 (zit. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen)
- DERS. Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl., Basel 1981 (zit. MÜLLER, Soziale Grundrechte)
- MÜLLER JÖRG PAUL/  
SCHEFER MARKUS Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER ROLAND Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung, in: Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift zum 65. Geburtstag von Thomas Geiser, 275 ff., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. MÜLLER, FS Geiser)
- MÜLLER ROLAND/  
MADUZ CHRISTIAN (Hrsg.) Kommentar ArG, Arbeitsgesetz, 8. Aufl., Zürich 2017 (zit. Autor\*In in: OFK ArG)
- MURSWIEK DIETRICH Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Konrad Hans-Joachim (Hrsg.), Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts, 214 ff., Berlin 1985
- NANDI ARIJIT/  
HAJIZADEH MOHAMMAD/  
HARPER SAM/  
KOSKI ALISSA/  
STRUMPF ERIN C. Increased Duration of Paid Maternity Leave lowers Infant Mortality in Low- and Middle-Income Countries, A Quasi-Experimental Study, in: PLoS Med, Bd. 13, Heft 3, San Francisco 2016 (zit: NANDI et al.)

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/  
HEER MARIANNE/  
WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.) Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung (StPO / JStPO), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Autor\*In in: BSK StPO)
- NIGGLI MARCEL  
ALEXANDER/  
WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.) Strafrecht (StGB/JStGB), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz. 2 Bände. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Autor\*In in: BSK StGB)
- NORDMANN PHILIPPE Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1998
- NOVITZ TONIA Labour Rights as Human Rights: Implications for Employers' Free Movement in an Enlarged European Union, in: Barnard Catherine (Hrsg.), Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Bd. 9, 357 ff., Cambridge 2007
- OETER STEFAN Landesbericht Schweiz, in: Frowein Jochen (Hrsg.), Die Kontrollrichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 121 ff., Berlin 1993
- OLINGA ALAIN-DIDIER/  
PICHERAL CAROLINE La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Rosoux Géraldine/Pettiti Christophe (Hrsg.), Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bd. 24, 567 ff., Brüssel 1995
- ONDREASOVA EVA Personality Rights in Different European Legal Systems: Privacy, Dignity, Honour and Reputation, in: Oliphant Ken/Pinghua Zhang/Lei Chen (Hrsg.), The Legal Protection of Personality Rights, Chinese and European Perspectives, 24 ff., Leiden 2018
- OPSAHL TORKEL The right to life, in: Macdonald Ronald St. J./Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 207 ff., Dordrecht/Boston/London 1993
- PALMER ELLIE 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, Bd. 2, Heft 4, 397 ff., Den Haag 2009
- PÄRLI KURT Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten, eine menschenrechtliche Herausforderung, in: Franzen Martin et al. (Hrsg.), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Heft 1, 48 ff., München 2015 (zit. PÄRLI, EuZA)
- DERS. Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht, im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund SGB, Bern 2015 (zit. PÄRLI, Gutachten EMRK)

- DERS. Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit)
- DERS. Anstellungsdiskriminierungen, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T304, 021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U1 vom 13. Januar 2006 (ZH), in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2006, 23 ff., Zürich 2006 (zit. PÄRLI, ARV 2006)
- DERS. BGer 4A\_518/2020: Rechtswidrige Beschaffung von Arbeitnehmerpersonendaten, in: Jusletter vom 14. Februar 2022 (zit. PÄRLI, Jusletter)
- DERS. Kündigungsschutz – ein Menschenrecht? Erkenntnisse aus dem Arbeitsvölkerrecht und dem EU-Arbeitsrecht, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 1533 ff., Zürich 2018 (zit. PÄRLI, AJP)
- DERS. Diskriminierung und Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben in der Schweiz, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (Bd. 45), 33 ff., 1. Aufl., Wien 2015 (zit. PÄRLI, ÖJK)
- PÄRLI KURT/  
BAUMGARNTER TOBIAS/  
DEMIR EYLEM/  
JUNGHANSS CORNELIA/  
LICCI SARA/  
WESSELINA UEBE  
PÄRLI KURT/  
FISCHER BETTINA  
PÄRLI KURT/  
VECCHI LUCA  
PÄRLI KURT/  
VÖGTLI JASMIN
- Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich 2017 (zit. Autor\*In, Internationales Arbeitsrecht)
- Sozialschutz und Einhaltung von Menschenrechten als Beitrag zur Bekämpfung von COVID-19, in: Pärli Kurt/Fischer Bettina (Hrsg.), Assurances sociales et pandémie de Covid-19, Sozialversicherungen und Covid-19-Pandemie, 9 ff., Bern 2021
- Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs, in: Müller Roland et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, 601 ff., Zürich/Basel/Genf 2020
- Control and Sanction of Employees on the Basis of Codes of Conduct – A Question of Basic Labour (Human) Rights?, in: Labour Law Journal, Spring 2020, 75 ff., Alphen am Rhein 2020



- PARTSCH KARL JOSEF Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, in: Doehring Karl (Hrsg.), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 15, 631 ff., Baden-Baden 1953
- PASADELIS NICOLAS/  
ROSENTHAL DAVID/  
THÜR HANSPETER (Hrsg.) Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015 (zit. Autor\*In in: Passadelis/Rosenthal/Thür)
- PERONI LOURDES/  
TIMMER ALEXANDRA Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law, in: International Journal of Constitutional Law, Bd. 11, Heft 4, 1056 ff., Oxford 2013
- PÉTERMANN NATHANAËL Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bern 2014
- PORTMANN WOLFGANG Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rey, 489 ff., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. PORTMANN, FS Rey)
- DERS. Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht, in: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR), Bern 2003 (zit. PORTMANN, ArbR 2003)
- POTACS MICHAEL Effet utile als Auslegungsgrundsatz, Europarecht (EuR), Bd. 44, Heft 4, 465 ff., Baden-Baden 2009
- REBHAHN ROBERT/  
FRANZEN MARTIN Europäisches Arbeitsrecht, in: Riesenhuber Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021
- REHBINDER MANFRED/  
STÖCKLI JEAN-FRITZ Berner Kommentar, Art. 319–330b OR. Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Band VI: Obligationenrecht 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse. 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag Art. 319–362 OR 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010
- REID KAREN Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 6. Aufl., London 2019
- REINDL-KRAUSKOPF  
SUSANNE Grundrechtsmissbrauch in der EMRK, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, 53 ff., Wien 2020
- RESS GEORG Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als *pouvoir neutre*, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 69, 289 ff., Baden-Baden 2009
- DERS. The Duty to Protect and to Ensure Human Rights under the European Convention on Human Rights, in: Klein Eckard (Hrsg.), The duty to Protect and to Ensure Human Rights, 165 ff., Berlin 1999 (zit. Ress, Duty to Protect)

- RHINOW RENÉ/  
SCHEFER MARKUS/  
UEBERSAX PETER Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RIESENHUBER KARL (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021 (zit. Autor\*In, Europäische Methodenlehre)
- RIESELMANN-SAXER  
REBEKKA Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Bern 2002
- RIKLIN FRANZ (Hrsg.) StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, Zürich 2014 (zit. Autor\*In in: OFK StPO)
- ROBERTSON ARTHUR HENRY The Council of Europe: Its Structure, Functions, and Achievements., 2. Aufl., New York 1961
- ROLIN HENRI Has the European Court of Human Rights a Future?, Howard Law Journal, Bd. 11, 442 ff., Washington D.C. 1965
- ROŠ MIRKO Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention – Ein Beitrag zur Lehre der self-executing treaties, Diss., Zürich 1984
- ROSENTHAL DAVID Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020 (zit. ROSENTHAL, Jusletter)
- ROSENTHAL DAVID/  
JÖHRI YVONNE (Hrsg.) Handkommentar zum Datenschutzgesetz, sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich/Genf/Basel 2008 (zit. Autor\*In in: HK-aDSG)
- ROZAKIS CHRISTOS L. The European Judge as Comparatist, in: Tulane Law Review, Bd. 80, 257 ff., New Orleans 2005
- RUDOLPH ROGER Stellenbewerbung und Datenschutz, Diss., Bern 1997
- DERS. Interne Untersuchung durch den Arbeitgeber: Zulässigkeit und Grenzen, strafrechtliche Relevanz einer Druckausübung auf eine Arbeitnehmerin, Besprechung des Beschlusses UE160149 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Februar 2017, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2018, Zürich 2018 (zit. RUDOLPH, ARV 2018)
- DERS. Das Recht auf Einsicht in sein Personaldossier, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 1672 ff., Zürich 2014 (zit. RUDOLPH, AJP 2014)
- RÜEDI YVES Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009
- RÜFNER WOLFGANG Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee Josef/ Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006
- RYSSDAL ROLV The coming of age of the ECHR, in: European Human Rights Law Review, Bd. 18, xxv ff., London 1996

- SALADIN PETER Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Aufl., Bern 1982
- SANTA ANA-MARIA IULIA Market Power in the Context of Globalization, in: Barretta Raffaele/Szopa Marek (Hrsg.), Encyclopedia 2022, Bd. 2, 1688 ff., Basel 2022.
- SATZGER HELMUT Die Europäisierung des Strafrechts, eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2001
- SCHAMBECK HERBERT Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969
- SCHEFER MARKUS Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, Inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. SCHEFER, Kerngehalte)
- SCHIEBLER NICOLAS Pflichten des Arbeitgebers bei Drohungen unter Arbeitnehmern, Zürich/St. Gallen 2017
- SCHOKKENBROEK JEROEN The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Courts of Human Rights, in: Human Rights Law Journal, Bd. 19, Heft 1, 30 ff., Kehl am Rhein 1998
- SCHWENZER INGEBORG/  
FOUNTOLAKIS  
CHRISTIANA Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2020
- SEIFERT ACHIM Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 05.09.2017 – 61496/08: Überwachung des E-Mail-Verkehrs von Arbeitnehmern, in: Franzen Martin et al. (Hrsg.), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Heft 4, 502 ff., München 2018
- SEN AMARTYA Work and rights, International Labour Review, Bd. 139, Heft 2, 119 ff., Genf 2008
- SEPULVEDA MAGDALENA The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen 2003
- SERGHIDES GEORGIOS A. Social and Economic Rights under the European Convention on Human Rights and their Protection in Times of Crisis, Speech delivered at the University of Central Lancashire (UCLN), in: Cyprus – Roundtable of Experts «promoting & Protecting Socio-Economic Rights in Times of Crisis in Europe», Nicosia, 2 March 2018, Strasbourg 2018 (zit. SERGHIDES, Speech UCLN)
- SMITH RICHARD The Margin of Appreciation and Human Rights Protection in the «War on Terror»: Have the Rules Changed before the European Court of Human Rights?, in: Essex Human Rights Review, Bd. 8, 124 ff., Essex 2011

- SPIELMANN DEAN «Obligations positives» et «effet horizontal» des dispositions de la Convention, in: Sudre Frédéric (Hrsg.), L'interprétation de la CEDH, 133 ff., Brüssel 1998 (zit. SPIELMANN, Obligations)
- DERS. L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Brüssel 1995
- SPRENGER MARKUS Anforderungen an Verbote des islamischen Kopftuchs und andere Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz, in: Franzen Martin et al. (Hrsg.), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Heft 3, 352 ff., München 2017
- STAHL SANDRA Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik, Ein Beitrag zu Grund, Inhalt und Grenzen der völkerrechtlichen Schutzpflichtendogmatik im Bereich konventionell geschützter Menschenrechte, Heidelberg 2012
- STARMER KEIR Positive obligations under the Convention, in: Jeffrey Jowell/Jonathan Cooper (Hrsg.), Understanding Human Rights Principles, 139 ff., Oxford 2001
- STEIGER-SACKMANN SABINE Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss., Zürich 2013
- STEIN TORSTEN/  
VON BUTTLAR CHRISTIAN/  
KOTZUR MARKUS Völkerrecht, 14. Aufl., München 2017
- STERN KLAUS/  
SODAN HELGE/  
MÖSTL MARKUS (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., München 2022 (zit. Autor\*In in: Stern/Sodan/Möstl)
- STREIFF ULLIN/  
VON KAENEL ADRIAN/  
RUDOLPH ROGER Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012
- STREUER WIBKE Die positiven Verpflichtungen des Staates, Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes der Europäischen Menschenrechtskonvention, Saarbrücken 2003
- SUDRE FRÉDÉRIC Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, in: Ryssdal Rolv/Mahoney Paul (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne; Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal, 1359 ff., Köln 2000
- DERS. Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, in: Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH), Bd. 23, 363 ff., Brüssel 1995 (zit. SUDRE, Obligations)

- DERS. Droit européen et international des droits de l'homme, 15. Aufl., Paris 2021 (zit. SUDRE, Droit européen)
- DERS. La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction»? , in: Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH), Bd. 55, 755 ff., Brüssel 2003 (zit. SUDRE, RTDH 2003)
- SUTER-SIEBER IRÈNE/  
STUTZ CHRISTOPH/  
WIRZ CHIARA Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis, Rechtslage unter geltendem und revidiertem Datenschutzgesetz, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 593 ff., Zürich 2021
- SYCHENKO ELENA Individual labour rights as human rights, the contributions of the European Court of Human Rights to worker's rights protection, Alphen am Rhein 2017
- SZCZEKALLA PETER Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer «gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion», Berlin 2002
- TEKLÈ TZEHAINESE An Analysis of the Contribution of the ILO's International Labour Standards System to the European Court of Human Rights's Jurisprudence in the Field of Non-Discrimination, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Papers Nr. RSCAS 2018/50, Fiesole 2018
- THIENEL TOBIAS The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights, in: Jost Delbrück/Thomas Giegerich/Andreas Zimmermann (Hrsg.), German Yearbook of International Law – Jahrbuch für Internationales Recht, Bd. 50, 543 ff., Berlin 2001
- TOMUSCHAT CHRISTIAN Just satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights, in: Ryssdal Rolv/Mahoney Paul (Hrsg.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne; Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal, 1409 ff., Köln 2000
- TSAKYRAKIS STAVROS Proportionality: An assault on human rights?, in: International Journal of Constitutional Law, Bd. 7, Heft 3, 468 ff., Oxford 2009
- TSCHANNEN PIERRE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
- TULKENS FRANCOISE The European Convention on Human Rights and the Economic Crisis: The issue of Poverty, EUI Working papers, AEL 2013/8, Fiesole 2013
- UHLMANN FELIX Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017
- UNRUH PETER Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996

- VAN DIJK PIETER «Positive Obligations» Implied in the European Convention on Human Rights, Are the States Still the «Masters» of the Convention?, in: Castermans-Holleman Monique/Hoof Fried van/Smith Jacqueline (Hrsg.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century – Human Rights, International Organisations and Foreign Policy – Essays in Honour of Peter Baehr*, 17 ff., Den Haag/Cambridge MA 1998
- VAN DIJK PIETER/  
VAN HOOF FRIED/  
VAN RIJN ARJEN/  
ZWAAK LEO (Hrsg.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Aufl., Cambridge 2018 (zit. Autor\*In in: van Dijk et al.)
- VAN DROOGHENBROECK  
SÉBASTIEN *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Brüssel 2001
- VAN DROOGHENBROECK  
SÉBASTIEN/HACHEZ ISABELLE *Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux*, in: Lombaert Bruno (Hrsg.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.)*, Brüssel, La Charte 2005
- VAN DROOGHENBROECK  
SÉBASTIEN/VELAERS JAN *L'Insertion d'une Clause Constitutionnelle Transversale Relative à la Garantie des Droits Fondamentaux*, Chambre des représentants du Belgique, 20 février 2006, *Les clauses transversales en matière de droits et libertés*, in: *Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la constitution par MME Hilde Claes et M. Jean-Jacques Viseur (Doc 51 2304/001)*, 119 ff., Brüssel 2006
- VILJANEN JUKKA *The European Court of human rights as a developer of the general doctrines of human rights law, a study of the limitation clauses of the European Convention on human rights*, Diss., Tampere 2003
- VILLIGER MARK E. *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Schweizer Fällen*, 3. Aufl., Zürich 2020
- VISCHER FRANK/  
MÜLLER ROLAND *Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014
- VITZTHUM WOLFGANG/  
PROELSS ALEXANDER *Völkerrecht*, 8. Aufl., Berlin/Boston 2020
- VON UNGERN-STERNBERG  
ANTJE *Die Konsensmethode des EGMR, Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip*, in: *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 51, Nr. 3, 312 ff., Tübingen 2013
- WALDMANN BERNHARD/  
BELSER EVA MARIA/  
EPINEY ASTRID (Hrsg.) *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. Autor\*In in: BSK BV)

- WÄLTJ CARLA SOPHIA Verbot zum Tragen von Kopftuch oder Piercing durch Arbeitgeber, Zürich 2018
- WARBRICK COLIN The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism, The International and Comparative Law Quarterly, Bd. 32, Heft 1, 82 ff., Cambridge 1983
- WEISSBRODT RAFAËL Wirkung des Vollzugsschwerpunkts der Arbeitsinspektion zu psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz, Schlussbericht, Bern 2018 (zit. WEISSBRODT, Wirkung)
- DERS. Informer ou prescrire ? Les inspecteurs du travail et le contrôle des risques psychosociaux, in: Ledoux Élis/Densy Denis et al. (Hrsg.), Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé, Bd. 20, Heft 2, Québec 2018 (zit. WEISSBRODT, Informer or prescrire?)
- WIDMER LÜCHINGER  
CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.) Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. Autor\*In in: BSK OR)
- WIESBROCK KATJA Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, Diss., Berlin 1999
- WILDHABER LUZIUS Soziale Grundrechte, in: Saladin Peter/Wildhaber Luzius (Hrsg.), Der Staat aus Aufgabe – Gedenkschrift für Max Imboden, 371 ff., Basel/Stuttgart 1972
- WILDHABER LUZIUS Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Bd. 36, 541 ff., Kehl am Rhein 2009 (zit. WILDHABER, EuGRZ)
- WOLF JOACHIM Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht, Berlin 1997
- WOLFRUM RÜDIGER The Taking and Assessment of Evidence by the European Court of Human Rights, in: Breitenmoser Stefan/Ehrenzeller Bernhard/Sassòli Marco (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Droits de l’homme, démocratie et Etat de droit, Liber amicorum Luzius Wildhaber, 915 ff., Zürich/Baden-Baden 2007
- XENOS DIMITRIS The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, London 2012
- ZIMMERMANN NESA La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, Contours et utilité d’un concept en vogue, Zürich 2022
- ZIMMERMANN TRISTAN Le noyau intangible des droits fondamentaux, la quête d’une définition, Notions-cadre, concepts indéterminées et standards juridiques en droit interne, international, et comparé – enseignement de 3e cycle de droit, 299 ff., Genf 2008 (zit. ZIMMERMANN, Noyau intangible)

---

## Materialienverzeichnis

Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 17.4121 Arslan vom 31.12.2017 und 17.4185 Ruiz vom 14.12.2017 vom 21. Dezember 2022 (zit. Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts)

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bericht über die Arbeitsinspektion 2021 vom 19. August 2022 (zit. SECO Bericht Arbeitsinspektion 2021)

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (GAV), Stand: 30. Dezember 2022, Bundesratsbeschlüsse (zit. SECO Übersicht GAV)

ILO, Working Paper 62, Protection of workers' personal data: General principles vom 5. Mai 2022 (zit. ILO Working Paper 62)

Österreichisches Bundesministerium für Arbeit, Die Tätigkeit der Arbeitsinspektion im Jahr 2021 vom Mai 2022 (zit. ÖBA Tätigkeitsbericht 2021)

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Tätigkeitsbericht 2021/2022 des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 31. März 2022 (zit. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2021/2022)

Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bundesamt für Gesundheit BAG, Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV, Swissmedic, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Bundesamt für Umwelt BAFU Eidgenössisches, Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Bundesamt für Landwirtschaft BLW, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bericht zum Abschluss des Aktionsplans «Synthetische Nanomaterialien» vom 2. September 2020 (zit. EDI et al., Bericht Nanomaterialien)

Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBl 2019 6697 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 7057 ff.

Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6565 ff.

Europäische Kommission, European Semester: Thematic Factsheet – Employment protection legislation vom 17. Oktober 2017 (zit. EU Factsheet 2017)

Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012 vom 25. Mai 2016 (zit. Bericht des Bundesrates zur Diskriminierung)

ILO, Employment protection legislation, Summary Indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals) vom 27. März 2015 (zit. ILO Termination 2015)



Botschaft zur Genehmigung des Protokolls Nr. 15 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 6. März 2015, BBl 2015 2347 ff.

Abschliessende Beobachtungen über die gemeinsamen 7. und 9. Berichte der Schweiz (CEACR), CERD/C/CHE/CO/7-9 vom 13. März 2014 (zit. Abschliessende Beobachtung CEACR 2014)

Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen, Europarat/Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte vom 1. Januar 2014 (zit. Leitfaden EGMR)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235 ff.

Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 20. November 2013, BBl 2013 9513 ff.

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975 ff.

Beobachtung (CEACR) – angenommen 2011, veröffentlichte 101. ILC Sitzung (2012) Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) (zit. Beobachtung CEACR 101 zu ILO 111)

Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesrates zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) vom 30. September 2010 (zit. Bundesrat, Sanktionen bei ungerechtfertigter Kündigung)

Europarat, The Conscience of Europe, 50 Years of the European Court of Human Rights, London 2010 (zit. Europarat, The Conscience of Europe)

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010 2263 ff.

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff.

Beobachtung (CEACR) – angenommen 2005, veröffentlichte 95. ILC Sitzung (2006), Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) (zit. Beobachtung CEACR 95 zu ILO 111)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101 ff.

Direkte Anfrage (CEACR) – angenommen 2005, veröffentlichte 95. ILC Sitzung (2002), Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100) (zit. Direkte Anfrage CEACR 2001 zu ILO 100)

ILO, Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen, angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf, vom 18. Juni 1998 (zit. ILO, Erklärung vom 18. Juni 1998)

ILO, Protection of workers' personal data. An ILO code of practice vom 1. Januar 1997 (zit. ILO Privacy Code of Practice)

Botschaft über die Genehmigung des Protokolls Nr. 11 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 11. Mai 1994 betreffend Umgestaltung der in dieser Konvention vorgesehenen Kontrollmechanismen (Europäisches Übereinkommen Nr. 155) vom 23 November 1994, BBl 1995 I 999 ff.

ILO, Workers' privacy part 2: monitoring and surveillance in the workplace, in: Conditions of work digest Bd. 12, Genf 1993 (zit. ILO Workers' Privacy 1993)

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff.

Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 909 ff.



**Teil 1**  
**Grundlagen**



---

# Einleitung und Problemstellung

Staatliche Intervention in die Wirtschaft ist keine Neuheit. Sie betrifft eine Vielzahl von Lebensaspekten, die wir für selbstverständlich halten, sei es beispielsweise der Schutz der Allgemeinheit durch polizeilichen Rechtsgüterschutz im Gesundheits- und Lebensmittelbereich oder ein korrigierendes Eingreifen im Falle drohenden Marktversagens.<sup>1</sup> Gerade in unvollkommenen Märkten wie z.B. dem Arbeitsmarkt können sich staatliche Eingriffe aus einer Vielzahl von Gründen als notwendig erweisen. In Betracht kommen beispielsweise der Schutz vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung<sup>2</sup> oder auch sozialstaatlich motivierte Eingriffe, um strukturell benachteiligte Personen auf dem freien Markt vor Ausnutzung zu schützen.<sup>3</sup> Speziell das Arbeitsrecht ist von derartigen Ungleichgewichten geprägt, da oftmals der Broterwerb bzw. die wirtschaftliche Existenz mehrerer Personen von einer Arbeitsstelle abhängt. Daher haben wohl alle modernen Industriestaaten mehr oder weniger weitreichende Rahmenbedingungen bezogen auf den Arbeitsmarkt erlassen. Dabei steht die Regulierung des Arbeitsrechts in einem Interessencluster u.a. zwischen staatlichem Paternalismus, Sozialstaatlichkeit und der unsichtbaren Hand beim Spielenlassen der freien Märkte. Das Schweizer Arbeitsrecht betont in seiner Regulierung zunächst die Eigenverantwortung der Arbeitnehmenden. Unter dieser Prämisse der Selbstverantwortung ist es nicht erstaunlich, dass die in der Praxis des Schweizer Arbeitsrechts wohl bedeutendsten gesetzlichen Vorschriften im Privatrecht zu finden sind.

Während mit Erlass des Fabrikgesetzes 1877 die ersten Schritte des schweizerischen Arbeitsrechts klar öffentlich-rechtlichen Ursprungs waren, erweist sich die heutige Regulierung des Arbeitsrechts als komplexes Flickwerk. So ist es heute interdisziplinäre Schnittstelle des Privatrechts, des öffentlichen Rechts und allenfalls des Strafrechts, geprägt von nationalen sowie internationalen Normen. Hinzu kommt eine stetige Tendenz zur internationalen Vereinheitlichung gewis-

---

<sup>1</sup> Entsprechende Beispiele lassen sich in einer Vielzahl von Rechtsgebieten finden wie z.B. beim kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG), beim Verbot des unlauteren Wettbewerbs im Rahmen des UWG, bei der Kontrolle heilmittelrechtlicher Vorschriften im Gesundheitsbereich oder auch im Schutz immaterieller Güter, welche Internalisierungen positiver Externalitäten erlauben.

<sup>2</sup> Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen BUENO, ILR 2021, 316 ff.

<sup>3</sup> Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, RZ. 39.

ser Arbeitsschutzvorschriften, so z.B. in der Europäischen Union (EU)<sup>4</sup> oder der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).<sup>5</sup> Obschon die Schweiz nicht Mitglied der EU ist und die Ratifikationen von Konventionen der ILO stets auf freiwilliger Basis erfolgen, bleibt auch die Schweiz nicht unberührt von einer tendenziellen Harmonisierung ihrer Rechtsnormen.<sup>6</sup>

- 3 Die Fortbildung des Arbeitsrechts wurde begleitet von der Aufweichung der ursprünglichen Grenzen zwischen Privatrecht und dem Grund- und Menschenrechtsschutz sowie der Verabschiedung von der Trennung von Sozialrechten und bürgerlichen Rechten während der letzten rund 70 Jahre.<sup>7</sup> Mittlerweile gehört es zum allgemeinen Menschenrechtsverständnis, dass den Menschenrechten eine gewisse Ubiquität zukommt, was auch staatliche Intervention zum Schutz vor Eingriffen durch nichtstaatliche Dritte verlangt.<sup>8</sup> Denn auch privatrechtliche Konstellationen beherbergen das Risiko von Verletzungen von Menschenrechten durch Ausnutzung und Verlust individueller Selbstbestimmung. Solche Konstellationen sind besonders ökonomischen Machtgefallen inhärent, welche sich im Zuge der Globalisierung und der damit teils verbundenen Konzentration von Kapital und Marktmacht besonders stark hervorgetan haben.<sup>9</sup>
- 4 Auch der EGMR hat dieses Menschenrechtsverständnis aufgegriffen und daraus Handlungspflichten abgeleitet. Entsprechend hatte er diverse Beschwerden betreffend staatliche Schutzpflichten unter den Konventionsrechten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu beurteilen. Diese Rechtsprechung ist äusserst vielseitig. So beurteilte der EGMR einen Fall eines Angestellten eines Juweliergeschäfts,

---

<sup>4</sup> So insb. im Rahmen von 153 AEUV.

<sup>5</sup> Vgl. unten Rz. 45 ff.

<sup>6</sup> Zum Begriff vgl. PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1119 ff.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu eingehend EGLI, 1 ff. m.w.H.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu z.B. rechtsvergleichend hinsichtlich zentraleuropäischer Verfassungen: BRUNNER, 73 ff. Ansätze eines auf privater Ebene globalisierten Menschenrechtsschutzes finden sich auch in der *corporate social responsibility* (CSR) bezüglich der Einhaltung der Menschenrechte im Ausland. In der Schweiz ist diesbezüglich auf die Konzernverantwortungsinitiative und die damit einhergehenden neuen Art. 964a ff. OR zu verweisen. Die dortigen Transparenzvorschriften über nichtfinanzielle Belange von Unternehmen sind primär gesellschaftsrechtlicher Natur und bilden daher nicht Bestandteil dieser Abhandlung.

<sup>9</sup> Dies zeigt sich besonders in der zunehmenden Relevanz von Schutznormen vor Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (vgl. hierzu SANTA, 1688 ff.). So hat jüngst die Wettbewerbskommission (WEKO) z.B. eine Untersuchung wegen möglicher Preisabsprachen in Bezug auf Löhne von Bankangestellten eröffnet.

dem gekündigt wurde, weil er HIV-positiv ist;<sup>10</sup> einen Fall eines Arbeitnehmers, dem gekündigt wurde, nachdem sich mittels eines GPS-Überwachungssystems herausgestellt hatte, dass dieser private Fahrten mit einem Dienstfahrzeug nicht ausgewiesen hatte;<sup>11</sup> einen Fall einer Flugbegleiterin, der untersagt wurde, ein Kreuz um den Hals zu tragen;<sup>12</sup> einen Fall einer Arbeitgeberin, die ihre Angestellten an Supermarktkassen verdeckt mittels Videoaufzeichnung überwachte;<sup>13</sup> oder einen Fall eines Arbeitnehmers, dem gekündigt wurde, nachdem die Arbeitgeberin durch Zugriff auf Arbeits-Computer private Nachrichten fand, obschon eine solche Nutzung untersagt war.<sup>14</sup>

Mittlerweile besteht im Bereich des Arbeitsrechts im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz eine mehr oder weniger detaillierte Rechtsprechung des EGMR zum Schutz von Arbeitnehmenden unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Schutzpflichten. Diese wird insbesondere wegen des Individualbeschwerdeverfahrens nach Art. 34 EMRK und der Auslegung der EMRK als *living instrument*<sup>15</sup> nach und nach ergänzt und erfährt so eine immer stärkere Bedeutung in der nationalen Rechtsetzung und Rechtsprechung. Dadurch bleibt die EMRK in aktuellen und künftigen Fragen im Zusammenhang mit der digitalen Revolution, der Plattformökonomie, der Trennung von Arbeits- und Privatleben oder dem zunehmenden Datenhunger unserer Gesellschaft auch in Zukunft relevant.

Der in dieser Abhandlung im Zentrum stehende Art. 8 EMRK schützt das Privat- und Familienleben sowie die Korrespondenz und Wohnung. Die Rechtsprechung hierzu weist eine eher komplexe Struktur auf. Besonders der Teilbereich des Privatlebens dient gewissermassen als «Auffangmenschrecht», da er eine grosse Anzahl verschiedener Lebensbereiche erfassen kann.<sup>16</sup> So unterlässt es der EGMR, eine Definition für das Privatleben zu schaffen. Dies mit der Begründung,

<sup>10</sup> Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10).

<sup>11</sup> Urteil des EGMR *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo gegen Portugal* vom 13. Dezember 2022 (Nr. 26968/16).

<sup>12</sup> Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.).

<sup>13</sup> Urteil des EGMR *López Ribalda und andere gegen Spanien* vom 17. Oktober 2019 (Nr. 1874/13, 8567/13).

<sup>14</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08).

<sup>15</sup> So legt der EGMR die Konventionsrechte im Lichte der sich ändernden sozialen, technischen, wissenschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen aus.

<sup>16</sup> Vgl. BREITENMOSER, *Auffanggrundrecht*, 94 ff.



dass dieser Teilbereich keiner abschliessenden Definition zugänglich sei.<sup>17</sup> Folge davon ist ein kasuistischer Flickenteppich des EGMR zu arbeitsrechtlichen Fragen.

- 7 Während die Rechtsprechung des EGMR als solche in der Schweiz im Schrifttum Einzug findet und diverse Abhandlungen sich mit der Rechtsprechung und Doktrin der positiven Schutzpflichten unter der EMRK auseinandersetzen,<sup>18</sup> existiert nur wenig Literatur zu deren Umsetzung im nationalen Rechtskontext. Entsprechend bestehen im Speziellen derzeit keine detaillierten Abhandlungen zur Umsetzung der positiven Schutzpflichten im Schweizer Arbeitsrecht. Das Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es daher, diese Lücke zu schliessen. Diese Abhandlung soll daher eine Analyse beinhalten, welches überhaupt die Schutzpflichten im Arbeitsrecht gemäss Art. 8 EMRK in der derzeitigen Rechtsprechung sind und ob bzw. wie genügend diese Schutzpflichten im Schweizer Privatarbeitsrecht umgesetzt werden. Als Ergebnis sollen darauf gestützt allfällige notwendige gesetzgeberische Massnahmen oder Praxisänderungen vorgeschlagen werden.
- 8 Zum verbesserten Verständnis der Materie wird zunächst die allgemeine Doktrin der positiven Schutzpflichten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR erörtert. Die Aufarbeitung dieser Grundlagen ist nicht zuletzt deshalb wichtig, weil eine derartige Erweiterung der Menschenrechte durch staatliches Tun in der EMRK nicht direkt vorgesehen ist und sich daraus eine eigene Doktrin gebildet hat. Diese Grundlagen sind weiter auch unter dem Gesichtspunkt der späteren Auslegung der relevanten Urteile und von deren möglichen Implikationen auf das Recht in der Schweiz wichtig. Auf sie gestützt wird die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zum Arbeitsrecht aufgearbeitet, analysiert und anschliessend der Rechtslage in der Schweiz gegenübergestellt. Darauf gestützt soll ein Fazit gezogen werden und entsprechende Massnahmen vorgeschlagen werden, um allfällige Schutzlücken zu schliessen.
- 9 Im ersten Teil wird zunächst zum verbesserten Verständnis und zur Auslegung der Rechtsprechung des EGMR die Dogmatik der positiven Schutzpflichten der EMRK erläutert. Dies ist vor allem erforderlich, weil erst ein grundsätzliches Verständnis

---

<sup>17</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Niemietz gegen Deutschland* vom 16. Dezember 1992 (Nr. 13710/88), § 29.

<sup>18</sup> BERSER BIRCHER/MEIER; BESSON, *Obligations*; EGLI; DRÖGE; WIESBROCK, STREUER, JAECKEL; für lediglich die Gesetzesverpflichtungen in der Schweiz vgl. PÉTERMANN. Zum Arbeitsrecht im Besonderen vgl. z.B. auf internationaler Stufe SYCHENKO; auf nationaler Stufe BESSON; PÄRLI, *Vertragsfreiheit* (bzgl. Diskriminierung); DERS., *Internationales Arbeitsrecht* (mit analytischem Bezug zur EU).

der Methodik des EGMR eine fundiertere Analyse der relevanten Urteile ermöglicht. Anschliessend wird im zweiten Teil die Rechtsprechung des EGMR zu den positiven Schutzpflichten in Art. 8 EMRK mit Bezug zum Arbeitsplatz diskutiert und mit der geltenden Gesetzeslage und der – soweit bestehenden und empirisch erstellbaren – Praxis abgeglichen. Darauf gestützt werden allfällige notwendige Verbesserungsmassnahmen im nationalen Recht bzw. in der herrschenden Praxis diskutiert. Folglich beschränkt sich die vorliegende Abhandlung ausschliesslich auf die durch die EMRK verliehenen subjektiven Rechte und behandelt keine allfälligen weitergehenden staatlichen Pflichten. Es wurde die Rechtsprechung des EGMR bis zum 31. Juli 2023 berücksichtigt.

Mangels aussagekräftiger Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des EGMR wird 10 der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist und wann ein Arbeitsverhältnis privater oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, nicht nachgegangen.<sup>19</sup> Hingegen wird zwecks Vollständigkeit auch die Rechtsprechung des EGMR zu öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen einbezogen, sofern sich daraus ein Aussagegehalt für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ergibt. Ebenfalls ausgeklammert werden binnenrechtliche Problemstellungen und Abgrenzungsfragen, so z.B. wann im Einzelfall eine öffentlich-rechtliche Anstellung oder ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR vorliegt oder wo im Schweizer Recht die Linien zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragsformen im Sinne arbeitsvertragsähnlicher Verhältnisse verlaufen.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Vgl. hierzu aber die Abgrenzung zwischen Schutzpflichten und Abwehrrechten in Rz. 87 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zur Problematik auch Urteil des EGMR *Kotov gegen die Russische Föderation* vom 3. April 2012 (Nr. 54522/00).



---

## Grundlagen zur EMRK

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1959 ist ein völkerrechtlicher Vertrag mit derzeit 46 Mitgliedsstaaten. Die dahinterstehende Menschenrechtsorganisation ist der Europarat. Dieser wurde im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg gegründet und soll der Friedenssicherung und der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortkommens in Europa dienen. Seine Bedeutung im Bereich der Friedenssicherung hat derzeit mit der Invasion der Ukraine im Frühjahr 2022 wieder an Aktualität gewonnen und zum Ausschluss der russischen Föderation aus dem Europarat geführt. Die von den Mitgliedern des Europarates 1950 verfasste EMRK enthält in den Art. 2–18 EMRK grundlegende, justiziable, subjektive Freiheitsrechte, die mittlerweile durch 14 Zusatzprotokolle in unterschiedlichem Ratifizierungsstand materiell sowie prozessual ergänzt wurden. 11

Während wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ursprünglich von der EMRK ausgeklammert wurden, hat die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile auch im Arbeitsrecht Einzug gefunden. Dies ist einerseits auf die Möglichkeit des Individualbeschwerdeverfahrens zurückzuführen, andererseits aber auch auf die dynamische, rechtsfortbildende Auslegung der EMRK durch den EGMR. Dieser nimmt bei seiner Auslegung starken Bezug auf das nationale, europäische und internationale Recht. Im Ergebnis führt dieses Vorgehen zum Verfließen der Grenzen zwischen Bürgerrechten, Sozialrechten und *Soft Law* im Rahmen des internationalen Arbeitsrechts und der Adaption einer Weltarbeitsverfassung.<sup>21</sup> 12

Aufgrund der Rechtsfortbildung des EGMR enthält die Rechtsprechung zur EMRK neben Abwehrrechten auch vermehrt staatliche Handlungs- und Gewährleistungspflichten. Die klassische Konstellation von Grund- und Menschenrechten, in welcher der Staat in diese Rechte eingreift bzw. gewisse Eingriffe zu unterlassen hat, wird somit durch die Forderung aktiven staatlichen Handelns zur Verwirklichung der Konventionsrechte ergänzt. Ebendiese Handlungspflichten werden auch positive Handlungspflichten genannt (auch: Handlungsverpflichtungen, *obligations positives* oder *positive obligations*). Sie verpflichten die Mitgliedsstaaten der EMRK dazu, auf effektive Weise die rechtlichen, institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen zur Wahrung der Konventionsrechte zu schaf- 13

---

<sup>21</sup> Zum Begriff vgl. PÄRLI, AJP, 1533 ff., 1541.

fen.<sup>22</sup> Ein Unterfall dieser Handlungspflichten sind die positiven Schutzpflichten.<sup>23</sup> Diese verlangen unter gewissen Voraussetzungen schützende staatliche Handlungen durch präventive, ausgleichende oder sanktionierende Massnahmen zur Verhinderung drohender oder zur Sanktionierung bereits ergangener Rechtsverletzungen zum Schutz der Menschenrechte vor privaten Dritten.

## I. Historische Hintergründe der EMRK

- 14 Es war das Ende des Zweiten Weltkriegs, das den Anstoss für den Entwurf einer verbindlichen Konvention für Menschenrechte in Europa gab. Bereits 1945 erklärten die Gründerstaaten der Vereinten Nationen (UNO) in der Präambel zur UNO-Charta als Ziel:

*«[...] to save succeeding generations from the scourge of war,  
which twice in our lifetime brought untold sorrow to mankind  
and to reaffirm faith in fundamental rights [...]»<sup>24</sup>*

- 15 Die neue Welle der Menschenrechte in Europa hatte daher mitunter zum Zweck, ein erneutes Erheben von Totalitarismus zu vermeiden und Grundlage für eine engere politische Zusammenarbeit global und insbesondere in Europa zu schaffen.<sup>25</sup> Im Gegensatz zur zunächst 1948 unterzeichneten deklaratorischen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) sollte die EMRK als verbindlicher Vertrag ein Meilenstein der damaligen Zeit zum Schutz der Menschenrechte darstellen.<sup>26</sup>
- 16 Im Lichte des Willens zur verstärkten Zusammenarbeit der nord- und westeuropäischen Staaten gründeten Belgien, Dänemark, Frankreich, Irland, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen, Schweden und das Vereinigte Königreich im Jahre 1949 durch Unterzeichnung des Londoner Zehnmächtepakts den Europarat. Dessen Statut beinhaltete ebenfalls wiederum Bekenntnisse zum Schutz der Rechts-

---

<sup>22</sup> Dies ist letztlich der Hauptaspekt der staatlichen Handlungspflichten. Vgl. CHRISTOFFERSEN, 381; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 112 ff.; STARMER, 147; XENOS, 107.

<sup>23</sup> Vgl. zu den Begriffen STAHL, 35 ff.

<sup>24</sup> Zeile 2 der Präambel der UN-Charta.

<sup>25</sup> BATES, Consensus, 44; Europarat, The Conscience of Europe, 17 f.

<sup>26</sup> BATES, Consensus, 43.

staatlichkeit und Menschenrechte in Europa.<sup>27</sup> Im gleichen Zuge verfassten und unterzeichneten diese ersten 10 Gründungsmitglieder des Europarates auch die EMRK. All dies stellte einen Schritt zum Hinarbeiten auf ein vereinigtes Europa, aber auch die Begründung eines gemeinsamen Verfassungsgerichts in Europa dar.<sup>28</sup> Die verhältnismässig kurze Zeitspanne zwischen Entwurf und Unterzeichnung der EMRK kann mit der damaligen Euphorie bzw. «Welle der Hoffnung» durch Europa in der Nachkriegszeit erklärt werden, um nie wieder die Strapazen und Verbrechen eines Weltkriegs erleben zu müssen.<sup>29</sup>

Wie der Inhalt der EMRK aussehen sollte und welche Stossrichtung sie einnehmen soll, war in ihrem Entwurfsstadium noch unklar. Als Orientierung dienten frühere Menschenrechtserklärungen, wobei den Gegebenheiten der Moderne Rechnung getragen werden sollte.<sup>30</sup> Dies fand einerseits Niederschlag in der Schutzrichtung der EMRK, indem sie subjektive Rechte verleiht (völkerrechtliche Verträge vermittelten damals selten individuelle subjektive Rechte),<sup>31</sup> andererseits aber auch in ihrem Mass an Verbindlichkeit. So erschien es in dieser Zeit als geradezu revolutionär, die staatliche Souveränität einzuschränken und jeder Person – unabhängig ihrer Herkunft und Nationalität – dieselben Rechte zu gewähren.<sup>32</sup> Das soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die EMRK ein Produkt von Kompromissen ist. So wurden zur raschen Ratifizierung der EMRK insbesondere die sozialen Grundrechte vollständig ausgeklammert.<sup>33</sup> Diese wurden erst Jahre später im Jahr 1961 in der Europäischen Sozialcharta (ESC) festgehalten.<sup>34</sup> 17

Dass die EMRK einen ständigen Gerichtshof für Individualbeschwerden vorsehen würde, war nicht schon zu Beginn vollständig umgesetzt. Denn nicht alle Staaten waren auf Antrieb bereit, sich der Rechtsprechung eines externen Gerichtshofs 18

---

<sup>27</sup> Eingehend zur Geschichte des Europarats vgl. ROBERTSON, 1 ff.

<sup>28</sup> BATES, 74 f., 107. Die Zeremonie zur Unterzeichnung der Konvention wurde jedoch vom weiterbestehenden Dissens bzgl. Detailgrad der Konventionsrechte und Rechtsschutz überschattet (BATES, 99 ff.).

<sup>29</sup> BATES, 5 ff.

<sup>30</sup> PARTSCH, 634.

<sup>31</sup> Vgl. PARTSCH, 652 ff.; MOSLER, 26.

<sup>32</sup> MOSLER, 28; BATES, 35 f., vgl. auch 90 für die Übersicht über die Stimmen gegen die Errichtung eines gemeinsamen Gerichtshofs. Vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Januar 1978, Serie A Bd. 25, § 239.

<sup>33</sup> Vgl. dazu explizit zum Streikrecht: GAMILLSCHEG, Bd. 1, § 20, 956 ff.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu auch SCHAMBECK, 51 ff. Zu den Bezügen auf die Unterlagen der ILO zum Entwurf der ESC vgl. BUCHHOLTZ, § 10 N 3 f.

zu unterwerfen. Art. 25 Ziff. 1 und 46 Ziff. 1 aEMRK sahen dafür lediglich eine optionale, temporäre Möglichkeit zur verbindlichen Anerkennung eines Gerichtshofs vor. Der Gerichtshof sollte darüber hinaus erst dann formiert werden, wenn mindestens 8 entsprechende Erklärungen (von ursprünglich 14 Unterzeichnerstaaten) abgegeben werden (Art. 56 aEMRK). Es dauerte bis ins Jahr 1959, bis diese Erklärungen zustande kamen.

- 19 Der Gerichtshof hatte sich während seiner Anfangsjahre mit nur wenigen Beschwerden zu befassen, auch wenn damals die Idee eines international verbindlichen Rechtsprechungsorgans revolutionär gewesen sein mag. So gab es anfangs wenig bedeutsame Fälle und ein Gros der Beschwerden gelangte nie vor den Gerichtshof, da die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) viele Beschwerden für unzulässig befand und sie somit nicht dem Gerichtshof zur Beurteilung vorgelegt wurden.<sup>35</sup> Darüber hinaus galt es in den frühen Jahren der Konvention als Beleidigung für einen Staat, wenn er sich vor dem Gerichtshof verteidigen musste.<sup>36</sup> Bis zum Ende der 60er-Jahre entschied der Gerichtshof daher materiell lediglich in sechs Fällen, welche hauptsächlich Art. 5 Ziff. 3 EMRK (Rechte bei Untersuchungshaft) zum Gegenstand hatten.<sup>37</sup>
- 20 Die restriktive Praxis der EKMR kann unter anderem dadurch erklärt werden, dass sie sich gegenüber den Konventionsstaaten zu beweisen hatte. Denn diese hatten teils Bedenken bezüglich einer drohenden Unzahl völlig unbegründeter Beschwerden.<sup>38</sup> Es soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass selbst die Entscheide der EKMR in ihrem Detailgrad und Umfang wichtige Präjudizen darstellten, die jedoch zu dieser Zeit wenig Aufmerksamkeit auf nationaler Ebene erhielten.<sup>39</sup> Im Lichte der wenigen Urteile, die vom Gerichtshof gefällt wurden, stellte man sehr bald nach seiner Formierung bereits wieder seine Existenzberechtigung in Frage.<sup>40</sup>
- 21 Im Laufe der Jahre lockerte die EKMR nach und nach ihre restriktive Praxis zur Zulässigkeit von Fällen.<sup>41</sup> Grössere Aufmerksamkeit erhielt der Gerichtshof in

---

<sup>35</sup> BATES, 180.

<sup>36</sup> MOSLER, 28.

<sup>37</sup> Vgl. die Übersicht in BATES, 141.

<sup>38</sup> BATES, 217.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Zulässigkeitsentscheid der EKMR *I. gegen Norwegen* vom 17. Dezember 1963, wo die Kommission in einem langen Entscheid zum Schluss kam, dass die Beschwerde unzulässig ist.

<sup>40</sup> Vgl. ROLIN, 442 ff.

<sup>41</sup> Vgl. die Übersicht in BATES, 240.

den 70er- und anfänglichen 80er-Jahre durch Fällung einiger Leitentscheide wie z.B. die Entscheide *Tyres*<sup>42</sup> (körperliche Züchtigung durch Gerichte), *Marckx*<sup>43</sup> (Benachteiligung unehelicher Kinder) und *Dudgeon*<sup>44</sup> (Kriminalisierung gleichgeschlechtlicher sexueller Handlungen). Dieses Heranreifen der Relevanz der EMRK zu einem eigentlichen Verfassungssystem ging Hand in Hand mit einer steigenden Akzeptanz des Gerichtshofs durch die Konventionsstaaten.<sup>45</sup> Der EGMR selbst beschrieb die Rolle und Funktion der EMRK im Urteil *Loizidou*<sup>46</sup> zutreffenderweise als «*constitutional instrument of European public order*»<sup>47</sup>, also als verfassungsrechtliches Instrument der europäischen öffentlichen Ordnung.<sup>48</sup>

Weitere, wegleitende Urteile folgten. Dies ist zurückzuführen auf die mutigere 22 und aktivere Herangehensweise des Gerichtshofs und die positive Resonanz auf seine Rechtsprechung.<sup>49</sup> Darüber hinaus kann dies auch auf die Verbreitung der Tradition der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa zurückgeführt werden.<sup>50</sup> Die herangereifte Akzeptanz des Gerichtshofs mündete schliesslich darin, dass sich die Anzahl der Vertragsstaaten bis in die 90er-Jahre verdreifachte und alle beigetretenen Staaten eine entsprechende Erklärung nach Art. 46 aEMRK abgegeben bzw. diese erneuert hatten.

Dies führte zu einem enormen Anstieg der Arbeitslast des Gerichtshofs. Die jährlichen Fallzahlen schossen zwischen 1981 und 1993 von 404 auf 2'037 hoch.<sup>51</sup> 23 Da ohnehin alle Mitgliedsstaaten sich zu diesem Zeitpunkt freiwillig der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterworfen hatten, waren die Vorbehaltsklauseln obsolet geworden.<sup>52</sup> Folge hiervon war die Ratifikation des 11. Zusatz- bzw. Änderungsprotokolls. Dieses sah unter anderem eine effizientere Ausgestaltung der

<sup>42</sup> Urteil des EGMR *Tryer gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. April 1987, Serie A Bd. 26.

<sup>43</sup> Urteil des EGMR *Marckx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 31.

<sup>44</sup> Urteil des EGMR *Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1981, Serie A Bd. 45.

<sup>45</sup> Vgl. HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, vii; BATES, Consensus, 55 f.

<sup>46</sup> Urteil des EGMR *Loizidou gegen die Türkei* vom 23. März 1995, Serie A Bd. 310.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>48</sup> Vgl. auch SCHMAHL in: Stern/Sodan/Möstl, § 61 N 49; WILDHABER, EuGRZ, 542.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu eingehend FROWEIN, 8 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BATES, 384 f.

<sup>51</sup> BBI 1995 I 999, 1004.

<sup>52</sup> RYSSDAL, 18 f.



Individualbeschwerdeverfahren, die Zusammenlegung der Kommission<sup>53</sup> mit dem Gerichtshof sowie die Streichung der optionalen Unterwerfung und somit eine ständige Errichtung des EGMR vor.<sup>54</sup>

- 24 Später traten nahezu alle europäischen Staaten dem Europarat bei und ratifizierten die EMRK, womit sich heute 46 Staaten der Rechtsprechung des EGMR unterworfen haben.<sup>55</sup> Diese räumliche sowie durch weitere Zusatzprotokolle auch materielle<sup>56</sup> Ausdehnung der EMRK wurde begleitet durch eine andauernde Fortbildung der Konventionsrechte durch eine dynamische und evolutive Auslegung der Konventionsrechte im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR.<sup>57</sup>
- 25 Heute steht der EGMR unter einer enormen Arbeitslast. Allein im Jahr 2020 bearbeitete er rund 39'000 Fälle.<sup>58</sup> Diese Beschwerdeflut übt einen anhaltenden Reformdruck aus, da der EGMR eine subsidiäre Gerichtsinstanz darstellen sollte und keinen Ersatz für nationale Gerichte. Insbesondere Länder mit schwachen Justizstrukturen und fehlenden Anreizen zu deren Verbesserung bereiten dem EGMR nachhaltig viel Arbeit.<sup>59</sup> Eine vollumfängliche Reform steht jedoch vor der Hürde, dass zu deren Verbindlichkeit grundsätzlich alle 46 Vertragsstaaten zustimmen

---

<sup>53</sup> Die Kommission prüfte nach Art. 26 aEMRK als «Filter» die Zulässigkeit der Beschwerde, stellte den Sachverhalt fest und hielt sich bereit für eine gütliche Einigung der Parteien.

<sup>54</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Botschaft Protokoll Nr. 11, 1011 ff.

<sup>55</sup> Bis vor kurzem waren es noch 47 Mitgliedsstaaten. Jedoch wurde am 16. März 2022 die Russische Föderation als Mitglied infolge der Aggression gegen die Ukraine ausgeschlossen.

<sup>56</sup> Die Schweiz hat dabei jedoch lediglich die folgenden rechtserweiternden Zusatzprotokolle unterzeichnet: 1 (Schutz des Eigentums, Recht auf Bildung, Recht auf freie Wahlen [nicht ratifiziert]), 6 und 13 (Abschaffung der Todesstrafe [ratifiziert]) und 7 (Verfahrensgarantien bei der Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern [ratifiziert]). Stand: [30. Dezember 2022]).

<sup>57</sup> Vgl. hierzu unten Rz. 32 ff.; vgl. zur Entwicklung: LÖRCHER in: Dorssemont/Lörcher/Schömann, 9 f.

<sup>58</sup> Jahresbericht des EGMR 2020, 159. So ist es geläufig, den EGMR deswegen auch als Opfer seines eigenen Erfolgs zu bezeichnen.

<sup>59</sup> So gingen im Jahr 2020 ein Grossteil der Beschwerden gegen Russland und die Türkei ein, wobei dies sich mit Blick auf die Beschwerden pro Einwohner wiederum relativiert (vgl. Jahresbericht des EGMR 2020, 161). Darüber hinaus sagt die Zahl nichts über die Begründetheit der Beschwerde oder die Schwere der vorgeworfenen Verletzung aus. Vgl. zur Gefährdung durch den mangelnden Willen zur Umsetzung BATES, 516; DERS., HRLR, 4 f.

müssen. Eine vollständige Reform des Rechtsschutzsystems ist daher entweder aussichtslos, schwerfällig oder für die Konventionsstaaten lediglich optional.

Bis heute ist der EGMR auch für die Schweiz in seine Rolle als ständige, anerkannte internationale Gerichtsinstanz gewachsen. Während jedoch in den 90er-Jahren noch kritisiert wurde, der EGMR sei zu zurückhaltend bei der Feststellung von Verletzungen,<sup>60</sup> steht er heute in politisch brisanten Fragen vermehrt in der Kritik wegen des Spannungsfelds internationaler Justiziabilität mit dem Demokratie- und Gewaltentrennungsprinzip.<sup>61</sup> Nichtsdestotrotz gilt das Rechtsschutzsystem der EMRK als das heute wohl fortschrittlichste internationale System zum Schutz der Menschenrechte.<sup>62</sup> 26

## II. Auslegungsprinzipien der EMRK

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch internationale Gremien divergiert teils erheblich von der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften bzw. Verträge. Dies hat zum einen damit zu tun, dass die dortigen Gremien aus Personen mit unterschiedlichen rechtlichen und sozialen Hintergründen zusammengesetzt sind, und zum anderen, dass insbesondere die Vertragstexte zum Schutz von Menschenrechten wie jener der EMRK oft mehrdeutige Kompromissformeln enthalten und somit stärker auslegungsbedürftig sind.<sup>63</sup> Ausgangspunkt für die Auslegung internationaler Verträge ist das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (*Wiener Vertragskonvention*, WVK). Diese ist als Kodifikation des Völkergewohnheitsrechts für die Auslegung der EMRK anwendbar, auch wenn die WVK streng genommen erst später in Kraft trat.<sup>64</sup> 27

Im Lichte der Abstraktheit und Offenheit der Normen der EMRK kommt ihrer Auslegung im Lichte des gesellschaftlichen Wandels seit ihrer Verfassung eine grosse Bedeutung zu. Hinzu kommt, dass seit ihrem Inkrafttreten die Anzahl 28

<sup>60</sup> Vgl. BATES, HRLJ, 265; BENVENISTI, 852; MAHONEY/PREBENSEN, 642 f.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu eingehend DIGGELMANN/PANGRAZZI, *passim*.

<sup>62</sup> Vgl. BATES, HRLR, 15 f.; DE SCHUTTER, 240; HOBE, 378; MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 1 zur Einleitung; STEIN/VON BUTTLAR/KOTZUR, Rz. 1030.

<sup>63</sup> Vgl. BERNHARDT, 11 f.

<sup>64</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 65; allgemein VITZTHUM/PROELSS, 47 ff.

der Mitgliedsstaaten von 10 auf 46 stark angestiegen ist,<sup>65</sup> was die Feststellung eines Konsenses aller Mitgliedsstaaten über den Inhalt der einzelnen Konventionsrechte anspruchsvoller macht. Das nachstehende Kapitel soll einen groben Überblick über die Eigenheiten der Auslegung der EMRK durch den EGMR verschaffen.

## 1. Grammatikalische Auslegung

- 29 Ausgangspunkt für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge ist zunächst deren Wortlaut unter Beachtung von Treu und Glauben und dem Ziel und Zweck des Vertrages (Art. 31 Ziff. 1 WVK).<sup>66</sup> Für die EMRK sind die englisch- und die französischsprachige Fassung gleichermaßen massgeblich.<sup>67</sup> Dies hat die Vermutung zur Folge, dass der Text in beiden Sprachen dieselbe Bedeutung hat (Art. 31 Ziff. 3 WVK). Nur wenn mittels Auslegung eine allfällige Divergenz nicht ausgeräumt werden kann, so ist jene Bedeutung zu wählen, die den Normzweck am besten widerspiegelt (Art. 33 Ziff. 4 WVK). Erwähnenswert ist diesbezüglich die Günstigkeitsregel in Art. 53 EMRK, wonach die Konventionsrechte so auszulegen sind, dass sie den nationalen Rechtsschutz ergänzen und nicht einschränken sollen.

## 2. Systematische Auslegung

- 30 Gemäss Art. 31 WVK sind völkerrechtliche Verträge systematisch auszulegen. Dabei ist zunächst an die Systematik der EMRK selbst zur Sicherstellung innerer Kohärenz zu denken.<sup>68</sup> Der EGMR zieht dafür auch Rechtsquellen ausserhalb der EMRK hinzu. So stützt er sich auf Zusatzprotokolle, Beschlüsse und Empfehlungen der Organe des Europarates, Empfehlungen und Beobachtungen anderer

---

<sup>65</sup> Stand: 30. Dezember 2022.

<sup>66</sup> *Ordinary meaning-rule*, vgl. VITZTHUM/PROELSS, 56.

<sup>67</sup> Vgl. Titel «Unterschriften» der EMRK.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 66 (*internal consistency and harmony*).

internationaler Organisationen sowie andere völkerrechtliche Verträge oder Entwicklungen innerhalb der Konventionsstaaten.<sup>69</sup>

Im Rahmen dieser sog. *integrativen Auslegung* beachtet der EGMR auch die nichtbindende Interpretation von Ausschüssen, *Soft Law* und Verträgen, die die Vertragsstaaten im Einzelfall allenfalls auch nicht unterzeichnet und/oder ratifiziert haben.<sup>70</sup> Grund für die Beachtung dieser Normen ist, dass sie gemeinsame Werte reflektieren können und damit eine Kodifikation der Entwicklung und Praxis des internationalen Menschenrechtsschutzes darstellen können. Gerade im Bereich des Arbeitsvölkerrechts berücksichtigt der EGMR daher die Rechtsquellen und Auslegungen der Expertengremien der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).<sup>71</sup> Auf sie ist in einem separaten Kapitel näher einzugehen.<sup>72</sup>

### 3. Teleologische bzw. dynamische Auslegung

#### 3.1 Allgemeines

Menschenrechtsverträge sind i.d.R. auf eine dauerhafte Bindung und Zusammenarbeit ausgelegt, weshalb ihrer Auslegung nach ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) erhöhte Bedeutung zukommt. So würde eine historisch orientierte Auslegung der EMRK nach dem Verständnis bei Unterzeichnung im Jahre 1950 der Idee der Konventionsrechte kaum gerecht. Daraus abgeleitet wird der Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*). Dieser verlangt, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nach Ziel und Zweck des Vertrags und der dauerhaften Förderung des übergeord-

<sup>69</sup> Zur Bedeutung im Einzelnen für die Auslegung vgl. KLOCKE, 158 ff.; Urteile des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 74 f.; *Al-Adsani gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. November 2001 (Nr. 35763/97), § 55; *Rantsev gegen Zypern und die Russische Föderation* vom 7. Januar 2010 (Nr. 25955/04), § 274; *RMT gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. April 2014 (Nr. 31045/10), § 76.

<sup>70</sup> Vgl. insb. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 60, 78, 85. Vgl. weiter KLOCKE, 158 f. m.w.H.; SCHUBERT in: EurArbKom, N 11 ff. zu Art. 1 EMRK.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu Urteile des EGMR *RMT gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. April 2014 (Nr. 31045/10), § 97 f.; *Adefdromil gegen Frankreich* vom 2. Oktober 2014 (Nr. 32191/09), § 59; vgl. zur ähnlichen Frage der Ausdehnung in der EU: KINGREEN, 359.

<sup>72</sup> Vgl. eingehend auch unten Rz. 45 ff.

neten Vertragszwecks ausgelegt wird.<sup>73</sup> Darüber hinaus wird die EMRK autonom und für alle Mitgliedsstaaten einheitlich ausgelegt.<sup>74</sup>

- 33 Entsprechend legt der EGMR die Konvention dynamisch-evolutiv unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* aus. Aufgrund ihrer Anpassungsfähigkeit an moderne Gegebenheiten bezeichnet er sie als *living instrument*.<sup>75</sup> Gemeint ist damit die progressive bzw. zeitgemässe Auslegung der Konventionsrechte im Lichte des fortlaufenden sozialen, ökonomischen und ethischen Wandels der Gesellschaft. Anders ausgedrückt befindet sich die Konvention nicht in einem Vakuum, sondern entwickelt sich selbständig fort und passt sich der Dynamik ihres Umfeldes mit dem Ziel grösstmöglicher Wirksamkeit an.<sup>76</sup> Dies bedingt eine Auslegung nach zeitgemässen Anschauungen, insbesondere weil der Text der Konvention teilweise an sich stark wandelnde Werte anknüpft wie z.B. die Moral (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK).<sup>77</sup> Weiter ist dabei das übergeordnete Ziel der EMRK zu beachten, die Ideale und Werte demokratischer Gesellschaften zu wahren und zu fördern.<sup>78</sup>
- 34 Gemäss dem EGMR sollen die Konventionsrechte praktische Geltung erlangen und nicht nur als theoretische oder illusorische Rechte bestehen; dies rechtfertige letztlich eine weiterreichende und moderne Auslegung der EMRK.<sup>79</sup> Ergebnis

---

<sup>73</sup> HERDEGEN, 149 f.; KEMPEN/HILLGRUBER/GRABENWARTER, 69 f.; POTACS, 466 f.; STEIN/VON BUTTLAR/KOTZUR, Rz. 84; vgl. jedoch der Kontrast zur Vermutung für andere völkerrechtliche Verträge: Urteil des IGH vom 7. September 1927, Serie A Nr. 10, *Lotus*, 18. Gemäss IGH ist im Sinne des Grundsatzes *in dubio mitius* jene Interpretation zu wählen, welche die staatliche Souveränität am wenigsten beschränkt (vgl. auch BERNHARDT, Interpretation, 70; POTACS, 466). Zum Begriff im europäischen Arbeitsrecht vgl. REBHAHN/FRANZEN, § 17 N 44 ff.

<sup>74</sup> Vgl. zur Auslegung im Allgemeinen Urteil des EGMR *Golder gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1975, Serie A Bd. 18, § 35 ff.; zur dynamisch-autonomen Interpretation vgl. MATSCHER, 109 ff.; BERNHARDT, 23; DERS., Interpretation, 67; MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 48 zur Einleitung. Dieser Grundsatz widerspiegelt letztlich aber auch einen begrenzenden Aspekt durch den Ermessensspielraum des Staates (vgl. VAN DIJK, 22 f.). Vgl. zur ökonomischen Analyse unter Effizienzgesichtspunkten: BUENO, RGDP 2012, 96 f.

<sup>75</sup> Statt vieler: Urteil des EGMR *Tyrer gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. April 1978, Serie A Bd. 26, § 31.

<sup>76</sup> Urteil des EGMR *Loizidou gegen die Türkei* vom 23. März 1995 (Nr. 15318/89), § 72.

<sup>77</sup> STREUER, 108 f.

<sup>78</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Mamatkulov und Abdurasulovic gegen die Türkei* vom 4. Februar 2005 (Nr. 46827/99, 46951/99), § 101.

<sup>79</sup> Vgl. insb. EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 24. Zu Art. 33 Abs. 4 WVK vgl. VITZTHUM/PROELSS, 56.

hiervon ist ein immerwährend sich wandelnder und differenzierterer Schutz der Menschenrechte in Europa. Die EMRK gilt daher auch als *law-making treaty*.<sup>80</sup> Im Bereich dieser rechtsfortbildenden Rolle steht der EGMR in einem gewissen Spannungsfeld: So hat er in seiner Rechtsprechung die Rechtswirklichkeit der Vertragsstaaten sowie die Pluralität innerhalb der europäischen Gemeinschaft zu beachten und gleichzeitig den gesellschaftlichen Wandel nachzuvollziehen, ohne aber entgegen der Realität in den Konventionsstaaten «vorzupreschen».<sup>81</sup> Treffend hält er fest:

«[I]t is appropriate to remember that the Convention is a **living instrument** which must be **interpreted in the light of present-day conditions**, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights, thus necessitating greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies. In other words, limitations to rights must be construed restrictively, in a manner which gives **practical and effective protection** to human rights [...].»<sup>82</sup>

### 3.2 Konsensmethode und integrative Auslegung im Besonderen

#### a) Allgemeines

Die Feststellung des gemeinsamen Werteverständnisses der Konventionsstaaten für die Auslegung der EMRK macht der EGMR insbesondere durch Hinzuziehen rechtsvergleichender Elemente sowie die Analyse internationaler Entwicklungen auf dem fraglichen Rechtsgebiet (*Konsensmethode*).<sup>83</sup> Der EGMR zieht so andere Rechtsquellen als Inspirationsquelle zur Auslegung der Konventionsrechte in Betracht. Darunter fallen Entscheidungen wichtiger internationaler Organe oder Gerichte, denen im einschlägigen Fachgebiet eine hohe Beachtung zukommt, so insbesondere auch der ILO.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> CREMER in: EMRK/GG-Komm., § 4 N 18 ff.

<sup>81</sup> Vgl. RESS, 308; BATES, Consensus, 50 f.; SZCZEKALLA, 876 ff.

<sup>82</sup> Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 146 m.w.H. auf die Rechtsprechung (Hervorhebung durch den Autor). GRABENWARTER/PABEL, § 5 N 16, sehen darin indessen keine Frage der Auslegung des Schutzbereichs, sondern viel eher die Definition der Gewichtung der wichtigen Gründe oder der Schwere eines Eingriffs.

<sup>83</sup> So z.B. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 84 f. Zur systematischen Rolle der EMRK vgl. oben Rz. 30 f. Vgl. auch MANTOUVALOU, 536.

<sup>84</sup> Vgl. ROZAKIS, 257, 261.

- 36 Diese holistische Betrachtung der internationalen rechtlichen Rahmenbedingungen hat zum Vorteil, dass der EGMR damit eine Basis zur Legitimierung einer erweiterten Auslegung der Konventionsrechte schafft. Durch Beachtung des gesamten internationalen Rechtsgefüges unter Bezug auf den Grundsatz *effet utile* weist die Konsensmethode bzw. die integrative Auslegung Elemente einer teleologischen sowie einer systematischen Auslegung auf.<sup>85</sup>
- 37 Der EGMR nimmt insbesondere Rückgriff auf die folgenden Elemente:
- internationale Rechtsquellen;
  - Auslegungen dieser Quellen durch zuständige internationale Organe;<sup>86</sup> sowie
  - die Praxis der Konventionsstaaten.
- 38 Unter die internationalen Rechtsquellen fallen insbesondere alle Quellen der sog. Weltarbeitsverfassung. Gemeint sind damit alle ILO-Abkommen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen in UN-Menschenrechtsabkommen sowie in regionalen Menschenrechtsverträgen.<sup>87</sup> Auf die Rolle der Rechtsquellen der ILO in der Rechtsprechung des EGMR wird im nächsten Unterkapitel näher eingegangen.
- 39 Die Lehre und auch die Politik stehen der Konsensmethode teils mit gemischten Gefühlen gegenüber.<sup>88</sup> Sie wird insbesondere aus demokratischen Erwägungen kritisiert, dass sie als Basis für die Erweiterung der Menschenrechte durch ein Judikativorgan dienen kann, ohne dass ein formeller Rechtssetzungsprozess durchlaufen wird.<sup>89</sup> Genau deshalb unterstehen nationale Gerichte teilweise einer

---

<sup>85</sup> Vgl. DRÖGE, 249. Zur gesamthaften Auseinandersetzung mit der Kritik zu dieser Rechtsprechung vgl. LÖRCHER in: The European Convention, § 1, 11 ff.; krit. KLOCKE, 162 ff.; zur Problematik in diesem Rahmen bei einem Beitritt der EU zur EMRK: GRABENWARTER/PABEL, § 5 N 13.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu insb. nachstehend Rz. 45.

<sup>87</sup> Zum Begriff vgl. PÄRLI, AJP, 1533 ff., 1541.

<sup>88</sup> Vgl. FROWEIN, 20 ff., 24 ff.; KRIEGER, 208 f.; VON UNGERN-STERNBERG, 323 ff. Vgl. zur Abfederung der Auswirkungen der Globalisierung auf die Rechte der Arbeitnehmenden HEPPEL, 140 ff.; LÖRCHER in: Dorsssement/Lörcher/Schömann, § 1 N 3; SEN, 127 ff. Zur Kritik vgl. auch FOLLESDAL, 194, insb. Fn. 21; WILDHABER, EuGRZ, 541.

<sup>89</sup> Vgl. DIGGELMANN/PANGRAZZI, 109 ff.; MOUTEL, Rz. 94, 166. Gerade auch deshalb bezweckt Art. 190 BV den Schutz der Organhierarchie in der Schweiz (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 2087).

Form der Gewaltenhemmung, an welche sich der EGMR nicht gebunden sieht.<sup>90</sup> Den Richter\*Innen des EGMR kommt im Rahmen dieser Fortbildungsfunktion gewissermassen auch die Rolle eines supranationalen Gesetzgebers zu.<sup>91</sup> Gerade in der Schweiz gerieten in jüngster Zeit Volksinitiativen und Rechte der EMRK in Konflikt, was heikle Fragen zum Verhältnis zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip aufgeworfen hat.<sup>92</sup> So bezieht der EGMR im Rahmen der Konsensmethode auch nicht ratifizierte völkerrechtliche Verträge in seine Erwägungen ein, was als Durchbrechung des völkerrechtlichen Konsensprinzips und eine Beschneidung staatlicher Souveränität gesehen werden kann.<sup>93</sup>

Die Kritik an der Konsensmethode gilt es m.E. jedoch zu relativieren. Denn der EGMR verfügt über keine Vollstreckungshoheit betreffend seine Urteile. Eine zu progressive Rechtsprechung gefährdet letztlich lediglich seine eigene Stellung, indem er riskiert, dass die Konventionsstaaten Urteile nicht mehr akzeptieren bzw. umsetzen und die EMRK im Ergebnis ihre praktische Relevanz verliert.<sup>94</sup> Somit hat der EGMR ein Eigeninteresse zur Zurückhaltung, um seine eigene Relevanz in der Rechtsdurchsetzung der Konventionsstaaten nicht zu gefährden. 40

Schliesslich berücksichtigt der EGMR in seiner Rechtsprechung auch die nationale Praxis der Konventionsstaaten. Je ähnlicher sich die nationalen Regelungen in den Konventionsstaaten sind, desto eher schliesst sich der EGMR dieser Praxis an oder gesteht einen weniger grossen Ermessensspielraum für einzelstaatliche Lösungen zu.<sup>95</sup> Auf diesem Wege nimmt er eine Vereinheitlichung des Menschen- 41

---

<sup>90</sup> So kennen z.B. gewisse Staaten eine *political question doctrine*. Vgl. hierzu das Massgeblichkeitsprinzip nach Art. 190 BV, welches dem schweizerischen Bundesgericht eine «Übersteuerung» von Bundesgesetzen untersagt. Eingehend zur Doktrin: HARRISON, *passim*. Der EGMR anerkennt eine solche jedoch zumindest nicht ausdrücklich (vgl. hierzu KRIEGER, 198).

<sup>91</sup> Vgl. BRAUCH, 147, für eine Rückkehr zum Konventionstext; MELCHIOR, 411 f., der Parallelen zu nationalen Verfassungsgerichten zieht.

<sup>92</sup> Vgl. DIGGELMANN/PANGRAZZI, *passim*; KLOCKE, 149 f. Dabei ist der Umstand konfliktträchtig, dass der Schutz der demokratischen Werte gleichwohl auch Ziel der EMRK darstellt (vgl. Urteil des EGMR *Mamatkulov und Abdurasulovic gegen die Türkei* vom 4. Februar 2005 [Nr. 46827/99, 46951/99], § 101).

<sup>93</sup> Vgl. dazu eingehend KRIEGER, 194 ff.

<sup>94</sup> BERNHARDT, 23; BATES, HRLR, 15 f. Vgl. zu den Durchsetzungsinstrumenten unten Rz. 60 ff.

<sup>95</sup> Vgl. zum Ermessen unten Rz. 185 ff.



rechtsschutzes in Europa nur dort wahr, wo sich eine solche aufdrängt.<sup>96</sup> Diese Methode muss indessen auch im umgekehrten Fall bei einer Einschränkung der Konventionsrechte gelten.<sup>97</sup>

- 42 Wann Konsens unter den Konventionsstaaten vorliegt, ist unklar. Aus der Rechtsprechung des EGMR kann keine eindeutige abstrakte Zustimmungsquote hergeleitet werden, da eine solche aufgrund der Eigenheiten der jeweiligen Materie ohnehin kaum bestimmbar wäre. Im Ergebnis darf aber nicht gefordert werden, dass jeder einzelne Vertragsstaat seine Gesetzeslage nachgeführt hat, weil dadurch die Methode diesfalls ihres Sinnes beraubt würde.<sup>98</sup> Folglich ist m.E. ein Mittelweg einzuschlagen, wobei insbesondere die Zustimmungsquote, die Art des Falles, andere internationale Verpflichtungen bzw. Absichtserklärungen, der gesellschaftliche Wandel im fraglichen Bereich sowie die Kontroversen auf nationaler Ebene zu berücksichtigen sind.
- 43 Integrativ ist diese Auslegung, weil der EGMR zur Erstellung des Konsenses bzw. der Staatenpraxis auch Bezug auf arbeitsvölkerrechtliche Rechtsquellen der ILO sowie die ESC nimmt.<sup>99</sup> Dies führt zu einer Brückenbildung zwischen Freiheitsrechten, Sozialrechten und *Soft Law*.<sup>100</sup> Besonders für das schweizerische Arbeitsrecht birgt dies enormes Potenzial, da auf eine Fülle oftmals nicht direkt

---

<sup>96</sup> Statt vieler: MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER in: HK-EMRK, N 9 zur Einleitung.

<sup>97</sup> VON UNGERN-STERNBERG, 336 unter Berufung auf demokratische Grundsätze; vgl. zur allgemeinen Auslegung im Völkerrecht ILC (A/CN.4/660), § 60 ff., insb. § 62.

<sup>98</sup> Gl. M. SZCZEKALLA, 880 f.; eher krit. KELLER/HEFTI, 602.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 35 ff.

<sup>100</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 68 ff.; *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 143 ff.; *Harakchiev und Tolumov gegen Republik Bulgarien* vom 8. Juli 2014 (Nr. 15018/11, 61199/12), § 204. Ohne Bezug trotz Kritik durch die ILO und den Europäischen Ausschuss für soziale Rechte hingegen Urteil des EGMR *Koufaki und AEDY gegen Griechenland* vom 7. Mai 2013 (Nr. 57665/12, 57657/12); PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1051 ff. Vgl. zur EU-GRC und zur Wechselwirkung zwischen EuGH und EGMR HEUSCHMID, 2, 7; vgl. MANTOUVALOU, 538 (*cross-fertilization*). Allgemein zu nichtzwingenden Normen im internationalen Arbeitsrecht vgl. SEN, 124 f.

justiziablen Quellen zurückgegriffen werden kann.<sup>101</sup> Besonders bedeutsam für arbeitsrechtliche Aspekte sind diesbezüglich die mittlerweile bald 190 ILO-Konventionen und die dazugehörigen Auslegungshilfen. Die integrative Auslegung führt letztlich zu einer wechselseitigen Verstärkung zwischen sozialen Grundrechten und allgemeinen Freiheitsrechten.<sup>102</sup>

Die Expansion durch Interpretation des EGMR kennt natürlich auch Grenzen. So bleibt die Einführung völlig neuer rechtlicher Konzepte Sache der innerstaatlichen Gesetzgebungsorgane.<sup>103</sup> Weiter besteht eine (zumindest beschränkt) hemmende Wirkung bei Uneinigkeit zu einer Rechtsfrage insbesondere innerhalb des Europarats.<sup>104</sup> Auch wird davon abgesehen, durch Auslegung der EMRK unbesehen die Rechtsquellen der Europäischen Union allen anderen europäischen Staaten aufzuzwingen.<sup>105</sup> Weiter bedarf die Berücksichtigung von *Soft Law* einer gewissen Legitimation, welche sich aus der EMRK selbst ergeben muss.<sup>106</sup> Schliesslich findet sich eine praktische Grenze bei der bereits erwähnten Akzeptanz der nationalen Organe, die über die praktische Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR entscheiden.<sup>107</sup> 44

## b) Berührungspunkte mit der ILO im Besonderen

Die Internationale Arbeitsorganisation (*international labour organisation*, ILO) wurde 1919 als Antwort auf die prekären Arbeitsumstände in Europa gegrün- 45

---

<sup>101</sup> Insbesondere die Quellen der ILO. Diese können einerseits (für die ratifizierenden Staaten verbindliche) Konventionen und Protokolle sowie (nicht verbindliche) Empfehlungen umfassen. Der EGMR verweist in seinen Urteilen auch auf unverbindliche Empfehlungen und schliesst eine Anwendung trotz fehlender Ratifikation durch den betroffenen Konventionsstaat nicht aus (vgl. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 [Nr. 34503/97], § 86). Krit. KLOCKE, 162 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BUCHHOLTZ, § 10 N 22. Vgl. zur Entwicklung SCHAMBECK, 79 ff.

<sup>103</sup> Vgl. bzgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK Urteil des EGMR *Feldbrugge gegen die Niederlande* vom 29. Mai 1986, Serie A Bd. 99, Gemeinsame abweichende Meinung der Richter\*Innen Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt und Gersing, § 26 f.

<sup>104</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Animal Defenders International gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. April 2013 (Nr. 48876/08), § 123.

<sup>105</sup> VON UNGERN-STERNBERG, 336.

<sup>106</sup> KLOCKE, 163; vgl. LÖRCHER, 1 ff.

<sup>107</sup> Vgl. hierzu KUNZ, 31 ff.

det.<sup>108</sup> Schon früh publizierte sie Empfehlungen hinsichtlich Mindeststandards zum Schutz von Arbeitnehmenden, so z.B. in den Bereichen der Arbeitszeiten, der Kinderarbeit und der Nacharbeit. Nach Gründung der UNO wurde die ILO dieser institutionell angegliedert.

- 46 Die ILO ist kein Rechtssetzungsorgan. Sie arbeitet Empfehlungen und Protokolle aus und unterstützt diverse Studien mit dem Ziel zur Verbesserung der globalen Arbeitsbedingungen. Ihre mittlerweile insgesamt 190 Kodifikationen<sup>109</sup> sind von den nunmehr 187 ILO-Mitgliedsstaaten<sup>110</sup> unterschiedlich umfassend ratifiziert. Darüber hinaus verfügt die ILO zwar über Kontrollorgane, jedoch wird die Umsetzung der Konventionen durch die Mitgliedsstaaten namentlich durch Expertenkommissionen auf Basis von Jahresberichten der Staaten kontrolliert. Darauf gestützt verfassen die Kommissionen sog. Empfehlungen.<sup>111</sup> Diese können beim Internationalen Gerichtshof (IGH) angefochten werden, auch wenn für deren Nichteinhaltung keine Sanktionierung durch die ILO vorgesehen ist (vgl. Art. 33 ILO-Übereinkommen).<sup>112</sup> Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass solchen Empfehlungen keine Relevanz zukommt. So besteht ein Umsetzungsdruck bei ratifizierten<sup>113</sup> sowie bei nicht ratifizierten Konventionen<sup>114</sup>.
- 47 Wie oben dargelegt nimmt der EGMR systematisch Bezug auf ILO-Konventionen zur Auslegung der EMRK in arbeitsrechtlichen Fragen. *Ratio* für eine solche Berücksichtigung ist einerseits die Systematik des Völkerrechts und andererseits die Vereinheitlichung völkerrechtlicher Standards, denen besonders im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes der EMRK Geltung zukommt.<sup>115</sup> So sollte die EMRK mög-

---

<sup>108</sup> Vgl. ausführlich DUNAND/WITZIG, 1 ff. m.w.H.

<sup>109</sup> Davon bezeichnet die ILO selbst jedoch einige als nicht mehr relevant bzw. veraltet, weshalb nicht alle davon heute von Relevanz sind.

<sup>110</sup> Stand: 30. Dezember 2022. Von den UNO-Mitgliedsstaaten sind lediglich Andorra, Bhutan, Liechtenstein, Mikronesien, Monaco, Nauru und Nordkorea keine Mitglieder.

<sup>111</sup> Zur Durchführung im Einzelnen vgl. DUNAND/WITZIG, 60 ff. Darüber hinaus besteht aber auch z.B. ein Beschwerdeverfahren auf Basis der ILO-Konvention Nr. 87 für Gewerkschaften.

<sup>112</sup> DUNAND/WITZIG, 78 ff. sowie 71 f. bzgl. einer Auflistung prominenter Fälle. Zum zusätzlichen Beschwerdeverfahren vgl. BERSSET BIRCHER/MEIER, 584 ff.

<sup>113</sup> Vgl. hierzu die Beispiele in DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 64 f.

<sup>114</sup> So verpflichtet Art. 19 Abs. 5 lit. b der ILO-Verfassung die Vorlage der neuen Konvention innerhalb eines Jahres an die innerstaatlich zuständige Stelle. Zu diesem *Nudging* unter der ILO-Verfassung vgl. KRAJEWSKI, 6 f.

<sup>115</sup> Vgl. oben Rz. 35 ff.

lichst mit den anderen Regeln des internationalen Rechts im Einklang stehen.<sup>116</sup> Der Rückgriff auf ILO-Konventionen bietet sich diesbezüglich insbesondere im Lichte des weitaus höheren Konkretisierungsgrads an.<sup>117</sup>

Die wohl wichtigsten Konventionen im Rahmen der sog. Kernarbeitsnormen sind ILO 89 und 98 (Gewerkschaftsfreiheit), ILO 29 und 105 (Verbot der Zwangsarbeit), ILO 100 und 111 (Verbot der Diskriminierung) sowie ILO 138 und 182 (Verbot der Kinderarbeit). An der 110. Arbeitskonferenz im Juni 2022 hat die ILO darüber hinaus jüngst die ILO-Konventionen 155 und 187 (Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz) zu Kernarbeitsnormen erklärt.<sup>118</sup> Hintergrund dieser Entwicklung waren insbesondere die Defizite im Gesundheitsschutz, die sich besonders während der Covid-Pandemie gezeigt haben.<sup>119</sup> 48

Die Kernarbeitsnormen der ILO unterscheiden sich insoweit von anderen ILO-Konventionen, als sie aufgrund ihres wichtigen Gehalts weitreichendere Verbindlichkeit haben, insbesondere wenn ein Staat sie nicht ratifiziert hat. So hält die Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen vom 18. Juni 1998 fest, dass alle ILO-Staaten einzig aufgrund ihrer Mitgliedschaft verpflichtet sind, die darin enthaltenen Grundsätze einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen, und dies unabhängig von einer Ratifikation.<sup>120</sup> In der Literatur wird in diesem Rahmen schliesslich diskutiert, ob die Kernarbeitsnormen somit aus Erwägungen des Soft Law<sup>121</sup> oder des Völkergewohnheitsrechts<sup>122</sup> verbindlich sind. 49

Während diese Diskussion besonders im Rahmen ihrer direkten Anwendung in der binnenstaatlichen Rechtsfindung von Relevanz sein kann, ist die genaue Rechtsnatur der Verbindlichkeit der Kernarbeitsnormen für den Zweck dieser Abhandlung grundsätzlich nicht von Belang. So ist aufgrund des Wortlauts der Erklärung von 1998 zumindest von einer globalen Verbindlichkeit ihrer *allgemeinen Prin-* 50

---

<sup>116</sup> Urteil des EGMR *Al-Adsani gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. November 2001 (Nr. 35763/97), § 55.

<sup>117</sup> Vgl. DEMIR, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 14 ff.

<sup>118</sup> Vgl. <<https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/areasofwork/fundamental-principle/lang--en/index.htm>> (abgerufen am: 30. Dezember 2022).

<sup>119</sup> Vgl. CIRIGLIANO/SCHAUB, Rz. 1.

<sup>120</sup> Vgl. ILO, Erklärung vom 18. Juni 1998.

<sup>121</sup> BÖHMERT, 79.

<sup>122</sup> KRAJEWSKI, 13 m.w.H.

zipien der Kernarbeitsnormen auszugehen.<sup>123</sup> Daher stehen Einwände betreffend die rechtliche Verbindlichkeit einer Beachtung durch den EGMR im Rahmen der Konsensmethode nicht im Wege, zumal der EGMR korrekterweise ohnehin nicht auf die Ratifikation einer Konvention im Einzelfall abstellt; viel eher berücksichtigt er die ILO-Konventionen als möglichen internationalen Standard, welchen besonders die Kernarbeitsnormen verkörpern.<sup>124</sup> Sofern es sich also für die Auslegung der EMRK anbietet, ist von einer inhaltlichen Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den EGMR unabhängig ihres Ratifikationsstandes im beklagten Staat auszugehen. Denn schon die Pflicht aller Staaten zur Einhaltung ihrer Grundzüge bedeutet, dass die ILO-Kernarbeitsnormen eine Kodifikation des europäischen (bzw. globalen) Mindeststandards darstellen.

- 51 Letztlich gilt es anzumerken, dass viele Kernarbeitsnormen ohnehin von den meisten Mitgliedsstaaten ratifiziert sind.<sup>125</sup> Einzig die neuen Kernarbeitsnormen in den ILO-Konventionen 155 und 187 sind lediglich von 76 bzw. 60 Staaten ratifiziert, worunter sich die Schweiz derzeit nicht befindet.<sup>126</sup> Dieser Ratifikationsstand ist im Vergleich mit den anderen Kernarbeitsnormen derzeit noch vergleichsweise klein.<sup>127</sup> Dies hat m.E. jedoch wie oben dargelegt keinen Einfluss auf das Gewicht, welches ihnen der EGMR im Lichte ihrer Verbindlichkeit zugestehen sollte. Auch ist zu erwarten, dass sich mit ihrer Qualifikation als Kernarbeitsnormen sich die Anzahl Ratifikationen mittelfristig stark erhöhen wird. Mit Blick auf andere ILO-Konventionen, die keine Kernarbeitsnormen sind, bedeutet dies jedoch nicht, dass deren Ratifikationsstand für die Auslegung der EMRK nicht von Bedeutung ist. So weisen andere ILO-Konventionen weitaus weniger Ratifikationen auf, was – in Ermangelung anderer Indizien, die auf einen internationalen Standard hinweisen –

---

<sup>123</sup> Vgl. ILO, Erklärung vom 18. Juni 1998, 4: «[...] Erklärt, daß alle Mitglieder, auch wenn sie die betreffenden Übereinkommen nicht ratifiziert haben, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation verpflichtet sind, die Grundsätze betreffend die grundlegenden Rechte, die Gegenstand dieser Übereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäß der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen [...]»

<sup>124</sup> Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 77 ff.

<sup>125</sup> Der Stand der Ratifikation ist auf der Website der ILO (<[www.ilo.org](http://www.ilo.org)>) einsehbar. So sind alle genannten Konventionen von mindestens 157 bis 187 Staaten ratifiziert.

<sup>126</sup> Stand: 25. April 2023.

<sup>127</sup> So weist ILO 87 mit 157 Ratifikationen den nächsttieferen Ratifikationsstand der Kernarbeitsnormen auf (ohne Berücksichtigung des Zusatzprotokolls zu ILO 29).

für ihre Gewichtung bei der Entscheidungsfindung des EGMR berücksichtigt werden muss.<sup>128</sup>

Neben den ILO-Konventionen selbst berücksichtigt der EGMR ebenfalls die Ansichten der Expertenkommission der ILO.<sup>129</sup> Diese genießt international einen hohen Anerkennungsgrad, nicht zuletzt deshalb, weil sie tripartit ausgestaltet ist und durch renommierte Richter\*Innen sowie Professor\*Innen besetzt ist. Dies schafft auch eine gewisse Legitimation in der Berücksichtigung durch den EGMR.<sup>130</sup> Indessen bedeutet deren Berücksichtigung jedoch nicht, dass den Auffassungen der Expertenkommission im Einzelfall auch immer gefolgt wird.<sup>131</sup> 52

Das bezüglich der ILO-Konventionen oft zitierte Leiturteil des EGMR *Demir und Baykara*<sup>132</sup> zeigt illustrativ, wie auf diesem Wege auch von beklagten Staaten nicht ratifizierte ILO-Konventionen eine wichtige Rolle in der Rechtsfindung des EGMR spielen können. Ob eine ILO-Konvention und die dazugehörigen Berichte der Expertenkommissionen<sup>133</sup> als europäischer Standard zu gelten haben, ergibt sich insbesondere aus deren Ratifikationsstand. Folglich sind die oben erwähnten Kernarbeitsnormen weitaus stärker zu berücksichtigen als Konventionen, die lediglich von einer Minderheit der Mitgliedsstaaten ratifiziert wurden. Jedoch können EMRK-Staaten trotzdem den in Frage stehenden Standard in ihrem innerstaatlichen Recht umsetzen, ohne eine Konvention formell ratifiziert zu haben. Daher kann m.E. auch aus dem fehlenden Ratifikationsstand nicht der Umkehrschluss gezogen werden, es bestehe kein europäischer Konsens. 53

Neben der Berücksichtigung der ILO-Rechtsquellen durch Auslegung der EMRK können diese im Übrigen ebenfalls im nationalen Gesetzesrecht über die Aus- 54

<sup>128</sup> Je nach Materie kann sich die Anzahl der Ratifikationen enorm unterscheiden. So wurde ILO 185 (Schutz vor Kündigung) lediglich von 35 Staaten ratifiziert, während ILO 29 (Verbot der Zwangsarbeit) von 180 Staaten ratifiziert wurde.

<sup>129</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Wilson, National Union of Journalists und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 2. Juli 2002 (Nr. 30668/96 et al.), § 30 ff.

<sup>130</sup> Vgl. TEKLÈ, 12.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu insb. Urteil des EGMR *Leyla Şahin gegen die Türkei* vom 10. November 2005 (Nr. 44774/98), wo der EGMR ein Kopftuchverbot an einer Universität schützte, obschon die Expertenkommission der ILO zu einem anderen Schluss gekommen war (vgl. Beobachtung CEACR 95 zu ILO 111 – Türkei, § 5).

<sup>132</sup> Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97).

<sup>133</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Stummer gegen Österreich* vom 7. Juli 2011 (Nr. 37452/02), § 47.

legung des Umfangs der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden nach Art. 328 OR herangezogen werden.<sup>134</sup> Schliesslich berücksichtigt auch das Schweizer Bundesgericht Rechtsquellen der ILO in seiner Rechtsprechung.<sup>135</sup> Die Bedeutung der ILO-Rechtsquellen ist daher auf nationaler sowie internationaler Ebene nicht zu unterschätzen. Auf sie wird daher im zweiten Teil und soweit zuträglich im Einzelfall eingegangen.

- 55 Praktische Relevanz hat die integrative Auslegungsmethode schliesslich besonders für die Schweiz. So geniessen wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Binnenrecht sowie Normen der ILO teilweise keinen *Self-executing*-Status und sind somit nicht immer direkt justiziabel.<sup>136</sup> Die Kontrollorgane der ILO ihrerseits geben ebenfalls grundsätzlich nur generelle Beobachtungen ab, womit ihre Einhaltung im Einzelfall *de facto* von dem zugewiesenen binnenstaatlichen Bedeutungsgrad abhängt. Die Konsensmethode verleiht diesen Normen im Zuge ihres Einflusses auf die EMRK stärkeren Nachdruck, indem sowohl nicht ratifizierte Normen als auch im Binnenrecht nicht als *self-executing* erachtete Normen eine subjektiv-rechtliche Dimension erhalten können.<sup>137</sup>

#### 4. Historische Auslegung

- 56 Im Kontrast zur Auslegung von binnenstaatlichem Recht hat die historische Auslegungsmethode durch Hinzuziehen der Vorarbeiten und Protokolle (*travaux préparatoires*) gemäss Art. 32 WVK lediglich subsidiäre Bedeutung. Besonders für die EMRK hat sie kaum Relevanz, weil ein historisches Auslegungsmoment hinsichtlich der sukzessiven Beitritte der Mitglieder kaum inhaltlich aussagekräftig ist.<sup>138</sup> Ihre Bedeutung ist schliesslich auch aufgrund der starken Betonung der dynamisch-evolutiven Auslegung der EMRK nur marginal.

---

<sup>134</sup> Vgl. zum Begriff der faktischen Konvergenz unten Rz. 447.

<sup>135</sup> Vgl. eingehend DUNAND/WITZIG, 195 ff.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu unten Rz. 101; BERSSET BIRCHER/MEIER, 596 f.; MAHON, 112 f. m.w.H.

<sup>137</sup> Siehe zum Bundesgericht jedoch auch BGE 144 I 50, E. 5.3.3.1.

<sup>138</sup> Vgl. WILDHABER, EuGRZ, 545 f.; MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 46 zur Einleitung; GRABENWARTER/PABEL, § 5 N 7; HILF, 93 ff. Dabei ist davon auszugehen, dass Vorarbeiten nur dann überhaupt bindend sein können, wenn sie vorab in einem gewissen Masse zugänglich waren oder veröffentlicht wurden. Vgl. dazu Urteil des EGMR *Sigurjónsson gegen Island* vom 30. Juni 1993, Serie A Bd. 264, § 35.

### III. Die EMRK im Kontext des Schweizer Rechtssystems

#### 1. Stellung der EMRK im Schweizer Rechtssystem

Gemäss Art. 190 BV ist die EMRK als Teil des Völkerrechts für alle rechtsanwendenden Behörden des Bundes und der Kantone verbindlich.<sup>139</sup> Die Schweiz folgt damit einem monistischen Ansatz.<sup>140</sup> Dies bedeutet, dass es keines Umsetzungsaktes in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung bedarf und die EMRK somit durch alle Staatsorgane direkt berücksichtigt werden muss. 57

Explizit Bezug auf das Verhältnis zwischen Völker- und Verfassungsrecht nehmen Art. 139 sowie 193 f. BV bezüglich Volksinitiativen. Im Kern soll durch diese Normen sichergestellt werden, dass Volksinitiativen nicht gegen zwingendes Völkerrecht verstossen.<sup>141</sup> Daraus leitet ein Teil der Lehre ab, dass Völkerrecht dem Landesrecht grundsätzlich vorgeht.<sup>142</sup> Das Bundesgericht anerkennt Ausnahmen von diesem Grundsatz, wenn die Bundesversammlung bewusst ein völkerrechtswidriges Gesetz erlässt (*Schubert-Praxis*).<sup>143</sup> Gegen Ausnahme davon ist der Fall, wo gegen internationale Menschenrechtsgarantien verstossen würde (wie sie die EMRK enthält). Diese geniessen generellen Vorrang vor dem Gesetzesrecht (*PKK-Praxis*).<sup>144</sup> In Bezug auf das Verhältnis zwischen direkt anwendbarem<sup>145</sup> Verfassungs- und Völkerrecht (im Rahmen der EMRK und des FZA) deutete das 58

<sup>139</sup> Vgl. BGE 131 II 697; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2404 ff. Die Norm schliesst gleichzeitig im Verhältnis zwischen Gesetz und Verfassung auch eine Verfassungsgerichtsbarkeit aus Gründen der innerstaatlichen Organhierarchie aus. Vgl. dazu eingehend LOOSER, § 8 Rz. 146 ff., 177, 316 ff.

<sup>140</sup> So verlangt die EMRK selbst nicht, dass sie im nationalen Recht direkt anwendbar ist. Daher bedarf es in dualistischen Staaten jeweils eines Umsetzungsaktes (z.B. im Vereinigten Königreich über den Human Rights Act von 1998).

<sup>141</sup> Vgl. zum Begriff und zur Abgrenzung zum *ius cogens* HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1756a.

<sup>142</sup> Vgl. zum Ganzen: BBl 2010 2263, 2301 ff., 2314 f., Fn. 11; BGE 122 II 485.

<sup>143</sup> BGE 99 Ib 39; vgl. auch BGE 136 II 241, E. 16.1.

<sup>144</sup> BGE 125 II 417. Vgl. aber BGE 136 III 168, E. 3.3.4 bzgl. einer andeutungsweisen Relativierung, und dann aber wiederum vorbehaltlos(er) das Urteil des BGer 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019, E. 3.5.2.

<sup>145</sup> Dies bedeutet, dass eine Norm direkt justiziabel ist. Dies ist der Fall, wenn sie sich zur direkten Anwendung durch Gesetzesanwendende eignet und keines Umsetzungsaktes bedarf (vgl. hierzu aber Rz. 146 ff.).



Bundesgericht in zwei weiteren *obiter dicta* an, dem Völkerrecht grundsätzlichen Vorrang zu gewähren.<sup>146</sup> Insbesondere für die EMRK ergibt eine solche Handhabung auch aus prozessökonomischen Erwägungen Sinn. Hätten Gerichte ein EMRK-widriges Gesetz, eine ebensolche Verordnung oder eine (direkt anwendbare) Verfassungsbestimmung *telquel* anzuwenden, so würde dies über kurz oder lang zu Verurteilungen durch den EGMR führen, was wiederum die potenzielle Revision eines Urteils nach sich ziehen kann (Art. 122 BGG) und entsprechend einen juristischen Leerlauf zur Folge hätte.<sup>147</sup> Daraus wird zumindest eine faktische *Erga-omnes*-Wirkung der Jurisprudenz des EGMR abgeleitet.<sup>148</sup>

- 59 Spezielle Probleme bereiten direkte Normenkonflikte im Bereich der positiven Schutzpflichten. Denn hier befindet sich der Staat im Spannungsfeld gegenüberstehender Privatinteressen. Gerade in solchen Fällen gelangen Judikative und Exekutive u.U. an die Grenzen ihrer Kompetenzen, da ihnen ein Eingriff in ein Rechtsgut eines Dritten ohne gesetzliche Grundlage grundsätzlich verwehrt bleibt. Weiter gilt, wenn beidseitig Konventionsrechte betroffen sind, gegenüber der Drittperson das in Art. 53 EMRK verankerte Günstigkeitsprinzip, welches eine Beschränkung unter Berufung auf die EMRK selbst grundsätzlich ausschliesst.<sup>149</sup> Insoweit findet der binnenstaatlich justiziable Geltungsvorrang der EMRK regelmässig seine Grenze dort, wo die Legislative Adressat einer Schutzpflicht ist.<sup>150</sup> In solchen Fällen sind den Gerichten die Hände gebunden, weil die innerstaatliche Kompetenzordnung eine richterliche Korrektur in diesem Fall ausschliesst. Die Relevanz solcher Fälle ist indessen klein, da bei solchen Konflikten oftmals mittels Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder über im nationalen Recht vorgesehene «Ventilklauseln» der EMRK dennoch inhaltlich Rechnung getragen

---

<sup>146</sup> BGE 139 I 16, E. 5.2 und 5.3; BGE 142 II 35, E. 3.2; vgl. aber dann wiederum das (m.E. eher schwer zu deutende) Urteil des BGer 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019. Vgl. zum Ganzen BAUMANN, *passim*.

<sup>147</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1926a.

<sup>148</sup> Vgl. unten Rz. 256 ff.

<sup>149</sup> KELLER/MARTI, Rz. 28.

<sup>150</sup> Vgl. unten Rz. 146 ff. Dies trifft indessen ausschliesslich auf Fälle zu, wo Drittinteressen einer Wahrnehmung direkt gestützt auf die Konventionsrechte entgegenstehen. In solchen Fällen stellt die mangelhafte Gesetzeslage bereits eine Konventionsverletzung dar (vgl. Urteil des EGMR *Tek Gıda İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 [Nr. 35009/05], § 56).

werden kann.<sup>151</sup> Sollte es dennoch zu einem unauflösbaren Konflikt kommen, so sind in solchen Fällen die Beteiligten im Endeffekt auf eine staatliche Wiedergutmachung (Art. 41 EMRK) angewiesen und müssen sich faktisch mit einer Staatshaftung und/oder ggf. einer nachträglichen Gesetzesänderung begnügen.<sup>152</sup>

## 2. Durchsetzung der Konventionsrechte im innerstaatlichen Kontext

Das Bundesgericht erachtet die Verpflichtungen aus der EMRK für alle rechtsanwendenden Behörden für direkt verpflichtend und anwendbar.<sup>153</sup> Diese Verpflichtung ergibt sich ebenfalls aus der Überwachungskompetenz des EGMR nach Art. 19 EMRK sowie aus Art. 1 EMRK.<sup>154</sup> Die Konventionsrechte binden demnach im Grunde alle staatlichen Organe, weshalb die Durchsetzung auf allen Ebenen staatlichen Handelns durch Judikative, Exekutive und Legislative erfolgt.<sup>155</sup> 60

Für das Arbeitsrecht bedeutet dies, dass Gerichte sowie Behörden mit Bezug zum öffentlichen oder privaten Arbeitsrecht die Konventionsrechte berücksichtigen müssen.<sup>156</sup> Dem Grundsatz *iura novit curia* nach erfolgt dies grundsätzlich von Amtes wegen.<sup>157</sup> Stellt der EGMR eine Verletzung der EMRK fest, so ist dies ein Revisionsgrund für ein Urteil nach Art. 122 BGG. Dies jedoch nur, wenn eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Verletzungsfolgen auszugleichen (lit. b), und die Revision notwendig ist, die Verletzung zu beseitigen. Jedoch vermag gerade in den im zweiten Teil zu behandelnden arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine Ent- 61

---

<sup>151</sup> So z.B. durch den Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 2 ZGB oder bei der Auslegung der Missbräuchlichkeit von Kündigungen (vgl. unten Rz. 304 ff.). Indessen fällt eine solche Korrektur besonders im Bereich des Strafrechts ausser Betracht (Art. 7 EMRK).

<sup>152</sup> Vgl. dazu Urteil des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11), § 78 ff., und das Inkrafttreten von Art. 60 Abs. 1<sup>bis</sup> OR am 15. Juni 2018.

<sup>153</sup> Vgl. BGE 139 I 16, E. 5.2.3 und E. 5.3, sowie oben Rz. 58.

<sup>154</sup> Vgl. hierzu unten Rz. 260 ff.

<sup>155</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 214, 216 ff.; vgl. auch Art. 1 EMRK und unten Rz. 145 ff.

<sup>156</sup> KELLER/MARTI, Rz. 13; PÄRLI, Gutachten EMRK, Rz. 130.

<sup>157</sup> Siehe hierzu im Zivilprozessrecht Art. 57 ZPO. Vgl. jedoch die erhöhten Anforderungen an die Begründung von Rechtsmitteln im Urteil des BGer 5A\_434/2020 vom 17. November 2020, E. 4.2.1, sowie für das bundesgerichtliche Verfahren Art. 42 bzw. 106 Abs. 2 BGG bei Grundrechten.

schädigung regelmässig zumindest die finanziellen Folgen einer Verletzung teilweise auszugleichen, weshalb eine Revision eines Urteils selten tatsächlich notwendig wird.<sup>158</sup>

### 3. Überblick über das Individualbeschwerdeverfahren der EMRK

#### 3.1 Allgemeines zum Verfahrensgang

- 62 Historisch betrachtet sahen völkerrechtliche Verträge (neben ihren objektiven Verpflichtungen der Staaten untereinander) selten subjektive Rechte für Individuen vor.<sup>159</sup> In Abweichung dessen besteht seit Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls gemäss Art. 34 EMRK ein obligatorisches Recht zur Individualbeschwerde an den EGMR. Die dadurch entstehende Auseinandersetzung mit den Konventionsrechten in Einzelfällen ist die treibende Kraft für die Weiterentwicklung der EMRK.<sup>160</sup> Das Beschwerdeverfahren wird sehr intensiv in Anspruch genommen.<sup>161</sup> Um der Überlastung des Gerichtshofs entgegenzuwirken, ist am 1. August 2021 das 15. Zusatzprotokoll in Kraft getreten, welches neben Änderungen in der Präambel einige Änderungen der Verfahrensrechte vorsieht, welche die Arbeitslast des EGMR verringern sollten.<sup>162</sup>
- 63 Art. 35 EMRK nennt die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Individualbeschwerde. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, kann eine Einzelrichter\*In einem schnellen Verfahren die Beschwerde für unzulässig erklären.<sup>163</sup> Zuständig für die Behandlung der Beschwerde ist zunächst eine Kammer des EGMR in Dreier- oder Siebenerbesetzung.<sup>164</sup> Liegt eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann die zuständige Kammer den Fall an die Grosse Kammer überweisen, welche sich aus 17 Richter\*Innen zusammensetzt (Art. 43 EMRK). An die Grosse Kammer gelangt auch, wer einen Entscheid einer Kammer an diese weiterzieht, wobei ein

---

<sup>158</sup> Damit kommt ein ungelöster Normenkonflikt bei fehlender Möglichkeit zum Eingriff in die Rechte eines Dritten einer eigentlichen Staatshaftung gleich (ähnlich UHLMANN, 30 ff.).

<sup>159</sup> Vgl. hierzu die Entwicklung der EMRK oben Rz. 17 ff.; EPPING, § 7 N 10.

<sup>160</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 9 N 1; WILDHABER, EuGRZ, 542 f.

<sup>161</sup> Zur Entwicklung und zu den Fallzahlen vgl. Rz. 24.

<sup>162</sup> Vgl. hierzu BBl 2015 2347. Die Schweiz hat das 15. Zusatzprotokoll am 15. Juli 2016 ratifiziert. Vgl. zu den Neuerungen auch unten Rz. 62 ff.

<sup>163</sup> KELLER/MARTI, Rz. 5. Vgl. auch Art. 52a VerfO EGMR.

<sup>164</sup> Vgl. Art. 26 Ziff. 1 und 43 Ziff. 2 EMRK.

verurteilter Staat sowie die unterlegene Beschwerdeführende aktivlegitimiert sind (Art. 30 EMRK).

Befindet der EGMR eine Beschwerde für zulässig, können die Parteien zur schriftlichen Stellungnahme und Einreichung weiterer Beweismittel aufgefordert werden (Art. 49 Abs. 1 VerfO EGMR). Eine mündliche Verhandlung ist fakultativ und (unter Ausnahme von Art. 40 EMRK) grundsätzlich öffentlich.<sup>165</sup> Für das Verfahren werden keine Gebühren erhoben. Gemäss Art. 100 ff. VerfO EGMR können Beschwerdeführende ab Zustellung der Beschwerde auch unentgeltliche Rechts-  
hilfe in Anspruch nehmen.<sup>166</sup> 64

Die Korrespondenz mit der Gerichtskanzlei kann in jeder Amtssprache der Vertragsparteien erfolgen, wobei ab Zustellung der Beschwerde an den Beschwerdegegner die Verfahrenssprache Englisch oder Französisch ist (Art. 34 Abs. 1 VerfO EGMR, vgl. Abs. 3 für die Ausnahmen). Ab diesem Zeitpunkt besteht für Beschwerdeführende ein Anwaltszwang (Art. 36 Abs. 2 VerfO EGMR). 65

Während des Verfahrens besteht nach Art. 39 EMRK jederzeit die Möglichkeit einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien. Diese hat in der Regel kein Einverständnis einer Konventionsverletzung zum Gegenstand, sondern beschränkt sich auf die Verpflichtung zur Leistung einer Wiedergutmachung.<sup>167</sup> Bei einer Einigung zwischen den Parteien wird eine Beschwerde gestrichen (Art. 39 Ziff. 3 EMRK). Ein Teil der Lehre fordert richtigerweise wegen des bestehenden Machtungleichgewichts der Parteien, dass eine Einigung bei schweren Verletzungen ausgeschlossen sein sollte.<sup>168</sup> 66

---

<sup>165</sup> MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 38 zur Einleitung.

<sup>166</sup> Ibid., N 43 zur Einleitung. Die Voraussetzungen dafür sind (ähnlich wie im Schweizer Recht) fehlende Mittel für eine Vertretung (Bedürftigkeit), das Auftreten komplexer tatsächlicher und/oder rechtlicher Fragen (Notwendigkeit) und hinreichende Erfolgsaussichten (keine Aussichtslosigkeit). Es wird zunächst lediglich eine Pauschale von EUR 850.– gewährt. Auslagen für Vertretungskosten können rund CHF 250.– bis 300.– pro Stunde zzgl. Steuern und Auslagen betragen: vgl. Urteil des EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus gegen die Schweiz* vom 9. Januar 2018 (Nr. 18597/13), § 85 ff. (CHF 300.– pro Stunde); Urteil des EGMR *X gegen die Schweiz* vom 26. Januar 2017 (Nr. 16744/14), § 71 ff. (CHF 250.– pro Stunde).

<sup>167</sup> WENZEL in: Karpenstein/Mayer, N 8 zu Art. 39 EMRK.

<sup>168</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 13 N 70. Eine solche Einschränkung ist m.E. jedoch unter Berücksichtigung der ohnehin bestehenden jederzeitigen Möglichkeit eines einseitigen Rückzugs der Beschwerde nicht nachzuvollziehen. So können die Opfer deswegen u.U. im Ergebnis schlechtergestellt werden.

- 67 Grundsätzlich trägt die Beschwerdeführende die Beweislast hinsichtlich einer Konventionsverletzung. Der Sachverhalt muss für eine Verurteilung im Regelfall *beyond reasonable doubt* bzw. ohne das Vorliegen begründeter Zweifel erstellt sein.<sup>169</sup> Art. 38 EMRK erlaubt es diesbezüglich dem EGMR, selbst Sachverhaltsermittlungen durchzuführen, was jedoch in der Praxis eine Ausnahmeerscheinung darstellt.<sup>170</sup>

### 3.2 Sachurteilsvoraussetzungen

- 68 Damit der EGMR eine Beschwerde in materieller Hinsicht prüft, müssen die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sein. In formeller Hinsicht muss eine Beschwerde zwingend mit dem offiziellen Formular bei der Kanzlei des EGMR eingereicht werden. Entspricht die Eingabe den Formalien nach Art. 45 und 47 Verfo EGMR nicht, befasst sich der EGMR nicht mit der Beschwerde und die Eingabe hat darüber hinaus auch keine fristwahrende Wirkung.<sup>171</sup>
- 69 Erfüllt eine Beschwerde offensichtlich die formellen Anforderungen nicht, so kann sie in einem schnellen Verfahren für unzulässig erklärt werden (Art. 27 EMRK, *irrecevable, inadmissible*). Ist dies nicht der Fall, befindet ein sog. Ausschuss von drei Richter\*Innen über die Zulässigkeit der Beschwerde. Ein Sachentscheid kann dieser nur fällen, wenn sich keine komplexen Rechtsfragen stellen und eine klare Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht (Art. 28 EMRK). Anderenfalls geht die Beschwerde an eine Kammer, welche wiederum ebenfalls über die Zulässigkeit entscheidet (Art. 29 EMRK). Unabhängig des Verfahrensstadiums sind Unzulässigkeitsentscheide endgültig und können nicht angefochten werden (Art. 27 f. Ziff. 2, 42 und 44 Ziff. 1 EMRK). Beweisbelastet für die Erfüllung der Sachurteilsvoraussetzungen ist bis zur Zustellung der Beschwerde an den Beschwerdegegner die Beschwerdeführende.<sup>172</sup> Die Sachurteilsvoraussetzungen werden vom EGMR von Amtes wegen geprüft.

---

<sup>169</sup> Urteil des EGMR *Aşan und andere gegen die Türkei* vom 31. Juli 2007 (Nr. 56003/00), § 69; zur Kritik: WOLFRUM, 921 ff.

<sup>170</sup> Vgl. FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 5 zu Art. 38 EMRK; REID, 91.

<sup>171</sup> Der EGMR stellt dafür auf seiner Website <[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)> entsprechende Merkblätter zur Verfügung. Vgl. zum Ganzen SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 3 ff., 5 ff. zu Art. 36 EMRK.

<sup>172</sup> Vgl. SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 5 zu Art. 35 EMRK.

Die wichtigsten Sachurteilsvoraussetzungen sind die folgenden:

1. Die Beschwerdeführende darf nicht anonym bleiben und hat folglich ihren Namen und ihre Adresse zu nennen. Eine Anonymisierung kann indessen nach Art. 47 Abs. 4 VerfO EGMR auf begründeten Antrag einer Partei hin gewährt werden. Auf Antrag oder von Amtes wegen kann die gesamte öffentliche Akte für vertraulich erklärt werden (Art. 33 Abs. 3 VerfO EGMR).
2. Die Beschwerde darf nicht missbräuchlich sein.
3. Die Sache darf noch nicht durch den Gerichtshof abgeurteilt sein (*res judicata*).
4. Keine andere internationale Untersuchungs- oder Vergleichsinstanz darf mit dem Fall betraut worden sein (*litis pendens*). Denkbar sind hier Beschwerden an andere internationale Gremien wie z.B. nach Art. 2 ff. Fakultativprotokoll CEDAW vom 6. Oktober 1999<sup>173</sup> oder dem Fakultativprotokoll zur Behindertenrechtskonvention.<sup>174</sup>
5. Die Beschwerde muss mit der Konvention vereinbar sein (örtlich, persönlich, sachlich, zeitlich).
6. Die Beschwerdeführende muss ihre Opfereigenschaft geltend machen. Dafür muss sie nachweisen, dass sie durch die staatliche Handlung oder Unterlassung persönlich betroffen und beschwert ist und eine Verletzung eines Rechts der EMRK geltend macht.<sup>175</sup> Entsprechend sind Popularbeschwerden sowie abstrakte Normenkontrollen ausgeschlossen.<sup>176</sup>
7. Der Vertragsstaat muss passivlegitimiert sein, d.h., es muss ihm spezifisch ein (hoheitliches) Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden können.
8. Der Erschöpfungsgrundsatz muss erfüllt sein, d.h., der innerstaatliche Rechtsweg muss form- und fristgerecht durchlaufen worden sein. Dies soll dem betroffenen Staat erlauben, selbst Abhilfe vor einer Beschwerde zu schaffen.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> Dieses wurde von der Schweiz ratifiziert und trat am 29. Dezember 2008 in Kraft. Bislang wurden jedoch noch keine Beschwerden gegen die Schweiz erhoben (Stand: 30. Dezember 2022).

<sup>174</sup> Dieses wurde von der Schweiz nicht ratifiziert (Stand: 30. Dezember 2022).

<sup>175</sup> Vgl. hierzu der Leitfaden EGMR, § 29. Grundsätzlich muss ein Konventionsrecht verletzt sein (Art. 34 EMRK). Ausnahmsweise lässt der EGMR auch reine Gefährdungen zu (vgl. Urteil des EGMR *Soering gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Juli 1989, Serie A Bd. 161, § 90. Eingehend dazu WIESBROCK, 165 ff.). Vgl. zur Rolle der Verletzlichkeit bei den Sachurteilsvoraussetzungen ZIMMERMANN, Rz. 695 ff.

