



Normen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)

Bedeutung und Tragweite im Schweizer Rechtssystem

JEAN-PHILIPPE DUNAND*

Das 100-jährige Bestehen der Internationalen Arbeitsorganisation (1919–2019) gibt uns die Gelegenheit, uns Fragen über die Tragweite der von dieser Organisation erstellten Normen in der Schweiz zu stellen. Heute steht fest, dass die Instrumente der IAO einen wichtigen Einfluss auf die Entwicklung des Sozialrechts in der Schweiz hatten, in erster Linie in der Gesetzgebung, aber auch in der Rechtsprechung. Es ist wahrscheinlich, dass dieser Einfluss in den kommenden Jahren anhalten oder eher noch zunehmen wird.

Le Centenaire de l'Organisation internationale du travail (1919–2019) nous donne l'occasion de nous interroger sur la portée en Suisse des normes produites par cette organisation. Force est de constater que les instruments de l'OIT ont eu une influence importante sur le développement du droit social en Suisse, en premier lieu dans la législation, mais aussi dans la jurisprudence. Il est probable que cette influence perdure voire s'accroisse ces prochaines années.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Tragweite des IAO-Rechts in der schweizerischen Gesetzgebung
 - A. Die Strategie des Bundesrates zur Anpassung des Schweizer Rechts an die IAO-Übereinkommen
 - B. Vier Beispiele für die Anpassung des schweizerischen innerstaatlichen Rechts
 1. Öffentliches Beschaffungswesen
 2. Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (Art. 30 Abs. 1 ArG)
 3. Vergütung für die Stillzeit (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1)
 4. Die Aufhebung der Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft (Art. 400 Abs. 2 ZGB)
- III. Die Tragweite des IAO-Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - A. Richtlinien der Rechtsprechung
 1. Traditionelle Rechtsprechung
 2. Ein neuer Ansatz
 - B. Zwei interessante Urteile
 1. Notwendigkeit einer groben und vorsätzlichen Verfehlung zur Kürzung einer Invalidenversicherungsrente (vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG)
 2. Grundsatz des Zutrittsrechts der Gewerkschaften zu Verwaltungsgebäuden (vgl. Art. 28 Abs. 1 BV)
- IV. Schlussfolgerung

I. Einleitung

Am 28. Juni 1919 wurde der Vertrag über die Friedensbedingungen von den siegreichen Staaten des Ersten Weltkriegs im Spiegelsaal des Schlosses von Versailles

unterzeichnet. Kapitel XIII sah die Schaffung einer ständigen internationalen Organisation für Arbeitsbeziehungen vor. Die Internationale Arbeitsorganisation (im Folgenden: IAO) wurde folglich geboren.¹ Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Völkerbund durch die Vereinten Nationen (UNO) ersetzt; die IAO wurde ihre erste Sonderorganisation. Heute hat die IAO nicht weniger als 177 Mitgliedstaaten. Die Internationale Arbeitskonferenz, das gesetzgebende Organ der Organisation, hat bisher 190 Übereinkommen und 206 Empfehlungen verabschiedet.² Es wurden verschiedene Kontrollmechanismen eingerichtet, um die Konformität der nationalen Gesetzgebung und der Rechtspraxis der Mitgliedstaaten mit den internationalen Arbeitsnormen zu untersuchen.³ Es finden eine regelmässige Kontrolle und spezifische Kontrollen statt, die von mehreren Aufsichtsgremien durchgeführt werden, darunter der Expertenkommission für die Umsetzung der Übereinkommen und Empfehlungen (im Folgenden: Expertenkommission) und dem Ausschuss für Vereinigungsfreiheit.

Vom 10. bis 21. Juni 2019 fand in Genf die 108. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz zum 100. Geburtstag der Organisation statt. Vorsitzender war ein Schweizer Botschafter, Jean-Jacques Elmiger. Dieses Jubiläum war Anlass zahlreicher Gedenkfeiern und Demonstrationen auf der ganzen Welt. In der Schweiz wur-

* JEAN-PHILIPPE DUNAND, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor für Arbeitsrecht an der Universität Neuenburg, Co-Direktor vom Centre d'étude des relations de travail (CERT). Der Originaltext wurde in französischer Sprache verfasst. Der Autor bedankt sich sehr bei Frau Lilla Balázs, Studentin MLaw an der Universität Zürich, für ihre Hilfe bei der Übersetzung ins Deutsche.

¹ HECTOR BARTOLOMEI DE LA CRUZ/ALAIN EUZÉBY, L'Organisation internationale du travail (OIT), Paris 1997, 10 ff.; KURT PARLI *et al.*, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, N 43–44.

² Alle von der IAO angenommenen Instrumente, einschliesslich der Verfassung der Organisation, befinden sich auf der Webseite www.ilo.org/dyn/normlex/en (Abruf 29.6.2020).

³ Vgl. PARLI *et al.* (FN 1), N 78–89.

den mehrere Rechtssymposien organisiert, um eine Bilanz über die Aktivitäten der Organisation und deren Tragweite in unserem Land zu ziehen:

- Freitag, 10. Mai 2019, Universität Genf: «Die IAO und das Sozialrecht in der Schweiz, 100 Jahre und danach?»;⁴
- Freitag, 21. Juni 2019, Universität Neuenburg: «Internationale Aspekte des Arbeitsrechts»;⁵
- Freitag, 13. Dezember 2019, Rechtskolloquium der Schweizerischen Gewerkschaft in Bern: «Theorie und Praxis des internationalen Arbeitsrechts: 100 Jahre nach Gründung der IAO; 45 Jahre nach der Ratifizierung der EMRK».⁶

Die Schweiz trat 1920 der Organisation bei, indem sie sich dem Völkerbund anschloss. Sie hat den Status eines ursprünglichen Mitglieds der IAO.⁷ Unser Land ist besonders von den Aktivitäten der Organisation betroffen, da es seit 1920 das Internationale Arbeitsamt beherbergt.⁸ Die Schweizer Behörden spielten Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts eine sehr aktive Rolle bei der Schaffung internationaler Arbeitsregeln.⁹ Insbesondere organisierte der Bundesrat mehrere Konferenzen in Bern, auf denen die ersten internationalen Instrumente zum Schutz der Arbeitnehmer verabschiedet wurden (Verbot der Nachtarbeit von Frauen in der Industrie und Verbot

der Nutzung von gefährlichen Stoffen bei der Herstellung von Streichhölzern).¹⁰

Diese anfängliche Begeisterung für das internationale Arbeitsrecht hat im Laufe der Zeit deutlich nachgelassen.¹¹ Schweizer Juristen schienen während mehrerer Jahrzehnte das Interesse an der IAO und ihrem Recht verloren zu haben. Es ist festzustellen, dass eine Reihe von Kritikpunkten, die gegen die Normen und Kontrollverfahren der Organisation gerichtet sind, Beachtung verdienen: In Bezug auf die Normen konnte davon ausgegangen werden, dass sie materiell nutzlos und nicht direkt anwendbar waren. Bei den Kontrollverfahren ist festzuhalten, dass sie nicht verbindlich und für Einzelpersonen nicht zugänglich sind.

In den letzten Jahren scheinen die Aktivitäten der IAO jedoch erneut Interesse in unserem Land geweckt zu haben. Die in Folge von Beschwerden von Gewerkschaften gegen die Schweiz beim Ausschuss für Vereinigungsfreiheit eröffneten Verfahren,¹² neue wissenschaftliche Publikationen zum internationalen Arbeitsrecht¹³ sowie das Herannahen des 100-jährigen Jubiläums der Organisation haben zweifellos zu dieser Einstellungsänderung beigetragen. Mit einem wichtigen Urteil über das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zu den Verwaltungsgebäuden im Jahr 2017 hat das Bundesgericht selbst die Bewegung entscheidend gestärkt, indem es mehrmals auf die Instrumente und Stellungnahmen der IAO verwiesen hat.¹⁴

Im vorliegenden Beitrag möchten wir zeigen, dass das IAO-Recht einen realen und konstanten Einfluss auf

⁴ Die Tagungsbeiträge wurden in der folgenden Publikation veröffentlicht: STÉPHANIE DAGRON/ANNE-SYLVIE DUPONT/KARINE LEMPEN (Hrsg.), *L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?*, Genf 2019.

⁵ Die Tagungsbeiträge wurden in der folgenden Publikation veröffentlicht: JEAN-PHILIPPE DUNAND/PASCAL MAHON (Hrsg.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genf/Zürich/Basel 2019. Dieser Beitrag greift bestimmte Aspekte auf, die auf den Seiten 57 bis 104 dieser Publikation ausgeführt wurden: JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919–2019)*.

⁶ Die Tagungsbeiträge sind Gegenstand mehrerer separater Artikel in der Zeitschrift AJP/PJA. Dieser Beitrag ist die schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Autor dieses Textes während des Symposiums des SGB gehalten hat.

⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 4. August 1919 betreffend die Frage des Beitritts der Schweiz zum Völkerbund, BBl 1919 IV 541 ff., 620–621, und Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Dezember 1920 über die Beschlüsse der ersten internationalen Arbeitskonferenz, abgehalten in Washington vom 29. Oktober bis 29. November 1919, BBl 1920 V 433 ff. (zit. Botschaft Arbeitskonferenz), 444.

⁸ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (FN 1), 19.

⁹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (FN 1), 7 ff.; ALEXANDRE BERENSTEIN/PASCAL MAHON/JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Labour Law in Switzerland, The Netherlands 2018*, N 100–102; JEAN-MICHEL SERVAIS, *Droit international du travail*, Brüssel 2015, N 7–10. Vgl. auch Botschaft Arbeitskonferenz (FN 7), 434 ff.

¹⁰ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (FN 1), 8; BERENSTEIN/MAHON/DUNAND (FN 9), N 188; SERVAIS (FN 9), N 10.

¹¹ GABRIEL AUBERT, *L'internationalisation du droit du travail*, in: Thomas Geiser/Hans Schmid/Emil Walter-Busch (Hrsg.), *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts: Wirtschaftliche, rechtliche und soziale Perspektiven*, Bern 1998, 457; CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, *Die Schweiz und die Internationale Arbeitsorganisation (ILO)*, in: Richard Senti/Andreas R. Ziegler (Hrsg.), *Die Schweiz und die internationalen Wirtschaftsorganisationen*, Zürich/Genf/Basel 2005, 147.

¹² Zu diesen Verfahren vgl. JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La Suisse et la «liste noire» de l'Organisation internationale du travail (OIT)*, in: Roland A. Müller/Roger Rudolph/Anton K. Schnyder/Adrian von Kaenel/Bernd Waas (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Portmann*, Zürich/Basel/Genf 2020, 125 ff.

¹³ Vgl. beispielsweise VALÉRIE BERSET BIRCHER/ANNE MEIER, *L'impact du droit international en droit suisse du travail*, in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama III en droit du travail*, Bern 2017, 579 ff.; JEAN-PHILIPPE DUNAND/KIM DREYER, *Protection des travailleurs*, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf/Zürich/Basel 2014, 202 ff.; CHRISTINE KAUFMANN/CHRISTOPH GOOD, *Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen*, AJP 2016, 647 ff., sowie PÄRLI *et al.* (FN 1).

¹⁴ BGE 144 I 50.

unser Rechtssystem hatte. Wir werden uns insbesondere mit der Tragweite dieses Rechts in der schweizerischen Gesetzgebung (II.) und in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (III.) befassen.

II. Die Tragweite des IAO-Rechts in der schweizerischen Gesetzgebung

Wenn ein Übereinkommen von der Internationalen Arbeitskonferenz angenommen wird, wird es an alle Mitgliedstaaten zur etwaigen Ratifizierung übermittelt. Die Regierungen sind verpflichtet, das Übereinkommen innerhalb eines Jahres nach Ende der Konferenz den zuständigen nationalen Behörden zu unterbreiten (Art. 19 § 5 IAO-Verfassung). Diese Pflicht zur Unterbreitung impliziert selbstverständlich nicht die Pflicht zur Ratifizierung. Die Regierungen haben daher ein uneingeschränktes Ermessen hinsichtlich der Art der Vorschläge, die sie in diesem Zusammenhang machen.¹⁵

In der Schweiz übermittelt der Bundesrat den eidgenössischen Räten entweder einen Bericht, im Falle einer Unterbreitung zur Kenntnisnahme jedoch ohne Ratifizierungsabsicht, oder eine Botschaft, im Falle eines Antrags zur Ratifizierung eines Übereinkommens.¹⁶ In beiden Fällen wird die Konformität der schweizerischen Gesetzgebung mit dem betreffenden Übereinkommen durch einen sorgfältigen Vergleich der Normen überprüft.

Ohne dass dies allgemein bekannt ist, hatte das IAO-Recht einen wichtigen Einfluss auf die Entwicklung des Sozialrechts in der Schweiz. Nach der Vorstellung der Strategie des Bundesrates zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts an IAO-Instrumente (II.A.) werden im Folgenden einige konkrete Beispiele vorgestellt (II.B.).

A. Die Strategie des Bundesrates zur Anpassung des Schweizer Rechts an die IAO-Übereinkommen

Die Schweiz hat etwa 60 IAO-Übereinkommen sowie ein Protokoll ratifiziert, von denen 48 noch in Kraft sind.¹⁷ Generell hatten die meisten ratifizierten Übereinkommen einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung des

Sozialrechts in der Schweiz.¹⁸ Dabei sind alle Bereiche betroffen, aber die Einflüsse waren insbesondere in den Bereichen der grundlegenden Arbeitnehmerrechte, der Kinder- und Frauenarbeit, des Arbeitsverhältnisses, der Arbeitsbedingungen, der Sicherheit und der Hygiene am Arbeitsplatz sowie der Seearbeit wichtig.¹⁹ Darüber hinaus kann auch eine nicht ratifizierte Konvention einen nicht zu vernachlässigenden Einfluss auf die Entwicklung des internen Rechts eines Landes haben, sofern sie ein Modell darstellt, von dem sich der Gesetzgeber inspirieren lassen kann. In der Schweiz hat der Bundesrat immer wieder erklärt, dass er sich beim Ausbau der Sozialgesetzgebung in der Schweiz bemüht, die in den internationalen Arbeitsübereinkommen festgelegten Normen so weit wie möglich zu berücksichtigen.²⁰ Dies war insbesondere hinsichtlich der Übereinkommen über die Seearbeit, die Berufskrankheiten oder das Mindestalter für die Zulassung zur nichtgewerblichen Arbeit der Fall.²¹

Der Bundesrat hatte die Gelegenheit, die Politik, die er im Hinblick auf die Ratifizierung von IAO-Übereinkommen und die Notwendigkeit einer Anpassung oder Nichtanpassung des Schweizer Rechts verfolgen wollte, mehrmals festzulegen. Das Jahr 1969 war ein wichtiger Wendepunkt. Bis dahin schlug der Bundesrat die Ratifizierung erst vor, wenn die Durchführung des Übereinkommens sichergestellt war, das heisst, wenn seiner Meinung nach das Schweizer Recht bereits vollständig den Normen des Instruments entsprach.²² In einem Bericht von 1969 kündigte unsere Regierung eine Neuausrichtung ihrer Praxis in dem Sinne an, dass es nun ausreiche, dass das Schweizer Recht «im grossen Ganzen» mit dem IAO-Übereinkommen übereinstimme, damit es von der Schweiz ratifiziert werde. Gemäss Bundesrat können die minimalen Lücken im schweizerischen Recht in einem solchen Fall entweder durch sofortige Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens oder durch An-

¹⁸ ALEXANDRE BERENSTEIN, *L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse*, [Auszug aus der Revue internationale du travail, Vol. LXXVII, N 6, Juni 1958], Genf 1958, 7 f.

¹⁹ NICOLAS VALTICOS, *Les effets des conventions internationales du travail en Suisse*, in: *Mémoires de la Faculté de droit de l'Université de Genève*, Genf 1976, 336 ff.

²⁰ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 5. Januar 1950 über die 31. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und über die Ratifikation verschiedener internationaler Arbeitsübereinkommen durch die Schweiz, BBl 1950 I 1 ff., 22 f.

²¹ BERENSTEIN (FN 18), 20 ff.; VALTICOS (FN 19), 343.

²² Vgl. z.B. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. April 1939 über die 24. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und über die Ratifikation verschiedener internationaler Arbeitsübereinkommen durch die Schweiz, BBl 1939 I 749 ff., 763.

¹⁵ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (FN 1), 48.

¹⁶ BERSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 582.