<sup>176</sup> Vgl. zur Unzulässigkeit von Popularbeschwerden Urteil des EGMR *Centre for Legal Resources on behalf Valentin Câmpeanu gegen Rumänien* vom 17. Juli 2014 (Nr. 47848/08), § 101. Zur Unzulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle Urteil des EGMR *Norris gegen Irland* vom 26. Oktober 1988, Serie A Bd. 142, § 30.

<sup>177</sup> PEUKERT in: Frowein/Peukert EMRK, N 20 zu Art. 35 EMRK.

Jedoch fallen lediglich tatsächlich wirksame Rechtsmittel hierrunter.<sup>178</sup> Ausserdem müssen die Konventionsrechte zumindest sinngemäss vor der letzten Instanz vorgebracht worden sein, was im Lichte der Begründungspflicht vor dem Bundesgericht nach Art. 42 Abs. 2 BGG grundsätzlich ein aktives Vorbringen durch Beschwerdeführende erfordert.<sup>179</sup>

9. Die Beschwerdefrist von 4 Monaten seit Zustellung des (begründeten) letztinstanzlichen Entscheids ist einzuhalten.
- 71 Die Beschwerdelegitimation richtet sich nach Art. 1 EMRK, welcher den örtlichen, sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der EMRK festlegt.<sup>180</sup> Nach Art. 1 EMRK kann sich jede Person auf die Rechte der EMRK berufen, die der Herrschaftsgewalt eines Konventionsstaates untersteht und in ihren Rechten verletzt ist. Der damit erfasste Personenkreis wird weit verstanden. Beschwerdelegitimiert sind alle natürlichen Personen, juristischen Personen sowie reine Personenzusammenschlüsse, sofern sie in ihren eigenen Rechten verletzt sind.<sup>181</sup> Da die Herrschaftsgewalt massgebliches Unterstellungskriterium ist, spielt Bürgerrecht oder Nationalität grundsätzlich keine Rolle.<sup>182</sup> Der Schutz darf weiter auch nicht nur deshalb beschränkt werden, weil sich eine Person rechtswidrig verhält oder in der Vergangenheit rechtswidrig verhalten hat.<sup>183</sup>
- 72 Der EGMR kann eine Beschwerde jederzeit aus materiellen Gründen für offensichtlich unbegründet befinden. Dieser Grund ist der häufigste Erledigungsgrund für Beschwerden.<sup>184</sup> Auch sieht Art. 35 Ziff. 3 lit. b EMRK vor, dass eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden kann, wenn eine gerügte Verletzung kei-

---

<sup>178</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Paksas gegen Litauen* vom 6. Januar 2011 (Nr. 34932/04), § 75 f. m.w.H.; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, 56: «[...] if a remedy is bound to fail [...]»

<sup>179</sup> Dabei reicht ein sinngemässes Vorbringen, vgl. Urteil des EGMR *Glor gegen die Schweiz* vom 30. April 2009 (Nr. 13444/04), § 55: «[...] raise at least in substance [...] the complaint of a violation [...]»

<sup>180</sup> FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 1 zu Art. 1 EMRK.

<sup>181</sup> *Ibid.*, N 1, 3 zu Art. 1 EMRK; vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 661; eingehend SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 33 ff. zu Art. 36 EMRK.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 206 ff. Indessen kann dem Opferverhalten bei der Bestimmung des Umfangs von Schutzpflichten Rechnung getragen werden (vgl. unten Rz. 172 ff.).

<sup>184</sup> So wurden im Jahre 2021 von 36'092 bearbeiteten Beschwerden 32'961 (ca. 90%) für unzulässig erklärt oder gestrichen (Jahresbericht EGMR 2021, 179). Vgl. WILDHABER, EuGRZ, 543.

nen wesentlichen Nachteil für das Opfer bedeutet (*préjudice important* bzw. *significant disadvantage*). Ausnahme hiervon besteht namentlich dann, wenn eine wahrscheinliche bevorstehende potenzielle Opfereigenschaft dargelegt werden kann. Das ist z.B. dann der Fall, wenn sich eine Beschwerde gegen eine gesetzliche Bestimmung oder eine Massnahme richtet, die noch nicht vollzogen wurde.<sup>185</sup> Der EGMR hat sich bislang jedoch zurückhaltend mit diesem Unzulässigkeitsgrund gezeigt.<sup>186</sup>

### 3.3 Vorsorglicher Rechtsschutz

Einer Beschwerde kommt gemäss Art. 34 EMRK keine aufschiebende Wirkung zu. Gemäss § 39 der Verfahrensordnung des EGMR hat der Gerichtshof jedoch die Möglichkeit, dem Staat jene vorläufigen Massnahmen zu bezeichnen, die er für sachgemäss hält. Dies ist praxismässig nur auf dringende Ausnahmen beschränkt, wenn eine Konventionsrechtsverletzung nicht ausgeschlossen erscheint und der Beschwerdeführenden ein nicht wiedergutmachbarer (irreparabler) Schaden droht.<sup>187</sup> Im Weiteren beziehen sich die meisten vorsorglichen Massnahmen auf ein Unterlassen eines Eingriffs durch den betreffenden Konventionsstaat.<sup>188</sup>

Die EMRK verleiht dem EGMR keine direkten Zwangsmittel oder Ressourcen zur Durchsetzung dieser vorsorglichen Massnahmen. Jedoch erachtet er in der Nichtbefolgung verfügbarer Massnahmen eine Behinderung der wirksamen Ausübung des Beschwerderechts und somit eine selbständige Verletzung von Art. 34 EMRK.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Norris gegen Irland* vom 26. Oktober 1988, Serie A Bd. 142, § 29; *Soering gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Juli 1989, Serie A Bd. 161, § 90; *D. gegen das Vereinigte Königreich* vom 2. Mai 1997, Serie A Bd. 37, § 53 f. Zur indirekten Opfereigenschaft: SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 73 ff. zu Art. 36 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, § 13 N 20 ff.

<sup>186</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Korolev gegen die Russische Föderation* vom 21. Oktober 2010 (Nr. 38112/04) (symbolischer Schaden von weniger als EUR 1.–). Zulässig war auch eine Beschwerde wegen eines Schadens von EUR 350.– (Urteil des EGMR *Giuran gegen Rumänien* vom 21. Juni 2011 [Nr. 24360/04], § 20 ff.).

<sup>187</sup> Vgl. SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 101 zu Art. 36 EMRK, sowie die Fallgruppen in KELLER/MARTI, Interim Relief, 346 ff.

<sup>188</sup> Vgl. KELLER/MARTI, Interim Relief, 362, zur schwierigen Frage der Nichtbefolgung im Rahmen von Handlungspflichten.

<sup>189</sup> Vgl. z.B. Urteile des EGMR *Mamatkulov und Abdurasulovic gegen die Türkei* vom 4. Februar 2005 (Nr. 46827/99, 46951/99), § 99 ff.; *Paladi gegen die Republik Moldau* vom 10. März 2009 (Nr. 39806/05), § 84 ff. Zur Durchsetzung und Entschädigung vgl. unten Rz. 77 ff.



### 3.4 Umfang der Rechtskontrolle (Kontrolldichte)

- 75 Befasst sich der EGMR materiell mit einer Beschwerde, so prüft er, ob eine Konventionsverletzung vorliegt, und stellt diese fest oder weist die Beschwerde ab.<sup>190</sup> Die Prüfung bezieht sich im Regelfall darauf, ob erstellt ist, dass ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich eines Konventionsrechts vorliegt.<sup>191</sup> Die Rechtfertigung eines Eingriffs folgt den sog. Schrankenbestimmungen und verlangt im Grundsatz, dass für einen Eingriff in die Konventionsrechte eine gesetzliche Grundlage besteht und er im Einzelfall verhältnismässig ist (Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK). Die Beschwerdeführende trifft eine Rügeobliegenheit in sachlicher und rechtlicher Hinsicht. Nur ausnahmsweise befasst sich der EGMR von Amtes wegen mit nicht gerügten Fragen.<sup>192</sup>
- 76 In konstanter Rechtsprechung beschränkt der EGMR seine Prüfdichte der Verhältnismässigkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht von Fall zu Fall (*Ermessensspielraum, margin, marge*). Die Begründung hierfür ist der subsidiäre Charakter der Konventionsrechte sowie die grundsätzlich bessere Eignung der lokalen Behörden zur Beurteilung eines Falls. Der Umfang des Ermessensspielraums gilt indessen nicht unbegrenzt und hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Rechtsprechung des EGMR hierzu ist jedoch teilweise uneinheitlich, was für Beschwerdeführende das Risiko beherbergt, dass eine Beschwerde – selbst wenn sie zulässig ist – durch den EGMR materiell nur beschränkt geprüft wird. Dies ist insbesondere in Fällen im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik der Fall, wo der EGMR sich für einen generell grösseren Ermessensspielraum ausspricht.<sup>193</sup>

### 3.5 Der Entscheid und seine Durchsetzung

- 77 Der EGMR hat grundsätzlich lediglich die Kompetenz, Verletzungen der EMRK festzustellen.<sup>194</sup> Er kann rechtlich betrachtet weder staatliche Akte noch Erlasse aufheben noch direkte Schutzmassnahmen anordnen. Mit anderen Worten hat der

---

<sup>190</sup> Hierzu erstmals zu Art. 53 aEMRK: Urteil des EGMR *Marckx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 28, § 58.

<sup>191</sup> Zur Abgrenzung von Handeln zu Unterlassen vgl. unten Rz. 87 ff.

<sup>192</sup> Die Anforderungen an die Rüge sind indessen gering (vgl. hierzu die zit. Rechtsprechung in SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 16 f. zu Art. 36 EMRK).

<sup>193</sup> Vgl. zum Ganzen eingehend unten Rz. 185 ff.

<sup>194</sup> FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 3 zu Art. 46 EMRK; vgl. im Kontrast dazu Art. 63 Abs. 1 IAMRK.

EGMR somit nur eine deklaratorische, nicht aber eine eingreifende Kompetenz.<sup>195</sup> Jedoch verpflichtet Art. 46 EMRK die Mitgliedsstaaten zur Befolgung der gegen sie ergangenen Urteile, indem fortdauernde Verletzungen einen eigenständigen Wiedergutmachungsanspruch der Beschwerdeführenden zur Folge haben.<sup>196</sup> Obschon Entscheide des EGMR grundsätzlich endgültig sind, sind sie jeweils zu begründen.<sup>197</sup>

Im Rahmen von Art. 41 EMRK können Beschwerdeführende materielle sowie immaterielle Schäden gegenüber dem Staat geltend machen, wobei Beschwerdeführende nur für erstere beweibelastet sind.<sup>198</sup> Unter die Wiedergutmachung fallen auch tatsächlich angefallene Kosten für das Verfahren, einschliesslich der Vertretungskosten.<sup>199</sup> Der EGMR knüpft die Zusprache einer Wiedergutmachung grundsätzlich an die Kausalität zwischen Konventionsverletzung und erlittenem Schaden, verzichtet diesbezüglich in seinen Urteilen aber auf grössere Ausführungen.<sup>200</sup>

Notwendig im Sinne von Art. 41 EMRK bedeutet, dass eine Wiedergutmachung nur dann zugesprochen wird, wenn der Gerichtshof dies als billig erachtet. Anders ausgedrückt fällt die Wiedergutmachung sowohl im Grundsatz als auch in ihrer Höhe vollständig ins Ermessen des EGMR.<sup>201</sup> Insbesondere verlangt dieser nicht immer zwangsläufig, dass die fragliche Rechtsordnung eine vollständige Wieder-

<sup>195</sup> RESS, 293; vgl. aber auch zu den Massnahmen unten Rz. 290 ff.

<sup>196</sup> Vgl. BARTSCH, 47 ff.; KARL, 117 ff.; KUNZ, 33 ff.

<sup>197</sup> Vgl. zum Einzelrichter\*Innenentscheid Art. 52A Abs. 1 VerFO EGMR.

<sup>198</sup> MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 40 zur Einleitung; VILLIGER, Rz. 221 ff. Es handelt sich ebenfalls um einen Ausdruck des Subsidiaritätsgedankens, da Art. 41 EMRK nur bei fehlender Entschädigung nach nationalem Recht greift. Vgl. PEUKERT in: Frowein/Peukert EMRK, N 7 zu Art. 41 EMRK. Der immaterielle Schaden enthält dabei eine gewisse Genugtuungs-, nicht aber eine Strafkompone (vgl. Urteil des EGMR *M.T. gegen das Vereinigte Königreich* vom 23. November 2010 [Nr. 60041/08, 60054/08], § 97).

<sup>199</sup> Urteil des EGMR *Gäfgen gegen Deutschland* vom 1. Juni 2010 (Nr. 22978/05), § 196 m.w.H.

<sup>200</sup> Urteil des EGMR *Kingsley gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Mai 2002 (Nr. 35605/97), § 40 m.w.H. In diesem Sinne bedarf es für diese eigentliche Form der Staatshaftung einer Zurechenbarkeit der Konventionsverletzung zum staatlichen Unterlassen (vgl. AKANDJI-KOMBE, 15; STREUER, 54). Vgl. auch DE SCHUTTER, *Fonction*, 337 ff. (*prévisibilité*); WIESBROCK, 204 ff. Zur Rechtslage im Schweizer Recht vgl. UHLMANN, 83 f.

<sup>201</sup> TOMUSCHAT, 1409.

gutmachung im Sinne einer Naturalrestitution vorsieht.<sup>202</sup> Aus diesen Gründen ist die genaue Höhe einer Wiedergutmachung in Geld aufgrund der durchgezogenen Rechtsprechung nur schwer abschätzbar, wobei sie regelmässig verhältnismässig tief ausfällt.<sup>203</sup> Gerade in arbeitsrechtlichen Kündigungsfällen ist die Geltendmachung von Schäden z.B. infolge mangelnden Kündigungsschutzes möglich.<sup>204</sup> Jedoch beschränkt der EGMR diese zeitlich bis zum ordentlichen Kündigungstermin.<sup>205</sup> So wurde vom EGMR auch schon die ungenügende Kausalität zwischen Verdienstaussfall und Konventionsverletzung angeführt, um eine geforderte Wiedergutmachung abzuweisen.<sup>206</sup>

- 80 Insbesondere bei der Verletzung von Schutzpflichten kann das unbefriedigende Ergebnis entstehen, dass eingetretene Rechtsverletzungen rechtlich oder tatsächlich irreversibel sind. Dies ist z.B. der Fall, wenn eine nachträgliche Korrektur wegen der entgegenstehenden Rechte der störenden Person rechtlich nicht möglich ist, so z.B. im Rahmen des Rechtsstaatlichkeitsprinzips und insbesondere des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots in Art. 7 EMRK.<sup>207</sup> In solchen Fällen kommt regelmässig lediglich eine staatliche Wiedergutmachung in Frage, ggf. unter Anweisung zur Korrektur der Gesetzeslage.
- 81 Urteile des EGMR wirken grundsätzlich *inter partes*, d.h., sie entfalten lediglich zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien Wirkung.<sup>208</sup> Unbestrittenermassen kommt jedoch der Rechtsprechung des EGMR eine gewisse rechtlich normative

---

<sup>202</sup> Also keine vollständige *restitutio in integrum*. Vgl. *ibid.*, 1412.

<sup>203</sup> Vgl. LEACH, 600 f.

<sup>204</sup> Zum Grundsatz vgl. Urteil des EGMR *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95), § 119 (*not clear cut*).

<sup>205</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Heinisch gegen Deutschland* vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08), § 100 ff., wonach diese Ansprüche jedoch durch Gewährung von Sozialansprüchen im Ergebnis nicht gewährt wurden. Indessen wurde der Whistleblowerin eine Genugtuung von EUR 10'000.– zugesprochen.

<sup>206</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 143 ff. Der EGMR wies auch eine Genugtuung ab, weil er im Urteil selbst eine genügende Wiedergutmachung sah. Anders hingegen mit einer Genugtuung von EUR 8'000.– wiederum Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10), § 93 ff. Offengelassen für eine Einigung der Parteien in Urteil des EGMR *Schüth gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 1620/03), § 77 ff.

<sup>207</sup> Vgl. STREUER, 176. Zu den Grenzen vgl. unten Rz. 177 ff.

<sup>208</sup> Vgl. KUNZ, 27 f.

Bedeutung zu.<sup>209</sup> Insofern besteht eine indirekte Verpflichtung, die Rechtsprechung des EGMR auch ausserhalb des einzelnen Verfahrens zu berücksichtigen, um mitunter aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen eine künftige Verurteilung bzw. ein Beschwerdeverfahren zu vermeiden.<sup>210</sup>

Hinsichtlich der Durchsetzung im Einzelfall erwähnenswert ist das Piloturteilsverfahren nach Art. 46 EMRK. Staaten, die systematisch die EMRK verletzen und jeweils nur Urteile im Einzelfall umsetzen, bedeuten für den EGMR einen grossen Arbeitsaufwand.<sup>211</sup> Im Pilotfall stellt der EGMR neben der Verletzung im Einzelfall auch systematische Probleme fest. Ziel dabei ist es, dass die Mitgliedsstaaten diese Probleme selbst lösen und die Arbeitsbelastung des EGMR bezüglich sehr ähnlicher oder gleichgelagerter Fälle reduziert wird. Dafür werden ähnliche Fälle für eine bestimmte Periode sistiert und abgeschrieben, sofern die verknüpften systematischen Probleme innert eingeräumter Frist gelöst wurden.<sup>212</sup> 82

Zuständig für die Kontrolle der Umsetzung der Urteile ist das Ministerkomitee des Europarates. Es überwacht als höchstes Organ des Europarats die tatsächliche Umsetzung der Urteile des EGMR.<sup>213</sup> Dies geschieht, indem Mitgliedsstaaten zur Berichterstattung über die Befolgung der gegen sie ergangenen Urteile angehalten werden. Seit Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls am 1. Juni 2010 steht weiter die Möglichkeit des *infringement procedure* offen. Das Ministerkomitee kann eine strittige Umsetzungsfrage mit einer 2/3-Mehrheit an den Gerichtshof überweisen, wenn z.B. Unklarheiten hinsichtlich der Auslegung eines Urteils bestehen oder wenn das Ministerkomitee der Ansicht ist, ein Staat lehne die Umsetzung eines Urteils ab.<sup>214</sup> Der EGMR kann auch in diesem Fall nur eine Nichterfüllung feststellen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Darüber hinaus kann er sich veranlasst sehen, 83

---

<sup>209</sup> CREMER in: EMRK/GG-Komm, § 32 N 69 ff.; vgl. auch den Hinweis des EGMR selbst, dass er sich aus Rechtssicherheitsgründen grundsätzlich an seine eigene Rechtsprechung gebunden sieht, Urteil des EGMR *Chapman gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Januar 2001 (Nr. 27238/95), § 70.

<sup>210</sup> BESSON, *Erga Omnes*, 128 ff.; KELLER/MARTI, 4 ff. Vgl. zum Ganzen eingehend KUNZ, 28 ff., 91 ff. sowie unten Rz. 260 ff.

<sup>211</sup> Vgl. oben Rz. 24.

<sup>212</sup> Vgl. z.B. bezüglich Beschwerden wegen lang andauernder Gerichtsverfahren Urteil des EGMR *Rumpf gegen Deutschland* vom 2. September 2010 (Nr. 46344/06), § 59 ff.

<sup>213</sup> Vgl. die Regel 6 der Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements vom 10. Mai 2006.

<sup>214</sup> Vgl. hierzu erstmals die Resolution des Ministerkomitees vom 3. September 2020, CM/ResDH(2020)178, *passim*.

in Ausnahmefällen konkretere Anweisungen zu erteilen.<sup>215</sup> Der EGMR verfügt jedoch über keine Zwangsmittel zur Durchsetzung seiner Urteile oder zur Unterbindung bestehender oder künftiger Konventionsverletzungen,<sup>216</sup> was die tatsächliche Wirkung von Urteilen somit immer auch von der Mitwirkung der betroffenen Konventionsstaaten abhängig macht.

---

<sup>215</sup> So überlässt er den Staaten im Rahmen ihres Ermessensspielraums die konkreten Umsetzungsmodalitäten (vgl. Urteil des EGMR *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 [Nr. 14967/89], § 71 ff.) und äussert sich nicht klar zu vorzunehmenden Schutzmassnahmen (vgl. SZCZEKALLA, 729 ff. bzgl. der einzelnen Massnahmen). Vgl. auch unten Rz. 145 ff.

<sup>216</sup> Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 676; WILDHABER, EuGRZ, 541; vgl. hierzu auch das Piloturteilsverfahren nach Art. 61 VerfO EGMR.

---

# Handlungspflichten

## I. Allgemeines

### 1. Idee und Gegenstand

Art. 1 EMRK enthält die negative Verpflichtung der Konventionsstaaten, un- 84  
gerechtfertigte Konventionsrechtseingriffe zu unterlassen.<sup>217</sup> Jedoch ist anerkannt,  
dass die Konventionsrechte in gewissen Konstellationen auch staatliches Handeln  
zur Realisierung der Grund- und Menschenrechte erfordern.<sup>218</sup> Diese sog. Hand-  
lungspflichten<sup>219</sup> verpflichten den Staat (neben seinen Unterlassungspflichten) zu  
einem bestimmten Tun.<sup>220</sup> Da es sich bei den später zu behandelnden Schutzpflich-  
ten um einen Unterfall der Handlungspflichten handelt, rechtfertigt sich eine nach-  
stehende kurze dogmatische Darstellung der Letzteren.<sup>221</sup>

Die Idee der Pflicht staatlichen Handelns zur Verwirklichung von Grund- und 85  
Menschenrechten ist keineswegs neu. Sie findet ihre Wurzeln insbesondere in der  
Wirtschaft, dem Arbeitsmarkt sowie im Sozialversicherungsrecht.<sup>222</sup> Handlungs-  
pflichten fassen auf der Idee der Sicherheit als Staatszweck und dienen als Aus-  
gleich für die Unterwerfung und Gehorsamsbereitschaft der unter der Staatsgewalt  
stehenden Menschen und den Verzicht auf Privatjustiz.<sup>223</sup> Staatliche Intervention  
drängt sich dabei besonders dann auf, wenn von privaten Gruppen eine ähnliche  
Gefährdung für Grund- und Menschenrechte ausgeht wie vom Staat selbst, z.B.

---

<sup>217</sup> Vgl. BLECKMANN, 309; KLEIN, 13; VAN DIJK, 17; JOHANN in Karpenstein/Mayer, 5 N zu Art. 1 EMRK m.H.a. die Rechtsprechung. Zu Menschenrechten und deren Geltungsmodellen generell KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 272 ff.

<sup>218</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 1; vgl. schon MÜLLER, Elemente, 59 ff.

<sup>219</sup> Die Terminologie ist uneinheitlich. So sind auch die Begriffe *positive Handlungspflichten*, *positive Verpflichtungen* oder *Staatsverpflichtungen* anzutreffen (*obligations positives*, *positive obligations*). Sie beziehen sich (mit graduellen Unterschieden) indessen alle auf die vom EGMR unter die Konventionsrechte gefassten Pflichten zum aktiven Handeln, wobei der EGMR neben den Schutzpflichten auch Verfahrens- und Teilhabegarantien i.e.S. darunter fasst (vgl. JAECKEL, 125).

<sup>220</sup> STAHL, 27 ff.; vgl. STREUER, 48.

<sup>221</sup> Vgl. zu den Schutzpflichten unten Rz. 138 ff.

<sup>222</sup> Vgl. WIESBROCK, 2 ff.

<sup>223</sup> Vgl. ISENSEE, § 191 N 181 m.w.H.; a.A. SZCZEKALLA, 424 ff.

bei kulturell oder strukturell bedingten Machtgefällen.<sup>224</sup> Insoweit überrascht es kaum, dass mittlerweile auch Handlungspflichten fester Bestandteil von Lehre und Rechtsprechung zur EMRK sind.<sup>225</sup>

- 86 Wie auch die Abwehrrechte betreffen Handlungspflichten unmittelbar ausschliesslich den Staat<sup>226</sup> und verleihen gegenüber diesem den unter seiner Herrschaft stehenden Individuen selbständige, subjektive, justiziable Rechte, nicht aber gegenüber den übergriffigen Dritten (Art. 34 EMRK).<sup>227</sup> Auch wenn lediglich der Staat durch diese Pflichten gebunden wird, wirken sie jedoch indirekt auch gegenüber anderen Individuen über diverse Kanäle: auf Ebene der Gesetzesanwendung durch Gerichte und Behörden sowie im Rahmen der Rechtsetzung. Der Umfang von Handlungspflichten bestimmt sich gemäss Rechtsprechung des EGMR von Fall zu Fall innerhalb einer Interessenabwägung nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>228</sup>

## 2. Abgrenzungen

### 2.1 Abgrenzung zu den Abwehrrechten

- 87 Wie oben dargelegt, finden Grund- und Menschenrechte ihre Wurzeln als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. Es wird von den Staaten verlangt, dass diese nicht unrechtmässig in gewisse geschützte Rechtsgüter eingreifen.<sup>229</sup> Insofern betreffen Abwehrrechte Fälle ungerechtfertigten hoheitlichen Staatshandelns (also der aktive Eingriff in das Rechtsgut), während Handlungspflichten darin bestehen,

---

<sup>224</sup> Vgl. KLEY, 229 f.; SCHUBERT in: EurArbKom, N 34 f. zu Art. 1 EMRK m.w.H.

<sup>225</sup> Vgl. z.B. AKANDJI-KOMBE, 10 ff.; BESSON, Obligations, 62 f.; DRÖGE, 1 ff.; JAECKEL, 291 f.; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 261 ff.; KRIEGER, 198 f.; SPIELMANN, 64 ff.; MÖSTL in: Stern/Sodan/Möstl, § 68 N 2; SUDRE, Obligations, 363 ff.; SZCZEKALLA, 729 ff.; VAN DIJK, 18 ff. Zum Schweizer Recht: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II Rz. 171; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen, 1186 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1173 ff.; TSCHANNEN, N 330 ff.; BGE 126 II 300, E. 5 a).

<sup>226</sup> Zu den Adressaten vgl. unten Rz. 145 ff.

<sup>227</sup> Vgl. KRIEGER, 187 f.; zum persönlichen Anwendungsbereich vgl. auch oben Rz. 62 und Fn. 159. Zum Umfang der Justiziabilität in der Schweiz vgl. oben Rz. 59.

<sup>228</sup> Vgl. allgemein JOHANN in: Karpenstein/Mayer, N 5 zu Art. 1 EMRK. Zum Ermessen vgl. unten Rz. 185 ff.

<sup>229</sup> Vgl. hierzu GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 170 ff.

dass vom Staat aktives Tun gefordert wird.<sup>230</sup> Darin liegt auch die Abgrenzung der beiden Pflichten. So verlangen Abwehrrechte ein Unterlassen<sup>231</sup>, während Handlungspflichten ein (komplementär-ergänzendes) Handeln zum Schutz geschützter Rechtsgüter verlangen.

Die Abgrenzung zwischen staatlichem aktivem Eingriff und unterlassenem Handeln erscheint auf den ersten Blick einfach. Sie kann sich aber im Detail als sehr komplex entpuppen. Einfach sind zunächst jene Fälle, in welchen sich klar einordnen lässt, was für eine unterbliebene Handlung vom Staat verlangt worden wäre. Darunter fallen beispielsweise Fälle, in welchen ein Staat seinen Informationspflichten nicht nachgekommen ist, wie z.B. der Warnung gegenüber der Bevölkerung vor äusseren Gefahren.<sup>232</sup> Auch einfach einzuordnen sind Fälle, bei welchen der Staat vollkommen untätig blieb und keinen Schutz vor ihm bekannten Gefährdungen durch Dritte gewährte (so z.B. Reporter, die Todesdrohungen erhalten) oder keine bzw. ungenügende Untersuchungen bei eingetretenen schweren Rechtsverletzungen vornahm.<sup>233</sup> Aufgrund der Interessenlage am Arbeitsplatz betreffen Schutzpflichten im Besonderen auch das Arbeitsrecht. So anerkennt der EGMR beispielsweise Pflichten zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmenden oder Pflichten zum Schutz von Whistleblowern vor Übergriffen durch Kollegen.<sup>234</sup> Beide Beispiele weisen dem Staat eine klare Pflicht zum schützenden Handeln vor Gefahren zu, deren Verletzung einzig im Unterlassen dieser Handlungen liegt.

Schwieriger verhält es sich, wenn die nationale Rechtslage ein konventionswidriges Ergebnis vorsieht oder Anträge auf staatliche Leistungen abgewiesen wer-

<sup>230</sup> Vgl. auch HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, 24. Der EGMR hat mittlerweile geklärt, dass die Indikation für Schutzpflichten kein notwendiger Grundrechtseingriff vorgehen muss (vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 5 m.w.H.).

<sup>231</sup> SUDRE, 1359.

<sup>232</sup> Urteile des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 112 ff.; *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 233 ff.; *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89), § 60.

<sup>233</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Ozgur Gundem gegen die Türkei* vom 16. März 2000 (Nr. 23144/93), § 58 (Schutz von Journalisten); *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff. (fehlende strafrechtliche Sanktionierung für die Misshandlung minderjähriger geistig Behinderter); *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 129 ff. (rechtsgenügeliche Untersuchung eines Autounfalls).

<sup>234</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.); *Špadijer gegen Montenegro* vom 9. November 2021 (Nr. 31549/18).



den.<sup>235</sup> Während der EGMR (uneinig)<sup>236</sup> die Nachbesserung gesetzlicher Regelungen als Handlungspflicht qualifiziert<sup>237</sup>, lässt er im Ergebnis die Frage offen, ob nun in der Ablehnung eines Antrags auf eine Leistung ein Handeln oder Unterlassen liegt.<sup>238</sup> Ähnliche Schwierigkeiten bietet darüber hinaus auch die Frage, wie es sich verhält, wenn staatsnahe Aufgaben auf private Dritte ausgelagert werden.<sup>239</sup>

- 90 Während der Diskurs zur Abgrenzung zwischen staatlichem Handeln und Unterlassen in Grenzfällen in der Lehre nach wie vor zu teils unterschiedlichen Ergebnissen führt,<sup>240</sup> verzichtet der EGMR in seiner Rechtsprechung auf eine klare Zuordnung im Einzelfall.<sup>241</sup> Er begründet dies damit, dass eine solche auch gar nicht notwendig sei, da er auf staatliches Handeln und Unterlassen dieselben Grundsätze anwende:

*«The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case [...] is precisely **whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved.**»<sup>242</sup>*

*«Whether the present case be **analysed in terms of a positive duty** on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) or in terms of an **interference by a public***

---

<sup>235</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Gül gegen die Schweiz* vom 19. Februar 1996 (Nr. 23218/94), § 37 f., sowie die abweichende Meinung von Richter\*Innen Martens und Russo § 7 ff.

<sup>236</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Cossey gegen das Vereinigte Königreich* vom 27. September 1990, Serie A Bd. 184, abweichende Meinung von Richter Martens § 3.4 ff.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Gül gegen die Schweiz* vom 4. April 1995, DR 31-A, § 35 ff. sowie das dortige abweichende Votum von Richter Trechsel. Im Ergebnis liess der Gerichtshof die Frage offen (Urteil des EGMR *Gül gegen die Schweiz* vom 19. Februar 1996 [Nr. 23218/94], § 38). Vgl. ähnlich, aber von einer Handlungspflicht ausgehend, Urteil des EGMR *Sen gegen die Niederlande* vom 21. Dezember 2001 (Nr. 31465/96), § 29 ff.

<sup>239</sup> Sog. PPP (*public-private Partnership*).

<sup>240</sup> Vgl. BESSON, *Obligations*, Fn. 74; MADELAINE, Rz. 411 ff.; STREUER, 141 ff.; WIESBROCK 200 ff.; SZCZEKALLA, 898 ff.

<sup>241</sup> Statt vieler: Urteil des EGMR *Budimir gegen Kroatien* vom 16. Dezember 2021 (Nr. 44691/14), § 56 ff. (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>242</sup> Urteil des EGMR *Dickson gegen das Vereinigte Königreich* vom 4. Dezember 2007 (Nr. 44362/04), § 71.

*authority) to be justified in accordance with paragraph 2 (art. 8-2), the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention [...].»<sup>243</sup>*

Folge dieser fehlenden Abgrenzung ist, dass eine Einordnung im Einzelfall willkürlich erscheinen kann.<sup>244</sup> DE SCHUTTER erkennt den Konflikt des EGMR zutreffenderweise darin, dass die Abgrenzung von Handlungspflicht und Abwehrrecht von der Sichtweise auf die Rolle des Staates in der Gesellschaft abhängt. Liegt ein Recht ausserhalb des gesellschaftlich als normal wahrgenommenen Handlungsbereichs des Staates, so ist die Rede von einer positiven Schutzpflicht, während andere als negative Pflicht bezeichnet werden, wo ein Unterlassen des Staates aus gesellschaftlicher Sicht normal erscheint.<sup>245</sup> Dieser Ansatz erklärt die Herausforderung, im Lichte der internationalen Diversität der Rechtsordnungen eine klare Linie zu entwickeln, da die Auffassungen gesellschaftlicher Normalität staatlichen Handelns oder Unterlassens im Einzelfall bereits auf nationaler Ebene umstritten sein können. Insofern erscheint eine finale Lösung dieses dogmatischen Problems durch den EGMR in naher Zukunft eher fernliegend.

Im Lichte der unklaren Abgrenzung zwischen Handlung und Unterlassen vertreten daher einige Autoren die Auffassung, man solle auf eine Abgrenzung verzichten und es bei der Feststellung belassen, dass eine gewisse Komplementarität zwischen negativen Pflichten und positiven Schutzpflichten bestehe; negative und positive Pflichten seien viel eher als Kontinuum ohne klare Grenzen zu betrachten.<sup>246</sup> Dies rührt daher, dass auch bei rein horizontalen Sachverhalten im modernen Staat aufgrund einer Erwartungshaltung staatlichen Eingreifens auch immer eine staatliche Pflichtverletzung im Raum stehen könne.<sup>247</sup> Dabei wird teilweise auch auf den dogmatischen Ursprung der Handlungspflichten als Weiterentwicklung der

<sup>243</sup> Urteil des EGMR *Powell und Rayner gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1990, Serie A Bd. 172, § 41 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>244</sup> SUDRE, *Obligations*, 380; vgl. SZCZEKALLA, 720 f.

<sup>245</sup> DE SCHUTTER, *Fonction*, 141 f.

<sup>246</sup> PÉTERMANN, 62 ff.; SEPULVEDA, 138 ff.; SUDRE, *Obligations*, 363 ff. Im Ergebnis gleich SZCZEKALLA, 726; WIESBROCK, 116 ff.

<sup>247</sup> Vgl. KREIMER, 1326.

abwehrrechtlichen Dimension der Konventionsrechte verwiesen, was eine Unterscheidung obsolet mache.<sup>248</sup>

- 93 Eine Gegenmeinung hält eine Abgrenzung für notwendig, weil Abwehrrechte und Schutzpflichten sich zu stark unterscheiden würden und deren methodische Gleichbehandlung diesem Umstand nicht gerecht würde; so reiche es für Abwehrrechte, dass ein Eingriff einfach unterlassen werde, während Schutzpflichten aktive Nachbesserung einer Situation erforderten.<sup>249</sup> Die Abgrenzung sei deshalb auch wichtig, weil die Implikationen des Urteils bei einem Abwehrrecht weitaus klarer seien (d.h. Unterlassen des Eingriffs), während für Handlungspflichten regelmäßig ein weiteres Ermessen hinsichtlich der Erfüllungsmöglichkeiten bestehe.<sup>250</sup> Die Lösungsansätze sind im Detail freilich sehr unterschiedlich. So wird vorgeschlagen, anhand von Fallgruppen darauf abzustellen, ob nun das Handeln des Staates oder jenes von Dritten konstitutiv für die Rechtsgutsbeeinträchtigung ist, bzw. für Schutzpflichten, ob der «entscheidende Beitrag [...] von einer Privatperson» erbracht wird, ob der Staat mit seinem Handeln (oder Unterlassen) den vorherigen *Status quo* aufrechterhält,<sup>251</sup> oder dass gar auf den Antrag der Beschwerdeführenden vor Gericht abzustellen ist.<sup>252</sup> Diese Ansätze sind m.E. jedoch wegen ihrer Verlagerung der Problematik des Wertungsspektrums oder der Übertragung der Entscheidung auf die Beschwerdeführenden bzw. das nationale Rechtssystem wenig hilfreich.

---

<sup>248</sup> Diese Position ist teils in der deutschsprachigen Literatur zu finden (vgl. JAECKEL, 122 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, 265 f.; STAHL, 100 f.; STREUER, 84 ff.; SZCZEKALLA, 726 ff.). Begründung hierfür ist eine «Duldungspflicht» zur Ausübung von Konventionsrechten, die die Konventionsstaaten den Privaten auferlegt. Die Durchsetzung der Duldungspflicht stelle schliesslich eine Abwehrfunktion dar. Vgl. hierzu insb. Urteil des EGMR *Stjerna gegen Finnland* vom 25. November 1994, Serie A Bd. 299, übereinstimmendes Votum von Richter Wildhaber.

<sup>249</sup> Vgl. STREUER, 38 f., 123; SUDRE, Obligations, 381 f.; VAN DIJK, 25 f.

<sup>250</sup> Vgl. BLECKMANN, 319 f.; JAECKEL, 169 f.; STAHL, 49 ff.; SEPULVEDA, 138 f., die ausserhalb klar zuordenbarer Fälle eine immerwährend schwächere Präzision in der Abgrenzung sieht; STREUER 38 f., 154; WIESBROCK, 204 ff.

<sup>251</sup> Vgl. zur Kritik BANDES, 2344.

<sup>252</sup> STREUER, 40, 154; vgl. MADELAINE, Rz. 903 ff., die ebenfalls eine Abkehr von der bestehenden Unterscheidung befürwortet. Vgl. auch eingehend LAVRYSEN, 248 ff. m.w.H., wonach Handlungen einer Person dem Staat zugerechnet werden können, wenn Einsetzung, Aufsicht und Verantwortlichkeit, die Ziele, Ermächtigungen sowie Funktion für staatliches Handeln sprechen.

Am vielversprechendsten scheint es, alle unterlassenen Handlungspflichten als Eingriff in die Konventionsrechte zu betrachten.<sup>253</sup> Demnach stellen unterlassene Handlungspflichten in materiell-rechtlicher Hinsicht einen Eingriff dar, der gerade im Bereich der Schutzpflichten entweder in der Einräumung bzw. der gerichtlichen aktiven Beteiligung zur Durchsetzung privater Rechte durch eine mangelhafte Gesetzeslage oder der Duldung (bzw. Billigung) einer Gefährdung oder Verletzung liegt.<sup>254</sup> So gilt es im Endeffekt im Auge zu behalten, dass es bei der Beurteilung eines Falls immer um die Beurteilung bzw. Rechtfertigung des staatlichen Beitrages zu einer konkreten Menschenrechtsverletzung geht.<sup>255</sup> Es rechtfertigt sich aus dieser Sicht, die Unterscheidung zu verwerfen. Da damit auch die Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK zu prüfen wären (sog. Schrankenbestimmungen), bedarf dieser Ansatz diesbezüglich einiger Anpassungen.<sup>256</sup> Auf diesem Wege fügt sich diese Lösung zwar nicht nahtlos in eine Dogmatik ein, aber sie entschärft die stark wertungsbelasteten Einzelfragen der Abgrenzung zwischen staatlichem Handeln und Unterlassen und erlaubt es, den Fokus auf die eigentliche Frage der Rolle des Staates im fraglichen Sachverhalt zu lenken. Darüber hinaus stünde eine solche Vorgehensweise aufgrund des weitestgehend geltenden Gleichlaufs bei der Prüfung eines Eingriffs im Ergebnis im Einklang mit der geltenden Rechtsprechung des EGMR.<sup>257</sup>

Die Relevanz dieser Streitfrage ist für die vorliegende Abhandlung schliesslich untergeordneter Natur. Denn der EGMR bestimmt die Abgrenzung zwischen privatem und staatlichem Handeln im Rahmen zivilrechtlicher Streitigkeiten relativ klar. Er geht grundsätzlich von einer unterlassenen Schutzhandlung aus und nicht von einem Eingriff durch ein ergangenes Zivilurteil bzw. der staatlichen Billigung eines konventionswidrigen Zustandes.<sup>258</sup> Unterschiede in der Methodik bestehen jedoch bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen. Während bei diesen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit unter Rechtfertigung über die Schranken-

<sup>253</sup> SZCZEKALLA, 725; WIESBROCK, 117; a.A. STAHL, 101 f.

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> LAVRYSEN, 307.

<sup>256</sup> Vgl. hierzu eingehend *ibid.*, 315 ff. Vgl. unten Rz. 226 ff.

<sup>257</sup> Ibid.

<sup>258</sup> Vgl. hinsichtlich Handlungen von Arbeitgebenden: Urteile des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44; *Sibson gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 258, § 27; Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Stedman gegen das Vereinigte Königreich* vom 9. April 1997, DR 89-B, § 1. Vgl. auch hinsichtlich Handlungen von Arbeitnehmenden: Urteil des EGMR *Gustafsson gegen Schweden* (Nr. 15573/89), § 45.

bestimmungen her argumentiert werden sollte, bedarf eine Schutzpflicht in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen bezüglich ihrer Herleitung einer vertiefteren Rechtfertigung. So fordert der EGMR z.B. zur Überwachung von Arbeitnehmenden bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen eine gesetzliche Grundlage,<sup>259</sup> während in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen auch auf eine Privatvereinbarung, Weisung oder ein Betriebsreglement abgestellt werden kann.<sup>260</sup> Insofern könnte die vertragliche Basis eines Eingriffs zumindest in arbeitsrechtlichen Schutzpflichtsfällen gewissermassen als Substitut für eine gesetzliche Grundlage im Sinne der Schrankenbestimmungen angesehen werden.<sup>261</sup>

## 2.2 Abgrenzung zu Verfahrens- und Teilhabegarantien

- 96 Handlungspflichten sind von den Verfahrens- und Teilhabegarantien der EMRK wie z.B. dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK oder dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK abzugrenzen. Beide können staatliches Handeln z.B. durch Bereitstellung eines Beschwerdewegs erfordern. Jedoch unterscheiden sich Verfahrens- und Teilhabegarantien von den Handlungspflichten, da Letztere aus anderen Konventionsgarantien hergeleitet werden.<sup>262</sup>
- 97 Im Gegensatz zu diesen Verfahrens- und Teilhabegarantien haben Handlungspflichten also den Schutz des jeweiligen Konventionsrechts zum Gegenstand, während die Einhaltung von Verfahrensgarantien sich in ihrem Gewährleistungscharakter und Selbstzweck erschöpft.<sup>263</sup> Mit anderen Worten werden die expliziten Verfahrens- und Teilhabegarantien nicht als Teilgehalt eines anderen Konventionsrechts hergeleitet, sondern sie existieren als eigenständige Garantien unabhängig vom Bestand oder Ziel eines ggf. weitergreifenden Konventionsrechts.<sup>264</sup> Eine gewisse Überschneidung bleibt indessen dort bestehen, wo die Handlungspflicht aus einem Konventionsrecht aufgrund des Effektivitätsgedankens Pflichten im

---

<sup>259</sup> Urteil des EGMR *Halford gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. Juni 1997 (Nr. 20605/92).

<sup>260</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08).

<sup>261</sup> Dieser Ansatz führt jedoch gerade bei nicht- oder quasivertraglichen Verhältnissen zu keiner Lösung, weshalb ihm keine allgemeine Gültigkeit zukommen kann.

<sup>262</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 3 ff., 10 ff.

<sup>263</sup> Im Ergebnis ähnlich SZCZEKALLA, 778 f.

<sup>264</sup> Vgl. auch STAHL, 41; SZCZEKALLA, 782 f., 792 m.w.H., der von «indirektem Schutz» spricht und insbesondere Art. 6 EMRK als Kontrollinstrument bzw. sekundäres Schutzmittel neben Schutzpflichten erachtet.

Zusammenhang mit deren prozessualer Geltendmachung auferlegt.<sup>265</sup> In diesem Falle ist es möglich, dass auch eine aus einem anderen Konventionsrecht hergeleitete Handlungspflicht potenziell dieselben überschneidenden oder ergänzenden Verfahrens- oder Teilhabegarantien zum Gegenstand hat.

### 2.3 Abgrenzungen zu Sozialrechten

Sozialstaatlichkeit ist in den meisten europäischen Ländern mittlerweile ein tragendes rechtsstaatliches Grundprinzip.<sup>266</sup> Mit Aufgabe der strikten Trennung von bürgerlichen Rechten und Sozialrechten sind gewisse Aspekte der Sozialrechte auch bei der Auslegung der Grund- und Menschenrechte zumindest zu berücksichtigen, zumal die beiden ohnehin nicht immer klar voneinander getrennt werden können.<sup>267</sup> Wie und in welchem Umfang dies aussehen soll, ist nach wie vor Gegenstand von Diskussionen in Lehre und Rechtsprechung.<sup>268</sup> 98

Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Rechte) können gleich wie die klassischen Grundrechte eine Pflicht zu staatlichem Handeln, Unterlassen oder Gewährleisten umfassen. Darunter fallen insbesondere die Schaffung sozialer Sicherheit, der Zugang zur Bildung, Gesundheitsschutz, Erholung und Freizeit sowie der Schutz gegen äussere schädigende Einflüsse wie Immissionen und Umweltverschmutzung.<sup>269</sup> Der Idee nach soll die Gewährung von Sozialrechten neben der rechtlichen Freiheit auch faktische Freiheit schaffen.<sup>270</sup> 99

<sup>265</sup> Vgl. beispielsweise zur Durchsetzung der Eigentumsgarantie in Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls: Urteil des EGMR *Fischer gegen die Tschechische Republik* vom 24. Februar 2022 (Nr. 24314/13), § 49 ff.

<sup>266</sup> WILDHABER, 372 f.

<sup>267</sup> Vgl. zur Entwicklung des *exclusive approach* (der eine Grenze für Sozialrechte in Art. 3 und 11 EMRK stipulierte) zum weitergehenden *integrative approach* MANTOUVALOU, 532 ff.; weiter auch MADELAINE, Rz. 355 ff., 876 ff., die von einer Untrennbarkeit ausgeht.

<sup>268</sup> SERGHIDES, Speech UCLN, 2 f.; vgl. MÜLLER, Freiheit, 81 ff., 164 ff. sowie Fn. 222. Zur (älteren) Literatur und Rechtsprechung, die Sozialrechte unter der EMRK noch weitgehend ausschlossen, STREUER, 155 f., und Urteil des EGMR *Botta gegen Italien* vom 24. Februar 1998 (Nr. 21439/93), § 30 ff.; allgemein VILLIGER, Rz. 269 ff. Zum Schweizer Verfassungsrecht vgl. MÜLLER, Soziale Grundrechte, 282.

<sup>269</sup> STREUER, 55.

<sup>270</sup> Vgl. ALEXY, 458 ff.; LÖRCHER in: Dorsemont/Lörcher/Schömann, 11. Zu den verschiedenen Aspekten der Freiheit am Arbeitsplatz vgl. BUENO, ILR 2021, 315 ff.

- 100 Die WSK-Rechte haben keinen Einzug in die EMRK gefunden.<sup>271</sup> Sie sind Gegenstand anderer Abkommen, so insbesondere der Europäischen Sozialcharta (ESC) sowie des UNO-Pakts I. Sie unterscheiden sich von klassisch abwehrrechtlich geprägten bürgerlichen und politischen Rechten in ihrer Perspektive auf das Verhältnis des Staates zum Individuum. Während bürgerliche und politische Rechte vom Gesichtspunkt des Staates als potenzielle Gefahr für die individuelle Freiheit ausgehen, sehen Sozialrechtstheorien den Staat als Schützer der Wohlfahrt als Bedingung für die Verwirklichung der individuellen Freiheit.<sup>272</sup> Die frühere vorherrschende Meinung, es handle sich bei Sozialrechten um eine komplett andere Kategorie von Menschenrechten als bürgerliche und politische Rechte, wurde mittlerweile fallen gelassen.<sup>273</sup>
- 101 Heute sind die Grenzen zwischen Sozialrechten und den Konventionsrechten weitgehend verwischt.<sup>274</sup> So werden Sozialrechte auch im Rahmen der Auslegung der EMRK eingebunden und bei der Rechtsprechung berücksichtigt.<sup>275</sup> Insbesondere Art. 6 und 14 EMRK, der Rückgriff auf die Verwundbarkeit des Opfers bei der Bestimmung von Handlungspflichten sowie die integrative Auslegung durch den EGMR führen zu einer weiteren Berücksichtigung und Wechselwirkung zwischen Konventionsrechten und Sozialrechten.<sup>276</sup> Diese ist deshalb wichtig, weil die Justiziabilität von Sozialrechten in der Schweiz aufgrund ihres fehlenden *Self-*

---

<sup>271</sup> Ausnahme hiervon bildet das 2. Zusatzprotokoll der EMRK, welches insbesondere den Schutz des Eigentums, das Recht auf Bildung sowie das Recht auf freie Wahlen vorsieht. Indessen hat die Schweiz dieses Protokoll unterzeichnet, aber bislang nicht ratifiziert (Stand: 30. Dezember 2022). Vgl. auch oben Rz. 17. Zur Entwicklung vgl. PARTSCH, 635 f.

<sup>272</sup> Vgl. hierzu PALMER, 400 f. m.w.H.; ISENSEE, § 191 N 200 ff.

<sup>273</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 313; PALMER, 399; MANTOUVALOU, 532 ff. und 549 zur Frage der Realisierung der Freiheitsrechte durch Wahrnehmung von Sozialrechten; Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 26 wo der EGMR zur Abgrenzung festhielt: «[...] *there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention* [...]» Vgl. auch TULKENS, 4, der in diesem Kontext von einer «Durchlässigkeit» spricht. Siehe hierzu auch die Wiener Deklaration und das Aktionsprogramm der UNO vom 25. Juni 1993, N 5: «*All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.*»

<sup>274</sup> Vgl. SUDRE, RTDH 2003, 758 ff. m.H.a. die Verkomplizierung durch die Zusatzprotokolle.

<sup>275</sup> Dies geschieht beispielsweise im Falle der Mitberücksichtigung der ESC, des UNO-Pakts I oder anderer Völkerrechtsquellen im Rahmen der dynamischen Auslegung des EGMR. Vgl. NOVITZ, *passim*; unten Rz. 32 ff.

<sup>276</sup> Vgl. PALMER, 401 f.; vgl. oben Rz. 43.

*executing*-Charakters teilweise verneint wird und der EGMR ihnen so indirekt eine justiziable, subjektiv-rechtliche Dimension verleihen kann.<sup>277</sup> Indessen wird der Charakter der Sozialrechte im Rahmen des eingeräumten staatlichen Ermessensspielraums berücksichtigt, weshalb sie je nach Interessenlage im Einzelfall den klassischen Grundrechten in der Praxis nicht gänzlich gleichgesetzt werden können.<sup>278</sup>

Schliesslich bestehen anerkanntermassen auch justiziable Sozialrechte. In Frage kommen z.B. Rechte unter Art. 7 UNO-Pakt I bezüglich günstiger Arbeitsbedingungen, gleichen Lohns für gleiche Arbeit und diskriminierungsfreier Beförderung, des Rechts auf angemessene Entlohnung (ggf. über Einführung von Mindestlöhnen<sup>279</sup>), des Schutzes vor überlangen Arbeitszeiten oder eines Anspruchs auf Urlaub. Diese sind darüber hinaus unter Berücksichtigung einschlägiger ILO-Übereinkommen im nationalen Recht bzw. in der Rechtsanwendung umzusetzen.<sup>280</sup> 102

Die Kategorie der Sozialrechte ist daher nicht deckungsgleich mit den positiven Schutz- oder Handlungspflichten der EMRK. Es bestehen zwischen ihnen jedoch zumindest stellenweise Überlappungen, weil auch die abwehrrechtliche Dimension der EMRK den Schutz der Sozialrechte zum Gegenstand haben kann.<sup>281</sup> So schützt beispielsweise die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK einerseits die Gewerkschaftsfreiheit in Form eines klassischen Abwehrrechts gegenüber dem Staat, andererseits fordert sie aber auch Handlungen in 103

<sup>277</sup> Vgl. hingegen BGE 125 III 277, insb. E. 2.d. Zur Haltung internationaler Überwachungsorgane gegenüber der Schweiz: KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, 9 f. m.w.H. Zu den justiziablen Gehalten der WSK im Einzelnen vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 326 ff.; KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, 13 ff. Vgl. zu den Rechtsquellen der ILO auch DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 65 f.

<sup>278</sup> Vgl. unten Rz. 191 ff.

<sup>279</sup> Vgl. zur Verfassungsmässigkeit der Einführung eines Mindestlohns in der Schweiz Urteile des BGer 2C\_774/2014; 2C\_813/2014; 2C\_815/2014; 2C\_816/2014 vom 21. Juli 2017. Das Bundesgericht nimmt in den vorgenannten Entscheiden indessen keinen Bezug auf internationale Rechtsquellen. Zur unterschiedlichen internationalen Entwicklung vgl. BERSER BIRCHER, 65 ff.

<sup>280</sup> Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 1275.

<sup>281</sup> HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, 24; vgl. PÉTERMANN, 70 f. und insb. Fn. 386 m.w.H.; STREUER, 191 f.; ISENSEE, § 191 N 200, der die Schutzpflichten als Mittel zur Schaffung allgemeiner und gleicher Freiheit sieht und die sozialstaatlichen Aspekte als Mittel zur tatsächlichen Ausübung.



Form positiver Handlungspflichten.<sup>282</sup> Insoweit sollte eine Vermischung bzw. Gleichsetzung der Begriffe vermieden werden.

### 3. Dogmatik der Handlungspflichten

#### 3.1 Allgemeines

- 104 Der Begriff der Handlungspflichten (*obligations positives, positive obligations*) stammt aus der Strassburger Rechtsprechung und wurde von dieser fortlaufend weiterentwickelt.<sup>283</sup> Diese Rechtsprechung enthält jedoch keine allgemeine Definition oder dogmatische Herleitung der Handlungspflichten.<sup>284</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass der EGMR es nicht als seine Aufgabe erachtet, eine eigene Dogmatik zu entwickeln, sondern im Einzelfall effektiven Rechtsschutz zu gewähren.<sup>285</sup> Folge davon ist eine stark einzelfallbezogene Rechtsprechung des EGMR, was das Ziehen allgemeiner Schlüsse teilweise erschwert.<sup>286</sup>
- 105 Der kasuistische Ansatz des EGMR soll nicht bedeuten, dass gestützt auf seine Rechtsprechung keine allgemein gültigen Schlüsse gezogen werden können. So nimmt der EGMR fast schon formelartig Bezug auf seine ergangene Rechtsprechung, was die Herleitung gewisser allgemeiner Regeln ermöglicht.<sup>287</sup>

#### 3.2 Herleitung in Lehre und Rechtsprechung

- 106 Die dogmatische Herleitung von Handlungspflichten kann Aufschluss über deren Natur und ein besseres Verständnis für deren Inhalt vermitteln. Hierfür werden nachstehend die dogmatischen Begründungsansätze aus der Lehre aufgezeigt.

---

<sup>282</sup> Vgl. zu Letzteren beispielsweise Urteil des EGMR *Tek Gıda İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 (Nr. 35009/05), § 48 ff.

<sup>283</sup> BORGHI, 37 f.; vgl. rechtsvergleichend zum Verfassungsrecht in Deutschland und in den USA: BESSON, 72 ff.

<sup>284</sup> Der EGMR stützt sich im Prinzip ausschliesslich auf den evolutiven Charakter der EMRK (vgl. unten Rz. 115 ff.).

<sup>285</sup> So explizit: Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 31.

<sup>286</sup> So exemplarisch *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44, § 53; vgl. aber hingegen das frühere Vorgehen der Kommission, die teils zunächst eine allgemeine Würdigung und im Anschluss eine fallspezifische vornahm: Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Marckx gegen Belgien* vom 29. September 1975, DR 3,121 ff.

<sup>287</sup> Zur Entwicklung in der Rechtsprechung vgl. unten Rz. 115 ff.

Ein Ansatz zur Herleitung der Handlungspflichten folgt aus dem Wortlaut der Präambel der EMRK.<sup>288</sup> Diese nimmt explizit Bezug auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die eine «universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung» und eine «kollektive Garantie» für die Menschenrechte schaffen soll.<sup>289</sup> Darin ist zwar keine explizite Verpflichtung zum Handeln zu sehen, jedoch ist eine solche nicht ausgeschlossen. Viel eher enthält die Präambel eine Gewährleistungs-, Währungs- und Fortentwicklungsfunktion der Konventionsrechte.<sup>290</sup> So können die genannten Zielsetzungen auch als Fundament für die Weiterentwicklung der materiellen Garantien der EMRK auf mögliche Handlungs- bzw. Schutzpflichten herangezogen werden.<sup>291</sup> Auch der EGMR stützt sich bei der Herleitung von Handlungspflichten stark auf diese Prinzipien, besonders auf die Garantiefunktion, die Fortentwicklung sowie die Wirksamkeit und Effektivität der Konventionsrechte.<sup>292</sup>

Weiterer Bezugspunkt der Präambel ist der Schutz der Menschenwürde, welche zwar nicht als eigenständiges Konventionsrecht in der EMRK verankert ist, jedoch wiederum über die Erwähnung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte in der Präambel der EMRK berücksichtigt werden kann.<sup>293</sup> So hält Art. 1 AEMR den Schutz der Menschenwürde als Leitprinzip fest, worin sich ebenfalls ein Rechtfertigungsansatz für Handlungspflichten erblicken lässt. Weitere Verweise auf die Menschenwürde finden sich darüber hinaus auch im Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK sowie im Folterverbot und im Verbot unmenschlicher Behand-

<sup>288</sup> Zur allgemeinen Bedeutung der Präambel der EMRK vgl. FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 5 zur Präambel.

<sup>289</sup> Ibid., N 1, 4 zur Präambel.

<sup>290</sup> Vgl. hierzu die Absätze 3 und 4 der Präambel: «[...] *in der Erwägung, dass diese Erklärung bezweckt, die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte zu gewährleisten; in der Erwägung, dass es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, und dass eines der Mittel zur Erreichung dieses Zieles die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist [...].*»

<sup>291</sup> SCHUBERT in: EurArbKom, N 33 f. zu Art. 1 EMRK; kritisch hingegen hinsichtlich der Legitimationseignung der Präambel: STREUER, 216 f.; WIESBROCK, 88.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu Urteil EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 26 zur Effektivität der Konventionsrechte. Bestätigt in den Urteilen des EGMR *Van der Musselle gegen Belgien* vom 23. November 1983, Serie A Bd. 70, § 29; *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 149 f.

<sup>293</sup> BLECKMANN, 312 f.; differenzierend: BESSON, Obligations, 72 f. Diese Herleitung wird besonders von deutschen Autorinnen diskutiert, wo (anders als in der EMRK) Art. 1 GG die Menschenwürde explizit schützt (vgl. auch STAHL, 97 ff.).

lung nach Art. 3 EMRK,<sup>294</sup> woraus sich ein Anspruch auf staatliches Handeln herleiten lassen soll.<sup>295</sup>

- 109 Eine weitere Grundlage für die positiven Handlungspflichten kann im Wortlaut der Programmbestimmung in Art. 1 EMRK gesehen werden: «*Die Hohen Vertragsparteien sichern [...] die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu*» («*The High Contracting Parties shall secure to everyone*»). Daraus soll folgen, dass die Konvention (ihrem Wortlaut nach zumindest) zu ihrer Verwirklichung auch staatliches Handeln fordert.<sup>296</sup> Indessen ist zu berücksichtigen, dass der (im Gegensatz zum englischen) ebenfalls massgebliche französische Text diesbezüglich nicht gleichermassen klar ist und viel eher von einer «Anerkennung» spricht: «*Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne.*»<sup>297</sup> Diese sprachliche Divergenz führt dazu, dass isoliert darauf gestützt keine klare Herleitung der Handlungspflichten begründet werden kann.<sup>298</sup>
- 110 Im Sinne eines weiteren systematischen Ansatzes können Handlungspflichten auch aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK als allgemeines Prinzip abgeleitet werden. Demnach ist das Recht auf Leben «gesetzlich geschützt». Daraus folgt zunächst, dass die EMRK das Konzept von Handlungs- und Schutzpflichten bereits kennt.<sup>299</sup> Der EGMR legte die Norm indessen in seiner frühen Rechtsprechung bezüglich Handlungspflichten sachlich beschränkt auf den Schutzbereich

---

<sup>294</sup> MEYER-LADEWIG in: HK-EMRK, N 10 zu Art. 8 EMRK; ähnlich auch zu Art. 3 EMRK: Urteil des EGMR *Pretty gegen das Vereinigte Königreich* vom 29. April 2002 (Nr. 2346/02), § 52: «*Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity [...].*»

<sup>295</sup> Vgl. insbesondere unter Verweis auf die Lehre zum deutschen Grundgesetz: BLECKMANN, 311 ff.; krit. hinsichtlich der Eignung zur dogmatischen Rechtfertigung ohne Anknüpfung an den Normtext, da die EMRK kein Äquivalent wie Art. 1 GG enthält: BESSON, 72 f.; STREUER, 217 f.; WIESBROCK, 96 ff.

<sup>296</sup> DRÖGE, 240 f.; vgl. jedoch STAHL, 105, 117 ff., die wohl Art. 1 EMRK als Gewährleistungsartikel i.V.m. einem materiellen Recht als Grundlage erachtet. Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 286; STREUER, 216.

<sup>297</sup> Vgl. hierzu auch LEMMENS in: van Dijk et al., 28.

<sup>298</sup> Stark auf die deutsche Fassung abstellend hingegen STREUER, 219 ff.; vgl. aber eingehend auch zum französischen Text unter Berücksichtigung der *travaux préparatoires*: MADELAINE, Rz. 203 ff.; SUDRE, *Obligations*, 368; im Ergebnis ablehnend SZCZEKALLA, 726 ff., 893 ff. m.H.a. die Rechtsprechung des EGMR; WIESBROCK, 87 f.

<sup>299</sup> Vgl. hierzu BLECKMANN, 310 f.; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, 25; MATSCHER, FS Schmölz, 194; a.A. STAHL, 104 f., die daraus eine lediglich sachlich begrenzte Pflicht herleitet; ähnlich STREUER, 216; WIESBROCK, 85.

von Art. 2 EMRK und auch im Weiteren eng aus. Weiter liess er in seiner Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK keine Ansätze für eine Generalisierung von Handlungspflichten erblicken.<sup>300</sup> Ähnliche explizite Handlungspflichten finden sich vereinzelt auch in anderen Konventionsrechten wie z.B. dem Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Ziff. 1 EMRK. Jedoch dient dieser Ansatz aufgrund seiner sachlichen Beschränkung lediglich als mögliches Indiz für das Potenzial für Handlungspflichten unter der EMRK, nicht aber für die stringente Herleitung völlig ungeschriebener Handlungspflichten.<sup>301</sup>

Ein weiteres grammatikalisches Argument für Handlungspflichten findet sich darüber hinaus in der Erwähnung zur Berücksichtigung von privaten Drittinteressen in den Schrankenbestimmungen der EMRK. Daraus soll die Ubiquität der Konventionsrechte abgeleitet werden, womit die Konvention zu ihrer Verwirklichung auch den Schutz vor Verletzungen durch Dritte erfasst und somit horizontale Geltung erhalten soll.<sup>302</sup> 111

Schliesslich kann das Konzept der Handlungspflichten auch aus der abwehrrechtlichen Dimension der Konventionsrechte hergeleitet werden. So wird unter Rückgriff auf die staatliche Verantwortlichkeit dem Staat nicht vorgeworfen, er sei untätig geblieben, sondern habe in einen konventionswidrigen Zustand durch sein Nichtstun eingewilligt oder ihn (billigend) geduldet.<sup>303</sup> Ergebnis davon ist die Konvergenz von Abwehrrecht und Handlungspflicht.<sup>304</sup> 112

### 3.3 Würdigung und Zwischenfazit

Die obengenannte Aufstellung der diversen Ansätze zeigt, dass für die allgemeine Herleitung von Handlungspflichten keine eindeutige Grundlage in der EMRK 113

<sup>300</sup> Vgl. Zulässigkeitsentscheid der EKMR *W. gegen Irland* vom 28. Februar 1983, DR-32, 200 (keine Pflicht zur dauerhaften Bereitstellung eines Bodyguards).

<sup>301</sup> Vgl. hierzu eingehend STREUER, 113 ff. m.w.H., die mit Bezug auf die Schutzaspekte von Art. 5 EMRK richtigerweise im Ergebnis zwar keine eindeutige grammatikalische, hingegen aber eine mögliche teleologische Basis für Schutzpflichten erkennt. Vgl. auch zu Art. 2 EMRK oben Fn. 299. Vgl. MADELAINE, Rz. 182 ff., zur Herleitung aufgrund ihrer Inhärenz.

<sup>302</sup> Vgl. BLECKMANN, 311 ff.; FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 2 ff. zur Vorbemerkung zu Art. 8–11 EMRK; JAECKEL, 115 f.; ablehnend: STAHL, 104; STREUER, 214; zu Recht auf die Regelungsmöglichkeit, aber nicht auf die Regelungspflicht hinweisend: SZCZEKALLA, 892 f.; WIESBROCK, 87 f.

<sup>303</sup> MAYER, 51; SZCZEKALLA, 896 ff.; vgl. WIESBROCK, 216 ff.

<sup>304</sup> Vgl. hierzu auch oben Rz. 44 ff.

existiert. Auch wenn einige der im vorherigen Abschnitt aufgezeigten Ansätze die Handlungspflichten teils nicht vollumfänglich rechtlich stringent zu begründen vermögen, schliessen sie sie zumindest auch nicht aus.

- 114 Insbesondere dort, wo Handlungspflichten nicht ausdrücklich aus dem Konventionstext hervorgehen, können sie m.E. über den völkerrechtlichen Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) gestützt auf die einzelne Konventionsgarantie hergeleitet werden.<sup>305</sup> Im Fall des hier zu vertiefenden Art. 8 EMRK erweist sich der Wortlaut der Konvention als dankbar, da in Abs. 1 von «Achtung» (*respect, respecter*) die Rede ist, was eine Pflicht zu aktivem Tun schon aus grammatikalischer Sicht nahelegt.<sup>306</sup> Ausschliesslich hierauf abzustellen, reicht jedoch nicht aus, um einen dogmatischen Mehrwert hinsichtlich der künftigen Bestimmung von Handlungspflichten zu generieren. Viel eher ist der dogmatische Grund für die Handlungspflichten in der Auslegung und Anerkennung einer immerwährend grösseren objektiv-rechtlichen Funktion der Konventionsrechte zu sehen, die zu ihrer Verwirklichung auch staatliches Handeln erfordern.

#### 4. Entwicklung der Handlungspflichten in der Strassburger Rechtsprechung

- 115 Oft zitierter Leitentscheid zu den Handlungspflichten ist das Urteil *Marckx*<sup>307</sup> aus dem Jahre 1979. Es behandelt die Frage, ob das belgische Familienrecht so ausgestaltet werden müsste, damit ein Kindsverhältnis zwischen Mutter und Kind hergestellt werden könne.<sup>308</sup> Es ging daher um die konkrete Ausgestaltung des belgischen Familienrechts, welches *in casu* keine Möglichkeit zur Herstellung eines Kindsverhältnisses zwischen Mutter und Kind vorsah.<sup>309</sup> Der EGMR verlangte vom belgischen Staat, dass er entsprechend handle und die Möglichkeit einer Anerkennung des Kindsverhältnisses schaffe.<sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> Im Ergebnis gleich, aber auf Art. 1 EMRK abstellend STREUER, 222; a.A. SZCZEKALLA, 895 f.

<sup>306</sup> So auch die frühe Rechtsprechung des EGMR (vgl. unten Rz. 60).

<sup>307</sup> Urteil des EGMR *Marckx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 28.

<sup>308</sup> *Ibid.*, § 31. Vgl. hierzu auch Urteile des EGMR *Johnston und andere gegen Irland*, Serie A Bd. 112, § 70 ff.; *Vermeire gegen Belgien*, Serie A Bd. 214-C, § 23 ff. bezüglich erbrechtlicher Belange.

<sup>309</sup> Urteil des EGMR *Marckx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 28, § 31.

<sup>310</sup> Vgl. hierzu auch Urteile des EGMR *Johnston und andere gegen Irland*, Serie A Bd. 112, § 70 ff.; *Vermeire gegen Belgien*, Serie A Bd. 214-C, § 23 ff. bezüglich erbrechtlicher Belange.

Ähnlich verhält es sich mit dem Urteil *Airey*<sup>311</sup>, wo sich der EGMR mit der Nichtgewährung unentgeltlicher Rechtspflege zu befassen hatte. Die Ehefrau und Beschwerdeführerin wollte sich von ihrem gewalttätigen Ehemann trennen. Gemäss irischem Recht war sie jedoch ohne gerichtliche Trennung dazu verpflichtet, weiterhin bei ihm zu wohnen. Da diese Trennungsmöglichkeit unter irischem Recht grundsätzlich möglich war, hatte der Gerichtshof nur über den Zugang zum Verfahren i.S. einer prozessualen Handlungspflicht zu befinden, welche er von einer weiten Auslegung des Begriffs der «Achtung» (*respecter, respect*) des Familienlebens herleitete.<sup>312</sup> Das Urteil ist auch deshalb wichtig, weil der EGMR darin das Ziel eines effektiven Rechtsschutzes (*effet utile*) bekräftigte.<sup>313</sup> Es war Ausgangspunkt für eine Reihe weiterer Entscheide zur Präzisierung und Ausdehnung insbesondere der prozessualen Handlungspflichten zur Realisierung eines effektiven Rechtsschutzes unter der EMRK.<sup>314</sup> 116

Erste Ansätze für eigentliche Schutzpflichten im Sinne eines Schutzes vor Dritten finden sich in Fällen zu Art. 2 EMRK. Einer der frühen Fälle vor der EKMR ist *W gegen Irland*<sup>315</sup>. Der Fall betraf die Verweigerung von Schutzmassnahmen im Rahmen von Art. 2 EMRK für eine Person, die von der Irisch-Republikanischen Armee verfolgt wurde. Die Kommission lehnte einen Anspruch auf permanente Schutzmassnahmen gestützt auf Art. 2 EMRK ab. Sie begründete diesen Entscheid damit, dass einerseits die Rechtslage nicht gerügt worden sei und dass andererseits selbst bei fehlendem gesetzlichem Schutz auch kein (unbefristeter) persönlicher Anspruch auf Schutzmassnahmen unter der EMRK bestehe.<sup>316</sup> 117

<sup>311</sup> Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32; ähnlich auch Urteil des EGMR *Artico gegen Italien* vom 13. Mai 1980, Serie A Bd. 37, § 33 f.

<sup>312</sup> Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 33; vgl. hierzu auch die Ausführungen in Urteil des EGMR *Campbell und Cosans gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. Februar 1982, Serie A Bd. 48, § 37.

<sup>313</sup> Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 24.

<sup>314</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Van der Musselle gegen Belgien* vom 23. November 1983, Serie A Bd. 70, § 39; *McMichael gegen das Vereinigte Königreich* vom 24. Februar 1995, Serie A Bd. 307-B, § 85; *Aydin gegen die Türkei* vom 25. September 1997 (Nr. 23178/94), § 89 ff.; *Menteş und andere gegen die Türkei* vom 28. November 1997 (Nr. 23186/94), § 86 ff.

<sup>315</sup> Unzulässigkeitsentscheid der EKMR *W. gegen Irland* vom 28. Februar 1983, DR-32, 200.

<sup>316</sup> Ibid. «[...] Art. 2 cannot be interpreted as imposing a duty to give protection of this nature, at least not for an indefinite period of time [...]» Vgl. STREUER, Fn. 136.

- 118 Entsprechend der später liberaleren Auslegung der EMRK durch die Kommission anerkannte diese nach und nach eigentliche Pflichten zum Schutz vor nichtstaatlichen Bedrohungen.<sup>317</sup> Die Rechtsprechung wurde auch auf weitere Konventionsrechte ausgeweitet, so insbesondere auch Art. 8 Abs. 1 EMRK. Als Begründung hierfür nannte der EGMR – neben grammatikalischen Aspekten – eine dynamische Auslegung der Konventionsrechte im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes.<sup>318</sup>
- 119 Für das Arbeitsrecht erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang das Urteil *Young Webster und James*<sup>319</sup>. Den Beschwerdeführern wurden ihre Arbeitsverträge gekündigt, da sie keiner Gewerkschaft angehörten und sich weigerten, einer solchen beizutreten. Die Arbeitgeberin war hierzu aufgrund einer *Closed-Shop*-Vereinbarung mit einer Gewerkschaft verpflichtet.<sup>320</sup> Die nationalen Gerichte schützten die Kündigungen gestützt auf das anwendbare Binnenrecht. Die Kommission stellte fest, dass das Recht auf Vereinigungsfreiheit auch arbeitsrechtliche Schutzpflichten umfasse.<sup>321</sup> Der Gerichtshof ging auf diese Frage jedoch nicht ein und stellte eine Konventionsverletzung noch aufgrund eines Eingriffs durch die (vom Staat zu verantwortende) Rechtslage fest.<sup>322</sup> Später hat der EGMR in einer Reihe ähnlicher Fälle betreffend Gewerkschaften eine (wenn auch nicht explizite) Schutzpflicht unter Privaten zumindest *de facto* anerkannt.<sup>323</sup>

---

<sup>317</sup> Vgl. insbesondere die Urteile des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44, § 53; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91. Zur Entwicklung vgl. auch oben Rz. 14 ff.

<sup>318</sup> Vgl. hierzu auch oben Rz. 56 ff.; Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139.

<sup>319</sup> Urteil des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44.

<sup>320</sup> Darunter sind Vereinbarungen zwischen Arbeitgebenden und Gewerkschaften zu verstehen, welche Arbeitgebende verpflichten, ausschliesslich Gewerkschaftsmitglieder zu beschäftigen.

<sup>321</sup> Urteil des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44, § 55 ff.

<sup>322</sup> Vgl. *ibid.*, § 49. Diese Auffassung deckt sich mit einem abwehrrechtlich begründeten Ansatz für die Schutzpflichten (vgl. oben Rz. 59 ff.).

<sup>323</sup> Vgl. hierzu die Urteile des EGMR *National Union of Belgian Police gegen Belgien* vom 27. Oktober 1975, Serie B 17, § 37 ff.; *Swedish Engine Drivers' Union gegen Schweden*, Serie A 20, § 37 ff.

1985 anerkannte der Gerichtshof schliesslich im Leitentscheid *X und Y gegen die Niederlande* ausdrücklich allgemeine staatliche Handlungspflichten im Rahmen von Art. 8 EMRK: 120

«The Court recalls that although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, **there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life [...]. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.**»<sup>324</sup>

Bereits in diesen frühen Fällen räumte der Gerichtshof den Staaten einen weiten Ermessensspielraum zur Erfüllung dieser Pflichten ein, da sie naturgemäss auf verschiedene Art und Weise erfüllt werden können und die nationalen Behörden grundsätzlich besser geeignet sind, die Eigenheiten ihres jeweiligen Rechtssystems zu berücksichtigen.<sup>325</sup> Ebenso sollen sich Handlungspflichten nach den Bedürfnissen, den verfügbaren Ressourcen des Staats und der Individuen sowie dem Konsens innerhalb der Konventionsstaaten richten, um eine exzessive Ausweitung dieser Pflichten zu verhindern.<sup>326</sup> 121

Im Laufe der Zeit präziserte und entwickelte der EGMR seine Rechtsprechung fortlaufend. So behandelte er unter dem Aspekt der Handlungspflichten eine Vielzahl verschiedenster Fälle, so z.B. zum Schutz vor Züchtigung von Kindern durch 122

<sup>324</sup> Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 23 (Hervorhebung durch den Autor). Vgl. dabei das Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, wo der EGMR sich sehr stark an der staatlichen Regelung orientierte und (noch) nicht den Schutzgedanken unter Privaten derart explizit formulierte. Vgl. auch aus der neueren Rechtsprechung Urteil des EGMR *Ugurchiyev und andere gegen die Russische Föderation* vom 4. Februar 2020 (Nr. 33731/14 et al.), § 298 m.w.H.

<sup>325</sup> Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91; bestätigt in den Urteilen des EGMR *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 37, und *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 34.

<sup>326</sup> Vgl. zur Frage der zumutbaren Schutzmassnahmen bei Demonstrationen Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 37 ff.



Schullehrer<sup>327</sup>, zum Schutz von Demonstranten<sup>328</sup>, zum Schutz vor Angriffen Dritter<sup>329</sup>, zum Kündigungsschutz<sup>330</sup> oder zum Datenschutz<sup>331</sup> am Arbeitsplatz.

## II. Arten positiver Handlungspflichten

- 123 Handlungspflichten können eine Vielzahl möglicher Fallkonstellationen erfassen. Konkret haben sich Pflichten im Zusammenhang mit (i) der Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen zum Schutz der Konventionsrechte, (ii) der Verhinderung von Verletzungen der Konventionsrechte, (iii) der Information betreffend (mögliche) Verletzungen der Konventionsrechte, (iv) der Interventionspflicht bzw. Sanktion bei (drohender oder eingetretener) Verletzung der Konventionsrechte sowie (v) der Bereitstellung von Ressourcen zur Verhinderung von Konventionsverletzungen.<sup>332</sup> Der EGMR selbst nimmt in seiner Rechtsprechung keine eingehende Klassifizierung vor und stützt sich primär auf die Einordnung in materielle und prozessuale Handlungspflichten.<sup>333</sup>
- 124 Entsprechend ihrer Vielfalt sind auch die Möglichkeiten der Kategorisierung und Unterteilung dieser Pflichten sehr offen, da sich die sachlichen, persönlichen und zeitlichen Anforderungen an den Umfang einer Handlungspflicht von Fall zu Fall unterscheiden können. Diese Offenheit hat auch in der Lehre zu einer Vielzahl teils mehr oder weniger übereinstimmender Kategorisierungen der Handlungspflichten geführt. Nachstehend ist auf die wichtigsten dieser Kategorisierungen einzugehen.

---

<sup>327</sup> Urteil des EGMR *Costello-Roberts gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. März 1993, Serie A Bd. 247-C, § 29 ff.

<sup>328</sup> Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139.

<sup>329</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94).

<sup>330</sup> Vgl. unten Rz. 277 ff.

<sup>331</sup> Vgl. unten Rz. 547 ff.

<sup>332</sup> Vgl. STARMER, 146 f.

<sup>333</sup> Vgl. unten Rz. 128 ff.

## 1. Ausdrückliche und ungeschriebene Handlungspflichten

Die EMRK enthält keine Garantien, die explizit als Handlungspflichten beschrieben sind. Jedoch bestehen den Handlungspflichten gleichkommende Rechte, die sich direkt aus dem Wortlaut der Konvention ergeben. Neben den Verfahrens- und Teilnahmegarantien nach Art. 5 f. EMRK<sup>334</sup> ist insbesondere an das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK zu denken. Diese Verpflichtungen weisen teils Doppelcharakter auf, da sie sowohl eine Unterlassungspflicht als auch eine Handlungspflicht enthalten können. So gewährt z.B. Art. 5 Ziff. 1 EMRK ein Abwehrrecht gegen einen unrechtmässigen Freiheitsentzug ohne Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen, während Art. 5 Ziff. 2 EMRK (Information festgenommener Personen) gemäss seinem Wortlaut positives Handeln durch den Staat fordert.<sup>335</sup> 125

Im Gegensatz zu ihrer ausdrücklichen Verankerung in der EMRK fassen ungeschriebene positive Handlungspflichten auf ursprünglichen Abwehrrechten, welche durch die dynamische Auslegung des EGMR um Handlungspflichten ergänzt wurden.<sup>336</sup> Daher ist besonders die Rechtsprechung des EGMR die wichtigste Quelle ungeschriebener Handlungspflichten.<sup>337</sup> Sie sind mittlerweile im Zusammenhang mit den meisten Konventionsgarantien zu finden.<sup>338</sup> 126

Auf die genaue Bestimmung der ungeschriebenen positiven Handlungspflichten wirkt erschwerend, dass der EGMR wegen seiner stark fallbezogenen Urteile regelmässig nur dann die Existenz einer positiven Handlungspflicht anerkennt, wenn das in Frage stehende Konventionsrecht auch verletzt ist. Stellt der EGMR keine Verletzung der Konvention fest, so lässt er es in der Regel offen, ob, unter welchen Umständen und in welchem Umfang überhaupt eine Handlungspflicht bestehen würde.<sup>339</sup> Folge dessen ist, dass die Entwicklung und Extraktion posi- 127

<sup>334</sup> Vgl. die Kategorisierung in STAHL, 217 ff.; SUDRE, 1360; SZCZEKALLA, 777.

<sup>335</sup> So kann auch gänzlich in Frage gestellt werden, ob es sich dabei überhaupt um positive Handlungspflichten in diesem Sinne handelt (PÉTERMANN, 33 f., 39). Vgl. auch LAVRYSEN, 57. Zu den Unterschieden vgl. MADELAINE, Rz. 125 ff.

<sup>336</sup> SUDRE, 1360; VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 125 f.

<sup>337</sup> Vgl. DRÖGE, 181; SUDRE, Droit européen, 256 ff.

<sup>338</sup> Vgl. BESSON, Obligations, 74.

<sup>339</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Botta gegen Italien* vom 24. Februar 1998 (Nr. 21439/93), § 33 ff.; *Appleby und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 6. Mai 2003 (Nr. 44306/98), § 48; *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 44; *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89), § 50 ff.; *A und B gegen Georgien* vom 10. Februar 2022 (Nr. 73975/16), § 43 ff.

ver Handlungspflichten gewissermassen gehemmt ist, da sie jeweils nur aus den sehr punktuellen Stellungnahmen des EGMR hervorgehen. Schliesslich besteht eine gewisse Unschärfe bzw. Wechselwirkung zwischen ungeschriebenen und ausdrücklichen Handlungspflichten, da erstere im Rahmen ihres prozessualen Gehalts mit ausdrücklichen Konventionsrechten überlappen können (insb. Art. 6 und 13 EMRK).<sup>340</sup>

## 2. Materielle und prozessuale Handlungspflichten

- 128 Handlungspflichten können nach ihrem Gehalt in materielle Handlungspflichten<sup>341</sup> und prozessuale Handlungspflichten<sup>342</sup> unterteilt werden. Handlungspflichten stellen primär materielle Pflichten dar, da sie den Staat zu einem Handeln verpflichten, um die effektive Möglichkeit zur Wahrnehmung der garantierten Rechte zu ermöglichen oder unmittelbar zu schützen.<sup>343</sup>
- 129 Beispiele für materielle Handlungspflichten ausserhalb des Arbeitsrechts sind z.B. die Pflicht zum Erlass von Gesetzen, die Intervention der Polizei bei Gefährdungen, das Verbot von Misshandlungen oder von Zwangsarbeit, die angemessene Ausstattung von Gefängnissen, die Information betroffener Personen über Gefährdungen oder die rechtliche Anerkennung des Status von Transsexuellen.<sup>344</sup> Im arbeitsrechtlichen Bereich ist an die im zweiten Teil bearbeiteten Aspekte zu denken wie z.B. den Schutz vor Zwangsarbeit, den Schutz vor unrechtmässigen Kündigungen, den Schutz der Gesundheit am Arbeitsplatz oder auch den Datenschutz am Arbeitsplatz.<sup>345</sup>
- 130 Im Gegensatz zu materiellen Handlungspflichten beziehen sich prozessuale Handlungspflichten nicht direkt auf eine materielle Garantie der EMRK, sondern schreiben den Staaten vor, welche Verfahrenshandlungen sie unter bestimmten

---

<sup>340</sup> Die Beziehung zwischen den beiden ist weitgehend ungeklärt (vgl. LAVRYSEN, 58 ff. m.w.H.).

<sup>341</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 97 f.; *Obligations positives matérielles* oder auch *substantielles*; vgl. PÉTERMANN, 49 f.

<sup>342</sup> Auch «*obligations positives procédurales*». Vgl. SUDRE, *Droit européen*, 250 ff.

<sup>343</sup> AKANDJI-KOMBE, 16; STREUER, 45 m.w.H.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> Vgl. im Einzelnen unten Rz. 277 ff.

Umständen vorsehen müssen.<sup>346</sup> Sie sind gewissermassen den materiellen Pflichten vor- oder nachgelagert und verleihen diesen u.U. erst überhaupt die Grundlage zur Möglichkeit der Durchsetzung. Insbesondere geht es um staatliche Pflichten zur Untersuchung von Konventionsverletzungen, welche beispielsweise in der Pflicht zum Erlass einer wirksamen und abschreckenden Strafgesetzgebung oder in der Erweiterung gewisser Verfahrens- und Teilnahmerechte liegen können, die über Art. 5 ff. EMRK hinausgehen.<sup>347</sup>

Der Idee nach also dienen die prozessualen Pflichten als Grundlage für die Wahrnehmung der materiellen Pflichten, indem sie ihnen Nachdruck durch Rechtsbehelfe oder die Einleitung von Verfahren verleihen. So prüft der EGMR bei einer behaupteten Verletzung, ob eine allfällige effektive Untersuchung stattgefunden hat und/oder dem Opfer einer Verletzung effektive Rechtsbehelfe zur Verfügung standen (*procedural limb*). Eine Verletzung kann schliesslich aufgrund beider Aspekte festgestellt werden. Der EGMR selbst nimmt diese Trennung jedoch nicht immer vor, weshalb teilweise unklar ist, ob eine Verletzung (eigentlicher) Verfahrenspflichten oder eine Verletzung einer materiellen Handlungspflicht vorliegt, was eine Abgrenzung erschwert.<sup>348</sup> 131

Unklar sind die Rechtsfolgen, die an eine Kategorisierung geknüpft werden sollen. Zum Beispiel können prozessuale Pflichten sich in der Ergreifung von Massnahmen erschöpfen oder aber auch ein bestimmtes Ergebnis voraussetzen.<sup>349</sup> Relevanz erhält die Abgrenzung nur dann, wenn der Ansicht gefolgt wird, dass prozessuale Pflichten (anders als materielle Pflichten) keiner Verhältnismässigkeitsprüfung unterliegen und somit bis zu einem gewissen Grad absolut gelten.<sup>350</sup> 132

<sup>346</sup> VAN DROOGHENBROECK, 139 f., spricht insoweit von einer *Prozessualisierung* der materiellen Garantien; vgl. AKANDJI-KOMBE, 16 ff.; PÉTERMANN, 50.

<sup>347</sup> Insbesondere Aspekte des rechtlichen Gehörs: vgl. Urteil des EGMR *W. gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 121-A. Vgl. weiter Urteil des EGMR *Keegan gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Juli 2006, Serie A Bd. 290, § 40 ff. Zu Art. 8 vgl. Urteile des EGMR *McMichael gegen das Vereinigte Königreich* vom 24. Februar 1995, Serie A Bd. 307-B, § 85; *Elsholz gegen Deutschland* vom 13. Juli 2000 (Nr. 25735/94), § 52; *Hoffmann gegen Deutschland* vom 11. Oktober 2001 (Nr. 34045/96), § 43 ff.

<sup>348</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Taniş und andere gegen die Türkei* vom 2. August 2005 (Nr. 65899/01), § 199 ff., wo letztlich eine Verletzung der materiellen Pflichten aufgrund von Verfahrenspflichten festgestellt wurde. Vgl. auch weitergehend zur Unterscheidung bei Gesetzsetzungsverpflichtungen: PÉTERMANN, 50 f. Vgl. eingehend LAVRYSEN, 51 ff.

<sup>349</sup> DUBOUT, 414; PÉTERMANN, 54 f.; vgl. auch unten Rz. 134 ff.

<sup>350</sup> Vgl. PÉTERMANN, 49 f.; REID, 76 f.

Der EGMR nimmt hingegen bei ungeschriebenen prozessualen Handlungspflichten – sofern sie nicht offensichtlich oder in ihrem Kern bzw. ihrem Wesensgehalt verletzt sind – eine Interessenabwägung vor.<sup>351</sup> Die Grenze der Verhältnismässigkeit einer prozessualen Handlungspflicht findet sich in der faktischen Unmöglichkeit oder wenn sie eine unverhältnismässig grosse Bürde im Lichte der staatlich beschränkten Ressourcen darstellen würde.<sup>352</sup> Insoweit besteht hier Raum für eine Interessenabwägung zwischen staatlichem Aufwand bzw. Wirksamkeit einer Untersuchung und dem in Frage stehenden Konventionsinteresse, womit die Abgrenzung letztlich formeller Natur ist und in der Praxis kaum einen Mehrwert bringt.<sup>353</sup>

- 133 Erwähnenswert sind an dieser Stelle, dass ähnliche Untergliederungen innerhalb der Schutzpflichten bestehen. So kann zwischen primären und sekundären Schutzpflichten unterschieden werden. Während primäre Schutzpflichten direkt Konventionsrechtsverletzungen vorbeugen sollten (materiell), sind sekundäre Schutzpflichten lediglich Mittel zur Durchsetzung und Wahrnehmung (prozessual).<sup>354</sup> Weiter werden prozessuale Pflichten auch in zeitlicher Hinsicht *ex post* und *ex ante* unterschieden.<sup>355</sup> Diese Unterteilungen haben für den Zweck dieser Abhandlung jedoch keine namhafte Bedeutung, weshalb auf ihre Darstellung im Rahmen dieser Abhandlung verzichtet wird.

### 3. *Obligations de Moyens* und *Obligations de Résultat*

- 134 Eine insbesondere in der französischsprachigen Literatur vorzufindende Unterscheidung betrifft Pflichten, die sich in der Erbringung von Leistungen erschöpfen (*obligations de moyens*) oder die ein konkretes Resultat fordern (*obligations de résultat*). Während erstere also lediglich erfordern, dass gewisse Mittel in einem ge-

---

<sup>351</sup> Dabei sind insbesondere staatliche Ressourcen zu berücksichtigen, vgl. z.B. Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 137 ff.

<sup>352</sup> Vgl. unten Rz. 177 ff.

<sup>353</sup> Vgl. hierzu Urteile des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 137 ff.; *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 34 ff. Krit.: DUBOUT, 415.

<sup>354</sup> MURSWIEK, 237; SUDRE, *Droit européen*, 248.

<sup>355</sup> Vgl. LAVRYSEN, 60 f.

wissen Umfang zur Verfügung gestellt werden, fordern letztere den Eintritt eines gewissen Erfolgs.<sup>356</sup>

Pflichten, die an einen Erfolg knüpfen (*obligations de résultat*), zeichnen sich zunächst dadurch aus, dass es dem Staat grundsätzlich überlassen ist, mit welchen Mitteln er sein Ziel erreicht.<sup>357</sup> Sie können sowohl materielle Pflichten als auch Verfahrenspflichten betreffen. Da es dem Staat nicht zumutbar ist, für das Verhalten von Dritten in jedem Szenario einzustehen, handelt es sich bei Gefährdungen durch Dritte und beim Schutz vor Naturkatastrophen in aller Regel um *obligations de moyens*.<sup>358</sup> *Obligations de résultat* betreffen daher Pflichten, die leicht messbare, weniger von Dritten abhängige Ergebnisse fordern wie z.B. das Zurverfügungstellen von Daten oder klar vom EGMR verlangte spezifische Gesetzesänderungen.<sup>359</sup> Insoweit hängt die Kategorisierung von Pflichten im Einzelfall auch von der Klarheit der Rechtsprechung ab.<sup>360</sup> Der schützende Effekt erfolgt somit indirekt, z.B. bei einer Pflicht zur konventionskonformen Gestaltung (bzw. Änderung)<sup>361</sup> oder Auslegung<sup>362</sup> des nationalen Rechts.

*Obligations de moyens* umfassen lediglich die Pflicht, dass der Staat zur Erfüllung seiner Verpflichtungen unter der EMRK die erforderlichen Massnahmen ergreift.<sup>363</sup> Mit anderen Worten verfolgt die Pflicht kein spezifisches Ergebnis, sondern sie endet mit der Ergreifung der erforderlichen Massnahmen («ob»). Pro-

<sup>356</sup> Vgl. PÉTERMANN, 56; STREUER, 267; SZCZEKALLA, Fn. 1521 m.w.H. Ob dabei eine materielle Unterscheidung der Pflichten selbst vorliegt oder ob es sich um eine reine Erfüllungsmodalität handelt, ist im Grunde unerheblich.

<sup>357</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 34 ff.

<sup>358</sup> Gl. M. MURSWIEK, 235; PÉTERMANN, 58; VAN DROOGHENBROECK, 142 f.

<sup>359</sup> Vgl. z.B. Urteile des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11), § 78 ff.; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff.; *Philis gegen Griechenland* vom 27. August 1991, Serie A Bd. 209, § 64.

<sup>360</sup> Vgl. unten Rz. 272, 289 ff.

<sup>361</sup> Urteile des EGMR *Philis gegen Griechenland* vom 27. August 1991, Serie A Bd. 209, § 64; *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11), § 78 ff.; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff.

<sup>362</sup> Urteil des EGMR *A, B und C gegen Irland* vom 16. Dezember 2010 (Nr. 25579/05), § 253 ff.

<sup>363</sup> Vgl. HACHEZ, 216; STREUER, 267.

minentes Beispiel dafür ist der Fall *Plattform «Ärzte für das Leben»*<sup>364</sup>, wo der EGMR ausdrücklich festhielt, dass die Konventionsrechte keine absolute Garantie vor Störungen Dritter umfassten und sich die staatliche Pflicht auf den Einsatz angemessener Mittel beschränke.<sup>365</sup> Insbesondere Schutzpflichten im Sinne eines Schutzes vor privaten Dritten fallen grundsätzlich in diese Kategorie, sofern sie keine klare Rechtsetzungspflicht zum Gegenstand haben.<sup>366</sup> Denn gerade diesfalls erscheint es für den Staat unzumutbar, ihm eine Gewährleistungspflicht für deren Verhalten aufzubürden.<sup>367</sup> Bei der Wahl der jeweiligen Mittel genießt der Staat aufgrund der verschiedenen Handlungsmöglichkeiten regelmässig einen Ermessensspielraum.<sup>368</sup>

- 137 Während ein Teil der Lehre positive Schutzpflichten wegen einer fehlenden Zusageungsmöglichkeit für äussere Faktoren kategorisch auf die Bereitstellung von Mitteln beschränkt,<sup>369</sup> sieht ein anderer Teil einen Spielraum für Erfolgspflichten.<sup>370</sup> Letztere Auffassung verdient m.E. Zuspruch, weil Schutzpflichten teilweise bereits in der Definition ihres Schutzbereichs in ihrem Gehalt genügend beschränkt werden können. Schliesslich entspricht die Möglichkeit eines Erfolgs u.U. auch eher dem Effektivitätsgedanken des EGMR.<sup>371</sup> So anerkannte dieser beispielsweise im Rahmen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz blosser staatliche Informationspflichten gegenüber potenziell gefährdeten Arbeitnehmenden.<sup>372</sup> Eine solche Pflicht ist konkret umsetzbar und erschöpft sich deshalb eben nicht nur in der Bereitstellung von Mitteln.<sup>373</sup> Beim Schutz vor Übergriffen privater Dritter kommt es schliesslich grundsätzlich auf die Art der Pflicht an: So ist in der Pflicht

---

<sup>364</sup> Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139.

<sup>365</sup> *Ibid.*, § 34 ff.

<sup>366</sup> Vgl. PÉTERMANN, 56 ff.; SPIELMANN, 83 f.

<sup>367</sup> Ähnlich STREUER, 272.

<sup>368</sup> Vgl. unten Rz. 185 ff.; PÉTERMANN, 98.

<sup>369</sup> VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 130; vgl. HACHEZ, 216 ff., die jedoch *obligations de réalisation* von Schutzpflichten abgrenzt.

<sup>370</sup> STREUER, 272 f.; vgl. DE SCHUTTER, *Fonction*, 338 f., der u.U. gewisse Lerneffekte und Erkenntnisse aufgrund vergangener Verletzungen bis hin zur absoluten Verhinderungspflicht berücksichtigen will.

<sup>371</sup> Vgl. oben Rz. 60 ff.

<sup>372</sup> Urteile des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 112 ff.; *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 233 ff.

<sup>373</sup> A.A., aber im Ergebnis letztlich wohl gleich DE SCHUTTER, *Fonction*, 338 f.

zum Erlass strafrechtlicher Bestimmungen eine Erfolgspflicht zu sehen, während der Schutz vor Übergriffen privater Dritter im Einzelfall der Sache nach grundsätzlich keine staatliche Erfolgsgarantie darstellen kann.<sup>374</sup> Die Grenzen hierzu sind aber fließend, zumal die Kategorisierung letztlich immer auch stark von der Interpretation des Gehalts der in Frage stehenden Handlungspflicht des Staates und dem vorgebrachten Unterlassungsvorwurf abhängig ist.<sup>375</sup>

---

<sup>374</sup> Vgl. oben Rz. 94 ff. und Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116.

<sup>375</sup> Vgl. auch LAVRYSEN, 53 ff.





---

# Positive Schutzpflichten

## I. Allgemeines

Die positiven Schutzpflichten stellen eine Sonderform der positiven Handlungspflichten dar.<sup>376</sup> Im Vordergrund stehen bei ihnen Situationen, in welchen Konventionsrechte durch Naturgewalten, nichtstaatliches Handeln oder Handlungen anderer Staaten gefährdet oder verletzt sind und dies ein schützendes Eingreifen des Staates erfordert.<sup>377</sup> Dies betrifft insbesondere auch das Wirtschaftsleben in Bereichen, wo Marktversagen oder unvollkommene Märkte zu ähnlichen Konventionsverletzungen führen können, wie sie vom Staat ausgehen könnten. Die Schutzpflicht bestimmt dabei, ob und wie der Staat präventiv, ausgleichend oder sanktionierend eingreifen muss.<sup>378</sup> 138

Auf Gesetzesebene sind solche korrigierenden Eingriffe in Privatverhältnisse beispielsweise im Rahmen des Strafrechts<sup>379</sup>, des Verbraucherschutzes<sup>380</sup>, des Wirtschaftsrechts<sup>381</sup> sowie des Arbeitsrechts zu finden. Besonders im Zivilrecht wird die Vertragsfreiheit zum Schutz der erfahrungsgemäss strukturell benachteiligten Partei aus sozialstaatlichen Gründen durchbrochen, weil diese in freier Verhandlung ihre Interessen nicht genügend durchzusetzen vermag und daher einem Benachteiligungsrisiko ausgesetzt ist. Die Wahrung der Schutzpflichten erfolgt in 139

---

<sup>376</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 1; KOENEN, 66; PÉTERMANN, 97 f.; STREUER, 49.

<sup>377</sup> WIESBROCK, 2 ff. Die Verwendung dieser Terminologie und die im Einzelnen darunter gefassten Rechte sind indessen in der Lehre uneinheitlich. So werden Schutzpflichten z.B. teilweise als Pflichten zum Schutz vor Eingriffen Privater betrachtet (vgl. DRÖGE, 11 ff.; SCHUBERT in: EurArbKom, N 40 f. zu Art. 1 EMRK) oder genereller auch vor blossen äusseren «Umständen», die von keiner Seite zu verantworten sind (vgl. z.B. STAHL, 137 ff.).

<sup>378</sup> Vgl. KOENEN, 41, und KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 299, die zwischen präventiven, kurativen und sanktionierenden Massnahmen unterscheiden.

<sup>379</sup> So insbesondere Normen zum Schutz von Individualrechtsgütern.

<sup>380</sup> So z.B. Art. 40a ff. OR (Haustürgeschäfte) oder Art. 406a ff. OR (Partnervermittlungsbörse); weiter auch insb. Art. 3 und 8 UWG.

<sup>381</sup> Vgl. z.B. Art. 1 FIDLEG und Art. 7 KG.

erster Linie durch Erlass der nötigen Gesetze und durch organisatorische Massnahmen zur Prävention.<sup>382</sup>

- 140 Positive Schutzpflichten können wie Handlungspflichten in materielle oder prozessuale Pflichten unterteilt werden. Insbesondere im Fall des Schutzes vor willkürlicher Einwirkung privater Dritter handelt es sich regelmässig um Pflichten zur Ergreifung von Massnahmen (*obligations de moyens*) und seltener um Umsetzungspflichten (*obligations de résultat*). Dies, weil ein geschuldeter Schutzerfolg gegen Handlungen Dritter i.d.R. gar nicht oder nur unter unverhältnismässigem Aufwand sichergestellt werden kann.<sup>383</sup>

## II. Abgrenzung zur horizontalen Drittwirkung

- 141 Die Lehre zu den positiven Schutzpflichten wird teilweise im Gleichlauf mit der in der Schweiz und vor allem in Deutschland entwickelten Doktrin der horizontalen Drittwirkung der Grund- und Menschenrechte behandelt, unterscheidet sich jedoch von dieser.<sup>384</sup> So bezieht sich die horizontale Drittwirkung auf eine horizontale Wirkung von Grundrechten, d.h. darauf, wie die Grund- und Menschenrechte unmittelbar oder mittelbar unter Privaten Anwendung finden.<sup>385</sup> Ihr Ursprung geht ebenfalls auf Erwägungen des Sozialschutzes im Arbeitsrecht zurück.<sup>386</sup> In der Schweiz ist sie in Art. 35 Abs. 3 BV verfassungsrechtlich verankert.<sup>387</sup>
- 142 Die Drittwirkungslehre kann unterteilt werden in die mittelbare und die unmittelbare Drittwirkung. Die mittelbare Drittwirkung betrifft die Einwirkung von Grund- und Menschenrechten oder anderen Völkerrechtsnormen auf das Privat-

---

<sup>382</sup> Vgl. HACHEZ, 215 ff.; SPIELMANN, 66; VAN DROOGHENBROECK, 138; VAN DROOGHENBROECK/HACHEZ, Rz. 31 ff.

<sup>383</sup> Vgl. oben Rz. 134 ff.

<sup>384</sup> Vgl. SZCZEKALLA, 906 m.w.H.

<sup>385</sup> Vgl. SCHWEIZER in: SG-Komm. BV, N 56 zu Art. 35 BV.

<sup>386</sup> Für eine Übersicht über die Entwicklung vgl. BERSSET BIRCHER, 40 ff.; RÜFNER, § 96 N 1 ff.

<sup>387</sup> Vgl. zu den Diskussionen in der Lehre zu Beginn der Berücksichtigung der Doktrin durch das Bundesgericht KLEY, *passim*.

recht im Sinne einer Wertausfüllung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe.<sup>388</sup> Diese Vorgehensweise bietet sich insbesondere bei wertungsoffenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen an.<sup>389</sup> Ziel ist es dabei, den Grundrechten eine objektiv-rechtliche Geltung zukommen zu lassen bzw. sie durch entsprechende Rechtsauslegung und -anwendung im gesamten Recht effektiv zu verwirklichen.<sup>390</sup> Dabei wenden die Gerichte die Grund- oder Konventionsrechte nicht direkt auf das Privatverhältnis an, sondern setzen sie im Sinne eines Wertungsmassstabs – eben mittelbar – in Anwendung des Privatrechts um.

Die Lehre zur unmittelbaren Drittwirkung verlangt hingegen eine direkte Anwendung der Grundrechte zwischen Privaten ohne «Puffer» über eine Auslegung innerstaatlicher Normen.<sup>391</sup> Verpflichtet ist demnach die Privatperson direkt und nicht nur der Staat. Gewichtiges (praktisches) Argument gegen die Annahme einer direkten Drittwirkung auf Stufe des EGMR ist, dass im Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR lediglich Staaten passivlegitimiert sind, womit die Wirkungsrichtung zumindest auf dieser Verfahrensebene unmittelbar determiniert wird (Art. 34 EMRK).<sup>392</sup> Aus dieser Perspektive kann eine Person nicht direkt die EMRK gegenüber einer Störenden anrufen und erst beim EGMR nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (Art. 35 Abs. 1 EMRK) gegen den Konventionsstaat Beschwerde erheben.<sup>393</sup> Im nationalen Recht hingegen bestimmt sich die Frage dieser Wirkungsrichtung nach Massgabe der Rolle der EMRK im jeweiligen nationalen Rechtssystem. In der Schweizer Lehre und Praxis<sup>394</sup> sowie

143

<sup>388</sup> BESSON, Rz. 993 ff.; EGLI, 23; MÜLLER, Elemente, 86; STREUER, 52; auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 223. Vgl. hierzu auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958, BVerfGE 7, 198 ff., *Lüth*, 205, sowie CORNILS in: Stern/Sodan/Möstl, § 69 N 2 ff.

<sup>389</sup> Insbesondere im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes in Art. 28 ZGB und in Art. 328 OR (vgl. BGE 111 II 245, E. 4b).

<sup>390</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 9 f.

<sup>391</sup> Vgl. zum Schweizer GlG: BGE 125 III 368, E. 2.

<sup>392</sup> Vgl. m.H.a. die Drittwirkungslehre BLECKMANN, 311 ff.; EGLI, 278.

<sup>393</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 19 N 8 f.; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM in: HK-EMRK, N 19 zu Art. 1 EMRK. Dies schliesst eine Anwendung der Doktrin im Rahmen der EMRK jedoch nicht kategorisch aus. Indessen hat sie im Lichte der Anwendung der Handlungspflichten durch den EGMR keine eigenständige Bedeutung in dessen Rechtsprechung.

<sup>394</sup> EGLI, 142; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 281; SCHWEIZER in: SG-Komm. BV, N 48 ff. zu Art. 35 BV; TSCHANNEN, 299; WALDMANN in: BSK BV, N 28 f. zu Art. 35 BV.

der europäischen Literatur zur EMRK wird eine direkte Drittwirkung grundsätzlich abgelehnt.<sup>395</sup>

- 144 Schutzpflichten und die Drittwirkung unterscheiden sich primär in ihrem dogmatischen Ansatz: Während sich Letztere auf eine konventionskonforme Auslegung des Privatrechts beschränkt, verpflichten Erstere direkt den Staat zum aktiven Ergreifen von Massnahmen zur Umsetzung der Konventionsrechte.<sup>396</sup> Beispielsweise kann eine solche die Pflicht zur aktiven Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur effektiven Rechtswahrnehmung darstellen, während die mittelbare Drittwirkung sich lediglich auf die eigentliche Frage der Wirkungsrichtung und Berücksichtigung beschränkt.<sup>397</sup> Letztlich unterscheiden sich die Ansätze in ihren Schnittpunkten primär lediglich in ihrem Blickwinkel auf die Sachlage aus staatlicher oder privater Perspektive. Ihre Effekte sind indessen nahezu identisch. M.E. kann jedoch gänzlich in Frage gestellt werden, ob im Rahmen positiver Schutzpflichten überhaupt noch an der strikten Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht festgehalten werden sollte, zumal es im Kern immer um die Beurteilung der staatlichen Rolle im Falle einer behaupteten Menschenrechtsverletzung geht. Auch die Frage, ob nun staatliche Schutzpflichten Ausdruck der Durchsetzung einer Drittwirkung sind oder die Lehre der Drittwirkung für die EMRK vollständig überholt ist und in den Schutzpflichten aufgeht, ist m.E. rein theoretischer Natur und für die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes unerheblich.<sup>398</sup>

---

<sup>395</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 19, Rz. 8 f.; JOHANN in: Karpenstein/Mayer, N 9 zu Art. 1 EMRK; STREUER, 51 f. m.w.H. und 291 ff.; SZCZEKALLA, 906 ff. Allgemein KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 223 ff.

<sup>396</sup> SPIELMANN, Obligations, 155 ff.; STAHL, 46 f.; STREUER, 52 f. Vgl. hierzu die Einordnungen unter die *State Action Doctrine*: EGLI, 272.

<sup>397</sup> Indessen kann auch die Regelung von Privatverhältnissen als Ausdruck der mittelbaren Drittwirkung gesehen werden. (BLECKMANN, Fn. 11 m.w.H.). Vgl. ablehnend aus Gründen der Wirkungsrichtung der EMRK LAVRYSEN, 13 ff., 78 ff.

<sup>398</sup> Vgl. zur Auflösungstheorie von SZCZEKALLA, 906 ff. Vgl. weiter BERSSET BIRCHER, 68; BESSON, Obligations, 69; EGLI, 62 ff.; MADELAINE, Rz. 107; MÜLLER, Freiheit, 126 ff.; DERS., Allgemeine Bemerkungen, 1187 f.; PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1030 ff., 1071 ff.; PÉTERMANN, 89 ff.; STREUER, 291 ff.; VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 131.

### III. Adressaten

Gemäss dem Wortlaut von Art. 1 EMRK sichern die Vertragsstaaten den ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen die Rechte aus Abschnitt I der EMRK zu. Inso- 145  
weit richten sich die Garantien in der EMRK an den Staat und all seine Einrichtungen.<sup>399</sup> Diese umfassende Verpflichtung ist gerade mit Blick auf die verschiedenen innerstaatlichen Kompetenzordnungen der Konventionsstaaten wichtig, da sie ungeachtet der individuellen Staatsorganisation alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Kompetenzen verpflichtet, positive Schutzpflichten zu berücksichtigen.<sup>400</sup> Nicht direkt gebunden sind hingegen Private, was sich auch aus praktischen Erwägungen wegen der fehlenden Passivlegitimation vor dem EGMR ergibt.<sup>401</sup>

#### 1. Legislative

Schutzpflichten können zunächst durch den Erlass oder die Änderung von Ge- 146  
setzen umgesetzt werden, weshalb in erster Linie der Gesetzgeber Adressat der Schutzpflichten ist.<sup>402</sup> Dies kann zunächst mit Legitimierung des Gesetzgebers im Hinblick auf die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Demokratie begründet werden. Je umstrittener die Materie, desto wichtiger ist dieser Aspekt aus demokratischer Sicht.<sup>403</sup> Weiter kann die primäre Erfüllung positiver Schutzpflichten mit der Reziprozität sich entgegenstehender Privatinteressen erklärt werden: Die Durchsetzung des Schutzanspruchs des einen bedeutet u.U. einen Eingriff in schützenswerte Interessen des anderen.<sup>404</sup> Die Pflicht des Gesetzgebers besteht daher

<sup>399</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 17 N 6; JOHANN in: Karpenstein/Mayer, N 5 zu Art. 1 EMRK; STAHL, 203 f.

<sup>400</sup> Vgl. JOHANN in: Karpenstein/Mayer, N 10 zu Art. 1 EMRK; MATSCHER, FS Schmölz, 197; VILLIGER, Rz. 21; BLECKMANN, FS Bernhardt, 309, 313, der von einem «Modell der Pflichtenzuweisung der nationalen Rechtsordnungen» spricht.

<sup>401</sup> Vgl. MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM in: HK-EMRK, N 6 ff. zu Art. 1 EMRK; STAHL, 343.

<sup>402</sup> JAECKEL, 166 f.; VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 139; VAN DROOGHENBROECK/HACHEZ, Rz. 31; vgl. MAYER, 32; MÜLLER/SCHEFER, 53. Exemplarisch z.B. Urteil des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44, § 49.

<sup>403</sup> VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 139 f.

<sup>404</sup> Vgl. *ibid.*, 140; STAHL, 346 f.

darin, entsprechende Normen zum Schutz der Konventionsrechte zu erlassen.<sup>405</sup> Dabei geniessen die Mitgliedsstaaten je nach Materie und Schwere von Eingriffen in Konventionsrechte einen mehr oder weniger grossen Ermessensspielraum in der Implementierung ihres Schutzsystems.<sup>406</sup>

- 147 Bei schweren Eingriffen oder dem Schutz wichtiger Rechtsgüter grenzt der EGMR diesen Spielraum ein und verlangt den Erlass strafrechtlicher Normen.<sup>407</sup> Für minder schwere Eingriffe bzw. minder wichtige Rechtsgüter genügt hingegen der Erlass zivilrechtlicher Bestimmungen. Dabei bestehen auch Pflichten zur Regelung von Schadenersatz und Entschädigung.<sup>408</sup> Jedoch müssen bei Verletzungen nicht immer direkte Rechtsmittel oder Sanktionen vorgesehen werden, wenn sich eine Pflicht in der allgemeinen Ausgestaltung der nationalen Gesetzgebung hinsichtlich einer inhaltlichen Konkretisierung von Werten und rechtlichen Instituten äussert.<sup>409</sup> Dabei hat jeder Erlass inhaltlich die Werteordnung der EMRK zu respektieren oder zumindest deren Berücksichtigung im Einzelfall zu ermöglichen.<sup>410</sup>
- 148 Doch dürfen andere Staatsorgane eine allfällige Untätigkeit der Legislative von sich aus kompensieren? Dies ist m.E. rechtsstaatlich problematisch. Denn falls die EMRK als Grundlage zur ausgleichenden Massnahmen durch andere Staatsorgane erachtet wird, so droht dies die Gewaltenteilung zu untergraben. Daher sollte diese Frage ausschliesslich anhand der betroffenen nationalen Rechtsordnung beantwortet werden.<sup>411</sup> Im Regelfall erscheint zumindest eine (implizite) Aufgabenübertragung durch die Legislative durch Unterlassen bedenklich, insbesondere wenn direkt gestützt auf die EMRK in Rechtsgüter Dritter eingegriffen würde.<sup>412</sup> Das Problem legt jedoch nahe, dass die primäre Pflicht der Staaten in der vorgängigen Schaffung der notwendigen rechtlichen Rahmenbedingungen liegt und wenn diese

---

<sup>405</sup> JAECKEL, 167; STREUER, 34 f. Zur umstrittenen Frage, ob unter die Schutzpflicht auch eine Unterlassungspflicht hinsichtlich der Legiferierung menschenrechtsverletzender Erlasse zu fassen ist, vgl. STAHL, 325 f.

<sup>406</sup> Vgl. unten Rz. 185 ff.

<sup>407</sup> Vgl. unten Rz. 89 ff.

<sup>408</sup> Weitergehend hingegen STAHL, 346.

<sup>409</sup> DRÖGE, 88 ff. Darunter fallen z.B. Ehe und Familie.

<sup>410</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Powell und Rayner gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1990, Serie A Bd. 172.

<sup>411</sup> Vgl. STAHL, 350; STREUER, 231; WIESBROCK, 161 ff.; JAECKEL, 168 m.H.a. die Debatte in der deutschen Doktrin.

<sup>412</sup> Vgl. STAHL, 348, sowie den Grundsatz *nulla poene sine lege* in Art. 7 EMRK und das Günstigkeitsprinzip in Art. 53 EMRK.

sich als ungenügend erweisen, durch Intervention im Einzelfall nachgekommen werden sollte.<sup>413</sup>

Kritisiert der EGMR die geltende Rechtslage, so adressiert er teilweise direkt die Legislative, wenn er eine Gesetzesänderung für notwendig hält.<sup>414</sup> Der Konkretisierungsgrad in der Rechtsprechung des EGMR ist jedoch im Regelfall relativ klein, weil legislative Schutzpflichten auf diverse Arten erfüllt werden können und der nationale Gesetzgeber geeigneter für deren Ausarbeitung ist.<sup>415</sup> So wurde die Schweiz beispielsweise mit der Verurteilung im Fall *Moor*<sup>416</sup> zur Revision des Verjährungsrechts aufgrund zu kurzer Verjährungsfristen bei Spätfolgen von Asbestopfern verpflichtet. Aufgrund der damaligen absoluten Verjährungsfrist von 10 Jahren war es dem Beschwerdeführer nicht möglich, seine ehemalige Arbeitgeberin dafür haftbar zu machen. Der EGMR stellte aufgrund des geltenden Verjährungsrechts in der Schweiz eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK fest, worauf letztlich am 1. Januar 2020 das neue Verjährungsrecht in Kraft trat.<sup>417</sup> Verortet der EGMR das staatliche Unterlassen nicht bei einer bestimmten Staatsgewalt, so lässt er die Umsetzung weitgehend offen.<sup>418</sup>

## 2. Exekutive

Auch wenn im Einzelnen auf nationaler Ebene u.U. staatsrechtlich unterschiedlich eingeordnet, umfasst die Exekutive im Grundsatz alle gesetzessvollziehenden Behörden. Ihre Pflicht besteht primär darin, die von der Legislative erlassenen Normen schutzpflichtkonform auszulegen und umzusetzen.<sup>419</sup> Die selbständige

<sup>413</sup> So auch XENOS, 137; vgl. Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Köpke gegen Deutschland* vom 5. Oktober 2010 (Nr. 420/07), wo explizit auf die Nachbesserung im Rahmen der deutschen Rechtsprechung verwiesen wird.