¹⁷ Vgl. Internet: Normlex > Profils par pays > Suisse > Donner toutes les ratifications > Ratifications pour la Suisse (Abruf 29.6.2020).

passung der schweizerischen Gesetzgebung geschlossen werden.²³

Diese Änderung in der Praxis sollte jedoch nicht überschätzt werden, da es mehr um den Zeitpunkt als um den Grundsatz der Anpassung des schweizerischen Rechts geht. In der Tat war von Anfang an das Treffen von gesetzgeberischen Massnahmen in unserer Rechtsordnung erforderlich, um die ratifizierten Übereinkommen in vollem Umfang wirksam werden zu lassen. Bei der bis 1969 angewandten Methode wurde die schweizerische Gesetzgebung vor der Ratifizierung in Einklang gebracht, während seit diesem Datum eine Ratifizierung parallel zu oder im Vorfeld von Reformen von geringer Bedeutung erwogen und eingeleitet werden kann.²⁴

So hat das IAO-Recht nach verschiedenen Modalitäten zahlreiche Anpassungen des schweizerischen innerstaatlichen Rechts veranlasst.²⁵ Die häufigste Form war die Anpassung vor der Ratifizierung. Seit der Lockerung von 1969 war es möglich, den eidgenössischen Räten einen Antrag zur Ratifizierung eines Übereinkommens vorzulegen, bevor die Divergenz der Schweizer Gesetzgebung ausgeglichen wurde. In anderen Fällen stellte sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Anpassung des schweizerischen Rechts nicht zum Zeitpunkt der Ratifizierung, sondern später, beispielsweise zu einer ursprünglich nicht vorgesehenen Fragestellung.

B. Vier Beispiele für die Anpassung des schweizerischen innerstaatlichen Rechts

Im Folgenden werden vier Beispiele für die Anpassung des schweizerischen innerstaatlichen Rechts an das IAO-Recht genannt: Einhaltung grundlegender IAO-Übereinkommen im öffentlichen Beschaffungswesen, Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung, Vergütung für die Stillzeit und Aufhebung der Verpflichtung zur Übernahme der Beistandschaft.

1. Öffentliches Beschaffungswesen

Im Jahre 1998 verabschiedete die Internationale Arbeitskonferenz die «Erklärung über grundlegende Prinzipien

und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen». Dieses Instrument postuliert das Bestehen einer universellen Grundlage für Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die an die blosse Zugehörigkeit zur IAO gebunden ist.²⁶ Es werden vier grundlegende Rechte anerkannt, die Teil der Arbeitsbeziehungen sind:

- die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen;
- die Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit;
- die effektive Abschaffung der Kinderarbeit;
- die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.

Diese Rechte sind in acht internationalen Arbeitsübereinkommen enthalten, die als «grundlegend» bezeichnet werden. Sie wurden alle von der Schweiz ratifiziert (Liste in chronologischer Reihenfolge der Annahme durch die Internationale Arbeitskonferenz):

- Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit. Das von der Bundesversammlung am 20. Juni 1939 genehmigte Instrument wurde am 23. Mai 1940 ratifiziert und trat am 23. Mai 1941 für die Schweiz in Kraft;²⁷
- Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts. Das von der Bundesversammlung am 26. November 1974 genehmigte Instrument wurde am 25. März 1975 ratifiziert und trat für die Schweiz am 25. März 1976 in Kraft;²⁸
- Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen. Das von der Bundesversammlung am 18. März 1999 genehmigte Instrument wurde am 17. August 1999 ratifiziert und trat für die Schweiz am 17. August 2000 in Kraft;²⁹
- Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit. Das von der Bundesversammlung am 15. Juni 1972 genehmigte

²³ Vgl. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 16. April 1969 über die 52. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBl 1969 I 713 ff., 721.

²⁴ NICOLAS VALTICOS, *L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail*, ZSR 1981, 121 ff., 137.

²⁵ Für zahlreiche Beispiele vgl. BERENSTEIN (FN 18), 9 ff.; BERSSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 597; HELEN URSULA KNEUBÜHLER, *Die Schweiz als Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation*, Bern 1982, 71 ff.; VALTICOS (FN 24), 136 ff.

²⁶ SERVAIS (FN 9), N 201–208.

²⁷ SR 0.822.713.9. Dieses Übereinkommen wurde durch das Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit ergänzt, das in Genf am 11. Juni 2014 abgeschlossen wurde. Von der Bundesversammlung genehmigt am 17. März 2017 wurde dieses Protokoll am 28. September 2017 ratifiziert und ist am 28. September 2018 für die Schweiz in Kraft getreten (SR 0.822.713.91).

²⁸ SR 0.822.719.7.

²⁹ SR 0.822.719.9.

Instrument wurde am 25. Oktober 1972 ratifiziert und trat am 25. Oktober 1973 für die Schweiz in Kraft;³⁰

- Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit. Das von der Bundesversammlung am 18. Juni 1958 genehmigte Instrument wurde am 18. Juli 1958 ratifiziert und trat am 18. Juli 1959 für die Schweiz in Kraft;³¹
- Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf. Das von der Bundesversammlung am 15. Juni 1961 genehmigte Instrument wurde am 13. Juli 1961 ratifiziert und trat für die Schweiz am 13. Juli 1962 in Kraft;³²
- Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung. Das von der Bundesversammlung am 18. März 1999 genehmigte Instrument wurde am 17. August 1999 ratifiziert und trat für Schweiz am 17. August 2000 in Kraft;³³
- Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit. Das von der Bundesversammlung am 9. März 2000 genehmigte Instrument wurde am 28. Juni ratifiziert 2000 und trat am 28. Juni 2001 für die Schweiz in Kraft.³⁴

Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: BöB)³⁵ sieht vor, dass die Auftraggeberin den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieter und Anbieterinnen vergibt, welche die Arbeitsschutzbestimmungen beachten beziehungsweise die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BöB). Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin oder der Anbieter nach der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen zumindest die acht grundlegenden IAO-Übereinkommen einzuhalten, die im Anhang 2a der Verordnung ausdrücklich erwähnt sind (Art. 7 Abs. 2 VöB)³⁶. Ziel dieser Regel ist es, zu vermeiden, dass eine ausländische Anbieterin oder ein ausländischer Anbieter bevorzugt wird, die oder der durch einen

Verstoss gegen grundlegende IAO-Übereinkommen ein vorteilhafteres Angebot unterbreitet.³⁷

Das System wird ab dem 1. Januar 2021 gestärkt werden. Zu diesem Zeitpunkt werden neue Fassungen des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen³⁸ und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen³⁹ in Kraft treten. In der neuen Regulierung wird das Gesetz Verweise auf IAO-Instrumente enthalten: «Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 einhalten. Die Auftraggeberin kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsnormen fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren» (Art. 12 Abs. 2 neues BöB). Die neue VöB legt fest, dass als wesentliche internationale Arbeitsstandards die Auftraggeberin neben den Kernübereinkommen der ILO «die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der ILO verlangen [kann], soweit die Schweiz sie ratifiziert hat» (Art. 4 Abs. 2 neue VöB).

2. Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (Art. 30 Abs. 1 ArG)

Wie bereits dargelegt, hat die Internationale Arbeitskonferenz am 26. Juni 1973 das Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung angenommen. Das Übereinkommen enthält 18, darunter neun materiellrechtliche Artikel. Es sieht insbesondere vor, dass jedes Mitglied, das das Übereinkommen ratifiziert, in einer beigefügten Erklärung ein Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung angeben muss (Art. 2 § 1), wobei davon auszugehen ist, dass dieses Alter grundsätzlich nicht unter dem Alter sein darf, in dem die Schulpflicht endet, und auf keinen Fall unter 15 Jahren liegen darf (Art. 2 § 3). Das Instrument enthält jedoch mehrere spezifische Regeln und Flexibilitätsklauseln, die es den Staaten ermöglichen, Ausnahmeregelungen vorzusehen. So kann das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung in Ländern, deren «Wirtschaft und schulische Einrichtungen ungenügend entwickelt sind», auf vierzehn Jahre festgelegt werden (Art. 2 § 4). Darüber hinaus wird das Mindestalter für gefährliche Arbeiten grundsätzlich

³⁰ SR 0.822.720.0.

³¹ SR 0.822.720.5.

³² SR 0.822.721.1.

³³ SR 0.822.723.8.

³⁴ SR 0.822.728.2.

³⁵ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

³⁶ Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

³⁷ BERSSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 598.

³⁸ Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1); AS 2020 641.

³⁹ Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11); AS 2020 691.

auf achtzehn Jahre angehoben (Art. 3). Das Mindestalter kann allerdings für leichte Arbeiten auf dreizehn Jahre abgesenkt werden (Art. 7). Zudem sind Ausnahmen für die Teilnahme an Aktivitäten wie künstlerischen Veranstaltungen möglich (Art. 8).

Der Bundesrat nahm in einem Bericht vom 8. Mai 1974 Stellung. Grundsätzlich befürwortete die Regierung das dem Übereinkommen zugrunde liegende Hauptziel, die Beschäftigung von Kindern als billige Arbeitskräfte abzuschaffen.⁴⁰ Nach einem Vergleich der wichtigsten Bestimmungen des Übereinkommens mit dem schweizerischen Recht gelangte der Bundesrat jedoch zum Schluss, dass die Schweiz dieses Instrument nicht sofort ratifizieren könne, da das schweizerische Recht nicht vollständig mit ihm übereinstimme. Zwar hat das Arbeitsgesetz (im Folgenden: ArG)⁴¹ das Alter der Zulassung zur Beschäftigung auf fünfzehn vollendete Jahre festgelegt (und tut es heute noch) (Art. 30 Abs. 1 ArG). Ausnahmen wurden für bestimmte Arten von Arbeiten vorgesehen. Bei der Bestimmung der Tragweite der Regel musste jedoch der Geltungsbereich des Gesetzes berücksichtigt werden. Während das ArG für alle öffentlichen und privaten Betriebe gelten sollte (Art. 1 Abs. 1 ArG), wurden Ausnahmen für Betriebe (Art. 2 ArG) und Personen (Art. 3 ArG) vorgesehen. Das Gesetz galt beispielsweise nicht für landwirtschaftliche Betriebe (Art. 2 Abs. 1 lit. d ArG), für Gartenbaubetriebe (Art. 2 Abs. 1 lit. e ArG), für Fischereibetriebe (Art. 2 Abs. 1 lit. f ArG) und für private Haushaltungen (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG). Die Hauptlücke im Landesrecht bestand also darin, dass keine Bestimmung über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vorlag, die für alle Wirtschaftssektoren gültig gewesen wäre.⁴²

Erst 1998 hat der Bundesrat die Frage erneut untersucht. Es ist festzustellen, wie bereits ausgeführt wurde, dass das Verbot der Kinderarbeit zu einer der vier Prioritäten der IAO geworden war und dass das Übereinkommen Nr. 138 als eines der grundlegenden Übereinkommen bezeichnet wurde, zu deren Ratifizierung alle Mitgliedsstaaten aufgefordert wurden. Um das Haupthindernis zu beseitigen, das 1974 die Ratifizierung verhindert hatte, schlug der Bundesrat eine Reform des Anwendungs-

bereichs des ArG vor, die es ermöglichte, das in Art. 30 Abs. 1 ArG vorgesehene Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung auch für die Sektoren Landwirtschaft, Gartenbau, Fischerei sowie private Haushaltungen festzulegen.⁴³ Somit galt das Mindestalter von fünfzehn Jahren für die Zulassung zur Beschäftigung für jede Arbeit und alle Tätigkeitsbereiche.⁴⁴ Die zur Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 138 erforderlichen Bedingungen waren daher erfüllt.

Auf Stellungnahme des Bundesrates genehmigte die Bundesversammlung das IAO-Übereinkommen Nr. 138 durch Bundesbeschluss vom 18. März 1999⁴⁵ sowie eine Änderung des Arbeitsgesetzes vom 19. März 1999 in Bezug auf die Hinzufügung eines vierten Absatzes zu Art. 2 ArG mit folgendem Inhalt: «Die Bestimmungen des Gesetzes und seiner Verordnungen über das Mindestalter sind anwendbar auf Betriebe im Sinne von Absatz 1 Buchstaben d–g.»⁴⁶ Wie oben dargelegt, ist das Übereinkommen Nr. 138 für die Schweiz am 17. August 2000 in Kraft getreten.

3. Vergütung für die Stillzeit (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1)

Das Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz wurde am 15. Juni 2000 von der Internationalen Arbeitskonferenz verabschiedet. Dieses Instrument zielt darauf ab, den Schutz von Frauen während der Schwangerschaft und Stillzeit zu stärken, wobei gleichzeitig eine gewisse Flexibilität in bestimmten Bereichen durch einen Verweis auf nationales Recht und nationale Praxis eingeführt wird. Es enthält 21 Artikel, von denen die ersten 11 materiellrechtliche Bestimmungen darstellen.

In einem Bericht vom 15. Juni 2001, der den eidgenössischen Räten vorgelegt wurde, verglich der Bundesrat die Bestimmungen dieses Übereinkommens mit dem schweizerischen Recht und der schweizerischen Praxis, um festzustellen, ob unser Land die Anforderungen erfüllt. Er kam zu dem Schluss, dass dies nicht der Fall sei

⁴⁰ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 8. Mai 1974 über die 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, BBl 1974 I 1633 ff. (zit. Bericht 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz), 1640.

⁴¹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

⁴² Bericht 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (FN 40), 1641 ff.

⁴³ Bericht vom 21. September 1998 über die von der Internationalen Arbeitskonferenz anlässlich ihrer 82. und 83. Tagung 1995 und 1996 genehmigten Übereinkommen und Empfehlungen und Botschaft zum Übereinkommen (Nr. 98) über die Vereinigungsfreiheit und das Recht zu Kollektivverhandlungen, 1949, und zum Übereinkommen (Nr. 138) über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung, 1973, BBl 1999 I 513 ff. (zit. Bericht 82. und 83. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz), 553.

⁴⁴ Bericht 82. und 83. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (FN 43), 556.

⁴⁵ AS 2001 1426.

⁴⁶ AS 2000 1568.

und daher auf die Ratifizierung des Übereinkommens zu verzichten sei.⁴⁷

Das Hauptproblem lag am Fehlen eines bezahlten Mutterschaftsurlaubs im schweizerischen Recht.⁴⁸ Problematisch war auch das Fehlen eines Vergütungsanspruchs für Stillpausen. Der Bundesrat hat jedoch beschlossen, diese zweite Frage in Anbetracht des zuvor genannten grossen Hindernisses offen zu lassen.⁴⁹ Schliesslich kündigte die Schweizer Regierung an, die Frage der Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 183 nach der Verabschiedung einer schweizerischen Gesetzgebung zum Mutterschaftsurlaub erneut zu prüfen. Er erklärte, dass dieses Übereinkommen in der kommenden nationalen Debatte berücksichtigt werden würde.⁵⁰

Einige Jahre später führten die Bemühungen um eine Mutterschaftsversicherung endlich zum Erfolg. In der Tat genehmigten die eidgenössischen Räte am 3. Oktober 2003 eine Revision des EOG mit dem Ziel, eine für 14 Wochen gezahlte Mutterschaftsentschädigung einzuführen (vgl. Art. 16b–16h EOG). Die neuen Bestimmungen wurden am 26. September 2004 vom Schweizer Volk gutgeheissen und traten am 1. Juli 2005 in Kraft.⁵¹

Nun war der Weg frei für eine Überprüfung der möglichen Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 183 durch die Schweiz.⁵² Die Akte wurde infolge einer parlamentarischen Initiative der Nationalrätin Liliane Maury-Pasquier am 22. Juni 2007 (N 07.455) reaktiviert. In einem Bericht vom 10. November 2011 beantragte die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates daher die Ratifizierung dieses Übereinkommens. Gemäss der

Kommission erfüllte das schweizerische Recht nach der Überarbeitung des EOG die Anforderungen des Übereinkommens «praktisch ausnahmslos», vorbehaltlich einer «marginalen Rechtslücke» bei der Entlohnung von Stillpausen (vgl. Art. 10 § 2 des Übereinkommens Nr. 183), eine Lücke, die durch eine geringfügige Anpassung des Arbeitsgesetzes leicht geschlossen werden könnte.⁵³ Die Kommission beantragte, den Art. 35a Abs. 2 ArG⁵⁴ zu ändern.

In einer Stellungnahme vom 15. Februar 2012 beantragte der Bundesrat beim Parlament, auf die Vorlage der Kommission einzutreten. Er war der Ansicht, dass die Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 183 «im Rahmen einer kohärenten und solidarischen Politik in Sachen Mutterschutz und Gesundheit sowie zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf erfolgt».⁵⁵ Die Regierung war jedoch der Meinung, dass die Anpassung des Schweizer Systems hinsichtlich der Vergütung für Stillpausen durch eine Änderung von ArGV 1 erfolgen könnte, eine Überarbeitung des Art. 35a ArG sei jedoch nicht notwendig, um das Übereinkommen Nr. 183 zu ratifizieren. Der Bundesrat empfahl, nach Anpassung der ArGV 1 die Ratifikationsurkunde zu hinterlegen.⁵⁶ Die eidgenössischen Räte stimmten dieser Stellungnahme zu und verabschiedeten am 14. Dezember 2012 den Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 183 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Mutterschutz.⁵⁷

Wie erwartet hat der Bundesrat sodann am 30. April 2014 eine Änderung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 (Stillzeit) beschlossen, mit Inkrafttreten am darauffolgenden 1. Juni.⁵⁸ Die wichtigsten Anpassungen der bisherigen Regelung betrafen einerseits die Aufhebung der Unterscheidung zwischen der anrechenbaren Stillzeit als Arbeitszeit,

⁴⁷ Bericht vom 15. Juni 2001 zum revidierten Übereinkommen über den Mutterschutz und zum Rückzug von fünf Übereinkommen (88. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz 2000), BBl 2001 5867 ff. (zit. Bericht Übereinkommen über den Mutterschutz).