<sup>414</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11), § 78 ff.; *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44, § 49; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 24 ff. Anders hinsichtlich der Wahrnehmung der Schutzpflicht der Exekutive z.B. Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 33, 37.

<sup>415</sup> Vgl. unten Rz. 255 ff.

<sup>416</sup> Urteil des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11).

<sup>417</sup> Vgl. insb. Art. 128a OR.

<sup>418</sup> Vgl. unten Rz. 182 ff.

<sup>419</sup> JAECKEL, 167 m.w.H.; UNRUH, 24.



Berücksichtigung der EMRK im Rechtsstaat durch die Exekutive richtet sich ebenfalls nach Massgabe des nationalen Rechts.<sup>420</sup>

- 151 Die Aufgabe der Exekutive kann durch die Vornahme präventiver oder repressiver Massnahmen erfüllt werden. Ob damit im Einzelfall eine Schutzpflicht erfüllt wurde, bestimmt sich nach deren Umfang und Natur. So kann sie in der Aufklärung der Bevölkerung vor möglichen Gefahren,<sup>421</sup> der Anordnung und Ausführung von polizeilichem Schutz<sup>422</sup> oder auch in der Ermittlung möglicher oder feststehender Missstände liegen<sup>423</sup>.

### 3. Judikative

- 152 Eine wichtige Rolle für die Schutzpflichten kommt der Judikative zu. Sie hat die Aufgabe, für die schutzpflichtkonforme Auslegung und Anwendung der jeweils anwendbaren Normen zu sorgen.<sup>424</sup> Insbesondere wenn keine Rechtsdurchsetzung von Amtes wegen besteht, wie es oftmals in privatrechtlichen Verhältnissen der Fall ist, ist sie federführend für die Erfüllung der positiven Schutzpflichten. Dies geschieht z.B. durch Beachtung der Wertmassstäbe der EMRK im Rahmen möglicher Abwägungslösungen, die das Gesetz offenlässt. Diese haben sich insbesondere am vom EGMR geforderten fairen Interessenausgleich zu orientieren, da ein solcher nicht immer auf abstrakter (gesetzlicher) Ebene festgelegt werden kann. Insofern sind die Gerichte verpflichtet, im Einzelfall die in Frage stehenden Interessen gegeneinander aufzuwiegen und sich diesbezüglich zumindest zu äussern.<sup>425</sup> So hat der EGMR z.B. im Urteil *Tek Gida İş Sendikası*<sup>426</sup> unter anderem eine Konventionsverletzung deshalb festgestellt, weil die nationalen Gerichte unbegründet die gesetzliche Mindestentschädigung für rechtswidrige Kündigungen von Gewerkschaftsmitgliedern zugespochen hatten.

---

<sup>420</sup> Vgl. hingegen JAECKEL, 172; STAHL, 351. Vgl. diesbezüglich die nationalen Unterschiede in Roš, 66 ff.

<sup>421</sup> Z.B. Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 233 ff.

<sup>422</sup> Z.B. Urteil des EGMR *Ozgur Gundem gegen die Türkei* vom 16. März 2000 (Nr. 23144/93), § 58.

<sup>423</sup> Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 24.

<sup>424</sup> Vgl. BLECKMANN, 313 f.; JAECKEL 167 m.w.H.

<sup>425</sup> Vgl. VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 140 f.

<sup>426</sup> Urteil des EGMR *Tek Gida İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 (Nr. 35009/05).

## IV. Tatbestandselemente positiver Schutzpflichten

### 1. Gefahren- oder Verletzungsquelle

Damit schützendes staatliches Handeln erforderlich ist, muss dies durch eine Gefahren- oder Verletzungsquelle für ein unter der EMRK geschütztes Rechtsgut indiziert sein. Dabei ist insbesondere für die Schutzpflichten vorerst an nicht-staatliche Eingriffe durch Dritte zu denken.<sup>427</sup> Der Begriff der Dritten wird sehr weit gefasst: Erfasst sind natürliche sowie juristische Personen, einzelne soziale Gruppierungen sowie sogar die Gesellschaft als Ganzes.<sup>428</sup> Wichtige Beispiele im Arbeitsrecht sind Fälle zum Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung<sup>429</sup> und der Schutz der körperlichen Integrität vor Eingriffen Dritter am Arbeitsplatz.<sup>430</sup> 153

Eingriffe Dritter können unterschieden werden in Fälle direkter Beeinträchtigung und indirekter Beeinträchtigung. Während direkte Beeinträchtigungen unmittelbar eine Rechtsverletzung bewirken,<sup>431</sup> wirken indirekte Beeinträchtigungen nicht auf eine Verletzung hin, sondern verursachen lediglich eine Gefährdung des in Frage stehenden Rechtsguts.<sup>432</sup> Weitere relevante Gefahrenquellen sind Fälle höherer Gewalt, wo Gefährdungen weder vom Konventionsstaat selbst noch von 154

<sup>427</sup> STAHL, 137 ff., bezeichnet diese als Übergriff. Vgl. auch PÉTERMANN, 110. Eingehend zur Frage staatlicher Zurechnung LAVRYSEN, 243 ff.

<sup>428</sup> Es sind aber diverse Konstellationen denkbar, in welchen Schutzpflichten keine mittelbare Drittwirkung verursachen, so z.B. beim Schutz vor anderen Staaten (Urteil des EGMR *Ilaşcu und andere gegen die Republik Moldau und die Russische Föderation* vom 8. Juli 2004 [Nr. 48787/99], § 333) oder bei Naturgefahr (Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2003 [Nr. 15339/02 et al.], § 109 ff.).

<sup>429</sup> Urteil des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44.

<sup>430</sup> Urteile des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff.; *Costello-Roberts gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. März 1993, Serie A Bd. 247-C, § 29 ff.; *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139.

<sup>431</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 120; *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C, § 52 ff.; *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89), § 52 ff.

<sup>432</sup> Vgl. zur Unterscheidung SCHEFER, Kerngehalte, 255 ff.

Dritten ausgehen.<sup>433</sup> Insbesondere fällt darunter auch der Schutz der Gesundheit vor gesundheitsschädigenden Emissionen am Arbeitsplatz.<sup>434</sup> Auch anerkennt der EGMR gewisse Schutzpflichten bei Artefakt und drohendem Suizid.<sup>435</sup>

- 155 M.E. ist zu hinterfragen, ob für die Begründung einer Schutzpflicht überhaupt noch an bestimmte Gefahrenquellen anzuknüpfen ist. So ist zwar die Bestimmung der Quelle einer Verletzung oder Gefährdung sicherlich sinnvoll, weil sich daraus die Art der zur ergreifenden (verhältnismässigen) Massnahmen ergeben kann. In-  
dessen erscheint aber gerade hinsichtlich Pflichten zum Schutz vor Naturkatastrophen, Drittstaaten und sogar Selbstschädigung und Eigengefährdung das Anknüpfen an bestimmte Gefahren- oder Verletzungsquellen als überholt. Mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz und die bestehende Rechtsprechung darf es auch für das Bestehen einer Schutzpflicht folglich keine Rolle spielen, wer oder was nun Urheber der Gefährdung oder Verletzung für das fragliche Rechtsgut ist.<sup>436</sup>

---

<sup>433</sup> PÉTERMANN, 111; vgl. BESSON, *Obligations*, 79 f. m.w.H. auf die Literatur zum deutschen Recht.

<sup>434</sup> PÉTERMANN, 111; Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 112 ff. Zur Zurechnung von Konventionsverletzungen bei Verlust der staatlichen Kontrollen auf bestimmten Gebieten vgl. Urteil des EGMR *Ilaşcu und andere gegen die Republik Moldau und die Russische Föderation* vom 8. Juli 2004 (Nr. 48787/99), § 310 ff.

<sup>435</sup> Urteil des EGMR *Keenan gegen das Vereinigte Königreich* vom 3. April 2001 (Nr. 27229/95), wo der EGMR eine positive Schutzpflicht gegen Selbstverstümmelung und Suizid anerkannte. Vgl. auch Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Naddaf gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 10. Oktober 1986, DR 50, 260 ff. (Strafvollstreckung und Selbstmordgefahr). Zur Frage der Wechselwirkung von Rechtslage und Sachverhaltselementen, die zu einer Gefahr führen, STREUER, 228 f., und oben Rz. 44 ff.

<sup>436</sup> Ebenfalls relativierend hinsichtlich der Notwendigkeit privater oder drittstaatlicher Ursächlichkeit STREUER, 226. CLAPHAM, 201, verwendet dafür den Begriff der *economic liability*. Vgl. auch zum deutschen Verfassungsrecht SZCZEKALLA, 98, der mit Einbezug «unpersonaler» Gefahren wohl zum selben Ergebnis gelangen will; ähnlich JAECKEL, 140 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, 158.

## 2. Verletzung oder Gefährdung eines konventionsrechtlich geschützten Lebensaspekts

Schutzpflichten können bei drohender Gefahr durch präventive, bei eingetretener Verletzung durch repressive und reparatorische Massnahmen erfüllt werden.<sup>437</sup> In Betracht kommen hierfür insbesondere zivilrechtliche Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Beseitigungsansprüche, aber auch strafrechtliche Sanktionen.<sup>438</sup> 156

Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass nicht jede Form der Verletzung oder drohenden Verletzung der Konventionsrechte automatisch eine Schutzpflicht auslöst.<sup>439</sup> Insbesondere wird eine gewisse Intensität der drohenden oder eingetretenen Verletzung gefordert.<sup>440</sup> Die Grenzen zwischen relevanter Verletzung und Bagatelle sind jedoch fließend und – mit Ausnahme sehr offensichtlicher Beeinträchtigungen fundamentaler Werte oder absoluter Rechte<sup>441</sup> – abhängig vom Einzelfall zu bestimmen.<sup>442</sup> Einzubeziehen sind dabei Kriterien wie die Nähe zum Schadens- bzw. Verletzungseintritt sowie die drohenden Verletzungs- bzw. Schadensfolgen.<sup>443</sup> 157

Eine relevante Gefährdung eines Rechtsguts stellt die Möglichkeit eines Schadeneintritts dar, welche im Lichte ihrer Wahrscheinlichkeit und Schwere des Scha- 158

<sup>437</sup> Vgl. zu präventiven Pflichten Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 115.

<sup>438</sup> Vgl. unten Rz. 320 ff.

<sup>439</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116.

<sup>440</sup> In der Literatur wird diesbezüglich auch teilweise terminologisch zwischen «Belästigung» und «Eingriff» oder «Übergriff» als die Schutzpflicht auslösende Schwelle gesprochen. Vgl. hierzu STREUER, 234 f.; vgl. auch zum Unzulässigkeitsgrund der Beschwerde bei fehlendem erheblichem Nachteil nach Art. 35 EMRK: SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 150 ff. zu Art. 35 EMRK.

<sup>441</sup> Vgl. insbesondere zu schweren Eingriffen die sog. Türkei-Fälle wie Urteile des EGMR *Aydın gegen die Türkei* vom 25. September 1997 (Nr. 23178/94), § 132; *Menteş und andere gegen die Türkei* vom 28. November 1997 (Nr. 23186/94), § 89.

<sup>442</sup> Vgl. bzgl. Telefonterror Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Whiteside gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. März 1994, DR-76, 86 (*persistent and distressing harassment*). Bloss lästige Verhaltensweisen wie z.B. das Versenden von Junk-E-Mails, Postwerbung oder Werbeanrufe reichen hingegen nicht (vgl. SZCZEKALLA, 814 f.). Zu den Kriterien vgl. Rz. 90 ff.

<sup>443</sup> Vgl. auch MADELAINE, Rz. 520 ff.

dens ein staatliches Eingreifen indizieren muss.<sup>444</sup> Die Festlegung eines abstrakten Masses der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefährdung ist nicht möglich, weil weitere Faktoren wie die erwartete Schadensgrösse, Natur, Intensität, Anzahl und Art der betroffenen Rechte und die Möglichkeit der Verhinderung sowie der Reversibilität einer Verletzung zu berücksichtigen sind.<sup>445</sup> Auch kann die Sozialadäquanz einer Gefahr eine Rolle spielen.<sup>446</sup> Der EGMR setzt hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit keine schwere Gefahr für die Auslösung einer Schutzpflicht voraus.<sup>447</sup> Hingegen lässt er teilweise auch ein tatsächliches Risiko (*risque réel*) genügen, womit das Kriterium der Unmittelbarkeit der Konkretisierung entfällt.<sup>448</sup> Wie genau sich Gefährdung und Risiko unterscheiden, ist jedoch unklar.<sup>449</sup> Als Beispiele für den Schutz vor Risiken zu nennen sind Sicherheitsmassnahmen auf Baustellen oder präventive Massnahmen beim Betrieb eines Kernkraftwerks. Schliesslich sind Risiken möglichst nach naturwissenschaftlich-technischen Methoden zu beurteilen und nicht nach der rein psychologischen bzw. soziologischen Wahrnehmung einer betroffenen Person bzw. Personengruppe.

- 159 Bestehen Unsicherheiten hinsichtlich einer potenziellen Gefährdung oder ist ihre wissenschaftliche Basis umstritten, so hat sich die Schutzpflicht anhand einer Prognose von Kosten und Nutzen zu orientieren. Im Sinne der Vorsorge sind jedoch Massnahmen zur Aufklärung, Erforschung und anderweitigen vorbeugenden Risikoverminderung denkbar, beispielsweise ein Monitoring von Fällen oder die regelmässige Prüfung verdächtiger Stoffe.<sup>450</sup> Auch das Vorliegen von wissen-

---

<sup>444</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2003 (Nr. 15339/02 et al.), § 154; krit. EGLI, 300 f.

<sup>445</sup> BESSON, *Obligations*, 76 f.; SCHEFER, *Kerngehalte*, 257; STREUER, 165; vgl. Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2003 (Nr. 15339/02 et al.), § 111 f., wonach eine Nachsorge den Opferstatus einer Person aufzuheben vermag (vgl. unten Rz. 136).

<sup>446</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 143.

<sup>447</sup> Urteil des EGMR *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C, § 51.

<sup>448</sup> Exemplarisch Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 190; vgl. Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116, 121. Der Begriff wird insbesondere auch in Auslieferungsfällen benutzt, vgl. STAHL, 159 ff.; SZCZEKALLA, 741 ff.

<sup>449</sup> Vgl. aus der Lehre ALLEWELDT, 365 ff.; JAECKEL, 165; STREUER, 238; STAHL, 159 ff., die letztlich mittels der Erwartung der Eintrittswahrscheinlichkeit von der abstrakten Gefährdung abgrenzt.

<sup>450</sup> STREUER, 165 f.

schaftlichen Unsicherheiten vermag daher nicht den Staat vollständig von seinen Pflichten zu entbinden. So erachtete der EGMR z.B. im Fall *Vilnes und andere* Art. 8 EMRK deshalb für verletzt, da der norwegische Staat Arbeitnehmende trotz wissenschaftlicher Unsicherheiten nicht auf deren teils sehr unterschiedliche Sicherheitspraxis für Tiefseetaucher und damit zusammenhängende mögliche Langzeitschäden hingewiesen hatte.<sup>451</sup>

### 3. Kausalität zwischen staatlichem Unterlassen und Verletzung oder Gefährdung

Damit eine Verletzung oder Gefährdung eine staatliche Schutzpflicht auslöst, muss der Staat überhaupt erst die Möglichkeit haben, ihr entgegenzuwirken.<sup>452</sup> Dieses Kriterium wird durch den EGMR bei vorgeworfenen Verletzungen im Zusammenhang mit der Kausalität zwischen staatlichem Unterlassen und der Gefährdung bzw. Verletzung behandelt. So verlangt der EGMR einen Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Handlung und Gefährdung bzw. Verletzung (*lien direct et étroit* oder *causalité*).<sup>453</sup> Da es sich um die Zurechnung eines Erfolgs zu einem Unterlassen handelt, muss von einer hypothetischen Kausalität ausgegangen werden. Folglich müsste der Gefährdungs- oder Verletzungserfolg entfallen oder weniger schwer ausfallen, wäre die angemessene Schutzhandlung vorgenommen worden.<sup>454</sup>

In welchem Umfang und mit welcher Bestimmtheit der Kausalzusammenhang vor dem EGMR genau nachzuweisen ist, ist unklar. Beweispflichtig ist im Regelfall

<sup>451</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 233 ff.

<sup>452</sup> In der Lehre wird hier teils auf das Konzept der Nähe zwischen staatlichem Unterlassen und eingetretener Verletzung abgestellt (vgl. LAVRYSEN, 137 ff.). Diesfalls muss jedoch die Frage der Möglichkeit zur Verhinderung gesondert behandelt werden. Praktisch hat die Unterscheidung m.E. jedoch keine Auswirkungen, da sich mit beiden Konzepten durch ihre Unschärfen dieselben Ergebnisse erzielen lassen.

<sup>453</sup> RESS, Duty to Protect, 181 ff.; Urteile des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff., 34 (*close and direct link*); *Botta gegen Italien* vom 24. Februar 1998 (Nr. 21439/93), § 35 (*direct link*). Aus der neueren Rechtsprechung vgl. Urteile des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 143; *Buturugă gegen Rumänien* vom 11. Februar 2020 (Nr. 56867/15), § 68 ff., 74; *Aydođdu gegen die Türkei* vom 30. August 2016 (Nr. 40448/06), § 88.

<sup>454</sup> Vgl. STREUER, 275.

die Beschwerdeführende.<sup>455</sup> Da sich eine Kausalkette regelmässig nicht mit absoluter Sicherheit beweisen lässt (insbesondere auch wenn es sich um eine hypothetische handelt), hat ein tieferes Beweismass (z.B. der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit) zu genügen. Dabei bleiben jedoch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen wie z.B. ein verschuldeter Beweisnotstand, besondere Informationsasymmetrie, nationale Editionsrechte und die anwendbaren Prozessmaximen. Die Rechtsprechung lässt erkennen, dass das Bestehen einer mangelhaften staatlichen Organisation eine Vermutung eines Kausalzusammenhangs bewirkt, soweit sich ein absehbares Risiko in unmittelbarer Nähe zum Unterlassen verwirklicht hat.<sup>456</sup> Da der EGMR ohnehin jedoch nur ein Feststellungsurteil fällt, kann er sich bei völliger Untätigkeit des beklagten Staats regelmässig auch damit begnügen, dass aufgrund der staatlichen Untätigkeit eine Verletzung auch nur schlimmer ausgefallen ist, wie wenn der Staat zu irgendeinem Zeitpunkt eingegriffen hätte.<sup>457</sup> In jedem Fall steht es dem Staat offen, im Sinne eines rechtmässigen Alternativverhaltens aufzuzeigen, dass trotz gebotener Handlung die Gefährdung bzw. Verletzung eingetreten wäre.<sup>458</sup>

- 162 Ebenfalls fraglich ist, ob die hypothetische Massnahme zu einer gewissen Wahrscheinlichkeit (Grundsatz der Wahrscheinlichkeit) eine Verletzung verhindern müsste oder zu einem bestimmten Mass eine Risikoreduktion (Grundsatz der Risikoreduzierung) herbeiführen muss.<sup>459</sup> Die Unterscheidung erscheint in ihrer Relevanz indessen gering, da beide Ansätze über die «Höhe» der Wahrscheinlichkeit und das «Mass» der Risikoreduktion ein wertendes Element erhalten, womit sie sich im Ergebnis wohl kaum unterscheiden.<sup>460</sup>

---

<sup>455</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 143.

<sup>456</sup> Urteile des EGMR *Buturugă gegen Rumänien* vom 11. Februar 2020 (Nr. 56867/15), § 74; *Aydoğdu gegen die Türkei* vom 30. August 2016 (Nr. 40448/06), § 88.

<sup>457</sup> Die Frage ist indessen relevant für das Zusprechen der Wiedergutmachung, vgl. oben Rz. 77 ff.

<sup>458</sup> Zum Begriff im Haftpflichtrecht SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 21.07. Zur Frage der Kausalität bei der Bestimmung des Schadensumfangs der Staatshaftung im Rahmen von Art. 41 EMRK vgl. oben Rz. 78.

<sup>459</sup> Vgl. LAVRYSEN, Causation, 706 ff., 717 f. m.w.H.; STREUER, 276.

<sup>460</sup> Vgl. *ibid.*; WIESBROCK, 177, spricht von «*hoher Wahrscheinlichkeit*»; PÉTERMANN, 110 ff. Vgl. zu den Grenzen unten Rz. 177 ff.

#### 4. Staatliche Kenntnis oder Kennenmüssen der Umstände

Staatliches Unterlassen begründet nur dann eine Konventionsverletzung, wenn dieses dem Staat auch zurechenbar ist. Dafür muss der Staat von der Gefährdung oder Verletzung gewusst haben oder er hätte (bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit) von ihr wissen müssen und müsste trotz dieses Wissens untätig geblieben sein.<sup>461</sup> Dies hat grundsätzlich die Beschwerdeführende zu beweisen: 163

*«In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person [...], it must be established to its satisfaction that the authorities **knew or ought to have known** at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party **and that they failed to take measures** within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.»<sup>462</sup>*

Der Ansatz beschränkt sich nicht nur auf Gefährdungen durch Personen, sondern erstreckt sich auf andere Schutzpflichten. So hat der EGMR im Fall *Brincat*<sup>463</sup> ähnliche Erwägungen gemacht. Der EGMR musste über die Frage befinden, ob der maltesische Staat seine Schutzpflichten verletzte, weil er keine Massnahmen zum Schutz von Werftarbeitern vor Asbest ergriff. Auch in diesem Urteil prüfte der EGMR, ob die maltesischen Behörden während der relevanten Periode Kenntnis über die Gefahren von Asbest hatten: 164

*«The Court must also consider **whether the Government knew or ought to have known of the dangers arising from exposure to asbestos at the relevant time** [...].»<sup>464</sup>*

Damit wird die Verantwortung des Staates insoweit eingeschränkt, als er nur dann eine Schutzpflicht verletzt, wenn er von den relevanten Umständen Kenntnis hatte oder hätte haben müssen und trotzdem nicht handelt. Da der Staat nicht allwissend 165

<sup>461</sup> Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 264; für Gefährdungslagen verneinend STAHL, 165.

<sup>462</sup> Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 115 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>463</sup> Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.).

<sup>464</sup> *Ibid.*, § 105 (Hervorhebung durch den Autor).



ist, besteht folglich im Regelfall auch keine absolute Verhinderungsgarantie.<sup>465</sup> Eine solche käme nur bei vollständiger staatlicher Überwachung in Betracht, was bereits dem Freiheitsgedanken der EMRK widerspräche.<sup>466</sup>

- 166 Bestehen Unklarheiten im Sachverhalt, so räumt der EGMR den Behörden ein gewisses Beurteilungsermessen ein, welches sich nach dem Stand der Dinge bei der Entscheidungsfindung zu bemessen hat (*Ex-ante*-Betrachtung).<sup>467</sup> Ungeklärt ist hingegen, wessen Wissen genau welcher Behörde zugerechnet wird. Die Klärung dieser Frage wird jedoch selten relevant sein, da die Alternativform des «Kennenmüssens» implizit eine weitergreifende Pflicht im Rahmen seiner anzuwendenden Sorgfalt einschliesst, die eine funktionierende behördenübergreifende Kommunikation über Anzeige- bzw. Weiterleitungspflichten umfasst.<sup>468</sup> Letztlich haben sich die nationalen Behörden nach ihren Erfahrungen mit den sozialen, rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten und Entwicklungen bzw. Prognosen zu richten.<sup>469</sup>

## 5. Möglichkeit der Einschränkung positiver Schutzpflichten?

- 167 Es ist umstritten, ob positive Schutzpflichten eingeschränkt werden können.<sup>470</sup> Die Beantwortung der Frage hängt stark von der Qualifikation der Natur der Schutzpflichten ab. So hängt sie zunächst davon ab, ob der Auffassung gefolgt wird, dass Schutzpflichten nun ein bereits vollständig individualisiertes Produkt einer Interessenabwägung darstellen, oder ob viel eher abstrakte Schutzpflichten existieren, welche im Einzelfall eingeschränkt werden.<sup>471</sup> Der EGMR selbst unterstellt die positiven Schutzpflichten einer einzigen Interessenabwägung und folglich keiner Zerteilung zur Festlegung abstrakter Schutzbereiche und von deren Einschränkungen.<sup>472</sup> Insofern ist fragwürdig, ob unter der geltenden Rechtsprechung

---

<sup>465</sup> *Obligation de moyens*, vgl. oben Rz. 134 ff.

<sup>466</sup> Vgl. STREUER, 174 f., 274.

<sup>467</sup> Vgl. Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 200 ff., wo der EGMR von einer *margin of error* spricht.

<sup>468</sup> Vgl. zur erwarteten Sorgfalt unten Rz. 216 ff.

<sup>469</sup> Vgl. XENOS, 82. Zum Ganzen vgl. auch LAVRYSEN, 131 ff.

<sup>470</sup> Vgl. im Grundsatz für die Möglichkeit DE SCHUTTER, *Fonction*, 358 ff.; DRÖGE, 347; PÉTERMANN, 158 ff. Eher ablehnend: STAHL, 122 ff. Offen hingegen BESSON, *Obligations*, 87. Vgl. zur ähnlichen Frage der Anwendbarkeit der Schrankenbestimmungen auf Handlungspflichten unten Rz. 226.

<sup>471</sup> Vgl. oben Rz. 69 ff.

<sup>472</sup> Vgl. unten Rz. 233 ff.

des EGMR im Rahmen der «eingliedrigen» Interessenabwägung Platz für weitere Einschränkungen besteht. Denn letztlich handelt es sich bei positiven Schutzpflichten naturgemäss um Minimalpflichten und im Falle des EGMR um auf den Einzelfall massgeschneiderte Endprodukte einer Interessenabwägung.<sup>473</sup> Daher besteht grundsätzlich kein Raum für weitere Einschränkungen.<sup>474</sup>

Diese Auffassung deckt sich mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach die Schrankenbestimmungen nicht anwendbar sind, sondern lediglich berücksichtigt werden sollten.<sup>475</sup> Sie steht jedoch allenfalls in Konflikt mit der Herleitung der Handlungspflichten aus der abwehrrechtlichen Dimension der Konventionsrechte, weil dies eine Anwendung der Schrankenbestimmung nahelegt.<sup>476</sup> Jedoch verlangt die Natur der Schutzpflichten auch bei deren Behandlung wie Abwehrrechte in jedem Fall Anpassungen, da die Schrankenbestimmungen z.B. beim vollständigen Fehlen gesetzlicher Schutzbestimmungen keinen Sinn ergeben.<sup>477</sup>

## V. Umfang positiver Schutzpflichten

### 1. Anmerkungen

Die allgemeine Bestimmung des Umfangs positiver Schutzpflichten gestaltet sich im Lichte der einzelfallbezogenen Rechtsprechung des EGMR als schwierig. Denn der EGMR beschränkt sich oftmals auf die Feststellung einer Verletzung und bemängelt dabei nur das vollständige Unterlassen von Massnahmen oder allgemeines Systemversagen.<sup>478</sup> Hingegen äussert er sich nur selten dazu, was nun

<sup>473</sup> Vgl. STAHL, 331; STREUER, Fn. 316.

<sup>474</sup> Gl. M. VILLIGER, Rz. 641. Dies natürlich vorbehaltlich dessen, dass der EGMR in ein «zweigliedriges» Abwägungsmodell übergeht.

<sup>475</sup> Urteil des EGMR *Babylonová gegen die Slowakei* vom 20. Juni 2006 (Nr. 69146/01), § 51.

<sup>476</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Babylonová gegen die Slowakei* vom 20. Juni 2006 (Nr. 69146/01), § 51.

<sup>477</sup> Vgl. oben Rz. 95.

<sup>478</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *I.M. und andere gegen Italien* vom 10. November 2022 (Nr. 25426/20) betreffend häusliche Gewalt und (systematisch) fehlenden Schutz der Kinder.

das allgemein geforderte (abstrakte) Mindestmass der staatlichen Handlung genau gewesen wäre.<sup>479</sup>

- 170 Die Schwierigkeit der Festlegung abstrakter Regeln kann auch darauf zurückgeführt werden, dass staatliche Schutzpflichten ihrer Natur nach auf verschiedenste Wege erfüllt werden können.<sup>480</sup> Entsprechend der Vielzahl der offenstehenden Möglichkeiten hält sich der Gerichtshof daher zurück, in seinen Urteilen konkrete Handlungsanweisungen zu geben.<sup>481</sup> Er verzichtet auf allgemeine Ausführungen und begnügt sich regelmässig mit der Prüfung, ob im Ergebnis ein fairer Interessenausgleich (*fair balance*) gefunden wurde.<sup>482</sup> Folge davon ist, dass Schutzpflichten nur dann klar in ihrem Umfang bestimmbar sind, wenn eine ständige Rechtsprechung des EGMR besteht oder er sich in einem Urteil explizit zum genauen Gehalt äussert.<sup>483</sup>
- 171 Diese Vorgehensweise des EGMR wird von der Lehre teils kritisiert, weil sie intransparent ist und dadurch zu Unsicherheiten im Rechtsschutz führt.<sup>484</sup> So ist für eine Beschwerdeführende in Schutzpflichtfällen oftmals schwer abschätzbar, ob ein Präjudiz tatsächlich einschlägig ist oder nicht, da der EGMR sich nur selten zu einem abstrakten Schutzmass äussert. Der nachstehende Teil beschränkt sich folglich auf die sich aus Lehre und Rechtsprechung ergebenden Kriterien für die Bestimmung des Umfangs positiver Schutzpflichten. Zur Vermeidung von Wiederholungen mit dem zweiten Teil handelt es sich jedoch lediglich um eine Übersicht.

## 2. Leitkriterien

- 172 Im Lichte der vielen Möglichkeiten, ein staatliches Schutzziel zu erreichen, räumt der EGMR den Staaten einen mehr oder weniger grossen Ermessensspielraum ein. Dabei orientiert er sich an den Umständen des Einzelfalls.<sup>485</sup> In dieser Hinsicht können die nachstehenden exemplarischen Kriterien doppelt relevant sein. Sie be-

---

<sup>479</sup> Für eine Übersicht über die Rechtsprechung vgl. MADELAINE, Fn. 1567.

<sup>480</sup> Vgl. unten Rz. 219 ff.

<sup>481</sup> Vgl. auch STREUER, 204 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>482</sup> Streng genommen spricht der EGMR vom Ausgleich zwischen den Interessen des Individuums und den Interessen der Gemeinschaft als ganzer. Letztere ist streng genommen kein rein kollektives Gut, sondern setzt sich letztlich aus Einzelinteressen zusammen (vgl. SZCZEKALLA, Fn. 1396).

<sup>483</sup> Vgl. JAECKEL, 172 f.

<sup>484</sup> PÉTERMANN, 145 ff.; STAHL, 316; VAN DIJK, 23; vgl. SPIELMANN, 83.

<sup>485</sup> Vgl. JAECKEL, 172 f.

stimmen einerseits den Umfang der angezeigten Schutzpflicht und andererseits u.U. auch den Umfang der Rechtskontrolle des EGMR:

1. Schutzbedürftigkeit des Opfers, die Bedeutung des betroffenen Rechts, der betroffene Bereich des Rechts, die Intensität der Beeinträchtigung, die Wahrscheinlichkeit eines Risiko- oder Gefahrentritts, die Reversibilität und der Umfang eines drohenden oder eingetretenen Schadens, die Sozialadäquanz eines gerügten Risikos sowie das Opferverhalten bzw. dessen Möglichkeit und die Zumutbarkeit zur Selbsthilfe.<sup>486</sup>
2. Die Wirksamkeit der zur Verfügung stehenden Mittel, öffentliche Interessen, entgegenstehende Rechte Dritter und der Allgemeinheit (insbesondere zur Verhinderung der Auferlegung unverhältnismässiger staatlicher Pflichten). Auch können die Schrankenbestimmungen in den Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK hierfür herangezogen werden.<sup>487</sup>
3. Der europäische Konsens hinsichtlich der Handhabung der aufgeworfenen Rechtsfrage.<sup>488</sup>

Wie erwähnt handelt es sich im Kern um die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Auferlegung einer staatlichen Pflicht im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen den betroffenen Individualinteressen und dem öffentlichen Interesse, insbe-

<sup>486</sup> Vgl. WIESBROCK, 174 f. Zur Schwere des Eingriffs bzw. *severity* oder *Bagatelle* vgl. Urteil des EGMR *Costello-Roberts gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. März 1993, Serie A Bd. 247-C, § 36; Zulässigkeitsentscheid des EGMR *Bone gegen Frankreich* vom 1. März 2005 (Nr. 69869/01), § 2. Dieses Kriterium hat indessen zwei Bedeutungen, da der EGMR gerade bei Bagatellen überhaupt keine Konventionsrechtsverletzung feststellt. So schliesst das Fehlen eines erheblichen Nachteils nach Art. 35 EMRK ohnehin das Beschwerderecht aus (vgl. SCHÄFER in: Karpenstein/Mayer, N 150 ff. zu Art. 35 EMRK m.w.H.). Indessen spielt dieses Kriterium auch bei der Berücksichtigung der Eingriffsintensität im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle. Zur Sozialadäquanz vgl. Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 129 f. Zur Frage der Opferselbstverantwortung vgl. Urteile des EGMR *Kalender gegen die Türkei* vom 15. Dezember 2009 (Nr. 4314/02), § 40 ff.; *Zavoloka gegen Litauen* vom 7. Juli 2009 (Nr. 58447/00), § 37, 40; *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 84 ff.

<sup>487</sup> Z.B. Urteile des EGMR *Powell und Rayner gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1990, Serie A Bd. 172, § 41; *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C, § 51.

<sup>488</sup> Vgl. unten Rz. 185 ff.

sondere mit Augenmerk auf die in den Schrankenbestimmungen nach den Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK erwähnten Kriterien.<sup>489</sup> So hält der EGMR fest:

*«Pour déterminer s'il existe une obligation positive et, dans l'affirmative, si elle a été respectée, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, étant entendu que dans la recherche d'un tel équilibre les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle.»*<sup>490</sup>

- 174 Insbesondere sind staatliche Interessen und faktische Einschränkungen zu berücksichtigen. So darf eine Schutzpflicht nicht impraktikabel sein und mit Blick auf die verfügbaren staatlichen Ressourcen keine unmögliche unverhältnismässige Bürde für den Staat darstellen.<sup>491</sup>

*«For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising.»*<sup>492</sup>

- 175 Der EGMR unterscheidet wie erwähnt in seiner Rechtsprechung nicht genau zwischen Bestimmung eines allgemeinen Schutzzumfangs und der Verhältnismässigkeit im Einzelfall. Gewisse Autoren betrachten dies kritisch und befürworten daher eine Zweiteilung der Verhältnismässigkeitsprüfung. So soll die Verhältnismässigkeit zur Bestimmung des Umfangs der Schutzpflicht (*proportionnalité-de-*

---

<sup>489</sup> Urteile des EGMR *Marckx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 28, § 31; *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 37.

<sup>490</sup> Urteil des EGMR *Babylonová gegen die Slowakei* vom 20. Juni 2006 (Nr. 69146/01), § 51 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>491</sup> Vgl. insb. Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116, *d'insupportable ou excessif, disproportionné*. Der EGMR folgt dabei dem Grundsatz *impossibilium nulla obligatio est* (vgl. Urteil des EGMR *Ž gegen Lettland* vom 24. Januar 2008 [Nr. 14755/03], § 94). Zur inkonsistenten Terminologie des EGMR vgl. LAVRYSEN, 159 ff.

<sup>492</sup> Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116.

*termination*)<sup>493</sup> von der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Interessenabwägung im Einzelfall (*proportionnalité-application*) abgegrenzt werden.<sup>494</sup> Dies ist jedoch im Einzelnen umstritten.<sup>495</sup> Im Kern geht es um die Frage, ob sich die Verhältnismässigkeit im Rahmen der Bestimmung einer Handlungs- bzw. Schutzpflicht in der Bestimmung ihres Umfangs erschöpft oder Raum für eine weitere Einschränkung besteht. Indessen sind m.E. die praktischen Implikationen durch eine solche Unterscheidung begrenzt, weil in jedem Fall eine vollumfängliche Abwägung der gegenüberstehenden Interessen im Einzelfall vorgenommen werden muss.<sup>496</sup> Indessen handelt es sich bei der hier vertretenen Auffassung bei Handlungs- und Schutzpflichten naturgemäss um im Einzelfall zu bestimmende staatliche Minimalpflichten.<sup>497</sup> Dies schliesst also aus methodischer Sicht eine Einschränkung nach Bestimmung ihres Umfangs (unter Berücksichtigung aller Umstände und tangierten Interessen im Einzelfall) grundsätzlich aus.

Aus der Rechtsprechung des EGMR gehen die folgenden Grundregeln zur Bestimmung des Umfangs der Schutzpflichten hervor: 176

1. Sind wichtige Aspekte eines Rechtes betroffen bzw. wiegt eine Verletzung schwer, so besteht die Pflicht zum Erlass strafrechtlicher Normen.<sup>498</sup> Darunter fallen bedeutende Rechtsgüter wie das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) sowie das Sklaverei- und Folterverbot (Art. 3 und 4 EMRK).<sup>499</sup>

<sup>493</sup> Vgl. VAN DROOGHENBROECK, 76, der eine Verhältnismässigkeitsprüfung auf Stufe der Auslegung befürwortet; vgl. MOUTEL, Rz. 350 f. m.w.H. Zu den verschiedenen Lehrmeinungen vgl. insb. PÉTERMANN, 176 f.

<sup>494</sup> VAN DROOGHENBROECK, 76.

<sup>495</sup> Vgl. MOUTEL, Rz. 184, wonach die Verhältnismässigkeit sich in der Bestimmung der Schutzpflicht erschöpft; VAN DROOGHENBROECK, 76 f., der zwar eine Überlappung zwischen beiden Formen der Verhältnismässigkeit sieht, aber einen derartigen «*two-fold test*» befürwortet; PÉTERMANN, 184 ff., der eine Aufteilung der Verhältnismässigkeit in jene zur Bestimmung der Handlungspflicht und jene zur Einschränkung befürwortet; vgl. auch STAHL, 196 ff., 337 ff.

<sup>496</sup> Vgl. unten Rz. 224 f.

<sup>497</sup> Vgl. STAHL, 330 ff. Zur ähnlichen Diskussion betreffend die Anwendbarkeit der Schrankenbestimmungen vgl. oben Rz. 167 f.

<sup>498</sup> Z. B. Urteile des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 115; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 27; WIESBROCK, 172 f.

<sup>499</sup> Vgl. STREUER, 174.

2. Nicht schwerwiegende Verletzungen können ausschliesslich über monetäre Kompensation abgegolten werden, sofern ihnen nicht anders entgegnet werden kann.<sup>500</sup>
3. Es müssen verfahrensrechtliche Bestimmungen zur effektiven Durchsetzung der Konventionsrechte bestehen, zumal diese formeller Natur sind und den Staat nicht übermässig in seiner Entscheidungsgewalt beeinträchtigen.<sup>501</sup> Umfasst wird insbesondere eine grundsätzliche Untersuchungspflicht bei (schweren) Menschenrechtsverletzungen.<sup>502</sup>

### 3. Grenzen

- 177 Wie bei Abwehrrechten bestehen auch Grenzen hinsichtlich des Schutzzumfangs positiver Schutzpflichten.<sup>503</sup> Diese Eingrenzung des Schutzzumfangs unterscheidet sich insoweit von den weiter unten zu diskutierenden Einschränkungen von Rechten, als sie bereits den Schutzbereich des Rechts umschreiben und ausserhalb dieser Grenzen gar keine Schutzpflicht besteht.<sup>504</sup> Die Grenzen der Schutzpflichten dienen somit primär der Verhinderung eines Überbordens staatlicher Schutzpflichten.<sup>505</sup> Indessen bestehen hinsichtlich des Umfangs der Schutzpflichten im Lichte der evolutiv-dynamischen Auslegung der EMRK zumindest keine fixen textlichen Grenzen. Sie sind lediglich an den sozialen und ökonomischen Wandel der Gesellschaft und die Akzeptanz, Rolle und das Verständnis der EMRK gebunden.<sup>506</sup>
- 178 Eine Grenze findet sich z.B. bei der Auswahl der konkreten staatlichen Massnahmen. So besteht im Lichte des Ermessensspielraums der EMRK grundsätzlich kein Anspruch auf eine bestimmte Massnahme, sofern mehrere verhältnismässige Massnahmen in Frage kommen.<sup>507</sup> Ziel der Menschenrechte ist nicht das Verhindern jeder Beeinträchtigung, sondern deren Gewährleistung und Schutz im Rahmen der staatlichen Möglichkeiten.<sup>508</sup> Entsprechend hielt der EGMR im Leiturteil

---

<sup>500</sup> Vgl. STAHL, 332 f.

<sup>501</sup> Vgl. WIESBROCK, 168.

<sup>502</sup> Vgl. STAHL, 333, insb. unter Verweis auf die Rechtsprechung des IAGMR.

<sup>503</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 300.

<sup>504</sup> Ähnlich STAHL, 317; vgl. hingegen auch PÉTERMANN, 151 f., der sich entgegen dem EGMR aus Transparenzgründen für eine Unterteilung ausspricht.

<sup>505</sup> Vgl. WARBRICK, 102, der von einer allgemeinen Sorgfalt ausgeht.

<sup>506</sup> Vgl. auch STREUER, 257.

<sup>507</sup> Vgl. zum Ermessen nachstehend Rz. 185 ff.

<sup>508</sup> Vgl. EPINEY, 231; WIESBROCK, 168 ff.

*Plattform „Ärzte für das Leben“*<sup>509</sup> fest, dass keine absolute Pflicht zur Verhinderung von Beeinträchtigungen der Konventionsrechte bestehe.<sup>510</sup> Vielmehr hat der Staat für Restrisiken und das allgemeine Lebensrisiko nicht einzustehen.<sup>511</sup> Daran anknüpfend besteht grundsätzlich auch keine Erfolgsgarantie bzw. Verhinderungsgarantie hinsichtlich des Erfolgs der Erfüllung einer Schutzpflicht, sofern es sich um eine *obligation de moyens* handelt.<sup>512</sup> In deren Rahmen kann insbesondere für das Verhalten von Dritten oder der Natur keine Gewähr geboten werden, zumal dieses oft unvorhersehbar ist und damit ausserhalb des durch den Staat vernünftigerweise Vermeidbaren liegt.<sup>513</sup>

Auch tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeiten schränken die Schutzpflichten ein. Kann eine Handlung vom Staat tatsächlich und rechtlich nicht erbracht werden, kann sie logischerweise auch nicht von ihm verlangt werden. Tatsächliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn eine Schutzpflicht tatsächlich überhaupt nicht garantiert werden könnte (z.B. eine absolute Verhinderungspflicht).<sup>514</sup> Diese Grenze der staatlichen Pflicht findet sich z.B. bei den beschränkten Ressourcen (insb. finanziellen Mitteln) des Staates<sup>515</sup>, bei Eintritt sozialadäquater Risiken (z.B. ein Verkehrsunfall oder Brände wegen Feuerwerkskörpern oder Brandbeschleunigern) oder aber auch hinsichtlich der Verhinderung von Gefahren und Risiken ausserhalb des staatlichen Einflussbereichs, wie z.B. bei Naturkatastrophen oder

<sup>509</sup> Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139.

<sup>510</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>511</sup> Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 130; Zulässigkeitsentscheid der EKMR, *Bone gegen Frankreich* vom 1. März 2005 (Nr. 69869/01). Vgl. zur besonderen Schutzbedürftigkeit in diesem Kontext ZIMMERMANN, Rz. 349 ff.

<sup>512</sup> Vgl. JAECKEL, 174; LAURENS in: van Dijk et al., 325 f.; WIESBROCK, 167 f. Zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei Eingriffen Dritter im Schweizer Recht UHLMANN, 85 f.

<sup>513</sup> Vgl. JAECKEL, 174; Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 34.

<sup>514</sup> Vgl. STREUER, 255; Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116: «[...] not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materializing.»

<sup>515</sup> Vgl. STREUER, 255; RESS, *Duty to Protect*, 181. Dies durchbricht im Grunde die territorial einheitliche Anwendung der EMRK (vgl. Urteil des EGMR *Assandize gegen Georgien* vom 8. April 2004 [Nr. 71503/01], § 142).



Krankheiten.<sup>516</sup> Dabei ist im Einzelfall auf die durch die Schutzpflicht entstehende Mehrbelastung abzustellen, die nicht unverhältnismässig erscheinen darf.<sup>517</sup> Denkbar, aber abzulehnen ist eine unterschiedliche Behandlung der Konventionsstaaten nach deren Finanzstärke. Dies widerspräche einer einheitlichen Auslegung und dem Minimalcharakter der Konvention.

- 180 Weitere Grenze der Schutzpflichten ist das Recht selbst. Unter dem Titel «rechtliche Unmöglichkeit» kann vom Staat insbesondere nicht gefordert werden, dass er jegliche Konventionskonflikte zwischen Privaten im Voraus regelt.<sup>518</sup> Auch werden dem Staat in dieser Hinsicht z.B. durch die Kern- und Wesensgehalte anderer (Menschen-)Rechte Grenzen gesetzt.<sup>519</sup> Indessen bestehen dennoch viele Schutzpflichten daraus, Konventionsverletzungen durch entsprechende Legiferierung vorzubeugen, weshalb rechtliche Unmöglichkeit nur in Ausnahmefällen anzunehmen ist.<sup>520</sup>
- 181 Schliesslich fallen Schutzpflichten weniger umfangreich aus, wenn die Berufung darauf einen Rechtsmissbrauch darstellt oder sie gegen Treu und Glauben verstösst. Die missbräuchliche Herbeiführung eines Schutzpflichttatbestandes führt demnach nicht zur staatlichen Pflicht zum Handeln. Der Verstoss gegen diese Grundsätze sollte indessen nicht leichthin angenommen werden, insbesondere wenn hochrangige Rechtsgüter betroffen sind.<sup>521</sup> Missbräuchlichkeit ist darüber hinaus aus prozessualer Sicht nach Art. 35 Ziff. 3 lit. a EMRK auch ein Unzulässigkeitsgrund für eine Beschwerde vor dem EGMR.<sup>522</sup> Sie ist daher gewissermassen doppelt relevant.

---

<sup>516</sup> Vgl. OPSAHL 210; UNRUH, 76 f.

<sup>517</sup> Ähnlich im Ergebnis STAHL, 322 f.; STREUER, 255; RESS, Duty to Protect, 181; Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116.

<sup>518</sup> STREUER, 256.

<sup>519</sup> Vgl. oben Rz. 177 ff. Ob diese hinsichtlich des Umfangs des Schutzrechts oder einer Interessenabwägung berücksichtigt werden, spielt im Ergebnis aufgrund ihrer Absolutität keine Rolle.

<sup>520</sup> Vgl. beispielhaft bezüglich Art. 6: Urteile des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 10. März 2014 (Nr. 52067/10, 41072/11), § 74 ff.; und zu Art. 8 *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff. Zur rechtlichen Unmöglichkeit wegen bestehender völkerrechtlicher Verpflichtungen vgl. JAECKEL, 173; STAHL, 323. Zu Konflikten mit Resolutionen der UNO: KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 250.

<sup>521</sup> REINDL-KRAUSKOPF, 62 f.; vgl. ähnlich STAHL, 325.

<sup>522</sup> Vgl. oben Rz. 33 f.

## VI. Erfüllung positiver Schutzpflichten

### 1. Allgemeines

Ob eine Schutzpflicht erfüllt wurde, hängt davon ab, ob angesichts der drohenden Gefahr die staatlich ergriffenen Massnahmen angemessen waren, um eine Verletzung des Rechtsguts zu verhindern.<sup>523</sup> Erfüllt ein Staat diese Anforderungen, so ist er seinen Schutzpflichten nachgekommen. Das Spektrum der denkbaren Massnahmen zur Erfüllung von Schutzpflichten ist jedoch im Regelfall gross: So können abhängig von den Umständen Aufklärungs- und Informationspflichten, Verbote, Gebote, Kontrollen, Anzeige- und Genehmigungspflichten sowie zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Behelfe und Sanktionen allein oder in Kombination in Frage kommen.<sup>524</sup> Entsprechend der Vielfalt dieser Möglichkeiten und der Eigenheiten der jeweils betroffenen Rechtsordnung besteht grundsätzlich ein weiter staatlicher Ermessensspielraum für die Erfüllung von positiven Schutzpflichten.<sup>525</sup> 182

### 2. Spektrum der Massnahmen

Massnahmen können unterteilt werden in jene, die vor oder nach Eintreten einer Rechtsgutsverletzung oder massgeblichen Gefahr ergriffen werden (präventiv oder repressiv). Präventive Massnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass eine bekannte Gefahr vor ihrem Eintritt erkannt wurde und durch die Massnahme abgewendet werden soll.<sup>526</sup> Die Intensität der Anforderungen an diese Massnahmen steigt mit der Wahrscheinlichkeit eines Gefahrentritts, der Schwere der zu erwartenden Rechtsverletzung und deren möglicher Reversibilität.<sup>527</sup> Darüber hinaus können präventive Massnahmen auch bereits der Feststellung von Gefahren dienen (z.B. durch Bewilligungen und Kontrollen).<sup>528</sup> Die dabei zu ergreifenden Massnahmen können im Einzelnen zahlreiche Formen annehmen: So können sie 183

<sup>523</sup> Vgl. JOHANN in: Karpenstein/Mayer, N 5 zu Art. 1 EMRK; Urteil des EGMR *Ilaşcu und andere gegen die Republik Moldau und die Russische Föderation* vom 8. Juli 2004 (Nr. 48787/99), § 334: «appropriate and sufficient.»

<sup>524</sup> STREUER, 168 f.; vgl. WIESBROCK 157 ff.

<sup>525</sup> Vgl. hierzu MATSCHER, FS Schmölz, 203; krit. CLAPHAM, 187, 198 f.

<sup>526</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 115 f.

<sup>527</sup> STAHL, 327.

<sup>528</sup> Vgl. JAECKEL, 177; vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 90 ff.

beispielsweise in der Pflicht zum Erlass eines Gesetzes liegen, eine weitergehende Ermittlungspflicht auslösen oder lediglich in der weiteren Beobachtung und Orientierung der betroffenen Personen liegen.<sup>529</sup> Kann einer Gefahr faktisch oder im öffentlichen Interesse<sup>530</sup> nicht vollumfänglich vorgebeugt werden, so ist auch eine Regelung zur Eindämmung des Schadens oder der Kompensation der Schadensfolgen denkbar.<sup>531</sup>

- 184 Repressive Massnahmen sind Massnahmen, die die Folgen einer Konventionsverletzung beseitigen oder verringern sollten. Sie können von reparatorischer (z.B. in der Wiedergutmachung von Schäden) oder sanktionierender Natur (z.B. durch Bestrafung der Tatpersonen) oder eine Kombination davon sein.<sup>532</sup> Wiegt ein Eingriff schwer, können sich ausschliesslich reparatorische Massnahmen als ungenügend erweisen und es können auch Pflichten zur Ergreifung oder Einführung strafrechtlicher Sanktionen zur Erzeugung eines generalpräventiven Effekts bestehen.<sup>533</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn der Wesensgehalt des in Frage stehenden Konventionsrechts verletzt wird.<sup>534</sup> Wo genau für den EGMR die Grenze liegt, kann im Lichte der unklaren Rechtsprechung des EGMR nicht allgemeingültig eruiert werden. Der EGMR zeigte sich bislang jedoch grundsätzlich zurückhaltend mit der Anerkennung von Pflichten zur Einführung strafrechtlicher Tatbestände.<sup>535</sup>

### 3. Ermessen und die Rechtskontrolle des EGMR

- 185 Das gerichtliche Ermessen bzw. die Kontrolldichte durch den EGMR könnte methodisch betrachtet als Auslegungsinstrument eingeordnet werden. Rechtlich betrachtet bedeutet Ermessen jedoch nicht, dass der Schutzbereich der EMRK diese Bereiche materiell nicht erfasst. So fusst diese Begrenzung des Einschreitens des EGMR viel eher auf der Funktion des EGMR als Kontrollorgan, was (zugegebe-

---

<sup>529</sup> Vgl. unten Rz. 390.

<sup>530</sup> So z.B. hinsichtlich Restrisiken beim Betrieb eines Atomreaktors, im Strassen-, Flug- und Schienenverkehr oder auch bei der Zulassung von Arzneimitteln.

<sup>531</sup> Eine Entschädigung kann insbesondere auch die Beschwerdelegitimation aufgrund des Verlusts der Opfereigenschaft dahinfallen lassen (vgl. Rz. 70 ff.).

<sup>532</sup> RESS, 350; WIESBROCK, 182; WOLF, 282 ff.; vgl. DRÖGE, 21 f.

<sup>533</sup> Vgl. STREUER, 201 ff., 294 f.; strafrechtlichen Sanktionen kann indessen im Rahmen ihrer Abschreckung auch eine präventive Dimension zugewiesen werden.

<sup>534</sup> Vgl. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff., *fundamental values and essential aspects*.

<sup>535</sup> Vgl. im Einzelnen unten Rz. 336 ff.

nermassen) in praktischer Hinsicht eine effektive Beschränkung der auferlegten staatlichen Pflicht bedeutet. Indessen sind Konventionsstaaten natürlich frei, weitergehende Pflichten ohne diese Beschränkungen anzuerkennen. Letztlich spielt die Frage des Ermessens bzw. der Rechtskontrolle eine grosse Rolle hinsichtlich der Frage, ob und wie Schutzpflichten im Einzelnen zu erfüllen sind.

### 3.1 Im Allgemeinen

Seit Beginn seiner Rechtsprechung räumt der EGMR den Konventionsstaaten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Auslegung und Umsetzung der EMRK ein (*margin of appreciation, margin, marge d'appréciation*).<sup>536</sup> Dieser ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und gilt gleichermassen für Handlungspflichten sowie für Abwehrrechte, wobei er für Letztere wie bei Handlungspflichten in beschränkterem Rahmen gilt.<sup>537</sup> Es handelt sich dabei um jenen Spielraum, der den Konventionsstaaten aufgrund ihrer Souveränität zur Regelung bestimmter Rechtsfragen zusteht, indem ihnen eine mehr oder weniger grosse Regelungsautonomie belassen wird.<sup>538</sup> Dadurch wird auch der Heterogenität der einzelstaatlichen Lösungen Rechnung getragen.<sup>539</sup> Der Ermessensspielraum stellt das wohl wichtigste Werkzeug des EGMR zur eigenen Zurückhaltung im Lichte der Subsidiarität dar.<sup>540</sup> So wurden das Ermessen sowie die Subsidiarität als grundlegende Prinzipien mit dem 15. Zusatzprotokoll in die Präambel der EMRK aufgenommen. Die Änderung ist seit dem 1. August 2021 in Kraft:

<sup>536</sup> Vgl. schon Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Lawless gegen Irland*, Report A 51 591, 85.

<sup>537</sup> Vgl. SUDRE, *Obligations*, 379 m.H.a. Urteile des EGMR *Powell und Rayner gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1990, Serie A Bd. 17; *Handyside gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Dezember 1976, Serie A Bd. 24; *Keegan gegen Irland* vom 26. Mai 1994, Serie A Bd. 290 («*pouvoir d'être*»).

<sup>538</sup> Vgl. BREMS, 296 ff.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, 210; GERARDS, HRLR, 515; STREUER, 258 ff.; SUDRE, *Obligations*, 375 f.; VAN DIJK, 22 f.; WARBRICK, 99; Urteil des EGMR *Lambert und andere gegen Frankreich* vom 5. Juni 2015 (Nr. 46043/14), § 144 ff.

<sup>539</sup> JAECKEL, 171; vgl. BREMS, 309 ff. bzgl. kultureller Divergenzen; vgl. auch zur grundsätzlich besseren Eignung der nationalen Gerichte Urteil des EGMR *James und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1986, Serie A Bd. 98, § 46.

<sup>540</sup> *Judicial self-restraint*, vgl. hierzu BREITENMOSER, 124 f.; BREMS, 297; GANSHOF VAN DER MEERSCH, 219 f.; JAECKEL, 171; Urteil des EGMR *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95), § 85.

«[...] in *Bekräftigung* dessen, dass es nach dem Grundsatz der **Subsidiarität** in erster Linie Aufgabe der Hohen Vertragsparteien ist, die Achtung der in dieser Konvention und den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten, und dass sie dabei über einen **Ermessensspielraum** verfügen, welcher der Kontrolle des durch diese Konvention errichteten Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte untersteht [...]»<sup>541</sup>

- 187 Das Ermessen wird in der Rechtsprechung des EGMR häufig erwähnt, erweist sich aber im Detail als eher unklares Konzept, welches in der Rechtsprechung nicht immer stringent und in derselben Form angewendet wird.<sup>542</sup> In der Lehre ist eine Vielzahl an Meinungen zur Rolle des Ermessens in der EMRK zu finden.<sup>543</sup> Dabei werden der Wesensgehalt und der Umfang des Ermessensbegriffs sehr unterschiedlich aufgefasst. Einige Autoren bezeichnen ihn mit Blick auf die uneinheitliche Anwendung des EGMR als willkürlich<sup>544</sup> oder *shrouded in mystery*<sup>545</sup>.
- 188 Der Ermessensbegriff in der Rechtsprechung des EGMR weist mehrere Ebenen auf. Aus kontinentaleuropäischer Sicht kann Ermessen im Hinblick auf die Sachverhaltenswürdigung (Beurteilungsermessen)<sup>546</sup> sowie auf die Rechtsfolgenrechte unterteilt werden (Entschießungs- und Auswahlermessen).<sup>547</sup> Weitere Ansätze sehen eine Abhängigkeit des Ermessens von der Art der konkret betroffenen staatlichen Pflicht und der systematischen Rolle des EGMR.<sup>548</sup>

---

<sup>541</sup> Hervorhebung durch den Autor. Dies kann als Kodifikation der bereits bestehenden Praxis des EGMR gesehen werden (a.A. BATES, HRLJ, 261, der darin eine Pflicht zur verstärkten Zurückhaltung sieht).

<sup>542</sup> Vgl. z.B. MAYER in: Karpenstein/Mayer, N 67 zur Einleitung m.H.a. die fehlende Vorhersehbarkeit in der Praxis; SYCHENKO, 29 f. m.w.H.

<sup>543</sup> Vgl. hierzu BREITENMOSER, 119 ff.

<sup>544</sup> BRAUCH, 129 ff.

<sup>545</sup> KRATOCHVÍL, 347 f.; vgl. ITZCOVIC, 304.

<sup>546</sup> Diese Untergliederung ist insbesondere auch in der deutschen Lehre zu finden, während der EGMR eine einheitliche Terminologie verwendet (vgl. STAHL, 49 ff.).

<sup>547</sup> Die Lehre ist bei der Eingliederung des Begriffs teils sehr national-rechtlich orientiert. Z.B. STAHL, 49 ff., 275 ff., die sich hinsichtlich der Kategorisierung und Ermessensprüfung weitgehend auf deutsches Verwaltungsrecht stützt. Jedoch scheint der EGMR hinsichtlich einer beschränkten Ermessensprüfung – je nach Fallkonstellation – nicht in seinem Ermessen beschränkt. Vgl. auch BLECKMANN, 320, mit dem Hinweis, dass andere Konventionsstaaten primär auf die Ermessensprüfung im Sinne des französischen «*détournement de pouvoir*» zurückgreifen. Eingehend zur Rechtslage in der Schweiz auch OETER, 138 ff.

<sup>548</sup> Vgl. ITZCOVIC, 303; MERRILLS, 136 ff.; SYCHENKO, 30 ff.

Ausdruck findet das Ermessen insbesondere bei der Frage nach der Prüfung und Bewertung der Rechtfertigung bei der Einschränkung von Konventionsrechten (Verhältnismässigkeit)<sup>549</sup> sowie bei der Auflösung von Konventionsrechtskonflikten unter Privaten (Interessenabwägung).<sup>550</sup> Praktisch äussert sich Ermessen weiter auch in der Intensität der Rechtskontrolle des EGMR. So kommt es vor, dass der EGMR in einigen Fällen selbst eine differenzierte Interessenabwägung im Rahmen der sich stellenden Rechtsfragen vornimmt<sup>551</sup> und in anderen Fällen – unter Berufung auf das staatliche Ermessen – es bei einer summarischen Prüfung der Rechtslage belässt<sup>552</sup>. Im Ergebnis wendet der EGMR also je nach eingeräumtem Ermessensspielraum unterschiedliche Kontroll- und Prüfdichten an. Diese Zurückhaltung im Einzelfall kann sich einerseits bereits bei der Prüfung der Erforderlichkeit staatlichen Eingreifens, andererseits erst beim Ergebnis der darauf basierenden Entscheidung im Einzelfall äussern.<sup>553</sup> Der Begriff hat, obschon er sehr wichtige Auswirkungen auf die Praxis haben kann, nur unscharfe Konturen.

Eine Grenze des Ermessens findet sich insbesondere dort, wo mehrere taugliche Handlungen zur Erfüllung einer Schutzpflicht in Betracht kommen und jeweils verhältnismässig sind. Dort besteht immer ein staatlicher Ermessensspielraum, weshalb grundsätzlich auch kein Anspruch auf eine bestimmte Massnahme besteht.<sup>554</sup> Denkbar ist, dass das Ermessen für eine Handlung derart eng ausfällt, dass im Prinzip nur noch eine einzige Massnahme die Schutzpflicht erfüllen würde (*Ermessen auf null*).<sup>555</sup> Schliesslich gilt es nach wie vor zu berücksichtigen, dass der EGMR einen praktischen, adäquaten und effektiven Schutz der Konventionsrechte anstrebt.<sup>556</sup> Insoweit findet der Ermessensspielraum sicherlich auch dort seine

<sup>549</sup> Vgl. unten Rz. 224 ff.

<sup>550</sup> Vgl. ITZCOVICH, 292 ff.; MARAUHN/MENGELER in: EMRK/GG-Komm., § 7 N 19 ff.

<sup>551</sup> Vgl. Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10), § 78.

<sup>552</sup> Vgl. hierzu die nachstehende Rechtsprechung.

<sup>553</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Handyside gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Dezember 1976, Serie A Bd. 24, § 49, wo der EGMR den Ermessensspielraum unter dem Aspekt seiner Funktion dennoch einschränkte.

<sup>554</sup> Vgl. zur deutschen Dogmatik: UNRUH, 77 f.

<sup>555</sup> Vgl. hierzu BLECKMANN, 319 f.; STREUER, 172, 297 f. m.H.a. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, und Entscheidung der EKMR *A gegen das Vereinigte Königreich* vom 23. September 1998 (Nr. 25599/94), § 47; differenzierend: STAHL, 299 ff.

<sup>556</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 30.

Grenze, wo die Einräumung von Ermessen diese Funktion untergraben würde. In jedem Fall darf eine zu ausufernde Berufung auf das staatliche Ermessen nicht dazu führen, dass die Geltung und insbesondere die evolutive Natur der Konventionsrechte untergraben wird.<sup>557</sup>

### 3.2 Ermessen in der Strassburger Rechtsprechung

- 191 Wie einleitend erwähnt, gestalten sich die praktischen Auswirkungen des eingeräumten Ermessens ähnlich wie jene im Rahmen der dynamischen Auslegung: So soll durch den Ermessensspielraum einerseits eine zu stark forcierte Vereinheitlichung des Rechts über den EGMR vermieden werden.<sup>558</sup> Andererseits soll auch eine Überdehnung des eingeräumten Ermessens die Weiterentwicklung der Konventionsrechte nicht hemmen.
- 192 Der EGMR verwendet den Begriff des Ermessensspielraums nicht einheitlich und teils auch als anscheinend rhetorische Floskel.<sup>559</sup> In der Lehre wird gar behauptet, es existiere überhaupt kein wirkliches Konzept für das Ermessen.<sup>560</sup> Wie erwähnt wird der Begriff daher verschiedentlich auch kritisiert, da er zu Intransparenz und Unvorhersehbarkeit des Rechtsschutzes führt.<sup>561</sup>
- 193 Illustrativ zur Inkonsistenz in der Anwendung des Konzepts ist der Fall *Sunday Times*<sup>562</sup>, wo der EGMR u.a. eine Verletzung von Art. 10 EMRK durch den Erlass einer Unterlassungsanordnung bezüglich der Publikation eines Zeitungsartikels bejahte.<sup>563</sup> In der dortigen *dissenting opinion* betonte die Minderheit, der EGMR habe als Überwachungsorgan lediglich eine summarische materielle Bewertung der innerstaatlichen Sorgfalt vorzunehmen. Im rund zehn Jahre späteren, sehr ähnlich gelagerten Fall *Markt Intern Verlag*<sup>564</sup> änderte der EGMR seine Auffassung

---

<sup>557</sup> Vgl. STREUER, 362.

<sup>558</sup> Vgl. oben Rz. 35 ff.

<sup>559</sup> ARAI-TAKAHASHI, Fn. 105.

<sup>560</sup> Vgl. VAN DROOGHENBROECK, 485 f.; MCHARG, 686 ff.

<sup>561</sup> ARAI-TAKAHASHI, Fn. 50 f.; LETSAS, 721 ff.; SCHOKKENBROEK, 36; eingehend KRATOCHVÍL, 326 f., sowie oben Rz. 171.

<sup>562</sup> Urteil des EGMR *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich* vom 26. April 1979, Serie A Bd. 30.

<sup>563</sup> Ibid., Gemeinsame abweichende Meinung von Richter\*Innen Wiarda, Cremona, Thór Vilhjálmsson, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch und Matscher, § 8.

<sup>564</sup> Urteil des EGMR *Markt Intern Verlag GmbH und Klaus Beermann gegen Deutschland* vom 20. November 1989, Serie A Bd. 165.

und stellte unter Berufung auf den weiten Ermessensspielraum des Staates keine Konventionsverletzung fest.<sup>565</sup> Der EGMR hielt fest:

*«The court should not substitute its own evaluation for that of the national courts in the instant case, where those courts, on reasonable grounds, had considered the restrictions to be necessary.»<sup>566</sup>*

Ein weiteres Beispiel sind die Urteile *A. gegen Norwegen*<sup>567</sup> und *S.H. und andere gegen Österreich*<sup>568</sup>. In beiden Fällen räumte der EGMR zwar einleitend dem Staat einen weiten Ermessensspielraum ein, nahm schliesslich dann doch eine vollständige eigene Interessenabwägung vor.<sup>569</sup> 194

*«As regards compliance with Article 14, the Chamber observed that in view of the lack of a uniform approach to this question by the Contracting States and the nature of the sensitive moral and ethical issues involved, the Contracting States enjoyed a **wide margin of appreciation** in this field.»<sup>570</sup>*  
*«[...] [A] prohibition of the combination of these lawful techniques requires [...] particularly persuasive arguments by the Government.»<sup>571</sup>*

In anderen Fällen, in welchen ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wurde, begnügte sich der EGMR hingegen mit einer Art Willkürprüfung bzw. summarischen Ergebnisprüfung.<sup>572</sup> Folglich ist es im Einzelfall jeweils unsicher, ob der EGMR nun einen Ermessensspielraum einräumt und, wenn ja, wie gross dieser 195

---

<sup>565</sup> Ibid., § 37.

<sup>566</sup> Ibid.

<sup>567</sup> Urteil des EGMR *A. gegen Norwegen* vom 9. April 2009 (Nr. 28070/06).

<sup>568</sup> Urteil des EGMR *S.H. und andere gegen Österreich* vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00).

<sup>569</sup> Ibid., § 91 ff.; Urteil des EGMR *A. gegen Norwegen* vom 9. April 2009 (Nr. 28070/06), § 66 ff.

<sup>570</sup> Urteil des EGMR *S.H. und andere gegen Österreich* vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00), § 53 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>571</sup> Ibid., § 111.

<sup>572</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Fruni gegen die Slowakei* vom 21. Juni 2011 (Nr. 8014/07), § 163 ff.



ist und wie er sich auf die tatsächliche Prüfung des Falls im Einzelfall auswirken wird.<sup>573</sup>

### 3.3 Ermessen bei arbeitsrechtlichen Fragen im Besonderen

- 196 Arbeitsrechtliche Fälle haben regelmässig einen Interessenkonflikt zwischen den Interessen von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zum Gegenstand. Dies macht eine Interessenabwägung zwischen Arbeitnehmenden, Arbeitgebenden und Staat notwendig (*balance of interests*). Der Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten erfasst auch die Ausübung des Ermessens im Rahmen dieser Interessenabwägung.<sup>574</sup>
- 197 Der EGMR verweist in seinen Entscheiden gerade in der Sozial- und Wirtschaftspolitik regelmässig auf den grossen Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten,<sup>575</sup> worunter insbesondere auch arbeitsrechtliche Fragen fallen.<sup>576</sup> Grund für eine derartige weitere Beschränkung in diesen Bereichen sind einerseits die limitierten staatlichen Ressourcen und andererseits der Umstand, dass positive Pflichten noch keine gleich lange völkerrechtliche Tradition wie Abwehrrechte haben.<sup>577</sup> Dies soll nicht bedeuten, dass in sozialpolitischen Fragen das staatliche Ermessen nicht eingeschränkt sein kann.<sup>578</sup>

---

<sup>573</sup> Für einen Zusammenzug weiterer (eher) inkonsistenter Rechtsprechung vgl. KRATOCHVÍL, Fn. 123; vgl. auch schon OLINGA/PICHERAL, 568 ff.; ITZCOVICH, 304. Vgl. KRIEGER in: EMRK/GG-Komm., § 6 N 71 f.; ähnlich auch SZCZEKALLA, 888, der Abstufungen von Evidenz- und Willkürkontrolle sieht. Ähnliche Abstufungen sind auch im Schweizer Recht zu finden: So umfasst die Kognition eines Gerichts je nach Rechtsmittel die Prüfung der Angemessenheit (z.B. Art. 49 VwVG) bis hin zur eingeschränkten Prüfung auf verfassungsmässige Rechte (Art. 98 BGG).

<sup>574</sup> Vgl. auch Urteil des EGMR *Keegan gegen Irland* vom 26. Mai 1994, Serie A Bd. 290, § 49 m.w.H.

<sup>575</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Mellacher und andere gegen Österreich* vom 19. Dezember 1989, Serie A Bd. 169, § 45; aus der aktuellen Rechtsprechung *Hudorovič und andere gegen Slowenien* vom 10. März 2020 (Nr. 24816/14, 25140/14), § 141, 144.

<sup>576</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Sørensen and Rasmussen gegen Dänemark* vom 11. Januar 2006 (Nr. 52562/99, 52620/99), abweichende Meinung von Richter Lorenzen, § 4.

<sup>577</sup> Vgl. STAHL, 50 f.; Urteil des EGMR *Hudorovič und andere gegen Slowenien* vom 10. März 2020 (Nr. 24816/14, 25140/14), § 141.

<sup>578</sup> Vgl. hierzu z.B. Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 108 ff.

Illustrativ zum eingeräumten Ermessensspielraum im Arbeitsrecht sind die Fälle *Brincat und andere*<sup>579</sup> sowie *Vilnes und andere*<sup>580</sup>. Beide Fälle behandeln den Schutz des Lebens und der Gesundheit am Arbeitsplatz unter Art. 2 und 8 EMRK. Der Gerichtshof gestand den Staaten einen weiten Ermessensspielraum in der Wahl der zu treffenden Massnahmen zu, um den Schutz der Gesundheit und des Lebens vor Asbest sicherzustellen respektive Schäden wegen Taucherkrankheit effektiv zu vermeiden.<sup>581</sup> Weiter nennenswert ist der Fall *Tek Gida İş Sendikası*<sup>582</sup>, wo der EGMR dem Staat zwar ein grundsätzliches Ermessen einräumte, dieses aber letztlich aufgrund der Schwere der Rechtsgutsverletzung im Ergebnis einschränkte.<sup>583</sup> Somit ist es auch im Einzelfall in arbeitsrechtlichen Belangen im Vorfeld nur schwer vorhersehbar (wenn nicht unmöglich), wie weit genau der EGMR einen staatlichen Ermessensspielraum einräumen wird.

### 3.4 Bestimmung des Ermessensspielraums

In der Lehre zur EMRK bestehen diverse Vorschläge, welche Faktoren sich auf den Umfang des Ermessensspielraums der Mitgliedsstaaten auswirken. Darunter fallen der europäische Konsens, die betroffene Materie, die Wichtigkeit der betroffenen Rechte oder die äusseren oder lokalen Umstände des Einzelfalls.<sup>584</sup> Der EGMR hingegen lässt sich in seinen Urteilen kaum in die Karten blicken, da er lediglich auf «diverse Faktoren» verweist, darunter die Umstände, den Gegen-

<sup>579</sup> Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.).

<sup>580</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10).

<sup>581</sup> Urteile des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 202; *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 101; *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2008 (Nr. 15339/02 et al.), § 134 f.; *Dolopoulos gegen Griechenland* vom 17. November 2015 (Nr. 36656/14), § 46; *Danilenkov und andere gegen die Russische Föderation* vom 30. Juli 2009 (Nr. 67336/01), § 123.

<sup>582</sup> Urteil des EGMR *Tek Gida İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 (Nr. 35009/05).

<sup>583</sup> *Ibid.*, § 34, 55 f.; der EGMR folgt dabei einer Gesamtbetrachtung, vgl. Urteil des EGMR *Danilenkov und andere gegen die Russische Föderation* vom 30. Juli 2009 (Nr. 67336/01), § 130 ff.

<sup>584</sup> BREMS, 256; REID, 72 f.; SMITH, 130 ff.; SYCHENKO, 33 ff.

stand sowie die Hintergründe des Falls.<sup>585</sup> Lehre und Rechtsprechung haben unter diesen Aspekten jeweils relevante Faktoren hervorgebracht, die nachstehend kurz zu erläutern sind.

**a) Umstände und Gegenstand des Falls**

- 200 Zur Bestimmung des Ermessensspielraums verwies der EGMR unter der Berücksichtigung der Umstände des Falls in diversen Urteilen zunächst auf die **Verletzlichkeit der betroffenen Personen** wie z.B. Menschen mit geistiger Behinderung oder Minderjährige.<sup>586</sup> Dies kann generell auch als **Sicherheitsempfindlichkeit** des betroffenen Rechts bezeichnet werden.<sup>587</sup> Die Rechtsprechung fasst darunter insbesondere im Rahmen des Diskriminierungsschutzes auch den Schutz historisch oder aktuell gesellschaftlich teils ausgegrenzter Personengruppen wie ethnische Minderheiten,<sup>588</sup> HIV-Positive<sup>589</sup>, LGBTQIA+ oder auch Menschen mit Behinderung.<sup>590</sup> Anders ausgedrückt anerkennt der EGMR die sich nach wie vor auswirkende gesellschaftliche Ausgrenzung und Stigmatisierung als Rechtfertigung für ein grösseres Schutzbedürfnis und belässt damit den Vertragsstaaten bei der Sicherstellung der EMRK-Rechte weniger weitgehende Freiheiten hinsichtlich der zu treffenden Massnahmen. Hingegen ist umgekehrt ein vermindertes Schutzbedürfnis – etwa aufgrund zumutbarer Selbsthilfe oder Selbstverschulden – ebenfalls zu berücksichtigen.<sup>591</sup>
- 201 Auch massgeblich für die Einräumung des Ermessens ist der Gegenstand des Falls, worunter der EGMR insbesondere die **Bedeutung des in Frage stehenden Rechts** berücksichtigt. Dies ist insbesondere dann einschlägig, wenn fundamen-

---

<sup>585</sup> Urteil des EGMR *Hudorovič und andere gegen Slowenien* vom 10. März 2020 (Nr. 24816/14, 25140/14), § 116.

<sup>586</sup> Weiterführend PERONI/TIMMER, 1058 ff.

<sup>587</sup> STAHL, 284.

<sup>588</sup> Vgl. z.B. zuletzt Urteil des EGMR *Paketova und andere gegen Republik Bulgarien* vom 4. Oktober 2022 (Nr. 17808/19, 36972/19), § 161 betreffend Stigmatisierung von Roma.

<sup>589</sup> Vgl. insbesondere zur Diskriminierung am Arbeitsplatz Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10), § 8 ff.

<sup>590</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Kiyutin gegen die Russische Föderation* vom 10. März 2011 (Nr. 2700/10), § 48; *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff. Vgl. STAHL, 289 m.H.a. die deutsche Lehre.

<sup>591</sup> Vgl. MAYER, 58; STAHL, 288. Zum Ganzen vgl. ZIMMERMANN, Rz. 128 ff.

tale Werte der Konvention betroffen sind.<sup>592</sup> Zur Bestimmung, ob dies der Fall ist, kann aus Kongruenzgründen Bezug auf die bereits abwehrrechtlich anerkannten Schranken in Lehre und Rechtsprechung genommen werden.<sup>593</sup> Schliesslich relevant ist auch der drohende oder der bereits eingetretene Schaden.<sup>594</sup>

Anders als bei den Abwehrrechten<sup>595</sup> besteht hinsichtlich der schrankenlosen Rechte der EMRK (insb. Art. 2, 3, 4 und 7 EMRK) wegen der Vielzahl von Erfüllungsmöglichkeiten ein Ermessensspielraum.<sup>596</sup> Das eingeräumte Ermessen bezieht sich dann aber lediglich auf die Art der gewählten Massnahme, nicht auf die Notwendigkeit der Ergreifung einer Massnahme an sich. Jedoch kann auch dieses Ermessen wegen ausserordentlicher Umstände eingeschränkt werden.<sup>597</sup> 202

Weiter von Relevanz ist, welcher **Bereich des fraglichen Rechts** betroffen ist. Je stärker der Kern eines Rechts verletzt ist, desto enger ist der Ermessensspielraum zu ziehen.<sup>598</sup> Sind nur sekundäre oder nebensächliche Aspekte eines Konventionsrechts betroffen, geniessen die Staaten in ihrer Abwägung einen weiteren Ermessensspielraum.<sup>599</sup> 203

Wichtiger Bezugspunkt ist ebenfalls die **Schwere des Eingriffs** bzw. der Rechtsverletzung im Einzelfall. Richtigerweise bemisst sich deren Beurteilung grundsätzlich nicht am subjektiven Empfinden des Opfers, sondern gesellschaftlich objektiviert mithilfe des Modells der vernünftigen Drittperson.<sup>600</sup> Dabei ist eine allfällige spezielle Schutzbedürftigkeit zu berücksichtigen.<sup>601</sup> Dies hat ins- 204

<sup>592</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Soering gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Juli 1989, Serie A Bd. 161, § 88; BREMS, 289 f.

<sup>593</sup> CLAPHAM, 184 f.; JAECKEL, 173; KNEIHS, 37 ff.; Urteil des EGMR *Powell und Rayner gegen das Vereinigte Königreich* vom 21. Februar 1990, Serie A Bd. 172, § 41; vgl. VILLIGER, Rz. 531 ff.

<sup>594</sup> STAHL, 290.

<sup>595</sup> Vgl. ALLEWELDT, 372 m.w.H.; SZCZEKALLA, 890. Beide anerkennen in diesem Sinne das Bestehen gewisser unantastbarer Aspekte, wo kein staatlicher Ermessensspielraum mehr besteht.

<sup>596</sup> STREUER, 261.

<sup>597</sup> Vgl. hierzu das (nicht unumstrittene) Konzept des Ermessens «auf null» Rz. 190.

<sup>598</sup> Vgl. WIESBROCK, 172 m.H.a. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 24, 27.

<sup>599</sup> So z.B. bezüglich des Rechts auf Solidaritätsstreiks in Urteil des EGMR *RMT gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. April 2014 (Nr. 31045/10), § 82.

<sup>600</sup> STAHL, 287.

<sup>601</sup> Vgl. auch oben Rz. 156 ff.

besondere dann zu gelten, wenn Eingriffe in eigentliche nebensächliche Aspekte aufgrund der Umstände für das Opfer empfindliche Folgen haben.<sup>602</sup>

- 205 Auch Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht sind bei der Frage des staatlichen Handlungsspielraums zu berücksichtigen.<sup>603</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn nur ungeschlüssige wissenschaftliche Erkenntnisse zu einer Gefahr oder einem Risiko vorliegen. In diesen Fällen ist auf den Grad an Festigung der fraglichen Erkenntnisse abzustellen, wobei den Staaten beim notwendigen Grad an Sicherheit ein Beurteilungsermessen zukommt.<sup>604</sup>
- 206 In der Rechtsprechung nicht oft behandelt, aber dennoch relevant, ist das **Verhalten des Opfers** im Hinblick auf eine Rechtsverletzung. So kann ein relevantes Mitverschulden durchaus auch den staatlichen Ermessensspielraum vergrößern. Darunter fallen insbesondere das vorgängige rechtswidrige Verhalten des Opfers<sup>605</sup> sowie die fehlende Verhinderung einer Gefährdung oder Verletzung trotz Möglichkeit oder grobes Selbstverschulden.<sup>606</sup>
- 207 Die vorstehenden Punkte (insb. die Schutzbedürftigkeit einer Person) stellen mithin die Rechtfertigung für Eingriffe in das Ermessen des Staates auf soziale und ökonomische Machtgefüge im Einzelfall ab. So führen faktische Über- und Unterordnungsverhältnisse insbesondere im Arbeitsrecht oder im Wettbewerbsrecht eher zur Annahme einer Schutzpflicht, wie wenn sich Individuen auf gleicher Stufe begegnen.<sup>607</sup> Ähnlich einzuordnen ist auch die Sicherheitsempfindlichkeit eines Rechtsguts bzw. einer Person für eine Beurteilung.<sup>608</sup> Diese ergibt sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung der beurteilenden Personen sowie den aktuellen moralischen europäischen Ansichten.<sup>609</sup> Ebenfalls zu berücksichtigen ist dabei die zeitliche Einordnung einer Beeinträchtigung in ihrem ergangenen gesellschaftlichen

---

<sup>602</sup> STAHL, 287.

<sup>603</sup> Dies kann der Fall sein, wenn eine (natur-)wissenschaftliche Frage umstritten ist. Vgl. unten Rz. 394 ff.

<sup>604</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Sheffield und Horsham gegen das Vereinigte Königreich* vom 30. Juli 1998 (Nr. 22985/93, 23390/94), § 54, ff.

<sup>605</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Ghoumid und andere gegen Frankreich* vom 25. Juni 2020 (Nr. 52273/16 et al.), § 30 ff.

<sup>606</sup> WIESBROCK, 174 f., sog. Grundsatz *volenti non fit iniuria*.

<sup>607</sup> Vgl. SCHUBERT in: EurArbKom, N 21 zu Art. 1 EMRK; vgl. STREUER, 295 f.

<sup>608</sup> STAHL, 286.

<sup>609</sup> Zur Kritik: *ibid.*, 284 ff. Diese Ansichten leitet der EGMR regelmässig unter rechtsvergleichenden Aspekten oder Bestrebungen auf internationaler Ebene ab, so z.B. der Schutz von Frauen oder HIV-infizierten Personen (vgl. unten Rz. 474 ff.).

Kontext.<sup>610</sup> So anerkennt der EGMR gerade bei gewissen Schutzgegenständen unter Art. 8 Abs. 1 EMRK einen generell weniger weiten Ermessensspielraum.<sup>611</sup>

Einen Spezialfall stellen schliesslich spezielle Arbeitsverhältnisse dar. Diese können es rechtfertigen, dass den Staaten ein grösserer Ermessensspielraum in Personalfragen zugestanden wird (*special context*).<sup>612</sup> Zu denken ist dabei an Funktionär\*Innen der nationalen Sicherheit oder Arbeitnehmende in stark ideell geprägten Betrieben wie z.B. der Kirche.<sup>613</sup> 208

## b) Europäischer Konsens

Für den EGMR relevant zur Bestimmung des Umfangs des Ermessensspielraums ist die Frage, ob ein europäischer Konsens hinsichtlich der zu regelnden Materie besteht.<sup>614</sup> Dieses Kriterium ist doppelt relevant: So wird der gemeinsame europäische Konsens einerseits bei der evolutiven und dynamischen Auslegung der EMRK zur Bestimmung des Schutzbereichs der Konventionsrechte herangezogen. Andererseits betrifft er in einem zweiten Schritt ebenfalls die Frage des Ermessensspielraums im Rahmen der Beurteilung im Einzelfall.<sup>615</sup> Die Konvention steht in diesem Rahmen in einem Spannungsverhältnis zwischen Angleichung und Vereinheitlichung des Schutzes der Menschenrechte in Europa und der Berücksichtigung und Bewahrung der Unterschiede demokratischer und pluralistischer Gesellschaften.<sup>616</sup> 209

Zur Eruierung des europäischen Konsenses bedient sich der EGMR insbesondere bei Schutzpflichten rechtsvergleichender Elemente, um sich hinsichtlich einer all- 210

<sup>610</sup> Vgl. bezüglich vorübergehender Beschwerden (Staubemissionen) Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Khatun und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 1. Juli 1998 (Nr. 38387/97).

<sup>611</sup> Vgl. die Einschränkung bei der Entlassung eines Militärs Urteil des EGMR *Lustig-Prean und Beckett gegen das Vereinigte Königreich* vom 27. September 1999 (Nr. 31417/96, 32377/96), § 85; hinsichtlich des weiten Ermessens bzgl. Vaterschaftsurlaub im Militär Urteil des EGMR *Konstantin Markin gegen die Russische Föderation* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06), § 134. Vgl. zum Ganzen auch ARAI-TAKAHASHI, 206 ff.

<sup>612</sup> Vgl. unten Rz. 632 ff.

<sup>613</sup> Vgl. zum Letzteren unten Rz. 632 ff.

<sup>614</sup> Vgl. exemplarisch Urteil des EGMR *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 37; WIESBROCK, 17 f.; umfassend SZCZEKALLA, 876 mit Bezügen zur Rechtsprechung des EGMR und des EuGH.

<sup>615</sup> Vgl. FRANZEN/GALLNER/OETKER, N 20; FOLLESDAL, 199 ff.

<sup>616</sup> Vgl. oben Rz. 16 ff.

fällig gemeinsamen Vorstellung zu orientieren.<sup>617</sup> Illustrativ in dieser Hinsicht ist der Fall *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich*, wo der EGMR festhielt:

*«Again, the scope of the domestic power of appreciation is not identical as regards each of the aims listed in Article 10 (2) (art. 10-2). [...] The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. [...] Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation.»*<sup>618</sup>

- 211 Wie zur Auslegung der EMRK zieht der EGMR neben nationalen Rechtsquellen auch anderes internationales Recht in Betracht.<sup>619</sup> Die Bestimmung eines europäischen Konsenses ist jedoch eine schwierige Aufgabe und nicht immer vollständig klar. Je klarer jedoch ein europäischer Standard hervortritt und je fundamentaler der betroffene Schutzbereich erscheint, umso kleiner ist der staatliche Ermessensspielraum.<sup>620</sup> Folglich spielt die Intensität des gemeinsamen Menschenrechtsschutzgedankens in Europa eine entscheidende Rolle, ob zunächst der Schutzbereich der EMRK diesen Lebensbereich überhaupt erfasst und eine Schutzpflicht besteht, und anschliessend, inwieweit die Mitgliedsstaaten im fraglichen Einzelfall noch über eine Regelungsfreiheit verfügen.
- 212 Die Konsensmethode des EGMR hat darüber hinaus eine gewisse legitimierende Wirkung.<sup>621</sup> Der EGMR geht dabei aber nicht einheitlich vor und ist mit seinen Schlüssen aus seinen Verweisen auf weitere Rechtsquellen nicht immer transparent. So begnügt er sich teilweise lediglich mit der Auflistung gewisser Rechtsquellen ohne Bezugnahme in der Begründung,<sup>622</sup> während er in anderen Fällen umfangreich auf nationale sowie internationale Rechtsquellen verweist und ex-

---

<sup>617</sup> So schon in Urteil des EGMR *Marecx gegen Belgien* vom 13. Juni 1979, Serie A Bd. 28, § 31.

<sup>618</sup> Urteil des EGMR *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich* vom 26. April 1979, Serie A Bd. 30, § 59 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>619</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 68 m.w.H.

<sup>620</sup> Vgl. oben Rz. 35 ff.

<sup>621</sup> Vgl. BATES, Consensus, 51; FOLLESDAL, 200 f.

<sup>622</sup> Vgl. z.B. die Bezugnahme auf UNO-Pakt II, ohne im eigentlichen Entscheid darauf einzugehen: Urteil des EGMR *Hirst gegen das Vereinigte Königreich (Nr. 2)* vom 6. Oktober 2005 (Nr. 74025/01), § 26 ff.; krit. BREMS, 284 ff.

plizit Bezug auf diese nimmt.<sup>623</sup> Dabei zieht der EGMR insbesondere auch die Rechtsprechung des EuGH als Referenzpunkt hinzu.<sup>624</sup> Insoweit bestehen hinsichtlich der Intensität, Breite und Sorgfalt innerhalb der Rechtsvergleichung zur Bestimmung eines europäischen Konsenses enorme Unterschiede zwischen den Urteilen des EGMR. Die Einführung fixer Grenzen zur Bestimmung eines Konsenses wie z.B. starre Zustimmungsquoten würden hingegen ihr Ziel verfehlen.<sup>625</sup> Fehlt ein europäischer Konsens oder wird festgestellt, dass sich eine Rechtsfrage in einem Übergangsstadium befindet, neigt der EGMR jedenfalls zur Einräumung eines weiten Ermessensspielraums.<sup>626</sup>

Im Ergebnis trägt aber auch die Konsensmethode nur beschränkt zu Schaffung 213 klarer Konturen zur Bestimmung des Ermessensspielraums bei. So ist weitgehend unklar, in welcher Zahl und mit welcher Intensität der europäische Konsens getragen werden muss.<sup>627</sup> Im Urteil *Sheffield* erkannte der EGMR z.B. keinen genügenden Konsens bei Zustimmung von 33 von 37 untersuchten Rechtsordnungen,<sup>628</sup> während im Urteil *A, B und C* kein Konsens festgestellt wurde, obschon dieser von 43 von 47 Staaten getragen wurde.<sup>629</sup> Daher ist der Ermessensbegriff auch ein teilweise politisches Instrument, welches die Gefahr beherbergt, dass der Ge-

<sup>623</sup> Urteile des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 37 ff.; *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 37 ff., 78.

<sup>624</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Konstantin Markin gegen die Russische Föderation* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06), § 67 ff. m.H.a. Urteil des EuGH vom 30. September 2010, Rs. C-104/09, *Roca Álvarez*.

<sup>625</sup> Gl. M. STREUER, 363.

<sup>626</sup> Zumindest gegen die Notwendigkeit absoluter Uniformität SZCZEKALLA, 879; m.H.a. Urteil des EGMR *Sheffield und Horsham gegen das Vereinigte Königreich* vom 30. Juli 1998 (Nr. 22985/93, 23390/94), abweichende Meinung von Richter van Dijk, § 6 sowie die gemeinsame abweichende Meinung der Richter\*Innen Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk und Voicu: «*We do not believe that the Court need wait until every Contracting Party has amended its law in this direction before deciding that Article 8 gives rise to a positive obligation to introduce reform.*» Vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 37.

<sup>627</sup> Vgl. FOLLESDAL, 196; STREUER, 363.

<sup>628</sup> Urteil des EGMR *Sheffield und Horsham gegen das Vereinigte Königreich* vom 30. Juli 1998 (Nr. 22985/93, 23390/94), § 35.

<sup>629</sup> Urteil des EGMR *A, B und C gegen Irland* vom 16. Dezember 2010 (Nr. 25579/05), § 194.



richtshof in Rosinenpickerei verfällt, anstatt eine konsequente Rechtsprechung zu verfolgen.

### 3.5 Rechtsfolgen eines engen Ermessensspielraums

- 214 Ist der Ermessensspielraum aufgrund der vorgenannten Faktoren eingeschränkt, so müssen Staaten je nach Beschränkung des Ermessens gewichtigere Gründe (*weighty reasons*) vorbringen, um ihr Handeln oder Unterlassen zu rechtfertigen.<sup>630</sup> In anderen Fällen beschränkt sich der EGMR bei einem eingeschränkten Ermessensspielraum hingegen auf eine Prüfung, ob ein fairer Ausgleich (*fair balance*) zwischen Privatinteressen und öffentlichen Interessen gefunden wurde, wobei er mal mehr und mal weniger stark in diese Beurteilung eingreift.
- 215 Eine abstrakte Umschreibung des Ermessens (und damit der Prüfungsdichte) ist im Lichte der uneinheitlichen Lehre und Rechtsprechung sowie der im jeweiligen Einzelfall unerdenklichen Vielfalt der möglicherweise betroffenen Interessen nur schwer möglich.<sup>631</sup> KRIEGER schlägt hier zutreffend eine Brücke zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses kennt grundsätzlich drei Stufen der Prüfungs- (i) eine Offenkundigkeitsprüfung, also ob der Staat überhaupt oder offensichtlich unzulänglich aktiv wurde, (ii) eine Prüfung, ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden und der Beurteilungsspielraum vertretbar genutzt wurde, sowie (iii) eine vollständige Prüfung, bei welcher das Gericht sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen des nationalen Gerichts setzt.<sup>632</sup> Diese Klassifikation vermag etwas Licht ins Dunkel zu bringen, betrifft jedoch lediglich die Rechtsfolgenseite. Das eigentliche Problem liegt nach wie vor darin, zu bestimmen, welcher Umfang der Rechtskontrolle im Einzelfall zur Anwendung gelangen soll, was u.U. allgemeinen Rechtsstaatlichkeits- und Gleichbehandlungsprinzipien widersprechen kann. Daher haftet der Verwendung des Ermessensbegriffs durch den EGMR etwas Kafkaeskes an, weshalb ihn andere Autoren zutreffend auch als *black box* oder *blosse Floskel* bezeichnen.<sup>633</sup>

---

<sup>630</sup> Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10), § 79.

<sup>631</sup> GERARDS, 105, spricht diesbezüglich zutreffend von einem *sliding scale model of intensity of review*. Vgl. auch ARAI-TAKAHASHI, 204; KRATOCHVÍL, 350 f.

<sup>632</sup> KRIEGER in: EMRK/GG-Komm., § 6 N 71; ähnlich auch SZCZEKALLA, 888, der Abstufungen von Evidenz- und Willkürkontrolle erkennt.

<sup>633</sup> BRAUCH, 133; vgl. LAVRYSEN, 228; vgl. BERSSET BIRCHER, 59 f., die dem Begriff eine hauptsächlich politische Rolle zuweist.

#### 4. Mass gebotener Sorgfalt (staatliche *due diligence*)

Damit ein Staat seine Schutzpflicht genügend beachtet, muss er seinen Pflichten mit der im Verkehr üblichen Sorgfalt nachkommen.<sup>634</sup> Diese Sorgfalt betrifft im Prinzip das gesamte Staatshandeln und erstreckt sich somit bereits auf die Art der ergriffenen Massnahme und die der Massnahme vor- und nachgelagerten Verfahrensstadien (z.B. Untersuchung, Einschätzung und Abklärung der Wirksamkeit).<sup>635</sup> Die inhaltlichen Anforderungen dieses Massstabs sind indessen anhand der Rechtsprechung nur schwer bestimmbar.<sup>636</sup> In jedem Fall muss bei dringlicher Einschätzung einer Lage ein Spielraum für Einschätzungen bestehen, die sich später als falsch herausstellen.<sup>637</sup> So hängt der Sorgfaltsmassstab mitunter von zeitlichen und örtlichen Kriterien sowie von der Natur, Vorhersehbarkeit der Gefahr, den zur Verfügung stehenden Mitteln und dem Ausmass eines Schadens ab.<sup>638</sup> Letztlich muss sich m.E. das Kriterium am (immerwährend wandelnden) richterlichen Bild eines vernünftigen und funktionierenden Staats orientieren. Ein Ausdruck davon ist z.B. auch das Konzept des «Kennenmüssens» im Rahmen der staatlichen Wissenszurechnung von Gefahren, welches im Ergebnis auch unbewusstes bzw. fahrlässiges Staatsversagen erfasst und daher eine objektivierte Erwartung an staatliche Organisation und Prozesse stellt.<sup>639</sup> 216

Zur Diskussion, welche Umsetzungsmassnahmen überhaupt nötig sind, können auch der Effektivitätsgrundsatz sowie die Doktrin der abschreckenden Sanktionen 217

<sup>634</sup> Vgl. MURSWIEK, 235; STREUER, 273; WARBRICK, 102; WIESBROCK, 167 ff.

<sup>635</sup> Vgl. STREUER, 273.

<sup>636</sup> So z.B. Kommissionsbericht der EKMR *Yasa gegen die Türkei* vom 8. April 1997, Reports Nr. 99, 1998-VI, § 106 (*actual facts and events*). In Betracht kommen die Vernünftigkeit und die Angemessenheit der Massnahme (Urteil des EGMR *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C, § 51), deren Effektivität (Urteil des EGMR *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 26, 32), deren Erforderlichkeit (Urteil des EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 34) oder deren objektive Vorhersehbarkeit (Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 200). Jedoch vermögen sie nur schwach zu umreissen, woran sich die staatliche Sorgfalt genau bemisst. Vgl. auch aus der Perspektive der Unternehmensverantwortung: BUENO/BRIGHT, 793 ff.

<sup>637</sup> Vgl. hierzu z.B. Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 200.

<sup>638</sup> Vgl. ähnlich LAVRYSEN, 75 ff. Vgl. zur ähnlichen Frage zum Sorgfaltsmassstab in Fällen zwischenstaatlicher Verantwortlichkeit, EPINEY, 248.

<sup>639</sup> Vgl. oben Rz. 163 ff.

des EuGH herangezogen werden. So haben gemäss Rechtsprechung des EuGH die EU-Staaten ein Ermessen bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, wobei dieses Ermessen insbesondere zur Erhaltung der Wirksamkeit dieser Normen an gewisse Grenzen gebunden ist.<sup>640</sup> Daher darf z.B. das innerstaatliche Recht die Durchsetzung der Rechte nicht praktisch verunmöglichen oder übermässig schwierig ausgestalten.<sup>641</sup> Darüber hinaus muss ein hinreichend effektives System bestehen, welches ggf. genügend abschreckende Massnahmen vorsieht, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Normen sicherzustellen.<sup>642</sup>

- 218 Ob eine Massnahme wirksam umgesetzt ist, entscheidet der EuGH anhand des Einzelfalls.<sup>643</sup> Eine solche Betrachtung drängt sich insoweit auf, als die getroffenen Massnahmen und nationalen Rechtssysteme eine pauschale Vereinfachung von Kriterien erschweren. In diesem Kontext wird von den EU-Mitgliedsstaaten auch nicht erwartet, dass sie systemfremde Konzepte einführen, sofern unter ihren bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen eine wirksame Umsetzung vorgesehen ist.<sup>644</sup> So erkannte der EuGH im Bereich des Zivilrechts im Leitentcheid *von Colson*<sup>645</sup>, dass der blosser Ersatz der Fahrtkosten bei Anstellungsdiskriminierung die Anforderungen an die abschreckende Wirkung einer Sanktion nicht erfüllt.<sup>646</sup> In einem anderen Fall anerkannte der EuGH explizit auch die Notwendigkeit der Einführung und der effektiven Durchsetzung von disziplinar- und strafrechtlichen Sanktionen.<sup>647</sup> Indessen lässt auch die Rechtsprechung des EuGH m.E. keine stärker konkretisierenden Schlüsse bezüglich eines abstrakten Inhalts der abschreckenden Sanktionen zu. Viel eher hängt auch diese abermals vom Balanceakt zwischen Supranationalität und Souveränität im Lichte des staatlichen Ermessens sowie der konkreten Zweck-Mittel-Relation im Einzelfall ab.<sup>648</sup>

---

<sup>640</sup> Urteil des EuGH vom 5. Dezember 2017, Rs. C 42/17, *M.A.S.*, betreffend MWST.

<sup>641</sup> Urteil des EuGH vom 9. November 1983, Rs. 199/82, *San Giorgio*, betreffend Beweisvorschriften.

<sup>642</sup> Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018, Rs. C-331/17, *Sciotto*, § 64 m.w.H.

<sup>643</sup> Vgl. z.B. betreffend Schutzmassnahmen gegen den Missbrauch befristeter Arbeitsverträge: Urteil des EuGH vom 3. Juni 2021, Rs. C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, § 70 ff.

<sup>644</sup> Vgl. zum Ganzen SATZGER, 333 ff.

<sup>645</sup> Urteil des EuGH vom 10. April 1984, Rs. 14/83, *von Colson*.

<sup>646</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>647</sup> Urteil des EuGH vom 21. September 1989, Rs. 68/88, *griechischer Mais*.

<sup>648</sup> Vgl. zum Ermessen oben Rz. 185 ff. Im Ergebnis gleich LAVRYSEN, 154 f.

## 5. Erfüllungsarten

Es wurde gezeigt, dass sich der Umfang, die Einordnung und das Massnahmen-  
spektrum zur Erfüllung positiver Schutzpflichten anhand diverser Faktoren im  
Einzelfall bestimmen.<sup>649</sup> Die Fülle an Möglichkeiten hinsichtlich z.B. der Beein-  
trächtigungsform, von deren Intensität und des Schutzbedarfs des Opfers kann  
eine Fülle verschiedener Massnahmen auslösen. Dies kann z.B. in der Bereit-  
stellung von Information, der Durchführung von Kontrollen sowie dem Vorsehen  
zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche bis hin zur Bestrafung der verantwort-  
lichen Person liegen.<sup>650</sup>

Die Erfüllung der Schutzpflichten kann in die formelle Erfüllung und die materiel-  
le Erfüllung unterteilt werden. Diese sind nicht gesondert zu betrachten, sondern  
ergänzen sich gegenseitig. So wird der Erlass eines schützenden Gesetzes (form-  
ell) lediglich auch in Kombination mit der Möglichkeit der effektiven Wahr-  
nehmung bzw. von dessen Durchsetzung (materiell) dem Effektivitätsgedanken  
der EMRK gerecht.

Formelle Erfüllung kommt primär dort in Betracht, wo sich eine Schutzpflicht  
zunächst auf die Änderung der Rechtslage oder der formellen Durchführung  
eines Verfahrens oder einer Untersuchung bezieht. Für Pflichten zur Änderung  
bzw. Nachbesserung der Rechtslage finden sich in der Rechtsprechung des EGMR  
einige Beispiele zu legislativen Schutzpflichten, die sich auf diverse Regelungsbereiche erstrecken.<sup>651</sup> In diesen Urteilen legt der EGMR aus Gründen der Subsidiarität nicht wortwörtlich fest, wie nationale Gesetze aussehen sollten. Hingegen nennt er aber Grundsätze, nach welchen sich die Gesetzesänderung zu richten hat. Dies betrifft beispielsweise öffentlich-rechtliche Bestimmungen zum Schutz vor Gefahren am Arbeitsplatz<sup>652</sup>, die Gestaltung des (zivilrechtlichen) Datenschutzes<sup>653</sup>

<sup>649</sup> Vgl. hierzu die Kriterien in Rz. 89 ff.

<sup>650</sup> Vgl. hingegen einschränkender hinsichtlich der Möglichkeiten WIESBROCK, 157; offener STREUER, 282.

<sup>651</sup> Im Strafrecht z.B. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 21 ff. In anderen Bereichen ist der EGMR indessen relativ offen, wie ein Ziel erreicht wird: vgl. Urteile des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08); *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 233 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 264.

<sup>652</sup> Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 112 ff.

<sup>653</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 121.

oder die Einführung weitergehender Sanktionen zum Schutz vor missbräuchlicher (bzw. menschenrechtswidriger) Kündigung.<sup>654</sup>

- 222 Ob und welche Massnahmen in formeller Hinsicht getroffen werden müssen, hängt schliesslich von der Ursache der Schutzpflichtverletzung, dem Ziel der Schutzpflicht und den Gegebenheiten der betroffenen Rechtsordnung ab. Dabei spielt folglich auch der eingeräumte Ermessensspielraum eine wichtige Rolle in der Wahl der Mittel zur Erfüllung.<sup>655</sup> So kann es in gewissen Fällen auch ausreichen, dass Staaten trotz formell wohl unzureichender Gesetzeslage durch flankierendes Handeln das materiell erstrebte Ziel der Schutzpflicht erfüllen.<sup>656</sup> Die Anforderungen an die Massnahme im Einzelnen können auch in zeitlicher Hinsicht variieren. Je grösser die Gefahr im Verzug, umso unmittelbarere und wirksamere Massnahmen sind anzusetzen.<sup>657</sup> Letztlich wird zur Erreichung effektiven Schutzes regelmässig eine Kombination zwischen formeller und faktischer Erfüllung notwendig sein.<sup>658</sup>
- 223 Aus Perspektive des Effektivitätsgrundsatzes muss auch der prozessuale Schutz derart ausgestaltet sein, dass das materielle Recht zur Geltung kommt. Dabei ist insbesondere auch an Art. 6 EMRK, die (ungeschriebenen) prozessualen Handlungspflichten sowie Art. 13 EMRK zu denken.<sup>659</sup> Diese können sich – neben grundsätzlicher Erfüllung der Rechtsweggarantie – darin äussern, dass z.B. entsprechende Untersuchungen hinsichtlich strafrechtlichen Verhaltens oder Kont-

---

<sup>654</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Tek Gıda İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 (Nr. 35009/05), § 56.

<sup>655</sup> LAVRYSEN, 206 ff.

<sup>656</sup> Vgl. auch KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 264. Es sind dabei jedoch die Gegebenheiten der nationalen Rechtsordnung zur Erreichung des eigentlichen Ziels zu berücksichtigen, da keine abstrakte Rechtsfrage vor dem EGMR gerügt werden kann. Beispiel hierfür ist die im Urteil *Kroon und andere* festgehaltene Pflicht zur Einführung einer Aktivlegitimation für die Kindsmutter zur Anfechtung der gesetzlich vermuteten Vaterschaft des Ehemanns (Urteil des EGMR *Kroon und andere gegen die Niederlande*, Serie A Bd. 297-C, § 32). Eine ähnliche Situation besteht nach wie vor in der Schweiz (Art. 256 Abs. 1 ZGB). Sie wird jedoch dadurch entschärft, dass in der Praxis die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Regelfall für das Kind klagen wird und so das materielle Ergebnis in aller Regel trotzdem erfüllt wird.

<sup>657</sup> Dies erfordert mithin auch eine entsprechende Ausgestaltung des behördlichen Entscheidungswegs, damit diese Massnahmen rechtzeitig erfolgen können.

<sup>658</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 299. Dies ergibt sich bei Schutzpflichten bereits über den Eingriff in das Rechtsgut der Störenden bei Vornahme der Schutzhandlung.

<sup>659</sup> Vgl. zum Begriff unten Rz. 123 ff.

rollen bezüglich Lebens- bzw. Gesundheitsgefahren durch den Staat durchgeführt werden müssen.<sup>660</sup>

## 6. Verhältnismässigkeit einer Massnahme

### 6.1 Grundsätze der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ein Grundprinzip der EMRK.<sup>661</sup> So ist 224 jeder Eingriff in die Konventionsrechte nach Massgabe der Schrankenbestimmungen (Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK) zu rechtfertigen. Auch wenn diese lediglich von der «Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft» sprechen, umfassen sie ähnlich wie im Schweizer Recht<sup>662</sup> die Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S. Der EGMR anerkennt diese Prinzipien, selbst wenn er diese Punkte nicht immer klar erwähnt oder voneinander trennt.<sup>663</sup> Diese Kriterien finden in gewissem Umfang ebenfalls bei der Prüfung von Schutzpflichten Anwendung.<sup>664</sup> Der EGMR verweist diesbezüglich regelmässig auf die Prüfung, ob ein fairer Interessenausgleich stattgefunden hat (*fair balance, juste équilibre*).<sup>665</sup>

Auch wenn nicht explizit aus der Methodik des EGMR ersichtlich, weist seine 225 Interessenabwägung zwei Dimensionen auf. So befasst sie sich einerseits mit der Frage, ob überhaupt eine staatliche Pflicht besteht, und andererseits, ob diese

<sup>660</sup> Vgl. STREUER, 280; Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 97 f.; *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 112 ff.

<sup>661</sup> Statt vieler GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 14 ff.

<sup>662</sup> Vgl. z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 302 ff.

<sup>663</sup> VILLIGER, Rz. 640 f.; vgl. DRÖGE, 352 f.; LUTERÁN, 21; Urteil des EGMR *Leyla Şahin gegen die Türkei* vom 10. November 2005 (Nr. 44774/98), abweichende Meinung von RichterIn Tulkens § 2. Sie spricht darin von einer dreistufigen Prüfung (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Interessenabwägung). Vgl. weiter ALEXU, 420 ff.; STREUER, 264.

<sup>664</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 22; vgl. Urteile des EGMR *Sporrong und Lönnroth gegen Schweden* vom 23. September 1982, Serie A Bd. 52, § 69; *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien* vom 12. Oktober 2006 (Nr. 13178/03), § 80.

<sup>665</sup> Vgl. hierzu SUDRE, Obligations, 378 ff.; DRÖGE, 353, sowie exemplarisch aus der neueren Rechtsprechung Urteil des EGMR *Jivan v. Rumänien* vom 8. Februar 2022 (Nr. 62250/19), § 40. Vgl. zu den unterschiedlichen Prüfgegenständen STREUER, 263 f.; PÉTERMANN, 160 (für die Prüfung einer allfälligen Einschränkung). Vgl. hingegen STAHL, 310; BACHER, Rz. 229 ff., zur Bestimmung der Schutzpflicht und Prüfung der Erfüllung.

Pflicht im Lichte der konkreten Umstände beschränkt werden kann.<sup>666</sup> Die Abbildung dieser Dualität bzw. «Zweigliedrigkeit» der Interessenabwägung würde im Lichte der teils unklaren Schutzvoraussetzungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit führen,<sup>667</sup> indessen auch zu heiklen Abgrenzungsfragen zwischen Fallbezogenheit und abstraktem Schutzanspruch. Mangels Relevanz für die vorliegende Abhandlung ist dieses Problem an dieser Stelle jedoch nicht weitergehend zu erläutern.

## 6.2 Anwendung der Schrankenbestimmungen auf positive Schutzpflichten?

- 226 Wie oben bereits erwähnt lässt der EGMR in seiner Rechtsprechung erkennen, dass die Schrankenbestimmungen nach Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK auch bei Handlungspflichten eine gewisse Rolle spielen können:

*«Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte [...] le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. [...] Dans la recherche d'un tel équilibre, les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle, encore que cette disposition parle uniquement des «ingérences» dans l'exercice du droit protégé par le premier alinéa et vise donc les obligations négatives en découlant.»<sup>668</sup>*

- 227 Es ist jedoch offen, ob dies nun bedeutet, dass die Schrankenbestimmungen im Grundsatz anzuwenden sind oder ob sie lediglich ihrem Sinne nach anzuwenden sind. Würde man die Schrankenbestimmungen anwenden, müsste z.B. auch definiert werden, was einen Eingriff durch Unterlassung im Sinne der Schranken-

---

<sup>666</sup> Vgl. CHRISTOFFERSEN, 106.

<sup>667</sup> Vgl. unten Rz. 241. Der Mehrwert ist jedoch zu relativieren, da z.B. bestehende Konzepte wie die Anforderungen an die Schwere eines Eingriffs in eine ähnliche Richtung gehen.

<sup>668</sup> Urteil des EGMR *Rees gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 1986, Serie A Bd. 106, § 37 (Hervorhebung durch den Autor).

bestimmungen ausmacht<sup>669</sup> und wie in solchen Fällen mit dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage umzugehen ist<sup>670</sup>. Die Frage ist in der Literatur umstritten.<sup>671</sup>

Auch wenn Schutzpflichten ihren Ursprung in der abwehrrechtlichen Dimension der Konventionsrechte finden, erscheint m.E. ein zu strenges Festhalten am Konventionstext auch mit Blick auf die derzeitige Praxis des EGMR nicht in allen Fällen zielführend.<sup>672</sup> Jedoch sollte zumindest nach Möglichkeit in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen auf eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage für eine Einschränkung zurückgegriffen werden. Besteht keine solche, so sollte dies eine Einschränkung nicht pauschal ausschliessen, da insbesondere staatliches Unterlassen kaum abstrakt geregelt werden kann. Dennoch sollte die Absenz einer Grundlage grundsätzlich zu einem strengeren Beurteilungsmassstab führen. Dies folgt aus der Erkenntnis, dass ein strenges Einhalten des Konventionstextes betreffend die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse im Lichte der Entwicklung der Menschenrechte nicht mehr sinnvoll möglich ist.<sup>673</sup> Ein strenges Festhalten am Konventionstext erscheint jedoch nicht zielführend.<sup>674</sup> Es kommt hinzu, dass, solange in der Rechtsprechung kein klar bestimmter abstrakter Schutzbereich definiert wird (z.B. durch eine zweigliedrige Interessenabwägung<sup>675</sup>), es den Staaten mangels Bestimmtheit ihrer Handlungspflicht auch nicht zumutbar ist, entsprechende Grundlagen für ihr Unterlassen in bestimmten Fällen zu erlassen. Dementsprechend sieht der EGMR z.B. in der *domestic legality* richtigerweise nur einen Teilaspekt einer Gesamtwürdigung.<sup>676</sup> Insoweit verbleibt zumindest in Fällen ohne

<sup>669</sup> So insbesondere, ob Eingriffe dann auch von Dritten ausgehen können (vgl. FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 11 ff. zu Art. 8 EMRK).

<sup>670</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von STREUER, 248 ff. Vgl. auch FROWEIN in: Frowein/Peukert EMRK, N 14 zu Art. 8 EMRK; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, 513; SUDRE, Obligations, 380; VAN DIJK, 26.

<sup>671</sup> Grundsätzlich gegen das Erfordernis: DRÖGE, 352; JAECKEL, 116; SZCZEKALLA, 723; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL, § 22 N 60 ff.; PÄTZOLD in: Karpenstein/Mayer, N 100 zu Art. 8 EMRK. A.A. STREUER, 253, die davon ausgeht, dass für Exekutive und Judikative für die Entstehung einer Schutzpflicht eine gesetzliche Grundlage notwendig ist, da in die Rechte der Störenden eingegriffen wird.

<sup>672</sup> Vgl. oben Rz. 44 ff.

<sup>673</sup> Vgl. hierzu auch XENOS, 61.

<sup>674</sup> Vgl. MADELAINE, 559 ff.; STAHL, 350 f.

<sup>675</sup> Vgl. oben Rz. 225.

<sup>676</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Fadeyeva gegen die Russische Föderation* vom 9. Juni 2005 (Nr. 55723/00), § 97 m.H.a. *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C.



jegliche Anhaltspunkte letztlich nichts anderes, als eine gesamthafte Interessenabwägung vorzunehmen.

- 229 Dies soll nicht bedeuten, dass eine Einführung eines klareren Konzepts nicht begrüssenswert wäre; denn solange der EGMR keine klare Methodik definiert, haben Beschwerdeführende relativ wenige klare Anhaltspunkte für die Chancenbeurteilung ihres Falls und unterwerfen sich vollständig der durch den EGMR diktierten Interessenabwägung.<sup>677</sup> Der Effekt einer solchen verbesserten Methodik sollte jedoch im Ergebnis wohl nicht überschätzt werden. Denn auch wenn klare Vorgaben zu Schutzbereichen, gesetzlichen oder vertraglichen Eingriffsgrundlagen bestehen würden, so ist davon auszugehen, dass die Anforderungen an deren Bestimmtheit im Regelfall relativ tief angesetzt werden, womit Beschwerden im Endeffekt nach wie vor von einer Interessenabwägung abhängen.<sup>678</sup>

### 6.3 Eignung

- 230 Das Erfordernis der Eignung betrifft bei Abwehrrechten und Handlungspflichten die Frage, ob eine Massnahme überhaupt tauglich ist, den angestrebten Zweck zu fördern oder zu erfüllen.<sup>679</sup> Das Kriterium kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn überhaupt vorgebracht wird, dass Massnahmen ergriffen wurden. War ein Staat völlig untätig, so kommt es also nicht zum Tragen.<sup>680</sup> Darüber hinaus sollte die Relevanz des Kriteriums nicht überschätzt werden, da der EGMR nur schwer erkennen lässt, wie genau das Eignungskriterium überhaupt zur Anwendung kommt und wann genau es verletzt ist.<sup>681</sup>

---

<sup>677</sup> Vgl. unten Rz. 241.