⁴⁸ Bericht Übereinkommen über den Mutterschutz (FN 47), 5871 ff.

⁴⁹ Bericht Übereinkommen über den Mutterschutz (FN 47), 5876.

⁵⁰ Bericht Übereinkommen über den Mutterschutz (FN 47), 5877.

⁵¹ AS 2005 1429; Parlamentarische Initiative, Revision Erwerbssatzgesetz, Ausweitung der Erwerbssatzansprüche auf erwerbstätige Mütter, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2002 7522 ff.; Parlamentarische Initiative, Revision Erwerbssatzgesetz, Ausweitung der Erwerbssatzansprüche auf erwerbstätige Mütter (Triponez Pierre), Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002, Stellungnahme des Bundesrates vom 6. November 2002, BBl 2003 1112 ff., und Botschaft vom 26. Februar 2003 zur Revision des Erwerbssatzgesetzes (Erhöhung Rekrutenansatz sowie Anpassungen infolge Armee XXI und Bevölkerungsschutzreform), BBl 2003 2923 ff.

⁵² DUNAND (FN 5), 81 f.; KARINE LEMPEN, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189), in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail: *Liber amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf/Zürich/Basel 2015, 206 ff.

⁵³ Parlamentarische Initiative, Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 10. November 2011, BBl 2012 1797 ff. (zit. Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz, Bericht der Kommission), 1798.

⁵⁴ Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz, Bericht der Kommission (FN 53); Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 183 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Mutterschutz (2000), BBl 2012 1813 ff.

⁵⁵ Parlamentarische Initiative, Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 10. November 2011, Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Februar 2012, BBl 2012 1823 ff. (zit. Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz, Stellungnahme des Bundesrates), 1824.

⁵⁶ Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz, Stellungnahme des Bundesrates (FN 55), 1825.

⁵⁷ AS 2015 1231.

⁵⁸ AS 2014 999.

je nachdem ob das Stillen im Betrieb oder ausserhalb davon stattfindet, und andererseits die Einführung einer Verpflichtung des Arbeitgebers, die für das Stillen aufgewendete Zeit in einem definierten Umfang zu vergüten.⁵⁹

Nachdem der Bundesrat am 4. Juni 2014 die Ratifikationsurkunde hinterlegt hatte, trat am 4. Juni 2015 das IAO-Übereinkommen Nr. 183 für die Schweiz in Kraft.⁶⁰ Die arbeitsrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers unter bestimmten Bedingungen die Pausen für das Stillen oder das Abpumpen von Muttermilch zu bezahlen (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1), ist ein Beispiel für die konkreten Auswirkungen, die die Ratifizierung eines IAO-Übereinkommens durch den Bund auf das Schweizer Rechtssystem haben kann.⁶¹

4. Die Aufhebung der Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft (Art. 400 Abs. 2 ZGB)

Es kann vorkommen, dass ein IAO-Übereinkommen, das zum Zeitpunkt seiner Ratifizierung keine praktische Bedeutung zu haben scheint, zu einem viel späteren Zeitpunkt an Relevanz gewinnt. Dies war bei dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit der Fall. Das 1930 verabschiedete Übereinkommen wurde, wie bereits erwähnt, 1940 vom Bund ratifiziert und trat am 23. Mai 1941 für die Schweiz in Kraft. Die Existenz dieses Übereinkommens hätte in der Schweiz ohne die Wachsamkeit der Expertenkommission völlig vergessen werden können. Tatsächlich hat diese Kommission in den letzten Jahren den Bundesrat durch direkte Anfragen regelmässig über die Konformität des schweizerischen Rechts oder der schweizerischen Praxis mit dem Übereinkommen befragt. Folgende Themen wurden angesprochen: Gefangene, die für private Unternehmen arbeiten, gemeinnützige Arbeit, fürsorgerische Freiheitsentziehung, Menschenhandel sowie die Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft.⁶² Hier soll das letzte Beispiel untersucht werden.

In bestimmten Schweizer Kantonen bereits angewandt, wurde die Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft im Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1907

aufgenommen.⁶³ Es entsprach dem Grundsatz, dass die Vormundschaft ein *munus publicum*, ein obligatorisches öffentliches Amt ist.⁶⁴ Diese Regel hat verschiedene Reformen des Zivilgesetzbuchs überstanden, einschliesslich der des Vormundschaftsrechts von 2008, trotz der Kritik, die sie hervorgerufen hatte, und obwohl sie mit Ausnahme des Kantons Waadt weitgehend nicht mehr angewandt wurde.⁶⁵ So lautete der Art. 400 Abs. 2 aZGB, der am 1. Januar 2013 in Kraft trat, wie folgt: «Die ernannte Person ist verpflichtet, die Beistandschaft zu übernehmen, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen.»⁶⁶

Im Jahre 2012 übermittelte die Expertenkommission, die von der Schweizerischen Gewerkschaft auf einen möglichen Verstoß der Schweiz gegen das Übereinkommen Nr. 29 aufgrund der Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft (Beistandschaft) hingewiesen wurde, eine direkte Anfrage an den Bundesrat.⁶⁷ Der Ausschuss erinnerte zunächst daran, dass «die üblichen Bürgerpflichten» (vgl. Art. 2 § 2 lit. b der Vereinbarung), die der Bevölkerung auferlegt werden können, ohne unter die Definition von Zwangsarbeit im Sinne des Übereinkommens zu fallen, bestimmte Kriterien zu erfüllen haben: Sie müssen Aufgaben betreffen, die im allgemeinen Interesse liegen, alle Bürger gleich betreffen und innerhalb angemessener Grenzen der Verhältnismässigkeit liegen. In Anbetracht der genannten Kriterien wünschte die Kommission, dass die Regierung Informationen über die Art und Weise der Auswahl der Beistände durch die Erwachsenenschutzbehörde sowie über eine Evaluation der durchschnittlichen Arbeitsbelastung des Beistands oder der Beiständin liefert. Sie bat auch um Informationen über die rechtlichen Konsequenzen der Verweigerung einer von der zuständigen Behörde ernannten Person, dieses Amt zu übernehmen. Schliesslich forderte die Kommission den Bundesrat auf, statistische Informationen hinsichtlich des Kantons Waadt über die Anzahl der Verweigerungen und die gegebenenfalls ausgesprochenen Sanktionen zu liefern.

Parallel dazu hat Nationalrat Jean Christophe Schwaab am 14. März 2012 eine parlamentarische Initiative eingereicht, die darauf abzielte, dass niemand gegen seinen Willen als Beistand oder Beiständin ernannt werden

⁵⁹ Seco, Erläuternder Bericht über die Änderung von Artikel 60 Absatz 2 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), Bern, November 2013, 2.

⁶⁰ AS 2015 1233; SR 0.822.728.3.

⁶¹ Vgl. DUNAND (FN 5), 84.

⁶² Die verschiedenen direkten Anfragen des Expertenausschusses befinden sich auf der Normlex-Website: Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Contrôle par pays > Suisse > Examen par les organes de contrôle > Commentaire de la Commission d'experts (CEACR) (Abruf 29.6.2020).

⁶³ Art. 382 aZGB (1907).

⁶⁴ Vgl. VIRGILE ROSSEL/FRITZ-HENRI MENTHA, Manuel de droit civil suisse, Lausanne 1922, 541 f.

⁶⁵ Vgl. ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'obligation d'être tuteur: un principe de subsidiarité à l'épreuve de l'article 4 CEDH, ZKE 2011, 267 f.

⁶⁶ Vgl. AS 2011, 737.