<sup>678</sup> Vgl. eingehend zur Kritik LAVRYSEN, 221 ff.

<sup>679</sup> Ibid., 310 f.

<sup>680</sup> Vgl. PÉTERMANN, 182, der die Eignung eher als Verhältnismässigkeitsprüfung hinsichtlich des Umfangs erachtet. Diese Eignung kann im Grunde nur eine Eignung der Schutzpflicht zur Erreichung des Schutzziels bedeuten. Gemäss hier vertretener Ansicht ist jedoch das Eignungskriterium lediglich Mittel zur Prüfung behaupteter Effektivität effektiv vorgenommener Massnahmen, weil die Definition einer allgemein verlangten Schutzhandlung im Lichte des bereits variablen Umfangs der Schutzpflicht im Einzelfall und des staatlichen Ermessensspielraums kaum praktikabel wäre.

<sup>681</sup> So z.B. explizit erwähnt in Urteil des EGMR *Debelianovi gegen Republik Bulgarien* vom 29. März 2007 (Nr. 61951/00), § 53 (Eignung von Massnahmen des Denkmalschutzes zum Erhalt des nationalen Kulturerbes). Vgl. jüngst auch Urteil des EGMR *Juszczyzyn gegen Polen* vom 6. Oktober 2022 (Nr. 35599/20), § 283 ff., betreffend Legitimität staatlicher Interessen.

#### 6.4 Erforderlichkeit

Die EMRK setzt voraus, dass Eingriffe in die Konventionsrechte erforderlich, 231  
bzw. notwendig sind und somit einem zwingenden Bedürfnis entsprechen.<sup>682</sup> Bei  
positiven Schutzpflichten ist daher zu fordern, dass von den verfügbaren Mass-  
nahmen jene gewählt wird, die am wenigsten in die Konventionsrechte eingreift,  
jedoch das angestrebte Ziel gleich verwirklichen kann.<sup>683</sup> Liegt lediglich ein Un-  
terlassen vor, ist zu fragen, ob zur Wahrung der verfolgten Interessen (staatliche  
sowie private) auch ein Handeln in Frage gekommen wäre.<sup>684</sup>

Gerade bei horizontalen Verhältnissen kommt diesem Kriterium erhöhte Bedeu- 232  
tung zu. So soll jene Massnahme gewählt werden, die auch am wenigsten in die  
Rechte Dritter eingreift.<sup>685</sup> Diese Vermengung der Voraussetzungen mit Rechten  
Dritter führt zu einer Verkomplizierung, weil eine Optimierungspflicht innerhalb  
einer Vielzahl von Interessengruppen sich oftmals als schwierige (wenn nicht fak-  
tisch unmögliche) Aufgabe erweist. So hängt das zu erzielende Optimum zwangs-  
läufig auch von Wertungen im Rahmen der Verhältnismässigkeit i.e.S. ab. Daher  
erscheint eine isolierte Betrachtung der Erforderlichkeit in dieser Hinsicht ohne  
Berücksichtigung der genaueren Interessenlage nur in einfachen Fällen oder *prima*  
*facie* möglich. Die fehlende Relevanz dieser Frage für den EGMR ist damit  
zu begründen, dass aufgrund der Nähe zur Sache i.d.R. ein Ermessensspielraum  
eingeräumt wird, womit das Erzielen eines spezifischen Optimums vom EGMR  
selten oder nie geprüft wird. In diesem Lichte erscheint die Praxis des EGMR  
durchaus zielführend, wenn er lediglich eine gesamthafte Interessenabwägung  
vornimmt.<sup>686</sup>

#### 6.5 Verhältnismässigkeit i.e.S. oder fairer Interessenausgleich

##### a) Leitgedanke

Die Prüfung der Verhältnismässigkeit bei Handlungspflichten besteht anders als 233  
bei Abwehrrechten nicht in der Prüfung, ob der Staat unverhältnismässig in ein

<sup>682</sup> Abs. 2 von Art. 8–11 EMRK. Vgl. VAN DROOGHENBROECK, 190 f.

<sup>683</sup> STAHL, 311; vgl. BACHER, Rz. 235 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURN-HERR, Rz. 322.

<sup>684</sup> Anders PÉTERMANN, 183, der die Interessenabwägung mit Interessen privater Dritter  
als eine der Verhältnismässigkeit nachgelagerte Prüfung einordnet. Vgl. BESSON, Obligations, 91, welche die Erforderlichkeit als Teil der Verhältnismässigkeit erachtet.

<sup>685</sup> Vgl. zum Schweizer Recht BACHER, Rz. 229, die eine nachträgliche Berücksichtigung befürwortet. Vgl. weiter LUTERÁN, 23.

<sup>686</sup> Im Ergebnis ähnlich BESSON, Obligations, 91.

Recht eingegriffen hat, sondern, ob die verlangte staatliche (Mehr-)Verpflichtung zum Handeln unter Berücksichtigung der betroffenen Individualinteressen nicht unverhältnismässig ist.<sup>687</sup> Anders ausgedrückt darf die in Frage kommende staatliche Mehrpflicht im Lichte aller zumutbaren Handlungen nicht unverhältnismässig gross erscheinen. Wurden Handlungen vorgenommen, so zielt die Prüfung darauf ab, ob sich die fragliche Massnahme im Rahmen des eingeräumten Ermessensspielraums als angemessen erweist.

- 234 Verhältnismässigkeit i.e.S. ist die Abwägung zwischen den durch die Massnahme betroffenen privaten und/oder öffentlichen Interessen.<sup>688</sup> Im Falle betroffener Privatinteressen wird diesbezüglich auch von einer Interessenabwägung gesprochen.<sup>689</sup> Ziel dieser Interessenabwägung ist das Finden eines gesamthaft vernünftigen Interessenausgleichs (*striking a fair balance*) zwischen den konkret betroffenen privaten und gesellschaftlichen Interessen im Einzelfall.<sup>690</sup> Verhältnismässig ist eine Massnahme, wenn im Lichte aller Interessen durch die ergriffene (bzw. nicht ergriffene) Schutzmassnahme ein *effektiver und wirkungsvoller Schutz* des Konventionsrechts besteht.<sup>691</sup> Mit anderen Worten ist in Schutzpflichtfällen der Interessenausgleich das Erreichen von Verhältnismässigkeit im Sinne praktischer Konkordanz.<sup>692</sup> Es ist somit ein vernünftiger Kompromiss zwischen Individual-, Staats- und Drittinteressen im Einzelfall zu finden, wobei jeder Belang so weit wie möglich erhalten werden soll.<sup>693</sup>

---

<sup>687</sup> Vgl. z.B. MOUTEL, Fn. 350 f. m.w.H.; STAHL, 283 ff.; STREUER, 242. Zur Kritik des Konzepts vgl. XENOS, 148.

<sup>688</sup> Vgl. eingehend VAN DROOGHENBROECK, 219 ff.

<sup>689</sup> So z.B. Urteil des EGMR *Obst gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 425/03), § 43 (*la mise en balance effectuée*).

<sup>690</sup> STAHL, 311 f.; STREUER, 266; VAN DROOGHENBROECK, 140 ff. Vgl. weiter eingehend LUTERÁN, 25 ff. Die diesbezüglich geführten dogmatischen Diskussionen zu Einzelheiten bringen m.E. wegen der Vielfalt der denkbaren Fallkonstellationen und Rechtsordnungen kaum einen Mehrwert.

<sup>691</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Swedish Engine Drivers' Union gegen Schweden*, Serie A Bd. 20, § 39 f.; *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 146; *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Serie A Bd. 32, § 26; *Artico gegen Italien* vom 13. Mai 1980, Serie A Bd. 37, § 33; *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich* vom 21. Juni 1988, Serie A Bd. 139, § 32, 36.

<sup>692</sup> Vgl. BESSON, *Obligations*, 93 f. Eingehend LUTERÁN, 23 ff.

<sup>693</sup> Im Binnenrecht wird dies auch als *praktische Konkordanz* bezeichnet (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 319).

Konkrete Anforderungen an diese Prüfung sind z.B. im Urteil des EGMR *Young, James und Webster*<sup>694</sup> zu finden. Dort hielt der EGMR in Anlehnung an die Notwendigkeit einer Einschränkung fest, dass für die Verfolgung staatlicher Interessen es nicht bloss ausreiche, dass mit einer Massnahme ein nützlicher oder wünschenswerter Effekt erzielt werde.<sup>695</sup> Insoweit besteht zumindest im Hinblick auf die Gewichtung öffentlicher Interessen unter gewissen Voraussetzungen ein offenbar strengerer Rechtfertigungsmaassstab. 235

Die Natur der Schutzpflichten bedingt es, dass Interessen von privaten Dritten jedoch regelmässig zu Gunsten des Schutzes der Konventionsrechte beschränkt werden.<sup>696</sup> Auch wenn in prominenten Grundsatzfragen sich teilweise Konventionsrechte gegenüberstehen (z.B. Privatsphäre gegen Meinungsfreiheit), so beschränkt sich die Prüfung von Drittinteressen nicht auf Konventionsrechte, sondern umfasst alle betroffenen legitimen öffentlichen und privaten Interessen.<sup>697</sup> Der EGMR berücksichtigt dann auch z.B. die allgemeine Vertragsfreiheit<sup>698</sup>, konkrete betriebliche Interessen von Arbeitgebenden<sup>699</sup> sowie Kündigungsfolgen und Kündigungsgründe bei Arbeitsverhältnissen<sup>700</sup> für die Beurteilung eines Falls. Schliesslich ist auch hier das staatliche Ermessen zu berücksichtigen.<sup>701</sup> 236

Für die Gewichtung der jeweiligen Interessen im Einzelfall können die für die Beschränkung des Ermessens dargelegten Kriterien herangezogen werden. So sind insbesondere Schutzbedürftigkeit, Bedeutung des Rechts, die Intensität der Betroffenheit, das Verhalten des Opfers sowie die allfälligen Folgen einer Ver- 237

<sup>694</sup> Urteil des EGMR *Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich* vom 13. August 1981, Serie A Bd. 44.

<sup>695</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>696</sup> DRÖGE, 327 f.; VAN DROOGHENBROECK/VELAERS, 140 f.; vgl. VAN DROOGHENBROECK/HACHEZ, Rz. 31 ff.; Urteil des EGMR *N.N. und T.A. gegen Belgien* vom 13. Mai 2008 (Nr. 65097/01), § 43. Ähnlich bzgl. Konventionsrechtskonflikten Urteil des EGMR *Petrina gegen Rumänien* vom 14. Oktober 2008 (Nr. 78060/01), § 39.

<sup>697</sup> Vgl. Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10), § 86.

<sup>698</sup> Urteile des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08); *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.).

<sup>699</sup> Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10).

<sup>700</sup> Vgl. unten Rz. 282.

<sup>701</sup> Vgl. BESSON, *Obligations*, 91, die bei der Überprüfung von Schutzpflichten *de facto* von einer (eingeschränkten) Willkürprüfung ausgeht.

letzung zu berücksichtigen.<sup>702</sup> Eine klare Priorisierung bzw. Einräumung eines Vorrangs gewisser Rechte ist mit Blick auf die Vielfalt der möglichen Fallkonstellationen nur in groben Zügen möglich.<sup>703</sup> Erwähnenswert ist diesbezüglich das in der Rechtsprechung vorzufindende Konzept der *fundamentalen Werte* oder *wesentlichen Aspekte* der Konventionsrechte.<sup>704</sup> Der Rückgriff auf dieses Konzept lässt jedoch keinen Schluss auf eine Rangfolge zu, zumal der EGMR aufgrund der wichtigen Stellung dieser Rechte zwar grundsätzlich eine Schutzpflicht anerkennt, aber eben nicht immer zwingend.<sup>705</sup> Jedoch zeigt die Hervorhebung eines solchen Wesensgehalts zumindest, dass diese bei Betroffenheit grundsätzlich Vorrang haben sollten, wobei begründete Abweichungen möglich bleiben müssen.<sup>706</sup> Letztlich gehen aus der Rechtsprechung m.E. keine Anhaltspunkte hervor, die für eine absolute Priorisierung gewisser Werte über andere Interessen sprechen wie z.B. ideelle Rechte gegenüber rein monetären Anliegen.<sup>707</sup>

238 Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die EMRK eine Festlegung einer europäischen Werteordnung darstellt. Jedoch kann auch aufgrund dessen ebenfalls keine Rangordnung der Rechte hergeleitet werden, womit es im Fall von Interessen- und Rechtskollisionen im Ergebnis immer bei einer offenen Einzelfallbeurteilung bleibt.<sup>708</sup> So besteht insbesondere kein allgemeiner Vorzug bestimmter Privatinteressen.<sup>709</sup> Diese Ergebnisoffenheit einer solchen Abwägungslösung kann mit geringer Normdichte zu differenzierten Einzelfalllösungen führen, birgt jedoch

---

<sup>702</sup> Vgl. JAECKEL, 169 f.; KNEIHS, 35; MATSCHER, FS Schmölz, 203; MURSWIEK, 235 f.; STAHL, 284 ff. Vgl. die ähnlichen Kriterien zum Ermessen oben Rz. 107 ff.

<sup>703</sup> Vgl. hierzu aus rechtsmethodischer Sicht HABERMAS, 276 ff. Teilweise zeichnen sich jedoch gewisse Quantifizierungen ab, z.B. in Fällen der Eigentumsgarantie gemäss Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK. Der EGMR erachtet als Leitlinie Kürzungen von Renten über 50 % (unter Beizug rechtsvergleichender Elemente) für unzumutbar (vgl. Urteil des EGMR *R.Sz. gegen Ungarn* vom 2. Juli 2013 [Nr. 41838/11], § 54). Mit Blick auf Interessen Dritter und den ideellen Charakter einiger Interessen wäre indessen die Ausarbeitung klarer Leitlinien nur in sehr generellen Äusserungen oder dem Erstellen von Fallgruppen möglich. Vgl. weiter MCBRIDE, 24 ff.

<sup>704</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Demir und Baykara gegen die Türkei* vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97), § 146 m.w.H.

<sup>705</sup> Vgl. RESS, *Duty to Protect*, 188 ff.

<sup>706</sup> Vgl. oben Rz. 130.

<sup>707</sup> Vgl. unten Rz. 617 f. Vgl. hingegen betreffend die allgemeine Priorisierung von privaten Interessen vor kollektiven Interessen GREER, 413 f.; vgl. zur Frage des Reflektierens der Verhältnismässigkeit in Beweislastregeln THIENEL, 587.

<sup>708</sup> Vgl. eingehend STREUER, 245 ff. Ähnlich im Ergebnis BREMS, 265 ff.

<sup>709</sup> STAHL, 56.

naturgemäss im Gegenzug eine gewisse Rechtsunsicherheit.<sup>710</sup> Sie harmoniert jedoch verstärkt mit einer prinzipienorientierten Regulierung, wie sie die Schweiz im Grundsatz verfolgt.

Abzulehnen ist die Bemerkung der EKMR, dass auch die nationale Gewaltenteilung im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen sei.<sup>711</sup> Eine solche kann m.E. lediglich bei der Bewertung der Handlungsmotive der Behörden im Einzelfall berücksichtigt werden. Jedoch verpflichtet die EMRK den Staat als Ganzes, weshalb er sich nicht hinter seiner eigenen Organisation verstecken können soll.<sup>712</sup> Die Wahrung der staatlichen Autonomie in seiner Aufgabenzuteilung wird in genügendem Masse im Rahmen des eingeräumten Ermessens berücksichtigt.

Letztlich ist anzumerken, dass private Interessen nicht nur zur Limitierung von Schutzpflichten verwendet werden können, sondern gleichzeitig auch als Rechtfertigungsgrundlage für staatliche Eingriffe in Konventionsrechte Dritter.<sup>713</sup> So stehen Eingriff und Schutzpflicht in einer Wechselwirkung zueinander, wobei das Bestehen einer Schutzpflicht nicht automatisch zur Rechtfertigung eines staatlichen Eingriffs in Rechte Dritter führt. So erfordert ein solcher Eingriff allenfalls eine eigene (gesetzliche bzw. vertragliche) Rechtfertigungsgrundlage.<sup>714</sup> Darüber hinaus beschränkt unter anderem das Günstigkeitsprinzip in Art. 53 EMRK die Möglichkeit einer Nachbesserung der Rechtslage zum Nachteil eines anderen Konventionsrechts.<sup>715</sup>

Kommt der EGMR zum Schluss, dass kein fairer Interessenausgleich gefunden wurde, so verzichtet er im Regelfall auf eine Prüfung weiterer Erfordernisse. Dies macht aus Sicht des EGMR die Abgrenzung zwischen Abwehrrechten und Hand-

<sup>710</sup> Vgl. z.B. krit. bzgl. des Anscheins der Quantifizierbarkeit TSAKYRAKIS, 487 ff.; MCHARG, 695 f. Zum Ermessensspielraum vgl. oben Rz. 185 ff.

<sup>711</sup> Vgl. Zulässigkeitsentscheid der EKMR *Sutherland gegen das Vereinigte Königreich* vom 1. Juli 1997 (Nr. 25186/94), § 62. Gl. M. WIESBROCK, 160 ff.

<sup>712</sup> Vgl. zu den Adressaten oben Rz. 145.

<sup>713</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Leyla Şahin gegen die Türkei* vom 10. November 2005 (Nr. 44774/98), § 106.

<sup>714</sup> Vgl. PÉTERMANN, 103 f.; Urteil des EGMR *K. gegen Deutschland* vom 7. Juni 2012 (Nr. 61827/09), § 88.

<sup>715</sup> Vgl. hierzu auch THIENEL in: Karpenstein/Mayer, N 5 ff. zu Art. 53 EMRK, sowie LAVRYSEN, 179 ff., zur Rolle der Verhältnismässigkeit bei prozessualen Handlungspflichten.

lungspflichtigen weitgehend obsolet.<sup>716</sup> Es führt jedoch dazu, dass im Einzelfall die Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage unklar bleiben sowie keine abstrakte Festlegung der Schutzpflicht stattfindet, womit eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden ist.<sup>717</sup>

## b) Grenzen der Verhältnismässigkeit

- 242 Wie auch dem Umfang der Schutzpflichten sind der Ausübung der Verhältnismässigkeit gewisse Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich zunächst hinsichtlich der formellen Rechtskontrolle durch den EGMR durch Einräumung eines Ermessensspielraums. Weiter bestehen auch im Rahmen der Verhältnismässigkeit gewisse Grenzen in materieller Hinsicht. Eine dieser Grenzen ist gemäss EGMR, wenn bei einer Interessenabwägung lediglich einseitig staatliche Interessen berücksichtigt werden.<sup>718</sup>
- 243 Eine weitere mögliche Grenze der Verhältnismässigkeit kann insbesondere im sog. Kern- oder Wesensgehalt eines Konventionsrechts gesehen werden. Der EGMR selbst beschreibt in diversen Urteilen gewisse Aspekte der Konventionsrechte als *fundamentale Werte* oder anerkennt eine *Essenz*<sup>719</sup> gewisser Rechte. Unklar ist, ob der damit gemeinte Schutzbereich als absolut unantastbar gilt. Denn grundsätzlich anerkennt der EGMR aufgrund der wichtigen Stellung dieser Rechte zwar eine Schutzpflicht, jedoch aber nicht immer zwingend.<sup>720</sup> Daher geht aus der Rechtsprechung nicht klar hervor, ob der EGMR nun bei der Beurteilung eines Falls

---

<sup>716</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Keegan gegen Irland* vom 26. Mai 1994, Serie A Bd. 290, § 49: «*The applicable principles [...] are similar.*» Krit. VAN DIJK, 23 f.

<sup>717</sup> STAHL, 316; VAN DIJK, 22 ff.; krit. STREUER, 248 f.; vgl. LAVRYSEN, 169 f.

<sup>718</sup> Vgl. BERNHARDT, Interpretation, 70; SZCZEKALLA, 717; WIESBROCK, 11 f.; Urteil des EGMR *Sheffield und Horsham gegen das Vereinigte Königreich* vom 30. Juli 1998 (Nr. 22985/93, 23390/94), Abweichende Meinung von Richter van Dijk, § 8.

<sup>719</sup> Statt vieler Urteil des EGMR *Svinarenko und Slyadnev v. die Russische Föderation* vom 17. Juli 2014 (Nr. 32541/08, 43441/08), § 113, 118, 138. ARAI-TAKAHASHI, 220, und LAVRYSEN, 193 ff., behandeln dieses Konzept im Rahmen des Ermessensspielraumes. Dies hat m.E. jedoch keinerlei Einfluss, da es in beiden Fällen um die Frage geht, wann der EGMR korrigierend eingreift.

<sup>720</sup> Vgl. RESS, Duty to Protect, 188 ff.; SZCZEKALLA, 890 m.w.H.; Urteil des EGMR *Sheffield und Horsham gegen das Vereinigte Königreich* vom 30. Juli 1998 (Nr. 22985/93, 23390/94), Abweichende Meinung von Richter van Dijk, § 8. Anerkannt zu Art. 8 EMRK wurden z.B.: Urteile des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91 (Kindesmissbrauch); *Keegan gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Juli 2006, Serie A Bd. 290 (rechtliche Integration des Kindes in die Familie).

unter Bezugnahme auf die Essenz eines Konventionsrechts ein absolutes Mindestmass für Schutzpflichten anerkennt.<sup>721</sup>

Die Lehre befürwortet zwar die Existenz eines solchen besonders geschützten Wesensgehalts, jedoch bestehen verschiedene Auffassungen hinsichtlich seiner materiellen Bedeutung.<sup>722</sup> Unterschiede der Lehrmeinungen bestehen primär darin, dass gewisse Autoren dem Kern- bzw. Wesensgehalt eine objektive Dimension und abstrakte Grösse zukommen lassen, in welche ein Eingriff immer unrechtmässig ist.<sup>723</sup> Ein anderer Ansatz besteht darin, die Einschränkungsmöglichkeiten auf einen unantastbaren Kern zu beschränken.<sup>724</sup> Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Ansätze kaum.<sup>725</sup> Indessen ist die Schutzpflicht selbst bereits Produkt einer Interessenabwägung, weshalb die Umschreibung eines objektiv festen Kerns aufgrund der diversen Fallkonstellationen nur durch Bildung von Fallgruppen und gefestigter Rechtsprechung möglich ist.<sup>726</sup> Diese Unterscheidung findet sich insbesondere bei unantastbaren Rechten (so Art. 2, 3 und 5 EMRK),<sup>727</sup> aber auch bei anderen Konventionsrechten.<sup>728</sup> Anerkennt man also einen Wesensgehalt, so muss dieser schliesslich zumindest in gewissen Grenzfällen weiter gehen als das allgemeine Verhältnismässigkeitsprinzip.

Im Kontext der Schutzpflichten würde ein möglicher Kerngehalt daher einem Schutzminimum entsprechen, welches die Vertragsstaaten zu einem Mindestmass aufrechterhalten müssen, sodass kein weiter Ermessensspielraum hinsicht-

<sup>721</sup> Vgl. BESSON, *Humaniser*, 34; PÉTERMANN, 163.

<sup>722</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 15; MEYER-BISCH, 267 ff.; MOUTEL, Rz. 227 ff.; SCHEFER, *Kerngehalte*, 276 ff. Zur Frage des Zusammenspiels von Verhältnismässigkeitsprinzip und Kern eines Rechts: ZIMMERMANN, *Noyau intangible*, 303 ff. Für das Schweizer Verfassungsrecht vgl. auch Art. 36 Abs. 4 BV.

<sup>723</sup> Vgl. zum Verfassungsrecht MORAND, 59; ZIMMERMANN, *Noyau intangible*, 311 f.

<sup>724</sup> Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 15; MACHERET, 38 bzgl. UNO-Pakt I; MEYER-BISCH, 271 ff.; STAHL, 316 f.; STREUER, 265; ZIMMERMANN, *Noyau intangible*, 320 f. m.H.a. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

<sup>725</sup> Vgl. MOUTEL, Rz. 229, 234 f.; VAN DROOGHENBROECK, 352 f.

<sup>726</sup> Vgl. allgemein zur Problematik im Kontext der Verhältnismässigkeit VAN DROOGHENBROECK, 480 ff.

<sup>727</sup> Darunter fällt insbesondere das *ius cogens*. MACHERET, 40 ff.; MEYER-BISCH, 271; ZIMMERMANN, *Noyau intangible*, 320 f.

<sup>728</sup> Vgl. PÉTERMANN, 161 f.



lich einer Abweichung eingeräumt werden darf<sup>729</sup> und der Kerngehalt auch keiner Interessenabwägung zugänglich ist.<sup>730</sup> Die Lehre anerkennt dieses Konzept auch im Rahmen der positiven Schutzpflichten.<sup>731</sup> Es erfüllt insoweit eine Doppelfunktion, als auf Seite der störenden Person die staatliche Schutzhandlung ebenfalls nicht in den geschützten Wesensgehalt des abwehrrechtlichen Aspekt eines anderen Konventionsrechts eingreifen darf.<sup>732</sup> Gewisse Autoren hingegen lehnen einen Kerngehalt bei Schutzpflichten bei Übergriffen privater Dritter jedoch ab, da kein absoluter Anspruch hinsichtlich deren Verhalten garantiert werden könne und die Schutzhandlung ihrerseits wiederum Rechte Dritter verletzen könnte.<sup>733</sup> Weiter sei der Kerngehalt einer positiven Schutzpflicht für solche Fälle nicht im Voraus bestimmbar und immer Gegenstand einer Interessenabwägung.<sup>734</sup>

- 246 Die zuletzt genannte Ansicht ist m.E. jedoch zu einschränkend. Denn ein relativer Kerngehalt widerspricht der Idee eines unantastbaren Schutzbereichs, was eine Anerkennung eines Kerngehalts obsolet macht. Weiter erschöpfen sich positive Schutzpflichten in horizontalen Verhältnissen regelmässig in der Vornahme der jeweils zumutbaren Schutzhandlungen.<sup>735</sup> Es mag daher zutreffen, dass regelmässig keine *obligation de résultat* vorliegen kann, jedoch schliesst dies das zwingende Vorliegen einer Schutzpflicht, die eine zwingende Vornahme bestimmter Handlungen zum Gegenstand hat, nicht per se aus. Abgesehen von Fällen, wo Kerngehalte untereinander in Konflikt geraten,<sup>736</sup> besteht m.E. genügend Raum für die Gewährung eines absoluten Minimums staatlichen Schutzes, welches nicht ein Produkt einer Interessenabwägung ist, sondern viel mehr als absolut unantastbares Schutzminimum zu gewähren ist.

---

<sup>729</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Odièvre gegen Frankreich* vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98), abweichende Meinung der Richter\*Innen Wildhaber, Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens und Pellonpää, § 11.

<sup>730</sup> Gl. M. BESSON, *Humaniser*, 33 f.; MOUTEL, *Rz.* 227; VAN DROOGHENBROECK, 355. Ähnlich auch TSAKYRAKIS, 493; Urteil des EGMR *Gustafsson gegen Schweden* (Nr. 15573/89), abweichende Meinung von Richter Morenilla, § 4.

<sup>731</sup> BACHER, *Rz.* 190; PÉTERMANN, 164; STAHL, 316 f.; STREUER, 265 f., die richtigerweise festhält, dass sich der Wesensgehalt an einer minimalen Gewährleistung zu orientieren habe, nicht an der Erreichung eines Idealzustands.

<sup>732</sup> STREUER, *Fn.* 312.

<sup>733</sup> VAN DROOGHENBROECK, 142.

<sup>734</sup> MOUTEL, *Rz.* 230 m.w.H.

<sup>735</sup> Vgl. auch oben *Rz.* 69 ff.

<sup>736</sup> Zu diesem seltenen Fall vgl. SCHEFER, *Kerngehalte*, 90 ff.

Erwähnenswert ist weiter das insbesondere von der deutschen Doktrin geprägte Konzept des sog. Untermassverbotes.<sup>737</sup> Es ist das Gegenstück zum unverhältnismässigen bzw. übermässigen Eingriff in Grundrechte (*Übermassverbot*). Im Gegensatz zum Kern- und Wesensgehalt, der im Grunde bedingungslos gilt und keine Eingriffe zulässt, variiert das Untermassverbot nach Einzelfall. Es geht im Prinzip mit anderen Worten um eine verhältnismässige Mindestpflicht, die in jedem Fall zu erfüllen ist.<sup>738</sup> Die Relevanz dieses Konzepts ist jedoch mit Blick auf den natürlichen Minimalcharakter der Schutzpflichten und der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung nicht einzusehen.<sup>739</sup>

### c) Spezielle Wertungsmassstäbe in arbeitsrechtlichen Fällen?

Nachstehend soll der Frage nachgegangen werden, ob der EGMR im Rahmen arbeitsrechtlicher Fälle spezielle Wertungsmassstäbe anwendet.<sup>740</sup> Generell gesteht der EGMR den Konventionsstaaten im Rahmen von Handlungspflichten einen weiteren Ermessensspielraum zu.<sup>741</sup> Dies schliesst auch Handlungspflichten unter Art. 8 EMRK ein, auch wenn der Wortlaut der Norm mit dem Begriff «Achtung»<sup>742</sup> ein Handeln indizierten könnte.<sup>743</sup>

Als Grundsatz betont der EGMR, dass die Vorhersehbarkeit von Einschränkungen der Konventionsrechte im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bei der Interessenabwägung besondere Berücksichtigung findet.<sup>744</sup> So greift er beispielsweise

<sup>737</sup> Vgl. BESSON, *Humaniser*, 33; DIES., *Obligations*, 91; DRÖGE, 353.

<sup>738</sup> BESSON, 91 f. m.H.a. die Urteile des EGMR *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89) und *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C; vgl. BORGHI, 38 f.; SUDRE, 1372 ff.; STAHL, 314 f.; WIESBROCK, 174; PÉTERMANN, 163. Zur Kritik bei Grundrechtskonflikten vgl. UNRUH, 85, wobei m.E. das Untermassverbot nach wie vor ausserhalb der allenfalls geschützten Grundrechtssphäre der störenden Person relevant ist.

<sup>739</sup> Gl. M. SZCZEKALLA, 437. Für die Anwendung der Figur des Untermasses im deutschen Recht vgl. ALEXY, 420 ff.; HAIN, 983; UNRUH, 79 ff.

<sup>740</sup> Zur Frage, ob der EGMR solche Unterscheidungen trifft vgl. VILJANEN, 271.

<sup>741</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 185 ff.; Urteil des EGMR *Hämäläinen gegen Finnland* vom 16. Juli 2014 (Nr. 37359/09), Gemeinsame abweichende Meinung der Richter\*Innen Sajó, Keller und Lemmens, § 4.

<sup>742</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 106 ff.

<sup>743</sup> LAVRYSEN, 202 ff. m.w.H.

<sup>744</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.), § 109. Vgl. zur vorgängigen Information über eine Videoüberwachung unten Rz. 557.

grundsätzlich seltener im Falle vorhersehbarer, freiwilliger arbeitsvertraglicher Beschränkungen des Rechts auf Privatsphäre ein.<sup>745</sup> Insofern respektiert der EGMR den Grundsatz der Vertragsfreiheit, wobei diese je nach Gegenstand und Intensität nicht unbeschränkt gilt.<sup>746</sup> In ähnlicher Weise wird der Schutzbereich der Konvention durch die Eigenverantwortung der Beschwerdeführenden eingeschränkt, z.B. wenn diese ein grobes Selbstverschulden trifft.<sup>747</sup>

- 250 Im Urteil *Bărbulescu*<sup>748</sup> äusserte sich der EGMR näher zum Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Wahrung der Konventionsrechte. Der EGMR machte in diesem Urteil mehrere Erwägungen zum Verhältnis von Art. 8 Abs. 1 EMRK zu Interessen der Arbeitgebenden. So anerkannte er zunächst, dass einem Arbeitsverhältnis jeweils eine gewisse Unterordnung der Eigeninteressen der Arbeitnehmenden unter die Interessen der Arbeitgebenden inhärent ist (*Subordination*).<sup>749</sup> Folglich sei eine vertragliche Einschränkung gewisser Konventionsrechte bzw. -aspekte davon an sich zulässig. Zuletzt habe Arbeit auch eine Zielfunktion, da die materiellen Anreize daraus einen (allenfalls kompensierenden) Genuss gewisser Rechte unter Art. 8 EMRK ermöglichten. Jedoch findet auch die Parteiautonomie an einem Punkt ihre Grenzen:

*«Be that as it may, an employer's instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero. Respect for private life and for the privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary.»*<sup>750</sup>

- 251 Abgesehen von einer Reduktion des Privatlebens «auf null» erscheint es unklar, ob der EGMR damit eine allgemeine Grenze der vertraglichen Bindung dort setzen wollte, wo sie für das Arbeitsverhältnis nicht mehr notwendig ist. Selbst wenn dem so wäre, erscheint diese Aussage m.E. auf den ersten Blick weitreichender, als sie eigentlich ist. Denn einerseits findet Art. 8 Abs. 1 EMRK im Rahmen von Bagatellen noch gar keine Anwendung, weshalb ein Eingriff ohnehin eine gewisse

---

<sup>745</sup> Ibid.

<sup>746</sup> Vgl. die Durchbrechung der Vertragsfreiheit in Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 80; vgl. zu Lohnfragen Urteil des EGMR *Nerva und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 24. September 2002 (Nr. 42295/98), § 43.

<sup>747</sup> Urteil des EGMR *Gillberg gegen Schweden* vom 3. April 2012 (Nr. 41723/06), § 67 ff.

<sup>748</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08).

<sup>749</sup> Ibid., § 80.

<sup>750</sup> Ibid. (Hervorhebung durch den Autor).

Intensitätsschwelle erreichen muss.<sup>751</sup> Andererseits prüft der EGMR einen Fall nur dort auf seine Verhältnismässigkeit, wo ein eingeschränkter Ermessensspielraum für den Konventionsstaat gilt.<sup>752</sup> Entsprechend ist der Anwendungsbereich dieses Passus auf Stufe EGMR beschränkt. Zudem ist der Begriff der Notwendigkeit (*in so far as necessary*) stark auslegungsbedürftig. Denkbar ist daher, dass dennoch eine Grosszahl von Fällen aufgrund betrieblicher oder sonst ökonomisch gedeckter Interessen gerechtfertigt werden könnte. Dennoch sollte die Erwägung nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. So enthält sie eine – wenn auch im Ergebnis schwache – allgemeine Pflicht zur Berücksichtigung der Frage der Legitimität von Arbeitgebendeninteressen in arbeitsrechtlichen Streitfällen.

Weiter zu erwähnen ist das Urteil *I.B.*<sup>753</sup>, wo der EGMR die Entlassung eines Mitarbeitenden beurteilte, weil dieser HIV-positiv ist und dessen Kollegen sich weigerten, mit ihm zu arbeiten. Die Arbeitgeberin versuchte, den Konflikt auf verschiedene Arten zu lösen, und sah sich letztlich aufgrund der fehlenden Bereitschaft der übrigen Mitarbeitenden dazu veranlasst, dem Beschwerdeführer zu kündigen. Der EGMR sah darin einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK. Besonders hob er die besondere Schutzbedürftigkeit historisch und aktuell ausgegrenzter Personengruppen hervor. Das Recht der Arbeitgeberin, für einen reibungslosen Betrieb zu sorgen, anerkannte er zwar, jedoch überwog dieses Interesse nicht das Schutzinteresse des Beschwerdeführers.<sup>754</sup> 252

Im Ergebnis geht der EGMR grundsätzlich immer von einer offenen Interessenabwägung aus. Dabei gibt er zwar gewissen Schutzaspekten mehr Gewicht als anderen. Abhängig vom Einzelfall können diese jedoch den Interessen der Arbeitgebenden auch unterliegen.<sup>755</sup> Besonderes Augenmerk legt der EGMR darüber hinaus auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit, womit er zumindest in beschränktem Umfang eine gewisse Freiwilligkeit der Unterwerfung unter arbeitsvertragliche Beschränkung der eigenen Rechte berücksichtigt.<sup>756</sup> 253

---

<sup>751</sup> Vgl. oben Fn. 486.

<sup>752</sup> Vgl. oben Rz. 185 ff.

<sup>753</sup> Vgl. Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10).

<sup>754</sup> *Ibid.*, § 86 ff. Vgl. PÄRLI, ÖJK, 49 f. Vgl. auch ZIMMERMANN, Rz. 337 ff.

<sup>755</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *López Ribalda und andere gegen Spanien* vom 17. Oktober 2019 (Nr. 1874/13, 8567/13), wo der EGMR das Interesse der Arbeitgeberin an einer verdeckten Überwachung von Supermarktkassen stärker gewichtete als jenes der Privatsphäre der Arbeitnehmenden.

<sup>756</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.), § 61, 106, 109.

## VII. Rechtsfolgen einer Verletzung

- 254 Wird ein Konventionsrecht durch staatliches Unterlassen verletzt, so steht es dem schutzverpflichteten Staat zunächst offen, nachträgliche Massnahmen zur Erfüllung bzw. zur Eindämmung einer Verletzung vorzusehen oder nach Möglichkeit eine Restitution oder Verminderung der Verletzungsfolgen zu ergreifen. Eine derartige Wiedergutmachung ist in aller Regel möglich. Unter gewissen Umständen kann daher mit Leistung einer Wiedergutmachung in Geld oder einer nachträglichen Anerkennung einer Konventionsverletzung eine Verurteilung durch den EGMR ausgeschlossen werden, weil dadurch das Erfordernis des erheblichen Nachteils bzw. der notwendigen Opfereigenschaft für eine Beschwerde entfallen kann. Ausnahmen sind bei besonders schweren und irreparablen Verletzungsfolgen denkbar.<sup>757</sup>
- 255 Eine weitere mögliche Rechtsfolge einer Verletzung besteht in der Nachbesserung von Gesetzen bei Versagen auf legislativer Ebene.<sup>758</sup> Eine Nachbesserung ist also dann denkbar, wenn eine Schutzpflichtverletzung auf Gesetzesmängeln beruht und nachträglich nicht anders wiedergutmacht werden kann, z.B. durch anderweitige bzw. flankierende Restitution.<sup>759</sup> So wurde z.B. im Falle geschädigter Tiefseetaucher oder Asbestgeschädigter vom EGMR wertend berücksichtigt, dass die entsprechenden Staaten Fonds zur Entschädigung geschädigter Personen errichtet hatten.<sup>760</sup> Schliesslich besteht auch das Potenzial dafür, dass ein Staat seine Gesetze anpasst, wie dies auch schon im Nachgang zur Verurteilung der Schweiz im Urteil *Moor* der Fall war.<sup>761</sup> Der EGMR berücksichtigt dabei die bis zur Beurteilung der Beschwerde vollzogenen Gesetzesänderungen, um den effektiven Handlungsbedarf zum Urteilszeitpunkt festzustellen.<sup>762</sup> Letztlich steht es dem EGMR auch offen, gemäss Art. 41 EMRK Beschwerdeführenden ermessensweise eine Wiedergutmachung in Geld zuzusprechen.

---

<sup>757</sup> Vgl. hierzu die Prozessvoraussetzungen unten Rz. 68 ff.

<sup>758</sup> STAHL, 330; STREUER, 276 ff.; vgl. SZCZEKALLA, 868.

<sup>759</sup> Vgl. insb. Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91. Eine nachträgliche Verfolgung des Täters ist in diesem Fall aufgrund des Grundsatzes *nulla poena sine lege* ausser Betracht gefallen, weshalb sich die korrigierenden Massnahmen lediglich auf eine Gesetzesänderung für die Zukunft beschränken konnten.

<sup>760</sup> Urteile des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 231; *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.), § 61 ff.

<sup>761</sup> Vgl. oben Rz. 149.

<sup>762</sup> Urteil des EGMR *Petrovic gegen Österreich* vom 27. März 1998 (Nr. 20458/92), § 41.

## **Teil 2**

# **Die Umsetzung positiver Schutzpflichten im Schweizer Arbeitsrecht**



---

## Allgemeines

Nachdem im ersten Teil die allgemeinen dogmatischen Hintergründe der positiven 256  
Schutzpflichten erörtert wurden, widmet sich dieser Teil der Rechtsprechung des  
EGMR zu den einzelnen positiven Schutzpflichten unter Art. 8 Abs. 1 EMRK,  
welche Bezüge zum Privatarbeitsrecht aufweisen. Die Darstellung der Recht-  
sprechung erfolgt (falls zu einem Themenbereich überhaupt mehrere Urteile vor-  
liegen) lediglich mittels ausgewählter Entscheide, zumal eine umfassende Dar-  
stellung der gesamten Rechtsprechung teilweise stark repetitiv wäre und keinen  
Erkenntnismehrwert mit sich brächte. Darüber hinaus beschränkt sich die vor-  
liegende Abhandlung grundsätzlich auf Art. 8 EMRK, wobei stellenweise jedoch  
Bezug auf Rechtsprechung zu anderen Konventionsartikeln genommen wird,  
sofern Überschneidungen bestehen oder allgemeine Schlussfolgerungen daraus  
hergeleitet werden können (so insb. das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK und  
das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK). Schliesslich rechtfertigt sich  
im Lichte der ähnlichen Behandlung von Schutzpflichten und Abwehrrechten  
auch die Herbeiziehung von Urteilen des öffentlichen Personalrechts, sofern diese  
Rückschlüsse auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zulassen.<sup>763</sup>

In methodischer Hinsicht werden in einem ersten Schritt die Schutzpflichten 257  
anhand der Rechtsprechung des EGMR eruiert. In einem zweiten Schritt wird  
anschliessend die rechtliche Lage in der Schweiz in privatrechtlichen Arbeits-  
verhältnissen nach Art. 319 ff. OR unter Berücksichtigung von Lehre und Pra-  
xis summarisch aufgezeigt. Am Ende wird ein Fazit gezogen, ob die jeweiligen  
Schutzpflichten in der Schweiz genügend umgesetzt werden.

Da eine Kontrolle jedes möglichen und zukünftigen Entscheids nicht möglich ist, 258  
werden aus der Rechtsprechung des EGMR primär Gesetzgebungspflichten und  
die Möglichkeit der Berücksichtigung der gemäss Rechtsprechung relevanten Kri-  
terien im Einzelfall geprüft. Schliesslich werden – wo vorhanden – Daten aus der  
Praxis im Sinne einer systemischen Analyse lediglich auf Anhaltspunkte systema-  
tischer Nichtberücksichtigung der Judikatur des EGMR hinzugezogen.

Um den Umfang und die Tragweite der einzelnen Urteile des EGMR im Gesamt- 259  
kontext seiner Rechtsprechung zu bestimmen, ist nachstehend summarisch aufzu-  
zeigen, wie und anhand welcher Kriterien die Tragweite der Geltung der Urteile  
in der Schweiz bestimmt wird, welche Vorbehalte dazu anzubringen sind und in

---

<sup>763</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 87 ff.



welchem Umfang sie einer Generalisierung zugänglich sind. Dabei ist insbesondere zu klären, ob Urteilen des EGMR eine *Erga-omnes*-Wirkung zukommt.

## I. *Erga-omnes*-Wirkung der Urteile des EGMR in der Schweiz

### 1. Bei Verurteilung der Schweiz selbst

- 260 Wird die Schweiz in einem Verfahren vor dem EGMR wegen einer Konventionsverletzung verurteilt, so entfaltet dieses Urteil zunächst zwischen den Parteien und im Einzelfall Wirkung (*res judicata, inter partes*). Für die Frage der rechtlichen Bindungswirkung stellen sich in diesem Fall wenig Probleme, zumal ein verurteilter Staat zunächst gemäss Art. 46 Ziff. 1 EMRK explizit verpflichtet ist, einem gegen ihn ergangenen Urteil im Einzelfall nachzukommen. Insbesondere Art. 122 BGG sieht dafür explizit die Möglichkeit einer Revision eines Entscheids vor.
- 261 Aus praktischer Sicht stellt sich die Frage, ob einem solchen Urteil erweiterte Bindungswirkung zukommt mit Blick auf die Beurteilung ähnlich oder gleich gelagerter künftiger Fälle. Die EMRK sieht keine explizite derartige Bindungswirkung vor. Jedoch geht der EGMR von einer solchen Präjudizwirkung<sup>764</sup> seiner eigenen Urteile aus, womit für ähnliche Fälle eine erneute Verurteilung droht.<sup>765</sup> Insoweit kann festgehalten werden, dass aus praktischer Perspektive eine faktische Bindungswirkung für das Urteil über den Einzelfall hinaus besteht, jedoch keine strikte rechtliche Pflicht aus der EMRK selbst hervorgeht.<sup>766</sup>

---

<sup>764</sup> Damit ist die gerichtliche Selbstbindung des EGMR an seine Rechtsprechung zu verstehen (vgl. hierzu Urteil des EGMR *Cossey gegen das Vereinigte Königreich* vom 27. September 1990 [Nr. 108431/84], § 35).

<sup>765</sup> Der EGMR fasst sich in solchen Verfahren teilweise äusserst kurz. Vgl. z.B. die Urteile des EGMR *Beck, Copp und Bazeley gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Januar 2003 (Nr. 48535/99, 48536/99, 48537/99); *Hülya Erbu Damirel gegen die Türkei* vom 19. Juni 2018 (Nr. 30733/08).

<sup>766</sup> Eine solche könnte hingegen aus der Anerkennung einer jurisprudenziellen Autorität des EGMR hergeleitet werden. Jedoch wurden die Revisionsbestrebungen zur expliziten Verankerung einer Wirkung von Urteilen über Art. 46 EMRK hinaus nicht weiterverfolgt, was gegen eine solche Autorität spricht (zum Ganzen vgl. BESSON, *Erga Omnes*, 144 ff.; GLAS, *passim*).

## 2. Verurteilung anderer Staaten: *Erga-omnes*-Wirkung von Urteilen des EGMR?

Wurde eine Konventionsverletzung im Zuge eines Verfahrens gegen einen anderen Staat festgestellt, stellt sich ebenfalls die Frage, inwieweit solche Urteile auch für andere Konventionsstaaten Bindungswirkung entfalten (sog. *Erga-omnes*-Wirkung). Dabei kann unterschieden werden zwischen der Bindungswirkung hinsichtlich der Interpretation der EMRK (*interpretative Autorität*) und jener hinsichtlich des Urteils im Einzelfall (*Entscheidungsautorität*). Bei Verurteilung anderer Staaten kommt lediglich erstere in Frage.<sup>767</sup> Wie weit und wie genau die *Erga-omnes*-Wirkung von Urteilen des EGMR greift, ist in der Lehre umstritten. Gewisse Autoren argumentieren, Urteile des EGMR hätten eine rechtliche *Erga-omnes*-Wirkung, während andere eine solche ablehnen und von einer rein faktischen *Erga-omnes*-Wirkung ausgehen.<sup>768</sup> Der EGMR selbst sieht in seiner Rechtsprechung zwar eine Erläuterungs-, Wahrungs- und Weiterentwicklungsfunktion der EMRK, äussert sich aber nicht zu deren rechtlicher Verbindlichkeit.<sup>769</sup> 262

Die Gründe für die Annahme einer *Erga-omnes*-Wirkung sind vielfältig. So wird angeführt, dass die subsidiäre Rolle des EGMR es bedinge, dass seine Urteile eine gewisse Geltungswirkung über das einzelne Verfahren hinaus erhielten.<sup>770</sup> Weiter wird argumentiert, dass Menschenrechtsverträge ihrer Natur nach sehr abstrakt gehalten seien, womit die Rechtsprechung als wichtigstes Rechtsfortbildungsinstrument eine erhöhte Bindungskraft verdiene.<sup>771</sup> 263

Die Frage der Einführung einer Normierung einer expliziten, interpretativen *Erga-omnes*-Wirkung in der EMRK wurde 2010 im Zuge der Interlaken-Konferenz vorgeschlagen. Jedoch wurde dieser Vorschlag nicht weiterverfolgt, woraus geschlossen werden kann, dass die Einführung einer solchen Norm notwendig wäre und zumindest die Abgeordneten des Europarates beim derzeit geltenden Art. 46 Ziff. 1 EMRK von keiner rechtlichen *Erga-omnes*-Wirkung ausgehen.<sup>772</sup> Dies spricht jedoch auch für die Absicht eines *Erga-omnes*-Effekts, jedoch basiert 264

---

<sup>767</sup> Vgl. BESSON, *Erga Omnes*, 128 ff.

<sup>768</sup> *Ibid.*, 126.

<sup>769</sup> Urteil des EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Januar 1978, Serie A Bd. 25, § 154.

<sup>770</sup> Vgl. oben Fn. 767.

<sup>771</sup> Vgl. KUNZ 30.

<sup>772</sup> Vgl. BESSON, *Erga Omnes*, 147 ff.

dieser wie auch die Präjudizwirkung des EGMR derweil auf faktischen, pragmatischen und moralischen Gründen.<sup>773</sup>

- 265 Trotz fehlender expliziter Verankerung rechtfertigt sich aus pragmatischen und faktischen Überlegungen daher die Berücksichtigung von Urteilen gegen andere Konventionsstaaten. Dies gilt zunächst im Umfang der generellen Auslegungserwägungen, die sich nicht auf die Spezifika der in Frage stehenden Rechtsordnung beziehen. Weiter können auch fallspezifische Wertungsfragen im Einzelfall herangezogen werden, insbesondere wenn diese Faktoren wertungsausfüllend im innerstaatlichen Recht berücksichtigt werden können.

### 3. Haltung des schweizerischen Bundesgerichts

- 266 Das Bundesgericht erachtet in seiner konstanten Rechtsprechung die Urteile des EGMR für verbindlich, womit es von der interpretativen Autorität des EGMR ausgeht.<sup>774</sup> Indessen geht es methodisch lediglich von einer mittelbaren Durchsetzung der EMRK durch die Gerichte aus. So prüft das Bundesgericht Fälle primär nach Massgabe und Methode des innerstaatlichen Rechts und berücksichtigt die EMRK nur dort, wo deren Garantien weiter gehen könnten als jene des binnenstaatlichen Rechts.<sup>775</sup> Dabei soll zunächst durch Auslegung des Binnenrechts Einklang zwischen Binnenrecht und Konventionsrecht gesucht werden, wobei im Falle eines direkten Normenkonflikts dem Gesetzesrecht die Anwendung im Einzelfall versagt werden kann.<sup>776</sup> Diese Berücksichtigung der Rechtsprechung auf Stufe des Bundesgerichts hat schliesslich mittelbar zur Folge, dass alle Gerichte und Exekutivorgane diese Prinzipien anzuwenden haben.
- 267 Um im Einzelfall eine Präjudizwirkung eines Urteils zu prüfen, ist auf die Vergleichbarkeit der Gesamtumstände eines Falls abzustellen.<sup>777</sup> Dabei zu berücksichtigen sind besonders Ähnlichkeiten im Sachverhalt sowie Ähnlichkeiten der sich stellenden Rechtsfragen und der Grad an Transponierbarkeit der Urteilerwägungen. Durch diese Auseinandersetzung entsteht ein juristischer Dialog auf Stufe der nationalen Gerichte mit der Rechtsprechung des EGMR.<sup>778</sup>

---

<sup>773</sup> Ibid.; vgl. KELLER/MARTI, 4 ff.; KUNZ, 31.

<sup>774</sup> BESSON, Erga Omnes, 137 ff.; KUNZ, 31 ff.

<sup>775</sup> Vgl. hierzu BGE 112 Ia 290, wo das Bundesgericht überhaupt keine Differenzierung zwischen Art. 58 aBV und Art. 6 Abs. 1 EMRK vornahm.

<sup>776</sup> Vgl. BGE 117 Ib 367 E. 2 f.; BGE 124 II 480 E. 3.

<sup>777</sup> Vgl. KUNZ, 96.

<sup>778</sup> Ibid., 31 ff.

#### 4. In der Legislative

Die Rechtsprechung des EGMR wird auch in der Rechtsetzung in der Schweiz 268 berücksichtigt. So verweisen diverse Botschaften auf die Vereinbarkeit von Gesetzesrecht mit völkerrechtlichen Pflichten unter der EMRK.<sup>779</sup> Insoweit erhält die EMRK präventiv Einbezug ins Gesetzesrecht, nicht zuletzt auch zur Abwendung von Verurteilungen durch den EGMR.<sup>780</sup> Darüber hinaus werden teilweise auch (noch) nicht ratifizierte völkerrechtliche Normen im Hinblick auf eine spätere Möglichkeit der Ratifikation berücksichtigt.<sup>781</sup>

#### 5. Faktoren für die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR

Soll die Rechtsprechung des EGMR bei der Beurteilung eines Falls berücksichtigt 269 werden, so stellt sich die Frage, ob und wie diese verallgemeinerungsfähig ist. Zu Unklarheiten führt hierbei z.B. der Ermessensspielraum oder die Prüfung einer Interessenabwägung im Einzelfall. Nachstehend werden die einzelnen Faktoren erläutert, welche für oder gegen eine Berücksichtigung der Rechtsprechung hinzugezogen werden können.

##### 5.1 Einzelfallentscheid oder etablierte Rechtsprechung

Zunächst relevant für die Frage der Tragweite und Berücksichtigung eines Urteils 270 des EGMR ist, ob es sich bei der umzusetzenden Rechtsprechung um eine etablierte Rechtsprechung handelt oder lediglich um einen Einzelfall. So kann erwogen werden, dass es sich bei einem einzelnen Urteil um einen Ausnahmeentscheid aufgrund spezieller Faktoren handelt, womit insbesondere Analogien, Transponierungen und Verallgemeinerungen weniger in Betracht kommen. Daher ist es unter Umständen angezeigt, auch Rückgriff auf die gesamte Rechtsprechung des EGMR Bezug zu nehmen, um «Ausreisser» aus einem Gesamtbild besser zu erkennen.<sup>782</sup>

---

<sup>779</sup> Vgl. exemplarisch die Vereinbarkeitsfragen in BBl 2013 9513, 9585 (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz); BBl 2019 6697, 6714 (Anpassungen der Strafprozessordnung); BBl 2013 5975, 6058 (Ausschaffung krimineller Ausländer); BBl 2014 235, 241 (Verjährungsrecht).

<sup>780</sup> KUNZ, 114 f.

<sup>781</sup> So z.B. der Verweis auf eine mögliche Ratifikation der ESC in BBl 2002 7522, 7556 f. (Ausweitung von Erwerbsersatzansprüchen auf erwerbstätige Mütter).

<sup>782</sup> Sog. «*Kontextualisierung*», vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juni 2018, 2 BvR 1738/12, § 132.

- 271 Von einer Etablierung der Rechtsprechung kann ausgegangen werden, wenn der EGMR in ständiger Bezugnahme auf vergangene Rechtsprechung gewisse Verallgemeinerungen seiner Erwägungen vornimmt. Diese trennt der EGMR von der fallspezifischen Beurteilung. In selteneren Fällen macht der EGMR ausführliche allgemeine Erwägungen zu grundsätzlichen Fragen, woraus sich die Beanspruchung einer allgemeineren Tragweite gewisser Erwägungen auch im Einzelfall ergeben kann.<sup>783</sup> Umgekehrt können fallspezifische Ausführungen zur fehlenden Präcedenzwirkung einzelner Urteile in neueren Urteilen Aufschluss über eine engere Auslegung der Massgeblichkeit eines Urteils geben.<sup>784</sup>

## 5.2 Klarheit der Vorgaben

- 272 Aufgrund der starken Auslegungsbedürftigkeit der EMRK bestimmt sich die Frage der Berücksichtigung der Rechtsprechung der EGMR besonders anhand deren Vergleichbarkeit der Gesamtumstände und der Klarheit der Auslegung der Konvention, die aus einem Urteil hervorgeht. Ausdruck dieser Klarheit kann im Konzept der Reduktion des staatlichen Ermessens «auf null» gesehen werden, wenn der EGMR trotz eines üblicherweise eingeräumten weiten Ermessensspielraums zugunsten der Konventionsstaaten eine Verletzung des fairen Interessenausgleichs feststellt.<sup>785</sup> Besondere Berücksichtigung verdienen dabei auch die vom EGMR (ausnahmsweise) angeordneten Massnahmen.<sup>786</sup> Schliesslich hängt die Interpretation eines Urteils auch massgeblich vom Adressaten und von der Art einer Schutzpflicht ab.<sup>787</sup> So kann ein Urteil gegen den einen Staat wegen der Verletzung einer gesetzgeberischen Pflicht ergehen, gegen den anderen Staat hingegen lediglich wegen mangelhafter Umsetzung bestehender Gesetze im Einzelfall.

---

<sup>783</sup> Vgl. z.B. Urteile des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 121; *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11), § 103 ff.

<sup>784</sup> So z.B. die Urteile des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08); *López Ribalda und andere gegen Spanien* vom 17. Oktober 2019 (Nr. 1874/13, 8567/13).

<sup>785</sup> Vgl. oben Rz. 233 ff.

<sup>786</sup> Vgl. oben Rz. 77 ff.; KUNZ, 198 m.H.a. die Anordnung der Freilassung im Urteil des EGMR *Del Rio Prada gegen Spanien* vom 21. Oktober 2013 (Nr. 42750/09), Ziff. 3 des Dispositivs; vgl. auch laufend: *Navalnyy gegen die Russische Föderation* (Nr. 4743/21).

<sup>787</sup> Vgl. oben Rz. 123 ff., 145 ff.

### 5.3 Rechtlicher und sachlicher Kontext

Wie alle Präjudizien sind auch die Entscheidungen des EGMR immer in ihrem rechtlichen und sachlichen Kontext zu interpretieren. So darf klarerweise der Umfang der Klärung einer Rechtsfrage nicht unbesonnen ohne Berücksichtigung der Einzelheiten eines Falles auf andere Sachverhalte angewendet werden. Daraus ergibt sich innerhalb des gerichtlichen Dialogs innerhalb der Auseinandersetzung mit Urteilen des EGMR auch ein «Recht zu widersprechen».<sup>788</sup> 273

Der EGMR schafft hierbei in gewissem Umfang auch Klarheit, indem er in seinen Urteilen fallspezifische Erwägungen von generellen Erwägungen trennt. Eine Nichtberücksichtigung fallspezifischer Erwägungen und blosses Abstellen auf generelle Erwägungen wären indessen m.E. falsch, zumal Ersteren oftmals wichtige Wertungen zu entnehmen sind, die eine präzisere Auslegung der EMRK ermöglichen. Insoweit sind in der nachstehenden Analyse auch fallspezifische Erwägungen auf ihren verallgemeinerungsfähigen Gehalt zu prüfen. Weiter präzisiert der EGMR seine Rechtsprechung aktiv, indem er in seiner Begründung massgebliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu anderen Fällen hervorhebt.<sup>789</sup> 274

## II. Zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK am Arbeitsplatz

Es gilt nicht als Selbstverständlichkeit, dass Konventionsrechte auch das Arbeitsleben betreffen. So erkannte der EGMR erstmals im Fall *Niemietz*<sup>790</sup>, dass der Arbeitsplatz auch Teil des unter Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens ist.<sup>791</sup> Er begründete diese Anwendung im Kern damit, dass das Arbeitsleben das Nadelöhr für die Knüpfung zwischenmenschlicher Beziehungen in der Aussenwelt 275

---

<sup>788</sup> Vgl. KUNZ, 223 m.w.H.

<sup>789</sup> So im Urteil des EGMR *Schüth gegen Deutschland* vom 23. Dezember 2010 (Nr. 1620/03), § 66 ff. m.H.a. *Obst gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 425/03).

<sup>790</sup> Urteil des EGMR *Niemietz gegen Deutschland* vom 16. Dezember 1992 (Nr. 13710/88).

<sup>791</sup> *Ibid.*, § 27 ff.

darstellt.<sup>792</sup> Arbeit ist daher nicht nur Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts, sondern verfügt u.a. über einen sozialen Selbstzweck und ermöglicht die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben (*kollektive Dimension*).<sup>793</sup> Darin findet sich gleichsam auch ein Rechtfertigungsgrund für eine Erstreckung der positiven Schutzpflichten auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.<sup>794</sup>

- 276 Das Privatleben nach Art. 8 EMRK legt der Gerichtshof weit aus und fasst darunter eine Vielzahl von Lebensaspekten. Namentlich fallen darunter die physische und psychische Integrität, die Persönlichkeitsentwicklung bzw. deren Entfaltung und die Möglichkeit zur Knüpfung und Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen.<sup>795</sup> Darüber hinaus anerkennt der EGMR das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht am eigenen Bild, was besonders im Kontext der technischen Überwachung am Arbeitsplatz immerwährend grössere Relevanz erlangt.<sup>796</sup> Darunter fällt auch der ebenfalls in Art. 8 EMRK enthaltene Schutz der Korrespondenz, welcher weitere Aspekte der Kommunikation erfasst. Dennoch anerkannte der EGMR bislang noch kein Recht auf Arbeit.<sup>797</sup> Der Arbeitsplatz gehört mittlerweile, wie sich nachstehend zeigen wird, aber unbestrittenermassen zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK.

---

<sup>792</sup> Urteil des EGMR *Volkov gegen die Ukraine* vom 9. Januar 2013 (Nr. 21722/11), § 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.*»

<sup>793</sup> Vgl. PÄRLI, EuZA, 60 m.w.H. Zu den verschiedenen Dimensionen von Freiheit an, durch und von der Arbeit BUENO, ILR 2021, *passim*.

<sup>794</sup> Zur Pflicht zur Regelung von Privatverhältnissen im Allgemeinen vgl. Urteil des EGMR *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien* vom 25. Juni 2019 (Nr. 41720/13), § 125 ff.; *Söderman gegen Schweden* vom 12. November 2013 (Nr. 5786/08), § 78; *Dolopoulos gegen Griechenland* vom 17. November 2015 (Nr. 36656/14), § 56 f.

<sup>795</sup> Urteil des EGMR *N.Š. gegen Kroatien* vom 10. September 2020 (Nr. 36908/13), § 95 m.w.H.

<sup>796</sup> Vgl. unten Rz. 546 ff.

<sup>797</sup> Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Torri und andere und Bucciarelli gegen Italien* vom 24. Januar 2012 (Nr. 11838/07, 12302/07), § 37 m.w.H.; Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), § 42 bzgl. Fehlen eines Anspruchs auf Anstellung.

---

## Kündigungsschutz

Das Recht zur Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist Ausdruck der Vertragsfreiheit. Diese Freiheit wird insbesondere aus sozialstaatlichen Erwägungen durchbrochen, da mit dem Arbeitserwerb meist auch die existenzielle ökonomische Grundlage teils mehrerer Personen verknüpft ist. Darin zeigt sich mitunter der Grund für eine Relativität der Vertrags«freiheit», zumal sich – je nach Lage des Arbeitsmarkts – die Notwendigkeit eines Broterwerbs vieler Menschen auch negativ in deren Verhandlungsposition gegenüber Arbeitgebenden niederschlagen kann.<sup>798</sup> Eine Erwerbstätigkeit ist zudem Schlüssel zum gesellschaftlichen Leben. Einerseits ist sie das direkt in Form der Teilnahme am Gesellschaftsleben (Berufsumfeld und Berufstätigkeit), andererseits aber auch indirekt, in Form der Schaffung der dafür notwendigen ökonomischen Freiheiten. Diese Interessen stehen zum Teil im Konflikt mit der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgebenden, welche ihren Betrieb nach eigenem Belieben und eigenen Vorstellungen und insbesondere möglichst profitabel betreiben wollen. 277

Die EMRK enthält keinen expliziten Kündigungsschutz. Dieser basiert auf der Auslegung der einzelnen Konventionsrechte durch den EGMR. Neben Art. 8 EMRK kommen dabei insbesondere auch die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK), die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) sowie das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) in Betracht. Um in diesem Kapitel ein möglichst vollständiges Bild zu schaffen, werden nachstehend – soweit aussagekräftig – Entschiede betreffend Kündigung hinzugezogen, die neben Art. 8 EMRK auch andere Konventionsrechte betreffen. 278

Wie im Grundlagenteil erläutert, besteht die Kompetenz des EGMR prinzipiell lediglich in der Feststellung von Konventionsverletzungen, was sich auch in der fehlenden Möglichkeit zur Sanktionierung bei der Durchsetzung der Urteile des EGMR widerspiegelt.<sup>799</sup> Indessen existiert im Kündigungsrecht ein Ausnahmefall, in welchem der EGMR konkrete Anordnungen verfügte, indem er die Wiederanstellung eines Richters verfügte.<sup>800</sup> Diesbezüglich ist auch der Frage nachzugehen, 279

---

<sup>798</sup> Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 39.

<sup>799</sup> Vgl. oben Rz. 77 ff.

<sup>800</sup> Urteil des EGMR *Volkov gegen die Ukraine* vom 9. Januar 2013 (Nr. 21722/11), Ziff. 9 des Dispositivs. Vgl. auch Urteil des EGMR *Assanidze gegen Georgien* vom 8. April 2004 (Nr. 71503/01), Ziff. 14 a) des Dispositivs. Zum Ganzen vgl. MOWBRAY, 451 ff.



ob gemäss Rechtsprechung des EGMR die EMRK hiermit ein allgemeines Recht auf Wiederanstellung verleiht bzw. unter welchen Voraussetzungen eine solche Wiederanstellung in Frage kommt.

- 280 Auf globaler Ebene enthalten insbesondere die ILO-Kernarbeitsnormen ILO 98 und 87 Bestimmungen zum Kündigungsschutz. Da diese Konventionen von einer relativ grossen Zahl an Staaten ratifiziert wurden, geniessen sie neben ihrem Status als Kernarbeitsnormen auch deswegen noch weitergehende Bedeutung.<sup>801</sup> So fordert insbesondere ILO 98 von den Konventionsstaaten die Ergreifung angemessener Massnahmen zum Schutz vor Diskriminierung von Gewerkschaftsmitgliedern, einschliesslich entsprechender Erleichterungen im Beweisrecht. Die entsprechenden Quellen und Empfehlungen der ILO lassen darüber hinaus Rückschlüsse auf die Anforderungen zum Kündigungsrecht zu, so z.B. ob eine Wiedereinstellung einzuführen ist oder wie hoch allfällige Entschädigungen bei unrechtmässiger Kündigung sein sollten.<sup>802</sup> Schliesslich gilt es in Erinnerung zu rufen, dass der EGMR auch Bezug auf weitere Konventionen nimmt, selbst wenn diese derzeit nicht von einer grossen Anzahl Konventionsstaaten ratifiziert wurden.<sup>803</sup>
- 281 Aufgrund mangelnder Anhaltspunkte wird der Frage nicht nachgegangen, wann für den EGMR ein Arbeitsverhältnis oder eine Kündigung vorliegt. Für eine Klärung dieser Frage bestehen schlicht zu wenige allgemeine Erwägungen des EGMR, die eine sinnvolle Abgrenzung allein anhand der Rechtsprechung ermöglichen würden. Speziell zu erwähnen ist, dass der EGMR zumindest Nichtverlängerungen bzw. Nichterneuerungen von Arbeitsverträgen unter gewissen Voraussetzungen Kündigungen gleichstellt.<sup>804</sup> Details dazu sind jedoch weitgehend unklar, insbesondere z.B. die notwendige Dauer eines solchen Arbeitsverhältnisses.<sup>805</sup>

---

<sup>801</sup> Vgl. eingehend DUNAND/WITZIG, 208 ff.

<sup>802</sup> Ibid., 244.

<sup>803</sup> So z.B. im Urteil des EGMR *Heinisch gegen Deutschland* vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08). Dort nimmt der EGMR Bezug auf ILO 158, welche lediglich von 36 Staaten ratifiziert wurde (Stand: 30. Dezember 2022).

<sup>804</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Lombardi Vallauri gegen Italien* vom 20. Oktober 2009 (Nr. 39128/05), § 38 m.w.H.

<sup>805</sup> So z.B. Urteile des EGMR *Lombardi Vallauri gegen Italien* vom 20. Oktober 2009 (Nr. 39128/05) (rund 20 Jahre) sowie *Fernandez Martinez* vom 12. Juni 2014 (Nr. 56030/07) (rund 6 Jahre).

## I. Rechtsprechung des EGMR

### 1. Grundsätze des Kündigungsrechts – das Urteil Denisov

Leiturtel für die allgemeinen Kriterien bei der Beurteilung von Kündigungen ist das Urteil *Denisov*<sup>806</sup>. Der EGMR hatte darin eine Abberufung eines Richters wegen vorgeworfener organisatorischer Verfehlungen zu beurteilen. Der Beschwerdeführer rügte einerseits die fehlende Unabhängigkeit des Gremiums, welches seine Abberufung entschied (Art. 6 EMRK), andererseits die Auswirkungen der Abberufung auf sein Privatleben (Art. 8 EMRK).

Der EGMR ergriff die Gelegenheit, eine breite Darstellung seiner Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK in Kündigungsfällen zu machen. Er gliederte dabei den Schutzbereich von Art. 8 EMRK in Fälle, in denen die Massnahme der Arbeitgebenden entweder Auswirkungen auf geschützte Aspekte der Konventionsrechte hat (*consequence-based approach*)<sup>807</sup> oder ihren Grund in konventionsrechtlich geschützten Lebensaspekten findet (*reason-based approach*).<sup>808</sup> In jedem Fall muss die Kündigung bzw. Massnahme der Arbeitgebenden eine gewisse Schwere aufweisen.

Beim *consequence-based approach* prüft der EGMR die Auswirkungen einer Kündigung. Dabei sind besonders die Auswirkungen auf die zukünftige Karriere bzw. die beruflichen Wiedereingliederungschancen der gekündigten Person zu beachten. Der EGMR legt besonderes Augenmerk auf Personen, die aufgrund einer Kündigung kaum wieder eine ähnliche Anstellung finden, und lässt dies in seine Kontrolle der Interessenabwägung einfließen.<sup>809</sup> Weiter ist auch der Art und Weise

<sup>806</sup> Urteil des EGMR *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11).

<sup>807</sup> Vgl. hierbei z.B. zum Gewicht, ob im Anschluss eine neue Stelle gefunden werden kann, Urteil des EGMR *Vogt gegen Deutschland* vom 26. September 1995 (Nr. 17851/91), § 60.

<sup>808</sup> Urteil des EGMR *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11). Der EGMR ist im Vergleich zu datenschutzrechtlichen Fragen weitaus weniger strenger in der Beurteilung, ob der Schutzbereich tangiert wurde (vgl. unten Rz. 552 ff.).

<sup>809</sup> Z.B. Urteil des EGMR *Ballıktaş Bingöllü gegen die Türkei* vom 22. September 2021 (Nr. 76730/12), § 55 ff. (*in casu* erachtete der EGMR den Schutzbereich nicht eröffnet, da der gekündigten Forschungsangestellten an einer Universität eine Anstellung im privaten Sektor möglich blieb). Vgl. hingegen Urteil des EGMR *Pişkin gegen die Türkei* vom 15. Dezember 2020 (Nr. 33399/18), § 170 ff. (i.c. bejaht, da die gekündigte Person langzeitarbeitslos war).

der Kündigung Rechnung zu tragen, insbesondere der Auswirkung auf das Umfeld der gekündigten Person.<sup>810</sup>

- 285 Beim *reason-based approach* stellt der EGMR auf die Beweggründe einer Kündigung ab. Zu prüfen ist, ob diese eine Beschränkung der unter der EMRK geschützten Lebensbereiche zur Folge haben. Im Zentrum stehen Kündigungen, die aufgrund von Umständen im Privat- und Familienbereich einer Person erfolgten oder aufgrund persönlicher Eigenschaften einer Person, wie z.B. der Sprache, des Gesundheitsstatus, der ausserdienstlichen Meinungsäußerung oder auch der Nichtbefolgung von Kleidungs Vorschriften am Arbeitsplatz.<sup>811</sup> Darüber hinaus erfasst diese Methode auch Kündigungen, die im Zuge der Verletzung eines Konventionsrechts erfolgten, so besonders im Anschluss an eine unrechtmässige Überwachung.<sup>812</sup>
- 286 Die beiden Methoden können indessen auch in Kombination zu einer Eröffnung des Schutzbereichs der EMRK führen. Sie stellen m.E. daher keine eigentliche strenge Methode des EGMR dar, sondern geben lediglich Aufschluss darüber, welche Umstände bei einer wertenden Betrachtung des Sachverhalts für die Betroffenheit von Art. 8 EMRK besonders zum Tragen kommen sollen.<sup>813</sup>
- 287 Besonders bei Anwendung des *consequence-based approach* stellt der EGMR auf die Schwere der Auswirkungen der Kündigung ab.<sup>814</sup> Dabei relevant ist, ob die Beschwerdeführende substantiiert behauptet, dass die Kündigung schwere negative Auswirkungen auf ihren «inneren Kreis» (*inner circle*) hatte, so z.B. durch Be-

---

<sup>810</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Xhoxhaj gegen Albanien* vom 9. Februar 2021 (Nr. 15227/19), § 363.

<sup>811</sup> Vgl. *ibid.* und unten Rz. 231 ff.

<sup>812</sup> Vgl. unten Rz. 564 ff.

<sup>813</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Schüth gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 1620/03), § 73; *Fernandez Martinez* vom 12. Juni 2014 (Nr. 56030/07), § 110 ff.

<sup>814</sup> Die Rechtsprechung ist jedoch unklar, zumal Art. 35 Ziff. 3 lit. b EMRK als Zulässigkeitsvoraussetzung das Vorliegen eines wesentlichen Nachteils verlangt (vgl. unten Rz. 36). Darüber hinaus spielt die Schwere besonders im Rahmen der Beurteilung unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK eine Rolle. Indessen stellte der EGMR besonders in Fällen mit Umweltschäden fest, dass die verlangte Schwere relativ sei und von den Umständen des Falls abhängt (vgl. Urteil des EGMR *Cordella und andere gegen Italien* vom 24. Januar 2019 [Nr. 54414/13, 54264/15], § 136).

schränkung der Möglichkeiten zur Knüpfung und zum Unterhalt von persönlichen zwischenmenschlichen Beziehungen, oder ihr berufliches Ansehen.<sup>815</sup>

Im Urteil *Denisov* machte der Beschwerdeführer konkret geltend, dass seine Abberufung als Richter wegen vorgeworfener beruflicher Verfehlungen irreparable Schäden seines Ansehens verursacht habe, zumal seine Stelle als Richter den Höhepunkt seiner Karriere dargestellt habe.<sup>816</sup> Der EGMR verwies diesbezüglich auf die Beweispflicht des Beschwerdeführers und darauf, dass dieser nicht belegt habe, wie sich die Abberufung auf seine Karriere oder sein öffentliches Ansehen konkret negativ ausgewirkt habe. So wäre seine Karriere als Richter mit Erreichen des Pensionsalters nach zwei weiteren Jahren ohnehin vorbei gewesen und ihm seien keine moralischen bzw. ethischen Verfehlungen zur Last gelegt worden, weshalb seine Abberufung auch seinen Ruf nicht massgeblich geschädigt habe.<sup>817</sup> Folglich erachtete der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 EMRK *in casu* für nicht betroffen.<sup>818</sup>

## 2. Anspruch auf Wiederanstellung? – das Urteil *Volkov*

Das Urteil *Volkov*<sup>819</sup> hat wegen seiner Ausnahmeerscheinung auf Rechtsfolgeseite besonderes Gewicht. Der Fall behandelt ebenfalls eine Abberufung eines Richters wegen mutmasslicher Verletzung seines beruflichen Eides. Die Entscheidungsfällung seiner Abberufung durch das nationale Parlament erfolgte – neben anderen Unstimmigkeiten – unter Abwesenheit der meisten Parlamentsmitglieder, wobei nachweislich fremde Stimmkarten missbraucht wurden.

<sup>815</sup> Urteil des EGMR *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11), § 120. Vgl. auch zu Spielverboten durch internationale Sportverbände Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Platini gegen die Schweiz* vom 11. Februar 2020 (Nr. 526/18), § 54 ff. Insofern schützt Art. 8 EMRK das Recht, mit Mitmenschen und der Aussenwelt Beziehungen zu pflegen bzw. einzugehen (vgl. GONIN/BIGLER in: CS-CEDH, N 21 zu Art. 8 EMRK).

<sup>816</sup> Ibid. § 86.

<sup>817</sup> Ibid. § 128 f.

<sup>818</sup> Der EGMR stellte jedoch eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen der fehlenden Unparteilichkeit des Gerichts fest.

<sup>819</sup> Urteil des EGMR *Volkov gegen die Ukraine* vom 9. Januar 2013 (Nr. 21722/11); vgl. Urteil des EGMR *Shibayeva gegen die Russische Föderation* vom 4. Februar 2020 (Nr. 13813/06) bezüglich der Anforderungen der Durchsetzung eines (nationalrechtlich vorgesehenen) Wiedereinstellungsanspruchs.

- 290 Der EGMR ordnete in seinem Urteil explizit in Ziffer 9 des Dispositivs an, dass der Beschwerdeführer als oberster Richter wiedereinzusetzen sei. Eine Wiedereinstellung war zwar nach geltendem ukrainischem Recht möglich, erforderte jedoch ein separates Verfahren.<sup>820</sup> Der EGMR begründete seine Verfügung zur Wiedereinstellung einerseits mit der Verletzung des Wesensgehalts der prozessualen Fairness (Art. 6 EMRK) und andererseits mit dem gänzlichen Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in Art. 8 EMRK. Er betonte dabei selbst, dass es sich damit um eine Ausnahme handle:

*«Having said that, the Court cannot accept that the applicant should be left in a state of uncertainty as regards the way in which his rights should be restored. The Court considers that by its very nature the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date.»<sup>821</sup>*

- 291 Die Wiedereinstellung wurde somit unter den folgenden Voraussetzungen verfügt:
- sie war unter nationalem Recht möglich (nicht explizit);
  - es handelte sich um eine schwere Konventionsverletzung;
  - es war dem Beschwerdeführer nicht zumutbar, weiter im Unklaren bezüglich seiner Wiedergutmachung zu bleiben; und
  - die Wiedereinstellung erschien die einzige Option zur Wiederherstellung seiner Rechte.
- 292 Doch geht damit aus dem Urteil *Volkov* die Pflicht hervor, die generelle Option einer Wiedereinstellung im nationalen Recht vorzusehen? Andere Rechtsprechung des EGMR lässt darauf schliessen, dass dies nicht der Fall ist. So relativiert beispielsweise der Fall *Cudak*<sup>822</sup> einen solchen möglichen Anspruch auf Wiedereinstellung. Die Beschwerdeführerin war Botschaftsmitarbeiterin und beschwerte sich wegen sexueller Belästigungen am Arbeitsplatz. Nachdem sie krankheitsbedingt arbeitsunfähig geworden war, wurde ihr zunächst der Zugang zum Arbeitsplatz verweigert und anschliessend gekündigt. Im nationalen Verfahren verzich-

---

<sup>820</sup> Urteil des EGMR *Volkov gegen die Ukraine* vom 9. Januar 2013 (Nr. 21722/11), § 126, 203.

<sup>821</sup> *Ibid.*, § 208 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>822</sup> Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Cudak gegen Litauen* vom 23. April 2019 (Nr. 77265/12).

tete sie zunächst auf die im nationalen Recht vorgesehene Wiederanstellung und forderte eine Entschädigung. Der EGMR stellte im Rahmen dieses Verfahrens eine Verletzung von Art. 6 EMRK fest. Bei der anschließenden Wiederaufnahme des Verfahrens forderte die Beschwerdeführerin (rund 12 Jahre nach ihrer Entlassung) ihre Wiederanstellung, da keiner ihrer früheren Arbeitskollegen mehr dort arbeitete.<sup>823</sup> Das litauische Gericht sprach ihr stattdessen die maximale Entschädigung von zwölf durchschnittlichen Monatslöhnen zu und sah von einer Wiederanstellung ab. Der EGMR stützte diese Auffassung und hielt insbesondere fest:

«[...] in the Court's view, the amount awarded to the applicant – LTL 23,164 (approximately EUR 6,709), plus 5% annual interest for the period from 1 July 2001 until the date of the complete execution of the final court decision – cannot be considered derisory. Furthermore, the domestic law that was in force at the time of the applicant's unlawful dismissal did not entitle her to compensation higher than twelve times her average monthly salary [...] and **the Court may not create a right for the applicant to receive compensation that was not provided in the domestic law** [...]»<sup>824</sup>

Wenn der EGMR also grundsätzlich davon ausgeht, dass er keine zusätzlichen 293 Ansprüche schaffen kann, so hat dies umso mehr auch für eine allgemeine Wiederanstellung zu gelten. Gestützt werden kann diese Ansicht auch auf rechtsvergleichende Aspekte, da die Wiederanstellung besonders in privaten Arbeitsverhältnissen grundsätzlich eine Ausnahme darstellt.<sup>825</sup> Darüber hinaus deckt sich dies mit den Konventionen der ILO 87 und 98 (Schutz der Vereinigungsfreiheit) sowie 158 (Kündigungsschutz). Erstere fordern zum Schutz von Gewerkschaftsmitgliedern vor Benachteiligungen angemessene Massnahmen und lassen diese im Detail offen (Art. 11 ILO 87 und Art. 1 Abs. 2 lit. b ILO 98). Letztere hingegen behält die Zahlung einer Entschädigung als Massnahme zum Schutz vor Kündigungen explizit vor, was ebenfalls für deren Zulässigkeit unter Art. 8 EMRK spricht (Art. 10 ILO 158). Es ist daher davon auszugehen, dass der EGMR mit dem Urteil *Volkov* keinen Anspruch auf Wiederanstellung aktiv schaffen wollte. Viel eher kann er

<sup>823</sup> Ibid. § 24.

<sup>824</sup> Ibid., § 76 (Hervorhebung durch den Autor). Vgl. Urteil des EGMR *Schüth gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 1620/03), § 81, wo die nationalen Gerichte nach § 8 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes die Unwirksamkeit der Kündigung feststellten, der EGMR aber, ohne darauf einzugehen, lediglich von einer Wiedergutmachung im Rahmen von Art. 41 EMRK ausging.

<sup>825</sup> Vgl. summarisch hierzu EU Factsheet 2017, 10 ff.; vgl. aber im Bereich der Diskriminierung: ILO Termination 2015, 32, 37.

einen solchen im Sinne der genannten Ausnahme berücksichtigen, sofern das innerstaatliche Recht einen solchen vorsieht.<sup>826</sup>

### 3. Sanktionen bei unrechtmässigen Kündigungen – das Urteil *Tek Gida İş Sendikası*

294 Im Fall *Tek Gida İş Sendikası*<sup>827</sup> äusserte sich der EGMR zur Frage des Umfangs des Rechtsschutzes bei Entlassungen, welche die Gewerkschaftsfreiheit in ihrem Kern beschneiden. Die Arbeitgeberin hatte 40 Gewerkschaftsmitgliedern gekündigt, um die Bildung einer Gewerkschaft zu verhindern. Die türkischen Arbeitsgerichte verurteilten daraufhin die Arbeitgeberin zur wahlweisen Wiedereinstellung der gekündigten Arbeitnehmenden oder zur Zahlung einer Entschädigung von 12 Monatslöhnen. Dies entsprach der minimalen Entschädigung nach türkischem Recht. Der EGMR bemängelte, dass die Arbeitsgerichte nicht genügsam begründeten, weshalb sie die minimale Entschädigung zugesprochen hätten. Weiter müsse eine Abfindungszahlung eine gewisse Abschreckungswirkung haben, was vorliegend in Anbetracht der tiefen Löhne und der vergleichsweisen grossen Finanzkraft der Arbeitgeberin nicht der Fall gewesen sei.<sup>828</sup> Der EGMR hielt fest:

«[...] *the relevant law, as applied by the courts, did not impose sufficiently deterrent penalties on the employer, which, by carrying out large-scale wrongful dismissals, negated the applicant union's freedom to seek to persuade employees to join it. Accordingly, neither the legislature nor the courts involved in the case satisfied their positive obligation to secure the effective enjoyment of the applicant union's right to seek to persuade the employer to hear what it had to say on behalf of its members and, in principle, its right to bargain collectively with the employer. [...]*»<sup>829</sup>

295 Wie oben dargelegt, gewährt die EMRK keinen Wiederanstellungsanspruch, womit der EGMR es grundsätzlich für ausreichend erachtet, dass Abfindungen in Fällen von konventionsrechtswidrigen Kündigungen bezahlt werden. Diese müs-

---

<sup>826</sup> Anders: BUSCHMANN/JESSOLAT, 14.

<sup>827</sup> Urteil des EGMR *Tek Gida İş Sendikası gegen die Türkei* vom 4. April 2017 (Nr. 35009/05).

<sup>828</sup> *Ibid.*, § 55. Dies ist letztlich auch Ausdruck der verletzlichen Lage der Arbeitnehmenden in solchen Situationen, welche einen verstärkten Schutz rechtfertigt (vgl. unten Rz. 172 ff.).

<sup>829</sup> *Ibid.*, § 50 (Hervorhebung durch den Autor).

sen jedoch eine angemessene Abschreckungswirkung aufweisen, weshalb sich die Frage stellt, wie hoch eine Entschädigung im nationalen Recht zu verankern ist.<sup>830</sup>

Hinsichtlich der Höhe einer Entschädigung bei unrechtmässiger Kündigung ist das Urteil *Tek Gıda İş Sendikası* nicht konkret, ob nun alle nationalen Gesetze Entschädigungen über 12 Monatslöhne hinaus vorsehen müssen.<sup>831</sup> Das Urteil lässt dies offen. Die Implikation eines solchen Anspruchs würde m.E. jedoch nicht genügend die speziellen Umstände des Falls berücksichtigen. So handelte es sich im konkreten Fall zunächst um eine Verletzung des Wesensgehalts von Art. 11 EMRK. Darüber hinaus waren die Löhne der gekündigten Arbeitenden gemäss EGMR tief (*low wages*), insbesondere gemessen an der finanziellen Kraft der Arbeitgeberin. Die Lohnsummen werden zwar im Urteil nicht explizit genannt, jedoch kann als Referenzpunkt das oben erwähnte Urteil *Cudak* dienen, wo der EGMR eine Entschädigung von 12 Monatslöhnen von gesamthaft rund EUR 6'700.– als «nicht lächerlich» bezeichnete.<sup>832</sup> Auch sprach der EGMR im Urteil *Heinisch*<sup>833</sup> einer Arbeitnehmenden wegen einer konventionsrechtswidrigen Kündigung infolge Whistleblowing eine Wiedergutmachung von EUR 10'000.– zu, was Anhaltspunkte zur Angemessenheit der abschreckenden Sanktion in einem solchen Rahmen gibt.<sup>834</sup>

Tieflohnarbeit ist in der Türkei in gewissen Branchen nach wie vor verbreitet, wobei der Mindestlohn in der Türkei im Jahr 2015 lediglich EUR 266.15 betrug.<sup>835</sup> Dies entsprach Mitte 2022 etwa EUR 363.23. Insofern ist es sehr wahrscheinlich, dass die fraglichen Entschädigungen trotz schwersten Konventionsverletzungen unter dem im Urteil *Cudak* zugesprochenen Betrag lagen. Daher sind die Anforder-

---

<sup>830</sup> Vgl. oben Rz. 153 ff.

<sup>831</sup> Vgl. CIRIGLIANO, *passim*.

<sup>832</sup> Vgl. hierzu auch Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Cudak gegen Litauen* vom 23. April 2019 (Nr. 77265/12), § 76.

<sup>833</sup> Urteil des EGMR *Heinisch gegen Deutschland* vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08).

<sup>834</sup> *Ibid.*, § 103: Der EGMR wies indessen den Vorsorgeschaden der Beschwerdeführerin mangels Kausalität ab und wies die Forderung im Grunde ab (Ziff. 4 des Dispositivs). Vgl. indessen Urteil des EuGH vom 2. August 1993, Rs. C-271/91, *Marshall II*, betreffend die Unzulässigkeit der Deckelung einer Entschädigung für geschlechterdiskriminierende Kündigungen.

<sup>835</sup> Vgl. hierzu die Daten betreffend die Türkei in: Eurostat, Minimum Wages (TPS00155). Bei der Umrechnung ist darauf zu achten, dass die Kerninflationsrate in der Türkei seit mehreren Jahren hoch ist.



derungen an Abfindungszahlungen gerade auch mit Blick auf die eher restriktive Rechtsprechung des EGMR zu Art. 41 EMRK m.E. nicht zu hoch anzusetzen.<sup>836</sup>

#### 4. Zwischenfazit

- 298 Die aufgezeigte Rechtsprechung hat hervorgebracht, dass sich die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK in Kündigungsfällen anhand der Kündigungsgründe (*reason based*) und/oder anhand der Kündigungsfolgen (*consequence based*) bestimmt. Besonders in letzterem Fall müssen die Kündigungsfolgen eine gewisse Schwere erreichen. Diese Ansätze können auch in Kombination zum Tragen kommen, sodass Kündigungsfolgen und Kündigungsgründe gemeinsam zu einer Eröffnung des Schutzbereichs führen können.
- 299 Hinsichtlich der Sanktionen und des Rechtsschutzes wurde darüber hinaus festgestellt, dass Art. 8 EMRK keine Pflicht zur Möglichkeit einer Wiederanstellung umfasst. Entschädigungen wegen konventionswidriger Kündigungen haben jedoch genügende Abschreckungswirkung zu entfalten, wobei besonders die Schwere der Rechtsverletzung sowie die Leistungsfähigkeit der Arbeitgebenden zu berücksichtigen sind.

## II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

- 300 Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz im Schweizer Recht ist primär im Obligationenrecht geregelt und gliedert sich in drei Sphären. So schützt zunächst der zeitliche Kündigungsschutz vor Entlassungen während gewisser Zeitperioden. Darüber hinaus besteht ein sachlicher Kündigungsschutz, welcher besonders Kündigungen aus bestimmten Motiven sanktioniert. Schliesslich können Arbeitsverhältnisse auch fristlos aus wichtigem Grund aufgelöst werden, wobei gewis-

---

<sup>836</sup> Vgl. oben Rz. 78. So fliessen in diese Wertung diverse andere Aspekte ein, so insbesondere die Sozialisierung und Herkunft der beteiligten Richter\*Innen und deren Ansichten, Erfahrungen (und Vorurteile) zur Höhe von Löhnen und Lebenshaltungskosten im fraglichen Staat sowie die erwarteten Margen von Arbeitgebenden im fraglichen Gewerbe. Vgl. auch die Übersicht in ILO Termination 2015, 34. So sehen diverse Staaten Entschädigungen von 6 oder weniger Monatslöhnen bei *unfair dismissals* vor. Zum Besonderen Schutz von Gewerkschaften vgl. zuletzt auch Urteil des EGMR *Kaymak und andere gegen die Türkei* vom 20. Juni 2023 (Nr. 62239/12).

se Sanktionen vorgesehen sind, sollte kein solcher wichtiger Grund vorgelegen haben.

## 1. Zeitlicher Kündigungsschutz

Der zeitliche Kündigungsschutz besteht darin, dass er während gewisser Sperrfristen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgebende ausschliesst. Art. 336c OR enthält dabei abschliessend alle geschützten Zeitperioden fest, während welchen Arbeitnehmenden nicht gekündigt werden kann (sog. Sperrfristen). *Ratio* der Sperrfristen ist, dass sich Arbeitnehmende zu diesem Zeitpunkt in einer Lebenssituation befinden, in welcher es im Lichte der persönlichen Ungewissheit unwahrscheinlich scheint, dass sie eine andere Anstellung während der Kündigungsfrist finden.<sup>837</sup> Daher wird die Vertrags- bzw. Kündigungsfreiheit eingeschränkt, sodass die Kündigung zu einem weniger ungünstigen Zeitpunkt zu erfolgen hat.<sup>838</sup>

Die Sperrfristen erfassen konkret die unverschuldete Krankheit und Unfall (lit. b), Schwangerschaft (lit. c), Leistung von Militärdienst, Zivilschutz oder Zivildienst (lit. a), Bezug eines verlängerten Mutterschaftsurlaubs oder Vaterschaftsurlaubs (lit. c<sup>bis</sup> und c<sup>ter</sup>) und von Arbeitgebenden bewilligte humanitäre Einsätze im Ausland (lit. d). Wird eine Kündigung während einer anwendbaren Sperrfrist ausgesprochen, so ist diese nichtig und entfaltet keinerlei Rechtswirkung (Art. 336c Abs. 2 OR). Die Sperrfristen finden indessen keine Anwendung auf echte befristete Arbeitsverhältnisse, während der Probezeit (Art. 335b OR) und bei ausserordentlicher (fristloser) Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund.<sup>839</sup>

Kündigt eine Arbeitgebende zur Unzeit, so hat dies infolge Nichtigkeit der Kündigung keinen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis. Daher dauert dieses unverändert fort. Sofern Arbeitgebende auf die Gültigkeit einer nichtigen Kündigung beharren, haben betroffene Arbeitnehmende jedoch ihre Arbeitsleistung anzubieten, worauf Arbeitgebende diese anzunehmen haben oder in Annahmeverzug geraten. Dies bedeutet, dass Arbeitgebende gemäss Art. 324 Abs. 1 OR diesfalls auch ohne geleistete Arbeit weiterhin den vollen Lohn schulden.<sup>840</sup>

<sup>837</sup> Vgl. BBl 1984 II 551, 605.

<sup>838</sup> BGE 128 III 212, E. 3.

<sup>839</sup> Zur Letzteren vgl. unten Rz. 312 ff.

<sup>840</sup> Vgl. eingehend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 336c OR. Es handelt sich dabei um eine besondere Form der Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR.

## 2. Sachlicher Kündigungsschutz

- 304 Der sachliche Kündigungsschutz ist in Art. 336 OR geregelt. Die darin enthaltene (nicht abschliessende) Auflistung der unzulässigen Kündigungsgründe stellen Konkretisierungen des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.<sup>841</sup> Besondere Berührungspunkte mit Art. 8 EMRK haben dabei die Missbrauchsgründe in Art. 336c Abs. 1 lit. a und b OR. Demnach sind Kündigungen aufgrund persönlicher Merkmale oder der Ausübung verfassungsmässiger Rechte missbräuchlich, sofern sie die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigen. Diese Norm eignet sich besonders als Einfallstor für eine konventionskonforme Auslegung des Zivilrechts bzw. einer mittelbaren Drittwirkung. Dies umso mehr, als die Gründe eine Interessenabwägung im Rahmen des Vorbehalts der Missbräuchlichkeit wegen der Beeinträchtigungen der Zusammenarbeit im Betrieb ermöglichen.<sup>842</sup>
- 305 Da der Katalog in Art. 336 OR nicht abschliessend ist, verfügen Gerichte darüber hinaus über die Möglichkeit, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung auch aufgrund anderer Gründe festzustellen. Darunter fallen z.B. widersprüchliches Verhalten der Arbeitgebenden<sup>843</sup>, Rechtsmissbrauch<sup>844</sup>, Verstösse gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung oder ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden<sup>845</sup>. Letzterer Grund fusst auf einer verstärkten Fürsorgepflicht gegenüber besonders verletzlichen Arbeitnehmenden und ist daher insbesondere im Rahmen von Alterskündigungen relevant.<sup>846</sup> Denn dort haben Betroffene regelmässig schlechte Aussichten auf eine erneute Beschäf-

---

<sup>841</sup> DUNAND in: CS Contrat de Travail, N 1, 3 zu Art. 336 OR.

<sup>842</sup> Dies bedingt im Rahmen der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) teilweise das Ergreifen zumutbarer Massnahmen, um eine Kündigung zu verhindern (vgl. BGE 132 III 115, E. 2.2; BGE 125 III 70, E. 2).

<sup>843</sup> BGE 134 III 108, E. 7.1.2.

<sup>844</sup> BGE 132 III 115, E. 5.1 ff.

<sup>845</sup> Ibid., E. 5.5.

<sup>846</sup> Vgl. im Grundsatz Urteil des BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014, wonach erhöhte Anforderungen an die vorgängige Information und Suche nach Lösungen zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gelten (59-jähriger Account Manager mit 11 bzw. 35 Dienstjahren mit Unterbrüchen). Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung anschliessend gerade betreffend Führungspersonen in den Urteilen des BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021 und BGer 4A\_186/2022 vom 22. August 2022 insoweit relativiert, als dieser erhöhte Schutz einzelfallbezogen gelte (in beiden Fällen verneint). Zum Ganzen vgl. DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 93 zu Art. 328 OR.

digung bis zur Pensionierung, was zur Aussteuerung und somit auch zu erheblichen Einkommensausfällen und empfindlichen Lücken in der Altersvorsorge führen kann.<sup>847</sup> Darüber hinaus kann auch die Art und Weise, wie eine Kündigung ausgesprochen wird, deren Missbräuchlichkeit begründen.<sup>848</sup> Auch wenn Art. 336 OR seinem Wortlaut nach lediglich auf die Kündigungsgründe abstellt, werden somit also auch deren Folgen einer Kündigung bei Beurteilung der Missbräuchlichkeit berücksichtigt.

Missbräuchliche Kündigungen sind rechtswirksam. Das Gesetz geht grundsätzlich nicht von einer Nichtigkeit, Ungültigkeit oder der Möglichkeit einer Aufhebung der Kündigung durch ein Gericht aus. Viel eher ist lediglich die Bezahlung einer Entschädigung bzw. Wiedergutmachung vorgesehen. Mit anderen Worten besteht kein Bestandesschutz privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in der Schweiz. Ein solcher ist nur ausnahmsweise vorgesehen, wie z.B. in Art. 10 Abs. 1 GIG im Falle einer Kündigung, die ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde oder Anrufung der Schlichtungsstelle bzw. des Gerichts wegen einer Geschlechterdiskriminierung erfolgte. Dort besteht ausnahmsweise die Möglichkeit der Aufhebung der Kündigung und somit einer Wiederanstellung, wobei Arbeitnehmende wahlweise auch eine Entschädigung analog zu Art. 336a OR geltend machen können (Art. 10 Abs. 3 und 4 GIG).<sup>849</sup> Schliesslich sieht z.B. auch das FZA die Nichtigkeit von arbeitsvertraglichen Bestimmungen vor, die Personen aus Mitgliedsstaaten aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminieren (Art. 2 FZA i.V.m. Art. 9 Ziff. 4 Anhang I FZA).<sup>850</sup>

Die Höhe der Abfindung bei missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 333a OR ist auf maximal 6 Monatslöhne begrenzt, wobei die Bestimmung explizit Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln vorbehält. Die Rechtsnatur dieser Entschädigung ist im Einzelnen umstritten. Das Bundesgericht weist ihr eine gewisse

<sup>847</sup> Vgl. *ibid.*

<sup>848</sup> Vgl. zum Persönlichkeitsschutz unten Rz. 525.

<sup>849</sup> Aufgrund der Verfahrensdauer ist indessen regelmässig eine provisorische Wiederanstellung durch das Gericht anzuordnen. Zu den Voraussetzungen vgl. UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 45 ff. zu Art. 10 GIG. Vgl. hierzu aber zum prominenten Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Juli 2018, ZK 18 152, *Inselspital*, wo die infolge Aufhebung der Kündigung wiederangestellte Arbeitnehmerin gleich wieder freigestellt wurde.

<sup>850</sup> Vgl. zur Wirkung unter Privaten insb. Urteil des BGer 4A\_230/2018 vom 15. Januar 2019, E. 2.5.1 ff. (Drittwirkung bestätigt, im Ergebnis aber offengelassen). Zur Frage des Bestandesschutzes bei Nichteinhaltung der Vorschriften zum Betriebsübergang vgl. PORTMANN/RUDOLPH in BSK OR, N 10 zu Art. 333 OR.

Bestrafungs- und Wiedergutmachungsfunktion zu, wobei sie gemäss Bundesgericht mit einer Vertragsstrafe vergleichbar ist, weshalb sie auch keinen Nachweis eines Schadens voraussetzt.<sup>851</sup> Sie steht gemäss Bundesgericht in Anspruchskonkurrenz mit anderen Schadenersatzansprüchen, die ebenfalls auf der Missbräuchlichkeit der Kündigung beruhen.<sup>852</sup> Gerade hinsichtlich der Konkurrenz mit zusätzlichen Genugtuungsansprüchen vertritt die h.L. die Ansicht, dass wegen der Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung nach Art. 336a OR grundsätzlich kein Raum für eine weitere Genugtuung bestehe, solange die Gründe für die Beanspruchung einer Genugtuung dieselben seien wie jene, die die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründeten.<sup>853</sup> Eine Ausnahme hiervon besteht jedoch, wenn die maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen im Lichte der Schwere der Verletzung nicht ausreicht.<sup>854</sup> Diese Ausnahme ist auf Härtefälle beschränkt (*on réserve cependant l'hypothèse tout à fait exceptionnelle*).<sup>855</sup> Die dogmatische Einordnung dieser Rechtsprechung ist unklar. Da diese Ausnahme jedoch häufig Fälle betrifft, in welchen eine kumulative Persönlichkeitsverletzung vorliegt,<sup>856</sup> befürworten zumindest einige Autoren, dass sich diese aus einer ausservertraglichen Haftung nach Art. 28 f. ZGB ergibt.<sup>857</sup>

- 308 Bezüglich der Bemessung der Entschädigung sieht das Gesetz in Art. 336a Abs. 2 OR vor, dass sie unter Berücksichtigung aller Umstände festzusetzen ist. Daher steht die Bemessung im Ermessen des zuständigen Gerichts. Als allgemeine Bemessungskriterien herangezogen werden insbesondere die Schwere der Verfehlung und allfälliges Mitverschulden der Arbeitnehmenden<sup>858</sup>, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Arbeitgebenden<sup>859</sup>, die Schwere einer allfälligen Persön-

---

<sup>851</sup> BGE 123 III 391, E. 3c.

<sup>852</sup> Grund hierfür ist die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen einer Kündigung (vgl. *ibid.*). Freilich ergibt diese Auffassung jedoch wenig Sinn, wenn der tatsächliche Schaden 6 Monatslöhne übersteigt, weshalb dem Schaden zumindest besonderes Gewicht im Rahmen der Bemessung der Entschädigung beizulegen ist (vgl. PORTMANN, ArbR 2003, 15; DERS., FS Rey, 491 ff.).

<sup>853</sup> MÜLLER, FS Geiser, 284 f.

<sup>854</sup> Urteil des BGer 4A\_607/2011 vom 10. November 2011, E. 3.

<sup>855</sup> *Ibid.*

<sup>856</sup> Urteil des BGer 4C.343/2003 vom 13. Oktober 2004 (= JAR 2005, 285).

<sup>857</sup> Vgl. auch PORTMANN/RUDOLPH in BSK OR, N 8 zu Art. 336a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336a OR.

<sup>858</sup> BGE 119 II 157, E. 2b.

<sup>859</sup> MÜLLER, FS Geiser, 281.

lichkeitsverletzung<sup>860</sup>, die Nähe zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden<sup>861</sup> sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung<sup>862</sup>.

Die Praxis der Gerichte für die Höhe der Zusprechung der Entschädigung ist 309 schweizweit nicht vereinheitlicht. Ein Versuch einer quantitativen Studie im Jahr 2016 zeigte darüber hinaus auf, dass lediglich in einer Handvoll Fällen Entschädigungen von drei Monatslöhnen oder mehr durch Gerichte zugesprochen wurden.<sup>863</sup> Dies lässt auch im Lichte der in dieser Studie geführten Interviews auf eine relativ restriktive Praxis schliessen. Der statistische Aussagegehalt dieser Erhebung ist jedoch insoweit zu relativieren, als viele Ansprüche angesichts des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit und des oftmals verhältnismässig tiefen Streitwerts aussergerichtlich oder bereits im Schlichtungsstadium abgeschlossen werden. Darüber hinaus können Betroffene auf die Geltendmachung verzichten, z.B. wegen mangelnder Information oder einer schlechten Prognose bezüglich der möglichen Kosten gegenüber dem Nutzen (*rationale Apathie*). Auch ist davon auszugehen, dass offensichtliche Fälle nach einer Rechtsberatung ebenfalls aussergerichtlich beigelegt werden können. Folglich sind mit Blick auf die vorhandenen Praxisdaten Rückschlüsse zu einer ggf. systematischen Ermessensunterschreitung nicht möglich, zumal für eine weitergehende Aussage auch eine inhaltliche Analyse der Fälle anhand standardisierter Kriterien notwendig wäre.

Die Beweislast für das Vorliegen eines missbräuchlichen Kündigungsgrunds sowie 310 von dessen Kausalität für die Kündigung obliegt gemäss Art. 8 ZGB der Person, die sich auf deren Vorliegen beruft. Folglich obliegt die Beweislast nahezu immer den Arbeitnehmenden.<sup>864</sup> Da gerade der Beweggrund einer Kündigung eine innere Tatsache der Gegenpartei darstellt, ist er in der Regel nur mittels Indizien erbringbar. Das Bundesgericht lässt daher das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit zum Nachweis des Grundes und der Kausalität genügen.<sup>865</sup> Ausnahme hiervon bildet Art. 6 GlG, wonach bei Kündigungen infolge Geschlechterdiskriminierung

<sup>860</sup> BGE 123 III 246, E. 6a.

<sup>861</sup> BGE 118 II 157, E. 4b/ee. Dabei werden insbesondere die Anzahl Dienstjahre sowie das Alter der gekündigten Person berücksichtigt.

<sup>862</sup> BGE 123 III 391, E. 3c.

<sup>863</sup> FERNANDEZ, 54 ff. Die Verteilung der konkreten Entschädigungen der Fälle mit einer Wiedergutmachung zwischen 3 und 6 Monatslöhnen eignet sich jedoch aufgrund der dort kleinen Stichprobengrösse nicht dazu, nähere Aussagen zu treffen (n = 7). Vgl. ähnlich auch MÜLLER, FS Geiser, 287.

<sup>864</sup> Vgl. BGE 123 III 246, E. 4b m.w.H.

<sup>865</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_665/2010 vom 1. März 2011, E. 7.2.

zumindest die Diskriminierung lediglich glaubhaft gemacht werden muss. Erleichterung bezüglich dieses Beweisnotstandes soll der Anspruch auf Begründung einer Kündigung nach Art. 335 OR gewähren, wobei das Gericht insbesondere Verschleierungshandlungen wertend berücksichtigen darf.<sup>866</sup> Es kann dabei grundsätzlich in Frage gestellt werden, ob der Anspruch auf Begründung in der Praxis tatsächlich Abhilfe schafft oder einfach zu einer verstärkten Formalisierung des Kündigungsprozesses führt.

- 311 Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sieht hinsichtlich der Gerichtskosten und Verfahren spezielle Massnahmen zur Vereinfachung der Prozesse für Arbeitnehmende vor (*sozialer Zivilprozess*). So werden für das Schlichtungsverfahren und Gerichtsverfahren keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 113 Abs. 2 lit. d und 114 lit. c ZPO), sofern der Streitwert weniger als CHF 30'000.– beträgt.<sup>867</sup> Indessen hat die unterliegende Partei der obsiegenden Partei grundsätzlich eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 f. ZPO). Damit entsteht ein grosses Risiko für die unterliegende Partei bezüglich der Kosten für die eigene Vertretung sowie jene der Gegenpartei. Auch gilt es zu beachten, dass Parteientschädigungen nicht immer die tatsächlichen Vertretungskosten decken, weshalb Klagen mit tiefen Streitsummen selbst bei vollständigem Obsiegen zum Minusgeschäft werden können. Darüber hinaus findet auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert unter CHF 30'000.– das vereinfachte Verfahren Anwendung. Dies hat unter anderem zur Folge, dass das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Diese sog. soziale Untersuchungsmaxime bedeutet indessen keineswegs, dass die Gerichte den Sachverhalt selbst ausforschen, sondern umfasst i.d.R. lediglich eine verstärkte Fragepflicht im Rahmen der Beweiserhebung.<sup>868</sup>

### 3. Fristlose Auflösung aus wichtigem Grund

- 312 Art. 337 Abs. 1 OR erlaubt es beiden Parteien eines Arbeitsvertrages, diesen jederzeit aus wichtigem Grund sofort zu beenden. Die Norm kodifiziert die *clausula rebus sic stantibus* im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht.<sup>869</sup> Folge einer

---

<sup>866</sup> Vgl. hierzu eingehend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 zu Art. 336 OR.

<sup>867</sup> Dieser bestimmt sich nach den Rechtsbegehren der Parteien (Art. 91 Abs. 1 ZPO), womit Arbeitnehmende nur scheinbare volle Kostenkontrolle bei einer Klage auf Entschädigung nach Art. 336a OR haben. Denn Art. 336b Abs. 2 OR sieht für diese Ansprüche eine nur 180-tägige Verwirklichungsfrist vor.

<sup>868</sup> Vgl. BGE 141 III 569, E. 2.3.1.

<sup>869</sup> BGE 129 III 380, E. 2.2 m.w.H.

fristlosen Auflösung ist die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses, selbst wenn kein wichtiger Grund vorliegt und/oder die Kündigung in den zeitlichen oder sachlichen Kündigungsschutz fällt.<sup>870</sup> Über das Vorliegen eines wichtigen Grundes entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.<sup>871</sup> Als wichtige Gründe kommen alle Umstände in Betracht, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lassen. Ob diese Unzumutbarkeit konkret gegeben ist, bestimmt sich insbesondere nach der Dauer und Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses, der Stellung der betroffenen Arbeitnehmenden sowie der Schwere und Frequenz allfälliger Verfehlungen einer Partei.<sup>872</sup> Schliesslich beschränkt Art. 337 Abs. 3 OR das richterliche Ermessen insoweit, als die unverschuldete Verhinderung der Arbeitnehmenden an der Arbeitsleistung keinen wichtigen Grund darstellen kann.

Als Beispiele für Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu nennen sind strafbare Handlungen am Arbeitsplatz<sup>873</sup>, das unentschuldigte Fernbleiben der Arbeitnehmenden vom Arbeitsplatz (ggf. nach Abmahnung)<sup>874</sup>, schwere Verletzungen arbeitsvertraglicher Sorgfaltspflichten<sup>875</sup>, schwere Verletzungen der Fürsorgepflicht<sup>876</sup> oder eine unerwartete einseitige Änderung der Anstellungsbedingungen<sup>877</sup>.

<sup>870</sup> ETTER/STUCKY in: SHK Arbeitsvertrag, N 1 f. zu Art. 337 OR m.w.H.

<sup>871</sup> BGE 127 III 310, E. 3b.

<sup>872</sup> Vgl. ETTER/STUCKY in: SHK Arbeitsvertrag, N 13 ff. zu Art. 337 OR; umfassend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 zu Art. 337 OR.

<sup>873</sup> Urteil des BGer 4A\_177/2017 vom 22. Juni 2017, E. 2.2.2 (Straftat gegenüber der Arbeitgebenden – bejaht); 4A\_228/2015, E. 5 (geringfügiger Diebstahl zum Nachteil der Arbeitgebenden oder Klienten – *obiter dictum*). Strafbare Handlungen ohne Arbeitsplatzbezug stellen im Regelfall keinen Grund zur ausserordentlichen Kündigung dar (ETTER/STUCKY in: SHK Arbeitsvertrag, N 30 zu Art. 337 OR; Urteil des BGer 4C.431/2005 vom 31. Januar 2006, E. 2.2). Vgl. auch zur persönlichen Internetnutzung am Arbeitsplatz DUNAND, *Internet au Travail*, 46 ff.

<sup>874</sup> Urteil des BGer 4A\_35/2017 vom 31. Mai 2017, E. 4.3.

<sup>875</sup> So z.B. eine schwere Verkehrsregelverletzung eines Lastwagenführers (Urteil des BGer 4A\_625/2016 vom 9. März 2017, E. 6.3) oder das Zurücklassen von minderjährigen Schülern bei laufendem Motor zur Erledigung von Einkäufen (Urteil des BGer 4A\_137/2014 vom 10. Juni 2014, E. 3).

<sup>876</sup> Vgl. hierzu eingehend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 zu Art. 337 OR. Exemplarisch zu nennen sind schweres Mobbing, sexuelle Belästigungen, Aufforderungen zur Begehung von Straftaten oder die rigorose Überwachung.

<sup>877</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_595/2018 vom 22. Januar 2020, E. 3.3.



- 314 Erweist sich eine fristlose Auflösung als gerechtfertigt, so hat die Partei, die den Grund verschuldet hat, vollen Schadenersatz zu leisten (Art. 337b Abs. 1 OR). In allen anderen Fällen bestimmen sich die vermögensrechtlichen Folgen gemäss Art. 337b Abs. 2 OR nach gerichtlichem Ermessen. Dabei sind allfälliges Mitverschulden, die wirtschaftliche Interessenlage, Dauer der Anstellung, die Natur des Auflösungsgrundes und die Lohnhöhe zu berücksichtigen.<sup>878</sup>
- 315 Ist eine fristlose Auflösung durch eine Arbeitgebende nicht gerechtfertigt, so schuldet sie den Lohn, der bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist angefallen wäre, unter Anrechnung der tatsächlich verdienten oder absichtlich unterlassenen Einkommen der Arbeitnehmenden bis zur ordentlichen Beendigung. Darüber hinaus kann das Gericht Arbeitnehmenden ermessensweise eine Wiedergutmachung zusprechen, die sich nach denselben Kriterien wie bei der missbräuchlichen Kündigung richtet.<sup>879</sup> Eine solche Entschädigung ist indessen ausgeschlossen, wenn die Kündigung durch die Arbeitnehmende erfolgt.<sup>880</sup> Sie beträgt gemäss Art. 337c Abs. 3 OR wie auch im sachlichen Kündigungsschutz maximal 6 Monatslöhne. Erweist sich eine fristlose Auflösung durch Arbeitgebende darüber hinaus auch als missbräuchlich, so ist lediglich die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geschuldet.<sup>881</sup>

#### 4. Diskussion und Fazit

- 316 Es ist zu diskutieren, ob der oben dargestellte rechtliche Rahmen des Kündigungsschutzes die herausgearbeiteten Anforderungen des EGMR erfüllt. Dabei ist der Frage nachzugehen, ob der dargestellte gesetzliche Rahmen eine genügende potenzielle Abschreckungswirkung aufweist und ob das Gesetz bzw. die Gerichte in der Schweiz die relevanten Faktoren für die Interessenabwägung berücksichtigen. Demnach muss Gesetz bzw. Rechtsprechung bei der Beurteilung einer Kündigung die Kündigungsgründe, die Kündigungsfolgen sowie die Schwere der Kündigung auf das Privatleben beachten können. Schliesslich müssen genügend abschreckende Massnahmen vorgesehen werden, die besonders auch die Finanzkraft der Arbeitgebenden sowie die Lohnhöhe im Einzelfall mit einbeziehen.

---

<sup>878</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 337b OR.

<sup>879</sup> Vgl. *ibid.*, N 8 zu Art. 337c OR. Vgl. oben Rz. 308.

<sup>880</sup> BGE 137 III 303, E. 2.2.

<sup>881</sup> Vgl. oben Rz. 307.

Da Art. 8 EMRK nicht von einem Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses ausgeht, ist die Regelung der Schweiz mit Wiedergutmachungszahlungen grundsätzlich zulässig. Einen solchen kennt das Schweizer Recht im Rahmen des sachlichen Kündigungsschutzes sowie bei der fristlosen Auflösung aus wichtigem Grund nur in Spezialfällen. Auf den zeitlichen Kündigungsschutz ist schliesslich nicht näher einzugehen, zumal dieser mit der Nichtigkeitsfolge der Kündigung die Anforderungen des EGMR ohne Weiteres erfüllt. 317

Die Schutzpflichten im Rahmen des Kündigungsschutzes werden in der Schweiz insbesondere durch die Gerichte im Rahmen der Ermessensausübung bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung (Art. 336a Abs. 2 OR) oder dem Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Auflösung (Art. 337 Abs. 3 und Art. 337c Abs. 3 OR) sowie den damit zusammenhängenden Entschädigungsansprüchen wahrgenommen. So können Gerichte insbesondere Kündigungen wegen ihrer Gründe (*reason-based approach*) hinsichtlich der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, persönlicher Eigenschaften sowie allgemeiner Treuwidrigkeit für missbräuchlich qualifizieren. Schliesslich werden in der Schweizer Rechtsprechung auch teilweise die Kündigungsfolgen berücksichtigt (*consequence-based approach*). So lässt gemäss Rechtsprechung insbesondere der Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung oder ein krasses Missverhältnis der Interessen eine Berücksichtigung der Kündigungsfolgen auf eine Arbeitnehmende auf Stufe der Qualifikation der Missbräuchlichkeit zu.<sup>882</sup> 318

Darüber hinaus können Gerichte bei der Bemessung der Entschädigung im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens die massgebenden Faktoren im Einzelfall berücksichtigen. Darunter fallen insbesondere die Schwere der Rechtsverletzung durch die Kündigung sowie die Finanzkraft der Parteien. Bei der Ermessensausübung besteht im Rahmen des rechtlichen Gehörs wegen des grösseren Ermessensspielraums im Grundsatz eine erhöhte Begründungspflicht.<sup>883</sup> Dies ist insoweit wichtig, als sich die Prüfung des EGMR im Rahmen des grundsätzlich weiten Ermessens der Konventionsstaaten darauf beschränkt, zu prüfen, ob alle relevanten Faktoren im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt wurden.<sup>884</sup> 319

---

<sup>882</sup> Vgl. oben Rz. 305.

<sup>883</sup> Vgl. die allgemeinen Ausführungen in BGE 129 I 232, E. 3.

<sup>884</sup> Vgl. oben Rz. 187.

- 320 Unklar scheint, ob der gesetzliche Rahmen der Entschädigungen und deren grundsätzliche Limitierung auf 6 Monatslöhne<sup>885</sup> in jedem Fall zu einem konventionskonformen Ergebnis führen. Diese Frage stellt sich insbesondere im Lichte des Urteils *Tek Gida*, wo eine Entschädigung von 12 Monatslöhnen vom EGMR als ungenügend erachtet wurde. Jedoch wurde bereits oben dargelegt, dass diese Aussage mit Blick auf das Lohnniveau der betroffenen Arbeitnehmenden nicht *telquel* übernommen werden kann.<sup>886</sup> So wird das wirtschaftliche Risiko einer missbräuchlichen Kündigung (bzw. die Entschädigungshöhe im Einzelfall) für Arbeitgebende zumindest aus Sicht des EGMR bei einem höheren Pensum und einem in der Schweiz durchschnittlichen Lohn im Regelfall für den EGMR genügend schwer wiegen.<sup>887</sup>
- 321 Probleme bereiten könnte die Plafonierung der Entschädigung auf maximal 6 Monatslöhne in Fällen mit sehr tiefen oder symbolischen Löhnen. So erscheint dort die Anknüpfung an den Lohn untauglich, eine entsprechende Abschreckungswirkung zu schaffen. Dies, weil Art. 8 EMRK eben nicht nur wirtschaftliche Auswirkungen erfasst, sondern den Zugang zum gesellschaftlichen Leben als solchen.<sup>888</sup> Daher sind Fälle denkbar, in welchen eine Entschädigung wegen missbräuchlicher oder ungerechtfertigter fristloser Entlassung keine genügende Abschreckungswirkung aufweist.<sup>889</sup>
- 322 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts erlaubt es, in solchen Fällen eine zusätzliche Genugtuung zuzusprechen. Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 49 OR setzt dafür eine gewisse Schwere der Verletzung voraus, welche nicht anders wiedergutmacht worden ist. Die Gerichte haben hierbei ein grosses Ermessen und stellen auf das

---

<sup>885</sup> Dieser ist bei der ungerechtfertigten sofortigen Auflösung (Art. 337c Abs. 3 OR), der missbräuchlichen Kündigung (Art. 336a Abs. 2 OR) sowie Art. 5 Abs. 4 *in fine* GlG identisch.

<sup>886</sup> Die genaue Eruierung des damaligen Lohnniveaus ist aufgrund der fehlenden Stellenbeschreibungen sowie der derzeit grossen Inflation der türkischen Lira und der türkischen Geldpolitik nicht einfach rückwirkend zu bestimmen. Jedoch können im Sinne einer Referenz die Daten von <[www.salaryexpert.com](http://www.salaryexpert.com)> dienen, wonach der derzeitige Durchschnittslohn von Fabrikarbeitenden in der Türkei rund CHF 3'600.– pro Jahr beträgt <<https://www.salaryexpert.com/salary/job/factory-worker/turkey/istanbul>> (abgerufen am: 30. Dezember 2022).

<sup>887</sup> Vgl. oben Rz. 296.

<sup>888</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Sibadras und Džiautas gegen Litauen* vom 27. Juli 2004 (Nr. 55480/00, 59330/00), § 49.

<sup>889</sup> Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Fn. 2881.

subjektive und das objektive Empfinden einer durchschnittlichen Drittperson ab.<sup>890</sup> Die Schwere hat für die Zusprechung einer Genugtuung jedoch aussergewöhnlich schwer zu sein und muss das Mass alltäglicher Aufregungen oder Sorgen übertreffen.<sup>891</sup>

Es folgt daraus, dass für die Einhaltung der Schutzpflichten im Kündigungsrecht 323 eine Wechselwirkung zwischen EMRK-Rechten und Art. 49 OR erstellt werden muss. So kann eine Abschreckungswirkung über finanzielle Belange nur dann bestehen, wenn auch eine genügend hohe Entschädigung an eine gekündigte Person zu bezahlen ist. Dabei werden Gerichte in solchen Fällen verstärkt tatpersonenbezogene Elemente neben dem Verschulden zu beachten haben, da die Abschreckungswirkung mithin auch von deren Leistungsfähigkeit abhängt. Insoweit müssen für den geschilderten Fall die Bemessungselemente der Entschädigung nach Art. 336c OR auch für die Zusprechung und Bemessung einer Genugtuung in solchen Fällen herangezogen werden.

Zugegebenermassen wird es selten zu einer solchen Situation kommen. Indessen 324 wäre eine Aufhebung dieser Ausnahmeregelung gerade aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit wünschenswert. So wissen weder Arbeitnehmende noch Arbeitgebende, ob sie unter dem Titel von Art. 49 OR Anspruch auf eine Genugtuung haben und, falls ja, wie hoch diese ausfallen wird. Dies beschränkt den Zugang zur Justiz in praktischer Hinsicht. Eine Gesetzesänderung im Sinne einer Klarstellung wäre in diesem Fall daher durchaus angezeigt. Die Forderung nach einer Erhöhung der maximalen Entschädigungen auf 12 Monatslöhne stand schon öfters im Raum, wurde aber letztlich bislang abgelehnt.<sup>892</sup> So sah der ursprüngliche Entwurf des Bundesrates bereits eine Entschädigung von 12 Monatslöhnen vor, welche aber insbesondere zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen auf 6 Monatslöhne reduziert wurde.<sup>893</sup> Ein erneuter Vorstoss im Jahr 2010 mit dem

<sup>890</sup> BGE 129 III 715, E. 4.4.

<sup>891</sup> KESSLER in: BSK OR, N 11 zu Art. 49 OR m.H.a. das Urteil des BGer 6B\_400/2008 vom 7. Oktober 2008, E. 6.2 (Strafverfahren gegen den Kläger – Schwere verneint); BGE 125 III 70, E. 3b (Antrag der Vorgesetzten an die Geschäftsleitung auf psychische Begutachtung der Arbeitnehmenden – Schwere verneint); BGE 131 III 26, E. 12.4 (Vorwurf der Misshandlung und schwarzen Beschäftigung von Mitarbeitenden durch eine Zeitung – Schwere im Lichte der Urteilspublikation verneint); BGE 129 III 715, E. 4.4 f. (Unbefugte Verwendung von Filmaufnahmen – Schwere verneint); BGE 135 III 145, E. 6 (Darstellung des Klägers in einem Roman als Verbrecher – Bestätigung einer Genugtuung von CHF 10'000.–).

<sup>892</sup> Vgl. BBl 1984 II 551, 633 f., 636 und 613 bzgl. der fristlosen Auflösung.

<sup>893</sup> Vgl. Bundesrat, Sanktionen bei ungerechtfertigter Kündigung, 17 ff. m.w.H.

Hinweis, dass auch in einem höheren Entschädigungsrahmen die Finanzkraft der Arbeitgebenden berücksichtigt werden könnte, blieb ebenfalls erfolglos.<sup>894</sup>

- 325 Neben der allgemeinen Erhöhung des Entschädigungsrahmens wäre es m.E. alternativ denkbar, die Plafonierung der Entschädigung bis zu einer gewissen Mindestschwelle (festgelegt durch einen Durchschnitts- oder Medianlohn) zu durchbrechen oder gesamthaft von der Lohnhöhe als Bemessungsgrundlage abzukommen. Denkbar wäre eine vollständige Ermessensentschädigung ohne Plafonierung oder eine Multiplikation des durch die Kündigung entstandenen Schadens (*punitive oder exemplary damages*). Darüber hinaus würde auch bereits eine gesetzlich vorgesehene Abweichung von der Plafonierung in begründeten Ausnahmefällen im Sinne einer Ventilklauseel ausreichen, sodass ein allfälliges Korrektiv der bestehenden Regelung nicht mehr über Ausnahmen gewisser Regeln zur Anspruchskonkurrenz erfolgen müsste.

---

<sup>894</sup> Ibid., 19 f.

---

## Schutz der Gesundheit und Sicherheit

In der Rechtsprechung des EGMR besteht mittlerweile eine detaillierte Rechtsprechung zum Schutz der körperlichen und geistigen Integrität im Rahmen von Art. 8 und 2 EMRK. Diese betrifft teilweise auch Schutzpflichten am Arbeitsplatz. Sie finden insbesondere dort Anwendung, wo Arbeitnehmende sich selbst gegen Gefahren nicht in zumutbarer Weise schützen können und daher die Konventionsstaaten im Rahmen von Art. 8 und 2 EMRK schützend eingreifen müssen. 326

Die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz ist ein Schnittstellenbereich zwischen dem Schutz des Lebens nach Art. 2 EMRK und der körperlichen und geistigen Integrität nach Art. 8 EMRK. Denn aufgrund der oftmals starken Überlappungen zwischen den beiden Aspekten behandelt der EGMR sie unter sehr ähnlichen Gesichtspunkten. Eine solche Vorgehensweise erscheint im Lichte der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und zur Verhinderung von Wertungswidersprüchen auch angezeigt. Es wird daher nachstehend teilweise auch die Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK berücksichtigt, um die Schutzpflichten im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK zu analysieren. 327

Im globalen Kontext betreffen insbesondere die ILO-Konventionen ILO 155 und 187 den Schutz der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz. Diese Normen gehören seit Juni 2022 zu den Kernarbeitsnormen. Die Schweiz hat indessen keine der beiden Konventionen ratifiziert.<sup>895</sup> Auch wenn ihre Prinzipien aufgrund ihrer Eigenschaft als Kernarbeitsnormen auch ohne Ratifikation zum Tragen kommen müssen, bedeutet dies eine gewisse neu gewonnene verstärkte Berücksichtigung im Rahmen der integrativen Auslegung des EGMR für die Schweiz, was ihnen trotz fehlender Ratifikation eine mögliche justiziable Dimension verschafft.<sup>896</sup> ILO 155 und 187 enthalten unter anderem die generelle staatliche Pflicht, die Arbeitssicherheit regelmässig unter Mitwirkung von Arbeitnehmenden- und Arbeitgeberverbänden zu prüfen und mittels Zwangsmassnahmen und eines Aufsichtssystems durchzusetzen (z.B. Art. 8 f. ILO 155). Die Kosten sind dabei generell durch die Arbeitgebenden zu tragen (Art. 21 ILO 155). Darüber hinaus haben Arbeitnehmende ein Recht auf Niederlegung der Arbeit bei Gefahr, ohne dass ihnen daraus Nachteile entstehen (Art. 13 ILO 155). 328

---

<sup>895</sup> Stand: 30. Dezember 2022.

<sup>896</sup> Vgl. oben Rz. 45 ff.

329 Die nachstehenden Kapitel gehen auf die einzelnen Teilgehalte der positiven Schutzpflichten aus der Rechtsprechung zur physischen und psychischen Integrität bzw. zum Schutz des Lebens am Arbeitsplatz ein. Sie umfassen zunächst das Erfordernis zur Schaffung eines gesetzlichen Rahmens zum Schutz vor Fremdgefährdung und zur Ergreifung von Massnahmen im Einzelfall. Darüber hinaus anerkennt der EGMR im Sinne eines prozessualen Rechts Ermittlungspflichten, insbesondere bei Körperverletzungen durch Drittverschulden oder im Rahmen von schweren Unfällen. Im Weiteren bestehen auch verwaltungstechnische Informations-, Aufsichts- und Bewilligungspflichten, besonders im Bereich des präventiven oder nachträglichen Gesundheitsschutzes und bei der Durchführung gefährlicher Tätigkeiten.

## I. Schutz vor Fremdgefährdung

### 1. Rechtsprechung des EGMR

#### 1.1 Grundsätze der legislativen Pflichten bei Fremdgefährdung

330 Der EGMR verlangt im Sinne einer allgemeinen gesetzgeberischen Pflicht, dass Eingriffe in das Leben bzw. in die körperliche Integrität ab einer gewissen Intensitätsschwelle auch durch strafrechtliche Normen geschützt werden.<sup>897</sup> Liegt ein Übergriff unter dieser Intensitätsschwelle, so können auch andere Rechtsbehelfe ausreichend sein, die z.B. lediglich zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur sind. Eine Pflicht zum Erlass und zur Durchsetzung strafrechtlicher Sanktionen wurde namentlich in folgenden Fällen im Grundsatz anerkannt:

- *Remetin*<sup>898</sup>: zwei Angriffe auf einen 13-jährigen Jungen durch eine erwachsene Person, bei welchen das Opfer eine Wunde am Kopf davontrug bzw. mehrere Schnitte an Kopf und Schultern aufwies und beide Male in medizinischer Behandlung war.
- *X und Y*<sup>899</sup>: sexueller Missbrauch einer geistig behinderten Person.

---

<sup>897</sup> Vgl. auch ZIMMERMANN, Rz. 864 ff. m.w.H.

<sup>898</sup> Urteil des EGMR *Remetin gegen Kroatien* (Nr. 2) vom 24. Juli 2014 (Nr. 7446/12), § 91 ff.

<sup>899</sup> Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91, § 24, 27. Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung auch Urteil des EGMR *G.M. und andere gegen die Republik Moldau* vom 22. November 2022 (Nr. 44394/15).

- *M.C.*<sup>900</sup>: Vergewaltigung.
- *Janković*<sup>901</sup>: Angriff durch mehrere Personen, bei welchem das Opfer u.a. bedroht, getreten und eine Treppe heruntergestossen wurde.
- *Vidović*<sup>902</sup>: Angriff, bei welchem das Opfer das Bewusstsein verlor, Kopfverletzungen davontrug und ärztlich versorgt werden musste.
- *A*<sup>903</sup>: schwere häusliche Gewalt unter Zufügung schwerer Körperverletzungen und psychischen Folgen.

Im Urteil *Öneryıldız*<sup>904</sup> hielt der EGMR darüber hinaus fest, dass bei Fremdeingriffen auf das Verschulden abzustellen sei, wobei bei vorsätzlichem Handeln und insbesondere bei Gefährdungen von Menschenleben strafrechtliche Schritte zur Verfügung stehen müssten.<sup>905</sup> 331

Im Umkehrschluss folgt, dass, wo keine strafrechtliche Sanktionierung notwendig ist, zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche oder disziplinarische Behelfe bei Eingriffen in die Konventionsrechte ausreichend sein können. Dies war namentlich in folgenden Fällen der Fall: 332

- *Kosmata*<sup>906</sup> (*obiter dictum*): Arbeitsunfall ohne Feststellung von Fremdverschulden oder sonstiger erschwerender Umstände.<sup>907</sup>
- *Tolić und andere*<sup>908</sup>: Verdacht auf Wasserverschmutzung durch eine Privatperson, wobei der EGMR betonte, dass der Fall keine physische Gewalt gegen Personen betroffen habe.<sup>909</sup>

---

<sup>900</sup> Urteil des EGMR *M.C. gegen Republik Bulgarien* vom 4. Dezember 2003 (Nr. 39272/98), § 156.

<sup>901</sup> Urteil des EGMR *Sandra Janković gegen Kroatien* vom 5. März 2009 (Nr. 38478/05), § 47.

<sup>902</sup> Urteil des EGMR *Isaković Vidović gegen Serbien* vom 1. Juli 2014 (Nr. 41694/07), § 61.

<sup>903</sup> Urteil des EGMR *A gegen Kroatien* vom 14. Oktober 2010 (Nr. 55164/08), § 6, 66 f.

<sup>904</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99).

<sup>905</sup> *Ibid.*, § 92. Vgl. Urteil des EGMR *Kosmata gegen die Ukraine* vom 15. Januar 2015 (Nr. 10558/11, 28218/11), § 50, wonach «reine Fahrlässigkeit» ohne erschwerende Umstände keine strafrechtlichen Schritte verlangt.

<sup>906</sup> Urteil des EGMR *Kosmata gegen die Ukraine* vom 15. Januar 2015 (Nr. 10558/11, 28218/11).

<sup>907</sup> *Ibid.*, § 50 f. Der EGMR anerkennt indessen bei gefährlichen Tätigkeiten gewisse Ermittlungspflichten (vgl. unten Rz. 368 ff.).

<sup>908</sup> Urteil des EGMR *Tolić gegen Kroatien*, vom 4. Juni 2019 (Nr. 13482/15), § 94 f.

<sup>909</sup> *Ibid.*, § 99 (*did not consist of physical violence*).



- *Špadijer*<sup>910</sup> (*obiter dictum*): Belästigung, Mobbing und Sachbeschädigungen, Drohungen und Angriffe zum Nachteil der Beschwerdeführerin. Hinsichtlich der Beeinträchtigung der psychischen Integrität erachtete der EGMR es für ausreichend, dass gerade bei weniger schweren Handlungen ausschliesslich zivilrechtliche Behelfe zur Verfügung stehen.<sup>911</sup>
- 333 Zusammenfassend stellt der EGMR für die Frage, ob strafrechtliche Sanktionen vorgesehen werden müssen, auf die Eingriffsintensität, das Fremdverschulden sowie das betroffene Rechtsgut ab. So wertet er insbesondere direkte Eingriffe in die physische Integrität in der Form körperlicher Gewalt als weitaus schlimmer als indirekte Schädigungen oder rein psychische Beeinträchtigungen des Wohlbefindens. So ist für Letztere grundsätzlich kein strafrechtlicher Schutz vorzusehen, was insbesondere auf gewisse Formen von Mobbing (ohne körperliche Übergriffe) zutrifft. Schliesslich bedeutet das Fehlen eines strafrechtlichen Schutzes nicht automatisch, dass bei Unfällen oder Zwischenfällen keine Untersuchung durchgeführt werden muss. In diesen Fällen können auch im Arbeitsleben unabhängige staatliche Untersuchungspflichten bestehen, insbesondere bei Zwischenfällen im Zusammenhang mit gefährlichen Tätigkeiten.<sup>912</sup>

## 1.2 Pflicht zur unmittelbaren Gefahrabwendung – das Urteil Osman

- 334 Das wohl bekannteste Urteil hinsichtlich der Schutzpflicht zur Abwendung von unmittelbarer Fremdgefährdung ist der Fall *Osman*<sup>913</sup>. Der Ehemann der Beschwerdeführerin wurde vom Lehrer ihres Sohnes getötet und ihr Sohn schwer verwundet. Diesem Vorfall voraus gingen mehrere Zwischenfälle, wobei der Lehrer die Familie Osman bedrohte sowie das Eigentum der Ehegatten beschädigte. Die Polizei war über diese Zwischenfälle informiert und unternahm jedoch in Kenntnis der sich abgezeichneten Gefahr nichts. Die Beschwerdeführerin machte deswegen unter anderem eine Verletzung von Art. 2 und 8 EMRK

---

<sup>910</sup> Urteil des EGMR *Špadijer gegen Montenegro* vom 9. November 2021 (Nr. 31549/18), § 89. Vgl. Urteil des EGMR *Dolopoulos gegen Griechenland* vom 17. November 2015 (Nr. 36656/14), § 46 ff.

<sup>911</sup> Bezüglich der physischen Integrität: *ibid.*, § 89; vgl. Urteile des EGMR *Söderman gegen Schweden* vom 12. November 2013 (Nr. 5786/08), § 80; *Calvelli und Ciglio gegen Italien* vom 17. Januar 2002 (Nr. 32967/96), § 51; *Mastromatteo gegen Italien* vom 24. Oktober 2002 (Nr. 37703/97), § 90.

<sup>912</sup> Urteil des EGMR *Kosmata gegen die Ukraine* vom 15. Januar 2015 (Nr. 10558/11, 28218/11), § 50 f.

<sup>913</sup> Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94) (Verletzung *in casu* verneint).

geltend. Der EGMR hielt im Urteil die grundsätzlichen Voraussetzungen für eine direkte staatliche Interventionspflicht fest.<sup>914</sup> So muss eine unmittelbare und ernsthafte Gefährdung bestehen sowie staatliche Kenntnis<sup>915</sup> bzw. staatliches Kennenmüssen dieser Gefährdung. Weiter muss eine Intervention auch zumutbar sein und es soll dem Staat keine unmögliche oder unverhältnismässige Pflicht auferlegt werden. Diesbezüglich ist insbesondere den begrenzten staatlichen Ressourcen und dem freien Willen und der Willkür menschlichen Handelns Rechnung zu tragen.<sup>916</sup>

Konstellationen mit akuter Drittgefährdung sind im Arbeitskontext eher selten. 335  
Zu denken ist an Übergriffe durch Mitarbeitende, Kunden sowie Arbeitgebende selbst. Mangels Relevanz wird vorliegend auf eine eingehende Vertiefung und Präzisierung dieser Rechtsprechung auch im Lichte ihrer Abhängigkeit von der Umsetzung in der Praxis verzichtet. Relevanter für die Sicherheit am Arbeitsplatz in dieser Hinsicht sind die später zu behandelnden Informations-, Aufsichts- und Bewilligungspflichten, welche insbesondere auch Interventionen im Einzelfall umfassen können.<sup>917</sup>

### 1.3 Fremdgefährdung durch Mobbing im Besonderen

Die Handhabung psychosozialer Risiken wie Mobbing stellt eine grosse gesellschaftliche wie auch rechtliche Herausforderung dar. Mobbing kann in verschiedensten Formen vorkommen, was eine einfache rechtliche Lösung erschwert. Das schweizerische Bundesgericht definiert Mobbing z.B. als systematische und wiederholte, verdeckte und/oder offene Aggression auf die psychische oder physische Integrität einer Person.<sup>918</sup> 336

Auch volkswirtschaftlich hat Mobbing insoweit negative Auswirkungen, als es 337  
zu Frühpensionierungen, Stellenwechseln oder Arbeitsunfähigkeit bzw. Krankheit

---

<sup>914</sup> Auch *ad hoc measures* (vgl. LAVRYSEN, 117 f.).

<sup>915</sup> Davon ist nicht nur die Polizei, sondern z.B. auch andere Behörden wie Schulen erfasst (vgl. Urteil des EGMR *Kayak gegen die Türkei* vom 10. Oktober 2012 [Nr. 60444/08], § 66).

<sup>916</sup> Urteil des EGMR *Osman gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Oktober 1998 (Nr. 23452/94), § 116. Vgl. BIGLER in: CS-CEDH, N 121 zu Art. 2 EMRK: *Osman test*.

<sup>917</sup> Vgl. unten Rz. 390 ff. sowie im Allgemeinen oben Rz. 153 ff.

<sup>918</sup> Vgl. Urteil des BGer 4D\_72/2017 vom 19. März 2018, E. 8.2 m.w.H.

führen kann.<sup>919</sup> Im Jahr 2019 hat die ILO in diesem Bereich mit der Konvention 190 (Gewalt und Belästigung am Arbeitsplatz) eine Regulierung ins Leben gerufen. Diese wurde bislang jedoch nur von sehr wenigen Staaten ratifiziert. Sie enthält in Art. 7 ff. staatliche Schutzbestimmungen für Arbeitnehmende vor Gewalt am Arbeitsplatz, wobei Erkennung und Einführung von Schutzmassnahmen (Art. 8 ILO-190), aber auch die Verantwortung der Arbeitgebenden im Zentrum steht (Art. 9 ILO-190).

- 338 Der EGMR hatte bislang nur vereinzelt die Möglichkeit, zu Schutzpflichten am Arbeitsplatz gegen Mobbing Stellung zu nehmen. Einige Äusserungen lassen sich im Fall *Dolopoulos*<sup>920</sup> finden. Der Fall betrifft einen Bankmitarbeiter, der geltend machte, er sei in schikanöser Weise mehrfach zu anderen Arbeitsorten transferiert worden, auch ohne die entsprechenden Entschädigungen erhalten zu haben. Darüber hinaus sei seine Arbeit ungerecht und demütigend bewertet worden und er solle wegen krankheitsbedingter Abwesenheiten getadelt worden sein. Später erlitt er einen Zusammenbruch und war während 311 Tagen arbeitsunfähig. Die Untersuchung der Arbeitsinspektion konnte keine Kausalität zwischen dem Fehlverhalten der Arbeitgeberin und den Leiden des Beschwerdeführers feststellen. Seine daraufhin einzige Möglichkeit zur Erlangung einer Entschädigung war ein Zivilverfahren, in welchem er schliesslich unterlag.<sup>921</sup>
- 339 Vor dem EGMR machte der Beschwerdeführer u.a. geltend, der griechische Staat hätte ihn vor Mobbing durch seine Arbeitskollegen schützen müssen, aufgrund dessen er psychisch erkrankt sei.<sup>922</sup> Der EGMR anerkannte zunächst eine allgemeine Pflicht zum Schutz vor psychischen Belästigungen am Arbeitsplatz, wobei den Mitgliedsstaaten bei deren Regulierung ein grosses Ermessen zukomme.<sup>923</sup> Konkret stellte der EGMR fest, dass dem Beschwerdeführer ein arbeitsrechtlicher Rechtsbehelf zur Verfügung gestanden habe und eine (ergebnislose) Untersuchung

---

<sup>919</sup> Vgl. krit. bzgl. der Massnahmen in der Schweiz: Hudec Jan, Auch im Büro lauern Gefahren: Psychische Erkrankungen am Arbeitsplatz nehmen dramatisch zu, NZZ vom 6. Januar 2023.

<sup>920</sup> Urteil des EGMR *Dolopoulos gegen Griechenland* vom 17. November 2015 (Nr. 36656/14).

<sup>921</sup> *Ibid.*, § 10 ff.

<sup>922</sup> Dabei rügte er indessen besonders, dass seine psychische Erkrankung sozialversicherungsrechtlich nicht als Berufskrankheit anerkannt worden sei (*ibid.*, § 34 ff.). Nicht gerügt hat er indessen die (Un-)Rechtmässigkeit seiner Kündigung.

<sup>923</sup> Urteil des EGMR *Dolopoulos gegen Griechenland* vom 17. November 2015 (Nr. 36656/14), § 46.

durch das Arbeitsamt erfolgt sei, womit gemäss EGMR aus gesetzgeberischer Sicht keine Verletzung von Art. 8 EMRK vorlag.<sup>924</sup>

Weiter befasste sich der EGMR auch im Urteil *Špadijer*<sup>925</sup> mit Mobbing am Arbeitsplatz. Die Beschwerdeführerin war als Gefängniswärterin in einem Frauengefängnis tätig. Nachdem sie Fehlverhalten ihrer Kollegen gemeldet hatte und gegen diese Disziplinarstrafen verhängt wurden, wurde sie zunehmend von ihren Kollegen und nicht identifizierten Personen beleidigt, schikaniert, bedroht und letztlich auch physisch angegriffen.<sup>926</sup> Aufgrund dessen wurde sie arbeitsunfähig und erhob Klage gegen ihre Arbeitgeberin. Die nationalen Gerichte qualifizierten die Zwischenfälle aufgrund der fehlenden Dauerhaftigkeit bzw. Kadenz der Vorfälle nicht als Mobbing.<sup>927</sup> Der EGMR liess diese Würdigung der Umstände im Ergebnis offen,<sup>928</sup> stellte aber eine Verletzung von Art. 8 EMRK wegen diverser anderer Fehler seitens des Staates fest. Insbesondere war der Beschwerdeführerin aufgrund der Untätigkeit der Staatsanwaltschaft über längere Zeit die Anstrengung eines Verfahrens wegen der Angriffe verwehrt geblieben. Schliesslich betonte der EGMR, dass gerade im Bereich des Whistleblowings erhöhte staatliche Schutzanforderungen gälten.<sup>929</sup>

<sup>924</sup> Ibid., § 55.

<sup>925</sup> Urteil des EGMR *Špadijer gegen Montenegro* vom 9. November 2021 (Nr. 31549/18).

<sup>926</sup> Ibid., § 6 ff.

<sup>927</sup> Ibid., § 28 ff.

<sup>928</sup> Ibid., § 96 f. Dem Urteil ist eine gewisse Kritik am vorinstanzlichen Urteil zu entnehmen, da die nationale Rechtsprechung lediglich gemäss zwei von vier Urteilen eine hohe Intensität von Zwischenfällen bezüglich Mobbings verlangte (wöchentliche Belästigungen über 6 Monate). Vgl. in diesem Zusammenhang auch die rechtliche Einordnung von Schikanen im von Russland besetzten moldawischen Gebiet Transnistrien: Urteil des EGMR *Ivocev und andere gegen die Republik Moldau und die Russische Föderation* vom 17. September 2019 (Nr. 40942/14).

<sup>929</sup> Urteil des EGMR *Špadijer gegen Montenegro* vom 9. November 2021 (Nr. 31549/18), § 101. Vgl. hierzu auch die übereinstimmende Meinung von Richterin Yudkivska, die den Schutz von Mobbing als Menschenrecht qualifiziert, was aufgrund der erhöhten Sensibilität der Gesellschaft im Lichte der Menschenwürde angezeigt sei. Vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Hovhannisyán und Nazaryán gegen Armenien* vom 8. November 2022 (Nr. 2169/12, 29887/14), § 131, betreffend Verletzung der Fürsorge gegenüber einem Militäroffizier, der letztlich Suizid beging.

#### 1.4 Zusammenfassung

- 341 Der Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität geniesst einen hohen Stellenwert durch den EGMR. In präventiver Hinsicht bestehen legislative Pflichten einerseits zur Erstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen und zur Bereitstellung eines effektiven Rechtsbehelfs für Personen, die in ihren Rechten verletzt sind.<sup>930</sup> Andererseits bestehen bei vorsätzlichen, schwereren Übergriffen insbesondere in die physische Integrität Pflichten zur Schaffung von Strafnormen. Die damit verknüpften gesetzgeberischen Schutzpflichten bestehen in der Pönalisierung schwerer vorsätzlicher Handlungen gegen Leib und Leben. Sie finden aufgrund ihres Schutzgegenstands bzw. der grossen Bedeutung der geschützten Rechtsgüter auch im Arbeitsverhältnis Anwendung.<sup>931</sup>
- 342 Schliesslich bestehen auch im Falle unmittelbarer Gefährdung durch Drittpersonen Interventionspflichten, wenn der Staat Kenntnis vom zu Grunde liegenden Sachverhalt hat bzw. haben müsste und die notwendigen Schutzhandlungen zumutbar erscheinen.
- 343 Aus der Rechtsprechung zum Mobbing lässt sich bislang lediglich bestätigen, dass der EGMR nur im Falle tätlicher Übergriffe auf die physische Integrität strafrechtliche Sanktionen verlangt. Findet dieses also in Form psychischer Gewalt statt, so müssen den Betroffenen zumindest effektive zivil- oder verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe offenstehen.

## 2. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

- 344 Die Erfüllung der vorstehenden Schutzpflichten erweist sich im Gesamtkontext eines Rechtssystems als kompliziert, da diese parallel das Zivil-, das Verwaltungs- und das Strafrecht betreffen können. Neben den allgemeinen Eigenheiten der einzelnen Rechtsgebiete haben sie darüber hinaus jeweils eigene Verfahrensvorschriften, womit eine umfassende Abhandlung der Effektivität des Rechtsschutzes sich als zu umfangreich für den Zweck der vorliegenden Abhandlung erweist. Daher beschränkt sich der nachstehende Teil auf eine summarische Darstellung des Schutzes vor Fremdgefährdung am Arbeitsplatz unter Berücksichtigung der strafrechtlichen, der verwaltungsrechtlichen und der zivilrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsbehelfe.

---

<sup>930</sup> Vgl. hierzu auch XENOS, 107.

<sup>931</sup> Vgl. hierzu Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Duz gegen die Türkei* vom 2. August 2019 (Nr. 53388/11), § 29 ff.

## 2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

### a) Strafrechtlicher Schutzrahmen

Das schweizerische Recht kennt im Bereich des Schutzes der körperlichen und geistigen Integrität und des Lebens eine Vielzahl strafrechtlicher Tatbestände. Zunächst stellen die Art. 111 ff. StGB vorsätzliche und fahrlässige Tötungen unter Strafe. Diese Delikte werden jeweils von Amtes wegen verfolgt. Ihre mögliche Verfolgung wird dadurch sichergestellt, indem das Medizinpersonal (welches einen Totenschein ausstellen muss) verpflichtet ist, aussergewöhnliche Todesfälle bei der Staatsanwaltschaft zu melden (Art. 253 Abs. 4 StPO). Daraufhin ist es an dieser, im Anschluss eine Obduktion durchführen zu lassen und darauf gestützt ggf. ein Strafverfahren einzuleiten.<sup>932</sup> Besonders auch bei (Arbeits)unfällen spricht sich die Lehre für die allgemeine Möglichkeit der Durchführung einer Obduktion nach Art. 253 StPO aus.<sup>933</sup> 345

Für den strafrechtlichen Schutz der körperlichen Integrität ist besonders auf Körperverletzungsdelikte (Art. 122 ff. StGB) und Handlungen gegen die sexuelle Integrität (Art. 187 ff. StGB) zu verweisen. Diese Delikte werden je nach Bezug der Tatperson zum Opfer und je nach Verletzungs- bzw. Gefährdungsintensität von Amtes wegen oder lediglich auf Antrag des Opfers verfolgt.<sup>934</sup> Besonders nennenswert ist, dass die Körperverletzungsdelikte in Art. 122 f. StGB ebenfalls teilweise die psychische Gesundheit umfassen.<sup>935</sup> Auf diesem Wege werden insbesondere auch Folgen von Mobbing auf Ebene der Körperverletzungs- 346

<sup>932</sup> Vgl. hierzu z.B. Art. 253 Abs. 4 StPO i.V.m. § 28 des Gesundheitsgesetzes Basel-Stadt. Zur Abklärungspflicht der Staatsanwaltschaft vgl. Art. 253 Abs. 1 StPO. Ob der Meldepflicht im Einzelnen genügend nachgekommen wird, ist nach wie vor Gegenstand von Diskussionen (hierzu eingehend JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Kriminalistik, *passim*). Ausserdem ist bereits die Terminologie der kantonalen Gesundheitsgesetze diesbezüglich uneinheitlich (vgl. ZOLLINGER/KIPFER in: BSK StPO, N 8 zu Art. 253 StPO).

<sup>933</sup> Vgl. ZOLLINGER/KIPFER in: BSK StPO, N 61a zu Art. 253 StPO; GRAF/HANSJAKOB in: OFK StPO, N 6 zu Art. 253 StPO.

<sup>934</sup> Vgl. zur strafrechtlichen Relevanz der Beziehung zwischen Opfer und Tatperson Art. 123 Ziff. 2, 126 Abs. 2, 180 Abs. 2 StGB.

<sup>935</sup> BGE 134 IV 189, E. 1.4.

delikte pönalisiert.<sup>936</sup> Flankierend wirken zum Schutz der psychischen Integrität darüber hinaus die Bestimmungen des Ehrenschatzes nach Art. 173 ff. StGB.<sup>937</sup> Schliesslich wirken auch diverse spezialgesetzliche Strafnormen flankierend auf den Schutz der physischen Integrität, indem sie die korrekte Einhaltung von Sicherheitsvorschriften bei gefährlichen Tätigkeiten oder den Umgang gefährlichen Stoffen oder Produkten sicherstellen.<sup>938</sup>

- 347 Unterste Schwelle der Strafbarkeit für Eingriffe in die physische Integrität ist die Tötlichkeit (Art. 126 StGB). Sie wird als geringfügiger und folgenloser Angriff auf den Körper oder die Gesundheit eines anderen Menschen definiert.<sup>939</sup> Die dabei minimale Einwirkung muss lediglich das üblicherweise gesellschaftlich geduldete Mass überschreiten.<sup>940</sup> Insgesamt ist damit die Unterschelle der Strafbarkeit bei Eingriffen in die physische Integrität relativ tief angesetzt.
- 348 Als Tatpersonen oder Teilnehmer dieser Delikte kommen grundsätzlich alle schulfähigen natürlichen Personen in Betracht. Darüber hinaus können die Delikte auch durch Unterlassen begangen werden, sofern die untätig gebliebene Person eine Garantenstellung innehatte und ihr derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn sie die Tat durch ihr Handeln begangen hätte (Art. 11 StGB). Diesbezüglich ist im Arbeitsrecht insbesondere an Vorgesetzte oder interne Vertrauenspersonen zu denken, die im Rahmen ihrer Stellung oder Funktion eine gesetzliche oder vertragliche Fürsorgepflicht wahrnehmen müssen.

## **b) Verwaltungsrechtlicher Schutzrahmen**

- 349 Auf verwaltungsrechtlicher Ebene schützt insbesondere das Arbeitsgesetz vor Übergriffen am Arbeitsplatz. So sieht dieses innerhalb seines Anwendungsbe-

---

<sup>936</sup> Da Mobbing jedoch von seiner Art und Intensität her enorm viele Erscheinungsformen annehmen kann, werden an dieser Stelle lediglich illustrativ einige weitere strafbare Handlungen genannt: Sachbeschädigungen (Art. 144 StGB), Ehrverletzungen (Art. 173 ff. StGB) sowie Verletzungen des Geheim- und Privatbereichs (Art. 179 ff. StGB).

<sup>937</sup> Vgl. unten Rz. 484 ff.

<sup>938</sup> Vgl. insb. die fahrlässigen gemeingefährlichen Delikte in Art. 221 ff. StGB und die Strafbestimmungen im Chemie- und Sprengstoffgesetz (Art. 37 ff. SprstG und Art. 49 ff. ChemG) sowie unten Rz. 409 ff.

<sup>939</sup> Exemplarisch: BGE 103 IV 65, E. II.

<sup>940</sup> Vgl. BGE 107 IV 40. Seelischer Schmerz fällt jedoch nicht unter den Übertretungstatbestand nach Art. 126 StGB (vgl. ROTH/KESHELAVA in: BSK StGB, N 6 zu Art. 126 StGB).

reichs<sup>941</sup> in Art. 6 ArG (und Art. 2 ArGV 3) zunächst eine allgemeine Verpflichtung der Arbeitgebenden vor, alle erfahrungsgemäss notwendigen und nach dem Stand der Technik anwendbaren und angemessenen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu treffen. Dabei sind insbesondere auch Massnahmen zum Schutz der Integrität von Arbeitnehmenden vorgesehen (Abs. 1 *in fine*). Darunter fallen insbesondere im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes auch der Schutz der körperlichen, psychischen und sexuellen Integrität vor Eingriffen Dritter wie z.B. Kunden, Lieferanten oder andere Arbeitnehmende.<sup>942</sup>

Im Vordergrund stehen als Schutzmassnahmen des ArG besonders technische und organisatorische Massnahmen. Sie können z.B. die Wahl und Ausgestaltung des Arbeitsortes oder die personelle Organisation betreffen oder auch die konkrete Ausgestaltung von Schichtplänen. Im Sinne einer *ultima ratio* können sie auch die fristlose Kündigung einer fehlbaren Person aus wichtigem Grund umfassen. In einem Entscheid bestätigte das Bundesgericht beispielsweise auch die Verfügung eines Arbeitsinspektorates, gemäss welcher eine Arbeitgebende zur Ernennung einer Vertrauensperson gestützt auf Art. 6 ArG verpflichtet wurde.<sup>943</sup> Die Einhaltung dieser Vorschriften wird periodisch durch staatliche Inspektoren geprüft und u.a. über eine eigene Strafnorm sichergestellt (Art. 59 ff. ArG).<sup>944</sup>

### c) Zivilrechtlicher Schutzrahmen

Das Zivilrecht sieht auf ausservertraglicher Ebene die Möglichkeit vor, künftige bzw. bestehende Persönlichkeitsverletzungen unter Strafandrohung zu beseitigen oder untersagen zu lassen und für vergangene Verletzungen Schadenersatz sowie Genugtuung zu fordern (Art. 28 f. ZGB). Darüber sieht Art. 28b ZGB explizit die Möglichkeit der Erwirkung von Kontakt- und Annäherungsverboten vor, welche seit Inkrafttreten von Art. 28c ZGB auch mittels einer elektronischen Überwachung sichergestellt werden können. Diese Verbote stützen sich auf Verfügungen bzw. Urteile des Zivilgerichts, womit sie nach Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) strafbewehrt sind.

Darüber hinaus verpflichtet die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR auch Arbeitgebende zur Ergreifung von Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden. So anerkennt das Bundesgericht Mobbing als eine Reihe von feind-

<sup>941</sup> Vgl. hierzu Art. 2 ff. ArG und insbesondere die Gegenausnahmen in Art. 3a ArG.

<sup>942</sup> Vgl. MÜLLER/MADUZ in: OFK ArG, N 15 f. zu Art. 6 ArG.

<sup>943</sup> Urteil des BGER 2C\_462/2011 vom 9. Mai 2012, E. 4.3.

<sup>944</sup> Vgl. jedoch zur Kontrollpraxis unten Rz. 440 ff.



seligen Äusserungen und/oder Handlungen, die sich über einen längeren Zeitraum hinweg häufig wiederholen und durch die eine oder mehrere Personen versuchen, eine Person zu isolieren, an den Rand zu drängen oder sogar vom Arbeitsplatz auszuschliessen.<sup>945</sup>

353 Von seinem Wortlaut her ist Art. 328 Abs. 2 OR nahezu identisch mit Art. 6 Abs. 1 ArG. Es sind demnach alle zumutbaren organisatorischen und technischen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit zu treffen.<sup>946</sup> Dies umfasst ebenfalls den Schutz vor Kunden und anderen Arbeitnehmenden vor Übergriffen am Arbeitsplatz.<sup>947</sup> Wie im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Schutzes beschrieben, kann die Fürsorgepflicht die Ergreifung organisatorischer und technischer Massnahmen umfassen bis hin zur fristlosen Entlassung von fehlbaren Arbeitnehmenden.<sup>948</sup> Arbeitgebende haften für Schäden, die durch die Verletzung ihrer Fürsorgepflicht entstehen (Art. 328 i.V.m. Art. 97 OR).<sup>949</sup> Darüber hinaus können Verletzungen der Fürsorgepflicht für Arbeitnehmende die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar machen, was sie zur Niederlegung der Arbeit berechtigt, ohne ihren Lohnanspruch zu verlieren.<sup>950</sup> Dabei spielt es nur eine Rolle, ob Arbeitnehmende in guten Treuen von einer Gefahr ausgehen durften, nicht ob diese tatsächlich bestand.<sup>951</sup>

354 Art. 328 OR nennt die Pflicht der Arbeitgebenden, für die Wahrung der Sittlichkeit am Arbeitsplatz zu sorgen. Darunter fallen insbesondere Massnahmen zum Schutz vor sexueller Belästigung.<sup>952</sup> Diese werden mittlerweile auch spezialgesetzlich vom Gleichstellungsgesetz (GIG) erfasst. Neben der allgemeinen ver-

---

<sup>945</sup> Urteil des BGer 4D\_72/2017 vom 19. März 2018, E. 8.2 m.w.H.

<sup>946</sup> Für eine Übersicht vgl. DANTHE, 110 ff.

<sup>947</sup> PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 7 zu Art. 328 OR.

<sup>948</sup> BGE 127 III 351, E. 4.

<sup>949</sup> Vgl. DUNAND/TORNARE, 59 ff., insb. zur Frage der Kausalität bei Konflikten am Arbeitsplatz und der Hilfspersonenhaftung.

<sup>950</sup> PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 52 zu Art. 328 OR. Indessen ist Art. 337d OR (ausserordentliche Kündigung infolge Verlassens der Arbeitsstelle) nicht anwendbar, da dies ein *definitives* Verlassen der Stelle erfordert, was in diesem Fall nicht gegeben ist (vgl. Urteil des BGer vom 7. Dezember 1999 [= JAR 2000, 227 f.]).

<sup>951</sup> Diese Auffassung stützt sich mitunter auf Art. 13 ILO 155, wobei die Schweiz diese nicht ratifiziert hat.

<sup>952</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 zu Art. 328 OR. Zu den möglichen Massnahmen vgl. UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 50 f. zu Art. 5 GIG; DUNAND/TORNARE, 44 ff. Sie umfassen im Grunde zunächst Massnahmen zur Identifizierung von Risiken und Konflikten sowie zur Verhütung und Lösung.

tragsrechtlichen Haftung (Art. 97 OR) sieht Art. 5 GIG neben Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen (Abs. 1) bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz auch eine zusätzliche Entschädigungspflicht der Arbeitgebenden im Umfang von bis zu 6 durchschnittlichen Monatslöhnen vor (Abs. 3). In diesen Fällen besteht eine Beweislastumkehr zu Lasten der Arbeitgebenden, welche im Streitfall zu beweisen hat, dass sie alle notwendigen, zumutbaren, angemessenen Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigung ergriffen hat.<sup>953</sup> In schwersten Fällen wurden gestützt auf diese Norm bereits Entschädigungen über CHF 30'000.– zzgl. einer Genugtuung von CHF 15'000.– zugesprochen.<sup>954</sup>

Die monetären und gesundheitlichen Folgen von Übergriffen am Arbeitsplatz können zusätzlich über verschiedene Sozialversicherungen versichert sein. So kann Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Übergriffs beispielsweise von der Unfallversicherung gemäss UVG versichert sein, womit Behandlungskosten und Lohnausfall im versicherten Umfang durch eine Versicherung erbracht werden. In diesem Fall gehen allfällige Schadenersatzansprüche gegenüber Dritten via Subrogation auf die Versicherungsträgerin über (Art. 72 Abs. 1 ATSG). Gemäss Art. 75 ATSG können die dem ATSG unterstehenden Sozialversicherungen im Anschluss nur beschränkt Regress auf Arbeitgebende nehmen, indem diese grundsätzlich lediglich für grobe Fahrlässigkeit und Absicht einzustehen haben (*Regressprivileg*). Darüber hinaus können auch die Gesellschafter juristischer Personen u.U. Rückgriff auf Organe und Geschäftsführende einer Gesellschaft nehmen, wenn Gesellschafterinnen oder die Gesellschaft durch deren fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen geschädigt wurde (Art. 754 OR). 355

Hinsichtlich der Abwendung unmittelbarer oder latenter Gefahr wegen Zuspitzung eines Konflikts zwischen Arbeitnehmenden ist unklar, ob Arbeitgebende eine Pflicht zur Anzeige bei der Polizei haben. In jedem Fall haben sie von den ihnen zustehenden arbeitsrechtlichen Massnahmen Gebrauch zu machen. Die Fürsorgepflicht verlangt dabei sicherlich in Notfällen eine Meldung bei der Polizei durch die Arbeitgebende zur Anforderung von Unterstützung. Indessen stellen sich im Zusammenhang mit Strafanzeigen ausserhalb akuter Gefährdungssituationen einige Schwierigkeiten. So haben Arbeitgebende gegenüber beiden Parteien eine Fürsorgepflicht, womit sich eine vorgängige sorgfältige Einschätzung der Lage bzw. eine interne Untersuchung aufdrängt, bevor Massnahmen ergriffen werden. 356

<sup>953</sup> Diese Lösung lässt sich mit dem Beweisgegenstand (der Nachweis des Nichtvorliegens einer Tatsache birgt oftmals praktische Probleme) und dem Informationsgefälle zwischen den Parteien begründen. Zu den Massnahmen vgl. LEMPEN, 266 f.

<sup>954</sup> Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Juni 2017, DG170034-4/U1.

Je nach Sicherheit der Faktenlage und der Konstellation im Einzelfall kann dies eine vorläufige Freistellung unter vorgängiger Anhörung der Betroffenen verlangen, bevor Arbeitgebende selbst eine Strafanzeige wegen eines Officialdelikts einreichen.<sup>955</sup>

## 2.2 Massnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehrung

- 357 Die Abwendung unmittelbarer Gefahr aufgrund eines Übergriffs setzt unter gewissen Voraussetzungen eine staatliche Intervention unter möglichem Zwang gegen Personen voraus. Dies bleibt grundsätzlich dem Staat vorbehalten, weshalb allfällige unmittelbare Interventionspflichten der Arbeitgebenden nicht zu thematisieren sind.
- 358 Der präventive Rechtsgüterschutz durch die Polizei richtet sich nach dem kantonalen Polizeirecht. Gemäss den darin enthaltenen polizeilichen Generalklauseln<sup>956</sup> können Massnahmen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage bei schweren unmittelbaren Gefährdungen rechtmässig durchgesetzt werden, sofern die konkrete Massnahme den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und eine Legitimation mangels Vorhersehbarkeit nicht möglich war.<sup>957</sup>
- 359 Die kantonalen Polizeigesetze sehen darüber hinaus diverse Zwangsmassnahmen vor. So ist es z.B. möglich, eine Person wegen Gefährdung anderer Personen in Gewahrsam zu nehmen<sup>958</sup> oder sie von einem Gebiet wegzuweisen bzw. fernzuhalten<sup>959</sup>. Ist die Schwelle zum strafbaren Versuch eines Tatbestands bereits überschritten, so ist zusätzlich im Rahmen des repressiven Schutzes die Strafprozess-

---

<sup>955</sup> Vgl. SCHEIBLER, 39.

<sup>956</sup> Vgl. z.B. § 9 PolG BS; § 16 PolG BL; § 9 PolG ZH; Art. 45 Abs. 2 PolG GE.

<sup>957</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. BGE 126 I 112, E. 4b; Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1.

<sup>958</sup> Z.B. § 37 Ziff. 1 PolG BS; § 27 Abs. 1 lit. a PolG BL; § 25 lit. a PolG ZH.

<sup>959</sup> Z.B. § 42a PolG BS, § 26<sup>bis</sup> f. PolG BL; § 33 lit. b PolG ZH; Art. 53 PolG GE.

ordnung anwendbar. In deren Rahmen sind insbesondere vorläufige Festnahmen<sup>960</sup> (Art. 217 StPO) sowie die Anordnung von Untersuchungshaft<sup>961</sup> möglich.

Neben der polizeilichen Intervention bestehen ebenfalls im verwaltungsrechtlichen Schutz in beschränktem Umfang Massnahmen bei unmittelbarer Gefährdung. So können die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes beispielsweise die Benützung von Arbeitsplätzen, Gebäuden oder Räumen untersagen, wobei diese Massnahmen jedoch primär dem allgemeinen Gesundheitsschutz und insbesondere der Unfallverhütung dienen. Sie werden im Rahmen der Aufsichts- und Bewilligungspflichten näher behandelt.<sup>962</sup> 360

Die unmittelbare Gefahrenabwehr setzt schliesslich voraus, dass die zuständigen Behörden Kenntnis eines Gefährdungstatbestandes erhalten. Diesbezüglich besteht für die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes bzw. des Unfallversicherungsgesetzes die Möglichkeit einer Datenweitergabe gestützt auf Art. 44a Abs. 3 ArG bzw. Art. 97 Abs. 3 UVG. Es handelt sich dabei um keine Meldepflicht, sondern lediglich um eine datenschutzrechtliche Grundlage zur Datenbearbeitung («können» bzw. «dürfen»). Folglich liegt die Weiterleitung letztlich im Ermessen der betroffenen Behörde. 361

### 3. Diskussion und Fazit

#### 3.1 Erfüllung der Anforderungen an den gesetzlichen Rahmen

Die vorstehende Übersicht über das schweizerische System zum Schutz vor Übergriffen am Arbeitsplatz zeigt auf, wie umfangreich sich die rechtliche Beurteilung eines gesamten Systems im Lichte der sehr allgemein gehaltenen Rechtsprechung des EGMR gestaltet. Letztlich zeigen sich allfällige Schutzlücken meist erst in unerkannten Grenzfällen oder der mangelhaften Umsetzung in der Praxis. Es kann daher mit Blick auf die Unendlichkeit verschiedener möglicher Lebenssachver-

---

<sup>960</sup> Eine solche ist insbesondere möglich zur Abhaltung einer Person vor wiederholten Übertretungen, was beispielsweise der Fall ist bei Verstössen gegen ein zivilrechtlich verfügbares Annäherungs- oder Kontaktverbot (Art. 28b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 292 StGB).

<sup>961</sup> Eine reine Präventivhaft sieht das Gesetz indessen nur unter engen Voraussetzungen von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO (sog. Wiederholungsgefahr) oder bei Drohung, ein schweres Verbrechen zu begehen (Abs. 2), vor. Gemäss Bundesgericht kann indessen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit auf das dortige Erfordernis der Vortat verzichtet werden (sog. qualifizierte Wiederholungsgefahr, vgl. BGE 137 IV 13, E. 2 ff.).

<sup>962</sup> Vgl. zu den Sanktionen unten Rz. 434.

halte nicht abschliessend beantwortet werden, ob die allgemeine Pflicht zur Erstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen und zur Bereitstellung eines effektiven Rechtsbehelfs tatsächlich für jeden Fall erfüllt ist.

- 363 Weiter bestehen in diversen Bereichen Überlappungen zwischen Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht. Offene Normen wie der Persönlichkeitsschutz und die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden sowie der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz in Art. 6 ArG erlauben es, im Einzelfall auch allfällige gesellschaftliche Änderungen nachzuvollziehen und insbesondere künftige Rechtsprechung des EGMR in materieller Hinsicht zu berücksichtigen. Denn diese Normen sind alle technisch neutral formuliert, was eine zeitgemässe und konventionskonforme Auslegung ermöglicht. Daher ist es in Anbetracht der Nähe der Schutzgegenstände von Art. 8 EMRK und der nationalen Gesetzgebung m.E. unwahrscheinlich, dass zumindest auf gesetzlicher Ebene derzeit Schutzlücken im Zusammenhang mit der derzeitigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK bestehen, welche nicht durch eine konventionskonforme Auslegung beseitigt werden könnten.
- 364 Bezüglich der gesetzgeberischen Pflicht zur Pönalisierung von vorsätzlichen Übergriffen und versuchten vorsätzlichen Übergriffen in das Leben oder schweren Eingriffen in die physische Integrität stellen sich zumindest bezüglich Szenarien am Arbeitsplatz wenig Probleme.<sup>963</sup> So sind insbesondere vorsätzliche Übergriffe hinsichtlich des Lebens (Art. 111 ff. StGB), der körperlichen und geistigen Integrität (Art. 122 ff. StGB) sowie der sexuellen Integrität (Art. 189 ff. StGB) mit diversen Abstufungen pönalisiert. Angesichts der eher strengen Rechtsprechung des EGMR zum Erfordernis der Schaffung von Strafnormen erfüllt die Schweiz die Anforderungen des EGMR daher derzeit vollständig.

### 3.2 Erfüllung der Anforderungen an die Abwendung unmittelbarer Gefahren

- 365 Haben Behörden Kenntnis von einer unmittelbaren Gefährdung, so erlaubt es ihnen der gesetzliche Rahmen, über polizeiliche präventive Massnahmen geeigneten (vorläufigen) Schutz einer Person, z.B. durch Wegweisungen oder Fernhaltungen, zu gewähren. Fehlt in einer Ausnahmesituation eine gesetzliche Grundlage, erlaubt es die polizeiliche Generalklausel dennoch u.U., im Einzelfall Massnahmen

---

<sup>963</sup> In anderen Bereichen sind in der Geschichte des Strafrechts durchaus einige Schutzlücken zum Vorschein getreten, so z.B. das Fehlen eines Tatbestandes wegen «Diebstahls» von Energie (nun Art. 142 StGB) oder (möglicherweise künftig) eines Tatbestandes bzw. einheitlicher Praxis zum sog. *Stealthing* (vgl. hierzu aktuell die Urteile des BGer 6B\_265/2020; 6B\_34/2020 vom 11. Mai 2022 m.H.a. die diesbezüglichen Revisionsbestrebungen in E. 4.2).

zu ergreifen. Stellt das Verhalten einer Person bereits eine Straftat dar, so kommen schliesslich die strafprozessualen Zwangsnahmen zur Gefahrenabwehr bzw. Prävention in Betracht.

Die Gesetzgebung sieht in klaren Fällen effektive Interventionsmöglichkeiten vor. 366  
 Indessen gestaltet sich der Umgang mit «brodelnden» oder beweistechnisch unklaren Gefährdungssituationen in der Praxis als schwierig. So zeigen beispielsweise Fälle von Stalking die Schwierigkeiten für die Rechtsordnung, Gefährdungen ohne klares Vorliegen schwerer Straftaten bzw. ständig sich wiederholende Übertretungen oder leichte Vergehen in einem zufriedenstellenden Zeitrahmen zu sanktionieren und dadurch effektiven Opferschutz zu gewähren. Dem zu Grunde liegt das Problem, dass zu früh greifende Sanktionen gegen die blosser Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung den Freiheitsrechten der potenziellen Tatperson entgegenstehen und deren effektive Beschränkung gegen das Risiko einer Tatbegehung im Einzelfall abzuwägen ist.

Schliesslich besteht im Rahmen der Fürsorgepflicht sowie des ArG unter gewissen 367  
 Umständen eine Melde- oder Anzeigepflicht der Arbeitgebenden zur Verständigung der Polizei. Darüber hinaus kann (und sollte) eine solche auch zumindest aus datenschutzrechtlicher Sicht durch Durchführungsorgane des ArG und des UVG erfolgen. Insoweit kann zumindest im Rahmen der bestehenden Gesetzeslage sichergestellt werden, dass die zuständigen Behörden orientiert und Massnahmen ergriffen werden, womit auch hier keine Änderungen der Gesetzgebung angezeigt sind.

## II. Ermittlungspflichten

### 1. Rechtsprechung des EGMR

Neben den vorgenannten gesetzgeberischen Pflichten verlangt der EGMR im 368  
 Rahmen der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes deren tatsächliche Implementierung und Durchsetzung der Konventionsrechte, was in gewissen Fällen die Durchführung einer effektiven (Straf-)Untersuchung umfasst.<sup>964</sup> Ermittlungs-

<sup>964</sup> Urteile des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26. März 1985, Serie A Bd. 91; *Söderman gegen Schweden* vom 12. November 2013 (Nr. 5786/08).

pflichten dienen insbesondere dazu, dem Gesetz tatsächliche Geltung und Nachdruck zu verleihen, auch um künftige Delikte bzw. Zwischenfälle zu verhindern.<sup>965</sup>

- 369 Die Relevanz der Ermittlungspflichten für das Arbeitsrecht zeigt sich insbesondere in Fällen, in welchen einerseits schwere Straftaten zum Nachteil von Arbeitnehmenden verübt werden. Andererseits ist die Abklärung und Untersuchung von (Berufs-)Unfällen zentral für die Durchsetzung allfälliger Verantwortlichkeiten, was der effektiven Durchsetzung von Schutznormen am Arbeitsplatz dienen kann.
- 370 Ein Aufrollen und Analysieren der einzelnen Aspekte dieser teils sehr detaillierten Rechtsprechung zu den Ermittlungspflichten würde (insbesondere bezüglich der Aufklärung von Straftaten) angesichts der wiederum nicht überragenden Relevanz im Arbeitsrecht den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es werden daher nur die Eckpunkte der Ermittlungspflichten erläutert und anschliessend die bestehende Rechtsprechung hinsichtlich Untersuchungen im Kontext gefährlicher Tätigkeiten mit Bezug zum Arbeitsplatz präsentiert.

### 1.1 Allgemeine Ermittlungspflichten

- 371 Der EGMR anerkennt im Rahmen von Art. 2 EMRK eine generelle Ermittlungspflicht bei Todesfällen, insbesondere wenn eine Person durch Gewalteinwirkung ums Leben gekommen ist oder lebensgefährlich verletzt wurde.<sup>966</sup> Darüber hinaus anerkennt er eine ähnliche Ermittlungspflicht im Rahmen von Art. 8 EMRK. Indessen betreffen diese insbesondere Handlungen, die gemäss Rechtsprechung unter Strafe zu stellen sind, was grundsätzlich auf schwere vorsätzliche Übergriffe in die körperliche Integrität zutrifft.<sup>967</sup> Dies soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass zumindest zur Abklärung eines möglichen strafbaren Verhaltens bereits Ermittlungen durchzuführen sind, indessen aber (besonders im Falle fahrläs-

---

<sup>965</sup> Vgl. z.B. Urteile des EGMR *Mastromatteo gegen Italien* vom 24. Oktober 2002 (Nr. 37703/97), § 67; *Calvelli und Ciglio gegen Italien* vom 17. Januar 2002 (Nr. 32967/96) bzgl. einer mangelhaften Behandlung eines Neugeborenen und ungenügender strafrechtlicher Untersuchungen. Der EGMR verlangt damit, dass das Strafrecht eine effektive generalpräventive Aufgabe erfüllt. Vgl. zur Auslegung oben Rz. 32 ff.

<sup>966</sup> Urteil des EGMR *Yaşa gegen die Türkei* vom 2. September 1998 (Nr. 22495/93), § 100; zum letzteren Fall vgl. Urteil des EGMR *Isayeva gegen die Russische Föderation* vom 24. Februar 2005 (Nr. 57950/00), § 175 (Tötungsversuch).

<sup>967</sup> Urteil des EGMR *M.C. gegen Republik Bulgarien* vom 4. Dezember 2003 (Nr. 39272/98), § 152 f.; vgl. bezüglich sexueller Belästigung am Arbeitsplatz auch Urteil des EGMR *C. gegen Rumänien* vom 30. August 2022 (Nr. 47358/20).

sigen Handelns) nicht in jedem Fall eine Bestrafung der verantwortlichen Person angestrebt werden muss.

Inhaltlich verlangt wird, dass eine Untersuchung *sofort, umfassend, zügig und unvoreingenommen, gründlich und von Amtes wegen erfolgt*.<sup>968</sup> Der genaue Inhalt der Ermittlungspflichten (also die näheren Abklärungspflichten im Einzelnen) variiert in Abhängigkeit der Umstände des Einzelfalls und kann daher nicht im Sinne einer «Checkliste» dargestellt werden.<sup>969</sup> Weiter verlangt der EGMR auch eine *institutionelle* und *hierarchische* Unabhängigkeit der Untersuchenden<sup>970</sup> sowie die Sicherstellung einer Beweissicherung.<sup>971</sup> Dies ist besonders wichtig, wenn mögliches Versagen anderer Behördenmitglieder zu untersuchen ist.<sup>972</sup> Schliesslich soll auch das Opfer oder dessen nächste Angehörige an der Untersuchung teilnehmen können.<sup>973</sup>

## 1.2 Ermittlungspflichten bei gefährlichen Tätigkeiten und Zwischenfällen am Arbeitsplatz im Besonderen

Beschwerden aufgrund von Verletzungen von Ermittlungspflichten bei Berufsunfällen stehen häufig im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Haftungs- oder Sozialversicherungsansprüchen durch die geschädigte Person oder deren Hinterbliebene. Grundsätzlich verlangt der EGMR, dass diese neben dem strafrechtlichen Verfahren im Rahmen einer selbständigen Klage angestrebt werden können, weil die Strafbarkeitsvoraussetzungen oftmals nicht jenen einer zivilrechtlichen Haftung entsprechen.<sup>974</sup>

<sup>968</sup> Urteil des EGMR *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Serie A Bd. 324, § 162.

<sup>969</sup> Vgl. hierzu MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER in: HK-EMRK, N 22 zu Art. 2 EMRK.

<sup>970</sup> Urteile des EGMR *Ogur gegen die Türkei* vom 20. Mai 1999 (Nr. 21594/93), § 91 f.; *Trévalec gegen Belgien* vom 14. Juni 2011 (Nr. 30812/07), § 89.

<sup>971</sup> Urteile des EGMR *Salman gegen die Türkei* vom 27. Juni 2000 (Nr. 21986/93), § 97 ff.; *Tanli gegen die Türkei* vom 10. April 2001 (Nr. 26129/95), § 149.

<sup>972</sup> Urteil des EGMR *Al-Skeini und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Juli 2011 (Nr. 55721/07), § 172. Vgl. weitergehend auch Bezugnahme auf andere Konventionsrechte LAVRYSEN, 60 ff.

<sup>973</sup> Urteil des EGMR *O'Keefe gegen Irland* vom 28. Januar 2014 (Nr. 35810/09), § 172.

<sup>974</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Pereira Henriques gegen Luxemburg* vom 9. Mai 2006 (Nr. 60255/00), § 66 ff.



- 374 Spezifisch zur Untersuchung am Arbeitsplatz äusserte sich der EGMR im Urteil *Kosmata*.<sup>975</sup> Es behandelt den Umfang der Untersuchungspflichten bei einem Arbeitsunfall. Der Sohn der Beschwerdeführerin wurde von einer Maschine während deren Reinigung tödlich verletzt. Die parallelen Untersuchungshandlungen der Strafverfolgung und Arbeitsinspektorate zogen sich insbesondere aufgrund ungenügend umfassender erster Ermittlungen in die Länge, wodurch die Strafuntersuchung gegen einige Geschäftsführer über acht Jahre nach dem Vorfall noch andauerte. Der EGMR stellte gestützt darauf eine Verletzung von Art. 2 EMRK fest.<sup>976</sup>
- 375 Im Urteil *Bakanova*<sup>977</sup> hatte der EGMR das Vorgehen beim Tod eines Schiffsmechanikers zu beurteilen, der auf hoher See starb. Während der rudimentären Untersuchung vor Ort stellte man als Todesursache einen Herzinfarkt fest, woraufhin sein Körper konserviert wurde und erst Monate später in Litauen eintraf. Seine Familie wusste indessen von den prekären Arbeitsbedingungen des Opfers und vermutete deshalb eine andere Todesursache. Die nationalen Behörden verweigerten auf Drängen der Familie hin eine eingehende Untersuchung und gingen auf die Vorwürfe nicht ein.<sup>978</sup> Der EGMR stellte in diesem Verhalten eine Verletzung von Art. 2 EMRK fest.
- 376 Einen weiteren Arbeitsunfall behandelt auch das Urteil *Mažukna*.<sup>979</sup> Der Beschwerdeführer stürzte von einem instabilen Gerüst und zog sich schwere Verletzungen im Gesicht und an der Brust zu, welche eine Deformation verursachten und seine Mimik nachhaltig beeinträchtigten.<sup>980</sup> Der Beschwerdeführer rügte eine überlange Verfahrensdauer hinsichtlich des Strafverfahrens gegen seinen ehemaligen Chef, da dieses drei Mal abgeschlossen und wiedereröffnet wurde.<sup>981</sup> Der EGMR anerkannte aufgrund der Schwere der Verletzung den Schutzbereich von Art. 3 EMRK

---

<sup>975</sup> Urteil des EGMR *Kosmata gegen die Ukraine* vom 15. Januar 2015 (Nr. 10558/11, 28218/11).

<sup>976</sup> *Ibid.*, § 67 f.

<sup>977</sup> Urteil des EGMR *Bakanova gegen Litauen* vom 31. Mai 2016 (Nr. 11167/95).

<sup>978</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>979</sup> Vgl. auch Urteil des EGMR *Mažukna gegen Litauen* vom 11. April 2017 (Nr. 72092/12), § 75. Der EGMR hält dabei fest, dass zivilrechtliche Rechtsbehelfe keine Untersuchung ersetzen könnten.

<sup>980</sup> Urteil des EGMR *Bakanova gegen Litauen* vom 31. Mai 2016 (Nr. 11167/95), § 81.

<sup>981</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Sidika Imren gegen die Türkei* vom 13. September 2016 (Nr. 47384/11), § 62, wo ein Zivilgericht rund 10 Jahre auf den Befund des Strafgerichts wartete.

für betroffen und stellte in diesem Rahmen eine Verletzung der Ermittlungspflicht fest.<sup>982</sup> M.E. hätte dieses Urteil jedoch ohne Weiteres auch unter den Ermittlungspflichten von Art. 8 EMRK abgehandelt werden können, zumal die daraus fließende prozessuale Pflicht zum selben Ergebnis hätte führen müssen.

Schliesslich hielt der EGMR im Urteil *Micrea Pop*<sup>983</sup> zu einem Elektroschlag am Arbeitsplatz fest, dass auch eine effektive Beweissicherung zentral für eine Untersuchung von Arbeitsunfällen sei. Konkret hatte das rumänische Arbeitsinspektorat eine Busse wegen fehlender Arbeitssicherheit verhängt. Jedoch sprach das Strafgericht die verantwortlichen Personen frei, u.a. weil diese Beweise zerstörten und Anträge des Beschwerdeführers, ein neues Gutachten aufgrund einer neuen Faktenlage zu erstellen, komplett ausser Acht gelassen wurden.<sup>984</sup> 377

### 1.3 Zusammenfassung

Die oben dargestellte Rechtsprechung verlangt von den Konventionsstaaten die allgemeine Durchführung einer Untersuchung zumindest bei Tod eines Menschen oder bei schweren Körperverletzungen. Zwar kann Art. 8 EMRK auch bei weniger schweren Vorfällen verletzt sein, jedoch verlangt der EGMR für diese Fälle nicht, dass die Konventionsstaaten diese pönalisieren bzw. eine Untersuchung dazu durchführen.<sup>985</sup> 378

Besteht eine Ermittlungspflicht, so haben die Untersuchungen *sofort, umfassend, zügig und unvoreingenommen, gründlich und von Amtes wegen zu erfolgen*. Diese Pflicht erfasst insbesondere auch Unfälle am Arbeitsplatz, wobei die Ermittlungspflicht insbesondere mit Blick auf die Identifizierung fehlbarer Personen und von deren möglicherweise strafbarem Verhalten umzusetzen ist. 379

<sup>982</sup> Ibid., § 75. Diese Pflicht ist im Lichte der unter Rz. 336 ff. dargestellten Rechtsprechung nicht als Pönalisierungspflicht zu verstehen. Vgl. auch zum ähnlichen Fall Urteil des EGMR *Mučibabić gegen Serbien* vom 12. Juli 2016 (Nr. 34661/07) betreffend ungenügende Untersuchungen hinsichtlich Verantwortlichkeiten im Anschluss an eine Explosion bei der Herstellung von Raketentreibstoff.

<sup>983</sup> Urteil des EGMR *Micrea Pop gegen Rumänien* vom 19. Juli 2016 (Nr. 43885/13).

<sup>984</sup> Ibid., § 75 ff.

<sup>985</sup> Vgl. oben Rz. 336 ff.

## 2. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

- 380 Da die Ermittlungspflichten stark vom Einzelfall abhängen, wird vorliegend im Sinne der gesetzgeberischen Pflicht lediglich summarisch eruiert, ob das schweizerische Recht die Einhaltung der Anforderungen des EGMR zur Durchführung einer effektiven Ermittlung zu erfüllen vermag.
- 381 Dass die Strafverfolgungsbehörden Kenntnis von einem Zwischenfall erhalten, wird durch das jeder Person zustehende Recht zur Anzeige bei Polizei und Staatsanwaltschaft sichergestellt (Art. 15 Abs. 2 StPO) und auch durch die Meldepflichten von Medizinalpersonen im kantonalen Recht gewährleistet (Art. 253 StPO). Diese können in ihrem Umfang relativ stark variieren, nicht zuletzt deshalb, weil bei Zwischenfällen ohne Todesfolge eine Meldung im Konflikt mit der Selbstbestimmung des Opfers und der ärztlichen Schweigepflicht stehen kann.<sup>986</sup>
- 382 Grundsätzlich verpflichtet der Verdacht jeglicher Straftaten im Kompetenzbereich der Staatsanwaltschaft zur Untersuchung eines Sachverhalts, wobei insbesondere Verstösse gegen das ArG, die VUV sowie Delikte des StGB wie z.B. fahrlässige Tötung oder Körperverletzung (durch Unterlassen) in Betracht kommen. Besteht bei Eintreffen der Polizei noch akute Gefahr, so kann sie gestützt auf die kantonalen Polizeigesetze auch präventive Massnahmen ergreifen.<sup>987</sup>
- 383 Das Untersuchungsverfahren von Polizei und Staatsanwaltschaft untersteht dem Beschleunigungsgrundsatz (Art. 5 und 6 Abs. 2 StPO). Darüber hinaus sind Untersuchungsbehörden sowie Gerichte verpflichtet, dafür zu sorgen, dass das Verfahren nicht überlang dauert. Weiter hat die Verfahrensleitung die Aufgabe, alle be- und entlastenden Beweise von Amtes wegen zu erheben (Art. 6 Abs. 1 StPO).
- 384 Schliesslich können die Suva und die kantonalen Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes sowie andere spezialgesetzliche Aufsichtsbehörden einen Unfall zum Anlass nehmen, im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit weitere Abklärungen vorzunehmen. Da die Suva Vollzugsbehörde sowie Versicherin ist, erhält sie Kenntnis von Unfällen in den ihr unterstellten Betrieben, wenn Versicherungsleistungen nach UVG in Frage stehen (Art. 45 UVG). Im Rahmen des ArG besteht keine solche Meldepflicht. Jedoch können hier betroffene bzw. gefährdete Personen einen Zwischenfall zum Anlass nehmen, eine Anzeige beim zuständigen Arbeitsinspektorat zu machen (Art. 54 ArG). Dieses kann daraufhin weitere Abklärungen vornehmen und mit den Betrieben die Einhaltung der Arbeitssicherheit

---

<sup>986</sup> Vgl. oben Rz. 345 ff.

<sup>987</sup> Vgl. z.B. hierzu § 4 i.V.m. § 9 PolG BS.

erarbeiten und in diesem Zusammenhang auch Verfügungen erlassen oder Strafanzeigen gegen die fehlbaren Personen einreichen.<sup>988</sup>

### 3. Diskussion und Fazit

Der EGMR verlangt im Rahmen von Art. 8 EMRK im Sinne einer prozessualen 385  
Pflicht, dass bei Arbeitsunfällen Untersuchungen vorzunehmen sind, besonders,  
wenn Personen schwer geschädigt oder getötet wurden. Die Untersuchungen müs-  
sen insbesondere zügig und unabhängig erfolgen.

Die gesetzlichen Grundlagen in der Schweiz erlauben es, dass Straftaten durch 386  
Anzeigen, Notrufe oder Meldung von Medizinalpersonen den Strafbehörden ef-  
fektiv zur Kenntnis gebracht werden. Darüber hinaus können sich auch Opfer oder  
deren Angehörige melden. Weiter kann im Rahmen des Prozessrechts eine zügige  
und effektive Untersuchung eingeleitet werden, wobei diese letztlich von der kon-  
kreten Umsetzung abhängt und insb. auch von der Arbeitslast und Priorisierung  
der zuständigen Untersuchungsbehörden. Darüber hinaus bestehen bei Fremdge-  
fährdung seitens der Sicherheitspolizei, der Arbeitgebenden und auch gewisser  
Verwaltungsorgane Abklärungspflichten hinsichtlich bestehender Gefahren am  
Arbeitsplatz.

Die Effektivität dieses Systems hängt stark von der Anwendung dieser Normen 387  
im Einzelfall ab. Daher sind abstrakte Schlussfolgerungen an dieser Stelle nur be-  
schränkt möglich. Indessen kann gesagt werden, dass das Gesetz den Rahmen für  
eine konventionskonforme Umsetzung der Ermittlungspflichten grundsätzlich ge-  
währleistet. Allfällige Komplikationen hängen oftmals auch mit der Wahrung der  
Konventionsrechte beschuldigter Personen zusammen. Deshalb stehen sie teils in  
direktem Konflikt mit anderen Konventionsrechten, was im Einzelfall eine Inter-  
essenabwägung verlangt.

## III. Informations- und Regulierungspflichten

Der EGMR anerkennt im Rahmen der Schutzpflichten unter Art. 8 EMRK Infor- 388  
mationspflichten bei Tätigkeiten, die die Gesundheit oder das Leben gefährden  
können. Hintergrund dieser Pflichten sind die erfahrungsgemäss schweren Ver-  
letzungsfolgen gewisser Tätigkeiten und/oder die Irreversibilität eines Risikoein-

---

<sup>988</sup> Vgl. zum Ganzen unten Rz. 422 ff.

tritts. Dabei dient die Information als Grundpfeiler für die individuelle Selbsthilfe und Selbstbestimmung der Einzelnen. Die staatliche Pflicht umfasst daher neben der später zu erläuternden Ergreifung konkreter Schutzmassnahmen transparente Kommunikation gegenüber möglicherweise betroffener Personen.<sup>989</sup>

- 389 Ergänzend zu den Informationspflichten ist die effektive Regulierung gefährlicher Tätigkeiten ein Hauptaspekt der positiven Schutzpflichten.<sup>990</sup> So verlangt der EGMR die Errichtung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Verhinderung der Realisierung bekannter Risiken. Dies kann z.B. über Lizenzierung, Beaufsichtigung und Kontrollen geschehen. Relevant sind diese Pflichten im Zusammenhang mit Risiken am Arbeitsplatz, besonders bei der Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen. Auch hier verschmelzen aufgrund der Nähe der Schutzgegenstände die Grenzen von Art. 2 und 8 EMRK, sodass auf die Rechtsprechung zu beiden Rechten einzugehen ist.<sup>991</sup>

## 1. Rechtsprechung des EGMR

### 1.1 Informationspflichten

#### a) Allgemeine Informationspflichten

- 390 Erste Ansätze bezüglich staatlicher Informationspflichten i.S. von Schutzpflichten finden sich im Zusammenhang mit den britischen Atomwaffentests auf den Osterinseln im Urteil *L.C.B.*<sup>992</sup> Der Beschwerdeführer bzw. dessen Hinterbliebene rügten, dass der verstorbene Beschwerdeführer aufgrund britischer Atomtests an Leukämie erkrankte. Der EGMR anerkannte eine Informationspflicht der Regierung, sofern sie davon ausgehen müsse, dass durch Atomwaffentests Personen einer hohen Strahlung ausgesetzt gewesen seien.<sup>993</sup> Letztlich erachtete es der EGMR

---

<sup>989</sup> Vgl. Urteile des EGMR *L.C.B. gegen das Vereinigte Königreich* vom 9. Juni 1998 (Nr. 23413/94); *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10).

<sup>990</sup> CHRISTOFFERSEN, 381; STARMER, 147; XENOS, 107.

<sup>991</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 90, 160; *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2008 (Nr. 15339/02 et al.), § 133.

<sup>992</sup> Urteil des EGMR *L.C.B. gegen das Vereinigte Königreich* vom 9. Juni 1998 (Nr. 23413/94).

<sup>993</sup> *Ibid.*, § 38.

jedoch konkret nicht für erstellt, dass der Staat Kenntnis von einer allfälligen Verstrahlung hatte, weshalb er die Beschwerde abwies.<sup>994</sup>

Im Urteil *Guerra*<sup>995</sup> ersuchten Anwohner um Informationen (bzw. Auskunft) hinsichtlich der Gefahren einer ihrem Wohnort nahe stehenden Fabrik, in welcher Dünger und Kaprolaktam produziert wurden. Bereits im Vorfeld der Beschwerde hatte es in dieser Fabrik mehrere Unfälle unter Freisetzung giftiger Stoffe gegeben.<sup>996</sup> Der EGMR hielt fest, dass im Rahmen staatlicher Handlungspflichten ein Anspruch der betroffenen Personen auf Auskunft bezüglich der Gefahren der Fabrik bestehe, damit diese sich selbst ein Bild des Risikos machen und eine informierte Entscheidung treffen könnten, ob sie sich diesem aussetzen wollten.<sup>997</sup> 391

Im Urteil *Öneryıldız*<sup>998</sup> befasste sich der EGMR mit den Folgen einer Methangasexplosion auf einer Mülldeponie, bei welcher mehrere Menschen ums Leben kamen. Die Opfer waren Anwohner in den Slums, die sich nahe der Mülldeponie gebildet hatten.<sup>999</sup> Der EGMR hatte zu beurteilen, ob die türkischen Behörden in Kenntnis der Slums genügende Massnahmen zum Schutz der Bewohnenden ergriffen hatten. Er kam dabei zum Schluss, dass der fehlende Zugang zu Information der Bewohnenden über die Risiken der Mülldeponie eine Verletzung von Art. 2 EMRK dargestellt habe, und anerkannte gleich einen allgemeinen Anspruch auf Auskunft bei gefährlichen Tätigkeiten: 392

*«Where such dangerous activities are concerned, public access to clear and full information is viewed as a basic human right; for example, the above-mentioned Resolution 1087 (1996) makes clear that this right must not be taken to be limited to the risks associated with the use of nuclear energy in the civil sector.»*<sup>1000</sup>

<sup>994</sup> Vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *McGinley und Egan gegen das Vereinigte Königreich* vom 9. Juni 1998 (Nr. 21825/93, 23414/94).

<sup>995</sup> Urteil des EGMR *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89).

<sup>996</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>997</sup> *Ibid.*, § 60. Vgl. hierzu auch bzgl. Chemiewaffentests Urteil des EGMR *Roche gegen das Vereinigte Königreich* vom 19. Oktober 2005 (Nr. 32555/96), § 155 ff.

<sup>998</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99).

<sup>999</sup> *Ibid.*, § 18.

<sup>1000</sup> *Ibid.*, § 62, 89. Bestätigt in Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2008 (Nr. 15339/02 et al.).

393 Schliesslich äusserte sich der EGMR im Urteil *Lovyginy*<sup>1001</sup> am Rande zu Informationspflichten. Er hatte eine Polizeübung zu beurteilen, die zum Tod eines Beteiligten führte. *In casu* wussten nicht alle beteiligten Polizeibeamten, dass es sich um eine Übung handelte, weshalb es zur Tragödie kam. Der EGMR bemängelte dabei besonders, dass nicht alle beteiligten Personen über die Durchführung und Natur der Übung informiert wurden.<sup>1002</sup>

#### **b) Arbeitsplatzspezifische Informationspflichten**

394 Wohl wichtigstes Urteil bezüglich Informationspflichten im Zusammenhang mit Arbeitsbedingungen ist das Urteil *Vilnes und andere*<sup>1003</sup>. Es behandelt mehrere Fälle ehemaliger Tiefseetaucher verschiedener Unternehmen, welche durch damals unregulierte Dekompressionszeiten beim Auftauchen regelmässig an der Taucherkrankheit erkrankten. Die Beschwerdeführer erlitten dadurch teils schwere Gesundheitsschäden.

395 Der EGMR stellte in diesem Urteil fest, dass die Regierung Kenntnis der teils stark unterschiedlichen Dekompressionszeiten hatte, jedoch aber die damit zusammenhängenden Gesundheitsrisiken noch unerkannt blieben bzw. wissenschaftlich umstritten waren.<sup>1004</sup> Angesichts dieser Umstände verlangte der EGMR besonders vorsichtiges Vorgehen durch den Staat im Sinne einer Vorsorgepflicht.<sup>1005</sup> Im Lichte der damals unklaren wissenschaftlichen Erkenntnisse stellte der EGMR schliesslich keine Verletzung wegen der fehlenden Regulierung der Dekompressionszeiten fest, sondern weil die betroffenen Taucher hinsichtlich der stark unterschiedlichen Dekompressionszeiten und möglichen Gesundheitsrisiken hätten

---

<sup>1001</sup> Urteil des EGMR *Lovyginy gegen die Ukraine* vom 23. Juni 2016 (Nr. 22323/08).

<sup>1002</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>1003</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10).

<sup>1004</sup> *Ibid.*, § 147 h; vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2008 (Nr. 15339/02 et al.), § 135 f. betreffend die Rolle der Komplexität des Sachverhalts bei der Ergreifung schützender Massnahmen.

<sup>1005</sup> *Ibid.*, § 236. Indessen kann damit kein strenges Vorsorgeprinzip gemeint sein, da dieses ein vorsorgliches hohes Ansetzen der Dekompressionszeiten erfordert hätte (vgl. unten Rz. 421).

informiert werden müssen.<sup>1006</sup> Dies hätte, so die Logik des EGMR, den Tauchern zumindest ermöglicht, selbst über die Eingehung des möglichen Gesundheitsrisikos zu befinden.<sup>1007</sup> Indessen merkte der EGMR an, dass die norwegische Regierung einen Fonds errichtete, der geschädigte Arbeitnehmende finanziell entschädigte, was jedoch letztlich den norwegischen Staat nicht vollends entlastete.<sup>1008</sup>

Schliesslich erhielt der EGMR kurz darauf Gelegenheit, sich mit dem Urteil *Brincat und andere*<sup>1009</sup> erneut zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz zu äussern. Die Beschwerdeführer arbeiteten in einer Schiffswerft, in welcher sie ohne persönliche Schutzausrüstung Asbest ausgesetzt waren. Einige von ihnen erkrankten oder starben an den Folgen dieser Asbestexposition. Sie rügten, der maltesische Staat habe es trotz allgemeiner Kenntnis der Gesundheitsgefahren durch Asbest unterlassen, entsprechende Informations- und Sicherheitsmassnahmen zu erlassen bzw. effektiv durchzusetzen. Der EGMR bestätigte zunächst seine Rechtsprechung zu der Notwendigkeit der Bereitstellung von Information.<sup>1010</sup> Dies unter Verweis auf die ILO-Konvention 162, obwohl Malta diese nicht ratifiziert hatte. Der EGMR eruierte zunächst den Zeitpunkt, ab welchem die maltesische Regierung auf die Gesundheitsgefahren im Zusammenhang mit Asbest hätte Kenntnis haben müssen.<sup>1011</sup> Anschliessend beurteilte er die Massnahmen, welche zu diesem Zeitpunkt bestanden, und kam zum Schluss, dass die maltesische Gesetzgebung bzw. deren Durchsetzung damals mangelhaft war.<sup>1012</sup>

<sup>1006</sup> Eine solche Pflicht stützt sich im Übrigen auch auf die vom EGMR erwähnten für Norwegen verbindlichen Rechtsquellen: z.B. Art. 7 lit. b UNO-Pakt I (sichere und gesunde Arbeitsbedingungen), ILO-Konvention 81 betreffend Arbeitsaufsicht (und Kontrollpflichten), Art. 12 lit. b ILO 155 (Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt) sowie Art. 12 der Rahmenrichtlinie 89/391/EWG.

<sup>1007</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 244. Indessen kann an diesem Entscheid durchaus kritisiert werden, dass der EGMR hinsichtlich möglicher Gefahren kein erweitertes Vorsorgeprinzip anerkannte, womit eine zeitlich frühere Regulierung hätte gefordert werden können. Vgl. auch JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1600 f.

<sup>1008</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10), § 231.

<sup>1009</sup> Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.).

<sup>1010</sup> *Ibid.*, § 102.

<sup>1011</sup> *Ibid.*, § 106 ff.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, § 117.



## 1.2 Regulierungspflichten

### a) Allgemeine Regulierungspflichten

- 397 Im Kontrast zu den Informationspflichten beschränkt sich die nachstehend dargestellte Rechtsprechung des EGMR nicht nur auf die Zurverfügungstellung von Information bzw. aktive Information betroffener Personen, sondern anerkennt auch materielle Massnahmen hinsichtlich der Kontrolle, Aufsicht und Regulierung bestimmter Tätigkeiten.<sup>1013</sup>
- 398 Zentral für die Regulierungspflichten ist ebenfalls das Urteil *Öneryıldız*<sup>1014</sup>, wo der EGMR neben Aussagen zu Informationspflichten auch die Grundsätze der Regulierungs-, Aufsichts- und Bewilligungspflichten im Zusammenhang mit gefährlichen Tätigkeiten (*dangerous activities*) festhielt. Konkret anerkannte er darin eine allgemeine Pflicht zu Genehmigung, Einrichtung, Betrieb, Sicherheit und Kontrolle von Aktivitäten, die erfahrungsgemäss eine Gefahr darstellen.<sup>1015</sup>

«[...] *The Court considers that this obligation must be construed as **applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and a fortiori in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites** [...].*»<sup>1016</sup>

«*This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, **special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent***

---

<sup>1013</sup> Vgl. indessen Urteil des EGMR *Guerra und andere gegen Italien* vom 19. Februar 1998 (Nr. 14967/89), § 58, wo der EGMR weitergehende Pflichten im Rahmen des effektiven Rechtsschutzes zumindest andeutete.

<sup>1014</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99).

<sup>1015</sup> Vgl. aber auch Urteile des EGMR *López Ostra gegen Spanien* vom 9. Dezember 1994, Serie A Bd. 303-C; *Banel gegen Litauen* vom 18. Juni 2013 (Nr. 14326/11), § 67 ff. (Instandhaltung von öffentlichen Gebäuden); *Ciechońska gegen Polen* vom 14. Juni 2011 (Nr. 19776/04), § 69 (Instandhaltung von Grünanlagen); *Mučibabić gegen Serbien* vom 12. Juli 2016 (Nr. 34661/07), § 135 f. (Herstellung von Raketentreibstoff); *Binišan gegen Rumänien* vom 20. Mai 2014 (Nr. 39438/05), § 72 (Arbeitssicherheit von Bahnpersonal).

<sup>1016</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 71 (Hervorhebung durch den Autor).

*risks. [...] In any event, the relevant regulations must also provide for appropriate procedures, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels.»<sup>1017</sup>*

Mit gefährlichen Aktivitäten erfasst der EGMR folglich alle gefahrgeneigten Tätigkeiten und Gefahren, die erfahrungsgemäss zu schweren Verletzungen oder Tod führen können. Beispiele hierfür sind Bauvorschriften, Tiefseetauchen, der Umgang mit Gefahrgut, d.h. explosiven bzw. entzündlichen Stoffen und Gasen, Elektrizität oder toxischen Stoffen (insb. Asbest).<sup>1018</sup> 399

Im Fall *Budayeva*<sup>1019</sup> präzisierte der EGMR schliesslich die Erfüllungskriterien dieser positiven Schutzpflichten, obschon sich diese stark von Fall zu Fall unterscheiden: 400

*«In assessing whether the respondent State had complied with the positive obligation, the Court must consider the particular circumstances of the case, regard being had, among other elements, to the domestic legality of the authorities' acts or omissions [...], the domestic decision-making process, including the appropriate investigations and studies, and the complexity of the issue, especially where conflicting Convention interests are involved [...]»<sup>1020</sup>*

*«In the sphere of emergency relief, where the State is directly involved in the protection of human lives through the mitigation of natural hazards, these considerations should apply in so far as the circumstances of a particular case point to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use [...]. The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.»<sup>1021</sup>*

<sup>1017</sup> Ibid., § 90 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>1018</sup> Vgl. oben Fn. 1016.

<sup>1019</sup> Urteil des EGMR *Budayeva und andere gegen die Russische Föderation* vom 20. März 2008 (Nr. 15339/02 et al.).

<sup>1020</sup> Ibid., § 136 m.H.a. Urteil des EGMR *Hatton und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. Juli 2003 (Nr. 36022/97), § 128 (Hervorhebung durch den Autor), wonach bei der Beurteilung von Fluglärm auch weitere Interessen zu berücksichtigen sind.

<sup>1021</sup> Ibid., § 137 (Hervorhebung durch den Autor).

401 Da diese Schutzpflicht eine Vielzahl von Aktivitäten, Gefahren und Regelungsmöglichkeiten betrifft, die sich in ein bestehendes Rechtssystem eingliedern, gesteht der EGMR den Mitgliedsstaaten bei der Wahrnehmung ihrer Schutzpflichten einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum in der Art und Weise der Wahrnehmung dieser Pflichten zu.<sup>1022</sup>

### b) Arbeitsplatzspezifische Regulierungspflichten

402 Die oben dargelegten allgemeinen Regulierungspflichten sind in Ergänzung der Informationspflichten auch im Arbeitsrecht anzutreffen. So hat sich der EGMR dazu im bereits unter den Informationspflichten erläuterten Fall der Tiefseetaucher in *Vilnes und andere*<sup>1023</sup> geäußert. Folglich besteht bei unklarer wissenschaftlicher Lage im Ergebnis lediglich eine Informationspflicht, nicht hingegen immer eine Regulierungspflicht. So hätten die Arbeitnehmer *in casu* über die möglichen Risiken bezüglich der unterschiedlichen Dekompressionszeiten informiert werden sollen, womit der EGMR im Ergebnis keine Pflicht zur Einführung eines strengen Vorsorgeprinzips anerkennt.<sup>1024</sup>

403 In einem zweiten bereits erwähnten Fall *Brincat und andere*<sup>1025</sup> war erstellt, dass der Staat Malta von den Gesundheitsschäden durch Asbest Kenntnis hatte und rund zwei Jahrzehnte lang keine Schutzvorschriften erliess. Im Lichte der damals allgemein gehaltenen Schutzvorschriften verlangte der EGMR den (*in casu* nicht erbrachten) Nachweis, dass Asbest rechtlich als giftiger Stoff unter dem damals geltenden Recht qualifiziert wurde und der Umgang damit einer Bewilligungspflicht unterlag. Weiter war unklar, ob überhaupt irgendwelche offiziellen Kontrollen hinsichtlich der eingeführten allgemeinen Luftqualitätsvorschriften durchgeführt wurden. Einzige nachweislich ergriffene Massnahme war das Verteilen von Masken, was bereits zum damaligen Zeitpunkt anerkanntermassen eine ungenügende Massnahme darstellte, weshalb der EGMR eine Verletzung von Art. 2

---

<sup>1022</sup> Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30. November 2004 (Nr. 48939/99), § 107.

<sup>1023</sup> Urteil des EGMR *Vilnes und andere gegen Norwegen* vom 5. Dezember 2013 (Nr. 52806/09, 22703/10).

<sup>1024</sup> Vgl. *ibid.*, § 244.

<sup>1025</sup> Urteil des EGMR *Brincat und andere gegen Malta* vom 24. Juli 2014 (Nr. 60908/11 et al.).

bzw. 8 EMRK feststellte.<sup>1026</sup> Diese Rechtsprechung wurde in diversen späteren Fällen auch im Kontext von Arbeitsunfällen bestätigt.<sup>1027</sup>

### 1.3 Zusammenfassung

Gemäss der erläuterten Rechtsprechung besteht im Rahmen von Art. 8 EMRK ein Anspruch potenziell betroffener Personen auf Auskunft bzgl. Risiken und Gefahren aufgrund gefährlicher Tätigkeiten und Naturgefahren in ihrem Umfeld. Darüber hinaus kann aus dem Fall *L.C.B.* eine nachträgliche Informationspflicht, wenn der Staat davon ausgehen muss, dass eine Person schwer in ihrer Gesundheit geschädigt wurde. Schliesslich sehen die Urteile *Vilnes und andere* und *Brincat und andere* Informationspflichten im Sinne einer *obligation de résultat* in Bezug auf Risiken am Arbeitsplatz vor, selbst wenn die wissenschaftlichen Grundlagen dafür noch umstritten sind. Arbeitnehmende sind daher immer auch über die arbeitsplatzspezifischen Risiken zu informieren. 404

Zusätzlich bestehen Pflichten zur Regulierung gefährlicher Aktivitäten. Diese Pflichten sind abhängig vom Kenntnisstand der zur relevanten Zeit jeweils bekannten Risiken und Gefahren. Für die Implementierung einer effektiven Schutzregelung haben die Konventionsstaaten einen grossen Ermessensspielraum. Die Regulierungspflichten umfassen zunächst die Pflicht zur Normierung rechtlicher Rahmenbedingungen wie z.B. Bewilligungspflichten (bezüglich Betrieben und/oder Arbeitnehmenden), Strafnormen, Schulungspflichten oder eine Privathaftung verantwortlicher Personen. Darüber hinaus verlangt der EGMR im Sinne einer *obligation de moyens* die effektive Wirksamkeit dieses Rechts, weshalb Durchsetzungsmechanismen auch tatsächlich durchgesetzt werden müssen. 405

Zuletzt ist zu erwähnen, dass eine Nachsorge im Anschluss an Verletzungen (insb. durch Leistungen von Sozialversicherungen) nicht dazu führt, dass die Opfer-eigenschaft und somit die Beschwerdelegitimation beim EGMR automatisch entfällt, jedoch diese Leistungen berücksichtigt werden. Anderenfalls könnte ein Staat nämlich gänzlich auf präventive Massnahmen verzichten, was jedoch den allgemeinen Schutzgedanken nicht gerecht würde.<sup>1028</sup> 406

<sup>1026</sup> Ibid., § 109 f.

<sup>1027</sup> Vgl. hierzu insbesondere die in Fn. 1016 hiervoor zitierten Urteile.

<sup>1028</sup> MEYER-LADEWIG/KULICK in: HK-EMRK, N 31 zu Art. 34 EMRK.

## 2. Umsetzung im Schweizer Recht

- 407 Der arbeitsrechtliche Gesundheitsschutz in der Schweiz gestaltet sich als komplex, da er sich aus sehr offenen Schutznormen in Kombination mit diversen punktuellen Konkretisierungen sowie sachlich beschränkter Spezialgesetzgebung zusammensetzt. Weiter treffen auch hier Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht aufeinander. Daher wäre eine vollständige Durchforstung des Schweizer Rechtssystems nach möglichen Schutzlücken geradezu uferlos. Folglich ergibt es wenig Sinn, alle denkbaren regulierungswürdigen Sachbereiche im Einzelnen zu beleuchten, und beschränkt sich die nachstehende Darstellung auf die Präsentation der allgemein geltenden gesetzlichen Prinzipien und das System der Aufsicht über die Arbeitssicherheit, wobei besonderes Augenmerk auf die Konvergenz bzw. die Harmonisierung der Regulierung in der EU und der Schweiz gelegt wird. Diese liefern einen guten Anhaltspunkt für einen europäischen Standard. Weiter sind auch flankierend wirkende Normen heranzuziehen, die zwar nicht dem Schutz der Arbeitnehmenden dienen, aber dennoch Schutzwirkung in Arbeitsverhältnissen entfalten.
- 408 Es existieren auf nationaler sowie internationaler Ebene viele öffentlich zugängliche Praxisdaten zur Arbeitsaufsicht und Sozialversicherung. Sie werden nachstehend auf Anhaltspunkte für systemische Mängel in der Schweizer Arbeitsaufsicht untersucht. Dazu werden insbesondere die Unfallzahlen und die Kontrollkadenz durch Arbeitsaufsichtsbehörden in der Schweiz mit anderen Konventionsstaaten verglichen und versucht, aus diesem Vergleich entsprechende Schlüsse zu ziehen.

### 2.1 Überblick über die gesetzlich regulierten Aktivitäten

#### a) Übersicht

- 409 Die nachstehende Tabelle zeigt eine Übersicht über die wichtigsten das Arbeitsrecht betreffenden Regelungsbereiche bezüglich gefährlicher Tätigkeiten. Dem Schweizer Regelwerk gegenübergestellt werden dabei die Vorschriften der EU sowie ILO-Empfehlungen oder -Resolutionen. Es gilt jedoch zu beachten, dass der Detailgrad dieser Erlasse sehr unterschiedlich ist und teils speziell geregelte Materie im Rahmen allgemeinerer Normen in anderen Regelwerken bereits umgesetzt wird. So ist der allgemeine Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz prinzipienorientiert reguliert. Die Hauptschutznormen in der VUV und dem ArG als auch die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden enthalten daher weitgehend technisch neutrale und allgemeine Formulierungen, womit sie unabhängig von der Existenz von Spezialnormen Schutz vermitteln können.

Gegenstand	EU	ILO <sup>1029</sup>	Schweiz
Arbeitsicherheit	VO 89/391 (Rahmenrichtlinie), 89/654/EWG	ILO C-155 (Gesundheitsschutz), ILO C-174 (Unfallverhütung), ILO R-164	ArG, VUV, OR
Arbeitsgeräte	2009/104/EG	ILO R-32; ILO C-119 (Maschinenüberwachung)	ArG, VUV, OR
Explosive Atmosphären und Stoffe	99/92/EC; 2014/34/EU (ATEX 95 und 137)		VUV, ASA RL 6508, Suva-Merkblatt 2153, EKAS-Richtlinien, VGSEB
Persönliche Schutzausrüstung	89/656/EWG, 2016/425/EU		VUV, ArGV 3
Aufzüge	2014/33/EU	ILO code of practice	Aufzugsverordnung
Druckausrüstung	2014/68/EU; 2014/29/ EU, 2010/35/EU		GGUV, DGV, DBV
Bauprodukte	305/2011/EU	ILO C-62, ILO R-53-56	BauPV
Maschinen	2006/42/EG	ILO R-32	MaschV
Produktesicherheit	2001/95/EG		PrSG
Produktehaftpflicht	85/374/EWG		PrHG

<sup>1029</sup> Es sind nur jene Empfehlungen und Resolutionen der ILO erwähnt, welche sich primär auf denselben Regelungsgegenstand und nicht auf eine bestimmte Berufskategorie oder generelle Aspekte der Arbeitssicherheit beziehen.

Gegenstand	EU	ILO	Schweiz
Aerosolprodukte	75/324/EWG		Verordnung des EDI über Aerosolpackungen
Chemische Substanzen	98/24/EG; 1907/2006EG (REACH)	ILO C-170; ILO R-177	Suva-Grenzwerte; ChemRRV
Kanzerogene, Mutagene oder reprotoxische Stoffe	2004/37/EG	ILO C-139; ILO R-147	Suva-Grenzwerte
Asbest	2009/148/EG	ILO C-162; ILO R-172	BauAV, Art. 44 VUV; Suva-Grenzwerte
Pflanzenschutzmittel	1107/2009/EG	ILO C-110; ILO R-110	PSMV (Pflanzenschutzmittelverordnung)
Gefahrentransporte	2008/68/EG	ILO C-170	Bilaterale Abkommen I
Elektromagnetische Felder	2013/35/EU		VUV, ArGV 3
Künstliche optische Strahlung	2006/25/EG		Suva-Grenzwerte
Lärm	2003/10/EG	ILO C-148; ILO R-156	VUV, ArGV 3
Vibration	2002/44/EG	ILO C-148; ILO R-156	Suva-Grenzwerte
Biologische Stoffe	2000/54/EG		Suva-Grenzwerte
Manueller Verlad von Gütern	90/269/EWG	ILO R-128	Suva-Grenzwerte

Die obenstehende Darstellung zeigt zumindest auf Ebene spezialgesetzlicher Regelungsmaterie eine gewisse Harmonisierung zwischen den Regelungen der EU und dem schweizerischen Recht, welche insbesondere im Produktebereich auch mit dem Abbau von Handelshemmnissen zusammenhängt. Im Gegensatz dazu werden z.B. allgemeine Normen im Schweizer Recht durch Grenzwerte für Belastungen am Arbeitsplatz durch die Suva konkretisiert, weshalb in diesen Bereichen trotz allenfalls faktischer Harmonisierung kein expliziter direkter Bezug auf Richtlinien der EU besteht. Schliesslich werden gemäss Art. 52a VUV internationale Verpflichtungen bei der Ausarbeitung von EKAS-Richtlinien<sup>1030</sup> berücksichtigt, was ebenfalls eine gewisse Harmonisierung mit den internationalen Standards zur Folge hat.<sup>1031</sup> 410

#### b) Anwendungsbereiche von ArG und UVG

Hauptschnitznormen für die Arbeitssicherheit im öffentlichen Recht sind Art. 81 UVG sowie die Normen des Arbeitsgesetzes. Gemäss Art. 81 Abs. 1 UVG gelten die Bestimmungen zur Arbeitssicherheit und Unfallverhütung in grundsätzlich allen Betrieben, deren Arbeitnehmende in der Schweiz arbeiten. Ausnahmen hiervon bestehen nach Massgabe von Art. 2 VUV insbesondere aus administrativen Gründen oder aufgrund von Kompetenzabgrenzungen zu spezialgesetzlich geregelten Bereichen mit bereits bestehender hoher Regulierungsdichte.<sup>1032</sup> 411

Ähnlich geregelt ist der Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes. Gemäss Art. 1 ArG sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes ebenfalls im Grundsatz auf alle Betriebe anwendbar, wobei das Gesetz weitergehende persönliche und betriebliche Ausnahmen wie die VUV vorsieht. Der Anwendungsbereich der VUV geht daher weiter als derjenige des ArG.<sup>1033</sup> Die Ausnahmen des Anwendungsbereichs des ArG betreffen indessen (insb. als gefahrgeneigte Tätigkeiten) die Landwirtschaft und Fischerei, welche aus Witterungsgründen vom Anwendungsbereich des ArG ausgenommen sind.<sup>1034</sup> Diese Arbeitsverhältnisse werden jedoch teilweise durch 412

<sup>1030</sup> Vgl. nachstehend Rz. 413.

<sup>1031</sup> Vgl. mit Bezügen zu weiteren völkerrechtlichen Verträgen BUENO, Corporate Liability, 571.

<sup>1032</sup> So verfügt das Militär z.B. über die Militärische Unfall- und Schadensprävention (MUSP), die Luftfahrt über die Regelungen nach LFG bzw. das Bundesamt für zivile Luftfahrt (BAZL), die Arbeit mit Atomenergie über die Regelungen nach AtG und StSG bzw. das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI).

<sup>1033</sup> SCHEIDEGGER/PITTELOUD in: SHK ArG, N 36 zu Art. 6 ArG.

<sup>1034</sup> MÜLLER/MADUZ in: OFK ArG, N 10 zu Art. 2 ArG.



allgemeinverbindlich erklärte Normalarbeitsverträge geregelt, deren Einhaltung jedoch im Gegensatz zum ArG und UVG nicht behördlich kontrolliert wird.<sup>1035</sup> Weiter sind insbesondere auch Seeleute im Rahmen der Hochseeschifffahrt vom Anwendungsbereich des ArG ausgenommen, wobei für diese das Seeschiffahrtsgesetz Anwendung findet, welches eigene Bestimmungen zur Arbeitssicherheit enthält.<sup>1036</sup>

- 413 Die sehr allgemein gehaltenen Bestimmungen des ArG und des UVG werden insbesondere durch ihre Verordnungen und die darauf gestützten Richtlinien der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) konkretisiert. Die Einhaltung dieser EKAS-Richtlinien begründet die allgemeine rechtliche Vermutung der Einhaltung der Vorschriften zur Unfallverhütung durch Arbeitnehmende (Art. 52a Abs. 2 VUV). Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sorgt darüber hinaus u.a. für eine einheitliche Anwendung des ArG durch die kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 48 Abs. 2 VUV).<sup>1037</sup> Nachstehend sind die wichtigsten materiellen Regelungen zur Arbeitssicherheit aufzuzeigen, die im Zusammenhang mit den vom EGMR anerkannten positiven Schutzpflichten stehen.

### c) **Schutznormen der Arbeitssicherheit**

- 414 Gemäss Art. 6 ArG und Art. 81 f. UVG haben Arbeitgebende die Pflicht zur Ergriffung aller nach der Erfahrung notwendigen, verhältnismässigen und zumutbaren Massnahmen zur Verhütung von Berufskrankheiten und Berufsunfällen (UVG) bzw. zum Schutz der Gesundheit (ArG). Gestützt auf diese Grundnormen hat der Bundesrat Verordnungen zum ArG (insb. ArGV 3) und zum UVG (VUV) erlassen. Dabei ergänzen die Vorschriften der ArGV 3 jene der VUV (Art. 1 Abs. 2 ArGV 3).
- 415 Die konkreten Pflichten dieser sehr abstrakten Bestimmungen richten sich im Einzelnen nach den Umständen und verpflichten im Grundsatz die Arbeitgebenden. So sind nach Bedarf fachtechnische Gutachten zu erstellen (Art. 4 ArGV 3), Arbeitnehmende zu instruieren bzw. mit Sicherheitsaufgaben zu betrauen (Art. 5 ff. ArGV 3, Art. 6 f. VUV), Spezialisten hinzuzuziehen (Art. 11a ff. VUV), Gebäude, Räume, Konstruktionen und Arbeitsplätze gesundheitsschonend einzurichten

---

<sup>1035</sup> Vgl. hierzu die allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge in SECO Übersicht GAV.

<sup>1036</sup> Vgl. Art. 63 SFG und die ausführlichen Bestimmungen der darauf gestützten Verordnung. Für weitere Quellen vgl. DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 80 f.

<sup>1037</sup> Vgl. zur Kompetenzverteilung und zu den Aufgaben auch eingehend STEIGER-SACKMANN, Rz. 78 ff.

(Art. 11–22 ArGV 3, Art. 12 ff. und 33 ff. VUV), persönliche Schutzausrüstung und/oder Arbeitskleidung zur Verfügung zu stellen und – soweit einschlägig – besondere Schutzmassnahmen für Schwangere und Jugendliche vorzusehen (Art. 29 ff. ArG). Diese Pflichten sind weitgehend technologieneutral formuliert, weshalb sie auch auf aufkommende oder nicht im Detail geregelte Gefahren Anwendung finden. Gestützt auf das ArG und das UVG bestehen darüber hinaus diverse Schutzverordnungen hinsichtlich der Arbeits- und Produktesicherheit, z.B. in den Bereichen Baustellen, Schifffahrt, Kranen, Spritzfarben und Lacke, Heimarbeit, Überdruckbehälter, Maschinen, Aufzüge, Druckgeräte, sowie besondere Schutzbestimmungen für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden wie Schwangere und Jugendliche.<sup>1038</sup>

Die VUV sowie das ArG enthalten im Bereich der Unfallverhütung und des Gesundheitsschutzes darüber hinaus Pflichten zur Information und Anleitung der aktuell im Betrieb tätigen Arbeitnehmenden betreffend die einzuhaltenden Sicherheitsmassnahmen hinsichtlich der bei ihrer Tätigkeit auftretenden Gefahren (Art. 6 Abs. 1 UVV, Art. 5 Abs. 1 ArGV 3). Damit wird sichergestellt, dass Arbeitnehmende sich der Risiken im Rahmen ihrer Tätigkeit bewusst sind und entsprechend auch verantwortungsbewusst agieren können. 416

Weiter zu erwähnen ist die arbeitsmedizinische Vorsorge (Art. 70 ff. UVV). Demnach kann die Suva einen Betrieb oder einzelne Arbeitnehmende zu Vorsorgeuntersuchungen verpflichten, wenn Hinweise dafür bestehen, dass Mitarbeitende durch die Arbeit geschädigt werden. Arbeitnehmende werden in diesem Zuge über ihre Untersuchungsergebnisse informiert. Zusätzlich kann die arbeitsmedizinische Vorsorge auch Nachuntersuchungen umfassen (Art. 74 UVV). Damit kann auch der Gesundheitszustand bereits ausgetretener Arbeitnehmender beobachtet werden. Anwendung findet dies insbesondere bei Exposition bzw. der Arbeit mit krebserregenden Stoffen.<sup>1039</sup> 417

Flankierend auf die Arbeitssicherheit wirken auch andere spezialgesetzliche Regelungen. Diese dienen im Regelfall der allgemeinen Sicherheit und sind über die gesamte Rechtsordnung verteilt. Sie knüpfen an Gegenstände oder Tätigkeiten wie z.B. die Handhabung von Sprengstoffen<sup>1040</sup>, den Umgang mit gefährlichen 418

<sup>1038</sup> Z.B. die Bauarbeitenverordnung (BauAV). Vgl. eingehend mit Bezug zum Gemeinschaftsrecht der EU auch JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1620 ff.

<sup>1039</sup> JOST/PLETSCHER, 45.

<sup>1040</sup> Vgl. Sprengstoffgesetz (SprstG).

Chemikalien<sup>1041</sup>, den Umgang mit Strom<sup>1042</sup>, den Umweltschutz<sup>1043</sup>, den Schutz vor Passivrauchen<sup>1044</sup> oder den Schutz vor Strahlung<sup>1045</sup>. Diese Erlasse enthalten eigene konkrete Handlungs- oder Sicherheitsvorschriften<sup>1046</sup>, Bewilligungspflichten<sup>1047</sup>, Pflichten zur Lizenzierung des Unternehmens oder von Angestellten<sup>1048</sup> oder auch Melde- und Buchführungspflichten<sup>1049</sup>.

- 419 Speziell einzugehen ist an dieser Stelle auf den Umgang mit Asbest in der Schweiz. Gemäss Anhang 1.6 der Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung ist die Verwendung von Asbest in der Schweiz gestützt auf Art. 19 ChemG grundsätzlich verboten. Zusätzlich gilt Asbest im Rahmen der VUV als gesundheitsgefährdender Stoff, weshalb bei der Arbeit damit in jedem Fall die allgemeinen Vorsichtsmassnahmen der VUV einzuhalten sind.<sup>1050</sup> Darüber hinaus bestehen Spezialbestimmungen hinsichtlich Sanierungsarbeiten mit asbesthaltigem Material auf Baustellen. Diese müssen durch ein von der Suva lizenziertes Unternehmen vorgenommen werden und sind der Suva im Voraus zu melden (Art. 82 ff. BauAV).
- 420 Ähnlich sieht die VUV bezüglich des Umgangs mit bekannten gesundheitsgefährdenden sowie brand- und explosionsgefährdenden Stoffen spezielle Sicherheitsregeln vor. So sind besondere Schutzmassnahmen zu treffen, wenn ein Risiko für eine Gesundheitsgefährdung durch diese Stoffe besteht. Daneben verlangt Art. 2 Abs. 1 lit. b ArGV 3 von Arbeitgebenden die allgemeine Ergreifung verhältnis-

---

<sup>1041</sup> Vgl. Chemikaliengesetz (ChemG) und die darauf gestützten Verordnungen.

<sup>1042</sup> Vgl. Elektrizitätsgesetz (EleG) und die darauf gestützten Verordnungen.

<sup>1043</sup> Vgl. Umweltschutzgesetz (USG).

<sup>1044</sup> Vgl. das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen.

<sup>1045</sup> Vgl. das Kernenergiegesetz (KEG) sowie die Strahlenschutzverordnung (StSV).

<sup>1046</sup> Z.B. Art. 4 ff. Schwachstromverordnung, Art. 4 ff. Starkstromverordnung, Art. 4 der Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse, Art. 5 Leitungsverordnung, Art. 11 ff. USG, Art. 26 ff. USG (Stoffe, Organismen und Abfälle), Art. 3 f. Produktsicherheitsgesetz (und insbesondere die darauf gestützten Verordnungen).

<sup>1047</sup> Z.B. Art. 9 ff. ChemG (sowie z.B. Art. 15e ff. der Biozidprodukteverordnung) oder Art. 10a ff. USG.

<sup>1048</sup> Vgl. hierzu auch die Verordnungen des EDI und der UVEK bzgl. Desinfektion von Gemeinschaftsbädern (VFB-DB), zur Schädlingsbekämpfung (VFB-S und B), Pflanzenschutzmitteln (VFB-LG, SB und W), Holzschutzmitteln (VFB-H) und Kältemitteln (VFB-K).

<sup>1049</sup> Z.B. Art. 18 ChemG, Art. 29 f. SprstG; Art. 11 KEG.

<sup>1050</sup> Dies geht insbesondere auch aus Art. 38 Abs. 3 VUV hervor, worin Asbest als *besonders* gesundheitsschädlich bezeichnet wird.

mässiger und zumutbarer Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden vor physischen, chemischen und biologischen Beeinträchtigungen.