⁶⁷ Direkte Anfrage, angenommen im Jahr 2012 und publiziert im Jahr 2013 anlässlich der 102. Tagung der Konferenz.

kann.⁶⁸ Im Jahre 2014 formulierte die Expertenkommission eine neue direkte Anfrage, in der sie insbesondere den Bundesrat aufforderte, Informationen über die in der Folge der oben genannten parlamentarischen Initiative getroffenen Massnahmen zu liefern.⁶⁹ Im selben Jahr beschloss der Kanton Waadt, seine Praxis zu beenden. Im Jahre 2016 richtete die Kommission erneut eine direkte Anfrage an den Bundesrat, in der er die Waadtländer Reform begrüßte und die Regierung aufforderte, Informationen über die Entwicklung der parlamentarischen Initiative des Abgeordneten Schwaab zu liefern.⁷⁰

Schliesslich hat die Rechtskommission des Nationalrates am 2. Februar 2017 beschlossen, der parlamentarischen Initiative zur Aufhebung der zivilrechtlichen Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft Folge zu geben.⁷¹ Am darauffolgenden 29. März schlug der Bundesrat vor, dem Erlassentwurf zuzustimmen.⁷² So genehmigten die eidgenössischen Räte am 29. September 2017 die Änderung des Art. 400 Abs. 2 ZGB mit folgendem Inhalt: «Die Person darf nur mit ihrem Einverständnis ernannt werden.»⁷³ Die Änderung trat am 1. Januar 2019 in Kraft.⁷⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Massnahmen der IAO für die Aufhebung der Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft im schweizerischen Recht nicht ganz entscheidend waren. Die Schwaab-Initiative, die Kritik der Lehre, insbesondere in Bezug auf die Frage der Konformität dieser althergebrachten Praxis mit Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit),⁷⁵ und der Umstand, dass diese Institution allgemein überholt ist, haben auch ihre Arbeit getan. Gleichwohl haben die aufeinanderfolgenden direkten Anfragen der Exper-

tenkommission sicherlich dazu beigetragen, die Schweizer Behörden von der Notwendigkeit einer Reform zu überzeugen.⁷⁶

III. Die Tragweite des IAO-Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die innerstaatlichen Gerichte jedes IAO-Mitgliedstaates können eine wichtige Rolle bei der Konkretisierung und Anwendung internationaler Arbeitsnormen in nationalen Rechtssystemen spielen. Die Rechtswissenschaft hat sich häufig mit der Frage befasst, ob eine bestimmte Norm (oder eine bestimmte Konvention) direkt anwendbar ist oder nicht. Es gibt jedoch verschiedene Möglichkeiten für ein Gericht, internationale Arbeitsnormen anzuwenden (direkte Anwendung, Anwendung durch Auslegung, Berücksichtigung unverbindlicher Instrumente usw.).⁷⁷

In der Schweiz zögert das Bundesgericht traditionell, IAO-Instrumente (Übereinkommen und Empfehlungen) zu berücksichtigen. Unser oberstes Gericht scheint jedoch seine Rechtsprechung im bereits in unserer Einleitung zitierten Referenzurteil von 2017⁷⁸ neu ausgerichtet zu haben.

In diesem Kapitel werden wir uns mit den Richtlinien der Rechtsprechung (III.A.), und dann mit zwei Urteilen befassen, in denen das Bundesgericht auf das IAO-Recht verwiesen hat (III.B.).

A. Richtlinien der Rechtsprechung

Die vom Bundesgericht in seiner traditionellen Rechtsprechung formulierten Grundsätze werden von denjenigen unterschieden, die sich aus dem Urteil von 2017 ergeben.

1. Traditionelle Rechtsprechung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind von den Bundesbehörden rechtsgültig abgeschlossene internationale Verträge für die Schweiz verbindlich, sobald die Ratifikationsurkunden ausgetauscht werden. Sie erlangen unmittelbare Rechtskraft in der Schweizer Rechtsordnung und werden zum Bestandteil des Landesrechts.⁷⁹ Die Fra-

⁶⁸ Parlamentarische Initiative 12.413.

⁶⁹ Direkte Anfrage, angenommen 2014 und publiziert 2015 anlässlich der 104. Tagung der Konferenz.

⁷⁰ Direkte Anfrage, angenommen 2016 und publiziert 2017 anlässlich der 106. Tagung der Konferenz.

⁷¹ Parlamentarische Initiative, Keine Ernennung als Beistand oder Beiständin wider Willen!, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 2. Februar 2017, BBl 2017 1811 ff. und BBl 2017 1819 ff.

⁷² Parlamentarische Initiative, Keine Ernennung als Beistand oder Beiständin wider Willen!, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 2. Februar 2017, Stellungnahme des Bundesrates vom 29. März 2017, BBl 2017 3205 ff.

⁷³ BBl 2017 6239.

⁷⁴ AS 2018 2801.

⁷⁵ Vgl. insbesondere FLÜCKIGER (FN 65), 263 ff. Es ist anzumerken, dass das Bundesgericht in zwei in den Jahren 2013 bzw. 2014 gefällten Urteilen der Auffassung war, dass es wegen den mit den Rechtsstreitigkeiten verbundenen spezifischen Gründen nicht zu entscheiden habe, wobei die Kontroverse die Frage betraf, ob die Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft im Einklang mit Art. 4 EMRK stand (BGer, 5A_699/2013, 29.12.2013, E. 3, und BGer, 4A_691/2013, 14.01.2014, E. 2.2).

⁷⁶ DUNAND (FN 5), 88.

⁷⁷ Vgl. XAVIER BEAUDONNET, L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes, in: Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social 2005, 43 ff.

⁷⁸ BGE 144 I 50.

⁷⁹ BGE 130 I 312.

ge der unmittelbaren Rechtskraft eines internationalen Vertrags soll jedoch klar von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit seiner Bestimmungen unterschieden werden. Damit sich eine Einzelperson vor Gericht auf die Bestimmungen eines internationalen Vertrags berufen kann, müssen diese Rechte und Pflichten von Einzelpersonen zum Inhalt haben, inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sein, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden, und an die rechtsanwendenden Behörden gerichtet sein.⁸⁰

Ob eine Bestimmung in einem Übereinkommen unmittelbar anwendbar ist, ist eine Frage der Auslegung. Bei der Veröffentlichung einer Ratifizierungsbotschaft legt der Bundesrat häufig fest, ob die Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind oder nicht.⁸¹ Unsere Regierung hat zum Beispiel in Bezug auf Art. 4 des IAO-Übereinkommens Nr. 87 festgestellt, dass die in einem völkerrechtlichen Abkommen enthaltenen «Verpflichtungen auf Unterlassung» im Allgemeinen in der internen Rechtsordnung der Vertragsstaaten direkt anwendbar seien.⁸² Das Bundesgericht hat auch mehrfach über die unmittelbare Anwendbarkeit einer Bestimmung eines IAO-Übereinkommens in den ihm vorgelegten Streitigkeiten entschieden.

Generell anerkennt der Bundesrat oder das Bundesgericht eher selten, dass eine Bestimmung eines IAO-Übereinkommens unmittelbar anwendbar ist.⁸³ In einem Urteil aus dem Jahr 2005⁸⁴ war das Bundesgericht daher der Auffassung, dass das IAO-Übereinkommen Nr. 98 insgesamt nicht unmittelbar anwendbar sei. Diese Rechtsprechung wurde in einem Urteil aus dem Jahre 2012 bestätigt, das die folgende Erwägung enthielt: Die Beschwerdeführer berufen sich auf die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation als Auslegungskriterium für Art. 28 BV. Auch wenn sie von der Schweiz ratifiziert wurden, sind solche Übereinkommen jedoch nicht unmittelbar anwendbar und Einzelpersonen können sich nicht direkt auf sie berufen.⁸⁵

Diese traditionelle Rechtsprechung scheint uns sowohl in ihren Grundlagen als auch in ihrem Umfang fragwürdig zu sein. In ihren Grundlagen deshalb, weil das Bundesgericht die Kriterien, die es selbst für die di-

rekte Anwendbarkeit einer Bestimmung festgelegt hat, sehr restriktiv angewandt zu haben scheint. Wir sind der Ansicht, dass bei künftigen Rechtsstreitigkeiten neu bewertet werden sollte, welche Bestimmungen der für die Schweiz verbindlichen IAO-Übereinkommen unmittelbar anwendbar sind und welche nicht. Wie im Folgenden dargelegt, hat das Bundesgericht bereits 1993 anlässlich eines Urteils, in dem es die Rechtsprechung zu dieser Frage änderte, an einer solchen Übung teilgenommen.⁸⁶ In diesem Zusammenhang könnte es nützlich sein, eine relativ aktuelle Studie zu berücksichtigen, aus der hervorgeht, dass mehrere Bestimmungen der grundlegenden IAO-Übereinkommen direkt anwendbar wären.⁸⁷

Die traditionelle Rechtsprechung erscheint uns auch in ihrer Tragweite fragwürdig: Falls unser oberstes Gericht eine Bestimmung oder ein Übereinkommen als nicht unmittelbar anwendbar betrachten würde, müsste es die Anwendung des IAO-Rechts vollständig ausschliessen und ihm jegliche, sogar eine interpretative Tragweite absprechen. Zu diesem Thema hat das Bundesgericht jedoch kürzlich eine neue Methode entwickelt, die hier nun zusammengefasst wird.