Für die Früherkennung von möglichen Gesundheitsgefahren betreibt das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in Absprache mit anderen Bundesämtern ein Monitoring. In diesem Rahmen werden Studien und Evaluationen durchgeführt, um etwaige Gesundheitsrisiken zu erkennen. Darunter fallen derzeit z.B. Gefahren durch synthetische Nanomaterialien oder endokrine Disruptoren. Die Schweiz wendet dabei grundsätzlich das Vorsorgeprinzip an. Dies bedeutet, dass eine Regulierung bereits in Frage kommt, wenn wissenschaftlich plausible Hinweise für Risiken bestehen. Dieses kann jedoch sehr unterschiedlich zum Ausdruck kommen (z.B. vorsorgliches Verbot oder blosses Monitoring). Die genaue Ausgestaltung vorsorglicher Regelungen erfolgt jeweils anhand einer Risiko-Nutzen-Abwägung im Einzelfall.<sup>1051</sup> 421

## 2.2 Aufsicht, Kontrolle und Durchsetzung

### a) Informelles Verwaltungshandeln

Die mit der Durchsetzung der VUV sowie des ArG betrauten Behörden sind bei ihrer Aufgabenwahrnehmung zunächst beratend und aufklärend tätig. So stellen die Suva, das SECO sowie die kantonalen Arbeitsinspektorate umfangreiche Informationen und Tools zur Arbeitsplatzsicherheit zur Verfügung (z.B. Broschüren, Schulungen oder Tools wie SICHEM<sup>1052</sup>). Darüber hinaus haben Arbeitgebende gemäss Art. 60 Abs. 2 VUV unter anderem einen Anspruch auf Beratung. 422

Stellt ein Durchführungsorgan des ArG und der VUV einen Gesetzesverstoss fest, so spricht die zuständige Behörde im Regelfall zunächst eine Ermahnung aus und verlangt die Beseitigung des Mangels, bevor sie eine Verfügung erlässt (Art. 62 ff. VUV und Art. 51 ff. ArG). Dieses Vorgehen erklärt die tiefe jährliche Zahl der erlassenen Verfügungen durch die kantonalen Arbeitsinspektorate und die Suva. So werden diese entlastet, da durch dieses Vorgehen weniger bürokratischer Auf- 423

---

<sup>1051</sup> Vgl. EDI et al., Bericht Nanomaterialien, 5 ff.

<sup>1052</sup> Dieses E-Tool erlaubt Betrieben z.B. das Erfassen einer Chemikalienliste und das Abrufen aktueller weitergehender Informationen hinsichtlich der jeweils anwendbaren Sorgfaltspflichten.

wand entsteht.<sup>1053</sup> Darüber hinaus ist die Relevanz der beratenden Tätigkeit nicht zu unterschätzen. Die daraus gewonnene Planungssicherheit entspricht letztlich auch einem ökonomischen Bedürfnis der Arbeitgebenden. Dies trifft besonders dort zu, wo eine Plangenehmigung notwendig ist, da durch die frühzeitige Mitwirkung der zuständigen Behörde Beanstandungen entgegengewirkt werden kann, was zur Beschleunigung des Bewilligungsverfahrens und letztlich auch zur Umsetzung eines Vorhabens führt.

## b) Zivilrechtliche Behelfe

- 424 Ausgangspunkt für zivilrechtliche Sanktionen im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit ist die Haftung der Arbeitgebenden für Schäden, die in Verletzung ihrer vertraglichen Fürsorgepflicht entstehen (Art. 97 i.V.m. Art. 328 Abs. 2 OR). Art. 328 OR verpflichtet Arbeitgebende, zum Schutz der Gesundheit alle Massnahmen zu ergreifen, die nach dem Stand der Technik anwendbar und notwendig, den Umständen angemessen und den Arbeitgebenden zumutbar sind (vgl. auch analog Art. 3 Abs. 1 VUV und Art. 6 Abs. 1 ArG).<sup>1054</sup> Darüber hinaus beanspruchen Bestimmungen des öffentlichen Rechts auch Geltung im Zivilrecht, sofern die fraglichen Normen Teil eines Einzelarbeitsvertrags sein können (Art. 342 Abs. 2 OR). Ist ein Betrieb vom Anwendungsbereich des UVG bzw. des ArG ausgenommen, so können deren Normen dennoch Geltung erlangen, indem sie zur Auslegung und Konkretisierung der Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden können.<sup>1055</sup> Daher sind die Pflichten der Arbeitgebenden im Bereich der VUV sowie des ArG grundsätzlich immer auch im zivilrechtlichen Verhältnis relevant. Die zivilrechtlichen Behelfe werden im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht nicht von Amtes wegen durchgesetzt.
- 425 Zivilrechtliche Behelfe sind im Lichte ihrer praktischen Durchsetzbarkeit in aller Regel sanktionierender Natur. Beispiele für präventive Aktionen gegen unzumutbare Arbeitsbedingungen sind die Niederlegung der Arbeit bei vollem Lohn (Art. 324 OR) und die Berechtigung zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 OR). Die Fürsorgepflicht umfasst nicht nur eine Beseitigungs-

---

<sup>1053</sup> So auch schon in BBl 1960 II 909, 1004. Gemäss Tätigkeitsbericht des SECO ergingen im Jahr 2020 gerade einmal 1'275 Verfügungen, wovon lediglich 35 auf die kantonalen Arbeitsinspektorate fallen (SECO Bericht Arbeitsinspektion 2021, 15 f.). Im Kontrast hierzu erliess die österreichische Arbeitsinspektion in den Jahren 2019/2020 17'125 «schriftliche Aufforderungen» (ÖBA Tätigkeitsbericht 2021, 9).

<sup>1054</sup> Diese Pflichten werden in diversen Normen konkretisiert. Vgl. oben Rz. 414 ff.

<sup>1055</sup> BGE 132 III 257, E. 5.4.

pflicht bestehender Störungen, sondern auch eine Pflicht zur Sachverhaltsabklärung und Ergreifung genereller und spezifischer präventiver Massnahmen.<sup>1056</sup> So müssen Arbeitgebende auf bekannte Risiken eingehen und entsprechende Massnahmen ergreifen. Besonders die drohende Haftung der Arbeitgebenden wirkt sich schliesslich abschreckend aus (Art. 97 i.V.m. Art. 328 Abs. 2 OR). Für die Schadensbemessung sind im Schadensfall jedoch auch die Eigenverantwortung der Arbeitnehmenden und das effektive Verschulden der Arbeitgebenden zu berücksichtigen (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).

Das Bundesgericht geht grundsätzlich davon aus, dass die formelle Einhaltung öffentlich-rechtlicher Normen keine automatische vollständige Exkulpation von einer privatrechtlichen Haftung zur Folge hat.<sup>1057</sup> Ist also eine Anlage durch die Suva geprüft, so wirkt dies grundsätzlich haftungsentlastend für zivilrechtliche Ansprüche, sofern die Prüfung der Suva die gesamte Anlage betraf.<sup>1058</sup> In einem Entscheid des Bundesgerichts hielt dieses jedoch fest, dass eine Prüfung einer Anlage die Arbeitgebende nicht von den anderen Pflichten entbinde, wie z.B. die Aufsicht, Anweisung und Überwachung von Arbeitnehmenden.<sup>1059</sup> Insofern kommt es auch bei der privatrechtlichen Haftung insbesondere bei der Festlegung des konkreten Schadenersatzes auf die Umstände des Einzelfalls an. 426

Da Arbeitnehmende insbesondere bezüglich Unfall und Krankheit obligatorisch und ggf. freiwillig versichert sind, geht ein Gros der Ansprüche gegen Arbeitgebende im Schadensfall via Subrogation auf die Versicherer über. Diese können anschliessend u.U. Rückgriff auf Arbeitgebende nehmen (Art. 72 Abs. 1 ATSG, Art. 95c VVG, Art. 34b BVG). Dieser Rückgriff ist im Falle von Berufsunfällen jedoch auf absichtlich und grobfahrlässig verursachte Schäden beschränkt (Art. 75 ATSG).<sup>1060</sup> Arbeitnehmende geniessen dabei auch ein Regressprivileg bezüglich der durch die Versicherung nicht gedeckten Schäden (insb. falls Leistungen gekürzt werden, Art. 73 ATSG) und können darüber hinaus ungedeckt gebliebene Schäden bei leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit der Arbeitgebenden geltend machen. 427

---

<sup>1056</sup> Vgl. DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 341.

<sup>1057</sup> Urteil des BGer 4A\_189/2015 vom 6. Juli 2015.

<sup>1058</sup> Ibid., E. 3.4.

<sup>1059</sup> Ibid.

<sup>1060</sup> Vgl. hierzu DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 117 f. zu Art. 328 OR. Vgl. auch der Freistellungsanspruch der Arbeitnehmenden nach Art. 321e OR sowie die grundsätzliche Erstreckung von Betriebshaftpflichtversicherungen auf Arbeitnehmende (Art. 59 Abs. 1 VVG).

**c) Plan- und Betriebsbewilligungspflichten nach ArG**

- 428 Art. 7 f. ArG schreiben eine generelle Plangenehmigungspflicht für dem ArG unterstellte industrielle Betriebe vor. Darunter fallen gemäss Art. 5 Abs. 2 ArG Betriebe, die in einer festen Anlage dauernden Charakters Güter herstellen, verarbeiten oder behandeln oder Energie erzeugen, umwandeln oder übertragen. Schliesslich muss die Arbeitsweise des Betriebs durch Automatisierung oder Maschinen geprägt sein oder es müssen besondere Gefahren für das Leben oder die Gesundheit der Arbeitnehmenden bestehen (lit. a–c). Der Entscheid bezüglich der Unterstellung unter die Bewilligungspflicht obliegt den kantonalen Arbeitsinspektoren (Art. 32 ff. ArGV 4).<sup>1061</sup>
- 429 Die Planbewilligung erfolgt auf Antrag des Betriebs und ist bei der jeweilig zuständigen kantonalen Behörde zu beantragen. Diese holt neben ihrer eigenen Prüfung einen Bericht der Suva ein (Art. 7 Abs. 1 ArG). Die Suva kann ihrerseits verbindliche Weisungen erteilen, welche in Form von Auflagen bei der Planbewilligung aufzunehmen sind. Daneben kann auch die zuständige kantonale Behörde zusätzliche Auflagen verfügen. Wird ein Plan bewilligt und umgesetzt, so ist vor der Inbetriebsetzung zudem eine Betriebsbewilligung erforderlich. Diese wird erteilt, wenn der Betrieb dem genehmigten Plan entspricht (Art. 7 Abs. 3 ArG). Die kantonalen Behörden haben bezüglich der Form dieser Kontrolle ein grosses Ermessen. So können sie lediglich Bestätigungen des Betriebs einholen, Nachweise über Fotos verlangen oder aber auch einen Augenschein durchführen.

**d) Inspektion und verwaltungsrechtlicher Zwang**

- 430 Neben der Plan- und Betriebsbewilligung von industriellen Betrieben nehmen die kantonalen Aufsichtsbehörden die Aufsicht über die Einhaltung der Bestimmungen zur Arbeitssicherheit im Sinne einer subsidiären Kompetenz wahr (Art. 41 ArG, Art. 47 ff. VUV). Aufgabe der Suva ist dabei die Aufsicht für die Verhütung von Berufsunfällen hinsichtlich gewisser Arbeitsmittel und in gewissen Betrieben (Art. 50 ff. VUV). Dabei handelt es sich um Betriebe bzw. Geräte, denen ein höheres Gefahrpotenzial innewohnt.<sup>1062</sup> So ist die Suva zuständig für die Verhütung von Berufsunfällen in bestimmten Branchen (Art. 49 Abs. 1 VUV), bei bestimmten Arbeitsmitteln (Art. 49 Abs. 2 VUV) und betreffend besonders zu schützende

---

<sup>1061</sup> Diese Betriebe treffen darüber hinaus weitere Pflichten wie z.B. den (zwingenden) Erlass einer Betriebsordnung nach Art. 37 ff. ArG, wo insbesondere auch Massnahmen zum Gesundheitsschutz und zur Unfallverhütung festzulegen sind.

<sup>1062</sup> KAENEL in: UVG Komm, N 1 zu Art. 85 UVG.

Personengruppen (Art. 70 VUV). Im Bereich der Berufskrankheiten hat die Suva ebenfalls grundsätzlich umfassende Kompetenz (Art. 50 VUV).

Die Suva und die kantonalen Arbeitsinspektorate bieten Betrieben Information und Beratung zur Arbeitssicherheit an (Art. 60 VUV) und führen darüber hinaus Kontrollen durch (Art. 61 VUV).<sup>1063</sup> Weiter bestehen diverse Meldepflichten vor Inbetriebnahme von Geräten oder bei Zwischenfällen auf spezialgesetzlicher Basis.<sup>1064</sup> Darüber hinaus besteht bei Unfällen eine Pflicht zur Meldung an die Versicherin, wenn ein Unfall eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat oder eine medizinische Behandlung notwendig macht (Art. 45 Abs. 1 UVG).

Für die Kontroll- und Inspektionstätigkeit werden periodisch Schwerpunkte festgelegt. Aufgrund der begrenzten Ressourcen können jedoch nicht immer alle Betriebe systematisch kontrolliert werden.<sup>1065</sup> Es wird deshalb strategisch nach Betriebsgrösse, Art des Betriebs und ggf. allfälligem Vorverhalten kontrolliert. Kontrollen finden in der Regel ohne Vorankündigung statt. Die kontrollierende Person ist berechtigt, die Anlagen zu besichtigen und Arbeitnehmende zu befragen (Art. 61 VUV). Darüber hinaus haben gemäss Art. 54 ArG und Art. 63 VUV die Suva bzw. die Arbeitsinspektorate die Pflicht, Anzeigen bezüglich möglicher Verstösse gegen Bestimmungen zur Arbeitssicherheit entgegenzunehmen und zu prüfen.<sup>1066</sup>

Das Bundesgericht stellte bislang in seiner Rechtsprechung zur notwendigen Kontrollkadenz der Suva keine grossen Anforderungen. So hielt es in einem Urteil fest, dass die Suva über ein grosses Ermessen im Bereich der Aufsicht verfüge und dass im Lichte ihrer knappen Ressourcen fehlende Betriebsbesuche über mehrere Jahrzehnte keine Pflichtverletzung darstellten.<sup>1067</sup>

Gemäss Art. 52 ArG und Art. 86 Abs. 2 UVG bzw. Art. 64 VUV verfügen die Durchführungsorgane für Arbeitssicherheit letztlich auch über die Kompetenzen, die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung der Bestimmungen zur Arbeitssicherheit zu veranlassen. Aus der Systematik der beiden Gesetze (Art. 51 ff. ArG

<sup>1063</sup> Die kantonalen Arbeitsinspektorate erledigen indessen einen Grossteil ihrer Arbeit auf informeller Ebene (vgl. oben Fn. 1054). Zur Arbeitsweise vgl. auch WEISSBRODT, *Informer ou prescrire?*, 8 ff.

<sup>1064</sup> Vgl. Art. 11 Druckgeräteverwendungsverordnung, Art. 86 ff. BauAV, Art. 13a Liftverordnung, Art. 24 ff. und 48 ff. ChemV, Art. 30 SprstG.

<sup>1065</sup> Vgl. hierzu WEISSBRODT, *Wirkung*, 2 ff.

<sup>1066</sup> Zur Kontrollkadenz vgl. unten Rz. 440 ff.

<sup>1067</sup> Urteil des BGer 2A.402/2000 vom 23. August 2001, E. 3c.aa.



sowie Art. 62 ff. VUV) ergibt sich jedoch, dass die Aufgabe der Suva und der Arbeitsinspektorate nicht die Sanktionierung von Verstössen ist, sondern die Wiederherstellung bzw. Herstellung des rechtmässigen Zustandes.

- 435 Die Massnahmen zur Durchsetzung des ArG und des UVG können von einer formlosen Ermahnung über den Erlass einer Verfügung unter Strafandrohung bis hin zur sofortigen Betriebsschliessung unter Entzug der aufschiebenden Wirkung reichen. Die Massnahme muss verhältnismässig sein, wobei insbesondere die Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung und die Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung im Zentrum stehen.<sup>1068</sup> Die mögliche Anwendung von Zwang erfolgt auch im Zuständigkeitsbereich der Suva grundsätzlich durch die kantonalen Behörden, wobei es sich dabei im Regelfall um die kantonale (Sicherheits-)Polizei handeln wird. Schliesslich kann eine Nichteinhaltung von Auflagen durch die Inhaberin einer Betriebsbewilligung zum Widerruf der Bewilligung im Sinne eines administrativen Nachteils bzw. zur Revision führen.<sup>1069</sup> Im Falle der Arbeitssicherheit nach VUV können die Versicherer zudem als Sanktion bei Nichteinhaltung einer Verfügung rückwirkend eine Prämienerrhöhung festsetzen (Art. 92 Abs. 3 UVG, Art. 66 VUV, Art. 113 UVV).

#### e) Strafrechtliche Aspekte

- 436 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit betrifft in der Regel das schuldhafte Verhalten natürlicher Personen und findet grundsätzlich parallel zu den zivil- und verwaltungsrechtlichen Normen Anwendung. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen im Rahmen des StGB kommt grundsätzlich nur subsidiär in Betracht, wenn die strafbare Handlung in geschäftlicher Verrichtung erfolgte und die strafrechtliche Zurechnung eines Verbrechens oder Vergehens zu einer natürlichen Person aufgrund mangelhafter Organisation nicht möglich ist (Art. 102 StGB). In diesem Fall droht dem Unternehmen eine Busse bis zu CHF 5 Mio.
- 437 Neben möglichen Erfolgsdelikten hinsichtlich des Schutzes des Lebens und der körperlichen Integrität<sup>1070</sup> kommen im Rahmen der Delikte des StGB insbesondere Fahrlässigkeits- und gemeingefährliche Delikte in Betracht, wie z.B. die Verursachung einer Feuersbrunst (Art. 222 StGB), Verursachung einer Explosion (Art. 223 Abs. 2 StGB) oder die Gefährdung durch Sprengstoff, giftige Gase

---

<sup>1068</sup> Vgl. STEIGER-SACKMANN, Rz. 67 ff.

<sup>1069</sup> Vgl. hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1534. Zur Gewinneinziehung in diesem Zusammenhang vgl. BGE 119 IV 10, E. 4.

<sup>1070</sup> Vgl. zur Fremdgefährdung oben Rz. 345 ff.

(Art. 225 StGB) oder ionisierende Strahlung (Art. 226<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB). Für die Arbeitssicherheit besonders relevant ist dabei die Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen in Betrieben oder an Maschinen (Art. 230 StGB). Schliesslich wirken andere spezialgesetzliche Normen flankierend auf die Arbeitssicherheit, indem sie gewisse Ge- und Verbote hinsichtlich der allgemeinen Sicherheit stipulieren, deren Nichteinhaltung unter Strafe steht.<sup>1071</sup>

Auch die Einhaltung des verwaltungsrechtlichen Gesundheitsschutzes wird mittels 438  
Strafnormen abgesichert. Verstösse gegen Vorschriften des Gesundheitsschutzes des ArG können gemäss Art. 59 i.V.m. Art. 61 ArG mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen<sup>1072</sup> (für Arbeitgebende) bzw. Busse (für Arbeitnehmende) bestraft werden, sofern nach strafrechtlichen Konkurrenzregeln kein anderes Delikt vorgeht. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 VStrR fassen den potenziellen Kreis der Tatpersonen weit. Gesellschaftsorgane bzw. Geschäftsführende haften demnach für die fahrlässige Verletzung ihrer Aufsichtspflichten. Darüber hinaus können die Verwaltungsbehörden ihre Verfügungen unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB erlassen, was potenziell allen Normen, welche Gegenstand einer Verfügung sein können, eine strafrechtliche Dimension verleiht. Ebenfalls sind Handlungen bzw. Unterlassungen gegen Vorschriften zur Verhütung von Berufsunfällen auch gemäss UVG strafbar. Im Kontrast zum ArG ist dabei eine ernstliche Gefährdung anderer Personen notwendig. Die Strafandrohung ist analog zu Art. 61 ArG 180 Tagessätze bei vorsätzlicher Tatbegehung bzw. Busse bei Fahrlässigkeit (Art. 112 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 UVG). Die Delikte des StGB gehen aufgrund der Höhe ihrer Strafandrohung den Strafen des ArG und des UVG regelmässig vor (Art. 230 StGB i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ArG<sup>1073</sup> bzw. Art. 112 Abs. 1 UVG<sup>1074</sup>). Jedoch greifen im Kontrast zu den Strafnormen des UVG und des ArG die Delikte des StGB grundsätzlich erst bei Gefahreneintritt und damit relativ spät.<sup>1075</sup>

Im Prinzip besteht keine Pflicht zur vorgängigen Ermahnung und Verfügung durch 439  
die Suva und Arbeitsinspektorate, bevor ein Strafverfahren eingeleitet werden

<sup>1071</sup> Vgl. die Strafbestimmungen in Art. 37 ff. SprstG, Art. 55 ff. EleG, Art. 49 ff. ChemG und Art. 16 ff. PrSG.

<sup>1072</sup> Der maximale Tagessatz beträgt gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB zwischen CHF 30.– und CHF 3'000.–, womit die maximale Geldstrafe zwischen CHF 5'400.– und CHF 540'000.– liegt.

<sup>1073</sup> Vgl. MÜLLER/MADUZ in: OFK ArG, N 2 zu Art. 62 ArG.

<sup>1074</sup> Vgl. DEECKE in: UVG Komm, N 7 zu Art. 112 UVG.

<sup>1075</sup> Vgl. ROELLI in: BSK StGB, N 8 zu Vor Art. 221 StGB.

kann.<sup>1076</sup> Ein solches kommt sowohl nach Beseitigung als auch vor Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes in Betracht. Auch handelt es sich um Officialdelikte, weshalb aus rechtlicher Sicht (aber wohl aus praktischer) keine Anzeige durch die Durchführungsorgane für die Einleitung eines Strafverfahrens nötig ist.

### **2.3 Wirksamkeit der Kontrollpraxis und Kontrollfrequenz in der Schweiz im Vergleich zu anderen Konventionsstaaten**

- 440 Zweck dieses Abschnittes ist eine systematische Betrachtung möglicher Indikatoren für Mängel im System der Arbeitssicherheit in der Schweiz. Da der EGMR stark auf den europäischen Konsens bei der Auslegung der EMRK abstellt, scheint dafür eine vergleichende Betrachtung der verfügbaren Praxisdaten der Kontrollorgane für Arbeitssicherheit geeignet, um Anzeichen systemischer Mängel zu eruieren.
- 441 Dafür wird zunächst jeweils diskutiert, ob anhand der Daten ein europäischer Konsens bzw. Standard bestimmt werden kann. Anschliessend ist zu klären, ob die Daten nahelegen, dass die Schweiz ihren Pflichten möglicherweise nur ungenügend nachkommt. Herangezogen werden die verfügbaren Daten zu den tödlichen und nichttödlichen Arbeitsunfällen sowie die Kontrollkadenz der Durchführungsorgane für die Arbeitssicherheit.

#### **a) Gemeldete tödliche und nichttödliche Arbeitsunfälle**

- 442 EUROSTAT erhebt Daten zu den gemeldeten Arbeitsunfällen, die zu einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Tagen, Invalidität oder Tod führten.<sup>1077</sup> Zur verbesserten Vergleichbarkeit werden nachstehend Inzidenzraten für Arbeitsunfälle pro 100'000 Arbeitende verwendet. Die Daten berücksichtigen jedoch nicht Unterschiede in der Wirtschaftsstruktur. Dies hat zum Nachteil, dass nicht berücksichtigt wird, dass Länder mit ausgeprägten gefahrgeneigteren Wirtschaftssektoren auch tendenziell höhere Fallzahlen aufweisen. Die erste Darstellung behandelt lediglich nichttödliche Unfälle, während die zweite ausschliesslich tödliche Unfälle abbildet. Die Auswahl der Vergleichsperiode erfolgte nach deren gleichzeitiger Verfügbarkeit während eines möglichst grossen Zeitraums.

---

<sup>1076</sup> MÜLLER/MADUZ in: OFK ArG, N 3 zu Vorbemerkung zu Art. 59–61 ArG. Vgl. zum Vorgehen in der Praxis oben Rz. 422 f.

<sup>1077</sup> Vgl. hierzu im Detail die Ausführungen zur European Statistics on Accidents at Work (ESAW) <[https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/hsw\\_acc\\_work\\_esms.htm](https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/hsw_acc_work_esms.htm)> (abgerufen am: 1. November 2022).

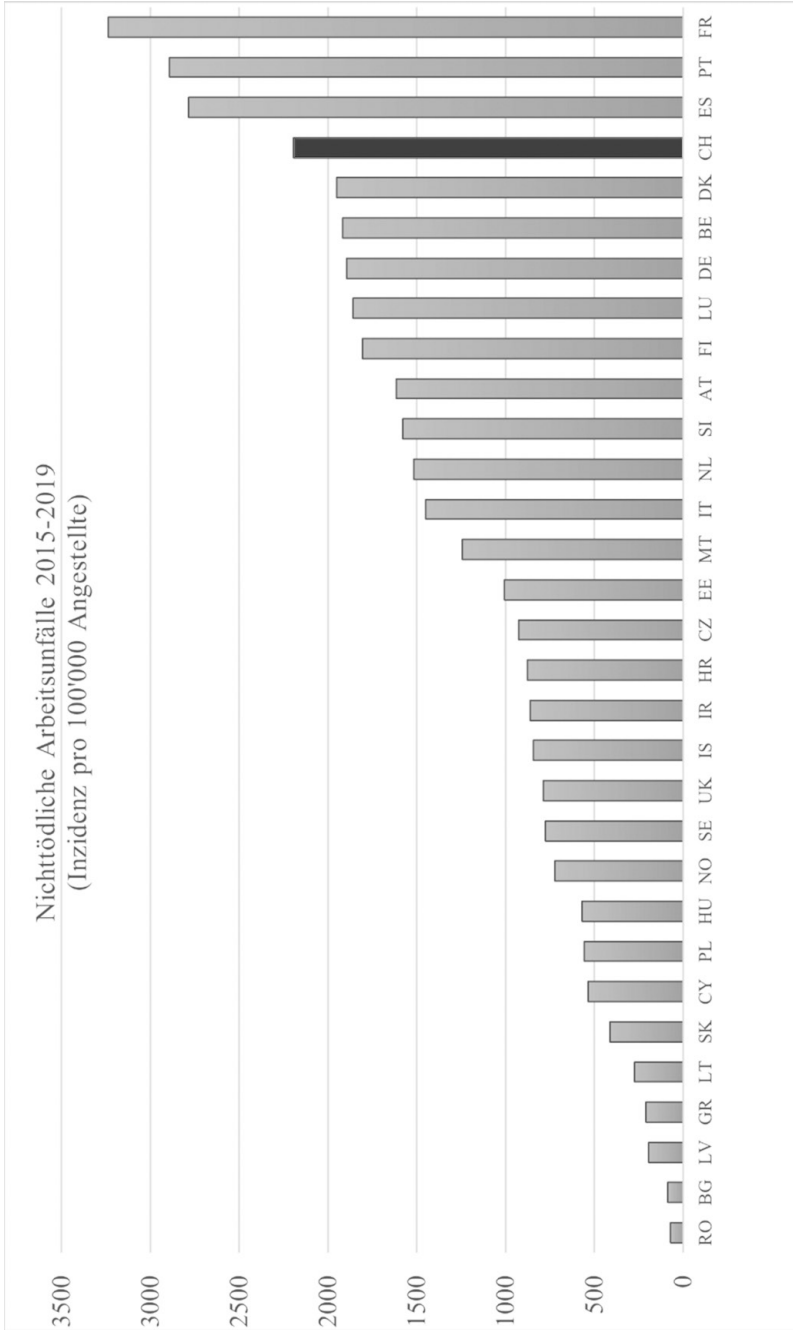


Abbildung 1: Nichttödliche Arbeitsunfälle 2015–2019 (Inzidenz pro 100'000 Angestellte)  
Quelle: Eigene Darstellung anhand von Daten von EUROSTAT

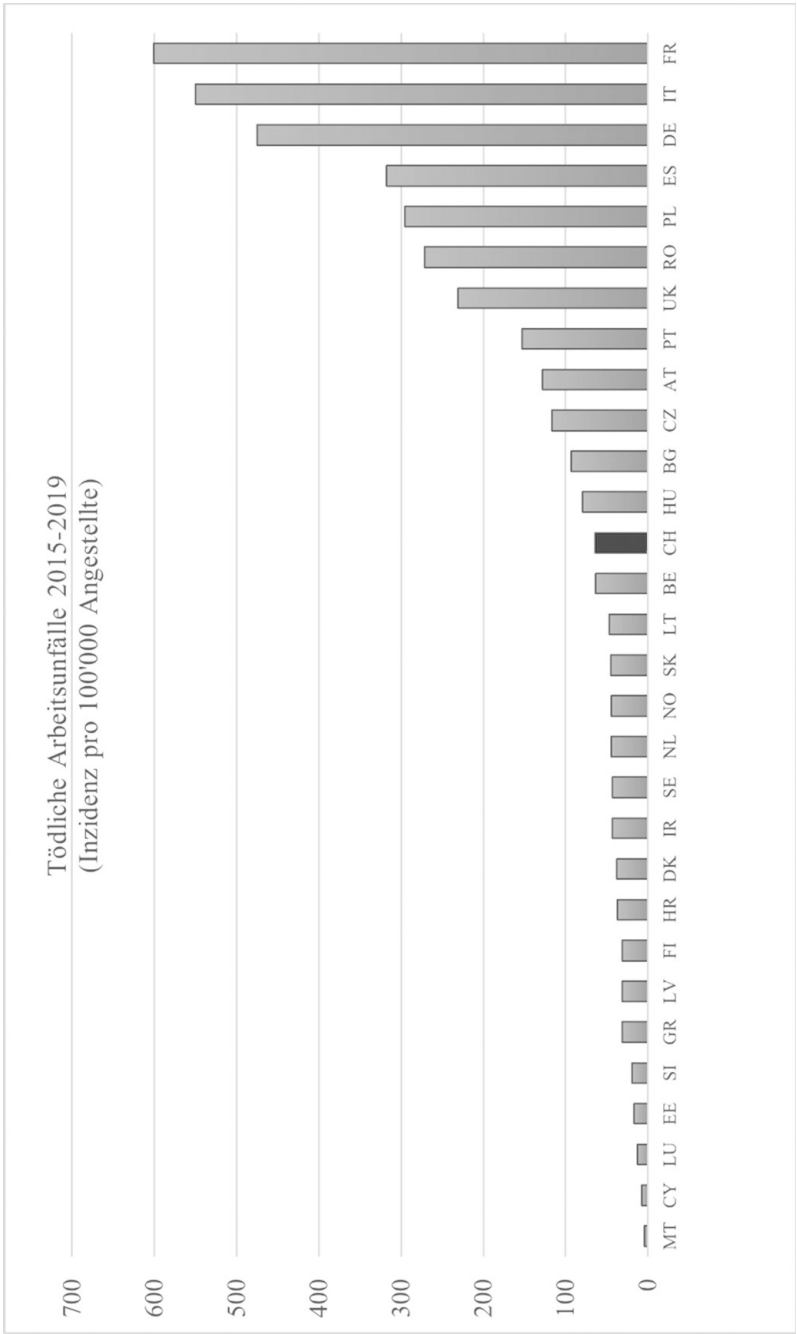


Abbildung 2: Tödliche Arbeitsunfälle 2015–2019 (Inzidenz pro 100'000 Angestellte)

Quelle: Eigene Darstellung anhand von Daten von EUROSTAT

Abbildung 1 zeigt eine relativ hohe Zahl von nichttödlichen Unfällen in der Schweiz im Vergleich zu den Vergleichsstaaten. Anders verhält es sich bzgl. der tödlichen Arbeitsunfälle gemäss Abbildung 2, wo sich die Schweiz im Mittelfeld eingliedert. Die nationalen Unterschiede stellen sich als relativ gross heraus, weshalb gestützt darauf grundsätzlich nicht auf einen europäischen Standard geschlossen werden kann. Die grossen Unterschiede können auf diverse Faktoren zurückgeführt werden, insbesondere auf die Art des Reportings. Beispielsweise werden nichttödliche Unfälle in Rechtssystemen mit Unfallversicherungen und Aussicht auf Leistungen naheliegenderweise öfters gemeldet als in Rechtssystemen, in welchen keine Leistungen in Aussicht stehen. Darüber äussert auch EUROSTAT den Verdacht, dass gewisse Staaten zu tiefe Meldungen bei nichttödlichen Arbeitsunfällen machten. Dies würde auch zu einem Teil die grosse Diskrepanz des Rankings gewisser Staaten bei tödlichen und nichttödlichen Arbeitsunfällen erklären.<sup>1078</sup>

Aus den genannten Gründen lässt sich anhand dieses Vergleichs weder ein europäischer Standard feststellen, noch lässt sich daraus schliessen, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Schweiz ihren Schutzpflichten vergleichsweise ungenügend nachkommt. Entsprechend kann allein gestützt auf die vorliegenden Daten kein Handlungsbedarf ermittelt werden.

#### **b) Kontrollkadenz der Arbeitsinspektorate**

Auch die Kontrollkadenz der Arbeitsinspektorate kann Aufschluss über den Standard im europäischen Raum zur Durchsetzung der Normen zur Arbeitssicherheit geben. Für den Vergleich der Kontrollkadenz wird auf die von der ILO erhobenen und auf ILOSTAT veröffentlichten Daten zurückgegriffen. Basierend auf diesen liess sich die Anzahl jährlicher Kontrollen pro 1'000 Unternehmen ableiten. Die Auswahl des Jahres 2019 sowie der Vergleichsstaaten erfolgte einerseits nach gleichzeitiger Verfügbarkeit der Unternehmens- und Kontrolldaten, welche mit STATENT 2019 letztmals für die Schweiz veröffentlicht wurden. Andererseits war das Jahr 2019 das letzte Jahr, in welchem keine Gefahr einer Verzerrung durch COVID-19-Beschränkungen besteht.

---

<sup>1078</sup> Vgl. hierzu auch die Bemerkungen in European Statistics on Accidents at Work (ESAW), Accidents at work (ESAW, 2008 onwards) (hsw\_acc\_work), <[https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/hsw\\_acc\\_work\\_esms.htm](https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/hsw_acc_work_esms.htm)>, Ziff. 13. und 19 (abgerufen am: 1. November 2022).

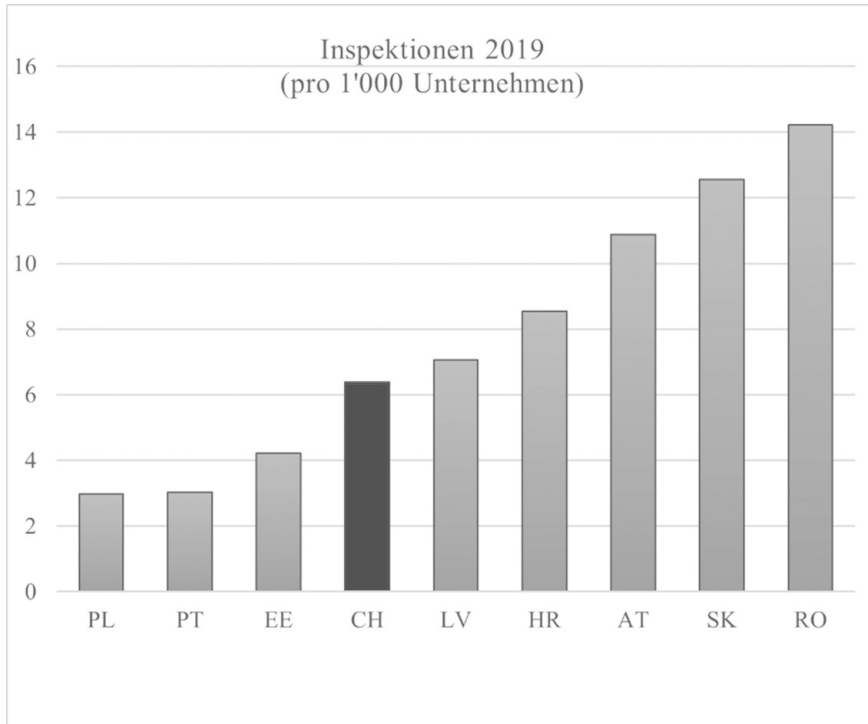


Abbildung 3: Inspektionen 2019 (pro 1'000 Unternehmen)

Quelle: Eigene Darstellung anhand von Daten der ILO und STATENT 2019

446 Abbildung 3 zeigt ebenfalls relativ grosse internationale Unterschiede hinsichtlich der Kontrollkadenz der Arbeitsinspektorate. Insoweit kann auch hier nicht von einem europäischen Standard in Bezug der aufzuwendenden Ressourcen gesprochen werden. Darüber hinaus sind auch hier Vorbehalte hinsichtlich der Vergleichbarkeit anzubringen. So sagen die zur Verfügung gestellten Zahlen nichts darüber aus, wie genau eine Kontrolle durchgeführt wird, was bei einer Kontrolle geprüft wird, in welchem Sektor die Kontrollen durchgeführt wurden, ob eine Gesellschaft in der relevanten Periode aktiv war und wie viele Arbeitsplätze bei den Kontrollen tatsächlich inspiziert wurden.<sup>1079</sup> Schliesslich erscheint die Schweiz im Vergleich in allen Vergleichswerten im mittleren Bereich, was auch hier zumindest *prima facie* keinen offensichtlichen negativen Rückschluss auf das in der Schweiz durchgesetzte Schutzniveau nahelegt.

<sup>1079</sup> So kann z.B. eine einzige Kontrolle eines Grossunternehmens weitaus mehr Angestellte erfassen als z.B. mehrere Kontrollen in KMU.

### 3. Diskussion und Fazit

Art. 2 und 8 EMRK verlangen von den Konventionsstaaten eine Implementierung von Regulierungs-, Aufsichts- und Bewilligungspflichten zur Regulierung gefährlicher Aktivitäten. Dies umfasst mitunter auch den Schutz der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz. Die Regelungspflicht trifft den Staat dann, wenn er Kenntnis einer Gefahr bzw. eines Risikos hat oder Kenntnis haben müsste. Mit Blick auf die Unzahl der möglichen Regelungsgegenstände und der Regelungsintensität räumt der EGMR den Konventionsstaaten einen weiten Ermessensspielraum ein. 447

Der eingeräumte Ermessensspielraum hängt auch damit zusammen, dass unter der bisherigen Rechtsprechung kein europäischer Standard im Rahmen des Gesundheitsschutzes eruiert wurde und die nationalen Schutzsysteme sich stark unterscheiden können. Ein solcher Konsens könnte sich künftig aus den neuen Kernarbeitsnormen ILO 155 und 187 ergeben. So ist insbesondere an eine Zentralisierung der zuständigen Organe für Arbeitssicherheit zu denken, welche sich bislang noch auf Kantons- und Bundesbehörden aufteilt.<sup>1080</sup> Eine konkrete vom EGMR auferlegte Pflicht zur Einführung eines kohärenteren Arbeitsschutzes bzw. zur verbesserten Koordination und Finanzierung der Behörden würde jedoch eine Vielzahl von Voraussetzungen bedingen. So müsste der EGMR trotz offensichtlich stark divergierender faktischer Umsetzung der Arbeitssicherheit im europäischen Raum in einem konkreten Fall zum Schluss gelangen, dass aufgrund der derzeitigen Organisation in der Schweiz eine Konventionsverletzung eingetreten ist. Zu einem solchen Schluss gelänge man noch am ehesten über ein Pilotverfahren, welches eine Mehrzahl an Beschwerden erfordern würde. Zudem müsste dieser Organisationsmangel – trotz staatlichen Ermessensspielraums – nicht anders gelöst werden können als durch eine entsprechende Restrukturierung der Arbeitssicherheitskontrolle in der Schweiz. Insoweit ist m.E. äusserst fraglich, ob der neue Status von ILO 155 und 187 im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR in absehbarer Zukunft für die Schweiz praktische Auswirkung haben wird. In genereller Hinsicht könnte sich der EGMR jedoch durchaus geneigter zeigen, sich verstärkt zu Fragen der Arbeitssicherheit zu äussern. 448

Schliesslich gilt es festzuhalten, dass sich die Schweiz im Bereich der allgemeinen Sicherheit insbesondere in den Bereichen der Produktesicherheit stark an die EU anlehnt. Darüber hinaus gleicht die Schweiz durch Auslegung offener Normen 449

<sup>1080</sup> Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2020 auf die Motion 20.3173 de la Reusille. Zum Ganzen auch CIRIGLIANO/RUDIN, *passim*.



ihre eigene Rechtslage den Regeln der EU an (*faktische Konvergenz*).<sup>1081</sup> Dadurch kann gemäss geltendem Recht der geltende europäische Standard sowie neu auch eine allfällig verstärkte Berücksichtigung von ILO 155 und 187 zumindest in der praktischen Umsetzung fortlaufend vollzogen werden.

- 450 Wie oben gezeigt, ist das System zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz relativ komplex. So bestehen weitgehende Überlappungen von straf-, verwaltungs- und zivilrechtlichen Normen. Die zunächst wichtigsten Normen für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sind die entsprechenden Grundnormen des ArG (Art. 6 ArG) und des UVG (Art. 82 UVG). Sie verpflichten Arbeitgebende zur Ergreifung aller erfahrungsgemäss notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit. Sie sind deshalb besonders wichtig, weil sie auf die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse in der Schweiz anwendbar sind. Darüber hinaus sind sie prinzipienorientiert und damit technologieneutral, weshalb sie grundsätzlich für alle denkbaren bekannten Risiken Anwendungspotenzial haben. Die darauf gestützten Verordnungen, Richtlinien und Grenzwerte können diesbezüglich nach und nach flexibel angepasst werden, was aus legislativer Sicht ein mit der Zeit gehender arbeitsrechtlicher Gesundheitsschutz ermöglicht. Diesbezüglich besteht zur Früherkennung von möglichen Gesundheitsgefahren in der Schweiz ein Monitoring. Weiter tragen spezialgesetzliche Regelungen, deren direktes Schutzziel nicht der Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmenden ist, flankierend zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bei.
- 451 Der Gesundheitsschutz wird durch eine Kombination zivil-, verwaltungs- und strafrechtlicher Durchsetzungsinstrumente abgesichert, wobei in präventiver Hinsicht überwiegend verwaltungsrechtliche Kontrollhandlungen im Zentrum stehen. Die Kontrolle dieser Normen findet risikobasiert nur teilweise auf Ebene von Bewilligungspflichten statt. So bedürfen besonders gefahrintensive Betriebe wie z.B. industrielle Betriebe einer Plangenehmigung und Betriebsbewilligung und der Umgang mit Bioziden einer Lizenzierung. Weiter stellen Beratung, Information und Betriebskontrollen hauptsächliches Durchsetzungsinstrument der Verwaltungsbehörden dar. Diese verfügen über umfassende verwaltungsrechtliche Kompetenzen zur Durchsetzung der Arbeitssicherheit im Falle von Verstössen.
- 452 Neben den verwaltungsrechtlichen Aspekten der Arbeitssicherheit steht die Nichteinhaltung der Massnahmen zur Arbeitssicherheit unter Strafandrohung. Die Schwelle zur Strafbarkeit ist jedoch – abgesehen von den Strafbestimmungen im ArG und UVG – im Vorfeld einer konkreten Gefährdung oder Verletzung ver-

---

<sup>1081</sup> Vgl. PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1119 ff.

gleichsweise hoch. Ähnliches betrifft den zivilrechtlichen Schutz, der lediglich im Rahmen von Art. 328 OR Arbeitnehmende berechtigt, bei vollem Lohn ihre Arbeit niederzulegen. Indessen bestehen im sanktionierenden Bereich Haftungs- und Strafbarkeitsbestimmungen, die zumindest mittelbar eine präventive Wirkung entfalten.

Schliesslich zeigen die Vergleichszahlen zu Unfällen und der Kontrolldichte mit anderen Konventionsstaaten, dass aufgrund grosser Abweichungen diesbezüglich kein europäischer Standard besteht und der Aussagegehalt des Vergleichs zufolge Systemdifferenzen, z.B. vermutungsweise höhere Meldungsdichte von Unfällen in Staaten, wo Versicherungsansprüche wahrscheinlich(er) zugesprochen werden, äusserst beschränkt ist. Auch wenn sich die Schweiz bestenfalls im Mittelfeld der Statistiken bewegt, lässt diese Position nicht auf systematisches Versagen schliessen, rechtfertigt gegebenenfalls aber eine nähere Überprüfung der Umstände. Auch erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGer 2A.402/2000 extrem restriktiv bezüglich der Anforderungen an die effektive Durchsetzung von Gesundheitsvorschriften. So ist mit Blick auf die Urteile des EGMR *Vilnes und andere* sowie *Brincat und andere* dieser Entscheid des Bundesgerichts klar überholt.<sup>1082</sup> 453

Bezüglich der Aufklärungs- und Informationspflichten verlangt der EGMR, dass Arbeitnehmende über mögliche Gesundheitsgefahren am Arbeitsplatz zu orientieren sind und (zumindest im Falle von Staatshandeln) von Gesundheitsschädigungen möglicherweise betroffene Personen aktiv aufgeklärt werden. Eine solche Pflicht wird zunächst durch die Arbeitgebenden im Rahmen von Art. 5 ArGV 3 und Art. 6 VUV wahrgenommen, welche sie verpflichten, die Belegschaft über Unfall- und Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz zu orientieren. Darüber hinaus stellen die Suva und die EKAS diverse Informationen zur Arbeitssicherheit bereit, bieten Schulungen und lancieren Kampagnen. Schliesslich hat die Suva die Kompetenz, auch rückwirkend bei gefährlicher Exposition ärztliche Vor- bzw. Nachuntersuchungen anzuordnen. Über diese Kanäle können betroffene Personen auch nachträglich über eine mögliche Gesundheitsgefahr informiert werden. 454

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass das Schutzsystem in der Schweiz die Rechtsprechung des EGMR zu den Informations- und Regulierungspflichten vollständig umzusetzen vermag. Für die Umsetzung konnten im Rahmen eines rudimentären europäischen Vergleichs der Kontroll- und Unfalldaten ebenfalls keine offensichtlichen systemischen Mängel festgestellt werden. 455

---

<sup>1082</sup> Gl. M. JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1618.



---

## Schutz der Persönlichkeit

Obschon zumindest gewisse Aspekte der Person in wohl allen Rechtsordnungen geschützt werden, ist der Persönlichkeitsbegriff sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene nicht klar definiert.<sup>1083</sup> Die Persönlichkeit eines Menschen weist – wie insbesondere auch der Diskriminierungsschutz – eine enge Beziehung zum Schutz der Menschenwürde auf. Sie erfasst die Person in ihrer Identität und Einzigartigkeit in dem, was sie ist und was sie tut.<sup>1084</sup> Die Persönlichkeit einer Person kann mit anderen öffentlichen oder privaten Interessen in Konflikt stehen. So bestehen insbesondere im Arbeitsrecht Kollisionen mit Interessen der Arbeitgebenden (z.B. durch Gestaltung ihres Betriebs im Rahmen der Vertragsautonomie bzw. der Wirtschaftsfreiheit), aber auch mit Interessen von Drittpersonen (z.B. Rechte anderer Arbeitnehmender oder Kunden).

Das in Art. 8 EMRK geschützte Privatleben erfasst unter anderem auch den Schutz der Persönlichkeit. Darunter kann eine Vielzahl von Aspekten fallen, die eine Person in ihrer Einzigartigkeit ausmachen, wie z.B. die Freiheit, über das eigene äussere Erscheinungsbild zu befinden, die sexuelle Orientierung, die Geschlechtsidentität oder der Gesundheitszustand. Aufgrund der Vielzahl denkbarer Schutzaspekte bestehen gewisse Abgrenzungsprobleme, besonders in Schnittstellenbereichen, wo Sachverhalte potenziell von mehreren Konventionsrechten gleichzeitig erfasst werden können. Der EGMR nimmt dabei zur Abgrenzung eine Gewichtung vor, wo die Hauptprobleme des Falls liegen, was im Vorfeld indessen nicht immer einfach zu bestimmen ist.<sup>1085</sup> Auch weist der Schutz der Persönlichkeit schliesslich grosse Bezüge zum Diskriminierungsschutz nach Art. 14 EMRK auf.

Gerade im Bereich des Diskriminierungsschutzes existieren auf globaler Ebene diverse Rechtsquellen. So hat die Schweiz die ILO-Konventionen 100 und 111 ratifiziert. Die Konventionen sind von gesamthaft 174 bzw. 175 Staaten ratifiziert

---

<sup>1083</sup> Vgl. eingehend ONDREASOVA, *passim*.

<sup>1084</sup> Vgl. AEBI-MÜLLER, FS Hausheer, 101, 115; MÜLLER/SCHEFER, 138 ff.; SALADIN, 92 ff.; Urteil des EGMR *Odièvre gegen Frankreich* vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98), § 29.

<sup>1085</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014 (Nr. 56030/07), § 108, welches im Kontext der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Versammlungsfreiheit und der Meinungsfreiheit abgehandelt werden konnte. Der EGMR stellte letztlich auf den Schwerpunkt des Falls ab, welchen er in der Nichterneuerung des Vertrags im Lichte des Privat- und Familienlebens sah.

und können somit als europäischer Standard betrachtet werden.<sup>1086</sup> Während ILO 100 insbesondere einen Anspruch auf Diskriminierungsfreiheit zwischen männlichen und weiblichen Personen in Lohnfragen vorsieht,<sup>1087</sup> enthält die später in Kraft getretene ILO 111 ein umfassendes, allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund anderer Merkmale wie Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Religion, politischer Meinung sowie nationaler oder sozialer Herkunft (Art. 1 lit. a ILO 111). ILO 111 ist auf alle Stadien eines Arbeitsverhältnisses anwendbar. Die in Art. 1 Abs. 1 lit. a ILO 111 aufgelisteten Diskriminierungsmerkmale sind darüber hinaus nicht abschliessend und insbesondere z.B. auch auf Menschen mit Behinderung auszuweiten.<sup>1088</sup>

- 459 Neben den Rechtsquellen der ILO hat die Schweiz das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW*) sowie dessen 1. Zusatzprotokoll ratifiziert. Das Zusatzprotokoll erlaubt ein Beschwerdeverfahren nach Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel (ähnlich dem EGMR), woraufhin der Expertenausschuss dem betreffenden Staat seine Empfehlungen unterbreitet. Bezüglich einer Diskriminierung am Arbeitsplatz wurde Art. 11 CEDAW von der ILO ausgearbeitet.<sup>1089</sup> Art. 11 CEDAW verlangt – ähnlich wie ILO 100 – die Ergriffung staatlicher Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung (der Frau) am Arbeitsplatz.<sup>1090</sup> Weitere Diskriminierungsverbote bestehen insbesondere in der Antirassismuskonvention, der Behindertenrechtskonvention, Art. 3, 6 und 7 UNO-Pakt I (insb. Recht auf Arbeit sowie Gleichstellung) sowie dem Kapitel V, 1, e. der OECD-Richtlinien 2008.
- 460 Nachstehend wird Fokus auf jene Aspekte der Rechtsprechung des EGMR gelegt, die den Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangieren und gleichzeitig auch relevante Bezüge zum Arbeitsrecht aufweisen. So hat die Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK durchaus eine gewisse Reflexwirkung auf jene zu Art. 8 EMRK.<sup>1091</sup> Um ein möglichst vollständiges Bild wiedergeben zu können, werden aufgrund diverser Über-

---

<sup>1086</sup> Stand: 30. Dezember 2022.

<sup>1087</sup> Das System in der Schweiz wurde von der Expertenkommission jedoch aus diversen Gründen schon bemängelt (vgl. Direkte Anfrage CEACR 2001 zu ILO 100, § 5). Vgl. hierzu eingehend DUNAND/WITZIG, 326 ff.

<sup>1088</sup> Vgl. DEMIR, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 210 ff.; eingehend DUNAND/WITZIG, 337 ff. Zur Ratifikation in der Schweiz: PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 229 ff.

<sup>1089</sup> LEMPEN in: CEDAW Komm, N 10 zu Art. 11 CEDAW.

<sup>1090</sup> Vgl. zu den Rechten im Einzelnen, *ibid.*, N 19 ff. zu Art. 11 CEDAW.

<sup>1091</sup> GONIN in: CS-CEDH, N 185 zu Art. 9 EMRK.

schneidungen mit anderen Konventionsrechten in diesem Teil auch Fälle berücksichtigt, die potenziell auch über Art. 8 EMRK hätten abgehandelt werden können und inhaltliche Aussagen enthalten, die in leicht abgewandelten Konstellationen auch den Schutzbereich von Art. 8 EMRK betreffen könnten.

## I. Rechtsprechung des EGMR

### 1. Selbstbestimmung über das äussere Erscheinungsbild

Der EGMR schützt in gewissen Schranken die allgemeine Freiheit, über gewisse Aspekte der persönlichen Lebensführung frei verfügen zu können.<sup>1092</sup> Seine Rechtsprechung erweist sich jedoch in diesem Bereich besonders für das Arbeitsrecht als sehr lückenhaft. Hervorgetan für das Arbeitsrecht haben sich zunächst besonders Fälle zu Kleidungsvorschriften am Arbeitsplatz, die indessen überwiegend das Verbot religiöser Symbole oder religiös anmutender Kleidungsstücke zum Gegenstand haben wie z.B. Kruzifixe oder Kopftücher (Art. 9 EMRK).<sup>1093</sup> 461

Zur allgemeinen äusseren Erscheinung im Kontext des Arbeitsrechts äusserte sich der EGMR im Urteil *Özpinar*<sup>1094</sup>. Die Beschwerdeführerin arbeitete als Richterin und wurde im Zuge eines Disziplinarverfahrens abberufen. Begründet wurde diese Abberufung mit ihren wiederholten Verspätungen bei der Arbeit sowie unter anderem der Wahl ihrer Kleidung und ihrem Make-up. Letzteres wurde von anderen Mitarbeitenden als unangemessen empfunden. Weiter wurden ihr eine schlechte Beziehung zu ihrer Mutter sowie Affären mit mehreren Männern vorgeworfen. Unter diesen Männern soll sich ein Anwalt befunden haben, der von ihr im Rahmen ihrer Tätigkeit als Richterin bevorzugt worden sein soll. Der EGMR anerkannte, dass Personen im öffentlichen Dienst eine allgemeine erhöhte Pflicht 462

<sup>1092</sup> Vgl. BREITENMOSER Privatsphäre, 40.

<sup>1093</sup> Vgl. hierzu die Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK im Kontext des Arbeitslebens: Urteile des EGMR *Dahlab gegen die Schweiz* vom 15. Februar 2001 (Nr. 42393/98) (Kopftuchverbot für Primarschullehrerin – keine Verletzung); *Ebrahimian gegen Frankreich* vom 26. November 2015 (Nr. 64846/11) (Kopftuchverbot für Sozialarbeiterin in öffentlich-rechtlichem Krankenhaus – keine Verletzung); SPRENGER, 355. Ähnlich bezüglich eigenen Verhaltens vgl. Urteil des EGMR *Thlimmenos gegen Griechenland* vom 6. April 2000 (Nr. 34369/97) (Nichtanstellung eines Angehörigen der Zeugen Jehovas als Buchhalter wegen Dienstverweigerung im Militär – Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 9 EMRK).

<sup>1094</sup> Urteil des EGMR *Özpinar gegen die Türkei* vom 19. Oktober 2010 (Nr. 20999/04).

zur Zurückhaltung hinsichtlich ihres Privatlebens auferlegt werden könne, um das Vertrauen und die Autorität einer Behörde zu wahren.<sup>1095</sup> Darüber hinaus könnten die *in casu* vorgeworfenen beruflichen Verfehlungen eine Abberufung rechtfertigen, wobei diese vorliegend jedoch nicht nachgewiesen seien.<sup>1096</sup> Schliesslich sei die Untersuchung sehr tendenziös geführt worden und es seien der Beschwerdeführerin elementare Verfahrensrechte nicht gewährt worden. Darauf gestützt stellte der EGMR einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK fest.

- 463 Weitere Aussagen zur Kleidung am Arbeitsplatz machte der EGMR in zwei Fällen, die im Urteil *Eweida und andere*<sup>1097</sup> unter dem Gesichtspunkt der Religionsfreiheit abgehandelt wurden. So reichten Frau Eweida und Frau Chaplin Beschwerde vor dem EGMR ein, da ihnen während ihrer Anstellungen als Flugbegleiterin bzw. Pflegefachfrau das Tragen eines Kreuzes um den Hals während der Arbeit untersagt wurde. Der EGMR erachtete ein Verbot des Tragens einer Halskette in einem Krankenhaus aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt,<sup>1098</sup> während er ein solches Verbot für eine Flugbegleiterin hingegen für unzulässig erachtete.<sup>1099</sup> So könnte im Falle der Pflegefachfrau die Halskette in Kontakt mit einer offenen Wunde kommen oder eine Patientin u.U. daran reissen.<sup>1100</sup> Im Falle der Flugbegleiterin bestand hingegen lediglich das Interesse der Arbeitgeberin zur Aufrechterhaltung einer *corporate identity* bzw. eines Images:

«[...] Moreover, in weighing the proportionality of the measures taken by a private company in respect of its employee, the national authorities, in particular the courts, operate within a margin of appreciation. Nonetheless, the Court has reached the conclusion in the present case that a fair balance was not struck. On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. The Court considers

---

<sup>1095</sup> Ibid., § 71 m.w.H. auf Rechtsprechung zu Art. 9 und 10 EMRK. Vgl. jüngst Urteil des EGMR *Pehlivan gegen die Türkei* vom 6. Juni 2023 (Nr. 63029/19).

<sup>1096</sup> Ibid., § 77.

<sup>1097</sup> Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.).

<sup>1098</sup> Ibid., § 99 ff.

<sup>1099</sup> Ibid., § 89 ff.

<sup>1100</sup> Ibid., § 98.

*that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways' brand or image. [...]*<sup>1101</sup>

Aus dieser Rechtsprechung lässt sich schliessen, dass für den Gesamtbereich der Wahl der privaten und professionellen Kleidung am Arbeitsplatz gewisse Einschränkungen der Privatautonomie bestehen. So kann die obenstehende Rechtsprechung *mutatis mutandis* Aufschluss zur Frage geben, inwieweit im Rahmen von Art. 8 EMRK Einschränkungen des äusseren Erscheinungsbildes am Arbeitsplatz zulässig sind. Beantwortet wird die Frage im Rahmen eines Interessenausgleichs, wobei auf Seite der Arbeitgebenden regelmässig der professionelle Auftritt, die Arbeitssicherheit und der Gesundheitsschutz im Vordergrund stehen werden, weshalb die Beschränkungen sich grundsätzlich auch auf die während der Arbeit getragene Kleidung zu beschränken haben. In begründeten Ausnahmefällen wie im Urteil *Özpinar* können je nach Stellung der Arbeitnehmenden weitergehende Pflichten auch ausserhalb des Arbeitsplatzes bestehen. Es gilt dabei zu berücksichtigen, dass der EGMR im Fall *Eweida und andere* der Religionsfreiheit einen relativ hohen Stellenwert zuerkannt hat, was Fragen bezüglich der nötigen Intensität persönlicher Einschränkungen im Rahmen von Art. 8 EMRK aufwirft. So ist davon auszugehen, dass die Bagatellschwelle für Rügen im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz unter dem Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK relativ hoch liegen wird.<sup>1102</sup> Damit Einschränkungen der Kleidung am Arbeitsplatz den Schutzbereich von Art. 8 EMRK betreffen, müssen diese folglich eine gewisse Intensität bezüglich der Einschränkung der persönlichen Lebensführung aufweisen. Dies kann z.B. darin liegen, dass Kleidung im Einzelfall starker Ausdruck der eigenen Identität darstellt, wie z.B. bei ethnischer oder stark traditionell geprägter Kleidung. Weiter fallen im Kontext des Ziels der Geschlechtergleichstellung auch sexistisch motivierte Kleidungs Vorschriften eher in den Schutzbereich von Art. 8

<sup>1101</sup> Ibid., § 94 (Hervorhebung durch den Autor). So wurde das Interesse der Arbeitgeberin stark hinterfragt, da die Kleidungs Vorschrift nach ihrer Einführung (vor welcher es ebenfalls keine Probleme gegeben zu haben scheint) auch wieder abgeschafft wurde.

<sup>1102</sup> So ist es nach hier vertretener Ansicht unwahrscheinlich, dass sich der EGMR beispielsweise Schutzpflichten hinsichtlich Kleidungs geboten bzw. Verboten am Arbeitsplatz oder offen getragener Tattoos und anderer körperlicher Modifikationen wie exzessive Lippenunterspritzung annehmen wird, welche nicht gleichzeitig Bereiche wie z.B. die Religionsfreiheit oder Geschlechtergleichstellung betreffen.



EMRK.<sup>1103</sup> Indessen ist der einfache Wunsch, «herumzulaufen, wie man will», m.E. gemäss Rechtsprechung des EGMR nicht geschützt.

- 465 Besonderes Gewicht kommt bei einer Beurteilung von Beschränkungen des freien äusseren Erscheinungsbilds insbesondere zu, ob die Einschränkung (und gegenübergestellt auch das Erscheinungsbild der Arbeitnehmenden) vor Eingehen des Arbeitsverhältnisses bekannt oder absehbar war.<sup>1104</sup> Sie muss darüber hinaus sachlich gerechtfertigt sein, wobei wie erwähnt insbesondere der Ruf und das Ansehen der Arbeitgeberin, ein uniformer Auftritt oder Gesundheits- und Sicherheitsinteressen und die generelle Wahrnehmung ideeller Interessen im Vordergrund stehen. Indessen zeigt die Argumentation des EGMR im Fall *Eweida und andere*, dass insbesondere einem nachträglich eingeführten Kleidungsgebot für einen uniformen und professionellen Auftritt ohne klare Indizien für deren Notwendigkeit weniger Gewicht im Rahmen der Interessenabwägung zukommt, wie wenn dieses schon bei Stellenantritt kommuniziert wurde.
- 466 Im Ergebnis besteht die Schutzpflicht darin, dass die nationale Rechtsordnung bei der Rechtsanwendung es erlaubt, bei der Beurteilung von Weisungen bzgl. Kleidung diese die oben genannten Aspekte zu berücksichtigen. Nicht zu schützen ist indessen vor rein trivialen Kleidungsbeschränkungen, die keine wesentliche Beschränkung der persönlichen Identität darstellen. Unterste Schutzwelle dabei ist das Verbot wesentlicher, rein willkürlicher oder schikanöser sowie sexistisch motivierter Beschränkungen des äusseren Erscheinungsbildes am Arbeitsplatz.<sup>1105</sup>

---

<sup>1103</sup> Der EGMR ist im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichstellung und der Gleichberechtigung homosexueller Menschen sehr sensibel. Vgl. hierzu die vierte Beschwerde im Zusammenhang mit dem Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.), § 36 f., wo die Kündigung der Arbeitgeberin geschützt wurde, welche sich lediglich auf den unbestätigten Verdacht stützte, der Arbeitnehmer würde seine Arbeit als Paar- und Sexualtherapeut verweigern, müsste er nicht heterosexuelle Kunden beraten.

<sup>1104</sup> Vgl. zur ähnlichen Argumentation in Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.), § 107 ff. Eine solche Konstellation kann sich z.B. ergeben, wenn vor Eingehen des Arbeitsverhältnisses die Firmenkultur klar ersichtlich ist.

<sup>1105</sup> Zur Frage der äusseren Erscheinung von Familienmitgliedern vgl. auch Urteile des EGMR *Yilmaz gegen die Türkei* vom 4. Juni 2019 (Nr. 36607/06); *Sodan gegen die Türkei* vom 2. Februar 2016 (Nr. 18650/05).

## 2. Schutz vor Diskriminierung

### 2.1 Im Allgemeinen

Diskriminierungsverbote beschäftigen sich mit dem Schutz bestimmter historisch benachteiligter Personengruppen vor Ausgrenzung, Herabwürdigung und Stigmatisierung wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer (gewählten oder nicht gewählten) gesellschaftlichen Gruppe.<sup>1106</sup> Sie haben darüber hinaus eine Erhaltungsfunktion der Pluralität einer Gesellschaft. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK stipuliert indessen kein allgemeines Diskriminierungsverbot, sondern lediglich ein akzessorisches. Dies bedeutet, dass es lediglich Diskriminierungen erfasst, die auch ein in der Konvention anerkanntes Recht betreffen.<sup>1107</sup> Ein allgemeines Diskriminierungsverbot findet sich indessen im von der Schweiz nicht ratifizierten 12. Zusatzprotokoll.<sup>1108</sup> Nichtsdestotrotz hat das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK grossen Einfluss auf die Ausgestaltung der Schutzpflichten unter Art. 8 EMRK. Der EGMR stützt sich dabei auf die nationalen Entwicklungen und den gesellschaftlichen Wandel der letzten Jahrzehnte, wie z.B. zur Gleichstellung der Geschlechter, zur Akzeptanz homosexueller Personen oder zur Akzeptanz von Transmenschen.<sup>1109</sup> So hat der EGMR in diversen Kontexten festgehalten, dass die Konventionsstaaten Garanten für die Pluralität der Gesellschaft sind und entsprechende Massnahmen ergreifen müssen.<sup>1110</sup>

Eine direkte Diskriminierung wird vom EGMR wie folgt definiert:

«[...] *The Court reiterates that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a **difference in the treatment of persons in comparable situations**. Such a difference of treatment is discriminatory if it has **no objective and reasonable justification**; in other words, **if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised**. The notion of discrimination within*

<sup>1106</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 684.

<sup>1107</sup> Vgl. indessen hierzu das 12. Zusatzprotokoll, das ein darüber hinausgehendes allgemeines Diskriminierungsverbot enthält. Die Schweiz hat dieses indessen nicht ratifiziert (vgl. hierzu PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1331 ff.).

<sup>1108</sup> Stand: 30. Dezember 2022.

<sup>1109</sup> Vgl. bzgl. der rechtlichen Anerkennung von Transmenschen Urteil des EGMR *Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1981, Serie A Bd. 45, § 64 ff., 72; zuletzt in Urteil des EGMR *A.D. und andere gegen Georgien* vom 1. Dezember 2022 (Nr. 57864/17, et al.).

<sup>1110</sup> Vgl. statt vieler: Urteil des EGMR *Communist Party of Russia und andere gegen die Russische Föderation* vom 19. Juli 2012 (Nr. 29400/05), § 79 ff.

*the meaning of Article 14 also includes cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention [...].»<sup>1111</sup>*

- 469 Eine indirekte Diskriminierung anerkennt der EGMR hingegen in folgenden Situationen:

*«[...] The Court has accepted in previous cases that a **difference in treatment** may take the form of **disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group** [...]. Such a situation may amount to *indirect discrimination*», which does not necessarily require a discriminatory intent [...].»<sup>1112</sup>*

- 470 Eine Diskriminierung bedarf demnach immer einer unsachlichen Ungleichbehandlung in vergleichbaren Situationen. Während die direkte Diskriminierung direkt an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal anknüpft, verstecken sich indirekte Diskriminierungen hinter allgemeineren Normen, die jedoch eine bestimmte Personengruppe überproportional bevorzugen bzw. benachteiligen. Art. 14 EMRK verbietet eine direkte und indirekte diskriminierende Ungleichbehandlung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status. Die potenziellen Diskriminierungsgründe sind daher sehr weit gefasst, was dem EGMR trotz Akzessorität grosse potenzielle Kompetenzen in diesem Bereich einräumt.<sup>1113</sup>
- 471 Der EGMR wendet in Diskriminierungsfragen spezielle Beweisregeln an. In Abweichung des Grundsatzes *affirmanti incumbit probatio* (dem Behauptenden obliegt der Beweis)<sup>1114</sup> kennt der EGMR Ausnahmen in Fällen, wo ein Nachweis einer Diskriminierung nur schwer oder unmöglich wäre. Dort obliegt der Beweis der Gründe für eine Ungleichbehandlung im Regelfall der fraglichen Behörde. Folglich haben Beschwerde führende lediglich eine Diskriminierung glaubhaft zu

---

<sup>1111</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), § 50 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>1112</sup> Urteil des EGMR *Biao gegen Dänemark* vom 24. Mai 2016 (Nr. 38590/10), § 103 (Hervorhebung durch den Autor).

<sup>1113</sup> So stellte er z.B. im Urteil *Chassagnou gegen Frankreich* vom 29. April 1999 (Nr. 25088) eine Diskriminierung wegen der Grösse eines Stückes Land fest. Zur strukturellen Diskriminierung vgl. auch ZIMMERMANN, Rz. 974 ff.

<sup>1114</sup> Vgl. oben Rz. 67.

machen, was die Beweislast zum Teil dem Staat auferlegt (*prima facie case*).<sup>1115</sup> In einem jüngeren Urteil *Y und andere*<sup>1116</sup> bestätigte der EGMR die Anwendung dieses Grundsatzes auch auf positive Schutzpflichten. Der Fall betrifft den fehlenden Schutz eines Opfers häuslicher Gewalt über 9 Monate, wo die Behörden trotz Kenntnis der Gefährdung ungenügenden Schutz gewährten, was mit der Ermordung des Opfers endete. Der EGMR hielt fest:

*«The kinds of prima facie evidence which can shift the burden of proof on to the respondent State in such cases are not predetermined and can vary. Such evidence may come from reports by non-governmental organisations or international observers such as the CEDAW, or from statistical data from the authorities or academic institutions which show that (i) domestic violence affects mainly women, and that (ii) the general attitude of the authorities – manifested in, for example, the way in which the women are treated in police stations when they report domestic violence, or in judicial passivity in providing effective protection to women who are victims of it – has created a climate conducive to such violence; and [...]*

*If a large-scale structural bias is shown to exist, the applicant does not need to show that the victim was also a target of individual prejudice [...]*<sup>1117</sup>

Im jüngsten Urteil *Hoppen*<sup>1118</sup> bestätigte der EGMR die Geltung dieser Beweislastregeln letztlich auch für das Arbeitsrecht. Der Beschwerdeführer war als Elektroingenieur bei der börsenkotierten AB Amber Grid angestellt, einer Betreiberin für Erdgastransporte in Litauen. Die Arbeitgebende kündigte dem Beschwerdeführer, worauf dieser eine Diskriminierung aufgrund seiner Gewerkschaftsaktivitäten geltend machte. Zur Frage des Beweisrechts hielt er fest:

*«[The Court] has applied this rule in the context of alleged anti-union discrimination, finding that once the applicants had demonstrated a prima facie case of*

<sup>1115</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Horvath und Kiss gegen Ungarn* vom 29. Januar 2013 (Nr. 11146/11), § 108 ff.; *Danilenkov und andere gegen die Russische Föderation* vom 30. Juli 2009 (Nr. 67336/01), § 136, wo der EGMR ausschliessliche Strafverfahren aufgrund des hohen Beweismasses als keine genügende Schutzmassnahme gegen Diskriminierungen qualifizierte. Eingehend hierzu auch ZIMMERMANN, Rz. 705 ff.

<sup>1116</sup> Urteil des EGMR *Y und andere gegen Republik Bulgarien* vom 22. März 2022 (Nr. 9077/18).

<sup>1117</sup> *Ibid.*, § 121 (Hervorhebungen durch den Autor).

<sup>1118</sup> Urteil des EGMR *Hoppen und Trade Union of AB Amber Grid Employees gegen Litauen* vom 17. Januar 2023 (Nr. 976/20).

*discrimination, the burden of proof was to be shifted to the respondent, and the employer, usually having control over relevant evidence, had to demonstrate the existence of legitimate grounds for the applicants' dismissal [...]. The Court notes that this approach is also in line with the position of the European Committee of Social Rights and the ILO [...].»<sup>1119</sup>*

473 Folglich reicht es in Situationen, in welchen betroffene Personen erfahrungsgemäss Beweisschwierigkeiten haben, aus, dass sie eine Diskriminierung lediglich glaubhaft machen, damit diese vermutet wird. Mit dem Urteil *Hoppen* ist auch bestätigt, dass diese Beweislastregel ebenfalls in zivilrechtlichen Anstellungsverhältnissen zu gelten hat.<sup>1120</sup> Schliesslich genügt gar unter Umständen der Nachweis des strukturellen Problems, welcher mittels Beobachtungen internationaler Organe, von NGOs oder auch über Statistiken erbracht werden kann.

## 2.2 Diskriminierungsschutz am Arbeitsplatz

474 Der EGMR anerkennt dem Grundsatz nach die Wirkung von Art. 14 EMRK auch unter Privatpersonen.<sup>1121</sup> Er befasste sich insbesondere in diversen Fällen mit Diskriminierungen am Arbeitsplatz im Kontext von Entlassungen homosexueller Personen durch das Militär. Leitentscheid ist das Urteil *Lustig-Prean und Beckett*<sup>1122</sup>. Nach dem Outing der Beschwerdeführer leitete das Militär als deren Anstellungsbehörde eine Untersuchung gegen sie ein und kündigte anschliessend den Beschwerdeführern. Der EGMR betonte, dass es sich bei der sexuellen Orientierung um einen der intimsten Bereiche des Privatlebens handle. Daher müssten triftige Gründe für eine Ungleichbehandlung bestehen.<sup>1123</sup> Er kam zum Schluss, dass die britische Regierung keine genügenden Gründe für einen Ausschluss homosexueller Menschen aus dem Militär vorbrachte, und verurteilte die Regierung zur Zahlung von verhältnismässig hohen Schadenersatz- und Genugtuungssummen in

---

<sup>1119</sup> Ibid., § 230.

<sup>1120</sup> Vgl. hierzu aber *ibid.*, § 193 ff., wonach eine staatlich kontrollierte Gesellschaft Mehrheitsaktionärin der AB Amber Grid ist. Der EGMR verwirft jedoch wie so oft die Frage unter Verweis auf die Anwendung derselben Kriterien.

<sup>1121</sup> Vgl. GONIN, CS-CEDH, N 20 zu Art. 14 EMRK.

<sup>1122</sup> Urteil des EGMR *Lustig-Prean und Beckett gegen das Vereinigte Königreich* vom 27. September 1999 (Nr. 31417/96, 32377/96).

<sup>1123</sup> Ibid., § 82.

Höhe von GBP 113'875.– bzw. GBP 74'000.–.<sup>1124</sup> Der Gerichtshof bestätigte seine Rechtsprechung in diversen nachfolgenden Urteilen.<sup>1125</sup>

Das Urteil *Smith and Grady*<sup>1126</sup> befasst sich ebenfalls mit der Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Militär aufgrund seiner sexuellen Orientierung. Der EGMR hob neben der Feststellung einer Verletzung erneut die Schutzbedürftigkeit homosexueller Menschen hervor und betonte, dass die stigmatisierende Einstellung anderer Mitarbeitender keine Rechtfertigung für eine Entlassung darstellen könne. Er setzte dabei Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung jener aufgrund von Ethnie, Hautfarbe oder Herkunft gleich:

*«[T]hese attitudes, even if sincerely felt by those who expressed them, ranged from stereotypical expressions of hostility to those of homosexual orientation, to vague expressions of unease about the presence of homosexual colleagues. To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants' rights outlined above any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.»<sup>1127</sup>*

Zur Anstellungsdiskriminierung wegen des Geschlechts äusserte sich der EGMR in den Urteilen *Emel Boyraz*<sup>1128</sup> und *Hülya Erbu Damirel*<sup>1129</sup>. Die Beschwerdeführerinnen wurden beide im Bewerbungsprozess als Sicherheitspersonen bei einem staatlichen Elektrizitätskraftwerk nicht angestellt. Die Nichtanstellung wurde damit begründet, dass sie als Frauen dafür nicht geeignet seien. So seien Einsätze bei Nacht geplant und sie müssten u.U. Gewalt anwenden oder eine Schusswaffe gebrauchen. Der EGMR bestätigte zunächst, dass er grundsätzlich kein Recht auf (staatliche) Anstellung anerkennt. In beiden Fällen erachtete

<sup>1124</sup> Ibid., Ziff. 1 und 2 des Dispositivs.

<sup>1125</sup> Vgl. Urteile des EGMR *Perkins und R. gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Januar 2003 (Nr. 43208/98, 44875/98); *Beck, Copp und Bazeley gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 2003 (Nr. 48535/99 et al.).

<sup>1126</sup> Urteil des EGMR *Smith und Grady gegen das Vereinigte Königreich* vom 27. September 1999 (Nr. 33985/96, 33986/96).

<sup>1127</sup> Ibid., § 97. Vgl. hierzu auch die relativ scharfe Haltung des EGMR zur Rassendiskriminierung im Urteil des EGMR *D.H. gegen die Tschechische Republik* vom 13. November 2007 (Nr. 57325/00), § 175.

<sup>1128</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08).

<sup>1129</sup> Urteil des EGMR *Hülya Erbu Damirel gegen die Türkei* vom 19. Juni 2018 (Nr. 30733/08).

der EGMR Art. 8 EMRK jedoch für betroffen, da den Beschwerdeführerinnen eine Anstellung vorab zugesichert worden sei und sie daher so zu sehen seien, wie wenn ihnen wegen Umständen ihres Privatlebens gekündigt worden sei.<sup>1130</sup> Darüber hinaus erachtete er die persönliche Identität als wichtigen Teil des geschützten Privatlebens, welche verletzt sei, wenn lediglich aufgrund des Geschlechts gekündigt werde.<sup>1131</sup>

- 477 Der EGMR hielt in diesen Urteilen fest, dass den Konventionsstaaten in Gleichbehandlungsfragen grundsätzlich ein grosser Ermessensspielraum zustehe, jedoch nicht im Rahmen der Geschlechtergleichstellung.<sup>1132</sup> Er stellte folglich eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK fest, da die Vorinstanzen keine genügenden sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung vorbrachten.<sup>1133</sup> Er verurteilte die Türkei zur Zahlung von EUR 10'000.– bzw. EUR 11'000.– an die Beschwerdeführerinnen als Schadenersatz und Genugtuung.<sup>1134</sup>
- 478 Zum Schutz schwangerer Personen vor Diskriminierung bestätigte der EGMR im Fall *Napotnik*<sup>1135</sup>, dass Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts einem engen Ermessensspielraum unterstehen.<sup>1136</sup> Im konkreten Fall arbeitete die Beschwerdeführerin in der rumänischen Botschaft in Slowenien. Sie wurde im Anschluss an ihre Schwangerschaft zurück nach Rumänien berufen. Der EGMR sah

---

<sup>1130</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), § 42.

<sup>1131</sup> *Ibid.*, § 44. Zur Frage des Ermessensspielraums und der Begründungspflicht bei staatlichen Anstellungen im Rahmen von Art. 6 EMRK vgl. hingegen jüngst das Urteil des EGMR *Alonso Saura gegen Spanien* vom 8. Juni 2023 (Nr. 18326/19).

<sup>1132</sup> *Ibid.*, § 51, 75, wobei der EGMR diese Zielsetzung zur Geschlechtergleichstellung über jene des Europarats herleitet. Vgl. hierzu auch jüngst das Urteil des EGMR *Beeler gegen die Schweiz* vom 11. Oktober 2022 (Nr. 78630/12), § 95 f. betreffend Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen hinsichtlich Hinterlassenenrenten (Verletzung bejaht).

<sup>1133</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), § 55 f. Vgl. zur ähnlichen Tragweite im Bereich des Sozialversicherungsrechts Urteil des EGMR *Jurčić gegen Kroatien* vom 4. Februar 2021 (Nr. 54711/15) (Gewährung von Mutterschaftsentschädigungen bei In-vitro-Befruchtungen – Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK).

<sup>1134</sup> *Ibid.*, Ziff. 6 des Dispositivs und Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), Ziff. 5 des Dispositivs.

<sup>1135</sup> Urteil des EGMR *Napotnik gegen Rumänien* vom 20. Oktober 2020 (Nr. 33139/13).

<sup>1136</sup> Es ist anzumerken, dass der EGMR die Sache unter Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls prüfte und nicht auf die Rüge von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK einging. Praktisch gesehen sollte dies indessen keine Rolle spielen.

darin jedoch keinen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, da die Beschwerdeführerin ihre Stelle nicht verlor und trotz längerer Abwesenheit später befördert wurde. Sie erfuhr nach Auffassung des EGMR daher keine erheblichen Rückschläge in ihrem Karriereweg, weshalb lediglich basierend auf ihrer Rückberufung keine Verletzung vorliege.<sup>1137</sup>

In einem aktuelleren Entscheid *Mile Novaković*<sup>1138</sup> äusserte sich der EGMR zur 479 Frage einer diskriminierenden Kündigung eines Lehrers aufgrund des Alters und der Sprache. Der Beschwerdeführer unterrichtete an einer kroatischen Schule in serbischer Sprache. Nachdem im Rahmen einer Bildungsreform Kroatisch als einzige Unterrichtssprache festgelegt wurde, beschwerten sich einige Personen anonym, dass der Beschwerdeführer aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse weiterhin auf Serbisch unterrichten würde. Die Schule entliess den Beschwerdeführer im Alter von 55 Jahren nach 29 Dienstjahren. Sie hielt fest, dass keine alternative Funktion für ihn bestehe und ihm eine Weiterbildung aufgrund seines fortgeschrittenen Alters nicht zugemutet werde. Der EGMR hob zunächst hervor, dass einige Schulen zur fraglichen Zeit durchaus auch Kurse in Minderheitensprachen wie Serbisch anböten und die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) diverse Kündigungen serbischstämmiger Staatsangestellter im selben Zeitraum festgestellt habe.<sup>1139</sup> Darüber hinaus erachtete der EGMR es als bemerkenswert, dass eine Weiterbildung allein wegen des Alters des Beschwerdeführers ausgeschlossen wurde.<sup>1140</sup> Der EGMR stellte insbesondere im Lichte der Kündigungsgründe eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest und sprach dem Beschwerdeführer eine Genugtuung von EUR 5'000.– zu.

---

<sup>1137</sup> Urteil des EGMR *Napotnik gegen Rumänien* vom 20. Oktober 2020 (Nr. 33139/13), § 76 ff. Vgl. hierzu auch den Anspruch auf Pensumsreduktion für die Kinderbetreuung in Urteil des EGMR *Garcia Mateos gegen Spanien* vom 19. Februar 2013 (Nr. 38285/09), wobei der EGMR den Fall lediglich aus verfahrensrechtlicher Perspektive zu beurteilen hatte.

<sup>1138</sup> Urteil des EGMR *Mile Novaković gegen Kroatien* vom 17. Dezember 2020 (Nr. 73544/14).

<sup>1139</sup> *Ibid.*, § 62; vgl. auch hierzu das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarats. Zur besonderen Schutzbedürftigkeit aufgrund des Alters vgl. ZIMMERMANN, Rz. 317 ff.

<sup>1140</sup> Urteil des EGMR *Mile Novaković gegen Kroatien* vom 17. Dezember 2020 (Nr. 73544/14), § 66, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das serbische Recht eine derartige Weiterbildungspflicht enthält.



480 Im Urteil *I.B.*<sup>1141</sup> befasste sich der EGMR mit Diskriminierungsfragen aufgrund des Gesundheitszustandes in privaten Arbeitsverhältnissen. Der Beschwerdeführer war in einem Juweliergeschäft tätig und teilte seinen Kollegen mit, dass er HIV-positiv sei. Daraufhin setzte die Belegschaft die Arbeitgeberin unter Druck, den Beschwerdeführer zu entlassen, da sie sich vor einer Ansteckung fürchteten. Aufklärungsgespräche darüber, dass sie sich vor einer HIV-Ansteckung durch die Arbeit nicht fürchten müssen, blieben erfolglos. Letztlich gab die Arbeitgeberin dem Druck der Belegschaft nach und kündigte dem Beschwerdeführer. Dessen Klage blieb vor den nationalen Zivilgerichten erfolglos, weshalb er Beschwerde an den EGMR erhob. Der EGMR hielt fest, dass auch HIV-positive Menschen historische Marginalisierung und Benachteiligung erfahren hätten, weshalb den Konventionsstaaten nur ein kleiner Ermessensspielraum zukomme.<sup>1142</sup> So hätten die Vorinstanzen lediglich den reibungslosen Betrieb als Argument für die Kündigung vorgebracht. Damit aber hätten sie im Ergebnis die Stigmata der ehemaligen Arbeitskollegen gegenüber Personen mit HIV nur noch bekräftigt. Aufgrund des fehlenden gerichtlichen Schutzes stellte der EGMR daher eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK fest.<sup>1143</sup>

### 2.3 Ein allgemeines Diskriminierungsverbot am Arbeitsplatz?

481 Wie oben dargestellt gilt das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK lediglich akzessorisch, weshalb grundsätzlich kein allgemeines Diskriminierungsverbot besteht. Jedoch kann sehr wohl in Frage gestellt werden, ob der EGMR mit seiner Rechtsprechung im Rahmen der Geschlechtergleichstellung im Arbeitsverhältnis *de facto* nicht schon ein allgemeines Diskriminierungsverbot geschaffen hat. So beurteilte der EGMR die Fälle *Emel Boyraz* und *Hülya Erbu Damirel*<sup>1144</sup> zwar unter den Gesichtspunkten einer Kündigung, liess indessen seine allgemeinen Erwägungen sehr stark in Richtung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots in Arbeitsverhältnissen tendieren. So hielt der EGMR fest:

---

<sup>1141</sup> Urteil des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10).

<sup>1142</sup> *Ibid.*, § 80 f.

<sup>1143</sup> *Ibid.*, § 88; vgl. auch aus der jüngeren Rechtsprechung Urteil des EGMR *M.K. gegen die Ukraine* vom 15. September 2022 (Nr. 24867/13); weitergehend auch zum Outing einer homosexuellen Person Urteil des Tribunal de Grande Instance de Paris, 17. Kammer, vom 3. April 2006, 05/05137, 3 f. Zur besonderen Schutzbedürftigkeit vgl. auch ZIMMERMANN, Rz. 442 ff.

<sup>1144</sup> Urteile des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08); *Hülya Erbu Damirel gegen die Türkei* vom 19. Juni 2018 (Nr. 30733/08).

*«In the Court's view, the concept of (private life) extends to aspects relating to personal identity and a person's sex is an inherent part of his or her identity. Thus, a measure as drastic as a dismissal from a post on the sole ground of sex has adverse effects on a person's identity, self-perception and self-respect and, as a result, his or her private life.»<sup>1145</sup>*

Wenn also Verletzungen der persönlichen Identität Teil des geschützten Privatlebens sind, fallen nicht alle schweren Diskriminierungen automatisch in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK? Dafür spricht, dass Diskriminierungen immer eine Entwürdigung der betroffenen Person zur Folge haben, was eine Person in ihrer persönlichen Identität, Selbstwahrnehmung und in ihrem Selbstrespekt verletzt. Daraus lässt sich ableiten, dass eine generelle staatliche Pflicht zum Schutz vor schweren Diskriminierungen besteht, weil solche immer auch gleichzeitig Art. 8 EMRK verletzen. 482

Diese Auffassung steht im Arbeitsrecht damit in Konflikt, dass eine Überdehnung von Art. 14 EMRK eine Aushöhlung des 12. Zusatzprotokolls bedeutet. Jedoch kann ein fakultatives Zusatzprotokoll nicht einer Evolution der EMRK entgegenstehen (vgl. auch Art. 53 EMRK).<sup>1146</sup> Schliesslich wäre es ein starker Wertungswiderspruch, Personen im Rahmen ihrer Kündigung gegen Diskriminierung zu schützen, weil sie die Persönlichkeit einer Person schwer verletzt, aber einen solchen Schutz in allen anderen Bereichen des Arbeitslebens nicht anzuerkennen. Soweit also die Intensität einer Persönlichkeitsverletzung wegen einer Diskriminierung ein gewisses Mass erreicht, so muss Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK Personen vor einer solchen auch im Privatsektor<sup>1147</sup> schützen, unabhängig davon, ob nun z.B. im Rahmen einer Nichtanstellung, Kündigung oder von Mobbing. 483

<sup>1145</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), § 44.

<sup>1146</sup> Vgl. zum Ganzen auch die sog. Yogyakarta-Richtlinien (<[www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)>). Der EGMR hat indessen bislang noch keinen Bezug auf diese in seiner Rechtsprechung genommen.

<sup>1147</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 480 sowie Urteile des EGMR *I.B. gegen Griechenland* vom 3. Oktober 2013 (Nr. 552/10); *Hoppen und Trade Union of AB Amber Grid Employees gegen Litauen* vom 17. Januar 2023 (Nr. 976/20).

### 3. Schutz der Ehre

- 484 Der EGMR anerkennt im Rahmen des in Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens auch einen Schutz der Ehre bzw. des guten Rufs.<sup>1148</sup> Damit Art. 8 EMRK betroffen ist, muss ein Angriff auf die Ehre eine gewisse Schwere erreichen und geeignet sein, Nachteile im Privatleben zu verursachen.<sup>1149</sup> Ob eine Äusserung ehrverletzend ist, erfolgt nach der Wahrnehmung einer vernünftigen Drittperson.<sup>1150</sup>
- 485 Wie im oben erläuterten Urteil *Denisov*<sup>1151</sup> dargelegt, umfasst der Ehrenschatz neben dem allgemeinen Sozialleben auch die berufliche Sphäre, da auch eine Kündigung den professionellen Ruf und somit die Möglichkeit der Knüpfung zwischenmenschlicher Beziehungen am Arbeitsplatz beeinträchtigen kann.<sup>1152</sup>
- 486 Im Urteil *Gillberg*<sup>1153</sup> beschwerte sich der Beschwerdeführer über eine Strafverurteilung, welche seine berufliche Ehre tangiert haben soll. Konkret hatte der Beschwerdeführer nachweislich Forschungsdaten zurückbehalten, welche er Dritten gegenüber hätte offenlegen müssen. Nachdem er zur Herausgabe diese Daten verurteilt wurde, vernichtete er sie. Daraufhin wurde gegen ihn ein Strafverfahren eingeleitet. Der EGMR stellte keine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, zumal das eigene Verhalten des Beschwerdeführers in vorhersehbarer Weise zum Strafverfahren und zur damit behaupteten Beeinträchtigung des Rufs führte.<sup>1154</sup>

---

<sup>1148</sup> Vgl. z.B. Urteile des EGMR *M.L. und W.W. gegen Deutschland* vom 28. Juni 2018 (Nr. 60798/10, 65599/10), § 86 ff.; *Wojczuk gegen Polen* vom 9. Dezember 2021 (Nr. 52969/13) bzgl. Whistleblowing am Arbeitsplatz.

<sup>1149</sup> Urteile des EGMR *Axel Springer AG gegen Deutschland* vom 7. Februar 2012 (Nr. 39954/08), § 83 m.w.H.; *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11), § 112. Vgl. zur Schwere der Verletzung im Allgemeinen oben Rz. 156 ff.

<sup>1150</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Sousa Goucha gegen Portugal* vom 22. März 2016 (Nr. 70434/12), § 50.

<sup>1151</sup> Urteil des EGMR *Denisov gegen die Ukraine* vom 25. September 2018 (Nr. 76639/11).

<sup>1152</sup> Vgl. *ibid.*, § 97 ff.; oben Rz. 282 ff.

<sup>1153</sup> Urteil des EGMR *Gillberg gegen Schweden* vom 3. April 2012 (Nr. 41723/06).

<sup>1154</sup> *Ibid.*, § 67. Vgl. hingegen für den umgekehrten Fall einer Freistellung im Anschluss der Einstellung eines Strafverfahrens das Urteil des EGMR *Gashi und Gina gegen Albanien* vom 4. April 2023 (Nr. 29943/18), wo eine Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht wurde.

In Bezug auf den Schutz der Ehre am Arbeitsplatz hat der EGMR im Fall *Ay*<sup>1155</sup> 487 eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt. So wurde dem Beschwerdeführer gekündigt, weil er fast 20 Jahre zuvor an Gewerkschaftsaktivitäten teilnahm und deswegen zu 10 Monaten Haft verurteilt worden war. Der EGMR begründete die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK mitunter mit der Rufschädigung durch die Überprüfung und insbesondere die Offenlegung der Ergebnisse der Überprüfung gegenüber seinen Arbeitskollegen.<sup>1156</sup>

Der Schutz der Ehre ist weiter relevant bei Verdachtskündigungen, wo eine Kündigung *de facto* zu einer Vorverurteilung durch das Umfeld einer Arbeitnehmenden führen kann. Hierzu hat sich der EGMR bislang nur indirekt geäußert.<sup>1157</sup> Der Frage der Zulässigkeit von Verdachtskündigungen unter der EMRK kommt deshalb erhöhte Bedeutung zu, da nach wie vor offen ist, wie sich die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK zum Kündigungsschutz verhält. Im Fall *Eweida und andere*<sup>1158</sup> beurteilte der EGMR eine Kündigung, die einzig auf dem Verdacht der Arbeitgeberin gründete, der Beschwerdeführer würde aus religiösen Motiven seine Tätigkeit als Paar- und Sexualtherapeut nicht gegenüber homo- oder biseksuellen Personen wahrnehmen.<sup>1159</sup> Der Beschwerdeführer stritt diesen Vorwurf ab und liess seine Bereitschaft offen, da er nie mit so einem Fall konfrontiert war. Der EGMR liess dies unberücksichtigt und schützte die Kündigung der Arbeitgebenden. Dabei handelte es sich jedoch im Lichte der Zielsetzung zum Schutz von Minderheiten offenbar um ein vorschnelles Urteil.<sup>1160</sup> Zumindest erachtete der EGMR die Kündigung nicht explizit als Verdachtskündigung. Das Urteil lässt aber erkennen, dass ein gebilligter Kündigungszweck auch gestützt auf reine Verdachtsmomente ausreichend sein kann. 488

---

<sup>1155</sup> Urteil des EGMR *Ay gegen die Türkei* vom 21. Januar 2014 (Nr. 34288/04).

<sup>1156</sup> *Ibid.*, § 31. Vgl. hingegen aber Urteil des EGMR *Güc gegen die Türkei* vom 23. Januar 2018 (Nr. 15374/11), wo der EGMR die Entlassung eines Lehrers wegen Verdachts auf Kindesmissbrauch (mutmasslich aufgrund einer eigenen summarischen Beweiswürdigung) lediglich unter Art. 6 Abs. 2 EMRK prüfte.

<sup>1157</sup> Vgl. hierzu Entscheid des EGMR *Şeker gegen die Türkei* vom 7. September 2021 (Nr. 30330/19) (Verdachtskündigung wegen Teilnahme an einem Putschversuch – gütliche Einigung).

<sup>1158</sup> Urteil des EGMR *Eweida und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 15. Januar 2013 (Nr. 48420/10 et al.).

<sup>1159</sup> *Ibid.*, § 36 f.

<sup>1160</sup> Vgl. jüngst das Urteil des EGMR *Ispiryan gegen Litauen* vom 27. Juni 2023 (Nr. 11643/18), § 74, wonach die Unschuldsvermutung universelle Geltung beansprucht, einschliesslich in Zivilverfahren.

#### 4. Zusammenfassung

- 489 Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes vermittelt Art. 8 EMRK in beschränktem Rahmen positive Schutzpflichten zur freien Bestimmung über das äussere Erscheinungsbild am Arbeitsplatz. Einschränkungen dieses Rechts müssen jedoch abhängig von den Umständen im Einzelfall verhältnismässig schwer wiegen. Dies kann z.B. darin liegen, dass die Kleidung einer Arbeitnehmenden starker Ausdruck der eigenen Identität darstellt, wie z.B. bei ethnischer oder stark traditionell geprägter Kleidung. Die legislative Pflicht besteht dabei darin, dass das nationale Recht eine entsprechende Interessenabwägung zulässt oder im Gesetz verankert. Nicht schützenswert sind hingegen rein triviale Kleidungsbeschränkungen, die grundsätzlich keine wesentliche Beschränkung des Ausdrucks der persönlichen Identität darstellen.
- 490 Der EGMR anerkennt in seiner Rechtsprechung einen ausgeprägten Schutz vor Diskriminierung am Arbeitsplatz. In Auslegung der Rechtsprechung des EGMR in den Fällen *Emel Boyraz* und *Hülya Erbu Damirel* geht hervor, dass dieser Diskriminierungsschutz über den Kündigungsschutz hinausgeht. So ist zusätzlich zum Kündigungsschutz zumindest in Fällen schwerer Diskriminierungen von einem allgemeinen Diskriminierungsschutz auszugehen. Dieser gilt bezogen auf das Arbeitsrecht daher vor, während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit dem Fall *I.B.* hat der EGMR schliesslich klargestellt, dass diese Pflichten *mutatis mutandis* auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gelten, womit die nationale Rechtsordnung einen allgemeinen Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht vorsehen muss.
- 491 Zum Beweisrecht in Diskriminierungsfällen hat der EGMR im Urteil *Hoppen* klargestellt, dass die anhand des Urteils *Y und andere* illustrierte Reduktion des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung (*prima facie case*) der Diskriminierung in allen Schutzpflichtfällen gilt. Dies hat allgemein für das gesamte Zivilrecht zu gelten. Denn anders zu entscheiden würde bedeuten, dass die entsprechenden Beweisregeln auch jene Schutzpflichten betreffen, welche insbesondere über das Privatrecht wahrgenommen werden. Diese Beweislasterleichterung entspricht auch Art. 19 2006/54/EG (Rahmen-Richtlinie Beschäftigung), wonach die EU-Staaten schon seit längerem eine Beweislasterleichterung bezüglich Diskriminierungen im Arbeitsrecht vorzusehen haben. Ist der *prima facie case* also erstellt, besteht die Vermutung, dass eine solche vorliegt, welche durch die beklagte Person widerlegt werden kann. Darin kann insbesondere ein europäischer Standard gesehen werden, welcher im Übrigen auch von der Experten-

kommission der ILO angewendet wird.<sup>1161</sup> Schliesslich würde es keinen Sinn ergeben, wenn das geforderte Beweismass in einem Verfahren vor dem EGMR tiefer wäre als das Beweismass im dort inzident zu prüfenden Zivilverfahren.<sup>1162</sup> Aus der Rechtsprechung ist daher zu folgern, dass insbesondere in arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen die Geltendmachung eines *prima facie case* bei einer Diskriminierung auch unter Privaten ausreichen muss, um die (widerlegbare) Vermutung zu erstellen, dass eine solche vorliegt. Eine solche Erleichterung liegt auch aus Gründen der Informationsasymmetrie nahe, da Arbeitnehmende bzw. Bewerbende wenig Einsicht in innere Vorgänge der Arbeitgebenden haben und somit das Fordern eines Vollbeweises eine starke Bevorteilung der prozessualen Position der Arbeitgebenden zur Folge hat.

Schliesslich schützt Art. 8 EMRK die Ehre und Reputation einer Person auch am Arbeitsplatz. Die Schutzpflicht verlangt dabei, dass der rechtliche Rahmen eine genügend abschreckende Wirkung gegen Rufschädigungen am Arbeitsplatz aufweist, insbesondere auch bei Kündigung. 492

## II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

Der Persönlichkeitsschutz wird auf verfassungsrechtlicher Ebene im Rahmen des Schutzes der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV geschützt. Dieser Anspruch auf persönliche Freiheit schützt lediglich elementare Aspekte der Person.<sup>1163</sup> Im Bereich der Diskriminierung enthält die Bundesverfassung mit Art. 8 BV ein Rechtsgleichheitsgebot. Dieses setzt sich zusammen aus einem Lohngleichheitsgebot zwischen Frau und Mann (Abs. 3)<sup>1164</sup> sowie einem allgemeinen Diskriminierungsverbot aufgrund der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des

<sup>1161</sup> Vgl. unten Fn. 1268 und 1271.

<sup>1162</sup> Vgl. hierzu insbesondere Urteile des EGMR *Hoppen und Trade Union of AB Amber Grid Employees gegen Litauen* vom 17. Januar 2023 (Nr. 976/20); *Horvath und Kiss gegen Ungarn* vom 29. Januar 2013 (Nr. 11146/11), § 108; *Danilenkov und andere gegen die Russische Föderation* vom 30. Juli 2009 (Nr. 67336/01), § 136, wo der EGMR einen Beweis für Diskriminierungen *beyond reasonable doubt* für ein Zivilverfahren indirekt ausschliesst. Ähnlich LOCHER, 72 f. Der Bundesrat lehnt die Einführung einer solchen Bestimmung aus «diversen Gründen» indessen ab (vgl. Bericht des Bundesrates zur Diskriminierung).

<sup>1163</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 138 ff. m.w.H.

<sup>1164</sup> Dessen Charakter als direkt anwendbare Norm hat mit Inkrafttreten des GlG indessen weitestgehend seine Bedeutung verloren.

Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (Abs. 2). Letzterer Teilgehalt betrifft indessen primär den Staat. Daher wird eine horizontale Drittwirkung oder Schutzpflichten gegen Diskriminierungen Dritter im Rahmen des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots nur zurückhaltend angenommen.<sup>1165</sup>

- 494 Neben sachlich beschränkten Gesetzen oder Schutznormen gegen Diskriminierung (insb. GlG und BehiG) besteht kein umfassender Erlass gegen Diskriminierung in der Schweiz. Der Bundesrat lehnt den Entwurf eines solchen nach wie vor ab.<sup>1166</sup> Folglich fällt der Schutz der Persönlichkeit auf allgemeine Normen des Zivilrechts unter Beizug gewisser Spezialnormen.

## 1. Vor- und ausservertraglicher Persönlichkeits- und Diskriminierungsschutz

### 1.1 Schutz der Persönlichkeit

- 495 Die freie Persönlichkeitsentfaltung ist im ausservertraglichen Verhältnis im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB geschützt. Diese Norm ist gemäss wohl h.L. eine der wenigen zivilrechtlichen anwendbaren Schutznormen während der arbeitsrechtlichen Vertragsanbahnung. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden nach Art. 328 OR analog wie Art. 328b OR eine vorvertragliche Wirkung zukommt.<sup>1167</sup> Das Bundesgericht hat eine solche Wirkung in vereinzelt Fällen angenommen.<sup>1168</sup> Folglich stützt sich der vorvertragliche Persönlichkeitsschutz auf Art. 28 ZGB, welcher als Einfallstor für die Drittwirkung von Grundrechten gilt.<sup>1169</sup>
- 496 Diskriminierungen sowie Angriffe auf die psychische Persönlichkeit bzw. Gesundheit sowie die persönliche und berufliche Ehre können eine Persönlichkeitsverletzung darstellen.<sup>1170</sup> Weiter besteht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben

---

<sup>1165</sup> Vgl. BESSON, Humaniser, 2. Zur Rechtsprechung mit Blick auf die Verletzlichkeit von Personen betreffend diese Merkmale vgl. ZIMMERMANN, Rz. 304 ff.

<sup>1166</sup> Bericht des Bundesrates zur Diskriminierung, 14.

<sup>1167</sup> Dies ist jedoch umstritten. Vgl. PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 2a zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 zu Art. 328b OR m.w.H.

<sup>1168</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_103/2008 vom 30. Juni 2008, E. 6.2.

<sup>1169</sup> Vgl. BERSET BIRCHER, 47. Vgl. zum Datenschutz unten Rz. 574 ff.

<sup>1170</sup> Zu den Schutzgegenständen im Einzelnen vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 580 ff.

gemäss Art. 2 ZGB die Pflicht der Arbeitgebenden, Stellenbewerbende diskriminierungsfrei zu behandeln.<sup>1171</sup> Ähnliche Erwägungen ergeben sich aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung. So ist die Verweigerung einer der Allgemeinheit angebotenen Leistung wegen bestimmter diskriminierender Beweggründe nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB strafbar, was in solchen Fällen auch eine rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit nahelegt, auch wenn die Norm streng systematisch betrachtet dem Schutz des öffentlichen Friedens und daher dem Schutz eines öffentlichen Rechtsguts dient.

Diskriminierend ist eine Nichtanstellung, wenn das für die Nichtanstellung massgebliche Motiv direkt oder indirekt diskriminierend ist.<sup>1172</sup> Dies kann durch Anknüpfung an verpönte Merkmale geschehen, aber auch durch die Auswahl gewisser Kriterien, welche bestimmte Personengruppen ausschliessen. Die mit einer Diskriminierung einhergehende Entwürdigung einer Person stellt in aller Regel eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB dar. Darauf gestützt können Betroffene auf Unterlassung, Beseitigung sowie Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung sowie Schadenersatz und Genugtuung klagen (Art. 28a ZGB). Indessen ist eine Unterlassung mangels drohender Verletzung (nach Abschluss des Bewerbungsprozesses) ungeeignet, da kein Anspruch auf Anstellung besteht. So verbleibt betroffenen Personen lediglich eine Feststellungsklage oder Klage auf Schadenersatz bzw. Genugtuung. Doch der Schaden fällt in solchen Fällen mit Blick auf einen fehlenden Anstellungsanspruch oft tief aus, da gestützt auf Art. 2 oder 28 ZGB grundsätzlich kein positives Vertragsinteresse gefordert werden kann. Darüber hinaus obliegt die prozessuale Beweislast für das Vorliegen einer Diskriminierung bzw. Persönlichkeitsverletzung nach Art. 8 ZGB derjenigen Person, die aus der Persönlichkeitsverletzung Rechte ableitet, also in aller Regel der in ihrer Persönlichkeit verletzten Person.<sup>1173</sup> 497

Persönlichkeitsverletzungen können nach Art. 28 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt sein, wenn die verletzte Person gültig in sie einwilligt, überwiegende Interessen an ihr bestehen oder sie auf dem Gesetz beruht. Eine (konkludente) Einwilligung kommt im Bewerbungsverfahren wohl selten in Betracht, weil eine sich bewerbende Person kaum in Kauf nimmt, dass sie im Zuge eines Bewerbungsverfahrens in ihrer Persönlichkeit verletzt werden soll.<sup>1174</sup> Als gesetzliche Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere ausländerrechtliche Normen und Gesundheitsvorschriften 498

<sup>1171</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1378; vgl. BGE 129 III 276, E. 3.1.

<sup>1172</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1378.

<sup>1173</sup> MEILI in: BSK ZGB, N 56 zu Art. 28 ZGB.

<sup>1174</sup> Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1410.



in Betracht, die eine Anstellung im Einzelfall ausschliessen. Offener ist die Frage, welche überwiegenden Interessen Arbeitgebende vorbringen können, um eine diskriminierende Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können. Eine Ungleichbehandlung könnte insbesondere wegen „Wünschen“ der Kundschaft oder anderer Arbeitnehmenden begründet werden.<sup>1175</sup> Ausnahmen hiervon sind in einem engen Rahmen denkbar, z.B. wenn ein gesamthaftes Betriebskonzept verfolgt wird, welches gewisse Gruppen von einer Anstellung ausschliesst.<sup>1176</sup> Dies gilt es m.E. jedoch auszuschliessen, weil damit den zu bekämpfenden Stigmata weiterhin direkte Geltung zukommt und der Persönlichkeitsschutz in diesem Bereich vollständig ausgehöhlt werden könnte. Ansichten Dritter können folglich nicht als Grund für eine (direkte) Diskriminierung im und vor Arbeitsverhältnissen vorgeschoben werden.

- 499 Für den vorvertraglichen Schutz wird in der Lehre teils eine Haftung der Arbeitgebenden aus *culpa in contrahendo* diskutiert.<sup>1177</sup> Die Anwendung dieser Haftungsform ist grundsätzlich möglich. Jedoch besteht m.E. für sie im Lichte der anerkannten Fallgruppen nur wenig bis kein Raum für eine Anwendung im Rah-

---

<sup>1175</sup> Vgl. z.B. Urteil des Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne vom 1. Juni 2005 (= JAR 2006, 531 ff.) bezüglich einer diskriminierenden Nichtanstellung wegen der Hautfarbe, welche die Arbeitgeberin erfolglos mit dem Wohl der Patientinnen und Patienten eines Pflegeheims zu begründen versuchte. Das Gericht stützte sich lediglich auf Art. 328 OR, obschon kein Arbeitsvertrag geschlossen wurde. Vgl. hierzu auch zu Art. 4 Abs. 1 der Unionsrichtlinie über die Gleichbehandlung die Urteile des EuGH vom 14. März 2017, Rs. C-157/15 und C-188/15, *G4S Secure Solutions* und *Bouagnaoui und ADDH* betreffend diskriminierende Weisungen und die Frage der Berücksichtigung von Kundenwünschen.

<sup>1176</sup> So bestehen z.B. diverse Marken, die ihr Betriebskonzept zumindest ursprünglich auf einer ausschliessenden Auswahl von Arbeitnehmenden aufbauen bzw. aufbauten. Darunter fallen z.B. diverse Restaurants, deren Personal sich zumindest aus mitteleuropäischer Sicht optisch ausschliesslich aus einer ethnischen Abstammung zusammensetzt oder die lediglich Frauen im Servicebereich beschäftigen. Indessen sind solche Konzepte im Lichte des kulturellen Wandels bereits heute als nicht mehr angebracht zu erachten. Es kann jedoch durchaus in Frage gestellt werden, ob hier staatliche Intervention auf Stufe des Individualarbeitsrechts angebracht ist oder dieser Entscheid viel eher der Gesellschaft als Ganzes und insb. den Konsumierenden verbleiben sollte.

<sup>1177</sup> Vgl. WÄLTJ, 15 m.H.a. Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, AN050401/U1.

men des Persönlichkeitsschutzes. Vielmehr ist vollständig auf Art. 28 ZGB abzustellen.<sup>1178</sup>

Für den vorvertraglichen Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht existiert wenig publizierte Rechtsprechung. Dies ist insbesondere auf praktische Probleme zurückzuführen. So besteht kein Anspruch auf eine Begründung einer Nichtanstellung und die Beweislast für das Nichtanstellen aus diskriminierenden Motiven obliegt den Klagenden.<sup>1179</sup> Die Informationsasymmetrie insbesondere betreffend die inneren Beweggründe bei einer Nichtanstellung führt dazu, dass die Prozessaussichten für Arbeitnehmende relativ schlecht sind. Wesentlich dabei ist auch, dass Art. 28 ZGB keinen Anspruch auf Anstellung verleiht, womit lediglich Anspruch auf ausservertraglichen Schadenersatz (falls ein solcher überhaupt besteht) oder die Zahlung einer Genugtuung besteht. Die Intensitätsschwelle für das Zusprechen einer Genugtuung liegt jedoch vergleichsweise hoch und die zugesprochenen Summen tief.<sup>1180</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass ein Zivilprozess ein erhebliches Kostenrisiko beherbergt, da grundsätzlich die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden. Im Lichte der Höhe der in Aussicht stehenden Ansprüche, der Beweisschwierigkeiten und des Kostenrisikos haben solche Verfahren wegen ihrer schlechten Kosten-Nutzen-Relation in der Schweiz kaum praktische Relevanz.<sup>1181</sup>

<sup>1178</sup> Zu den Fallgruppen vgl. BGE 36 II 203: Vertragsnichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit (Art. 20 OR); BGE 77 II 137: Führen von Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 47.11: vertragslose Falschauskunft durch Dritte. Vgl. weitergehend BUCHER, § 17. Der weitergehende Schutz auf alle Rechtsgüter der potenziellen Vertragspartner geht indessen zu weit und ist im Regelfall auch nicht notwendig (vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 47.10; KRAMER, N 38 zu Art. 22 OR m.w.H.; a.A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 961; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, AN050401/U1 [«keine Leute aus dem Balkan» – Persönlichkeitsverletzung bejaht]). So besteht regelmässig kein Bezug zwischen persönlichkeitsverletzenden Bewerbungspraktiken und diesen Fallgruppen.

<sup>1179</sup> Vgl. PÄRLI, ARV 2006, 25; DERS., Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1550.

<sup>1180</sup> Vgl. zum ähnlichen Ergebnis im vorvertraglichen Schutz auch RUDOLPH, 112 ff., 116; DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 110 zu Art. 328b OR; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1436 ff. Zu den zugesprochenen Genugtuungssummen im Zusammenhang mit der Geschlechterdiskriminierung UEBERSAX in: GIG Komm, N 30 ff. zu Art. 5 GIG (Entschädigungen zwischen CHF 1'000.– und 7'000.–); Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, AN050401/U1 (rassistische Nichtanstellung und rassistische Äusserungen – Genugtuung von CHF 5'000.–). Vgl. unten Fn. 1236.

<sup>1181</sup> Ähnlich LOCHER, 6 f.; vgl. DUNAND/WITZIG, 254 f. bezüglich der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft.

- 501 Schliesslich stellt Art. 261<sup>bis</sup> StGB die Diskriminierung aufgrund von Rasse, Ethnie, Religion und seit dem 1. Juli 2020 auch der sexuellen Orientierung unter Strafe. Nicht davon erfasst sind folglich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität, der Gesundheit oder des Alters. Die Strafnorm hat eine Vielzahl möglicher Tathandlungen zum Gegenstand. Insbesondere schützt sie vor öffentlicher Diskriminierung und Verweigerung von Leistungen für die Allgemeinheit (Abs. 4 f.). Die Strafbarkeitsschwelle für die Tatbestände ist jedoch aufgrund des nötigen Nachweises eines diskriminierenden Beweggrundes und des Grundsatzes *in dubio pro reo* relativ hoch.<sup>1182</sup>
- 502 Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB verbietet die Verweigerung einer angebotenen Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist. Dabei ist umstritten, ob die unsachliche Nichtberücksichtigung von Bewerbungen bzw. das Kündigen einer Person den Tatbestand erfüllen kann. Insbesondere diskutiert wird, ob die Norm tatsächliche Dauerschuldverhältnisse betrifft (und nicht nur einfache Austauschgeschäfte) oder ob sie alle denkbaren der Allgemeinheit auf dem Markt angebotenen Leistungen umfasst.<sup>1183</sup> Diese Frage ist jedoch mit Blick auf den nötigen Nachweis der diskriminierenden Beweggründe und die auch wohl deshalb kleine Anzahl Verurteilungen von untergeordneter Relevanz.<sup>1184</sup>

## 1.2 Diskriminierungsschutz nach Gleichstellungsgesetz

- 503 Anders als der allgemeine ausservertragliche Persönlichkeitsschutz kennt das Gleichstellungsgesetz in Art. 3 GlG ein explizites Verbot indirekter und direkter Diskriminierung wegen des Geschlechts vor Abschluss eines Arbeitsvertrages. Das Verbot findet insbesondere Anwendung auf Anstellung, Aufgabenzuteilung, Arbeitsbedingungen, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Art. 1 GlG definiert den Zweck des Gesetzes als Gleichstellung von Frau und Mann. Damit hält das GlG an einem binären Geschlechterkonzept fest.<sup>1185</sup> Indessen sind

---

<sup>1182</sup> So verlangt das Bundesgericht von einer tatbestandsmässigen Herabsetzung bzw. Diskriminierung, dass sie ein Absprechen der Gleichberechtigung bzw. Gleichwertigkeit in Bezug auf Menschenrechte wegen einer Gruppenzugehörigkeit zum Gegenstand hat (BGE 143 IV 77, E. 2.3).

<sup>1183</sup> Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1591 f.

<sup>1184</sup> Zur Übersicht über die Rechtsprechung vgl. die Kriminalstatistik bei SCHLEIMINGER/METTLER in: BSK StGB, vor N 1 zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, wonach jährlich rund 33 Verurteilungen erfolgen.

<sup>1185</sup> Vgl. hierzu auch die eher konservative Haltung zur Einführung eines dritten Geschlechts: Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts.

weitere in der Gesellschaft aufgekommene Anwendungsbereiche noch Gegenstand von Diskussionen, so insbesondere die Geschlechtsidentität<sup>1186</sup> oder die sexuelle Orientierung. Die sexuelle Orientierung fällt laut mittlerweile bestätigter (und zu Recht kritisierter) bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht in den Anwendungsbereich des GIG, sofern sie gleichzeitig nicht auch eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstellt.<sup>1187</sup>

In Abweichung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes sieht Art. 5 Abs. 2 GIG 504 einen wie im Kündigungsrecht pauschalisierten Anspruch auf Entschädigung wegen geschlechterdiskriminierender Nichtanstellung vor. Es besteht jedoch auch hier kein Recht auf Anstellung. Eine Geschlechterdiskriminierung liegt gemäss Bundesgericht dann vor, wenn direkt an das Geschlecht oder einem Geschlecht ausschliesslich zukommende Kriterien angeknüpft wird (direkte Diskriminierung) oder die Anknüpfung an scheinbar neutrale Kriterien erfolgt, diese aber überwiegend ein Geschlecht betreffen (indirekte Diskriminierung) und sich die daraus ergebende Ungleichbehandlungen nicht sachlich rechtfertigen lassen.<sup>1188</sup> Beispiele hierfür sind der Zivilstand, die familiäre Situation einer Person oder eine bestehende, vergangene oder geplante Schwangerschaft. Zur Beweiserleichterung verleiht Art. 8 GIG schliesslich einen Anspruch auf Begründung einer Nichtanstellung.

Rechtsfolge einer diskriminierenden Nichtanstellung ist gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG 505 ein Entschädigungsanspruch von maximal 3 monatlichen Durchschnittslöhnen (Art. 5 Abs. 3 GIG). Gleich wie im Kündigungsrecht behält das Gesetz weitere

---

<sup>1186</sup> Vgl. hierzu KAUFMANN in: GIG Komm, Fn. 36 zu Art. 1 GIG. Da Geschlecht ohnehin ein soziologisches Konstrukt ist und das GIG vor darauf aufgebauten negativen Stigmata schützen soll, sollte das GIG im Grunde eigentlich die Geschlechtsidentität schützen (vgl. GROHSMANN, 34 ff., 47 ff.). Vgl. auch MACKINNON, insb. 8 f., 26, 103 ff. Die Haltung des Schweizerischen Bundesrates in diesen Fragen ist in letzter Zeit ohne klare Richtung. So wurde die Änderung des rechtlichen Geschlechts per 1. Januar 2022 in Art. 14b der Zivilstandesverordnung stark vereinfacht. Nichtsdestotrotz lehnte der Bundesrat jüngst die Einführung eines dritten Geschlechts unter Berufung auf das Fehlen der «gesellschaftlichen Voraussetzungen» ab (vgl. Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts, 3 ff.). Vgl. hierzu auch (m.E. veraltet) das Urteil der EKMR *Kara gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1998 (Nr. 36528/97), betreffend *crossdressing*.

<sup>1187</sup> Vgl. BGE 145 II 153, E. 4 und *ibid*.

<sup>1188</sup> Vgl. BGE 145 II 153, E. 4.3.5.

Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche vor, wobei hierfür auf die Ausführungen zu Art. 336 ff. OR zu verweisen ist.<sup>1189</sup>

- 506 Letztlich zu erwähnen sind die prozessualen Erleichterungen des GIG. So sieht Art. 6 GIG eine Beweismasserleichterung vor, wonach eine Diskriminierung bloss glaubhaft zu machen ist.<sup>1190</sup> Dies betrifft jedoch gemäss klarem Wortlaut der Bestimmung nur Diskriminierungen bei der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung, nicht aber bei der Anstellung. Darüber hinaus fallen in Verfahren nach GIG für Schlichtungen sowie erst- und zweitinstanzliche kantonale Gerichtsverfahren keine Gerichts- und Schlichtungskosten an, was das Prozesskostenrisiko für ein Verfahren verringert (Art. 114 lit. a ZPO).<sup>1191</sup> Indessen bleibt ein gewisses Risiko auch bei der betroffenen Person, da sie grundsätzlich im Falle des Unterliegens vor Gericht die Kosten ihrer eigenen Vertretung sowie jene der Gegenpartei zu tragen hat.

### 1.3 Flankierende Schutzwirkung des Datenschutzes

- 507 Art. 328b OR verbietet es Arbeitgebenden, andere Daten als jene zu bearbeiten, die die Eignung einer Person für das Arbeitsverhältnis betreffen. Es handelt sich um eine der wenigen Normen, die bereits vorvertraglich zwischen den Parteien wirken. Art. 328b OR verbietet damit grundsätzlich das Fragen und das Einholen von Auskünften im Zusammenhang mit dem Privatleben, womit dem Datenschutz eine flankierende Schutzwirkung zukommt.<sup>1192</sup> So sind z.B. Erhebungen zum Intimleben wie z.B. zur sexuellen Orientierung oder zu bestehenden und geplanten Schwangerschaften grundsätzlich unzulässig, weshalb sie für den Einstellungs-

---

<sup>1189</sup> Vgl. zum Verhältnis oben Rz. 307. Vgl. weiter NORDMANN, 246; differenzierter: GEISER, 566 ff.; krit. aber im Ergebnis aus Kohärenzgründen gleich: UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 66 zu Art. 5 GIG.

<sup>1190</sup> Eine Tatsache gilt als glaubhaft gemacht, wenn gewisse Elemente für ihr Vorhandensein sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 132 III 715, E. 3.1). Dabei steht der Gegenpartei jedoch nach wie vor der Gegenbeweis offen.

<sup>1191</sup> Vgl. RÜEGG/RÜEGG in: BSK ZPO, N 2 zu Art. 114 ZPO. Indessen können bei Unterliegen die Kosten für die eigene Vertretung sowie eine Parteientschädigung anfallen (vgl. Art. 106 f. ZPO).

<sup>1192</sup> Gl. M. PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1549.

entscheid unberücksichtigt bleiben müssen.<sup>1193</sup> Verstösse gegen diese Prinzipien stellen grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar.

Ausnahmen bezüglich Fragen betreffend das Privatleben bestehen, wenn sich eine Offenbarung des fraglichen Umstandes nach Treu und Glauben mit Blick auf den Anstellungszweck aufdrängt<sup>1194</sup> oder auch wenn eine Frage im Hinblick auf die Anstellung einer sog. Tendenztragenden in Tendenzbetrieben<sup>1195</sup> gestellt wird.<sup>1196</sup> Ist eine Frage im Bewerbungsverfahren unzulässig, so muss diese nicht beantwortet werden. Die h.L. befürwortet dabei aus reinen Praktikabilitätsgründen ein *Notwehrrecht der Lüge*, wonach eine Falschauskunft auf unzulässige Fragen zulässig ist, zumal aus der Verweigerung einer Antwort entsprechende Schlüsse gezogen werden könnten.<sup>1197</sup> 508

In gewissen Konstellationen haben Arbeitnehmende nicht nur Auskunftspflichten, sondern müssen aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben relevante Informationen hinsichtlich ihrer Eignung für die Anstellung von sich aus mitteilen (sog. Offenbarungspflichten). Dies ist insbesondere dort der Fall, wenn vorab feststeht, dass Personen ohne diese Eignung für eine Stelle ungeeignet sind (z.B. fehlende Lizenzen, Kenntnisse, erwartete Absenzen oder Arbeitsunfähigkeit).<sup>1198</sup> 509

Bezüglich des äusseren Erscheinungsbildes bedarf es grundsätzlich keiner Offenbarungen, zumal ohnehin gewisse Merkmale ohne Weiteres für Arbeitgebende ersichtlich sind.<sup>1199</sup> Indessen grundsätzlich unzulässig sind Recherchen über die private Inszenierung einer Person, insbesondere über soziale Medien, sofern dies 510

<sup>1193</sup> Vgl. JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1721 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 328b OR jeweils m.w.H. Siehe auch die Übersicht in GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 232; Urteil des BGer 4A\_594/2018 vom 6. Mai 2019.

<sup>1194</sup> Dies betrifft Fälle, wo z.B. der Anstellungszweck aufgrund von Einschränkungen oder Behandlungen bzw. absehbarer Ausfälle vereitelt würde (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 328b OR).

<sup>1195</sup> Darunter fallen gemäss Bundesgericht Unternehmen, die nicht hauptsächlich gewinnorientiert sind, sondern einen geistigen oder intellektuellen Zweck verfolgen wie z.B. politische, konfessionelle, gewerkschaftliche, wissenschaftliche, künstlerische, karitative oder ähnliche Tätigkeiten (BGE 130 III 699, E. 4). Vgl. zum Begriff: PÄRLI/VECCHI, 612 ff.

<sup>1196</sup> Ein Abstellen auf den Katalog in Art. 8 Abs. 2 BV ist zumindest momentan noch lediglich indikativ, da das Bundesgericht diesem Diskriminierungsverbot unter Privaten bisher wenig Bedeutung geschenkt hat (vgl. BESSON, Humaniser, 2).

<sup>1197</sup> Statt vieler: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 zu Art. 328b OR.

<sup>1198</sup> Vgl. hierzu die Auflistung in *ibid.*, N 11 zu Art. 328b OR.

<sup>1199</sup> Vgl. zum Beispiel des Kopftuchs GLOOR, 10 ff.

nicht negative Auswirkungen auf die Arbeitgebende hat bzw. haben kann.<sup>1200</sup> Wird eine Anstellung *an die Bedingung geknüpft*, dass Merkmale des äusseren Erscheinungsbildes oder andere Aspekte des Privatlebens zu ändern sind, kann dies u.U. persönlichkeitsverletzend und/oder sittenwidrig sein (Art. 19 OR), womit diese Vertragsbestimmung unwirksam bzw. nichtig ist (Art. 20 OR).<sup>1201</sup>

- 511 In Bezug auf das Geschlecht (bzw. die Geschlechtsidentität), die sexuelle Orientierung, den Gesundheitszustand und das Alter einer Person gelten dieselben Grundsätze. So sind Datenbearbeitungen auf das erlaubte Mass zu beschränken. Besonders heikel gestalten sich hier Umstände, von welchen die Arbeitgebende in jedem Fall Kenntnis erlangen wird, wie z.B. das Alter (z.B. wegen Anmeldungen zur beruflichen Vorsorge), Herkunft (z.B. über Namen oder Aussehen) und das Geschlecht einer Person. Schliesslich sind auch hier die genauen Grenzen des Fragerechts teilweise unklar.<sup>1202</sup>

#### 1.4 Schutz der Ehre

- 512 Der Ehrenschatz bestimmt sich im zivilrechtlichen ausservertraglichen Bereich ebenfalls nach Art. 28 ZGB.<sup>1203</sup> Geschützt wird (analog zum strafrechtlichen Ehrenschatz) der Ruf einer Person, eine nach gesellschaftlichen Verhältnissen ehr-

---

<sup>1200</sup> Vgl. jedoch zu den Tendenztragenden in Tendenzbetrieben oben Rz. 438.

<sup>1201</sup> GLOOR, 10 ff. m.w.H.; vgl. eingehend PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1487 ff., 1522 ff.

<sup>1202</sup> Eingehend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 f. zu Art. 328b OR. Bzgl. Schwangerschaft vgl. Urteil des BGer 8C\_417/2011 vom 3. September 2012, E. 4.4. Streng bzgl. der frühzeitigen Auflösung eines befristeten Arbeitsvertrags wegen einer HIV-Infektion Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2013, LA110040 (Entschädigung von rund 4.5 Monatslöhnen). Zu diesen Fragen besteht indessen wenig Rechtsprechung. Diskutiert werden insbesondere Pflichten zur Mitteilung von Schwangerschaften oder gesundheitlichen Beeinträchtigungen, welche den Anstellungszweck einer befristeten Stelle für einen grossen Teil der Anstellungsdauer vereiteln würden oder den/die Stellenbewerber\*In für die Anstellung völlig ungeeignet machen. Die sich zu stellende Frage ist, ob und inwieweit sich eine sozialpolitische Intervention der Gerichte zur Verhinderung von Diskriminierung in solchen Fällen rechtfertigt (Sicherung eines Arbeitsverhältnisses und Schritte zur Gleichstellung gegenüber dem Risiko der Anstellung ggf. kurzfristig ungeeigneter Personen und des damit verbundenen organisatorischen Mehraufwands [vgl. hierzu die eher beschränkte Lohnfortzahlungspflicht in Art. 324a OR, aber auch 35 Abs. 3 ArG]). Vgl. JUNGHANS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1732 ff. Vgl. für eine Auflistung der Fragen auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 328b OR.

<sup>1203</sup> Vgl. AEBI-MÜLLER, CHK, N 18 zu Art. 28 ZGB.

bare Person zu sein und sich wie eine solche zu verhalten.<sup>1204</sup> Darüber hinaus umfasst der zivilrechtliche Ehrenschatz aber auch den Schutz des beruflichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ansehens einer Person.<sup>1205</sup> Der Ehrenschatz bemisst sich an einem objektivierten Massstab,<sup>1206</sup> wobei bei einer Beurteilung einer mutmasslich ehrverletzenden Äusserung deren Gesamteindruck auf die Durchschnittsadressatin zählt.<sup>1207</sup>

Zum zivilrechtlichen Ehrenschatz äusserte sich das Bundesgericht insbesondere im Zusammenhang mit Konflikten zwischen Privatleben und der Medienfreiheit. Grundsätzlich erachtet das Bundesgericht unwahre ehrenrührige Tatsachenbehauptungen gegenüber Drittpersonen als persönlichkeitsverletzend.<sup>1208</sup> Ungenauigkeiten bei Medienberichten sind nur dann relevant, wenn sie ein ehrenrührig verzerrtes bzw. verfälschtes Bild der betroffenen Person abgeben.<sup>1209</sup> Indessen können auch wahre Tatsachenbehauptungen aus dem Privatbereich persönlichkeitsverletzend sein, wenn sie ohne sachlichen Grund erfolgen, so z.B. lange zurückliegende Vorstrafen oder intime Details über das Leben einer Person.<sup>1210</sup> Zumindest in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass auch verfrühte Schuldzuweisungen aus Gründen der Unschuldsumutung persönlichkeitsverletzend sein können, selbst wenn sie sich später als wahr herausstellen.<sup>1211</sup> 513

Gegenstück zur Tatsachenbehauptung stellen Werturteile dar, welche keine Fakten vermitteln, sondern eine reine subjektive Wertung. Auch solche Werturteile können ehrverletzend sein, wenn die betroffene Person dadurch verunglimpft wird. Dabei muss jedoch den Umständen nach angemessener Raum für Kritik verbleiben, auch wenn diese je nach den Umständen etwas schärfer ausfällt.<sup>1212</sup> 514

Das StGB stellt die Beschimpfung (Art. 177 StGB), die üble Nachrede (Art. 173 StGB) und die Verleumdung (Art. 174 StGB) unter Strafe. Die Beschimpfung un- 515

<sup>1204</sup> Statt vieler: BGE 91 II 401.

<sup>1205</sup> Vgl. zu Art. 28 ZGB auch BGE 107 II 4.

<sup>1206</sup> BGE 105 II 163 f.

<sup>1207</sup> Dies ist insbesondere bei Presseartikeln Gegenstand von Diskussionen. Vgl. BGE 126 III 209, E. 3 ff.

<sup>1208</sup> Vgl. BGE 111 II 209.

<sup>1209</sup> BGE 105 II 165.

<sup>1210</sup> Vgl. hierzu auch der Ausschluss des Wahrheitsbeweises in Art. 173 Ziff. 2 StGB.

<sup>1211</sup> MEILI in: BSK ZGB, N 45 zu Art. 28 ZGB; zum Medienrecht vgl. GLASL/MÜLLER, 104 f. m.w.H.

<sup>1212</sup> Vgl. hierzu BGE 106 II 92, E. 2a ff.; 126 III 305, E. 4b.



terscheidet sich als leichtestes Delikt zunächst von den beiden anderen Delikten, indem sie auch reine Werturteile sowie Äusserungen gegenüber der beschimpften Person selbst erfasst. Die üble Nachrede erfasst lediglich ehrenrührige Tatsachenbehauptungen und gemischte Werturteile gegenüber Drittpersonen. Diese unterscheidet sich von der Verleumdung insoweit, als die Verleumdung wider besseres Wissen der Tatperson erfolgt. Im Rahmen der üblen Nachrede ist demgegenüber ein straffbefreiender Gutgläubigkeits- oder Wahrheitsbeweis möglich (Art. 173 Ziff. 2 StGB). Dieser Entlastungsbeweis durch die Tatperson ist indessen ausgeschlossen, wenn Äusserungen ohne Anlass oder öffentliches Interesse und (kumulativ) mit dem Motiv, jemandem Übles vorzuwerfen, erfolgen (*Beleidigungsabsicht*). Das Gesetz nennt für letzteres Kriterium explizit Tatsachen aus dem Privat- und Familienleben (Art. 173 Abs. 3 StGB). Diese Voraussetzungen für die Zulassung zum Wahrheitsbeweis sind indessen nicht allzu hoch. So erkannte das Bundesgericht einen begründeten Anlass in der unaufgeforderten schriftlichen Warnung an 15 Mitglieder eines Branchenverbandes vor einem ehemaligen Arbeitnehmenden, der Diebstähle und Veruntreuungen zum Nachteil seiner ehemaligen Arbeitgeberin begangen hatte.<sup>1213</sup>

## 2. Vertraglicher Persönlichkeitsschutz

### 2.1 Grenzen der Vertragsfreiheit und des Weisungsrechts

- 516 Das Schweizer Recht setzt der Vertragsfreiheit und dem Weisungsrecht der Arbeitgebenden gewisse Grenzen, welche insbesondere auch dem Schutz der Persönlichkeit dienen. Im Zentrum stehen neben dem Verhalten am Arbeitsplatz auch Anweisungen, wie sich Arbeitnehmende ausserhalb der Arbeit zu verhalten haben. So können insbesondere Beschränkungen der Freiheit des äusseren Erscheinungsbildes zunächst bilateral verbindlich im Arbeitsvertrag geregelt werden. Darüber hinaus können sie auch Gegenstand der Ausübung des einseitigen Weisungsrechts der Arbeitgebenden sein.
- 517 Vertragliche Vereinbarungen sind grundsätzlich verbindlich. Ausnahme hiervon ist, wenn diese persönlichkeitsverletzend oder sittenwidrig sind (Art. 19 Abs. 2 OR). Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn Vertragsbestimmungen gegen die herrschende Moral, das Anstandsgefühl oder die ethischen Prinzipien bzw. Wertmassstäbe der Gesamtrechtsordnung verstossen.<sup>1214</sup> Weiter können Vertragsklauseln auch nach Art. 27 ZGB eine übermässige Bindung darstellen, womit diese einseitig

---

<sup>1213</sup> BGE 81 IV 281.

<sup>1214</sup> BGE 136 III 474, E. 3.

unverbindlich sind.<sup>1215</sup> Jedoch sind die dortigen Voraussetzungen verhältnismässig hoch.<sup>1216</sup> Befinden sich fragliche Vertragsklauseln in allgemeinen Vertragsbestimmungen, sind darüber hinaus spezielle Anforderungen an deren Gültigkeit und Auslegung zu beachten.<sup>1217</sup>

Gemäss dem allgemeinen Weisungsrecht nach Art. 321d OR können Arbeitgebende den Arbeitnehmenden hinsichtlich Arbeitsausführung und Verhalten im Betrieb allgemeine und spezifische Anordnungen und Weisungen erteilen, welche von diesen im Rahmen von Treu und Glauben zu befolgen sind. Die Bestimmung ist begriffsnotwendig für das Arbeitsverhältnis insbesondere wegen der Übernahme des ökonomischen Risikos durch die Arbeitgebende und des dem Arbeitsvertrag inhärenten Subordinationsverhältnisses.<sup>1218</sup> 518

Grenze des Weisungsrechts ist zunächst jede anderslautende vertragliche Vereinbarung sowie insbesondere die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden bzw. die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden. So dürfen Arbeitgebende grundsätzlich keine Anordnungen oder Weisungen vorschreiben, die inkompatibel mit der persönlichen, familiären oder sozialen Situation der Arbeitnehmenden sind.<sup>1219</sup> 519  
Besonders eng ist der Spielraum im Rahmen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte. Eingriffe in diesen Bereich sind nur so weit zulässig, als sie das Arbeitsverhältnis tatsächlich erfordert.<sup>1220</sup> Die Grenzen der Zulässigkeit hängen stark vom Einzelfall und von den betroffenen Interessen ab und sind daher kaum abstrakt festlegbar.

---

<sup>1215</sup> Vgl. hierzu MEISE/HUGUENIN, BSK ZGB, N 43 zu Art. 19 OR.

<sup>1216</sup> So fallen darunter z.B. ewige Verträge (BGE 143 III 480) oder auch Knebelverträge, die die berufliche Aktivität vollständig abhängig machen (BGE 104 II 118).

<sup>1217</sup> So muss für eine ausreichende Kenntnisnahme bei Vertragsschluss gesorgt werden, die Bestimmung muss klar sein und nicht ungewöhnlich (vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.01 ff.).

<sup>1218</sup> Vgl. PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 1 zu Art. 321d OR; zum Ganzen auch PÄRLI/VÖGTLI, 75 ff.

<sup>1219</sup> DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, Rz. 272, d.

<sup>1220</sup> Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 338; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 f. zu Art. 321d OR.

- 520 Verhaltensanweisungen haben sich grundsätzlich auf das *dienstliche* Verhalten zu beschränken.<sup>1221</sup> Diese sollten somit immer einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeit aufweisen.<sup>1222</sup> Ausnahmen bestehen für Tendenztragende in Tendenzbetrieben oder bei leitenden Positionen mit starker Repräsentativwirkung, wodurch private Handlungen der angestellten Person auch auf Arbeitgebende abfärben. Somit besteht ein weitergehendes Interesse der Arbeitgebenden an der Aufrechterhaltung eines gewissen Bildes bezüglich der gegen aussen in Erscheinung tretenden Aspekte des Privatlebens von Arbeitnehmenden. Die dabei zu führende Diskussion findet ihren Ursprung somit in der Interessenabwägung zwischen berechtigten Interessen der Arbeitgebenden und der Privatsphäre der Arbeitnehmenden.
- 521 Ist eine Weisung rechtmässig, so ist sie durch die Arbeitnehmenden zu befolgen. Bei Nichtbefolgung sind Arbeitgebende zur Ergreifung von Disziplinarmassnahmen berechtigt. Dagegen haben unrechtmässige Weisungen überhaupt keine Rechtswirkungen, was deren Nichtbefolgung zumindest aus rechtlicher Sicht folgenlos macht. Indessen sieht das Gesetz keine wirkliche Lösung für den faktischen Konformitätsdruck im Lichte der ökonomischen Abhängigkeit von Arbeitnehmenden vor. Verweigert eine Arbeitnehmende die Einhaltung einer unrechtmässigen Weisung und folgt daraus eine Kündigung der Arbeitgebenden, so bleibt dieser lediglich eine allfällige Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung. Als Missbräuchlichkeitsgrund kommt diesfalls insbesondere die Wahrnehmung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis in Frage, wobei in diesem Fall das Arbeitsverhältnis dennoch aufgelöst wird (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).<sup>1223</sup>

## 2.2 Schutz vor Diskriminierung

- 522 Gleich wie im vorvertraglichen Verhältnis gelten auch während des Arbeitsverhältnisses Einschränkungen von Datenbearbeitungen durch Arbeitgebende. So haben sich Datenbearbeitungen auf die Durchführung des Arbeitsverhältnisses

---

<sup>1221</sup> Einschränkungen für das Verhalten ausserhalb des Arbeitsplatzes sind lediglich in Ausnahmefällen als Ausdruck erhöhter Treuepflichten zulässig. Vgl. VISCHER/MÜLLER, § 13 N 19 ff. und § 15 N 53; DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 50 f. zu Art. 328b OR.

<sup>1222</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 33 ff. zu Art. 321d OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321d OR.

<sup>1223</sup> Eine Anzeige bei den Durchführungsorganen des ArG und des UVG ist nur dann aussichtsreich, wenn die Arbeitssicherheit bzw. der Gesundheitsschutz durch die Weisung tangiert wird (vgl. unten Rz. 422 f.).

zu beschränken (Art. 328b OR). Dadurch besteht der flankierende Schutz des Datenschutzgesetzes auch während des Arbeitsverhältnisses.<sup>1224</sup> Darüber hinaus schulden Arbeitgebende gegenüber ihren Arbeitnehmenden die Einhaltung einer Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR, welche mithin den Schutz der Persönlichkeit erfasst.

Das Schweizer Arbeitsrecht kennt keine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmenden.<sup>1225</sup> Ausnahme hiervon bilden spezialgesetzlich geregelte Diskriminierungsverbote wie Diskriminierungen wegen des Erbguts (Art. 4 i.V.m. Art. 21 ff. GMUG), wegen des Geschlechts (Art. 3 GIG), wegen einer Behinderung (Art. 6 BehiG) und wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA sowie Art. 22 AIG). Das Bundesgericht räumt im Rahmen der Vertragsfreiheit Arbeitgebenden ausserhalb dieser Bereiche grosses Ermessen ein und lässt die Rüge unsachlicher Ungleichbehandlung von Arbeitnehmenden lediglich in Ausnahmesituationen zu.<sup>1226</sup> So ist eine Ungleichbehandlung gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann persönlichkeitsverletzend, wenn Arbeitnehmende gegenüber vielen anderen Arbeitnehmenden unsachlich schlechtergestellt werden und dadurch eine (die Persönlichkeit) verletzende Geringschätzung zum Ausdruck kommt.<sup>1227</sup> 523

Darüber hinaus erfasst der Schutz der Persönlichkeit im Rahmen der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht auch Diskriminierungen aufgrund weiterer diskriminierungssensibler Merkmale.<sup>1228</sup> Wie im ausservertraglichen Schutz ist eine unsachliche Schlechterstellung aufgrund bestimmter Merkmale (z.B. Ethnie, Rasse, Sexualität, Geschlecht, Religion, Alter etc.) sowie der fehlende Schutz vor derartigen Übergriffen Dritter am Arbeitsplatz persönlichkeitsverletzend und somit 524

<sup>1224</sup> Vgl. oben Rz. 507 ff.

<sup>1225</sup> Vgl. krit. mit Bezug auf Art. 8 Abs. 3 BV DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 60 zu Art. 328 OR.

<sup>1226</sup> Vgl. BGE 129 III 281, E. 3.1 (ungleiche Anstellungsbedingungen); BGE 129 III 276, E. 3.1 f. (Besserstellung von einzelnen Personen gegenüber anderen Angestellten).

<sup>1227</sup> BGE 129 III 276, E. 3.1.

<sup>1228</sup> SCHEIDEGGER/PITTELOUD in: SHK ArG, N 14 zu Art. 6 ArG; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 328 OR; PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 45 zu Art. 328 OR. Vgl. auch BGE 129 III 276, E. 3.1, wo das Bundesgericht eine Ungleichbehandlung dann als persönlichkeitsverletzend qualifiziert, wenn damit eine verletzende Geringschätzung zum Ausdruck kommt. Zur Alterskündigung vgl. Urteile des BGER 4A\_384/2014 vom 12. November 2014, E. 4.2.2; 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021, E. 4.3 ff., wobei das Bundesgericht ein krasses Missverhältnis der Interessen forderte.

als Verletzung von Art. 328 OR auch eine Vertragsverletzung.<sup>1229</sup> Dabei haben sich Arbeitgebende Handlungen bzw. Unterlassungen ihrer Angestellten bzw. Organe grundsätzlich zurechnen zu lassen (vgl. Art. 101 OR). Die Frage, unter welchen Umständen eine solche Zurechnung gilt, ist im Einzelnen umstritten.<sup>1230</sup> Das Bundesgericht schloss sich in seinem Urteil 4A\_310/2019 der Lehrmeinung an, dass zumindest direkte Vorgesetzte Personalverantwortliche zum Kreis dieser Personen zählen.<sup>1231</sup> Handlungen von Organen selbst sind im Regelfall so zu werten, wie wenn sie die Gesellschaft selbst ausgeführt hätte (vgl. Art. 55 ZGB).<sup>1232</sup>

- 525 Verletzt eine Arbeitgebende ihre Fürsorgepflicht indem sie Arbeitnehmende diskriminiert, so können Arbeitnehmende auf Vertragserfüllung bzw. auf Beseitigung, Unterlassung und in Ausnahmefällen Feststellung einer Verletzung klagen.<sup>1233</sup> Darüber hinaus kann eine Diskriminierung auch Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche begründen.<sup>1234</sup> Indessen wird der Schadenersatzanspruch (falls überhaupt während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses je geklagt werden sollte<sup>1235</sup>) regelmässig mangels Vorliegen eines adäquat-kausalen Schadens nicht relevant sein, weshalb es bei einer allfälligen Genugtuung bleiben wird. Diese hat indessen subsidiären Charakter und beträgt in der Praxis je nach Schwere der Verletzung bis zu rund CHF 15'000.–.<sup>1236</sup> Zuletzt ist der Schutz nach Art. 328 OR auch im Rahmen des sachlichen Kündigungsschutzes relevant, da diskriminierende Motive oder eine diskriminierende Art und Weise einer Kündigung zu

---

<sup>1229</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1390. Vgl. z.B. zum Schutz vor Passivrauchen BGE 132 III 257. Zum Kündigungsschutz vgl. oben Rz. 304 ff.

<sup>1230</sup> Vgl. hierzu DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 103 ff. zu Art. 328 OR.

<sup>1231</sup> Urteil des BGer 4A\_479/2020 vom 30. August 2022, E. 4.3 – Verletzung i.c. jedoch verneint.

<sup>1232</sup> Urteil des BGer 4A\_473/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 4.3.

<sup>1233</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 20 zu Art. 328 OR, wonach alle Rechtsbehelfe von Art. 28 f. ZGB offenstehen sollten, was auch eine Feststellungsklage umfasst.

<sup>1234</sup> Vgl. BGE 130 III 699, E. 5.1 f.

<sup>1235</sup> Dies stellt eine grosse Ausnahme dar, ist jedoch nicht ausgeschlossen (vgl. BGE 132 III 257, E. A. betreffend Schutz vor Passivrauchen. Die Arbeitgebende kündigte jedoch das Arbeitsverhältnis rund 2 Monate nach Verfahreseinleitung).

<sup>1236</sup> Vgl. hierzu die Kasuistik in PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1398 ff., sowie UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 81 zu Art. 5 GIG; DUNAND, FS Tercier, 184 ff.; DERS./RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 98, 102 zu Art. 328 OR. Vgl. Urteil des BGer 4A\_578/2011 vom 12. Januar 2012, E. 6 (Abschiebung einer kranken Haushaltshilfe ohne Aufenthaltsbewilligung ins Ausland, wo ihre Versorgung nicht gewährleistet ist – Genugtuung von CHF 15'000.–); BGE 100 II 163 (Gehörverlust auf einem Ohr wegen mangelnder Sicherheit – Genugtuung von CHF 5'000.–).

deren Missbräuchlichkeit führen kann, was u.U. einen Entschädigungsanspruch nach Art. 336 OR begründet.<sup>1237</sup> Das Bundesgericht hat sich jüngst vermehrt zu altersdiskriminierenden Kündigungen geäußert. In seiner Rechtsprechung berücksichtigt dieses zwar das Alter und die Dienstjahre der gekündigten Person, qualifiziert die Missbräuchlichkeit einer Kündigung jedoch auch immer anhand der Gesamtumstände des Einzelfalles.<sup>1238</sup>

Wie auch im vorvertraglichen Schutz besteht hinsichtlich der Geschlechterdiskriminierung ebenfalls eine Spezialregelung im Gleichstellungsgesetz. Das dort enthaltene Diskriminierungsverbot findet insb. Anwendung auf Anstellung, Aufgabenzuteilung, Arbeitsbedingungen, Lohn, Aus- und Weiterbildung sowie Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GlG). Dabei stehen betroffenen Personen gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a–c GlG Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu.<sup>1239</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG sieht darüber hinaus vor, dass in solchen Fällen der «geschuldete Lohn» zu leisten ist, wobei sich dies auf Nachzahlungen bzw. Lohnerhöhungen im Rahmen von geschlechterspezifischen Lohndiskriminierungen bezieht.<sup>1240</sup> 526

Weiter steht sexuell belästigten Arbeitnehmenden gemäss Art. 5 Abs. 3 GlG ein Entschädigungsanspruch zu, wenn die Arbeitgebende nicht beweisen kann, dass sie alle billigerweise zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigungen am Arbeitsplatz getroffen hat.<sup>1241</sup> Die Höhe der Entschädigung wird anhand des schweizerischen Durchschnittslohns berechnet und ist auf 6 Monatslöhne plafoniert. Die Beweismasserleichterung bezüglich des Beweises der Diskriminierung nach Art. 6 GlG ist nicht auf die Norm anwendbar.<sup>1242</sup> Indessen sieht Art. 5 Abs. 3 GlG in Bezug auf das Fehlen der Massnahmen eine tatsächliche Beweislastumkehr vor und der Nachweis des Ergreifens der zumutbaren Massnahmen obliegt der Arbeitgebenden. Praktisch interessant ist auch die pauschalisierte Entschädigung im Kontrast zu Art. 328 OR. In Kombination mit den Erleichterungen bei den Prozesskosten im Zivilprozessrecht werden Klagen wegen Unter- 527

<sup>1237</sup> Vgl. oben Rz. 304 ff.

<sup>1238</sup> Vgl. zuletzt Urteil des BGer 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021, E. 4.3.2 m.w.H. Das Bundesgericht betonte besonders die leitende Stellung, die gegen erweiterte Rücksichtspflichten spreche (bestätigt in Urteil des BGer 4A\_390/2021 vom 1. Februar 2022). Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1345 ff.

<sup>1239</sup> Zu Letzteren vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 19 zu Art. 328 OR.

<sup>1240</sup> UEBERSCHLAG in: GlG Komm, N 19 ff. zu Art. 5 GlG.

<sup>1241</sup> Vgl. hierzu eingehend DUNAND/WITZIG, 351 f.

<sup>1242</sup> STEIGER-SACKMANN in: GlG Komm, N 123 zu Art. 6 GlG.

lassen von Schutzmassnahmen vor sexueller Belästigung somit vereinfacht, da im Prinzip weder die Fürsorgepflichtverletzung noch ein Schaden durch die Diskriminierten nachzuweisen sind.<sup>1243</sup> Der Entschädigungsanspruch wegen sexueller Belästigung kann mit jenem einer allfälligen missbräuchlichen bzw. geschlechterdiskriminierenden Kündigung kumuliert werden.<sup>1244</sup>

- 528 Erfolgt eine Geschlechterdiskriminierung in Form einer Kündigung, so kann die betroffene Person sich neben Art. 336 OR auch auf das Gleichstellungsgesetz (GIG) berufen.<sup>1245</sup> Das GIG durchbricht den sachlichen Kündigungsschutz insofern, als es den Arbeitnehmenden ein Recht zur Wahl zwischen einer Entschädigung von maximal 6 Monatslöhnen und – unter gewissen Voraussetzungen – der Aufhebung der Kündigung nach Art. 10 Abs. 3 GIG einräumt. Dies führt zur Möglichkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses.<sup>1246</sup> Da das Verfahren regelmässig länger als die Kündigungsfrist dauert, besteht die Möglichkeit zur provisorischen Wiederanstellung durch das Gericht (Art. 10 Abs. 4 GIG). Entscheidet sich eine Person für die Entschädigung, so bemisst sich diese grundsätzlich nach denselben Grundsätzen wie zu Art. 336 OR, wobei insbesondere der Zielsetzung des Gleichstellungsgesetzes Rechnung zu tragen ist.<sup>1247</sup>

### 2.3 Schutz der Ehre

- 529 Neben dem ausservertraglichen und dem strafrechtlichen Ehrenschatz verpflichtet die Fürsorgepflicht die Arbeitgebende zum Schutz der Ehre der Arbeitnehmenden während des Vertragsverhältnisses.<sup>1248</sup> Diese Pflicht betrifft zunächst das Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden. So dürfen Arbeitgebende ihre Arbeitnehmenden nicht beschimpfen, beleidigen oder sonst wie diffamie-

---

<sup>1243</sup> Indessen ist ein Einklagen von Arbeitgebenden während der laufenden Anstellung schon allein aufgrund der dadurch möglicherweise entstehenden Spannungen am Arbeitsplatz zumindest in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen kaum ein Thema.

<sup>1244</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 zu Art. 328 OR; UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 59 zu Art. 5 GIG jeweils m.w.H.

<sup>1245</sup> Zum Anwendungsbereich vgl. oben Rz. 503.

<sup>1246</sup> Vgl. oben Rz. 301 ff.

<sup>1247</sup> UEBERSCHLAG in: GIG Komm, N 42 ff. zu Art. 5 GIG m.w.H. Zum Prozesskostenrisiko vgl. oben Rz. 506.

<sup>1248</sup> Dieser umfasst nach Praxis des Bundesgerichts lediglich den Ruf, ein nach allgemeiner Anschauung charakterlich anständiger Mensch zu sein bzw. sich wie ein solcher zu verhalten (vgl. BGE 116 IV 205, E. 2). Vgl. DUNAND/RAEDLER in: CS Contrat de Travail, N 16 zu Art. 328 OR.

ren,<sup>1249</sup> indem sie z.B. unbegründete Vorwürfe gegen sie erheben<sup>1250</sup> oder ohne Prüfung und begründeten Verdacht Strafanzeige stellen<sup>1251</sup>. Im Weiteren erstreckt sich die Fürsorgepflicht auf Schutzmassnahmen vor Eingriffen Dritter und anderer Arbeitnehmenden.<sup>1252</sup> So haben Arbeitgebende die ihnen zumutbaren Massnahmen zum Ehrenschatz zu ergreifen wie z.B. die innerbetriebliche Aufklärung hinsichtlich ehrenrühriger Gerüchte über eine Arbeitnehmende.<sup>1253</sup>

Schliesslich besteht der Schutz der beruflichen Ehre mitunter darin, dass die betriebliche Stellung von Arbeitnehmenden nach Möglichkeit erhalten bleibt und betroffene Arbeitnehmende bei Umstrukturierungen, im Rahmen von Verdachtskündigungen oder vor Versetzungen (abhängig von den Umständen im Einzelfall) anzuhören sind.<sup>1254</sup> Der Ehrenschatz gilt zunächst während des Arbeitsverhältnisses, aber auch bis zu einem gewissen Grad über das Arbeitsverhältnis hinaus. So dürfen Arbeitgebende auch im Sinne ihrer Pflicht zur Förderung des beruflichen Fortkommens im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht ehemalige Mitarbeitende nicht unnötig schlecht machen.<sup>1255</sup> 530

Letztlich besteht der Schutz des Rufs auch im Kündigungsrecht. Im Lichte des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit sind Kündigungen für sich allein nicht eh- 531

<sup>1249</sup> Vgl. Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 8. November 1999 (= JAR 2000, 178 f.), wo der Vorgesetzte Fehlstellen an Malerarbeiten als «Juden» bezeichnete, was die Arbeitgeberin hätte unterbinden müssen.

<sup>1250</sup> Vgl. Urteil des BGer vom 14. September 1999 (= JAR 2000, 169), wo der Arbeitgeber seinen Angestellten als «Macho» bezeichnete und ihm vorwarf, dass er sich hinter seinem Arbeitszeugnis «verstecke». Der Arbeitnehmer war deshalb zur fristlosen Kündigung berechtigt.

<sup>1251</sup> Vgl. hierzu jedoch Urteil des Bezirksgerichts Bremgarten vom 14. Mai 1987 (= JAR 1988, 315 ff.).

<sup>1252</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Bern vom 2. November 1987 (= JAR 1990, 124 f.).

<sup>1253</sup> Vgl. zum Gerücht über frühere Prostitution einer Angestellten Urteil des BGer 4C.128/1999 vom 13. Oktober 1998 (= JAR 1999, 223 ff.). Dieser Schutz gilt indessen nicht bei selbstverschuldeter Verursachung: Urteil des BGer 4C.386/2001 vom 1. Februar 2002, E. 3b.

<sup>1254</sup> Urteil des BGer 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.1 ff. m.w.H.: «*Il n'est non plus guère discutable qu'au regard de l'art. 328 al. 1 CO, le travailleur doit pouvoir équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis.*» Vgl. jedoch aus der jüngeren Rechtsprechung auch Urteil des BGer 4A.44/2021 vom 2. Juni 2021, E. 4.3.3; RUDOLPH, ARV 2018, 32 ff. Weitergehend betreffend Anhörungsrechte mit Verweis auf Art. 6 EMRK: PÄRLI, AJP, 1541 ff.

<sup>1255</sup> BGE 130 III 699, E. 5.1. Dies ist Teil der nachvertraglich wirkenden Fürsorgepflicht (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 zu Art. 328 OR).



renrührig. Auch Freistellungen im Anschluss an eine ordentliche Kündigung stellen für sich genommen regelmässig keine Ehrverletzung dar.<sup>1256</sup> Jedoch hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Art und Weise einer Kündigung deren Missbräuchlichkeit begründen könne, insbesondere wenn sie in diskreditierender Weise erfolge.<sup>1257</sup> In diesem Kontext treffen Arbeitgebende hinsichtlich Verdachtskündigungen gewisse Abklärungs- und Verfahrenspflichten wie z.B. ein Recht zur Stellungnahme der Arbeitnehmenden, da mit der Kündigung eine Person allenfalls fälschlicherweise vorverurteilt würde, was ihrem Ansehen starken Schaden zufügen kann.<sup>1258</sup>

## 2.4 Diskussion und Fazit

### a) Äusseres Erscheinungsbild

- 532 Wie oben gezeigt anerkennt der EGMR unter Art. 8 EMRK einen allgemeinen Schutz der Freiheit der Gestaltung des äusseren Erscheinungsbildes auch am Arbeitsplatz. Gewisse Einschränkungen der Privatautonomie, insbesondere in Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit, dem Gesundheitsschutz und dem Interesse der Arbeitgebenden an einem professionellen Auftritt, sind grundsätzlich hinzunehmen. Dabei sind auch rein triviale Kleidungsbeschränkungen, die keine wesentliche Beschränkung der persönlichen Identität darstellen, nicht nach Art. 8 EMRK geschützt. Die legislative Pflicht besteht darin, dass das Gesetz selbst entsprechende Interessenabwägungen vorsieht oder Gerichte zu einer solchen ermächtigt. Dabei ist die Bagatellschwelle relativ hoch anzusetzen.<sup>1259</sup>
- 533 Wie oben gezeigt, bestehen im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht diverse Grenzen hinsichtlich der Beschränkungen der Gestaltung des äusseren Erscheinungsbilds. So setzt das Zivilrecht der Vertragsfreiheit z.B. Grenzen bezüglich sittenwidriger Vereinbarungen (Art. 19 f. OR sowie Art. 27 ZGB).
- 534 Weiter untersteht das Weisungsrecht der Arbeitgebenden gewissen Grenzen. Diese beschränken Verhaltensanweisungen grundsätzlich auf das dienstliche Verhalten

---

<sup>1256</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_280/2017 vom 7. September 2017, E. 4.4 ff. Zu allfälligen Beschäftigungspflichten im Rahmen der Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, N 22 zu Art. 328 OR. Eine Freistellung kann indessen bei der Frage der Missbräuchlichkeit im Rahmen der Art und Weise einer Kündigung relevant sein (vgl. Urteil des BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 [= JAR 2018, 276 ff.]).

<sup>1257</sup> BGE 136 III 513, E. 2.3; 132 III 115, E. 2.2; 131 III 535, E. 4.2 (jeweils m.w.H.).

<sup>1258</sup> So z.B. im Urteil des BGer 4A\_694/2015 vom 4. Mai 2016.

<sup>1259</sup> Vgl. oben Rz. 462 ff.

und unterstellen diese dem Prinzip von Treu und Glauben. Darüber hinausgehende Pflichten sind wie vom EGMR vorgesehen im Kontext erhöhter Treuepflichten von Tendenztragenden in Tendenzbetrieben speziell zu rechtfertigen. Der Zulässigkeitsfrage derartiger Beschränkungen liegt letztlich eine Interessenabwägung zu Grunde, wobei zwischen Persönlichkeitsrechten (und damit auch zu berücksichtigenden Verfassungsrechten) und Interessen der Arbeitgebenden abzuwägen ist. All diese Punkte lassen aufgrund der Offenheit der Regelung im schweizerischen Recht eine vollumfängliche Berücksichtigung und Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR zu und erfüllen daher die legislativen Anforderungen an die Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK.

### b) Schutz vor Diskriminierung

Der EGMR anerkennt grundsätzlich ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters, der Sprache, des Gesundheitszustandes, des Geschlechts, der Ethnie sowie der sexuellen Orientierung. In diesem Bereich verfügen die Mitgliedsstaaten über einen immer eingeschränkteren Ermessensspielraum zur Begründung von Ungleichbehandlungen. Die gesetzgeberische Pflicht besteht primär darin, dass das Gesetz selbst keine Diskriminierung vorsieht und effektive Rechtsbehelfe zum Schutz vor Diskriminierung in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stehen. In diesem Rahmen wurde festgestellt, dass der EGMR eine Reduktion des Beweismasses auf das Vorbringen eines *prima facie case* bei einer Diskriminierung fordert, so besonders in Fällen, wo ein Beweis durch betroffene Personen nur schwer zu erbringen ist, wie dies bei indirekten Diskriminierungen der Fall ist.<sup>1260</sup> 535

Bezüglich der Anstellungsdiskriminierung gilt im Schweizer Recht primär der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB sowie in eingeschränktem Rahmen Art. 328 OR.<sup>1261</sup> Ist eine Diskriminierung persönlichkeitsverletzend, hat die betroffene Person demnach Anspruch auf Schadenersatz und/oder eine Genugtuung. Die Norm hat jedoch aufgrund ihrer schlechten Kosten-Nutzen-Relation für Betroffene kaum praktische Relevanz. Dies liegt mitunter daran, dass Betroffene eine Diskriminierung bzw. Persönlichkeitsverletzung beweisen müssen und ein Zivilverfahren Kostenrisiken beherbergt.<sup>1262</sup> Flankierenden Schutz gewähren sowohl während des Vertragsverhältnisses als auch vor Vertragsschluss die datenschutzrechtlichen Bestimmungen. So sind z.B. Fragen an die Arbeitnehmenden 536

<sup>1260</sup> Vgl. oben Rz. 469 ff.

<sup>1261</sup> Vgl. oben Rz. 495.

<sup>1262</sup> Vgl. oben Rz. 496 ff.

und Stellenbewerbenden zur Sexualität und – sofern nicht ausnahmsweise doch notwendig – zur Gesundheit grundsätzlich unzulässig und als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren. Auch bei Fragen zu bestehenden oder geplanten Schwangerschaften handelt es sich in der Regel um unzulässige Fragen, wobei ein Teil der Lehre in gewissen Ausnahmefällen eine Pflicht zur Offenlegung von Schwangerschaften anerkennt.

- 537 Während des Arbeitsverhältnisses wird die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden im Rahmen der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden geschützt, während parallel der ausservertragliche Schutz weiterhin Geltung hat. Die Verletzung der Fürsorgepflicht kann insbesondere Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche nach sich ziehen.<sup>1263</sup> Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht kein absoluter Anspruch auf Gleichbehandlung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Via spezialgesetzliche Diskriminierungsverbote bestehen aber insbesondere Regulierungen betreffend Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Genetik oder einer (EU/EFTA-)Staatsangehörigkeit. Kündigungen, die wegen diskriminierender Motive oder auf diskriminierende Weise erfolgen, können schliesslich zu deren Missbräuchlichkeit führen, wodurch Betroffene einen Anspruch auf Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen haben.
- 538 Das Gleichstellungsgesetz enthält spezielle sachlich beschränkte Schutznormen vor Geschlechterdiskriminierung. Dabei gilt in beschränkten Fällen eine gesetzliche Beweislastleichterung, wonach die Vermutung des Vorliegens einer Diskriminierung nach deren Glaubhaftmachung besteht. Bei diskriminierenden Nichtanstellungen anerkannte das Bundesgericht in beschränktem Rahmen ebenfalls gewisse Erleichterungen beim Beweismass im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes (Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit). In Fällen diskriminierender Kündigungen sieht das GIG neben einer Entschädigung analog zur missbräuchlichen Kündigung unter gewissen Voraussetzungen auch die Möglichkeit einer Wiederanstellung vor. In Bezug auf die potenzielle Entschädigungshöhe wegen Geschlechterdiskriminierungen zeigt sich, dass die in der Praxis zugesprochenen Genugtuungsforderungen abhängig von der Schwere der Persönlichkeits-

---

<sup>1263</sup> Der vertragliche Anspruch ist jedoch gerade bezüglich seines potenziell weiteren Schutzbereichs über Art. 328 OR und der Verschuldensvermutung nach Art. 97 OR in beweistechnischer Hinsicht sowie wegen der längeren Verjährungsfrist regelmässig vorzuziehen.

verletzung sind.<sup>1264</sup> Sie betragen bis zu rund CHF 25'000.–, was mit Blick auf die vom EGMR zugesprochenen Wiedergutmachungen von ca. EUR 10'000.–<sup>1265</sup> in einem angemessenen Rahmen liegt.

Es stellt sich die Frage, ob mit Blick auf die vom EGMR anerkannten Grundprinzipien zur Diskriminierung die bestehende Regelung in der Schweiz nicht zu restriktiv bezüglich der faktischen Anspruchsdurchsetzung ist. Dies gilt insbesondere für vorvertragliche Verhältnisse, wo die Aussicht auf eine Entschädigung ausserhalb des Gleichstellungsgesetzes äusserst gering ist. Dies ist insbesondere deshalb so, weil das Schweizer Recht im Kontrast zum Gemeinschaftsrecht der EU sowie zur Rechtsprechung des EGMR keine Beweislasterleichterung in Diskriminierungsfällen vorsieht.<sup>1266</sup> Dieses Vollbeweiserfordernis widerspricht dem Effektivitätsgedanken der EMRK und berücksichtigt die in Fällen von Anstellungsdiskriminierung typische Informationsasymmetrie nur ungenügend.<sup>1267</sup> Dies wird durch Beobachtungen internationaler Organe bestätigt.<sup>1268</sup> Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich daher die Gesetzgebung in der Schweiz als ungenügend. Es ist folglich eine Anpassung des Beweisrechts in Diskriminierungsfällen nötig, besonders im vorvertraglichen Verhältnis.<sup>1269</sup> 539

Eine notwendige Anpassung ist jedoch grundsätzlich auch auf anderen Wegen als einer Gesetzesänderung möglich, solange die mit der Beweislastverteilung zusammenhängenden praktischen Probleme ausgeräumt werden. Fraglich ist daher, ob diese Anpassung unter erweiterter Auslegung bestehender Normen möglich wäre. Denn Art. 8 ZGB schreibt lediglich die Beweislast, nicht aber das Beweismass 540

<sup>1264</sup> Vgl. hierzu Urteil des BGER 8C\_74/2019 vom 21. Oktober 2020, E. 4.2 (*obiter dictum* – zusätzliche Genugtuung wegen Beleidigung im Grundsatz verneint); BGE 4A\_544/2018 (Entschädigung von CHF 25'000.– wegen weiterer Avancen durch einen Direktor, nachdem die Belästigte klagestellt hatte, dass sie nicht interessiert sei).

<sup>1265</sup> Urteil des EGMR *Emel Boyraz gegen die Türkei* vom 2. Dezember 2014 (Nr. 61960/08), Ziff. 6 des Dispositivs; *Hülya Erbu Damirel gegen die Türkei* vom 19. Juni 2018 (Nr. 30733/08), Ziff. 5 des Dispositivs.

<sup>1266</sup> Vgl. zur Problematik auch PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1471 ff.; DUNAND/WITZIG, 264 ff. bzgl. Gewerkschaftsmitglieder.

<sup>1267</sup> Vgl. oben Rz. 216 ff.

<sup>1268</sup> Vgl. hierzu auch Beobachtung CEACR 101 zu ILO 111 («*The Committee is of the view that, although important, the provisions of the Constitution have on the whole been insufficient to remedy specific situations of discrimination in employment*»).

<sup>1269</sup> Im Ergebnis gleich LOCHER, 6 f.; vgl. zur bestehenden Beweislastumkehr bei der Kündigung von Arbeitnehmendenvertretungen DUNAND/WITZIG, 244 m.w.H.

vor.<sup>1270</sup> Letzteres ergibt sich aus der Anspruchsnorm selbst, wobei hier gleich mehrere Normen betroffen wären. Konsequenterweise müsste daher eine dogmatische Ausnahmeregelung für Diskriminierungen geschaffen werden, was sich mit einer Ausstrahlung von Art. 8 EMRK auf das Beweisrecht begründen liesse. Jedoch widerspräche dies systematischen Erwägungen, zumal dann Spezialnormen wie z.B. Art. 6 GlG im Grunde bedeutungslos würden. Darüber hinaus wäre dieser Lösungsansatz mit Blick auf die entstehende Rechtsunsicherheit nicht zufriedenstellend. Zielführender wäre daher die Einführung einer eigenen Diskriminierungsnorm mit klarer Beweismass bzw. Beweislast erleichterung im Schutz der Persönlichkeit des Personenrechts nach ZGB oder einem eigenen Erlass.

541 Zuletzt zu erwähnen ist der strafrechtliche Diskriminierungsschutz nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB. Dieser ist wegen der hohen Anforderungen an die Tatbestandsmässigkeit kaum relevant. Eine Strafnorm stellt darüber hinaus gemäss Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich keine echte Alternative zu den zivilrechtlichen Behelfen dar.<sup>1271</sup> Indessen verlangt der EGMR gemäss derzeitiger Rechtsprechung keine gesonderte Behandlung diskriminiert motivierter Straftaten (*hate crimes*), weshalb ein rein zivilrechtlicher Ansatz zwar grundsätzlich ausreichend ist, unter dem geltenden Recht jedoch keinen genügenden Schutz bietet.

### c) Schutz der Ehre

542 Gemäss Rechtsprechung des EGMR erfasst der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch die berufliche Ehre insbesondere im Rahmen von Kündigungen. Entsprechend dürfen *inter alia* Kündigungsgründe sowie Kündigungsfolgen keine unsachgemäss ehrverletzenden Folgen haben.

543 Im Schweizer Arbeitsrecht ist die Ehre Teil der geschützten Persönlichkeit. Dies einerseits im Rahmen des ausservertraglichen Persönlichkeitsschutzes und andererseits auch im Rahmen der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden. Letztere verpflichtet Arbeitgebende zur Ergreifung von Massnahmen zum Schutz vor Ehrverletzungen durch die Arbeitgebenden selbst, aber auch Dritte im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Dagegen besteht der strafrechtliche Ehrenschutz lediglich in beschränkterem Umfang, was aber mit Blick auf den Ermessensspielraum, den der EGMR in diesem Zusammenhang einräumt, keine grosse Rolle spielen

---

<sup>1270</sup> LARDELLI/VETTER in: BSK ZGB, N 15 zu Art. 8 ZGB.

<sup>1271</sup> Vgl. besonders zur Rassendiskriminierung Abschliessende Beobachtung CEACR 2014, § 6. Vgl. auch oben Rz. 372.

sollte.<sup>1272</sup> Gleich wie der EGMR sieht die Schweizer Rechtsprechung darüber hinaus Ausnahmen des Ehrenschatzes bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Selbstverschulden vor.

Eingriffe in die geschützte Ehre können in zivilrechtlicher Hinsicht unter anderem zur Beseitigungs- bzw. Unterlassungsklage berechtigen und darüber hinaus Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche begründen. Weiter können auch Ehrverletzungen wegen Kündigungsgründen oder der Art und Weise der Kündigung deren Missbräuchlichkeit begründen, was zu einem Entschädigungsanspruch von bis zu 6 Monatslöhnen führen kann. In diesem Kontext anerkennen Lehre und Rechtsprechung insbesondere im Rahmen von Verdachtskündigungen oder Umstrukturierungen gewisse Anhörungs- und Abklärungspflichten. 544

Der gesetzlich vorgesehene Ehrenschatz am Arbeitsplatz geht somit vergleichsweise weit. Die Regelung in der Schweiz erfüllt insbesondere wegen des weitgehenden strafrechtlichen Ehrenschatzes in Kombination mit dem zivilrechtlichen Ehrenschatz im Kündigungsrecht die Schutzanforderungen der EMRK vollständig. 545

---

<sup>1272</sup> Vgl. hierzu insbesondere den eingeräumten Spielraum bei wenig schwerwiegenden Rechtsverletzungen im Urteil des EGMR *Kahn gegen Deutschland* vom 17. März 2016 (Nr. 16313/10), § 74 f.



---

## Schutz der Privatsphäre

Aufgrund der technologischen Entwicklung ist die Frage der Privatsphäre am Arbeitsplatz aktuell eine grosse Herausforderung des modernen Arbeitsrechts. Dies ist ebenfalls dem Umstand geschuldet, dass das Verständnis und die Wertschätzung von Privatsphäre am Arbeitsplatz selbst sowie die Beziehung zwischen Arbeit und Freizeit sowie der Mobilität des Arbeitsorts einem starken Wandel unterworfen sind.<sup>1273</sup> Darüber hinaus erweist sich die Regulierung in diesem Bereich als anspruchsvoll, da eine Vielzahl beteiligter Interessen in Einklang zu bringen ist. 546

Der EGMR anerkennt unter dem Schutz des Privatlebens auch den Schutz auf Privatsphäre.<sup>1274</sup> Die frühe Rechtsprechung des EGMR hierzu betraf ursprünglich die Datenbearbeitung durch den Staat wie z.B. die Identifizierung von Personen zur Strafverfolgung<sup>1275</sup> oder die Weitergabe von privaten Informationen an die Öffentlichkeit<sup>1276</sup>. Zum Datenschutz in Arbeitsverhältnissen äusserte sich der EGMR zunächst zu öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, bevor er den Datenschutz auch im Sinne einer Schutzpflicht am privatrechtlichen Arbeitsplatz anerkannte. Als Überbegriff verwendet der EGMR teilweise den Begriff *Privacy*, für welchen es jedoch – selbst nach über 100 Jahren Forschung auf internationaler Ebene – keine wirklich greifbare Definition gibt.<sup>1277</sup> 547

Auf globaler Ebene wurde das Recht auf Privatsphäre bereits in Art. 12 AEMR 548 vorgesehen. Dementgegen fehlt – neben dem Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen – ein Recht auf Privatsphäre und Datenschutz im UNO-Pakt I. Auf Ebene des Europarates besteht hierzu weiter die Datenschutzkonvention (DSK), welche mithin auch Normen zu privaten Datenbearbeitungen enthält. Schliesslich hat die ILO im Mai 2022 das (nicht verbindliche) Working Paper 62 zum Code of Practice zum Datenschutz veröffentlicht,<sup>1278</sup> welches sich mit dem

---

<sup>1273</sup> Vgl. PÄRLI, EuZA, 51 ff.

<sup>1274</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Rotaru gegen Rumänien* vom 4. Mai 2000 (Nr. 28341/95), § 42 ff.

<sup>1275</sup> Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Perry gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Juli 2003 (Nr. 63737/00), § 36 ff.

<sup>1276</sup> Vgl. hierzu Urteil des EGMR *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 (Nr. 931/13) (öffentlich zugänglicher Dienst zum Abrufen von Steuerelementen – Verletzung von Art. 6 EMRK).

<sup>1277</sup> Vgl. hierzu BERSET BIRCHER, 77 ff.; SYCHENKO, 86 ff. m.w.H.

<sup>1278</sup> ILO Privacy Code of Practice; ILO Working Paper 62.



Umgang des Datenschutzes am Arbeitsplatz auseinandersetzt und allgemeine datenschutzrechtliche *best practices* in Form datenschutzrechtlicher Prinzipien enthält.

- 549 Die Rechtsprechung des EGMR zur Privatsphäre in Arbeitsverhältnissen befasst sich im Grundsatz mit Datenschutz, unter besonderer Berücksichtigung des Rechts am eigenen Bild. So beschäftigen sich Urteile des EGMR zur Privatsphäre mit Informationsbeschaffungshandlungen, mit welchen Arbeitgebende eine gewisse Grenze innerhalb der Arbeitssphäre oder zwischen Privatleben und Arbeitsleben überschreiten.
- 550 Der EGMR hatte sich in den letzten Jahren vermehrt auch mit Überwachung am Arbeitsplatz zu befassen. Grund hierfür ist neben der einfacheren Verfügbarkeit technischer Mittel die Interessenlage solcher Fälle im Arbeitsrecht. So haben Arbeitgebende z.B. teilweise Überwachungspflichten, um ihre angestellten Personen insbesondere vor arbeitsplatzbezogenen Gefahren zu schützen, sodass diese im Rahmen der angewiesenen Arbeit nicht zu Schaden kommen (z.B. durch Auswahl, Instruktion, Organisation und auch Kontrolle von Arbeitnehmenden).<sup>1279</sup> In diesem Zusammenhang bestehen des Weiteren auch öffentliche Interessen an einer Überwachung, weil aufgrund des Sozialversicherungssystems ein Schaden oftmals von einem Versicherungskollektiv getragen wird. Neben Interessen der Arbeitnehmenden und der Öffentlichkeit an einer Überwachung bestehen massgebliche Eigeninteressen der Arbeitgebenden an einer Überwachung. So hat die Arbeitgebende z.B. ein Überwachungsinteresse, um potentielle Schäden zu vermeiden, die Arbeitnehmende in Ausübung ihrer beruflichen Pflichten Dritten zufügen, da sie für diese ggf. haftbar ist.<sup>1280</sup> Durch Überwachung hat die Arbeitgebende dann auch ein Instrument (mittels Informationsgewinnung zur Erstellung von kollektiven und individuellen Leistungsevaluationen), um die Arbeitskraft ihres Personals möglichst effizient einzusetzen. Zuletzt besteht für Arbeitgebende auch ein Interesse, ihr Eigentum vor Eingriffen Dritter zu schützen.<sup>1281</sup> Diesen Interessen an einer Überwachung steht insbesondere das Interesse der Arbeitnehmenden und ggf. auch von Dritten auf Privatsphäre und dem darunterfallenden Datenschutz gegenüber.

---

<sup>1279</sup> Vgl. BGE 110 II 456, E. 3a, *Schachtrahmen*.

<sup>1280</sup> Vgl. hierzu Art. 55 OR oder auch § 831 BGB und Art. 1242 Abs. 5 des französischen Code Civil.

<sup>1281</sup> Vgl. zum Letzteren auch FORD, 137 ff.

Moderne Technologie erlaubt es heute, vermehrt grosse Mengen an Daten zu erfassen, zu speichern und zu verwerten. Mit diesem immer grösseren Auswertungspotenzial ist entsprechend auch der Datenhunger gewachsen, wovon Arbeitsplätze nicht verschont blieben. So gibt es vom Recruiting über die Analyse der individuellen Produktivität bis hin zu Unternehmensabläufen diverse Produkte, die arbeitsplatzrelevante Entscheidungen mitbeeinflussen oder potenziell auch treffen. Folglich wird im Schutzbereich der Privatsphäre das Thema Datenschutz auch in Zukunft ein zentrales Thema im Arbeitsvölkerrecht sein, da eine einfache und klare Auflösung der mit diesen technischen Neuerungen zusammenhängenden Interessenkonflikte nicht einfach auf der Hand liegt. 551

## I. Rechtsprechung des EGMR

### 1. Datenschutz und Schutz der Korrespondenz

Frühes Urteil zum Datenschutz in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist das Urteil *Leander*<sup>1282</sup>. Der Beschwerdeführer war in einem Museum temporär angestellt und wurde kurz nach Aufnahme seiner Tätigkeit wegen einer Hintergrundüberprüfung von seinen Pflichten entbunden. Die Ergebnisse dieser Hintergrundüberprüfung wurden dem Beschwerdeführer nie offengelegt. Ihm wurde lediglich mitgeteilt, dass er als Sicherheitsrisiko gelte. Der EGMR kam zum Schluss, dass die im schwedischen Personalrecht vorgesehenen Schutzvorkehrungen hinsichtlich des Datenschutzes ausreichend gewesen seien und der Umstand allein, dass die genauen Gründe für die Kündigung dem Beschwerdeführer nicht kommuniziert worden seien, nicht per se zur Unverhältnismässigkeit der Datenerhebung führe. Später stellte sich indessen heraus, dass diese Einstufung lediglich auf seiner Einstellung zum Vietnamkrieg basierte, wofür sich die schwedische Regierung später offiziell entschuldigte.<sup>1283</sup> 552

---

<sup>1282</sup> Unzulässigkeitsentscheid der EKMR *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 (Nr. 9248/81).

<sup>1283</sup> Vgl. SYCHENKO, 102. Der Entscheid gilt wohl auch mit Blick auf das mittlerweile erheblich höhere Datenschutzniveau in Europa als offensichtlich überholt (vgl. z.B. Art. 8 lit. b DSK und Art. 15 DSGVO).

- 553 Zur generellen Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK hinsichtlich der Überwachung am Arbeitsplatz äusserte sich der EGMR erstmals 1997 im Fall *Halford*<sup>1284</sup>. Die Beschwerdeführerin arbeitete als stellvertretende Polizeichefin. Nachdem ihre Beförderung abgelehnt wurde, machte sie geltend, wegen ihres Geschlechts diskriminiert worden zu sein. Im Zuge des Verfahrens am Arbeitsgericht wurde von Arbeitskollegen eine Schmierkampagne gegen sie gestartet, indem interne Informationen an die Presse weitergegeben wurden und überdies Informationen an die Öffentlichkeit traten, die lediglich vom Abhören des Telefonanschlusses der Beschwerdeführerin stammen konnten.<sup>1285</sup> Der EGMR hielt betreffend das Abhören des Telefons fest, dass auch Telefonate am Arbeitsplatz grundsätzlich vom Schutzbereich von Art. 8 EMRK erfasst seien.<sup>1286</sup> Das anwendbare englische Recht regulierte zwar die Abhörung privater Telefongespräche, nicht aber jenes interner (öffentlich-rechtlicher) Kommunikation. Der EGMR sah darin eine Verletzung von Art. 13 EMRK, da das nationale Recht kein Rechtsschutzverfahren hinsichtlich der mutmasslich abgehörten Telefongespräche am Arbeitsplatz vorsah.<sup>1287</sup>
- 554 Rund 10 Jahre später nach dem Urteil *Halford* äusserte sich der EGMR im ähnlich gelagerten Fall *Copland*<sup>1288</sup> erneut zum Datenschutz am Arbeitsplatz. Die Beschwerdeführerin war Angestellte einer staatlichen Schule und machte geltend, ihre Telefonate, Internetnutzung sowie E-Mails seien auf Anweisung ihres Vorgesetzten überwacht worden. Der EGMR nutzte die Gelegenheit und weitete den Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch auf Korrespondenz via E-Mails sowie Daten zur Internetnutzung aus. Er hob besonders hervor, dass der Zugriff auf die fraglichen Daten ohne Vorwarnung bezüglich einer möglichen Kontrolle erfolgt sei und die Beschwerdeführerin deshalb vernünftigerweise habe erwarten dürfen, dass ihre Privatsphäre in puncto Telefon-, Internet- und E-Mail-Nutzung respektiert werde (*reasonable expectation of privacy*).<sup>1289</sup> Der EGMR begründete die Verletzung jedoch nicht durch eine Schutzpflicht, sondern im Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Sammlung und Speicherung der Daten ohne Wissen der

---

<sup>1284</sup> Urteil des EGMR *Halford gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. Juni 1997 (Nr. 20605/92).

<sup>1285</sup> *Ibid.*, § 12.

<sup>1286</sup> *Ibid.*, § 42 ff.

<sup>1287</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>1288</sup> Urteil des EGMR *Copland gegen das Vereinigte Königreich* vom 3. April 2007 (Nr. 62617/00).

<sup>1289</sup> *Ibid.*, § 42.

Beschwerdeführerin.<sup>1290</sup> Daher liess er im Ergebnis offen, ob und inwieweit eine solche Überwachung im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 EMRK zulässig gewesen wäre.

Im späteren Urteil *Radu*<sup>1291</sup> hatte der EGMR einen weiteren datenschutzrechtlichen Fall zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin war schwanger und als Dozentin an einer Polizeischule tätig. Wegen des Risikos einer Fehlgeburt attestierte man während der Schwangerschaft ihre Arbeitsunfähigkeit und hospitalisierte sie zur Beobachtung. Ihre Arbeitgeberin informierte sich über Details zu ihrem Gesundheitszustand beim Krankenhaus, so vor allem bezüglich ihrer genauen Diagnose und des Zeitpunkts der Einweisung. Diese Informationen zirkulierten im Anschluss innerhalb der Polizeischule.<sup>1292</sup> Der EGMR beurteilte den Fall unter den Voraussetzungen eines Eingriffs und stellte in seinem sehr kurz gefassten Entscheid eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, da keine gesetzliche Grundlage für die Herausgabe dieser Daten bestand.<sup>1293</sup> Der Beschwerdeführerin wurde schliesslich eine Genugtuung von EUR 4'500.– zugesprochen.<sup>1294</sup>

Im Urteil *Pay*<sup>1295</sup> beurteilte der EGMR die Entlassung eines Bewährungshelfers. Dieser betreute unter anderem Sexualstraftäter. Der Beschwerdeführer erhielt während seiner Anstellung ein Formular, auf welchem er angeben sollte, ob er Freimaurer (*freemason*) ist. Dabei gab er freiwillig seine weiteren Tätigkeiten als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ltd.) an. Später wurde die Arbeitgeberin des Beschwerdeführers anonym darauf hingewiesen, dass ebendiese Gesellschaft BDSM-Events organisierte und auf der Website der Gesellschaft sich Links zu persönlichen BDSM-Bildern befanden, auf welchen der Beschwerdeführer in kompromittierender Weise abgebildet war. Die Arbeitgeberin stellte ihn zunächst frei und kündigte ihm anschliessend, da sie die Reputation der Institution als Bewährungshelferin gefährdet sah. Der EGMR stützte diese Auffassung, insbesondere weil der Beschwerdeführer die Information freiwillig

<sup>1290</sup> Ibid., § 45 ff. Zur *vernünftigen Erwartung* vgl. auch die Rechtsprechung bzgl. Lohnschutz nach Art. 1 Zusatzprotokoll 1: Urteil des EGMR *Baka gegen Ungarn* vom 27. Mai 2014 (Nr. 20261/12), § 103 ff.

<sup>1291</sup> Urteil des EGMR *Radu gegen die Republik Moldau* vom 15. April 2014 (Nr. 50073/07).

<sup>1292</sup> Ibid., § 11.

<sup>1293</sup> Ibid., § 27 ff.; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung sehr ähnlich bzgl. der Weitergabe des Testergebnisses eines HIV-Tests Urteil des EGMR *M.K. gegen die Ukraine* vom 15. September 2022 (Nr. 24867/13).

<sup>1294</sup> Ibid., Ziff. 4 (a) (i) des Dispositivs.

<sup>1295</sup> Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Pay gegen das Vereinigte Königreich* vom 16. September 2008 (Nr. 32792/05).

an die Arbeitgeberin weitergegeben hatte und das Interesse zum Schutz der Reputation der Anstellungsbehörde jenes des Beschwerdeführers überwog.<sup>1296</sup>

557 Schliesslich legte der EGMR im Entscheid *Bărbulescu*<sup>1297</sup> die allgemeinen Grundsätze für die Überwachung von Arbeitnehmenden fest. Der Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers sah vor, dass die private Nutzung der Kommunikationsmittel am Arbeitsplatz nicht gestattet ist. Dennoch tauschte der Beschwerdeführer über den Instant-Messenger am Arbeitsplatz private Nachrichten mit seiner Verlobten und seinem Bruder aus. Die Arbeitgeberin überprüfte nachträglich den Inhalt der Nachrichten, worauf sie dem Beschwerdeführer wegen Fehlverhaltens kündigte.<sup>1298</sup> Der EGMR stellte vorab fest, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte und auf europäischer Stufe kein Konsens hinsichtlich der Überwachung von Korrespondenz und anderer Kommunikationsmittel am Arbeitsplatz bestehe und daher die Konventionsstaaten einen grösseren Ermessensspielraum hätten.<sup>1299</sup> Trotz dieses fehlenden Konsenses legte der EGMR Kriterien fest, die bei der Beurteilung berücksichtigt werden sollten.<sup>1300</sup> Insbesondere sollten Sicherheitsvorkehrungen gegen Missbrauch bestehen und es könne nicht lediglich die «vernünftige Erwartung an die Privatsphäre» des Beschwerdeführers als ausschliesslicher Faktor gelten.<sup>1301</sup> Indessen müssen die vom EGMR genannten Kriterien nicht in jedem Fall vollends erfüllt sein. Viel eher handelt es sich um Leitlinien zur Entscheidungsfindung im Rahmen des fairen Interessenausgleichs.<sup>1302</sup> Zu berücksichtigen sind gemäss EGMR:

- Ob Arbeitnehmende über die Möglichkeit, die Natur und den Umfang der Überwachung informiert wurden. Diese Information sollte möglichst klar

---

<sup>1296</sup> Ibid., The Law, B.

<sup>1297</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08).

<sup>1298</sup> Ibid., § 12 ff.

<sup>1299</sup> Ibid., § 118. Dies, obschon der UNO-Pakt I sowie die DSK und die ILO entsprechende Anhaltspunkte hätten liefern können.

<sup>1300</sup> Ibid., § 119.

<sup>1301</sup> Ibid., § 73. Später auch bestätigt in Entscheid des EGMR *Garamukanwa gegen das Vereinigte Königreich* vom 14. Mai 2019 (Nr. 70573/17), § 22, wo der Arbeitnehmer belästigende anonyme Nachrichten an seine am selben Ort tätige Ex-Freundin richtete, die im Laufe eines Strafverfahrens der Arbeitgeberin zur Kenntnis kamen. Der EGMR verneinte diesbezüglich die vernünftige Erwartung an die Privatsphäre, da der Beschwerdeführer nicht mit der Privatheit dieser Daten rechnen durfte.

<sup>1302</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 132.

hinsichtlich der Art der Überwachung sein und grundsätzlich zeitlich davor erfolgen.

- Die Grösse des Umfangs der Überwachung und die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre. So spielt es eine Rolle, ob lediglich alle Daten oder nur Teile sowie ob Metadaten oder Inhalte überwacht bzw. ausgewertet werden. Ebenfalls sollen zeitliche, räumliche und persönliche Einschränkungen sowie eine Beschränkung des Zugriffs auf die Daten bei der Auswertung beachtet werden.
- Ob genügend Gründe vorliegen, die eine inhaltliche Überprüfung der Daten rechtfertigen. Theoretische Gründe reichen hierzu nicht aus.<sup>1303</sup>
- Ob dasselbe Ziel mittels weniger invasiven Massnahmen hätte erreicht werden können<sup>1304</sup> als ein Zugriff auf Inhalte.
- Ob die an die Überwachung geknüpften Massnahmen verhältnismässig sind und wie die Ergebnisse von der Arbeitgeberin verwendet werden.
- Ob genügend Sicherheitsmassnahmen für Arbeitnehmende gegen Missbrauch bestehen. So sollten Arbeitnehmende im Vorfeld informiert werden, bevor auf Inhalte zugegriffen wird.<sup>1305</sup>
- Ob Zugang zu einer Rechtskontrolle besteht.

Im Ergebnis stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, weil nicht 558 erstellt war, dass die Arbeitgeberin vorgängig auf die Möglichkeit der Überprüfung der Chats aufmerksam gemacht hatte. Daher hätten die nationalen Behörden durch den Schutz der Kündigung das Recht auf Privatsphäre nicht genügend geschützt, weshalb eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorliege.<sup>1306</sup> Auf Rechtsfolge-seite hielt der EGMR jedoch fest, dass die Kausalität zwischen der Verletzung von Art. 8 EMRK und den geltend gemachten Schäden infolge Kündigung fehle. Darüber hinaus sei die Feststellung der Verletzung von Art. 8 EMRK eine genügende

<sup>1303</sup> Ibid., § 135.

<sup>1304</sup> Vgl. hierzu auch Urteil des EGMR *Antović und Mirković gegen Montenegro* vom 28. November 2017 (Nr. 70838/13) (Überwachung eines Amphitheaters in einer Universität – Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht).

<sup>1305</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), § 138.

<sup>1306</sup> Vgl. hierzu indessen das Urteil des EGMR (Kammer) *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 12. Januar 2016 (Nr. 61496/08), wo der EGMR zunächst zum gegenteiligen Schluss gelangte.

Wiedergutmachung, weshalb er dem Beschwerdeführer keine Wiedergutmachung nach Art. 41 EMRK zusprach.<sup>1307</sup>

- 559 Die augenscheinliche Tragweite des Urteils *Bărbulescu* wurde mit den Urteilen *Libert*<sup>1308</sup> und *Lopez und andere*<sup>1309</sup> präzisiert und relativiert. Im Urteil *Libert* hatte der Beschwerdeführer pornographisches Material auf seinem Arbeitscomputer gespeichert und solches auch an andere Mitarbeitende versendet. Die staatliche Arbeitgeberin überprüfte die Daten auf dem Arbeitsplatzcomputer und fand dabei weitere unangemessene Bilder und Videos.<sup>1310</sup> Der EGMR beurteilte den Fall wegen der Beschäftigung beim staatlichen Bahnunternehmen unter dem Gesichtspunkt der Abwehrrechte. Er stellte dabei fest, dass das französische Recht dahingehend genügende Schutzvorkehrungen vorgesehen habe, dass Dateien, die erkennbar private Inhalte aufwiesen, nicht in Abwesenheit der betroffenen Person geöffnet werden dürften.<sup>1311</sup> Mit Blick auf diese Regelung sei die Durchsuchung des Computers rechtmässig gewesen und die Kündigung eine verhältnismässige Massnahme auf das Verhalten des Beschwerdeführers.<sup>1312</sup> Schliesslich schützte der EGMR im Urteil *Lopez* ebenfalls eine Kündigung, die auf einer verdeckten bzw. geheimen Videoüberwachung beruhte und somit nicht unter Einhaltung aller im Urteil *Bărbulescu* erwähnten Kriterien (insb. der vorgängigen Information der Arbeitnehmenden) erfolgte.
- 560 Im Urteil *Yılmaz*<sup>1313</sup> hielt der EGMR fest, dass auch Datenbearbeitungen vor einer Anstellung vom Schutzbereich von Art. 8 EMRK erfasst sein könnten. Der Beschwerdeführer bewarb sich um eine Stelle als Lehrer im Ausland, woraufhin die zuständige Behörde von einer Anstellung absah. Denn im Rahmen einer Überprüfung stellte sich heraus, dass die Frau des Beschwerdeführers islamische Bekleidungs Vorschriften befolgte. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 8 EMRK

---

<sup>1307</sup> Urteil des EGMR *Bărbulescu gegen Rumänien* vom 5. September 2017 (Nr. 61496/08), Ziff. 2 des Dispositivs. Vgl. hierzu auch bzgl. der Zulässigkeit von Drogentests durch Arbeitgebende aus der früheren Rechtsprechung Unzulässigkeitsentscheide des EGMR *Wretlund gegen Schweden* vom 9. März 2004 (Nr. 46210/99); *Madsen gegen Dänemark* vom 7. November 2002 (Nr. 58341/00).

<sup>1308</sup> Urteil des EGMR *Libert gegen Frankreich* vom 22. Februar 2018 (Nr. 588/13).

<sup>1309</sup> Urteil des EGMR *Lopez und andere gegen Spanien* vom 17. Oktober 2019 (Nr. 1874/13, 8567/13).

<sup>1310</sup> Urteil des EGMR *Libert gegen Frankreich* vom 22. Februar 2018 (Nr. 588/13), § 9 ff.

<sup>1311</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>1313</sup> Urteil des EGMR *Yılmaz gegen die Türkei* vom 4. Juni 2019 (Nr. 36607/06).

fest, insbesondere weil die türkische Regierung nicht aufzeigen konnte, inwieweit dieser Umstand einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hatte.<sup>1314</sup>

In einem weiteren Urteil *Surikov*<sup>1315</sup> bewarb sich ein Angestellter einer staatlichen Schule um eine höhere Stelle. Die Arbeitgeberin beschaffte sich anschliessend behördliche Informationen zur vor über 20 Jahren festgestellten Dienstuntauglichkeit des Beschwerdeführers aufgrund einer psychischen Störung. Darauf gestützt verweigerte die Arbeitgebende die Beförderung. Der EGMR prüfte die Angelegenheit unter abwehrrechtlichen Gesichtspunkten und befand die Datenerhebung und Speicherung durch das Militär für rechtmässig, hingegen aber die Weitergabe an die Arbeitgeberin für unverhältnismässig.<sup>1316</sup> Insbesondere bemängelte der EGMR, dass die Daten alt und unvollständig gewesen seien und bei einer später durchgeführten Gesundheitsprüfung keine der damaligen Auffälligkeiten festgestellt worden sei.<sup>1317</sup> Zudem hätten die lokalen Gerichte bei der Beurteilung des Falls durchwegs auf das Ermessen der Anstellungsbehörde abgestellt und den Fall keiner inhaltlichen Prüfung unterzogen.<sup>1318</sup> 561

Jüngst befand der EGMR im Urteil *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo*<sup>1319</sup> eine GPS-Überwachung eines Firmenfahrzeugs für zulässig. Die Arbeitgeberin hatte unter vorgängiger Information des Beschwerdeführers GPS-Überwachungssysteme an den Firmenautos angebracht, welche den Arbeitnehmenden für Geschäftsreisen zur Verfügung gestellt werden. Diese Überwachungssysteme erlaubten eine Nachverfolgung der Fahrzeuge in Echtzeit und durften von den Arbeitnehmenden zu keiner Zeit ausgeschaltet werden. Die Privatnutzung dieser Fahrzeuge war so lange erlaubt, wie sie separat ausgewiesen und an die Arbeitgeberin vergütet wurde. Die Arbeitgeberin kündigte dem Beschwerdeführer gestützt auf die Überwachungsdaten, da der Beschwerdeführer nachweislich zu lange Geschäftsfahrten geltend machte, um die Kosten für die Privatnutzung des Firmenfahrzeugs zu Lasten der Arbeitgeberin zu reduzieren.<sup>1320</sup> 562

<sup>1314</sup> Ibid., § 39 ff.

<sup>1315</sup> Urteil des EGMR *Surikov gegen die Ukraine* vom 26. Januar 2017 (Nr. 42788/06).

<sup>1316</sup> Ibid., § 84 ff.

<sup>1317</sup> Ibid., § 92.

<sup>1318</sup> Ibid., § 93. Vgl. dazu auch die abweichende Meinung der Richter O’Leary und Mits, gemäss welchen insbesondere auf die fehlende Vorhersehbarkeit aus dem nationalen Recht hätte abgestellt werden können (§ 5).

<sup>1319</sup> Urteil des EGMR *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo gegen Portugal* vom 13. Dezember 2022 (Nr. 26968/16).

<sup>1320</sup> Ibid., § 4 ff.



563 Die Vorinstanz befand unter Anwendung des portugiesischen Rechts die Überwachung in Echtzeit für unzulässig, jedoch aber die Aufzeichnung der gefahrenen Strecken für zulässig, weshalb es die Kündigung schützte. Der EGMR erachtete den Schutzbereich von Art. 8 EMRK für betroffen. Er kam zum Schluss, dass unter Berücksichtigung der Kriterien im Fall *Bărbulescu* im Ergebnis ein fairer Interessenausgleich durch die Vorinstanz gefunden worden sei.<sup>1321</sup> Er stellte folglich mit einem knappen Ergebnis von vier zu drei Stimmen keine Verletzung von Art. 8 EMRK fest. Die Richter\*Innen Motoc, Pastor Vilanova und Guerra Martins sahen in ihrer abweichenden Meinung Art. 8 EMRK insbesondere deshalb für verletzt, weil sie eine konstante Überwachung in Echtzeit und in der Freizeit über 24 Stunden am Tag für übermässig befanden.<sup>1322</sup> Denn zum Urteilszeitpunkt der Vorinstanz lag ein Entscheid der portugiesischen Datenschutzbehörde vor, welcher die Unrechtmässigkeit der Echtzeitüberwachung festhielt, jedoch vom nationalen Gericht ausser Acht gelassen wurde. So sei auf die dortigen Ausführungen bezüglich weniger eingreifender Überwachungsmassnahmen, wie z.B. eines Schalters für berufliche und private Fahrten, überhaupt nicht eingegangen worden.<sup>1323</sup> Darüber hinaus seien gemäss der Vorinstanz lediglich die Geolokalisierungsdaten während der Arbeitszeit unzulässig, jedoch jene betreffend Freizeit bzw. Wochenenden verwertbar. Folglich würde die Arbeitgeberin in ihrem unrechtmässigen Verhalten letztlich belohnt, indem darauf gestützt die Kündigung dennoch ausgesprochen werden durfte.<sup>1324</sup>

## 2. Videoüberwachung und Recht am eigenen Bild im Besonderen

564 Ebenfalls zur Privatsphäre am Arbeitsplatz gehören das Recht am eigenen Bild sowie der damit zusammenhängende Schutz vor Videoüberwachung. Diese Aspekte wurden durch den EGMR in einigen Urteilen speziell thematisiert, weshalb ihnen hier ein eigenes Kapitel gewidmet wird.

---

<sup>1321</sup> Ibid., § 111 ff.

<sup>1322</sup> Ibid., Abweichende Meinung der Richter\*Innen Motoc, Pastor Vilanova und Guerra Martins, § 11.

<sup>1323</sup> Ibid., Abweichende Meinung der Richter\*Innen Motoc, Pastor Vilanova und Guerra Martins, § 17.

<sup>1324</sup> Ibid., Abweichende Meinung der Richter\*Innen Motoc, Pastor Vilanova und Guerra Martins, § 16.

Zur Videoüberwachung in privaten Arbeitsverhältnissen äusserte sich der EGMR 565 zunächst im Urteil *Köpke*<sup>1325</sup>. Die Arbeitgeberin fand im Rahmen einer verdeckten Videoüberwachung heraus, dass die Beschwerdeführerin einen Diebstahl zum Nachteil ihrer Arbeitgeberin beging, und kündigte ihr daraufhin fristlos. Die nationalen deutschen Gerichte schützten diese Kündigung. Die Beschwerdeführerin rügte vor dem EGMR, ihr Recht auf Privatleben sei verletzt, da sie ohne ihr Wissen gefilmt worden sei, diese Aufnahmen von der Arbeitgeberin ausgewertet worden seien und schliesslich Gegenstand eines öffentlichen Gerichtsverfahrens gewesen seien.<sup>1326</sup> Der EGMR befand die Beschwerde für unzulässig. Er hielt es nicht für erforderlich, dass die verdeckte Videoüberwachung gesetzlich zu regeln sei.<sup>1327</sup> Er hob hervor, dass die Überwachung im vorliegenden Fall persönlich, örtlich und zeitlich begrenzt gewesen sei. Ausserdem seien die Daten nur von sehr wenigen Personen bearbeitet und ausschliesslich für das gerichtliche Verfahren verwendet worden, womit die Datenbearbeitung auf das minimal erforderliche Mass reduziert worden sei. Insgesamt lag daher aus Sicht des EGMR eine faire Interessenabwägung zwischen den Eigentumsinteressen der Arbeitgeberin und der Privatsphäre der Arbeitnehmerin vor.<sup>1328</sup>

Im Urteil *Lopez*<sup>1329</sup> hatte der EGMR eine verdeckte Videoüberwachung von Mit- 566 arbeitenden eines Supermarktes zu beurteilen. Die Arbeitgeberin hatte den Verdacht, dass systematische Diebstähle stattfanden, und setzte zur Aufklärung ohne Vorwarnung versteckte Kameras an den Kassenbereichen ein, was innerhalb von 10 Tagen diverse Diebstähle durch mehrere Mitarbeitende offenbarte, welche fristlos entlassen wurden, ohne vorab je Einsicht in die Aufnahmen nehmen zu können. Der EGMR hielt zum Recht am eigenen Bild fest:

*«The right of each person to the protection of his or her image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image.»*<sup>1330</sup>

<sup>1325</sup> Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Köpke gegen Deutschland* vom 5. Oktober 2010 (Nr. 420/07).

<sup>1326</sup> *Ibid.*, A. 1. f.

<sup>1327</sup> *Ibid.*, A. 2.

<sup>1328</sup> *Ibid.* Interessanterweise ging der EGMR entgegen seiner vorgängigen Rechtsprechung nicht auf die Frage ein, inwieweit die Beschwerdeführerin eine berechnete Erwartung an die Privatsphäre hatte.

<sup>1329</sup> Urteil des EGMR *Lopez und andere gegen Spanien* vom 17. Oktober 2019 (Nr. 1874/13, 8567/13).

<sup>1330</sup> *Ibid.*, § 89 m.w.H.

- 567 Trotz grundsätzlicher Öffentlichkeit des Kassensbereichs im Supermarkt erachtete er den Schutzbereich von Art. 8 EMRK für eröffnet und bekräftigte ihrem Grundsatz nach die im Fall *Bărbulescu* dargelegten Kriterien.<sup>1331</sup> Er gelangte zum Ergebnis, dass trotz fehlender vorgängiger Information über die Überwachung der Kassen keine Verletzung von Art. 8 EMRK vorlag, weil die anderen Kriterien in genügendem Umfang erfüllt waren.<sup>1332</sup> So durften Arbeitnehmende in einem öffentlich zugänglichen Bereich keine grosse Erwartung an die Privatsphäre haben. Im Ergebnis kann daher in gewissen Umständen eben doch von gewissen Kriterien (hier das im Fall *Bărbulescu* noch stark hervorgehobene Transparenzgebot) abgesehen werden, sofern die Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen.
- 568 Schliesslich ergibt sich aus dem Urteil *Kahn*<sup>1333</sup>, dass auf Rechtsfolgeseite bei Verletzung des Rechts am eigenen Bild dem Staat ein grosses Ermessen zukommt. Konkret ging es im Urteil um die Verwendung eines Bildes in einer Zeitschrift, auf welchem der Beschwerdeführer abgebildet war, wobei der dazu geschriebene Artikel sich nur am Rande über ihn äusserte. Der EGMR erachtete die deutsche Regelung für legitim, welche im vorliegenden leichten Fall eines wiederholten Verstosses gegen das Recht am eigenen Bild eine blosser Verurteilung zur Zahlung eines Zwangsgelds ohne Anspruch auf weitergehenden Schadenersatz vorsah.<sup>1334</sup> Indessen vermag dieses Urteil lediglich die Bandbreite des den Staaten eingeräumten Ermessens zu illustrieren, wobei Überwachungen am Arbeitsplatz wohl regelmässig von einschneidenderer Natur sind und daher die generelle Anforderung an die Abschreckungswirkung im Rahmen der allgemeinen Rechtsprechung des EGMR herangezogen werden sollte.<sup>1335</sup>

### 3. Zusammenfassung

- 569 Inwieweit Art. 8 EMRK auf Lebenssachverhalte anwendbar ist, die sich ausserhalb der eigenen Wohnung abspielen, bestimmt sich nach diversen Faktoren. Der EGMR anerkennt in seiner Rechtsprechung ein Recht am eigenen Bild und auf informationelle Selbstbestimmung, welches insbesondere auf die Bestimmung über

---

<sup>1331</sup> Ibid., § 116.

<sup>1332</sup> Ibid., § 133 f.

<sup>1333</sup> Urteil des EGMR *Kahn gegen Deutschland* vom 17. März 2016 (Nr. 16313/10).

<sup>1334</sup> Ibid., § 73 ff. Im fraglichen Fall betonte der EGMR indessen, dass ein Anspruch auf Schadenersatz im konkreten Fall nur dann nicht vorgesehen werden musste, weil es sich um eine relativ leichte Verletzung handelte.

<sup>1335</sup> Vgl. oben Rz. 216 ff.

Bearbeitung, Veröffentlichung, Aufnahme, Speicherung und Kopien Anwendung findet. Diese Pflichten machen nicht vor staatlichen Eingriffen Halt, sondern bedingen auch einen effektiven Schutz vor Eingriffen Privater. Obschon im Bereich des Datenschutzes auf Stufe des Europarates die DSK existieren und die ILO entsprechende Leitfäden zum Datenschutz am Arbeitsplatz veröffentlichte, sah der EGMR bislang keinen europäischen Standard betreffend Datenschutz in Arbeitsverhältnissen.

Wichtiger Faktor zur Bestimmung des Schutzbereichs im Bereich des Datenschutzes bzw. der Privatsphäre ist, ob die betroffene Person im Einzelfall eine vernünftige Erwartung von Privatsphäre haben durfte bzw. ob die Bearbeitung ihrer Daten über das hinausgeht, was sie vernünftigerweise erwarten durfte.<sup>1336</sup> Damit konnte sich der EGMR nicht von diesem teils kontroversen Konzept trennen. Vernünftige Erwartung würde nämlich bei transparenter Kommunikation der Arbeitgebenden bedeuten, dass diese u.U. am Arbeitsplatz nicht existiert. Dies steht im Widerspruch zum Urteil *Bărbulescu*, wonach eine Reduktion der Privatsphäre «auf null» eben gerade ausgeschlossen sein soll. Entsprechend bleibt es in der Rechtsprechung des EGMR offen, inwieweit eine Erwartung an die Privatsphäre trotz Hinweisen auf eine Überwachung und Kontrolle des Datenverkehrs überhaupt noch bestehen kann. Im Bereich des Arbeitsrechts wäre daher eine vollständige Lösung von diesem Erwartungskonzept wünschenswert.

Weiter knüpfte der EGMR zumindest im Rahmen der gerechten Entschädigung nach Art. 41 EMRK bislang keine finanziellen Folgen an Eingriffe in die Privatsphäre (und anschließende Kündigungen). Dies bedeutet jedoch mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz nicht, dass diese nicht vorzusehen wären. Dem Grundsatz folgend müssten diese jedoch einem gewissen Eskalationsschema folgen, womit ein reines Abstellen auf zivilrechtliche Behelfe ab einer gewissen Eingriffsschwere ausser Betracht zu fallen hat und auch verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen vorzusehen sind.<sup>1337</sup>

Der EGMR fasste in den Fällen *Bărbulescu* und *Lopez* Leitlinien zum Datenschutz zusammen, auf welche die nationalen Gerichte einzugehen haben und anhand welcher sich eine Interessenabwägung im Einzelfall zu orientieren hat. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen, insbesondere die Systematik der Datenerhebung, deren Zeitraum, deren Verwendungszweck, ob sie gezielt nur einer Person

---

<sup>1336</sup> Krit. SEIFERT, 502 ff., 506 f.

<sup>1337</sup> Vgl. hierzu oben Rz. 216; BÖMER, 410.

gilt,<sup>1338</sup> die Schwere des Eingriffs und schliesslich auch die Einhaltung von Transparenz. Besonders bei Videoüberwachungen sind die Zugänglichkeit und die Nutzung der überwachten Räumlichkeiten entscheidend. So sind die Voraussetzungen z.B. in einer Garderobe sehr hoch anzusetzen, während sie graduell tiefer sind bei geschlossenen Büros oder der Öffentlichkeit zugänglichen Orten. Besonderes Augenmerk verdient die Relevanz der vorgängigen Mitteilung einer Überwachung, welche gemäss Rechtsprechung des EGMR lediglich ein Kriterium für eine Gesamtbeurteilung darstellt und kein Ausschlusskriterium für die Zulässigkeit einer Datenbearbeitung.

- 573 Die gesetzgeberische Pflicht bedingt daher im Lichte des eingeräumten Ermessens, dass das nationale Gesetz die Faktoren aus dem Entscheid *Bărbulescu* berücksichtigt bzw. die Gerichte ermächtigt, diese im Einzelfall zu berücksichtigen. Weiter muss das Gesetz für den Widerhandlungsfall angemessene Sanktionen zur Gewährung von effektivem Rechtsschutz in Fällen unrechtmässiger Überwachung bzw. Datenbearbeitungen am Arbeitsplatz vorsehen.<sup>1339</sup> Wie aus dem jüngsten Urteil *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo* hervorgeht, zeichnet sich zumindest aus der derzeitigen Mindermeinung die Forderung ab, konventionswidrig erlangte Beweismittel für unverwertbar zu erachten.<sup>1340</sup> Schliesslich finden Eingriffe in die Privatsphäre dort ihre Grenze, wo sie von keinem legitimen Bedürfnis der Arbeitgebenden mehr gedeckt sind bzw. keinen Bezug mehr zum Arbeitsverhältnis aufweisen.

## II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

### 1. Datenschutz am Arbeitsplatz

- 574 Der Schutz persönlicher Daten im Arbeitsrecht ist in der Schweiz über mehrere Erlasse verteilt. So sieht die Bundesverfassung ein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor (Art. 13 Abs. 2 BV). Im Privatrecht ist der Datenschutz dem Schutz der Persönlichkeit angegliedert und wird für private

---

<sup>1338</sup> Vgl. Urteile des *Perry gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Juli 2003 (Nr. 63737/00), § 40; *Vukota-Bojic gegen die Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10), § 56 ff.; Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Köpke gegen Deutschland* vom 5. Oktober 2010 (Nr. 420/07).

<sup>1339</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Art. 10 DSK.

<sup>1340</sup> Vgl. oben Rz. 562 ff.

Datenbearbeitende im Datenschutzgesetz (DSG) reguliert. Als äusserste Grenze schützt ebenfalls das Strafrecht vor gewissen Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich. Spezifisch im Arbeitsrecht bestehen darüber hinaus spezielle Normen zum Datenschutz, so insb. Art. 328b OR und die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden nach Art. 328 OR.<sup>1341</sup> Hinzu kommen öffentlich-rechtliche Normen, die ebenfalls datenschutzrechtliche Aspekte aufweisen.

Am 1. September 2023 ist das revidierte Datenschutzgesetz (DSG) in Kraft getreten. Ziele der Reform waren unter anderem eine Anpassung des Datenschutzes an neue Technologien und die Verbesserung der Kontrollrechte unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen.<sup>1342</sup> Darüber hinaus erfolgte die Reform auch, um die Anerkennung der EU-Äquivalenz des schweizerischen Datenschutzes unter der DSGVO sicherzustellen. Die Revision hält in seiner Systematik am bestehenden *Opt-out*-Prinzip des DSG fest. Ausnahme hiervon bildet die Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten an Dritte (Art. 30 Abs. 2 lit. c DSG) oder wenn eine Datenbearbeitung gegen den expliziten Willen der betroffenen Person erfolgt.

## 1.1 Zivilrechtlicher Datenschutz

### a) Grundsätze des Datenschutzes

Der zivilrechtliche Datenschutz bestimmt sich im schweizerischen Recht hauptsächlich nach dem Datenschutzgesetz. Für private Arbeitgebende relevant sind die dort verankerten Bearbeitungsgrundsätze (Art. 6 DSG), das Auskunftsrecht (Art. 25 f. DSG) und die Bearbeitungsvorschriften durch Privatpersonen (Art. 19 ff. DSG). Ziel des DSG ist der Persönlichkeits- und Grundrechtsschutz natürlicher Personen, über die Personendaten bearbeitet werden (Art. 1 DSG).<sup>1343</sup>

Im Gegensatz zur in der EU geltenden DSGVO verfolgt das Schweizer DSG keine allgemeine Verbotsregelung.<sup>1344</sup> Sie geht von der Zulässigkeit von Datenbearbeitungen ohne grundsätzliche Notwendigkeit einer Einwilligung oder anderen

<sup>1341</sup> Auf die Fürsorgepflicht wird zur Verhinderung von Wiederholungen hier in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen. Vgl. indessen oben Rz. 516 ff. sowie DUNAND, *Internet au Travail*, 56 ff.

<sup>1342</sup> Vgl. DUBOIS, 56.

<sup>1343</sup> Vgl. auch Art. 1 Ziff. 2 DSGVO; FEY in: SHK DSG, N 4 f. zu Art. 1 DSG. Offenbar einschränkender für Privatverhältnisse: ROSENTHAL, *Jusletter*, Rz. 12.

<sup>1344</sup> Vgl. hierzu Art. 6, 9 und 10 DSGVO, welche eine «Rechtsgrundlage» für eine Datenbearbeitung fordern.

Rechtfertigung aus, sofern dabei die Bearbeitungsgrundsätze eingehalten werden. Ein Rechtfertigungsgrund ist grundsätzlich nur dann notwendig, wenn gegen die Grundsätze verstossen wird oder eine betroffene Person der Bearbeitung widerspricht (*Opt-out-Prinzip*). Diese Grundsätze des DSG umfassen die Rechtmässigkeit, die Bearbeitung nach Treu und Glauben und die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung (Art. 6 Abs. 1 und 2 DSG). Hinzu treten nach Art. 6 ff. DSG weitere datenbearbeitungsspezifische Regeln.

- 578 Aufgrund der Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips unterscheidet sich der Datenschutz in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen vom privatrechtlichen Datenschutz. So bedarf die Datenbearbeitung durch Behörden einer gesetzlichen Grundlage (Art. 34 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 27 ff. BPG). Das DSG regelt indessen lediglich den Datenschutz für Bundesorgane, weshalb von Kantonen angestellte Personen der kantonalen Datenschutzgesetzgebung unterstehen (Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG *e contrario*).<sup>1345</sup> Auf Letztere ist indessen mangels Relevanz nicht weiter einzugehen.
- 579 Der **Grundsatz der Rechtmässigkeit** verlangt, dass bei Datenbearbeitungen die gesetzlichen Ge- und Verbote des DSG einzuhalten sind.<sup>1346</sup> Verstösse gegen diese Bearbeitungsgebote verlangen eine Rechtfertigung nach Massgabe des DSG (Art. 31 DSG). So kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beispielsweise auch auf das Transparenzgebot in begründeten Ausnahmefällen verzichtet werden.<sup>1347</sup>
- 580 Der **Bearbeitungsgrundsatz von Treu und Glauben** als allgemeiner Rechtsgrundsatz verbietet eine rechtsmissbräuchliche oder treuwidrige Datenbearbeitung. Die Botschaft fasst darunter explizit heimliche Datenbearbeitungen, mit welchen eine Person nicht rechnen musste.<sup>1348</sup> Insoweit setzt der Grundsatz von Treu und Glauben Schranken hinsichtlich der Bearbeitung von Personendaten, kann aber auch in gewissen Fällen Informationspflichten gegenüber betroffenen Personen auslösen bzw. konkretisieren (vgl. Art. 19 DSG).<sup>1349</sup>

---

<sup>1345</sup> Vgl. hierfür z.B. Art. 10 ff. des Personalgesetzes BL.

<sup>1346</sup> BAERISWYL in: SHK DSG, N 13 ff. zu Art. 6 DSG. Die Rechtmässigkeit bezieht sich dabei lediglich auf die Ge- und Verbote des DSG selbst (ROSENTHAL in: HK-aDSG, N 7 zu Art. 4 aDSG).

<sup>1347</sup> BGE 136 II 508, E. 5.

<sup>1348</sup> BBl 1988 II 413, 449.

<sup>1349</sup> Z.B. im Rahmen der Aufklärung betroffener Personen bei einer Datenpanne (ROSENTHAL in: HK-aDSG, N 16 zu Art. 4 aDSG).

Der **Bearbeitungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit** stammt ursprünglich aus dem öffentlichen Recht, wobei er aber durch seine Anwendbarkeit im Rahmen des DSG auch Privatverhältnisse betrifft. Der Grundsatz besagt, dass eine Datenbearbeitung auf für deren Zweck geeignete und erforderliche Daten beschränkt werden muss, woraus auch die Prinzipien der **Datenvermeidung** (Vermeidung unnötiger Datenbearbeitungen) und der **Datensparsamkeit** (Reduktion der Datenbearbeitungen auf das notwendige Minimum) abgeleitet werden.<sup>1350</sup> In diesem Rahmen bestehen insbesondere technisch-organisatorische Pflichten in Unternehmen zur Reduktion von Zugriffsberechtigungen auf Daten, die für die Aufgabenerfüllung einer angestellten Person notwendig sind. Dabei konkretisiert auch Art. 328b OR dieses Verhältnismässigkeitsprinzip. Demnach sind Datenbearbeitungen in privaten Arbeitsverhältnissen auf die Eignung für das Arbeitsverhältnis und die Durchführung des Arbeitsvertrages beschränkt. In der Lehre ist jedoch umstritten, ob es sich dabei um eine eigenständige Verbotsnorm oder blosser Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips handelt.<sup>1351</sup> Würde es sich um eine Verbotsnorm handeln, so wäre die Rechtfertigung einer Abweichung von Art. 328b OR mittels Rechtfertigung nach Art. 31 DSG ausgeschlossen. Würde es sich um keine Verbotsnorm handeln, hätte sie im Grunde keine eigenständige Bedeutung.<sup>1352</sup> Das Bundesgericht schloss sich – wenn auch nur am Rande – der Auffassung an, dass Art. 328b OR keine eigenständige Verbotsnorm ist und der Norm somit neben dem DSG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung zukommt.<sup>1353</sup>

Weiter im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu erwähnen ist Art. 26 ArGV 3. Demnach sind (reine) Verhaltensüberwachungen am Arbeitsplatz verboten. Auch sollten notwendige Überwachungssysteme die Gesundheit und Bewegungsfreiheit möglichst nicht beeinträchtigen.<sup>1354</sup> Die Tragweite der Norm für das Zivilrecht ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt. So soll sich Art. 26 ArGV 3 vom datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatz nur inso-

---

<sup>1350</sup> BAERISWYL in: SHK DSG, N 57 zu Art. 6 DSG.

<sup>1351</sup> Für die Annahme einer eigenständigen Verbotsnorm STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 328b OR; RUDOLPH, 21 f.; a.A. ROSENTHAL/JÖHRI in: HK-aDSG N 3 f. zu Art. 328b OR; differenzierend RIESSELMANN-SAXER, 41 f.

<sup>1352</sup> Vgl. aber schon BBl 1988 II 413, 488, wonach Art. 328b OR eine Konkretisierung von Art. 4 Abs. 2 DSG sei.

<sup>1353</sup> Urteil des BGer 4A\_518/2020 vom 25. August 2021, E. 4.2.2 ff. Krit. dazu: PÄRLI, Jusletter, *passim*.

<sup>1354</sup> Die Anwendbarkeit der Norm im Zivilverhältnis ergibt sich aus Art. 362 Abs. 2 OR oder einer Berücksichtigung im Sinne einer Analogie bei der Auslegung von Art. 328 OR.



weit unterscheiden, als Art. 26 ArGV 3 dies explizit stipuliert.<sup>1355</sup> Insoweit sind Überwachungen – sofern keine reinen Verhaltensüberwachungen – auch hier einer Rechtfertigung zugänglich, insbesondere aus überwiegenden Interessen der Arbeitgebenden.<sup>1356</sup> Die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze nach DSGVO bleiben somit weiterhin anwendbar. Schliesslich wird auch die Verfassungsmässigkeit von Art. 26 ArGV 3 in Frage gestellt, weil es sich um eine Durchführungsbestimmung zum Gesundheitsschutz handelt (Art. 6 i.V.m. Art. 40 Abs. 1 lit. a ArG). Zumindest die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts legte Art. 26 ArGV 3 restriktiv aus und verneinte dessen Anwendbarkeit bei Fehlen einer möglichen Gesundheitsschädigung.<sup>1357</sup> Im Ergebnis hat die Norm im privatrechtlichen Kontext daher nur eine beschränkte selbständige Bedeutung.

583 Weiter gilt der **Grundsatz der Zweckbindung**. Dieser weist zwei Gehalte auf: Einerseits ist das Beschaffen von Personendaten ohne vorbestimmten Zweck unzulässig (Sammeln auf Vorrat). Andererseits wird die Zulässigkeit der Datenbearbeitung auf ihren vorab festgelegten Zweck beschränkt. Der Bearbeitungszweck muss für die betroffenen Personen erkennbar sein und kann sich aus Vereinbarung, Gesetz oder den Umständen selbst ergeben. Als Beispiel zu nennen ist z.B. ein expliziter Vermerk in einem Formular, dass Kundendaten zur Prüfung der Bonität an Dritte übermittelt werden.<sup>1358</sup>

584 Der **Grundsatz der Erkennbarkeit** verlangt, dass die Beschaffung von Daten und wie erwähnt deren Bearbeitungszweck für die betroffene Person erkennbar sein müssen. Die damit zusammenhängenden Informationspflichten intensivieren sich abhängig von der Komplexität und Dauer der Datenbearbeitung.<sup>1359</sup> So ist insbesondere bei der Implementierung technischer Überwachungsmassnahmen

---

<sup>1355</sup> BGE 130 II 425, E. 3.3: «[...] *En d'autres termes, les choses ne sont pas fondamentalement différentes selon qu'on les envisage sous l'angle des art. 328 et 328b CO ou de l'art. 26 OLT 3, l'application de cette dernière disposition impliquant aussi de respecter le principe de la proportionnalité [...]. Cette relative similitude se comprend d'ailleurs aisément si l'on garde à l'esprit que l'adoption de l'art. 26 OLT 3 a notamment visé à étendre au droit public la protection de la personnalité du travailleur qui existait déjà depuis longtemps en droit privé à l'art. 328 CO [...].*» Vgl. zu den Bezügen auf die Empfehlung ILO Workers' Privacy 1993 auch DUNAND/WITZIG, 195 f.

<sup>1356</sup> Vgl. DUNAND, CS Commentaire de Travail, N 87 zu Art. 328b OR; Urteil des BGER 9C\_785/2010 vom 10. Juni 2011, E. 6.

<sup>1357</sup> Urteil des BGER 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.6.1.

<sup>1358</sup> Vgl. BAERISWYL in: SHK DSGVO, N 78 ff. zu Art. 6 DSGVO.

<sup>1359</sup> BBI 2003 2101, 2126.

am Arbeitsplatz unter anderem auf eine klare Kommunikation gegenüber den betroffenen Mitarbeitenden zu achten.<sup>1360</sup>

Der **Grundsatz der Datenrichtigkeit** (Art. 6 Abs. 5 DSGVO) schreibt vor, dass die bearbeitende Person sich der Richtigkeit der Daten zu vergewissern hat, um insbesondere Persönlichkeitsverletzungen durch falsche Daten zu verhindern.<sup>1361</sup> Das Erfordernis wird durch den zivilrechtlichen Anspruch auf Berichtigung bzw. Anmerkung eines Widerspruchs nach Art. 32 DSGVO prozessual abgesichert. Das Datenrichtigkeitserfordernis ist relativ und auf den jeweiligen Bezugszeitpunkt zu beurteilen. So bleibt der Vermerk einer Tatsache bezogen auf ein vergangenes Datum richtig, auch wenn diese Tatsache zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zutrifft. Darüber hinaus erfordert nicht jeder Bearbeitungszweck absolute Richtigkeit von Daten, um eine nicht persönlichkeitsverletzende Bearbeitung zu gewährleisten.<sup>1362</sup> 585

Weiter sind Daten gemäss dem **Grundsatz der Datensicherheit** (Art. 8 DSGVO) durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen vor unbefugter Bearbeitung zu schützen. Das Gesetz verlangt die Einhaltung eines risikobasierten Ansatzes. Je höher das Risiko einer Sicherheitslücke und je schwerer die Folgen einer möglichen Sicherheitslücke, desto weitreichendere Massnahmen müssen ergriffen werden.<sup>1363</sup> Namentlich kommen diesbezüglich organisatorische Massnahmen (z.B. Auswahl von Mitarbeitenden) oder auch technische Massnahmen in Betracht (z.B. Verschlüsselung oder Pseudonymisierung von Daten, Überwachungsmassnahmen etc.). 586

Schliesslich wurden mit der Revision des DSGVO die neuen Grundsätze des *privacy by design* und *privacy by default* in Art. 7 DSGVO aufgenommen. Der Grundsatz *privacy by design* verlangt, dass nach Möglichkeit ein System so auszugestaltet ist, dass der Datenschutz eingehalten wird. *Privacy by default* verlangt, dass die Standardeinstellung (z.B. von Software oder Cookies) die möglichst datensparsamste Einstellung ist.<sup>1364</sup> Dem zu Grunde liegt die Idee, mittels technischer Massnahmen präventiv den Datenschutz zu gewährleisten.<sup>1365</sup> 587

---

<sup>1360</sup> BGE 130 II 425, E. 4.

<sup>1361</sup> Vgl. BAERISWYL in: SHK DSGVO, N 61 zu Art. 6 DSGVO.

<sup>1362</sup> Vgl. hierzu Urteil des BVGer A-4232/2015 vom 18. April 2017, *Moneyhouse*, insb. E. 7.3.2.

<sup>1363</sup> Vgl. BBl 2017 6565.

<sup>1364</sup> Vgl. ROSENTHAL, Jusletter, Rz. 43.

<sup>1365</sup> BAERISWYL in: SHK DSGVO, N 5 zu Art. 7 DSGVO.

- 588 Spezielle Regeln gelten seit Inkrafttreten des neuen DSG auch für **Profiling**. *Profiling* ist eine automatische Bewertung anhand gesammelter Personendaten. Die Ratio hinter der Regelung ist grundsätzlich dieselbe wie beim Anspruch auf menschliches Gehör: So sollen die Risiken der blinden Übernahme maschineller Wertung und die vollständige Entmenschlichung von Bewertungsvorgängen beschränkt werden. Indessen hat der Begriff im Privatrecht nur beschränkte Bedeutung, da das *Profiling* im privatrechtlichen Kontext primär im Rahmen der Kreditprüfung relevant ist (Art. 31 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 DSG). Im Falle von *Profiling mit hohem Risiko* (bei hohem Risiko für die Persönlichkeit im Einzelfall) ist demnach eine ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Personen in die Datenbearbeitung nötig (Art. 6 Abs. 7 lit. b DSG).<sup>1366</sup> Nichts davon ist jedoch für Arbeitsverhältnisse von spezifischer grösserer Relevanz.
- 589 Erfüllt eine Datenbearbeitung die Bearbeitungsgrundsätze des DSG bzw. des Obligationenrechts nicht oder widerspricht eine Person der Bearbeitung ihrer Personendaten (Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG), so ist die Bearbeitung widerrechtlich, wenn sie nicht durch Gesetz<sup>1367</sup>, Einwilligung oder aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gerechtfertigt werden kann.<sup>1368</sup> Auf diesem Weg kennt das geltende DSG ein allgemeines Recht auf Löschung (*Opt-out*). Beispiele, die eine Bearbeitung gegen den ausdrücklichen Wunsch einer Person rechtfertigen, finden sich insbesondere in gesetzlichen Aufbewahrungspflichten (z.B. Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV 1) und den Privatinteressen der Arbeitgebenden wie z.B. zur potenziellen Abwehr oder Geltendmachung von Zivilansprüchen.<sup>1369</sup>
- 590 Die Umsetzung der oben genannten Datenbearbeitungsgrundsätze setzt die Grenzen für Datenbearbeitungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen.<sup>1370</sup> So erachtete das Bundesgericht es z.B. aus Gründen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für unzulässig, Arbeitnehmende über GPS-Sender an Betriebsfahrzeugen

---

<sup>1366</sup> Zu den Anforderungen vgl. BAERISWYL in: SHK DSG, N 101 ff. zu Art. 6 DSG.

<sup>1367</sup> Vgl. hierzu z.B. Aufbewahrungspflichten im Rahmen des Gesellschaftsrechts (Art. 958 f. OR) oder auch Meldepflichten im Rahmen von Art. 9 GwG.

<sup>1368</sup> Dies gilt entgegen dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 lit. a DSG auch dann, wenn gegen Datenbearbeitungsgrundsätze verstossen wird. Das Bundesgericht verlangt dabei jedoch Zurückhaltung (vgl. BGE 136 II 508, E. 5.2.4). So erachtete das Bundesgericht z.B. im Urteil des BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.7, eine verdeckte heimliche Videoüberwachung (vgl. Art. 4 Abs. 4 DSG) zur Überführung eines Diebs unter den Mitarbeitenden wegen des überwiegenden privaten und öffentlichen Interesses für zulässig (Art. 13 DSG).

<sup>1369</sup> Vgl. hierzu illustrativ BGE 138 II 346, *Street View*, E. 10.6 ff.