2. Ein neuer Ansatz

Das berühmte Urteil von 2017 scheint einen «Paradigmenwechsel»⁸⁸ zum Ausdruck zu bringen, der offener für IAO-Instrumente ist und sich weniger auf die Frage der direkten Anwendbarkeit internationaler Arbeitsnormen konzentriert.⁸⁹ Wir werden die einzelnen Elemente im Folgenden untersuchen.

Zunächst ist es nach Ansicht der Richter von Mon-Repos nicht erforderlich, auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 zurückzukommen, da das Bundesgericht in allen Fällen von sich aus auf sie verweisen kann, um die Tragweite des Art. 28 BV zu konkretisieren. Tatsächlich überschneiden sich teilweise viele durch IAO-Instrumente, einschliesslich des Übereinkommens Nr. 87, geschützte grundlegende Arbeitnehmerrechte mit Bestimmungen der EMRK und des UNO-Pakts II, deren unmittelbare Anwendbarkeit vom Bundesgericht anerkannt wurde, obwohl ihr

⁸⁰ Vgl. z.B. BGE 98 Ib 385 E. 2a; BGer, 4C.422/2004, 13.9.2005, E. 3.1.2, nicht publiziert in BGE 132 III 122.

⁸¹ BERSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 596 mit Verweis.

⁸² Bericht 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (FN 40), 1655.

⁸³ Vgl. BERSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 596; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Bern 2019, 14 ff.

⁸⁴ BGer, 4C.422/2004, 13.9.2005, E. 3.2.2.1, nicht publiziert in BGE 132 III 122.

⁸⁵ BGer, 6B_758/2011, 24.9.2012, E. 1.3.3.

⁸⁶ BGE 119 V 171 E. 3 und 4.

⁸⁷ Vgl. KAUFMANN/GOOD (FN 13), AJP 2016, 653 ff.

⁸⁸ Ausdruck von Professor PASCAL MAHON, *La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH – Vers un changement de paradigme en droit suisse?*, AJP 2019, 371 ff. und 379 ff.

⁸⁹ BGE 144 I 50.

Inhalt nicht bestimmter als der der einschlägigen IAO-Übereinkommen ist.⁹⁰

Darüber hinaus muss davon ausgegangen werden, dass die Bestimmungen eines IAO-Übereinkommens, die, wie Art. 3 § 2 des Übereinkommens Nr. 87, Unterlassungspflichten des Staates vorsehen, als unmittelbar anwendbar angesehen werden müssen.⁹¹

Schliesslich ist die Praxis der Aufsichtsorgane der IAO (Ausschuss für Vereinigungsfreiheit und Expertenkommission) Teil des sogenannten «relevanten nichtkonventionellen Materials», auf das sogar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seine Rechtsprechung bezieht. Diese Praxis sollte daher als wichtige Informationsquelle für die Auslegung der IAO-Übereinkommen und des schweizerischen Rechts angesehen werden.⁹²

Dieses Urteil von 2017 wurde in einem Punkt eines Urteils von 2018 bestätigt. Das Bundesgericht legte fest, dass die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit je nach den Umständen für die Auslegung des schweizerischen Rechts verwendet werden kann.⁹³

Unseres Erachtens können wir aus diesen beiden Urteilen drei wichtige Lehren ziehen. Erstens sind Normen, die staatliche Unterlassungspflichten vorsehen, grundsätzlich unmittelbar anwendbar. Im Falle einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit ist es daher sinnvoll, diese Normen in den für die Schweiz verbindlichen IAO-Übereinkommen zu identifizieren. Zweitens können die Schweizer Gerichte die Normen der IAO-Übereinkommen, die die Grundrechte der Arbeitnehmer schützen, anwenden oder zumindest berücksichtigen, da diese von ähnlichen Normen überlagert sind, deren unmittelbare Anwendbarkeit anerkannt ist und die sich in anderen für die Schweiz verbindlichen internationalen Instrumenten wiederfinden. Die acht grundlegenden IAO-Übereinkommen, in denen die Grundrechte der Arbeitnehmer verankert sind (Vereinigungsfreiheit und Recht zu Kollektivverhandlungen, Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit, effektive Abschaffung der Kinderarbeit und Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf) sind besonders betroffen.⁹⁴ Drittens können sich inländische Gerichte auf die Stellungnahmen der IAO-Aufsichtsbehörden beziehen, um sowohl internationale Arbeitsnormen als auch nationales Schweizer Recht auszulegen. Es sei darauf hingewiesen, dass, selbst wenn diese Organe keine Justizbehörden sind, es unbestreitbar ist, dass ihre Arbeit eine

besonders massgebende und fundierte Lektüre der IAO-Übereinkommen darstellt.⁹⁵ Wir müssen auch erkennen, dass sie eine feste moralische Stärke haben.⁹⁶

B. Zwei interessante Urteile

In mehreren Urteilen hat das Bundesgericht auf von der Schweiz ratifizierte IAO-Übereinkommen verwiesen.⁹⁷ Wir werden hier zwei besonders interessante Entscheide diskutieren. Der erste stammt aus dem Jahr 1993 (Zeit der traditionellen Rechtsprechung) und der zweite aus dem Jahr 2017 (Einführung des neuen Ansatzes).

1. Notwendigkeit einer groben und vorsätzlichen Verfehlung zur Kürzung einer Invalidenversicherungsrente (vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG)

Am 25. August 1993 fällte das Bundesgericht ein wichtiges Urteil über die Bedingungen, unter denen der Sozialversicherer die Geldleistungen wegen Grobfahrlässigkeit kürzen konnte.⁹⁸ Gemäss Sachverhalt sprach die Ausgleichskasse des Kantons Wallis am 19. Februar 1992 einer versicherten Person eine halbe Ehepaarrente zu, die aufgrund Grobfahrlässigkeit von 74 % (Grad der Erwerbsunfähigkeit) auf 35 % gesenkt wurde. Die Ausgleichskasse stützte ihre Entscheidung auf den früheren Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung.⁹⁹ Demnach konnten, wenn ein Versicherter die Invalidität vorsätzlich oder grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat, die Geldleistungen dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden.¹⁰⁰ Nach Angaben der Kasse waren die zur Invalidität führenden gesundheitlichen Probleme auf eine Grobfahrlässigkeit des Versicherten zurückzuführen, die auf chronischem Alkoholismus und auf der Rückfälligkeit beruhte.

Der Versicherte reichte beim Versicherungsgericht des Kantons Wallis und anschliessend beim Bundesgericht Beschwerde ein und berief sich auf das von der Schweiz ratifizierte IAO-Übereinkommen Nr. 128 über Leistungen

⁹⁰ BGE 144 I 50 E. 5.3.3.1.

⁹¹ BGE 144 I 50 E. 5.3.3.2.

⁹² BGE 144 I 50 E. 5.3.3.1.

⁹³ BGer, 4A_64/2018, 17.12.2018, E. 5.3.3.2.

⁹⁴ Vgl. DUNAND/DREYER (FN 13), 207 ff.

⁹⁵ BEAUDONNET (FN 77), 59 ff.

⁹⁶ BERSSET BIRCHER/MEIER (FN 13), 590.

⁹⁷ Vgl. DUNAND (FN 5), 92–99.

⁹⁸ BGE 119 V 171.

⁹⁹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

¹⁰⁰ AS 1959 I 1511.

bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene¹⁰¹ (und auf die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit). Nach Art. 32 § 1 lit. e dieses Instruments kann eine Leistung, auf die eine geschützte Person in Anwendung des Übereinkommens Anspruch hätte, in einem vorgeschriebenen Ausmass ruhen, wenn der Fall vorsätzlich durch eine grobe Verfehlung der betreffenden Person herbeigeführt worden ist. Diese Bestimmung enthält eine Voraussetzung, die zu diesem Zeitpunkt im schweizerischen innerstaatlichen Recht noch nicht bestand: Die Notwendigkeit, dass die Verfehlung nicht nur grob, sondern auch vorsätzlich ist, damit die Geldleistungen gekürzt werden können.