<sup>1370</sup> Vgl. gleich nachstehend.

in Echtzeit zu überwachen.<sup>1371</sup> Andererseits befand es die Videoüberwachung eines separaten Kassenraums für Sicherheitszwecke rechtmässig.<sup>1372</sup> Weitere Anwendungsbereiche des DSG sind besonders die Führung der Personalakte durch Arbeitgebende, die private Nutzung von IT-Geräten am Arbeitsplatz<sup>1373</sup> oder die Offenbarung von Daten im Rahmen einer rechtlichen *Due Diligence* vor einer Unternehmensakquise. Weiter spielt Datenschutz auch im versicherungsrechtlichen Rahmen eine Rolle, so z.B. im Datenaustausch über Arbeitnehmende zwischen Sozialversicherung und Arbeitgebenden.

Das Bundesgericht befand in seiner Praxis z.B. weiter die Überwachung von verletzten Personen durch eine Haftpflicht- oder Unfallversicherin im öffentlichen Raum für zulässig.<sup>1374</sup> Gleiches gilt für eine verdeckte Videoüberwachung von Supermarktkassen, welche aufgrund überwiegender Interessen der Arbeitgeberin und der Entlastung unschuldiger Arbeitnehmender für gerechtfertigt qualifiziert wurde.<sup>1375</sup> Ebenfalls für zulässig erachtet wurde der Zugriff auf private (eine Dritte angestellte Person in grober Weise ehrverletzende) E-Mails, die auf dem Unternehmensserver abgespeichert wurden, auf welche Vorgesetzte sowie Mitarbeitende freien Zugriff hatten.<sup>1376</sup> 591

Für unzulässig hingegen befand das Bundesgericht die dauerhafte Überwachung von Internet-Nutzungsdaten und E-Mails eines einzelnen Mitarbeiters über rund 3 Monate wegen Verdachts auf Missbrauch der Arbeitsinfrastruktur für private Zwecke.<sup>1377</sup> Für zulässig befand es hingegen eine zunächst anonymisierte und 592

<sup>1371</sup> BGE 130 II 425; Urteil des BGer 2C\_116/2011 vom 29. August 2011. Vgl. hierzu auch oben Rz. 562 ff.

<sup>1372</sup> Urteil des BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009; ähnlich BGE 138 V 125.

<sup>1373</sup> Vgl. zur E-Mail insb. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 17 f.

<sup>1374</sup> Vgl. hierzu BGE 136 III 410, E. 4.4; 135 I 169, E. 5.4.2; Urteil des BGer 8C\_239/2008 vom 17. Dezember 2009, E. 6.4.1.

<sup>1375</sup> Urteil des BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.7, bestätigt in BGE 130 II 425, E. 4.2. Das Bundesgericht zog dabei insbesondere in Erwägung, dass es sich nicht um eine präventive Überwachung handelte, sondern dass sie der Aufklärung bereits begangener Diebstähle diene. Dies vermag aber nicht vollständig zu überzeugen, da die Installation einer Videoüberwachungsanlage zwangsläufig nur zukünftige Tatsachen aufzeichnen kann und kaum tauglich zur Aufklärung vergangener Straftaten ist.

<sup>1376</sup> Urteil des Tribunal Cantonal des Kantons Waadt vom 8. Mai 2015, TC VD HC/2015/426, E. 4.

<sup>1377</sup> BGE 139 II 7, E. A. Der Mitarbeitende nutzte seinen Computer überwiegend für private Zwecke, so für E-Banking, Online-Zeitungen, Reisebuchungen und Streaming von Videos mit teilweise pornographischem Inhalt.

später personenbezogene Auswertung.<sup>1378</sup> Schliesslich hielt es eine systematische Taschen- und Personenkontrolle am Ausgang eines Werks der SBB zur Sensibilisierung gegen Diebstahl von Material am Arbeitsplatz für unzulässig.<sup>1379</sup>

## b) Spezielle Rechte der Betroffenen

- 593 Das DSG enthält spezielle Rechte für von einer Datenbearbeitung betroffene Personen. Diese haben zunächst gemäss Art. 25 ff. DSG ein strafbewehrtes kostenloses **Auskunftsrecht** darüber, ob und welche Daten über sie bearbeitet werden. Das Auskunftsrecht ist der Grundstein zur Geltendmachung der weiteren Rechte unter dem DSG. Gerade in Arbeitsverhältnissen haben Arbeitnehmende daraus grundsätzlich einen Anspruch, ihr gesamtes Personaldossier einzusehen.<sup>1380</sup> Darunter fallen im Grunde alle Datenträger, die personenbezogene Daten über die betroffene Arbeitnehmende enthalten. Das Auskunftsrecht gilt jedoch nicht unbeschränkt, sondern kann insbesondere aus überwiegenden Interessen Dritter eingeschränkt werden (Art. 26 Abs. 1 lit. b DSG). In Frage kommen insbesondere Geheimhaltungsinteressen Dritter wie z.B. von Kunden, Lieferanten oder anderen Mitarbeitenden oder der Arbeitgebenden selbst.<sup>1381</sup>
- 594 Das Auskunftsrecht kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum alten DSG insbesondere auch wegen Missbräuchlichkeit eingeschränkt werden. Dies bedingt, dass mit der Auskunft kein datenschutzrechtlicher Zweck verfolgt wird. So entschied das Bundesgericht in BGer 4A\_277/2020, dass eine *fishing expedition* über das Auskunftsrecht unzulässig sei und somit nicht einzig zur Vorbereitung einer Zivilklage dienen dürfe. Dies stellte gemäss Bundesgericht einen Missbrauch des Auskunftsrechts dar, weil dieses dem Persönlichkeitsschutz und nicht der prozessualen Edition diene.<sup>1382</sup>
- 595 Mit Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes wurde das Auskunftsrecht inhaltlich erweitert (Art. 25 Abs. 2 DSG). Neu sind insbesondere auch die Auf-

---

<sup>1378</sup> BGE 143 II 443, E. 7.1. Im dortigen Fall streamte jedoch der Mitarbeiter über 17 Arbeitstage 80 Stunden (teilweise illegales) pornographisches Filmmaterial und wurde regelmässig von einem «Sperrfenster» auf die internen Regeln zur Internetnutzung hingewiesen.

<sup>1379</sup> Urteil des BVGer A-5761/2014 vom 15. Juli 2016, E. 4.4 f. Zur Überwachung speziell vgl. MÉTILLE, *Surveillance*, 114 ff.

<sup>1380</sup> Zum Begriff vgl. *ibid.*, N 13 zu Art. 328b OR m.w.H.; PORTMANN in: BSK-OR, N 42 zu Art. 328b OR.

<sup>1381</sup> Vgl. hierzu die Rechtsprechung in RUDOLPH, *AJP* 2014, 1677 ff.

<sup>1382</sup> Urteil des BGer 4A\_277/2020 vom 18. November 2020, E. 5.3 f.

bewahrungsdauer sowie die allenfalls auf die Daten gestützten automatisierten Entscheidungen und die Entscheidungslogik bekanntzugeben. Ein gewisser Systemwechsel ist darüber hinaus bei den zulässigen Beschränkungen des Auskunftsrechts vorgesehen. So bedingt die Einschränkung des Auskunftsrechts entgegen der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr, dass diese missbräuchlich im Sinne eines *fehlenden* datenschutzrechtlichen Interesses ist, sondern es wird lediglich das Vorliegen eines *datenschutzwidrigen Zwecks* der Auskunft verlangt (Art. 26 DSG).<sup>1383</sup> Die neue Umschreibung legt zwar eine Änderung nahe, hat jedoch in praktischer Hinsicht wohl wenig Bedeutung. Denn ist ein Gericht vom Vorliegen eines offensichtlich datenschutzwidrigen Zwecks überzeugt, so würde es wohl stark dazu tendieren, weitere behauptete Gründe für die Auskunft für unglaubwürdig zu qualifizieren. Indessen kann damit im Allgemeinen ein gewisser Wille des Gesetzgebers zur Lockerung für die Einschränkung des Auskunftsrechts gesehen werden.<sup>1384</sup>

Ergänzt wurde das Auskunftsrecht ab Inkrafttreten des neuen DSG in Art. 19 DSG um eine allgemeine **Informationspflicht** bei der Beschaffung von Personendaten. Diese galt bisher lediglich für besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile (Art. 14 DSG) und wurde insbesondere zur Schaffung von Transparenz ins DSG aufgenommen.<sup>1385</sup> Die betroffene Person ist demnach neu grundsätzlich immer über die Kontaktdaten der Bearbeitenden, den Bearbeitungszweck sowie die allfälligen Drittempfänger\*Innen zu informieren. Nicht als Weitergabe an Dritte zählen dabei insbesondere solche innerhalb eines Konzerns (Art. 20 Abs. 4 DSG). Im Bereich des Arbeitsrechts sind daher z.B. Arbeitnehmende oder Bewerbende über Datenbeschaffungshandlungen grundsätzlich aufzuklären, was zumindest die formelle Transparenz in diesem Bereich künftig verbessern sollte.

Betroffene Personen haben gemäss Art. 32 Abs. 4 DSG auch ein **Recht auf Berichtigung** ihrer Daten, wenn diese fehlerhaft sind. Dafür können sie einen Bestreitungsvermerk anbringen lassen, worauf die bearbeitende Person die Richtigkeit der bearbeiteten Daten darzulegen hat, sofern sie die Daten ohne Vermerk weiterverarbeiten will. Darüber hinaus ist auch eine gerichtlich angeordnete Berichtigung auf Klage der betroffenen Person hin möglich.<sup>1386</sup>

<sup>1383</sup> Vgl. auch ROSENTHAL, Jusletter, Rz. 125.

<sup>1384</sup> Vgl. hierzu eingehend SUTER-SIEBER/STUTZ/WIRZ, 593 ff.

<sup>1385</sup> Vgl. PÄRLI/FLÜCK in: SHK DSG, N 2 zu Art. 19 DSG.

<sup>1386</sup> Vgl. PFAFFINGER in: SHK DSG, N 31 zu Art. 32 DSG.

- 598 Neu wurde mit Art. 21 DSG auch ein **Anspruch auf menschliches Gehör** vorgesehen. Dieser ist relevant, wenn ein vollständig automatisierter Ermessensentscheid durch ein System bzw. eine Maschine erfolgte.<sup>1387</sup> Die Idee hinter einer solchen Regelung geht auf die Fiktion zurück, dass Menschen bessere Entscheidungen treffen können bzw. andere Faktoren berücksichtigen als eine Maschine.<sup>1388</sup> Denn Systeme sehen den Menschen (zumindest derzeit) nicht als Selbstzweck mit seiner Persönlichkeit und Würde, sondern quantifizieren ihn aufgrund vorhandener und auswertbarer Parameter. Damit soll die Benachteiligung von gewissen Personen und Personengruppen durch die vollständige Entmenschlichung von automatischen Vorgängen verhindert werden.
- 599 Der Anspruch auf menschliches Gehör nach Art. 21 DSG ist nur dort relevant, wo ein vollständig automatisierter Ermessensentscheid getroffen wird, der eine Rechtsfolge auslöst oder eine erhebliche Beeinträchtigung der betroffenen Person nach sich zieht. Wichtig dabei ist, dass das System bzw. die Maschine eine eigenständige ermessensweise Wertung vornimmt, also nicht klar codierte Regeln umsetzt.<sup>1389</sup> Im Arbeitsrecht ist dabei insbesondere an die automatische Beurteilung von Mitarbeitenden und deren Kündigung (Rechtsfolge) oder an die Ablehnung bei einer Stellenbewerbung zu denken (erheblicher Nachteil).<sup>1390</sup> Der Einsatz von neuronalen Netzwerken und *Machine Learning* ist im Rahmen von Bewerbungsverfahren schon heute ein Hilfsmittel zur Bearbeitung von Bewerbungen. So können damit Bewerbungsunterlagen nach bestimmten Diplomen-/Notenprofilen, Schlagworten und anderen persönlichen Merkmalen sondiert werden und darauf gestützt die Eignung einer Bewerbenden für eine Stelle automatisiert bewertet und sortiert werden. Dabei besteht das Risiko, dass eine Bewerbung letztlich ausschliesslich durch Software beurteilt und automatisch abgelehnt wird. Das Recht auf menschliches Gehör verleiht dabei zunächst Anspruch auf Auskunft, welche Entscheide automatisiert erfolgten und wie der Anspruch auf menschliches Gehör geltend zu machen ist. Verlangt eine Person die Beurteilung durch einen Menschen, so muss

---

<sup>1387</sup> Siehe hierzu schon: ILO Privacy Code of Practice, Nr. 5.5: «*Decisions concerning a worker should not be based solely on the automated processing of that worker's personal data.*» Vgl. PÄRLI/FLÜCK in: SHK DSG, N 6 zu Art. 21 DSG.

<sup>1388</sup> ROSENTHAL, Jusletter, Rz. 107.

<sup>1389</sup> So lässt z.B. die Sperrung einer Kreditkarte wegen dreifacher falscher Eingabe der PIN keinen Interpretationsspielraum durch das System zu, während hingegen der Verdacht auf Missbrauch aufgrund der konkreten Art und Weise der Nutzung einen Ermessensentscheid darstellt. Zum Begriff vgl. auch PÄRLI/FLÜCK in: SHK DSG, N 6 ff. zu Art. 21 DSG.

<sup>1390</sup> So explizit BBl 2017 7057.

diese durch eine Person geprüft werden, welche die Entscheidung ändern könnte. Ein Anspruch auf Änderung des Entscheids besteht hingegen nicht, sondern er muss lediglich in guten Treuen wiedererwogen werden. Schliesslich kann auf das Recht vorgängig nicht verzichtet werden (Art. 21 Abs. 3 lit. b DSG).

Liegt eine rechtswidrige Datenbearbeitung vor und kann sie nicht gerechtfertigt werden, steht betroffenen Personen nach Massgabe von Art. 32 DSG zunächst ein Anspruch auf Löschung, Berichtigung oder Unterlassung der bearbeiteten Daten zu. Rechtswidrige Datenbearbeitungen stellen eine Persönlichkeitsverletzung dar, wobei das DSG auf Art. 28 f. ZGB verweist. Darüber hinaus liegt in einer Verletzung des Datenschutzes im Regelfall auch eine Verletzung von Art. 328 ff. OR vor, womit Verstösse gegen Bestimmungen des Datenschutzes im laufenden Vertragsverhältnis eine Vertragsverletzung darstellen. Gestützt darauf kann auf Unterlassung, Beseitigung und Feststellung der Persönlichkeitsverletzung und Schadenersatz bzw. Genugtuung geklagt werden. Nicht jede persönlichkeitsverletzende Überwachung berechtigt jedoch zu einer Genugtuung. Viel eher muss der Eingriff gemäss Bundesgericht aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen ein physisches oder psychisches Leiden verursachen, welches das Mass einer Aufregung oder einer alltäglichen Sorge klar übersteigt.<sup>1391</sup>

Zur Erleichterung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Datenschutzes wird schliesslich seit Inkrafttreten des neuen DSG auf die Erhebung von Schlichtungs- und Gerichtsgebühren in Streitigkeiten nach DSG verzichtet (Art. 113 Abs. 2 lit. g und Art. 114 lit. g ZPO). Damit beschränkt sich das Prozessrisiko betroffener Personen auf die Vertretungskosten beider Parteien, was den Zugang zur Justiz praktisch verbessert (Art. 95 ff. ZPO).<sup>1392</sup>

<sup>1391</sup> Verneinend: Urteile des BGer 5A\_329/2011 vom 12. Dezember 2011, E. 5.5; 8C\_539/2015 vom 13. November 2015, E. 4. Vgl. Urteil des BGer 4A\_518/2020 vom 25. August 2021 (Durchforstung eines Arbeitshandys – Genugtuung von CHF 5'000.–); Urteil des Chambre d'Appel des Prud'hommes du Canton de Genève vom 8. Juni 1994 (= JAR 1994, 158 ff.) (Aufbrechen und Durchsuchen eines Büros – Genugtuung von CHF 5'000.–); Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Dezember 2003 (= JAR 2004, 606 ff.) (Computerdurchsuchung wegen eines vermeintlichen Virus mit Öffnen und Lesen privater Dateien und E-Mails sowie Überprüfung der Internetzugriffe – Genugtuung von CHF 1'000.–); Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 29. Januar 2001 (= JAR 2004, 440) («Verlesung» privater E-Mails zu Beweiswecken – Zulässigkeit offengelassen); Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich vom 12. Juni 2014, Entsch.AGer. Nr. 24 (= JAR 2015, 666 ff.) (Verwertung von rechtswidrig beschafften E-Mails – i.c. Zulässigkeit wegen der Schwere der Vorwürfe bejaht).

<sup>1392</sup> Vgl. oben Rz. 500.



## 1.2 Öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Datenschutzes

- 602 Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Datenschutzes sind an dieser Stelle lediglich jene öffentlich-rechtlichen Bestimmungen aufzuzeigen, die in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse direkt eingreifen können. Für den Zweck dieser Abhandlung ist auf den Datenschutz in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht einzugehen.
- 603 Der EDÖB soll insbesondere bei Systemfehlern Rechtsschutz gewähren, wenn eine Geltendmachung durch jede betroffene Person unzumutbar erscheint.<sup>1393</sup> Seine Aufgabe ist es daher nicht, einzelne Verstöße gegen das DSG zu ahnden, sondern konzeptuellen Fehlern bei Datenbearbeitungen mit potenziell vielen betroffenen Personen nachzugehen. Wann ein solcher Fall vorliegt, liegt im Ermessen des EDÖB. Seine Kontrolltätigkeit wird durch die begrenzten Mittel jedoch derzeit faktisch stark begrenzt. So hat er beispielsweise im Jahr 2021 lediglich 13 umfassende Kontrollen durchgeführt.<sup>1394</sup>
- 604 Der EDÖB hat eine Aufsichtsfunktion im Rahmen von Systemfehlern bzw. bei Datenpannen. Unternehmen haben dazu gemäss neuem DSG unter gewissen Voraussetzungen auch eine Pflicht zur Meldung derartiger Zwischenfälle (Art. 24 DSG). Die Idee dahinter ist, dass im Falle von schwerwiegenden *data breaches* die Notwendigkeit eines behördlichen Eingreifens abgewogen werden kann. Die Verletzung der Datensicherheit wird in Art. 5 lit. h DSG definiert und liegt dann vor, wenn in unvorhergesehener Weise die Vertraulichkeit, Integrität oder Verfügbarkeit von Personendaten verletzt wird. Die Meldepflicht besteht gemäss Art. 24 Abs. 1 DSG jedoch nur dann, wenn ein hohes Risiko für negative Folgen für betroffene Personen besteht. Dies ist im Einzelfall durch eine Folgenabschätzung vorzunehmen und hängt von den potenziellen Folgen der Verletzung und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit ab.<sup>1395</sup> Kommt eine Bearbeitende zum Schluss, es liege kein hohes Risiko vor, muss auch keine Meldung erfolgen. Art. 24 DSG sieht darüber hinaus in diesen Fällen eine Informationspflicht gegenüber den betroffenen Personen vor, sofern die Information zu deren Schutz erforderlich ist. Weder die Unterlassung der Melde- noch jene der Informationspflicht unterstehen einer Strafandrohung. Insoweit wird gerade im Hinblick auf die Selbsteinschätzung der Lage durch die Datenbearbeitenden kaum Anreiz zur freiwilligen Meldung bestehen, sofern die Offenlegung der Verletzung in naher Zukunft nicht unvermeid-

---

<sup>1393</sup> Botschaft DSG 1988, 479.

<sup>1394</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2021/2022, 10, 84.

<sup>1395</sup> Eingehend ROSENTHAL, Jusletter, Rz. 162 f.

bar erscheint. Daher muss sich erst noch zeigen, ob die vorgesehene Regelung tatsächlich praktische Relevanz haben wird oder toter Buchstabe bleibt.

Der EDÖB kann dabei von Amtes wegen oder auf Anzeige hin tätig werden, wobei er nun neu eine Pflicht zur Nachforschung bei Hinweisen auf einen Gesetzesverstoss hat (Art. 49 Abs. 1 DSG). Mit Blick auf seine beschränkten Ressourcen ist ihm jedoch zwangsläufig aus praktischen Erwägungen eine Art Opportunitätsprinzip einzuräumen (vgl. Art. 8 StPO).<sup>1396</sup> Er kann neu alle Massnahmen verfügen, die der Erstellung bzw. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dienen. Insoweit kann er z.B. auch Löschungen und Berichtigungen von Datensätzen sowie Unterlassungen von Datenbearbeitungen verfügen und durchsetzen. Weiter kann er gemäss Art. 50 Abs. 1 DSG explizit auch Zwangsmassnahmen verfügen, was ihm zumindest theoretisch die Kompetenz zur Durchführung von *dawn raids* verleiht, wie sie insbesondere im Wettbewerbsrecht bereits existieren (Art. 42 Abs. 2 KG). Ob solche in der Praxis tatsächlich so vorkommen werden, wird sich noch zeigen müssen. 605

Die Mitwirkung bei Kontrollen des EDÖB wird durch die Möglichkeit einer Strafandrohung bei Verweigerung sichergestellt. Bei Feststellung einer zeitlich dringlich angezeigten Massnahme kann er z.B. vorsorgliche Massnahmen erlassen (Art. 51 DSG). Das Verfahren findet neu statt mit einer allfälligen Empfehlung seinen förmlichen Abschluss mit einer Verfügung, welche vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechtbar ist (Art. 52 DSG). Auch kann ein Verfahren mit einer Verwarnung beendet werden, womit für leichte und klare Fälle eine schnelle Erledigung möglich ist (Art. 51 Abs. 5 DSG). 606

Schliesslich weist der im ArG vorgesehene Gesundheitsschutz mit Art. 26 ArGV 3 datenschutzrechtliche Aspekte für die Überwachung am Arbeitsplatz auf. Die Durchsetzung erfolgt im öffentlichen Recht durch die Durchführungsorgane des ArG. Jedoch werden in der Praxis ohne Antrag oder Hinweis lediglich offensichtliche Überwachungsmassnahmen tatsächlich kontrolliert, was die derzeitige Relevanz der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung mit Blick auf die Digitalisierung sowie die heutige Grösse, Flexibilität und Verfügbarkeit von Überwachungssystemen stark relativiert.<sup>1397</sup> 607

---

<sup>1396</sup> Vgl. im Ergebnis gleich: BAERISWYL in: SHK DSG, N 10 ff. zu Art. 49 DSG. Vgl. oben Rz. 432.

<sup>1397</sup> Vgl. hierzu z.B. WEISSBRODT, *Informer ou prescrire?*, 13.

### 1.3 Strafrechtlicher Datenschutz

- 608 Neben den zivil- und verwaltungsrechtlichen Aspekten existieren im Bereich des Datenschutzes auch strafrechtliche Normen. Zunächst wird die Nichteinhaltung des DSG in Art. 60 ff. DSG pönalisiert. So sind die vorsätzliche Verletzung von Informations-, Auskunft- und Mitwirkungspflichten, die Übergabe von Daten an einen Auftragsbearbeiter ohne Einhaltung der dazugehörigen Vorschriften (Art. 9 DSG), die Verletzung der neu vom Bundesrat festzulegenden Mindeststandards betreffend Datensicherheit (Art. 8 Abs. 3 DSG) und die gesetzeswidrige Übermittlung von Personendaten ins Ausland (Art. 16 f. DSG) jeweils strafbar. Hinzu kommt neu eine allgemeine Schweigepflicht für alle Berufstätigen, welche vor Inkrafttreten des neuen DSG nur auf besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile beschränkt war.
- 609 Bei allen DSG-Tatbeständen handelt es sich dabei ausschliesslich um Übertretungen, welche gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB mit Busse bis maximal CHF 10'000.– bestraft werden können. Seit Inkrafttreten des revidierten DSG besteht unter gewissen Umständen die Möglichkeit, Bussen über CHF 250'000.– für Privatpersonen bzw. CHF 50'000.– für Unternehmen auszusprechen.<sup>1398</sup> Weiter strafbar ist die vorsätzliche Bekanntgabe von Persönlichkeitsprofilen oder geheimen, besonders schützenswerten Daten, die eine Person in Ausübung ihres Berufes erfahren hat (Art. 62 DSG). Die Relevanz dieser Bestimmungen in der Praxis ist gering, was auch künftig noch so bleiben wird.<sup>1399</sup> Dies liegt daran, dass es sich bei allen Delikten um Antragsdelikte handelt, welche aufgrund des Informationsgefälles zwischen Bearbeitenden und betroffenen Personen ggf. nie zur Anzeige kommen werden. Auch ist der EDÖB nicht anzeigeberechtigt, was eine effektive Strafverfolgung weiterhin erschwert (Art. 30 Abs. 1 StGB). Ausserdem handelt es sich um Vorsatzdelikte, was die Strafbarkeitshürden trotz Erhöhung der angedrohten Bussen weiter hoch setzt.<sup>1400</sup> Das Konzept des DSG, wonach der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Arbeitnehmende das Risiko einer Busse nicht auf sich nehmen

---

<sup>1398</sup> So explizit neu Art. 60 DSG. Die Strafbarkeit des Unternehmens war bislang ausgeschlossen, da Art. 102 Abs. 1 StGB ein Verbrechen oder Vergehen verlangt und es sich bei den Strafnormen des DSG ausschliesslich um Übertretungen handelt (vgl. aber Art. 6 VStrR).

<sup>1399</sup> Vgl. ROSENTHAL in: Passadelis/Rosenthal/Thür, § 7 N 7.37.

<sup>1400</sup> So wurde auf die Pönalisierung fahrlässigen Handelns im Vergleich zum Vorentwurf verzichtet (vgl. WOHLERS in: SHK-DSG, N 5 zu Vorbem. zu Art. 60 ff. DSG).

würden,<sup>1401</sup> könnte dabei künftig durchaus in Frage gestellt werden. Schliesslich haben aufgrund all dieser Hürden auch die kantonalen Staatsanwaltschaften wenig bis keine Erfahrung mit der Bearbeitung solcher Fälle, was die Verfolgung in der Praxis weiter erschwert.<sup>1402</sup>

Für Arbeitgebende relevant sind insbesondere die Strafbestimmungen mit Art. 64 610  
 DSG, wonach auf Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben das Verwaltungs-  
 strafrecht Anwendung findet. Strafbar bleiben dabei jedoch in erster Linie jene  
 Personen, die die Tat verübten (Art. 6 Abs. 1 VStrR). Kommt eine Busse unter  
 CHF 50'000.– in Betracht und kann die tatbegehende Person nur mit unverhältnis-  
 mässigem Aufwand ermittelt werden, so kann neu auch das Unternehmen bestraft  
 werden. Die Bestimmung trifft daher ähnliche bestehende praktische Hürden wie  
 bei der Strafverfolgung natürlicher Personen.<sup>1403</sup>

Weiter enthält das ArG in Art. 59 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 ArG eine Strafnorm, mit 611  
 welcher unter anderem auch die Nichteinhaltung der Anforderungen an die Über-  
 wachung von Angestellten nach Art. 26 ArGV 3 unter Strafandrohung gestellt  
 wird. Auch deren Relevanz ist mit Blick auf die Arbeitsweise der Durchführungs-  
 organe des ArG in der Praxis eher bescheiden.<sup>1404</sup>

Schliesslich enthält das Strafgesetzbuch weitere Tatbestände, die den Privat- und 612  
 Geheimbereich schützen. So ist nach Art. 179<sup>novies</sup> StGB die Beschaffung von nicht  
 öffentlichen besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitspro-  
 filen (Art. 3 lit. c und d DSG) auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder  
 Geldstrafe strafbar. Jedoch bedingt die Beschaffungshandlung die Überwindung  
 einer gewissen Schranke, wobei umstritten ist, ob diese rein technischer Natur sein  
 muss oder auch das Bestechen, Nötigen oder sonstige Überzeugen einer Person  
 ausreicht.<sup>1405</sup> Insoweit ist nicht geklärt, ob z.B. der unrechtmässige Erwerb von  
 Daten bei Dritten den Tatbestand erfüllt.

<sup>1401</sup> Diese Auffassung ist jedoch mit Blick auf das Risiko von innerbetrieblichem Kontrollversagen und den fehlenden Anreiz zur Einführung eines Compliance-Systems aufgrund mangelnder rechtlicher Sanktionen kritisch zu hinterfragen.

<sup>1402</sup> Auch krit. bzgl. der Durchsetzung *MÉTILLE, passim*; *WOHLERS* in: SHK-DSG, N 7 zu Vorbem. zu Art. 60 ff. DSG.

<sup>1403</sup> So wurden Verwaltungssanktionen gemäss Botschaft explizit verworfen (BBl 2017 7057, 7098 ff.).

<sup>1404</sup> Vgl. SECO Bericht Arbeitsinspektion 2021, 14 f. Gemäss diesem meldeten die kantonalen Arbeitsinspektorate für das Jahr 2021 3 Strafurteile und im Jahr 2020 ein einziges Strafurteil im Zusammenhang mit dem ArG.

<sup>1405</sup> Zum Ganzen *RAMEL/VOGELSANG* in: BSK StGB, N 25 ff. zu Art. 179<sup>novies</sup> StGB.

- 613 Weniger relevant, aber ebenfalls dem Datenschutz dienen die Tatbestände zum Schutz privater, nichtöffentlicher Gespräche vor Aufzeichnungen (Art. 179<sup>bis</sup> StGB) sowie die Weitergabe, Auswertung, Aufbewahrung und Bekanntgabe solcher Aufnahmen. Diese Normen sind auch am Arbeitsplatz anwendbar. Ihre Tragweite ist jedoch nicht zu überschätzen. So haben tatbestandsmässige Aufzeichnungen heimlich zu erfolgen, was grundsätzlich nicht der Fall ist, wenn eine Gesprächsaufzeichnung transparent kommuniziert wurde. Denn mit der Nutzung von Arbeitsgeräten in Kenntnis der technischen Aufzeichnung kann zumindest von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden.<sup>1406</sup> Ist die aufzeichnende Person selbst Gesprächsteilnehmerin, so findet die Privilegierung von Art. 179<sup>ter</sup> StGB Anwendung (maximale Freiheitsstrafe von 1 Jahr anstatt 3 Jahren). Schliesslich schränkt Art. 179<sup>quinquies</sup> StGB die Tatbestände ein, indem Aufnahmen ausgenommen sind, die durch die Abonnettin eines Fernmeldeanschlusses im Geschäftsverkehr für Bestellungen, Aufträge oder ähnliche Geschäftsvorfälle gemacht werden.<sup>1407</sup> Da die Norm keinen weitergehenden gesetzlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, schlägt sie m.E. jedoch nicht auf die Bestimmungen des DSG durch. Folglich können mit Art. 179<sup>quinquies</sup> StGB keine Datenbearbeitungen gerechtfertigt werden, die gegen das DSG, OR oder ArG verstossen.<sup>1408</sup>
- 614 Neben dem Schutz des gesprochenen Wortes macht sich auf Antrag gemäss Art. 179<sup>quater</sup> StGB strafbar, wer ohne Einwilligung der betroffenen Person Tatsachen aus dem Privat- oder Geheimbereich mit Aufnahmegeräten beobachtet oder Aufzeichnungen auf Bildträger anfertigt. Anders als bei Art. 179<sup>bis</sup> StGB ist der Gegenstand des geschützten Rechtsguts wesentlich weiter, da der Tatbestand nicht auf Gespräche beschränkt ist, sondern alle dem Geheimbereich zugehörigen Tatsachen erfasst. Darunter fallen auch potenzielle Sachverhalte am Arbeitsplatz, wobei es stark einzelfallabhängig ist, ob eine Tatsache konkret die Privat- oder Geheimsphäre betrifft.<sup>1409</sup>

---

<sup>1406</sup> Vgl. BAUMANN, AJP, 911 ff.

<sup>1407</sup> Problematisch erscheint diesbezüglich, wenn ein Anschluss für geschäftliche und private Zwecke genutzt wird und keine technische Möglichkeit zur Identifizierung solcher Gespräche besteht, sofern nicht auf ihr Inhalt zugegriffen wird.

<sup>1408</sup> Gl. M. RAMEL/VOGELSANG in: BSK StGB, N 2 zu Art. 179<sup>quinquies</sup> StGB.

<sup>1409</sup> Vgl. Urteil des BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.2 (Überwachung eines separaten Kassenraums – zulässig). A.A. RAMEL/VOGELSANG in: BSK StGB, N 13 zu Art. 179<sup>quater</sup> StGB, die den Arbeitsplatz pauschal vom Schutzbereich ausklammern. Hingegen aber auf BGE 118 IV 45 abstellend: PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 51 zu Art. 328b OR.

Schliesslich schützt Art. 179 StGB die schriftliche Korrespondenz. Demnach ist das unberechtigte Öffnen einer Schrift oder Sendung, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, strafbar. Indessen ist unter Berücksichtigung des Wortlauts der Norm nach wie vor ungeklärt, ob oder unter welchen Voraussetzungen elektronische Nachrichten wie E-Mails, Nachrichten in Instant-Messengern oder SMS erfasst werden.<sup>1410</sup> Dies spielt hinsichtlich der Strafbarkeit von Hacking (Art. 143<sup>bis</sup> StGB) ausserhalb von Arbeitsverhältnissen eine eher untergeordnete Rolle, weshalb der Druck aus der Praxis zur Lösung dieses Problems klein bleiben wird. 615

## 2. Zivilprozessuale Implikationen rechtswidrig beschaffter Beweise

In der Praxis öfters anzutreffen sind Fälle, in welchen Arbeitgebende mittels Überwachungen bzw. Auswertung von Daten Kenntnis von vertragswidrigen oder strafbaren Handlungen ihrer Arbeitnehmenden erhalten und als Konsequenz betroffene Arbeitnehmende entlassen. Dies kann sich auch erst nach Aussprechen einer Kündigung im sog. Nachschieben von Kündigungsgründen äussern,<sup>1411</sup> die erst im Anschluss an eine spätere Datenauswertung bekannt wurden. Erfolgte eine Überwachung bzw. Auswertung rechtmässig, so ist dies für die Beweisführung unproblematisch. Hingegen stellt sich die Frage, wie mit rechtswidrig erlangten Beweisen umzugehen ist, da deren Berücksichtigung die objektive Geltung der Datenschutznormen zu untergraben droht. Insbesondere wichtig ist dies bei ausserordentlichen Kündigungen aus wichtigem Grund (Art. 337 OR), weil die kündigende Partei in diesen Fällen für das Vorliegen der Tatsachen für den wichtigen Grund beweisbelastet ist (Art. 8 ZGB) und somit mangels (verwertbarer) Beweise voraussichtlich das Nachsehen im Prozess hat.<sup>1412</sup> 616

Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO unterliegen rechtswidrig erlangte Beweise einem grundsätzlichen Beweismittelverbot. Dies bedeutet, dass das Gericht diese Beweise bei der Entscheidung nicht berücksichtigen darf. Dieser Grundsatz wird von der Ausnahme durchbrochen, dass rechtswidrig erlangte Beweise aufgrund überwie- 617

<sup>1410</sup> Statt vieler: RAMEL/VOGELSANG in: BSK StGB, N 28 ff. zu Art. 179 StGB. Dabei wird besonders diskutiert, wann elektronische Nachrichten als «verschlossen» gelten und was genau dabei die Tathandlung des «Öffnens» erfasst.

<sup>1411</sup> Dies ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich zulässig, wenn der Umstand zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt war und nicht bekannt sein konnte (BGE 142 III 579, E. 4.3).

<sup>1412</sup> Vgl. ETTER/STUCKY in: SHK Arbeitsvertrag, N 92 zu Art. 337 OR; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Oktober 2014, LA140028.

genden Interesses an der Wahrheitsfindung trotzdem berücksichtigt werden können. Es ist also zwischen der Einheit der Rechtsordnung (kein Recht auf Unrecht) und dem durch den Beweis anzustrebenden Ziel abzuwägen.<sup>1413</sup> In der Literatur wird für diese Interessenabwägung besonders auf den Streitwert als Richtgrösse abgestellt,<sup>1414</sup> wobei im Sinne einer Leitlinie die physische und die psychische Integrität materiellen Werten grundsätzlich vorgehen sollen.<sup>1415</sup>

- 618 Bei Eingriffen in die Persönlichkeit ist neben der konkret tangierten persönlichen Sphäre<sup>1416</sup> auch die Intensität des Eingriffs zu berücksichtigen.<sup>1417</sup> Indessen können hier aufgrund der Vielfalt der möglichen Fallkonstellationen über Einzelfälle hinaus keine gehaltvollen abstrakten Aussagen über die Interessenabwägung gemacht werden.<sup>1418</sup> Ungeklärt ist letztlich, ob Art. 152 Abs. 2 ZPO auch eine Fernwirkung für Folgebeweise vorsieht (*Fernwirkung* oder *fruit of the poisonous tree*).<sup>1419</sup>
- 619 Das Bundesgericht hat sich zu Art. 152 Abs. 2 ZPO im Zusammenhang mit privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen bisher selten geäussert.<sup>1420</sup> Grundsätzlich wird für die Ausnahmeregelung in Art. 152 ZPO Zurückhaltung gefordert, wenn Beweismittel durch Eingriffe in die Privatsphäre zu Tage gefördert wurden.<sup>1421</sup> So erachtete das Bundesgericht ein mit einem Vertraulichkeitsvorbehalt versehenes

---

<sup>1413</sup> RÜEDI, Rz. 200 f.; vgl. eingehend GUHL, Rz. 299 ff.

<sup>1414</sup> Vgl. GUYAN in: BSK ZPO, N 13 zu Art. 152 ZPO m.w.H.

<sup>1415</sup> Vgl. BBl 2006 7221, 7321. Vgl. zur *preferred position doctrine* Urteil des US Supreme Court vom 12. November 1937, 302 US319 (1937), *Palko v. Connecticut*, wonach ein Recht kategorisch den Vorzug erhält.

<sup>1416</sup> RÜEDI, Rz. 348; GUYAN in: BSK ZPO, N 14 zu Art. 152 ZPO.

<sup>1417</sup> RÜEDI, Rz. 347. Vgl. GUHL, 341 ff.

<sup>1418</sup> Jedoch sprechen sich einige Autoren für eine generelle Zurückhaltung aus: Vgl. *ibid.*, Rz. 200 f.; LEU in: DIKE ZPO, N 96 zu Art. 152 ZPO.

<sup>1419</sup> Vgl. LEU in: DIKE ZPO, N 76 zu Art. 152 ZPO, und RÜEDI, 369 f. (auf Kausalkette abstellend); GUYAN in: BSK ZPO, N 15 zu Art. 152 ZPO m.H.a. Art. 141 Abs. 4 StPO und die Botschaft zur StPO. Die Lösungsmöglichkeiten reichen von einem sehr strengen (absoluten) Verbot aller Folgebeweise über die Berücksichtigung einer hypothetischen rechtmässigen Erhebung bis hin zur vollständigen Zulässigkeit.

<sup>1420</sup> Gründe hierfür sind, dass das Bundesgericht einerseits wegen des Ermessens der Vorinstanz das Vorliegen eines wichtigen Grundes nur mit Zurückhaltung prüft und andererseits aufgrund der Novenregelung im Zivilprozess selten auf Sachverhaltsrügen eingeht, auch wenn es sich hierbei streng genommen um eine Rechtsfrage handelt (z.B. BGE 130 III 213, E. 3.1).

<sup>1421</sup> BGE 139 II 7, E. 6.4.1 m.w.H.

Schreiben unter Anwälten als Beweis für unzulässig (Art. 12 lit. a BGFA).<sup>1422</sup> Für zulässig erachtete das Bundesgericht hingegen die persönlichkeitsverletzende Observation durch Versicherungsdetektive, da das Interesse des Versicherungskollektivs gegenüber dem Individualinteresse überwiege.<sup>1423</sup> Für unzulässig befand es hingegen wiederum die Verwertung der Überwachungsergebnisse eines Arbeitscomputers eines einzelnen Mitarbeiters über rund 3 Monate mittels Spyware.<sup>1424</sup> Schliesslich hat das Obergericht Zürich in einem aktuelleren Fall die Verwertbarkeit von ehrverletzenden Äusserungen aus Chats verneint, die beim willkürlichen Durchforsten eines Arbeitshandys zum Vorschein kamen.<sup>1425</sup> Insoweit lässt sich in der Rechtsprechung eine relativ strenge Linie erkennen, wenn es um die Zulässigkeit von Beweisen geht, die durch einen Verstoß gegen den Datenschutz erhoben wurden.

### 3. Diskussion und Fazit

Der EGMR anerkennt den Datenschutz als Teil des geschützten Privatlebens bzw. der Korrespondenz. Der Schutzbereich für die positiven Schutzpflichten definiert er stark anhand der Frage der vernünftigen Erwartung von Privatsphäre einer Person im Einzelfall. Dies betrifft je nach betroffener Sphäre auch private Arbeitsverhältnisse. Liegt ein Eingriff in den geschützten Datenschutz vor, verlangt der EGMR grundsätzlich eine Interessenabwägung, welche anhand diverser in der Rechtsprechung festgelegter Kriterien vorzunehmen ist. Wie und inwieweit Verletzungen der Privatsphäre sanktioniert werden müssen, geht aus der Rechtsprechung des EGMR nicht klar hervor, weshalb auf allgemeine Effektivitätserwägungen zurückzugreifen ist. 620

Das Schweizer Recht kennt diverse Normen, die direkt oder indirekt dem Datenschutz am Arbeitsplatz dienen. Hinsichtlich des Schutzzumfangs gelten zunächst 621

<sup>1422</sup> BGE 140 III 6, E. 3.1 f.

<sup>1423</sup> Vgl. zur Zulässigkeit im öffentlichen Sozialversicherungsrecht BGE 143 I 377, E. 5 (mit expliziter Analogie zu Art. 152 Abs. 2 ZPO), bestätigt in BGE 143 IV 387, E. 4.3. Der EGMR hat jedoch in diesem Bereich das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage bemängelt (Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen die Schweiz* vom 18. Oktober 2016 [Nr. 61838/10]).

<sup>1424</sup> Urteil des BGer 8C\_448/2012 vom 13. Januar 2013, E. 6.4.2.

<sup>1425</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2019, LA180031-O/U, 22; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Februar 2019, LA180019, 21 f., wobei im letzteren Fall das Gericht keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zusprach.



die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes unabhängig von einer berechtigten Erwartung der Privatsphäre, wobei diese sich jedoch im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips und Transparenzgebots bei der Erhebung und dem Zweck der Bearbeitung widerspiegelt. Speziell am Arbeitsplatz besteht darüber hinaus ein grundsätzliches Verbot von Datenbearbeitungen, die keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben (Art. 328b OR).

- 622 Schliesslich enthalten das schweizerische öffentliche Recht und das Strafrecht datenschutzrechtliche Schutznormen. Besonders strafrechtliche Normen sind jedoch aufgrund ihrer Tatbestandsvoraussetzungen eher selten auf Sachverhalte am Arbeitsplatz anwendbar. Datenschutz betrifft darüber hinaus auch die kantonalen Arbeitsinspektorate, indem Art. 26 ArGV 3 aus Gründen des Gesundheitsschutzes Überwachungen am Arbeitsplatz einschränkt.
- 623 Eingriffe in die Persönlichkeit im Bereich des Datenschutzes verlangen nach einer gesetzlichen Grundlage, einer Einwilligung oder einer Rechtfertigung (Art. 13 DSG, Art. 28 Abs. 2 ZGB) und unterstehen (insb. bei Fehlen einer Einwilligung und einer gesetzlichen Grundlage) einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Die nachstehende Tabelle stellt die vom EGMR genannten Kriterien für eine Interessenabwägung den Grundsätzen des Datenschutzes in der Schweiz gegenüber.

EGMR	OR/DSG	ArG	StGB
Vorgänge Information über Überwachung (Möglichkeit, Natur, Umfang, Art)	Erkennbarkeit der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 4 DSG)	Recht auf Information und Anhörung (Art. 5 und 6 i.V.m. Art. 26 ArGV 3)	Einwilligung (Art. 179 ff. StGB)
Umfang und Eingriffsintensität	Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. Datensparsamkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG, Art. 26 ArGV 3), Begründung zur Rechtfertigung im Rahmen des DSG (Art. 13 DSG)  Abwägung für Ausnahmen bzgl. des Beweisverwertungsverbots (Art. 152 Abs. 2 ZPO)	Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)	
Zweck einer inhaltlichen Überprüfung von Daten	Grundsatz der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSG)	Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)	
Erforderlichkeit der Massnahmen bzw. ob weniger eingreifende Massnahmen zum selben Ziel geführt hätten	Rechtfertigung der Datenbearbeitung (Art. 13 DSG)	Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)	Notstand/ Notwehr

EGMR	OR/DSG	ArG	StGB
Verhältnismässigkeit der an die Überwachung geknüpften Massnahmen bzw. Verwendung der Ergebnisse	Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG) Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR) Abwägung für Ausnahmen bzgl. des Beweisverwertungsverbots (Art. 152 Abs. 2 ZPO)	Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)	
Sicherheitsmassnahmen für Arbeitnehmende gegen Missbrauch, z.B. durch Information vor Zugriff auf Inhalte	Grundsatz der Erkennbarkeit bzw. Transparenzgebot (Art. 4 Abs. 4 DSG) Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) Grundsätze der Datensicherheit (Art. 7 DSG)	Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)	
Zugang zu Rechtskontrolle	Beseitigungs-/Unterlassungs-/Löschungs-/Berichtigungs- oder Feststellungsklagen nach Art. 5 Abs. 2 und 15 DSG Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR)	Anzeige, Kontrollen (Art. 54 ff. ArG)	Strafanzeige Adhäsionsklage

Anhand der Darstellung lässt sich erkennen, dass auf Stufe Gesetz die vom EGMR geforderten Kriterien für die Interessenabwägungen im geltenden Recht vollständig berücksichtigt werden können. 624

Hinsichtlich der praktischen Umsetzung fällt die Durchsetzung des Datenschutzes am Arbeitsplatz primär in die Hände des Zivilrechts. Insoweit bestehen private Regelungen zunächst auf vertraglicher Stufe und insbesondere auf Weisungsebene (z.B. durch klare Nutzungsreglemente für Arbeitsgeräte mit Datenbezug). Wie in anderen Bereichen ist die Schwelle für die Zusprechung einer Genugtuung im Lichte des Prozesskostenrisikos und der Höhe der Genugtuungssummen vergleichsweise hoch. Die Relevanz der Bestimmungen findet sich daher viel eher im Rahmen einer Beurteilung nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wie bei der zu beurteilenden Missbräuchlichkeit einer Kündigung (Art. 336 OR) oder bzgl. Fehlens eines wichtigen Grundes für eine sofortige Auflösung aus wichtigem Grund (Art. 337 OR). 625

Die Revision des DSG weist aus Sicht des Schutzes der Arbeitnehmenden einige Verbesserungen auf. So wird insbesondere das Prozesskostenrisiko für datenschutzrechtliche Klagen verringert und es werden weitergehende Informationspflichten hinsichtlich der Datenbeschaffung während und vor dem Arbeitsverhältnis eingeräumt. Wie schon im ILO Code of Practice zum Datenschutz enthalten, wird ein Anspruch auf menschliches Gehör eingeführt, was besonders im Bereich der Bewerbung und Kündigung im Lichte stärker automatisierter Entscheide künftig immer wichtiger wird.<sup>1426</sup> Schliesslich erhält auch der EDÖB verstärkte Kontrollkompetenzen, wobei es abzuwarten gilt, ob diese im Lichte seiner beschränkten Mittel in der Praxis auch tatsächlich nützen. Gleiches gilt für den erhöhten Druck zur Compliance in Unternehmen durch Verschärfung der Unternehmensverantwortung im Bereich des Datenschutzes. Im Vergleich zur DSGVO sind die Unternehmensstrafen im DSG nach wie vor vergleichsweise tief. Ob mit diesen Änderungen langfristig auch systematischen Missbrauchsfällen genügsam entgegnet werden kann, bleibt abzuwarten. Auf jeden Fall können die vom EGMR dargelegten Kriterien aufgrund der Weitergeltung der Datenbearbeitungsgrundsätze auch unter dem DSG weiterhin vollständig berücksichtigt werden. 626

Besondere Bedeutung beim Datenschutz am Arbeitsplatz erhalten darüber hinaus die Bestimmungen im Rahmen des Beweisverwertungsverbots in Art. 152 Abs. 2 ZPO. So werden rechtswidrig beschaffte Beweise insb. im Zivilprozess grundsätzlich nicht berücksichtigt. Dies ist besonders im Falle von Kündigungen 627

---

<sup>1426</sup> ILO Privacy Code of Practice, Nr. 5.5. Vgl. auch die Ausführungen dazu ILO Working Paper 62, 46 ff.

relevant, die aufgrund von Tatsachen ausgesprochen wurden, die aufgrund persönlichkeitsverletzender Datenbearbeitungen zu Tage gefördert wurden. Dabei findet im Ergebnis eine doppelte Interessenabwägung statt: einmal im Rahmen der allfälligen Rechtfertigung der Datenbearbeitung und einmal bei der ausnahmsweisen Berücksichtigung des Beweismittels nach Art. 152 ZPO. Im Fokus der Rechtfertigung nach Art. 13 DSG steht die Interessenabwägung zwischen Art und Weise und Zweck der Datenbearbeitung (bzw. Erhebung) und dem Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person, während im Rahmen von Art. 152 ZPO das Interesse am prozessualen Beweis (bzw. an der Findung der materiellen Wahrheit) diesen Persönlichkeitsrechten gegenübersteht.<sup>1427</sup>

- 628 Da die Rechtsprechung des EGMR noch keine klaren Vorgaben an die Rechtsfolgen unrechtmässiger Datenbearbeitungen im Arbeitsverhältnis enthält bzw. die bestehenden Andeutungen in Richtung eines Beweisverbots tendieren, erweisen sich die Entschädigungsfolgen im Falle einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sowie das Beweisverwertungsverbot als genügend flexibel, um der künftigen Rechtsprechung zumindest mittelfristig ausreichend Rechnung tragen zu können.<sup>1428</sup>

---

<sup>1427</sup> Vgl. auch RÜEDI, Rz. 200 f.

<sup>1428</sup> Vgl. jedoch hingegen bzgl. des vorvertraglichen Schutzes im Bereich des Diskriminierungsrechts oben Rz. 535 ff.

---

## Schutz des Familienlebens

Familie ist wohl weltweit nach wie vor ein wichtiger Ankerpunkt unserer gesellschaftlichen Struktur. Das Leben, die Werte und Erwartungen in diesem Mikrosystem haben einen weitreichenden Einfluss auf die Gesellschaft als Ganzes und insbesondere auch das Erwerbsleben. So stehen beispielsweise Erwerbstätigkeit und Pflege Angehöriger und Kinder allein schon aus Zeit- und monetären Gründen in einem gewissen Spannungsverhältnis.<sup>1429</sup> Auch hat sich das Familienbild durch diverse gesellschaftliche Wandlungen drastisch verändert, von der sozial erhöhten Akzeptanz der Scheidung oder Duldung nichtverheirateter Paare bis hin zur Leihmutterchaft und zur Öffnung der Ehe und Adoption für gleichgeschlechtliche Paare. 629

Das Recht auf Achtung des Familienlebens steht lediglich Mitgliedern einer Familie im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK zu. Der Familienbegriff ist gemäss Rechtsprechung des EGMR jedoch weit und umfasst alle faktisch gelebten Beziehungen, unabhängig von Geschlecht oder biologischer bzw. genetischer Abstammung.<sup>1430</sup> 630

Auf globaler Ebene enthält die ILO-Konvention 156 Bestimmungen zum Familien- und Berufsleben. 45 Staaten haben diese Konvention ratifiziert, wobei die Schweiz nicht dazu gehört.<sup>1431</sup> Die Konvention verpflichtet die Ratifikationsstaaten, dafür zu sorgen, dass Personen mit Familienpflichten die Möglichkeit haben, ihr Recht auf Erwerbstätigkeit auszuüben, ohne diskriminiert zu werden, und sie dies soweit möglich ohne Konflikte zwischen ihren beruflichen und familiären Pflichten tun können. 631

---

<sup>1429</sup> Vgl. hierzu die ILO-Empfehlung 123 Schutz von «Frauen mit Familienpflichten» wie auch z.B. Art. 11 lit. j ILO-Konvention 181 über private Arbeitsvermittler, welcher explizit die Normierung eines Elternschutzes enthält.

<sup>1430</sup> Vgl. z.B. für homosexuelle Paare Urteil des EGMR *Vallianatos und andere gegen Griechenland* vom 7. November 2013 (Nr. 29381/09, 32684/09), § 73.

<sup>1431</sup> Stand: 30. Dezember 2022.

## I. Rechtsprechung des EGMR

### 1. Familienleben im Allgemeinen

- 632 Zum Verhältnis von Familienleben und Arbeitspflichten hat sich der EGMR insbesondere im Zusammenhang mit Anstellungen durch die Kirche ausgesprochen. In diesen Fällen verlangten die Arbeitgebenden von ihren Arbeitnehmenden, dass sie ein den kirchlichen Vorstellungen entsprechendes Familien- und Lebensbild zu pflegen haben.
- 633 Im Urteil *Obst*<sup>1432</sup> hatte der Direktor für Öffentlichkeitsarbeit der mormonischen Kirche sich von seiner Frau getrennt und unterhielt eine aussereheliche romantische Beziehung. Als seine Arbeitgeberin davon erfuhr, kündigte sie seine Anstellung fristlos. Der Beschwerdeführer unterlag im anschliessenden nationalen Zivilverfahren und erhob Beschwerde an den EGMR. Der EGMR gestand dem Staat einen weiten Ermessensspielraum zu.<sup>1433</sup> Dennoch prüfte er, ob die Arbeitsgerichte in diesem Lichte einen fairen Interessenausgleich erzielten und insbesondere ob der Arbeitsvertrag dem Beschwerdeführer unzumutbare Verpflichtungen auferlegte.<sup>1434</sup> Schliesslich gewichtete der EGMR das Interesse am Schutz der Glaubwürdigkeit und des Ansehens der Kirche im Lichte der Position des Beschwerdeführers und seinen erhöhten Treuepflichten höher als das Recht des Beschwerdeführers auf ein ungestörtes Privat- und Familienleben. Dabei spiele es für den EGMR keine Rolle, dass die fraglichen Umstände in der Öffentlichkeit nie aufgegriffen bzw. publik worden seien.<sup>1435</sup>
- 634 Im Urteil *Schüth*<sup>1436</sup> stellte sich ein ähnliches Problem. Ein Organist und Chorleiter der katholischen Kirche pflegte eine aussereheliche romantische Beziehung zu einer Frau und erwartete mit dieser ein Kind. Der EGMR erwog, dass aufgrund des Steuersystems in Deutschland die Arbeitgeberin in jedem Fall Kenntnis vom ausserehelichen Kind genommen hätte.<sup>1437</sup> Darüber hinaus hätten die nationalen Gerichte lediglich das Interesse der Kirche mit jenem der Aufrechterhaltung der Anstellung des Beschwerdeführers abgewogen und das Recht auf Familienleben des Beschwerdeführers völlig unberücksichtigt gelassen. Im Kontrast zum Fall

---

<sup>1432</sup> Urteil des EGMR *Obst gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 425/03).

<sup>1433</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>1434</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>1435</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>1436</sup> Urteil des EGMR *Schüth gegen Deutschland* vom 23. September 2010 (Nr. 1620/03).

<sup>1437</sup> *Ibid.*, § 67.

*Obst* unterstehe der Beschwerdeführer hier keiner erhöhten Loyalitätspflicht, womit die Zulässigkeit eines vertraglichen Verzichts auf Scheidung oder Trennung übermässig sei.<sup>1438</sup> Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer als Kirchenmusiker es schwer haben würde, ausserhalb von Kirchen eine Anstellung zu finden.<sup>1439</sup> Der EGMR stellte daher eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, da kein fairer Interessenausgleich erzielt wurde.

Schliesslich hatte der EGMR im Urteil *Fernández Martínez*<sup>1440</sup> die Nichtverlängerung eines Anstellungsvertrags eines katholischen Religionslehrers an einer Mittelschule zu beurteilen. Der Beschwerdeführer stellte beim Heiligen Stuhl einen Antrag auf Dispens vom Zölibat, welches unbeantwortet blieb. Er heiratete daraufhin eine Frau, mit welcher er fünf Kinder zeugte. Nach Erscheinen von Zeitungsartikeln über Priester (darunter der Beschwerdeführer), die sich gegen das Zölibat aussprechen, hiess der Papst dreizehn Jahre nach Gesuchstellung sein Gesuch gut und entthob ihn seiner kirchlichen Rechte und Pflichten. Daraufhin wurde sein Anstellungsvertrag als Religionslehrer von der Schule nicht erneuert. Der Beschwerdeführer war danach für rund 2 Jahre arbeitslos und fand später eine Anstellung bis zu seiner Pensionierung.<sup>1441</sup> Der EGMR hielt fest, dass auf die vorliegende Nichtverlängerung eines befristeten Vertrags die Grundsätze zum Kündigungsschutz anwendbar seien. Er erwog, dass der Beschwerdeführer als Religionslehrer einer erhöhten Loyalitätspflicht unterstanden habe.<sup>1442</sup> Die mediale Aufmerksamkeit und offene Kritik gegenüber der Kirche sei mit dieser nicht vereinbar, insbesondere weil der Beschwerdeführer jüngere Personen unterrichtet habe, die stärker beeinflussbar seien.<sup>1443</sup> Die nationalen Gerichte hätten im Ergeb-

---

<sup>1438</sup> Ibid., § 71.

<sup>1439</sup> Ibid., § 73.

<sup>1440</sup> Urteil des EGMR *Fernández Martínez gegen Spanien* vom 12. Juni 2014 (Nr. 56030/07).

<sup>1441</sup> Ibid., § 21.

<sup>1442</sup> Ibid., § 135.

<sup>1443</sup> Ibid., § 137, 142.



nis alle relevanten Faktoren berücksichtigt, weshalb der EGMR mit 9 zu 8 Stimmen keine Verletzung von Art. 8 EMRK feststellte.<sup>1444</sup>

## 2. Elternurlaub

- 636 Die Rechtsprechung des EGMR zum Elternurlaub tangiert private Arbeitsverhältnisse lediglich am Rande, da die vor dem EGMR vorgebrachten Fälle primär Ansprüche aus Sozialversicherungen oder Ansprüche auf Beurlaubung in öffentlich-rechtlichen Anstellungen betreffen. Nichtsdestotrotz betreffen sie private Arbeitsverhältnisse in nicht unerheblicher Weise, da Elternurlaub regelmässig eine Freistellung unter Freihaltung einer Arbeitsstelle bedeutet. Daher können Elternurlaubsansprüche – je nach Ausgestaltung – potenziell auch in den Bereich der positiven Schutzpflichten fallen.
- 637 Der EGMR anerkannte bislang keinen Anspruch auf Elternurlaub aus Art. 8 EMRK.<sup>1445</sup> Indessen verlangt er eine diskriminierungsfreie Implementierung eines Elternurlaubs, sollte ein Staat einen solchen vorsehen. Dabei unterscheidet der EGMR zwischen Mutterschaftsurlaub (*maternity leave*), welcher der Erholung der Mutter und dem allfälligen Stillen des Kindes dient, und dem Elternurlaub (*parental leave*), welcher der persönlichen Betreuung des Kindes im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub dienen soll.<sup>1446</sup>
- 638 Im Fall *Petrovic*<sup>1447</sup> einigten sich die Eltern eines Kindes, dass die Kindesmutter weiterhin ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen soll und der Kindsvater sich um die Betreuung des gemeinsamen Kindes kümmern sollte. Das damals im Jahr 1989 anwendbare Recht sah vor, dass Mütter ein 8-wöchiges Wochengeld beanspru-

---

<sup>1444</sup> Das Urteil erging indessen äusserst knapp mit 9 gegen 8 Stimmen. In der abweichenden Meinung der Richter\*Innen, Spielmann, Sajó, Karakaş, Lemmens, Jäderblom, Vehabović, Dedov und Saiz Arnaiz § 12 ff. und 29 ff. vertraten die Richter\*Innen die Auffassung, dass es sich um einen staatlichen Eingriff gehandelt habe, der im Ergebnis nicht verhältnismässig sei. Vgl. zur ähnlichen Frage der allgemeinen Treuepflicht bzgl. Meinungsäusserung gegen die Arbeitgebende aus der jüngeren Rechtsprechung Unzulässigkeitsentscheid des EGMR *Nóbrega gegen Portugal* vom 18. Oktober 2022 (Nr. 24955/15), § 22; Urteil des EGMR *Fragoso Dacosta gegen Spanien* vom 5. Juni 2023 (Nr. 27926/21).

<sup>1445</sup> Urteil des EGMR *Konstantin Markin gegen die Russische Föderation* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06), § 130.

<sup>1446</sup> Urteil des EGMR *Petrovic gegen Österreich* vom 27. März 1998 (Nr. 20458/92), § 36. Vgl. auch JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1698.

<sup>1447</sup> Urteil des EGMR *Petrovic gegen Österreich* vom 27. März 1998 (Nr. 20458/92).

chen können und danach Anspruch auf eine Entschädigung (Karenzurlaubsgeld) während eines einjährigen Elternurlaubs haben. Die österreichischen Behörden verweigerten dem Vater die Zahlung eines Karenzurlaubsgeldes, da dieses von Gesetzes wegen nur Müttern zustehe.<sup>1448</sup> Diese Regelung wurde im darauffolgenden Jahr angepasst. Der EGMR stellte diesbezüglich keine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK fest, da das österreichische Recht bereits damals als progressiv galt und die gesetzliche Lage kurz darauf änderte und somit an die gesellschaftlichen Gegebenheiten bereits angepasst wurde.<sup>1449</sup>

In einem ähnlichen Fall *Konstantin Markin*<sup>1450</sup> war der Beschwerdeführer als alleinerziehender Vater bei der Armee angestellt. Obschon gemäss anwendbarem russischem Recht Mütter Anspruch auf drei Jahre Elternurlaub hatten, wurde ihm dieser von den russischen Gerichten verweigert, weil er ein Mann sei und diese Ungleichbehandlung wegen des Sonderstatusverhältnisses im Militär gerechtfertigt werden könne.<sup>1451</sup> Der EGMR verwies auf die Ausnahme im Fall *Petrovic* sowie die ILO-Konvention 111 und dass sich mittlerweile die Situation in Europa stark verändert habe. So gewährten die meisten europäischen Staaten Elternurlaub für beide Elternteile, wobei der EGMR auf die Regelungen einer Vielzahl europäischer Staaten verwies.<sup>1452</sup> Indessen anerkannte der EGMR aufgrund der unterschiedlichen Ansätze der Konventionsstaaten einen weiten Ermessensspielraum, insbesondere weil der Fall auch das Militär und somit die nationale Sicherheit betraf.<sup>1453</sup> Eine Begründung einer geschlechterbezogenen Ungleichbehandlung darf laut EGMR in diesem Bereich jedoch nicht nur mit Tradition, sozialen Gegebenheiten oder stereotypen Rollenbildern begründet werden, da sie diese dadurch perpetuieren.<sup>1454</sup> Folglich stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK fest.

639

---

<sup>1448</sup> Ibid., § 9.

<sup>1449</sup> Ibid., § 41.

<sup>1450</sup> Urteil des EGMR *Konstantin Markin gegen die Russische Föderation* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06).

<sup>1451</sup> Ibid., § 98 ff.

<sup>1452</sup> Ibid., § 140; vgl. auch insb. zum Erwerbsersatz JUNGHANSS, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1796 ff.

<sup>1453</sup> Ibid., § 126.

<sup>1454</sup> Ibid., § 128, 143.

640 Sehr ähnliche Erwägungen machte der EGMR im Urteil *Gruba und andere*<sup>1455</sup>, wo sich dieselbe Frage bei drei Angestellten der Polizei stellte, denen kein Anspruch auf Elternurlaub gewährt wurde, obschon sie tatsächlich für die Betreuung des Kindes zuständig waren und die Kindesmütter einer Erwerbstätigkeit nachgingen bzw. aus gesundheitlichen Gründen dazu nicht in der Lage waren.<sup>1456</sup> So sah das russische Recht vor, dass weibliche Angestellte voraussetzungslos Elternurlaub beziehen können, während Männer nur Anspruch auf einen solchen haben, wenn die Kindesmutter nicht für die Betreuung des Kindes aufkommen kann.<sup>1457</sup> Der EGMR verwarf das Argument der Regierung, die Ungleichbehandlung sei durch die Aufrechterhaltung der Funktionalität der Polizei notwendig, weil die Regelung überhaupt keine Unterscheidung hinsichtlich der konkreten Funktion der einzelnen betroffenen Personen im Polizeikorps zuliess.<sup>1458</sup> Er stellte daher eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK fest.

### 3. Zusammenfassung

641 Der EGMR anerkennt explizit für kirchliche Arbeitsverhältnisse eine erhöhte Treuepflicht, mit der sich ausnahmsweise weitergehende Beschränkungen des Privat- bzw. Familienlebens rechtfertigen lassen. Gemäss Rechtsprechung des EGMR hängt dies von der Art des Betriebs sowie der Position der fraglichen Arbeitnehmenden ab. Ob an dieser Rechtsprechung künftig noch festgehalten wird, ist angesichts des knappen letzten Urteils im Fall *Fernández Martínez* und der dort zu findenden abweichenden Meinungen jedoch unklar.

642 Weiter geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass Art. 8 EMRK zwar keinen Anspruch auf Elternurlaub vermittelt, dieser aber – sofern vorgesehen – diskriminierungsfrei ausgestaltet werden muss. Dies hat im Lichte des allgemeinen Diskriminierungsschutzes oben<sup>1459</sup> klarerweise nicht nur die gesetzliche Regelung zu betreffen, sondern auch allfällige Vereinbarungen über Elternurlaube, so z.B. im Rahmen von Individual- und Gesamtarbeitsverträgen. Dabei unterscheidet der EGMR zwischen Elternurlaub und Mutterschaftsurlaub, wobei Letzterer offenbar keiner solchen Einschränkung untersteht. Die genaue Ausgestaltung eines Eltern-

---

<sup>1455</sup> Urteil des EGMR *Gruba und andere gegen die Russische Föderation* vom 6. Juli 2021 (Nr. 66180/09 et al.).

<sup>1456</sup> *Ibid.*, § 5 ff.

<sup>1457</sup> *Ibid.*, § 58 ff.

<sup>1458</sup> *Ibid.*, § 87 ff.

<sup>1459</sup> Vgl. auch oben Rz. 467 ff.

urlaubs ist jedoch in den Staaten sehr unterschiedlich, so insbesondere bezüglich der Dauer und der Frage einer Entschädigung bzw. eines Erwerbssersatzes.<sup>1460</sup> Es liegt kein europäischer Konsens vor, weshalb die Staaten einen weiteren Ermessensspielraum haben. Daher ist m.E. auch in naher Zukunft nicht mit einer Pflicht zur Einführung eines Elternurlaubs durch den EGMR zu rechnen.

## II. Umsetzung in Schweizer Recht und Praxis

### 1. Familienleben

Die Frage des Familienlebens kann in verschiedenen Phasen des Arbeitsverhältnisses relevant sein. Die Grundzüge der privatrechtlichen Regelung in der Schweiz entsprechen weitgehend auch jenen des Schutzes des äusseren Erscheinungsbildes und des Diskriminierungsschutzes. So wird im Rahmen des vorvertraglichen Datenschutzes die Zulässigkeit von Datenbearbeitungen auf für das Arbeitsverhältnis relevante Daten eingeschränkt (Art. 328b OR).<sup>1461</sup> Abhängig von der anzutretenden Stelle und Position kann dies in begründeten Ausnahmefällen auch Aspekte des Privat- und Familienlebens betreffen. Besonders hinsichtlich der Anstellungsdiskriminierung aufgrund möglicher oder bestehender Schwangerschaften<sup>1462</sup> oder stigmatisierender Rollenbilder hinsichtlich der Betreuung von Kindern<sup>1463</sup> besteht überdies bei geschlechterdiskriminierender Nichtanstellung gemäss Gleichstellungsgesetz ein Anspruch auf 3 Monate des Durchschnittsgehalts der anzutretenden Stelle (Art. 5 Abs. 2 GlG).<sup>1464</sup> Schliesslich gilt es zu beachten, dass diverse Daten zwangsläufig an die Arbeitgebende gelangen, so z.B. für die Auszahlung von Familienzulagen, die Berechnung der Sozialbeiträge oder auch die Abrechnung von Quellensteuer, was erhöhte Sensibilität in diesen Bereichen fordert.

<sup>1460</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im Urteil des EGMR *Konstantin Markin gegen die Russische Föderation* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06), § 140.

<sup>1461</sup> Vgl. oben Rz. 507 ff.

<sup>1462</sup> Vgl. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz ZH, Verfahren 21/2020 (nachträgliche Absage wegen Offenbarung einer Schwangerschaft). Vgl. hierzu aber auch Urteil des BGer 4A\_594/2018 vom 6. Juni 2019 (Bejahung einer Offenlegungspflicht beim Vorliegen besonderer Umstände).

<sup>1463</sup> Vgl. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz ZH, Verfahren 28/2017 (diskriminierende Nichtanstellung wegen Eigenschaft als Mutter).

<sup>1464</sup> Vgl. auch oben Rz. 526.

- 644 Während der Anstellung setzt der Persönlichkeitsschutz im Rahmen der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR dem allgemeinen Weisungsrecht der Arbeitgebenden nach Art. 321d OR Grenzen. Verlangt die Art des Anstellungsverhältnisses eine erhöhte Treuepflicht seitens der Arbeitnehmenden nach Art. 321a OR, so kann diese besonders auch ausserbetriebliche Lebensbereiche erfassen, was vertragliche Vereinbarungen und Weisungen für das Verhalten ausserhalb der Arbeit ausnahmsweise zulässig macht. Dies ist insb. der Fall bei *Tendensträgern*, die einen Tendenzbetrieb repräsentieren, welcher geistig-ideelle Ziele verfolgt.<sup>1465</sup> Ähnliche Erwägungen lassen sich hinsichtlich vertraglicher Vereinbarungen im Hinblick auf eine solche Stelle im Lichte von Art. 19 f. OR (Sittenwidrigkeit) und Art. 27 ZGB (Unverbindlichkeit übermässiger Bindung) machen. So sind vertragliche Vereinbarungen betreffend die Ehe, Kinderwünsche o.Ä. im Regelfall sittenwidrig und somit unwirksam.<sup>1466</sup>
- 645 Wird die Treuepflicht durch eine Arbeitnehmende verletzt, so steht der Arbeitgebenden neben informellen Abmahnungen oder Verweisen zunächst die Möglichkeit der ordentlichen oder in schwereren Fällen der ausserordentlichen fristlosen Kündigung offen. Darüber hinaus kann sie Ansprüche auf Schadenersatz erheben (Art. 321e OR), auf Erfüllung klagen oder allenfalls weitere Disziplinar-massnahmen auf Basis des Arbeitsvertrags oder genehmigten Betriebsreglements anordnen.<sup>1467</sup>
- 646 Erfolgt die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der behaupteten Verletzung einer nicht bestehenden Loyalitätspflicht, so kann dies deren Missbräuchlichkeit begründen. In Frage kommen insbesondere der Grund der persönlichen Eigenschaft bzw. der Ausübung verfassungsmässiger Rechte (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).<sup>1468</sup> Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung führt zur Entschädigungspflicht der Arbeitgebenden im Umfang von bis zu 6 Monatslöhnen.<sup>1469</sup>

---

<sup>1465</sup> Vgl. PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 10 zu Art. 321a OR.

<sup>1466</sup> Vgl. hierzu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 660a m.w.H. Zu nennen sind z.B. Zölibatsklauseln, Konfessions- und Staatsangehörigkeitswechsel, Empfängnisverhütung, Organspenden, Körperverletzungen oder andere schwere Persönlichkeitsverletzungen.

<sup>1467</sup> In den letzteren beiden Fällen ist indessen fraglich, ob angesichts der beruflichen Stellung und des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses dann überhaupt noch in Frage kommt.

<sup>1468</sup> Darunter fällt auch das Recht auf Gründung einer Familie, welches durch Art. 14 BV garantiert wird.

<sup>1469</sup> Vgl. oben Rz. 304 ff.

Darüber hinaus bestehen diverse Normen, die eine Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bezwecken. So besteht beispielsweise nach Art. 36 ArG eine Pflicht der Arbeitgebenden zur Rücksichtnahme bezüglich der Arbeits- und Ruhezeiten von Arbeitnehmenden mit Kindern unter 15 Jahren (Abs. 1) sowie ein Anspruch auf Urlaub zur Pflege von Angehörigen (Abs. 3). Weiter können Arbeitnehmende mit Betreuungspflichten für Überzeitarbeit nur mit ihrem Einverständnis hinzugezogen werden. Schliesslich haben sie Anspruch auf eine Mittagspause von bis zu 1 ½ Stunden (Abs. 2). 647

Im Ergebnis spiegelt die Regelung in der Schweiz die Rechtsprechung des EGMR im Bereich der Tendenzbetriebe vollständig wider. So bestehen namentlich weitergehende Treuepflichten nur dann, wenn diese einem ideellen Zweck der Arbeitgebenden entspringen und im Lichte der Position der Arbeitnehmenden gerechtfertigt erscheinen. Eine mögliche Änderung dieser Rechtsprechung könnte anhand der bestehenden Gesetzeslage nachvollzogen werden. Folglich ist eine indirekte Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR in diesen Bereichen ohne weiteres möglich und bedarf somit keiner Anpassungen.<sup>1470</sup> 648

## 2. Elternurlaub

Die Schweiz kennt grundsätzlich keinen gesetzlichen Elternurlaub, sondern lediglich einen Mutterschafts- und einen Vaterschaftsurlaub. Der gesetzliche Mutterschaftsurlaub gemäss Art. 329f OR dauert 14 Wochen (bzw. 98 Tage), während der Vaterschaftsurlaub 2 Wochen (bzw. 14 Tage) dauert (Art. 329g OR). Beide Urlaube umfassen einen Anspruch auf (sozialversicherungsrechtlichen) Erwerbsersatz gemäss Erwerbsersatzordnung (EO), welcher 80 % des Lohns und maximal CHF 220.– pro Tag beträgt (Art. 16e f. und 16l EOG). Schliesslich sieht das Gesetz einen Anspruch auf ein Taggeld vor, wenn Eltern für die Betreuung schwer beeinträchtigter Kinder ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, wobei dieser Anspruch – anders als Mutter- und Vaterschaftsurlaub – unter den Eltern frei aufgeteilt werden kann (Art. 16q Abs. 4 EOG). 649

---

<sup>1470</sup> Zur allgemeinen mittelbaren Drittwirkung über Art. 328 OR PORTMANN/RUDOLPH in: BSK OR, N 4 f. zu Art. 328 OR. Bezüglich Art. 336 OR hat das Bundesgericht jedoch festgehalten, dass der Begriff des verfassungsmässigen Rechts eng auszulegen sei, weil nicht jeder Schutzbereich eines Verfassungsrechts gleichzeitig eine Berücksichtigung im Privatverhältnis verlangen könne (Urteil des BGER 4C.72/2002 vom 22. April 2002, E. 2a f.).

650 Da grundsätzlich kein Elternurlaub existiert, kann an dieser Stelle lediglich gefragt werden, ob der 14-wöchige Mutterschaftsurlaub als teilweiser Elternurlaub qualifiziert werden könnte. Dies ist m.E. jedoch nicht der Fall. Einerseits räumt der EGMR in diesem Bereich ein weites Ermessen ein, womit die Qualifikation zwischen Mutterschafts- und Elternurlaub kaum wochengenau vom EGMR beurteilt werden kann. Andererseits zeigen Studien, dass die Gewährung eines Mutterschaftsurlaubs ähnlicher Dauer nachweislich förderlich für die Gesundheit von Mutter und Kind ist.<sup>1471</sup> Ähnliche Erwägungen können schliesslich hinsichtlich der Unterstützungs- und Betreuungsfunktion des Vaterschaftsurlaubs gemacht werden, welcher im Übrigen auch der EU-Richtlinie (EU) 2019/1158 entspricht. Daher besteht m.E. keine Notwendigkeit für Anpassungen zur Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich.

---

<sup>1471</sup> Vgl. NANDI et al., *passim*; ANDRES et al., *passim*, wonach eine Korrelation zwischen Mutterschaftsurlaub, Mutterschaftsentschädigung und der Kindersterblichkeitsrate sowie dem allgemeinen Wohlbefinden der Mutter besteht.

---

## Schutz der Wohnung

Während ein grosser Teil der Rechtsprechung des EGMR zum Schutz der Wohnung (*home, domicile*) sich mit Hausdurchsuchungen befasst,<sup>1472</sup> gibt es nur wenige Fälle zum Schutz der Wohnung im Zusammenhang mit positiven Schutzpflichten. So anerkannte der EGMR einige Pflichten im Bereich des Lärmschutzes vor Nachbarn.<sup>1473</sup> Von Relevanz sind dabei zwar jeweils die Informations- und Regulierungspflichten im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gesundheitsschutz.<sup>1474</sup> Jedoch setzen sich diese Fälle nicht mit dem Schutz der Wohnung im Kontext von Arbeitsverhältnissen auseinander oder sind in ihrem Gehalt auf diese nicht sinnvoll übertragbar. 651

Der EGMR erkennt zwar, dass der Arbeitsplatz als Teil der unter Art. 8 EMRK geschützten Wohnung fällt. Jedoch ging es dabei bislang um staatliche Eingriffe in diese geschützte Sphäre<sup>1475</sup> und im Falle privater Übergriffe eher um strafbares nötigendes Verhalten als um Arbeitsverhältnisse.<sup>1476</sup> Mangels relevanter Rechtsprechung ist der Schutz der Wohnung daher für die vorliegende Abhandlung offenzulassen. 652

---

<sup>1472</sup> Vgl. exemplarisch Urteil des EGMR *Dragan Petrovic gegen Serbien* vom 14. April 2020 (Nr. 75229/10), § 74 ff.

<sup>1473</sup> So z.B. durch Lärmemissionen von Nachtclubs (vgl. Urteil des EGMR *Moreno Gómez gegen Spanien* vom 16. November 2004 [Nr. 4143/02]).

<sup>1474</sup> Vgl. oben Rz. 388 ff.

<sup>1475</sup> Vgl. Urteil des EGMR *Niemietz gegen Deutschland* vom 16. Dezember 1992 (Nr. 13710/88), § 29 ff.

<sup>1476</sup> Vgl. jedoch Urteil des EGMR *Surugiu gegen Rumänien* vom 20. April 2004 (Nr. 48995/99). Der Beschwerdeführer wurde von einer Privatperson inner- und ausserhalb seiner Wohnung von einer anderen Person drangsaliert. Diese erhielt für diese Übergriffe lediglich eine Busse von umgerechnet EUR 4.–. Der EGMR sah im fehlenden Schutz eine Verletzung des Rechts auf Achtung der Wohnung nach Art. 8 EMRK.





---

## Fazit und Handlungsempfehlungen

Aus dem vorliegenden Teil geht hervor, dass der EGMR Schutzpflichten in diversen Lebensbereichen des Arbeitsrechts im Rahmen von Art. 8 EMRK anerkennt. So bestehen zunächst Anforderungen an den **Kündigungsschutz** in privaten Arbeitsverhältnissen. Demnach müssen die Konventionsstaaten angemessene abschreckende Massnahmen gegen Kündigungen vorsehen, die aufgrund der Kündigungsgründe oder der Auswirkungen einer Kündigung Verletzungen des nach Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens darstellen. Dabei muss grundsätzlich kein Anspruch auf Wiederanstellung bzw. Aufhebung einer Kündigung eingeräumt werden, sondern es reicht eine Entschädigungspflicht bei konventionswidriger Kündigung.<sup>1477</sup> 653

Die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes in der Schweiz gestaltet sich mit den Vorschriften zur missbräuchlichen, zur ungerechtfertigten fristlosen und zur geschlechterdiskriminierenden Kündigung als auch zu den Sperrfristen für Kündigungen als grundsätzlich EMRK-konform. So ist insbesondere die Entschädigungslösung für missbräuchliche oder ungerechtfertigt fristlose Entlassungen konzeptuell nicht zu beanstanden. Die Normen sind schliesslich auch dergestalt, dass sie eine Auslegung unter Berücksichtigung der aktuellen sowie absehbaren künftigen Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK vollständig zulassen. 654

Bei sehr tiefen oder symbolischen Löhnen weist die Schweizer Regelung mit dem Abstellen auf den Lohn als Bemessungsgrenze für den Entschädigungsanspruch Mängel auf, weil u.U. keine genügend abschreckende Sanktion besteht. In Härtefällen lässt das Bundesgericht es daher zu, zusätzlich zur Entschädigung eine Genugtuung zuzusprechen. Diese muss eine Verletzung von Art. 8 EMRK in diesen Fällen in Grundsatz und Höhe berücksichtigen. Indessen kann die mit der Genugtuung entstehende Rechtsunsicherheit den Zugang zur Justiz praktisch erschweren. Es ist daher empfehlenswert, mit einer Gesetzesänderung in diesem Bereich klare Verhältnisse zu schaffen. Dies könnte z.B. durch Einführung eines Minimums für die gesetzlichen Entschädigungen oder einer Härtefallklausel geschehen, die eine Abweichung von dieser Plafonierung zulassen würde. Schliesslich denkbar wäre es auch, gänzlich von der Bemessungsgrundlage in Monatslöhnen wegzukommen (so z.B. durch eine vollständige Ermessensentschädigung ohne Plafonierung oder 655

---

<sup>1477</sup> Vgl. oben Rz. 277.

eine Vervielfachung des erlittenen Schadens) und/oder den diesen Normen inhärente Pönalcharakter vom tatsächlich entstandenen Schaden zu trennen.<sup>1478</sup>

- 656 Im Bereich des **Schutzes der Gesundheit und der Sicherheit** am Arbeitsplatz anerkennt der EGMR einerseits Schutzpflichten bei akuter Fremdgefährdung, andererseits auch **Pflichten zur nachträglichen Ermittlung**. Die Einhaltung dieser Pflichten wird durch den im Schweizer Recht vorgesehenen präventiven (insb. PolG) und repressiven (insb. StPO) Schutz gewährleistet und hängt letztlich weitgehend von deren Umsetzung im Einzelfall ab. Arbeitgebende haben in Gefährdungssituationen im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht ebenfalls die Pflicht zur Erreichung der zumutbaren Hilfe. Aus diesen Gründen besteht auf legislativer Ebene kein offensichtlicher Handlungsbedarf. Weiter wurde gezeigt, dass der EGMR im Falle bestimmter schwerer Verletzungen des Privatlebens **strafrechtliche Sanktionen** verlangt, so insbesondere bei vorsätzlichen Angriffen auf die körperliche Integrität oder das Leben. Die Analyse hat dabei ergeben, dass das Schweizer Strafrecht in materieller Hinsicht diese Anforderungen erfüllt und weitestgehend von der konventionskonformen Umsetzung in der Praxis abhängt.<sup>1479</sup>
- 657 Ein wichtiger Grundpfeiler für die Sicherheit am Arbeitsplatz ist für den EGMR die Schaffung der Möglichkeit zur Wahrnehmung der Eigenverantwortung durch Arbeitnehmende. Daher anerkennt der EGMR zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität **Informationspflichten** hinsichtlich Gesundheitsgefahren am Arbeitsplatz. Diese umfassen auch die Aufklärung über wissenschaftlich umstrittene Gefahren. Diesbezüglich enthalten auf Verordnungsstufe die VUV und die ArGV 3 weitgehende Informationspflichten der Arbeitgebenden hinsichtlich Gefahren am Arbeitsplatz. Ebenso erfüllen die Suva, die EKAS und die kantonalen Arbeitsinspektorate eine wichtige Funktion in ihrem informellen sowie kontrollierenden Handeln. Weiter nimmt der Bund aktuelle Risikoeinschätzungen vor hinsichtlich unbekannter potenzieller Gefahren am Arbeitsplatz, um frühzeitig einen Regulierungsbedarf zu erkennen. In diesem Lichte wurden keine offensichtlichen Defizite im schweizerischen Rechtssystem festgestellt.<sup>1480</sup>

---

<sup>1478</sup> Vgl. oben Rz. 316.

<sup>1479</sup> Vgl. oben Rz. 330. Vgl. hingegen jüngst zu strukturellen Problemen Roland Gamp/Catherine Boss, Überlastete Strafverfolger, Schweizer Justiz vor dem Kollaps – über 100'000 offene Fälle, Zürich 2023, <https://www.tagesanzeiger.ch/schweizer-justiz-vor-dem-kollaps-ueber-100000-offene-faelle-925595145105> (besucht am 12. August 2023).

<sup>1480</sup> Vgl. oben Rz. 390.

Schliesslich verlangt der EGMR im Rahmen von Art. 2 und 8 EMRK die effektive **Regulierung gefährlicher Tätigkeiten**. Er gesteht Mitgliedsstaaten bei deren Umsetzung ein weites Ermessen zu. In dieser Hinsicht wurde gezeigt, dass in der Schweiz im Bereich der Arbeitssicherheit eine weitgehend substanz- und technikneutrale Regulierung besteht. Im Rahmen anderer gefährlicher Tätigkeiten haben darüber hinaus diverse weitere Erlasse flankierende Schutzwirkung auf die Arbeitssicherheit, indem sie z.B. eine Lizenzierung, spezielle Lagerungsvorschriften oder andere Pflichten beim Umgang mit Gefahren vorsehen. Die Gesetzeslage erfüllt auch hier die Anforderungen des EGMR vollständig, wobei deren effektive Einhaltung letztlich von der Praxis abhängt. Die Datenanalyse der Praxis hierzu (Unfallzahlen sowie Kontrollkadenz im Vergleich zu anderen Konventionsstaaten) war nicht schlüssig. So konnte darauf gestützt keine Aussage hinsichtlich eines systematischen Versagens gemacht werden und kein offensichtlicher Handlungsbedarf für die Schweiz nachgewiesen werden.<sup>1481</sup> 658

Für den **Schutz der Persönlichkeit** am Arbeitsplatz anerkannte der EGMR im Rahmen von Art. 8 und 9 EMRK einen Schutz der Arbeitnehmenden, über ihr äusseres Erscheinungsbild selbst zu bestimmen. Dieses kann indessen insbesondere wegen überwiegender Interessen der Arbeitgebenden eingeschränkt werden. Die Regelung in der Schweiz lässt eine vollständige Berücksichtigung dieser Rechtsprechung zu, namentlich über die Grundlagen zum Weisungsrecht, zur Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden sowie zu den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit.<sup>1482</sup> 659

Im Bereich des **Diskriminierungsschutzes** nach Art. 14 EMRK aufgrund des Geschlechts, der Hautfarbe, der Ethnie, der Herkunft, der Nationalität, des Gesundheitszustands, der sexuellen Orientierung oder sexuellen Identität kann aus der Rechtsprechung des EGMR in Verbindung mit dem geschützten Privatleben nach Art. 8 EMRK ein allgemeiner Schutz vor schweren Diskriminierungen durch Private hergeleitet werden, welcher auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung findet. Darüber hinaus ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR, dass bei arbeitsplatzbezogenen Diskriminierungen kein Vollbeweis von betroffenen Personen gefordert werden darf.<sup>1483</sup> 660

Der Diskriminierungsschutz am Arbeitsplatz in der Schweiz richtet sich primär über den Schutz der Persönlichkeit in Art. 28 ZGB im ausservertraglichen Verhält- 661

<sup>1481</sup> Vgl. oben Rz. 397.

<sup>1482</sup> Vgl. oben Rz. 461.

<sup>1483</sup> Vgl. oben Rz. 467.

nis und über die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden nach Art. 328 OR bzw. den sachlichen Kündigungsschutz während und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus bestehen sachlich beschränkte Schutznormen, insbesondere im Gleichstellungsgesetz bezüglich Geschlechterdiskriminierung. Wie sich gezeigt hat, bieten diese Schutznormen insbesondere im vorvertraglichen Verhältnis nur wenig praktischen Schutz. So haben betroffene Personen kaum Handhabe, gegen Diskriminierungen während des Bewerbungsverfahrens vorzugehen. Dies liegt an natürlichen Beweisschwierigkeiten sowie einem schlechten Kosten/Nutzen-Verhältnis eines Zivilverfahrens. Denn mangels Anspruchs auf Anstellung können im Regelfall – unter Ausnahme des GIG – kaum Schäden erfolgreich geltend gemacht werden. Damit sind Betroffene im Regelfall auf die Geltendmachung einer Genugtuung angewiesen.

- 662 Bei Anstellungsdiskriminierungen entspricht eine finanzielle Sanktion gegen Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren der Rechtsprechung des EGMR. Wie aber im Falle tiefer oder symbolischer Löhne im Kündigungsrecht sollten aus Gründen der Rechtssicherheit in diesem Bereich klarere Regeln bestehen, wie sie z.B. das Gleichstellungsgesetz kennt. Denn mit der derzeit fehlenden Rechtssicherheit betreffend Entschädigungen wird der effektive Zugang zur Justiz bereits stark eingeschränkt.
- 663 Personen, die eine Diskriminierung geltend machen wollen, tragen (mit gewissen Ausnahmen im GIG) im Zivilprozess die Beweislast für das Vorliegen einer Diskriminierung und müssen daher unter geltendem Recht grundsätzlich das Vorliegen diskriminierenden Verhaltens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beweisen. Dies erwies sich im Lichte der Rechtsprechung des EGMR insbesondere aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen den Parteien als unzulässig. Besonders trifft dies vorvertragliche Verhältnisse, da dort ohnehin eine grosse Rechtsunsicherheit bzgl. eines Entschädigungsanspruchs besteht. Es drängt sich diesbezüglich eine Revision der allgemeinen Beweislastverteilung und/oder des Beweismasses in Diskriminierungsfällen auf. Denkbar wäre m.E. die Einführung einer selbständigen Diskriminierungsnorm bzw. der Erlass eines eigenständigen Diskriminierungsgesetzes, welche insbesondere in vorvertraglichen Verhältnissen verbesserten praktischen Zugang zur Justiz gewähren.<sup>1484</sup> Dies könnte durch eine Kombination verfahrensrechtlicher sowie materiell-rechtlicher Massnahmen geschehen, z.B. durch pauschalisierte Entschädigungen sowie besondere Regeln

---

<sup>1484</sup> Vgl. auch KÄLIN/LOCHER, 102 ff. M.E. ist zu einem Diskriminierungsgesetz zu tendieren, in welchem präzisere Regelungen z.B. zum Anwendungsbereich vorgesehen werden können.

zu den Prozesskosten und der Beweislast.<sup>1485</sup> Schliesslich darf jedoch m.E. die effektive Wirkung solcher Normen eher beschränkt sein, da sie letztlich lediglich die Symptome eines gesellschaftlichen Problems bekämpfen, welches nicht allein durch Recht gelöst werden kann.

Der EGMR anerkennt im Rahmen von Art. 8 EMRK eine allgemeine Pflicht zum Schutz der **Ehre**. Dieser ist im Schweizer Recht über sehr weitreichende strafrechtliche Normen sowie zivilrechtliche Persönlichkeitsrechte und vertragliche Pflichten der Arbeitgebenden weitreichend abgesichert, womit hier kein Handlungsbedarf eruiert werden konnte.<sup>1486</sup> 664

Im Rahmen des Schutzes der **Privatsphäre** anerkannte der EGMR Schutzpflichten insbesondere für die Überwachung am Arbeitsplatz. Dabei ist ein Katalog von Kriterien für die Beurteilung datenschutzrechtlicher Fragen zu berücksichtigen. Dem gegenüber stehen im Schweizer Datenschutzrecht diverse Rechtsbehelfe und Erlasse, welche auf zivil-, verwaltungs- und strafrechtlicher Ebene einen Schutzrahmen schaffen, welcher insbesondere im Rahmen der derzeitigen und revidierten Fassung des DSG ohne Weiteres die vom EGMR geforderten Aspekte zu berücksichtigen vermag. Insofern besteht auch hier derzeit kein Handlungsbedarf.<sup>1487</sup> 665

Zum **Schutz des Familienlebens** anerkennt der EGMR insbesondere eine Pflicht zum Schutz vor Kündigung aus familiären Gründen. Dieses Verbot kann jedoch bei der Arbeit in Tendenzbetrieben eingeschränkt sein, sofern die berufliche Stellung und die Tätigkeit dies rechtfertigen. Ob diese Ausnahmeregelung mit Blick auf das (knappe) Urteil *Fernandez Martinez* in Zukunft noch aufrechterhalten wird, ist jedoch unklar. Die Schweiz kennt eine der Rechtsprechung des EGMR nahezu spiegelbildliche Ausnahmeregel für tendenztragende Personen in Tendenzbetrieben, welche u.U. weitergehende Einschränkungen im Privat- bzw. Familienleben rechtfertigt. Im Lichte des geltenden Rechts in der Schweiz besteht hier jedoch kein Handlungsbedarf, da auch künftige mögliche Verschärfungen der Rechtsprechung des EGMR unter geltendem Recht ohne Weiteres nachvollzogen werden könnten.<sup>1488</sup> 666

<sup>1485</sup> Vgl. oben Rz. 535.

<sup>1486</sup> Vgl. oben Rz. 542.

<sup>1487</sup> Vgl. oben Rz. 546.

<sup>1488</sup> Vgl. oben Rz. 632.

- 667 Zum **Elternurlaub** äusserte sich der EGMR bislang lediglich dahingehend, dass Art. 8 EMRK keinen Anspruch auf einen solchen verleiht, dieser jedoch (geschlechter-)diskriminierungsfrei ausgestaltet sein muss. Da die Schweiz bislang lediglich einen beschränkten Vaterschaftsurlaub anerkennt und ähnliche Regelungen nach heutigen Massstäben sich nicht als diskriminierend erwiesen, besteht in dieser Hinsicht derzeit kein Handlungsbedarf.<sup>1489</sup>

---

<sup>1489</sup> Vgl. oben Rz. 363.

---

## Ausblick

### Grundlagen zu den positiven Schutzpflichten

Die Rechtsprechung des EGMR ist aufgrund der Funktionsweise des Individualbeschwerdeverfahrens im Detail äusserst lückenhaft. Auch nicht alle in dieser Abhandlung aufgeworfenen Rechtsfragen werden daher in naher Zukunft abschliessend geklärt werden. So ist zunächst nicht davon auszugehen, dass der EGMR dazu übergehen wird, wegweisende dogmatische Ausführungen zu Handlungs- und Schutzpflichten zu machen. Auch ist nicht damit zu rechnen, dass bestehende konzeptuelle Unklarheiten und Abgrenzungsfragen zu Abwehrrechten und positiven Schutzpflichten oder auch der Anwendung des Ermessensbegriffs aufgelöst werden, zumal diese in der Literatur schon länger Kritik ausgesetzt sind. 668

### Lohnschutz – Erhöhte Anforderungen an den Sozialstaat

Im Rahmen von Art. 8 EMRK besteht im Bereich des Lohnschutzes noch unausgeschöpftes Potenzial. So könnte der Schutz des Privat- und Familienlebens als Grundlage zur Pflicht zur Einführung von Minimallöhnen in äusserst schlecht bezahlten Branchen dienen. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil die Lebenssituation als *working poor* starke Einschränkungen für diese Lebensbereiche haben kann.<sup>1490</sup> Stütze für eine solche Ausweitung i.S. eines Rechts auf fairen Lohn findet sich – neben diversen weiteren Rechtsquellen – namentlich in Art. 7 ESC. Als Anknüpfungspunkt hier könnte die Rechtsprechung des EGMR zur finanziellen Unterstützung Bedürftiger dienen.<sup>1491</sup> 669

Ein weiteres Motiv für eine solche Entwicklung ist letztlich auch sozialer Natur. So hängt die Erhaltung des sozialen Friedens von sozialer Gerechtigkeit ab. Denn mit der in der Tendenz sich vergrössernden Schere zwischen Arm und Reich werden können insbesondere in wirtschaftlich unsicheren Zeiten soziale Spannungen auftreten, die ein staatliches Intervenieren anzeigen können. 670

---

<sup>1490</sup> Vgl. bezüglich Art. 3 EMRK: SYCHENKO, 196 m.H.a. ähnliche Fälle bzgl. Pensionen in sehr bescheidenem Umfang (Unzulässigkeitsentscheide des EGMR *Larioshina gegen die Russische Föderation* vom 23. April 2002 [Nr. 56869/00], EUR 50.–; *Budina gegen die Russische Föderation* vom 18. Juni 2009 [Nr. 45603/05], EUR 15.–).

<sup>1491</sup> Vgl. hierzu BIGLER/GONIN in: CS-CEDH, N 118 ff. zu Art. 3 EMRK m.w.H.



## Datenschutz – Regulierung künstlicher Intelligenz

- 671 Nach wie vor immer grössere Bedeutung wird durch die zunehmende Digitalisierung das Thema Datenschutz am Arbeitsplatz erhalten. So wird sich der EGMR mit besonders heiklen Themen wie KI-basierten Personalentscheiden auseinandersetzen müssen. Dabei ist besonders die Problematik scheinbar objektiv rationalisierter Perpetuierung ungerechter gesellschaftlicher Strukturen zu beachten.<sup>1492</sup> Andererseits kann in dieser Technologie auch die Chance gesehen werden, um gesellschaftliche Probleme zu lösen, indem sie hilft, bessere Entscheidungen aufgrund neuer Parameter zu treffen. Auch könnte sie dazu dienen, eine technisch automatisierte Trennung von Berufsleben und Privatleben zu ermöglichen, ohne dass eine Person je auf Inhalte zugreifen muss. Letztlich hängt daher der effektive Nutzen bzw. das Risiko dieser neuen Technologien noch immer von der künftigen Art der Nutzung ab.
- 672 Ebenfalls fraglich im Bereich des Datenschutzes ist, ob der EGMR weiterhin an seinem Konzept der vernünftigen Erwartung von Privatsphäre zur Bestimmung des Schutzbereichs festhalten wird. Eine Abkehr davon ist indessen nicht absehbar, da das Konzept letztlich eine flexible Entscheidungsfindung unter gesellschaftlich sich ändernder Umstände zulässt. Am Arbeitsplatz ist es indessen im Lichte der jüngeren Rechtsprechung wenig hilfreich. Ein wichtiger zu klärender Punkt wäre dabei auch die Anforderungen an die Sanktionierung von Verstössen gegen Vorschriften des Datenschutzes, wobei der EGMR wohl in Zukunft grundsätzlich von der Pflicht der Nichtberücksichtigung von Beweisen ausgehen wird.<sup>1493</sup>

## Diskriminierungsschutz – Erhöhte gesellschaftliche Sensibilität

- 673 Bezüglich der Rechtsprechung des EGMR zum Persönlichkeit- und Diskriminierungsschutz ist mit einer Berücksichtigung der verstärkten Liberalisierung gesellschaftlicher Ansichten zu rechnen. So zeigt sich der EGMR generell kritisch zu Entwicklungen, die einen Abbau des Schutzes der Menschenrechte zur Folge haben.<sup>1494</sup> Insoweit ist so bald nicht mit einer Rückentwicklung der bestehenden

---

<sup>1492</sup> HARTMANN, 421 f.

<sup>1493</sup> Vgl. SEIFERT, 507 f. m.w.H. Zur empirischen Auseinandersetzung mit der Abschreckungswirkung von Sanktionen im Arbeitsrecht vgl. HARDY, 142 ff.; KANBUR/ RONCONI, 333 ff. Vgl. zum Vergleich zu US-amerikanischer Rechtsprechung DETERMANN/SPRAGUE, *passim*.

<sup>1494</sup> Urteil des EGMR *Juszczyszyn gegen Polen* vom 6. Oktober 2022 (Nr. 35599/20), § 110 ff., wo der EGMR insbesondere auf die Beobachtung der rechtsstaatlich kritischen Justizreformen in Polen durch die EU verweist.

Schutzaspekte zu rechnen. Es ist viel eher davon auszugehen, dass die erhöhte gesellschaftliche Sensibilität im Diskriminierungsschutz wegen des Geschlechts, der sexuellen Identität und Orientierung, des Alters<sup>1495</sup> oder der Gesundheit<sup>1496</sup> auch in der Rechtsprechung des EGMR seinen Niederschlag finden wird.<sup>1497</sup> Schliesslich führt die zunehmende Assimilierung arbeitsrechtlicher Schutznormen in Europa voraussichtlich zur immerwährend grösseren Relevanz der Rechtsprechung des EGMR im Arbeitsrecht.

Nicht weiter in dieser Abhandlung aufgegriffen, aber ebenfalls in Zukunft potenziell relevant, ist die in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung vertretene Ansicht, dass Schwangerschaften unter gewissen Voraussetzungen im Bewerbungsverfahren offengelegt werden müssen. Diesbezüglich ist auf das Urteil des EuGH *Tele Danmark* zu verweisen, wo der EuGH die Pflicht zur Offenbarung einer Schwangerschaft selbst bei einem befristeten Arbeitsverhältnis für unzulässig erachtete.<sup>1498</sup> Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der EGMR diese Rechtsprechung im Rahmen der Schutzpflichten zu Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK im Rahmen des damit indizierten europäischen Konsenses in Zukunft nachvollzieht. 674

## Schutz des Familienlebens – Aufbrechung bestehender Muster

Wie im Fazit schon angedeutet, ist im Bereich der Rechtsprechung hinsichtlich Beschränkungen des Familienlebens bei Tätigkeiten in Tendenzbetrieben jederzeit mit einer Änderung der Rechtsprechung zu rechnen. Dies auch deshalb, weil die Rechtsprechung des EGMR im Widerspruch zum EuGH steht, indem er private (bzw. kirchliche) Autonomie stark betont.<sup>1499</sup> 675

<sup>1495</sup> Vgl. hierzu auch zum Diskriminierungsschutz PÄRLI, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1556 ff.

<sup>1496</sup> Vgl. hierzu auch PÄRLI/FISCHER, 9 ff.

<sup>1497</sup> Vgl. hierzu aber noch Unzulässigkeitsentscheid der EKMR *Kara gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1998 (Nr. 36528/97), wo die Arbeitgeberin dem (biologisch männlichen) Beschwerdeführer verbot, konventionelle Frauenkleidung am Arbeitsplatz zu tragen.

<sup>1498</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 4. Oktober 2001, Rs. C-109/00, *Tele Danmark*, wonach eine Mitteilungspflicht auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen und bevorstehenden Ausfällen als diskriminierend qualifiziert wird.

<sup>1499</sup> Vgl. PÄRLI/VECCHI, 609 ff. So wird ohnehin vermehrt von Unternehmen versucht, ideale übergeordnete Ziele neben ihrem Unternehmenszweck zu verfolgen, womit die Grenzen zwischen eigentlicher Tendenztätigkeit und einfachen Unternehmenszwecken nach und nach verschwimmen, was eine äusserst restriktive Handhabung des Tendenzkonzepts nahelegt.

- 676 Mit der Änderung des modernen Familienbilds ist ebenfalls mit Neuerungen in der Rechtsprechung zu rechnen, insbesondere im Bereich des Elternurlaubs. So sieht das europäische Gemeinschaftsrecht in Richtlinie 2019/1158/EU einen Vaterschaftsurlaub von mindestens 10 Tagen und einen (frei aufteilbaren) Elternurlaub von mindestens 4 Monaten vor. Es ist auch hier nicht ausgeschlossen, dass in dieser Hinsicht der EGMR einen gewissen Mindestanspruch mittelfristig im Rahmen von Art. 8 EMRK anerkennen wird und die Schweiz einen entsprechenden Ausbau des Urlaubs bei Elternschaft nachvollziehen müsste.<sup>1500</sup>
- 677 Schliesslich ist mit Blick auf rückläufige Geburtenraten und der Überalterung der Gesellschaft in Industrieländern ohnehin die Frage, wie mit dem Mangel an Nachwuchs umgegangen wird. Arbeit stellt ein wesentlicher Faktor in der Lösung dieses Problems dar, da die Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit zentrale Rahmenbedingung für eine moderne Familie ist. Die rechtliche Entwicklung in diesem Bereich ist insbesondere mit Blick auf die soziale und technische Veränderung der Arbeit langfristig nur schwer vorhersehbar.

## Gesundheitsschutz

- 678 Für die Rechtsprechung des EGMR ist im Bereich des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz mit einer verstärkten Berücksichtigung der Rechtsquellen der ILO zu rechnen. Dies insbesondere deshalb, weil nun die ILO-Konventionen 155 und 187 neu zu den Kernarbeitsnormen gehören, wonach die Konventionsstaaten dazu verpflichtet sind, eine kohärente Arbeitsschutzpolitik zu schaffen. Gerade die Corona-Pandemie hat diesbezüglich auch in gewissen Bereichen sensible Probleme im Rahmen der Selbstautonomie (so z.B. zur Frage einer Impf- oder Testpflicht) und des Individualschutzes (z.B. von besonders gefährdeten Arbeitnehmenden) aufgezeigt,<sup>1501</sup> dass der Schutz von Arbeitnehmenden sehr stark von einer staatlichen Interventionspflicht abhängt.
- 679 Weiter führt die erhöhte Anforderung an die gesellschaftliche Inklusion und Sensibilität zu einem verstärkten Fokus auf die Frage der Schutzpflichten im Bereich

---

<sup>1500</sup> So lancierte die Junge Mitte jüngst einige Standesinitiativen für eine Elternzeit von mindestens 20 Wochen.

<sup>1501</sup> Vgl. zur Impfung Urteil des BGer 8C\_327/2022 vom 22. Februar 2023; zur Testpflicht im Gesundheitssektor Urteil des BGer 2C\_886/2021 vom 12. Dezember 2022. Vgl. auch Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 6. Januar 2022, VV.2018.93-PSC/SG3ZE-FRP, betreffend die Frage der Missbräuchlichkeit einer Kündigung im Lichte der Impfpflicht einer Pflegerin eines Privatsspitals (*in casu* Missbräuchlichkeit bejaht wegen diskriminierender Ausübung des Weisungsrechts).

der psychischen Gesundheit. Namentlich ist an die Folgen von Mobbing und Bossing sowie die Vermeidung gesundheitlicher Folgen durch Stress durch die immer vermehrt fehlenden Grenzen zwischen Arbeit und Privatleben und andere Faktoren zu denken.<sup>1502</sup> Potenzial weist hier auch der Schutz vor unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK auf, wo insbesondere beim Mobbing neben Art. 8 EMRK auch die Rechtsprechung des EGMR zur häuslichen Gewalt<sup>1503</sup> in Zukunft analog herangezogen werden könnte.<sup>1504</sup>

Insbesondere mit Blick auf die Flexibilisierung von Arbeitszeitmodellen wird auch der Schutz vor Stress und Überarbeitung in einer digitalen Welt mit Arbeit ohne Grenzen zu grösseren Debatten führen.<sup>1505</sup> Besondere rechtliche Fragen wirft die Verlagerung der Arbeit in den digitalen Raum im Bereich des Gesundheitsschutzes während *remote work* auf. So sind insbesondere klare Verantwortlichkeiten zu schaffen in Bezug auf die Einhaltung von Gesundheitsvorschriften bei der Arbeit ausserhalb der Kontrollsphäre der Arbeitgebenden; die dabei zu findende Lösung führt über den schmalen Grat zwischen effektiver Prävention und Paternalismus. Es ist zu erwarten, dass der EGMR in diesem Bereich künftig verstärkt Rückgriff auf die ILO-Konventionen 155 und 187 nehmen wird und erhöhte materielle Anforderungen an die nationalen Rechtssysteme stellen wird.<sup>1506</sup> Die Pflichten hier müssen über blosser Informationspflichten hinausgehen, z.B. über tatsächlich wirksame Haftungsregeln oder staatliche Arbeitszeitkontrollen. Für die Schweiz könnte dies bedeuten, dass die Kontrollkadenzen in diesem Bereich erhöht werden müssen. Es ist jedoch m.E. nicht zu erwarten, dass durch die Berücksichtigung

<sup>1502</sup> Vgl. hierzu eingehend UEBE, Internationales Arbeitsrecht, Rz. 1295 ff.; SYCHENKO, 208.

<sup>1503</sup> Vgl. PERONI/TIMMER, 1056 ff., SYCHENKO, 211 ff.

<sup>1504</sup> Vgl. illustrativ zur Erfüllung Urteil des BGer 8C\_795/2020 vom 17. August 2021, wo weder Mobbing noch Bossing definitionsgemäss vorlag, jedoch dennoch eine Verletzung der Fürsorgepflicht haftungsbegründend wirkte.

<sup>1505</sup> Vereinzelt hat sich die Rechtsprechung mit der Frage des Schutzes vor Überarbeitung insbesondere im öffentlichen Personalrecht auseinandergesetzt (vgl. Urteile des BVerfG A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019; A-4147/2016 vom 4. August 2017). Im Zivilrecht blieben solche Klagen insbesondere aufgrund von Beweisschwierigkeiten aus.

<sup>1506</sup> Diese Pflichten sind in genauerem Detail zu erwarten anstatt die in dieser Abhandlung dargestellten Auskunfts- und Informationspflichten. Siehe hierzu z.B. potenziell Art. 21 ILO-Konvention 155, wonach für Massnahmen des Gesundheitsschutzes für Arbeitnehmende keine Kosten entstehen dürfen. Insofern müsste dies bedeuten, dass jegliche Kosten zur Einrichtung und Instandhaltung von *remote work* Arbeitsstationen zu Lasten der Arbeitgebenden oder des Staates gehen müssten.

von ILO 155 und 187 das gesamte Schweizer Arbeitsschutzsystem umzugestalten wäre, zumal der EGMR keine abstrakte Rechtskontrolle durchführt. Solange also mit dem bestehenden System effektiver Schutz garantiert werden kann, sollten keine Änderungen an der Gesetzeslage notwendig sein.

- 681 Angesichts der Vielzahl der möglichen Entwicklungsrichtungen in technischer, gesellschaftlicher und auch rechtlicher Hinsicht ist eine präzise Prognose oder ein präzises Szenario insbesondere wegen der einzelfallbezogenen Rechtsprechung des EGMR nicht möglich. So ist auch die rechtliche Aufarbeitung der bestehenden Rechtsprechung und Doktrin zu den positiven Schutzpflichten noch nicht abgeschlossen und wird daher auch in Zukunft noch Literatur und Rechtsprechung beschäftigen. Die vorliegende Abhandlung soll eine Übersicht über die sich stellenden Fragen und die dazugehörigen Antworten dieser Schutzpflichten im Sinne einer Momentaufnahme des Schweizer Rechts widerspiegeln und als Grundlage für eine Aufarbeitung der sich auch noch künftig zu stellenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit staatlichen Schutzpflichten unter der EMRK am Arbeitsplatz dienen.
- 682 Zuletzt hat die Corona-Pandemie gezeigt, dass staatlichen Schutzpflichten für Arbeitnehmende gerade in der Krise erhöhte Bedeutung zukommt. Die Kombination von unsicherer wirtschaftlicher und rechtlicher Situation (insb. betreffend Lohnfortzahlungspflichten und Arbeitsverbote gefährdeter Personen) konnte dazu führen, dass die Gesundheit besonders gefährdeter Personen ungenügend berücksichtigt wurde. Auch wenn sich die Folgen hiervon auf den ersten Blick in Grenzen gehalten haben sollten, sind insbesondere für künftige derartige Zwischenfälle klare effektive Massnahmen anzuordnen, um auch angesichts einer höchst unsicheren Lage effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

### Vorschläge für weiterführende Forschungsarbeiten

- 683 Die vorliegende Abhandlung löst einige Fragen, wirft aber unweigerlich weitere auf. Hinzu kommt, dass einerseits die Umsetzung positiver Schutzpflichten insbesondere in Bezug auf das Arbeitsrecht noch wenig Beachtung aus der Lehre gefunden hat und dass andererseits sich die Rechtsprechung des EGMR als komplex erweist.
- 684 In dieser Abhandlung wurden staatliche Schutzpflichten als ganzheitliche staatliche Pflichten behandelt. Aufgrund der Gewaltenteilung gestaltet sich die genaue Aufteilung der Schutzpflichten bzw. die Wechselwirkung zwischen den Staatsgewalten innerhalb eines Rechtssystems als komplex. In diesem Rahmen wären

---

weitere Abhandlungen zur Frage des Wechselspiels zwischen den Staatsgewalten bei der Erfüllung von Schutzpflichten im nationalen Kontext notwendig.

Da die vorliegende Arbeit sich ausschliesslich auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nach Art. 319 ff. OR limitiert, wäre eine Erweiterung der Reichweite der Rechtsprechung des EGMR im Kontext des Schweizer Rechts sinnvoll. Dies kann weiterreichende Einzelfragen betreffen, z.B. die Frage, auf welche Vertragsverhältnisse noch die Rechtsprechung anwendbar sein sollte wie bei quasiselbständigen Personen oder welche Aspekte im Bereich neuer Arbeitsformen wie z.B. der Plattformökonomie zu beachten sind. Schliesslich wäre es prüfenswert, ob die einzelnen Schutzaspekte betreffend das Arbeitsrecht, die aus den Urteilen herausgearbeitet wurden, ebenfalls in anderen Vertragsverhältnissen zur Anwendung gelangen. Dies insbesondere, weil Nominatverträge ausserhalb des Arbeitsrechts dem Sozialschutz grundsätzlich weniger Bedeutung schenken, was die Verletzung von Schutzpflichten in dem Arbeitsrecht verwandten Gebieten ohne derartige Schutzbestimmungen umso wahrscheinlicher macht. 685

Schliesslich stellen sich diverse Fragen zum Verhältnis des Wirtschaftsrechts und der Menschenrechte, so insbesondere, ob unter der EMRK Schutzpflichten gegenüber extraterritorialem Verhalten von Privatpersonen innerhalb des eigenen Staatsgebietes bestehen. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Reichweite und den Umfang einer *corporate social responsibility* in Bezug auf international agierende Gesellschaften. Auch wenn der Arbeitsmarkt als solcher wohl für Einzelpersonen am relevantesten ist, stellt sich im Lichte des Wirtschaftsrechts auch die Frage nach effektivem Rechtsschutz in Konsumentensachen, bei übermässigen Markteintrittshürden oder auch im Bereich des Schutzes des Vermögens auf privater Ebene sowie aber auch auf Kapitalmärkten. 686

Die Arbeit setzte sich mit der konkreten Rechtsprechung des EGMR auseinander, nicht aber mit der Rolle dieser Rechtsprechung im sozialen Kontext. Es wäre daher ebenfalls hilfreich, die eigentliche Funktion des Schutzes der Menschenrechte am Arbeitsplatz aus einer gesellschaftlichen und friedenssichernden Perspektive zu beleuchten, was Rückschlüsse zur zukünftigen Wirkungsrichtung und Entwicklung der Menschenrechte im Wirtschaftsleben geben kann. 687

**SCHRIFTEN ZUM ARBEITS- UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT  
ETUDES EN DROIT DU TRAVAIL ET DES ASSURANCES SOCIALES  
SERIES IN LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW**

Cette collection a pour vocation de rassembler des écrits scientifiques de haute qualité dans les domaines du droit du travail et du droit des assurances sociales. Plurilingue, elle participe à la richesse des échanges académiques dans toute la Suisse, et au partage des connaissances dans les domaines dont elle traite.

In dieser Reihe werden qualitativ hochwertige wissenschaftliche Schriften zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Themen veröffentlicht. Dank der Mehrsprachigkeit trägt die Reihe zum akademischen Austausch in der ganzen Schweiz bei und fördert das Disziplinen übergreifende Verständnis für das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.



## **Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im Schweizer Recht**

Pflichten zur staatlichen Intervention zum Schutze der Menschenrechte haben in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR immer verstärkter Einzug ins Arbeitsrecht gefunden. Die Dissertation von Balthasar Müller enthält eine detaillierte Analyse der bestehenden Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK im Arbeitskontext. Der Autor stellt die daraus eruierten Prinzipien und Anforderungen aus der Rechtsprechung des EGMR der aktuellen Rechtslage in der Schweiz gegenüber. Er kommt zum Schluss, dass sowohl Gesetz wie auch Rechtsprechung in gewissen Punkten Anpassungen bedürften und solche in der Zukunft notwendig sein werden.

ISBN 978-3-03891-615-4



dike.ch