Die wesentliche Frage war, ob die vorgenannte Bestimmung als unmittelbar anwendbar betrachtet werden konnte. Das Bundesgericht hatte in einem acht Jahre zuvor gefällten Urteil entschieden, dass dies nicht der Fall gewesen sei und dass diese Bestimmung der Kürzung einer Invalidenrente wegen Grobfahrlässigkeit ohne Vorsatz einer versicherten Person nicht entgegengestanden wäre.¹⁰²

Im Urteil von 1993 hat das Bundesgericht beschlossen, seine Rechtsprechung zu ändern. Demnach hat die oben genannte Norm des IAO-Übereinkommens Nr. 128 als unmittelbar anwendbar zu gelten. Sie geht somit Art. 7 Abs. 1 aIVG vor, soweit diese Bestimmung des Bundesrechts insbesondere die Kürzung der Leistungen wegen Grobfahrlässigkeit zulässt.¹⁰³ Da im vorliegenden Fall den Akten kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen war, dass sich der Beschwerdeführer mit Wissen und Willen in einem solchen Masse dem Alkohol hingab, dass dies zu einer derart schwerwiegenden Erkrankung führen würde, war es kaum möglich anzunehmen, dass er sich ein vorsätzliches Verschulden anrechnen lassen muss. Folglich war es nicht gerechtfertigt, die ihm zugesprochene halbe Ehepaarrente zu kürzen.¹⁰⁴

Es sei hier darauf hingewiesen, dass das Schweizer Parlament das Kriterium des vorsätzlichen Verschuldens in Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts geregelt hat.¹⁰⁵

2. Grundsatz des Zutrittsrechts der Gewerkschaften zu Verwaltungsgebäuden (vgl. Art. 28 Abs. 1 BV)

Vorabgehend wurde aufgezeigt, dass das Urteil von 2017 einen Wendepunkt in den Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesgerichts darstellt. Hier geht es darum, die materiellrechtlichen Fragen des Falls in Erinnerung zu rufen und auszuführen, welche IAO-Übereinkommen von unserem obersten Gericht berücksichtigt wurden.¹⁰⁶

Mit einem Gesetz vom 29. November 2011 stellte der Tessiner Staatsrat den Personalverbänden des Kantons Tessin einen Beschluss zu, der die folgenden Regeln für den Zutritt der Gewerkschaften zu den Räumlichkeiten der kantonalen Verwaltung enthielt: Zutritt zu den Räumlichkeiten ist grundsätzlich für jede Gewerkschaftsaktivität verboten (Art. 1); die Staatskanzlei kann jedoch auf vorgängigen Antrag Versammlungen gewerkschaftlicher Art genehmigen, die in den Sitzungsräumen der Verwaltung mit Mitgliedern des Staatspersonals stattfinden, die den betreffenden Gewerkschaftsverbänden angeschlossen sind, sofern diese sich auf bestimmte Themen im Zusammenhang mit den Arbeitsbeziehungen beziehen und ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten organisiert werden (Art. 2). Das Anbringen von Plakaten und die Verteilung von Flugblättern oder Zeitschriften sind vorbehaltlich der Einreichung von Dokumenten bei den Auskunftsstellen und Hausmeistern der Gebäude der kantonalen Verwaltung gestattet, die für die Ausstellung an den dafür vorgesehenen Orten verantwortlich sind (Art. 3).

Der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste bestritt die Gültigkeit dieser Regelung mit der Begründung, dass das grundsätzliche Verbot des Zutritts der Gewerkschaften zu den Räumlichkeiten der kantonalen Verwaltung unzulässigerweise gegen den Grundsatz der Koalitionsfreiheit verstosse.

Nach eingehender Analyse des Inhalts und der Tragweite der durch Art. 28 BV garantierten Koalitionsfreiheit (E. 4.1), nach einem Verweis an die diese Freiheit schützenden Normen des Völkerrechts (E. 4.2) und nach einer Ausführung der verschiedenen Lehrmeinungen zu dieser Frage (E. 4.3) kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Recht der Gewerkschaften auf Zutritt zu Räumlichkeiten der öffentlichen Verwaltung, um mit Gewerkschaftsmitgliedern in Kontakt zu treten und ihre Beziehungen auszubauen, ein wesentlicher Bestandteil der Koalitionsfreiheit sei (E. 5.4).

Die Argumentation unseres obersten Gerichts stützte sich weitgehend auf die IAO-Übereinkommen Nr. 87

¹⁰¹ Übereinkommen vom 29. Juni 1967, in Kraft getreten am 1. November 1969. Übereinkommen genehmigt von der Bundesversammlung am 23. Juni 1977 und in Kraft getreten für die Schweiz am 13. September 1978 (SR 0.831.105).

¹⁰² BGE 111 V 201.

¹⁰³ BGE 119 V 171 E. 4b.

¹⁰⁴ BGE 119 V 171 E. 5.

¹⁰⁵ SR 830.1.

¹⁰⁶ BGE 144 I 50.

und 98 und insbesondere auf Art. 3 des IAO-Übereinkommens Nr. 87, dessen Inhalt wie folgt lautet: «Die Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber haben das Recht, sich Satzungen und Geschäftsordnungen zu geben, ihre Vertreter frei zu wählen, ihre Geschäftsführung und Tätigkeit zu regeln und ihr Programm aufzustellen» (§ 1); «Die Behörden haben sich jedes Eingriffes zu enthalten, der geeignet wäre, dieses Recht zu beschränken oder dessen rechtmässige Ausübung zu behindern» (§ 2).¹⁰⁷

Wie jede verfassungsmässige Freiheit ist das Recht auf Zutritt nicht absolut. Nach Art. 36 BV sind Beschränkungen dieses Rechts jedoch nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind (E. 6.2.1). Im vorliegenden Fall gelangte das Bundesgericht schliesslich zum Schluss, dass der Beschluss der Tessiner Regierung zwar ein relevantes öffentliches Interesse verfolgte (E. 6.4.1), jedoch eine übermässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit darstellte. Da er folglich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzte, musste dieser aufgehoben werden (E. 6.4.2–3).

IV. Schlussfolgerung

Im vorliegenden Beitrag wurde betont, dass IAO-Instrumente in unterschiedlichem Masse regelmässig die schweizerische Gesetzgebung und Rechtsprechung beeinflusst haben. Das Arbeitsrecht unseres Landes wäre heute ganz anders ausgestaltet, wenn unsere Rechtsordnung die Grundsätze und Regeln des internationalen Arbeitsrechts nicht auf konstante Weise übernommen hätte.

Angesichts der jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung und des erneuten Interesses eines Teils der Rechtslehre am IAO-Recht ist abzusehen, dass sich die Tragweite der IAO-Instrumente in unserer Rechtsordnung vergrössern wird. Sie werden beispielsweise im Bereich der Diskriminierung am Arbeitsplatz (vgl. IAO-Übereinkommen Nr. 100 und Nr. 111) und insbesondere im Rahmen der gewerkschaftsfeindlichen Diskriminierung (vgl. IAO-Übereinkommen Nr. 98) nützlich sein.¹⁰⁸ Wie es scheint, verstärkt sich dieser Trend durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unweigerlich. In seiner dynamischen und sich weiter-

entwickelnden Praxis, die es ermöglicht, die Europäische Menschenrechtskonvention auszulegen und zu konkretisieren, berücksichtigt der Gerichtshof verschiedene internationale Quellen, einschliesslich der Übereinkommen und Praxis der IAO.¹⁰⁹ Abschliessend sei daran erinnert, dass eine vom Bundesrat beantragte externe Mediation im Gange ist, um eine Lösung zu finden, die einen besseren Schutz gegen gewerkschaftsfeindliche Entlassungen gewährleistet (vgl. IAO-Übereinkommen Nr. 98).¹¹⁰

¹⁰⁷ Vgl. E. 5.3.3.2.

¹⁰⁸ Vgl. JEAN-PHILIPPE DUNAND, La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit privé suisse du travail, in: Stéphanie Dagron/Anne-Sylvie Dupont/Karine Lempen (Hrsg.), L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?, Genf 2019, 150 ff.

¹⁰⁹ Vgl. HELEN KELLER/ANGELA HEFTI, ILO und EMRK, Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf die Rechtsprechung des EGMR, AJP 2020, 593 ff.; PASCAL MAHON, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genf/Zürich/Basel 2019, 105 ff.; KURT PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 ff.

¹¹⁰ Vgl. DUNAND (FN 12), 143 f.